T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

GEÇMİŞE YÜRÜME YASAĞI BAĞLAMINDA ZAMANAŞIMI

Barış IŞIK

2502120491

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İSTANBUL, 2019

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı	:	BARIŞ IŞIK	**Numarası**	:	2502120491
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı	:	KAMU HUKUKU	**Danışmanı**	:	PROF.DR. ADEM SÖZÜER
Tez Savunma Tarihi	:	23.05.2019	**Saati**	:	14:00
Tez Başlığı	:	GEÇMİŞE YÜRÜME YASAĞI BAĞLAMINDA ZAMANAŞIMI			

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin **50. Maddesi** uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. ADEM SÖZÜER		KABUL
2- PROF. DR. HAMİDE ZAFER		Kabul
3- PROF. DR. ALİ KEMAL YILDIZ		KABUL
4- DR. ÖĞR. ÜYESİ SELMAN DURSUN		Kabul
5- DR. ÖĞR. ÜYESİ SERDAR TALAS		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ. DR. MUHAMMED DEMİREL		
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ OZAN ERCAN TAŞKIN		

ÖZ

GEÇMİŞE YÜRÜME YASAĞI BAĞLAMINDA ZAMANAŞIMI

Barış IŞIK

"Geçmişe Yürüme Yasağı Bağlamında Zamanaşımı" başlıklı çalışmamızda zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüme yasağı karşısındaki durumu ele alınmıştır. Bu anlamda cevabını aradığımız soru, suç fiilinin işlendiği tarihten sonra yürürlüğe giren bir zamanaşımı düzenlemesinin o suça uygulanıp uygulanamayacağıdır. Söz konusu soruya mevzuatlarda, yargısal ve bilimsel içtihatlarda farklı cevaplar verilebilmekte, sorunun cevabı ülkeden ülkeye değişebilmektedir. Bunun nedeni kanunilik ilkesi ve dolayısıyla geçmişe yürüme yasağı ile zamanaşımı kurumuna ilişkin yaklaşımların, tarihsel dönemlere ve bu dönemlerin ortaya çıkardığı görüşlere göre farklılaşmasıdır. Bu nedenle çalışmamızda ilke ve kavramlara ilişkin çok yönlü bir inceleme yapılmıştır. Konuya ilişkin tartışmalar esas olarak belirli suç tipleri ve bu suçları işleyen faillerin aleyhine sonuç doğurabilecek geçmişe yürüme örnekleri üzerinden yapıldığından, çalışma aleyhe geçmişe yürüme hali ile sınırlı tutulmaya çalışılmıştır. Çalışmada hukuk tarihi, hukuk felsefesi, kriminoloji gibi disiplinlerden ve karşılaştırmalı hukuk metodundan yararlanılmış, yine uluslararası ceza hukukundaki düzenleme ve içtihatlar inceleme konusu yapılmıştır. Tartışmalara konu suç tiplerinin devlet suçluluğu kavramına işaret etmesi, söz konusu kavramı ele almayı zorunlu kılmıştır. Çalışmanın sonuç kısmında zamanaşımı kurumunun kötüye kullanılması uygulamalarının önüne geçmek amacıyla zamanaşımı düzenlemelerine ilişkin alternatifli çözüm önerileri sunulmuştur.

ANAHTAR KELİMELER: Geçmişe yürüme yasağı, zamanaşımı, devlet suçluluğu, hukuk devleti ilkesi, adalet.

ABSTRACT

STATUTE OF LİMİTATİONS IN THE CONTEXT OF THE PRINCIPLE OF NON-RETROACTIVITY OF THE LAWS

Barış IŞIK

This study having the subject matter of "Statute of Limitations In the Context of the Principle of Non-Retroactivity of the Laws" examines the status of the rules regarding the statute of limitations *vis-a-vis* the non-retroactivity principle.

The underlying question, in this context, is whether a legal provision on statute of limitations that enters into force after a crime has been committed will apply to that crime. Different answers may be observed to this question in the legal provisions jurisprudence and the doctrine; in different countries. The main reason of this discrepancy is that, the principle of legality-and therefore-the principle of non-retroactivity differs in meaning and in scope in different periods of the history. For this reason, these concepts are examined in great detail in our study.

The discussions on the retroactivity of laws tend to focus on the examples of certain specific types of crime and the possible retroactive use of laws that might harm the perpetrators' benefits. So, this study is limited to the non-retroactivity of laws that are disadvantage to the perpetrator. In this study, we draw on the methods of the disciplines of legal history, legal philosophy, criminology and comparative law. Also legal provisions and jurisprudence of international criminal law were taken into consideration.

We will examine the discussions about this subject, by focusing on the specific kinds of crimes that are named as the state crimes and our study is limited to the retroactive use of laws that might harm the perpetrators' benefits.

We will conclude this study by proposals of alternative statute of limitations provisions that may prevent the abuse of the "statute of limitations" in criminal procedural law.

KEY WORDS: Non-retroactivity of laws, statute of limitations, the rule of law, justice, state crime.

ÖNSÖZ

Zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüme yasağı karşısındaki durumunun bir doktora tezinde inceleme konusu yapılması iki temel kaygıyı beraberinde getirmekteydi. Bunlardan ilki konunun Türk hukukunda çok fazla tartışılmamış ve ayrı bir çalışma konusu yapılmamış olması nedeniyle ortaya çıkabilecek kaynak sıkıntısıydı. Tartışmaların sınırlı olmasının temel gerekçelerinden biri 1982 Anayasası m. 38/2'deki düzenlemedir. Düzenleme açık biçimde zamanaşımı kurallarının fail aleyhine geçmişe yürüyemeyeceğini ifade etmektedir. Çalışmamızın temel sorusuna ilişkin bu kadar net bir cevap verilmişken, sonuç kısmında ülkemiz hukuku bakımından hangi önerilerin ileri sürülebileceği sorusu kafamızda yer etmekteydi. İkinci kaygımız ise çalışmanın kapsamına ilişkindi. Geçmişe yürüme tartışmalarının sadece zamanaşımı kurumuyla sınırlandırılması ele alınacak kurum, ilke, mevzuat, bilimsel ve yargısal içtihatların ve dolayısıyla alt konu başlıklarının sınırlılığı olasılığını gündeme getirmekteydi.

Kaynak tarama ve tez yazım aşamasında bu kaygıların yersiz olduğu ortaya çıkmıştır. Almanya başta olmak üzere karşılaştırmalı hukukta ve uluslararası hukukta konuya ilişkin tartışmaların düzeyi ve derinliği çok geniş bir literatürü karşımıza çıkarmış ve çalışmamıza birçok alt başlık eklememize neden olmuştur. Bu tartışmaların Türk doktrinine kazandırılması gerekliliği çalışmanın önemini arttırmıştır. Bunun yanında Türk hukukunun da bu tartışmalardan azade olmadığı ve Anayasa'daki mevcut düzenlemeye rağmen konuya ilişkin birçok önerinin sunulabileceği anlaşılmıştır. Tüm bu kapsamda çalışmanın başındaki kaygılarımız yerini keyifli bir yazım sürecine bırakmıştır.

Çalışmanın tamamlanması birçok değerli bilim insanının katkılarıyla mümkün olabilmiştir. Bu anlamda ilk olarak bana çalışma konusunu öneren ve süreç boyunca beni cesaretlendiren tez danışmanım Prof. Dr. Adem SÖZÜER'e teşekkürü bir borç bilirim. Yoğun ve yorucu iş temposuna rağmen çalışmama ilgisini ve zaman ayırma çabalarını eksik etmedi. Farklı düşündüğümüz noktalardaki tartışmalarımız, bu tartışmalardaki yol göstericiliği ufuk açıcı oldu ve sonuç kısmındaki önerilerimizin oluşmasını sağladı. Benzer biçimde diğer tez danışmanlarım Prof. Dr. Hamide ZAFER ve Dr. Öğr. Üyesi Selman DURSUN'un şekle ve esasa ilişkin

uyarıları ve tartışmalara ilişkin farklı bakış açıları bu çalışmanın oluşmasında önemli bir yere sahiptir. Redaksiyondaki katkılarından dolayı Defne TOPÇU ve özellikle ilk bölüme dair eleştiri ve katkılarından dolayı Ertuğrul UZUN hocalarıma da teşekkür ederim. Son olarak özel bir teşekkür hak eden Dr. Öğr. Üyesi Ozan Ercan TAŞKIN'ı da burada anmak isterim. Tez danışmanım olmamasına rağmen tez sürecim boyunca akademik bilgisi ve manevi desteğiyle hep yanımda oldu. Kendisi aynı işyerinde, aynı kürsüde çalıştığım bir hocadan öte biri oldu hep benim için. Sadece tez dönemimde değil tüm akademik yaşamımda değerli varlığını hissettim. Varlığına minnettarım.

İstanbul, 2019.

Barış IŞIK
barisisik@anadolu.edu.tr

İÇİNDEKİLER

ÖZ ..... **iii**

ABSTRACT ..... **iv**

ÖNSÖZ ..... **v**

İÇİNDEKİLER ..... **vii**

KISALTMALAR LİSTESİ ..... **xiii**

GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM

KANUNULİK İLKESİ VE GEÇMİŞE YÜRÜME YASAĞI

1. Genel Olarak 3

2. Kanunilik İlkesi ve Geçmişe Yürüme Yasağının Tarihsel Gelişimi ve Felsefi Temelleri 7

2.1. Aydınlanma Çağı Öncesi Dönem 7

2.1.1. Roma Hukuku Dönemi 7

2.1.2. Ortaçağ Dönemi 9

2.2. Aydınlanma Çağı ve Sonrası Dönem 13

2.2.1. Kanunilik İlkesi ve Geçmişe Yürüme Yasağının Felsefi Temelleri 16

2.2.2. Kanunilik İlkesi ve Geçmişe Yürüme Yasağının Mevzuatlara Girmesi 23

2.2.3. Nazi Almanyası Dönemi 31

2.2.4. İkinci Dünya Savaşı Sonrası Dönem 39

2.2.5. Günümüz 41

3. Kanunilik İlkesi ve Geçmişe Yürüme Yasağıyla İlişkilendirilen İlkeler 45

3.1. Demokrasi ve Kuvvetler Ayrılığı İlkesi 46

3.2. Hukuk Devleti ve Hukuki Güvenlik İlkesi 47

3.3. Kusur İlkesi ve İnsan Onuru 49

ARA SONUÇ **50**

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNDA ZAMANAŞIMININ ÇEŞİTLERİ, TARİHİ GELİŞİMİ, KURUMU TEMELLENDİREN GÖRÜŞLER, KURUMUN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel olarak 53
2. Zamanaşımının Çeşitleri 55
2.1. Dava Zamanaşımı 55
2.1.1. Dava Zamanaşımı Süresinin Durması 59
2.1.2. Dava Zamanaşımı Süresinin Kesilmesi 60
2.2. Ceza Zamanaşımı 61
2.2.1. Ceza Zamanaşımı Süresinin Durması 63
2.2.2. Ceza Zamanaşımı Süresinin Kesilmesi 63
3. Zamanaşımının Tarihsel Gelişimi 64
3.1. Aydınlanma Çağı Öncesi Dönem 64
3.1.1. Antik Yunan Dönemi 64
3.1.2. Roma Hukuku Dönemi 65
3.1.3. Ortaçağ 70
3.2. Aydınlanma Çağı ve Sonrası Dönem 72
4. Zamanaşımını Temellendiren Görüşler 76
4.1. Manevi Ceza Görüşü 76
4.2. Uslanma Görüşü 77
4.3. Psikolojik Değişim Görüşü 77
4.4. Unutma Görüşü 78
4.5. Takibatın Terki Görüşü 78
4.6. Delillerin Bozulması ve Kaybolması Görüşü 79
4.7. Sosyal Fayda Görüşü 79
5. Zamanaşımının Hukuki Niteliği 81
5.1. Maddi-Şekli Ceza Hukuku Ayrımı Bakımından İleri Sürülen Ölçütler 83
5.1.1. Ceza Yaptırımını Hak Etme Ölçütü 83
5.1.2. Suç Fiilini Meydana Getiren Olaylarla Bağlantılı Olma Ölçütü 85

5.1.3. Ceza Muhakemesi Yok Sayılarak Yapılan Ayrım 88
5.1.4. Maddi-Şekli Hukuk Ayrımının Belirli Bir Ölçüte Bağlanamayacağı Görüşü 89
5.2. Kurumun Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler 90
5.2.1. Şekli Ceza Hukuku Kurumu Olarak Kabul Eden Görüş 90
5.2.2. Maddi Ceza Hukuku Kurumu Olarak Kabul Eden Görüş 91
5.2.3. Karma Nitelikte Bir Kurum Olduğunu Kabul Eden Görüş 93

ARA SONUÇ 94

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK, ALMAN HUKUKUNDA ve ULUSLARARASI HUKUKTA ZAMANAŞIMI KURALLARININ GEÇMİŞE YÜRÜME YASAĞI KARŞISINDAKİ DURUMUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER ve MAHKEME İÇTİHATLARI

1. Genel Olarak 95
2. Türk Hukukunda 95
2.1. Düzenlemeler 98
2.1.1. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 38/2 98
2.1.2. 825 Sayılı Ceza Kanununun Mevkii Mer'iyete Vaz'ına Müteallik Kanun m. 22 99
2.1.3. Zamanaşımına Uğramayan Suçlar 100
2.1.3.1. Soykırım Suçu 100
2.1.3.2. İnsanlığa Karşı Suçlar 101
2.1.3.3. Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçları İşlemek İçin Örgüt Kurma veya Yönetme Suçu 101
2.1.3.4. İşkence Suçu 101
2.1.3.5. Yurtdışında İşlenmeleri Halinde Dava Zamanaşımına Uğramayan Suçlar 103
2.1.4. 5237 Sayılı TCK'da Zamanaşımı Sürelerinin Arttırılması 103
2.1.5. 04.11.2004 Tarih ve 5252 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 9/4 104
2.2. Mahkeme İçtihatları 105
2.2.1. 21.06.2016 Tarihli Yargıtay Kararı (12 Eylül Davası) 105
2.2.2. 25.07.2014 Tarihli Yargıtay Kararı (Sivas Katliamı Davası) 108
2.2.3. 10.12.2015 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı 111
3. Alman Hukukunda 114

3.1. İkinci Dünya Savaşı Sonrası Dönem 115
3.1.1. 1945-1950 Arası Dönem 115
3.1.1.1. 10 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu m. 5/2 118
3.1.1.2. Nasyonal Sosyalist Suç Fillerinin Cezalandırılmasına Dair Kanunlar 119
3.1.1.2.1. Kanunların Uygulanmasının Şartları 121
3.1.1.2.1.1. Suçların Politik, Irkçı ve Din Düşmanı Nedenlerle Gerçekleştirilen Şiddet Eylemleri ve Takiplerle Bağlantılı Olarak İşlenmesi 121
3.1.1.2.1.2. Baskıcı Rejim Tarafından Politik, Irkçı ve Din Düşmanı Nedenlere Korunması 122
3.1.1.2.1.3. Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkelerinin Zedelenmesine Bağlı Olarak Geçmişe Yönelik Bir Kefaretin Gerekliliği 123
3.1.1.2.1.4. Suçların Belirli Tarihler Arasında İşlenmiş Olması 124
3.1.1.3. 18.09.1952 Tarihli Federal Anayasa Mahkemesi Kararı 125
3.1.2. 1950-1960 Arası Dönem 127
3.1.3. 1960 Sonrası Dönem 129
3.1.3.1. 1960 Tarihli Kanun Teklifleri 129
3.1.3.2. 13.04.1965 Tarihli Zamanaşımı Sürelerinin Hesaplanmasına İlişkin Kanun 130
3.1.3.3. 26. 02. 1969 Tarihli Federal Anayasa Mahkemesi Kararı 132
3.1.3.4. 05.08.1969 Tarihli 9. Ceza Hukuku Değişikliği Kanunu 135
3.1.3.5. 16.07.1979 Tarihli 16. Ceza Hukuku Değişikliği Kanunu 136
3.2. Federal Almanya Cumhuriyeti ile Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin Birleşmesinden Sonraki Dönem 138
3.2.1. Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu (EGStGB) m. 315a 140
3.2.2. 26.03.1993 Tarihli Sosyalist Birlik Partisi Döneminde Yaşanan Haksızlıklarda Zamanaşımı Süresinin Durmasına İlişkin Kanun (Birinci Zamanaşımı Kanunu) 145
3.2.3. 27.09.1993 Tarihli Ceza Hukuku Zamanaşımı Sürelerinin Uzatılmasına İlişkin Kanun (İkinci Zamanaşımı Kanunu) 148
3.2.4. 22.12.1997 Tarihli Ceza Hukuku Zamanaşımı Sürelerinin Yeniden Uzatılmasına ve Hukuki Yükümlülüklerin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Kanun (Üçüncü Zamanaşımı Kanunu) 151
3.2.5. 26.10.2003 Tarihli Alman Anayasa Mahkemesi Kararı 153
4. Uluslararası Hukukta 156
4.1. Düzenlemeler 156
4.1.1. 1968 Tarihli BM Savaş Suçlarında ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Sözleşme 156

4.1.2. 1974 Tarihli İnsanlığa Karşı Suçlarda ve Savaş Suçlarında Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Avrupa Sözleşmesi 158
4.1.3. 2006 Tarihli BM Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme 160
4.1.4. 2006 Tarihli BM Ağır İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallar 161
4.1.5. Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü 162
4.2. AİHM İçtihatları 163

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

DOKTRİNDE ZAMANAŞIMI KURALLARININ GEÇMİŞE YÜRÜME YASAĞI KARŞISINDAKİ DURUMUNA İLİŞKİN TARTIŞMALAR

1. Genel Olarak 167
2. Kanunilik İlkesi Bakımından 168
2.1. Zamanaşımının Hukuki Niteliğini Esas Alan Görüş 169
2.1.1. Geçmişe Yürüme Yasağı Lehine Görüşler 169
2.1.2. Derhal Uygulama İlkesi Lehine Görüşler 169
2.2. Zamanaşımının Hukuki Niteliğini Esas Almayan Görüş 170
2.2.1. Geçmişe Yürüme Yasağı Lehine Görüşler 172
2.2.2. Geçmişe Yürüme Yasağı Aleyhine Görüşler 173
3. Hukuku Devleti İlkesi Bakımından 175
3.1. Geçmişe Yürüme Yasağı Lehine Görüşler 175
3.2. Geçmişe Yürüme Yasağı Aleyhine Görüşler 178
4. Eşitlik İlkesi Bakımından 180
4.1. Geçmişe Yürüme Yasağı Lehine Görüşler 180
4.2. Geçmişe Yürüme Yasağı Aleyhine Görüşler 180
5. Zamanaşımını Temellendiren Görüşler Bakımından 181
5.1. Manevi Ceza Görüşü Bakımından 181
5.2. Uslanma Görüşü Bakımından 183
5.3. Psikolojik Değişim Görüşü Bakımından 184
5.4. Unutma Görüşü Bakımından 185
5.5. Takibatın Terki Görüşü Bakımından 186

5.6. Delillerin Bozulması ve Kaybolması Görüşü Bakımından 187
5.7. Sosyal Fayda Görüşü Bakımından 190
6. Devlet Suçluluğu Kavramı Bakımından 194
6.1. Devlet Suçluluğu İle İlişkilendirilen Kavramlar 196
6.1.1. Devlet Destekli Suç 196
6.1.2. Baskıcı Suç 198
6.1.3. Güçlülerin Suçluluğu 200
6.1.4. Kriminal Olarak Sapkınlaşmış Devlet ve Devlet Kurumlarının Suçluluğu 204
6.1.5. Makro Suçluluk 205
6.1.6. İtaate Dayanan Suç 207
6.1.7. Devlet Haksızlığı 208
6.2. Devlet Suçluluğunun Maddi Ceza Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi ve Tanımı 219
SONUÇ 219
KAYNAKÇA 232
ÖZGEÇMİŞ 252

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	adı geçen eser
AİBÜ	Abant İzzet Baysal Üniversitesi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Alm. CK.	Alman Ceza Kanunu
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
Bayer. ObLG	Das Bayerische Oberste Landesgericht
Bd.	Band
BGH	Der Bundesgerichtshof
Bkz.:	Bakınız
Bkz.: aş.	Bakınız aşağı
Bkz.: yuk.	Bakınız yukarı
BM	Birleşmiş Miletler
bs.	baskı
BVerfG	Bundesverfassungssgericht
C.	Cilt
CD.	Ceza Dairesi
CGK.	Ceza Genel Kurulu
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
Çev.	Çeviren
DDR	Die Deutsche Demokratische Republik
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
E.	Esas
Ed.	Editör
EGStGB	Das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch

EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
H.	Heft
HPD	Hukuki Perspektifler Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Jahrg.	Jahrgang
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
K.	Karar
KJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
m.	madde
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MÖ	Milattan önce
MS	Milattan sonra
MÜHF–HAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no.	numara
Nr.	Number
NS	Nationalsozialismus
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
parag.	paragraf
R.G.	Resmi Gazete
RG	Reichgericht
Rn.	Rundnummmer
s.	sayfa
S.	Sayı
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands

SSCB	Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
StGB	Strafgesetzbuch
StS	Strafsenat
StV	Strafverteidiger
T.	Tarih
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TCK	Türk Ceza Kanunu
u.a.	und andere
Urt	Urteil
Y.	Yıl
yy.	yüzyıl
v.	von
vb.	ve bunun gibi
vd.	ve devamı
VDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VfZ	Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte
Vol.	Volume
ZPR	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

GİRİŞ

Zamanaşımı düzenlemelerinin geçmişe yürüme yasağı karşısındaki durumu, uluslararası hukukta ve başta Almanya olmak üzere karşılaştırmalı hukukta çokça tartışılmış ve konuya ilişkin birçok bilimsel çalışma yapılmıştır. Belirli tarihsel dönemlerde zamanaşımına uğrayan/uğratılan/uğratılmaya çalışılan suçların muhakeme edilmesi çabası, zamanaşımı ve geçmişe yürüme yasağına ilişkin şiddetli tartışmaları beraberinde getirmiştir. Tartışmaların esasını oluşturan temel soru, suç fiilinin işlendiği tarihten sonra yürürlüğe giren bir zamanaşımı düzenlemesinin o suça uygulanıp uygulanamayacağıdır. Bu tartışmalar çoğu zaman dogmatik ceza hukukunun boyutlarını aşıp; hukuk felsefesi, ceza hukuku tarihi, kriminoloji gibi alanları da içine alan disiplinler arası bir nitelik kazanmaktadır. Çalışmamızda dogmatik ceza hukuku sınırları içerisinde kalma çabamıza rağmen; tartışmanın disiplinler arası niteliği, diğer disiplinlere ilişkin incelemeler yapmayı zorunlu kılmıştır. Sorumuza farklı cevaplar veren felsefi yaklaşımların ilke ve kavramlara ilişkin görüşlerinin aktarılması, bu zorunluluklardan sadece bir tanesidir. Benzer biçimde özellikle Alman ceza hukuku tarihine ayrıntılı olarak değinilmesi, bu ülkede yapılan düzenlemeleri hem lafız hem de öz olarak anlama gerekliliğinin bir sonucudur. Yabancı bir ülkedeki düzenleme ve içtihatların tarihsel süreçten kopuk biçimde aktarımı, konuya ilişkin tartışmaları anlamamız bakımından eksik bir yöntem olacaktı. Çalışmada kullanılan birçok kavramın dogmatik ceza hukukunun olduğu kadar kriminolojinin de alanına girmesi, bu alana ilişkin bazı kavramların incelenmesini zorunlu kılmıştır.

Türk hukukunda konuya ilişkin tartışmalar, karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası hukuktakinin aksine sınırlı düzeyde yapılmıştır. Bunun önemli bir nedeni Anayasa m. 38/2'de yer alan açık hükümdür. Buna göre zamanaşımı düzenlemeleri geçmişe yürüme yasağı kapsamında yer almaktadır. Ancak bu maddenin varlığı kanımızca söz konusu çalışmanın önemi azaltmamaktadır. Çalışmamızda da belirttiğimiz üzere yeni anayasa yapım veyahut mevcut Anayasa'da köklü reform süreçlerinin sürekli gündemde olması ve yine sonuç kısmında sunduğumuz önerilerin bir anayasa değişikliği gerektirmemesi, çalışmanın pratikte sunacağı katkıyı ortaya

koymaktadır. Türk öğretisi bakımından söz konusu tartışmaları kapsamlı ve sistematik biçimde ortaya koyma ve temel soruya ilişkin çözüm önerileri getirme ihtiyacı da çalışma konumuzun belirlenmesinde önemli bir etken olmuştur.

Çalışmanın temel sorusunun bağlamını doğru kurabilmek amacıyla ilk bölümünde kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme, ikinci bölümünde ise zamanaşımı kurumu incelenmiştir. Kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağının tarihsel gelişimi ve felsefi temelleri yanında, demokrasi ve kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve hukuki güvenlik, kusur ve insan onuru gibi ilke ve kavramlar inceleme konusu yapılmıştır. Benzer bir yöntem zamanaşımı için izlenmiş ve kurum, kurumun çeşitleri, tarihsel gelişimi, hukuki niteliği ve günümüzde kurumu temellendiren görüşler çerçevesinde ele alınmıştır. Üçüncü ve dördüncü bölümde ise sorumuza ilişkin önerilerde bulunabilmek amacıyla tartışmalar somut düzenleme, mahkeme içtihatları ve bilimsel içtihatlar çerçevesinde yürütülmüştür. Üçüncü bölümde zamanaşımı kurallarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin Türk, Alman ve uluslararası hukuktaki düzenleme ve içtihatlar ortaya konulmuş, konuya ilişkin tartışmalara değinilmiştir. Dördüncü bölümde ise bu tartışmalar daha ayrıntılı ve sistematik bir biçimde doktrindeki görüşler ışığında ele alınmıştır. Tartışmalar ilk iki bölümde incelenen kavram ve ilkeler üzerinden yürütüldüğünden, tekrara düşmemek adına metin için atıflara sıkça başvurulmuştur. Sonuç bölümünde ise tüm bu tartışmalar üzerinden çalışmamızın cevabını aradığı soruya ilişkin öneriler sistematik bir biçimde ifade edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KANUNULİK İLKESİ VE GEÇMİŞE YÜRÜME YASAĞI

1. Genel Olarak

Kanunilik ilkesinin varlığı için, kuralların muhatabına duyurulmasına ihtiyaç vardır. Söz konusu duyurma esas itibariyle yazılı biçimde yapılmaktadır. Yazılı kuralların hangi gerekçelerle ortaya çıktığına ilişkin değişik görüşler söz konusudur. Krey bir kuralın yazılı hale getirilmesinin gerekçesini, egemenlerin mutlak iktidarlarını koruma ihtiyacına ve yönetimsel keyfiliğin önlenmesi düşüncesine dayandırmıştır. Buna göre kuralların yazılı hale gelmesiyle egemenin iktidarı, belirli ve açık biçimde kamuoyuna ve kamu görevlilerine ulaşabilecektir. Bu biçimde yönetimsel keyfilik de engellenecektir[1]. Özenç ise Eder'e atıfla, özellikle antik toplumlarda yazılı kuralların varlığını toplumsal mücadelelere dayandırmıştır. Buna göre yazılı kural, yazılı olmayan geleneksel hukukun sömürülen sınıfların talepleri doğrultusunda istenmeyen bir yöne evrilmesini engellemek amacıyla ortaya çıkmıştır. Bu şekilde toplumun rahatsız olduğu keyfi uygulamalar öngörülüp, bunlar sınırlı bir hukuksal zemine oturtularak sömürülenlerin baskısı engellenecektir. Yine bu yolla hakim sınıfların davranışlarında birlik sağlanacak ve son olarak var olan mülkiyet ilişkilerine yasal bir zemin hazırlanmış olacaktır. Bu çerçevede yazılı kurallar, iktidarın keyfi uygulamalarını da belirli oranda sınırlamakta; diğer yandan ise sınırlı bir öngörülebilirlik eliyle, mücadele eden sınıfların rızasını almakta ve iktidarların meşruluğunu sağlamaktadır[2]. Ancak bazı sözlü kuralların yazılı hale getirilmesi, kanunilik ilkesinin tarih sahnesinde yerini almış olması için yeterli değildir. Mesela XII Levha Kanunları bazı fiillerin yaptırımını yazılı biçimde ortaya koysa da, günümüzde ceza kanunlarında yer aldığı biçimiyle ilkenin tüm unsurlarını

[1] Volker Krey, **Keine Strafe ohne Gesetz**, Berlin, Walter de Gruyter, 1983, s. 3.
[2] Berke Özenç, **Hukuk Devleti, Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi**, İstanbul, İletişim, 2014, s. 63, 66.

içermemektedir[3]. Yine Aydınlanma Çağı öncesi sadece bazı suç tiplerinin ve yaptırımların yazılı hale getirilmiş olduğunu görmekteyiz ki; bu, kanunilik ilkesinin karşılığına denk gelecek bir kodifikasyona karşılık gelmemektedir[4].

Karşılığını esas olarak ceza hukukunda bulan kanunilik ilkesi[5], içinde birçok ilkeyi barındıran bir üst ilkedir. Bu ilkeleri, belirlilik; kıyas yasağı; gelenek kurallarıyla ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılamayacağı ve geçmişe yürüme yasağı şeklinde sıralamak mümkündür. Bunlardan birinin olmaması kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelecektir. Ancak bu alt ilkeler, tamamen birbirinden kopuk olmasa da, tarih sahnesine aynı anda çıkmış değildir ve farklı temellere dayanabilmektedir[6].

Kanunilik ilkesi ve buna bağlı olarak geçmişe yürüme yasağının tarihsel gelişiminin inceleme konusu yapılması, bazı yazarlarca kısmen yararsız bir çaba olarak değerlendirmektedir. Buna göre, ceza hukukunun birçok temel ilkesi gibi kanunilik ilkesinin ortaya çıkışı, tarihin karanlık sayfaları arasında yerini almaktadır. İlkenin ortaya çıkışının temel gerekçesi, ilkenin şartları vb. anlaşılabilse bile, tarihsel süreçte nasıl ortaya çıktığı tam olarak aydınlatılamayacaktır [7].

Kanunilik ilkesinin varlığı için hukukun yazılı hale getirilmesi ve bu anlamda 18. yy.'nin ikinci yarısında görüldüğü üzere bir kodifikasyon hareketinin varlığı şarttır[8]. Bu bazı kuralların rastgele yazılı hale getirilmesinden ziyade, sistematik ve yaygın bir yazılı hale getirme hareketidir. Bu yönüyle ilkenin tarihsel gelişiminde,

---

[3] Türkoğlu ise aksi yönde kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin Roma hukukunda ilke kez XII Levha Kanunları'nda düzenlenmiş olduğunu, ancak farklı durumlara ve iktidarın çıkarları çerçevesinde ilkeden uygulamada kolayca vazgeçilebildiğini iddia etmektedir. Halide Gökçe Türkoğlu, **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, Ankara, Seçkin, 2017, s. 130, 132.

[4] Krey, **a.g.e.**, s. 3; Nedim Bekri, **Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Türk Hukukundaki Uygulaması** (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2010, s. 18. Kanun, kanuni, kanunilik arasındaki ilişkinin üçlü bir matruşkaya benzetilmesine ilişkin bkz.: Faruk Türinay, **Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri**, İstanbul, XII Levha, Eylül 2013, s. 21 vd.

[5] Türk Medeni Kanunu m. 1, hakime kıyas yapma ve hatta kanun koyucu yerine geçerek kural koyma yetkisi vermektedir. Bu koşullarda özel hukukta kanunilik ilkesinin tüm unsurlarıyla kabul edildiğini söyleyemeyiz. Ayşegül Eşitli, "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", **TBB Dergisi (104),** 2013, s. 229-230**.**

[6] Krey, **a.g.e.**, s. 1-2.

[7] Winfried Hassemer/Walter Kargl, **Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch**, 5. Auflage, Nomos, 2017, StGB § 1 Keine Strafe ohne Gesetz, Rn. 4.

[8] Krey, **a.g.e.,** s. 3; Hans-Ludwig Schreiber, **Gesetz und Richter: Zur geschichtliche Entwicklung d. Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege**, Frankfurt, Alfred Metzner Verlag, 1976, s. 18; Hassemer/Kargl, **a.g.e.**, § 1, Rn. 7. Kodifikasyonun tarihine ilişkin ayrıntılı olarak bkz.: Pio Caroni, **Gesetz Und Gesetzbuch Beiträge einer Kodifikationsgeschichte**, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2003.

hareketin gerçekleştiği Aydınlanma Çağı'na özel bir vurgu yapılmaktadır. Ancak ilkeyle söz konusu Çağ arasındaki ilişki farklı değerlendirmelere tabi tutulmaktadır. Bu ilkenin Aydınlanma Çağı'nda kurumsallaştığını belirten yazarlardan bazılarına göre, Aydınlanma Çağı ile önceki dönemler arasında tarihsel bir köprü yoktur. Bu bağlamda Schöckel geçmişe yürüme yasağını, Aydınlanma Çağı'nın devrimci taleplerinin sonucu olarak değişim gösteren ve önceki dönemlerden bir kopuşu işaret eden, tamamen farklı siyasi bir postulat olarak tarif etmiştir[9]. Kant'ın bilgi felsefesini esas alan, ilkeyi a priori; tarih, deneyim ve pozitivist gerekçelendirme üstü bir kavram olarak değerlendiren bu düşünce; modern ceza hukuku anlayışına uygun olmadığı, soyut ve metafizik bir nitelik taşıdığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir[10]. Tarihsel incelemeye ilişkin bir başka görüş ise incelemenin savaş sonrası gibi olağanüstü dönemler için ayrı, görece olağan dönemler için ayrı yapılması gerektiğini savunmaktadır. Çünkü savaş sonrası olağanüstü geçiş dönemlerinde kanunilik ilkesinin uygulanmasında bir istikrar sağlanamamakta, sorunlar ortaya çıkmaktadır[11]. Bize göreyse Aydınlanma Çağı'nın yanında kanunilik ilkesinin ve konumuz açısından önem ihtiva eden geçmişe yürüme yasağının Roma hukukundan itibaren geçirdiği gelişimi ortaya koymak, olağanüstü dönemlerde ilkelere ve zamanaşımı kurumunun bu ilkelerle ilişkisine dair yürütülen tartışmaları temellendirmek bakımından zorunludur.

Tarihsel gelişimin yanında ilkenin felsefi temelleri de önem arz etmektedir. İlkelerin kurumsallaşmasında, özellikle Aydınlanma Çağı düşünürlerinin payı yadsınamaz. Bu nedenle söz konusu tarihsel süreç incelenirken aynı anda ilkelerin felsefi temelleri de ortaya konacaktır.

Son olarak ayrı bir başlık altında kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağı ile hukukun diğer temel ilkeleri arasındaki ilişkiye değinilecektir. Bu ilkeler

---

[9] Gerard Schöckel, **Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bis zur Französischen Revolution**, Göttingem, Verlag Otto Schwartz, 1968, s. 63.

[10] Damir Böhm, **Strafrechtliche Gesetzlichkeit als Prenzip? Eine Untersuchung über das Spannungsverhältnis zwischen positivrechtlichen und erkenntnistheoretischen Grundlagen strafrechtlicher Gesetzlichkeit (Grundlagen Gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 8)**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2013, s. 223; Boris Krivec, **Von Versailles nach Rom-Der lange Weg von Nullum crimen, nulla poena sine lege (Inauguraldissertation)**, Hamburg, 2004, s. 8.

[11] Jörg Arnold, "Neue Fragen an den Staz "nullum crimen, nulla poena sine lege"", **Die Bedeutung P.J.A. Feuerbach (1775-1883) für die Gegenwart: IVR-Tagung Jena 15. und 16. März 2002, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie-Beihefte Band 87 (ARSP-B)**, 2003, s. 107-108.

demokrasi ve kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve hukuki güvenlik ve son olarak kusur ilkesi ve insan onurudur. Üçüncü bölümde yapacağımız tartışmalarda çokça zikredileceğimiz bu ilkeler, kanunilik ilkesiyle ilişkilendirilmekte, onun dayanakları olarak gösterilmektedir.

Kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağının ortaya çıkış sürecini incelemeye geçmeden önce, geçmişe yürüme yasağının kapsamına ilişkin önemli bir tartışmaya değinmekte yarar görmekteyiz. Bu tartışma, 13. yy.'den itibaren geçmişe yürüme yasağı uygulamalarında sıkça gündeme gelen doğal hukuk öğretisinin ve yine doğal suç kavramının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır[12]. Buna göre bir görüş, geçmişe yürüme yasağının kapsamının sadece yeni bir norm koyan pozitif ceza kanunlarıyla sınırlı olduğunu iddia etmektedir. Bu çerçevede yeni bir suç tipine yer vermeyen ya da bir suçun unsurlarını veya yaptırımını değiştirmeyen, sadece mevcut kuralı tekrar eden biçimde yazılı hale getiren bir kural; geçmişe yürüme yasağı kapsamı dışında yer alacaktır. Bunlardan ilkine norm kuran, ikincisine ise norm deklare eden kanun adı verilmiş ve sadece norm kuran kanunun geçmişe yürüme yasağı kapsamında olduğu ifade edilmiştir. Bu görüş kabul edilirse, zaten önceden var olduğu bilinen doğal suçlar ve doğal hukuk kuralları bakımından geçmişe yürüme tartışması yapılmayacaktır. Bu düşünce yasak hatasıyla da ilişkilendirilmiştir. Buna göre pozitif hukuk, doğal hukukun sadece bir yorum ve uygulanış biçimidir. Şu durumda doğal hukuk veya tanrısal kurallar önceden bilinmektedir ve bunların bilmediğini ileri sürmek kusurluluğu ortadan kaldırmayacaktır[13]. Fiil tarihinde yazılı olmasa bile sonradan yazılı hale getirilmiş bu kurallar, geçmişe yürütülüp uygulanacaktır. Çünkü bunlar dekleratif kanunlardır. Aksi yönde görüş ise bu ayrıma karşı çıkmakta ve ancak fiil tarihinde suç olduğu yazılı olarak belirtilen fiillerin cezalandırılabileceğini ileri sürmektedir[14].

[12] Krey, **a.g.e.**, s. 50.
[13] Bkz.: Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 98.
[14] Bkz.: Schöckel, **a.g.e.**, s. 7, 15, 17; Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 24.

2. Kanunilik İlkesi ve Geçmişe Yürüme Yasağının Tarihsel Gelişimi ve Felsefi Temelleri

2.1. Aydınlanma Çağı Öncesi Dönem

2.1.1. Roma Hukuku Dönemi

Kanunilik ilkesinin ortaya çıkış sürecini Roma hukukundan başlatabiliriz. Antik Yunan'da ilkeye dair metinlere ulaşılabilmiş değilken, Roma hukukunda geçmişe yürüme yasağından bahsedildiği bilinmektedir[15]. Antik Yunan'da da yazılı kurallar söz konusudur. Bu yönüyle sözlü gelenek yapısının yanında yazılı kanunlara da yer verilmesi, önemli bir gelişmeye işaret etmektedir. Ancak bu dönemde siyasi yaşam ve düşünce, ahlaki bir temele dayanmaktadır. Ahlaki olarak en iyiye yönelmiş bir ideali gerçekleştirmek isteyen bir düzende, yazılı kurallara ve geçmişe yürüme yasağına ihtiyaç sınırlı olmuştur[16].

Roma hukukunda Çiçero'nun özel hukuk ilişkilerini konu alan bir metninden bahsedilmektedir. Bu metinde düşünür, Lex Vocania adlı bir düzenlemenin geçmiş dönemde var olan bir miras ilişkisine uygulanmasını eleştirmektedir. Yani özel hukuk bakımından geçmişe yürüme yasağının Cumhuriyet Dönemi'nde tartışma konusu yapıldığı söylenebilir. Çiçero'nun söz konusu yasağın ceza hukuku bakımından da geçerli olduğunu belirttiği ileri sürülmektedir[17]. Diğer bir iddia ise, 339-397 tarihleri arasında yaşamış Piskopos Ambrosius von Mailand'ın geçmişe yürüme yasağına yazılarında yer verdiği yönündedir. Piskopos, pozitif tanrısal kanunlara göre fiil tarihinde suç sayılmayan zinanın sonradan cezalandırılmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. Buna gerekçe olarak ise geçmişe yürümenin kusur ilkesi ve etik değerlere uygun olmaması gösterilmiştir. Bu anlamda sadece yazılı olmayan bir kuralın zaman bakımından uygulanmasından bahsedilmiş olsa da, geçmişe yürüme yasağının ceza hukuku bağlamında ilk kez, açık biçimde ortaya

[15] Lassalle'nin geçmişe yürüme yasağının Antik Yunan'da da bilindiğini iddia ettiği belirtilmektedir. Buna göre Platon, kanunların geleceğe yönelik olması gerektiğini ifade ederek bu durumu ortaya koymuştur. Ancak bu görüş gerek dönemin hukuk anlayışına aykırı olduğu, gerekse de Platon'un doğrudan geçmişe yürümeye ilişkin bir ifadede bulunmadığı, söz konusu sözlerin bu iddiayı desteklemediği gerekçeleriyle kabul edilmemektedir. Schöckel, **a.g.e.**, s. 2, dipnot 5.
[16] Özenç, **a.g.e.**, s. 22, 24-25.
[17] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 18-19; Krey, **a.g.e.**, s. 49; Schöckel, **a.g.e.**, s. 2.

konulduğu belirtilmektedir[18]. İlkenin yazılı olarak ise ilk kez İmparatorluk Dönemi'nde, I. Theodosius zamanında ortaya konulduğu ileri sürülmektedir. Yine II. Theodosius ve Valentinianus zamanında geçmişe yürüme yasağına yer veren yazılı düzenlemeler yapıldığı ifade edilmektedir[19].

İmparatorluk Dönemi'nde, Cumhuriyet Dönemi'nden farklı olarak ilkenin varlığı rastgele metinlere ulaşmak yoluyla tarihsel gelişimden kopuk değil, toplumsal bir değişimin sonucu olarak ortaya konulmaktadır. Buna göre, bu dönem mutlakiyetin ve tek kişi hakimiyetinin arttığı bir dönemdir. Hukuk da artan biçimde güç sahibine bağımlı hale gelmiş ve bu durum yazılı kurallara olan ihtiyacı arttırmıştır. Burada yazılı hale getirme, sözlü olarak var olan kuralların belirli ve bilinir olması için yapılmamıştır. Aksine ileriye yönelik ve kurucu bir niteliğe sahiptir, bu yönüyle güç sahiplerinin iktidarını garanti almak için yeni kuralların yazılması söz konusudur. Yani sözlü kurallar deklare edilmemiş, yeni kurucu kurallar yazılı hale getirilmiştir. Bu anlayış, hem kanunilik ilkesinin gelişmesi hem de geçmişe yürüme yasağının uygulanması bakımından elverişli bir ortam yaratmıştır[20]. Ulpianus ve Paulus'un suçun ancak kanunla düzenlenebileceğini belirttiği ama bu ilkenin sonradan unutulduğu ileri sürülmektedir[21]. Yine uygulamada özellikle kamu yararı gerekçe gösterilerek ilkeden kolayca vazgeçilebilmesine rağmen, ilkenin Roma hukukunda mevcut olduğunu ileri sürülmektedir[22]. Ancak kanımızca kıyasın kabul edildiği, cezalandırma yetkisinin doğrudan magistalara bırakıldığı, Cumhuriyet Dönemi'nde halk meclislerinin de suç tespitine yetkili olduğu Roma hukukunda; bir bütün olarak kanunilik ilkesinin mevcut olmadığı açıktır[23].

Sonuç itibariyle Çiçero zamanından itibaren bahsi geçen geçmişe yürüme yasağının, kanunilik ilkesini aşan bir tarihsel geçmişinin olduğunu söyleyebiliriz[24].

---

[18] Schöckel, **A.e.**, s. 2, 6.
[19] Krey, **a.g.e.**, s. 50-51; Schöckel, **a.g.e.**, s. 9.
[20] Schreiber 1976, **a.g.e.**, s. 21; Schöckel, **a.g.e.**, s. 10.
[21] Öztekin Tosun, "Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan", **İÜHFM**, c. 25, S. 1-4, 1961, s. 45.
[22] Türkoğlu, **a.g.e.**, s. 132.
[23] Bekri, **a.g.e.**, s. 19; Tosun, **a.g.e.**, s. 45; Ümit Sade, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. Maddesi Işığında Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi** (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul, 2007, s. 17.
[24] Hassemer/Kargl, **a.g.e.**, Rn. 6; Schöckel, **a.g.e.**, s. 2.

Alman hukukunun tarihi gelişimi bakımından ise, ileride de göreceğimiz üzere, bir farklılık söz konusudur. Geçmişe yürüme yasağı 17. yy.'ye kadar Alman hukukuna yabancıydı. Burada ilkenin yerleşmesi ancak 18. yy.'de Fransız Devrimi'nin etkisiyle mümkün olabilmiştir[25].

2.1.2. Ortaçağ Dönemi

Ortaçağ'da ilkeye ilişkin çok belirgin bir değişim söz konusu değildir. Magna Carta Libertatum'un 39. maddesinde[26] kanunilik ilkesine yer verildiği, Magna Carta'nın ilkenin düzenlendiği ilk metin olduğu ileri sürülse de; hakim görüş aksi yöndedir. Buna göre buradaki madde daha çok muhakemeye ilişkin garantileri ele almakta, maddi hukuka değinmemektedir. Metin, suç ve cezanın kanunen belirlenmesi çabasından ziyade, sadece krala karşı derebeylerin haklarını koruyan muhakeme kurallarının uygulanmasına ilişkindir. Bu yönüyle kanunilik ilkesini tam anlamıyla karşılamamaktadır[27].

13/14. yy.'de Papa ile kral, asil ile halk arasındaki mücadelenin politik bir aracı olarak daha fazla kanunlaştırmanın yaşandığı görülmektedir[28]. Raynerius de Forlivio, Jacabus de Belviso, Baldus gibi 13/14. yy. Ortaçağ İtalyan düşünürleri, metinlerinde geçmişe yürüme yasağına açıkça yer vermişlerdir. Bu dönemde hakim düşüncenin, geçmişe yürüme yasağının istisnasız biçimde uygulanması gerektiği yönünde olduğu ileri sürülmektedir. Bu anlamda doğal hukuk kurallarına benzetebileceğimiz tanrısal emirlere aykırı olsa bile, önceden yazılı biçimde belirtilmeyen bir suçtan dolayı ceza vermek söz konusu olamayacaktır. Buna gerekçe olarak failin kusursuzluğu gösterilmiş, ortada yasak hatasının bile gündeme gelemeyeceği bir kusursuzluğun olduğu ifade edilmiştir[29].

---

[25] Schöckel, **A.e.**, s. 21, 25.

[26] Madde metninin Türkçe çevirisi aşağıdaki gibidir:
Hiç bir hür insan sınıfdaşlarının kazai kararından başka memleketin kanunları haricinde tevkif edilemez, mahbus tutulamaz, hiç kimse mülkünden, hürriyetinden ve örfü adatından mahrum edilemez. "Hariç ez kanun" ilan edilemez, neyfedilemez. Biz (kral) hiç kimseye adaleti satmayacağız, adaleti red ve tehir etmeyeceğiz." Sadi Maksudi Arsal, "İngiliz Amme Hukukunun İnkişafi Safhaları", **İÜHFM**, C. VI, 1940, s. 16.

[27] Bkz.: Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, bs. 13, 2018, s. 114; Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs., Ankara, Beta, 2017, s. 97; Böhm, **a.g.e.**, s. 98; Uğur Alacakaptan, **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yayınları, 1958, s. 3-4.

[28] Schöckel, **a.g.e.**, s. 11.

[29] Schöckel, **A.e.**, s. 12-15.

16/17. yy.'de geçmişe yürüme yasağı, özellikle Roma hukuku ile kanonik hukuk arasındaki köprünün kurulduğu ve yine Alman hukukunun bu ilişkiden etkilendiği bir süreç olması vesilesiyle önemlidir[30]. Bu dönemde geçmişe yürüme yasağının bilindiği ve yasağın kapsamının geniş tutulduğu ileri sürülmektedir[31]. Schöckel ise ilkenin kapsamına ilişkin 13/14. yy.'dekinden daha şiddetli bir görüş ayrılığının bulunduğunu belirtmektedir[32].

1087 yılında Bologna'da Papalık himayesinde yeni bir hukuk geleneği oluşturan ve modern üniversite anlamında ilk üniversite sayılan bir okul kurulmuştur. Okulun amacı, Roma hukukunun Katolik doktrinle uyumlaştırılması ve bu anlamda kilise hukuku ile Roma hukukunun müştereken oluşturdukları bir hukuk eğitiminin verilmesidir[33]. Okulun ortaya koyduğu eserler, bunları yorumlayan glassator ve postglassotarlar aracılığıyla yaygınlaşmış ve Constitutio Criminalis Bambergernsis ve 1532 tarihli Almanya için yazılmış ama tüm Avrupa'da etkili olmuş Constitutio Criminalis Carolina ile kanunlaşarak Avrupa hukukuna egemen olmuştur[34]. Müşterek hukuk, 18. yy.'nin yarısında başlayan kanunlaştırma hareketine kadar egemenliğini sürdürmüştür. Müşterek hukukun eşitlik ilkesine aykırı olma, keyfilik içerme ve cezalarda olağanüstü bir şiddeti öngörme gibi özelliklere sahip olduğu belirtilmektedir[35]. Carolina'da, bu anlamda müşterek hukukta hakimin takdir yetkisinin ortadan kaldırıldığı ve gelenek hukukunun bir ceza hukuku kaynağı olmaktan çıktığı iddia edilmektedir. Ancak Carolina'nın sözü edilen 104 ve 105. maddelerinde sadece sınırlı sayıda suç tipi düzenlenmiş ve düzenlemelerde açık biçimde gelenek hukukuna, hakimin bilgi düzeyine, bu yönüyle kıyasa yer verilmiştir[36]. Sonuç olarak bu dönemde kanuna bağlılık güçlenmiş, ancak kanunilik ilkesi tüm alt ilkeleriyle birlikte henüz ortaya çıkmamıştır[37]. Müşterek hukukta

[30] Schöckel, **A.e.,** s. 15.
[31] Bkz.: Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 22.
[32] Görüş ayrılığına ilişkin bkz.: Schöckel, **a.g.e.,** s. 17 vd.
[33] Mehmet Tevfik Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, bs. 2, İstanbul, Tekin, 2017, s. 35-36.
[34] Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, bs. 6, İstanbul, Beta, 2016, s. 37; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I**, 9.bs, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985, s. 46-47.
[35] Dönmezer/Sahir Erman, **A.e.**, s. 47.
[36] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 26-28; Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2006, s. 143.
[37] Sade, **a.g.e.**, s. 17. Söz konusu madde metinlerinin Türkçe çevirisi aşağıdaki gibidir ve kanaatimizi desteklemektedir:

geçmişe yürüme yasağının ise genel olarak uygulandığı ileri sürülmekte, ancak burada da doğal hukuk kuralları bakımından istisnaların gündeme geldiği belirtilmektedir[38].

10-15. yy. arası Avrupa'da hakim olan ve burjuvazinin ortaya çıkmasıyla beraber etkisini yitirmeye başlayan iktisadi-siyasi yapı feodalizmdir. İktisadi düzen olarak feodalizmin başat özelliği, parçalı iktidar yapısı ve koşullu mülkiyet ilişkisidir. Merkezi krallıkların yanında feodal beylerin de hukuk düzeni üzerindeki etkisi önemlidir. Yine bu parçalı yapı, evrensellik iddiasında bulunan tek kurum olarak kilisenin, toplum ve iktidar üzerindeki etkisini arttırmıştır[39]. Bu yapı etkisini 15. yy.'den itibaren dönem dönem artan, dönem dönem azalan biçimde devam ettirebilmiştir. Bu noktada Schreiber kanunilik ilkesini etkileyecek önemli bir tarihsel sürece girildiğini iddia etmektedir. Bu dönem kanuna bağlılığın yeniden ortadan kalktığı bir süreçtir. 16. ve 17. yy'deki din savaşları nedeniyle merkezi krallıklar zayıflamış ve iktidar feodal güçler arasında daha açık biçimde bölünmüştür. Bunun sonucu olarak Carolina'daki suç tiplerinin azaltılması ve suçların ve cezaların kutsal kitaplara dayandırılması gibi bir eğilim güçlenmiştir. Yine feodal beylerin kanunun bağlayıcılığından ziyade keyfiliğe ihtiyaç duyması, son karar vericinin feodal bey olduğu bir yapıyı doğurmuştur. Eski bir terim olan "crimina exrtaordinaria"ya yeniden başvurulmuştur[40]. Bunlar cezanın tayininde hakimlerin serbest olduğu, düzenlenmemiş, kuralsız suçlardır[41].

"m. 104: Yazılı müşterek hukukumuza göre ölüm cezasını gerektirecek bir fenalık yapan kimse hakkında verilecek ceza; iyi geleneklere, hukuku bilen bir hakimin koyacağı kurala ve fiilin yarattığı skandala göre takdir edilecektir. Ancak bizim emperyal hukukumuzun koyduğu ceza, memleketlerin hukuku nezdinde zaman ve mekana münasip karşılanmıyorsa veya harfiyen tatbiki imkansızsa azap cezaları her bir memleketin iyi geleneklerine ve feraset sahibi bir hakimin takdirine göre tayin edilebilir. Bu durumlarda ceza, adalete olan aşk ve kamu yararı gözetilerek tayin edilmelidir. Ancak emperyal hukukumuzun yaşam, beden üzerinde ceza öngörmediği durumlarda hakimler de kimseye ölüme ve sair azaplara mahküm etmesinler...
m. 105: Azap muhakemesi işlerinde koymuş olduğumuz bu kuralların kafi gelmediği durumlarda hakimler müşavere ederek, emperyal hukukumuz ve işbu düzenlememize en münasip biçimde hüküm versinler; zira tüm cezalar işbu düzenlememizde kafi derecede düşünülmüş ve yazıya geçirilmiş olmayabilir." Cemil Ozansü, **Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi**, İstanbul, XII Levha, Mayıs 2014, s. 328-329.

[38] Krey, **a.g.e.**, s. 51-52.

[39] Özenç, **a.g.e.**, s. 95.

[40] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 28-30.

[41] Ozansü, **a.g.e.**, s. 328.

Tarihsel olarak bire bir örtüşmese de, bu başlık altında İslam ve Osmanlı hukukunda ilkelerin düzenlenişi ele almakta fayda vardır. Kuran'da birçok surede kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağına doğrudan veya dolaylı biçimde yer verildiği ve bu ayetlerde Allah'ın uyarmadıkça insanları cezalandırmayacağının açıkça ortaya konulduğu ifade edilmiştir. İslam hukukunda had ve kısas suçlarında suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağının benimsendiği belirtilmektedir[42]. Tazir suçlarında ise hakime kıyas ve yine yaptırımın tür ve miktarını belirleme yetkisi verildiğinden, bu suçlarda ilkeye sıkı sıkıya bağlılığın söz konusu olmadığı iddia edilmektedir[43]. Bir görüş bu yetkinin, Aydınlanma Çağı sonrası düzenlemeleri de etkileyen bir keyfilik olduğunu ileri sürerken[44]; diğer bir görüş bunun ilkenin uygulanmasını ortadan kaldıracak biçimde bir keyfiliğe izin vermediğini ve zamanla kanunnameler eliyle tazir suçları bakımından da belirlilik ilkesine uygun düzenlemeler yapıldığını ileri sürmektedir[45]. Fatih Sultan Kanunnamesi, Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi, Bosna Kanunnamesi, IV. Mehmet Kanunnamesi bunlara örnek olarak gösterilmektedir. Ancak bunlarla sadece belirli suç tiplerinin düzenlendiğini, bu anlamda sistematik olarak tüm suç fiilleri bakımından ilkenin karşılık bulmasının söz konusu olmadığını belirtmek gerekmektedir[46]. Bu dönem, birçok suç tipi bakımından muntazam ceza kanunları bulunmadığı; keyfi muamelelerle, padişahın emir ve fermanlarıyla, hatta savunma alınmaksızın idam, zindan, sürgün, müsadere cezalarının verildiği; kadıların kamu düzenine aykırı fiilleri cezalandırma konusunda geniş takdir yetkisine sahip olduğu bir dönemdir[47]. Örfi hukuk da suçların tespitinde önemli bir rol oynamaktadır[48].

[42] Mustafa Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku**, Konya, Mimoza, 2010, s. 46; Muhammad Munir, "İslam Ceza Hukuku Sisteminde Kanunilik Prensibi", **İslam Ceza Hukuku**, Çev. Burak Çağ, C. 1, Lale, 2017, s. 671-672; Yılmaz Yurtseven, "Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi Çerçevesinde İslam Ceza Hukuku'nda Orfi Hukukun Yeri ve Osmanlı Uygulaması", **A.e.,** C. 2, s. 335-336.
[43] Avcı, **a.g.e.,** s. 45.
[44] Demirbaş, **a.g.e.,** s.115; İçel, **a.g.e.,** s. 102.
[45] Avcı, **a.g.e.,** s. 47.
[46] Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 29.
[47] M. Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1953, s. 133.
[48] Yurtseven, **a.g.e.,** s. 340.

2.2. Aydınlanma Çağı ve Sonrası Dönem

Aydınlanma Çağı sonrası hukuk, günümüz hukuk düzeni olarak da ifade edilmektedir. Günümüz hukuk düzeni kavramsallaştırması, tarafımızdan modern devletin doğuşu; yani sanayileşmeyle birlikte Aydınlanma Çağı'nın ortaya çıkardığı yeni devlet düzeni ve bu düzenin hukuk anlayışı olarak hukuk devleti biçiminde telakki edilmektedir. Aydınlanma Çağı'nın başlangıcı, hatta belli bir dönem olarak tanımlanıp tanımlanmayacağı konusunda tartışmalar yaşanmaktadır. Buna rağmen 17. yy.'nin üretim ilişkilerindeki değişime paralel olarak "bir entelektüel iklimden diğerine geçine tanık olmuş bir çağ olarak" aydınlanmanın başlangıcı sayılabileceği kabul edilir. Bu noktada "modern devlet" kavramı önem arz etmektedir. Modern devleti önceki devlet yapılarından ayıran özellikler, başta güç kullanma tekeli olmak üzere o zamana kadar dağınık olan devletsel egemenlik işlevlerinin tek elde toplanmaya başlanması ve her alanda yaşanan merkezileşmenin doğurduğu dev bir bürokratik aygıtın varlığıdır [49]. Farklı gerekçelendirmelere dayandırılsa da, kanunilik ilkesinin Aydınlanma Çağı'nın ortaya çıkardığı özgürlükçü anlayışın bir sonucu olduğunun altını çizmek gerekmektedir [50]. Egemenin mutlak iktidarını koruma amacını taşıyan Hammurabi Kanunları'ndan, Aydınlanma Çağı'nda bireyin iktidara karşı korunması iddiası çerçevesinde yapılan kodifikasyon hareketine ve zamanla ilkenin tanımlanarak açıkça kanunlarda, Anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde yer verilmesine evrilen süreçte Aydınlanma Çağı önemli bir yer tutmaktadır[51]. Bu dönemi anlamak için Aydınlanma Çağı'nı yaratan sürece değinmek gerekmektedir.

Kanunilik ilkesinin gelişimi ve kapsamının, gelenek hukukuna ve içtihatlara dayanan Anglosakson hukuku ile Kıta Avrupası hukuku arasında farklılık gösterdiği açıktır. Bilindiği üzere her iki hukuk sisteminde hukukun kaynakları farklılık arz

---

[49] Mithat Sancar, **Hukuk Devletinin Genel Teorisi,** Ankara, Dipnot, 2006, s. 170, 179, 214, 219; Özenç, **a.g.e.**, s. 123-126. Bürokrasinin sınıfsal ilişkilerdeki rolüne ilişkin bkz.: Özenç, **A.e.**, s. 159, 164, 203.

[50] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 33; Dönmezer/Erman, 1985, **a.g.e.**, s. 20; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, s. 132; Zeynel T. Kangal, "Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi", **CHD**, Aralık 2011, S. 17, s. 64; Eric Hilgendorf, "Geseztlichkeit als Instrument der Freiheitssicherung", **Gesetzlichket und Strafrecht**, Ed. Hans Kudlich, Juan Pablo Montiel, Jan C. Schuhr, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, s. 17.

[51] Krey, **a.g.e.**, s. 12.

etmektedir[52]. Özellikle İngiltere'de sanayi devriminin erken yaşanması, kanunilik ilkesi bakımından farklı bir tarihsel süreci yaratmıştır. Ancak gerek Türk gerekse de üçüncü bölümde çokça değineceğimiz Alman hukukunun Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde yer alması dolayısıyla, çalışmamızda ilkenin tarihsel gelişimi ve düzenlemeler bakımından Kıta Avrupası hukuku esas alınmıştır.

Söz konusu tarihsel süreçte yukarıda bahsedilen feodal beylerin parçalı egemenliğinden, mutlak monarşilerin hüküm sürdüğü ama keyfiliğin hakim olduğu bir döneme geçilmiştir. Bu değişimde, aydınlanmacı mutlakiyetçi akımın payı önemlidir. Bu akım sekülerizmin, kralların mutlak egemenliğini kilisenin mutlak egemenliğine yeğleyerek sağlanabileceğini savunmaktadır. Çözülen serflik ilişkisi neticesinde feodalizmin zayıflaması, bu değişimin diğer bir önemli nedenidir. İktisadi ve toplumsal gelişmeler sonucu iktidar yapısındaki merkezileşme eğilimi, hukukun genel ve kapsayıcı niteliğini öne çıkarmıştır. Bu anlamda bu eğilim en üstün otorite olma iddiasıyla, feodal iktidarların ve kilisenin çıkarlarıyla çatışmıştır[53]. Özellikle gelişen ekonomik ve toplumsal süreç karşısında o dönemki ceza hukukunun teokratik yapısı, değişimi ve hukukun ihtiyaca uygun reforme edilmesini engellemekteydi. Bu anlamda ceza hukukunun sekülerleşmesi ihtiyacı da öne çıkan dinamikler arasında yerini almıştır[54]. Ancak sanayileşme ve uluslaşma sürecinin geç yaşanması nedeniyle, kanunilik ilkesinin ortaya çıkışı Almanya ve Avusturya'da farklı özellikler taşımaktadır. Buralarda henüz ulusal birlik sağlanamadığı için feodal beylerin egemenliği söz konusudur. Feodal beylerin keyfiliğine karşı kanunilik ilkesinin savunulması, mutlakiyetçi aydınlanmacılar eliyle gerçekleşmiştir[55]. Bu ülkelerde kanunilik ilkesi, devlet dışı alanlardan ziyade devletle bağlantılı biçimde

---

[52] Carl Schmitt, **Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz "Nullum crimen, nulla poena sine lege",** Ed. Helmut Quaritisch, Berlin, Duncker Humbolt, 1994, s. 21. İlkenin İngiliz hukukundaki gelişimi için bkz.: Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 41 vd. Avrupa bakımından, bir zamanlar sosyalist olan ülkerlerde de ilkenin gelişimi ve ilkeye ilişkin yaklaşımların farklı olduğu açıktır. Farklı bir hukuk sitemini öngörmesi nedeniyle çalışmamızın sınırlarını aşan konuya ilişkin bkz.: Öztekin Tosun, "Suçların Kanuniliği Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Huku", **İÜHFM**, C. 30, S. 1-2, 1964; Ernst E. Hirsch, "Was bedeutet „sozialistische Gesetzlichkeit"?", **JZ,** 17. Jahrg., Nr. 5/6, 1962.

[53] Özgür Küçüktaşdemir, "Aydınlanma ve Ceza Hukuku", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. Temmuz-Ağustos 2014, S. 113, s. 62; Özenç, **a.g.e.**, s. 120.

[54] Hilgendorf, **a.g.e.**, s. 22.

[55] Georg Bopp, **Die Entwicklung Des Gesetzesgebersbegriffes Im Sinne Des Grundrechts "Nulla Poena, Nullum Crimen Sine Lege",** (Inagural Dissertation), Freiburg, 1966, s. 44; Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Berlin, Springer, 2015, s. 98. II. Josephs dönemi 1787 ve 1797 yıllarında çıkarılan kanunlar bu tür kanunlaştırmaya örnektir. Bopp, **a.g.e.**, s. 46.

gelişmiştir[56]. Alman ve Avusturya hukukunda kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağının, esas itibariyle hukuki birliğin ve güvenliğin sağlanması ihtiyacıyla gerekçelendirildiğini söyleyebiliriz. Bu ülkelerde ulusal birlik, kanunun hakimiyeti yardımıyla sağlanmaya çalışılmıştır. Aydınlanma düşüncesinin yansıması olan bireyin korunması vurgu ise, Almanya'da büyük ölçüde Feuerbach tarafından yapılmıştır[57]. Almanya'daki farklılık sadece onun tarihsel koşullarından değil, felsefi alt yapısından da kaynaklanmaktadır. Alman felsefesinin hukuk devleti ve kanunilik ilkesini özellikle "Alman kültürü" çerçevesinde tartışması, ilkenin Alman hukukundaki gelişimini etkilemiştir[58].

17/18. yy., yukarıdaki tarihsel sürecin devamı olarak eski ve yeni kanunların, emirnamelerin, fermanların ve hatta gelenek hukuku anlamında yazılı olmayan kuralların bir arada bulunduğu bir dönemdir. Hakim tarafından suç fiiline bu kurallardan istenileni uygulanabilmekteydi. Hakimin bu keyfiliğinin sınırı dönemine göre sadece feodal bey yahut kraldı, onların yargıya müdahale hakkı bulunmaktaydı. Yine bir kural bulunmasa dahi hakim fiile uygun gördüğü cezayı uygulayabilmekteydi[59]. Bu süreçte gelişen ve iktidara ortak olmak isteyen burjuvazinin ortaya koyduğu özgürlükçü anlayış, mutlak iktidarların bu yetkilerini sınırlandırmak; kralın ve hakimin keyfiliğini ortadan kaldırmak için yollar aramıştır. Bu çerçevede aydınlanmanın siyasi ilkeleri ortaya çıkmış, kanunilik ilkesi de bu sınırlamanın en önemli aracı olarak görülmüştür. Hükümdarların ilahi yetkilerini tanımayan aydınlar ile burjuvazinin önderliğinde halk; egemenliği ilahi, aşkın ve keyfi olmaktan çıkarıp yere, kendi ellerine almıştır. İlahi, aşkın ve ahlaki anlayışın

[56] Bkz.: Sancar, **a.g.e.**, s. 29. Almanya'da burjuva sınıfı objektif çıkarlarına uygun düşecek bir siyasal düzeni yaşama geçirecek güçten yoksundu. 18. yy.'nin son çeyreğinde idari bürokrasi, mutlak monarklardan belirli ölçüde özerkleşerek, siyasi egemenliği görece nesnelleştirmiş ve hükümet içinde fethettiği siyasal iktidar parçasını kullanarak, kapitalist ekonominin gelişmesi bakımından belirleyici nitelik taşıyan hukuksal ve diğer kurumsal şartların önemli bir bölümünü yaratmıştır. Ancak özellikle 1848 devriminin başarısızlığından sonra siyasal egemenliği ele geçirme imkan ve umudunu yitiren burjuvazi, çareyi devletin iktidar araçlarını en azından hukukla bağlama ve hukuken denetleme çabasına sarılmakta bulmuştur. Böylece hukuk devleti kavramı ve buna bağlı olarak kanunilik ilkesi, Alman burjuvazisinin elinde, iktidarın hukuk yardımıyla denetimini sağlayan işleviyle donanmıştır. Hukuk devletinin sahici uygulama alanının merkezine idari yapıyı yerleştirmiş ve hukuk devletinin içeriğini, devletin bütün eylem ve işlemlerinin kanuniliği, idarenin yetkilerinin kesin ve net şekilde belirlenmesi ve düzenli hukuksal korumayla sınırlı tutmuştur. Sancar, M., **A.e.,** s. 262-263, 304-307.

[57] Bopp, **A.e.**, s. 48-49.

[58] Hilgendorf, **a.g.e.**, s. 28.

[59] Bopp, **a.g.e.**, s. 6-8.

yerine rasyonalizmi, liberalizmi ve hümanizmi koymuştur[60]. Gelişen kapitalist ilişkilerin özgür emek piyasası talebinin de, bu özgürlükçü ve akla dayanan hukukun gelişmesindeki katkısı yadsınamazdır. Gelişen aşırı üretim karşısında verimli bir işgücü sağlamak amaçlıyla bireylerin kendi kararını kendisinin verdiği, en azından verdiğini düşünmesini sağlayacak özerk alanlar yaratılmıştır[61]. Aynı biçimde piyasadaki mübadele ilişkileri bakımından gerekli olan öngörülebilirlik ve keyfi müdahaleleri engelleme ihtiyacı bu noktada önem arz etmektedir[62].

Sonuç olarak bireyleri ahlaki iyiye ulaştırmaya çalışan önceki dönem doğal hukuk anlayışının yerini, bireysel hale gelmiş ahlakın özel alanda yaşanabildiği bir hukuk anlayışı almıştır[63]. Sosyal sözleşmeci, hukuki değerlendirmede mantığı temel alan bu anlayış kanunilik ilkesinin kurumsallaşmasını sağlamıştır[64]. Diyalektik biçimde kanunilik ilkesi de, bu hukuki politik anlayışın yerleşmesinde temel bir fonksiyona sahip olmuştur. Arzu edilen toplumsal düzenin yerleşmesinde ilkeye önemli görevler yüklenmiştir.

2.2.1. Kanunilik İlkesi ve Geçmişe Yürüme Yasağının Felsefi Temelleri

Aydınlanma felsefesinin önde gelen düşünürlerine baktığımızda, Hobbes'un ilkeye toplumsal sözleşme görüşünün bir sonucu olarak yer verdiğini görmekteyiz. Buna göre eski kaos halindeki yapı tamamen ortadan kaldırılmalı, bunun yerine toplumsal sözleşme öğretisine uygun olarak bireylerin istekleri ve huzurunu esas alan bir yapı kurulmalıdır. Bu ise doğa halindeki yaşamda var olan sonsuz özgürlük alanın, bireyin özgürlüğü yararına sınırlandırılması suretiyle olabilecektir. Hobbes'e göre kanun, bireylerin sonsuz özgürlüğünü kısıtlamayı ve barış içerisinde bir arada yaşamayı sağlayan egemen emridir. Bireylerin özgürlüklerinin kısıtlanması için

[60] Küçüktaşdemir, **a.g.e.**, s. 73; Hilgendorf, **a.g.e.**, s. 18.
[61] Patronla işçinin karşı karşıya geldiği bu piyasanın ne kadar özgürlükçü olduğu tartışmalıdır. Ancak toprağa bağlı ve feodal beye ait olan serf yerine, emeğini satabilen birey olmanın; "özerk", "özel alan" kavramlarının gelişmesine ve bu anlamda birey devlet ilişkilerinin farklılaşmasına katkısı açıktır.
[62] Özenç, **a.g.e.**, s. 206; Sancar, M., 2006, **a.g.e.**, s. 177, 178.
[63] Özcan, **a.g.e.**, s. 196.
[64] Jesus-Maria Silva Sanchez, "Gesetzauslegung und strafrechtliche Interpretationskultur", **Gesetzlichket und Strafrecht**, Ed. Hans Kudlich, Juan Pablo Montiel, Jan C. Schuhr, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, s. 56.

ihtiyaçtır[65]. İnsanlar sadece kanunlarla izin verilen şeyleri yapma konusunda özgürlüğe sahiptirler[66]. Yani "kanun yoksa orada özgürlük vardır". Bu bağlamda Hobbes'un ilkeye yönelmesinin, egemen iktidara karşı bireyin özgürlüğünü genişletme düşüncesinden ziyade; kanunları iç barış ve düzenin korunmasında uygun bir araç olarak görmesinden kaynaklandığı belirtilmektedir[67].

Hobbes deterministtir ve fail tarafından fiilin sonuçlarının bilinebilmesi gerektiğini savunmaktadır. Ona göre insanlar, haksızlıkların yarar ve zararlarını tartıp ona göre hareket eden rasyonel varlıklardır[68]. Bu nedenle kuralların bilinebilir olmasına önem vermiştir. Düşünür kuralları ortaya koyarken, doğa yasası-toplum yasası ayrımına gitmiştir[69]. Doğa yasalarını on dokuz madde halinde sıralamış[70] ve bunların kaynağının gerçek ve ahlak felsefesi olduğunu belirtmiştir. Bunlar ebedi ve yazılı olmayan kurallardır[71]. Adalet, hakkaniyet ve kınanabilirlikten ve bunlara dayalı diğer ahlak erdemlerinden oluşurlar[72]. Toplum yasalarıysa kişilerin toplumun üyeleri oldukları için uymak zorunda bulundukları ve sözle, yazıyla ve iradenin bir başka işaretiyle doğru veya yanlışın ayırt edilebilmesi için kullanılmak üzere, devletin uyruklarına emrettiği kurallardır[73].

Bu noktada birkaç hususun altını çizmek, düşünürün ilkeye dair görüşlerini anlamamıza yardımcı olacaktır. İlk olarak pozitif hukuk-doğal hukuk ayrımı bakımından çizgilerin çok net çizilmediğini ifade etmek gerekmektedir. Doğa yasası ile toplum yasası bir bütünün parçalarıdır. Doğa yasası, bütün devletlerin toplum yasalarının bir parçasıdır[74]. İkinci üzerinde durulması gereken husus ise, toplum ya da pozitif yasa olarak adlandırdığı kuralların, pekala yazılı olmayabileceğidir. Bir kuralın toplum yasası olmasını sağlayan onun yazılı olmasından ziyade, muhatabı tarafından bir şekilde bilinmesidir. Düşünür pozitif yasaların yazı ile ya da kanun

[65] Thomas Hobbes, **Leviathan,** Çev. Semih Lim, İstanbul, Yapı Kredi, 1993, s. 127-130.
[66] Hobbes, **A.e.**, s. 156.
[67] Özenç, **a.g.e.**, s. 183.
[68] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 40-41.
[69] Düşünür, bunların doğal ve pozitif kanun olarak da ifade edileceğini belirtmektedir. Bkz.: Hobbes, **a.g.e.,** s. 194.
[70] Hobbes, **A.e.**, s. 96-115.
[71] Hobbes, **A.e.**, s. 116, 193.
[72] Hobbes, **A.e.**, s. 191.
[73] Hobbes, **A.e.**, s. 189.
[74] Hobbes, **A.e.**, s. 191.

koyucunun iradesini gösteren başka bir yöntemle insanlara bildirildiğini ifade etmiştir[75].

Hobbes'a göre "*toplum yasalarının olmadığı yerde suç yoktur*"[76]. Bu ifade, yazarın kanunilik ilkesini kabul ettiği ve ilkeyi sadece yazılı kurallarla sınırlandırdığı düşüncesini uyandırmaktadır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere yazar toplum yasasını, yazılı olmayan kuralları da içine alacak şekilde tanımlamakta ve formalist kanunilik ilkesini aşan bir anlayışı ortaya koymaktadır. Böhm de Hobbes'un toplumsal sözleşmeci devletinde, kanunilik ilkesine sıkı sıkıya bağlılığın söz konusu olamayacağını ileri sürmektedir. Kaos halindeki yaşamdan uzaklaşma amacına uygun bir yapılanma içerisindeki devletin, bu kadar kesin ilkelere sahip olması mümkün değildir[77].

Hobbes hiçbir şeyin fiilden sonra yapılmış bir kanunla suç haline getirilemeyeceğini ifade ederek, geçmişe yürüme yasağına da değinmiştir. Ancak söz konusu yasağın, doğa yasaları bakımından geçerli olup olmadığı tartışmalıdır[78]. Schreiber ve Schöckel, düşünürün ifadelerinden doğa yasalarını yasak kapsamında kabul etmediği sonucunu çıkarmaktadırlar. Bu görüşe göre, Hobbes için geçmişe yürüme yasağının sınırı, doğal hukuktur[79]. Hobbes'un yukarıdaki ifadesinin devamında "doğa yasasını bilmemenin kimseyi mazur kılmayacağını" belirtmesi ve yine yazılı bir kural yoksa uygulamada doğa yasasının uygulanacağını ifade eden örneklere yer vermesi, kanımızca Schreiber ve Schöckel'in görüşünü doğrulamaktadır[80].

Son olarak düşünürün cezanın değil sadece suçun mağdur tarafından bilinmesi gerektiğini ifade ettiğini, bu anlamda cezada kanunilik ilkesini benimsemediğini belirtelim[81].

---

[75] Hobbes, **A.e.**, s. 202.
[76] Hobbes, **A.e.**, s. 206.
[77] Böhm, **a.g.e.**, s. 100-101.
[78] Kanımızca söz konusu bölümün Türkçe çevirisi ile asıl metni arasında farklılık söz konusudur. Çeviride "pozitif hukukun yapılmadan önce dikkate alınmayacağı" yönündeki ifade atlanmıştır. Bu eksiklik, doğa yasasının da yasak kapsamında olduğu biçimde bir yanlış anlaşılmaya imkan tanımaktadır. Metinin İngilizce aslı ve Türkçe çevirisi için bkz.: Thomas Hobbes, **Leviathan**, London, Penguin, 1968, s. 339; Hobbes, 1993, **a.g.e.**, s. 208.
[79] Schöckel, **a.g.e.**, s. 35-36; Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 41.
[80] Hobbes, **a.g.e.**, s. 207, 194.
[81] Hobbes, **a.g.e.**, s. 207.

Her halükarda Hobbes, mevcut bir yazılı kanun varsa buna şekli olarak uyulması gerektiğini ortaya koyarak kanunilik ilkesine önemli bir katkı yapmıştır[82]. Yine geçmişe yürüme yasağına yaptığı vurgu da önemlidir. Düşünür tek tek kanunların gerekliliğini değil, yeni bir toplum inşasında kanunların rolünü vurgulamıştır. Bu vurgu ilkenin sistematikleşmesi bakımından önem arz etmektedir.

Montesquieu da ilkenin gelişmesine katkıda bulunan düşünürler arasında yer almaktadır. Özellikle Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığı ilkesi, kanunilik ilkesine dayanak yapılmaktadır. Hatta düşünürün ilkenin ruhani babası, teorik temellerini ortaya koyan ilk kişi olduğu ileri sürülmektedir[83]. Ancak Montesquieu eserlerinde kanunilik ilkesine açık ve terminolojik bir biçimde yer vermemiştir. Düşünür kıyas yasağı ve belirlilik ilkesini doğrudan, gelenek hukukunun suç ve ceza yaratamayacağı ilkesini ise dolaylı olarak ortaya koymuştur[84]. Hakimin takdir yetkisinin olmadığını belirtmiştir. Bu düşünce "hakim sadece kanundaki sözcüklerin dilidir" anlayışının gelişmesine katkı sunmuştur[85]. Buna göre *"milletin hakimleri, kanunu söz haline getiren, kanunun kuvvetini ya da şiddetini yumuşatacak durumda olmayan birer cansız varlıktan başka bir şey değillerdir"*[86]. Söz konusu ifade Aydınlanma Çağı'nın formalist kanunilik anlayışına örnek teşkil etmiştir.

Bazı yazarlar Montesquieu'nün geçmişe yürüme yasağını kabul ettiğini iddia etmektedirler. Çünkü düşünür, öngörülebilirlik ilkesi ve bireyin keyfiliğe karşı korunmasına aşırı derecede vurgu yapmaktadır. Birey özgürlüğünü temel alan bir kanun koyucu, geçmişe yürüyen kanunlar yapmamalıdır[87]. Bopp ise aynı sonuca farklı gerekçelerle ulaşmaktadır. Ona göre Montesquieu kanunların genel olması gerektiğinin, her somut olaya özgü ayrı bir kanun olamayacağının altını çizmiştir. Geçmişe yürüme halinde bu ilke ihlal edilmiş olacaktır; çünkü geçmişe yürüyen kanun genel değil, sadece belirli sayıdaki olaya uygulanan bir kanundur[88]. Montesquieu'nun kanunilik ilkesini, özellikle Rousseau'nun toplumsal sözleşmeci

[82] Türinay, **a.g.e.**, s. 75.
[83] Krey, **a.g.e.**, s. 54; Küçüktaşdemir, **a.g.e.**, s. 76.
[84] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 55.
[85] Krey, **a.g.e.**, s. 14.
[86] Charles Louis de Secondat Baron de Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine**, Çev. Fehmi Baldaş, İstanbul, Hiperlink, 2014, s. 176.
[87] Schöckel, **a.g.e.**, s. 74; Krey **a.g.e.** s. 55.
[88] Bopp, **a.g.e.**, s. 15-16.

görüşünün bir yansıması olarak, ceza kanununun halkın iradesinin bir sonucu olması gerektiğine ilişkin politik talep üzerinden ele aldığını belirtelim[89].

Klasik Okul içinde Faydacılık Akımı'nın önde gelen temsilcileri Beccaria ve Bentham da kuruma önemli katkılarda bulunmuştur. Kanunilik ilkesi Beccaria'nın adıyla anılmaktadır[90]. Hukukun görevinin, bireyin ve toplumun haz ve faydasını arttırmak olduğunu düşünen Bentham; cezanın temelsiz, etkisiz, gereksiz olması durumda uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır. Bir cezanın etkili olması içinse, suçun önceden hakkıyla duyurulması gerekmektedir. Etkili bir biçimde duyurulmamış veya geçmişe yürütülerek uygulanan cezalar etkisizdir[91].

Beccaria'nın, Montesquiue'dan önemli ölçüde etkilendiği bilenmektedir. Hilgendorf bu etkilenmeyi, "*Beccaria Fransız aydınlanmacıların ceza hukuku siyaseti anlamındaki taleplerini dahice bir araya getirmiştir*" biçiminde özetlemektedir[92]. İlkeyi ünlü eseri Suçlar ve Cezalar Üzerine'de defaten açıklayan Beccaria, eserinin henüz ilk iki bölümünün sonuç kısmında şu ifadelere yer vermiştir:

"Suçlara ilişkin cezaları yalnızca yasalar belirler. Bu otoritenin kaynağı, toplumsal sözleşmeyle birlemiş bütün toplumu temsil eden yasa koyucunun kendisidir, sadece. Toplumun aynı zamanda bir üyesi olan hiçbir yargıç, aynı toplumun bir başka üyesini, adalet adına, yasaca öngörülmeyen cezalara çarptıramaz. Ayrıca, yargıcın, yasalarca saptanmış sınırı aşarak bir cezaya hükmetmesi de haksızdır, yasaya aykırıdır. Çünkü bu tutum, yasal cezaya bir başka cezayı eklemek demektir. O yüzden bir yargıç, suçlu bir yurttaş için önceden yasayla belirlenmiş bir cezayı, büyük emekler harcadığı ya da kamu esenliği gibi bahanelere sığınarak, kendiliğinden artıramaz."[93]

Söz konusu ifade kanunu, açık biçimde kanun koyucunun iradesi olarak tanımlamıştır. İlkeye hiçbir suretle istisna getirilemeyeceğini belirtmesi de ilerleyen bölümde yürüteceğimiz tartışmalar bakımından önemlidir. Bu istisnasızlık hali,

[89] Bopp, **A.e.**, s. 27.
[90] Türinay, **a.g.e.**, s. 103.
[91] Jeremy Bentham, **Ahlak ve Yasama İlkeleri**, Çev. Ömer Saruhanlıoğlu/Uğur Kaşif Boyacı, İstanbul, Litera, 2017, s. 263-264.
[92] Hilgendorf, **a.g.e.**, s. 19.
[93] Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, Ankara, İmge, Haziran 2004, s. 31, 66.

Aydınlanma Çağı'nın en önemli sonuçları arasında yer almaktadır. Bu anlayış, bilimsel düşüncenin ve toplum iradesinin sonucu olan yazılı kanun ile hukuku eşitleyen bir niteliğe sahiptir.

Beccaria ilkeye, toplumsal sözleşmeci bir anlayışla egemenin sınırlandırılması ve bireyin özgürlüğünün korunması düşüncesi üzerinden yer vermektedir[94]. Yine adalet, haksızlık gibi kavramları ilkeyle beraber tartışmaktadır. Montesquieu gibi yargıçların kanunu yorumlamaya haklarının olmadığı belirten Beccaria, bir grup azınlığın keyfi yorumunun önüne geçmek için kanunların açık, anlaşılır ve sade olması gerektiğini ifade etmiştir[95]. Bu yönleriyle kanunu yoruma ihtiyaç duyulmayan, rasyonel, yararcı ve toplumun genelini temsil eden kolektif aklın eseri olarak kabul etmektedir[96]. Düşünür yine tutuklama, delil gibi muhakeme kurumlarının da kanunla düzenlenmesi gerektiğinin altını çizmiştir[97]. Toplumsal sözleşmeci Beccaria, Hobbes gibi kanunilik ilkesine yeni toplum düzeni bakımından kurucu bir rol biçmiştir. Buna göre yazılı kanunları olmayan bir toplum, asla oturmuş bir yönetim biçimine sahip olamayacaktır. Sadece kanunlar aracılığıyla geçiş sürecini hızlandıran topluluklar mutlu olabileceklerdir[98].

İlkeyi ilk kez hukuki bir terim olarak Latince "nullum crimen, nulla poena sine lege" biçiminde ifade eden Feuerbach[99] ve ilkeyi suçluların Magna Carta'sı olarak tarif eden Franz von Liszt'in ilkeye dair düşüncelerine de yer vermek gerekecektir. Yukarıda da değindiğimiz üzere Feuerbach'ın aydınlanma düşüncesinin Almanya'ya taşınması konusundaki katkısı göz ardı edilemez. Benzer biçimde düşünürün hukuk devletinin yansıması olarak süreklilik, güvenlik ve öngörülebilirlik gibi kanunilik ilkesinin liberal-politik arka planını oluşturan kavramların yerleşmesi bakımından da katkısı büyüktür[100]. Genel önleme teorisinin mimarı olan Feuerbach'a göre bu amacı gerçekleştirmenin en önemli yolu, cezanın toplum üzerinde bir psikolojik baskı aracı haline gelmesidir. Suç işlediği zaman ceza alacağını bilen

[94] Beccaria, **A.e.**, s. 25-26; Krey, **a.g.e.**, s. 14.
[95] Beccaria, **a.g.e.**, s. 35, 41.
[96] Hilgendorf, **a.g.e.**, s. 26.
[97] Beccaria, **a.g.e.**, s. 149, 150.
[98] Beccaria, **A.e.**, s. 22, 42.
[99] Ancak bazı yazarlarca ilkenin terimsel olarak Feuerbach'tan on beş yıl önce Kant tarafından ifade edildiği ileri sürülmektedir. Sharon Byrd/Joachim Hruschka, "Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat", **JZ**, 20/2007, s. 957.
[100] Bopp, **a.g.e.**, s. 58-59.

kişinin üzerinde, suç işlememesi gerektiği yönünde bir baskı oluşacak ve kişi suç işlemekten korkacaktır[101]. Psikolojik baskı teorisinin temel unsuru kanuni bir ceza tehdididir. Cezaların korkutucu özelliği ancak yazılı, geçmişe yürümeyen, belirli ve hakimi bağlayıcı düzenlemeler eliyle gerçekleşebilir. Suçları önceden engelleme anlamında bu ilke, cezayı sınırlandıran ve özgürlüğü garanti altına alan bir niteliğe sahiptir[102]. Bu çerçevede Balancier Teori diye adlandırılan teoriye de vurgu yapmakta fayda vardır. Buna göre her vatandaş potansiyel suçludur ve psikolojik etki altına alınmalıdır[103]. Ancak Feuerbach sadece suçla mücadeleye değil, bireylerin özgürlüğüne de önem vermiştir[104]. Ona göre devletin görevi vatandaşların haklarını rahatça ve özgürce kullanmalarını sağlayacak ortamı yaratmaktır. Vatandaşların özgürlük alanını korumak için, devletin müdahale alanı kanuni olarak kesin sınırlarla çizmelidir. Özellikle belirlilik ilkesi bu sınırı çizme ödevinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca vatandaş hakimlerin keyfi uygulamalarından da korunmalıdır, bu yüzden kıyas yasaktır. Feuerbach için kanunilik ilkesi özgürlüklerin korunması ve devletin sınırlandırılması yoluyla -feodal mutlakiyetçi düzeni aşma talebiyle birleşen- erken liberalizmin programını ceza hukukuna aktaran bir postulattır[105]. Bu ilke mutlakiyetçi egemenlerin cezalandırma tekelini ve keyfi cezalandırma olanağını ortadan kaldıracaktır[106]. Düşünür geçmişe yürüme yasağına da psikolojik baskı ve genel önleme teorileri bağlamında yer vermiştir. Ona göre bu ilkenin politik temeli, devletin ceza hukukundaki keyfi gücünün sınırlandırılması ve vatandaşın hakimlerin keyfiliğinden korunmasına ilişkin eğilimdir[107].

[101] Toplumsal baskı teorisi için bkz.: **Paul Johann Anselm von Feuerbach**, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, Giessen, yy., 1801, s. 12 vd.
[102] Bkz.: Susanne Ehret, "Strafrechtsbegrenzung durch das Gesetzlichkeitsprinzip bei Franz von Liszt?", **KritV**, Vol. 79, No: 4 (1996), s. 242.
[103] Schöckel, **a.g.e.**, s. 40. Schöckel söz konusu teorinin Feurbach'tan önce de var olduğunu; ancak Feurbach'ın, Aydınlanma felsefesinin de etkisiyle, teorinin ancak yazılı ve pozitif kanunlarla hayat bulacağını belirterek onu geliştirdiğini ifade etmektedir. Schöckel, **A.e.**, s. 40.
[104] Feuerbach'ın anlayışının liberal ve birey özgürlüğünü koruyucu niteliğinin, cezanın önlenmesi bu anlamda ceza siyasetinin geçici nitelikteki bir yan sonucu olduğu görüşü için bkz.: Wolfgang Naucke, **Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, Abhandlung zum Strafrecht und Strafprozessrecht,** Frankfurt am Main**,** Vittorio Klostermann, 1999, s. 230.
[105] Bkz.: Ehret, **a.g.e.**, s. 243.
[106] Bkz.: Böhm, **a.g.e.**, s. 41.
[107] Bkz.: Krey, **a.g.e.**, s. 59; Arnold, **a.g.e.**, s. 107.

Von Liszt ilkeyi suçluların Magna Carta'sı biçimde tanımlayarak ona verdiği önemi ortaya koymuştur[108]. Düşünür ilkeyi ceza siyasetiyle ilişkilendirmiştir. Ceza siyaseti vatandaşın ve hukukun korunması amacına uygun olmalıdır. Bu anlamda ilke, cezanın özel önleme amacının gerçekleşmesi için fail lehine sonuç doğuran, aşılamaz bir niteliğe sahiptir. Suçlunun Magna Carta'sıdır[109]. Bu korunma kriteri ceza adaleti ile cezanın kanunlaşması arasında bir örtüşmeyi beraberinde getirmiştir. Ancak düşünür, Feuerbach'ın aksine, ilke ile; devletin keyfi uygulanmalarının sınırlandırılması amacı arasında sıkı bir bağ kurmamaktadır. Çünkü devlet, ceza politikasını sınırlarını kendi çizmekte ve bireyin özgürlük alanını yine kendi belirlemektedir. Von Liszt suçun unsurlarının basitleştirilmesi suretiyle kanun metninin mümkün oldukça esnek olması, ceza aralığının geniş tutulması ve bu suretle yargının takdir yetkisinin genişletilmesini gerektiğini savunmaktadır. Birey haklarının korunmasından ziyade, ceza siyaseti olarak suçun önlenmesi kavramına önem vermektedir. Onun için önemli olan uygun ceza siyaseti sonucu suçun önlenmesidir. Sonuç itibariyle Ehret'e göre iki düşünür arasında bağ kurmak ve birbirinin tamamlayıcısı olarak görmek yanlıştır[110].

2.2.2. Kanunilik İlkesi ve Geçmişe Yürüme Yasağının Mevzuatlara Girmesi

Yukarıda belirtilen tarihsel süreç ve görüşler üzerinden kanunilik ilkesi kurumsallaşmıştır. Modern devletin kendisi gibi, hukuk devleti ve buna bağlı olarak kanunilik ilkesi esas olarak Batı'da doğmuş ve özellikle İngiltere, Amerika ve Fransa'daki "burjuva devrimleriyle" yaygınlaşmıştır[111].

Geçmişe yürüme yasağı Amerika Birleşik Devletleri'nde 1776 tarihli Maryland ve Virginia Eyalet Anayasaları'nda düzenlenmiştir. Bir bütün halinde

---

[108] Schünemann'a göre Von Liszt'in ifadesi mantık olarak yanlıştır. Suçlu ceza kanunu ihlal edendir ve onun neden olduğu bir fiil nedeniyle ortaya çıkan koruma onun Magna Carta'sı olamaz. Doğru olan ilkenin suçluların değil vatandaşların Magna Carta'sı olarak ifade edilmesidir. Bernd Schünemann, **Nulla poena sine lege?: Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht**, Berlin, Walter de Gruyter, 1978, s. 1, dipnot 2.

[109] Franz von Lizst, "Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe", **Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge**, Band 2, 1892 bis 1904, Berlin, Walter de Gruyter, 1970, s. 60; Von Lizst, "Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs", **A.e**, s. 102; Von Lizst, "Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts", **A.e.**, s. 80.

[110] Ehret, **a.g.e.**, s. 345-346.

[111] Sancar, M., 2006, **a.g.e.**, s. 17.

kanunilik ilkesi ise Avrupa'da ilk olarak Kral II. Joseph tarafından çıkarılan 1787 Avusturya Ceza Kanunu (Josephina)'nda yer almıştır[112]. Mutlakiyetçi aydınlanmanın eseri olan kanunun arka planında, mutlak egemenliğin güçlenmesi vardır. Düzenleme, hakimleri kanunun lafzıyla sıkı sıkıya bağlayarak; onların takdir yetkisini ortadan kaldırmayı amaçlamıştır. Ancak kanunda geçmişe yürüme yasağına ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir[113], hatta kanunun görüşülmesine ilişkin tutanaklarda aksi bir durumun ortaya konulduğu ileri sürülmektedir. Buna göre suçu düzenleyen yeni kanun suçun muhakemesi aşamasında çıkartılmışsa, geçmişe uygulanabilecektir. Bu ifade, kanunun birey özgürlüklerinin korunmasını amaç edinmediğine örnek olarak gösterilmektedir[114].

Kanunilik ilkesi daha sonra Fransız Devrimi'nin sonucu olarak 26 Ağustos 1789 tarihinde yayınlanan İnsan ve Yurttaş Hakları Evrensel Bildirgesi m. 7 ve 8'de düzenlenmiştir. Bildirgenin 8. maddesi[115] kanunilik ilkesine ve geçmişe yürüme yasağına açıkça yer vermiştir[116]. Söz konusu düzenlemeler, aynı ifadelerle 03.09.1791 tarihli ve benzer ifadelerle 24.06.1793 tarihli Fransız Anayasaları'na aktarılmıştır. 1793 Anayasası m. 1'de geçmişe yürüme yasağı daha net biçimde vurgulanmış ve geçmişe yürüyen kanun zorbalık ve suç olarak tanımlanmıştır[117]. Ardından 1810 tarihinde Napolyon zamanında hazırlanmış Fransız Ceza Kanunu (Code Pénal) m. 4'te[118] ilkeye yer verilmiştir[119].

Fransa'daki düzenlemeler birçok Avrupa ülkesine örnek teşkil etmiştir. Özellikle geçmişe yürüme yasağı kanunlarda yerini almıştır. Alman hukukunda ulusal birliği sağlamak amaçlı kodifikasyon çabaları sonucunda 1 Haziran 1794 Prusya Genel Ülke Kanunu çıkarılmış ve burada kanunilik ilkesine yer verilmiştir.

---

[112] İçel, **a.g.e.,** s. 98; Krey, **a.g.e.**, s. 57. Amerika Birleşik Devletleri'nde İngiliz kolonilerine karşı verilen mücadele sonucu Philadelpia ve Virginia deklarasyonları ve devamında gelişen Maryland Anayasası sürecine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz.: Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 63-67.
[113] Krey, **a.g.e.**, s. 15, 57.
[114] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 79.
[115] Maddenin Türkçe çevirisi aşağıdaki gibidir:
"Kanunlar sadece kesin ve açık bir şekilde gerekliliği olan cezalar belirlemelidir ve hiç kimse suçun işlenmesinden önce ilan edilen ve gereği şekilde uygulanan kanunlar dışındaki başka bir kanun nedeniyle cezalandırılamaz."
(Çevrimiçi), https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf, 02.10.2018.
[116] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 67; Krey**, a.g.e.**, s. 16, 59.
[117] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 67-68.
[118] Maddenin Türkçe çevirisi aşağıdaki gibidir:
"Kanunun önceden öngörmediği hiçbir fiil kabahat, cürüm veya suç olarak cezalandırılamaz."
[119] Krey, **a.g.e.**, s. 17.

Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Evrensel Bildirgesi'nin aksine, bireysel özgürlüklere yeteri kadar yer vermeyen Kanun'un 20. başlık 2. kısım 9. maddesinde kanunilik ilkesi, giriş kısmının 14. maddesinde ise geçmişe yürüme yasağı düzenlenmiştir. Geçmişe yürüme yasağı kanun lafzında açıkça ortaya konulmuştur[120]. Ancak devamında 15. maddede deklaratif kanunlarda geçmişe yürümenin söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Buna göre önceden bilinen kuralların geçmişe yürüyeceği, kanuni olarak da ifade edilmiştir[121].

Hakime ancak kanundaki ifadeyi kelimesi kelimesine olaya uygulama rolü biçen formalist anlayış, bundan sonraki kanunların ruhuna yansımıştır[122]. 1851 Prusya Ceza Kanunu, 1810 Fransız Ceza Kanunu m. 4'ü aynen tercüme ederken; formalist kanunilik anlayışı, karşılığını esas olarak Feuerbach'ın hazırladığı 1813 Bavyera Ceza Kanunu'nda bulmuştur[123]. 1813 Bavyera Ceza Kanunu m. 1'de kanunilik ilkesi, m. 2'de ise geçmişe yürüme yasağı açıkça düzenlenmiştir[124]. Bu Kanun'un en dikkat çeken noktası, Kanun'a ilişkin tutanaklarda bilimsel yorumun açık biçimde yasaklandığının ifade edilmiş olmasıdır. Buna göre kanuna ilişkin şerh yazmak yasaklanmıştır[125]. Bu, yorumu ve uygulamayı tekleştirme çabasının bir sonucudur. Söz konusu Kanun, sert kanun devleti idealinin bir göstergesi, pozitif hukukun formalist ve ahlakçı bir örneği olduğu eleştirileriyle karşılaşmıştır[126].

19 yy.'nin sonlarında kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağına ilişkin mevzuatta önemli değişiklikler meydana gelmemiştir. Hukuk devleti ilkesinin zaferinin bir aracı olarak geçmişe yürüme yasağı, Alman hukukunda 1851 Prusya ve 1871 Almanya Ceza kanunlarında yerini almıştır[127]. Benzer biçimde kanunilik ilkesi,

---

[120] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 88-89, 96. Geçmişe yürüme yasağını düzenleyen giriş kısmı 14. maddenin Türkçe çevrisi aşağıdaki gibidir:
"Yeni kanunlar daha önce meydana gelmiş fiillere ve durumlara uygulanamaz."
[121] Krey, **a.g.e.**, s. 58. Söz konusu giriş kısmı 15. maddesinin Türkçe çevirisi aşağıdaki gibidir:
"*Eski bir kanunun kanun koyucu tarafından önemli görülen ve esaslı biçimde yayımlanan ifadesi, tüm önemli hukuki olaylarda, etkisini gösterir."*
[122] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 75.
[123] Krey, **a.g.e.**, s. 18.
[124] Krey, **A.e.**, s. 60.
[125] Krey, **A.e.,** s. 20; Gropp, **a.g.e.**, s. 98.
[126] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 97; bkz.: Volkmark Schöneburg, "Nullum crimen, nulla poena sine lege. Rechtsgeschichtliche Anmerkungen", **UTOPIE kreativ**, H. 94 (August) 1998, s. 62.
[127] Krey, **a.g.e.**, s. 61-62.

temellendirme bakımından yeni ve farklı görüşler ortaya atılsa da, birçok kanun ve Anayasada düzenlenmiş, yaygınlaşmıştır[128].

Aydınlanma Çağı, Osmanlı İmparatorluğu'nun hukuk düzenini de etkilemiş ve Avrupa'daki kanunlaştırma hareketi Osmanlı'ya taşınmıştır. Kanunlaştırma hareketiyle daha önceki kanunnamelerin aksine sadece belirli konular değil, bütün bir hukuk sahası düzenlenmiştir[129]. Fransız Devrimi'nin etkileri çeşitli akımlar ve toplumsal olaylar eliyle vücut bulmuş, keyfiliğe karşı kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağına mevzuatta yer verme ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede 1839 tarihli Gülhane Hattı Hümayunu cezada kanunilik ilkesini açıkça düzenlemiştir. Ancak ne bu metinde ne de 1840 ve 1851 tarihli ceza kanunlarında suçta kanunilik ilkesine yer verilmiştir. 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu m. 1'de yer alan *"... tayin ve icrası şer'an ülüemre ait olan tazirin tayini derecatını işbu kanunname mütekeffil ve mutazammındır"* ifadesinden yol çıkarak ilkeye verildiği ileri sürülse de[130], hakim görüş aksi yöndedir[131]. Nihayetinde ilke bir bütün halinde ilk kez 1876 tarihli Kanun-ı Esasi m. 10'da[132] yerini almıştır[133].

Aydınlanma Dönemi ve sonrası düzenlemelerde açık biçimde formalist bir anlayış ortaya konulmasına rağmen, özellikle geçmişe yürüme yasağının kapsamı 18. yy.'nin son dönemlerinde tartışma konusu olmaya devam etmiştir. Doğal suç öğretisi çerçevesinde hiçbir kanunun cezalandırmaya değer fiillerin tamamını tanımlayamayacağı iddia edilmiştir. Bu nedenle insanlığın genel anlayışı bakımından cezalandırılması gereken fiillerin, sırf yazılı hale getirilmemesi nedeniyle cezasız kalmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Benzer biçimde psikolojik baskı teorisi bakımından da potansiyel suçluları sadece yazılı kurallarla korkutma

---

[128] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 118.
[129] Said Nuri Akgündüz, "Tazminat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları", **AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Güz 2016, C. 4, S. 8, s. 3, 4.
[130] Dönmzer/Erman, 1985, **a.g.e.,** s. 30.
[131] Taner, M., **a.g.e.,** s. 133; Demirbaş, **a.g.e.,** s. 115; İçel, **a.g.e.,** s. 102.
[132] Düzenleme aşağıdaki gibidir:
"Hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan mahsundur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten bir bahane ile mücazat olunamaz." (Çevrimiçi),
https://Anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf, 04.11.2018.
[133] Demirbaş, **a.g.e.,** s. 115. Hamide Zafer, bu haliyle ilkeye doğrudan değil dolaylı biçimde yer verildiğini ifade etmektedir. Zafer, **a.g.e.**, s. 60.

olanağının bulunmadığı belirtilmiştir. Bu nedenle herkesin bildiği yazılı olmayan suçların da cezalandırılması gerekmektedir[134].

Tarihsel Hukuk Okulu'nun önemli temsilcisi Savigny formalist anlayışa karşı çıkmakta ve eksiksizliği sayesinde yoruma ihtiyaç duyulmayacak, maddenin sadece lafzi olarak uygulandığı, mekanik kesinliği içeren kanunların mümkün olmadığını ileri sürmekte; metnin mekanik biçimde uygulanmasını uç bir uygulama olarak tarif etmektedir. Ancak düşünür esas olarak kanunlaştırmaya değil, 18. yy.'ye hakim olan kanunlaştırma hareketinin biçim ve zamanına itiraz etmektedir. Ona göre genel bir kanun yapma, ancak halkın bilincinin ve ulusun hukukunun belirli düzeye geldiği dönemlerde mümkün olabilecektir. Ceza hukukunun temeli esas olarak halkın ortak bilinci, yani halk ruhudur. Bu kanunlaştırmada tarihten ve örf ve adet hukukundan yararlanılacaktır. Sonuç olarak kanun, yasamanın keyfi iradesiyle yapay biçimde oluşturulamayacaktır[135]. Hukuk halkın ruhundan kaynaklanır ve onunla gelişir. Bu ruh tek tek milletlerin ve Avrupa'nın genelinde var olan geleneklerin bir sonucudur. Halkın bilincinin kaynağı benzer ihtiyaçların yarattığı ortak duygudur. Ulusal öznenin sessiz işleyen öznel gerekliliğidir[136]. Şu halde suç ve cezayı, bu kaynak yok sayılarak sadece yazılı hale getirilen hukukla sınırlandırmak yanlıştır. Öncelikli olarak halkın bilincinde oluşmadan yapılacak bir kodifikasyon, eksikler içerecektir[137]. Schreiber'e göre Okul yazılı kuralların varlığını reddetmemekte, ancak aydınlanmacıların ona atfettiği önemi vermemektedir. Halkın doğal yaşantısının sonucu ortaya çıkan kuralların varlığını vurgulayarak, eski doğal hukuk anlayışını yansıtan bir düşünceyi ortaya koymaktadır[138]. Aral ise aksi yönde Okul ile doğal hukuk anlayışı arasında bir koşutluk olmadığını belirtmektedir. Yazara göre Okul, sadece evrensel bir hukukun mümkün olamayacağını ifade etmektedir[139]. Acar'a göre de Savingy'in ortaya koyduğu hukukun kaynağı, kanunlaşması ve uygulanması

[134] Bkz.: Schreiber, 1976, **A.e.**, s. 121-122.
[135] Friedrich Carl von Savigny, **Çağımızda Kanunma ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine**, Çev. Ali Acar, İstanbul, Pinhan, 2018, s. 43, 44-45, 52, 69, 121, 122, 123, 124, 132.
[136] Bkz.: Schreiber, 1976, **A.e.**, s. 124-125; Ali Acar, "Friedrich Karl von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", **EÜHFD**, C. I, Sayı I (2006), s. 67-68.
[137] Bkz.: Kasım Akbaş, "Friedrich Karl von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği", **İÜHFM,** C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 60.
[138] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s.125.
[139] Vecdi Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, İstanbul, XII Levha, 2010, s. 206.

aşamaları, adım adım pozitivizme giden bir anlayışı ifade etmektedir[140]. Sonuç itibariyle halkın genel kabulünü ceza hukuku kaynağı kabul eden anlayışın, formalist kanunilik ilkesiyle çeliştiği açıktır[141]. Okul kanunilik ilkesinin alt ilkelerinden kıyas yasağı ve gelenek hukukuyla suç ve ceza yaratılamayacağı ilkesini temelden reddederken; geçmişe yürüme yasağı bakımından aynı durum söz konusu değildir. Önceden ceza yaptırımı altına alınmamış fiiller, cezalandırılamayacaktır. Okul taraftarları bakımından bu ilkeye ilişkin esas tartışma noktası lehe kanunların geçmişe yürüyüp yürümeyeceği olmuştur[142].

19. yy. sonlarında Binding'in özellikle kıyas ve geçmişe yürüme yasağına karşı yönelttiği eleştiriler öne çıkmaktadır. Binding kıyas yasağını hukukun önündeki değersiz bir zincir olarak tanımlarken, geçmişe yürüme yasağına da kısmen karşı çıkmıştır. Buna göre geçmişe yürüme yasağı ile ilişkilendirilen kusur ilkesi sadece suç için geçerli olup, ilkenin ceza miktarıyla ilişkisi yoktur. Fail o fiilin suç olduğunu biliyorsa ceza miktarından bağımsız olarak kusurludur. Binding'e göre devlet yeni bir suç yaratan değil, sadece ceza miktarını değiştiren bir düzenlemeyi geçmişe yürüterek uygulanma hakkına sahiptir[143].

Son olarak Pozitivist Okul taraftarlarının ilkenin önemli gerekçelerinden biri olarak kabul edilen, kişinin işlediği fiili önceden öngörebilme gerekliliğini kabul etmediklerini belirtelim. Çünkü suçlu, fiilinin neticelerini önceden hesaplayabilen normal bir insan değildir. Yine toplum değiştikçe suçun vasfı da değişeceğinden, bu değişimin ortaya çıkardığı tehlikeliliğe uygun bir cezanın öngörülmesi gerekmektedir. Söz konusu cezanın geçmişe yürütülerek uygulanması, bu tehlikeden korunmayı sağlayacak araçlardandır[144].

Tarihsel sürece bağlı olarak 19. yy. sonları ile 20. yy. başından itibaren liberal devlet anlayışının gittikçe otoriterleştiği iddia edilmiştir. Yeni bir sınıf olarak proletaryanın baskı ve talepleri neticesinde hakimin takdir yetkisine önem veren bir anlayışın gelişmeye başladığı da ifade edilmektedir[145]. Bu iddialara rağmen ilke,

[140] Acar, **a.g.e.**, s. 85.
[141] Bopp, **a.g.e.**, s. 73.
[142] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 140.
[143] Bkz.: Krey, **a.g.e.**, s. 23.
[144] Faruk Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. 2**, bs. 12, Ankara, Seçkin, 1985, s. 37-38, 79.
[145] Sanchez, **a.g.e.**, s. 59.

formalist anlayışı çerçevesinde etkisini sürdürmüştür. Sonuç olarak 19. yy.'de ilkeye yönelik eleştirilerin etkisi sınırlı olmuştur. Söz konusu anlayış çerçevesinde ilkenin yerleşmesi tüm eleştirilere rağmen devlet iktidarının olası keyfiliğine karşı bir kazanım olarak görülmüştür[146]. Modern devletin inşasında politik bir program doğrultusunda ilkenin sıkı sıkıya uygulanması zorunluluğu, kodifikasyon hareketinin devamını beraberinde getirmiştir[147]. Yazılı olmayan hukuka ihtiyaç söz konusu olmamıştır. Kısacası kanunilik ilkesi artan tartışmalara rağmen, tüm alt ilkeleriyle beraber modern devletin en önemli ilkelerinden biri haline gelmiştir[148].

Aydınlanma Çağı sonrası kanunilik ilkesi ve buna paralel olarak geçmişe yürüme yasağındaki değişimi özetlemek gerekirse, şu sonucu çıkarmak mümkündür:

Özellikle gelişen ekonomik ve toplumsal olaylar sonucu feodalizmin yerini mutlak monarşilerin alması, hukuku da merkezileştirmiştir. Aslında tarihsel süreçlerde iktidarın merkezileşmesinin, örnek olarak Roma'da Cumhuriyet Dönemi'nden İmparatorluğa geçişte olduğu gibi, hukukun da merkezileşmesi sonucunu doğurduğunu görmekteyiz. Bu, iktidarı elinde bulunduran gücün egemenliğini yazılı kanunlar aracılığıyla yayma çabasının bir sonucudur. Bu anlamda gücün merkezileşmesinin, yazılı kanunların yaygınlaşması ve geçmişe yürüme yasağının uygulanması için uygun ortam yarattığını belirtmiştik. İkinci bir yol olarak hak talep eden kesimlerin mücadelesi neticesinde söz konusu hakkın yazılı hale getirilmesi mümkün olabilmektedir. Bunlardan ilkine muhafazakar, ikincisine ise devrimci kanunlaştırma adı da verilmektedir[149]. Ancak Aydınlanma Çağı'nı farklı kılan, süreçler sonucu sadece tek tek yazılı kanunların çıkarılmasını değil; yazılı kanunların mecburiyeti çerçevesinde kanunilik ilkesinin ve onun alt ilkelerinin kurumsallaşmasıdır. Bu süreç biraz daha farklı biçimde Almanya'da mutlakiyetçi aydınlanmacıların feodalizme karşı mücadelesi biçiminde şekillenmiştir.

Her halükarda Aydınlanma Çağı'nda ilkenin kurumsallaşması gerekçelerini toplumsal süreçler sonucunda

[146] Scheriber, **a.g.e.**, s. 180; Eugenio C. Sarrabayrouse, "Gesetzlichkeitskrise, Gesetzgebungstheorie und das *in dubio pre reo*- Prinzip**", Gesetzlichket und Strafrecht**, Ed. Hans Kudlich, Juan Pablo Montiel, Jan C. Schuhr, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, s. 405.
[147] Sanchez, **a.g.e.**, s. 58.
[148] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 155.
[149] Bkz.: Gonca Kuru, "Thibaut ve Savigny'de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri," **MÜHF-HAD**, C. 22, S.1, 2016, s. 205.

a) devleti gücünü birey yararına sınırlayarak keyfiliği engellemek,

b) vatandaşlara kanun yoluyla bir davranış ölçütü koymak ve hukuki güvenliği sağlamak,

c) potansiyel suçluları suç işlemeden önce korkutarak suçun işlenmesini önlemek[150], biçiminde sıralayabiliriz. Tüm gerekçelerin yeni bir toplum inşasına hizmet ettiğinin altını tekrar çizmekte yarar vardır. Bu toplum inşasına, dönemin önemli düşünürlerinin katkısı da yadsınamaz. Aydınlanma felsefesi en önemli vurgusunu insan aklına yapmaktadır. Buna göre önceki dönemlerde ahlaki iyi, ilahi güç vb.'ye dayandırılan hukukun yerini akla dayalı, matematiksel-tümdengelimli bir hukuk almalıdır[151]. Akıl yoluyla ölçülebilir olmayan ve yararlılık ölçütüne uymayan her şey, kuşkuya neden olan metafizik kavramlardır. Sayı ve deneysellik aydınlanmanın kanonudur[152]. Suç da bu çerçevede ilahi bir olgu olmaktan çıkmış, dünyevi ve hukuki bir olgu haline gelmiştir[153]. İlkenin gerekçelerinden bir diğeri sekülerleşme ihtiyacıdır. Çünkü eski teokratik kökenli kanun yapma anlayışı, ekonomik ve toplumsal gelişimin önüne geçmekteydi[154]. Sonuç itibariyle hukuk sekülerleşmiş ve rasyonelleşmiştir. Aydınlanma Çağı'yla kanun, kolektif isteğin genel ve soyut biçimde ifade edilmesi anlamını taşımaya başlamıştır[155]. Felsefi alanda Hobbes'un toplumsal sözleşmeci doğal hukuk anlayışından, zamanla Beccaria ve Montesquieu'nun "hukuk yazılı olandır, hakim ise hukukun sadece dilidir" biçiminde özetleyebileceğimiz ve "formalist kanunilik" olarak da isimlendirilen hukuki pozitivist bir anlayışa evrilen tartışmalar; ilkenin kapsamı bakımından önemlidir.

Konuya ilişkin temel tartışma noktalarında biri, yazılı olmayan doğal hukuk kurallarının ilke kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. 18. yy.'nin ortalarına kadar bu konuda ciddi fikir çatışmalarının yaşandığı görülmektedir. Schreiber'in klasik doğal hukuk öğretisi olarak tanımladığı anlayışa göre, esas olan toplumsal sözleşmenin sonuçlarını ortaya koyan doğal hukuk kurallarıdır. Yazılı hukuk, sadece doğal hukuk kurallarını yazılı hale getirmektedir. Şu halde doğal

[150] Bopp, **a.g.e.**, s. 12.
[151] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 48.
[152] Theodor W. Adorno/Max Horkheimer, **Aydınlanmanın Diyalektiği**, İstanbul, Kabalcı, 2010, s. 22, 24.
[153] Küçüktaşdemir, **a.g.e.**, s. 73.
[154] Hilgendorf, **a.g.e.**, s. 22.
[155] Sarrabayrouse, **a.g.e.**, s. 404.

hukuk kuralları yazılı olsun olmasın bir bütündür[156]. Yazılı olmasalar bile kişiye uygulanabilecek, gerekirse geçmişe yürüyebilecektir. Söz konusu tartışmalar doğal suç ve yasak hatası kavramları üzerinden de yürütülmüştür. Ancak 18. yy.'nin ortalarından itibaren sadece matematikleşen ve boşluksuz bir hukukun hukuki güvenliği sağlayabileceği düşüncesi güç kazanmıştır. Buna göre doğal hukuk, yazılı hukuk kuralları bakımından sadece bir çekirdek olarak kabul edilecektir. Sonuç olarak zamanla kanundaki ifadelerin belirliliği bakımından sert bir anlayışın egemen olduğunu ifade edebiliriz. Bu şekilde izin verilenle suç olan, hafif haksızlıkla ağır haksızlık açık biçimde ortaya konulabilecektir. Yine hukuki birlik ve eşitlik sağlanacaktır [157]. Bu anlayış yazılı olan dışındaki hukuki reddeden ve hatta yazılı hukukun yorumlanmasını dahi yasaklayan, geçmişe yürüme yasağını istisnasız kabul eden kanun devleti idealidir[158]. Bu ideal Fransız Devrimi sonrası yaşanan tüm kanunlaştırma hareketlerinde gözlemlenmektedir.

2.2.3. Nazi Almanyası Dönemi

Aydınlanma Çağı'na hakim olan anlayış doktrinde eleştiri ve tartışmalara konu olsa da, 20. yy.'nin ortalarına kadar hakimiyetini sürdürmüştür[159]. 11.08.1919 tarihli Weimar Anayasası'nda kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağı düzenlenmiştir[160]. Ancak Nazi Almanyası dönemi ve sonrası ilkeye dair yapılan tartışmalar, hakim anlayışı önemli ölçüde değiştirmiştir.

---

[156] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 38.
[157] Bkz.: Bopp, **a.g.e.**, s. 73.
[158] Schrieber, 1976, **a.g.e.**, s. 46-48.
[159] Bopp, **a.g.e.**, s. 124.
[160] Krey, **a.g.e.**, s. 25, 65. Ancak bu dönemde Anayasa m. 116 ile Alm. CK. m. 2 arasında bir çatışma olduğuna dair ciddi bir tartışma yürütülmüştür. Her ikisi de kanunilik ilkesini düzenlemektedir. Anayasa m. 116 suç tarihinden önce, fiilin cezalandırılabilirliğinin kanunda belirtilmiş olması gerektiğini ifade ederken; Alm. CK. m. 2 kanunda açıkça suç fiiline ilişkin cezanın belirtilmesini şart koşmuştur. Cezalandırılabilirlik şartıyla ile ceza şartı arasında fark olduğunu ileri süren bazı yazarlar, ilkenin kapsamının Anayasa'da daha dar tutulduğunu ileri sürmüşlerdir. Buna göre Anayasa, cezalandırılabilirlik şartıyla sadece fiilin suç olarak belirtilmesini yeterli görmüştür. Suçun karşılığında cezanın türünün veya ceza miktarının belirtilmesi zorunlu değildir. Kısacası Ceza Kanunu hem suçta hem cezada kanunilik ilkesini düzenlerken, Anayasa sadece suçta kanunilik ilkesini düzenlemiştir. Bu anlamda ceza türü ve miktarı düzenlenmemişse, bu konuda hakimin takdir yetkisi olabilecektir. Yine ceza türü ve miktarı sonradan düzenlenmişse, düzenleme aleyhe de olsa geçmişe yürüyebilecektir. Anayasa hükmünün kapsamına ilişkin İmparatorluk Mahkemesi'nin farklı yönde kararları olmuştur. Yine doktrinde iki faklı görüş söz konusudur. İlk görüş yukarıda açıkladığımız düşünceleri savunurken; ikinci görüş söz konusu ayrımın önemli olmadığı ve kasıtlı yapılmadığı yönündedir. Bu görüşe göre, Anayasa cezada kanunilik ilkesini de düzenlemektedir. Bu nedenle ceza

Nazi Almanyası döneminde formalist kanunilik ilkesi anlayışı eleştiri konusu yapılmıştır. Buna göre ilke, bireyselliği öne alan liberal bir anlayışın sonucu ortaya çıkmıştır. Bireyin değil toplumun menfaatlerinin ve toplumun tümünün adalet duygularının önem kazandığı bir halk devletinin amaçlarıyla, ilkenin bu anlayışı çelişmektedir[161]. Bu eleştirinin sonucu olarak 28.06.1935 tarihli Alman Ceza Kanunu m. 2'de yapılan değişiklikle "halkın saf ve salim takdiri" ölçütü üzerinden kıyasa izin verilmiştir. Sonradan bu ölçüt, uygulamada "lider isteği" (Führerwille)[162] biçiminde uygulandığı belirtilerek, sert biçimde eleştirilmiştir. Zamanla lider isteğinin hukuk siteminin biçimsel olmayan asıl kaynağı haline geldiği ileri sürülmüştür. Bu, kanun egemenliğinden, kanun eliyle liderin egemenliğine geçilmesi anlamını taşımaktadır[163]. Mevzuat bakımından önemli bir kırılmayı işaret eden söz konusu düzenleme aşağıdaki gibidir:

"Kanunun cezalandırdığı yahut bir ceza kanununun esas fikrine, halkın saf ve salim takdirine göre cezalandırılması gereken bir fiili işleyen kişi cezalandırılır. Eğer

---

türü ve miktarına ilişkin düzenlemeler, geçmişe yürüyemeyecektir. Bkz.: Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 181-184.

[161] Schreiber, 1976, **A.e.**, s. 191-192; Bopp, **a.g.e.**, s. 135; Tosun, **a.g.e.**, s. 51.

[162] Lider, Nazi Almanyası döneminde yeni bir kurum yaratılması çerçevesinde Adolf Hitler'in sahip olduğu ünvandır. Bu çerçevede lider isteği ifadesi de Adolf Hitler'in isteğinin kanun sayıldığı bir anlayışı ortaya koymaktadır. Lider ifadesi 01.08.1934 tarihli "Alman İmparatorluğu Devlet Başkanı Hakkında Kanun'da (Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reichs) düzenlenmiş ve kısa bir süre sonra halkoylaması ile Hitler'in bu ünvana sahip olması sağlanmıştır. Maya Bleckmann, **Barierren gegen den Unrechtsstaat?**, Baden-Baden, Nomos, 2004, s. 30. Söz konusu kanunun Türkçe çevirisi aşağıdaki gibidir:

"*m.1: İmparatorluk Başkanlığı makamı İmparatorluk Şansölyeliği ile birleşmiştir. Bu çerçevede mevcut İmparatorluk Başkanı yetkileri Lider ve İmparatorluk Şansöylesi Adolf Hitler'e geçmiştir. O söz konusu makamı temsil etmektedir."* Almanca metin için bkz.: Ingo von Münsch/Uwe Brodersen, **Gesetze des NS-Staates Dokumente eines Unrechtssystems**, 2. Auflage, Paderborn/München/Wien/Zurich, 1992, s. 22.

Söz konusu düzenlemenin kabulünün ardından silahlı kuvvetlerdeki subay ve erlere aşağıdaki bağlılık yemini ettirilmiştir. Sonradan yargı mensurları da dahil olmak üzere diğer kamu görevlilerine benzerleri ettirilen yemin aşağıdaki gibidir:

"Alman İmparatorluğunun ve halkının lideri, Silahlı Kuvvetlerin Başkomutanı Adolf Hitler'e kayıtsız şartsız bağlı kalacağıma ve kahraman bir asker olarak ettiğim bu yemin gereğince hayatımı tehlikeye atmaya her zaman hazır olacağıma Tanrı adına and içerim."

Söz konusu anlayışın bir yansıması olarak Hitler 13.07.1934 tarihli konuşmasında *"Eğer beni normal adalet yollarına başvurmamakla suçlayanlar ya da bana bunu soranlar olursa onlara söyleyeceğim tek şey şudur: O anda bütün Alman halkının kaderinden sorumlu olan bendim ve bundan ötürü Alman halkının en yüksek yargıcı (oberste Gerichtsherr) ben oldum".* William L. Shirer, **Nazi İmparatorluğu Doğuşu, Yükselişi, Çöküşü**, C. 1, Çev: Rasih Güran, İstanbul, Ağaoğlu, 1968, s. 360-361.

[163] Gerhard Werle, **Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich**, Berlin/New York, Walter de Gruyter, s. 685, 688.

hiçbir kanun bu fiile doğrudan doğruya uygulanamıyorsa, fiil, esas fikrinin en tam bir şekilde uyduğu kanuna göre cezalandırılır." [164]

Yine Alm. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişikliklerle savcılara ve hakimlere somut olay bakımından Alm. CK. m. 2 çerçevesinde kıyasa imkan verecek başka maddelerin var olup olmadığını araştırma görevi verilmiş, bu yönde araştırma yapmaları gerekliliği özellikle vurgulanmıştır[165].

Hükümete kanun yapma yetkisi veren 24.03.1933 tarihli Halkın ve Devletin Sıkıntılarını Ortadan Kaldırma Kanunu'na (Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Staat) da değinmek gerekmektedir. Söz konusu yetki kanunu ile İmparatorluk Hükümeti'ne (Reichregierung) dört yıl süreyle normlar hiyerarşisinde diğer kanunlardan üstün olan bir kanun yapma yetkisi verilmiştir. Hatta bu yetki kanununa dayanılarak çıkarılan kanunlar, İmparatorluk Temsilciler Meclisi (Reichrat) ve Parlamento'nun (Reichtag) kuruluşuna aykırı olmadığı sürece, İmparatorluk Anayasası'na aykırı olabilecektir. Bu yetki dört yılda bir uzatıldığı için Nazi iktidarı boyunca kullanılmış ve Parlamento bu dönemde sadece beş ila on kez toplanabilmiştir. Bu yolla yürütme, yasama organının yerini almıştır[166]. Bu şekilde

---

[164] Dönmezer/Erman, 1985, **a.g.e.**, s. 24.

[165] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 197.

[166] Shirer, **a.g.e**., s. 434. Söz konusu düzenlemenin Türkçe çevirisi aşağıdaki gibidir:
"m.1: İmparatorluk kanunları İmparatorluk Hükümeti tarafından İmparatorluk Anayasası'nda belirtilen usulden farklı olarak İmparatorluk Hükümeti tarafından da çıkarılabilir. Bu İmparatorluk Anayasası m. 85/2 ve 87'de belirtilen kanunlar için de geçerlidir.
m.2: İmparatorluk Hükümeti tarafından çıkarılan kanunlar İmparatorluk Temsilciler Meclisi ve Parlamento'nun kuruluşuna aykırı olmadığı sürece İmparatorluk Anayasası'na aykırı hükümler içerebilir. Devlet Başkanı'nın hakları saklıdır."
....
Almanca metin için bkz.: (Çevrimiçi), http://www.documentarchiv.de/ns/ermaecht.html, 02.07.2017.
Aslında yürütmeye kanunnameler eliyle yasama faaliyeti benzeri yetkiler veren düzenlemeler, Nazi Almanyası öncesinde de söz konusuydu. Weimar Anayasası m. 48/2 cumhurbaşkanının yayımladığı kararnameler eliyle kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü ve mülkiyet hakkının kullanılması askıya alınabilecek ve bunları kısıtlayan tedbirler alınabilecektir. Nazi Almanyası öncesi bu maddeye protestoların artması, hükümetin kurulamaması halleri başta olmak üzere birçok kez başvurulmuştur. Carl Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev: Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul, İthaki, 2016, s. 83-84, 86; Shirer, **a.g.e.**, 103, 262, 291.
Weimar Anayasası m. 48/2'nin Türkçe çevirisi aşağıdaki gibidir:
"Alman Devleti'nde kamu güvenliği ve kamu düzeni önemli ölçüde bozulmuş ya da tehlikeliye girmişse, devlet başkanı kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin yeniden tesisi amacıyla gerekli tedbirleri alabilir; icab-ı halde silahlı kuvvetlerin yardımıyla müdahalede bulunabilir. Bu maksatla devlet başkanı muvakkaten 114., 115., 117., 118., 123., 124. ve 153. maddelerde tespit edilmiş bulunan temel hakları kısmen veya tamamen askıya almaya mezundur." Carl Schmitt, 2016, **a.g.e.**, s. 83.

oluşturulan kanun adını taşıyan düzenlemeler alışılmadık kısalıkları, açıklıktan yoksun ve içerik olarak belirsizlikleriyle dikkat çekmektedir. Geçmişe yürüme yasağı da birçok kanunla ortadan kaldırılmıştır. Esas olarak muhaliflere karşı çıkarılan 29.03.1933 tarihli Ölüm Cezalarında Hükmün Yerine Getirilmesi ve Cezanın İnfazı Hakkında Kanun'da (Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe) kundaklama suçuna ölüm cezası getirilmiş ve bu cezanın Kanun'un yayımlanmasından önceki fiiller bakımından da uygulanacağı belirtilmiştir. Hakime geçmişe yürüterek maddeyi uygulama yetkisi veren 22.06.1936, 22.06.1938 ve 04.10.1939 tarihli benzer düzenlemeler mevcuttur. 04.09.1941 tarihinde İmparatorluk Ceza Kanunu'nda değişiklik yapılarak tüm ceza kanunlarının aleyhe geçmişe yürüyebileceği açıkça belirtilmiştir[167]. Son olarak çalışmamızın üçüncü bölümünde ele alacağımız zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesine ilişkin bir düzenlemeye de değinmek gerekmektedir. Buna göre Alman İmparatorluğu'nun işgal ettiği bazı bölgeler ile Alman ve Avusturya hukuku arasında birliği sağlamak amaçlı çıkarılan 29.05.1943 tarihli Ceza Hukukunu Denkleştirilmesine İlişkin Kararname'ye (Strafrechtsangleichungsverordnung) göre ölüm cezası veya ömür boyu hapis cezası ve nitelikli insan öldürme suçları bakımından zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile, bu suçların muhakemesi savcının takdiriyle mümkün olabilecektir[168]. Bu dönemde öngörülebilirlik ilkesine aykırı uygulamaların olduğu da bilinmektedir. Gizli bir Savunma Kanunu'nun çıkarılması ve engellilerin öldürülmesine dair uygulamanın kamuoyuna ilan edilmeden gizlice yapılmaya çalışılması, bu uygulamalara örnektir[169].

Düzenlemeler açık biçimde kıyas ve geçmişe yürüme yasağını ihlal etmektedir. Dikkat çeken bir diğer nokta da düzenlemelerin birçoğunun kanun eliyle yapıldığı gerçeğidir. Bu durum kanunilik ilkesinin yine kanun eliyle ihlal edilip

---

[167] Key, **a.g.e.**, s. 30-33; Özenç, **a.g.e**, s. 243.

[168] Günther Willms, "Zur Frage rückwirkender Beseitigung der Verjährung", **JZ**, 24. Jahrg., Nr. 2 (17. Januar 1969), s. 61; Werle, **a.g.e.,** s. 426 vd.; Martin Asholt, **Verjährung im Strafrecht: Zu den theoretischen, historischen und dogmatischen Grundlagen des Verhältnisses von Bestrafung und Zeit in §§ 78 ff. StGB**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, s. 308. Söz konusu düzenlemeye ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz.: Thomas Vormbaumn, **Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943: Materialien zur Verordnung und zu den Durchführungsverordnungen**, Berlin/Münster/Wien/Zürich/London, LIT Verlag, 2011.

[169] Sevtap Metin/Altan Heper, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü,** İstanbul, Tekin, 2014, s. 41, dipnot 39; Shirer**, a.g.e.**, s. 451.

edilemeyeceği sorusunu önümüze koymaktadır. Naucke bu soru üzerinden hukukçuların "kanuni haksızlık" (gesetzliches Unrecht) kavramını keşfetmiş olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre bu keşif, kanunilik ilkesine ilişkin anlayışın değişmesinde önemli bir rol oynamıştır[170].

İkinci Dünya Savaşı sonrası kanun eliyle yapılan haksızlıkların "hukuk kanundur!" anlayışının, yani formalist kanunilik anlayışının bir sonucu olduğu eleştirisi dile getirilmiştir[171]. Ancak kanımızca bu isabetli bir eleştiri değildir. Bu dönemde anti demokratik ortam sonucu baskıcı kanunların ortaya çıktığı ve bunların lider isteği doğrultusunda sorgulanmadan uygulandığı bir gerçektir. Ancak bu gerçek, Nazi Dönemi'nde formalist kanunilik anlayışının hakim olduğunu göstermemektedir[172]. Sancar'ın da ifade ettiği üzere, *"Nazizmin hem teoride ve hem de pratikte kanunilik ilkesine karşı düşmanca tutum aldığı açıktır. İlkenin önemli bir unsurunu oluşturan ve klasik hukuk devletinin tarihsel programında değerli bir yer işgal eden geçmişe yürüme yasağı da Nazi hukuk ideolojisinde bir değer taşımıyordu. Naziler yönetime geldikten sonra geçmişe yürürlü birçok kanun çıkardılar. Bunların büyük bir kısmının amacı, ya siyasal muhalifleri tasfiye etmek ya da geçiş aşamasında işlenmiş hukuk ihlallerini kanunlaştırıp meşrulaştırmaktı"*[173]. Gerek Nazi dönemi uygulamaları, gerekse de nasyonal sosyalist hukukçuların ortaya koyduğu teorik çerçeve, bu görüşü desteklemektedir.

Nasyonal sosyalist hukuk sistemine ilişkin yaptığı çalışmada Bleckmann nasyonal sosyalist hukukun, doğal hukukla pozitivist hukuk arasında yer aldığını, ancak tüm pozitivist anlayışları radikal biçimde reddettiğini ileri sürmektedir. Nasyonal sosyalist hukukun temel özelliklerinden biri anti-pozitivizmdir. Bu anlamda pozitivizmi, kanuni ve hukuki pozitivizm biçiminde ayırmakta ve her ikisine de karşı çıkmaktadır. Karşı çıkış noktası, her iki anlayışın hukuku boşluksuz, karşı çıkılamayan veyahut mantıki yollarla sonuç çıkarılmaya çalışılan metinler olarak kabul etmiş olmasıdır. Ancak pozitivizmin reddi, nasyonal sosyalistleri klasik anlamda doğal hukukçu yapmamaktadır. Bir kısım yazarlarca nasyonal sosyalist

[170] Naucke, 1999, **a.g.e**., s. 267-268.
[171] Gustav Radbruch, "Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk", **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü,** Çev. Sevtap Metin/Atan Heper, İstanbul, Tekin, 2014, s. 75.
[172] Aynı yönde bkz.: Bernhard Schlink, **Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk**, Çev. Reyda Ergün, Ed. Cemal Bâli Akal, Ankara, Dost, 2012, s. 22-23.
[173] Sancar, M., 2006, **a.g.e.,** s. 90.

hukukun doğal hukuku dirilteceği ileri sürülse de, nasyonal sosyalist öğretide bütünlüklü bir doğal hukuk anlayışı yoktur. Bu yazarlara göre doğal hukuk, o zamana ilişkin olan hukuk ilkelerini, genel geçer ve sonsuzsa dek var olacak ilkeler olarak ortaya koymaktadır. Ancak bu hukuk ilkeleri soyut ve içeriksizdir. Somut yaşamdan kopuktur. Ona göre hem pozitivizm hem de doğal hukuk, hukukun somut yapısına, bütünlüğüne, amaçsallığına zarar vermektedir. Klasik doğal hukukçu anlayış, toplumu değil sübjektif hakları merkeze almaktadır. Bu şekilde bozuşturucu, somut yaşamın gerçekliğini reddeden bir etki yaratmaktadır. Bazı nasyonal sosyalist hukukçular Alman ırkına dayanan bir doğal hukuk anlayışı yaratmaya çalışmışlardır. Aydınlanmacı doğal hukuk eşitlik ve adalet faraziyesi üzerine kurulmuşken, ırka dayanan doğal hukuk yaşama ilişkin kaynaklara, yani kan ve toprağa dayanmaktadır. Bu, kan esasına ve politik gerekliliğe dayanan bir anlayıştır[174].

Alman nasyonal sosyalist hukukun önemli temsilcilerinden Schmitt "parlamentonun katılımıyla yapılan her iş kanundur" söylemine karşı çıkmakta ve Aydınlanma dönemindeki pozitivist anlayıştan ayrılmaktadır. Parlamenter Demokrasinin Krizi adlı eserinde ayrıntılı biçimde ortaya koyduğu üzere, parlamentarizm artık işlevini yitirmiştir ve halkın iradesini yansıtmamaktadır[175]. Parlamentonun çıkardığı kanunlar çerçevesinde ele alınan ve normativist kanunilik olarak adlandırdığı anlayışı eleştirmektedir. Bu anlayışa sahip devlet yapısını parlamenter yasama devleti olarak tanımlayan yazar, bu yapının itaat talebini temellendiren, direnme hakkını ortadan kaldıran bir niteliğe sahip olduğunu belirtmiştir. Bu, somut ilişkilerden uzak, kapalı bir kanuniliktir. Ona göre parlamentonun çıkardığı ve değişme kapalı, yargının aynen uyguladığı bir kanun sistemi ve bu anlamda kanuniliğin şekilci anlayışı; toplumsal statükonun ve imtiyazlı hakların muhafazası için bir araç görevi görmektedir. Örnek olarak parlamentonun feshedilebilmesi yetkisinin, kanunda yazdığı için, yani biçimsel olarak var olduğu için, kanunilik ilkesine uygun olduğunun belirtilmesini sert bir dille eleştirmiştir. Ona göre resmen darbe niteliği taşıyan bu düzenleme, özden ve bağlamdan yoksun kalmış bir biçimselliğe ve işlevselciliğe ulaşan kanunilik anlayışının çöküşünün kanıtıdır. Bu, Aydınlanma Çağı'nın iddiasının aksine rasyonel olmayan bir sonuçtur.

[174] Bkz.: Bleckmann, **a.g.e.**, s. 43-47.
[175] Carl Schmitt, **Parlamenter Demokrasinin Krizi**, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, Ankara, Dost, 2014.

Bu anlayış, hukuk ile adalet arasındaki özel ilişkiyi koparan kör bir bağlılıktır[176]. Biçimsel ve mekanik yasallık, içerik itibariyle iyi olan hukukla çatışma içindedir. Hukuk devleti ilkelerinden olan "hukuksal güvenlik", dakik işleyen bir "norm icra aygıtının" güvence altına alınması haline gelerek yozlaşmıştır. Halbuki kanunun önceliği ilkesi, "binlerce kanunun her tarafa çekilebilen sözlerine aldatıcı bir bağlılık olarak değil"; daha güvenilir, daha canlı ve daha derin bir bağlılık olarak anlaşılmalıdır[177].

Schmitt ortaya koyduğu anlayış doğrultusunda somut tarihsel koşulları esas alan, meselenin esasına göre belirlenmiş, somut duruma odaklanmış, tamamıyla objektif-pratik amaca uygun bir bakış açısıyla doğrudan tedbirler alan yürütmenin faaliyetlerine önem vermiştir. İdare devleti adı verdiği bu anlayış planlı, radikal değişimlere açık ve kapsayıcı bir niteliğe sahip olacaktır. Çalışmasında parlamentoya dayanan biçimsel kanunilik yerine, yasama sürecinde halk oylamalarına yer veren Anayasa maddelerini övmüş ve plebisist bir kanunilik ilkesini önermiştir. Bu şekilde yapılan normlaştırma kapalı ve gizli değil, doğrudan halkın kararı çerçevesinde gerçekleşecektir. Yazar yine diktatörlüğe gitse bile idari devlet anlayışının, yani yürütmenin somut ihtiyaçlara göre doğrudan tedbir alan anlayışın normativist kanunilik ilkesine nazaran göre daha tutarlı ve etkili olduğu düşüncesindedir[178]. Bu uzun anlatımdan sonra Schmitt'in amaca uygun pratik çözümlere yer veren, o anın tarihsel koşullarına uygun bir anlayışı önerdiğini söyleyebiliriz. Bunu yaparken adalet kavramına, bu anlamda biçimsellikten uzak bir öze de vurgu yapmıştır. Schmitt Nazi Almanyası dönemi sırasında, kendi deyimiyle nasyonal sosyalist devrimle, ilkenin içerikten ve adaletten yoksun anlayışının sona erdiğini belirtmiştir. İlke adaletle hukuka yönelen, hukuk ile gelenek arasındaki ayrıma son veren, Alman halkının kendi tarihine ve hukuk geçmişine dayanan politik bir araç haline gelmiştir[179].

Yazarın geçmişe yürüme yasağına ilişkin görüşleri de klasik kanunilik anlayışının aksi yönündedir. Schmitt'e göre ceza hukuku alanındaki pozitivist etki

[176] Schmitt, 2016, **a.g.e.**, s. 5, 9, 12-13, 25.
[177] Bkz.: Sancar, M., 2006, **a.g.e.,** s. 70.
[178] Schmitt, 2016, **a.g.e.**, s. 105, 113-114.
[179] Schmitt, "Was Bedeutet Der Streit Um Den "Rechtsstaat"?", **ZStW**, Bd. 95, H. 2, (1935), s. 196, 198.

kırabilirse, bütün diğer hukuk alanlarını kapsayacak şekilde "daha canlı bir hukuk uygulamasının" yolu açılmış olacaktır. Bunun için de, "kanunsuz suç olmaz" ilkesinin yerine, daha yüksek ve daha kudretli bir hukuksal hakikati dile getiren "cezasız suç olmaz" ilkesini koymak ve kanunları bu manada yorumlamak gerekmektedir[180].

Schmitt'in görüşlerinin pratikte liderin isteğinin hukukun kaynağı olduğu bir sisteme uygun olduğunu söylemek gerekmektedir. Gerçekten de nasyonal sosyalist hukuk, lider isteğini hukukun her alanında sınırsız biçimde gerçekleştirmeyi öngörmektedir. Nazi hukukçuları arasında yargıcın kanuna mutlak bağlılığını savunanlar, bunun esas olarak "nasyonal sosyalist kanunlar" için söz konusu olacağını belirtmişlerdir. Buna karşılık "eski dönemden kalma ve halen yürürlükte olan kanunlar" bakımından yargıçtan böyle bir bağlılık beklenemeyecektir. Bu kanunlar "nasyonal sosyalist dünya görüşü" ve "halkın hukuk vicdanı" ışığında yorumlanacaktır[181]. Hakim liderin isteğine aykırı kararlar veremeyecektir. Çünkü halkın ve devletin isteği lider şahsında vücut bulmuş ve ete kemiğe bürünmüştür. Bu hem kanun koyucu hem de yargı için geçerlidir. Yetkilendirme Kanunu bunun en önemli örneklerindendir. Yine Nazi döneminde yapılan kanunların belirlilik ilkesine aykırılığı bu bağlılığı güçlendirmekteydi. Hakim kanuna bağlı olsa da bunu çok aşırı biçimde uygulamamalıdır. Bir hukuki düşünce genel kamusal bir açıklama yoluyla halkın hukuk anlayışının temel ve tartışmasız bir parçası olmuşsa, mutlaka uygulanmalıdır. Hakim, açık biçimde yürürlükten kaldırılmamış biçimsel kanunlar nedeniyle yargısal uygulamayı başarısızlığa uğratmamalıdır. 1942 yılında Alman Adalet Bakanı hakimlere yazdığı mektupta kanunun koltuk değneklerinin esiri olmamalarını, kanun adı altında korkak davranmalarını ifade etmiştir[182]. Bu çerçevede kanunların nasyonal sosyalist anlayış doğrultusunda sınırsız yorumunun, Nazi hukukunun önemli unsularından biri olduğunu belirtebiliriz.

Sonuç olarak 2. Dünya Savaşı'nın ardından Nazi Almanyası'nda hukuki pozitivizmin hakim olduğu gerekçesiyle savaştan sonra "hukuk yazılı olandır" anlayışıyla hesaplaşmak için doğal hukuka sarılan düşünce, kanımızca gerçeği ortaya

[180] Bkz.: Sancar, M., 2006, **a.g.e.,** s. 70-71.
[181] Bkz.: Sancar, M., **A.e.,** s. 72.
[182] Bkz.: Bleckmann, **a.g.e.**, s. 32, 48.

koymamaktadır. Aksi yönde bu dönemde formalist bir kanunilik ilkesinden ziyade, maddi adalet[183] kavramının bir postulat haline geldiğini görmekteyiz[184]. Geçmişe yürüme pratikleri de adalet kavramıyla temellendirilmektedir. Buna göre, bir fiil işlendiği tarihte genel kabuller çerçevesinde cezalandırılmaya değer görülüyor ve ahlaki olarak aşağı olarak kabul ediliyorsa veya yeni çıkan kanun o fiili daha adaletli biçimde cezalandırıyorsa, kanun geçmişe yürüyebilecektir [185] . Bu yönüyle pozitivizmin aşılması ve kanunun içeriğinin politik kararlar ve değerler doğrultusunda doldurulması ve kanunun bu şekilde uygulanması söz konusudur[186]. Nazi Almanyası dönemi formalist kanunilik ilkesinden gerçek anlamda bir kopuşa işaret etmektedir[187].

2.2.4. İkinci Dünya Savaşı Sonrası Dönem

İlke, İkinci Dünya Savaşı sonrası tarihsel olaylardan önemli derecede etkilenmiştir. Aslında bu genellemeyi 20. yy.'nin tamamı için yapabiliriz[188]. Bir sonraki bölümde ortaya koyacağımız üzere, İkinci Dünya Savaşı ve 1990 yılında Demokratik Almanya ile Federal Almanya'nın birleşmesinden sonra kanunilik ilkesine aykırı olduğu iddia edilen birçok düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerin amacının, geçmişle hesaplaşma[189] olduğu iddia edilmiştir. Bu anlamda savaş sonrası Ad hoc biçimde kurulan ve savaş suçlularının yargılandığı Nuremberg ve Tokyo (Uzakdoğu) Uluslararası Askeri Mahkemeleri'nin kararları oldukça dikkat çekicidir. 1945 Nuremberg ve 1946 Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemelerin Statüleri'nde

[183] Maddi adalet, başta anayasa olmak üzere pozitif hukuk kurallarının, adaletin ilkelerine uygun olması gerekliliğini talep eder ve hukuk kurallarının içeriğinin adaletin gereklerine uygun olup olmadığıyla ilgilidir. Şekli adalet ise hukuk kurallarının kendileriyle değil, bu kuralların uygulanmasıyla ilgili adalettir. Bu anlamda maddi adalet, kuralların içeriğini değerlendirmekle ilgili adalet olarak; şekli adalet, mevcut kurallara uygun şekilde muamele etme olarak tanımlabilir. Gülriz Uygur, "Adalet ve Hukuk Devleti", **AÜHFD**, 2004, s. 30.
[184] Bopp, **a.g.e.**, s. 137.
[185] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 194
[186] Bernhard Schlink, **a.g.e**, s. 22-23.
[187] Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara, Savaş, 2018, s. 45.
[188] Enrique Bacigalupo, "Über die Gerechtigkeit und Rechtssicherheit im Strafrecht", **Gesetzlichket und Strafrecht**, Ed. Hans Kudlich, Juan Pablo Montiel, Jan C. Schuhr, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, s. 383.
[189] Yakın geçmişte ve günümüzde uygulanan geçmişle hesaplaşma yöntemleri için bkz.: Adem Sözüer, "Gelecek İçin Geçmişle Yüzleşmek", **Hukuki Perspektifler Dergisi,** S.1, 2004, s. 13; Hakan Hakeri, "Kim yüzleşiyor; nasıl yüzleşiyor?", **Hukuki Perspektifler Dergisi,** S.1, 2004, s. 40 vd.; **Geçmişin Yükünden Toplumsal Barış ve Demokrasiye Geçmişle Hesaplaşma: Neden? Ne Zaman? Nasıl?**, İstanbul, Sena Ofset, 2007, s. 67-116.

yeni bir suç tipi olarak insanlığa karşı suç ve barışa karşı suçlar düzenlenmiştir[190]. Yine bu statülerde *"uluslararası hukuka göre suç kabul edilen bir eyleme karşı bir ceza öngörülmese de, bu şahsı uluslararası hukuk önünde işlediği suçun sorumluluğundan kurtarmaz*" düzenlemesine yer verilmiştir[191]. Savaştan sonra kurulan Nuremberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemeleri, savaş suçlularını sonradan kabul edilen bu tür düzenlemelere dayanarak yargılamış ve cezalandırmıştır[192].

Mahkemelerin temel argümanları bazı noktalarda yoğunlaşmıştır. Bu argümanlardan biri, geçmişe yürüme yasağının uluslararası hukukta ve uluslararası bir mahkemede geçerli olmadığıdır. Yine cezalandırılabilir davranışın fail tarafından önceden bilinmesi gerektiği yönündeki karşı argümanın, uluslararası hukuka uygun olmadığı ileri sürülmüştür. Çünkü birçok devletin bir araya geldiği uluslararası organizasyonlar, insanlığın ahlaki duygularını inciten haksızlıkları cezalandırmak için kurulmuştur. Fail, bu tür haksızlıkların suç olma karakterini ve cezalandırılabilirliğini bilmelidir. Mahkemeler bu argümanların yanında adalet ilkesine vurgu yapmış ve kararlarını doğal hukukçu gerekçelere ve etik değerlere dayandırmıştır. Son olarak başta Nazi Almanyası olmak üzere, faşist iktidarlar döneminde uygulanan kurallara hukuk denilemeyeceği ve lider isteği doğrultusunda hazırlanan düzenlemelerin bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülerek kişilerin cezasız bırakılamayacağı belirtilmiştir[193]. Bu argümanlara değinirken, Gustav Radbruch'un konuya ilişin görüşlerine yer vermek gerekmektedir.

Radbruch Formülü olarak da adlandırılan düşüncenin anlaşılması, ilerleyen bölümlerdeki tartışmalarımız bakımından önem arz etmektedir. Radbruch, Nazi döneminde kanunlar eliyle yaşanan haksızlıkların, adalet ve hukuki güvenlik arasında çatışmaya neden olduğunu belirtmiştir. Çatışmanın bir yanında Nazi Almanyası döneminde, özellikle Hitler şahsında şekillenen baskıcı rejim ve onun

[190] Bekri, **a.g.e.**, s. 29.
[191] Türkan Melis Parlak, "Galiplerin Adaleti: Nuremberg ve Tokyo Askeri Ceza Mahkemeleri", **ABMYO Dergisi**, 38 (2015), s. 48.
[192] Sade, **a.g.e**., s. 38.
[193] Stefan Zimmermann, **Strafrechtliche Vergangenheitsaufarbeitung und Verjährung**, Freiburg, Max-Planck-Institut f. ausländ. u. inter. Strafrecht, 1997, s. 11-12; Arnold, **a.g.e.**, s. 108-109. Krivec de sonucu doğru bulsa da, bu temellendirmenin ikna edici oldmadığını düşünmektedir. Krivec, **a.g.e.**, s. 4.

doğrudan kanun eliyle uyguladığı adalet duygularını sorgulatan uygulamaları vardır. Diğer yanda ise fiil tarihinde olmayan yahut kanun eliyle hukuka uygun hale getirilmiş bir suçtan dolayı, kişinin sonradan cezalandırılması tehdidinin yarattığı hukuki güvensizlik hali bulunmaktadır. Radbruch'a göre bu çatışmada pozitif hukuk, haksızlık içeriği tahammül edilmez noktaya varmadıkça üstünlüğe sahiptir. Tahammül edilmez noktaya geldiğinde kanun yanlış olduğundan geriye çekilmelidir. Çatışmada adaletten yana yer alınması açısından değerlendirilmesi gereken ikinci kriter ise, pozitif kanunun çıkartılması sırasında eşitlik ilkesinin bilinçli biçimde reddedilip edilmediğidir. Eşitlik ilkesini en baştan itibaren ortadan kaldıran kanun sadece yanlış değil, hukukun doğasından tamamen yoksundur. Zira kanun adalete hizmet etmek için vardır. Bu nedenle Nazi Dönemi'nde yapılan kanunlar hiçbir zaman hukuk kuralı mertebesine erişememiştir[194]. Bu çerçevede Radbruch'un adalet ve hukuki güvenlik arasındaki çatışmada hukuki güvenliğe, dolayısıyla geçmişe yürüme yasağının geçerliliğine öncelik verdiğini söyleyebiliriz. Ancak hukuk olmayan bir hukukta, kanunun uygulanması adaletin temelden yadsınması suretiyle tahammül edilemeyen bir noktaya geldiğinde, adalet ilkesi öne çıkacaktır. Zaten geçmişte hukuk var olmadığı için, doğal hukuk ilkeleriyle adaletin tesisi sağlanacaktır. Ancak söz konusu durum sadece olağanüstü geçiş dönemlerine has ultima ratio bir uygulama olarak kalacaktır[195]. Bu formülün, özellikle Almanya'da Nazi Almanyası'nda kanun eliyle yaşanan ağır haksızlıkların üstesinden gelmede ve geçmişle hesaplaşmada önemli bir etkisi olduğu belirtilmektedir[196]. Ancak bu pratik sonuç, yaygın olarak kabul edilen ve ceza hukukunun temel ilkelerinden biri haline gelmiş kanunilik ilkesi ve buna bağlı olarak geçmişe yürüme yasağının anlamını ve gerekliliğini tartışılır hale getirmiştir.

2.2.5. Günümüz

Söz konusu Nuremberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemeleri'nin uygulamalarına rağmen, ilke uluslararası hukukta düzenlenmeye devam etmiştir. 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 11/2[197], Avrupa İnsan Hakları

[194] Radbruch, **a.g.e.**, s. 89, 90, 93.
[195] Metin/Heper, **a.g.e.**, s. 66-67, 70-71.
[196] Metin/Heper, **A.e.**, s. 70.
[197] Maddenin Türkçe çevirisi aşağıdaki gibidir:

Sözleşmesi m. 7[198], 1966 Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 15[199], 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi m. 9[200], 2002 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü m. 22-24 arası ve 1994 yılında Arap Devletleri Birliği Meclisi'nce kabul edilen ancak üye devletlerce henüz onaylanmadığı için yürürlüğe girmeyen Arap İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6[201] kanunilik ilkesi ve yine geçmişe yürüme yasağına doğrudan yer vermiştir[202]. İlkeler çok az sayıda ülke dışında hemen hemen bütün ülkelerin iç hukukunda[203] ve yine temel hakları düzenleyen birçok uluslararası sözleşmelerde yerini almıştır. Uluslararası mahkemelerce ilkelere çokça atıf yapılmaktadır. Bu nedenlerle

---

" Hiç kimse işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."
(Çevrimiçi), https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf., 08.05.2016.

[198] Maddenin Türkçe çevirisi aşağıdaki gibidir:
"Madde 7: Kanunsuz Ceza Olmaz
1. Hiç kimse işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan 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."
(Çevrimiçi),https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/IH_ve_Temel_Ozgurluklerin_Korunmasi.pdf., 09.05.2016.

[199] Maddenin Türkçe çevirisi aşağıdaki gibidir:
"1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir eylem ya da ihmalden ötürü suçlu bulunamayacaktır. Bir suça, işlendiği zaman verilebilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyecektir. Bir suçun işlenmesinden sonra, kanun ile suç için daha hafif bir ceza öngörülür ise, suçlu bundan(daha hafif cezadan) yararlanacaktır.
2. Bu maddedeki hiçbir hüküm, işlendiği zaman uluslar topluluğu tarafından tanınan hukukun genel ilkelerine göre suç sayılan bir eylem ya da ihmalden ötürü bir kişinin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel teşkil etmeyecektir." Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri- C. II/Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal, 2010, s. 114.

[200] Maddenin Türkçe çevirisi aşağıdaki gibidir:
" Madde 9: Ex post facto kanunlara tabi olmama özgürlüğü
Hiç kimse, işlendiği zaman yürürlükte olan kanun uyarınca bir suç teşkil etmeyen herhangi bir eyleminden ya da ihmalinden ötürü mahkum edilemeyecektir. Suç işlendiği zaman uygulanabilir olandan daha ağır bir ceza verilemeyecektir. Suçun işlenmesinden sonra çıkarılan kanun daha hafif bir ceza verilmesini öngörüyor ise, suçlu kişi bundan yararlanacaktır." Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri- C. 1/Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal, 2010, s. 685.

[201]Maddenin Türkçe çevirisi aşağıdaki gibidir:
"Kanunsuz suç ve ceza olmaz. Hükmün yayınlanmasından önce yapılmış eylemler cezalandırılamaz. Sanık, lehine olduğunda sonraki düzenlemeden yararlanır." (Çevrimiçi), http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu='Arap%20%DDnsan%20Haklar%FD%20S%F6zle%FEmesi'&kimlik=-236237822&url=makaleler/aceylan-3.htm., 09.05.2016.

[202] Bacigalupo, **a.g.e.**, s. 383.

[203] İlkenin tam anlamıyla uygulanmadığı, ilkenin kıyasa izin verecek biçimde düzenlendiği ülkeye örnek olarak Danimarka verilebilir. Bkz.: İçel, **a.g.e.,** s. 99.

kanunilik ilkesinin ve geçmişe yürüme yasağının, uluslararası bir ilke haline geldiği ifade edilmektedir[204].

Ülkemizde de kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağına mevzuatta yer verme eğilimi Cumhuriyet sonrası güçlenerek devam etmiştir. 1924 Anayasası bakımından ilkenin düzenlenişi tartışmalıdır. Bir görüş ilkenin m. 72.'de[205], diğer bir görüş ise m. 68 ile düzenlendiğini[206] ileri sürmektedir. İçel ise m. 72'nin sadece yakalama ve tutulamaya ilişkin güvence sağladığını ve suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenlemediğini; m. 68 in ise ilkeye dolaylı biçimde yer verdiğini iddia etmektedir[207]. 1961 Anayasası m. 33[208] ve 1982 Anayasası m. 38'de[209] ilke tüm yönleriyle açık biçimde kaleme alınmıştır. Hatta aşağıda da belirteceğimiz üzere zamanaşımı düzenlemeleri bakımından geçmişe yürüme yasağının nasıl uygulanacağı 1982 Anayasası'nda açıkça gösterilmiştir ki, bu durum başka ülke anayasalarında görülmemektedir.

İlkelerin uluslararası normlarla ifade edilmesi bir yandan onları meşrulaştırırken, diğer yandan değişime ve yoruma açık hale getirmiştir. AİHS m. 7/2'de yer alan *"işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden"* dolaylı cezai sorumluluğun öngörülmesine ilişkin düzenleme, klasik kanunilik anlayışının değişmesinde önemli bir araç olmuştur. AİHM birçok kararında bu maddeye atıf yapmıştır. Bu düzenleme,

---

[204] Kenneth S. Gallant, "Gesetzlichkeit als Regel des Völkergewohnheitsrechts, Das Verbot der Rückwirkung von Straftaten und Bestrafungen", **Gesetzlichket und Strafrecht**, Ed. Hans Kudlich, Juan Pablo Montiel, Jan C. Schuhr, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, s. 292; Luis Jimenez de Asua, "Nullum crimen, nulla poena sine lege", **ZStW,** 63, 1951, s. 183. İlke ile kural arasındaki fark bakımından, bu ayrıma önemli bir rol biçen Dworkin'in görüşlerine yer vermekte fayda vardır. Dworkin'e göre hukuk kurallarına ek olarak ilkeler de önemli kaynaklardan biridir. Kural ile ilke arasındaki fark mantıksal ve yapısaldır. Kurallar unsurlardan ve hukuki sonuçlardan oluşan normlarken; ilkeler farlı yoğunluklarda yerine getirilmesi mümkün olan en yüksek ölçüde gerçekleştirilmeye yönelik emirlerdir. İlkeler bir amacı mümkün olan en yüksek ölçüde gerçekleştirmeyi emreden normlardır. İlkeler kuralların sahip olmadıkları ağırlık veya önem gibi bir boyuta sahiptirler. Bkz.: Kasım Akbaş, "Ronald Dworkin: Pozitivizm ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir Yargılama Kuramına", **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, İstanbul, İthaki, 2015, s. 199-200, 203.

[205] Taner, M., **a.g.e.,** s. 133. İslam hukukunda kural ile ilke arasındaki farklar için bkz.: Munir, **a.g.e.,** s. 670.

[206] Dönmezer/Erman, 1985, **a.g.e.,** s. 30

[207] İçel, **a.g.e.,** s. 103.

[208] Madde metni için bkz.: (Çevrimiçi), https://www.tbmm.gov.tr/Anayasa/Anayasa61.htm, 04.11.2018.

[209] Madde metni için bkz.: (Çevrimiçi), https://www.tbmm.gov.tr/Anayasa/Anayasa_2018.pdf, 04.11.2018.

yazılı olmayan kuralları da kanunilik ilkesi kapsamına dahil etmiştir. Yine insanlığa karşı suç gibi o zaman için kapsamı net olmayan yeni suç tiplerinin ortaya çıkması ve uluslararası mahkemelerin bu suçlara dair getirdiği farklı yorumlar, ilkenin kapsamını göreceleştirmiştir[210]. Hukuku mantıki-formel bir anlayışla yorumlamak suretiyle, hukukçunun faaliyetinin bir matematikçininkine benzetilmeyeceği ve hukukun doğrudan deneysel bir niteliğe sahip olmayacağı ifade edilmiştir[211].

20. yy.'nin ortalarından itibaren klasik kanunilik ilkesindeki ve onun alt ilkelerindeki kimine göre değişim[212], kimine göre yok olma[213] süreci devam etmiştir. Uluslararası hukuk kurumsallaşmış ve kanun koyan kurumların sayısı artmıştır. Kural koyucu kurumlar bakımından ikili, anti merkezi ve karmaşık sürecin normal bir vatandaş tarafından anlaşılması ve kuralların öngörebilmesi beklenemez duruma gelmiştir[214]. Kapitalist ilişkilerin gelişmesi ve uluslararasılaşması da bu belirsizliği ve kanun enflasyonunu arttırmıştır[215]. Cezanın suçlunun kişiliğine uydurulması, cezada kanunilik ilkesini aşındırmıştır[216]. Bir yandan başta mülkiyet hakkı olmak üzere birinci kuşak hakların korunması bakımından klasik kanunilik ilkesi anlayışı önemini korunurken; diğer yandan iktisadi ilişkileri düzenleyen bazı alanlarda aksi yönde bir eğilim gelişmiştir. Bu alanlarda hukukun esnekleşmesi, ilişkilerin içtihatlarla şekillenmesi ve yerel siyasi mekanizmaların dolaylı etkisine açık yargı kurumlarının devre dışı bırakılması ihtiyacı baş göstermiştir. Buna ilişkin ilk akla gelen örnek uluslararası tahkim mekanizmasıdır[217]. Söz konusu eğilim 21 yy.'de de devam etmiş, gelişen teröre karşı mücadele konsepti bu eğilimi arttırmıştır. Belirsiz düşman kavramı çerçevesinde maddi unsurları belirli olmayan suç tipleri üretilmiştir[218]. Sonuç olarak kanunilik ilkesine ve onun alt ilkelerine ilişkin 20.

[210] Bacigalupo, **a.g.e.**, s. 383-384.
[211] Zeki Hafızoğulları, **Ceza Normu**, Ankara, US-A, 1996, s. 357-358.
[212] Schünemann, **a.g.e.**, s. 15.
[213] Sanchez, **a.g.e.**, s. 59.
[214] Sanchez., **A.e.**, s. 59-60.
[215] Sarrabayrouse, **a.g.e.**, s. 407.
[216] İçel, **a.g.e.,** s. 98.
[217] Özenç, **a.g.e.**, s. 292-296.
[218] Özellikle terör eylemlerine ilişkin 11 Eylül 2001 saldırıları sonrası çıkarılan ve bu eleştiriye maruz kalan düzenlemelerden bazıları şunlardır: ABD'de: 2001 tarihli "Terörzimin Engellenmesi ve Durdurulması İçin Gereken Uygun Araçları Sağlayarak Amerika'yı Güçlendirme ve Birleştirme Kanunu (Vatanseverlik Kanunu)", 2001 tarihli "Hava Ulaşımı Güvenliği ve Sistem Stabilizasyonu Kanunu", 2001tarihli "Havacılık ve Ulaşım Güvenliği Kanunu", 2001 tarihli "Mali Yılı için Ulusal Savunma Yetkisi Kanunu", 2002 tarihli "Mali Yılı İçin İstihbarat Yetkisi Kanunu", 2001 tarihli

yy.'nin ortalarından itibaren başlayan ve 21. yy.'de devam eden değişimin gerekçelerini aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

a) Teknolojinin ve ekonominin hızlı gelişimi sonucu hukukun düzenlemesi gereken karmaşık ve değişime açık alanlar ortaya çıkmıştır. Söylemsel esneklik ve yeni düzenleme beklemeden refleksif hareket etme ihtiyacı çerçevesinde, bu alanları düzenleyen kanunlarda yoruma açık ifadelere yer verilmeye başlanmıştır. Bu değişim, hakimin klasik kanunilik ilkesi çerçevesindeki görevini farklılaştıran, tahkim gibi yargı benzeri mekanizmaları da yaratmıştır.

b) Uluslararası hukukun gelişimi sonucu ulusüstü kanun koyucu organlar ortaya çıkmıştır. Bu organların düzenlediği suçların, ulusal hukukta yer almasa bile cezalandırılması gündeme gelmiştir.

c) Hukukun biçimsel garantilerden uzaklaşıp ceza hukukunun savaş yönetimi aracı olarak görülmeye başlanması, ilkenin sınırlarını genişletmiştir[219].

3. Kanunilik İlkesi ve Geçmişe Yürüme Yasağıyla İlişkilendirilen İlkeler

Çalışmamızın üçüncü bölümünde adını çokça zikredeceğimiz aşağıdaki ilkeler, kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağının dayanağı olarak gösterilmektedir.

"Askeri Kuvvet Kullanma Yetkisi Kanunu", 2002 tarihli "Halk Sağlığı ve Biyolojik Terörizme Hazırlıklı Olma ve Mücadele Kanunu", 2005 tarihli "Gerçek Amerikan Kahramanları Kanunu", "2. Başkanlık Kararnamesi", "5. Başkanlık Kararnamesi: Terörle Savaşta Belirli Yabancıların Gözaltı, Muamele ve Yargılanmalarına İlişkin Kararname", 2005 tarihli "Tutuklulara Muamele Kanunu", İngiltere'de: 2001 tarihli "Anti-Terörizm, Suç ve Güvenlik Kanunu", 2005 tarihli "Terörizmin Önlenmesi Kanunu", 2006 tarihli "Göçmenlik ve İltica Kanunu", 2006 tarihli "Terörizm Kanunu (Kuzey İrlanda)", 2006 tarihli "Terörizm Kanunu", Almanya'da: 2001 tarihli "1. Anti-Terör Paketi", "2. Anti-Terör Paketi (Uluslararası Terörizmle Mücadele Kanunu)", 2005 tarihli "Hava Güvenliği Kanunu", 2007 tarihli "Anti-Terör Bilgileri Kanunu", 2008 tarihli "Federal Kriminal (Polis) Dairesi Aracılığı Yoluyla Uluslararası Terörizmin Tehlikelerinden Korunma Kanunu". Fransa'da: 2001 tarihli "Günlük Güvenlik Kanunu", 2004 tarihli "Perben II Kanunu", 2006-64 sayılı Kanun. İsviçre'de: "260 quinquies". Kolombiya'da: 2005 tarihli "Terörizmin Önlenmesi Kanunu". Hindistan'da: "2002 Terörizmin Önlenmesi Kanunu".

[219] Hans Kudlich/Juan Pablo Montiel/Jan C. Schuhr, **Gesetzlichket und Strafrecht**, Ed. Hans Kudlich, Juan Pablo Montiel, Jan C. Schuhr, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, s. 11-12.

3.1. Demokrasi ve Kuvvetler Ayrılığı İlkesi

Kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağıyla ilişkilendirebileceğimiz kavramlardan biri, demokrasi ve bunun en önemli unsurlarından olan kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Söz konusu ilkelerin kanunilik ilkesinin ortaya çıkışı ve gerekçesi bakımından inceleme konusu yapılmasının nedeni, kanun yapım sürecine dair temel noktaları ortaya koymasıdır. Aslında kuvvetlerin birbirinden ayrılması ifadesi, tek başına kuvvetler arasındaki ilişki bakımından herhangi bir beyan içermediğinden, diğer ilke ve kavramlar yardımıyla anlaşılabilecektir[220]. Bunlardan en önemlisi demokrasidir. Demokrasi kamu gücünün kullanılmasının ve bireyin özgürlüğünün kısıtlanmasının halka dayanmasını şart koşmaktadır. Bu da halkın onayının sağlandığı bir temsiliyet, yani parlamento eliyle gerçekleşebilecektir[221]. Bu anlamda bir fiilin suç haline getirilmesi, aynı zamanda halkın demokratik yoldan kamu gücü üzerindeki kontrolünü sağlamaktadır[222]. Halkın temsiliyetine, yani parlamentoya dayanan bir suç haline getirme faaliyeti ise yasama, yürütme ve yargı güçleri arasındaki görev paylaşımının gerçekleşmesine bağlıdır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi ile kanunilik ilkesi arasında diyalektik bir ilişki söz konusudur. Kamu gücünün kullanılmasının demokratik bir devletin gereği olarak sadece halkın temsiliyetine dayandığı bir anlayış, kuvvetler ayrılığı ilkesinin sonucudur. Burada yargının ve yürütmenin müdahalesine yer yoktur. Bu anlayış, geçmişte hakimin ve mutlakiyetçi iktidarların keyfi uygulamalarını sınırlandırma amacı gütmüştür. Bu amaç çerçevesinde suç ve ceza koyma tekelinin yasamaya devredilmesi sağlanarak, kanunilik ilkesine uygun zemin hazırlamıştır. Aksi yönde yürütme ve yargının kanun, yani yasama eliyle, sınırlandırılması da kanunilik ilkesinin yerleşmesi suretiyle olmuş; kanunilik ilkesinin varlığı, kuvvetler ayrılığı ilkesinin yerleşmesini sağlamıştır. Ancak bu ilişki mutlak değildir. Kanun eliyle pekala kuvvetler ayrılığına aykırı yetki devirleri söz konusu olabilmekte ve baskıcı uygulamalar kanun eliyle meşrulaştırılabilmektedir. Nazi Almanyası döneminde çıkarılan 24.03.1933 tarihli Halkın ve Devletin Sıkıntılarını Ortadan Kaldırma

[220] Sancar, M., 2006, **a.g.e.,** s. 16.
[221] Böhm, **a.g.e.**, 27; Günther Jakobs, **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, Berlin, W. de Gruyter, 1993, s. 66.
[222] Krivec, **a.g.e.**, s. 11.

Kanunu bunun en tipik örneğidir. Bu nedenle kanunilik ilkesinin demokrasi ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir sonucu olarak görülemeyeceği, ancak ilkenin birçok demokratik özellik taşıdığı ve kanunilik ilkesiyle ikincil bir ilişkisinin olduğu belirtilmektedir. Geçmişe yürüme yasağının ise kuvvetler ayrılığı ve demokrasi ilkesiyle bir ilişkisinin bulunmadığı, aksine kanun koyucunun müdahale özgürlüğünü kısıtladığı ifade edilmektedir[223].

3.2. Hukuk Devleti ve Hukuki Güvenlik İlkesi

Hukuk devleti ilkesine dair birçok farklı anlayış ve tanım olmasına rağmen; ilkeyi, konumuzla da ilişkisi bakımından, devletin ve kamu gücünün kanunla bağlı olması biçiminde tanımlayabiliriz. Bu ise kamu gücünün, halkın karar verdiği formel bir kanuna dayanması gerekliliğini ortaya koymaktadır[224]. Birey özgürlüğünün korunması, hukuk devletinin bir sonucu olarak kişinin hukuki güvenliğinin korunmasını da sağlar. Buna göre devlet kanunla bağlı olduğundan, yani ancak kanunda belirtilen sınırlar dahilinde ve kanun eliyle kişi haklarına müdahale edebileceğinden, kişi de ancak kanunda belirtilen hallerde cezalandırılacağını bilir. Bu şekilde, kişinin hesap edemeyeceği davranışlarla karşılaşma tehlikesi ortadan kaldırılmış olur[225]. Von Listz'in kanunilik ilkesini suçluların Magna Carta'sı olarak ifade etmesinin, bu güvenceye işaret ettiği belirtilmektedir[226]. Bu çerçevede kanunilik ilkesinin dayanağının cezalandırılmaya layık davranışın önceden bilinebilmesi ve davranışın hesaplanabilirliğine dayalı hukuk devleti ilkesi olduğu söylenebilir[227]. Kişinin öngörülebilirlik, hesap edilebilirlik çerçevesinde kanunun sabit olduğuna ve aleyhe biçimde cezalandırılmayacağına güvenmesi gerekmektedir. Bu hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur[228]. Söz konusu ilişki, geçmişe yürüme yasağı ve hukuk devleti için de geçerlidir. Geçmişe yürüme yasağı, hukuki güvenin bir gereği ve sonucudur.

---

[223] Böhm, **a.g.e.**, s. 28; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, s. 137; Jakobs, **a.g.e.**, s. 66; Krivec, **a.g.e.**, s. 11; Roxin, **a.g.e.**, s. 147.
[224] Böhm, **a.g.e.**, s. 30.
[225] Jakobs, **a.g.e.**, s. 66; Gropp, **a.g.e.,** s. 100, 101.
[226] Gerald Grünwald, "Bedeutung und Begründung des Satzes "nulla poena sine lege", **ZStW 76, 1964**, s. 11.
[227] Schreiber, 1976, **a.g.e.**, s. 13.
[228] Krivec, **a.g.e.**, s. 12.

Hukuk devleti ilkesinin tek başına kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağını temellendirmeye yeterli olmadığı belirtilmiş ve bu yönde çeşitli eleştiriler getirilmiştir. İlk eleştiri, maddi ve şekli hukuk devleti anlayışı gibi ayrımlar dolayısıyla, hukuk devleti ilkesinin göreceliğine dayandırılmaktadır. Şekli hukuk devleti hukukun biçimsel yani usuli yönlerine vurgu yapan, bu anlamda devletsel hedef ve amaçlardan yani maddi içerikten soyutlanarak[229], kişinin özel alanını güvence altına alan bir hukuk anlayışını ortaya koymaktadır. "Hukuk kurallarının geleceğe dönük olması, hukuk kurallarının açıklığı, kesinliği, doğal adalet ilkesinin gözetilmesi, yargı bağımsızlığı, yargıya ulaşılabilirlik ve mahkeme kararlarının gerekçeli olması" gibi ilkelerin düzenlenmesi, gerçek bir hukuk devleti için yeterlidir[230]. Maddi hukuk devleti ise sadece yürürlükteki hukukun kuru bir üstünlüğünü değil, hukukun aynı zamanda belirli bir içeriği nitelendirmesini ifade eder[231]. Maddi hukuk devleti anlayışına göre, hukuk devleti maddi adaleti de içermektedir. Bu nedenle yazılı hukuk haksızlığı talep ediyor ve uluslararası hukukun tanıdığı insan haklarını ağır biçimde ihlal ediyorsa, hukuk devleti ilkesi de ihlal edilecektir[232]. Kısacası kanunilik ilkesinin formel anlayışı ile hukuk devleti ilkesinin maddi anlayışı çatışma halindedir. Yine bilinebilirlik ve hesap edilebilirlik bakımından hukuk devleti ilkesi ile kanunilik ilkesinin kapsamının farklı olduğu iddia edilmektedir. Buna göre hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesi sadece haksızlığın belirlenebilmesi ve bilinmesi bakımından önem taşır, cezanın ve miktarının bilinmesi önemli değildir. Bu ise sadece suçta kanunilik ilkesine karşılık gelmekte, cezada kanunilik ilkesini karşılamamaktadır[233]. Son olarak hukuk devletinin, kanunilik ilkesine göre daha eski bir kurum olduğu ve genele hitap eden biçimde norma güveni tesis etmeye çalıştığı ileri sürülmüştür. Bu nedenle ilkenin bireysel olaylarda garanti sağlama amacı gütmediği, bireysel haksızlıklara neden olabileceği yapılan diğer bir eleştiridir[234].

---

[229] Ülker Yükselbaba, "Habermas'ın Prosedüralist Hukuk Paradigması, Haklar Sistem ve Hukuk Devleti", **İÜHFM,** C. LXVI, No:1, 2008, s. 242.
[230] Özcan, **a.g.e.**, s. 202-203.
[231] Mithat Sancar, **"Devlet Aklı" Kıskacında Hukuk Devleti,** 6. bs., İletişim, İstanbul, 2012**,** s. 35.
[232] Gropp, **a.g.e.**, s. 100.
[233] Jakobs, **a.g.e.**, s. 66-67; Wanja Andreas Welke, Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Kriminalität?, **Kritische Justiz**, Vol. 28, No. 3 (1995), s. 373.
[234] Jakobs, **a.g.e.**, s. 67.

3.3. Kusur İlkesi ve İnsan Onuru

Bu kısımda, hukuki güvenlik ilkesiyle de ilişkilendirebileceğimiz kusur ilkesi ve buna bağlı olarak insan onuru kavramı inceleme konusu yapılacaktır. Söz konusu incelemede, failin fiil sırasındaki kınanabilirliği ve bu çerçevede kendi fiilinden sorumluluğu üzerinde durulacaktır.

Kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi ile kanunsuz suç ve ceza olmaz, yani kanunilik ilkesi, yakın ilişki içerisindedir. Kişinin kusurlu kabul edilebilmesi, onun suç fiili sırasındaki tipik haksızlığı bilmesine ve tercihini haksız olandan yana kullanmasına bağlıdır[235]. Bu bilme hali, kanun eliyle sağlanacaktır. Suç işleme kararının verildiği anda, yani haksızlık konusunda seçim yapılacağı anda, kanun mevcut olmalıdır[236]. Eğer ceza hukuku, yasaklanmış bir davranışın kusura dayanan bir şekilde ihlalini arıyorsa; bu yasağın içeriğini belirten bir normun bulunması ve bunun mümkün oldukça yaygın biçimde bildirilmesi gerekmektedir. Aksi halde kişinin kendi kararını alabilme iradesi ortadan kalkacaktır. Ortada bir norm bulunmadığı için de kişiden norma uygun davranması beklenilemeyecek ve kişi davranışından dolayı kınanamayacaktır[237].

Kanunun varlığı halinde kişinin fiili sırasında bir seçim yapma olanağı söz konusu olacaktır ki, burada insan onuru kavramı ön plana çıkmaktadır. İnsan onuru değerlendirme yapabilme, kendi kendine karar verebilme ve kendi kararının sorumluluğunu alabilmeyi gerektirir. Yani kişi özgür bir düşünce ortamında kendi kararını verebilmelidir. Bu, ancak yazılı ve bu anlamda kişinin davranışlarının haklı ya da haksızlığını değerlendirebileceği kuralların varlığına bağlıdır[238]. Ceza hukuku da mevcut kanun nedeniyle özgürce karar alabilen ve bu davranışın sonuçlarına katlanmayı göze alan failin hukuki değerlere saldırmasını cezalandırmaktadır[239]. Bu anlayış, yukarıda belirttiğimiz Feuerbach'ın psikolojik baskı teorisiyle de uyum içerisindedir[240]. İnsan onuru kavramı, kanunilik ilkesinin en önemli kaynaklarından biri haline gelmiş ve kavram, Aydınlanma Çağı'ndan itibaren anayasalarda ve

[235] Bkz.: Schriber, **a.g.e.**, s. 14.
[236] Krey, **a.g.e.**, s. 134.
[237] Gropp, **a.g.e.**, s. 117-118.
[238] Krivec, **a.g.e.**, s. 14; Gropp, **a.g.e.**, s. 118.
[239] Böhm, **a.g.e.**, s. 32.
[240] Grünwald, 1964, **a.g.e.**, s. 10. Roxin Feuerbach'ın genel önleme teorisi çerçevesinde psikolojik baskı teorisini ayrı bir başlık altında kanunilik ilkesiyle ilişkilendirmiştir. Roxin, **a.g.e.**, s. 147.

özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası 1949 Federal Alman Anayasası'nın ilk maddesinde yerini almıştır. Ceza kanunları, insan onurunun korunması için bir araç olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda kanun, kişilerin kendi kararlarını özgürce verebilmelerini sağlamalı ve kişileri devletin hukuksuz müdahalelerinden korumalıdır. Hiçbir ceza kanunu insan onuru dikkate almadan yapılamayacaktır[241]. Bu yönüyle kavram, kanunilik ilkesinin içeriğini sınırlandırıcı bir role sahiptir.

Kusur ilkesi ile geçmişe yürüme yasağı da benzer bir ilişki içerisindedir. Fiil sırasında bir norm mevcut değilse; sonradan geçmişe yürüyen norm boşluğa yürümüş olacak, failin fiil sırasındaki kusurluluğuyla ilişkisiz bir durum ortaya çıkacaktır[242].

Kusur ilkesi ve insan onuru kavramının, kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağının kaynağı olduğu çıkarsaması da eleştirilere konu olmuştur. Buna göre kusur ilkesi, kanunilik ilkesinin neden cezayı ve cezanın miktarını içerdiğini ve belirliliğin neden kanun eliyle yapıldığını açıklayamamaktadır. Çünkü kusur ilkesinin kapsamı, kanunilik ilkesinin formel anlayışına göre daha geniştir. Mutlak cezalandırılabilirliğin kanunen sabitlenmesi anlayışı aşırıdır. Aydınlanma Çağı'ndan beri hakim olan insan onuruna dayanan kusur ilkesi anlayışı yumuşatılmalıdır. Fail yazılı olan veya olmayan bir kuralı ihlal ettiğinde kusurlu sayılacaktır. Fail fiilini işlerken esas olarak fiilinin suç olduğunun yazılı biçimde düzenlendiğini değil, hukuk düzenini ihlal eden topluma zararlı bir davranışta bulunduğunu bilir. Kusurlu davranışı da buna dayanır. Toplumsal zararlılık çerçevesinde yazılı olmayan kurallar da bilinebilirliğin kapsamına dahildir. Bu yüzden ilke *"suç zamanı yasaklanmayan, yazılı yahut yazısız hukuk normunu ihlal etmeyen hiçbir davranış cezalandırılamayacaktır"* biçiminde tanımlanmalıdır[243].

ARA SONUÇ

Çalışmamızın bu bölümünde ortaya koyduğumuz tarihsel süreç ve felsefi düşünceler, bize kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağının toplumsal olaylardan

[241] Böhm, **a.g.e.**, s. 31-32. Benzer biçimde kesin kes kanunilik ilkesi adı verilen anlayışa göre kanun koyucu kanun yaparken, insan haklarını ve demokratik Anayasal hakları dikkate alacak ve bunlara aykırı düzenlemeler yapamayacaktır. Bekri, **a.g.e.**, s. 13.
[242] Krivec, **a.g.e.**, s. 19.
[243] Grünwald, 1964, **a.g.e.**, s. 12; Welke, **a.g.e.,** s. 372.

ve görüşlerden derin biçimde etkilendiğini göstermiştir. Yine ilkelerin kapsamının süreçler ve öne sürülen görüşler çerçevesinde değişkenlik gösterdiği ortaya konulmuştur. Kanunilik ilkesine göre eski bir ilke olan geçmişe yürüme yasağının kapsamı, yazılı hukuk kurallarının ortaya çıkışından itibaren tartışıla gelmiş; bu tartışma norm kuran kanun-norma deklare eden kanun ayrımı üzerinden yapılmıştır. Bu yönüyle İkinci Dünya Savaşı sonrası doğal hukuk-pozitif hukuk çatışması olarak karşımıza çıkan ve Radbruch Formülü ile aşılmaya çalışılan tartışma yeni değildir.

Tarihsel süreç çerçevesinde iktidarın merkezileştiği dönemlerde hukuk da merkezileşmektedir. Bunun sonucu olarak bu dönemlerde kanunun toplumdaki rolü artmış ve yine geçmişe yürüme yasağı önem kazanmıştır. Ancak bu süreçler düz bir çizgi biçiminde ilerlememekte ekonomik ve toplumsal ihtiyaçlara göre şekillenmektedir. Yine hukukun merkezileşmesiyle kanun sayısının artması, bizi doğrudan kanunilik ilkesinin varlığına götürmemektedir. Kanunilik ilkesi Aydınlanma Çağı'nın ortaya çıkardığı özgürlükçü anlayışın bir sonucudur. Aydınlanma Çağı'nı farklı kılan, süreçler sonucu sadece tek tek yazılı kanunların çıkarılmasını değil; yazılı kanunların mecburiyeti ve kanun koyma tekeli çerçevesinde kanunilik ilkesinin ve onun alt ilkelerinin kurumsallaşmasıdır. Bizi kanunilik ilkesine götüren anlayış insan aklını ve mantığı temel alan, rasyonel ve seküler bir hukuk anlayışıdır.

Kanunilik ilkesinin gelişmesi ve kurumsallaşmasında birçok düşünürün katkısı olduğu görülmektedir. Tüm bu katkılar doğrultusunda Aydınlanma Çağı'nın sonunda formalist bir kanunilik anlayışı, 20. yy'nin ortalarına kadar egemen olmuştur. Bu anlayış yazılı olan dışındaki hukuku reddeden ve hatta yazılı hukukun yorumlanmasını dahi yasaklayan, geçmişe yürüme yasağını istisnasız kabul eden kanun devleti idealidir. Bu ideal 20. yy'de ve günümüzde çokça tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmalar, zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüyüp yürüyemeyeceği sorusu üzerinden üçüncü ve dördüncü bölümde daha ayrıntılı biçimde ele alınacaktır.

Bölümün ikinci kısmında, kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağıyla ilişkili ve üçüncü ve dördüncü bölümde yapacağımız tartışmalarda çokça zikredilecek olan ilkeler ele alınmıştır. Bu kısım bize göstermiştir ki, ilkelerin her biri kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağıyla yakın ilişki içerisindedir; ancak hiçbiri, bu ilkeleri tek başına temellendirememektedir. Aksine bu ilkeler, yazılı

olmayan hukuk kurallarının uygulanması ve geçmişe yürüme yasağı tartışmalarında karşı karşıya gelebilmektedir. Kanımızca gerek bu ilkelerin birine dayanarak gerekse de adalet ve hukuki güvenlik ilkelerini karşı karşıya getirerek düzenlemelerin geçmişe yürüme yasağı kapsamında olup olmadığı sorusuna cevap aramak, doğru bir yöntem değildir. Bu ilkeleri birbirlerinden tamamen kopuk biçimde ele almak mümkün gözükmemektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNDA ZAMANAŞIMININ ÇEŞİTLERİ, TARİHİ GELİŞİMİ, KURUMU TEMELLENDİREN GÖRÜŞLER, KURUMUN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Zamanın geçmesi gibi insanoğlunun hükmedemeyeceği bir doğa olayına hukuk dünyasında sonuç bağlanması, söz konusu doğa olayını bir hukuki olay haline getirmektedir [244]. Zamanın aşındırıcı etkisi hem sosyal hem de fiziki bir gerçekliktir[245]. Bu gerçeklik, zaman kavramının gücünü ortaya koymaktadır[246]. Zamanın geçmesi suretiyle belirli bir sürenin aşılması, hukukun hemen hemen bütün alanlarında hüküm ifade etmekle birlikte;[247] karşılığını en bariz biçimde zamanaşımı kurumunda bulur. Zamanaşımı, özel hukuk ilişkileri bakımından hak kazandırıcı veya hak düşürücü bir niteliğe sahipken[248]; ceza hukuku anlamında şüpheli, sanık veya hükümlü ile devlet arasındaki hukuki ilişkiyi etkilemektedir. Özel hukukta bir hakkın doğumuna veya kaybına neden olan zamanaşımı, hak sahibinin ihmaline dayanmaktadır. Çünkü hak sahibi, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen bir hakkına ilişkin hareketsiz kalmıştır. Ceza hukukunda ise devletin cezalandırma tekeli ve ceza muhakemesinin kamusallığı ilkesi nedeniyle kural olarak mağdur, suçtan zarar gören

[244] Hukuki olay kavramı için bkz.: Kemal Gözler, **Hukukun Temel Kavramları**, bs. 16, Bursa, Ekin, 2018, s. 139-141.

[245] Adnan Sar, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı** (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara, 1989, s. 3; 11. Ankara Ağır Ceza Mahkemesi, E. 1994/30, K. 2012/52, T. 13.03.2012. Söz konusu karar çalışmamızın son bölümünde ele alacağımız ve kamuoyunda Sivas Katliamı Davası olarak bilinen davaya ilişkin ilk derece mahkemesi kararıdır. Karar Yargıtay tarafından onaylanmış olup kesinleşmiştir. Ancak dava bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır ve Anayasa Mahkemesi henüz dosyaya ilişkin karar vermemiştir.

[246] Aşağıda da belirteceğimiz üzere bazı yazarlarca "zamanın gücü" kavramı zamanaşımını temellendirmek için kullanılmaktadır. Bkz.: aş. s. 191-192.

[247] Nurullah Kunter, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı** (yayınlanmamış doçentlik tezi), İstanbul, 1951, s. 3. Zaman çeşitli biçimlerde hem özel hem de kamu hukukuna konu olmaktadır. Örneğin ceza hukukunda süreli hapis cezalarının infazı, kanunun zaman bakımından uygulanması gibi örnekler zaman ve onun akışıyla ilişkilidir. Asholt, **a.g.e.**, s. 216.

[248] Mahmut Bilgen, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, Ankara, Adalet, 2010, s. 3; Mehmet Erdem, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul, XII Levha, 2010, s. 5; Eraslan Özkaya, **Özel Hukukta Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler**, Ankara, Seçkin, 2012, s. 25.

veya katılanın üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hak mevcut değildir[249]. Bu yönüyle ortada bir ihmal söz konusuysa bile, bunun sorumlusu muhakeme süjeleri eliyle zamanında gerekli muhakeme işlemlerini yapmayan/yapamayan devlettir.

Zamanaşımıyla devletin söz konusu hareketsizliğine hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bu sonuçlardan ilki, kanunda belirtilen sürenin geçmesinin ardından fail aleyhine kamu davası açılamaması veya açılmış olsa dahi o davaya devam edilememesiyken; diğeri, kesinleşmiş bir hükmün infazının yerine getirilememesidir. Hukukumuzda bunlardan ilkine dava zamanaşımı, ikincisine ise ceza zamanaşımı adı verilmektedir. Suçluluğun kesin suretle tespit edilmesinden önce ortaya çıkan dava zamanaşımı ile bu tespitten sonra ortaya çıkan ceza zamanaşımı açısından farklı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir.

Zamanaşımı, hukukumuzda düşme nedenlerinden biri olarak düzenlenmiştir[250]. Düşmenin varlığı halinde suçun objektif olarak varlığını koruduğu kabul edilmektedir[251]. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından zamanaşımı "*kanunda yazılı sürelerin geçmesiyle Devletin cezalandırma hakkını düşüren*[252]*, kamu davası açılmamışsa açılmasına, açılmışsa takibine, mahkumiyet hükmü verilmişse cezanın infazına engel olan bir hal"* olarak tanımlamıştır[253]. Ancak kurum, özellikle niteliğine ilişkin tartışmalar doğrultusunda ve çeşitlerine göre farklı biçimlerde tanımlanabilmektedir. Bu nedenle kurumu, kurumun çeşitleri, tarihsel gelişimi,

---

[249] Kunter, **a.g.e.**, s. 3-4.

[250] Henüz kesin bir mahkumiyet hükmüne bağlanmamış bir fiil zamanaşımına uğramış ise, ortada zaten bir suç söz konusu olmayacaktır. Şu halde dahi bu kişiler için yargılamanın her aşamasında derhal beraat kararı verme hali söz konusu olabilecekse, düşme değil beraat kararı verilerek sanığın aklanması gerektiği ileri sürülmektedir. Cumhur Şahin, "Dava Zamanaşımı Sanığın Aklanmasına Engel Olabilir Mi? -Beraat Kararı ile Zamanaşımı Dolayısıyla Verilen Düşme Kararı Arasındaki Öncelik İlişkisi-", **Adalet Dergisi**, S. 45, 2013, s. 238; Necati Okutan, "Kamu Davasını Düşüren Sebeplerden Zamanaşımı", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 1983, s. 59.

[251] *Bettiol* düşme nedenlerinin varlığı halinde fiilin suç olmaktan çıkmayacağı düşüncesini kül-ateş metaforu üzerinden ortaya koymuştur. Buna göre yazar düşme kararını bir küle, suçun mevcudiyetini ise ateşe benzetmiş ve külün altında her daima biraz ateşin olduğunu belirtmiştir. Yine aynı makalesinde hakkında düşme kararı verilmiş suçu güneş tutulmasına benzetmiştir. Tutulan güneşin daima kenarından ışık saçması gibi düşme halinde suçun hala objektif olarak varlığını sürdürdüğünü ileri sürmüştür. Bkz.: G. Bettiol, "Suç ve Cezanın Sukutu Meselesi", **AÜHFD**, Çev. Faruk Erem, C. XII, 1955, s. 2, 4-5.

[252] Devletin ceza verme hakkının, kullanılmamak suretiyle düşebilen haklardan olmadığı ileri süren bazı yazarlara göre, bu hakkın düşmesi de mümkün değildir ve bu nedenle tanım yanlıştır. Bkz.: Sar, **a.g.e.**, s. 6-7; Erem, 1985, **a.g.e.**, s. 473.

[253] Yargıtay CGK., E. 2002/3-252, K. 2002/388, T. 12.11.2002.

hukuki niteliği ve günümüzde kurumu temellendiren görüşler çerçevesinde incelemeyi uygun bulmaktayız.

2. Zamanaşımının Çeşitleri

Zamanaşımı dava ve ceza zamanaşımı olarak ikiye ayrılmaktadır. Ceza zamanaşımı ile dava zamanaşımı arasındaki en önemli fark, ceza zamanaşımında failin suçluluğuna ilişkin önceden kesin bir hükmün verilmiş olmasıdır. Dava zamanaşımında ise kesin bir hüküm bulunmaması nedeniyle şüphelinin/sanığın masum olabilme ihtimali halen söz konusudur[254].

2.1. Dava Zamanaşımı

Dava zamanaşımı suçun işlenmesinin üzerinden belirli bir süre geçmesi sonucunda henüz kamu davası açılmamışsa artık açılamamasına; açılmışsa artık takip edilememesine neden olan bir düşme sebebi olarak tarif edilebilir[255] [256]. Söz konusu kavram yerine kovuşturma zamanaşımı, kamu davası zamanaşımı, suç zamanaşımı, cezalandırabilme zamanaşımı gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Bu kullanım farklılığı esas olarak zamanaşımının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara dayanmaktadır. Zamanaşımını maddi ceza hukuku kurumu olarak kabul eden bazı yazarlar, suç zamanaşımı kavramının kullanılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Çünkü düşme ile birlikte suçun esası da ortadan kalkmaktadır. Zamanaşımını şekli ceza hukuku kurumu olarak kabul eden yazarlar ise kovuşturma, ceza davası veya kamu davası zamanaşımı kavramlarının kullanılmasını önermektedirler. Çünkü

---

[254] Julius Friedrich Heinrich Abegg, **Über Die Verjährung Rechtskräftig Erkannter Strafen**, Breslau, Maruschke & Berendt, 1862, s. 31; Taner, M., **a.g.e.**, s. 688; Okutan, **a.g.e.,** s. 57;

[255] Fahri Gökçen Taner, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara, Seçkin, 2008, s. 51. Kunter benzer biçimde söz konusu kavramı *"ancak suç faili hakkında suçu düşürme sonucunu doğurmak üzere belli bir zamanın kanunda yazılı şartlar altında geçmesi"* şeklinde tarif etmiştir. Kunter, **a.g.e.**, s. 44. Yine Sar hukukumuzdaki düzenlenişini de esas alarak dava zamanaşımını*"kanunda yazılı belirli sürelerin yine kanunda belirtilmiş belirli şartlar altında geçmesiyle suçun yalnız sanık için cezalandırılamaz hale gelmesi sonucunu doğurmak üzere sanık hakkında ceza davası açmaktan veya açılmış olan davaya devam etmek hakkından devletin kanunla önceden vazgeçmesi"* biçiminde tanımlamıştır. Sar, **a.g.e.,** s. 57.

[256] Şikayet, dava süresi ve dava zamanaşımı arasındaki farklara ilişkin bkz.: Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** 12. bs., Ankara, Turhan, 2018, s. 982-984.

zamanaşımıyla birlikte bütün varlığıyla suç değil, sadece suçun bir sonucu olan cezalandırma ortadan kalkmaktadır[257]. Kunter'e göre ise cezalandırılabilme zamanaşımı kavramı kullanılmalıdır. Çünkü dava zamanaşımının varlığı halinde suç objektif olarak varlığını sürdürmekte, zamanaşımı sadece sübjektif olarak yani suçlu bakımından düşme sonucunu doğurmaktadır. Bu özelliğine vurgu yapmak amacıyla cezalandırabilme zamanaşımı kavramına yer verilmelidir[258]. Söz konusu anlayış farklılıklarının, yerleşmiş bir kavram olan dava zamanaşımından vazgeçilmesi için yeterli bir gerekçe oluşturmadığı da ileri sürülen bir diğer görüştür[259].

Zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüme yasağı karşısındaki durumuna ilişkin temel tartışmalar, ceza zamanaşımından ziyade dava zamanaşımı üzerinden yürütülmektedir. Bunun nedenlerinden biri dava zamanaşımının, ceza zamanaşımından önce tarih sahnesine çıkmış ve ona öncülük etmiş olmasıdır. Dava zamanaşımının daha çok gerçekleşmesi ve toplumda daha çok dikkat çekmesi diğer önemli nedenler arasında yer almaktadır[260].

Kavrama dair üzerinde durulması gereken diğer bir husus, dava zamanaşımı sürelerinin nasıl belirleneceğidir. Doktrinde ve uygulamada, eşitlik ve hukuki güvenliğin sağlanması amacıyla sürelerin kanun eliyle tespitinin gerektiği düşüncesi kabul görmüştür[261]. Bu kabul, kanunilik ilkesinin bir sonucudur. Bu çerçevede hangi suç için ne kadar dava zamanaşımı süresi öngörüleceği, ceza hukuku siyaseti kapsamında, kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucunun takdiri, tarihsel süreçlere ve ihtiyaçlara bağlı olarak değişebilmektedir. Üçüncü bölümde de değineceğimiz üzere, özellikle bazı suçlarda zamanaşımı süresinin uzatılması, bazılarında ise tamamen ortadan kaldırılmasına karar verilebilmektedir. Ancak kanun koyucunun bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Faili meçhullük ve kaçaklık söz konusu değilse makul sürede yargılanma hakkı, bu takdir yetkisini sınırlayan nedenlerden biri olarak kabul edilmektedir[262]. Yine Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun

---

[257] Kunter, **a.g.e.**, s. 5-6; bkz.: Sar, **a.g.e.**, s. 54-55.
[258] Kunter, **a.g.e.**, s. 7.
[259] Taner, F., **a.g.e.**, s. 52.
[260] Taner, F., **A.e.**, s. 128; Anica Sambale, **Die Verjährungsdiskussion im Deutschen Bundestag, Ein Beitrag zur juristischen Vergangenheitsbewältigung**, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2002, s. 24.
[261] Artuk/Gökçen/Alşahin, **a.g.e.,** s. 986.
[262] Taner, F., **a.g.e.,** s. 128-129; Tuğrul Katoğlu, **Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, Ankara, Seçkin, 2008, s. 163; Zeki Hafızoğulları/Muhammer Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, US-A Yayıncılık, 2015, 8. bs., s. 522.

takdirinin, başta ölçülülük ilkesi olmak üzere Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle sınırlandırıldığını ifade etmiştir[263]. Anglosakson hukukunda ve bazı Kıta Avrupası hukuku ülkelerinde her suç türü için ayrı bir sürenin belirlenmesi yönünde bir uygulama söz konusuyken; bir diğer uygulama biçimi ise ceza miktarına göre sürelerin belirlenmesidir[264]. Ancak sürenin tespitinde ele alınan esas ölçüt, suçun ağırlığıdır. Bu anlamda haksızlık içeriği yoğun olan ağır suçlarda dava zamanaşımı süresinin uzun, hafif suçlarda ise kısa olması öngörülmektedir[265].

Kanunda belirtilen zamanaşımı süresinin tespitinde somut cezanın mı yoksa soyut cezanın mı esas alınacağı, cevaplandırılması gereken diğer bir sorudur. Somut ceza sisteminde süre, bireyselleştirme sonucu suçluya verilmesi gereken ceza miktarına göre belirlenecekken; soyut ceza sisteminde bireyselleştirme yapılmaksızın kanunda o suç için öngörülen ceza miktarı göz önünde bulundurulacaktır. Bu konuda doktrinde ve karşılaştırmalı hukukta görüş ve uygulama birliği yoktur. Sürenin somut ceza sistemine göre belirlenmesi gerektiğini savunanlar, suç sonucu ortaya çıkan sosyal zararın ancak somut ceza üzerinden tespit edilebileceğini ileri sürmektedirler. Bu nedenle soyut ceza sistemi üzerinden yapılacak bir değerlendirme, kanun önünde eşitlik ve cezaların bireyselleştirilmesi ilkelerine aykırılık teşkil edecektir[266]. Sanık hakkında alt sınırdan ceza verilmesi halinde, dava zamanaşımı süresinin ceza zamanaşımına eşit hatta ondan daha uzun olması söz konusu olabilecektir ki; bu kurumun doğasına aykırıdır[267].

Soyut ceza sistemini savunanlara göreyse somut ceza sisteminin tespitte esas alınması, kurumun doğasına aykırıdır. Çünkü dava zamanaşımı, kesin hükümden yani somut cezanın tespitinden önce gerçekleşmektedir. Aksi durumun kabulü

[263] AYM, E.2007/95, K.2011/61, T. 30/03/2011.
[264] Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, bs. 11, Ankara, Seçkin, 2018, s. 715.
[265] Sulhi Dönmezer/Sahir Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: III**, 8. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980, s. 313; Artuk/Gökçen/Alşahin, **a.g.e.,** s. 986; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III**, İstanbul, Beta, 1992, s. 779. Anayasa Mahkemesi de zamanaşımı süresini kamu düzeni üzerinde yaratacağı etki çerçevesinde değerlendirmiş ve kamu düzenini çok fazla etkileyen ağır suçlarda zamanaşımı süresinin uzun, az etkileyen suçlarda kısa olması gerektiğini belirtmiştir. AYM, E, 1997/26, K. 1998/10, T. 30.4.1998.
[266] Bkz.: Taner, F., **a.g.e.,** s. 58, 60; Kunter, **a.g.e.**, s. 57-58.
[267] Okutan, **a.g.e.,** s. 56-57.

halinde hakimin keyfi kararları çerçevesinde aynı suç için farklı zamanaşımı süreleri ortaya çıkacaktır ki, bu adaletsiz bir sonuç doğuracaktır[268].

Karma görüş ise, sadece cezanın arttırılması veya azaltılmasını gerektiren şahsi ve fiili kanuni sebepler dikkate alınarak belirlenecek ceza miktarına göre sürenin tespit edilmesini savunmaktadır[269]. Diğer bir görüş ise kabahat, cürüm ve cünha üzerinden yapılan ayrım çerçevesinde her üçü için de belirli ve ayrı bir süre öngörülmesini önermektedir[270].

Dava zamanaşımına uğramış suç, ortada bir mahkumiyet hükmü olmadığı için, tekerrür, cezanın ertelenmesi vb. kurumlar açısından önceden işlenen suç kapsamında değerlendirilmeyecektir[271]. Ancak bazı yazarlara göre zamanaşımına uğramış suç, tekerrüre esas alınmasa bile, ikinci suçun bireyselleştirilmesi kapsamında cezayı üst sınıra yaklaştırıcı bir etkiye sahip olmalıdır. Yine bu yazarlar zamanaşımına uğramış bir hırsızlık suçunun varlığı halinde, bu suç sonucu elde edilmiş malın hırsızlık malı olarak kalmaya devam edeceğini iddia etmektedirler. Bu nedenle malı iktisap eden diğer kişiler, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunu işlemiş olacaklardır[272].

İşlemeye başlayan zamanaşımı süresinin sonuç doğuruncaya kadar devam etmesi kuraldır[273]. Bu anlamda süreklilik esastır. Ancak kanunda belirtilen bu süreler çeşitli nedenlerden dolayı durabilmekte veya kesilip tekrar başlayabilmektedir. Dava zamanaşımı süresinin durması ve kesilmesi adını verilen bu kurumlar[274] eliyle zamanaşımı süresi dolaylı olarak uzayabilmektedir. Üçüncü bölümde inceleyeceğimiz üzere özellikle dava zamanaşımı süresinin durmasıyla ilgili düzenlemelere, bazı suçların zamanaşımına uğramasını engellenmek amacıyla sıkça başvurulmuştur. Bu nedenle bu kurumlara daha ayrıntılı biçimde değinmek gerekmektedir.

---

[268] Bkz.: Taner, F., **a.g.e.,** s. 58; Kunter, **a.g.e.,** s. 59-60; Dönmezer/Erman, 1980, **a.g.e.,** s. 314.
[269] Bkz.: Dönmezer/Erman, 1980, **a.g.e.,** s. 314.
[270] Bkz.: Sar, **a.g.e.,** s. 60.
[271] Taner, F., **a.g.e.,** s. 125.
[272] Kunter, **a.g.e.,** s. 7; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Seçkin, 2018, s. 929-930.
[273] Sar, **a.g.e.**, s. 94.
[274] Bunlara dava zamanaşımı engelleri de denilmektedir. Mehmet Ali Uzun, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı** (yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul, 1994, s. 99; Dönmezer/Erman, 1980, **a.g.e.**, s. 324; Erem, 1985, **a.g.e.**, s. 493.

2.1.1. Dava Zamanaşımı Süresinin Durması

Durma, *"kanunda belirtilen bazı hallerde kamu davasının yürütülememesinden dolayı, halin ortadan kalmasına kadar geçen süre zarfında, dava zamanaşımının o ana dek geçen süre saklı kalmak kaydıyla işlememesidir"*[275]. Özel hukuktan farklı olarak kamu hukukunda zamanaşımının durmasının nedeni, hak sahibinin serbest hareket etme ve muhakemeyi işletme imkanının ortadan kalkması değil; cumhuriyet savcılığı başta olmak üzere mahkeme ve müdafi gibi makam itibariyle muhakeme süjelerinin serbest hareket etmesini engelleyici durumların ortaya çıkmasıdır[276]. Durma nedenleri geçici nitelikte ve sınırlı sayıda olup[277], bunların ortadan kalkmasıyla zamanaşımı süresi tekrar kaldığı yerden işlemeye devam edecektir[278].

Durmanın zamanaşımı süresini uzatıp uzatmadığı sorusunun cevabı, üçüncü bölümdeki tartışmalar açısından önem arz etmektedir. Doktrinde konuya ilişkin görüş birliği yoktur. Bir görüş durmanın zamanaşımı sürelerini uzatmadığını ileri sürmektedir. Çünkü durma halinde zamanaşımı süresi baştan itibaren başlamamakta, sadece geçici nedenin varlığı boyunca işlememektedir. Bu anlamda objektif olarak kanunda belirtilen zamanaşımı süresi korunmaktadır[279]. Bu görüşün kabulü halinde üçüncü bölümde inceleyeceğimiz zamanaşımı sürelerinin durmasına ilişkin düzenlemelerin, zamanaşımı sürelerinin uzatılmasına örnek teşkil etmeyeceği sonucunu çıkarmamız gerekecektir. Zimmermann da bu kabul üzerinden zamanaşımı sürelerinin uzatılmasına ve durmasına ilişkin düzenlemeleri ayrı ayı ele almıştır[280]. Diğer bir görüş ise, durma dahil, geçen sürenin kanunda belirtilenden fiilen daha

---

[275] Taner, F., **a.g.e.**, s. 83. Kunter ise söz konusu kavramı *"ceza davasının açılmasına, açılmışsa görülmesine mani olan hallerin, davaya engel oldukları müddetçe, önce geçen zaman engelin kalkmasından itibaren geçen zamana eklenmek şartiyla zamanaşımı süresinin işlemesine de engel olmaları hukuki sonucu"* şeklinde tarif etmiştir. Kunter, **a.g.e.**, s. 77.

[276] Taner, F., **a.g.e.**, s. 84.

[277] TCK m. 67/1'de bu haller, "*soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulması ve kaçaklık kararının varlığı*" olarak sayılmıştır.

[278] Taner, F., **A.e.,** s. 84-85.

[279] Hafızoğuları/Özen, **a.g.e.**, s. 541; Taner, F., **a.g.e.**, s. 85.

[280] Zimmermann, **a.g.e.**, s. 61-62. Yazara göre sonraki düzenlemeyle önceki hukuka dair durma kararı alınamaz. Sonraki hukuk önceki hukukta duramaz. Bu nedenle geçmişe yönelik durma düzenlemelerinin yapılması kabul edilemez. Zimmermann, **A.e.,** 224.

uzun olmasına neden olan halleri, süre uzatımı olarak kabul etmektedir[281]. Kanımızca da durma kurumu ve buna ilişkin düzenlemeler kanunda belirtilen süreleri değiştirmese bile, fiili olarak süre uzatımına neden olmaktadır. Bu nedenle doğrudan zamanaşımı sürelerini uzatan bir düzenleme ile zamanaşımı sürelerini geçmişe dönük olarak durduran bir düzenleme aynı amaca hizmet etmekte ve aynı sonucu doğurmaktadır. Söz konusu düzenlemeler çalışmamızın üçüncü bölümünde bu kabul çerçevesinde ele alınacaktır.

Hukukumuzda zamanaşımının durmasına ilişkin, kesilmeden farklı olarak, bir azami süre öngörülmemiştir[282]. Bu anlamda durma nedenin varlığı devam ettiği sürece, zamanaşımı süresi teorik olarak sonsuza kadar durabilecektir. Ancak durma nedenleri geçici nitelikte olduğundan, bu ihtimal en azından fiilen mümkün değildir[283].

2.1.2. Dava Zamanaşımı Süresinin Kesilmesi

Kesilme, "*hukuki bir fiilin, zamanaşımı süresinin yeniden ve tam olarak işlemeye başlaması ve önce geçmiş olan zamanın sayılmaması sonucunu doğurması"* olarak tanımlanabilir[284]. Üçüncü bölümde örnekleriyle göreceğimiz üzere, uygulamada zamanaşımı süreleri, zamanaşımı sürelerinin kesilmesi sonucunu doğuran düzenlemeler eliyle dolaylı olarak uzatılabilmektedir[285]. Zamanaşımı sürelerinin kesilmesi nedenleri kural olarak, makam bakımından muhakeme süjelerinin davayı canlı ve hareketli tutma ve bu anlamda devletin cezalandırma isteğini gösteren işlemleridir[286].

---

[281] Franz Calvelli-Adorno, "Nachwort zum Streit um die Verlängerung der Verjährungsfrist für NS-Verbrechen", **NJW**, 1965 Heft 42, s. 1953; bkz.: Taner, F., **a.g.e.**, s. 85.

[282] Doktrinde çok uzun bir süre durduktan sonra davaya devam edilmesinin sosyal yararın kalmaması, delillerin kaybolması, suçlunun ıslah olması gibi ileride belirteceğimiz zamanaşımını temellendiren görüşlere aykırılık teşkil edeceği belirtilerek; kanunda azami bir durma süresinin tespit edilmesi gerektiğini ileri sürülmektedir. Uzun, **a.g.e.**, s. 143.

[283] Taner, F., **a.g.e.**, s. 97-98.

[284] Kunter, **a.g.e.**, s. 92.

[285] Zamanaşımının kesilmesi kurumuna karşı çıkan bir görüş sürelerin kısa olduğuna inanılması halinde kanun koyucunun kesilme kurumu yerine, zamanaşımını uzatan düzenlemelere yer vermesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz.: Dönmezer/Erman, 1980, **a.g.e.**, s. 325-326.

[286] Kunter, **a.g.e.**, s. 92. TCK m. 67/1'de bu haller, *"şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi, şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi, suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi, sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesi"* olarak sayılmıştır.

Hukukumuzda kesilme halinde azami bir uzama süresi öngörülmüştür. Buna göre kesildiği için baştan işlemeye başlayan zamanaşımı süresi belirli bir zaman sonra sona ermek zorundadır. TCK'da m. 67/4'te bu süre, suç için öngörülen dava zamanaşımı süresi esas alınarak belirlenmiştir. Düzenlemede yer alan *"kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar."* ifadesi bunu ortaya koymaktadır. Bu azami süreye Türk hukukunda "olağanüstü veya uzamış zamanaşımı"[287], Alman hukukunda ise "mutlak zamanaşımı"[288] da denilmektedir. Bu anlamda sürekli kesilme nedenleri yaratacak işlemler gerçekleştirmek suretiyle, zamanaşımının sonsuza kadar sürmesini sağlamak mümkün değildir. Bu noktada tartışmalı olan bir husus da sürenin, mutlak suretle cezanın bir buçuk katına kadar mı; yoksa sürenin üst sınırını aşmamak kaydıyla kesildiği kadar mı uzayacağıdır. Taner'in de belirttiği üzere, kanun koyucu "en fazla" ifadesine yer vermek suretiyle sürenin mutlaka cezanın bir buçuk katına kadar uzamak zorunda olmadığını ortaya koymuştur. Söz konusu süre azami süre olup, kanunda belirtilen süreler çerçevesinde cezanın bir buçuk katından önce de sona erebilecektir[289].

2.2. Ceza Zamanaşımı

Ceza zamanaşımı, ceza davasına ilişkin olarak verilen kesin hükmün ardından, cezanın infaz edilmesini engelleyen kanunda belirtilen süre olarak tarif edilebilir[290]. Uygulamada ceza zamanaşımı yerine ceza hükmü zamanaşımı, cezayı yerine getirme zamanaşımı, yerine getirme zamanaşımı ve infaz zamanaşımı gibi kavramlar yahut zamanaşımı ifadesine hiç yer verilmeyip zamanın geçmesiyle cezanın düşmesi kavramı kullanılabilmektedir[291]. Söz konusu zamanaşımı türüyle hükmün değil, devletin cezalandırma hakkının düştüğünü savunan Kunter; cezayı

[287] Ankara Ağır Ceza Mahkemesi, E. 1994/30, K. 2012/52, T. 13.03.2012; Murat Kayançiçek, **Ceza ve Kanahatler Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara, Adalet, 2014, s. 207 vd.
[288] Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, s. 915.
[289] Taner, F., **a.g.e.,** s. 116.
[290] Taner, F., **A.e.**, s. 135. Kunter ise söz konusu kavramı *"belirli bir zamanın geçmesiyle bir suçtan doğan ve bir hükümle kesin olarak tayin edilen bir cezayı yerine getirmek hakkından Devletin kanunla ve kayıtsız şartsız vazgeçmesi"* şeklinde tarif etmiştir. Kunter, **a.g.e.**, s. 117. *Sar* da benzer biçimde kurumu *"yargılama sonunda verilen ve kesinleşen cezaların infazından, Devletin, kanunda yazılı belli süreleri dolmasıyla mahkumiyetin diğer sonuçları baki kalmak üzere vazgeçilmesi"* olarak tanımlamıştır. Sar, **a.g.e.**, s. 134.
[291] Sar, **A.e**, s. 132.

yerine getirme veya sadece yerine getirme zamanaşımı kavramlarının kullanılması gerektiğini ifade etmektedir[292]. Taner ise zamanaşımının hukuki mahiyetine ilişkin görüş farklılıklarının, yerleşmiş bir kavram olan ceza zamanaşımından vazgeçilmesi için yeterli bir gerekçe oluşturmadığını ileri sürmektedir[293]. Özgenç de ceza zamanaşımıyla sarfınazar edilen şeyin cezanın infazı olmasından yola çıkarak infaz zamanaşımı kavramını önermekle birlikte, TCK'daki düzenleniş biçimi nedeniyle ceza zamanaşımı kavramını kullanmayı tercih etmektedir[294].

Ceza zamanaşımına ilişkin süreler kural olarak dava zamanaşımı sürelerine göre daha uzundur[295]. Bunun nedeni suçun, ancak suçluluğunun önceden kesin bir hükümle tespit edilmiş olmasından sonra ceza zamanaşımına uğrayabilmesidir. Bu anlamda dava zamanaşımıyla farklılık arz etmektedir. Kesin bir mahkumiyet hükmünün bıraktığı etki, bir suç şüphesinin bıraktığı etkiden daha kuvvetlidir. Kesin hükme rağmen infazın gerçekleşmemesi, cezaların kesinliğine ilişkin kamuoyundaki kanaati ağır biçimde zedeleyebilecektir[296] [297]. Ancak altını çizmek gerekir ki, ceza zamanaşımı süresinin tespiti de sonuç itibariyle kanun koyucunun takdirindedir. Bu takdir yetkisi ya cürüm, cünha, kabahat ayrımı üzerinden sabit süreler ya da hukukumuzda olduğu gibi suçun ağırlığına göre süre aralıkları belirlemek biçimde kendini ortaya koyabilmektedir[298]. Ceza zamanaşımı süresinin tespiti bakımından soyut cezanın mı somut cezanın mı esas alınacağı tartışması, dava zamanaşımının aksine, önem arz etmemektedir. Çünkü ortada kesinleşmiş somut bir ceza vardır ve süre kural olarak bu cezaya göre belirlenmektedir[299].

Ceza zamanaşımına uğramış suç tekerrüre esas teşkil edebilecek veyahut cezanın ertelenmesini engelleyebilecektir. Çünkü ortada suçun işlendiğine ilişkin

---

[292] Kunter, **a.g.e.**, s. 8.
[293] Taner, F., **a.g.e.**, s. 137.
[294] Özgenç, **a.g.e.**, s. 938-939. Aynı yönde bkz.: Kayançiçek, **a.g.e.**, s. 243.
[295] Ancak kanun koyucu ceza zamanaşımı süresini mutlaka dava zamanaşımı süresinden daha uzun belirlemek zorunda değildir. Anayasa Mahkemesi aynı suça ilişkin dava ve ceza zamanaşımı sürelerinin aynı olmasının, Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğini ortaya koymuştur. AYM, E. 1997/26, K. 1998/10, T. 30.04.1998.
[296] Erem, 1985, **a.g.e.**, s. 485; Kunter, **a.g.e.**, s. 124; Sar, **a.g.e.**, s. 133.
[297] Ortada kesin bir hükmün var olması, aşağıda ayrıntılı olarak ortaya koyacağımız zamanaşımını temellendirmeye çalışan görüşlerin haklılığını, dava zamanaşımına nazaran, daha tartışılır hale getirmektedir. Koca/Üzülmez'e göre ise delillerin kaybolması görüşü hariç dava zamanaşımının kabulünü haklı gösteren tüm gerekçeler, ceza zamanaşımı için de geçerli olacaktır. Koca/Üzülmez, **a.g.e.,** s. 732.
[298] Kunter, **a.g.e.**, s. 123.
[299] Taner, F., **a.g.e.,** s. 139; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 767.

kesin bir hüküm vardır. Ortadan kalkan ceza olup, suç tüm sonuçlarıyla objektif ve sübjektif olarak varlığını koruyacaktır[300].

2.2.1. Ceza Zamanaşımı Süresinin Durması

Durma kurumuna cezanın infazının imkansız hale gelmiş olmasının bir sonucu olarak yer verilmiştir. Devletin cezalandırma yetkisini kullanma imkanının ortadan kalkabileceği endişesi, bu kurumu gündeme getirmiştir [301] . Ceza zamanaşımının durmasına ilişkin nedenler, TCK'da yer almamakta; dağınık biçimde farklı kanunlarda düzenlenmektedir [302]. Durma sonucunu doğuran geçici neden var olmaya devam ettikçe, süre duracaktır. Burada azami bir durma süresi öngörülmemiştir.

2.2.2. Ceza Zamanaşımı Süresinin Kesilmesi

Ceza zamanaşımı süresinin kesilmesi, *"kanunda açıkça yazılan bazı hukuki fiillerden dolayı, o ana kadar işlemiş olan ceza zamanaşımı süresinin işlememiş sayılması ve ceza zamanaşımı süresinin yeni baştan işlemeye başlaması"* olarak tarif edilebilir[303]. Bu nedenler, kural olarak devletin cezalandırma isteğini ortaya koyduğu işlemlerdir[304].

Hukukumuzda ceza zamanaşımı süresinin kesilmesi halinde azami bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Şu halde kesilmeyle birlikte o güne kadar işlemiş zamanaşımı süresi işlememiş sayılacak ve süre kanunda belirtilen tam süreye kadar yeniden işlemeye devam edecektir. Birden fazla kesilme halinde dahi bu kurala

---

[300] Taner, F., **a.g.e.**, s. 157.
[301] Kunter, **a.g.e.**, s. 130; Taner, F., **a.g.e.**, s. 146.
[302] Söz konusu nedenler milletvekili sıfatının kazanılması, bazı suçlar bakımından hükümlünün asker olması, hükümlünün başka bir cezadan dolayı ceza infaz kurumunda bulunması, ceza infazının ertelenmesi veya durdurulması biçiminde sayılabilir. Nedenlere ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz.: Taner, F., **a.g.e.**, s. 146-149.
[303] Taner, F., **A.e.**, s. 150. Sar ise kurumu*"kesinleşmiş bir ceza hakkında zamanaşımı işlemeye devam ederken, ortaya çıkan bazı hallerin, zamanaşımı süresinin yeniden ve tam oalrak işlemeye başlaması ve öne geçmesi sonucnu doğurması"* biçiminde tanımlamıştır. Sar, **a.g.e.**, s. 161.
[304] Taner, F., **a.g.e.**, s. 150. TCK m. 71/1 ve 2'de bu haller, *"mahkûmiyet hükmünün infazı için yetkili merci tarafından hükümlüye kanuna göre tebligat yapılması veya bu maksatla hükümlünün yakalanması ve bir suçtan dolayı mahkûm olan kimsenin üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi"* olarak sayılmıştır.

uyulacaktır[305]. Taner bu hususta azami bir sürenin öngörülmesi gerektiğini ifade etmektedir[306].

3. Zamanaşımının Tarihsel Gelişimi

Zamanaşımı kurumunun çeşitlerinin ortaya konulmasının ardından, özellikle dava zamanaşımının ilk olarak nasıl ve hangi koşullarda ortaya çıktığını ve günümüzde geçirdiği süreci ele almak; kuruma dair görüşleri anlamamıza yardımcı olacaktır. Söz konusu tarihsel gelişim ele alınırken ilk olarak Antik Yunan'da ve yine eski dini metinlerde kuruma ilişkin bir düzenleme olup olmadığı incelenecek; ardından Roma ve Cermen hukukunda, kanonik hukukta, müşterek hukukta ve İslam hukukunda kurumun düzenlenişi mercek altına alınacaktır. Yine başta Fransız Devrimi ile beraber Avrupa ve Osmanlı hukukunda kurumun geçirdiği değişim bu başlık altında inceleme konusu yapılacaktır.

3.1. Aydınlanma Çağı Öncesi Dönem

3.1.1. Antik Yunan Dönemi

Antik Yunan'da zamanaşımı veya benzeri bir kurumun varlığı tartışma konusudur. Bazı yazarlarca, bu dönemde dava zamanaşımına yer verildiği ileri sürülmektedir. Bu kuruma yer vermenin amacı ise bir takım suçlar bakımından davanın biran önce açılarak delillerin kaybolmasını önlemektir [307]. Yine dönemin ünlü politikacısı Demostenes'e yapılan atıfla, dava zamanaşımı benzeri en az beş yıllık bir süreye yer verildiğini iddia eden yazarların varlığından söz edilmektedir. Zamanın geçmesiyle masumiyeti ortaya koyacak delillerin elde edilmesinin zorlaşması, bu düzenlemenin gerekçesini oluşturmaktadır[308]. Diğer bir görüş ise bu iddiayı kanıtlayabilecek belgelerin olmadığı yönündedir. Buna göre Antik Yunan'da

[305] Taner, F., **A.e.**, s. 156.
[306] Taner, F., **A.e.**, s. 157.
[307] Kunter, **a.g.e.**, s. 10; Kayıhan İçel/Füsun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç vd., **İçel Yaptırım Teorisi**, 3. Kitap, bs. 2, İstanbul, Beta, 2002, s. 333; bkz.: Dönmezer/Erman, 1980, **a.g.e.**, s. 300.
[308] Heinrich Gustav Schoch, **Kritische Betrachtung der neueren Doctrin und Gesetzgebung über die Verjährung der Strafen**, Schaffhausen, Brodtmann, 1860, s. 2.

zamanaşımına dair herhangi bir düzenleme mevcut değildir[309]. Dambach, Antik Yunan hukukuna ait on dört adet metni tek tek inceleyerek, bunlardan Demostenes'in dava zamanaşımına örnek olarak ileri sürdüğü düzenlemelerin ceza hukuku zamanaşımıyla ilgili olmadığını ortaya koymuştur. Bunlar özel hukuk ilişkileri bakımından şikayet sürelerini düzenlemektedir[310].

Bu dönemde Tevrat ile MÖ II. ve MS II. yy. arasında yazılan Antik Hindistan Manu Kanunu'nda yer alan bazı ifadeler, zamanaşımına ilişkin dolaylı örnekler olarak gösterilmektedir. Buna göre Tevrat 5. Kitap 15. Bölüm 1. Kanun'da yer alan "*Her yedi yılın sonunda size borçlu olanları bağışlayacaksınız."* gibi ifadeler özel hukuk zamanaşımını akla getirirken; Manu Kanunu'nda da ceza zamanaşımına benzer kurumların var olduğu ileri sürülmektedir[311].

3.1.2. Roma Hukuku Dönemi

Roma hukukunda dönemin ünlü hukukçusu Çiçero'nun metinlerinde zamanaşımının varlığına dair herhangi bir ifadeye yer verilmediği, Cumhuriyet Dönemi'nde kurumun henüz ortaya çıkmadığı iddia edilmektedir[312]. Hatta MÖ 100 yılında işlenmiş bir suçun MÖ 63 yılında hala muhakeme edildiğini ortaya koyan belgelerin bulunduğu belirtilmektedir[313] [314]. Kurumun ortaya çıkışının daha sonraki bir tarihe dayandığını ifade edebiliriz. Ceza hukuku bağlamında zamanaşımı ilk olarak İmparatorluk Dönemi'nde Augustus zamanında çıkarılan ve esas olarak cinsel saldırı, ensest ve fuhuş suçlarını ele alan Lex Iulia de Adulteriis Coercendis adlı Kanun'da düzenlenmiştir. MÖ 17 yılında çıkarılan Kanun'da sadece fuhuşa aracılık

---

[309] Arnold Hirzel, **Kritische Betrachtung Der Neuern Doctrin und Gesetzgebung Uber Verjährung**, Zürich, Orell, Füssli u. Comp., 1860, s. 6; Peter Nabholz, **Verjahrung und Verwirkumg als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs**, Aarau, H.R. Sauerlander, 1961, s. 26, dipnot 2.

[310] Otto Dambach, **Beitrage Zu Der Lehre Von Der Criminal-Verjahrung**, Berlin, Verlag von J. Guttentag, 1860, s. 10.

[311] Hirzel, **a.g.e.**, s. 5-6.

[312] Hirzel, **A.e.**, s. 6; Dambach, **a.g.e.**, s. 28-29.

[313] Schoch, **a.g.e.**, s. 2.

[314] Buna göre söz konusu olayda Rabirius adlı failin savunmasını yapan Çiçero, davada zamanaşımına ilişkin bir savunmada bulunmamıştır. Dambach, **a.g.e.**, s. 29-30. Unterholzner ise söz konusu gerekçenin bu dönemde ceza hukuku zamanaşımının bulunmadığını kanıtlamaya yeterli olmadığını ileri sürmektedir. Karl August Dominik Unterholzner, **Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten, Erster Band,** Leipzig, Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1858, s. 49.

etme ve erkeğin zinası gibi suçlar bakımından ve beş yıllık bir süre öngörülmüştür[315] [316].

Özel hukuk zamanaşımı sürelerinin tarihsel olarak ceza hukukundan önce düzenlendiği bilinmektedir[317]. Özel hukukta ilk olarak *usucapio* kavramı altında kazandırıcı zamanaşımının düzenlendiği ve bu kurumun MÖ 5. yy.'de yapılan 12 Levha Kanunu'na dayandığı belirtilmektedir[318] [319]. Ceza hukukunda zamanaşımına dair ilk düzenleme olan Lex Iulia de Adulteriis Coercendis'ten sonra Septimius Severus ve Antoninus Caralla zamanında, tüm suçlar için yirmi yıllık bir zamanaşımı süresi belirlenmiştir[320]. Ancak bu konuda farklı görüşler söz konudur. Hirzel zamanaşımına tabi suçların kapsamının İmparator Trajan zamanında genişletildiğini ve ardından Severus ve Antinous zamanında tüm suçlar için kabul edildiğini[321]; Kunter ise sürenin Diocletianus ve Maximilianus döneminde yirmi seneye çıkartıldığını ileri sürmektedir[322]. Tüm suçlar bakımından zamanaşımının kabulünün, Roma hukuku tarihinin dördüncü dönemi olarak tarif edilen 306-565 yılları arasında olabileceği de iddialar arasındadır[323]. Sadece istisnai olarak zina ve kasa hırsızlığı gibi bazı suçlarda beş yıllık zamanaşımı süresi korunmuş ve yine babanın öldürülmesi, nesep değiştirme, dinden çıkma[324] gibi suçlarda zamanaşımı olmadığı

[315] Taner, F., **a.g.e.**, s. 23-24; Dambach, **a.g.e.**, s. 26. Riedel ise fuhuş suçu başlığında topladığı söz konusu suçların Lex Iulia de Adulteriis Coercendis'te değil, yine Augustus zamanındaki ama daha yakın tarihli Senato kararlarına dayandığını ileri sürmektedir. Dambach bu düşüncenin gerçeği yansıtmadığını, bu suçların Lex Iulia de Adulteriis Coercendis'te düzenlendiği konusunda yazarlar arasında görüş birliği olduğunu belirtmektedir. Tartışmalar için bkz.: Dambach, **A.e.**, s. 26-27.

[316] Bu suçları düzenlemenin gerekçesi, o dönem için sorun teşkil eden evliliklerin korunması ve kurtarılması çabasına dayandırılmıştır. Schoch, **a.g.e.**, s. 3.

[317] Hirzel, **a.g.e.**, s. 6; Nabholz, **a.g.e.**, s. 27-28.

[318] Özel hukuk bakımından da Antik Yunan döneminde kurumun var olduğu iddia edilmektedir. Andreas Peter Benedikt Paysen, **Ueber die Verjährung in peinlichen Sachen: aus dem Gesichtspuncte der Rechtsphilosophie und älterer und neuerer positiven Gesetzgebungen**, Altona, Hammerich, 1811, s. 10.

[319] 12 Levha Kanunu'na göre, çalınmış olmamak şartıyla malın zilyetliğini belirli bir süre elinde bulunduran kişiler o malı kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edebilmekteydi. İlk olarak taşınır mallar için bir yıl, taşınmaz mallar için iki olan bu süre sonrasında arttırılmıştır. Nadi Günal, "Roma Hukuku'nda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabının Yeri ve Önemi", **AÜHFD**, 1998 C. 47, S. 1-4, s. 120.

[320] Dambach, **a.g.e.**, s. 32; Önder, **a.g.e.**, s. 769; Hirzel, **a.g.e.**, s. 7.

[321] Hirzel, **a.g.e.**, s. 7. Benzer görüş için bkz.: Dönmezer/Erman, 1980, **a.g.e.**, s. 300.

[322] Kunter, **a.g.e.**, s. 11.

[323] Bkz.: Dambach, **a.g.e.**, s. 32-33.

[324] Bu suç tipinin varlığı ve yine bu suç tipinde zamanaşımının söz konusu olmamasının gerekçesinin Hristiyanlığın devletin resmi dini haline gelmiş olmasına dayandıran görüşü için bkz.: Uzun, **a.g.e.**, s. 4.

kabul edilmiştir[325]. Roma hukukunda zamanaşımı süresinin durması bakımından ihtiyari haller mevcutken, henüz zamanaşımını kesen nedenlere yer verilmemiştir. Bahsedilen zamanaşımı türü dava zamanaşımı olup, ceza zamanaşımı günümüz açısından da henüz çok yeni bir kurumdur[326].

Zamanaşımı kurumunun gerekliliğine ilişkin birçok görüş söz konusudur ki, bunlar aşağıda ayrıntılı olarak inceleme konusu yapılacaktır. Ancak Roma hukukunda zamanaşımının hangi koşullarda ve gerekçeyle ortaya çıktığı sorusuna ilişkin bazı iddialara burada yer vermek, kanımızca yararlı olacaktır. Bu iddialara yer vermeden önce Roma hukukunda zamanaşımının ortaya çıktığı dönemde itham siteminin hakim olduğunu belirtmekte fayda vardır[327]. Günümüzdekinin aksine söz konusu dönemde davacının ancak gerçek kişi olduğu ve bu anlamda ihtilafın ancak mağdur tarafından yargıya taşınabildiği ortaya konulmalıdır. Bir görüşe göre bu sistemin kötüye kullanılmasının bir sonucu olarak zamanaşımı kurumuna yer verilmiştir. Olaydan çok uzun süre sonra dava açan ya da davayı geri çeken kinci davacıların varlığını ve yine davaların çok uzun sürdüğünü gören preotorlar, bu durumu engellemek istemişlerdir. Sonuç olarak davacıya dava açmak için belirli bir süre verilmiştir[328]. Bu anlamda söz konusu kurumun yargıçların usuli emirlerine dayandığı iddia edilmektedir[329].

Tanrı'nın zamanın geçmesini sağlayarak suçluları affettiği veya benzer biçimde kilise affının bir sonucu olarak zamanaşımı kurumunun düzenlendiği, ileri sürülen bir diğer görüştür[330].

---

[325] Hirzel, **a.g.e.**, s. 7-8. Yine bu suçlar bakımından da zamanaşımının düzenlendiği ve bu sürenin otuz yıl olduğunu ileri süren yazarlar da vardır. Bkz.: Önder, **a.g.e.**, s. 769.

[326] Taner, F., **a.g.e.**, s. 24; Mehmet Emin Alşahin, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara, Adalet, 2016, s. 11; Dönmezer/Erman, 1980, **a.g.e.**, s. 301. Kunter de bu düşüncede olmakla birlikte Longo'dan yaptığı atıfta İmparator Plinius tarafından yazılmış ve bu konuda tereddütlere neden olan, ceza zamanaşımının daha eski bir kurum olabileceğini ortaya koyan bir mektuptan bahsetmektedir. Kunter, **a.g.e.**, s. 11. *Abegg* de Pilinius'a yaptığı atıf çerçevesinde belirli bir zamanın geçmesi sonucu İmparator Trajan'ın bazı cezaları affettiğini belirtmektedir. Abegg'e göre söz konusu kurum, af olarak adlandırılmasına rağmen ceza zamanaşımına benzemektedir. Abegg, **a.g.e.**, s. 7-10.

[327] Bkz.: Dambach, **a.g.e.**, s. 49-50

[328] Carl August Gründler, **Systematische entwickelung der Lehre von der Verjährung der peinlichen strafe, nach gemeinen und besondern rechten**, Hemmerde und Schwetschke, 1796, s. 6-7. Yine yazar aynı eserinde Roma hukukunda gerek yargılama usulünde gerekse de hakimlerin içinde bulunduğu durumdaki farklılık nedeniyle dönemine göre yararlı olan kurumun, günümüz hukuk siteminde zararlı bir hal aldığını ileri sürmektedir. Gründler, **A.e.**, önsöz s. VI. Gründler'in görüşünün ayrıntılı eleştirisi için bkz.: Schoch, **a.g.e**., s. 5 vd.

[329] Bkz.: Kunter, **a.g.e.**, s. 11.

[330] Bkz.: Dambach, **a.g.e.**, s. 69; Gründler, **a.g.e.,** s. 12.

Ceza hukuku zamanaşımını, özel hukuk zamanaşımı nedenleriyle açıklayan görüşler de mevcuttur. Buna göre davaların sonsuza kadar devam etmesi devletin aleyhinedir ve bu sonsuzluk hali özel hukuktaki gibi zamanaşımı kurumuyla ortadan kaldırılmıştır. Bu anlamda ceza hukuku zamanaşımı, özel hukuk zamanaşımının bir yansıması, kıyasen uygulanmasıdır[331]. Benzer bir görüş, 12 Levha Kanunları'nda sadece özel hukuk zamanaşımına yer verilmesinin politik nedenlerle anlaşılır olduğunu, ancak zamanla artan kültürel gelişim ve bilinçle bu kurumun ceza hukukuna aktarıldığını ileri sürmektedir[332].

Söz konusu iddialara karşı çeşitli eleştiriler dile getirilmiştir. Örneğin, zamanaşımının temelinin yargıçların usuli emirlerine dayandığı ve kurumun intikamcı davacıların haklarını kötüye kullanmasının engellenmesi amacıyla düzenlendiği görüşü, eleştiri konusu olmuştur. Buna göre, uzun süren Cumhuriyet Dönemi'nde de itham sistemi uygulanmaktaydı ve davacıların bu haklarını kötüye kullanmaları tehlikesi o dönem için de mevcuttu. Şu halde Cumhuriyet Dönemi boyunca en azından zamanaşımına benzer, öncül bir kurumun söz konusu olmadığı iddiası kabul edilebilir değildir. Görüşü eleştiren yazarlar ayrıca itham sisteminden tahkik sistemine geçildiğinde söz konusu gerekçenin kendiliğinden anlamsız hale gelmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Geçiş döneminde kurumun ortadan kaldırılması gerekirken, böyle bir gelişme yaşanmadığına göre, gerekçe temelsiz hale gelmektedir[333].

Dini gerekçelerle zamanaşımı kurumunu açıklayan görüş de eleştiriye konu olmuştur. Günümüze göre hukuk ve din arasındaki ayrımın net olmadığı bir dönemde bu tür gerekçelerin ileri sürülmesi doğaldır. Ancak bu gerekçeyi kanıtlayabilecek yazılı bir belge mevcut değildir. Aksi yönde Gründler'e göre özellikle kilise affıyla kurumu temellendiren görüş tarihsel süreçle çelişmektedir. Çünkü kilise affı kurumu en iyi ihtimalle 12. yy.'de ortaya çıkmıştır ki, zamanaşımı yukarıda da bahsettiğimiz üzere Roma hukukunda milattan önce yerini almıştır. Yazar bazı imparatorlar zamanında dini saiklerle zamanaşımına dair düzenlemeler yapılmış olabileceğini

[331] Bkz.: Gründler, **a.g.e.**, s. 21-22. Hübner, Feuerbach, Kleinschort, Trummer ve Bauer'in bu görüşte olduğu belirtilmektedir. Dambach **a.g.e.**, s. 50.
[332] Christoph Christian Dabelow, **Über Die Verjährung**, Zweiter Teil, Halle, Hemmerde und Schwetschke, 1807, s. 141.
[333] Dambach, **a.g.e.**, s. 46, 58.

kabul etmekle beraber, bu durumun bizi zamanaşımının din kurallarının bir yansıması biçiminde ortaya çıktığı sonucuna götürmeyeceğini belirtmektedir[334].

Ceza hukuku zamanaşımının, özel hukuk zamanaşımının bir yansıması olduğunu ileri süren görüş, özel hukuk ilkeleriyle ceza hukuku kurumlarının birbiriyle örtüşmediği ileri sürülerek eleştirilmiştir. Kaldı ki özel hukuk zamanaşımının ortaya çıkış gerekçeleri de yeteri kadar aydınlatılamamıştır[335]. Kişilerin zedelenen, çekişmeli veya tartışmalı haklarını korumak için var olan özel hukuk düzenlemeleri ile kamunun genel yararını esas alan ceza hukuku düzenlemelerinin yapılış amacı farklıdır. Bu görüşün kabulü halinde özel hukuk zamanaşımı süreleri ile ceza hukuku zamanaşımı sürelerinin aynı olması gerekirdi ki, söz konusu süreler farklıdır[336]. Sonuç olarak özel hukuk zamanaşımının, ceza hukuku zamanaşımına kaba bir kıyası söz konusu olamayacaktır[337].

Yukarıda saydığımız öne çıkan görüşler dışında, Roma hukukunda "zamanın gücü" kavramının bilindiği ve kabul edildiği ileri sürülmektedir. Yine hakimin davaya bakmayı bıraktığı durumların varlığı, zamanla delillerin kaybolması gibi çalışmamızın devamında ayrıntılı olarak değineceğimiz gerekçelere dayandırılan ve o dönem için çok fazla taraftar bulmayan görüşler de mevcuttur[338]. Ancak kanımızca Huggenberger'in haklı olarak belirtiği üzere, Roma hukukunda zamanaşımının ortaya çıkış nedenini net biçimde ortaya koyan bir kaynak yoktur ve ortada sadece yazarların şahsi öngörüleri söz konudur[339]. Bu yönüyle Roma hukukunda zamanaşımının hangi gerekçeye dayandığı karanlıkta kalan bir hususdur[340].

---

[334] Gründler, **a.g.e.**, s. 22-23.
[335] Gründler, **A.e.**, s. 21. Günal ise Roma hukuku kaynakları incelendiğinde özel hukukta zamanaşımının ortaya çıkış nedeninin açıkça anlaşılabileceğini ileri sürmektedir. Buna göre kazandırıcı zamanaşımının ortaya çıkış nedeni, bir malın mülkiyetinin kime ait olduğu konusundaki belirsizliğin giderilmesi suretiyle aleniyetin sağlanmasındaki kamu yararı ve kamu düzeninin korunması ihtiyacıdır. Günal, **a.g.e.**, s. 126. Bu iddia kabul edilse bile, kanımızca özel hukuk kurumuna ait bu gerekçenin ceza hukuku zamanaşımıyla ilişkilendirilemeyeceği açıktır.
[336] Dambach, **a.g.e.**, s. 47-48, 52.
[337] Schoch, **a.g.e.**, s. 3.
[338] Bkz.: Dambach, **a.g.e.**, s. 65, 70.
[339] Ernst Huggenberger, **Die Verjährung im schweizerischen Strafrecht (StGB und MStG)**, Zürich, Calendria, 1949, s. 24. Aynı yönde Dembach, **a.g.e.,** s. 70.
[340] Schoch, **a.g.e.**, s. 3.

3.1.3. Ortaçağ

Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasından Vestfalya Barışı'na (476'dan 1648'e) kadar olan dönem Ortaçağ olarak isimlendirilmektedir. Bu, homojen bir tarihi dönem değildir. Erken Ortaçağ (5-10. yy. arası), Feodal Ortaçağ (11-13. yy. arası) ve Geç Ortaçağ (13-15. yy. arası) biçiminde dönemlere ayırabileceğimiz süreçte hukuk sistemleri de farklılaşmaktadır[341]. Avrupa'da egemen olan hukuk Roma hukukunun, kilisenin ve feodal ilişkilerin etkisine göre şekillenmiştir. Ortaçağ'da Cermen hukukunun, kanonik hukukun ve müşterek hukukun, iç içe geçen süreçler halinde ortaya çıktığını söyleyebiliriz.

Romalıların barbar olarak adlandırdıkları ve özellikle Roma İmparatorluğu'nun güç kaybettiği süreçte siyaset sahnesinde etkin olan çoğu Cermen ırkından kavimlerin [342] hukukunda, zamanaşımı kavramının varlığı tartışma konusudur. Roma hukukundan ciddi biçimde etkilenen Cermen hukuku, öç alma üzerinde kuruludur. Bazı yazarlara göre öç alma hakkı bir yıl ve bir gün içinde kullanılmalıdır. Aksi halde bu hak düşecektir[343]. Ancak zamanaşımı benzeri bu kurum, itham sisteminden tahkik sitemine geçilince ortadan kalkmıştır. Buna gerekçe olarak ise, tahkik sistemi ile zamanaşımı kurumunun bağdaşmaması gösterilmektedir. Cermen hukukunda 1616 yılına kadar zamanaşımı düzenlemesine yer verilmemiştir[344]. Benzer biçimde Cermen hukukunun, müşterek hukuk etkisi altında olduğu dönemde yazılmış Constitutio Criminalis Carolina'da, zamanaşımına ilişkin hiçbir hükme yer verilmediği görülmektedir [345] . Schoch ise aksi yönde zamanaşımının, Roma hukuku kurallarının kodifikasyon yoluyla Cermen hukukunda uygulama alanı bulduğunu iddia etmektedir. Yazara göre Roma hukukundaki zamanaşımı kuralları, bu kavimler arasında da uygulanmaktadır[346].

---

[341] Hakkı Hakan Erkiner, "Grotius Öncesi İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluştuğu Tarihsel Koşullar ve Erken Klasik Dönemdeki Öğreti", **MÜHF-HAD**, C. 18, S. 1, 2012, s. 58, dipnot 5.

[342] Kavimler Göçü ile günümüz Avrupası'nın etnik ve sosyal zeminin oluşumuna önemli derecede etki eden bu ırklar arasında Vandallar, Gotlar, Markomanlar, Frizler, Jütler, Longobardlar, Angiller, Franklar, Totonlar, Saksonlar, Alemanlar, Burgundlar, Danlar, Thüringler vb. yer almaktadır. Ozansü, **a.g.e.,** s. 21.

[343] Uzun, **a.g.e.**, s. 4; Hirzel, **a.g.e.**, s. 8.

[344] Sar, **a.g.e.**, s. 9-10.

[345] Hirzel, **a.g.e.**, s. 8; Sar, **a.g.e.**, s. 10.

[346] Schoch, **a.g.e.**, s. 4.

Batı kilisesinin gerek ruhbanlara, gerekse cemaatine yönelik olarak ortaya koyduğu ve esas olarak 12 ve 13. yy.'de kodifiye edilerek Kanonik Hukuk Derlemeleri (Corpus Juris Canonici) adı altında toplanmış kilise hukukuna, kanonik hukuk adı verilmektedir[347]. Kilise hukukunda zamanaşımına ilişkin bir kaynağa rastlanmadığı ve bu anlamda zamanaşımı düzenlemelerine yer verilmediği belirtilmektedir[348].

Carolina'da zamanaşımına ilişkin bir düzenleme yoktur, ancak Roma hukukunda yer alan dava zamanaşımına ilişkin kuralların uygulanabildiği ifade edilmektedir[349]. Müşterek hukukta, Roma hukukuna nazaran zamanaşımına uğramayan suçların sayısı artmıştır. Yine zamanaşımı süresinin suçun öğrenildiği değil, işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı, her usuli işlemin zamanaşımını keseceği ve kesinleşmiş cezaya zamanaşımının işlemeyeceği kabul edilmiştir[350].

İslam hukukunda dava zamanaşımı yanında, ceza zamanaşımının da kabul edildiği belirtilmektedir. Bu anlamda ceza zamanaşımının İslam hukukuna, Avrupa hukukundan daha önce girdiği ifade edilebilir. Ancak ceza ve dava zamanaşımının sadece belirli suçlar için mi, yoksa tüm suçlar için mi söz konusu olduğu tartışmalıdır. Bir görüş, her iki zamanaşımının da sadece tazir cezası gerektiren suçlarda geçerli olduğunu ileri sürmektedir. Kısas, diyet ve haddi gerektiren suçlarda ise zamanaşımı süresi işlemeyecektir. Diğer bir görüş ise, zamanaşımının istisnalar hariç tüm suçlar bakımından bir düşme sebebi teşkil ettiğini iddia etmektedir. Söz konusu istisnalara kul hakkının yendiği iftira suçu ve yine delili ikrar ve iftira olan suçlar gösterilmiştir. Ayrıca zamanaşımı sürelerinin tespitinde devlet başkanı veya hakimin takdir yetkisi olduğu belirtilmiştir[351]. İmam Muhammed'e göre dava zamanaşımı süresi kazif, kısas ve diğer şahsi davalar hakkında bir ay; şürb ve sarhoşluk suçlarında içki kokusunun kaybolmasına kadardır[352]. Diğer bir görüşe göre ise zamanaşımı süresi, sürenin kim tarafından belirlendiğine göre değişmektedir. Buna göre alimlerce belirlenen zamanaşımı süresi otuz altı; devlet başkanlarınca

[347] Erkiner, **a.g.e.**, s. 67.
[348] Kunter, **a.g.e.**, s. 12.
[349] Bkz.: Taner, F., **a.g.e.**, s. 25.
[350] Dönmezer, 1980, **a.g.e.**, s. 302.
[351] Bkz.: Sar**, a.g.e.**, s. 13-16.
[352] Bkz.: Avcı, **a.g.e.**, s. 179.

belirlenen ise iki, on veya on beş senedir[353]. Osmanlı hukukunda da söz konusu suçlar bakımından belirli ve kesin süreler belirlendiği belirtilmektedir. Örnek olarak tazir suçlarında bu süre on beş senedir[354].

3.2. Aydınlanma Çağı ve Sonrası Dönem

Çalışmamızın bu bölümünde söz konusu dönem çerçevesinde sonradan Klasik Okul[355] diye anılacak Aydınlanma Çağı düşünülerinin ve bazı ceza hukuku okullarının zamanaşımına ilişkin görüşlerine yer verilecektir.

Aydınlanma Çağı, feodalizm ve onun hukuk anlayışı yerine burjuva liberal hukuk anlayışının ortaya çıkmasını sağlamıştır. Bu, hukukun dine karşı özerkliğini ortaya koyduğu; temel hak ve özgürlüklerin sayıca arttığı ve bu hakların kanunlaştırma faaliyetleriyle belirli biçimlerde garanti altına alındığı bir anlayıştır. Cezaların şiddetinin ve ceza vermedeki keyfiliğin ortadan kalkması amacı çerçevesinde, kanunilik ilkesi başta olmak üzere birçok modern hukuku ilkesi bu dönemde kurumsallaşmıştır. Fransız Devrimi ile taçlanan süreçte birçok düşünür, bu yeni hukuk düzeninin oluşumuna katkı sunmuştur. Zamanaşımı kavramı bakımından da söz konusu katkılar gündeme gelmiştir. Bu katkıları sunanların başında sonradan Klasik Ceza Hukuku temsilcileri olarak anılacak Beccaria, Bentham, Kant, Hegel, Feuerbach gibi düşünürler gelmektedir.

Kanunları toplumsal sözleşmenin bir sonucu olarak, "en büyük çoğunluğun paylaştığı en büyük mutluluğu gerçekleştirmek için bir araç" kabul eden Beccaria, işkence yasağı, düzene karşı suçlar dışında ölüm cezasının kaldırılması, cezaların ancak kesin zorunluluk halinde uygulanmasının gerekliliği, kanunilik, orantılılık ilkesi gibi modern ceza hukukunun birçok temel ilkesini sistematik bir biçimde ortaya koymuştur[356]. Modern devletin hukuk sistemini derinden etkilemiş olan Beccaria'nın kurumlara yaklaşımı "toplumsal yarar" ölçütü çerçevesinde olmuş, zamanaşımı kavramını da bu bakış açısıyla ele almıştır. Buna göre suç türleri ve

[353] Taner, M., **a.g.e.,** s. 670.
[354] Avcı, **a.g.e.**, s. 180.
[355] Klasik okul ve bu okul içindeki teorilere ilişkin bkz.: İlhan Üzülmez, "Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri: (Ceza Hukukunda Okullar Mücadelesi), **AÜEHFD**, C. V, S.1-4, 2001, s. 265-272.
[356] Beccaria, **a.g.e.**, s. 22, 31, 41, 43, 61, 85 vd.

süreler bakımından ikili ayrımlara gitmiş, insanların belleklerinde uzun süre iz bırakan canavarca suçlara, ağır suçlar adını vermiştir. Bunlar insan öldürmeden başlamakta ve bunun ötesindeki tüm canilikleri kapsamaktadır. Diğer yandan kanun koyucu tarafından gerek suç kanıtlarının toplanması gerekse de sanığın savunması için kesin sürelerin tespit edilmesi gerektiğini belirten Beccaria, zamanaşımı kavramının gerekliliğini ortaya koymuştur. Zamanaşımı süreleri bakımından da soruşturma süresi ve dava zamanaşımı biçiminde bir ayrıma gitmiştir. Buna göre pek az görülen ağır suçlar bakımından sanığın suçsuz olma olasılığı çok olduğu için, soruşturma süresi kısa; ancak dava zamanaşımı süresi uzun olmalıdır. Çünkü failin ağır cezadan kurtulma umudu ve bununla övünme tehlikesi diğer suçlara nazaran daha fazladır. Bu tür suçların bir an önce kesin hükme bağlanması gerekmektedir. Kurtuluşu kaçmakta bulan failler ödüllendirilmemelidir. Hatta bu suçlar kanıtlandıkları takdirde, kurtuluşu kaçmakta bulan failler için zamanaşımı süresi söz konusu olmamalıdır. Buna karşın hafif suçlarda failin suçsuz bulunma olasılığının fazlalığı, ancak cezasız kalma tehlikesinin azlığı nedeniyle soruşturma süresi uzun; ama dava zamanaşımı süresi kısa olmalıdır. Düşünür cezaların ağırlığına uygun zamanaşımı sürelerinin öngörülmesi gerektiği belirtmiş, ancak ceza zamanaşımı kavramından bahsetmemiştir[357]. Bu anlatılanlar ışığında Beccaria'nın düşüncesini, dava zamanaşımı sürelerinin ve bunların kanunda belirtilmesinin gerekli olduğu, ancak toplum yararı bakımından ağır suçlarda dava zamanaşımı süresinin daha uzun olması ve hatta bazı hallerde öngörülmemesi gerektiği biçiminde özetleyebiliriz.

Faydacılık akımının kurucusu Jeremy Bentham da söz konusu kurumu yarar zarar dengesi çerçevesinde ele almıştır. Suçlu olanın zamanaşımı yoluyla mükafatlandırılmasının kötüler için iştah açıcı, iyiler için ise bir ıstırap olduğunu ileri sürerek özellikle ağır suçlar bakımından zamanaşımı kurumunu reddetmiştir[358]. Düşünür sadece taksirle işlenen veya teşebbüs halinde kalan suçlar için zamanaşımının uygulanabileceğini kabul etmiştir[359].

Genel önleme teorisinin mimarı Paul Johann Anselm von Feuerbach zamanaşımının olası nedenleri olarak delillerin zaman içinde kaybolması ve suç

[357] Becceria, **A.e.**, s. 155-157.
[358] Bkz.: Uzun, **a.g.e.**, s. 14.
[359] Bkz.: Taner, F., **a.g.e.**, s. 42.

fiilinin unutulmasını saymıştır [360] . Ancak cezanın genel önleme amacına ulaşılabilmesi için suç işleyenlerin mutlaka cezalandırılacaklarını bilmeleri gerektiğinin altını çizen Feuerbach, kurnaz suçlulara cezasızlık umudu veren zamanaşımı kurumunu sert bir şekilde eleştirmiştir[361]. Bu bakış açısı Feuerbach tarafından hazırlanan 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu'na da yansımıştır. Bu Kanun'a göre kural olarak zamanın geçmesi, failin cezalandırılmaması için hukuki bir neden olarak kabul edilmeyecektir. Ancak hakimin kusuru nedeniyle failin bilinememesi veya failinin kesintisiz biçimde iyi davranışlar sergilemesi halinde zamanaşımından yararlanması söz konusu olabilecektir[362].

Mutlak adaletçi Kant ve Hegel'in de zamanaşımı kavramına karşı çıktığı bilinmektedir. Ceza kanununun, adalet ilkesinin doğal ifadesi olarak kategorik imperatif bir niteliğe sahip olduğunu savunan Kant ile suçu hukukun yadsınması olarak gören ve cezayı da bu yadsımanın yadsınması olarak telakki eden Hegel açısından, zamanaşımının kabul edilemeyeceği açıktır[363]. Ancak Hegelci düşüncenin takipçilerinden Kostlin, zamanaşımının belirli şartlar dahilinde kabul edilebileceğini belirtmiş ve "zamanın sonsuz gücü" kavramına vurgu yapmıştır. Buna göre zamanın geçmesiyle suç fiilinin unutulması veya en azından fiilin ortaya çıkardığı zararın niteliğinin azalması sonucu, objektif olarak toplumun genel bilincindeki ve yine sübjektif olarak doğrudan failin kendi içindeki haksızlık ortadan kalkmaktadır. Bu husus tespit edilebiliyorsa, ceza hukukunun amacı sağlanmış olacak ve faile ceza vermek gereksiz hale gelecektir. Ancak yazar toplumun bilincinde fiilin tekrar belirmesi halinde zamanaşımı süresinin kesileceğini belirterek, kurumun uygulama alanını daraltmıştır. Devletin muhakeme işlemi yapması suretiyle haksızlığı

[360] Feuerbach, 1801, **a.g.e.**, s. 56.
[361] Paul Johann Anselm von Feuerbach, **Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten: Specielle Kritik der Grundsätze dieses Entwurfs von Verbrechen und Strafen insbesondere**, Dritter Teil, Tasché & Müller, 1804, s. 241-242.
[362] Bkz.: Robert von Hippel, **Deutsches Strafrecht: Band 2 Das Verbrechen. Allgemeine Lehren**, Springer-Verlag, 2013, s. 553-554.
[363] Andreas Piekenbrock, **Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung: Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf (Jus Privatum)**, Mohr Siebeck, Juli 2006, s. 225.

hatırlaması, toplumun bilincinde fiilin tekrar belirmesine örnek olarak gösterilebilecektir [364].

Diğer okulların görüşlerine geçmeden önce Schoch'un Aydınlanma Çağı'na ilişkin görüşüne yer vermek, bir kırılmaya işaret etmesi bakımından kanımızca önemlidir. Yazar hem dava hem ceza zamanaşımına karşı çıkan ve Gründler ile Oersted üzerinden açıkladığı görüşün, eskide kaldığını ileri sürmüştür. Buna göre, 1800'lü yılların ortasından itibaren yeni Fransız doktrini bakımından cezanın amacı, artık kişilere acı çektirmek değildir. Bu çerçevede zamanaşımının sadece cezanın korkutucu özelliği üzerinden değerlendirilemeyeceğini, yeni doktrinin birazdan değineceğimiz uslandırma ve unutma düşüncelerine ağırlık verdiğini ifade etmiştir [365]. Ceza zamanaşımı kurumunun da bu dönemde kabul edildiğini düşünürsek[366], birçok kurum gibi zamanaşımı kurumu bakımından da bir eksen kaymasının yaşandığını belirtebiliriz. Bu eksen kayması ceza hukukunun amaçlarındaki değişime dayanmaktadır.

Pozitivist Okul[367] taraftarları birazdan değineceğimiz zamanaşımına dair gerekçelerin, bir faraziyeden çıkıp somut duruma uygun olması gerektiğini savunmaktadırlar. Zamanaşımına genel ve mutlak bir değer atfedilemez. Pozitivistlere göre ne kadar zaman geçerse geçsin, suçluluk olgusunun ahlaki ve hukuki bakımdan mevcudiyeti devam etmektedir. Bu nedenle eğer kurum doğru biçimde düzenlenmezse, faili mükafatlandırıcı bir etki yaratacaktır. Zamanaşımını ismini değiştirmek, başka şehre gitmek vb. suretlerle suç işlemeye devam eden becerikli dolandırıcıyı himaye eden bir müessese olarak tarif eden pozitivistler, zamanaşımının mutlak olmayan ama sıkı şartlara bağlanması gerektiğini ileri sürmektedirler. Zamanaşımına hükmetmek için suçlunun şahsı, mensup olduğu suçlu sınıfı, hareket tarzı, geçmişi ve işlenen suçun çeşidi göz önüne alınmalı; korkunç suçlarda uygulanmamalıdır. Bu anlamda failin toplum için tehlike arz etmediği ve tekrar suç işlemeyeceği gibi durumların somut olarak tespit edilmesi halinde,

---

[364] Christian Reinhold Köstlin, **Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts**, C. 1, Tübingen, Laupp, 1845, s. 910, 911.
[365] Schoch, **a.g.e.**, s. 9.
[366] Ancak o dönemde birçok yazarın ceza zamanaşımına karşı çıktığını belirtilmektedir. Friedrich Oscar Schwarze, **Bemerkungen Zur Lehre Von Der Verjährung Im Strafrechte: Nach Den Gesetzgebungen Und Der Praxis in Deutschland**, Erlangen, yy., 1866, s. 5; Asholt, **a.g.e.**, s. 18.
[367] Pozitivist Okul ve taraftarlarının görüşlerine ilişkin bkz.: Üzülmez, **a.g.e.,** s. 272-281.

zamanaşımı gündeme gelebilecektir. Pozitivist Okul'un düşünceleri bağlamında zamanaşımının uygulanması suçluların tasnifine bağlanmalı, her suçlu ve olay hakkında hakime geniş takdir yetkisi tanınarak söz konusu koşulları taşıyıp taşımadığı değerlendirilmelidir. Bu anlamda doğuştan suçlular, itiyadi suçlular ve mükerrirler hakkında zamanaşımı uygulanması hiçbir suretle söz konusu olamayacaktır. Bu Okul temsilcileri ceza zamanaşımı kurumuna karşı çıkmaktadırlar[368].

Osmanlı İmparatorluğu da Aydınlanma Çağı'nın getirdiği değişimden etkilenmiş, zamanaşımı kuralları bakımından bazı düzenlemelere gitmiştir. Daha önceki ceza kanunlarında zamanaşımına ilişkin düzenleme yokken, 1879 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hem dava hem de ceza zamanaşımını ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. Buna göre dava zamanaşımı insan öldürme suçunda on, cünhalarda üç, kabahatlerde bir; ceza zamanaşımı ise insan öldürmede yirmi, cünhada beş ve kabahatlerde iki senedir. Bunun yanında özel kanunlarda daha kısa süreler de belirlenmiştir[369].

Bütün bu tarihsel süreçten, dava zamanaşımının Roma hukukunda gelişip kabul edilen ve yine Cermen hukukunda sessiz bir şekilde onaylanıp modern ceza hukukunda ceza zamanaşımıyla beraber hemen hemen bütün ülkelere yayılmış bir kurum olduğu sonucuna ulaşmamız mümkün gözükmektedir[370].

4. Zamanaşımını Temellendiren Görüşler

Bu bölümde zamanaşımını temellendirmeye çalışan görüşlere yer verilecektir. Bu görüşler, hem dava hem de ceza zamanaşımı için geçerlidir.

4.1. Manevi Ceza Görüşü

Manevi ceza görüşüne göre suç işlendikten veya sanığın suçlu olduğuna hüküm verildikten sonra failin ceza adalet sisteminden kaçma çabası, ona sürekli bir

[368] Erem, 1985, **a.g.e.**, s. 480-482; Fevzi Yarbaş, **Türk Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı ve Müddetler**, Ankara, Adalet, 1999, s. 2.
[369] Taner, M., **a.g.e.,** s. 670-671.
[370] Dambach, **a.g.e.**, s. 45.

azap, kuşku, tedirginlik, korku ve endişe yaşatmaktadır. Bu geçen sürede failin içerisinde bulunduğu durum, ceza hukukunun amaçlarına denk düşecek manevi bir ceza niteliğindedir. Söz konusu koşullarda çektiği acıyla terbiye olan fail açısından, ceza hukuku anlamında bir yaptırıma gerek kalmayacaktır[371]. Söz konusu gerekçe bazı yazarlarca doğrudan korku ve pişmanlık, bazı yazarlarca uslanma hali ile birlikte sübjektif teori başlığı altında ele alınmaktadır[372]. Yine zamanaşımını failin içerisinde bulunduğu korku haline dayandıran bazı yazarlar, zamanaşımının kesilmesine de karşı çıkmaktadır. Çünkü zamanaşımının kesilip tekrar başlaması, bu korku halini ortadan kaldırmayacaktır.[373]

4.2. Uslanma Görüşü

Görüşe göre suç işlenmesinden sonra geçen uzun süre zarfında fail uslanmıştır. Failin uslanmasıyla birlikte ceza hukukunun amaçları artık gerçekleşmiş, cezalandırma anlamsız hale gelmiştir. Yukarıda ele aldığımız manevi ceza görüşü çerçevesinde, manevi ceza çeken faillerin de uslandıkları kabul edilir. Ancak uslanma görüşü daha başka birçok nedenin, failin uslandığını ortaya koyacağını ileri sürmektedir. Failin iyi hal göstermesi, bu süre zarfında yurtdışına çıkmamış, suç işlememiş olması onun uslandığına dair belirtilerdir[374]. Bu görüş, 1803 Avusturya ve 1851 Prusya Ceza Kanunları'nı etkilemiş; bu kanunlarda uslanmış olmak bakımından failin suçtan fayda sağlamamış, kaçmamış ve bir daha suç işlememiş olması kriterleri aranmıştır[375].

4.3. Psikolojik Değişim Görüşü

Bergson'un "yaratıcı gelişim" kavramına ve yine Tarde'nin düşüncelerine dayandığı ileri sürülen görüş fail odaklıdır. Buna göre insan kişiliği sürekli

[371] Bkz.: Kunter, **a.g.e.**, s. 16; Dönmezer/Erman, 1980, **a.g.e.**, s. 305.
[372] Sübjektif ve objektif görüşler biçimindeki ayrım için bkz.: Daniela Grisch, **Die strafrechtliche Verjährung der Wirtschaftskriminalität als Ausdruck von Klassenjustiz**, Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakültät der Universität Zürich, 2006, s. 40 vd.; Schwarze, **a.g.e.**, s. 8 vd.; Huggenberger, **a.g.e.**, s. 18 vd.
[373] Schwarze, **a.g.e.**, s. 10.
[374] Bkz.: Uzun, **a.g.e.**, s. 9; Sar, **a.g.e.**, s. 28.
[375] Schwarze, **a.g.e.**, s. 8-9.

değişkenlik göstermektedir. Failin suç işlediği andaki kişiliğinin bir sonucu olan psikolojisi de zaman içinde olumlu yönde değişmektedir. Bu değişim özellikle çocuklarda ve gençlerde, yetişkinlere nazaran daha çabuk olmaktadır. Fail suç fiiline zamanla yabancılaşmakta ve fail ile fiil arasındaki psikolojik bağ kopmaktadır. Artık gerçek bir olaydan ziyade hatıraya dayanan ve kendisine yabancılaşmış bir fiil nedeniyle failin cezalandırılması, cezanın amaçlarıyla ilintisiz hale gelecektir[376]. Dönmezer'in Rosengart'tan aktardığı ifadeyle "bir ihtiyar, bir delikanlının işlediği suçun cezasını çekmeye zorlanamayacaktır"[377].

4.4. Unutma Görüşü

Görüşe göre suç fiilinden sonraki uzun süre zarfında fiilin yaratığı infial ve tesir dinmiş, hem mağdur hem de toplum tarafından suç fiili unutulmuştur. Bu andan sonra suçun cezalandırılması adaletten çok işkence etkisi yaratacak, çok gecikmiş bir ceza kamuoyunu olumsuz etkileyecektir. Çünkü suçun işlendiği zamanki jenerasyon bakımından yeni yaşanmışlıklar suç fiilini unutturmuştur[378] . Yeni gelen jenerasyon ise eski jenerasyon zamanında işlenmiş suçla artık ilgilenmemektedir[379]. Mağdur bakımından da yaralar kapanmış, zarar giderilmiştir[380]. Kapanmış bir yaranın yeniden açılması, intikam hisleri zayıflamış mağdur veya zarar görenler bakımından ikincil bir mağduriyete neden olacaktır[381].

4.5. Takibatın Terki Görüşü

Görüş savcının soruşturma veya kovuşturmayı veyahut infazı takip etmemesi yoluyla hareketsiz kalmasını, devletin görevlerini terk ettiğine dair bir karine olarak kabul etmektedir. Bunun sonucu fail, tıpkı özel hukuktaki gibi yaptırımla

[376] Bkz.: Dönmezer/Erman, 1980, **a.g.e.**, s. 307; Taner, F., **a.g.e.**, s. 38.
[377] Bkz.: Dönmezer/Erman, 1980, **a.g.e.**, s. 307.
[378] Abwegg, **a.g.e.**, s. 20.
[379] Söz konusu görüş Yeni Jenerasyon Teorisi olarak da isimlendirilmektedir. Huggenberger, **a.g.e.**, s. 17.
[380] Önder, **a.g.e.**, s. 772.
[381] Bkz.: Sar, **a.g.e.**, s. 31; Uzun, **a.g.e.**, s. 10.

karşılaşmama hakkını elde edecektir[382]. Benzer bir görüş zamanaşımını devletin soruşturma ve kovuşturmadaki ihmalinin, dolayısıyla toplumun durgunluğunun ve güçsüzlüğünün bir yaptırımı olarak görmektedir[383]. Hafızoğulları da suçu takipte başarısız olan devletin özrünün suç isnadı altında bırakılmış olan bireye yüklenmesini, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmektedir. Çünkü devlet, sonsuza kadar suçlunun peşinde olma hakkına sahip değildir[384]. Bazı yazarlarca zamanaşımının durması kurumunun varlığı da bu görüşle temellendirilmeye çalışılmıştır. Yazarlara göre savcının muhakeme işlemlerini gerçekleştiremediği hallerde zamanaşımının durması, bu görüşün haklılığını ortaya koymaktadır[385]. Uyum görüşü adı altında benzer diğer bir görüşse, zamanaşımını aciz durumda kalmış hukukun içinde bulunduğu olumsuz durumu değiştirecek bir araç olarak kabul etmektedir. Buna göre mevcut hukukla, hukukun zamanında uygulanmaması sonucu ortaya çıkan uyumsuzluk, zamanaşımı kurumu aracılığıyla ortadan kaldırılacaktır[386].

4.6. Delillerin Bozulması ve Kaybolması Görüşü

Muhakeme alanına dair görüş, özellikle şüphelinin/sanığın korunması düşüncesini öne çıkarmaktadır. Görüşe göre zaman içinde delillerin kaybolması veya güvenirliklerinin azalması ve buna bağlı olarak adli hataların artması muhtemeldir. Bu durumda maddi gerçeğin açığa çıkartılması daha zor olacaktır. Mesela kan ve vücut organları delil niteliğini yitirecek, sanığın lehine olan görgü tanıkları ölmüş veyahut tanıklar olayı unutmuş olabilecektir[387]. Zamanaşımı kurumuyla söz konusu şüphelerin önüne geçilecektir.

4.7. Sosyal Fayda Görüşü

Bu görüşe göre ceza ancak faydalıysa bir anlam ifade edecektir. Mutlak adaletçiler failin cezalandırılmasının her halükarda faydalı olacağını ileri sürseler

[382] Bkz.: Sar, **a.g.e.**, s. 33; Taner, F., **a.g.e.**, s. 40.
[383] Bkz.: Taner, F., **A.e.**, s. 40.
[384] Zeki Hafızoğulları, *"*5237 S. Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi*"*, **Ankara Barosu Dergisi**, 2006-3, s. 18.
[385] Bkz.: Taner, F., **a.g.e.**, s. 84.
[386] Bkz.: Huggenberger, **a.g.e.**, s. 16.
[387] Bkz.: Kunter, **a.g.e.**, s 17; Dönmezer/Erman, 1980, **a.g.e.,** s. 306; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 31.

de[388] ; modern ceza hukukunda cezanın mağdur, suçtan zarar gören, toplum ve hatta fail için yararlı olması aranacaktır. Ancak zamanın geçmesiyle bu fayda azalır ve nihayetinde ortadan kalkar. Kamu düzenini sağlamaya elverişli olamayan bir ceza, işlevini yerine getirmediği gibi sosyal açıdan da yarar sağlamaz[389]. Hatta geç verilen ceza, uzun süre hareketsiz kaldığı kabul edilmiş olan devlet kurumlarına karşı güvensizliğe neden olur[390]. Zamanaşımını devletin ceza verme hakkına dayandıran görüş[391] de son tahlilde ceza vermenin sosyal fayda sağlayıp sağlayamadığı tartışmasını yürütür ve bu nedenle sosyal fayda görüşü kapsamında değerlendirilebilir[392]. Benzer biçimde bazı yazarlar zamanın geçmesinin failin başka bir suç işlemesini önlediği ve bu suretle cezanın önleme amacının gerçekleştiği düşüncesine yer verirler ki[393], bu görüş de bu başlık altında ele alınabilir. Aslında zamanaşımı kurumunun lehine olarak ortaya koyduğumuz düşüncelerin hemen hemen hepsi, çeşitli gerekçelerle ceza vermenin faydasızlığına vurgu yapmaktadır. Şu halde tartışmanın dayandığı noktalardan biri de; zamanaşımı kurumunun, cezanın amaçlarıyla örtüşüp örtüşmediğidir. Cezanın amaçlarından hareket edilmesi suretiyle zamanaşımı kurumunun mahiyeti açıklanabilecektir[394]. Bu kabulden yola çıkan Grisch, zamanaşımını açıklayan görüşleri ortaya koymadan önce, kurumu hukukun ve buna bağlı olarak yaptırımın amaçları çerçevesinde ele alınması ve sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir[395]. Benzer biçimde bazı yazarlar, zamanaşımının gerekçesini devlete ceza verme hak ve yetkisi veren sebeplerde aramak gerektiğini belirterek; cezanın amaçları çerçevesinde bir inceleme yapmış ve zamanaşımının esasının toplumun, kamu düzeninin korunması olduğunu belirtmişlerdir[396]. Diğer bir görüş bir tarihselleşme/tarihte kalma sürecinin sonunda sübjektif açıdan faille, objektif açıdan ise toplumla suç fiili arasında bağın

[388] Bkz.: Sar, **a.g.e.**, s. 35.
[389] Bkz.: Taner, F., **a.g.e.**, s. 41.
[390] Bkz.: Dönmezer/Erman, 1980, **a.g.e.**, s. 308; Erem, 1985, **a.g.e.**, s. 476.
[391] Bu görüş ve eleştirisi için bkz.: Kunter, **a.g.e.**, s. 18-19.
[392] Sar, **a.g.e.**, s. 36.
[393] Bu görüş ve eleştirisi için bkz.: Sar, **A.e.**, s. 32-33; Uzun, **a.g.e.**, s. 12-13.
[394] Önder, **a.g.e.**, s. 773.
[395] Grisch, **a.g.e.**, s. 36.
[396] Kunter, **a.g.e.**, s. 18-19; Ferhat Burgul, **Türk Ceza Hukukunda Dava ve Ceza Zamanaşımı**, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul, 2009, s. 11

koptuğunu, cezanın özel ve genel önleme amaçlarının artık gerçekleşmeyeceğini ifade etmektedir. Zamanaşımı işte bu tarih olma sürecinin bir sonucudur[397].

5. Zamanaşımının Hukuki Niteliği

Bazı yazarlarca zamanaşımının maddi ceza hukukuna mı yoksa şekli ceza hukukuna mı ait olduğu sorusuna verilen cevabın, somut olaya eski ve yeni düzenlemelerden hangisinin uygulanacağını belirlediği ileri sürülmektedir. Buna göre maddi ceza hukuku kurumlarına her suretle suçun işlendiği tarihteki düzenleme uygulanacakken; devam eden şekli ceza hukuku kurumlarına ise, derhal uygulama ilkesi gereği kural olarak muhakeme işleminin başladığı tarihteki düzenleme değil, yeni düzenleme uygulanacaktır. Şekli ceza hukuku düzenlemelerinin derhal uygulanabilmesinin nedeni, muhakeme kurallarına ilişkin değişikliklerin her zaman için olumlu ve yararlı olduğu yönündeki görüştür. Yine bu görüşe göre, eski kanun zamanında yapılmış şekli ceza hukukuna ilişkin işlemler, artık tekrarlanabilir olmaktan çıkmıştır. Şu durumda geçmişe yürüme, halledilmiş uyuşmazlıkların tekrar diriltilmesine neden olacaktır[398]. Bu ileri sürülen düşünceler çerçevesinde zamanaşımı kurumunun hukuki niteliğinin tespiti önem kazanmaktadır. Çalışmamızda bu tespit yapılırken, maddi-şekli ceza hukuku ayrımı için öne sürülen ölçütler ele alınacaktır. İlerleyen bölümlerde bu ayrım çerçevesinde zamanaşımının hangi alana dahil olduğu tartışması yürütülecektir.

Maddi-şekli ceza hukuku yerine kimi zaman ceza genel-ceza muhakemesi hukuku[399], cezalandırma-muhakeme şartları gibi ayrımlar yapılmaktadır. Biz ayrımlar arasında öz itibariyle önemli farklılar bulunmaması ve tartışmalarda

---

[397] Bkz.: Zimmermann, **a.g.e.**, s. 32-35.

[398] Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, bs. 12, Ed. Bahri Öztürk, Ankara, Seçkin, 2018, s. 39; Artuk/Gökçen/Alşahin, **a.g.e.**, s. 159. Dönmezer/Erman ise yeni kanunun gerçeği ortaya çıkarmak ve adaleti tesis etmek bakımından daha iyi olduğu düşüncesinin yanlış olduğunu, bu düşüncenin kabulünün kanundan önce yapılmış bütün muhakeme işlemlerinin tekrarlanması sonucuna götüreceğini ileri sürmektedir. Dönmezer/Erman, 1985, **a.g.e.**, s. 208.

[399] Ceza muhakemesi kavramı yerine ceza yargılaması veya usulü ifadesi de kullanılmakla beraber, muhakemenin söz konusu faaliyet ve kavramları da içermesi nedeniyle ceza muhakemesi kavramının kullanılmasını daha doğru bulmaktayız. Aynı yönde bkz.: Nur Centel/Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, bs. 15, İstanbul, Beta, 2018, s. 4.

genellikle maddi-şekli ceza hukuku ifadelerine yer verilmesi nedeniyle, bu ayrıma sadık kalmayı uygun bulmaktayız.

Maddi-şekli ceza hukuku arasındaki ayrımının esas itibariyle 19. yy.'ye dayandığı belirtilmektedir. Söz konusu dönemde şekli ceza hukuku, ceza hukukun bir dalı olarak zamanla özerkleşmiştir[400]. Bu dönem öncesindeki hukuki metinlere baktığımızda ise, ayrımın henüz söz konusu olmadığı görülmektedir. Örnek olarak Carolina'da medeni hukuk ile ceza hukukunun muhakeme farklılıkları ortaya konulmuş, ancak maddi-şekli ceza hukuku ayrımına yer verilmemiştir. Şekli ceza hukuku ile maddi ceza hukuku iç içedir. Şekli ceza hukukunun özerk bir alan olarak ayrılması ihtiyacı söz konusu değildir, çünkü bu dönemde davaya katılanların kararlara hukuki etkisi yoktur. Şekle ilişkin kurallar sadece cezanın muhakeme edilmesi tekniğini tarif etmektedir. Bu anlamda 18. yy.'de sadece muhakemenin işleyişini ayrıntılı biçimde tarif eden, buna dair temel ilkeleri belirten ve yine delile ilişkin kuralları ortaya koyan düzenlemeler söz konusudur. Günümüz anlamında muhakemeye katılanların haklarını korumayı esas alan kurallar mevcut değildir.

19. yy.'de bazı yazarlarca şekli ve maddi ceza hukukunun ayrı başlıklar altında ele alındığı tespit edilmiştir. Ancak ayrıma dair esas katkı, en azından Alman hukuku bakımından, muhakemeye ilişkin kuralların bireyin hakkının korunması noktasındaki önemine dikkat çeken Feuerbach eliyle gerçekleşmiştir. 19. yy.'de muhakemeye ilişkin düzenlemelerin, ceza hukukundaki değişimleri ve onun yapısını etkileyebileceği vurgulanmış, muhakemenin sadece teknik amaçları olan bir alan olmadığı düşüncesi gelişmiştir. Bu dönemde muhakemeye katılanların suç fiilinin muhakeme edilmesi sürecindeki etkisi kabul edilip, muhakeme süjeleriyle muhakeme arasındaki karşılıklı ilişki düzenlemiştir. Bu durum, suç fiilinin muhakeme edilmesi sürecine yönelik bilimsel yaklaşımı ve ilgiyi de beraberinde getirmiş; pratik ihtiyaçlar doğrultusunda bu alan, şekli ceza hukuku adıyla özerk olarak incelenmeye başlanmıştır[401].

---

[400] Andreas Michael, **Der Grundsatz in dubio pro reo im Strafrecht-verfahrensrecht**, Frankfurt am Main-Bern, Verlag Peter Lang, 1981, s. 67; s. 226; Matthias Jahn, "Grundlagen und Grundprobleme des Gesetzlichkeitsprinzips", **Gesetzlichket und Strafrecht**, Ed. Hans Kudlich, Juan Pablo Montiel, Jan C. Schuhr, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, s. 224; Katoğlu, **a.g.e.**, s. 26;
[401] Michael, **a.g.e.**, s. 70, 73-77.

Anlayış değişikliği ve pratik ihtiyaçlar çerçevesinde ortaya çıkan ayrımın sınırlarının nasıl çizileceğine dair, doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bizim de katıldığımız görüşe göre kurumun hangi kanunda düzenlendiği, bu ayrım bakımından tek başına önem arz etmemektedir. Bu nedenle bir kurumun ceza kanununda düzenlenmiş olması onun maddi ceza hukuku kurumu olduğunu göstermeyeceği gibi; muhakeme kanununda düzenlenmiş olması da şekli ceza hukuku kurumu olduğunu ortaya koymayacaktır[402].

Ayrım esas itibariyle maddi ceza hukukunun kapsamının ne olduğuna ilişkin ölçütler geliştirilerek yapılmış, bu kapsam dışındaki kurumların şekli hukuk içerisinde yer aldığı kabul edilmiştir. Söz konusu yöntemin, esas olanın maddi hukuk olduğu; şekli hukukun, maddi hukukun sağlanması amacını taşıdığı düşüncesine dayandığı belirtilmektedir. Bu düşünceye göre şekli ceza hukuki ikincil bir önem ve niteliğe sahiptir[403].

5.1. Maddi-Şekli Ceza Hukuku Ayrımı Bakımından İleri Sürülen Ölçütler

5.1.1. Ceza Yaptırımını Hak Etme Ölçütü

Ceza yaptırımını hak etme (Verdintsein des Strafübels) ölçütüne ilişkin Beling ve Bemmann'ın görüşleri öne çıkmaktadır. Beling şekli hukukun maddi hukuka hizmet ettiği düşüncesini kabul etmekle birlikte, şekli hukukun özerk bir alana sahip olduğunu ve maddi hukukla çoğu zaman örtüşmediğini belirtmektedir. Yazara göre her iki alanın ayrımını ortaya koyabilmek için bazı soruların cevaplandırılması gerekmektedir. Bu sorular, maddi ceza hukukunun kapsamı bakımından "ceza verilmeli mi, hangi ceza ve hangi şartlar altında verilmeli?" iken; şekli ceza hukuku bakımından ise "suç fiili muhakeme edilmeli mi, hangi şartlar altında ve nasıl muhakeme edilmeli?" sorularıdır. Yazar bunların cevaplandırılması sırasında öne çıkan ölçütün, "cezayı hak etme" olduğunu belirtmiştir. Kişi ancak

[402] Ernst Beling, **Deutsches Reichstrafprozeßrecht**, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, 1928, s. 6; Taner, F., **a.g.e.**, s. 30; Muhammed Emre Tulay, "Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu", **MÜHF-HAD (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan)**, C. 24, S. 3, 2016, s. 2721.
[403] Michael, **a.g.e.**, s. 82.

cezayı hak etmişse cezalandırılabilecektir[404]. Sadece cezalandırmanın hak edilmesi kavramıyla ilişkili kurumlar maddi ceza hukuku içerisinde kabul edilecektir. Örnek olarak şikayet kurumu, cezayı hak etme kavramıyla hiçbir ilişkisi olmaması nedeniyle, şekli ceza hukukuna aittir. Şekli ceza hukuku, ceza hukukunu uygulama hukuku (Strafrechtsanwendungsrecht) olarak adlandırılabilecektir [405] . Beling'in ortaya koyduğu ölçüt, şekli ceza hukukuna ilişkin içeriksel bir ayrım ortaya koyamadığı, betimsel kaldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir[406].

Ceza yaptırımının hak edilmesi ölçütü, sonradan Bemmann tarafından geliştirilerek daha ayrıntılı şekilde ortaya konulmuştur[407]. Yazara göre, maddi ceza hukuku suç teşkil eden fiili belirlemektedir. Bu anlamda suç fiilini cezayla ilişkilendiren bir alandır. Şekli ceza hukuku ise failin soruşturulması ve hakkında hüküm verilmesi amacı doğrultusunda hukuki gidişatı ortaya koymaktadır. Yazar yine maddi ceza hukukunun sınırlarının belirlenmesi bakımından, devletin cezalandırma yetkisi (Strafanspruch) kavramına yer vermiştir[408]. Buna göre söz konusu cezalandırma yetkisi tipik, hukuka aykırı ve kusurlu davranışla ilişkilendirilmelidir. Şekli ceza hukuku ise cezalandırma yetkisinin kullanılmasına ilişkindir. Ancak cezalandırma yetkisi, sadece failin cezayı hak etmesi halinde kullanılabilecektir. Söz konusu yetki, aşağıda belirteceğimiz "suç fiilini meydana getiren olayla bağlantılı olma" ölçütüyle de sınırlandırılmıştır. Sonuç olarak devletin cezalandırma yetkisi ve suç fiiliyle bağlantılı olma kavramlarıyla, ceza yaptırımını hak etme ölçütü arasında bağ kurmak suretiyle ayrımı ortaya koymaya çalışmıştır.

Ceza yaptırımı hak etme ölçütü eleştirilere konu olmuştur. Buna göre ölçüt, son tahlilde kusur ilkesini ifade etmekte ve ilkenin kapsamı dışında yeni bir şey söylememektedir. Ortaya çıkan formül, "her hukuka aykırı kusurlu davranış cezalandırılmalıdır" biçimde ifade edilebilecektir. Bu ifadenin, öç alma esasına dayanan ceza hukuku anlayışının bir yansıması olduğu iddia edilmiştir. Şu halde zamanaşımı ve şikayet gibi kurumlara ceza hukukunda yer verilmemesi gerektiği

[404] Beling, **a.g.e.**, s. 5-6.
[405] Beling, **A.e.**, s. 8, 90-91.
[406] Michael, **a.g.e.**, s. 84.
[407] Hilde Kaufmann, **Strafanspruch, Strafklagerecht, die Abgrenzung des materiellen von formallen Strafrecht,** Göttingen, Schwartz, 1968, s. 110-111.
[408] Günter Bemmann, **Zur Frage der objektiven Bedingung der Strafbarkeit**, Göttingen, Schwartz, 1957, s. 25-27.

ileri sürülebilecek; ya da aksi biçimde kusurlu davranışın ancak zamanaşımı, af gibi kurumlar yoksa suç olması gerektiği sonucu ortaya çıkabilecektir. Her halükarda bu anlayış kendi içinde çelişkiler barındırmaktadır[409]. Sonuç olarak ölçütün, kusur gibi günümüz ceza hukukundaki tartışmalar ışığında farklı tanımlanabilen ve değişime açık olan bir kavrama dayanması eleştirilmiştir[410].

5.1.2. Suç Fiilini Meydana Getiren Olaylarla Bağlantılı Olma Ölçütü

Suç fiilini meydana getiren olayla bağlantılı olma (Zusammenhang dem Tatgeschehen) ölçütüne göre maddi ceza hukuku, suçun unsurlarının oluşturduğu haksızlık ve kusurlu fiille ilişkilidir. Söz konusu ilişki bakımından öne çıkan kavram cezaya liyakattir (Strafwürdigkeit)[411]. Bir suç fiilinin cezalandırmaya layık olması tipik, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiilinin varlığına bağlıdır. Yine ortaya çıkış zamanı da bir kurumun suç fiiliyle bağlantısı bakımından önem arz etmektedir. Bu çerçevede failin izin verilmeyen ve kusurlu, yani cezalandırmaya layık davranışıyla ilgili ve bu anlamda suç fiilinin işlendiği zamana ilişkin olan kurumlar, maddi ceza hukuku içerisinde kabul edilecektir. Bunun dışında kalan, sonradan gündeme gelen, muhakemenin gidişatına, muhakeme organlarının yetkilerine, görevli mahkemeye, delillere vb. ilişkin kurumlar ise şekli ceza hukukunun kapsamı içerisinde yer alacaktır. Bunun yanında hukuki yaptırımların uygulanması amacı bakımından gerekli kurumlar da, şekli ceza hukuku kurumlarıdır[412]. Bu anlamda cezaya liyakat bir davranışın zarar veya tehlike doğurmak bakımından elverişli kabul edilmesi nedeniyle kınanabilir olmasını ifade eder[413]. Yani daha ziyade kusurluluğu ilişin bir ölçüttür. Sauer ise söz konusu ölçütün kusur alanına değil, sadece suçun unsuruna ilişkin olduğu düşüncesindedir. Yazara göre bu ilişki kaba bir eklemlenme değil, doğrudan bir bağ yoluyla gerçekleşmektedir. Bu çerçevede objektif haksızlıkla

---

[409] Kaufmann, **a.g.e.**, s. 110-11; Roxin, **a.g.e.**, s. 1052; Peter Schwabenbauer, **Der Zweifelssatz im Strafprozessrecht**, Tübringen, Mohr Siebeck, 2012, s. 70-71.
[410] Roxin, **a.g.e.**, s. 1052.
[411] Ünver, söz konusu kavram yerine olumsuz bir anlam taşıması nedeniyle "cezaya müstahak olma" kavramının kullanılması gerektiğini, ancak alışagelmiş ve yerleşmiş bir kulanım olması sebebiyle "cezaya liyakat" kavramına ver verdiğini ifade etmektedir. Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 678, dipnot 346.
[412] Eberhard Schmidhäuser, "Objektive Strafbarkeitsbedingungen", **ZStW**, Band 71, 1959, s. 548-553.
[413] Ozan Ercan Taşkın, "Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** S. 1, 2106, s. 70.

(objektive Unrecht) doğrudan bağlantılı ve cezalandırmaya layık olma kavramıyla alakalı kurumlar bu kapsama dahildir[414].

Suç fiilini meydana getiren olaylarla bağlantılı olma ölçütünü tek başına yeterli görmeyen, ama onu temel alarak geliştiren yahut farklı açılardan ele alan görüşler ortaya çıkmıştır. Bunlardan biri, cezaya ihtiyaçlık (Strafbedürftigkeit) ölçütünü ortaya koyan görüştür. Söz konusu ölçüt, daha ziyade cezanın amacına ve amacı gerçekleştirme noktasındaki elverişlilik ve yarara ilişkindir[415]. Buna göre ceza yaptırımını hak etme ölçütü dardır. Cezaya liyakat ölçütü ise suç fiilini meydana getiren olaylara kurulan ilişki bakımından önemli, ancak tek başına yetersizdir. Ayrım ölçütü, maddi ceza hukuku bakımından cezalandırma ihtiyacıyken; şekli ceza hukuku bakımından suçu takip etmeye, muhakeme etmeye ilişkin yarardır (Verfolgungsinteresse)[416]. Bu görüş de devletin ceza verme yetkisi kavramına önem vermekte ve kavramı cezalandırma ihtiyacı ölçütüyle ilişkilendirmektedir. Söz konusu görüşün mimarı Stratenwerth cezalandırma ihtiyacının, maddi içeriğe sahip olan devletin cezalandırma yetkisinin ortaya çıkış nedenlerine dayanması gerektiğini ileri sürmüştür[417]. Bu çerçevede devletin cezalandırma yetkisi sonucu cezalandırma ihtiyacına karşılık gelen kurumlar, maddi hukuk içerisinde kabul edilecektir. Yazar yine cezalandırma ihtiyacının, hukuk düzenine aykırı davranışlar sonucu ortaya çıkabileceğini ifade etmiş ve hukuk düzenine aykırılığı (Rechtsordnungswidrigkeit) da ölçütün belirlenmesinde yardımcı bir kavram olarak kabul etmiştir. Bu sadece hukuka aykırı davranışı değil, hukuk düzenine aykırı olmayı etkili biçimde dışa vuran halleri de içine alan geniş bir kavramdır[418].

Gerek cezaya liyakat, gerekse de cezaya ihtiyaçlık ölçütü iki alan arasındaki sınırı çizmek bakımından açık ve net ifadeler içermediği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Buna göre cezaya liyakat ifadesi sosyo-etik anlamlar taşımaktadır ve içeriği tüm sınırlama çabalarına rağmen belirsizdir. Bunun yanında cezaya ihtiyaçlık, özü

---

[414] Wilhelm Sauer, "Die beiden Tatbestandsbegriffe, zur Lehre von den äußeren Strafbarkeitsvoraussetzungen", **Festschrift für Edmund Mezger**, München und Berlin, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1954, s. 120.
[415] Ünver, **a.g.e.**, s. 70.
[416] Günter Stratenwerth, "Objektive Strafbarkeitsbedingung im Entwurf eines Strafgesetzbuch 1959", **ZStW**, Band 71, 1959, s. 567-568; Sauer, **a.g.e.,** s. 121, 124.
[417] Stratenwerth, **A.e.**, s., 572, 573.
[418] Stratenwerth, **A.e.**, s. 573, 578.

itibariyle maddi bir ölçütü ortaya koymakta ve büyük oranda tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur unsurlarıyla ilişkilendirilmektedir. Ancak suç fiiliyle ilişkili olmayan birçok kurum bakımından, cezalandırma ihtiyacı ölçütü oldukça görecelidir. Mesela zamanaşımı bir cezalandırma/cezalandırmama ihtiyacına tekabül etmektedir. Zamanaşımı süreleri de bu ihtiyaca göre belirlenmektedir. Bir suç ne kadar ağırsa kusur o kadar ağır, cezalandırma ihtiyacı o kadar fazla, zamanaşımı süresi o kadar uzundur ve cezalandırma ihtiyacı süre geçtikten sonra ortadan kalkar. Ancak zamanaşımı suç fiili ile doğrudan ilişkili değildir. Suç fiilini meydana getiren olaylara yabancı olan bir kurumun cezalandırma ihtiyacı çerçevesinde değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, bu çerçevede ölçütün bazı kurumlar bakımından çelişkiler içerdiği ileri sürülmüştür[419].

Suç fiilini meydana getiren olaylarla bağlantılı olma ölçütünü temel alan bir başka yazar da Gallas'tır. Fiilinin bütünüyle bağlantılı olma (Zusammenhang mit dem Tatkomplex) kavramıyla ifade ettiği ölçütü, çalışmamızın ilk bölümünde ayrıntılı olarak incelediğimiz kanunilik ilkesi bağlamında ele almıştır. Buna göre maddi-şekli ceza hukuk ayrımı bakımından temel sorun, muhakeme sonunda verilecek hükmün düşme mi yoksa beraat mi olduğu değil; hangi unsur ve kurumların geçmişe yürüme ve kıyas yasağı kapsamında kabul edileceğidir. Ayrım esas itibariyle kanunilik ilkesine dayanmaktadır. Kanunilik ilkesi kapsamında korunması gereken kurumlar cezalandırma şartı, yani maddi ceza hukuku kurumu iken; diğerleri muhakeme şartı, yani şekli ceza hukuku kurumudur. Ancak bunun yanında kurumun suç fiiliyle bağlantısı da önemlidir. Suç fiiliyle ilişkili olan kurumlar, bu anlamda fiilin değerlendirilmesiyle ilgili kurumlar, kanunilik ilkesi kapsamında koruma altına alınacaktır. Yine yazar tüm açıklamalarını devletin cezalandırma yetkisiyle de ilişkilendirmiştir[420].

Gallas'ın kanunilik ilkesiyle suç fiilini meydana getiren olaylar arasında kurduğu ilişkinin doğru olduğu belirtilse de; söz konusu ölçüt, kanunilik ilkesinin kapsamını doğru tarif etmediği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Buna göre kanunilik ilkesiyle ilişkilendirilen önemli ilkelerden bazıları da hukuk devleti ve hukuki

[419] Bkz.: Kaufmann, **a.g.e.**, s. 126-127; Michael, **a.g.e.**, s. 88-90.
[420] Wilhelm Gallas, **Niederschriften über Sitzungen der Großen Strafrechtskommission**, Band 5, Bonn, Bundesdruckerei, 1958, s. 104.

güvenlik ilkesidir. Güven ilkesi de bu kapsama dahil edilmelidir. Kanunilik ilkesi ve onunla ilişkili ilkeler, suç fiiliyle bağlantılıdır. Fail suç fiilini işlemeden önce o fiilinin suç olmasının yanında, suçun unsurlarını da bilmelidir[421]. Ancak maddi ceza hukukunun kapsamının kanunilik ilkesi çerçevesinde belirlenmesi düşüncesi yeterli değildir. Çünkü kanunilik ilkesi tarihsel süreç içerisinde devlet iktidarının keyfiliğine karşı ortaya çıkmıştır ve maddi ceza hukuku kurumlarının yanında, şekli ceza hukuku kurumları eliyle de söz konusu keyfilik meydana gelebilmektedir. Bu yazarlara göre kanunilik ilkesi, cezalandırma yetkisinin nasıl kullanılacağına dair de koruma sunar. Bu anlayış, aydınlanma felsefesinin bir sonucudur. Feuerbach'ın Psikolojik Baskı Teorisi de bunu ortaya koymaktadır. Volk ise günümüzde kanunilik ilkesinin, kusur ilkesine mi; hukuk devleti ilkesine mi; yoksa devletin ceza verme gücünün sınırlandırılmasına mı dayandığının tartışmalı olduğu düşüncesindedir. Bu nedenle bu ilkeye maddi ve şekli ceza hukukuyla bağ kurmak yoluyla sınır çizmenin, mümkün olmadığını ileri sürmektedir[422]. Kanunilik ilkesinin kapsamının sadece maddi ceza hukukuyla sınırlandırılması en azında tartışmalı bir husustur. Söz konusu tartışmalar zamanaşımı gibi atipik kurumlar söz konusu olduğunda daha da alevlenmektedir. Zamanaşımı kurumuna dair yapılan değişikliklerin geçmişe yürümesi, fail aleyhine devlet iktidarının keyfiliğinin göstergesi olabilmektedir[423].

5.1.3. Ceza Muhakemesi Yok Sayılarak Yapılan Ayrım

Maddi-şekli ceza hukuku ayrımının pratik ihtiyaçların bir sonucu olduğunu belirten Kaufmann, ileri sürülen hiçbir ölçütün bu ayrımı ortaya koymakta başarılı olamadığını ifade etmiştir. Yazar şikayet kurumu üzerinden yaptığı tarihsel incelemede, kurumun medeni hukuktaki gelişimi çerçevesinde maddi ceza hukukuna aktarıldığını tespit etmiştir. Bu anlamda medeni hukuktaki maddi-şekli hukuk ayrımında kullanılan ölçütler, pekala ceza hukukunda da kullanılabilecektir. Söz konusu ölçütü muhakeme kurallarının yok sayılması üzerinden bir hipoteze dayandıran yazar, ayrım ölçütünü *"bir ceza verilmesi ya da verilmemesi, ceza muhakemesini yok saydığımızda, söz konusu kuruma bağlı, veya onunla ilişkiliyse bu*

[421] Schwabenbauer, **a.g.e.**, s. 77.
[422] Klaus Volk, **Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht**, Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1979, s. 50.
[423] Schwabenbauer, **a.g.e.**, s. 78-79; Kaufmann, **a.g.e.**, s. 123; Michael, **a.g.e.**, s. 85-86.

maddi ceza hukukuna aittir" biçiminde ifade etmiştir. Başka bir ifadeyle *"bir kurum ceza muhakemesi yok sayıldığında hala anlam ifade ediyorsa, maddi ceza hukukuna; eğer ceza muhakemesi yok sayılınca kurum anlamsız ve uygulanamaz hale geliyorsa, şekli ceza hukukuna aittir"*[424].

Kaufmann'ın formüle ettiği ölçüt de birçok yazar tarafından eleştirilmiştir. Buna göre Kaufmann şekli ve maddi ceza hukuku normlarının hepsini bir arada ve eşit biçimde ele alarak değerlendirmeye tabi tutmuş ve elemeci bir mekanizma yaratmıştır. Ancak değerlendirme aracı olarak kullanılan "ceza muhakemesinin yok sayılması" (Das Hinwegdenken des Strafprozesses) ölçütü [425] gerçeklikle uyumsuzdur. Çünkü gerçek hayatta hukuk düzeni, muhakeme içinde vücut bulur; bu nedenle onsuz bir neden sonuç ilişkisi kurmak sağlıklı olmayacaktır. Kurumların ve alanların birbiriyle sıkı ilişkisi yok sayılarak iki alanın aynı seviyede tutulması doğru değildir. Bu ayrım birçok kurumun hangi alana dahil edileceği noktasında sorunlar yaratmaktadır. Getirilen bir diğer eleştiriyse, bu ölçütün maddi ceza hukukunun alanını aşırı derecede genişletme tehlikesini içinde barındırıyor olmasıdır[426].

5.1.4. Maddi-Şekli Hukuk Ayrımının Belirli Bir Ölçüte Bağlanamayacağı Görüşü

Maddi-şekli ceza hukuku ayrımının tarihsel bir sürecin ve pratik ihtiyaçların bir sonucu olduğunu belirtmiştik. Bu ayrımı reddedip monist bir anlayışı benimseyen yazarlar olmakla birlikte[427], günümüzde ayrım genel kabul görmektedir. Ders kitapları da bu kabule uygun olarak hazırlanmaktadır. Ancak doktrinde söz konusu ayrım tamamen reddedilmese de; ölçütlerin hiçbirinin, ayrımı açık ve anlaşılır biçimde ortaya koyamayacağı ileri sürülmüştür. Yazarlara göre bunun temel nedeni maddi ve şekli ceza hukuku arasındaki fonksiyonel, bağımlı ve doğrudan ilişkidir. Şekli ceza hukuku, kendini sadece sürecin organize edilmesi aşamasında var etmez, tipik fiil ve hukuki sonuç arasındaki bağı da kurar; yani maddi ceza hukukuna dair karar verilmesi sürecinde var olur. Bu nedenle şekli hukuk kuralları, maddi hukuki bir içeriğe sahip olabilecektir. Bu da maddi-şekli hukuk ayrımını imkansız hale

[424] Kaufmann, **a.g.e.**, s. 1-2, 134-135, 175-176.
[425] Söz konusu ölçüt Michael tarafından mantıksal aidiyet (logische Zugehörigkeit) kavramıyla adlandırılmıştır. Michael, **a.g.e.**, s. 98.
[426] Michael, **A.e.**, s. 98-99; Schwabenbauer, **a.g.e.**, s 81-82; Roxin, **a.g.e.**, s. 1053.
[427] Mayer ve Binder'in monist görüşü için bkz.: Kaufmann, **a.g.e.**, s. 3 vd.

getirmektedir. Bunun yanında tarihsel olarak hem maddi hem şekli ceza hukuku kurumları devletin cezalandırma yetkisini sınırlayan kurumlardır. Mahkeme önüne çıkma hakkı, kanuni hakim ilkesi gibi ilkeler en az diğer kurumlar kadar devletin sınırlandırılmasına ilişkindir. Sonuç olarak keskin ayrımlar hem şekli ve maddi ceza hukukunun amaçsal birliğine aykırı olacak, hem de her ikisine de dahil edilemeyen kurumlar nedeniyle, gri alanlar yaratacaktır. Kısacası bu ayrıma dair kesin ölçütler konulmamalı ve bu ayrıma gereğinden çok fazla hukuki sonuç bağlanmamalıdır[428].

5.2. Kurumun Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

5.2.1. Şekli Ceza Hukuku Kurumu Olarak Kabul Eden Görüş

Kurumu şekli ceza hukuku içerisinde kabul eden yazarlar çeşitli gerekçeler öne sürmektedirler. Bu gerekçelerden biri, kurumun sonuca olan etkisine dayanmaktadır. Buna göre zamanaşımı kovuşturmaya veya cezanın infazına engel olmasından kaynaklı olarak, bir muhakeme engelidir. Bu nedenle hukukumuzda şüpheli/sanık hakkında mahkumiyet veya beraat değil, düşme kararı verilmektedir. Şu halde beraat yerine düşme kararı verildiği için, ortada şekli hukuk kurumu vardır[429].

Diğer bir görüş zamanaşımının gerekçelerinden biri olarak gösterilen delillerin kaybolması kavramına vurgu yaparak, kurumu şekli ceza hukuku içerisinde kabul etmektedir. Buna göre delil kavramı şekli ceza hukukuna ilişkindir ve onun gerekçesini oluşturduğu kurum da şekli ceza hukukuna ait olacaktır[430].

Cezayı hak etme görüşünü savunan Bemmann, kurumu failin cezayı hak edip etmemesi noktasındaki etkisi bağlamında ele almıştır. Zamanaşımını temellendiren görüşlerden hiçbirini ikna edici bulmayan yazar, buna rağmen devletin failleri sonsuza kadar yargılama hakkının olmadığını ifade etmiştir. Zamanaşımı kurumuna da usul ekonomisi nedeniyle yer verildiğini savunmuştur. Yazara göre sonuçta fiili zamanaşımına uğramış faile, "fiilin artık olumsuzlanmıyor, haksızlık içeriği kaybolmuştur, artık haksızlığa dair bir anı değildir" yerine; "senin fiilin hala suçtur

[428] Volk, **a.g.e.**, s. 9; Andreas, **a.g.e.**, s. 103, 120-121, 138; Adolf Arndt, "Unwelt und Recht", **NJW**, Heft 1, 1961, s. 15-16.
[429] Bkz.: Alşahin, **a.g.e.**, 29; Taner, F., **a.g.e.**, s. 30; Uzun, **a.g.e.**, s. 19.
[430] Taner, F., **a.g.e.**, s. 30; Klug, **a.g.e.**, s. 150.

ve ağır biçimde haksızlık teşkil etmektedir. Sadece devlet seni takip etmekten vazgeçmiştir, çünkü mahkemeler şimdiye kadar hukuki durumu ortaya koymalıydı, bunun için yeteri kadar çalıştılar" denir. Şu halde zamanaşımı failin cezayı hak etmesi ölçütüyle ilişkisiz olduğundan, şekli ceza hukuki içerisinde kabul edilmelidir[431].

Suç fiiliyle bağlantılı olma ölçütünden yola çıkan yazarlar da kurumu şekli ceza hukuku içerisinde kabul etmişlerdir. Çünkü zamanaşımı suç fiiliyle doğrudan bağlantılı değildir. Aksinin kabulü halinde, zamanaşımının ne zaman kesileceğinin ve duracağının, suçun işlendiği anda bilinmesi gerekirdi. Ancak bu mümkün değildir. Burada kurumun ortaya çıkış zamanı da önem arz etmektedir. Zamanaşımı suç fiilinden bağımsız ve ondan sonra ortaya çıkan bir kurumdur[432]. Suçun maddi niteliğini etkilememektedir. Cezalandırılabilirlik, haksızlık ve kusurla ilişkisizdir; aksi halde suç sonrası hareketlerin zamanaşımı süresini azaltıcı bir niteliğinin olması gerekirdi[433].

Hukuki barışın yeniden tesisi, cezalandırma ihtiyacının ortadan kalkması ve ceza hukuku dışındaki amaçlar çerçevesinde kurumun maddi ceza hukuki içerisinde olduğunu savunan görüşü yetersiz bulan Roxin de, kurumun şekli ceza hukuku kapsamında olduğunu belirtmektedir. Yazar ayrımın, Gallas'ın düşüncesine paralel biçimde, kanunilik ilkesi ve suç fiilini meydana getiren olaylarla bağlantılılık bağlamında yapılması gerektiğini savunmaktadır. Zamanaşımı fiilin bütünüyle bağlantısız ve kanunilik ilkesiyle ilişkisizdir, bu nedenlerle şekli ceza hukuku içerisinde değerlendirilmelidir[434].

5.2.2. Maddi Ceza Hukuku Kurumu Olarak Kabul Eden Görüş

Bu görüşü savunan yazarların bir kısmı, düzenleniş biçimi nedeniyle kurumu maddi ceza hukuku içerisinde kabul etmektedirler. Örnek olarak zamanaşımı genellikle ceza kanunlarında ve "cezayı ortadan kaldıran veya azaltan neden" başlığı altında düzenlenmektedir. Bu özellikler, onun maddi ceza hukukuna ait olduğunu

[431] Günther Bemmann**,** "Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung", **JuS,** 1965, s. 337-338.
[432] Johann Schmid, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, 12., neu bearbeitete Auflage, Berlin, De Gruyter, 2008, StGB Vor §78 Rn.7; Roxin, **a.g.e.**, s. 1054.
[433] **Münchener Kommentar zum StGB**, Band 2, 3. Auflage, Ed. Wolfgang Joecks/Klaus Miebach, München, Verlag C.H. Beck München, 2016, § 78 Rn. 1.
[434] Roxin, **a.g.e.**, s. 1054-1057.

göstermektedir[435]. Yine kurumun düzenleme biçiminde yola çıkan bazı yazarlara göre, kurum şekli ceza hukuku kurumu olsaydı, tüm suçlar için tek bir zamanaşımı süresinin belirlenmesi gerekirdi. Aksi yöndeki düzenleme, kurumun maddi ceza hukukuna dahil olduğunu ortaya koymaktadır[436].

Diğer bir görüş esas itibariyle cezalandırılabilme, cezalandırma yetkisi gibi kavramlar üzerinden hareket etmektedir. Buna göre zamanaşımı nedeniyle fiilin cezalandırılabilirliği (Strafbarkeit) ortadan kalkmaktadır. Zamanaşımı cezayı ortadan kaldıran bir sebeptir. Yalnızca ceza kovuşturmasını değil, devletin ceza verme yetkisini de ortadan kaldırmaktadır. Düşme kararına neden olan husus, maddi ceza hukukuna ilişkindir[437]. İlerleyen bölümlerde de belirteceğimiz üzere, 1969 yılında Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne taşınan olaya ilişkin ilk derece ve eyalet mahkemeleri, Anayasa'da yer alan "cezalandırılabilirlik" kavramıyla ilişkisi bağlamında kurumu maddi ceza hukuku içerisinde değerlendirmiştir. Buna göre zamanaşımı, devletin gücünün sınırlarının çizilmesini sağlaması ve yine suçun cezalandırılıp cezalandırılmayacağına olan etkisi nedeniyle sadece şekli değil maddi bir içeriğe sahiptir[438]. Ancak kurumu, aynı gerekçeye dayanarak, şekli ceza hukuku içerisinde kabul eden yazarların da olduğu ifade edilmektedir. Çünkü devletin cezalandırma yetkisinin ortadan kaldırılması, etkisini esas itibariyle muhakeme alanında gösterecektir[439].

Kurumu maddi hukuk içerisinde değerlendiren görüşlerden bir diğeri cezanın amaçlarından yola çıkmakta, sosyal fayda görüşünü esas almaktadır. Buna göre aradan geçen zaman, suçu toplumun hafızasından silmekte ve cezanın amacının gerçekleşmesi imkansızlaşmaktadır. Şu durumda ceza verme gerekliliği de ortadan kalkmaktadır. Bu özelliği sebebiyle zamanaşımı maddi ceza hukukuna dair özellikler

---

[435] Max Lorenz, "Strafrechtliche Verjährung und Rückwirkungsverbot", **GA**, 1968, s. 310; Planegg Moser, "Zur Frage der rechtlichen Natur Strafverfolgungsverjährung §§ 66 ff. StGB", **GA,** 1965, s. 305- 306.

[436] İçel/Sokullu Akıncı vd., **a.g.e.,** s. 339.

[437] İçel/Sokullu Akıncı vd., **A.e.,** s. 339; Burgul, **a.g.e.,** s. 16. Kurumun maddi ceza hukuku içerisinde yer aldığını savunan yazarların bir kısmı cezalandırılabilirlikle, cezalandırma yetkisi kavramlarının farklı olduğunu belirtmektedirler. Zamanaşımına uğrama halinde fiilin suç olma vasfı, yani cezalandırılabilirliği korunmakta ancak devletin cezalandırma yetkisi ortadan kalkmaktadır. Önder, **a.g.e.**, s. 775.

[438] Bkz.: aş. s. 133.

[439] Zimmermann, **a.g.e.**, s. 35-36.

taşımaktadır[440].

Kaufmann'ın ceza muhakemesi kurumlarının yok sayılması suretiyle yaptığı hipoteze göre de kurum maddi ceza hukukuna aittir. Çünkü cezanın verilmesi için zamanaşımı süresinin geçmemiş olması gerekmektedir. Bu açıdan ele alındığında zamanaşımı, ceza verilmesini doğrudan etkilemektedir. Yazara göre zamanaşımı esas itibariyle karma nitelikte bir kurum özelliği taşımasına rağmen, yapılan sağlama onun maddi ceza hukukun ait olduğunu ortaya koymaktadır[441].

5.2.3. Karma Nitelikte Bir Kurum Olduğunu Kabul Eden Görüş

Karma görüşü savunan yazarlardan bazıları kurumun amaçlarından yola çıkarak ve yine bu çerçevede dava ve ceza zamanaşımı ayrımına giderek bu sonuca varmaktadırlar. Görüşe göre dava zamanaşımı, geçen süre zarfında kişilerin suç fiiliyle psikolojik bağı azaldığı ve deliller kaybolduğu için ortaya çıkmıştır. Bu gerekçeler, şekli ceza hukukuna ilişkindir. Ceza zamanaşımı ise belirli bir süre sonra ortadan kalkan sosyal faydanın bir sonucudur ve bu nedenle maddi ceza hukukunun alanına aittir[442]. Dava zamanaşımı şekli, ceza zamanaşımı maddi hukuka dahil olduğundan; kurum karma bir niteliğe sahiptir. Diğer yazarlar ise dava ve ceza zamanaşımı ayrımı yapmadan bu sonuca varmaktadırlar. Buna göre kurum devletin cezalandırma yetkisine yaptığı etki nedeniyle maddi ceza hukuku, delillerin kaybı gerekçesi çerçevesinde ise şekli ceza hukuku kapsamında değerlendirilmelidir[443].

Ceza yatırımını hak etme ölçütünün mimarı Beling ise zamanaşımı kurumunun her iki alana dair özellikler göstermesine rağmen karma bir niteliğe sahip olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre önemli olan, kurumun bu alanlara dair fonksiyonlarının açığa çıkarılmasıdır[444].

---

[440] Bkz.: Önder, **a.g.e.**, s. 775.
[441] Kaufmann, **a.g.e.**, s. 135, 154.
[442] Bkz.: Uzun, **a.g.e.**, s. 20. Önder, **a.g.e.,** s. 776, Dönmzer/Erman, 1980, **a.g.e.**, s. 310.
[443] Bkz.: Taner, F., **a.g.e.**, s. 31.
[444] Beling, **a.g.e.**, s. 6.

ARA SONUÇ

Zamanaşımı, Roma hukukunda gelişip kabul edilen ve yine Cermen hukukunda sessiz bir şekilde onaylanıp modern ceza hukuku sisteminde hemen hemen bütün ülkelere yayılmış bir kurumdur. Bununla birlikte Roma hukukunda kurumun ortaya çıkış nedenlerine ilişkin net saptamalar yapamamaktayız. Kurumun ortaya çıkış nedeni, kanunilik ilkesinin aksine, tam anlamıyla aydınlığa kavuşturulamamıştır.

Kurumu temellendirmeye çalışan görüşler, bize zamanaşımının atipik niteliğini ortaya koymaktadır. Çünkü kurumu tek bir görüşle hatta karma görüşlerle açıklamak mümkün gözükmemektedir. Ancak bunlar içerisinde sosyal fayda görüşü üzerinde özellikle durulmaya çalışılmıştır. Çünkü görüş, dolaylı da olsa cezanın amaçları doğrultusunda bir değerlendirme yapmaktadır ki; bu yaklaşım, diğer bölümlerde yürüteceğimiz tartışmalara katkı sunmaktadır.

Zamanaşımının hukuki niteliği bakımından maddi-şekli ceza hukuku ayrımına ilişkin öne sürülen ölçütler de kurumun atipik niteliğini açığa çıkarmaktadır. Maddi-şekli ceza hukuku ayrımı bakımından kesin bir ölçüt getirmekte yaşanan zorluklar, zamanaşımı kurumunun hangi alana dahil olduğu meselesi bakımından kendini daha fazla ortaya koymaktadır. Atipik niteliği nedeniyle zamanaşımı kurumunun hangi alana dahil olduğunu belirlemek, söz konusu ölçütler göz önüne alındığında birçok kuruma nazaran daha zordur.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK, ALMAN HUKUKUNDA ve ULUSLARARASI HUKUKTA ZAMANAŞIMI KURALLARININ GEÇMİŞE YÜRÜME YASAĞI KARŞISINDAKİ DURUMUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER ve MAHKEME İÇTİHATLARI

1. Genel Olarak

Kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağı ile zamanaşımı kurumlarının ayrı ve ayrıntılı biçimde incelenmesi, sorumuzun cevabına ilişkin bize fikir vermekle birlikte, sorunun cevabına ilişkin kanaatimizin oluşması için yeterli değildir. Çünkü bunun için geçmişe yürüme yasağı ve zamanaşımı kurumunu bir arada ele almak gerekmektedir. Yine somut düzenleme ve bunlar çerçevesinde ileri sürülen argümanları ortaya koymadan sorumuza cevap aramak, spekülatif bir çaba olacaktır. Bu nedenle bu bölümünde, zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüme yasağı karşısındaki durumuna ilişkin somut düzenleme ve mahkeme içtihatları ele alınacaktır.

Bu incelemeye geçmeden önce geçmişe yürüme kavramı bakımından önemli bir ayrımı ortaya koymak gerekmektedir. Bu ayrıma göre zamanaşımı kurallarında geçmişe yürüme iki türlü olabilmektedir. Bunlardan ilki suç fiilinin işlendiği tarihteki kurallara göre zamanaşımına uğramış suçlar bakımından geçmişe yürümedir ki, buna gerçek yahut büyük geçmişe yürüme adı verilmektedir. İkinci olarak henüz zamanaşımına uğramamış suçlar bakımından geçmişe yürüme gündeme gelebilecektir ki, buna da gerçek olmayan geçmişe yürüme denilmektedir[445].

2. Türk Hukukunda

Hukukumuzda zamanaşımı kurallarının zaman bakımından uygulanmasına veya zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesine ilişkin az sayıda düzenleme mevcuttur.

[445] Hans Fuhrmann, "Verjährung und NS-Verbrechen", **JR**, 1965, s. 16; Sambale, **a.g.e.**, s. 165; Gerhard Dannecker, **Das intertemporale Strafrecht**, Tübingen, Mohr, 1993, s. 200.

Ancak zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüyemeyeceğinin bir Anayasal norm olarak belirtilmiş olması itibariyle 1982 Anayasası m. 38, diğer ülkelerdeki düzenlemelere göre önemli bir farklılık göstermektedir. Zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüme yasağı karşısındaki durumuna ilişkin tartışmalar, esas itibariyle 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle ve devamındaki geçiş sürecinde yaşanmıştır. Çünkü 5237 sayılı TCK, 765 sayılı mülga TCK'ya göre, kural olarak dava ve ceza zamanaşımı sürelerini arttırmıştır. Hukukumuzda, Almanya'dakinin aksine, mevcut zamanaşımı sürelerinde önemli değişiklikler yapılmamış; sadece aşağıda belirteceğimiz bazı suçlar bakımından zamanaşımı süreleri kaldırılmıştır. Bu çerçevede konuya ilişkin diğer bir tartışma alanı, zamanaşımı sürelerinin kaldırıldığı suçlar olmuştur. Bu bölümde söz konusu düzenlemeleri ortaya koyacak ve devamında konumuzla ilişkisi nedeniyle kamuoyunda 12 Eylül Davası ile Sivas Katliamı Davası olarak bilinen davalara ilişkin verilen kararları ve yine konuya ilişkin bir Anayasa Mahkemesi kararını inceleyeceğiz.

Söz konusu düzenleme ve içtihatları ele almadan önce, yargılamanın yenilenmesi kurumuna yer vermek gerekmektedir. Çünkü yargılanmanın yenilenmesine ilişkin bazı sorular, konumuzla dolaylı da olsa ilişki içerisindedir ve çalışmamızın sonunda çalışma konumuza ilişkin sunacağımız düzenleme önerileri bakımından önem arz etmektedir. Bunlardan ilki genel olarak suçun zamanaşımına uğratılma çabasının yargılamanın yenilenmesi nedeni olup olmadığıdır. İkincisi ise zamanaşımına uğramış bir suçun, yargılamanın yenilenmesi kurumu eliyle muhakeme edilip edilmeyeceği, yani yargılamanın yenilenmesi bakımından bir zamanaşımı süresinin bulunup bulunmadığıdır.

İlk sorunun cevabı bakımından CMK m. 314'te sanık veya hükümlü aleyhine sayılan yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında, suçun bilerek zamanaşımına uğratılmasının sayılmadığı görülmektedir. Maddede belirtilen nedenler de zamanaşımına uğratma haliyle ilişkisizdir. CMK m. 311/1(f)'de AİHM'in özellikle etkin soruşturma eksikliği nedeniyle ülkemizi mahkum ettiği hallerde yargılamanın yenilenmesi öngörülmüştür ki, suç fiilinin zamanaşımına uğramasına neden olacak biçimde muhakeme yapma/yapmama hali de etkin soruşturma ihlallerinden bir tanesidir. Bu anlamda zamanaşımına uğratma halinin dolaylı da olsa bir yargılamanın yenilenmesi nedeni olduğu ileri sürülebilecektir. Ancak düzenleme, söz

konusu neden sadece fail lehineyse yargılamanın yenilenmesine olanak tanımaktadır. Kısacası AİHM'in verdiği kararlar kural olarak iç hukukta zamanaşımı bakımından fail aleyhine sonuç doğurmayacaktır[446]. Bunun tek istisnası CMK m. 172/3'tür. Düzenlemeye göre kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin AİHM tarafından tespit edilmesi halinde, soruşturmaya tekrar başlanabilecektir. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı sonucu fiilin zamanaşımına uğramış olması, ihtimal dahilindedir. Şu halde zamanaşımına uğratma fiili dolaylı ve küçük bir ihtimal de olsa fail aleyhine soruşturmanın yeniden başlatılmasına neden olabilecektir.

Gerek suçun bilerek zamanaşımına uğratılmış olması nedeniyle soruşturmanın tekrar başlanması, gerekse de diğer nedenlerle yargılamanın yenilenmesine karar verilmesi halinde ikinci sorunun cevabı önem kazanmaktadır. TCK m. 66/5'daki düzenleme gereğince zamanaşımı süresi, yargılamanın yenilenmesi talebinin ilk derece mahkemesinin kabulüyle yeniden başlayacaktır[447]. Ancak zamanaşımına uğramış bir suçun fail aleyhine sonuç doğuracak biçimde yeniden soruşturmaya veya yargılamaya konu yapılıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Bu hususta açık bir düzenleme yoktur. Yargıtay benzer bir durumun olduğu 765 sayılı mülga TCK zamanında verdiği bir kararında, yargılamanın yenilenmesi bakımından herhangi bir zamanaşımı süresinin bunulup bulunmadığı hususunda kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, sadece fail lehineyse zamanaşımına uğramış suçun muhakeme edilebileceğine karar vermiştir. Söz konusu sonuca varırken hükmün icra edilmiş olmasının, fail aleyhine bir uygulamanın önüne geçtiğini belirtmiştir. Yine mahkumun ölümü halinde ölenin karısı veya kocası, usulü, furuu, erkek veya kız kardeşlerinin sanığın lehine olarak yargılamanın yenilenmesini isteyebileceklerine ilişkin düzenlemeye atıf yapmış ve suçun zamanaşımına uğramış olması durumunun benzer bir niteliğe sahip olduğunu ifade

[446] Centel/Zafer, **a.g.e.,** s. 909. AİHM kararına uyum doğrultusunda Türk mahkemelerinin yeniden yargılama yapmasını olağanüstü değil, insan hakları kanun yolu adını taşıyan olağan bir kanun yolu olduğuna ilişkin görüş için bkz.: Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, bs. 7, Ankara, Yetkin, 2018, s. 620-621.

[447] Koca/Üzülmez, **a.g.e.,** s. 721. Soyaslan söz konusu düzenlemeyi kesilme dahil hiçbir kuruma karşılık gelmediği ve zamanaşımının mahiyetiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirmektedir. Soyaslan, **a.g.e.,** s. 621.

etmiştir[448]. Doktrinde kabul edilen görüş de aynı yöndedir[449]. CMK m. 172/3 bakımından da benzer bir sonuç söz konusu olacaktır.

2.1. Düzenlemeler

2.1.1. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 38/2

1982 Anayasası'nın 38. maddesinin ilk üç fıkrasında kanunilik ilkesi ele alınmış, birinci ve üçüncü fıkra suçta kanunilik ilkesini düzenlemiştir. Birinci fıkrada, sonradan yürürlüğe giren kanunla suç fiili sırasında suç için öngörülen cezadan daha ağır ceza verilemeyeceği vurgulanmıştır. Konumuz itibariyle önem arz eden ikinci fıkrada ise, bu durumun zamanaşımı kuralları bakımından da geçerli olduğu belirtilmiştir. Düzenleme, zamanaşımı kurallarının aleyhe biçimde geçmişe yürüyemeyeceğini açık biçimde ortaya koymaktadır. Çalışmamız çerçevesinde yaptığımız incelemede hiçbir ülke anayasasında doğrudan zamanaşımının geçmişe yürürlüğüne ilişkin bir hüküm tespit edilememişken, Anayasamız'daki bu açık hükmün gerekçesi merak uyandırmaktadır. Bu düzenlemeyle, sadece sonradan suç yaratma olasılığının değil, fiil tarihinde öngörülen cezai rejimin başkaca aygıtlar yönünden de ağırlaştırılarak geçmişe uygulanmasının önüne geçilmek istendiği ileri sürülmüştür[450]. Madde gerekçesindeyse zamanaşımına ilişkin yeni düzenlemelerin cezayı ağırlaştıran ya da suç koyan hükümler niteliğine sahip olabileceği belirtilmektedir[451]. Şu durumda Anayasa'nın zamanaşımını maddi ceza hukuk kurumu olarak kabul ettiği söylenebilir[452]. Ancak gerekçede söz konusu kurumun neden Anayasal bir norm olarak düzenlendiğine ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir.

---

[448] Yargıtay 1. CD., E. 1999/3547, K. 1999/4139, T. 8.12.1999.
[449] Faruk Erem, "Yargılamanın Yenilenmesi ve Zamanaşımı", **YD**, Ocak-Nisan 1992, C. 18, s. 47; Centel/Zafer, **a.g.e.,** s. 901; Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku-II**, bs. 7, Ankara, Seçkin, 2018, s. 314; Veli Özer Özbek vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku,** Ankara, Seçkin, Eylül 2018, s. 789; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin, Eylül 2018, s. 946.
[450] Katoğlu, **a.g.e.**, s. 94.
[451] Mehmed Akad/Abdullah Dinçkol, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, İstanbul, DER Yayınları, 2007, s. 59.
[452] Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 713; Artuk/Gökçen vd., **a.g.e.**, s. 981.

Sivas Katliamı Davası'na ilişkin tartışmalarda da görüleceği üzere, kamu görevlilerince gerçekleşen bazı suçlara ilişkin zamanaşımı düzenlemelerinin geçmişe yürüyebileceği ileri sürülmektedir. Bu iddia, Anayasa m. 90/5 çerçevesinde uluslararası hukuk kurallarının iç hukukumuza etkisiyle açıklanmaktadır. Ancak Anayasa m. 38/2'deki açık düzenleme, söz konusu ihtimalin ve çalışmamızın konusuna ilişkin tartışmaların önünü büyük ölçüde kapatmaktadır. Çünkü, Anayasa normlar hiyerarşisinde uluslararası sözleşmelerin üstünde yer almaktadır. Anayasa'nın söz konusu hükmü yürürlükte olduğu müddetçe zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesi tartışmaları bir noktada teorik esastan öteye gitmeyecektir. Ancak özellikle suçların kamu görevlileri eliyle zamanaşımına uğratılmasının fiili bir af olarak algılandığı ülkemizde, bu teorik katkının önemli olduğu kanaatindeyiz. Ülkemizde kısa zaman aralıklarıyla yaşanan siyasal alt üst oluşların varlığı ve yeni Anayasa yapım veyahut Anayasa'da köklü reform süreçlerinin sürekli gündemde olması bu kanaatimizi kuvvetlendirmektedir.

2.1.2. 825 Sayılı Ceza Kanununun Mevkii Mer'iyete Vaz'ına Müteallik Kanun m. 22

26.4.1926 tarihli Kanun, 1858 yılında yürürlüğe giren Ceza Kanunname-i Hümayun ile 01.03.1926 tarihli 765 sayılı mülga TCK arasındaki geçiş hükümlerini düzenlemekteydi. Kanun'da zamanaşımı sürelerinin tespitinde hangi kanunun esas alınacağına ilişkin özel bir düzenleme de mevcuttu. Söz konusu düzenlemede dava ve ceza zamanaşımı ile bunların durması ve kesilmesini ayrı ayrı ele alınmıştı. 22. maddeye göre dava ve ceza zamanaşımı sürelerinin tespitinde lehe kanun esas alınacakken; durma veya kesilme halleri bakımından 765 sayılı Kanun uygulanacaktır. Şu halde kesilme ve durmaya ilişkin yeni düzenlemelerde derhal uygulanırlık ilkesi geçerli olacak ve düzenlemeler, aleyhe sonuç doğursa dahi sonuç doğuracaktır[453]. Söz konusu düzenleme aşağıdaki gibidir:

m. 22(1) Müruru zaman meselesinde eski ve yeni Ceza Kanunları ahkamı müddetçe tearüz ettiği yerlerde maznun ve mahkuma daha müsait olan ahkam tatbik olunur.
(2) Şu kadar ki müruru zamanın tevkif veya inkıtaı bahsinde yeni kanun ahkamı mutlak surette caridir.

[453] Katoğlu, **a.g.e.**, s. 160; Taner, **a.g.e.**, s. 50.

Düzenlemenin uygulanmasına ilişkin önemli bir tartışma, söz konusu maddenin sadece Ceza Kanunname-i Hümayun ile 765 sayılı TCK arasındaki değerlendirmede mi esas alınacağı, yoksa tüm durma ve kesme nedenleri bakımından genel bir hukuk kuralı mı olduğuna ilişkindir. İlk görüş, maddenin sadece geçiş hükmü niteliği taşıdığını ve Ceza Kanunname-i Hümayun ile 765 sayılı TCK'nın birbirini izlemesi ipoteziyle sınırlı olduğunu savunmaktadır. İkinci görüş ise bu kuralın düzenleme mevcut olduğu sürece kesilme ve durmaya ilişkin tüm değişikliklerde esas alınacağı yönündedir[454].

Söz konusu düzenleme 04.11.2004 tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır[455]. Zamanaşımına ilişkin hükümlerin birbirine geçmiş çarklar gibi bir bütün olduğunu ileri süren Taner, kesme ve durma ile dava ve ceza zamanaşımı kurallarını ayrı ayrı ele alarak karma bir uygulamaya neden olan düzenlemenin yürürlükten kaldırılmasını isabetli bulmaktadır[456].

2.1.3. Zamanaşımına Uğramayan Suçlar

Hukukumuzda soykırım, insanlığa karşı suçlar, işkence gibi bazı suçlarda zamanaşımının olmadığı kuralı mevcut olmasına rağmen; bu kuralların geçmişe yürümesine imkan veren herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Olması gereken de budur, çünkü böyle bir düzenlemenin varlığı halinde Anayasa'ya aykırılık iddiası gündeme gelecektir. Yine de özellikle mahkeme içtihatlarında insanlığa karşı suçlar ve işkence suçunda zamanaşımı kurallarının geçmişe yürürlüğü tartışma konusu yapıldığından, bu suçlarda zamanaşımının olmadığına ilişkin düzenlemeleri ele almak gerekmektedir.

2.1.3.1. Soykırım Suçu

Ülkemiz, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 09.12.1948 tarihinde kabul edilen Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ni (Soykırım Sözleşmesi) 23.3.1950 tarihinde 5630 sayılı Kanun'la herhangi bir çekince koymaksızın onaylamış, ancak iç hukukta söz konusu suç tipini 12.10.2004

[454] Bkz.: Katoğlu, **a.g.e.**, s. 160.
[455] Düzenleme için bkz.: (Çevrimiçi), https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5252.html. 07.05.2017.
[456] Taner, F., **a.g.e.**, s. 50.

tarihinde ve 5237 sayılı TCK ile düzenlemiştir[457]. TCK m. 76'da düzenlenen suç tipinin, m. 76/4 gereği zamanaşımına uğramayacağı belirtilmiştir ki; bu hem dava hem ceza zamanaşımı bakımından geçerlidir[458]. Bu yönüyle hem yeni bir suç tipi ihdas edilmiş, hem de bu suçun zamanaşımına uğramayacağı ortaya konulmuştur. Ancak hukukumuzda bu suç bağlamlı geçmişe yürüme tartışmalarının yaşandığı bir olay henüz dava konusu yapılmamıştır.

2.1.3.2. İnsanlığa Karşı Suçlar

İnsanlığa karşı suçlar da ilk kez 5237 sayılı TCK ile hukukumuzda düzenlenmiş ve bu suç tipinin zamanaşımına uğramayacağı TCK m. 77/4'te belirtilmiştir[459] [460]. İnsanlığa karşı suçlarda zamanaşımına ilişkin düzenleme, kamuoyuna da yansıyan biçimde tartışma konusu yapılmıştır. Yine söz konusu tartışmalara ilişkin 02.02.2015 tarihinde TBMM'ye bir kanun teklifi sunulmuş[461], ancak TCK m. 77/4'ün yürürlük tarihinden önce işlenmiş insanlığa karşı suçlara da uygulanması öngören bu teklif reddedilmiştir.

2.1.3.3. Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçları İşlemek İçin Örgüt Kurma veya Yönetme Suçu

Yukarıda ele aldığımız soykırım ve insanlığa karşı suçlar dışında, TCK m. 78/3'te söz konusu suçları işlemek için örgüt kurma suçunda da zamanaşımının olmadığı düzenlenmiştir. Bu kapsamda soykırım veya insanlığa karşı suçları işlemek için örgüt kuran veya yönetenler bakımından zamanaşımı süresi işlemeyecektir.

2.1.3.4. İşkence Suçu

İşkence suçu gerek Cumhuriyet'in kuruluşundan önce gerekse de sonra ceza kanunlarında, anayasal metinlerde ve taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiştir. Gerçekten de Kanun-i Esasi'den itibaren işkence Anayasal olarak

---

[457] Mahmut Koca, "Türk Ceza Kanunu'nda Soykırım Suçu", **TAAD**, Nisan 2012, S. 1, s. 7-8.
[458] Koca, **A.e.**, s. 24.
[459] Ayşen Seymen Çakar, "İnsanlığa Karşı Suçlar", **TBB Dergisi**, 2012, s. 193.
[460] Madde gerekçesinde düzenleme yapılırken, daha önce ortaya koyduğumuz, Nuremberg Mahkemesi Statüsü'nün esas alındığı belirtilmektedir. Bu noktada Tezcan/Erdem/Önok İkinci Dünya Savaşı sonrası döneme ilişkin ve sadece birkaç devlet arasındaki bu sözleşme yerine, daha modern ve gerçek anlamda evrensel katılımlı bir mutabakat metni olan Roma Statüsü'nün esas alınması gerektiğini ifade etmektedir. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, bs. 16, Ankara, Seçkin, 2018, s. 74.
[461] Teklif için bkz.: (Çevrimiçi), http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-2657.pdf., 07.05.2017.

yasaklanmış ve yine 1982 Anayasa m. 17'de bu yasak açık biçimde ifade edilmiştir. Bunun dışında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 10 Aralık 1948 tarihinde ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin beşinci maddesinde, taraf olduğumuz 04.11.1950 tarihli İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) üçüncü maddesinde, 10.02.1984 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve son olarak 26.11.1987 tarihli İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nde söz konusu husus düzenlenmiştir. 765 sayılı mülga TCK'da da düzenlenen suç tipi, 5237 sayılı yürürlükteki TCK'nın 94. maddesinde ele alınmıştır[462].

TCK m. 94'ün ilk halinde zamanaşımı sürelerine ilişkin özel bir hüküm söz konusu değildi. Bu nedenle işkence suçu, TCK 66 vd. maddelerinde belirtilen genel zamanaşımı sürelerine tabiydi. Ancak 6459 sayılı Kanun'un dokuzuncu maddesiyle TCK m. 94'e son bir fıkra eklenerek, 11.04.2013 tarihinden itibaren bu suçta zamanaşımının olmadığı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin gerekçesinde *"AİHM, işkence ve kötü muamele iddiası ile kamu görevlileri hakkında yargı mercileri tarafından yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda davanın zamanaşımı nedeniyle düşmesini ve ceza zamanaşımı ile eylemin cezasız kalmasını ihlal sebebi olarak kabul etmektedir. Düzenlemeyle, maddeye yeni bir fıkra eklenmek suretiyle, işkence suçlarında zamanaşımının uygulanmaması öngörülmektedir."* ifadelerine yer verilmiştir[463]. AİHM'in verdiği söz konusu ihlal kararlarına ilerleyen bölümlerde değinilecektir. Ayrıca işkence suçunda zamanaşımı sürelerinin geçmişe yürümeyeceği, 10.12.2015 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı ışında ortaya konulacaktır.

[462] İzzet Özgenç/Cumhur Şahin, "İşkence Suçu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2000, C. IV, S. 1-2, s. 183-184; Zeynep Engin, "İşkence ve Türkiye: Türkiye'de İşkenceye İlişkin Hukuki Durum ve İşkencenin Cezasız Kalma Sorunu", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** 2015/1, s. 12-13.

[463] (Çevrimiçi) http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0748.pdf, 27.02.2018.

2.1.3.5. Yurtdışında İşlenmeleri Halinde Dava Zamanaşımına Uğramayan Suçlar

TCK'da Genel Hükümler Kitabı'nda yurtdışında işlenmesi koşuluyla birçok suç tipi bakımından zamanaşımının söz konusu olmadığı düzenlenmiştir. Buna göre TCK m. 66/7 çerçevesinde İkinci Kitap Dördüncü Kısım'da düzenlenen devlete ve millete karşı suçlardan ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezasını gerektirenlerde, eğer yurtdışında işlenmişse zamanaşımı süresi işlemeyecektir. 765 sayılı mülga TCK'da da benzer bir hüküm söz konusu olmasına rağmen, bu hükmün kapsamı 5237 sayılı Kanun'da oldukça genişletilmiştir[464].

Yurtdışında işlenmiş suçlar ile yurtiçinde işlenmiş suçlar arasında bir ayrım yapılmak suretiyle zamanaşımı sürelerinin tespit edilmesi, eleştirilere konu olmuştur. Konuya ilişkin bir görüş, bu ayrımın kendi varlığını yurtiçindeki vatandaşlarından üstün gören otoriter bir devlet anlayışına dayandığını; yurtiçindeki ve dışındaki vatandaşlar arasında eşitlik ilkesine aykırı bir duruma neden olduğunu ileri sürmektedir[465]. Aksi yöndeyse yurtdışında yürütülecek muhakeme işlemlerinin yurtiçindekilere göre daha zor olduğu ve bu yönde bir ayrımın gerekli olduğu iddia edilmektedir[466]. Son olarak, madde metninden de anlaşıldığı üzere, düzenlemenin kapsamının sadece dava zamanaşımı süresiyle sınırlı olduğunu belirtmek gerekmektedir.

2.1.4. 5237 Sayılı TCK'da Zamanaşımı Sürelerinin Arttırılması

5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte Genel Hükümler Kitabı'nda yer alan genel zamanaşımı düzenlemelerinde de değişikliğe gidilmiş, kural olarak hem dava hem de ceza zamanaşımı süreleri arttırılmıştır[467]. Uygulamada

---

[464] Taner, **a.g.e.**, s. 56.
[465] Taner, **A.e.**, s. 57; Uzun, **a.g.e.**, s. 42.
[466] Dönmezer/Erman, 1980, **a.g.e.**, s. 312.
[467] Bu çerçevede dava zamanaşımı bakımından ağırlaştırılmış müebbet cezası için öngörülen 20 yıllık süre, 30 yıla; müebbet hapis cezası için öngörülen yine 20 yıllık süre, 25 yıla; yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda öngörülen 15 yıllık süre 20 yıla; 5 yıldan fazla ve 20 yıldan az hapis cezası gerektiren suçlarda öngörülen suçlarda 10 yıllık süre, 15 yıla arttırılmıştır. Yine 5 yıldan az hapis cezaları ve adli para cezaları için öngörülen 10, 5 veya 2 yıllık süreler sabitlenerek söz konusu süre 8 yıl olarak belirlenmiştir. Ceza zamanaşımı süresi bakımından ise ağırlaştırılmış müebbet cezası için öngörülen 30 yıllık süre, 40 yıla; 5 yıldan az hapis cezaları ve adli para cezaları için öngörülen 10, 4 yıllık veya 2 aylık süreler sabitlenerek söz konusu süre 10 yıl olarak

5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce işlenen fiiller bakımından, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanmak suretiyle hangi kanundaki sürelerin esas alınacağı belirlenmektedir. Bu anlamda lehe kanunun uygulanması çerçevesinde, genellikle 765 sayılı mülga TCK hükümlerinin uygulandığı görülmektedir[468].

2.1.5. 4.11.2004 Tarih ve 5252 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 9/4

765 sayılı mülga TCK ile 5237 sayılı yürürlükteki TCK arasındaki uygulama sorununu ele alan 5252 sayılı Kanun'da, zamanaşımı kurallarının zaman bakımından uygulanması usulüne ilişkin doğrudan bir hüküm yoktur. Kanun'a ilişkin Hükümet Tasarısı m. 12'de, 765 sayılı mülga TCK veya 5237 sayılı yürürlükteki TCK döneminde işlenen tüm suç fiilleri bakımından, lehe olup olmamasına bakılmaksızın, 5237 sayılı Kanun'da yer alan zamanaşımının durması ve kesilmesine ilişkin düzenlemelerin uygulanması öngörülmekteydi. Ancak 825 Sayılı Ceza Kanunu'nun Mevkii Mer'iyete Vaz'ına Müteallik Kanun m. 22'deki düzenlemeye benzer biçimde durma ve kesilmede doğrudan uygulama kuralını benimseyen düzenleme, Adalet Alt Komisyonu'nda metinden çıkarılmıştır[469].

5252 sayılı Kanun m. 9/4'te dava zamanaşımı kurallarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin bir düzenlemeye, dolaylı da olsa yer verilmiştir. 11.05.2005 tarihinde eklenen madde uyarınca "*kesin hükümle sonuçlanmış olan davalarda, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla ilgili olarak lehe hükmün belirlenmesi ve uygulanması amacıyla yapılan yargılama bakımından dava zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır"*. Bilindiği üzere hükmün kesinleştiği dosyalar, 2537 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinin ardından uyarlama davalarıyla yeniden ele alınmaktaydı. 5252 Sayılı Kanun m. 9/4'e göre bu uyarlama davalarında verilen cezalar bakımından mülga TCK'ya göre dava zamanaşımı süresi geçmiş olsa bile, suç dava zamanaşımına uğramayacaktır. Diğer bir ifadeyle lehe kanun uygulaması

---

belirlenmiş, diğer suçlar bakımından ise süre korunmuştur. Aksi yönde ise TCK m. 66/2 ve 68/2'de suça sürüklenen çocuklar bakımında söz konusu süreler daha kısa tutulmuştur.

[468] Yargıtay 6. CD., E. 2005/137, K. 2005/7226, T. 12.9.2005; Yargıtay 3. CD., E. 2004/16241, K. 2006/24, T. 23.1.2006; Yargıtay 3. CD., E. 2007/5117, K. 2009/14870, T. 9.7.2009.

[469] Özgenç, **a.g.e.**, s. 146-147.

amacıyla yapılacak uyarlama yargılamasında, dava zamanaşımına ilişkin kuralların uygulanma olanağı bulunmamaktadır[470].

2.2. Mahkeme İçtihatları

2.2.1. 21.06.2016 Tarihli Yargıtay Kararı (12 Eylül Davası)

Kamuoyunda 12 Eylül Davası olarak bilinen ve 07.04.2011 tarihinde başlatılan soruşturma sonucu açılan söz konusu davada, 02.01.1980 tarihinde ve 12.09.1980 ile 06.12.1983 tarihleri arasında gerçekleşen fiiller bakımından zamanaşımı süresinin sona erip ermediği tartışılmıştır. Buna göre 27.12.1979 tarihinde dönemin Genelkurmay Başkanı Orgeneral Kenan Evren, Kara Kuvvetleri Komutanı Orgeneral Nurettin Ersin, Deniz Kuvvetleri Komutanı Oramiral Bülend Ulusu, Hava Kuvvetleri Komutanı Orgeneral Tahsin Şahinkaya ile Jandarma Genel Komutanı Orgeneral Sedat Celasun'un imzalarını taşıyan ve 02.01.1980 tarihinde dönemin Cumhurbaşkanı Fahri Korutürk'ün muhalefet partilerine ilettiği "Türk Silahlı Kuvvetleri'nin Görüşü" başlık mektup ve 12.09.1980 tarihinde Türk Silahlı Kuvvetleri'nin komuta zinciri çerçevesinde gerçekleştirdiği askeri darbe davaya konu olmuştur. Savunma makamı dava zamanaşımı süresinin dolmuş olduğunu, dava açılmasına imkan bulunmadığını ileri sürmüştür. Yerel Mahkeme fiillerin zamanaşımına uğramadığına karar verirken; Yargıtay aksi yönde zamanaşımı nedeniyle düşme kararına hükmetmiştir. Yine kararda söz konusu fiillerin, 765 sayılı TCK'nın 146 ve 147. ve suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 309, 311 ve 312. maddelerinde belirtilen suçların maddi unsurunu oluşturup oluşturmadığı; darbenin gerçeklemiş olması, darbe sonrası kurulan iktidarın asli kurucu iktidar olması ve yine 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m. 35'in söz konusu fiiller bakımından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edip etmediği ayrıntılı biçimde tartışılmıştır. Ancak söz konusu hususlar çalışmamızın kapsamını aşacağından, biz esas olarak zamanaşımına ilişkin tartışmalar üzerinde durmayı tercih etmekteyiz.

Davaya konu fiiller bakımından önemli düzenlemelerden biri, yürürlükten

[470] Yargıtay CGK, E. 2008/6-140, K. 2008/172, T. 17.6.2008; Yargıtay 10. CD., E. 2010/49884, K. 2011/5267, T. 27.6.2011.

kaldırılan 1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesidir. Maddenin son fıkrası 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Hakkında Kanun'un 34. maddesiyle[471]; tamamı ise 12.09.2010 tarihli halkoylamasıyla kabul edilen 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Hakkında Kanun'un 24. maddesiyle[472] yürürlükten kaldırılmıştır. Yerel Mahkeme'nin zamanaşımının durmasına gerekçe olarak kabul ettiği düzenleme aşağıdaki gibidir:

"12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Milli Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.

Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufta bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez."

Yerel Mahkeme davaya ilişkin verdiği kararın gerekçesinde, söz konusu düzenlemenin sanıklar bakımından bir soruşturma ve yargılama engeli teşkil ettiğini ifade etmiştir. Mahkeme bu kanaatini, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 107. maddesindeki "*Hukuku amme davasının ikamesi mezuniyet veya karar alınmasını, yahut diğer bir mercide halli lazım gelen bir meselenin neticesine bağlı bulunduğu takdirde mezuniyet ve kararın alınmasına yahut meselenin halline kadar müruru zaman durur"* düzenlemesine ve Anayasa m. 83/3'e dayandırmıştır. Anayasa m. 83/3 milletvekilliği dokunulmazlığını düzenlemekte olup; *Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine*

[471] Madde metni için bkz.: (Çevrimiçi), https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4709.html., 07.05.2017.
[472] Madde metni için bkz.: (Çevrimiçi), https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5982.html., 07.05.2017.

getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez" hükmüne yer vermektedir. Görüldüğü üzere Mahkeme, milletvekili dokunulmazlığı ile geçici 15. madde arasında ilişki kurmak suretiyle suç fiilinin zamanaşımına uğramadığını belirtmiştir. Buna göre yirmi yıllık zamanaşımı süresi, fiillerin gerçekleştiği 02.01.1980 tarihinde ve 12.09.1980 ile 06.12.1983 tarihleri arasında işlemeye başlamış, ancak 1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesinin yürürlüğe girdiği 09.11.1982 tarihinde durmuştur. 09.11.1982 tarihinde durmuş olan zamanaşımı, geçici 15. maddenin kaldırıldığı halkoylaması sonucunun Resmi Gazete'de yayımlandığı 23.09.2010 tarihinden itibaren yeniden işlemeye başlamıştır. Dolayısıyla zamanaşımı süresi mülga Kanun esas alınmış olsa bile sona ermemiş olacaktır.[473] [474]

Yüksek Mahkeme ise kararında, söz konusu fiillerin suç teşkil ettiğini ve bu tür suçların cezalandırılmamasının darbe yapma alışkanlığını sıradanlaştırabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre ünvanı ne olursa olsun bu tür suçluların faillerinin, toplumun demokratik geleceğinden emin olması ve mukadderatını tayin hakkının korunması bakımından, cezalandırılması şarttır. Bu, hukuk devletinin ve cezanın genel ve özel önleme amacının bir sonucudur. Ancak Mahkeme, cezalandırmanın önüne geçmeye çalışan geçici 15. maddenin, ne olursa olsun, hukuka aykırı kabul edilerek yok sayılamayacağı belirterek; pozitivist bir anlayışla hareket etmiştir. Mahkeme'ye göre *"geçici 15. maddenin de bir Anayasa kuralı olarak Anayasada yer almış bulunan diğer kurallara etki ve değer bakımından eşit olduğunda kuşku yoktur"*. Ancak Mahkeme bu Anayasal düzenlemenin kapsamının sadece görev suçlarıyla sınırlı olduğunu, adı geçen organların sadece göreviyle ilgili kararlara dair bir sorumsuzluk halini ifade ettiğini belirtmiştir. Bu çerçevede darbe de tıpkı rüşvet, yolsuzluk, irtikap, zimmete para geçirme suçları gibi, idari ya da yasama tasarrufu sayılmayacak adi bir suçtur. Bu anlamda Mahkeme zamanaşımı süresinin sona ermemiş olması şartıyla bu fiillerin cezalandırılabileceğini ifade etmiştir. Tüm bu

[473] Ankara 10. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2014/181, K. 2014/137.

[474] Geçici 15. maddenin maddi ceza hukuku kurumu olması nedeniyle kesin bir cezasızlık sağladığı, davaya konu fiillerin sadece Anayasa değişikliği ve kanun yapma şeklindeki yasama işlemleri olması nedeniyle cezai sorumluluk kapsamında değerlendirilmeyeceği ve zamanaşımı kurallarının aleyhe geçmişe yürümeyeceğine ilişkin savunma için bkz.: Bülent Hayri Acar, **Kurucu İktidar Olma Eylemi İle Kurucu İktidar İşlemlerinin Suçun Konusu Olmaması ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, US-A, 2012, s. 130-133.

ifadeler üzerinden söz konusu fiillerin cezalandırılmasını engelleyici hükümlerin olamayacağını ve mutlaka cezalandırılması gerekliğinin altını çizmiş, ancak somut olay bakımından zamanaşımı süresinin sona erdiğini belirterek davanın düşmesine karar vermiştir. Buna göre söz konusu fiiller geçici 15. madde kapsamında kabul edilse bile, bu maddenin yürürlüğü süresinde zamanaşımının durması söz konusu olmayacaktır, çünkü Anayasa'nın 83. maddesi ile geçici 15. maddesi arasında hukuki sonuçları bakımından hiçbir benzerlik yoktur[475].

2.2.2. 25.07.2014 Tarihli Yargıtay Kararı (Sivas Katliamı Davası)

Davaya konu olan olaylar 02.07.1993 tarihinde Sivas'ta yapılması planlan Pir Sultan Abdal Kültür Etkinlikleri'nin ikinci gününde gerçekleşmiştir. Olaylar daha sonra on-on beş bin kişiye ulaşan bir grubun, etkinlik katılımcılardan Aziz Nesin ve laiklik aleyhine, şeriat lehine slogan atarak katılımcılarının kaldığı otele yönelmesiyle başlamıştır. Failler yedi-sekiz saat süren olaylarda oteli taşlamış, otelin önündeki araçları tahrip etmiş, otel içerisine girip otel eşyalarının bir kısmını dışarı atmış, tahrip edilen araçların depolarından akan benzinle bez ve perde parçalarını tutuşturmak suretiyle otele ateşe vermiş, yangına müdahale etmek isteyen itfaiye ekiplerini engellemiş ve neticede otuz beş kişinin yanma ve karbondioksit zehirlenmesiyle, iki kişinin de ateşli silah yarasıyla ölümüne sebebiyet vermiştir. Yine çevrede bulunan Atatürk Etnografya Müzesi ve Atatürk büstü tahrip edilmiştir. Olay sonrası Sivas ve Kayseri'de çeşitli davalar açılmış, bu davalar sonradan Ankara 1 Numaralı Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde birleştirilmiştir.

Birçok kez Yargıtay'ın önüne gelen davanın geçmişine dair ayrıntılı bilgi vermek yerine, konumuzla ilişkisi bakımından ana davadan ayrılan yedi sanık hakkında Yargıtay'ın verdiği kararı ve bu karara konu olan Yerel Mahkeme kararını incelemeyi uygun bulmaktayız. Söz konusu yargılamalar çerçevesinde yedi sanığın beşi hakkında mutlak zamanaşımı süresinin dolması, ikisi hakkında ise ölüm nedeniyle düşme kararı verilmiştir. Yüksek Mahkeme, kararında ayrıntılı bir inceleme yapmak yerine İlk Derece Mahkemesi kararının usul ve kanuna uygun olduğunu belirtmiştir[476].

[475] Yargıtay 16. CD., E. 2015/5829, K. 2016/4175, T. 21.06.2016.
[476] Yargıtay 9. CD., E. 2012/8871, K. 2014/6338, T. 27.05.2014.

Yerel Mahkeme konumuz bakımından önem arz eden zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüyüp yürüyemeyeceği konusunu, insanlığa karşı suçlar bağlamında ele almıştır. Yine Mahkeme'nin uluslararası hukukla ilişkilendirerek konuyu değerlendirmesi dikkat çekicidir. Somut olayda suç fiillerinin işlendiği tarihte insanlığa karşı suçlar Türk hukukunda düzenlenmemiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere suç tipi ilk kez 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle iç hukukta yerini almıştır. Bu anlamda fiil tarihinde bu suçlarda zamanaşımı süresinin işlemeyeceğine ilişkin de bir düzenleme söz konusu değildir. Mahkeme, kararında öncelikle zamanaşımı kurumunu maddi ceza hukuku içerinde kabul ettiğini belirtmiştir. Ancak zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüme yasağı kapsamında olduğunu doğrudan bu nedene, yani maddi ceza hukuku kurumu olmasına dayandırmamıştır. Fiillerin insanlığa karşı suçlar kapsamında olabilme ihtimalini değerlendiren Mahkeme, geçmişe yürüme yasağını Anayasa m. 90/5 uyarınca AİHS ve AİHM içtihatları çerçevesinde ele almıştır. Buna göre TCK m. 2'de düzenlenen kanunilik ilkesi gereği geçmişe dönük suç ve ceza ihdas edilemeyecektir. Ancak AİHS usulünce yürürlüğe girmiş uluslararası bir sözleşme olup, Anayasa m. 90/5 uyarınca temel hak ve özgürlükleri düzenlemekte ve bu anlamda kanuna göre normlar hiyerarşisinde üstte yer almaktadır. Yaşam hakkını düzenleyen AİHS'nin 2. maddesine ilişkin verilen AİHM kararlarında "yaşam hakkını ihlal eden kamu görevlilerinin af ve zamanaşımından yararlanamayacağının" vurgulandığını belirten Mahkeme, ortada bir yaşam hakkı ihlali söz konusu olduğundan bu durumların varlığı halinde geçmişe yürümenin mümkün olduğunu ifade etmiştir. Söz konusu hususa ilişkin birçok AİHM kararına atıf yapılmış ve Kononov/Letonya kararına, karar metni içerisinde uzunca yer verilmiştir. Ancak Mahkeme AİHM kararlarında ileri sürülen faillerin kamu görevlisi olması şartının somut olayda gerçekleşmediğinden yola çıkarak, geçmişe yürümenin söz konusu olmayacağı sonucuna varmış, sanıkların fer'i fail olmasının da bu kanıyı güçlendirdiğini belirtmiştir. Yine TCK m. 77'te yer alan sistematiklik unsurunun gerçekleşmediğini belirterek, somut olayda insanlığa karşı suçların oluşmadığına karar vermiştir[477].

[477] 11. Ankara Ağır Ceza Mahkemesi, E. 1994/30, K. 2012/52, T. 13.03.2012.

Yüksek Mahkeme'nin onayladığı Yerel Mahkeme kararına ilişkin birkaç noktanın altını çizmekte fayda vardır. Kararda konumuz açısından önemli bir tespitte bulunulmuştur. O da kamu görevlilerinin yaşam hakkını ihlal ettiği suçlar bakımından geçmişe yürümenin mümkün olduğudur. Ancak Mahkeme'nin atıf yaptığı AİHM kararları tartışılmaya değerdir. Çünkü kararlar sadece kamu görevlileri tarafından işlenen işkence ve kötü muamele fiillerini konu almakta, sivil kişiler tarafından yaşam hakkının ihlal edildiği hallerde geçmişe yürümenin mümkün olup olmayacağı tartışılmamaktadır[478]. Kanımızca insanlığa karşı suçlar gibi faili sivil olabilen diğer suçlarda zamanaşımının geçmişe yürüyüp yürüyemeyeceğinin ayrı olarak tartışılması gerekmektedir. İleride devlet suçluluğu kavramını ele alırken bu konuya tekrar değinilecektir. Benzer biçimde kararda ayrıntılı bir şekilde anlatılan Kononov/Letonya kararı da somut olayla tam olarak uyuşmamaktadır. Karara konu suç tipi savaş suçudur ve şikayete konu olan devlet, ileride inceleyeceğimiz 1968 tarihli Savaş Suçlarında ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanamamasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne taraftır. Ayrıca AİHM savaş suçlarında zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüyebileceğine karar verilirken, failin kamu görevlisi olup olmadığını tartışma konusu yapmamıştır. Sadece söz konusu fiillerin işlendiği tarihte bu fiillerin uluslararası hukukun teamülleri çerçevesinde suç olduğunu öngörebilmesi bakımından, failin asker kimliğine dikkat çekilmiştir[479].

Diğer bir önemli tespit ise zamanaşımının maddi ceza hukuku kurumu olarak kabul edilmesidir. Ancak Mahkeme'nin, Savcılık Makamı'nın mütalaasının aksine, Anayasa'da yer alan ve zamanaşımında geçmişe yürümeyi yasaklayan m. 38'e değinmemesi kanımızca önemli bir eksikliktir. Çünkü Mahkeme uluslararası hukukun kanunlardan üstün olduğunu belirterek geçmişe yürümenin mümkün olabileceğini ortaya koymuş, ancak iç hukuktaki doğrudan konuya ilişkin Anayasal normdan bahsetmemiştir. Halbuki normlar hiyerarşisi bakımından Anayasal norm ile uluslararası norm çatıştığında, Anayasanın esas alınacağı tartışmasızdır.

---

[478] Kararlar için bkz.: Baran ve Hun/Türkiye, Başvuru no. 30685/05, 20.05.2010; Evrim Öktem/Türkiye, Başvuru no. 9207/03, 04.11.2008; Erdoğan Yılmaz ve diğerleri/Türkiye, Başvuru no. 19374/03, 14.10.2008; Yaman/Türkiye, Başvuru no. 32446/96, 02.10.2004; Okkalı/Türkiye, Başvuru no. 52067/99, 17.10.2006; Yeşil ve Sevim/Türkiye, Başvuru no. 34738/04, 05.06.2007.

[479] Karar için bkz.: Kononov/Letonya, Başvuru no. 36376/04, 17.05.2010.

2.2.3. 10.12.2015 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı

Karara konu olay 12 Eylül Davası ile kısmen ilişkili olup, bireysel başvuru yoluyla Mahkeme önüne gelmiştir. 12 Eylül Davası'ndan farklı olarak olayda "zorla kaybettirme" iddiası söz konusudur ki, bu husus zamanaşımı kuralları bakımından meseleyi daha da tartışmalı hale getirmektedir. Çünkü kaybettirme fiillerinde zamanaşımı süresine ilişkin uluslararası hukukta özel düzenleme ve mahkeme içtihatları söz konusudur. Bu düzenleme ve mahkeme içtihatlarına ilerleyen bölümlerde değinilecektir.

Başvurucu 10.04.1981 tarihinden beri kendisinden haber alınamayan kişinin annesidir. Kişinin söz konusu tarihte arkadaşlarıyla birlikte gözaltına alındığı ve işkence gördüğü iddia edilmektedir. Söz konusu hususa ilişkin aynı tarihte gözaltına alınan bir kişinin mektubu ve yine daha başka tanıkların ifadeleri söz konusudur. Gözaltı, işkence ve kaybettirme fiilleri resmi makamlarca reddedilmiştir. Söz konusu olaya ilişkin üç ayrı soruşturma yürütülmüş ve bunlar hakkında 14.07.2000, 02.05.2012 ve 28.08.2012 tarihlerinde fiilin dava zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığı kararları verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne konu olanı ise 28.08.2012 tarihli son karara yapılan itiraza ilişkin 11.11.2012 tarihinde verilen itirazın reddi kararıdır. Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere başvurucu *"10/4/1981 tarihinde kaybolan oğlunun polisler tarafından gözaltına alındıktan sonra işkence edilerek öldürüldüğünü iddia etmektedir. Başvurucu, olayın üzerinden geçen 31 yıllık süreçte faillerin ve tanıkların isimleri belli olmasına rağmen ifadelerine başvurulmadığını, olay hakkında etkili soruşturma yapılmadığını, 12/9/2010 tarihinde yapılan referandum ile Anayasa'nın geçici 15. maddesinin yürürlükten kaldırılması üzerine 12 Eylül 1980 Askerî Müdahalesi'ni gerçekleştiren ve oğlunun kaybolmasında sorumlulukları olduğunu düşündüğü Ahmet Kenan Evren ve komuta kademesi hakkında açılan soruşturma dikkate alınmayarak olay hakkında zamanaşımı nedeniyle KYOK verildiğini belirtmiştir. Başvurucu, Anayasa'nın 17. ve 36. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur"*[480].

[480] AYM, Başvuru no. 2013/1566, T. 10.12.2015, R.G. Tarih ve Sayı 14.01.2016-29593, parag. 10-18, 24.

Karar bakımından önem teşkil eden ve AİHM kararlarına da atıf yapılan iki temel husus vardır. Bunlardan ilki zorla kaybettirme fiilinde zamanaşımı kurallarına ilişkin uluslararası düzenlemelerdir. İkincisi ise Anayasa Mahkemesi'nin zaman bakımından başvuruyu incelemeye yetkili olup olmadığı hususudur. Çünkü 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca Mahkeme, 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceleyebilecektir.

Mahkeme ilk olarak zamanaşımına ilişkin ulusal düzenlemeleri ortaya koymuştur. Bu çerçevede fiilin lehe kanun uygulaması gereğince on yıllık zamanaşımına tabi olduğuna ilişkin soruşturma makamlarınca yapılan tespiti onaylamıştır. Ancak bu noktada AİHM'nin Varnava ve diğerleri/Türkiye[481] ile Tuna/Türkiye[482] kararlarına yaptığı atıf dikkat çekicidir. Mahkeme bu kararlara yaptığı atıfla kamu görevlilerince meydana getirildiği iddia edilen zorla kaybettirme fiillerinde, devletin etkin soruşturma yükümlülüğünün kaybolan kişinin nerede olduğunu ve akıbetini açıklayamadığı sürece potansiyel olarak devam edeceğini ve kamu görevlilerince işlendiği iddia edilen bu fiillerin zamanaşımı vb. yollarla cezasız bırakılmaması gerektiğini kabul etmiştir. Ancak yine de hukuk güvenliği açısından bunun tamamen süresiz bir başvuru yetkisi vermemesi gerektiği, AİHM'in Šilih/Slovenya kararına[483] yapılan atıfla ifade edilmiştir. Mahkeme bu sınırı, olayın bireysel başvuru ile Anayasa Mahkemesi önüne getirilebilme şartları çerçevesinde çizmeye çalışmıştır. Buna göre *"kesinleşmiş yargı kararlarına karşı, kararın esasını etkileyecek yeni bir durumla karşılaşılması hâlinde yargı mercilerine yeniden başvurmak mümkündür. Bu başvurular neticesinde yargı mercilerince verilen kararların bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine taşınmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu başvuru sonucu yapılacak inceleme, kesinleşmiş karara ilişkin olmayıp sadece ortaya çıkan yeni durum hakkında verilen kararın münhasıran bir hak ihlali oluşturup oluşturmadığı ile sınırlı olacaktır"*.

[481] Karar için bkz.: Varnava ve diğerleri/Türkiye, Başvuru no. 16064/90, 18.09.2009.
[482] Karar için bkz.: Tuna/Türkiye, Başvuru no. 22339/03, 19.01.2010.
[483] Karar için bkz.: Šilih/Slovenya, Başvuru no. 71463/01, 09.04.2009.

Başvurucu yeni delil olarak Anayasa geçici 15. maddenin kaldırılmasını ile Kenan Evren ve diğerleri hakkında başlayan yargılamaları ve yine başvurucunun soruşturma makamlarına sunduğu yeni tanık listesini göstermiştir. Geçici 15. maddeye ilişkin husus, 12 Eylül Davası Kararı'nda incelenmişti. Mahkeme'nin görüşü 12 Eylül Davası'na ilişkin Yargıtay'ın kararıyla paralellik göstermektedir. Buna göre fiil zamanaşımına uğramıştır. İkinci hususa yani yeni tanık listesine ilişkin ise Mahkeme *"zamanaşımına uğrayan bir soruşturma dosyasına sunulan yeni delillerin Savcılık tarafından araştırılması veya değerlendirilmesinin beklenemeyeceğini*" ifade ederek, AİHM içtihatları çerçevesinde yürüttüğü tartışmalardan uzak bir karara imza atmıştır. Ancak bu ifadenin hemen altında *"öte yandan dosyaya sunulan yeni delillerin zamanaşımını etkileyecek veya zamanaşımına rağmen soruşturmayı yeniden başlatacak nitelikte olması hâlinde"* bu hususun dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Ardından *"yeni bir delil ileri sürmeksizin bireysel başvuruların incelenmeye başlandığı tarih olarak belirlenen 23/9/2012 tarihinden sonra tekrar başvurulması sonucu verilen ret kararı üzerine yapılan bireysel başvurunun, Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi kapsamında olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir"* diyerek tartışmaya son noktayı koymuştur. Mahkeme sonuç olarak *"Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruları değerlendirebileceği tarih olan 23/9/2012 tarihinden önce kesinleşen bir karara ilişkin aynı doğrultuda yapılan yeni şikâyetlerin, bireysel başvuru hakkını doğurmayacağı anlaşıldığından başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna"* karar vermiştir[484].

Karar özellikle bazı suç fiilleri söz konusu olduğunda, fiil zamanaşımına uğramış olsa bile, zamanaşımı kurallarının uygulanmayacağını ifade etmesi bakımından önemlidir. Bu sonuç, AİHM içtihatlarına yapılan atıflardan ve "*dosyaya sunulan yeni delillerin zamanaşımını etkileyecek veya zamanaşımına rağmen soruşturmayı yeniden başlatacak nitelikte olması hâlinde"* bu hususun dikkate alınması gerektiği ifadesinden çıkmaktadır. Gerekçelendirme kısmı kanımızca yeteri kadar açık değildir. Bir yandan savcılığın yeni delilin niteliğine göre işlem yapması

[484] AYM, Başvuru no. 2013/1566, T. 10.12.2015, R.G. Tarih ve Sayı 14.01.2016-29593, parag. 30-43.

gerektiği, diğer yandan fiil zamanaşımına uğramışsa pekala bu yeni delillin savcılıkça dikkate alınmayabileceği belirtilmiştir ki; bu argümanlar birbiriyle çelişmektedir. Ancak kanımızca karardan yeni delillin zamanaşımı kurallarının uygulanmaması sonucunu doğuracak nitelikte olmadığı ve karara konu son soruşturmanın görünüşte yeni bir soruşturma olduğu, bu anlamda 23.09.2012 tarihinden önce kesinleşen soruşturmalardan faklı olmadığının savunulduğu sonucunu çıkartabiliriz. Bu durumda karar bu tarihten önce kesinleştiği için Mahkeme'nin yetkisi dışında kalacaktır. Adalet Bakanlığı'nın Mahkeme'ye sunduğu görüş de aynı yöndedir[485].

3. Alman Hukukunda

1871 İmparatorluk Ceza Kanunu'nda dava zamanaşımı 66-69., ceza zamanaşımı ise 69-72. maddeler arasında düzenlenmişti[486]. Birinci ve İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Alm. CK.'da yapılan reformlarda zamanaşımı düzenlemelerinde önemli bir değişiklik yaşanmamıştır. Ancak 01.01.1975 tarihinde 2. Ceza Hukuku Reformu Kanunu'nda hem kurumun düzenlendiği bölüm hem de madde numaraları değişmiş; mevcut düzenleme büyük ölçüde korunurken, kurum 78. ve 79. maddelere taşınmıştır[487].

Alm. CK. m. 78-79 arasında düzenlenen dava ve ceza zamanaşımına ilişkin, çalışmamız açısından önem arz eden bazı değişikler söz konusu olmuştur. Ancak zamanaşımı sürelerinin uzatılması, durması ve kesilmesine ilişkin değişikliklerin esas olarak özel kanunlar eliyle yapıldığını belirtmek gerekir. Nazi Almanyası döneminde özel kanunlar eliyle yapılan ve zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesini öngören 29.05.1943 tarihli Ceza Hukukunun Denkleştirilmesine İlişkin

[485] AYM, Başvuru no. 2013/1566, T. 10.12.2015, R.G. Tarih ve Sayı 14.01.2016-29593, parag. 26. Anayasa Mahkemesi'nin soruşturmanın 23.09.2012 tarihinden önce kesinleşmesi nedeniyle zaman bakımından yetkisiz olduğuna ilişkin benzer kararı için bkz.: AYM, Başvuru no. 2013/64, T. 30/12/2014.

[486] Söz konusu düzenlemede ömür boyu hapis cezası için dava zamanaşımı yirmi yıl, on yıldan fazla süreli hapis cezası için on beş yıl, üç aydan fazla on yıldan az hapis cezaları için ise on yıl, üç aydan az hapis cezaları için beş yıl ve diğer cezaları için üç yıldır.

[487] Schmid, **a.g.e.**, Vor § 78, Entstehungsgescihte.

Kararname'ye ilk bölümde değinmiştik[488]. Bu noktada İmparatorluk Yüksek Mahkemesi'nin 1942 yılında verdiği bir karara değinmekte yarar vardır. Mahkeme zamanaşımı kurallarının maddi hukukla ilişkisiz, sadece suçun takibine ilişkin bir muhakeme engeli olması ve failin kusurluluğuna, devletin cezalandırma yetkisine etkisinin olmaması nedeniyle; suç sonrası yürürlüğe giren düzenlemenin uygulama alanı bulabileceğine hükmetmiştir[489].

Nazi Almanyası sonrası da "Nazi dönemiyle hesaplaşmak" amacıyla zamanaşımına ilişkin birçok ve tekrar eden düzenleme yapılmıştır. Söz konusu sürecin bir benzeri bu sefer Demokratik Almanya Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti'nin birleşmesinden sonra yaşanmıştır. Deyim yerindeyse Almanya zamanaşımını düzenleyen kurallara dair kanun enflasyonun yaşandığı bir ülke ve buna bağlı olarak zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesine ilişkin tartışmalar bakımından bir laboratuvar niteliğindedir. Bu düzenlemeler bazen zamanaşımı sürelerinin uzatılması, bazen durması, bazen kesilmesi, bazen de bu süreler korunmakla birlikte hesaplanmasında değişikliğe gidilmesi biçiminde gerçekleşmiştir. Bu doğrultuda Alm. CK.'da genel hükümler bölümünde zamanaşımını düzenleyen maddelerde değişiklik yapma, özel hükümlerde yer alan suç tiplerine dair özel zamanaşımı kuralları getirme veyahut kuruma ilişkin tamamen özel kanunlar çıkarma gibi yollara başvurulmuştur. Çalışmamızın bu alt bölümünde zamanaşımına ilişkin düzenleme ve tartışmalar Nazi Almanyası sonrası, bu anlamda İkinci Dünya Savaşı sonrası dönem ve Demokratik Almanya-Federal Almanya birleşmesinden sonraki dönem olmak üzere iki başlık altında ele alınacaktır.

3.1. İkinci Dünya Savaşı Sonrası Dönem

3.1.1. 1945-1950 Arası Dönem

İkinci Dünya Savaşı sonrası ittifak devletleri tarafından işgal edilen Almanya toprakları uzun süre bu ülkelerin doğrudan veya dolaylı denetimi altında kalmıştır. Sovyet askerlerinin Berlin'e girdiği 8 Mayıs 1945 tarihinde Alman ordusu karşılıksız

[488] Bkz.: yuk. s. 33.
[489] RG 3. Strafsenat/3 C 283/42, 21.05.1942.

kapitülasyona[490] tabi kılınmış ve İmparatorluk Hükümeti ve idaresi sona erdirilmiştir. Ardından Alman toprakları Amerika Birleşik Devletleri (ABD), İngiltere, Fransa ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) arasında paylaşılmış ve yine bu devletler tarafından yönetim ve hukuki birliği sağlamak amacıyla 30.07.1945'te Berlin'de Müttefik Kontrol Konseyi kurulmuştur. Bu Konsey, kontrol konseyi kanunları eliyle 1955 yılına kadar yeniden yapılandırma ve Nazi döneminde işlenen suçlarla mücadele çerçevesinde birçok düzenleme yapmıştır. Bu mücadelede "nazisizleştirme" kavramı önemli bir yer tutmuş ve 1950 ortalarına kadar süren dönem, Nazi kadrolarının tasfiyesi ve cezalandırılması süreci olarak kabul edilmiştir. Bu doğrultuda ilk olarak 20.09.1945'te çıkarılan 1 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu eliyle, 1933'te Hitler'e çok geniş yetkiler veren Halkın ve Devletin Sıkıntılarını Ortadan Kaldırma Kanunu başta olmak üzere, Nazilere ayrıcalık tanıyan tüm kanunlar yürürlükten kaldırılmıştır[491]. Yine 2 Numaralı Askeri Hükümet Kanunu ile tüm Alman mahkemelerinin yargılama yetkileri elinden alınmıştır. Haziran 1945'ten itibaren Alman adli makamlarının yeniden yapılandırılmasına başlanmış, 20.11.1945 tarihli 4 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu ile adli makamlar ve yetkileri düzenlenmiştir. Buna göre Alman mahkemeleri 1933'e kadar sahip olduğu tüm yetkilere sahip olacak, ancak müttefik devlet vatandaşlarına veya onların mallarına karşı Nazi rejimi tarafından gerçekleştirilen suçları ve Nazi rejiminin yeniden kurulması çabaları doğrultusundaki suç fiillerini yargılayamayacaktı. Benzer biçimde müttefik devlet askerlerinin işlediği suçlar da yargılama yetkisi dışında kalacaktı. Sonuç olarak Nazi suçları [492] bakımından Alman mahkemelerinin

[490] 1 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu ile iç hukukta vücut bulan kapitilasyonların kapsamı esas itibariyle 1944 yılında yapılan Malta ve Yalta Konferansları ile belirlenmiştir. Buna göre bu kapitülasyonlar gelecekteki barışın ve güvenliğin başarılı bir biçimde inşaası amacıyla Almanya'nın silahsızlandırılması, Alman ordusunun tasviyesi ve Alman topraklarının paylaşılması gibi adımları kapsamaktadır. Bu nedenle bunun askeri kapütilasyonlara ilişkin bir belge olduğu belirtilmiştir. Ancak bu amaçlar doğrultusunda ek olarak politik, idari, ekonomik, finansal ve benzer önlemler de alınabilecektir. Dieter Schröder, "Die gegenwärtigen Kontrolleinrichtungen der Vier Mächte in Deutschland", **Archiv des Völkerrechts**, 23. Bd., No. 1/2, s. 42-43.

[491] Stephan Meder, **Rechtsgeschichte Eine Einführung**, 3. überarbeitete und ergänzte Auflage, Köln/ Weimar/Wien, Böhlau Verlag, 2008, s. 379-380; Zimmermann, **a.g.e.,** s. 7.

[492] Nazi suçları kavramının kullanılması böyle bir suç tipinin mevcut olmaması ve kavramın belirsiz olması nedeniyle eleştiriye açıktır. Ancak bu kavram tarafımızdan 1933-1945 yılları arasında Almanya'da Adolf Hitler önderliğinde iktidar olan Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi (NSDAP) döneminde ve yine bu partinin elinde bulundurduğu kamu gücü ve üyeleri eliyle işlenen suçlar olarak anlaşılmaktadır. Bu tür suçlar çalışmanın birçok yerinde ifade edilmek zorunda kalınmıştır. Şu halde bu uzun tanım yerine Nazi suçları kavramının kullanılmasını daha uygun bulmaktayız.

yargılama yetkisi, sadece Nazilerin Alman vatandaşlarına karşı işlediği suçlarla sınırlı olacaktı. Bu sınırlama 1955'e kadar devam etmiştir[493].

İç hukukun yanında uluslararası hukuk düzeyinde de yargılamalar yapılmıştır. Suçlar belirli bir coğrafyayla sınırlandırılamadığı için yirmi üç devletin katılımıyla 08.08.1945 tarihinde Londra'da yapılan konferansta Avrupalı Mihver Devletlerdeki Savaşın Baş Suçlularının Cezalandırılması Hakkındaki Sözleşme, kamuoyunda bilinen adıyla Londra Sözleşmesi, imzalanmıştır. Sözleşmede Nazi dönemi suçlularının uluslararası mahkemelerde yargılanması kararlaştırılmış ve Nuremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı kabul edilmiştir. Sözleşme'de saldırı savaşının hazırlanması suçu, barışa karşı suç, savaş suçu ve insanlığa karşı suç olmak üzere dört suç tipi düzenlenmiş ve yargılamalar bu suçlar çerçevesinde yapılmıştır. Suç fiilinin işlendiği tarihte henüz yürürlükte olmayan suç tipleri nedeniyle yapılan yargılamalar, yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanunilik ilkesi ihlal edildiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. On aydan fazla süren ve müttefik devletlerin hakimlerince yapılan, yirmi dört kişinin yargılandığı davada, on ikisi idam olmak üzere, yirmi iki kişi cezaya çarptırılmıştır. Bu davanın ardından 1950'ye kadar Amerikan hakimleri tarafından Nuremberg'deki yargılamalara devam edilmiştir[494].

Müttefik güçlerin planı, Nazi Almanyası döneminde önemli görevlerde olan faillerin hepsinin uluslararası mahkemelerde yargılanmasıydı. Ancak bunda başarılı olunamamıştır. Bunun yerine 20 Aralık 1945 tarihinde çıkarılan 10 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu'yla, Londra Sözleşmesi'ndeki suç tipleri iç hukuka aktarılmış ve her işgalci gücün kendi egemenlik alanı içerisinde hukuki düzenleme ve yargılama yapması kabul edilmiştir[495].

Tüm bu anlatılanlar üzerinden İkinci Dünya Savaşı sonrası fiili olarak ortadan kalkan ancak hukuki olarak varlığını sürdüren, bu anlamda kurumları yeniden yapılandırıp işletilen bir Alman devletinin varlığından söz edebiliriz[496]. Hukuki bakımdan Kontrol Konseyi'nin çıkardığı ve Londra Sözleşmesi'nin bir yansıması

---

[493] Albert Rückerl, **Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945-1978**, Heidelberg-Karlsruhe, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1979, s. 33, 48.
Düzenleme için bkz.: (Çevrimiçi), http://www.verfassungen.ch/de/de45-49/kr-gesetz4.htm, 21.10.2018.
[494] Rückerl, **A.e.**, s. 25-26; Meder, **a.g.e.**, s. 380.
[495] Rückerl, **a.g.e.**, s. 27; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 10.
[496] Meder, **a.g.e.**, s. 381.

olan düzenlemeler çerçevesinde şekillenen ama aynı anda Alm. CK.'nın yürürlüğünün devam ettiği, müttefik güçlerin egemen olduğu bölgelerde farklı düzenlemelerin bulunduğu kaotik bir durum söz konusudur. Bu dönemde zamanaşımı kurumuna ilişkin yapılan düzenlemeler aşağıdaki gibidir:

3.1.1.1. 10 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu m. 5/2

20 Aralık 1945 tarihinde çıkarılan Savaş Suçu, Barışa veya İnsanlığa Karşı Suç İşlemiş Kişilerin Cezalandırılması başlıklı 10 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu, Nazi dönemi yargılamaları bakımından çokça zikredilen bir düzenlemedir. Çünkü Londra Sözleşmesi'nde belirtilen suç tipleri ve cezaları Alman hukukuna bu düzenleme yoluyla aktarılmıştır. Kanun'un ikinci maddesinde barışa karşı suç, savaş suçu ve insanlığa karşı suç olmak üzere üç suç tipi düzenlenmiştir. Bu suçlara karşılık gelen cezalar ise tek tek gösterilmemiş, genel olarak beş farklı ceza tipi belirtilerek hangisinin uygulanacağının takdiri hakime bırakılmıştır [497]. Zamanaşımına ilişkin düzenleme ise m. 2/5'te yapılmış olup, aşağıdaki gibidir:

"Belirtilen suçlarla ilgili bir ceza soruşturması veya davasında, 30 Ocak 1933 ile 1 Temmuz 1945 arasındaki zaman aralığı söz konusu olduğu müddetçe, şüpheli/sanık zamanaşımına başvuramaz. Aynı biçimde Nazi rejimince sağlanan bağışıklık, cezanın veya infazın affi da gündeme gelmeyecektir[498]".

Söz konusu düzenlemenin hukuki niteliği tartışmalıdır. Maddede ne zamanaşımının uzatıldığına, ne durduğuna, ne de kesildiğine dair bir ifade vardır. Sadece sanığın zamanaşımı kurumundan yararlanamayacağı belirtilmiştir. Düzenleme zamanaşımı süresinin uzatılmasından ziyade, lafız olarak kurumu yok sayan bir niteliğe sahiptir. Kanımızca düzenlemeden, belirtilen suç tiplerinin zamanaşımına uğramayacağı sonucu çıkarılabilir. Ancak 10 Numaralı Kontrol Kanunu'nun sadece yukarıda belirtilen suçların isnadı halinde gündeme geleceğinin

[497] Yine m. 2/4'e göre yönetici görevlerde olanların cezalarında indirim yapılamayacak, hiyerarşik olarak emir alanlar ve bu emirleri uygulayanlar da cezai sorumluluktan kurtulamayacak, bu kişilerin cezalarında indirime gidilebilecektir. Ancak mahkemeler emir alan kişinin emri uygulamaması halinde yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik bir tehlike söz konusuysa, yani zorunluluk hali varsa cezai sorumluluğun olmayacağı yönünde kararlar vermiştir. Kararlar için bkz.: Bayer. ObLG v. 28.4.1949-RevReg. III-4/48, NJW 1949, s. 759; OGHSt, Urt. vom 22. Februar 1949, g. H. StS 33/48, **Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen, Erster Band**, 1948/49, Berlin, Hamburg, de Gruyter, 1949, s. 316-317.

[498] Almanca metin için bkz.: (Çevrimiçi), http://www.verfassungen.de/de/de45-49/kr-gesetz10.htm, 07.05.2017.

altını çizmek gerekmektedir. Bu nedenle mahkemeler davalarda ilk olarak suç fiillerinin insanlığa karşı suç kapsamında olup olmadığını değerlendirmiş, fiiller bu kapsamda ise 10 Numaralı Kontrol Kanunu'nu uygulamıştır. Söz konusu fiillerin zamanaşımına uğramış olması önem arz etmemektedir. Bu anlamda gerçek geçmişe yürüme halinde dahi failler yargılanmıştır[499].

3.1.1.2. Nasyonal Sosyalist Suç Fillerinin Cezalandırılmasına Dair Kanunlar

Nazi suçları, ittifak devletlerinin egemen oldukları bölgelerde 10 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu yanında, özel kanunlar çıkarılması yoluyla da cezalandırılmaya çalışılmıştır. Bu çabada özellikle zamanaşımına ilişkin düzenlemeler önemli bir rol oynamıştır. ABD egemenliğindeki bölgede 29 Mayıs-26 Haziran tarihleri arasında "Nasyonal Sosyalist Suç Fiillerinin Yargılanmasına Dair Kanun" adıyla kanunlar çıkarılmıştır[500]. İngiltere ve Fransa egemenliğindeki bölgelerde de söz konusu kanunlarla metin içeriği hemen hemen aynı olan düzenlemeler yapılmıştır. Kanun metinlerinin içeriğine örnek olması bakımından 31.05.1946 tarihli 22 Numaralı Nasyonal Sosyalist Suç Fiillerinin Yargılanmasına Dair Bavyera Kanunu'nda yer alan aşağıdaki düzenlemeye yer vermekte yarar görmekteyiz:

---

[499] OGHSt, Urt. V. 22.11.1949-StS 253/49, **NJW**, 1950, s. 196; OGHSt, Urt. v. 22. Februar 1949 g. J.u.A. StS 89/48, **a.g.e.**, s. 315. Örnek olarak İngiliz egemenliğindeki bölgede kurulan İngiliz Bölgesi Yüksek Mahkemesi aşağıdaki fiilleri insanlığa karşı suç kapsamında değerlendirmiştir:
Kristal Gece olarak tarihe geçen Yahudilerin malvarlıklarına ve sinagoglara yönelik saldırıların olduğu 9 Kasım 1938'de sinagog yangınına katılma, SS subayının bireysel insiyatifle bir grup Yahudi'nin bulunduğu bir eve girerek onları kilere kilitlemesi ve ardından masaya yatırıp kırbaçlaması, eski bir senatör olan SPD üyesi Yahudi bir esnafın domuz kamyonuna bindirilerek elinde "ben karaborsacıyım" yazan bir yazıyı tutmaya zorunlu bırakılması ve kişiliğini küçük düşürücü biçimde halka teşhir edilmesi, 1943 başlarında bir işletmede Nazilerin savaşı kaybedeceği ve o zaman hesap vereceklerini ifade eden işçilerin sözlerinin idari ve adli makamlara aktarılması ve dokuz ay ve bir yıl hapis cezası almalarına neden olunması, mağdura siyasi görüşünden dolayı üç ay boyunca hakaret, fiziksel şiddet, tehdit vb. fiillerde bulunma, Hitler'e küfür ettiği için bir kişinin eşi önünde ağır biçimde dövülmesi. OGHSt, Urt. V. 21 Dezember gegen T.u.K. Sts 40/48, **A.e.**, s. 198; OGHSt, Urt. vom 21 Dezmber 1948 gegen W.StS 139/48, **A.e.**, s. 203; OGHSt, Urt. vom 21. Dez. 1948 gegen K. StS 87/48, **A.e.**, s. 235; OGHSt, Urt. vom 25. Januar 1949 g. Sch. StS 81/48, **A.e.**, s. 265; OGHSt, Urt vom 22. Februar 1949 g.K.u.A. StS 102/48, **A.e.**, s. 307.

[500] Bu kanunlar 29 Mayıs 1946 tarihli Nasyonal Sosyalist Suç Fiillerinin Yargılanmasına Dair Hessen Kanunu, 31 Mayıs 1946 tarihli 22 Numaralı Nasyonal Sosyalist Suç Fiillerinin Yargılanmasına Dair Bavyera Kanunu, yine aynı tarihli 28 Numaralı Nasyonal Sosyalist Suç Fiillerinin Yargılanmasına Dair Baden Württemberg Kanunu ve 26 Haziran 1946 tarihli Nasyonal Sosyalist Suç Fiillerinin Yargılanmasına Dair Bremen Kanunu'dur.

"1. Cürüm ve cünhalar, özellikle politik, ırkçı ve din düşmanı nedenlerle gerçekleştirilen şiddet eylemleri ve takiplerle bağlantılı olan ve nasyonal sosyalist baskı rejimi zamanında politik, ırkçı ve din düşmanı nedenlerle cezalandırılmayan cürüm ve cünhalar, eğer adalet, özellikle kanun önünde eşitlik ilkesi geçmişe yönelik bir kefareti talep ediyorsa, takip edilebilir.

...

2(3). Yukarıdaki belirtilen suç fiillerinin takibatı sırasında şüpheli/sanık bakımından 30 Ocak 1933 ile 1 Temmuz 1945 arasındaki tarihlere bağlı olarak zamanaşımından kaynaklı hukuki avantaj ortadan kalkar. Bu süre aralığında zamanaşımı durmuş olarak kabul edilir..."[501].

İngiltere egemenliğindeki bölgedeki düzenlemede, yukarıdakilerine ek olarak suçun işlendiği tarihte fiil için öngörülen ceza sınırının üç yıldan fazla olması şartı aranmıştır[502]. Yine bu bölgelerde son suç işleme tarihi 8 Mayıs 1945 olarak kabul edilmiştir.

Arndt düzenlemenin zamanaşımı kurallarını geçmişe yürütme veya tamamen kaldırma amacını taşımadığını ileri sürmektedir. Kanun koyucu, düzenlemeyi devletin hukuki sorumluluğunu yerine getirmediği bir hukuksuzlukta zamanaşımı sürelerinin işleyemeyeceği düşüncesine dayandırmıştır. Çünkü ortada bir yokluk hali söz konusudur. Sadece Hitler'in, yani lider isteğinin emir sayıldığı bir keyfilik ortamındaki hukuk kuralları yok hükmündedir. Bu anlamda doğal hukukçu bir yaklaşım söz konusudur[503].

Kanımızca ortada dolaylı bir süre uzatımı ve geçmişe yürüme vardır. Zamanaşımını durduran bu düzenlemeler, henüz zamanaşımına uğramamış suçlar bakımından durmaya bağlı olarak dolaylı bir süre uzatımına neden olmuştur. Bu uzama, zamanaşımı süresine göre farklılık arz etmektedir. Buna göre aynı suç için son suç işleme tarihine uzak zamanda işlenmiş olan suçlar bakımından toplam zamanaşımı süresi, yakın tarihli suçlara göre daha uzun olacaktır. Zamanaşımına uğramış suçlarda ise zamanaşımı süresi yeniden başlayacaktır. Fransa egemenliğindeki bölgelerde zamanaşımına uğramış suçlarda sürenin yeniden

[501] Almanca metin için bkz.: Zimmermann, **a.g.e.**, s. 68.
[502] Zimmermann, **A.e.**, s. 67.
[503] Adolf Arndt, "Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung", **JZ**, 20. Jahrg., Nr. 5/6, s. 145.

başlayacağı açıkça düzenlenmiştir[504]. Görüldüğü üzere düzenlemelerle gerçek geçmişe yürümeye imkan tanınmıştır.

Dolaylı olarak zamanaşımı sürelerini uzatan söz konusu düzenlemelerin hangi suçlarda uygulanacağı, bazı şartlar aranarak belirlenmeye çalışılmıştır. İnsanlığa karşı suç fiilleri zaten Kontrol Konseyi Kanunu m. 2/5 çerçevesinde ele alınacağından, bu madde kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ancak insanlığa karşı suç dışında kalan veya bir bütün halinde insanlığa karşı suça vücut vermesine rağmen mahkemelerce tek tek ele alınıp gerçek içtima çerçevesinde ceza verilen hakaret, yağma, insan öldürme gibi suçlar; bu düzenlemenin kapsamı dahilindedir. Maddede aranan şartların sağlanması halinde, bu suçlarda zamanaşımı süreleri duracaktır.

3.1.1.2.1. Kanunların Uygulanmasının Şartları

Zamanaşımının durması için, suçların politik, ırkçı ve din düşmanı nedenlerle gerçekleştirilen şiddet eylemleri ve takiplerle bağlantılı olarak işlenmesi ve yine bu nedenlerle faillerin iktidar tarafından korunması gerekmektedir. Ancak bu şart tek başına yeterli olmayıp, adalet ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin zedelenmesi ve bu nedenle fiillerin fail bakımından geçmişe yönelik bir kefaret gerektirmesi şart koşulmuştur. Yine İngiliz egemenliğindeki bölgelerde bunların yanında aranan öngörülen cezanın üç yıldan fazla olması şartı, suç fiillerinin objektif ve toplumsal anlamda cezalandırmaya değer olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Buna göre önem derecesi ne kadar düşük bir hukuki yarar ihlal edilmişse, suç fiilinin toplumdaki etkisi o kadar kısa zamanda ortadan kalkacaktır. Zamanında rejim karşıtlarına yapılan bu tür fiillerin aktüel önemi kalmayacaktır. Suçun politik ve ırkçı bir motivasyonla yapılmış olması durumu değiştirmeyecektir [505].

3.1.1.2.1.1. Suçların Politik, Irkçı ve Din Düşmanı Nedenlerle Gerçekleştirilen Şiddet Eylemleri ve Takiplerle Bağlantılı Olarak İşlenmesi

Nasyonal sosyalist suç fiillerinin cezalandırılmasına dair kanunların öngördüğü şartların kapsam ve içeriği mahkemelerce tartışma konusu olmuştur.

[504] Zimmermann, **a.g.e.**, s. 177.
[505] Zimmermann, **A.e.**, s. 72, 75.

Fiilin politik, ırkçı ve din düşmanı nedenlerle bağlantılı olarak işlenmesi şartı; failin dışa yansıyan davranışları çerçevesinde değerlendirilmiştir. Özellikle fiillerin Nazi keyfi iktidarıyla bağlantılı, onun bir sonucu olduğunun anlaşılması halinde bu şartın varlığı kabul edilmektedir. Bu nedenle failin bir emir komuta zinciri dışında bireysel olarak hareket etmesi halinde dahi, bu şart gerçekleşmiş olabilecektir. Çünkü fail genel politik güç tarafından korunmakta ve bu gücün yarattığı ortam sonucu kendi gibi düşünmeyenlere korku salmak, onları küçük düşürmek istemektedir. Bu fiiller nasyonal sosyalist şiddetle bağlantılı ve bu şiddet ve keyfi uygulamaların bir halkasıdır[506].

3.1.1.2.1.2. Baskıcı Rejim Tarafından Politik, Irkçı ve Din Düşmanı Nedenlere Korunması

Mahkemeler politik, ırkçı ve din düşmanı nedenlerle iktidar sahipleri tarafından muhakeme edilmemeyi geniş yorumlamış ve muhakeme kurumlarının haberinin dahi olmadığı fiilleri de bu kapsama sokmuştur. Mağdurun korku vb. nedenlerle ihbarda bulunmasının açık biçimde anlamsız olduğu izlenimine sahip olması, şartın gerçekleşmesi için yeterli görülmüştür. Yüksek Mahkeme'ye göre, mağdur hukuksuzluk duygusundan kaynaklı olarak şikayetin bir etkisin olmayacağını düşünerek yahut şikayet halinde başına olumsuz bir şey geleceğinden korkarak hareket etmiş olabilir. Yüksek Mahkeme'nin kararlarında keyfilik dönemindeki politik terör nedeniyle mağdurların bir kısmının şikayette bulunmaktan çekindiği, bir kısmının şikayetinin ise daha baştan itibaren adli kolluk tarafından yok sayıldığı belirtilmiştir. Düzenlemenin fiili müdahale veya politik nedenlerle oluşan korku nedeniyle yapılamamış şikayetleri de kapsadığı ifade edilmiştir[507]. Hatta öncesinde yargılama yapılmış olmasına rağmen failin hak ettiğinden çok daha az ceza alması durumları da bu kapsam dahilindedir. Buna göre insanlığa karşı suç teşkil edebilecek bir fiilden dolayı failin Nazi döneminde para cezası alması, yeni bir muhakemeye engel oluşturmayacaktır. Çünkü bu ceza fiille orantısız, faili koruyucu bir niteliğe

[506] OHGSt, Urt. V. 21 Dezember gegen T.u.K. Sts 40/48, **A.e.**, s. 198-200; 21 Dezember 1948 gegen W.StS 139/48, **A.e.**, s. 206.
[507] OLG Hamburg, Urteil vom 23.05.1947, **MDR**, 1948, s. 428; Bundesgerichtshof, Urt. v. 08.02.1952, Az.: 2 StR 43/50, Absatz-Nr.7,8; OHGSt, Urt. V. 22. Februar 1949 g.K.u.A. StS 102/48, **a.g.e.**, s. 306, 308.

sahiptir ve devlet eliyle failin korunduğunu ortaya koymaktadır[508]. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 1960'lı yıllarda verdiği kararlarda, özelikle Alman hücum güçlerinin işgal ettikleri topraklarda işlediği suçlar bakımından, bu şartın daha geniş yorumlandığı görülmektedir. Buna göre lider isteğinin kanun olarak kabul edildiği bir ortamın varlığı, şartın gerçekleştiğinin tespiti için yeterlidir. Savaş sırasında hücum gruplarının keyfi biçimde mahkumları öldürmesi bakımından, belirtilen ırkçı ve politik nedenlerle muhakeme edilmeme durumunun varlığı açıktır. Bu şartın varlığı için olayın aydınlatılamamış, bir şikayette bulunulamamış veya yüksek makam emriyle muhakemenin engellenmiş olması gerekmez. Kanun olarak görülen lider emrinin varlığı, tek başına muhakemeyi objektif olarak imkansız kılmaktadır. Bu anlamda başka ülkelere saldırma emir veren Hitler'in, beraberinde Alman olmayanların ve özellikle Yahudilerin imhasını istediği açıktır. Sonuç olarak fail bu kabul edilemez ve düşmanca suçu işlerken üstleri tarafından güvenilir, dostça bir tutumla ve övgüyle karşılaşacağını bilmektedir[509].

3.1.1.2.1.3. Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkelerinin Zedelenmesine Bağlı Olarak Geçmişe Yönelik Bir Kefaretin Gerekliliği

Şartlar bakımından bir diğer tartışmalı konu, adalet ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin zedelenmesine bağlı olarak geçmişe yönelik bir kefaret gerekliliğinden ne anlaşılacağıdır. Amerikan egemenliğindeki bölgede yer alan Yüksek Mahkeme'nin verdiği bir kararda söz konusu şartın çok genel olduğu ve kapsamının çok geniş tutulduğu kabul edilmiştir. Ancak Mahkeme, Nazi döneminde bilerek cezalandırılmamış fiillerin muhakeme edilmesinin sıkı kanunilik şartına bağlanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. Adalet ilkesi sonucu bir kefaretin gerekliliği ifadesi somutlaştırılmaya çalışılmış; bu yapılırken haksızlık içeriği, suç fiilinin ağırlığı, fiilin sonuçları, failin kişiliği, yürüttüğü propagandanın kitleler arasındaki etkisi, saiki, fiil anındaki ve fiil sonrası davranışları gibi kriterlerden yararlanılmıştır. Yine Mahkeme'ye göre failin çektiği acı nedeniyle artık ceza verilmesi anlamsızsa, ortada kefareti gerektirecek bir durum söz konusu değildir.

[508] OGHSt, Urt. V. 22.11.1949-StS 253/49, **NJW**, 1950, s. 196; OHGSt, Urt. v. 21 Dezember 1948 gegen W.StS 139/48, **a.g.e.**, s. 207.
[509] BGH, 02.10.1962-1 StR 299/62, Absatz-Nr. 6, 9; BGH, 28.05.1963-1 StR 540/62, Absatz-Nr. 7.

Ayrıca suç teşkil eden fiiller ağır suçlar olmalı, hafif ve orta ağırlıktaki suçlar bu kapsamda dahil edilmemelidir. Savcılar fiili muhakeme etmekte kamu yararı olup olmadığını, her fiil ve fail bakımından tek tek değerlendirmelidirler [510].

3.1.1.2.1.4. Suçların Belirli Tarihler Arasında İşlenmiş Olması

Bu tarih aralığı ABD hakimiyetindeki bölgeler için 30.01.1933-01.07.1945, İngiliz hakimiyetindeki bölgeler için 30.01.1933-08.05.1945'tir. Kanunlara göre bu tarihler arasında işlenen suçlarda zamanaşımı duracaktır. Ancak söz konusu şarta ilişkin dikkat çekici bir karar söz konusudur. Karara göre Yüksek Mahkeme 30.01.1933 tarihinden birkaç gün önce işlenmiş bir fiili, düzenlemenin kapsamına dahil etmiştir. Buna göre düzenlemenin lafzı, esas olarak suç fiilinin Nazi iktidarının keyfiliğinin sürdüğü bir dönemde işlenmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Fiilin işlendiği tarihte Nazi keyfiliği mevcuttur ve bu nedenle kanundaki tarih aralığında işlenmemiş olsa bile zamanaşımı bu fiil için de duracaktır[511].

1947 yılı sonlarına doğru artık Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği hakimiyetindeki bölge ile diğer batılı devletlerin hakimiyetindeki bölgenin ortak bir geleceğinin olmayacağı belli olmuş ve Fransa, İngiltere, ABD, Hollanda, Belçika ve Lüksemburg'un katılımıyla 1948 yılı başında Londra'da yapılan toplantıda batı bölgesinin geleceği şekillendirilmiştir. Toplantıda Almanya'nın batısında bir Anayasa yapılarak ayrı bir devlet kurulması kararlaştırılmıştır. Ancak Anayasa yerine temel kanun teriminin kullanılması uygun görülmüş ve metnin hazırlanması için bir Parlamenter Konseyi kurulması kararı alınmıştır. Bu Konsey 08.05.1949 tarihinde bir temel kanun çıkarmış ve bu Anayasa metni 24.05.1949'da yürürlüğe girmiştir[512]. Hala yürürlükte olan söz konusu metinde kanunilik ilkesi m. 103/2'de aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"Bir fiil ancak cezalandırılabilirliği fiilden önce kanunen belirtilmişse cezalandırılabilir."

Sonuç itibariyle ABD, İngiltere ve Fransa tarafından işgal edilen topraklar birleştirilerek 23.05.1949 tarihinde Federal Almanya Cumhuriyeti, 07.10.1949 tarihinde ise Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin işgal ettiği topraklarda

[510] Bayer. ObLG v. 28.04.1949-RevReg. III-4/48, **NJW**, 1949, s. 759.
[511] OHGS, Urt. Vom 25. Januar 1949 g. Sch. StS 81/48, **A.e.**, s. 269.
[512] Meder, **a.g.e.**, s. 392-393.

Demokratik Almanya Cumhuriyeti kurulmuştur[513].

1950'den itibaren hem Alman mahkemelerinin yetkisinde, hem de nazisizleştime politikasında değişlikler yaşanmıştır. 01.01.1950'de 13. Müttefik Kuvvetler Yüksek Kontrol Konseyi Kanunu ile Alman mahkemeleri üzerindeki sınırlamalar kaldırılmıştır.

Kirn'e göre Federal Almanya Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla birlikte Alman mahkemeleri 10 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu'nun uygulamasını bir nevi boykot etmiştir. Çünkü hakimler kanunu geçmişe yürüterek uygulamayı küçük düşürücü olarak görmüşlerdir[514]. Nihayetinde 05.05.1956 tarihli İşgal Hukukunun Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birinci Kanun m. 2 ile işgalci güçler tarafından yapılan başta 10 Numaralı Kontrol Kanunu olmak üzere birçok düzenleme ilga edilmiştir[515].

1950'lilerin başından itibaren nazisizleştirme süreci sona ermiş ve 11.05.1951 tarihinde İkinci Dünya Savaşı sonrası mülteci ve sürgün durumuna düşen kişilerin hukuki ilişkilerinin düzenlenmesine dair bir Kanun çıkarılmıştır. Bu Kanun'la nazisizleştirme çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan kişiler, neden oldukları zararlar çok ağır değilse ve yeniden bu hareketlerini tekrarlamamışlarsa, en alt kademeden görevlerine geri dönmüşlerdir. Yine 1955 ortalarından itibaren müttefik güçler suçluların cezalarını önce azaltma, ardından affetme yoluna gitmiştir[516].

3.1.1.3. 18.09.1952 Tarihli Federal Anayasa Mahkemesi Kararı

Federal Almanya Cumhuriyeti'nde 17.04.1951 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu yürürlüğe girmiştir[517]. Göreve başladıktan sonra 29.05.1946 tarihli Nasyonal Sosyalist Suç Fiillerinin Yargılanmasına Dair Hessen Kanunu Mahkeme önüne

---

[513] Rudolf Morsey, **Die Bundesrepublik Deutschland: Entstehung und Entwicklung bis 1969**, München, R. Oldenburg Verlag, 2000, s. 20, 23.
[514] Michael Kirn, "Der Hintergrund der Verjahrungsfrage", **ZPR**, Heft 1/1968, s. 5.
[515] Düzenleme için bkz.: (Çevrimiçi), http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D'bgbl156024.pdf'%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl156024.pdf%27%5D__1473949195499, 07.05.2017.
[516] Rückerl, **a.g.e.**, s. 46.
[517] (Çevrimiçi), https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/DasGericht/Zeitstrahl/zeitstrahl_node.html:, 07.05.2017.

gelmiş, Mahkeme düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulmuştur. İçerdiği argümanlar bakımından kararın ayrıntılarına değinmek gerekmektedir.

Davaya konu olay 1933 yılında gerçekleşmiş ve fiil İmparatorluk Ceza Kanunu m. 67 uyarınca dava zamanaşımına uğramıştır. Şikayetçi bu fiilinin 1945 tarihinden sonra muhakeme edilmesinin, Anayasa'da yer alan yaşam ve vücut bütünlüğüne ve kişi hürriyetine müdahalenin ancak kanun eliyle yapılabileceği düzenlemesine aykırılık teşkil ettiğini iddia etmiştir. Şikayetçiye göre sadece belirli fiiller bakımından zamanaşımını durduran bir düzenleme, devletin tüm faillere eşit davranma yükümlülüğüne aykırıdır. Aynı fiil için farklı eyaletlerde farklı süreler öngörülmesi de eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmekte, aynı zamanda kanunilik ve dolayısıyla geçmişe yürüme yasağı ihlal edilmektedir. Şikayetçi, Anayasa'ya aslında Nazi rejimine tepki olarak ve doğal hukukçu bir anlayışla konulmuş insan onurunun dokunulmazlığı maddesinin de ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Buna göre, kişinin sürekli takip edilme ve yargılanma tehlikesi içerisinde olması, insan onuruna aykırıdır. Son olarak dava dilekçesinde söz konusu düzenlemenin seçilmiş bir yasama organı tarafından değil, işgal güçleri adına yürütme organı tarafından çıkarılmış olmasının, düzenlemenin meşruiyetini etkilediği belirtilmiştir[518].

Bu iddialara karşılık olarak Mahkeme, düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olmadığını, bilakis nasyonal sosyalist keyfi egemenliğin neden olduğu eşitsizliği ortadan kaldırma amacı taşıdığını ifade etmiştir. Bu keyfilik, devletin haksızlıkları cezalandırma konusundaki isteksizliğidir ki; düzenlemenin amacı tek tek faillerle değil bu anlayışla mücadeledir. Önceki güç sahipleri bu suçları yok saydığı, hatta desteklediği için söz konusu fiiller muhakeme edilememiştir. Başta Yahudiler olmak üzere mağdurların insan olmaktan kaynaklı değerleri yok sayılmış ve bu kişiler insan olarak düşük değerde kabul edilmiştir. Bu çerçevede vatandaşlar arasındaki eşitlik ilkesi bilinçli biçimde bozulmuştur. Düzenleme işte bu eşitsizliği ortadan kaldırmak için vardır. Kanun'un belirli bir kişi ya da olayı değil, geneli ve belirsiz sayıda kişiyi kapsaması da düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olmadığının kanıtıdır. Yine Bavyera, Baden Wüttenberg ve Bremen'de hatta İngiliz ve Fransız egemenliğindeki

[518] BVerfG, 18.09.1952-1 BvR 612/52, Absatz-Nr. 1, 3, 4, 5, 22, 24, 31.

bölgelerde de benzer kanunların olduğu belirtilerek; eşitsizlik ilkesinin ihlal edilmediği defaten vurgulanmıştır[519].

Mahkeme sürekli muhakeme edilme korku ve tehlikesinin insan onurunu zedelemediğini, zamanaşımının durma ve kesilme nedenlerinin varlığının aksi bir gerçekliği ortaya koyduğunu ifade etmiştir. Buna göre durma ve kesilmenin varlığı halinde de muhakeme süresi çok uzun olabilmektedir. Zaten düzenleme Alm. CK.'da yer alan zamanaşımının durması kurumunun özel bir biçimidir. Şu durumda sürenin uzun olması olağan kabul edilmelidir[520].

Karara göre işgalci güçlerin müdahalesi, savaş sonrası demokratik bir rejimin kurulması bakımından zorunluydu. Bu anlamda işgal devletlerinin kanun koyma biçimlerinin meşru olduğu belirtilerek, meşruiyet iddialarına cevap verilmiştir[521].

Mahkeme kanunilik ilkesine dair itirazlara karşı ise ayrıntılı bir incelemede bulunmamıştır. Anayasa m. 103/2'de yer alan cezalandırılabilirlik ifadesinin zamanaşımı düzenlemelerini kapsamadığını, bu nedenle zamanaşımı kurallarında geçmişe yürüme yasağının geçerli olmadığını ifade etmekle yetinmiştir[522].

3.1.2. 1950-1960 Arası Dönem

1950'den sonra Nazi suçlarına ilişkin gerek açılan dava gerekse de mahkumiyet sayısında bir düşüş olduğunu belirtilmekte; bu düşüşte, hafif suçların beş yıllık dava zamanaşımına uğramış olmasının da etkisinin olduğunu iddia edilmektedir. Şikayet sayısı da azalmıştır. 1953 yılında çıkarılan ve yurt dışındaki faillerin fiillerinin yargılanmasına ağırlık verilmesini sağlayan Kanun, dava sayısını kısmen arttırsa da, azalma eğilimi genel olarak sürmüştür[523]. 1945-1955 yılları arasında Almanya'nın batısında Nazi suçlarından dolayı 5866 kişi ceza almıştır. 1955 yılında on yıldan az hapis cezaları için geçerli olan on yıllık zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle, artık sadece basit ve nitelikli kasten insan öldürme, ölüm sonucu doğuran neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama, ölüm sonucu doğuran

[519] BVerfG, 18.09.1952-1 BvR 612/52, Absatz-Nr. 32, 33, 35, 36, 37, 38.
[520] BVerfG, 18.09.1952-1 BvR 612/52, Absatz-Nr. 27, 39.
[521] BVerfG, 18.09.1952-1 BvR 612/52, Absatz-Nr. 31.
[522] BVerfG, 18.09.1952-1 BvR 612/52, Absatz-Nr. 23, 28.
[523] Rückerl**, a.g.e.**, s. 45, 47. Broszat ise aksi yönde 1951 ve 1952 yıllarında dava sayısının arttığını, ancak bu tarihlerden sonra bir duraklamanın söz konusu olduğunu ileri sürmektedir. Martin Broszat, "Siegerjustiz oder strafrechtliche "Selbstreinigung" Vergangenheitsbewaltigung der Justiz 1945-1949", **VfZ**, 29. Jahrgang, 4. Heft, Oktober, 1981, s. 541.

neticesi sebebiyle ağırlaşmış hürriyeti tahdit suçu ve yağma suçları yargılanabilmiştir[524].

1954 yılında soykırım suçu Alman Ceza Kanunu'nda ilk defa düzenlenmiştir. İç hukukta böyle bir düzenleme yapılmasında 09.12.1948 tarihli Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin de etkisi vardır. Ancak söz konusu maddede zamanaşımına ve maddenin geçmişe yürürlüğüne dair özel bir düzenleme yoktur. Bu nedenle ve geçmişe yürüme yasağı gerekçe gösterilerek, madde Nazi suçlarına uygulanmamıştır[525].

01.12.1958 tarihinde Nazi suçlarının aydınlatılması için eyaletlerin adli makamlarının bir arada çalıştığı merkezi bir kurum (Merkezi Komisyon) oluşturulmuştur. Savcılık ve yargılama makamı olmayan bu kurum, Nazi suçlarına ilişkin bir ön inceleme, dokümanları toplama ve bunlara ilişkin bilgilendirme makamıydı. Bu anlamda hem mahkemelere yardımcı bir niteliği vardı, hem de mahkemelerin elindeki belgelerden yararlanıyordu. Kurum, yurtdışındaki toplama kamplarında işlenen suçların ve savaş suçlarının yargılanmasında önemli bir işlev görmüştür[526]. Tüm bu çabalara rağmen 1960 yılına gelindiğinde nitelikli insan öldürme suçu dışında bütün suçların on beş yıllık zamanaşımına uğraması gündeme gelmiştir. Buna karşı savcılıklar eliyle hakimlere tanık dinleme gibi işlemler yaptırılarak, zamanaşımı sürelerinin kesilmesi çabaları söz konusu olmuştur. Basit insan öldürme suçlarının zamanaşımına uğrayacak olması, Alman mahkemelerinin hareketliliğini yeniden önemli ölçüde artırmıştır. Ancak Broszat'a göre artık geç kalınmıştı, çünkü başta tanıklar olmak üzere birçok delil ortadan kalkmış ve delil yetersizliğinden beraat kararı verilmesi veya yaşlılık vb. nedenlere ceza verilememesi gibi durumlar ortaya çıkmıştı. Yazara göre bu durum, halk tarafından da memnuniyetsizlikle karşılanmıştır[527].

[524] Rückerl, **a.g.e.**, s. 47-48.
[525] Rückerl, **A.e.**, s. 53; Sambale, **a.g.e.**, s. 76.
[526] Rückerl, **a.g.e.**, s. 50 vd.
[527] Broszat, **a.g.e.**, s. 541-542.

3.1.3. 1960 Sonrası Dönem

3.1.3.1. 1960 Tarihli Kanun Teklifleri

Zamanaşımına uğramak üzere olan söz konusu suç tiplerinin yargılanabilmesi için, zamanaşımı sürelerinin hesaplanması konusunda kanun değişikliği yapılması önerilmiştir. Buna göre savaş sonrası ceza yargılamasındaki çeşitli nedenlerle ortaya çıkan ve muhakemenin ilerlemesini zorlaştıran engeller dikkate alınmalıdır. Bu doğrultuda savaştan sonraki dört yıl, zamanaşımı süresinin hesabına dahil edilmemelidir. Ancak teklif 04.05.1960 tarihinde Federal Meclis'te reddedilmiştir[528]. Bu teklifin ret edilmesinin ardından 30.06.1946'dan itibaren zamanaşımının durmasına ilişkin ikinci bir teklif sunulmuş ve bu teklif ayrıntılı biçimde tartışılmıştır.

Teklife ilişkin lehe görüş, savaş sonrası kaotik dönem bakımından Nazi suçlarının yargılanmasındaki zorlukların dikkate alınması gerektiğinin altını tekrar çizmiştir. Görüşe göre, bu dönemde Alman mahkemeleri adaleti yerine getirme yükümlülüklerini tam anlamıyla icra edebilecek durumda değillerdi. Aksi görüşte olanlar ise kapitülasyonlar sonrası kaotik bir ortamın varlığını kabul etmekle birlikte, bu ortamın adaleti yerine getirme yükümlülüğünü ortadan kaldıracak nitelikte olmadığını ileri sürmüşlerdir. Zamanaşımının durmasına ilişkin düzenlemeler, ancak hukukun icra edilememesine neden olacak esaslı kanuni engellerin varlığında gündeme gelecektir. Bu engeller, Nazi suçlarının takibini imkansız kılacak, onlarla sistematik mücadeleyi zorlaştıracak bir niteliğe sahip olmalıdır. Savaş sonrası süreç bakımından kısmi engeller mevcut olsa da, bunlar zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesine neden olacak bir düzenleme yapılması için yeterli değildir.

Zamanaşımı süresinin başlangıcını ileri bir tarihe alan söz konusu düzenlemenin Anayasa'daki kanunilik ilkesine aykırı olmadığı, daha önce reddedilen zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasına ilişkin düzenlemeye göre farklı nitelikler taşıdığı iddia edilmiştir. Ancak bu teklif de reddedilmiş ve kural olarak nitelikli insan öldürme suçu dışındaki suçlar bakımından zamanaşımı süresi sona ermiştir[529].

[528] Rückerl, **a.g.e.**, s. 55; Sambale, **a.g.e.**, s. 58; Ernst Benda, **Verjährung und Rechtsstaat**, Berlin, Colloquium Verlag, 1965, s. 6.
[529] Bkz.: Sambale, **a.g.e.**, s. 59-63.

Mahkemeler Nazi suçlarındaki ırkçı saikleri ilkel saik olarak kabul ederek[530], failleri nitelikli insan öldürme suçlamasıyla yargılamaya devam etmiştir[531].

3.1.3.2. 13.04.1965 Tarihli Zamanaşımı Sürelerinin Hesaplanmasına İlişkin Kanun

Federal Alman Hükümeti 20.11.1964 tarihinde tüm ülkelere ve kişilere Nazi suçlarına ilişkin bilgi ve belgeleri iletmeleri, arşivlerini açmaları talebinde bulunmuştur. Ancak yargılanması mümkün son suç tipi olan nitelikli insan öldürme suçu bakımından zamanaşımı süresinin dolmasına altı ay kala yapılan bu istek, eleştirilmiştir. Merkezi Komisyon da kalan kısa sürede belgelerin sağlıklı incelenip soruşturma açılarak, zamanaşımı sürelerinin kesilmesi veya durdurulmasının sağlanamayacağı yönünde görüş bildirmiştir. Nitelikli insan öldürme suçu bakımından öngörülen yirmi yıllık zamanaşımı süresinin dolmak üzere olması tartışmalara neden olmuş ve bu tartışmalar zamanaşımı sürelerinin uzatılması talebini gündeme getirmiştir. Söz konusu talep kamuoyunda da büyük bir yankı uyandırmış ve çeşitli eyaletlerde zamanaşımı sürelerine ilişkin kanun teklifleri sunulmuştur. Ocak 1965'te Federal Meclis'e ömür boyu hapis cezasını gerektiren suçlarda zamanaşımı süresinin otuz yıla çıkarılması teklif edilmiş, ardından söz konusu teklif bu suçlarda zamanaşımı olmaması yönünde yenilemiştir. Aynı anda başka bir parti grubu da nitelikli insan öldürme ve soykırım suçlarında zamanaşımı süresinin kaldırılmasına ve yine söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya konulmasına ilişkin kanun değişikliği teklifleri sunmuştur. Adalet Bakanlığı da Parlamento'ya ilettiği raporda Nazi döneminde işlenen suçların önemli bir kısmının yargılandığı, ancak yurtdışındaki arşiv ve bilgiler doğrultusunda birçok fiilin aydınlatılmasına imkan olduğu görüşünü ifade etmiştir.

Tekliflere ilişkin aleyhe görüş bildirenler birçok gerekçe öne sürmüşlerdir. Bunlardan birine göre, Nazi suçlarına ilişkin verilen cezaların 3/4'ü, 1950'den önce

---

[530] Alm. CK. M. 212'te ilkel saik kasten öldürme suçunun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlmenin Türkçe çevirisi aşağıdaki gibidir:
"212/(1) Katil müebbet hapis cezasıyla cezalandırılır.
(2) Katil, öldürme zevki, cinsel güdülerini tatmin etme, sırf maddi menfaat ve sair ilkel saik nedeniyle… bir insanı öldüren kişidir." Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu-Strafgesetzbuch (StGB)**, İstanbul, Beta, 2009, s. 285-286.
[531] Broszat, **a.g.e.**, s. 542.

verilmiştir. Bu nedenle 1945-1950 arasındaki dönemde kapitülasyonlar nedeniyle adalet görevinin icrasının sağlıklı biçimde yerine getirilemediği iddiası, gerçeği yansıtmamaktadır.

Lehe görüş bildirenler bizim de çalışmamızda önemle vurguladığımız Alman Anayasa Mahkemesi'nin 22.04.1952 tarihli kararına [532] atıf yapmışlar ve düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığının mahkemelerce ortaya konulduğunu ifade etmişlerdir. Buna göre zamanaşımı düzenlemesiyle kanunilik ilkesi arasında bir ilişki yoktur. Kanunilik ilkesi esas olarak suçun unsurlarının değiştirilmesine bağlı olarak ortaya çıkan cezalandırmaya karşı bir korumadır. Aksi görüştekiler ise Alman Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararına rağmen zamanaşımının şekli değil, maddi ceza hukuku kurumu olduğunu; bu nedenle suç tarihinden sonra yapılan düzenlemenin önceki olaylara uygulamasına neden olacak düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia etmişlerdir.

Tekliflere dair olumlu görüş bildirenler dönem açısından dış politikadaki gelişmelere vurgu yaparak, bu suçların zamanaşımı nedeniyle yargılanmaması halinde Federal Almanya Devleti'nin zor duruma düşeceği yönünde politik gerekçeler ileri sürmüşlerdir.

Uzun tartışmaların sonunda, daha önce reddedilen 04.05.1960 tarihli teklifte anlaşılmış ve 08.05.1945-31.12.1949 tarih aralığının, zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında dikkate alınmayacağına ilişkin bir düzenleme yapılmıştır [533]. Zamanaşımı Sürelerinin Hesaplanmasına İlişkin Kanun adını taşıyan 13.04.1965 tarihli düzenlemenin birinci maddesi aşağıdaki gibidir:

"m. 1(1) Ömür boyu hapis cezası yaptırımına tabi suçların takibi bakımından zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında 8 Mayıs 1945 ile 31 Aralık 1949 tarihleri arasındaki süre dikkate alınmaz. Bu süre zarfında bu suçların takibine ilişkin süre durur."

1(2) Birinci fıkra bu kanunun yürürlüğe girene kadar takibi zamanaşımına uğramış suçlara uygulanmaz."[534]

Maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere düzenleme henüz zamanaşımına

---

[532] Bkz.: yuk. s. 125-127.
[533] Bkz.: Sambale, **a.g.e.**, s. 64-71; Rückerl, **a.g.e.**, s. 59-62, 65; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 179-180.
[534] Almanca metin için bkz.:
(Çevrimiçi), https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/strverjfrg/gesamt.pdf., 07.05.2017.

uğramamış suçlara uygulanacaktır. Yani ortada gerçek olmayan geçmişe yürüme hali söz konusudur. Alman Federal Meclisi'nde yürütülen tartışmalarda zamanaşımına uğramış bir suç bakımından geçmişe yürümenin Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği düşüncesinde ortaklaşılmıştır[535]. Tüm bu çabalar neticesinde 1967-1969 yılları arasında Nazi suçlarına ilişkin soruşturma ve kovuşturma sayısı hızla artmış ancak sonra tekrardan düşmeye başlamıştır[536].

3.1.3.3. 26. 02. 1969 Tarihli Federal Anayasa Mahkemesi Kararı

1965 tarihli düzenlemenin hukuki niteliğine dair tartışmalar yaşanmıştır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, düzenlemeyi Alm. CK. m. 69'daki "zamanaşımının durması" kurumuna örnek teşkil eden bir düzenleme olarak kabul etmiştir. Mahkeme düzenlemenin gerekçesini, yetkisizliği dolayısıyla bahsedilen tarih aralığında Alman mahkemelerinin hukukun işletilmesine dair bir yükümlülüğünün bulunmadığı ve bu anlamda belirtilen zaman aralığının zamanaşımı sürelerine yansıtılamayacağı düşüncesine dayandırmıştır. Anayasa Mahkemesi ise Kanun'u Anayasa'ya uygun bulduğu kararında düzenlemenin zamanaşımı süresinin durmasına değil, uzatılmasına örnek teşkil ettiğini belirtmiştir. Bu, dört buçuk yıla karşılık gelen bir uzamadır[537]. Anayasa Mahkemesi'ne göre düzenleme lafzi olarak durma kurumunu çağrıştırsa da, hukuki olarak zamanaşımını uzatan bir etki yaratmıştır. Bu çerçevede zamanaşımının durması kurumunu düzenleyen Alm. CK. m. 69'u aşan, ondan bağımsız ama onu tamamlayıcı ve asıl olarak zamanaşımını uzaması sonucunu doğuran bir düzenlemedir[538].

Tartışmalara ilişkin hukuki argümanları anlamak için, söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığının değerlendirildiği Anayasa Mahkemesi kararına daha ayrıntılı değinmeyi gerekli görmekteyiz. Karara konu olan olay, 1941 yılında Alman hücum kuvvetleri tarafından yüz otuz iki Yahudi Rus'un Sovyetler Birliği topraklarında kurşuna dizilmesine ilişkindir. Sanıklar nitelikli insan öldürme suçuna yardım etmekten ceza almışlardır. Söz konusu suç fiiline ilişkin zamanaşımını kesen ilk muhakeme faaliyeti 1967 yılında yapılmış ve dava ancak

[535] Rückerl, **a.g.e.**, s. 66.
[536] Rückerl, **A.e.**, s. 62.
[537] Zimmermann, **a.g.e.**, s. 180-181.
[538] BVerfG, Beschluß vom 26.02.1969-2 BvL 15, 23/68, Absatz-Nr. 69, 71.

1968 yılında açılabilmiştir[539]. Somut olaya 1965 tarihli düzenleme uygulanmazsa, fiil dava zamanaşımına uğramış olacaktır. Bu nedenle düzenleme tartışma konusu olmuştur.

Kararda, davanın muhakemesinde görev almış mahkemelerin, düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki görüşlerine de yer verilmiştir. Bu mahkemelere göre düzenleme, devlet gücüne yönelik zamansal sınırlamanın geçmişe yürüme yoluyla aşılması anlamına gelmektedir. Halbuki zamanaşımı, devlet gücünün sınırlarının çizilmesini sağlaması ve yine suçun cezalandırılıp cezalandırılmayacağına olan etkisi nedeniyle sadece şekli değil, maddi bir içeriğe de sahiptir. Zamanaşımı maddi ceza hukuku kurumu olması nedeniyle geçmişe yürüyemeyecektir. Mahkemeler zamanaşımı kurumunun gerekçelerinden yola çıkarak; kanunda belirtilen sürenin geçmesi halinde suçun aydınlatılmasının zorlaşacağını, toplumun cezalandırma isteğinin azalacağını iddia etmiştir. Yine bu uzun süre zarfında failin kişiliğinin değişmesi nedeniyle, cezalandırmadan beklenen amaca ulaşılamayacaktır. Zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüyebileceğine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 1952 yılında verdiği karar ise bağlayıcı değildir. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya uygun bulduğu düzenleme ile davaya konu düzenleme farklılık arz etmekte ve Mahkeme'nin görüşü somut olayla uyuşmamaktadır[540].

Anayasa Mahkemesi ise düzenlemenin kanunilik ilkesi ile insanlık onuru, kişinin kendi kararını alabilme ve kişiliğini özgürce geliştirebilme haklarına aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir. Kararda hukuk devleti ilkesi ve yine zamanaşımı kurumunun amaçları çerçevesinde de bir değerlendirmeye gidilmiştir. Mahkeme ilk olarak kanunilik ilkesini düzenleyen Anayasa m. 103/2'de yer alan "cezalandırılabilirlik" kavramına vurgu yapmış ve kanunilik ilkesinin cezalandırılabilirlik ile sınırlı olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre cezalandırlabilirlik, değersizlik yargısı; bu anlamda suçun unsurları ve ceza miktarına ilişkindir. Suçun unsurları ve ceza miktarı, cezalandırılabilirliği meydana getirir. Şu halde kanunilik ilkesi muhakemenin zaman aralığına, onun sürekliliğine ilişkin değildir. İlke, suç fiilinin muhakemesinin ne zamana kadar değil; ne

[539] BVerfG, Beschluß vom 26.02.1969-2 BvL 15, 23/68, Absatz-Nr. 12, 13, 16.
[540] BVerfG, Beschluß vom 26.02.1969-2 BvL 15, 23/68, Absatz-Nr. 18, 19, 26.

zamandan itibaren yapılabileceği sorusuyla ilgilenen, takip edilebilirliğe (Verfolgbarkeit) ilişkin bir kavramdır[541]. Sonuç olarak Mahkeme Anayasa'daki kanunilik ilkesine ilişkin düzenlemeyi yorumlayarak, zamanaşımı düzenlemelerinin ilke kapsamına dahil olmadığını ifade etmiştir.

İkinci olarak düzenleme hukuk devleti ilkesi bakımından ele alınmış ve düzenlemenin bu ilkeye de aykırılık teşkil etmediği belirtilmiştir. Buna göre ilke, temel ilke ve idealleri ortaya koyar. Hukuki güvenlik bakımından devlet gücünün sınırlarını öngörüp ona göre hareket edebilmeyi teminat altına alır. Ancak hukuk devleti ilkesi sadece hukuki güvenliği değil, maddi adaleti de gözetir. Hukuka güvenin korunması istisnasız bir ilke değildir. Şu halde maddi adaletle hukuki güvenlik çatışırsa, kanun koyucunun görevi bu iki ilke arasında bir seçim yapmaktır. Bir düzenlemenin sürekliliği başka temel ilkelerin ihlaline neden oluyorsa; vatandaş, hukuki güvenliliğinin ihlali gerekçesiyle düzenlemenin kendisine uygulanmaması gerektiğini ileri süremez. 13.04.1965 tarihli Zamanaşımı Sürelerinin Hesaplanmasına İlişkin Kanun bakımından da böyle bir durum söz konusudur. Kanun, çok ağır suçlara ilişkin zamanaşımı sürelerini düzenlemekte ve faili meçhul suçların takibine imkan sağlamaya çalışmaktadır. Düzenlemeyle orantılılık ve eşitlik ilkelerinin de ihlal edilmediği belirtilmiştir. Mahkeme bu görüşler ışığında zamanaşımına uğramış, yani artık suçun unsurları anlamında bugünle ilişkisi kesilmiş, kapanmış suç fiilleri bakımından geçmişe yürümenin hukuk devleti ilkesi ihlal edeceği; ancak henüz zamanaşımına uğramamış suçlarda geçmişe yürümenin ilkeye aykırılık teşkil etmeyeceği sonucuna varmıştır[542].

Mahkeme, zamanaşımı kurumunun amaç ve mahiyeti ile somut olayda zamanaşımı düzenlemesinin geçmişe yürümesi arasında bir çatışma olup olmadığını irdelemiştir. Mahkeme'ye göre bu tür ağır ve az rastlanılan suçlarda zamanaşımı kurumunun varlık gerekçeleri, geçmişe yürüme yasağını temellendiremeyecektir. Çünkü ağır maddi ve manevi tahribata neden olan bu tür suçlar, suç fiilinden sonra yirmi yıl geçse bile mağdur vicdanında etkisini korumakta, hukuki barışı zedeleyebilmektedir. Suç fiillerinin cezalandırılması zamanın geçmesiyle gereksiz hale gelmemekte, cezalandırma ihtiyacı ve arzusu yıllar içerinde kaybolmamaktadır.

[541] BVerfG, Beschluß vom 26.02.1969-2 BvL 15, 23/68, Absatz-Nr. 81-84, 85, 87.
[542] BVerfG, Beschluß vom 26.02.1969-2 BvL 15, 23/68, Absatz-Nr. 97-107.

Cezanın genel önleme amacı doğrultusunda geç de olsa verilen bir ceza, yakın bir tarihte zamanaşımına uğraması nedeniyle ceza verilmemesine nazaran herhalde daha korkutucu olacaktır.

Son olarak delillerin kaybı ve hukuki yanılma olasılığının artması gibi gerekçelerin de geçmişe yürümeye engel teşkil etmediği, çünkü bu hallerde zaten şüpheden sanık yararlanır ilkesinin[543] devreye gireceği ileri sürülmüştür[544].

3.1.3.4. 05.08.1969 Tarihli 9. Ceza Hukuku Değişikliği Kanunu

1965 yılındaki düzenleme sonucu 31.12.1969 tarihine kadar uzayan zamanaşımı süresi, bu tarihe yaklaşılırken yeniden bir problem haline gelmiştir. 1968 yılının Temmuz ayında ülkenin değişik eyaletlerinden bir araya gelen savcılar mevcut düzenlemeler çerçevesinde zamanaşımı sürelerinin nasıl kesilebileceğine ilişkin yollar aramaya başlamışlardır[545]. Zamanaşımı süresinin sona ermesine yakın Federal Hükümet nitelikli insan öldürme ve soykırım suçları bakımından zamanaşımı sürelerinin kaldırılması yoluyla meseleye dair kesin bir çözüm bulmak amacıyla bir Kanun Tasarısı sunmuş, Tasarı Meclis'te değiştirilerek kabul edilmiştir. Buna göre ömür boyu hapis cezasını gerektiren suçlarda zamanaşımı süresi, 1965 yılında teklif edilip reddedildiği biçimiyle, yirmi yıldan otuz yıla çıkarılmıştır. Soykırım suçlarının zamanaşımına uğramayacağına dair öneri ise aynen kabul edilmiştir. Soykırım suçu daha önce de belirttiğimiz üzere Nazi dönemine dair fiillere uygulanamayacaktır[546]. Yeni düzenlemeyle nitelikli insan öldürme suçunda getirilen süre uzatımı sonucu ve sadece bu suç tipi bakımından, zamanaşımı süresi 31.12.1979 tarihinde sona erecektir[547]. Lafız olarak zamanaşımı süresinin açıkça uzatıldığını belirten ve sadece halihazırda zamanaşımına uğramamış suç fiilleri için geçerli olan 04.08.1969 tarihli 9. Ceza Hukuku Değişikliği Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri aşağıdaki gibidir:

"m. 1) Ceza Kanunu aşağıdaki biçimde değiştirilmiştir:

1. m. 66'nin içeriği aşağıdaki gibidir:

(1) ...

---

[543] İlke için bkz.: Centel/Zafer, **a.g.e.,** s. 767-769.
[544] BVerfG, Beschluß vom 26.02.1969-2 BvL 15, 23/68, Absatz-Nr. 109-112.
[545] Rückerl, **a.g.e.**, s. 67.
[546] Bkz.: yuk. s. 128.
[547] Rückerl, **A.e.**, s. 67-68; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 182.

(2) m. 220a (Soykırım) gereği yapılan yargılamalar ve m.220a (Soykırım) gereği gerçekleştirilen infaz zamanaşımına uğramaz.

2. m. 67(1)'in içeriği aşağıdaki gibidir:

(1) m. 66(2) dışındaki suçlarda dava zamanaşımı

1. Ömür boyu hapis cezası öngörülen suçlarda 30 yıldır.

...

m. 3) Birinci maddede belirtilen Alm. CK. m. 66(2) ve 67(1)'in içeriği bu kanun yürürlüğe girdiğinde henüz dava ve ceza zamanaşımına uğramamış önceden işlenmiş ve hakkında hüküm verilmiş tüm suçlar için geçerlidir."[548].

Söz konusu düzenlemeye dair, lehe ve aleyhe olarak önceki düzenlemelerde belirtilenlere benzer argümanlar ileri sürülmüştür. Ancak 1965'te geçmişe yürüyecek bir düzenleme yapılmaması adına vazgeçilen teklifin aynen kabulü, özellikle eleştiri konusu yapılmıştır. Hukukta süreklilik esasken bu kadar kısa sürede kanun koyucunun bu kadar farklı kararlar almasının, hukuka güveni zedeleyeceği ifade edilmiştir[549].

3.1.3.5. 16.07.1979 Tarihli 16. Ceza Hukuku Değişikliği Kanunu

01.01.1975 tarihinde 2. Ceza Hukuku Reformu Kanunu'nda, mevcut içerik büyük ölçüde korunmakla birlikte, hem kurumun düzenlendiği bölüm hem de madde numaralarının değiştiğine yukarıda değinmiştik. Zamanaşımına ilişkin bu biçimsel değişikliğin dışında 1979 yılında kuruma ilişkin önemli bir düzenleme daha yapılmıştır. Zamanaşımına dair önceki düzenlemelere benzer biçimde, nitelikli insan öldürme suçu bakımından zamanaşımı süresinin dolmak üzere oluşu, yine tartışmanın temel gerekçesini oluşturmuştur. 1969 yılındaki düzenlemenin ardından 11500 kişi hakkında soruşturma açılmıştır ki, bu sayı tahmin edilenin üçte birinden azdır [550] . Bu çerçevede 1969-1979 yılları arasında tüm önemli suçların muhakemesinin yapılması umudu karşılık bulmamıştır[551]. Bu tarihte artık tekrarlana

[548]Almanca metin için bkz.: (Çevrimiçi),http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*%255B@attr_id='bgbl169s1445.pdf'%255D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl169s1445.pdf%27%5D__1474388305084, 07.05.2017.

[549] Bkz.: Sambale, **a.g.e.**, s. 72-73

[550] Hans-Jochen Vogel, "Mord soll nicht verjähren", **ZRP**, 12. Jahrg., H. 1 (Januar 1979), s. 2.

[551] Werner Meihofer, "Nichtverjährung des Völkermordes: Ein Beitrag zur Verjährungsdebatte 1979", **ZRP**, 12. Jahrg., H. 4 (April 1979), s. 82.

gelen tartışmalara son vermek amacıyla nitelikli insan öldürme suçu bakımından zamanaşımı süresi kaldırılmış ve bu suçların, tıpkı soykırım suçunda olduğu gibi, zamanaşımına uğramayacağı kabul edilmiştir[552].

Düzenlemeye yapılan eleştiriler çerçevesinde 1979 yılından sonra bakılacak dava sayısında kayda değer bir artış olmayacağı belirtilmiş ve Nazi suçları gerekçe gösterilerek genel kanunda böyle temel bir değişiklik yapılmasının doğru olmadığı savunulmuştur. Buna göre zamanaşımı kurumunun amacı, devlet şiddetini bireyin bilgi sahipliği suretiyle sınırlamaktır. Bu nedenle zamanaşımı sürelerinin sürekli uzatılması kurumun doğasına ve hukuk geleneğine aykırıdır. Ayrıca uluslararası hukuk bakımından da düzenlemenin karşılığı yoktur. Söz konusu dönem itibariyle uluslararası hukukta nitelikli insan öldürme suçunda zamanaşımının kaldırılması konusunda bir eğilim yahut yerleşmiş bir uygulama söz konusu değildir[553].

Nitelikli insan öldürme suçlarında zamanaşımının kaldırılması diğer suç tiplerindeki zamanaşımı sürelerini de tartışmalı hale getirmiştir. Söz konusu düzenleme Nazi suçlarıyla hesaplaşılması amacıyla yapılsa da, Alm. CK.'daki bu genel hüküm, tüm nitelikli insan öldürme fiillerini etkileyecektir. Bu noktada unsurları bakımından birbirine çok benzeyen basit insan öldürme ile nitelikli insan öldürme suçlarından, sadece nitelikli insan öldürme suçu için zamanaşımı süresinin kaldırılmasının bir çelişki olduğu ileri sürülmüştür[554]. Yine düzenleme sonrasında hem soykırım hem de nitelikli insan öldürme suçunda zamanaşımının kaldırılmış hale gelecek olması, tartışmalara konu olmuştur. Meihofer formülü olarak anılan görüşe göre, soykırım suçundaki zamanaşımına ilişkin düzenleme, nitelikli insan öldürme suçları bakımından da uygulanabilecektir. Bu nedenle söz konusu düzenlemeye gerek yoktur[555].

---

[552] Sambale, **a.g.e.**, s. 75.

[553] Heinz Eyrich, "Auch die Verfolgung von Mord soll verjähren", **ZRP**, 12. Jahrg., H. 3 (März 1979), s. 50, 54; Bernd Schünemann, "17 Thesen zum Problem der Mordverjährung", **JR,** 1979, s. 180.

[554] Günther Schultz, "Blick in die Zeit", **MDR**, 3/1979, s. 196; Schünemann, **a.g.e**., 1979, s. 179.

[555] Yazara göre cezalandırılmak istenen aslında soykırım suçlarıdır, ancak soykırım suçunun sonradan Alm. CK.'ya girmiş olması nedeniyle geçmişe yürüyememesi, Nazi suçlarının nitelikli insan öldürme kapsamında değerlendirilmesine neden olmuştur. Nitelikli insan öldürme suçunda zamanaşımı süresinin kaldırılması düzenlemesinin amacı normalde nitelikli insan öldürme değil soykırım suçu niteliğindeki Nazi suçlarının zamanaşımına uğramasını engellemektir. Şu halde nitelikli insan öldürme suçunda zamanaşımının kaldırılmasının haklı bir gerekçesi yoktur ve bu durum orantısız sonuçlar doğurabilecektir. Böyle bir düzenlemeye gerek yoktur, fiiller soykırım suçuna vücut vermektedir, zamanaşımı kuralları bakımından soykırım suçu hükümleri uygulanmalıdır ki, zaten

3.2. Federal Almanya Cumhuriyeti ile Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin Birleşmesinden Sonraki Dönem

İki ayrı ülke olarak Almanya topraklarında varlığı sürdüren Federal Almanya ile Demokratik Almanya Cumhuriyeti, kamuoyunda bilinen ismiyle Batı ve Doğu Almanya, 03.10.1990 tarihinde Federal Almanya Cumhuriyeti çatısı altında birleşmiştir. Bu birleşme 1990'lı yılların başından itibaren sosyalist rejime yakın devletlerin tek tek veya toplu biçimde liberal sisteme geçişi sürecinin önemli bir halkasıdır. Ancak bu geçiş süreci Almanya gibi topraklarında iki ayrı devleti barındıran yerlerde daha zor olmuştur. Çünkü ortada yeniden bir araya gelmeye çalışan iki devlet vardır ve bu durum, iki ayrı rejimin hesaplaşması sürecini de beraberinde getirmiştir. Buradaki teknik olarak en önemli sorun, her iki devletin kendi Anayasa ve kanunlarının varlığıdır. Bu yönüyle Nazi Almanyası döneminden farklı olarak Demokratik Almanya Ceza Kanunu'nun Federal Almanya Ceza Kanunu eliyle ilga edilmesi söz konusudur[556].

İki devletin birleşmesinden sonra yaşanılabilecek sorunlara karşı 31.08.1990 tarihli Birleşme Sözleşmesi (Einigungsvertrag) imzalanmıştır. Sözleşme'nin bir sonucu olarak her iki ceza kanunu arasındaki ilişki, Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu (EGStGB) m. 315'te düzenlenmiştir. Buna göre birleşmeden önce

---

soykırım suçunda zamanaşımı yoktur. Bu uygulama 9.12.1948 tarihli BM Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ve 4.11.1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kanunilik ilkesini düzenleyen 7. maddesinin 2. fıkrasının bir sonucudur. Toplamda formül şu biçimde ifade edilebilir: "Nitelikli insan öldürme yoluyla işlenen insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçlarında zamanaşımı yoktur." Bu fiillerde soykırım suçunun zamanaşımı kuralları doğrudan uygulanır, başka bir ifadeyle "nitelikli insan öldürme suçu gibi cezalandırılır ama zamanaşımı bakımından soykırım suçundaki düzenleme uygulanır." Meihofer, **a.g.e.**, s. 82, 85-87. Meihofer'ın kıyas öngören, hatta insan öldürme suçu bakımından zamanaşımına ilişkin bir düzenlemenin olması nedeniyle kıyası da aşan, bu önerisi haklı olarak eleştirilmiştir. Buna göre birçok Nazi suçunun soykırım suçunun unsurlarını içeriyor olması, zamanaşımı bakımından soykırım hükümlerinin uygulanmasına gerekçe olamayacaktır. Kaldı ki Nazi döneminde işlenen tüm suçlar soykırım suçu kapsamına dahil edilemeyecektir. Örnek olarak akıl hastalarına karşı işlenen suçlar soykırım suçunun maddi unsuru içerisinde değerlendirilemeyecektir. Formülü eleştiren yazarlara göre söz konusu durumda asıl mesele zamanaşımı kurallarının değil, soykırım suçunun geçmişe yürüme yasağı kapsamında olup olmamasıdır. Bu suç fiilleri için soykırım hükümleri uygulanamayacaksa, soykırım suçunda zamanaşımını düzenleyen maddeler de Nazi suçlarına uygulanamayacaktır. Yine bu karma uygulanmanın uluslararası hukukun yüklediği ve pozitif hukukta karşılığı olan bir ödev olmadığı belirtilmiştir. Hans H. Klein, "Keine Veränderung der Verjährungsfrist für Mord", **ZRP**, 12. Jahrg., H. 6 (Juni 1979), s. 149; Jürgen Baumann, "Wider eine Verjährung von NS-Verbrechen", **ZRP**, 12. Jahrg., H. 6 (Juni 1979), s. 152; Klaus Lüderssen, "Politische Grenzen des Rechts-rechtliche Grenzen der Politik: Zur Debatte über die Verjährung von NS-Morden", **JZ**, 34. Jahrg., Nr. 14 (20. Juli 1979), s. 457.

[556] Zimmermann, **a.g.e.**, s. 18.

Demokratik Almanya sınırları içerisinde işlenmiş suçlar, kural olarak Federal Almanya Ceza Kanunu'nun kanunilik ilkesini düzenleyen ikinci maddesi çerçevesinde, Federal Alm. CK. esas alınarak cezalandırılacaktır. Ancak lehe kanun ilkesi gereği, Demokratik Alm. CK. ile Federal Alm. CK. arasında karşılaştırma yapılacak ve somut olaya fail lehine olan düzenleme uygulanacaktır.

Görüldüğü üzere Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu'ndaki açık düzenleme, fail aleyhine sonuç doğuracak hiçbir geçmişe yürüme uygulamasına izin vermemektedir. Buna rağmen devlet eliyle işlenmiş suçlar bakımından geçmişe yürümenin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır[557]. Benzer biçimde sistem karşıtları aleyhinde yapılan suçlamalara ilişkin Federal Alm. CK. m. 241a'da yer alan "siyasi itham" (politische Verdächtigung)[558] gibi suçların geçmişe dönük olarak uygulanıp

[557] Demokratik Almanya'da kamu görevlilerinin işlediği bazı suç fiilleri bakımından hukuka uygunluk nedenleri öngörülmüş ve bu kişilerin ceza almaları engellenmiştir ki, bu düzenlemeler tartışmaların esas konusunu oluşturmuştur. Demokratik ve Federal Almanya arasında çizilen sınırın ihlali nedeniyle sınır görevlilerince gerçekleştirilen fiillerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağına ve bu anlamda Demokratik Alman hukuku çerçevesinde bir hukuka uygunluk nedenin var olup olmadığına ilişkin birçok Yüksek Mahkeme ve Anayasa Mahkemesi kararı mevcuttur. Örnek kararlar için bkz.: BVerfG, Beschluß vom 24.10.1996-2 BvR 1851, 1853, 1875 und 1852/94; BGH, StR 370/92, Urteil vom 3. November 1992; BGH, 5 StR 418/92, vom 25. März 1993; BGH, 5 StR 111/94, vom 20. März 1995. Mahkemeler sanıkların cezalandırılması gerektiğine ilişkin kararlarında alternatif ve kümülatif olarak iki argümana dayanmıştır. Bunlardan ilki, hukuka uygunluk nedeninin adalete ve insanlığın temel ilkelerine açık ve ağır bir aykırılık oluşturduğu ve daha üst bir hukuk normunu ihlal ettiği argümanıdır. Aykırılık o kadar ağırdır ki, bütün halklar için ortak olan insan haysiyetine dayanan hukuki değerleri zedelemektedir. Söz konusu argüman Radbruch Formülü'ne atıf yapılarak dile getirilmiştir. İkinci olarak ise suç fiili zamanındaki kanunun o dönemki devlet pratiğine uygun bir yorum yerine, insan hakları dostu bir yorumla ele alınması gerektiği argümanı ileri sürülmüştür. Schlink, **a.g.e.**, s. 41-42. Şu halde söz konusu fiiller, işlendiği tarihlerde de suç olarak kabul edilecektir. Her iki argüman da faillerin cezalandırılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Nihayetinde AİHM söz konusu fiillerin gerek Demokratik Alman hukuku, gerekse de insan haklarını korumaya dair uluslararası hukuk kuralları açısından yeterince ulaşılabilir ve önceden öngörülebilir şekilde tanımlanmış suçlar oluşturdukları sonucuna varmıştır. Bu fiillerden dolayı sanıkların cezalandırılmasını, yaşam hakkının korunması gereğince AİHS'e uygun bulmuştur. Yine Alman mahkemelerinin Demokratik Alman mevzuatının "uluslararası hukuk tarafından korunan insan haklarına ve adaletin başlıca gereklerine açıkça ve katlanılamaz bir şekilde aykırı olduğuna" hükmetmesini de Sözleşme'ye aykırı görmemiş ve bu suretle doğal hukukçu bir anlayışı benimsemiştir. Kararlar için bkz.: Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya, Başvuru no. 34044/96, 22.03.2001; K.-H.W./Almanya, Başvuru no. 37201/97, 22.03.2001. Kararların Türkçe tercümesi için bkz.: Osman Doğru/Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt**, Ankara, 2012, s. 866 vd.

[558] Söz konusu düzenlemenin Türkçe çevirisi aşağıdaki gibidir:
"m. 214/a: (1) Her kim, diğer bir kişiyi, onun hakkında bir ihbarda bulunarak veya onu itham ederek, siyasi sebeplerden tahkikata uğrama ve böylece hukuk devleti ilkelerine aykırı olarak, şiddet ve keyfi müdahaleler, bedene ve hayata zarar verilmesi, özgürlüğünden yoksun kalma veya mesleki ve ekonomik konumu açısından önemli bir zarar görme tehlikesine düşürürse, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

uygulanamayacağı da şiddetli biçimde tartışılmıştır. Doktrinde ve mahkeme içtihatlarında, Demokratik Almanya topraklarının Alman toprağı olduğu gerekçesiyle ülkesellik ilkesi; yahut yabancı bir ülke kabul edilse bile suçlar Almanlar'a karşı işlendiği için şahsilik ilkesi gereği her koşulda Federal Alm. CK.'nın uygulanabileceği ileri sürülmüştür[559].

Hangi kanunun uygulanacağı tartışması, hangi kanundaki zamanaşımı kurallarının uygulanacağı tartışmasını da beraberinde getirmiştir[560]. Belirsizliğin önüne geçmek için zamanaşımı kurallarının uygulanmasına ilişkin, İkinci Dünya Savaşı sonrası döneme benzer biçimde art arda özel kanunlar eliyle düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler, kanun koyucunun net olmayan ve çok sayıda karşılıklı soruyu içinde barındıran hukuki duruma karşı bir reaksiyonudur. Bu hukuki durum ise iki ayrı sistemin ve normlar bütününün arasındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Bu iki ayrı normlar bütününün bir arada işletilmesi, özellikle zamanaşımı kurumunun uygulanmasında sorunlara neden olmuştur. Bu nedenle özel kanunlar eliyle ve güncel ihtiyaçlar çerçevesinde düzenlenmelere gidilmiştir[561].

3.2.1. Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu (EGStGB) m. 315a

Demokratik Almanya'da işlenen suç fiillerine ilişkin hangi kanunun uygulanacağını düzenleyen Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu'nun 315. maddesine, 315a düzenlemesi eklenerek zamanaşımı tartışmaları sona erdirilmeye

---

(2) Her kim, diğer bir kişi hakkında açıklama yaparak veya yapılan açıklamayı ileterek, onu 1'inci fıkrada tanımlanmış olan siyasi amaçlı takibata uğrama tehlikesine maruz bırakırsa, aynı şekilde cezalandırılır.
(3) Bu suça teşebbüs cezalandırılır.
(4) İhbar, itham veya bildirimde diğer kişiye karşı gerçek dışı bir iddiada bulunulursa veya fiil 1'inci fıkrada tanımlanan neticelerin meydana gelmesini sağlamak maksadıyla işlenmiş veya sair ağır hal gerçekleşmiş ise, hapis cezası bir yıldan on yıla kadar hükmedilir." Yenisey/ Plagemann, **a.g.e.**, s. 318.

[559] Bkz.: Volker Krammer, "Zur Verjährungsproblematik, bei SED Unrechtstaten", **NJ**, 1992, s. 234-235; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 26-28. Demokratik Almanya'da meşru bir hukuk düzeni olmadığını iddia eden Jakobs söz konusu suç fiillerinin Demokratik Almanya'daki düzenlemelere göre suç olarak kabul edilemeyeceğini, aksine bu fiillerin baskıcı rejimin sinir sistemini oluşturan araçlar olduğunu belirtmiştir. Buna göre bu fiillerin o dönemde de suç olduğunu düşünmek sistemin kendisini felç etmesi anlamına gelecektir ki, bunun kabulü mümkün değildir. Günther Jakobs, "Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht", **Vergangenheitsbewältigung durch Recht**, ed. Josef Isensee, Berlin, Duncker & Humbolt, 1992, s. 56.

[560] Gerard Grünwald, "Zur Frage des Ruhen der Verjährung von DDR-Straftaten", **StV**, 7/1992, s. 315.

[561] Bodo Pieroth/Thorsten Kingreen, "Die verfassungsrechtliche Problematik des Verjährungsgesetzes", **NJ**, 9/1993, s. 387.

çalışılmıştır. Ancak aşağıda da belirteceğimiz üzere bu düzenlemeye kısa süre içerisinde art arda eklemeler yapılmıştır. Demokratik Almanya'da işlenmiş ve Demokratik Almanya ceza hukukuna göre henüz zamanaşımına uğramamış suçlarda, birleşmeyle beraber zamanaşımı süresinin kesileceğini ve bu tarihten itibaren Federal Alm. CK.'da yer alan zamanaşımı kurallarının uygulanacağını ortaya koyan düzenlemenin ilk hali aşağıdaki gibidir:

"m. 315a: Birleşmenin gerçeklemesine kadar Demokratik Almanya hukukuna göre zamanaşımına uğramamış dava ve ceza zamanaşımları geçerliliğini korur. Dava zamanaşımı birleşmenin gerçekleştiği tarihte kesilmiş sayılır; bu düzenleme Federal Almanya Ceza Kanunu m. 78c/3'ün[562] uygulamasını etkilemez."[563]

Düzenlemenin hukuki bakımından zamanaşımı süresinin kesilmesi niteliği taşıdığı açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle zamanaşımı süreleri lehe-aleyhe olup olmadığına bakılmaksızın Federal Alm. CK.'daki süreler dikkate alınarak tekrar başlayacaktır. Alman Yüksek Mahkemesi de Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu m. 315a gereğince zamanaşımı kuralları bakımından lehe-aleyhe tartışması yapılmayacağını ortaya koymuştur[564]. Tüm suçlar için geçerli olan bu düzenleme, bu anlamıyla zamanaşımı sürelerinin aktarımına ve dolaylı bir süre uzatımına neden olmaktadır[565].

Maddenin ikinci cümlesinde ise mutlak zamanaşımının hesabında Demokratik Almanya döneminde geçen sürenin de dikkate alınacağı belirtilmiştir. Şu durumda zamanaşımı süresi yeni düzenleme gereği kesilip yeniden başlasa dahi; suç fiilinden itibaren geçen süre, Federal Alm. CK.'da o suç için ön görülen mutlak zamanaşımı süresine ulaşması halinde zamanaşımı süresi dolacaktır[566].

---

[562] Bu madde mutlak zamanaşımına ilişkindir. Bu anlamda kesilme halinde toplam zamanaşımı süresinin en fazla ne kadar olabileceğini ortaya koyan ve hukukumuzda TCK m. 67/4'e benzeyen bir düzenlemedir. Düzenlemeye göre zamanaşımının kesilmesinden itibaren süre yeniden işlemeye başlayacak, ancak toplam süre o suç için öngörülen sürenin iki katı ve yine üst sınır üç yıldan az olan suçlar bakımından ise en az üç yıl geçmişse zamanaşımı süresi dolacaktır.

[563] Almanca metin için bkz.: (Çevrimiçi), https://www.gesetze-im-internet.de/stgbeg/art_315a.html, 07.12.2017.

[564] BGH 1 StR 740/93, Urteil v. 18.01.1994, Absatz-Nr. 25-29.

[565] Michael Lemke/Reiner Hettinger, "Zur Verjährung von in der DDR begangenen Straftaten und Moglichkeiten des Gesetzgebers", **NStZ**, 1992, Heft 1, s. 22; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 184.

[566] Klaus Letzgus, "Unterbrechung, Ruhen und Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen für im Beitrittsgebiet begangene Straftaten", **NStZ**, 1994, Heft 2, s. 57.

Düzenleme sadece zamanaşımına uğramamış suç fiillerini kapsamaktadır. Yine politik saiklerle işlenip, bu nedenle kamu görevlileri eliyle zamanaşımına uğratılmış fiiller, özel olarak düzenlenmemiştir. Bu iki husus eleştiri konusu olmuştur. Buna göre Nazi dönemi haksızlıklarıyla Demokratik Almanya'da iktidar olan Sosyalist Birlik Partisi (SED) eliyle yapılan haksızlıklar arasında bir fark yoktur, bu nedenle bu suçlar bakımından zamanaşımına dair daha açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir[567]. Aksi görüş ise kanun koyucunun açık bir düzenlemeye gitmesine gerek olmadığı yönündedir. Kanun koyucunun gerçek geçmişe yürüme niteliğinde bir düzenleme yapması, onun meşruiyetini sorgulatacak, hukuk devleti ilkesine aykırılık iddialarını gündeme getirebilecektir. Kanun koyucunun açıkça düzenleme yapmak yerine somut durum ve ihtiyaçlara göre yorum yapan yargıya işi havale etmesi, daha doğru olacaktır[568].

Açık bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığını ileri sürenlerin bir kısmı tarafından, Demokratik Alm. CK.'ya göre zaten bu fiiller bakımından zamanaşımı süresinin durduğu; bu anlamda bu fiillerin zamanaşımına uğramadığı iddia edilmiştir. Bu iddia doktrinde ve mahkeme içtihatlarında yoğun biçimde tartışılmıştır. Buna göre politik suç olarak nitelendirilebilecek ve Sosyalist Birlik Partisi eliyle yapılan haksızlıklar bakımından zamanaşımı süresi, Demokratik Alm. CK. m. 83 veyahut Federal Alm. CK.'da zamanaşımının durmasını düzenleyen m. 78b gereği duracaktır. Demokratik Alm. CK. m. 83 "kanuni nedenlerin varlığı halinde zamanaşımı süresinin duracağını" düzenlemiştir. Görüşe göre Demokratik Almanya'nın kuruluşuyla beraber zamanaşımının işlemesini engelleyici kanuni nedenler ortaya çıkmış ve bu durum birleşmeye kadar devam etmiştir. Çünkü Sosyalist Birlik Partisi iktidarı süresince, muhakeme süjelerinin söz konusu fiilleri muhakeme etmesi beklenemezdir. "SED Wille" (Sosyalist Birlik Partisi'nin isteği) ile Nazi dönemindeki "Führer Wille" (liderin isteği) aynı niteliktedir. Demokratik Almanya döneminde Sosyalist Birlik Partisi Genel Kongresi'nde alınan kararların kendilerini bağladığını ifade eden Yüksek Mahkeme kararı dahi vardır. Kanuni bir düzenleme olmasa da bu durum,

[567] Klaus Breymann, "Zur Auslegung der Verjährungsregelung in Art. 315a ESTGB", **NStZ,** 1991, Heft 10, s. 463.
[568] Lemke/Hettinger, **a.g.e.**, s. 23; Krammer, **a.g.e.**, s. 236.

"SED-Wille kanundur" sonucunu ortaya çıkarmaktadır[569]. Bu doğrultuda ortada muhakemenin ilerlemesi için kanuni bir engel olduğu belirtilerek, bu suçlarda zamanaşımının duracağı ileri sürülmüştür. Bu iddialar ileri sürülürken çalışmamızda değindiğimiz ve "lider isteği" kavramını ortaya koyan 1960 yılındaki Federal Yüksek Mahkeme'nin kararına atıf yapılmıştır. Söz konusu görüş, daha önce incelediğimiz 12 Eylül Davası'na ilişkin İlk Derece Mahkemesi'nin kararındaki argümanlarla da benzeşmektedir[570].

Aksi yöndeyse Nazi dönemiyle Demokratik Almanya döneminin gerek normatif düzenlemeler, gerekse de yaşanan haksızlıkların içeriği itibariyle karşılaştırılamayacağı ifade edilmiştir. Demokratik Alman Cumhuriyeti'nde hukuki normla desteklenmiş birçok muhakeme kuralı vardır. Tartışma konusu yapılan zamanaşımı kurumuna dair de Federal Alman hukukundakine benzer, hatta uluslararası hukuka uygunluk bakımından daha ileri düzenlemeler söz konusudur. İnsanlığa karşı suçlarda zamanaşımının olmadığının kabulü, Nazi suçlarında doğrudan uluslararası hukukun esas alınması gibi birçok düzenleme bu gerçeği ortaya koymaktadır[571]. Parti yöneticilerinin isteğinin kanuna eşdeğer olduğunu düzenleyen bir norm söz konusu değildir. Bu durumun uygulamada var olduğu yönündeki tek belge, Yüksek Mahkeme'nin parti genel kongresinde alınan kararların bağlayıcılığı yönündeki bir kararıdır. Ancak bu örnek tek başına kanuna aykırı bir durumu kanuna uygun hale getirebilecek, hukuki norm etkisi yaratabilecek bir güce sahip değildir. Sonuç olarak pratik ve normatif durum, ortada zamanaşımının durmasına neden olacak kanuni bir engelin olmadığını göstermektedir. Kaldı ki hükümet suçluluğu (Regierungskriminalität) gibi belirsiz ve soyut bir kavram üzerinden yapılacak cezalandırma, hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun sınırlarının belirliliğine zarar verecektir[572]. Geiger ise "lider isteği" ile "SED-isteği" arasında benzerlik kurulabileceğini, ancak bunun tek başına zamanaşımının

[569] Lemke/Hettinger, **a.g.e.**, s. 22.
[570] Bkz.: yuk. s. 105-108.
[571] Thomas Geiger, "Verjährungsprobleme von in der DDR begangenen Straftaten", **JR**, 1992, Heft 10, s. 400; Klaus Lüderssen, Verfolgung in der DDR begangener Delikte", **ZStW**, (104) 1992, Heft 4, s. 781. Yine Demokratik Almanya Cumhuriyeti ceza hukukuna göre işkence suçu bakımından da zamanaşımı kabul edilmemiştir. Federal Almanya ile Demokratik Almanya'da zamanaşımı düzenlemeleri arasındaki farklara ilişkin bkz.: Friedrich-Cristian Schroeder, "Zur Verjährung von SED-Unrechtstaten", **ZPR**, 1993, Heft 7, s. 244.
[572] Grünwald, (1992), **a.g.e.**, s. 335-336, 337.

durmasını sağlayacak kanuni bir gerekçe olmadığını ifade etmiştir. Yazara göre Demokratik Alm. CK. m. 83'te belirtilen kanuni nedenle durma bakımından, ek ve somut kanuni gerekçelere ihtiyaç vardır. Bu anlamda Federal Almanya'ya geçmek için sınır ihlali yapanların vurulmasını hukuka uygunluk nedeni kabul eden ve kişilerin yaşam hakkını ihlal eden kanuni düzenlemelerin varlığı madde 83'e örnek teşkil edebilecektir. Ancak bu durumlarda dahi fiillerin politik motivasyonla işlediğinin tespiti şarttır[573]. Söz konusu tartışmaya ilişkin üç farklı eyalet mahkemesi, kanun koyucunun bu tür suçlarda zamanaşımının durmasına ilişkin bir düzenleme yapmadığını belirtmişlerdir. Alm. CK. m. 83 somut olaylarda zamanaşımının durması için yeterli değildir. Fiiller zamanaşımına uğramıştır ve bu suçlar bakımından geçmişe yürüme mümkün değildir[574].

Kararlarda belirtilen argümanlara karşı çıkanlar, kanuni bir gerekçenin varlığı için Nazi dönemi sonrasında çıkarılan "cezalandırma kanunları" gibi özel kanunlara gerek olmadığını ileri sürmüşlerdir. Bu iddialarını, bizim de yukarda ayrıntılı olarak ele aldığımız Federal Almanya Mahkemesi'nin 1952 yılında verdiği karara dayandırmışlardır. Buna göre kararda da belirtildiği üzere 1946 tarihli Nasyonal Sosyalist Suç Fiillerinin Yargılanmasına Dair Hessen Kanunu, ceza kanununda yer alan zamanaşımını durması kurumunun özel bir görünüş şeklidir. Şu halde politik suçlarda zamanaşımının yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı durması için özel bir kanuna gerek yoktur. Federal Alm. CK.'da zamanaşımının durmasına ilişkin genel düzenlemenin varlığı durma için yeterlidir[575].

Sonuç itibariyle bu tür fiillerde Demokratik Alm. CK.'da belirtilen durma sebepleri çerçevesinde zamanaşımının duracağı görüşü, bilimsel ve yargısal içtihatlarda açıkça reddedilmiştir. Ancak bu suçlarda zamanaşımına dair düzenleme yapılması gerekliliği kanun koyucu tarafından benimsenmiş ve 26 Mart 1993 tarihli Sosyalist Birlik Partisi Döneminde Yaşanan Haksızlıklarda Zamanaşımı Süresinin Durmasına İlişkin Kanun ile bu düşünce hayat bulmuştur[576].

---

[573] Geiger, **a.g.e.**, s. 401.
[574] Pieroth/Kingreen, **a.g.e.**, s. 385. Benzer kararlar için bkz.: KG, Beschluß vom 17.12.1992-4 Ws-160/92; KG, Beschluß vom 26.08.1991-Zs 265/91.
[575] Bkz.: Volker Heuer/Hans Lilie, "Laßt verjähren was verjährt?, **DtZ**, 1993, Heft 12, s. 335.
[576] Wilhelm Schmidt, "Verjährungsprobleme bei Straftaten der Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit der ehemaligen DDR", **NStZ**, 1995, s. 265.

3.2.2. 26.03.1993 Tarihli Sosyalist Birlik Partisi Döneminde Yaşanan Haksızlıklarda Zamanaşımı Süresinin Durmasına İlişkin Kanun (Birinci Zamanaşımı Kanunu)

Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu'ndaki düzenleme, yukarıda da ortaya koymaya çalıştığımız üzere birçok tartışma ve eleştiriyi beraberinde getirmiştir. Bu tartışmalara son vermek ve özellikle Demokratik Almanya'da işlenip, bilinçli biçimde takibi yapılmayan suçlarla hesaplaşmak amacıyla zamanaşımı kurallarına ilişkin özel düzenlemeler yapmanın gerekliliği savunulmuştur. 1991 yılından itibaren yeni bir düzenleme yapılması konusunda eyaletlerden teklifler gelmeye başlamış ve adalet bakanları bir araya gelerek konuyu yoğun biçimde tartışmışlardır. Sonuç itibariyle Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu m. 315a'ya ek yapılmak suretiyle zamanaşımı sürelerinin bazı fiiller bakımından durmasını sağlayan bir kanun teklifi Parlamento'dan geçmiştir[577].

Teklif neticesinde m. 315a'nın birinci fıkrasına *"Birleşmenin gerçeklemesine kadar Demokratik Almanya hukukuna göre zamanaşımına uğramamış dava ve ceza zamanaşımları geçerliliğini korur."* cümlesinden sonra gelmek üzere, *"Bu durum, ancak birleşmeden önce Federal Almanya Cumhuriyeti ceza hukukunda bu fiillerin düzenlenmesi halinde geçerlidir."* cümlesi eklenmiştir. Bu düzenlemeyle, m. 315a'nın uygulanması için fiilin birleşmeden önce Federal Almanya ceza hukukuna göre suç olarak düzenlenmiş olması gerektiğinin altı çizilmiştir[578]. Düzenleme betimsel ve gereksiz olduğu, hangi kanunun uygulanması gerektiğine ilişkin sorulara cevap vermediği gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Buna göre Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu m. 315 ve 315a'nın birlikte yorumu, bizi zaten yeni düzenlemede belirtilen sonuca götürecektir[579].

Geçmişe yürüme tartışmalarını beraberinde getiren düzenleme ise aşağıdaki gibidir:

"Sosyalist Birlik Partisi'nin haksızlık rejiminin egemen olduğu dönemde işlenen, ancak açık veya tahmin edilebilir biçimde eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti devlet- veya parti yönetiminin isteği doğrultusunda politik veya özgürlükçü ve hukuk

[577] Letzgus, **a.g.e**., s. 58, 59.
[578] Letzgus, **A.e.**, s. 59.
[579] Heuer/Lilie, **a.g.e.**, s. 355.

devletine bağlı bir düzeninin temel ilkeleriyle uyumsuz nedenlerden dolayı cezalandırılamayan suçların muhakemesi bakımından zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında 11 Ekim 1949 ile 2 Ekim 1990 tarihleri arasındaki süre dikkate alınmaz."[580]

Düzenleme, hangi fiillerin kapsam dahilinde olduğunun belirlenmesi bakımından, yukarıda ayrıntısıyla ortaya koyduğumuz Nazi suçlarının cezalandırılması kanunlarına[581] benzemektedir. Bu tür düzenlemelerin yapılması sırasında belirlilik ilkesi bağlamında zorluklar yaşandığı ifade edilmektedir. Demokratik Almanya döneminde güç sahiplerinin müdahalesi veya hareketsizliği nedeniyle cezalandırılmayan fiillerin kapsamının nasıl belirleneceği, öne çıkan sorulardan bir tanesidir. Teklifin gerekçesinde bu sınırın çizilmesi bakımından 26.02.1969 tarihli Federal Anayasa Mahkemesi kararından yararlanıldığı görülmektedir. Bu anlamda takibin keyfi biçimde yapılmadığının kesin olarak belirlenmesi gerekmektedir. Muhakeme makamlarının önüne gelmemiş fiiller bakımından ise, bu makamların önüne gelse bile muhakemenin yapılamayacağının tespiti şarttır. Bu ise özgürlükçü ve hukuk devletine bağlı bir düzeninin temel ilkeleriyle uyuşmayan bir biçimde parti ve devlet yönetiminin isteği doğrultusunda hareket edildiğinin kesin biçimde anlaşılması suretiyle olacaktır. Bu konudaki tahmine dayalı bir varsayım yeterli değildir[582].

Konuya ilişkin verilen bir Yüksek Mahkeme kararında söz konusu husus vurgulanmıştır. Mahkemeye konu olan olayda 1973 yılında hukuk mahkemesinin, ailenin avukattan yararlanma ve mahkeme önünde dinlenme hakkını ihlal eden uygulamaları, aile tarafından 1991 yılında adli makamlara taşınmıştır. Zorunlu evlat edinmeye ilişkin davadaki söz konusu fiilin "hukuku kasten ihlal ederek yapılan uygulama" suçuna vücut verdiği ve Birinci Zamanaşımı Kanunu nedeniyle henüz zamanaşımına uğramadığı iddia edilmiştir. Ancak Mahkeme, kararı veren hakimin ağır muhakeme ihlalleri ile maddede istenen şartlar arasında açık veya tahmin edilebilir bir ilişkinin olmadığını ifade ederek, istemi reddetmiştir. Buna göre keyfi

[580] Almanca metin için bkz.: (Çevrimiçi), https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl193s0392.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl193s0392.pdf%27%5D__1520425554407, 07.04.2018.
[581] Bkz.: yuk. s. 119 vd.
[582] Letzgus, **a.g.e.**, s. 58-59.

uygulamanın tespiti bir varsayıma dayanmamalıdır. Ancak somut olayda parti ya da iktidarın bu yönde bir karar alınması ve bu kararı alan kişinin cezasızlığı sonucunu doğuracak bir müdahalesi tespit edilememiştir[583].

Düzenlemenin, sonuçları bakımından 13.04.1965 tarihli Zamanaşımı Sürelerinin Hesaplanmasına İlişkin Kanun'a benzediği söylenebilir. Her iki kanunda da belirli tarih aralıklarının, zamanaşımı süresinin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir. Bu şekilde devlet veya parti yönetiminin önemsemediği ya da göz yumduğu suçların zamanaşımına uğramayacağı açık biçimde ifade edilmiştir[584]. Yüksek Mahkeme de sınır ihlaliyle ilgili verdiği bir kararında, politik nedenlerle takip edilmemiş devlet suçluluğu kavramını kullanmıştır. Mahkeme'ye göre bu suçları işleyenlerin rejimin devam edeceğine ilişkin güveni, korunmamalıdır[585]. Bu gibi durumlar hukuki güven ilkesi kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Düzenleme zamanaşımına uğramış veya uğramamış tüm suç fiillerini içermekte olup, gerçek geçmişe yürümeye örnek gösterilebilecektir. Söz konusu tarih aralığındaki sürenin hesaba katılmamasının, zamanaşımının durması kurumuna karşılık geldiği ileri sürülmüştür[586]. Madde başlığında da durma ifadesine açık biçimde yer verilmiştir.

Söz konusu düzenlemeye ilişkin diğer bir önemli soru maddenin, birleşmeden önce Federal Alm. CK.'ya göre zamanaşımına uğramış suçlara uygulanıp uygulanmayacağıdır. Doktrindeki ilk görüş, daha önce kendi hukukuna göre zamanaşımına uğramış bir suça, yine aynı zamanaşımı kurallarının uygulanamayacağı yönündedir. Yani Demokratik Alm. CK.'ya göre durma vb. gerekçelerle henüz zamanaşımına uğramamış; ancak Federal Alm. CK.'ya göre zamanaşımına uğramış bir suç fiiline, tekrar Federal Alm. CK. uygulanamayacaktır. İkinci görüş ise zamanaşımı kuralları bakımından her iki devletin kuralları arasında bir uyum ve aktarım sağlanmaya çalışıldığı için, Federal Alm. CK.'daki zamanaşımı

[583] OLG Naumburg v. 11.5.1993, Az, Ws 85/92, **Strafjustiz und DDR-Unrecht, Band 5**, Teil Band 1, Ed. Klaus Marxen/Gerhard Werle, 2011, S. 47, 52.
[584] Letzgus, **a.g.e.**, s. 57.
[585] BGH 1 StR 740/93, Urteil v. 18.01.1994, Absatz-Nr. 29, 32.
[586] Schmidt, **a.g.e.**, s. 265.

kurallarının uygulanabileceğini ileri sürmektedir[587]. Yüksek Mahkeme Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu m. 315a da açık biçimde bu hususun düzenlemiş olduğunu ve lehe-aleyhe kanun ayrımı yapmaksızın Federal Alm. CK.'nın zamanaşımına ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade ederek; ikinci görüş çerçevesinde karar vermiştir[588].

3.2.3. 27.09.1993 Tarihli Ceza Hukuku Zamanaşımı Sürelerinin Uzatılmasına İlişkin Kanun (İkinci Zamanaşımı Kanunu)

Zamanaşımı Kanunu'nun hemen ardından, kısaca İkinci Zamanaşımı Kanunu adı verilen ve zamanaşımı süresinde dolaylı biçimde süre uzatımı öngören bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye, bazı suç tiplerinin zamanaşımına uğraması tehlikesinin ortaya çıkması nedeniyle ihtiyaç duyulmuştur. Birleşme Kanunu ile birlikte henüz zamanaşımına uğramamış suçlarda zamanaşımı süresi tekrar başlasa da; özellikle bir yıldan az süreli hapis ve adli para cezalarında öngörülen üç yıllık sürenin, bunun dışındaki suçlarda ise mutlak zamanaşımı süresinin dolması gündeme gelmiştir.

Bu husus, Temsilciler Meclisi (Bundesrat) ve Parlamento'daki diğer siyasi partiler tarafından tartışmaya açılmıştır. Temsilciler Meclisi, 31.12.1991 yılından önce Demokratik Almanya'da işlenmiş bazı hafif suçlar bakımından zamanaşımının sekiz sene sonra sona ereceğine ilişkin bir düzenleme önermiştir. Siyasi partiler ise "insan kaçırma" (Verschleppung) ve "politik itham" gibi suçlarda ve 31.12.1992 tarihinden önce Demokratik Almanya'da işlenmiş bazı hafif suçlarda zamanaşımının 01.01.1993 tarihinde başlamasına ilişkin önerilerde bulunmuşlardır. Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu m. 315a'ya eklenmesi düşünülen ve zamanaşımının 01.01.1993 tarihinde başlamasını öngören bu son öneri, m. 315a'nın ve mevzuatın bütünü bakımından çelişkiler arz edeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Çünkü bu durumda m. 315a içerisinde, yani aynı düzenlemede, zamanaşımı sürelerinin başlangıcını farklı tarihler olarak belirleyen iki ayrı ifade ortaya çıkacaktır. Bu durum, zamanaşımına ilişkin genel düzenleme olan Alm. CK. m. 78a ile de uyumsuzluğa neden olacak, benzer biçimde mutlak zamanaşımı süresinin tespiti

[587] Bkz.: Pieroth/Kingreen, **a.g.e.**, s. 388.
[588] BGH, Urteil vom 19.04.1994-5 StR 204/93.

bakımından da sorunlar yaşanacaktır[589]. Sonuç olarak 27.09.1993 tarihli Ceza Hukuku Zamanaşımı Sürelerinin Uzatılmasına İlişkin Kanun, Federal Parlamento tarafından kabul edilmiştir. Buna göre sadece belirli suçlar için değil, Demokratik Almanya'da belirli tarih aralığında işlenmiş tüm suçlar için geçerli olacak biçimde, zamanaşımı süresinin sona ermesine ilişkin asgari tarihler belirlenmiştir. Buna göre bu suçlar ancak belirtilen tarihlerde zamanaşımına uğrayabilecektir[590]. Henüz zamanaşımına uğramamış suçlar için öngörülen ve Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu m. 315a'ya iki, üç ve dördüncü fıkraları ekleyen düzenleme aşağıdaki gibidir:

(2) Birleşme Sözleşmesi m. 3'te belirtilen bölgelerde 31 Aralık 1992 tarihinden önce işlenen ve özgürlüğü bağlayıcı cezanın üst sınırı bir yıldan fazla beş yıldan az hapis cezası olan suçların takibi en erken 31 Aralık 1997 tarihinde, bu bölgelerde 2 Ekim 1990 tarihinde önce işlenen ve üst sınırı bir yıldan az hapis cezası veya adli para cezası olan suçların takibi ise 31 Aralık 1995 yılında zamanaşımına uğrar.

(3) Demokratik Almanya Cumhuriyeti hukukuna göre de belirtilmiş nitelikli insan öldürme suçunun unsurlarını (Alm. CK. m. 211) barındıran suçlar zamanaşımına uğramaz.

(4) 2. ve 3. Fıkralar 30 Eylül 1993 tarihinde halihazırda zamanaşımına uğramış suçlar için geçerli değildir.[591]

Söz konusu düzenleme, daha önce incelediklerimizden farklı olarak, zamanaşımı sürelerinin ancak belirli tarihlerde sona ereceğini belirtmesi bakımından ilginç bir düzenlemedir. Düzenleme, süreç içerisinde muhakemeye dair yaşanan teknik imkansızlıklarla temellendirilmeye çalışılmıştır. Birleşme sürecinin getirdiği personel ve organizasyon eksiklikleri, Demokratik Alman Gizli Servisi elindeki belgelerin incelenmesi, yeni suçların ve benzer biçimde birleşme suçluluğunun (Verenigungskriminalität) [592] tespitinde yaşanan zaman kaybı bu teknik

[589] Bkz.: Letzgus, **a.g.e.**, s. 61-62.
[590] Letzgus, **A.e.**, s. 63.
[591] Almanca metin için bkz.: (Çevrimiçi), https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl193s1657.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl193s1657.pdf%27%5D__1520457006220, 06.04.2018.
[592] Birleşme suçluluğu iki devletin birleşmesi sırasında ortaya çıkan, özellikle spekülasyon yapmak suretiyle kazanç elde etme gibi ekonomik suçları ifade etmektedir. Heinz Jankowiak, "Regierungs-

imkansızlıklara örnek olarak gösterilmiştir. Bu noktada Demokratik Almanya döneminde kendisine haksız biçimde ceza verilenler için 29.10.1992 tarihinde çıkarılan Rehabilitasyon Kanunu'na da değinmek gerekmektedir. Bu Kanun haksız ceza verilmesini sağlayanların tespiti amacıyla mağdurlara dilekçe hakkı vermiştir. İkinci Zamanaşımı Kanunu'nun çıktığı tarihte henüz bu dilekçelerin yarısına yakını incelenebilmiştir. Şu halde bu suçlar bakımından da zamanaşımına uğrama tehlikesi söz konusu olabilecektir[593]. Sonuç itibariyle birleşme tarihi ile 31.12.1992 tarihi arasında işlenen ve büyük oranda birleşme suçlarını içeren yeni suçlar için ayrı; birleşmeden önceki eski suçlar için ayrı tarihler belirlenmiştir. Bu tarihler, zamanaşımı süresinin ne zaman sona ereceğini ortaya koymaktadır. Eski suçlarda, yani birleşme öncesi işlenen suçlarda birleşmeyle beraber zamanaşımının kesildiğini ve yeniden başladığını; yeni suçlarda, yani birleşme sırası ve sonrası işlenen suçlarda ise zamanaşımını sürelerinin henüz işlemeye başladığını dikkate alınca, düzenlemenin çok sınırlı sayıda suçu içerdiğini belirtebiliriz[594].

İkinci Zamanaşımı Kanunu'nda öngörülen dolaylı süre uzatımlarının Anayasa'ya aykırı olup olmadığı, Birinci Zamanaşımı Kanunu'nda olduğu üzere, 1965 tarihli Kanun ve buna ilişkin verilen 1969 tarihli Federal Anayasa Mahkemesi kararı çerçevesinde tartışılmıştır. Tartışmalar ışığında gerçek olmayan geçmişe yürüme sonucu doğuran düzenlemenin, Anayasa'ya uygun olduğu savunulmuştur. Jordan, ilgili düzenleme ve kararın 1969'daki hukuki duruma dayandırılmasını eleştirmiştir. Yazar 2. Zamanaşımı Kanunu'nun çıkarıldığı dönem itibariyle, geçmişteki anlayış ve hukuki durumun değişmiş olabileceğini ileri sürmüştür. Bu nedenle günümüzdeki yeni zamanaşımı anlayışı çerçevesinde düzenlemenin daha ayrıntılı bir analizinin gerektiğini belirterek, 1969 tarihli Federal Anayasa Mahkemesi'nin getirdiği argümanların yeterli olmadığını ifade etmiştir[595].

Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu'na üçüncü fıkra olarak eklenen düzenleme ise Demokratik Almanya'da işlenen nitelikli insan öldürme suçu bakımından zamanaşımı süresini kaldırmaktadır. Bu düzenleme, Federal Almanya'da

---

und Verenigungskriminalität: Bilanz nach zehn Jahren Wiedervereinigung", **NJ**, Vol. 12, No. 2, 2000, s. 13.

[593] Letzgus, **A.e.**, s. 60.

[594] Adolf-Dietrich Jordan, "Die Regelung des 2. Verjährungsgesetzes zur "Verenigungskriminalität"", **NJ**, 6/1996, s. 294-295.

[595] Jordan, **A.e.**, s. 295.

söz konusu suç tipinde zamanaşımını kaldıran 16.07.1979 tarihli Ceza Hukukunun Değişikliği Kanunu'na benzemektedir[596]. Demokratik Almanya'da bu yönde bir hüküm bulunmaması nedeniyle ve hukuki birliği sağlama amacıyla böyle bir düzenlemeye gidilmiştir. 1979 yılında olduğu gibi burada da Anayasa'ya aykırılık iddiaları gündeme gelmiş, ancak yine 1969 tarihli Federal Anayasa Mahkemesi kararına atıf yapılarak zamanaşımı süresinin uzatılmasının güven ilkesine bağlı sübjektif hakkı ihlal etmediği ifade edilmiştir. Çünkü fail, fiili zamanaşımı sürelerine güvenerek işlememektedir. Söz konusu görüş, yetmiş altı ceza ve Anayasa hukukçusu tarafından deklare edilerek desteklenmiştir[597].

3.2.4. 22.12.1997 tarihli Ceza Hukuku Zamanaşımı Sürelerinin Yeniden Uzatılmasına ve Hukuki Yükümlülüklerin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Kanun (Üçüncü Zamanaşımı Kanunu)

İkinci Zamanaşımı Kanunu'nda yeni suçlar bakımından asgari zamanaşımına uğrama tarihi, 01.12.1997 olarak öngörülmüştü. Ancak bu tarihe yaklaşılırken, çalışmamızda defaten karşılaştığımız üzere, bazı suçların zamanaşımına uğramasının engellenmesi düşüncesi ortaya çıkmıştır. Bu düşünceye göre halen insan hakları ihlalleri ve ekonomik suçluluğa ilişkin karanlıkta kalan birçok suç söz konusudur. Demokratik Almanya döneminde onlarca yıl süren sistem suçluluğu (Systemkriminalität), birleşme sırası ve sonrasında işlenen suçlarla mücadeleyi engelleyici biçimde karmaşık durumlar yaratmıştır. Barbe'ye göre 1997 yılı itibariyle faili meçhul olaylar hala çok fazladır. Özellikle örgütlü suçlar biçiminde ortaya çıkan ve esas olarak birleşme sırası ve sonrasında işlenen ekonomik suçlarda bu durum daha belirgindir. Hukuki barış, hukuki ve iç güvenlik bakımından zamanaşımı sürelerini uzatılmasını sağlayacak düzenlemelerin yapılması şarttır. Kaldı ki Demokratik Almanya'da da bu tür suçların üstünün örtülmesini sağlayan birçok hakim, birleşme sonrası görevlerine devam etmektedir. Bu durum söz konusu suç fiillerinin açığa çıkarılamaması tehlikesini arttırmaktadır[598].

Aksi görüş ise bu ve yine İkinci Zamanaşımı Kanunu'nda belirtilen

[596] Bkz.: yuk. s. 136-137.
[597] Bkz.: Heuer/Lilie, **a.g.e.**, s. 357.
[598] Angelika Barbe, "Gegen die Verjährung von Regierungs-, Funktionärs-und Wirtschaftskriminalität", **DRiZ**, 1997, s. 316.

gerekçelerin, yeni bir düzenleme için yeterli olmadığı yönündedir. Buna göre birleşmenin ardından yedi sene geçmiş ve bu süreye rağmen kurumların sağlıklı biçimde oluşturulup faaliyete geçmemesi, Demokratik Alman Gizli Servisi elindeki belgelerin incelenmesinin uzun sürmesi, Rehabilitasyon Kanunu gereği verilen dilekçelerin sonuçlanmaması gibi gerekçeler; ceza hukuku eliyle geçmişle mücadele etmek ile zamanaşımı süresinin uzatılması arasındaki bağı kurmakta yetersizdir. Bu anlamıyla süre uzatımına neden olan bir düzenleme gereksiz ve gerçek anlamda birleşmenin önüne geçen, birliğe zarar veren bir niteliğe sahiptir. Bir kurumun dört sene içinde üç kez değiştirilmesi, birleşmenin ardından yeniden oluşturulan hukuk devlet mekanizmasını tahrip edecektir. Benzer biçimde sadece yeni eyaletlerin, yani eski Demokratik Almanya'da işlenen fiillerin kapsama dahil olması, düzenlemeyi eşitlik ilkesini aykırı hale getirecektir[599].

Belirtilen aleyhe görüşe rağmen Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu m. 315a'nın ikinci fıkrasında değişikliğe gidilmiş ve henüz zamanaşımına uğramamış yeni suçlarda belirtilen asgari zamanaşımına uğrama tarihi, 31.12.1997'ten 02.10.2000 tarihine çekilmiştir. Ayrıca Kanunu'nda yeni suçlar için öngörülen son suç işleme tarihi olan 31.12.1992 tarihi, metinden çıkarılmıştır. Sonuç olarak Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu m. 315a aşağıda belirtilen son halini almıştır:

(1) Birleşmenin gerçeklemesine kadar Demokratik Almanya hukukuna göre zamanaşımına uğramamış dava ve ceza zamanaşımları geçerliliğini korur. Bu durum, ancak birleşmeden önce Federal Almanya Cumhuriyeti ceza hukukunda bu fiillerin düzenlenmesi halinde geçerlidir. Dava zamanaşımı birleşmenin gerçekleştiği tarihte kesilmiş sayılır; bu düzenleme Federal Almanya Kanunu m. 78c/3'ün uygulamasını etkilemez.

(2) Birleşme Sözleşmesi m. 3'te belirtilen bölgelerde işlenen ve üst sınırı bir yıldan fazla beş yıldan az hapis cezası olan suçların takibi en erken 2 Ekim 2000 tarihinde, bu bölgelerde 2 Ekim 1990 tarihinde önce işlenen ve üst sınırı bir yıldan az hapis cezası veya adli para cezası olan suçların takibi ise 31 Aralık 1995 yılında zamanaşımına uğrar.

(3) Demokratik Almanya Cumhuriyeti hukukuna göre de belirtilmiş nitelikli insan

[599] Reinhart Zarneckow, "Keine Verjährung strafrechtlicher Verjährungsfristen", **DRiZ**, 1997, s. 315.

öldürme suçunun unsurlarını (Alm. CK. m. 211) barındıran suçlar zamanaşımına uğramaz.
(4) 2. ve 3. Fıkralar 30 Eylül 1993 tarihinde halihazırda zamanaşımına uğramış suçlar için geçerli değildir.
(5) Sosyalist Birlik Partisi'nin haksızlık rejiminin egemen olduğu dönemde işlenen, ancak açık veya tahmin edilebilir biçimde eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti devlet- veya parti yönetiminin isteği doğrultusunda politik veya özgürlükçü ve hukuk devletine bağlı bir düzeninin temel ilkeleriyle uyumsuz nedenlerden dolayı cezalandırılamayan suçların muhakemesi bakımından zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında 11 Ekim 1949 ile 2 Ekim 1990 tarihleri arasındaki süre dikkate alınmaz.

3.2.5. 26.10.2003 Tarihli Alman Anayasa Mahkemesi Kararı

Davaya konu olay Demokratik Almanya'da Ocak 1986 ile Aralık 1990 tarihleri arasında bir kreşte gerçekleşen cinsel istismar ve hürriyeti tahdit suçlarına ilişkindir. Söz konusu suç fiilleri hakkında 15.02.1999 tarihinde iddianame düzenlenmiş ve Yerel Mahkeme 06.09.1999 tarihinde fiillerin zamanaşımına uğradığı yönünde karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'nin aksi yöndeki kararının ardından, sanıklar olayı Anayasa Mahkemesi'ne taşımışlardır.

Yüksek Mahkeme, söz konusu fiillerin Demokratik Alm. CK.'ya göre üç ila sekiz yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu ve birleşme sırasında henüz zamanaşımına uğramadığını belirtmiştir. Bu nedenle Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu m. 315a/1'e göre zamanaşımı kesilmiş, devamında ise İkinci Zamanaşımı Kanunu ile süre 1997 ve Üçüncü Zamanaşımı Kanunu ile 2000 yılına kadar uzatılmıştır. Yine bu süre zarfında on yıllık mutlak zamanaşımı süresi de sona ermemiştir. Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu'nda yapılan tüm değişiklikler neticesinde ortaya çıkan son metin dikkate alındığında, fiilin zamanaşımına uğramadığı ileri sürülmüştür[600].

Yüksek Mahkeme kararından da anlaşıldığı üzere, somut olayda kesilme ve durma yanında özellikle mutlak zamanaşımı kurumu tartışma konusu yapılmıştır.

[600] BVerfG, Beschluss vom 26. November 2003-2 BvR 1247/01, Absatz-Nr. 2-5.

Bunun yanında suç fiillerinin adi suç olarak tanımlanması, adi suç-devlet suçluluğu ayrımı ve bunun sonuçlarına ilişkin tespitleri de beraberinde getirmiştir.

Başvurucular düzenlemenin ve düzenlemeye ilişkin Yüksek Mahkeme'nin yorumunun kanunilik, hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. Başvuruculara göre Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu m. 315a'nın birinci ve ikinci fıkraları mutlak zamanaşımı sürelerinin uygulanması bakımından birbiriyle çelişmektedir. Fıkraların lafzından farklı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir ki; bu, belirlilik ilkesine aykırıdır. Yüksek Mahkeme'nin faillerin cezalandırılmasına neden olacak yorumu da kanunilik ilkesine aykırıdır, çünkü hem cezalandırma hem de fiillerin muhakemesine ilişkin kurallar ancak kanun koyucu tarafından konulabilecektir. Ancak Mahkeme yorum yoluyla yetki sınırlarını aşmış, kanun koyucu gibi davranmıştır. Yine hukuki pozisyonları aleyhlerine değiştirildiği için, faillerin hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan hakları ihlal edilmiştir. Yüksek Mahkeme'nin İkinci ve Üçüncü Zamanaşımı Kanunları'nın adi suçları da kapsadığına ilişkin yorumunun, eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Çünkü söz konusu kanunlar sadece ağır hükümet ve birleşme suçları için zamanaşımı sürelerini uzatmaktadır. Yine adi suçların eski ve yeni eyaletler arasında farklı muamele görmesi sonucunu doğmuştur. Son olarak Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu m. 315a/1'de belirtilen mutlak zamanaşımının, zamanaşımı süresinin kesilmesi halinden etkilenmeyeceği ileri sürülmüştür. Bu nedenle her halükarda mutlak zamanaşımı süresi sona ermiştir. Aksi yönde bir uygulama, Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu m. 315a/1'in yok sayılması anlamına gelecektir. Kaldı ki m. 315a/1, maddenin diğer fıkralarına göre normlar hiyerarşisinde üstte yer almaktadır. Çünkü bu fıkra uluslararası nitelik taşıyan Birleşme Sözleşmesi ile konulmuşken, diğer fıkralar normal kanunlar eliyle getirilmiştir[601].

Anayasa Mahkemesi ise adi suçlar bakımından da mutlak zamanaşımı süresinin uzatıldığı yönündeki Yüksek Mahkeme yorumunu; düzenlemenin lafzı, amaç ve mahiyeti çerçevesinde Anayasa'ya uygun bulmuştur. İkinci ve Üçüncü Zamanaşımı Kanunları ile getirilen süre uzatımlarının sadece hükümet suçluluğunu değil, adi suçları da kapsadığı ifade edilmiştir. Kararında hükümet suçluluğu,

[601] BVerfG, Beschluss vom 26. November 2003-2 BvR 1247/01, Absatz-Nr. 7-11.

Sosyalist Birlik Partisi haksızlığı vb. kavramları kullanan Mahkeme, bu suçları zaten işlenmesinin devlet eliyle yönlendirildiği ve bu nedenle doğalında takip edilemeyen suçlar olarak tanımlamıştır [602]. Diğer bir iddiaya ilişkinse, öngörülen süre uzatımlarının hem normal hem de mutlak zamanaşımı sürelerine ilişkin olduğunu belirtmiştir. Fıkrada yer verilen "en erken" ifadesi, fiillerin belirtilen tarihlere kadar hiçbir şekilde zamanaşımına uğramayacağını ortaya koymaktadır.

Bu tespitler üzerinden m. 315a'nın kanunilik ilkesini zedelemediği belirtilmiştir. Düzenlemede fıkralar arasında bir çelişki yoktur. Birinci Zamanaşımı Kanunu ile getirilen düzenleme dışında, suç çeşitleri arasında bir ayrım yapılmamıştır. Şu halde adi suçlar için de mutlak zamanaşımı süresinin uzatıldığı açıktır. Diğer yandan kanunilik ilkesi, geçmişe yürümek suretiyle ceza kuran ve cezayı ağırlaştıran normların yapılmasını yasaklamıştır. Ancak muhakemenin zaman aralıklarına veyahut bu sürelerinin devamına ilişkin düzenlemeler bakımından böyle bir yasak söz konusu değildir[603].

Hukuk devleti ilkesi de ihlal edilmemektedir. Mahkeme söz konusu ilkeyi özellikle orantılılık ilkesi çerçevesinde ele almıştır. Buna göre zamanaşımı, anayasa kavramından da önce var olan bir kurumdur. Kurum, suçun ağırlığına göre belirlenmiş sürelerden sonra faillere karşı ceza hukuku araçlarının kullanılmasından vazgeçilmesi anlamını taşımaktadır. Bu vazgeçişin önemli nedenlerinden biri orantılılık ilkesidir. Çünkü belirli bir zamandan sonra verilecek ceza, gerek cezanın özel önleme gerekse de genel önleme amacı açısından orantısız olacaktır. Zamanaşımına ilişkin düzenlemeler mutlak zamanaşımı süresini, 1986 yılında işlenen bir suç için yaklaşık olarak 3/4 oranında arttırmaktadır. Bu, somut olay bakımından sanıkların haklarını ve menfaatini azaltan orantısız bir uzama değildir. Çünkü Demokratik Almanya'daki sistem kaynaklı haksızlığın boyutu ve adi suç oranlarındaki artış, özellikle adalet teşkilatının yeniden inşası sırasında suçların muhakemesini engellemekteydi. Bu nedenle adli kurumlarının daha fazla zamana ihtiyacı olmuştur. Süre uzatımı işte bu somut ihtiyacın bir sonucudur. Aksi halde eski Demokratik Almanya topraklarındaki eyaletlerde suç işleyen failler, geçiş döneminin

[602] BVerfG, Beschluss vom 26. November 2003-2 BvR 1247/01, Absatz-Nr. 35, 38, 46.
[603] BVerfG, Beschluss vom 26. November 2003-2 BvR 1247/01, Absatz-Nr. 33-34, 49.

aksaklıklarından yararlanarak ayrıcalıklı bir konum elde edeceklerdi. Bu bağlamda mutlak zamanaşımı sürelerini arttıran özel düzenlemeler yapılması adildir[604].

Mahkemeye göre eski ve yeni eyaletler bakımından farklı düzenleme ve uygulanmaların öngörülmesi, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Anayasa'daki eşitlik ilkesi kanun koyucuya esas eşitliğe keyfi biçimde eşitsiz veya esas eşitsizliğe keyfi biçimde eşit davranmamayı emretmektedir. Burada belirli bir parametre geliştirmek gerekmektedir. Somut olay bakımından eşitsiz uygulama adalet temelli bir bakış açısıyla uyumlu değilse, buna neden olan düzenleme adaletsiz ve keyfidir. Çünkü kanuni bir farklılık için gerekli bir neden yoktur. Ancak birleşme sonrası inşa süreci, söz konusu farklılığı ve ilgili düzenlemeleri bir ihtiyaç haline getirmiştir[605]

4. Uluslararası Hukukta

Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası gelişen tartışmalar uluslararası hukukta karşılık bulmuştur. Söz konusu karşılığı, hukuki düzenlemeler ve mahkeme içtihatları olarak iki bölümde inceleyeceğiz.

4.1. Düzenlemeler

4.1.1. 1968 Tarihli BM Savaş Suçlarında ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Sözleşme

Kanunilik ilkesinin bazı suçlar bakımından uygulanmayacağını düzenleyen Londra Sözleşmesi ve Nuremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı'na, çalışmamızın önceki bölümlerinde değinmiştik[606]. Yine daha önce değindiğimiz[607] üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 7/2 ve 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 15 gibi düzenlemelerle, ilke esnetilmişti. Bunlar yeni suç tiplerinin ihdas edilip geçmişe yürümesine imkan veren düzenlemelerdir. Zamanaşımı kurallarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilk önemli

[604] BVerfG, Beschluss vom 26. November 2003-2 BvR 1247/01, Absatz-Nr. 44, 46, 50-52.
[605] BVerfG, Beschluss vom 26. November 2003-2 BvR 1247/01, Absatz-Nr. 55.
[606] Bkz.: yuk. s. 117.
[607] Bkz.: yuk. s. 42-43.

uluslararası sözleşme ise, 1968'de düzenlenen ve 11.11.1970 yılında BM Genel Kurulu kararıyla imzaya açılan Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlar Bakımından Zamanaşımının Uygulanmayacağına Dair Sözleşme[608]'dir. Bazı suçlar bakımından zamanaşımı kurallarının uygulanmayacağını açıkça belirten Sözleşme'nin birinci maddesi, aşağıdaki gibidir:

"Madde 1. Kanuni sınırlamaların uygulanmayacağı suçlar

Hangi tarihte işlenmiş olursa olsun, aşağıdaki suçlar bakımından zamanaşımı süresi uygulanmaz:

1. 8. Ağustos 1945 tarihli Nuremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartında tanımlanan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 13 Şubat 1946 tarihli ve 3(1) sayılı ile 11 Aralık 1946 tarihli ve 95(1) sayılı kararlarında teyit edilen savaş suçları, özellikle de savaş mağdurlarının korunması için 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinde sayılan "ağır ihlaller";

2. İşlendiği ülkenin iç hukukunu ihlal oluşturmayan fiiller olarak kabul edilseler bile, ister savaş zamanında isterse barış zamanında işlenmiş olsun, 8 Ağustos 1945 tarihli Nuremberg Uluslararası Askeri Mahkemesinin Şartında tanımlanan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 13 Şubat 1946 tarihli ve 3(1) sayılı ile 11 Aralık 1946 tarihli ve 95(1) sayılı kararlarında teyit edilen insanlığa karşı suçlar, silah zoruyla tahliye etme veya işgal ve apartheid politikasının uygulanmasından kaynaklanan

---

[608] Sözleşme Türkçe'ye üç farklı biçimde çevrilmiştir. Bunlardan ilki "Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçların Sınırlanmasına İlişkin Sözleşme"'dir. Ezeli Azarkan, "Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar", **AÜHFD**, C. 52, S. 3, 2003, s. 279. İkincisi "Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlar Bakımından Kanuni Sınırlamaların Uygulanmayacağına Dair Sözleşme"'dir. (Çevrimiçi) https://hakikatadalethafiza.org/wp-content/uploads/2017/11/AYM-Amicus_Hülya-Dinçer-Osman-Doğru-SON-TR.pdf, s. 33; http://istanbul.mazlumder.org/tr/main/yayinlar/sozlesmeler/18/savas-suclari-ve-insanliga-karsi-suclar-bakim/371), 03.12.2017. Üçüncü çeviri ise "Savaş Suçlarında ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Konvansiyon"'dur. Taner, **a.g.e.,** s. 53. Şimşek ise ilginç biçimde aynı makalesinde hem birinci hem de üçüncü çeviriye yer vermiştir. Murat Şimşek, "Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar", **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C. 9, S. 44, 2016, s. 511, 516. BM'nin resmi internet sayfasında yer alan İngilizce orijinal metnin başlığı ikinci çevirinin, Fransızca orijinal metnin başlığı ise üçüncü çevrinin doğru olduğu izlenimi yaratmaktadır. Biz ise metnin her iki dildeki içeriği dikkate alındığında "Savaş Suçlarında ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmayacağına Dair Sözleşme" biçimindeki kullanımı doğru bulmaktayız. İngilizce ve Fransızca orijinal metin için bkz.: (Çevrimiçi) https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-6&chapter=4&clang=_en;
https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-6&chapter=4&clang=_fr., 03.12.2017.

gayri insani eylemler, ve 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nde tanımlanan soykırım suçu."[609]

Maddeye bakıldığında iki husus dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki, Sözleşme başlığında belirtilen insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları dışında da suç tiplerinin düzenlemeye dahil edilmiş olmasıdır. Gerçekten de madde metninde geçen "gayri insani eylemler" ve "soykırım" gibi ifadeler bu hususu ortaya koymaktadır. İkincisi ise, belirtilen suçların fiilin işlendiği tarihte iç hukukta suç olarak düzenlenip düzenlenmediğinin, Sözleşme'nin uygulanması bakımından önem arz etmemesidir. Yani bu suçlar, fiilin işlendiği tarihte iç hukukta düzenlenmemiş olsalar bile zamanaşımına tabi olmayacaktır. Düzenleme, belirtilen suç tiplerinin ve bunlara ilişkin zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüme yasağı kapsamında olmadığını ortaya koymaktadır. Ayrıca Sözleşme'nin ikinci maddesinde, bu fiilleri işleyen veyahut işlenmesine hoşgörü gösteren devlet yetkililerinin cezalandırılacağının altı çizilmiştir. İçinde bulunduğumuz tarih itibariyle söz konusu Sözleşme'ye elli beş ülke taraftır. Taraf olan ülkelere baktığımızda İngiltere, Almanya, Fransa, İtalya gibi birçok Avrupa ülkesinin Sözleşme'yi imzalamamış olması dikkat çekmektir. Sadece Estonya, Litvanya, Rusya gibi eski doğu bloğu ülkeleri ile çok sayıda Arap, Afrika ve Latin Amerika ülkesi Sözleşme'ye taraftır ki, bu husus düzenlemenin uygulanabilirliğini sınırlandırmaktadır. Ülkemiz de Sözleşmeye taraf değildir[610].

4.1.2. 1974 Tarihli İnsanlığa Karşı Suçlarda ve Savaş Suçlarında Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Avrupa Sözleşmesi

Zamanaşımı kurallarının geçmişe uygulanmasıyla ilgili bir diğer önemli Sözleşme, 25.01.1974 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen İnsanlığa Karşı Suçlarda ve Savaş Suçlarında Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Avrupa Sözleşmesi[611]'dir. Giriş kısmında Sözleşme'nin amacının, insanlığa karşı suçlar ve

[609] Türkçe çevirisi için bkz.: Osman Doğru, (Çevrimiçi), http://istanbul.mazlumder.org/tr/main/yayinlar/sozlesmeler/18/savas-suclari-ve-insanliga-karsi-suclar-bakim/371), 03.12.2017.
[610] Sözleşmeye taraf olan ülkeler için bkz.: (Çevrimiçi), https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-6&chapter=4&lang=en., 03.12.2017.
[611] BVerfG, Beschluss vom 26. November 2003-2 BvR 1247/01, Absatz-Nr. 55.
[611] Sözleşme Türkçe'ye üç farklı biçimde çevrilmiştir. Bunlardan ilki "İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçlarının Sınırlanmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi"'dir. Azarkan, **a.g.e.**, s. 279; Şimşek,

savaş suçlarının dava veya ceza zamanaşımına uğramamasını garanti altına almak olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu Sözleşme'nin konumuzla ilgili birinci maddesinin ilgili kısmı ve ikinci maddesi aşağıdaki gibidir:

"Madde 1

1. Sözleşme'ye taraf her devlet, iç hukuklarında suç olması şartıyla, belirtilen suçların takibinde veya hakkında hüküm verilmiş söz konusu suçların infazında zamanaşımının geçerli olmadığını garanti altına alacak önlemler almakla yükümlüdür.

Madde 2

1. Bu Sözleşme, Sözleşme'ye taraf devletler bakımından Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra işlenen suçlar için geçerlidir.

2. Sözleşme eğer zamanaşımına uğramamışsa, yürürlüğe girmeden önce işlenmiş suçlar için de geçerlidir."

Düzenleme, 1968 Tarihli Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlar Bakımından Kanuni Sınırlamaların Uygulanmayacağına Dair Sözleşme'den iki noktada farklılaşmaktadır. Bunlardan ilki, sadece önceden iç hukukta suç olarak düzenlenen fiiller bakımından geçmişe yürümeye imkan tanınmış olmasıdır. Konumuz bakımından önem arz eden diğer önemli fark ise, sadece zamanaşımına uğramamış suçlarda geçmişe yürümenin mümkün olduğunun belirtilmesidir. Sözleşme, üçüncü devletin Sözleşme'yi onaylamasından üç ay sonra yürürlüğe girecektir ki; bu ancak yirmi dokuz yıl sonra, yani 2003 yılında, mümkün olabilmiştir[612]. İçinde bulunduğumuz tarih itibariyle Sözleşme'yi sadece sekiz ülke imzalamış ve iç

---

a.g.e., s. 511. İkincisi "İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçları Bakımından Kanuni Sınırlamaların Uygulanmayacağına İlişkin Sözleşme"'dir. (Çevrimiçi) https://hakikatadalethafiza.org/wp-content/uploads/2017/11/AYM-Amicus_Hülya-Dinçer-Osman-Doğru-SON-TR.pdf, s. 33, 03.12.2017. Üçüncü çeviri ise "İnsanlığa Karşı Suçlarda ve Savaş Suçlarında Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Avrupa Sözleşmesi"'dir. Taner, **a.g.e.,** s. 53. Avrupa Konseyi'nin resmi internet sayfasında yer alan İngilizce orijinal metnin başlığı ikinci çevirinin; Fransızca orijinal metnin başlığı ile metnin sitede yer alan Almanca ve İtalyanca çevirileri, üçüncü çevrinin doğru olduğu izlenimi yaratmaktadır. Biz ise metnin her dört dildeki içeriği dikkate alındığında üçüncü kullanımı doğru bulmaktayız. İngilizce, Fransızca orjinal metin ile metnin Almanca ve İtalyanca çevirisi için bkz.: (Çevrimiçi), https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/082, 26.03.2019.

[612] Fahri Gökçen Taner, "Dava Zamanaşımının Kanunuilik İlkeiyle İmtihanı: İnsanlığa Karşı Suçlar", **Güncel Hukuk**, Nisan 2012/4, s. 52.

hukukunda onaylamıştır. Fransa ise Sözleşme'yi imzalamasına rağmen henüz onaylamamıştır. Ülkemiz de Sözleşme'ye taraf değildir[613].

4.1.3. 2006 Tarihli BM Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme

20.12.2006 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve 07.02.2007 tarihinde imzaya açılan Sözleşme, 23.12.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Aslında Sözleşme'nin ilgili hükümleri zamanaşımı kurallarının geçmişe yürürlüğünden ziyade, zamanaşımı süresinin başlangıç tarihini düzenlemektedir. Ancak AİHM kararlarına çokça konu olması ve konumuzla dolaylı ilgisi nedeniyle, Sözleşme'nin ele alınması gerekir. Yukarıda incelediklerimizden farklı olarak Sözleşme'yi yüze yakın ülke imzalamış ve altmışa yakını onaylamıştır. Ülkemiz ise Sözleşme'yi imzalamamıştır [614] . Zorla kaybedilme fiiline ilişkin zamanaşımı kurallarını düzenleyen Sözleşme'nin 8. maddesi aşağıdaki gibidir:

"*Madde 8*

5. Madde hükümleri saklı kalmak üzere:

1. Zorla kaybedilme olaylarında zaman aşımı uygulayan bir Taraf Devlet, cezai kovuşturma açısından bu süre için aşağıdaki hususları gözetecektir:

(a) Zaman aşımı süresinin uzun ve fiilin ağırlığı ile orantılı olarak belirlenmesi;

(b) Fiilin süreklilik taşıması durumu da göz önüne alınarak, zaman aşımı süresinin gözaltında kaybedilme fiilinin sona erdiği tarihten itibaren başlatılması.

2. Taraf Devletlerden her biri, zorla kaybedilme mağdurlarının zaman aşımı süresi içinde gerekli tazminatı almalarını sağlayacaktır."[615]

Düzenlemenin sadece zorla kaybedilme fiiline ilişkin olduğunun altını çizmekte fayda vardır. Ancak zorla kaybedilme sistematik veya yaygın olarak işlenmişse, uluslararası sözleşmelere göre insanlığa karşı suçlar veya soykırım suçu

---

[613] Sözleşmeyi onaylayan ülkeler Belçika, Bosna Hersek, Malta, Karadağ, Hollanda, Romanya, Sırbistan ve Ukrayna'dır. (Çevrimiçi), https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/082/signatures?p_auth=abEsEZxR, 04.12.2017.

[614] Sözleşmeye taraf olan ülkeler için bkz.: (Çevrimiçi), https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en%20, 03.12.2017.

[615] Türkçe çevirisi için bkz.: Osman Doğru, (Çevrimiçi) http://www.tihv.org.tr/wp-content/uploads/2015/05/Zorla-Kayıplara-İlişkin-BM-Sözleşmesi.pdf, 03.12.2017.

gündeme gelecektir ki, zaten bu suçlarda zamanaşımı süresi kabul edilmemektedir. Düzenlemede atıf yapılan Sözleşme'nin beşinci maddesi de bu hususu vurgulamaktadır.

Ülkemiz Sözleşme'ye taraf olmamasına rağmen yukarıdaki düzenlemeye uygun biçimde, TCK m. 66/6'da kesintisiz suçlarda zamanaşımı süresinin kesintinin gerçekleştiği andan itibaren başlayacağını düzenlemiştir. Ancak zorla kaybedilme bakımından tartışma konusu teşkil eden husus, kaybolan kişiye ulaşılamaması halinde zamanaşımı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağıdır. Bir görüş bu sürenin kaçırma eylemi ile başlatılmasını savunurken; diğer bir görüş sürenin işlemeye başlamadığı yönünedir. Bu husus 10.12.2015 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında da tartışılmıştır[616]. Konuya ilişkin BM İnsan Hakları Komisyonu'nun, 08.02.2005 tarihli BM İnsan Hakları Komisyonu Bağımsız Uzmanı Diane Orentlicher, "Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Teşvik Edilmesi ve Korunmasına İlişkin Güncellenmiş Prensipler"'nin 4. İlkesi; kişiye ulaşılamaması halinde, mağdur ailenin gerçeği bilme hakkının devam ettiğini ve bu hakkın zamanaşımına uğramayacağını belirtmektedir[617]. Yani kaybolan kişiye ulaşılamadığı, olay aydınlatılamadığı sürece zamanaşımı süresi işlemeye başlamayacaktır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı aksi yöndedir.

4.1.4. 2006 Tarihli BM Ağır İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallar

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun kabul ettiği karar, "ağır insan hakları ihlali" kavramı altında zamanaşımının uygulanmayacağı suçların alanını oldukça genişletmiştir. Kararın zamanaşımına ilişkin altıncı maddesi aşağıdaki gibidir:

"*Uygulanabilir bir antlaşma tarafından veya diğer benzeri uluslararası hukuki yükümlülükler içerisinde yer aldığında zaman aşımları, uluslararası hukuk nezdinde*

[616] Bkz.: yuk. s. 110-114.

[617] **Ağır İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılması, Avrupa Konseyi insan hakları el kitapları**, Çev. Zeynep Güllü, Avrupa Konseyi Strazburg, 2013, s. 43-44. (Çevrimiçi), http://insanhaklarisavunuculari.org/dokumantasyon/files/original/ff16ecded4a4b663713c17926136e80f.pdf, 03.12.2017.

suç teşkil eden ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri için geçerli olmaz.[618]

4.1.5. Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü

Uluslararası ceza hukukunun daimi mahkemesi sıfatıyla BM'ye bağlı yargılama yapan Uluslararası Ceza Divanı, 17.07.1998'de kabul edilen Roma Statüsü ile kurulmuştur. Statü, altmışıncı onay belgesinin teslim edilmesini takiben 01.07.2002 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir [619]. Söz konusu Statü, Mahkeme'nin uygulayacağı hukuki kaynakların başında yer almaktadır. Statü m. 5'de Mahkeme'nin yargılama yetkisindeki suçlar olarak soykırım, savaş suçu, insanlığa karşı suçlar ve saldırı suçu sayılmıştır. Sözleşme'nin 29. maddesi ise bu suçlarda zamanaşımına ilişkin önemli bir düzenleme öngörmektedir. Söz konusu düzenleme aşağıdaki gibidir:

"Madde 29

Kanun Sınırlamalarının Uygulanamazlığı

Mahkemenin yargı yetkisi içine giren suçlar, herhangi bir yasa sınırlamasına tabi değildir."[620]

Kanun sınırlamasına tabi olmama ifadesinden, iç hukuktaki muhakeme hükümlerinin Statü'de belirtilen suçların cezalandırılmasına engel teşkil etmeyeceği sonucu çıkarılmaktadır. Buna göre Roma Statüsü'nün 29. maddesinde Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamına giren suçlar için zamanaşımı sınırlamalarının uygulanmayacağı kabul edilmiştir; zira bu suçlar jus cogens niteliği taşıyan

---

[618] Türkçe çevirisi için bkz.: (Çevrimiçi), http://www.insanhaklarisavunuculari.org/dokumantasyon/items/show/357, 03.12.2017.
Yukarıda değindiğimiz 8 Şubat 2005 tarihli Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Teşvik Edilmesi ve Korunmasına İlişkin Güncellenmiş Prensipler'in 23. ilkesi de benzer bir düzenleme içermektedir. İlkeye göre *"ceza davalarında, sonradan herhangi bir etkili çözümü olmayacağı için, bir suçlamanın ya da cezanın zamanaşımına uğramasına izin verilmemelidir. Zamanaşımı doğaları gereği her zaman baki kalan uluslararası kanunlar nezdindeki suçlara uygulanmamalıdır. Uygulanması halinde ise, uğradıkları mağduriyet için tazminat peşinde olan mağdurlar tarafından açılan medeni ya da idari davalarda etkili olmamalıdır."* Türkçe çevirisi için bkz.: (Çevrimiçi), http://failibelli.org/wp-content/uploads/2015/10/BM-Ekonomik-Sosyal-Konsey-Bağımsız-Uzmanı-Diane-Orentlicherin-Kişisel-Dokunulmazlık-ile-Mücadeleyle-İlgili-Prensipler-Hakkındaki-Raporu-2005.pdf, 03.12.2017.

[619] Elif Uzun, "Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü", **Sosyal Bilimler Dergisi**, 2003/2, s. 25.

[620] Türkçe çevirisi için bkz.: (Çevrimiçi), https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b3.pdf, 03.12.2017.

suçlardır[621]. Statünün zamanaşımını istisnasız olarak reddeden bu hükmünün, ulusal alanda zamanaşımına uğramış suçların yargılanmasına imkan tanıyıp tanımadığı ve uluslararası hukukun ikinciliği ilkesinin zedelenip zedelenmediği, tartışma konusu olmuştur. Bu noktada gerçek geçmişe yürümenin mümkün olduğu ve ikincillik ilkesinin ihlal edilmediği belirtilmiştir. Çünkü uluslararası hukukun zamanaşımına tabi tutmadığı fiiller, yalnızca en ağır olanlarıdır ve bu suçlar bakımından ulusal mevzuatın da uluslararası hukukla bağdaşır biçimde düzenlenmesi gerekmektedir. Bunu yapmayan devletin, bu fiilleri kovuşturma konusundaki isteksizliğini ortaya koyması nedeniyle, ikincillik ilkesinin öne sürülmesi düşünülemez[622]. Ancak Statü'nün bu düzenlemesinin, m. 11/1 uyarınca Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihinden sonra işlenen suçlara uygulanabileceğinin altını çizmekte fayda vardır. Ülkemiz Statü'ye taraf değildir.

4.2. AİHM İçtihatları

AİHM'in konuya ilişkin üç tip karardan söz etmek mümkündür. Bunlardan ilki fiilin işlendiği tarihte iç hukukta suç olarak düzenlenmemiş ve dolayısıyla da zamanaşımı süresine ilişkin bir düzenlemenin yer almadığı suçlara ilişkindir. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında işlenen savaş suçu veya insanlığa karşı suçlara ilişkin konumuzla alakalı önemli kararlar söz konusudur. Bunlardan yukarıda da değindiğimiz[623] Kononov/Letonya Kararı'nda, Mahkeme 1944 yılında işlenen fiilleri savaş suçu olarak değerlendirmiş ve bu suça ilişkin uluslararası hukukun uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre iç hukukta düzenlenmemiş olsa bile, savaş suçu 1907 Lahey Sözleşmesi ve 1929 tarihli Cenevre Sözleşmesi gereği uluslararası hukukun bir parçasıdır. Bu durumda AHİS m. 7/2 gereği uluslararası hukuka başvurulabilecektir. Mahkeme tarafından karara

[621] Amicus Curiae Görüşü, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve Zorla Kaybetmeler, s. 33. (Çevrimiçi), https://www.scribd.com/document/345849737/Amicus-Curiae-Goruşu-Anayasa-Mahkemesi-ne-Bireysel-Başvuru-ve-Zorla-Kaybetmeler, 03.12.2017.
[622] Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2017, s. 436.
[623] Bkz.: yuk. s. 110.

bağlanması gereken temel sorun, fiilin uluslararası hukukta zamanaşımına uğramış olup olmadığıdır. 1944 yılında savaş suçlarında zamanaşımına ilişkin uluslararası hukuk tarafından belirlenmiş bir süre söz konusu değildir. Ayrıca sözleşmeci ülke 1968 tarihli Savaş Suçlarında ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanamamasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne de taraftır. Bu hususları dikkate alan Mahkeme suç tipi olarak uluslararası hukukta var olan, ancak zamanaşımı süresi düzenlenmemiş bir suçun zamanaşımına tabi olmadığı sonucunu çıkarmış ve davaya konu suç fiilinin zamanaşımına uğramadığına karar vermiştir[624].

Kolk ve Kislyiy/Estonya kararında ise insanlığa karşı suçlar bakımından benzer bir tartışma yürütülmüştür. 1949 yılında gerçekleşen davaya konu olay, toplumun bir kesiminin toplu biçimde yerinden edilmesi fiiline ilişkindir. AİHM'e göre Nuremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı ve Londra Sözleşmesi İkinci Dünya Savaşı'nda işlenen suçlar için düzenlenmişse de, insanlığa karşı suçları uluslararası hukukun bir parçası haline getirmiştir. Estonya topraklarının da yer aldığı SSBC, o dönem Sözleşme'nin bir tarafıdır. Benzer biçimde Estonya 1968 tarihli Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlar Bakımından Kanuni Sınırlamaların Uygulanmayacağına Dair Sözleşme'yi onaylamıştır. Şu durumda iç hukukta söz konusu suç bakımından zamanaşımı süresinin sona erdiği söylenemeyecektir[625].

Söz konusu olaylara benzer nitelikteki Janowiec ve diğerleri/Rusya kararında Mahkeme, kısmen aksi yönde karar vermiştir. 1940 yılında gerçekleşen olay, İkinci Dünya Savaşı sırasında SSBC askerlerince Polonyalı kamu görevlilerinin öldürülmesine ilişkindir. Mahkeme SSBC'nin yıkılmasının ardından açığa çıkan ölümlerin, AİHS'in Rusya'da yürürlüğe girdiği tarih olan 1998'den önce gerçekleşmiş olmasına dikkat çekmiştir. Bu anlamda Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleşen usuli işlem ve ihmaller üzerinde etkili ve tetikleyici olay olan ölüm ile Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi arasında "gerçek bir bağlantı" yoktur. Suçun Sözleşme'nin kabul edilmesinden çok önce işlenmesi durumunda, Sözleşme'ye taraf Devlet, uluslararası hukuk uyarınca sorumlu tutulamayacaktır.

[624] Kononov/Letonya, Başvuru no. 36376/04, 10.05.2010.
[625] Kolk ve Kislyiy/Estonya, Başvuru no. 23052/04 ve 24018/04, 17.01.2006.

Ayrıca 1998 tarihinden sonra olaya ilişkin yeni deliller ortaya çıkmamıştır[626]. Bu nedenlerle Mahkeme söz konusu suçların yargı yetkisi dışında olduğuna hükmetmiş ve Rusya'yı yaşam hakkı ve işkence yasağından dolayı mahkum etmemiştir. Bu yönüyle yukarıdaki kararlarından ayrılmaktadır. Ancak Mahkeme 1990'dan sonra Rusya'da yapılan yargılamaların başta gizlik kararı nedeniyle gerektiği gibi yürütülmediğini ve çekişmeli yargı ilkesinin ihlal edildiğini belirterek, Rusya'yı AİHS m. 38 çerçevesinde mahkum etmiştir[627].

İkinci tip kararlara örnek olarak, zamanaşımının neden olduğu cezasızlığa ilişkin kararları verebiliriz. Mahkeme zorla kaybettirme, işkence ve kötü muameleye gibi fiilleri gerçekleştiren kamu görevlilerinin iç hukuktaki zamanaşımı düzenlemeleri nedeniyle cezasız kalmasını; yaşam hakkı ve işkence yasağının ihlali olarak kabul etmiştir. Gerçekten de Yaman/Türkiye [628], Yeter/Türkiye [629], Çakır/Türkiye[630], Tuna/Türkiye[631], 21 Kasım 1989 Derneği ve diğerleri/Romanya[632], İzci/Türkiye[633], Mocanu ve diğerleri/Romanya[634] kararlarında açık biçimde "bir devlet görevlisinin işkence veya kötü muameleyle suçlandığı durumlarda etkili başvurunun amaçları çerçevesinde, cezai işlemlerin ve hüküm verme sürecinin zamanaşımına uğramamasının; ve genel af veya affın mümkün kılınmaması gerektiğinin" altı çizilmiştir. Benzer biçimde Okkalı/Türkiye[635], Türkmen/Türkiye[636], S.Z./Bulgaristan[637], Margus/Hırvatistan[638], Cestaro/İtalya[639], Baştürk/Türkiye[640],

[626] Mahkeme'nin ilgili daire söz konusu durumu şu şekilde özetlemiştir: *"Bu tür suçlar Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından Kanuni Sınırlamaların Uygulanmayacağına dair Sözleşme marifetiyle herhangi bir hak düşürücü zamanaşımına tabi olmamakla birlikte..., bu demek değildir ki Devletlerin söz konusu suçları soruşturma yönünde hiç bitmeyen bir yükümlülükleri bulunmaktadır. Ne var ki, söz konusu suçların işlendiği koşullara yeni bir ışık tuttuğu öne sürülen bilgilerin kritik tarihten sonra kamuya arz edilmiş olması halinde bu usuli yükümlülük yeniden canlandırılabilir. Ancak herhangi bir iddianın veya savın, Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında yepyeni bir soruşturma yükümlülüğünü tetikleyebilmesi de mümkün değildir."* Janowiec ve Diğerleri/Rusya, Başvuru no. 55508/07 ve 29520/09, 21.10.2013.
[627] Janowiec ve Diğerleri/Rusya, Başvuru no. 55508/07 ve 29520/09, 21.10.2013.
[628] Yaman/Türkiye, Başvuru no. 32446/96, 02.10.2004.
[629] Yeter/Türkiye, Başvuru no. 33750/03, 13.02.2009.
[630] Çakır/Belçika, Başvuru no. 44256/06, 10.03.2009.
[631] Tuna/Türkiye, Başvuru no. 22339/03, 19.10.2010.
[632] 21 Kasım 1989 Derneği ve diğerleri/Romanya, Başvuru no. 33810/07, 24. 05. 2011.
[633] İzci/Türkiye, Başvuru no. 42606/05, 23.07.2013.
[634] Mocanu ve diğerleri/Romanya, Başvuru no. 10865/09, 45886/07 ve 32431/08, 17.09.2014.
[635] Okkalı/Türkiye, Başvuru no. 52067/99, 10.10.2006.
[636] Türkmen/Türkiye, Başvuru no. 43124/98, 19.12.2006.
[637] S.Z./Bulgaristan, Başvuru no. 29263/12, 03.03.2015.
[638] Margus/Hırvatistan, Başvuru no. 4455/10, 27.05.2014.

Talipoğlu/Türkiye [641] , Hamdemir ve diğerleri/Türkiye [642] kararlarında devletin zamanında yargılama yapma yükümlülüğüne aykırı davranarak kamu görevlilerinin cezasız kalmasına neden olacak fiillerini, yaşam hakkı veya işkence yasağının ihlali olarak kabul etmiştir. Bunlardan S.Z./Bulgaristan kararında aralarında kamu görevlilerinin de bulunduğu faillerin işlediği hürriyeti tahdit, nitelikli cinsel saldırı gibi suçlar dava konusu olmuştur. Failler söz konusu fiilleri nedeniyle ya çok az ceza almış ya da zamanaşımı nedeniyle hiç ceza almamışlardır. Mahkeme bu sonucu, etkin soruşturma eksikliği nedeniyle işkence yasağının ihlali sayılmıştır. Karar bu yönüyle hem AİHS m. 2 ve 3.'ün kapsamını genişletmiş, hem de kamu görevlisi olmayan diğer sanıkların da sorumluluk kapsamında olduğuna dair kısmi bir ifadede bulunmuştur.

Üçüncü tip karar olarak konumuzla da yakın alakası nedeniyle Coeme ve Diğerleri/Belçika kararına değinmek gerekmektedir. Karara konu olayda suç tarihinden sonra zamanaşımı süresini uzatan bir düzenlemenin somut olaya uygulanması söz konusudur. Mahkeme söz konusu düzenlemenin AİHS'e aykırı olmadığına, çünkü zamanaşımının şekli ceza hukuku kurumu olması nedeniyle henüz zamanaşımı süresi sona ermemiş suçlara derhal uygulanacağına hükmetmiştir[643].

[639] Cestaro/İtalya, Başvuru no. 6884/11, 07.04.2015.
[640] Baştürk/Türkiye, Başvuru no. 49742/09, 28.04.2015.
[641] Talipoğlu/Türkiye, Başvuru no. 16408/10, 18.10.2016.
[642] Hamdemir ve diğerleri/Türkiye, Başvuru no. 41896/08, 15.11.2016.
[643] Coeme ve diğerleri/Belçika, Başvuru no. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 ve 33210/96, 22.06.2000.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

DOKTRİNDE ZAMANAŞIMI KURALLARININ GEÇMİŞE YÜRÜME YASAĞI KARŞISINDAKİ DURUMUNA İLİŞKİN TARTIŞMALAR

1. Genel Olarak

Bu bölümde çalışma konumuza ilişkin doktrindeki görüşler ortaya konulacaktır. Görüşlerin bir kısmına kurum, ilke veyahut somut düzenlemeler ele alınırken yer verilmişti. Ancak burada tüm görüşler bir sistematik çerçevesinde ortaya konulmak suretiyle, kendi görüşümüz oluşturulacaktır. Çalışmamızın üçüncü bölümünde toplumsal ve siyasi konumları gereği güç sahibi olan kamu görevlilerinin işlediği ve yine bu yüzden muhakeme edilemeyen ve neticede zamanaşımına uğramış veya uğramak üzere olan suç örnekleri üzerinde durulmuştu. Çünkü zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüyüp yürümeyeceği, en çok bu suçlar bakımından tartışma konusu yapılmıştır. Bu anlamda tartışmaları devlet suçluluğu kavramı bağlamında da değerlendirmek gerektiğini düşünmekteyiz.

Görüş ve tartışmalar ortaya konulmadan önce bir noktaya değinmekte fayda vardır. O da gerçek ve gerçek olmayan geçmişe yürüme bakımından görüşlerin farklılaştığıdır. Çalışmamızda da görüldüğü üzere sadece gerçek olmayan değil, gerçek geçmişe yürümeye vücut verecek düzenlemeler de yapılagelmiştir. Ancak, doktrindeki hakim görüş, gerçek geçmişe yürümenin hiçbir gerekçeyle kabul edilebilir olmadığıdır [644]. Çünkü gerçek geçmişe yürüme kapanmış, sonlanmış somut bir olaya ve fail aleyhine sonuç doğuracak biçimde müdahale anlamını taşımaktadır. Fail, gerçek olmayan geçmişe yürümedekinin aksine, ceza almayacağına ilişkin kesin bir güven içinde hayatını düzenlemekteyken böyle bir müdahaleyle karşılaşmaktadır[645]. Ancak 18.09.1952 tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi

[644] Breymann, **a.g.e.**, s. 463; Lorenz, **a.g.e.**, s. 302; Wolfgang Mischnick, "Gegen eine Verlängerung der Verjährungsfristen, **ZPR**, Heft 3/1968, s. 63; Benda, **a.g.e.**, s. 14-15; Bemmann, 1965, **a.g.e**., s. 339.
[645] Bkz.: Heuer/Lilie, **a.g.e.**, s. 357; Dannecker, **a.g.e.,** s. 200.

kararında görüldüğü üzere[646], gerçek geçmişe yürümeyi anayasal ilkelere uygun bulan istisnai yargı içtihatları da mevcuttur. Gerçek geçmişe yürümenin mümkün olduğunu savunanlar zamanaşımının hukuki güvenlik ve güven ilkesi kapsamında korunmadığı, suç fiillerinin aşırı haksızlığa neden olduğu ve kamu yararı gereği bu haksızlığın önlenmesi gerektiği gibi gerekçelerden hareket etmektedirler[647]. Gerçek olmayan geçmişe yürüme aleyhine görüş bildirenlerin, gerçek geçmişe yürümeye evleviyetle karşı çıkacakları açıktır. Doktrindeki tartışmalar da kural olarak gerçek olmayan geçmişe yürüme örnekleri çerçevesinde dile getirilmektedir. Biz ise, gerçek ve gerçek olmayan geçmişe yürüme bakımından esaslı bir farklılığın olmadığı yönündeki görüşümüzden bağımsız olarak, incelemeyi gerçek olmayan geçmişe yürüme üzerinden yapmayı uygun bulmaktayız.

2. Kanunilik İlkesi Bakımından

Kanunilik ilkesi ve onun alt ilkesi olan geçmişe yürüme yasağının tarihsel gelişimi ve buna bağlı olarak kapsamı, zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüyüp yürüyemeyeceği konusunda temel tartışma alanlarından biri olmuştur. İlkenin anlamı ve kapsamı tarihsel süreçlere bağlı olarak değişim göstermiştir. Değişimin temel sebebi, çalışmamızda da belirttiğimiz üzere kanunilik ilkesinin toplumsal olaylardan ve görüşlerden derin biçimde etkilenmesidir. İlkeye ilişkin farklı yaklaşımlar, temel sorumuza cevabın da farklılaşmasına neden olmaktadır.

Sorumuza kanunilik ilkesi bağlamında cevap vermeye çalışan yazarların temel farklılık noktalarından biri, zamanaşımının hukuki niteliğinin kanunların zaman bakımından uygulanmasındaki rolü olmuştur. Buna göre kurumun maddi veya karma bir niteliğe sahip olduğunu kabul eden ve sadece bu nedenle geçmişe yürüme yasağı kapsamında olduğunu ve sonradan yürürlüğe giren düzenlemenin hiçbir suretle uygulanmayacağını ileri süren yazarlar olduğu gibi; aksi yönde bazı yazarlarca kurum şekli ceza hukuku içerisinde değerlendirilmiş ve bu özelliği nedeniyle suç tarihindeki zamanaşımı kurallarının yerine yeni kuralların uygulanacağı iddia edilmiştir. Aslında zamanaşımı şekli ceza hukuku kurumu kabul

[646] Bkz.: yuk. s. 125-127.
[647] Bkz.: Pieroth/Kingreen, **a.g.e.**, s. 391.

edilse dahi, ortada bir geçmişe yürüme uygulamasının olmadığının altını önemle çizmek gerekmektedir. Burada geçmişe yürüme değil, derhal uygulama ilkesi uygulanmaktadır[648]. Ancak derhal uygulama ilkesi gereği zamanaşımı süresi sona ermemişse, suç tarihindeki değil sonradan yapılan düzenleme olaya uygulanacaktır. Kısacası ortaya çıkan sonuç bakımından kurumun hangi alana dahil olduğu, konumuzla yakın bir ilişki içerisindedir. İkinci bir grup yazar ise kurumun hukuki niteliğinin zaman bakımından uygulama bakımından önem arz etmediği düşüncesindedirler. Bu nedenle esas olarak kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağının amaç ve mahiyeti üzerinde durmuşlardır.

2.1. Zamanaşımının Hukuki Niteliğini Esas Alan Görüş

2.1.1. Geçmişe Yürüme Yasağı Lehine Görüşler

Kurumun maddi veya karma bir niteliğe sahip olduğunu savunan görüşe göre, tıpkı suç ve cezaları tayin eden düzenlemeler gibi zamanaşımı kuralları da geçmişe yürüyemeyecek ve suç tarihinde yürürlükte olmayan bir düzenleme, fail aleyhine uygulanamayacaktır. Zamanaşımı fiili suç olmaktan çıkarmasa da, devletin cezalandırma yetkisini kaldırması sebebiyle benzer bir etki yaratmaktadır. Yukarıda da belirtiğimiz üzere ülkemizde Anayasa koyucu, zamanaşımını cezayı ağırlaştıracak maddi bir kurum olarak değerlendirmiş ve açık anayasal düzenlemeyle geçmişe yürüme yasağı kapsamına dahil etmiştir[649]. Anayasa Mahkemesi de yakın tarihli bir kararında bu hususun altını çizmiştir[650].

2.1.2. Derhal Uygulama İlkesi Lehine Görüşler

Zamanaşımını şekli ceza hukuku kurumu olarak kabul eden görüşe göre, suç tarihinden sonra yürürlüğe giren zamanaşımı kuralları derhal uygulama ilkesi gereği

[648] Derhal uygulama ile geçmişe yürüme birbirlerine karıştırılsa da esasen iki farklı ilkedir. Derhal uygulanırlık, geçmişe yürüme yasağı bakımından öngörülmüş bir istisna değildir. Yürürlüğe giren yeni bir şekli hukuk kuralının devam etmekte olan muhakeme işlemlerine uygulanması halinde, geçmişe yürümeden bahsedilemez. Katoğlu, **a.g.e.**, s. 287.
[649] Bkz.: yuk. s. 98.
[650] AYM, Başvuru no. 2015/39, T. 11.10.2018, parag. 24, 26.

zamanaşımına uğramamış suçlara uygulanabilecektir. Bu görüşe ilişkin en somut örnek AİHM'in yukarıda değindiğimiz Coeme ve Diğerleri/Belçika kararıdır[651].

2.2. Zamanaşımının Hukuki Niteliğini Esas Almayan Görüş

Bazı yazarlara göre, tartışmanın esası zamanaşımının hukuki niteliği değildir[652]. Bir kurumun maddi veya şekli ceza hukukuna ait olmasının belirlenmesi, sadece sistematik düzenleme gerekliliğinin bir sonucudur. Bu ayrım hukukun temel ilkelerinin uygulanması konusunda bir farklılık gözetilmesine neden oluyorsa, dikkate alınmamalıdır. Bir kurumun hangi alana dahil olduğu, anayasanın koruma sahasını belirleyemez. Asıl sorun zamanaşımına ilişkin düzenlemeler sonucu gerçekleşen geçmişe yürüme uygulamasının, anayasalarda yer alan kanunilik ilkesinin esasına aykırı olup olmadığıdır[653].

Kanaatimizce de maddi-şekli ceza hukuku ayrımı bakımından kesin bir ölçüt getirmek zordur. Farklı başlıklar altında ele alınan ayrım çabalarında benzer, hatta aynı kavramların kullanılması görüşümüzü desteklemektedir. Bu husus özellikle "ceza yaptırımını hak etme" ile "suç fiilini meydana getiren olaylarla bağlantılı olma" kriterleri bakımından daha açık biçimde görülmektedir. "Cezalandırılabilirlik", "cezalandırma yetkisi", "suç fiiliyle bağlantılı olma" gibi kavramlar her iki ölçütü ortaya koyan görüşler tarafından, en azından destekleyici kavramlar olarak kullanılmıştır. Kısacası gerek ölçütleri ortaya koyan kavramlaştırmalar, gerekse de kriterlerin kendisi kesin bir ayrımı ortaya koyamamaktadır.

---

[651] Bkz.: yuk. s. 166. Kurumu maddi-şekli ceza hukuku diye ayırmaksızın benzer bir sonuca varan Zachariae, zamanaşımına ilişkin sonradan yürürlüğe giren düzenlemenin geçmişe yürüme nitleğinde değil; henüz, sona ermemiş bir hukuki sürece dair ve hukukun uygulanmasını garanti altına alan bir düzenleme olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre henüz zamanaşımı sona ermemiş bir suç bakımından, geçen zamanaşımı süresi fail için kazanılmış bir hak teşkil etmeyecektir. Heinrich Albert Zachariae, **Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetzes**, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1834, s. 46-47.

[652] Andreas, **a.g.e.**, s. 105; Volk, **a.g.e.**, s. 56-57.

[653] Arndt, 1961, **a.g.e.**, s. 15; Wilmms, **a.g.e.**, s. 61; Gerald Grünwald, "Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, **MDR**, 1965, s. 522; Hans-Ludwig Schreiber, "Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte", **ZStW, 80 (1968**), s. 362; Fuhrmann, **a.g.e.**, s. 1965, s. 16; Wolfgang Naucke "Rechtspolitische Vorentscheidungen bei der Diskussion einer Verlängerung vonVerjährungsfristen für NS-Verbrechen", **ZRP**, Heft 1/1969, s. 8; bkz.: Katoğlu, **a.g.e.,** s. 156.

Ayrım bakımından Kaufmann'ın ceza muhakemesini yok sayarak ortaya koyduğu formüle getirilen eleştirilere[654] katılmaktayız. Bu formül kanımızca birçok kurumu her iki alana dahil edebilecek bir niteliğe sahip olup, ayrımı ortaya koymak bakımından işlevsizdir. Gallas'ın kanunilik ilkesine yaptığı vurgu ise kanımızca üzerinde durulması gereken bir husustur. Gallas maddi-şekli ceza hukuku ayrımının, kanunilik ilkesi ve dolayısıyla geçmişe yürümesi yasağının koruma sahasına göre belirlenmesi gerektiği düşüncesindedir. Bu nedenle bir kurumun hangi alana dahil olduğunun tespitinin ardından geçmişe yürüme tartışması yapmak yerine; tersi biçimde geçmişe yürümenin sonuçları üzerinden kurumun hukuki niteliğinin tespitine gitmiştir[655]. Hukuki sonuç odaklı benzer bir görüş şekli bir ayrımı doğru bulmamakta, somut olayda geçmişe yönelik uygulama sonucu vatandaşların normdan nasıl etkileneceğinin (Normbetroffenheit des Bürgers) dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir[656]. Bu gereklilik ise hukuki ve siyasi bir tartışmayı beraberinde getirmektedir.

Maddi-şekli ceza hukuku ayrımına ilişkin kesin bir ölçüt getirilemeyeceği yönündeki görüşümüz, zamanaşımının hangi alana dahil olduğu meselesi bakımından da geçerlidir. Hatta zamanaşımı kurumunun hangi alana dahil olduğunu ortaya koymak, söz konusu ölçütler göz önüne alındığında, diğer birçok kuruma nazaran daha da zordur. Bu nedenle maddi-şekli ceza hukuku ayrımının, tartışmamız bakımından belirleyici olmadığını düşünmekteyiz. Bu düşüncemiz soykırım ve insanlığa karşı suçlar başta olmak üzere, genel olarak toplumsal ve siyasi konumları gereği güç sahibi olan kamu görevlileri eliyle gerçekleştirilen ağır suçlar bakımından haklılığını daha açık biçimde ortaya koymaktadır. Bu suçlar, ilerleyen bölümlerde "devlet suçluluğu" kavramı altında daha ayrıntılı biçimde incelenecektir. Sonuç olarak suç tarihindeki mi yoksa suç tarihinden sonraki yeni zamanaşımı düzenlemesinin mi somut olaya uygulanacağı sorusunun cevabını ayrımı net olmayan bir alan tartışmasına sıkıştırmak, bizi gereğinden fazla biçimsel ve eksik bir değerlendirmeye götürecektir.

---

[654] Bkz:. yuk. s. 88.
[655] Bkz:. yuk. s. 87.
[656] Andreas, **a.g.e.**, s. 105.

2.2.1. Yürüme Yasağı Lehine Geçmişe Görüşler

Kanunilik ilkesine yaklaşımların geçmişe yürüme yasağı tartışmalarında belirleyici olduğunu belirtebiliriz. İlkenin formalist yorumunu esas alanlar, zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesine karşı çıkmaktadırlar. Buna göre zamanaşımı bakımından kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağı, devletin cezalandırma gücünün sınırlandırılması anlamını taşımaktadır. Zamanaşımı kurumu, devletin cezalandırma yetkisinin zaman bakımından sınırlandırılması bağlamında bunun en önemli örneklerindendir. Bu nedenle zamanaşımı kuralları kanunilik ilkesi gereği belirli, açık olmalı ve geçmişe yürümemelidir. Aksi yönde bir uygulama, kanunilik ilkesinin amacına aykırı olarak, devletin keyfiliğini bireyin özgürlük sahası aleyhine genişletecektir. Söz konusu genişleme, Aydınlanma Çağı'nın kazanımlarının kaybına ve bu dönemde hakim olan anlayışın terkine neden olacaktır [657] . Çünkü kanunilik ilkesi, Aydınlanma Çağı'nda devletin keyfi müdahalesinin önlenmesi ve modern devletin inşasında kullanılan en önemli araçlardan biridir. Bu anlayış o döneme kadar egemen olan ahlaki iyi, ilahi güç vb.'ye dayandırılan hukukun yerine; akla dayalı matematik-tümdengelimli bir hukuku koymuştur. Bu, yazılı olan dışındaki hukuku reddeden ve hatta yazılı hukukun yorumlanmasını dahi yasaklayan, geçmişe yürüme yasağını istisnasız kabul eden kanun devleti idealidir. Söz konusu idealin temeli devlet gücünü birey yararına sınırlayarak keyfiliği engelleme, vatandaşlara kanun yoluyla bir davranış ölçütü koyma, hukuki güvenliği sağlama ve potansiyel suçluları suç işlemeden önce korkutarak suçun işlenmesini önleme üzerine kurulmuştur[658].

Almanya'da zamanaşımı süresinin uzatılması sonucunu doğuracak 1960 yılındaki teklife karşı çıkan milletvekilleri de politik ve hukuki gerekçeleri birbirinden ayırmak gerektiğini iddia etmişlerdir. Buna göre kanunilik ilkesinin, hukuki güvenliği güvence altına alan ve politik gerekçelerden bağımsız bir niteliği vardır. Hangi suç bakımından olursa olsun bu güvenceyi ortadan kaldırmak, ilkenin ihlali anlamına gelecektir[659]. Biçimsel ilkelerin tarihsel olarak en önemlisi sayılan

[657] Mischnick, **a.g.e.**, s. 63; Wilmms, **a.g.e.**, s. 61; Grünwald, 1965, **a.g.e.**, s. 522, 524; Sambale, **a.g.e.**, s. 161-162.
[658] Bkz.: yuk. s. 29.
[659] Sambale, **a.g.e.**, s. 61.

kanunilik ilkesi ve buna bağlı olarak geçmişe yürüme yasağı, devlet faaliyetlerinin meşruluğu açısından taviz verilmesi mümkün olmayan bir kaynaktır. Bu ilkenin bir kenara bırakılması, hukuk devleti düşüncesinin henüz şekillendiği dönemde mücadelenin esas hedefi olan ve hukuk devletinin antitezi olarak ortaya çıkmasında tez işlevi gören "hukuka bağlı olmayan devlet" veya "keyfi devlete" dönülmesi sonucunu doğuracaktır[660]. Dworkin'in ortaya koyduğu anlamda kanunilik, ilke düzeyine ulaşmıştır[661]. Bu ilke korunmalıdır.

2.2.2. Geçmişe Yürüme Yasağı Aleyhine Görüşler

Zamanaşımı kurallarının kanunilik ilkesi kapsamında ele alınamayacağını ileri süren görüş ise, Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1969 yılında verdiği kararda da belirttiği üzere, kanunilik ilkesi ile cezalandırılabilirlik arasındaki ilişkiye vurgu yapmaktadır. Buna göre ilke esas itibariyle değersizlik yargısını içermekte ve bu anlamda suçun unsurları ve ceza miktarını konu edinmektedir. Suçun unsurları ve ceza miktarı, cezalandırılabilirliği meydana getirir. Şu halde kanunilik ilkesi muhakemenin zaman aralığına, onun sürekliliğine ilişkin değildir. İlke suç fiilinin muhakemesinin ne zamana kadar değil, ne andan itibaren yapılabileceği sorusuyla ilgilenir[662]. Kanunilik ilkesini amacı esas olarak bireyi önceden öngöremeyeceği sürpriz sonuçlardan korumak ve karşılaşacağı sonuçların bilgisine sahip olmasını sağlamaktır. Zamanaşımı böyle bir kurum değildir ve bu nedenle geçmişe yürüme yasağı kapsamında değerlendirilmemelidir. Geçmişe yürüme bakımından fiilin değerlendirilmesinde sübjektif bireysel bilgi değil, objektif ve kamusal ceza gücünün sınırları esas alınmalıdır. Bu anlamda zamanaşımı kuralları eliyle devletin artık geçmişe müdahale edemeyeceği anlayışı doğru değildir. Yıllar önce ortaya konulan süreleri dondurmak, hayatın akışına aykırıdır. Yeni durumu göre yeni süreler hesaplanabilmeli ve halen muhakeme edilen fiillere uygulanabilmelidir. Bu yönde 1871 Alm. CK.'yı yapan tarihi kanun koyucunun Nazi döneminde yaşanabilecekleri öngöremeyeceği örneği verilmektedir. Söz konusu argüman Almanya'da 1960

[660] Sancar, M., 2006, **a.g.e.**, s. 111.
[661] Bkz.: yuk. s. 42, dipnot 200.
[662] Bkz.: yuk. s. 133; Aynı yönde bkz.: Franz Calvelli-Adorno, "Die Verlängerung der Verjährungsfrist für die Strafverfolgung von Verbrechen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind", **NJW**, Heft 7, 1965, s. 247.

yılında yapılan kanun teklifi lehine görüş bildirenler tarafından da dile getirilmiştir. Buna göre tarihi kanun koyucunun zamanaşımı süreleri düzenlenirken moral ve ahlaki değerleri bu kadar yok sayan suçların işlenebileceğini öngörmesi ve buna göre süreleri belirleyebilmesinin mümkün değildir. Düzenlemelerin yeniden ele alınması bir ihtiyaç haline gelmiştir[663].

Geçmişe yürüme aleyhine görüş sunanlara göre, kanunilik ilkesine dair anlayış günümüzde değişime uğramıştır. İlkeye aşırı anlamlar yüklemek, ilkenin amaçlarına aykırı olabilecek sonuçlar doğurabilecektir. Buna göre, hukuk devletine dayanan kanunilik ilkesi gereği her suç için belirli zamanaşımı süreleri öngörülmekteyse de, büyük sayıda failin cezasız kalacak durumda olması halinde kanunilik ilkesinin sert yorumu sakıncalı bir hal alacaktır[664]. İkinci Dünya Savaşı sonrası Almanya'da Amerikan egemenliğindeki bölgede yer alan Yüksek Mahkeme'nin bizim de incelediğimiz kararı, bu anlayışa örnek teşkil edebilecektir. Kararda Nazi döneminde bilerek cezalandırılmamış fiillerin muhakeme edilmesinin sıkı kanunilik şartına bağlanmasının mümkün olmadığını ifade edilmiştir[665].

Kanunilik ilkesi ve kapsamında meydana gelen değişikliği gerekçe göstererek, zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesinde bir sakınca görmeyen anlayışa göre; günümüz hukuk pratiği açısından ne ceza genel hukuku kurumlarının, ne de ceza özel hukukundaki suç tiplerinin kanunilik ilkesi bağlamında kesin sınırlarla belirlenmesi ve sabitlenmesi mümkündür. Zamanaşımı da bu kapsamsa dahildir. Aydınlanma Çağı'nın temel felsefesi olan devleti sınırlandırma amacından yola çıkılsa bile, sonuç değişmeyecektir. 19. yy.'de kanunilik ilkesinin amacı vatandaşı devlet gücüne karşı korumaktı. Ama baskıcı rejimlerde ilkenin amaç ve fonksiyonu, tersine çevrilmektedir. Bu rejimde toplumsal sözleşmenin tarafı vatandaş ve devlet değil; vatandaş ve vatandaşın efendisi olan devlettir. Devlet kanunu yapan ama yaptığı kanuna muhatap olmayandır. Bu güç dengesizliğinde kanunilik ilkesi cezasızlığı sağlama, geçmişe yürüme yasağı da vatandaşa karşı korunmak amacıyla kullanılmaktadır. Kısacası bazı suç fiilleri bakımından 19. yy.'da öngörülen amaç gerçekleşemeyecek, ilke tarihsel olarak ortaya çıkış nedeninin tam tersi bir amaca

[663] Bkz.: Sambale, **a.g.e.,** s. 60.
[664] Schreiber, 1968, **a.g.e.**, s. 364; Klug, **a.g.e**., s. 150.
[665] Bkz.: yuk. s. 123.

hizmet edecektir. Çünkü bu suçlarla diğer suç tipleri arasında önemli farklılıklar vardır. Mesela Nazilerin işlediği suçlar bakımından geçmişe yürüme yasağının bir karşılığı yoktur. Nazi suçları devletin emrinde ya da sadakati altında bulunan kişilerin işlediği suçlardır[666]. Naucke'nin işlenen suçun niteliği çerçevesinde ve "devlet suçluluğu" başlığı altında yaptığı bu ayrım kanımızca önemlidir.

Kanunilik ilkesinin formalist anlayışının çeşitli gerekçelerle aşıldığını ileri süren görüş çalışmamızda ortaya konulmuştu. Bu gerekçeler teknolojik ve ekonomik gelişmeler sonucunda esnek hareket etme ihtiyacının baş göstermesi, uluslararası hukukunun etkinliğinin artması ve biçimsel garantilerden ziyade ulusal ve uluslararası güvenliğin korunması gerekliliğidir[667]. Bu görüşe göre zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüyebilmesi pekala mümkün olabilecektir. Kanunilik ilkesinin doğal hukukçu yorumu da belirli şartların varlığı halinde geçmişe yürümenin mümkün olduğunu belirtmektedir. Hukuki düzenlemenin sadece ceza kanunlarını değil, toplum için önem arz eden yazılı olmayan kuralları da içerdiğine ilişkin doğal hukukçu anlayışın, özellikle savaş sonrası gibi olağanüstü dönemlerde güç kazandığı açıktır. Düşüncelerine yer verdiğimiz Radbruch'un doğal hukukçu formülünü İkinci Dünya Savaşı sonrasına oluşturması rastlantı değildir. Tartışmaya doğal hukukçu bir anlayışla yaklaşan ve kanunilik ilkesine maddi içerik yükleyenler bakımından, yeni suç tiplerinin ihdas edilip geçmişe yürütülmesi mümkün olabilecektir ki; zamanaşımı kuralları bakımından bu durum evleviyetle geçerli olacaktır.

3. Hukuku Devleti İlkesi Bakımından

3.1. Geçmişe Yürüme Yasağı Lehine Görüşler

Görüşe göre zamanaşımı kurumunun amacı, devlet şiddetini bireyin bilgi sahipliği suretiyle sınırlamaktır[668]. Bilgi sahibi olmak suretiyle seçim yapabilme imkanının var olması gerekliliğini Hegel'in felsefesinden yola çıkarak ortaya koyan Arndt'a göre, failin suç fiili sırasındaki bilgisi ve güveni, sonradan ortaya çıkan yeni

[666] Naucke, 1969, **a.g.e.**, s. 9-10; Welke, **a.g.e.,** s. 377.
[667] Bkz.: yuk. s. 44.
[668] Eyrich, **a.g.e.**, s. 54.

durumlar nedeniyle zedelenmemelidir. Buna göre zamansallık kendinde olan ve gelecek için bir fenomen olarak anlaşılandır ve zamansallıkla, bilincinde olma hali arasında sıkı bir bağ vardır. Sadece bu bağın varlığı halinde kişinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Sorumluluk, hakkın ve sonucun eşzamanlığında bir anlam kazanır. Geçmişe dönük hak ve haksızlık değişimi, sorumluluğa dayanan bir hak veya haksızlık seçimini imkansız kılar. Bu anlamda zamanaşımı da dahil olmak üzere geçmişe yürüme, hiçbir kurum için geçerli olamayacaktır[669].

Zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesinin hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiğini iddia eden yazarlar, bu ilkeyle yakından ilişki içerisinde bulunan hukuki güvenin korunması kavramına özellikle vurgu yapmaktadırlar. Pierhoth/Kingreen ise hukuki güvenlik ile hukuki güven kavramlarını birbirinden ayırarak, hukuki güvenliğin hukuk devletinin objektif; hukuki güven ilkesinin ise sübjektif postulatı olduğunu ileri sürmektedirler. Bu nedenle meseleyi sadece failin sübjektif nitelikteki güven ilkesi bağlamında değerlendirmemek gerekmektedir. Hukuk devleti ilkesi, hukuki güvenlik eliyle objektif olarak devlet keyfiliğine karşı birey haklarını korur ve yine özel durumlar için özel düzenlemeler yapmamayı güvence altına alır[670]. Zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesi, bu koruma ve güvenceyi yok etmektedir[671].

Yazarlar, adalet kavramına yapılan vurgu sonucu özel durumlara özel düzenleme yapılması gerekliliğine ilişkin iddiaya da karşı çıkmaktadırlar. Buna göre adaletle hukuk devleti ilkesi karşı karşıya getirilmemelidir. Kollektif adalet bakımından bir failin mutlaka cezalandırılması gerektiği düşünülse bile, özellikle delillerin kaybolma ihtimalinin varlığı adaletli bir sonucun ortaya çıkmasını engellemektedir. Kaldı ki adalet hukukun herkese eşit uygulanması halinde söz konusudur. Sonuç olarak memnuniyetsiz kalınsa bile, politik ve ideolojik nedenlerle

---

[669] Arndt, 1961, **a.g.e.**, s. 14-15.

[670] Pieroth/Kingreen, **a.g.e.,** s. 391.

[671] Bu noktada Schlink'in yaptığı bir vurguya değinmekte yarar vardır. Yazar güven ilkesinin hangi fiillerin cezalandırıldığının ve cezasının ne olduğunun bilinmesine ilişkin koruma sağladığını, ancak suç fiilinin takibi konusunda güvence vermediğini belirterek; geçmişe yürüme yasağı aleyhine görüş bildirenlere katılmaktadır. Ancak somut örnekler bakımından faillerin zaten yaptıklarının cezalandırılabilir olmadığı düşüncesinden hareket ettiklerinin altını çizmektedir. Siyasi iktidarlar toplumda bu fiillerin cezasız olduğu düşüncesini uyandırmışlardır. Örnek olarak emir almaksızın Yahudileri öldüren askerler insan öldürme değil, emre itaatsizlik nedeniyle ceza almışlardır. Kısacası bazı somut olaylar bakımından güven ilkesi, zamanaşımı sürelerini değil, fiilin suç olup olmadığını bilme çerçevesinde ele alınmalıdır. Schlink, **a.g.e.**, s. 86.

takibi yapılmayan suçlar bakımından zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesi mümkün olmamalıdır. Çünkü fail ve mağdura göre yapılan bir ayrım ve bu ayrım çerçevesinde geçmişe yürüme yasağına çizilen sınır, hukuk devleti ilkesi bakımından büyük bir problem yaratacaktır. Uyumlu-uyumsuz, basit bir oportünizmle-egoist şekilde güç elde etmeye çalışan, eşitliği sağlamaya çalışanla-dezavantajları arttırılan fail gibi spekülatif ayrımlara neden olacaktır. Yine hükümet suçluluğu gibi açık olmayan ve belirsiz kavramlar eliyle suç tipleri yaratarak istisnai haller ortaya koymak, hukuk devletine dair ilkelere zarar verecek ve ceza hukukunun sınırlarını belirsiz hale getirecektir[672]. Bu ayrımlar bireyin cezalandırılmasında değil, sistematik ve kolektif[673] sorumlulukta gizlidir. Bu nedenle failin kişisel olarak sorumluluğu ispat edilemeyecektir. Sorumluluk ispat edilebilse dahi yaşlılık, ayırt etme gücünün kaybolması gibi sebeplerle yargılama ve infaza uygunluk mümkün olamayacaktır. Kısacası artık objektif olarak suç olayının yeniden canlandırılması ve sübjektif sorumluluğun belirlenmesi olanaklı değildir[674].

Doktrinde bazı suç tiplerinin cezalandırılmamasının halkın hukuk bilincinde büyük bir yanılgıya neden olacağı ve hukuki barışın zedeleneceği düşüncesinin, geçmişe yürüme için yeterli bir gerekçe oluşturmadığı savunulmaktadır. Aksi biçimde bu durumun, yeterli delile ulaşılamadığı için birçok kişinin beraat etmesi nedeniyle toplumdaki hayal kırklığını arttıracağı ve adaletsizliğin devamına neden olacağı ifade edilmiştir[675]. Buna göre adalet vb. kavramlara dayanarak geçmişe yürümeyi temellendirmeye çalışan argümanlar, hukuki değildir. Alman hukukunda yapılan 1965 tarihli düzenlemeye karşı çıkan yazarlara göre hukuk, kanun koyucunun istekleri doğrultusunda değiştirilebilir, değersiz bir yapı değildir; aksine kanun koyucunun anayasada belirtilen temel kurallarla bağlı olmasını gerektirir. Hukuk devleti ilkesinin de temelinde devleti sınırlamak vardır. Bu nedenle devletin hukuk devleti ilkesini kullanarak bireye zarar vermesinin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu anlamda Nazi döneminde devlet eliyle gerçekleştirilen suçların

[672] Pieroth/Kingreen, **a.g.e.,** s. 392.
[673] Kolektif suç ve sorumluluğa ilişkin bkz.: Karl Jaspers, **Suçluluk Sorunu Almanya'nın Siyasal Sorumluluğu Üzerine**, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, İstanbul, İthaki, 2015, s 105-110.
[674] Pieroth/Kingreen, **a.g.e.,** s. 392; Grünwald, (1992), **a.g.e.**, s. 337.
[675] Klein, **a.g.e.,** s. 149-150.

geçmişe yürüme suretiyle yargılanması, hukuk devleti ilkesiyle temellendirilemeyecektir[676].

Hukuk devleti ilkesiyle bağı bakımından insan onuru kavramına yapılan vurgu da önemlidir. 29.05.1946 tarihli Nasyonal Sosyalist Suç Fiillerinin Yargılanmasına Dair Hessen Kanunu'nun Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkinin dava dilekçesindeki ifadeler, bu vurguya örnek olarak verilebilir. Şikayetçilere göre kişinin sürekli takip edilme, yargılanma tehlikesi içerisinde olması insan onuruna aykırıdır[677].

3.2. Geçmişe Yürüme Yasağı Aleyhine Görüşler

Zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesinin mümkün olduğunu iddia eden yazarlar, güven ilkesinin kapsamına dair bir tartışma yürütmüş ve zamanaşımı kurallarının bu ilke kapsamında kabul edilmemesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Buna göre bir fiilin suç olduğunu bilmeyen faili sorumlu tutmak, hem birey hem de toplum açısından kabul edilemezdir. Böyle bir uygulama hukuki anlamda güvensiz bir ortam yaratacaktır. Ancak zamanaşımı kurumu için durum tamamen farklıdır. Özellikle ağır suçlar için öngörülen uzun zamanaşımı sürelerini bilmek fail için önemsizdir. Kimse yirmi, otuz yıl sonraki duruma göre hareket etmez. Kaldı ki fail, olayların üstünü örtme stratejileriyle zaman kazanma ve zamanaşımı süresini göz önünde bulundurma hakkına sahip değildir. Bu biçimde hareket eden, "şu kadar sene kaçar, saklanırsam ceza almam" düşüncesindeki fail hukuken korunmamalıdır[678].

Söz konusu gerekçelendirme çoğu kez adalet kavramıyla desteklenmiştir. Buna göre adaletin sağlanmasına ilişkin devletin yararı ile hukuki pozisyonu geçmişe dönük olarak kötüleşmemesi gereken bir şüphelinin/sanığın yararı arasında bir değerlendirmeye gidilmelidir. Bu değerlendirme ışığına geçmişe yürüme yasağı, adalet ve politik amaca uygunluk çerçevesinde bazı hallerde geriye çekilebilecektir. İnsanlığa karşı suçlar gibi ağır suçlar söz konusu olduğunda, teknik sebepler nedeniyle bu suçların cezalandırılmaması, hukuk devleti ilkesine dayanan adalet

[676] Bkz.: Sambale, **a.g.e.**, s. 68.
[677] Bkz.: yuk. s. 126.
[678] Adorno, 1965, **a.g.e**., s. 274; Martin Pawlowski, "Zur Rückwirkung von Gesetzen", **NJW**, 1965, s. 288; Barbe, **a.g.e.**, s. 316.

kavramına aykırıdır. Söz konusu durum özellikle gerçek olmayan geçmişe yürüme için geçerlidir[679]. Hukuk devletinin ve yeni bir hukukun tesisi sürecinde, geçmişe yürüme yasağının mutlak kabulü söz konusu olamayacaktır. Hukuk düzenin temelden sarsan suçlar bakımından geçmişe yürüme yasağının mutlak uygulanması, bu tür suçların ortaya çıkardığı kültüre bir kanal açmak anlamına gelecektir[680]. Bu husus, Demokratik Almanya ile Federal Almanya Cumhuriyeti'nin birleşmesinin ardından çıkarılan 1993 tarihli İkinci Zamanaşımı Kanunu'na ilişkin tartışmalarda dile getirilmişti. Birleşme açısından geçiş evresi diyebileceğimiz dönemde muhakeme süjelerinin oturmamış olması nedeniyle zamanaşımında süre uzatımına gidilmesinin, adalet ilkesine uygun olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle hukuk devleti ilkesine aykırılık söz konusu değildir[681]. 1960 yılında yapılan kanun teklifi lehine görüş bildiren milletvekilleri tarafından da, sırf teknik nedenlerle bu fiillerin cezalandırılmamasının adil olmayacağı vurgulanmıştır. Zamanaşımı sürelerinin uzatılmasına ilişkin düzenlemelerin, genel adalet düşüncesinin bir sonucu olarak, hukuki bir yükümlülük haline geldiği ifade edilmiştir[682].

Zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüyebileceğini ileri süren görüşlerin bir kısmı, hukuk devleti kavramının göreceliliğine dayandırılmaktadır. 1969 yılında Federal Anayasa Mahkemesi bu hususa vurgu yapmıştır. Buna göre hukuk devleti şekli ve maddi olarak ikiye ayrılmaktadır ve maddi hukuk devleti anlayışına göre, hukuk devleti maddi adaleti de içermektedir. Bu anlamda yazılı hukuk haksızlığı talep ediyor ve uluslararası hukukun tanıdığı insan haklarını ağır biçimde ihlal ediyorsa, hukuk devleti ilkesi ihlal edilecektir. Mahkeme *"zamanaşımı düzenlemesinin aynılığı ve sürekliliği başka temel ilkelerin ihlaline neden oluyorsa, vatandaş hukuki güvenliliğinin ihlali gerekçesiyle düzenlemenin kendisine uygulanmaması gerektiğini ileri süremez"* diyerek bu anlayışı ortaya koymuştu[683].

İnsan onuru kavramının geçmişe yürümeye izin vermediği yönündeki düşüncenin, Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenmediğini belirtmiştik. 1952 yılında verdiği kararda Alman Federal Anayasa Mahkemesi

[679] Schreiber, 1968, **a.g.e.**, s. 366-367; Klug, **a.g.e.**, s. 149-159; Jordan, **a.g.e.**, s. 295; Benda, **a.g.e.**, s. 13-14.
[680] Karl Jaspers, "Für Völkermord Gibt Es Keine Verjährung", **Der Spiegel**, 11/1965, s. 69.
[681] Bkz.: Jordan, **a.g.e.**, s. 295.
[682] Bkz.: Sambale, **a.g.e.,** s. 60.
[683] Bkz.: yuk. s. 134.

sürekli muhakeme edilme korku ve tehlikesinin insan onurunu zedelemediğine, zamanaşımının durma ve kesilme nedenlerinin varlığının aksi bir gerçekliği ortaya koyduğuna hükmetmişti[684].

Sonuç olarak bu görüşe göre ne hukuki güvenlik ilkesi ne de insan onuru kavramı, failin fiili işlerken ilerde muhakeme edilip edilmeyeceğini bilmesini talep etmeyecektir[685].

4. Eşitlik İlkesi Bakımından

4.1. Geçmişe Yürüme Yasağı Lehine Görüşler

Zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesine eşitlik ilkesi bağlamında karşı çıkan görüş, söz konusu kuralların sadece belirli bir suç tipi ve yahut belirli bölgeler için yapılmış olmasını eleştirmektedir. Düzenlemeler aşağıda devlet suçluluğu kavramıyla ele alacağımız üzere, belirli suç tiplerine ilişkindir. Bu noktada örnek olarak mafyanın tehdit etmesi nedeniyle mağdurun adli makamlara taşıyamadığı ve bunun sonucu zamanaşımına uğramış veyahut uğrama tehdidi altındaki suç fiillerinin kapsam dışı bırakılması eleştirilmiştir[686]. Benzer biçimde düzenlemelerde Nazi dönemi sonrası eyaletler bakımından farklı sürelerin öngörülmesinin ve birleşme sonrası düzenlemelerin sadece Demokratik Almanya'nın egemenliğindeki bölgelerde uygulanmasının, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür[687].

4.2. Geçmişe Yürüme Yasağı Aleyhine Görüşler

Geçmişe yürümenin eşitlik ilkesine aykırı olmadığını ileri süren görüş, yine adalet ilkesini esas alan bir anlayışla, düzenlemelere konu olan suçlar bakımından pozitif bir ayrımcılık yapılması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu çerçevede mesela Nazi suçları diğer suçlardan önemli oranda farklılaşmaktadır. Hem işlenişi hem de soruşturulmasındaki zorluklar göz önüne alındığında, bu suçlar bakımından farklı

[684] Bkz.: yuk. s. 127.
[685] Fuhrmann, **a.g.e.**, s. 16.
[686] Schroeder, **a.g.e.,** s. 246.
[687] Bkz.: yuk. s. 126; Zarneckow, **a.g.e.**, s. 315; Jordan, **a.g.e.**, s. 296.

zamanaşımı süreleri öngörülmesi ve bu düzenlemelerin geçmişe yürümesi, eşitlik ilkesine aykırı değildir[688]. Aksi yönde 2000 yılındaki kararında Alman Federal Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesinin kanun koyucuya esas eşitliğe keyfi biçimde eşitsiz veya esas eşitsizliğe keyfi biçimde eşit davranmamayı emrettiğinin altını çizmişti[689]. 1952 tarihli kararında da Mahkeme, düzenlemelerin nasyonal sosyalist keyfi egemenliğin neden olduğu eşitsizliği ortadan kaldırma amacı taşıdığını belirterek benzer bir yorum yapmıştı. Mahkeme davaya konu olan zamanaşımına ilişkin düzenlemenin belirli bir kişi ya da olayı değil, geneli ve belirsiz sayıda kişiyi kapsadığını belirterek; bu tür düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı olmadığını ifade etmişti[690].

5. Zamanaşımını Temellendiren Görüşler Bakımından

5.1. Manevi Ceza Görüşü Bakımından

Zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesinin, kurumun çalışmamızın ikinci bölümünde açıkladığımız [691] manevi ceza görüşü çerçevesinde ileri sürülen gerekçelerine aykırı olacağı ileri sürülebilecektir. Doğrudan zamanaşımının kurallarının geçmişe yürümesi bakımından değil, ama İkinci Dünya Savaşı sonrası çıkarılan Nasyonal Sosyalist Suç Fillerinin Cezalandırılmasına Dair Kanunlar'da yer alan "adalet ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin zedelenmesine bağlı olarak geçmişe yönelik bir kefaretin gerekliliği" şartının kapsamının tespiti bakımından mahkemeler, manevi ceza görüşünü dikkate almıştı. Mahkemelere göre savaş sonrası çektiği acı nedeniyle faile ceza vermek gereksiz hale gelmişse, kefareti gerektirecek bir durum söz konusu değildir[692].

Manevi ceza görüşüne yapılan eleştirilerde, genel olarak failin içinde bulunduğu azap halinin tespitinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Her suç işleyen kişi hakkında böyle bir değerlendirmede bulunmak, ön kabule dayanacağı

---

[688] Fritz Bauer, "Die Verjährung der nazistischen Massenverbrechen", **Die Humanität der Rechtsordnung: Ausgewählte Schriften**, Campus Verlag, 1998, s., 156; Klug, **a.g.e**., s. 150; Jordan, **a.g.e.**, s. 296.
[689] Bkz.: yuk. s. 156.
[690] Bkz.: yuk. s. 126. Aynı yönde bkz.: Benda, **a.g.e.**, s. 18.
[691] Bkz.: yuk. s. 76.
[692] Bkz.: yuk. s. 123.

için gerçekle bağdaşmayacaktır. Bu yazarlarca kişilerin özgürlükleri sırasında çektikleri acıların yahut yaşadıkları korkuların suç üzerinde önemli bir etkisinin olmadığı, mahkumiyet korkusunun hiçbir zaman mahkumiyet yerine geçemeyeceği belirtilmiştir. Örneğin hafif bir suç işleyip pişmanlık duymayan veya malvarlığına karşı suç işleyip yakalanması zor yerlerde refah içerisinde yaşayan faillerin varlığı mümkündür[693]. Diğer bir eleştiri zamanaşımı sürelerinin başlangıcına ilişkindir. Buna göre söz konusu endişe ve pişmanlık suçun işlendiği andan itibaren başlayacağından, görüşün kabulü halinde hem dava hem de ceza zamanaşımının başlangıcı suçun işlendiği tarih olacaktır. Bu sonuç ise kurumun doğasına aykırı bir durum ortaya çıkaracaktır[694].

Kanımızca da manevi ceza, ceza hukukuna hatta hukuka yabancı bir kavramdır. Hukuk kurallarını diğer sosyal düzen kurallarından ayıran en önemli özellik onun yaptırımının maddi nitelikte olmasıdır. Failde manevi cezanın oluşup oluşmadığı göreceli olup, kavramın soyut niteliği nedeniyle söz konusu halin tespiti de çok zordur. Ceza hukuku sistemimiz failin vicdan azabı çekmesi ve pişmanlık duymasına, etkin pişmanlık kurumu eliyle ve sadece sınırlı sayıdaki suç tipi bakımından[695] önem atfetmiştir. Benzer biçimde TCK m. 22/6'da failin içinde bulunduğu üzüntü ve pişmanlık halinin onda yarattığı mağduriyet, taksirli suç ve sınırlı sayıda kişiler için şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir. Ancak bu gibi durumlarda pişmanlığın tespiti, soyut bir varsayıma değil hakimin somut olaydaki vicdani kanaatine dayanacaktır. Manevi ceza görüşü söz konusu unsurları taşımamakta ve bir varsayıma dayanmaktadır. Bu anlamda zamanaşımını gerekçelendirmeye yetmeyen bu düşünce doğrultusunda, zamanaşımı kurallarında geçmişe yürüme yasağını savunmak mümkün olmayacaktır. Bu nedenle çalışmamıza konu somut suç fiillerinin söz konusu görüş çerçevesinde değerlendirilmesine ihtiyaç duymamaktayız.

---

[693] Sar, **a.g.e.**, s. 30; Uzun, **a.g.e.**, s. 8; Schwarze, **a.g.e.**, s. 9-10; bkz.: Murat Çakır, "Türk Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı", **İÜHFM**, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 208.

[694] Alişahin, **a.g.e.,** s. 18-19.

[695] Pişmanlık hali TCK m. 93/1, 192, 201, 254, 282/6, 316/2'de ceza verilmesini engelleyici, TCK m. 110, 168, 248, 269, 281/3, 289/2, 297/4'te ise cezada indirim öngören şahsi neden olarak düzenlenmiştir. Zafer, **a.g.e.,** s. 415.

5.2. Uslanma Görüşü Bakımından

Uslanma görüşüne göre suçun işlenmesinden sonra geçen uzun süre zarfında fail uslanmış, bu nedenle faile ceza vermek anlamsız hale gelmiştir. Failin uslanmasıyla birlikte ceza hukukunun amaçları artık hasıl olmuştur. Suç sonrası iyi hal göstermesi, bu süre zarfında yurtdışına çıkmamış, suç işlememiş olması failin uslandığına dair belirtilerdir[696].

Uslanma görüşüne karşı çıkanlar, hiç ceza almayanların uslandıkları varsayımını eleştirmektedirler. Bu görüşe göre kişinin yeniden suç işlememiş veya kaçmamış olması gibi haller, onun uslandığını kanıtlamayacaktır [697] . Hatta yakalanmadığı için failin suç işleme konusundaki cesareti artmış olabilecektir[698]. Failin zamanaşımı süresi geçtikten sonra suç işlemesi ihtimali göz ardı edilmemelidir[699]. Uslanma gerçekleşse bile, bu hallerde zaten af gibi kurumlar devreye girebileceği için zamanaşımı kurumuna gerek yoktur[700]. Kaldı ki cezanın tek amacı failin uslanması değildir[701].

Bizce de uslanma görüşü görecelilik ihtiva etmektedir. Kişinin uslanıp uslanmadığının tespiti çok zordur. Söz konusu tespit failin iyi hal göstermesi, bu süre zarfında yurtdışına çıkmamış, suç işlememiş olması gibi somut örneklere dayandırılmaya çalışılmaktadır. Ancak ceza hukuku sistemimizde zamanaşımı kurumu bakımından söz konusu durumların varlığına değil, yokluğuna bir önem atfedilmiştir. Buna göre fail yurtdışına kaçmış ve hakkında kaçaklık kararı verilmişse, TCK m. 67/1'e göre dava zamanaşımı duracaktır. TCK m. 71/2'e göre ise fail üst sınırı iki yıldan fazla olan yeni bir suç işlemişse, ceza zamanaşımı kesilecektir. Kısacası uslanma halinin fail bakımından olumlu bir etkisi olmayıp, uslanmama hali suçun zamanaşımına uğramasını geciktirici bir niteliğe sahiptir. Kaldı ki uslanmanın tespiti halinde dahi bir suç işlendiği gerçeği ortadan kalkmayacaktır. Suç sonucu mağdur, suçtan zarar gören ve toplum için ortaya çıkan zarar karşılanamayacaktır. Bu nedenlerle görüş zamanaşımı kurumunu ve

[696] Bkz.: yuk. s. 77.
[697] Schwarze, **a.g.e.**, s. 10; bkz.: Huggenberger, **a.g.e.**, s. 17.
[698] Uzun, **a.g.e.**, s. 9.
[699] Schwarze, **a.g.e.**, s. 11.
[700] Kunter, **a.g.e.**, s. 17.
[701] Erhan Günay, **Uygulamalı-Örnekli Dava ve Ceza Zamanaşımı**, 5. bs., Ankara, Seçkin, 2016, s. 20-21.

zamanaşımının kurallarının geçmişe yürümemesi gerektiği hususunu gerekçelendirmeye yeterli değildir.

5.3. Psikolojik Değişim Görüşü Bakımından

Almanya'da 1965 tarihli düzenlemeye ve bu anlamda zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesine karşı çıkan milletvekillerinin bir kısmı, psikolojik değişim görüşünün[702] argümanlarını ileri sürmüşlerdir. Buna göre "suçlularla bir arada yaşanamayacağı" görüşü doğru değildir. Aksine müttefik güçler birçok suçluyu affetmiş ve artık zaman içinde kişilikleri değişen bu suçlular topluma ayak uydurmuşlardır[703].

Psikolojik değişim görüşü, metafizik bir düşünceye dayandığı; bu düşünce kabul edildiği takdirde infaz sırasında dahi somut duruma bakılarak psikolojisi değişmiş kişinin tahliye edilmesi gerektiği belirtilerek eleştirilmiştir[704]. Ayrıca failin ceza almaması nedeniyle kişiliğinde bir değişiklik meydana gelmeme ve kötü kişiliğini muhafaza etme tehlikesi vardır. Bu tür suç faillerinden yeni ve benzer durumlarda, ancak daha kötü davranışlar beklenecektir[705].

Uslanma görüşü için yaptığımız eleştiriler psikolojik değişim görüşü için de geçerlidir. İnsanın doğası gereği kişiliğinin değişebileceği gerçeği, onun cezasızlığına bir gerekçe olarak sunulamaz. Kaldı ki zaman içinde bu değişimin mutlaka gerçekleşeceği de ileri sürülemez. Hatta zamanaşımı sayesinde ceza almaktan kurtulan failin bilincinde "ne olsa ceza almıyorum" düşüncesinin oluşabilmesi ihtimali vardır. Ancak söz konusu görüşün zamanaşımına ilişkin düzenlemelere dolaylı olarak yansıdığı da bir gerçektir. TCK m. 66/2 ve m. 68/2 uyarınca suça sürüklenen çocuklar bakımından dava ve ceza zamanaşımı süreleri kademeli olarak düşürülmüştür. Söz konusu düzenlemelerin çocukların psikolojik değişiminin çok hızlı olduğu düşüncesine dayandığı ifade edilmektedir[706].

---

[702] Görüş için bkz.: yuk. s. 77.
[703] Sambale, **a.g.e.**, s. 68-69.
[704] Dönmezer/Erman, 1980, **a.g.e.**, s. 307-308.
[705] Klug, **a.g.e.**, s. 151-152.
[706] Taner, **a.g.e.**, s. 38.

5.4. Unutma Görüşü Bakımından

Zamanaşımını temellendirmeye çalışan unutma görüşünün[707] argümanları da geçmişe yürüme yasağı lehine ileri sürülebilecektir. Bu bağlamda aradan geçen uzun süre zarfında yaratığı infial ve tesiri dinmiş, hem mağdur hem de toplum tarafından unutulmuş bir fiilin zamanaşımı kuralları geçmişe yürütülerek uygulanması suretiyle cezalandırılması, adaletten çok işkence etkisi yaratacak, çok gecikmiş bir ceza kamuoyunu olumsuz etkileyecektir.

Unutma görüşü de göreceliliği nedeniyle eleştiri konusu olmuştur. Özellikle kamuoyunu derinden etkileyen suçlardan sonra mağdur ve toplum açısından söz konusu unutmanın gerçekleşmeyeceği, ancak soruşturması yapılmış ve cezası verilmiş failin kusurundan arınması suretiyle suç fiilinin unutulabileceği ileri sürülmüştür[708]. Bu görüşe göre toplumsal unutma ve buna bağlı olarak hukuki barışın tekrar inşası, bu tür suçlar bakımından zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüme yasağı kapsamında olması gerekliliğini temellendirememektedir. Çünkü bunlar çabuk ve kolay unutulamayan suçlardır. Toplum bilincinde asıl yara açacak şey, unutulduğu sanılan bu suçların tekrar hatırlanması değildir. Bu kadar ağır suç işlemiş ve psikolojik değişim görüşünün aksine kişiliklerinin değişmeme tehlikesi olan faillerin, zamanaşımı nedeniyle ceza almaması sonucu ünlü olmaları ve bu durumla övünmeleri söz konusu olabilecektir[709]. Yine unutma gerçekleşse bile bu durumda zararın objektif olarak ortadan kalktığı iddia edilemeyecektir[710].

Unutma görüşüne dair bizim de katıldığımız yukarıda getirilen eleştirilerin yanında kamuoyunda infial yaratan suçları unutmamanın, geçmişle hesaplaşılmasındaki rolüne değinmekte fayda vardır. Özellikle baskıcı rejimler eliyle işlenen ve üstü örtülen suçları cezalandırılmaması, somut örneklerde de gördüğümüz üzere, uzun süren tartışmaları beraberinde getiren toplumsal bir travmaya neden olabilecektir[711].

---

[707] Görüş için bkz.: yuk. s. 77.
[708] Bkz:. Dönmezer/Erman, 1980, **a.g.e.**, s. 306; Abwegg, **a.g.e.**, s. 21.
[709] Vogel, **a.g.e.**, s. 3.
[710] Huggenberger, **a.g.e.**, s. 17.
[711] Schlink ise bu noktada geçmişle hesaplaşma ifadesine karşı çıkmaktadır. Yazara göre geçmişle hesaplaşılamaz, geçmiş ancak unutulabilir, hatırlanabilir veya bilinç altına itilebilir. Aslında çoğu zaman iç içe geçse de unutma veya hatırlamadan hangisine başvurulacağı, ancak yeni dönemin ihtiyacına göre belirlenecektir. Yani ortada hukukun araçsallaştırılması söz konusudur ve bu

5.5. Takibatın Terki Görüşü Bakımından

Takibatın terki görüşü [712] dolaylı da olsa zamanaşımı düzenlemelerini etkilemiştir. Zamanaşımı sürelerinin hesabında geçmişe dönük olarak belirli tarih aralıklarının dikkate alınmamasına ilişkin düzenlemeler, bu anlayışın sonucudur. Devlet soruşturma veya kovuşturmayı veyahut infazı takip etme imkanına sahip değilse, yani takibatı zorunlu olarak terk etmişse zamanaşımı işlememelidir. Benzer bir durum durma ve kesilme kurumları için de söylenebilecektir.

Takibatın terki görüşü de ceza hukukunda özel hukuktaki gibi kazandırıcı zamanaşımının olmaması ve muhakeme işleminin yerine getirilmesinin muhakeme süjeleri bakımından bir hak değil, görev olması sebebiyle eleştirilmiştir. Bu çerçevede modern ceza hukukunda takibatın terki söz konusu olamayacaktır[713].

Bizce de takibatın terki görüşü modern ceza hukuku anlayışına uygun değildir. Savcının soruşturmaya başlama ve ceza davasının mecburiyeti ilkeleri[714] gereğince, davayı terk etme hakkı yoktur. Muhakemeyi yürütmekle görevli süjelerin, bu anlamda devletin hareketsizliğinin, hatasının faile yüklenemeyeceği düşüncesi haklılık payı içermektedir. Ancak kamu görevlileri eliyle işlenmiş suçlarda başta kolluk ve savcılık olmak üzere, yine kamu görevlisi olan muhakeme süjelerinin davayı zamanaşımına uğratmak amacıyla bilinçli şekilde hareketsiz kalabilecekleri gerçeği, aksi bir durumu ortaya koymaktadır[715]. Almanya'da zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüyebileceğine ilişkin düzenlemeler, esas olarak bu şekilde bilerek zamanaşımına uğratılan fiillerin yargılanabilmesi amacıyla yapılmıştır. Bu nedenle görüş zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüyemeyeceğine gerekçe oluşturmayacaktır.

---

araçsallaştırmanın unutma yönünde mi, yoksa hatırlama yönünde mi yapılacağına somut duruma bakılarak karar verilecektir. Bazı olağanüstü dönemlerden sonra geçmiş ile şimdi arasındaki uyumun sağlanabilmesi, ancak hatırlama yerine unutma kültürünün gelişmesiyle mümkün olabilmiştir. Kısacası yazar unutma kavramını psikolojik bir gerçeklik değil, ceza siyasetinin bir tercihi olarak ele almıştır. Zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesine ilişkin düzenlemeler de bu tercihin bir sonucudur. Schlink, **a.g.e.**, s. 73, 76, 78.

[712] Görüş için bkz.: yuk. s. 78-79.

[713] Erem, **a.g.e.**, s. 478, Abegg, **a.g.e.**, s. 20.

[714] İlkelere ilişkin bkz.: Centel/Zafer, **a.g.e.,** s. 110, 507-508.

[715] Ülkemiz ulusal mahkemelerinin sanıkların cezalandırılması niyetini taşımadığı, kamu davasının zamanaşımına girmeden sonuçlandırılması amacıyla koşulların ciddiyetinin gerektirdiği pozitif tedbirleri almadığını ifade eden AİHM kararı için bkz.: Türkmen/Türkiye, Başvuru no. 43124/98, 19.12.2006.

5.6. Delillerin Bozulması ve Kaybolması Görüşü Bakımından

Delillerin bozulması ve kaybı[716], geçmişe yürüme yasağı lehine en çok dile getirilen gerekçelerden biridir. Arndt'a göre zamanaşımı düzenlemelerinin geçmişe yürüme yasağı kapsamında olması, muhakeme süresinin belirlenmesi suretiyle adli hataların önüne geçilmesini sağlayacaktır. Çok uzun süre sonra yapılacak bir yargılama sonucu verilecek kararın adli hatalara açık olması nedeniyle, geçmişe yürüme kabul edilemeyecektir[717]. Bu görüşü göre delillerin kaybı ve aradan geçen uzun süre, bireysel olarak kusur isnadını önemli ölçüde zorlaştıracaktır. Bu nedenle geçmişe yürüyen zamanaşımı düzenlemeleri adalete hizmet etmeyecek, tam aksine adaletin tesisini engelleyecektir[718]. Almanya'da 1960 ve 1965 tarihli değişiklik teklifleri aleyhine görüş bildiren milletvekillerinin ret gerekçelerinden biri bu hususdur. Söz konusu tarihler itibariyle yapılacak bir düzenlemenin, delillerin kaybı ve bugüne kadar açığa çıkarılamamış fiillerin karmaşıklığı nedeniyle Nazi suçlarının cezalandırılması bakımından olumlu bir katkı sunmayacağı belirtilmiştir. Aksine bu yönde düzenlemeler mahkemelere büyük bir iş yükü getirecektir. Yukardaki gerekçelerle iş yükünün birleşmesi, birçok sanık hakkında beraat kararı verilmesine neden olacaktır ki; bu da toplumdaki adalet duygusunu zedeleyecektir[719].

1979 yılındaki düzenlemeye dair bu yöndeki eleştiriler, aradan daha uzun bir süre geçmiş olmasından kaynaklı olarak artmıştır. Sambele'ye göre 1969'daki düzenlemeyle beraber kanun koyucu düzenlemelerin bir amaca hizmet etmesi gerekliliğini yok saymış ve sadece zamanaşımına ilişkin tartışmaların ömrünü uzatmaya çalışmıştır. Nazi haksızlıklarıyla mücadele bir illüzyon halini almıştır. 1979'daki düzenleme de bu yanılgının tekrarından başka bir şey değildir. Aradan geçen bunca zamanın ardından delillere ulaşmak çok ciddi bir sorun haline gelmiş, ulaşılan deliller kapsamında zaten cezalandırılabilen fiiller cezalandırılmıştır[720]. İkinci Dünya Savaşı'nda kitlesel ölümlerin olduğu doğrudur; ancak bu durum, gerçek faillerin cezalandırılması için yeterli değildir. Somut suç fiillerinde sadece bunları gerçekleştiren askerler değil, onlara yardım eden mahkumlar da

[716] Delillerin bozulması ve kaybolması görüşü için bkz.: yuk. s. 79.
[717] Arndt, 1965, **a.g.e.**, s. 148.
[718] Pieroth/Kingreen, **a.g.e.**, s. 389; bkz.: Sambale, **a.g.e.**, s. 85, 92.
[719] Sambale, **A.e.**, s. 60, 66-67.
[720] Sambale, **A.e.**, s. 95-97.

belirlenebilmelidir. Ancak bunların bilinebilirliği geçen süre nedeniyle mümkün değildir. Zamanaşımı da zaten insanın sınırlılığı, fiillerin tarihselliği ve bilinebirliği çerçevesinde gelecek bakımından bir uyarıdır. Bu anlamda zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesi, kurumun amaç ve mahiyetine aykırıdır[721].

Delillerin kaybı argümanının gelişen teknoloji vb. gerekçelerle geçerli olmadığını ileri süren görüş de eleştirilmiştir. Somut suçların muhakemesinde belge ve tanık delillerine başvurulmaktadır. Belge deliller var olsa bile, bunlar sadece belgede imzası olanların kusurluluğunu kanıtlanabilecektir. Tanıkların korkularından dolayı söz konusu suçların işlendiği dönemde tanıklık yapmaktan kaçındığı bir gerçekse de, İkinci Dünya Savaşı sonrasında tanıklık yapanların sayısının çok sınırlı olduğu da diğer bir gerçektir. Hatırlama zorluğu bir kenara bırakılsa bile, geçen uzun sürenin ardından olayların yeniden kurgulanması ve canlandırılması güvenirlik bakımından sorunludur. Geçmişe yürüme yasağı bu sorunların önüne geçecektir[722].

Delillerin bozulması ve kaybolması görüşüne eleştiri getirenler, delillerin toplanması için failin bulunması zorunluluğunun olmadığının ve delillerin muhakemenin her aşamasında toplanabileceğinin altını çizmişlerdir. Şu durumda söz konusu gerekçe, zamanaşımı kurumunun varlık nedenini ortaya koyamamaktadır. Kaldı ki fail hakkında mahkumiyet hükmü verilmiş veya soruşturma sona ermesine rağmen henüz hüküm verilmemişse; bu görüş zamanaşımını temellendirme bakımından yetersiz kalacaktır. Çünkü failin suçluluğu konusunda ortada bir şüphe kalmamış veya tüm delillere zaten toplanmıştır[723]. Benzer biçimde eğer delillerin toplanmasıyla ilgili bir sorun olduğu ileri sürülüyorsa, delillerin bozulması ve kaybı görüşüne göre her suç için aynı zamanaşımı süresini kabul etmek gerekecektir ki; bu durum, farklı suçlar için farklı zamanaşımı sürelerinin öngörülmesinin gerekçesini açıklayamamaktadır[724]. Kaldı ki deliller bakımından tereddütlü bir durum söz konusu ise, "şüpheden sanık yararlanır ilkesi" gereğince zaten sanık hakkında mahkumiyet

[721] Arndt, 1965, **a.g.e**., s. 147.
[722] Klein, **a.g.e**., s. 147.
[723] Günay, **a.g.e.**, s. 21; Schwarze, **a.g.e.**, s. 15. Delillerin bozulması ve kaybolması görüşünü en ikna edici görüş olarak kabul eden Binding, görüşün ceza zamanaşımını kurumunu temellendirmeye yetmediğini, zaten hukuk sisteminde ceza zamanaşımı kurumuna yer verilmemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Karl Binding, **Grundriss des deutschen Strafrechts: Allgemeiner Teil**, Leipzig, Wilhelm Engelmann, 1902, s. 258.
[724] Önder, **a.g.e.**, s. 773; Schwarze, **a.g.e.**, s. 14.

hükmü kurulamayacaktır[725]. Bu anlamda suçun aydınlatılması görevinin hakimlere bırakılması gerekmektedir[726]. 1969 yılındaki Alman Anayasa Mahkemesi'nin öne sürdüğü gerekçelerden birini de bu husus oluşturmaktaydı[727].

1965 tarihli teklif aleyhine görüş bildiren milletvekillerine göre delillerin kaybına ilişkin itirazlarda haklılık payı bulunmakla birlikte, somut suçlar bakımından birçok ülke arşivlerden elde edilen yeni ve değerlendirilmesi gerekli delillerin olması, aksi yönde bir ihtiyacı ortaya koymaktadır. Delillerin kaybı söz konusu olsa bile, bir hukuk devletinde adalet ilkesi gereği bu tür ağır suçlar tüm zorluklara ve engellere rağmen yargılanmalıdır[728]. Sonuç itibariyle zaman geçtikçe delillerin kaybolması ihtimalinin varlığı, söz konusu suçların hukuken ve ahlaken cezalandırılması gerekliliğine ilişkin kamu yararından daha üstün değildir[729].

Görüşe getirilen bir diğer eleştiri, zamanaşımının kesilmesi kurumunu açıklayamadığı yönündedir. Buna göre yargısal bir işlemin zamanaşımı süresini kesmesi, bu görüşün esasıyla bağdaşmaz. Çünkü zamanaşımı süresinin kesilip tekrar başlaması halinde de toplam süre uzamakta ve bu görüşün öne sürdüğü tehlikeler söz konusu olabilmektedir[730]. Muhakeme süjelerinin tek bir hareketiyle süreyi kesme ve bu anlamda zamanaşımı süresini fail aleyhine uzatma yetkisi varken, kanun koyucuya bu yetkinin geçmişe dönük olarak tanınmaması kabul edilemez[731]. Ancak aksi yöndeki görüşe göre zamanaşımının kesilmesi kurumunun varlığı, zamanaşımı süresinin uzatabilmesine örnek olarak gösterilemeyecektir. Buna göre zamanaşımı ile zamanaşımının kesilmesi farklı kurumlardır. Zamanaşımının kesilmesinin delilleri koruyucu bir etkisi yoktur. Kesilmede herhalde şüphenin yöneldiği bilinen bir fail ve suç vardır [732].

Yasak aleyhine görüş sunanlara göre delillerin kaybı, gelişen teknoloji dikkate alındığında günümüzde geçersiz bir neden halini almıştır. Sonuç olarak

[725] Önder, **a.g.e.**, s. 773; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 47-48.
[726] Bkz.: Sambale, **a.g.e.**, s. 83-84.
[727] Bkz.: yuk. s. 135.
[728] Sambale, **a.g.e.**, s. 70.
[729] Schwarze, **a.g.e.**, s. 14; Heuer/Lilie, **a.g.e.**, s. 357.
[730] Bkz.: Taner, **a.g.e.**, s. 99.
[731] Klug, **a.g.e.**, s. 150.
[732] Klein, **a.g.e.**, s. 147; Eyrich, **a.g.e.**, s. 52.

delillerin kaybı veya muhakeme ekonomisi bu kadar ağır suçların cezalandırılmamasının gerekçesi olamayacaktır[733].

5.7. Sosyal Fayda Görüşü Bakımından

Sosyal fayda görüşünün, tartışmayı esas olarak cezanın amaçlarıyla zamanaşımı kurumunun örtüşüp örtüşmediği sorusuna dayandırdığını belirtmiştik. Buna göre cezanın amaçlarından hareket edilmesi suretiyle zamanaşımı kurumunun mahiyeti açıklanabilecektir[734]. Zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüme yasağı kapsamında olup olmayacağına ilişkin de benzer bir yöntem izlenebilecektir.

Zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesinin cezanın amaçlarıyla uyuşmadığı görüşünde olanlara göre, aradan geçen uzun süre sonunda hasta ve yaşlı kişilerin ömür boyu hapse atılmasının artık adalete hizmet etmeyebileceği ihtimali dikkate alınmalıdır. Aksi halde bu suçları cezalandırma çabası adil olmayan, sorunları çözmeyen ve önerilmeyen bir ödev halini alacaktır[735]. Somut suç fiilleri bakımından cezalandırma ihtiyacının sona ermediği düşüncesinin spekülatif ve hukuki temellendirmeden yoksun olduğu belirtilmektedir. Bu suçların cezalandırılmasının cezanın korkutucu olma, bu anlamda genel önleme amacına hizmet edeceği iddiası gerçeği yansıtmamaktadır. Zamanaşımına uğramış veya uğramak üzere olan bu tür suçları mutlak suretle yargılama çabasının, suçların gelecek jenerasyonlar tarafından bir daha işlenmemesini sağlayacağı şüphelidir. Üzerinden otuz seneden fazla geçmiş fiillerin yargılanmasını sağlayan düzenlemeler, ne özel ne de genel önleme amacına hizmet edecektir[736]. Benzer biçimde aynı konuya ilişkin art arda değişiklikler öngörülmesi, belki istisnai olarak kabul edilebilecek geçmişe yürüme uygulamalarını istisna olmaktan çıkarmakta, keyfiyet ve ölçüsüzlüğe neden olabilmektedir. Muhakeme edilebilirliği sürekli uzatmaktadır. Bu durum kanun koyucunun meşruiyetini ve hukuki devamlılığı olumsuz etkilemektedir[737].

---

[733] Vogel, **a.g.e.**, s. 3-4.
[734] Bkz.: yuk. s. 80.
[735] Eyrich, **a.g.e.**, s. 53.
[736] Klein, **a.g.e.**, s. 146.
[737] Eyrich, **a.g.e.**, s. 51, 52.

Aksi yönde cezanın amaçlarına ulaşmak için zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesi gerekliliğini savunanlara göre ise, özel önleme anlamında topluma kazandırma amacı bu suçlar bakımından ikincil önem sahiptir. Asıl olan toplumda cezalandırılma beklentisinin olduğu bu faillerin yargılanmasıdır[738]. Ne muhakeme ekonomisi, ne delillerin kaybı, ne de cezalandırma ihtiyacının kalmamış olması görüşü somut olaya uymaktadır. Vatandaş bu suçların cezalandırılması ister ve bu anlamda toplum menfaatini ve toplumdaki hukuk bilincini korumak, hukuki güvenlikten önce gelir[739]. Haksızlık rejimleriyle mücadele dönemlerinde hukuki barış ve adaletin temini, ancak bu tür düzenlemelerin geçmişe yürütülmesi suretiyle sağlanabilecektir[740]. Diktatoryal bir politik sistem, faili bilinen belirli suçları politik ve keyfi nedenlerle yargılamıyorsa; barış ve toplum düzeni ağır biçimde zarar görür. Ceza muhakemesini engelleyen politik ilişkilerin var olduğu süre zarfına dair zamanaşımı kurallarının geçmişe yürümesi, hukuki barışın bir gereğidir[741].

Kanımızca zamanaşımı kavramını ve dolayısıyla zamanaşımı düzenlemelerine ilişkin geçmişe yürüme yasağını tek bir nedene dayandırmanın zor olduğu ortaya konulmalıdır. Her görüş ilk bakışta kendi içinde haklı noktalar içerse de, hepsi çürütülmeye müsaittir[742]. Bu yönüyle zamanaşımı nedenleri olarak öne sürülen hususlar zayıf ve aksi ileri sürülebilir niteliktedir[743]. Hem lehe hem aleyhe görüşlerin yetersizliği karşısında bazı yazarlar tek başına "zamanın gücü" kavramı üzerinden bir temellendirmeye gitmişlerdir. Buna göre sorun, hiçbir görüşün tek başına zamanaşımını temellendirememesi değildir. Zamanaşımı kurumunun varlık nedeni, zamanın akışının gücünde saklıdır. Zaman öyle bir kavramdır ki, suçluya ilişkin ceza yargısını günbegün azaltabilir, suçun etkisini ortadan kaldırabilir. Hem sübjektif olarak failin kusurunun karşılığını bulmasını, hem de objektif olarak bozulan toplum düzeninin yeniden tesisini sağlayabilir[744]. Ancak bu görüş de zamanın boş olarak akışına hukuki bir önem atfetmenin doğru olmadığı gerekçesiyle

[738] Vogel, **a.g.e.**, s. 3-4; Adorno, 1965, **a.g.e.**, s. 273-274; Klug**, a.g.e.**, 151-152.
[739] Geiger, **a.g.e.**, s. 405.
[740] Barbe, **a.g.e.**, s. 316-317.
[741] Christian Starck, "Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit", **VDStRL**, 51, s. 31.
[742] Abegg, **a.g.e.**, s. 24.
[743] Paysen, **a.g.e.**, s. 47.
[744] Abegg, **a.g.e.**, s. 28; Kostlin, **a.g.e.**, s. 910-911.

eleştirilmiştir. Zaman tek başına etkisiz, sadece içi doldurulduğu sürece anlam ifade eden bir unsurdur. Ona aktif bir rol biçmek doğru değildir. Bizde de zamanın geçmesi, zamanaşımı sürelerinin belirlenmesi bakımından sadece niceliksel bir ölçüt sunmaktadır[745].

Schwarze de "toplumdaki haksızlık bilinci" kavramı üzerinden zamanaşımını temellendirmeye çalışmış ve zamanla toplumdaki haksızlık bilincinin kaybolduğunu, toplumsal unutma ve affetme durumlarının ortaya çıktığını iddia etmiştir. Buna göre etkisini yitirmiş ve toplum bilincinde yaraları sarılmış bir fiili yeniden canlandırmak gereksizidir. Yazar unutmak ve affetmek gibi durumların fail veya mağdur üzerinden tanımlanarak değil, ancak toplumun bilincinde yarattığı etki çerçevesinde önem kazanacağını belirtmiştir. Sonuç itibariyle toplumdaki haksızlık bilincinin kaybı üzerinden yukarıda belirttiğimiz birçok görüşü bir araya getirerek karma bir görüş oluşturmuştur[746].

Kurumu tek bir görüşle açıklamakta yaşanan zorluk yukarıdaki örnekte olduğu üzere yazarları karma görüşler oluşturmaya itmiştir. Bazı yazarlar zamanın suçun korkunçluğunu ortadan kaldırdığını, uzun zamandan sonra verilen cezanın adaletin sağlanması yerine gücün keyfi bir uygulaması haline dönüşeceğini, faili sırf öç alma düşüncesinin bir objesi durumuna düşüreceğini iddia etmişlerdir. Yine delillerin kaybolabilme ihtimali, kişide oluşan pişmanlık ve ıstırap halinin varlığı zamanaşımı kurumunun gerekçeleri olarak sıralanarak; hemen hemen tüm görüşler bir araya getirilmiştir[747].

Zamanaşımı kurumunun lehine ileri sürülen görüşlerin hemen hemen hepsinin, çeşitli gerekçelerle geçen zaman sonucunda ceza vermenin faydasızlığına vurgu yapığını belirtmiştik. Bu yönüyle sosyal fayda görüşünün karma bir nitelik sergilediğini söyleyebiliriz. 1969 yılında Alman Anayasa Mahkemesi'ne konu olan olayda da eyalet mahkemeleri, zamanaşımı kurumunun gerekçelerinden yola çıkarak; kanunda belirtilen sürenin geçmesi halinde suçun aydınlatılmasının zorlaşacağını, toplumun cezalandırmaya ilişkin isteğinin azalacağını ve bu uzun süre zarfı

[745] Huggenberger, **a.g.e.**, s. 19.
[746] Schwarze, **a.g.e.**, s. 17-21.
[747] Schoch, **a.g.e.**, s. 12; Huggenberger, **a.g.e.**, s. 19-20; Önder, **a.g.e.**, s. 773-774; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 56. Günay da tüm görüşlerin doğruluk payına sahip olduğunu belirterek özelikle sosyal yarar görüşü temelinde tüm görüşlerin bir araya getirilmesiyle kurumun açıklanabileceğini ileri sürmektedir. Günay, **a.g.e.**, s. 21.

içerisinde failin kişiliğinin değişmesi sonucu cezalandırmanın amacına ulaşamayacağını ileri sürmüştü ki[748]; karar, bahsettiğimiz karma anlayışa örnek teşkil etmektedir.

Sonuç olarak hiçbir görüşün tek başına kurumu ve geçmişe yürüme yasağını temellendirmeye yeterli olmadığını düşünmekteyiz. Bu durum zamanaşımının atipik niteliğini de ortaya koymaktadır. Konumuzla ilişkisi bakımında ise bu görüşler içinde sosyal fayda görüşünün üzerinde durmak gerekmektedir. Kanımızca bu görüşü asıl önemli kılan nokta, zamanaşımı kurumunu cezanın amaçları çerçevesinde ele almamıza vesile olmasıdır. Bir örnek olması bağlamında Zimmermann'ın öne sürdüğü yaklaşıma daha ayrıntılı biçimde yer vermek gerekmektedir. Yazara göre cezanın amacı özel önemle teorisiyle desteklenmiş genel önlemedir. Bu anlamda amaç, toplumun ve bireylerin gelecekte benzer bir hukuki yarar zedelenmesinden korunması ve faille toplum arasında bozulan bağın yeniden tesis edilmesidir. Zamanla suç fiili ile fail ve toplum arasındaki gerilim zayıflamaktadır. Suç fiilinin aktüel hukuki ve sosyal ilişkilerdeki baskın ve kademeli etkisi kaybolmaktadır. Toplum artık söz konusu fiilden rahatsızlık duymuyorsa, fiil kriminal geçmişin bir parçası haline gelmişse ve fail sübjektif olarak değişmişse; artık cezalandırmanın hem negatif hem de pozitif genel önleme amacı bakımından bir karşılığı kalmamıştır. Zamanaşımı kurumu da bu anlamda bir tarihselleşme/tarih olma süreciyle beraber, cezanın amacının ve cezalandırma ihtiyacının ortadan kalmasının sonucudur. Muhakemeye ilişkin gerekçeler ise bu temellendirmeye ancak yardımcı olabilecektir. Yazar, devletin kanun eliyle koruduğu failler, gözünün önünde babası öldürülen çocuklar, fakirlik içindeki bir toplumda hırsızlığın cezalandırılmaması vb. hikayeler üzerinden mağdurun gözünde fiilin unutulmayacağı, daha az acı verir hale gelmeyeceği, aksine zamanaşımı eliyle failin cezasız kalmasının bu acıyı arttıracağı düşüncesine ise karşı çıkmaktadır. Ona göre bu, öç alma anlayışına dayanan ceza hukukun bir yansıması olup; modern ceza hukukuyla uyumsuz, metafizik bir düşüncedir. Bu anlamda meşru mağdur yararı veya öç alma ihtiyacı bu noktada geriye çekilmelidir[749].

[748] Bkz.: yuk. s. 133.
[749] Zimmermann, **a.g.e.**, s. 53-56.

Aksi yönde görüşe göre ise, 1969 yılında verilen Alman Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere, ağır maddi ve manevi tahribata neden olan bu tür suçlar, suç fiilinden sonra yıllar geçse bile hukuki barışı zedeleyebilmekte, mağdur vicdanında etkisini koruyabilmektedir. Suçların cezalandırılması zamanın geçmesiyle gereksiz hale gelmemekte, cezalandırma ihtiyacı ve arzusu yıllar içerinde kaybolmamaktadır. Cezanın genel önleme amacı doğrultusunda geç de olsa verilen bir ceza, suç fiilinin yakın bir tarihte zamanaşımına uğraması nedeniyle ceza verilmemesine nazaran herhalde daha korkutucu olacaktır[750]. 1979 yılında yani suç fiillerinden yıllar sonra çıkarılan düzenlemeyi savunanlar da, üzerinden uzun süre geçmiş olmasına rağmen, halen cezalandırılamayan Nazi suçlarının bulunduğunu belirtmişlerdir. Buna göre bu tip suçlarda suçluların ceza almaksızın topluma dahil olmaması gerekliliği ahlaki bir sorumluluktur, en yüksek hukuki değerlerin zaman sınırlanması olmaksızın korunması gerekmektedir. Zamanla açılan dava ve verilen ceza sayısında bir azalmanın olması, cezalandırmanın pratik bir karşılığının olmadığı düşüncesini uyandırsa da; zamanın akışı bu kadar ağır suçların cezalandırılmasını engellememelidir. Çünkü Nazi suçları ağırlıkları ve toplum bilincinde tuttuğu yer itibariyle biriciktir[751], ona özel bir hukuk uygulanmalıdır. Ayrıca söz konusu düzenlemenin yapılmaması uluslararası hukukta da yalnızlaşmaya, olumsuz bir bakış açısına neden olacaktır[752]. Bu anlamda sonraki jenerasyonlara başlayan hukuki hesaplaşmanın, tüm zorluklara rağmen yarım gönüllü olarak değil, içtenlikle başarıldığının gösterilmesi için bu tür düzenlemelere ihtiyaç olduğu belirtilmiştir[753].

6. Devlet Suçluluğu Kavramı Bakımından

Devlet suçluluğu (Staatskriminalität), özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası tartışılmaya başlanan bir kavram olmuştur. Bunda Nazi Almanyası'nda bir partinin on iki yıllık iktidarı boyunca doğrudan veya dolaylı emri, planlaması, ihmali vb. yollarla işlenmiş suçların ve bu suçlarla hesaplaşma çabasının önemli bir payı vardır.

[750] Bkz.: yuk. s. 134.
[751] Jaspers, **a.g.e.,** s. 57.
[752] Vogel, **a.g.e.**, s. 2.
[753] Baumann, **a.g.e.**, s. 151.

Sonuç itibariyle kamu kurumları ve dolayısıyla kamu görevlileri bir politika dahilinde bu suçların işlenmesine çeşitli sıfatlarla iştirak etmişlerdir. Devlet yapısı içinde yer alan ve kanunen vatandaşı korumakla yükümlü kurumlar, bir bütün olarak vatandaşa karşı suç işler konuma gelmiş; aynı devlet yapısı, söz konusu fiilleri suç olmaktan çıkararak cezalandırmanın önüne geçmeye çalışmıştır. Veyahut fiil suç olarak düzenlense dahi, bu suçun muhakeme edilmesini engelleyerek fiili bir cezasızlık politikası izlenmiştir. Yani ortada mevzuat ve/veya uygulama nedeniyle soruşturma veya kovuşturmanın açılmaması veya açılan soruşturma ve kovuşturmaların gerektiği gibi yürütülmemesi ya da ortaya çıkan hükmün adaletle bağdaşmaması veya verilmiş olan hükmün muhtelif nedenlerle infaz edilmemesi söz konusudur[754]. Bu politikada, zamanaşımı kurumu önem taşımaktadır. Çünkü muhakemeyi engellemek suretiyle suçların zamanaşımına uğratılması, failler bakımından bir koruma zırhı oluşturmuştur. İşte bu nedenlerle İkinci Dünya Savaşı sonrasında zamanaşımı kurumu ve geçmişe yürüme yasağının kapsamına ilişkin ciddi tartışmalar yaşanmıştır. Yine önceki bölümlerde belirtildiği üzere soykırım, insanlığa karşı suçlar gibi bazı suç tiplerinde zamanaşımının olmadığına ilişkin ulusal ve uluslararası hukukta düzenlemelere gidilmiştir. Devlet suçluluğu da bu tartışmaların bir sonucudur. Yazarların bir kısmı her tarihsel altüst oluşta benzer tartışmaların yaşanmasını engellemek amacıyla, bazı fiilleri belirli bir kavram altında toplamaya çalışmıştır. Bu bağlamda bu suçlarda zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüyebileceği ileri sürülmüştür. Bu bölümde söz konusu çabaya ilişkin öne çıkan görüşlere yer verilmek suretiyle, devlet suçluluğu kavramının somut bir tanımı yapılmaya çalışılacaktır. Buradan çıkardığımız sonuç, bazı suç fiilleri bakımından zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüyüp yürümeyeceğine ilişkin görüşümüzün olgunlaşmasına katkı sunacaktır.

Devlet suçluluğu kavramını tanımlayabilmek amacıyla, devlet suçluluğuyla ilişkilendirilen kavramları ele almakta yarar görmekteyiz. Bu çerçevede kimlerin bu suçun faili olabileceği, hangi suç tiplerinin ve hangi hallerde bu kapsama dahil edilebileceği gibi sorular cevaplandırılabilecektir.

---

[754] Öznur Sevdiren, **Türkiye'nin Cezasızlık Mevzuatı**, İstanbul, Sena Ofset, 2015, s. 19. (Çevrimiçi), http://hakikatadalethafiza.org/wp-content/uploads/2016/04/Turkiyenin-Cezasizlik-Mevzuati.pdf, 30.11.2018.

6.1. Devlet Suçluluğu İle İlişkilendirilen Kavramlar

6.1.1. Devlet Destekli Suç

Naucke "Devlet Destekli Suçlara Ceza Hukukunca Ayrıcalık Tanınması" adlı eserinde devlet destekli suç (staatsverstärkte Kriminalität) kavramının diğer suç tipleriyle farkını ortaya koymaya çalışmıştır. Buna göre "A, B'yi öldürdü" biçimindeki alelade bir önerme, devlet destekli suçlar için geçerli değildir. Önerme, özellikle barışçıl olmayan dönemlerde kolayca geri çekilebilmektedir. Her durumda fail ile mağduru eşitleyen ve kabul edilemeyecek bir formülasyondur. Çünkü bu suçlarda mağdur faile göre çok daha zayıftır. Fail üniformalı, ünvanlı, emir verebilen, teknik olarak donanımlı idari bir yapı içerisindedir ve bu yapıya hakimdir, bunun sayesinde geniş bir insan kitlesini harekete geçirebilmektedir. Yine işlenen fiilleri yasallık görüntüsü altına sokabilme gücüne sahiptir[755]. Bu güç sayesinde suç işleme ve muhakeme edilmeme ayrıcalığını elde edebilmektedir. Eskiden var olan "ceza krala ulaşamaz" özdeyişi, bu yönde bir kanuni düzenleme olmasa bile, devlet destekli suçların yargılanmaması biçiminde bir eğilim olarak kendini ortaya koymaktadır. Benzer biçimde yöneticilerin pozitif hukuk eliyle de korunması söz konusu olabilmektedir[756].

Sonuç olarak yazara göre devlet destekli suçluluk, bu imkanlar nedeniyle suçluluğun özel ve korkakça bir biçimidir[757]. Bu suçlarda örgütlenmiş devlet gücünün bireye uygulanması, devlet organizasyonu içeren bir güçle güçsüzlerin sınırlandırılması ve birey özgürlüğünün karşı konulamaz toplu devlet gücü tarafından ihlali söz konusudur[758]. Devlet destekli suç yanında politika-devlet yönlendirmesiyle işlenen suç, devlet tarafından örgütlenmiş suçluluk, devlet suçluluğu gibi kavramları da kullanan yazar; kavramı tanımlarken birçoğuna önceki bölümlerde yer verdiğimiz bazı düzenlemelerden yararlanılabileceğini belirtmiştir. Bunlar Versay Anlaşması m. 227, Nuremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı m. 6, Kontrol Konseyi Kanunu m. 10[759], 05.03.1946 tarihli Nasyonalsosyalizm ve Militarizmden Kurtulmaya İlişkin

[755] Wolfgang Naucke, **Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität**, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1996, s. 15, 20, 23.
[756] Naucke, **A.e.**, s. 12-14, 27.
[757] Naucke, **A.e.**, s. 22.
[758] Naucke, **A.e.**, s. 20.
[759] Bkz.: yuk. s. 118-119.

104 sayılı Kanun m. 4 vd., 1966 tarihli Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 15/2[760], 1991 tarihli Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü m. 2 vd.'dir[761].

Yazar fiziki şiddet yanında devlet destekli işlenen, postada mektuba veya paraya el koyma gibi doğrudan fiziki şiddet içermeyen fiilleri de kapsama dahil etmiştir[762]. Kavramsallaştırmaya ilişkin Naucke'ye eleştiri getiren Prittwitz, devlet suçluluğu kavramının, devlet destekli suç kavramına göre daha tercih edilebilir olduğunu ileri sürmüştür. Yazara göre devlet destekli suç kavramı devletin ancak yardım eden rolüne sahip olabileceği, asli fail olamayacağı izlenimi yaratmaktadır[763].

Naucke söz konusu suçların bir istisna olduğu, bu anlamda genel ilkelerden vazgeçilmesine neden olacak bir kavramlaştırma yapılmaması gerektiğine ilişkin düşünceye şiddetle karşı çıkmaktadır. Söz konusu fiiller istisna değildir, tarihsel sürecin gösterdiği üzere bunlar son derece yaygın biçimde işlenmektedir. Eğer bu fiiller istisna olarak kabul edilirse; hakim anlayışa göre yapılması gereken, bir an evvel eski barış dönemi normalliğindeki ceza hukukuna dönüşü sağlamak olacaktır. Faili devlet olan bir suçu yok sayma ve faili avantajlı durumu getirme sonucunu doğuran bu anlayış, Federal ve Demokratik Almanya birleşmesinde de görüldüğü üzere olağanüstü süreçlere hazırlıksız yakalanılmasına neden olacaktır[764].

Yazar bu tür fiillerin cezalandırılmasının önemli olduğunu, ancak bunlara ilişkin pozitif hukukta ayrıntılı bir düzenlemeye gerek olmadığını savunmaktadır. Ulusal ve özellikle uluslararası düzenlemeler bu yolda önemli bir aşama kaydetmiştir. Mevcut pozitif düzenlemeler eliyle bu suçlar cezalandırılabilecektir. Ancak yazar, cezalandırma için sadece pozitif hukuk düzenlemelerinin yorumlanmasının yeterli olmadığını belirtmektedir. Çünkü pozitif kuralların yorumu, somut duruma göre değişebilmekte ve devlet destekli suçlara ayrıcalık tanımanın bir yolu haline gelebilmektedir. Pratikteki kanun ile politika farklılığı, pozitif düzenlemeyi devletin sınırsız teminatıyla uygulanan baskının bir aracı haline

[760] Bkz.: yuk. s. 41.
[761] Naucke, **A.e.**, s. 15, 16, 21.
[762] Naucke, **A.e.**, s. 20.
[763] Cornelius Prittwitz, "Regierungskriminalität" und „Kriminalität der Mächtigen", **Kriminalität der Mächtigen,** Ed. Cornelius Prittwitz u.a., Baden-Baden, Nomos, 2008, s. 192.
[764] Naucke, 1996, **a.g.e.**, s. 23, 25.

getirebilmektedir[765]. Bu noktada devlet destekli suçların ceza hukuku bağlamında özel olarak ele alınması, öneminin vurgulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu da söz konusu suçluluk biçiminin ceza hukukunda dördüncü bir iz olarak kabul edilmesiyle mümkün olabilecektir. Hukukumuzda egemen olan iki izli yaptırım görüşünün aksine yazar, ceza-güvenlik tedbiri-yeniden iyileştirme kapsamında savcının takdir yetkisi biçiminde üçlü bir iz sistemini kabul etmektedir. İşte bu sisteme dördüncü bir iz olarak devlet destekli suçların takibi ve cezalandırılmasını eklemek gerektiği düşüncesindedir. Böylece bu tür suçlar sadece politik gelişmelere göre ve diktatörler yıkıldıktan sonra değil; onlar iktidardayken ve devlet eliyle suç işlerlerken cezalandırılabilecektir[766].

Bu tür suçlarda geçmişe yürüme yasağının uygulanması, "hükümdarlar kanunlarla bağlı değildir" anlayışının karşılık bulması anlamına gelecektir. Yazar devlet destekli suçları takip etme ve cezalandırmanın dördüncü bir iz olarak kabulü yoluyla, bu suçlarda geçmişe yürüme yasağının uygulanmayacağını belirtilmektedir. Geçmişe yürüme yasağı pozitif hukukun açık, doğal ilkelerinden değildir. Bu anlamda uygulanması uygun olmadığı noktada geri çekilmelidir. Güç sahibi olanın kural koymak veya koymamak veya kural bulunmasına rağmen belirli bir hukuk pratiğini uygulatmamak suretiyle failin ceza almasını engellemesi, geçmişe yürüme yasağıyla dalga geçmek anlamına gelmektedir. Bu nedenle bu tür suçlar geçmişe yürüme yasağı kapsamına dahil olmamalıdır. Eski güç sahibinin şimdi sadece vatandaş statüsünde olması, geçmişe yürüme yasağının sağladığı korumadan yararlanması için yeterli değildir. Bir kurumun maddi veya şekli ceza hukuku içerinde yer almasının önemli olmadığını belirten yazar, zamanaşımı kurallarının geçmişe yürürlüğüne ilişkin tartışmalarda bu ayrımın önem arz etmediğini savunmaktadır[767].

6.1.2. Baskıcı Suç

Devlet suçluluğu kavramına ilişkin katkı sunan diğer bir yazar da Hess'tir. Hess, baskıcı suç (repressives Verbrechen) kavramıyla, konuya ilişkin fikir beyan eden birçok yazara ilham kaynağı olmuştur. Güç sahiplerinin gücüne ve

[765] Naucke, **A.e.**, s. 41, 43, 65, 66.
[766] Naucke, **A.e.**, s. 74-77.
[767] Naucke, **A.e.**, s. 47, 50, 54-57.

egemenliğine zarar veren hırsızlık vb. başkaldırı suçlarının karşıtı olarak baskıcı suça yer veren yazar; kavramı, güç ve mevki sahiplerinin ayrıcalıklı pozisyonlarını kurmak, güçlendirmek, ama her şeyden önce korumak için işlediği suçlar biçiminde tarif etmiştir [768]. Bu noktada baskıcı ceza hukuku kavramına yer vermek gerekmektedir. Ceza hukukunu daha az etkili olmayan polis hukukuyla birlikte, resmi doğruyu veya devletin doğrusunu, aykırı düşüncelere karşı korumanın, politik alt etmenin ve iktidarın korunmasının bir aracı olarak kullanan iktidar; baskıcı ceza hukukunu uyguluyor demektir[769]. Günümüzde normalde korunan hukuksal yarar ve devlete yönelen tehlike bağlamında suç tanımları yapılırken; baskıcı ceza hukuku uygulaması gibi istisnalar, devletin yönelttiği tehlikeyi esas almayı gerektirmiştir. Bunlar totaliter güç sahiplerinin işlediği suçlar, savaş suçları ve kamu kurumlarınca işlenen suçlardır ki; Hess bunların devlet suçluluğu kavramı altında ele alınabileceğini belirtmiştir. Ancak kamu kurumlarının memurlar eliyle işlediği suçlarla, basit memur suçlarını birbirinden ayırmak gerekmektedir. Basit memur suçlarında memurun kişiliği öne çıkarken, baskıcı suçlar açık biçimde politik suçlardır. Bu suçlar, üretimin ve güç makamlarının paylaşılması amacı çerçevesinde işlenir[770].

Baskıcı suçları çeşitli başlıklar altında toplayan yazar kolonyal suçları, farklı dönemlerde sınıf ve/veya iktidar çatışması nedeniyle uygulanan mafya şiddetini, seçim hilelerini, polisin illegal müdahalelerini, polise yakın organizasyonların terör eylemlerini ve hükümetin işlediği suçları örnek olarak göstermektedir. Bu anlamda mafya şiddeti, güç sahiplerince 1800'lerde toprak mülkiyetini ele geçirmek; 20. yy.'de işçi mücadelelerini bastırmak ve yine siyasi seçimleri etkilemek için kullanılmıştır. Ekonomik ve siyasi güce sahip olan kişilerin mafya üyeleriyle iç içe geçen ilişkileri nedeniyle, mafya üyeleri çoğu zaman etkili bir ceza muhakemesine konu olmamışlardır[771]. Polisin illegal müdahaleleri başlığı altında ise, polisin ihmal suretiyle saldırıya maruz kalana yardım etmemesi ya da aktif biçimde hak ihlaline neden olması baskıcı suça örnek olarak verilmiştir. Polis veya benzer kamu

[768] Henner Hess, "Repressives Verbrechen", **KJ**, 1976, Band 8, s. 1.
[769] Türkan Sancar, **"Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini" Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (Eski TCK m. 159/1-Yeni TCK m. 301/1-2)**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 34.
[770] Hess, **A.e.**, s. 4-5.
[771] Hess, **A.e.,** s. 5-7.

görevlileri bazen dolaylı olarak bu suçların işlenmesini sağlayabilmektedir. Polise yakın organizasyonların gerçekleştirdiği terör faaliyetleri bu kapsamdadır. Bu organizasyonlar ya hem polisler hem de kamu görevlisi olmayandan oluşmakta ve polislerin dışardan verdiği talimatlarla hareket etmekte; ya da tamamen kamu görevlisi olmayan kişilerden oluşmakta ama polislerce himaye edilmektedir. Bu organizasyonların amacı genellikle muhalif güçlerin ortadan kaldırılması, terör faaliyetleriyle toplamsal muhalefetin felce uğratılmasıdır[772].

Hükümetin işlediği suçlar özellikle faşizm kavramı üzerinden ele alınmıştır. Buna göre faşizm farklı gerekçelere dayanan çok katmanlı bir niteliğe sahiptir. Ekonomik nedenler başat olmakla birlikte, ayrıcalıkların korunması da burada önemli bir rol oynamaktadır. Hitler ve Demokratik Almanya Cumhuriyeti dönemini örnek veren yazar, her ikisinde de iktidarın kanuni yollarla ele geçirildiğine ve iktidar eliyle işlenen suçların cezasızlığını sağlayacak kanuni önlemlerin alındığına vurgu yapmıştır. Ancak o dönemki mevcut kanunlara göre hala suç teşkil eden fiiller de işlenmiştir. Faşist iktidarlarda devlet yapısında yukarıdan aşağıya yayılan küçük diktatörlüklerce, sayısız hükümet suçu işlenmiştir[773].

Baskıcı suçların birçok özelliği arasında öne çıkan husus, bu tür suçların çok ender biçimde takip edilebilir olmasıdır. Bunda faillerin adalet ve devlet mekanizmalarıyla paralel ilişkilerinin ve yine legal ve illegal şiddetin iç içe geçmesinin önemli bir payı vardır[774].

6.1.3. Güçlülerin Suçluluğu

Scheerer güç kavramına yaptığı vurgu üzerinden güç sahiplerinin işlediği suçların güçlülerin suçluluğu (Kriminalität der Mächtigen) adıyla kavramsallaştırılması gerektiği düşüncesindedir. Yazar gücü ekonomi üzerindeki kontrol, yani ekonomik güç, ve politik kurumlar üzerindeki kontrol, yani politik güç, olarak ikiye ayırmaktadır. Bu gücün, güç sahiplerinin isteklerini muhataplarının itirazlarına karşı dayatma şansı tanıdığını ifade eden yazar, gücü şey, emtia ya da sabit bir şey değil; açık, az ya da çok koordine edilmiş ilişkiler yumağı olarak tanımlamaktadır. Gücün, güçlülerin suçluluğu bakımından sosyal olarak biçimsizliği

[772] Hess, **A.e.**, s. 9, 13.
[773] Hess, **A.e.**, s. 11.
[774] Hess, **A.e.**, s. 13.

ve rasyonelliği içinde barındırdığını belirtir. Bu suçların bürokratik rasyonellik ve etkililiği planlanmış ve icra edilmiş bir nitelik taşıdığını ortaya koyar[775]. Güçlülük suçluluğu, bu üstün gücün korunması ve arttırılmasına hizmet eder[776]. Yazar bu çerçevede Hess'in tanımına sadık kalarak güçlülerin suçluluğunu "politik, sosyal pozisyonları gereği kendi istekleri ve yine karşı çıkışlarını muhatabına dayatma şansına sahip, davranışlarının amacının bu ayrıcalıklı pozisyonlarını koruma veya inşa etmeyle yakından ilişkili olan kişilerin davranış biçimleri" olarak tanımlamaktadır[777]. Lee de benzer biçimde kavramı, "faillerin yüksek sosyal pozisyonları nedeniyle ceza yargılamasından muaf tutulduğu suçlar" biçiminde tarif etmektedir. Bunlar toplumdaki politik kurumları ve/veya ekonomik organizasyonları yürüten kişilerin yani kişi gruplarının, kendi ayrıcalıklı pozisyonlarını elinde tutmak, güçlendirmek veya korumak için işlediği veya işlenmesine sebebiyet verdiği suç veya suç ve ceza tehdidiyle karşılık bulan davranışlarıdır[778].

Scheerer güçlülük suçluluğunun diğer suç tiplerinden farklılığını, bir egemenlik aracı olarak ortaya çıkmasında görmektedir. Buna göre cezayı koyan, suçu işleyen, kuralı uygulayan kişiler arasında sistemin sürekliliğini sağlayan diyalektik bir ilişki vardır. Bu ilişkiler ağı, ayrıcalıkların illegal biçimde korunmasına izin vermez. Ancak güç sahiplerinin sahip oldukları gücü kullanarak işledikleri ve cezalandırılmadıkları suçlar, bu diyalektiği bozar. Ayrıcalıkların illegal biçimde korunması, güç savaşları sonucu uzlaşmayla ortaya çıkan yazılı hukuku ihlal eder. Yazılı olanla, uygulama kuralları farklılaşır[779]. Ayrıcalıkların korunması çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. Bunlar fiilin işlenmeden önce ya da işlendikten sonra geçmişe yönelik olarak suç olmaktan çıkartılması veya güç sahiplerinin sosyal, iletişimsel yetenekleri ve konumlarını, maddi kaynaklarını veya ekonomik suçlarda olduğu gibi karmaşık ilişkilerini kullanmaları suretiyle olabilir. Bu şekilde şikayetin

[775] Scheerer, S., "Kriminalität der Mächtigen", **Kleines Kriminologisches Wörterbuch**, 2. völlig neubearbeitete und erweiterte Aufl., Ed., G. Kaiser/H.-J. Kerner/F. Sack/H. Schellhoss, Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1985, s. 212; Scheerer, S., "Kriminalität der Mächtigen", **Kleines Kriminologisches Wörterbuch**, 3. völlig neubearbeitete und erweiterte Aufl., Ed., G. Kaiser/H.-J. Kerner/F. Sack/H. Schellhoss, Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1993, s. 247-248.
[776] Scheerer, 1993, **a.g.e.**, s. 246.
[777] Scheerer, 1985, **a.g.e.**, s. 211.
[778] Chul Lee, "Kriminalität der Mächtigen: Gegenstandsbestimmung, Erscheinungsformen und ein Versuch der Erklärung", **Sozial Probleme 6 (1995),** s. 25, 28.
[779] Scheerer, 1985, **a.g.e.,** s. 214; Scheerer, 1993, **a.g.e.,** s. 248.

ileri sürülmesi engellenebilmekte, soruşturma veya hüküm üzerinde etki yaratılabilmektedir. Bu gibi yollarla diğer suçlulara göre failin açığa çıkartılması zorlaşmaktadır.

Failler, suç işlerken fiilin yüce bir amaca hizmet ettiği inancına veya günah keçisi ilan ettiği kişilere karşı mücadele motivasyonuna sahip olmaları nedeniyle, sosyal bir korumaya sahiptirler. Bu suçlarda fail genellikle ceza almaz, alsa bile fiil hafif bir suç olarak kabul edilerek faile az ceza verilir. Yine mahkumiyet halinde ceza ya uygulanmaz ya da failin kısa sürede tahliye olması sağlanır. Tüm bunlar bir ceza bağışıklığı veya fiili bir cezasızlık anlamını taşır[780]. Bu göreceli bağışıklık çeşitli biçimlerde kanuni normların geri çekilmesine neden olmakta ve suçun işlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır[781]. Karstedt bu suçların oluşmasına uygun zemin yaratması bakımından, "başarısız devlet" kavramına vurgu yapmaktadır. Buna göre bu suçlar, güç sahibi aktörlerin dayatmalarına karşı onları sınırlayamayan; hukuku ve kanunu bu menfaat ve güç kullanımının karşısında uygulayamayan; bu yöndeki güç kullanımına karşı halkın güvenliğini garanti altına alamayan başarısız devletlerde meydana gelmektedir. Başarısız devlet güç tekelini kaybetmiş, etnik, politik veya paramiliter grupların veya hepsinin içinde yer aldığı yapıların kendi güçlerini uygulama alanı bulduğu bir devlettir. Gücün meşru olmayan biçimde ele geçirilmesidir[782]. Reinhard'a göreyse devlet özü itibariyle zaten bencil ve güç sahiplerinin iktidarını temsil etmektedir. Bu tür suçlar, söz konusu yapının tarihsel, rastlantısal ama değerden yoksun bir sonucudur[783].

Hess'in baskıcı suç kavramını da kullanan Scheerer, bu iki kavram arasında kısmi farklılıklar olduğunun altın çizer. Herhalde bu suçlar devlete ilişkin ve paralel devlet niteliğindeki aktörlerce işlenen suçlar olarak kategorize edilebilir. Devlete ilişkin aktörlerin gerçekleştirdiği suçluluğa örnek olarak seçim hileleri, illegal takip ve dinleme, işkence, yaralama, hürriyeti tahdit, kamu makamları nezdinde şantaj, polisin gerçekleştirdiği katliamlara azmettirme veya kayıtsız kalma, devletin yönlendirdiği pogrom, polise yakın veya paramiliter gruplarca gerçekleştirilen terör

[780] Scheerer, 1985, **a.g.e.,** s. 213.
[781] Lee, **a.g.e.,** s. 44.
[782] Susanne Karstedt, "Kriminalität der Mächtigen- Kriminalität der Macht", **Kriminalität der Mächtigen,** Ed. Cornelius Prittwitz u.a., Baden-Baden, Nomos, 2008, s. 23-25.
[783] Wolfgang Reinhard, "Staat machen als organisiertes Verbrechen?-Kriminalität der Mächtigen aus der Perspektive der Geschichte der Staatsgewalt", **A.e.**, s. 175.

eylemleri verilebilir. Devlet dışı aktörlerce işlenen suçlar anlamında ise mafya yahut şirketlerin işlediği suçlar sayılabilir[784]. Kanımızca paramiliter grupların işlediği suçlar ikinci kategori içinde kabul edilebilir. Bu anlamda suçun mutlaka kamu görevlilerince işlenmesine gerek yoktur. Aslında kamu görevlileri herhalde bu grupların kurulmasına ve yönetilmesine iştirakleri bakımından suçlu olacaklardır; ancak bu hususun belirtilmesi, devlet suçluluğunda kimlerin fail olabilecekleri noktasında önem arz etmektedir.

Lee devlete ilişkin aktörler anlamında ilk olarak yüksek devlet memurlarını ve milletvekillerini saymaktadır. Ancak her yüksek mevkideki memur veya milletvekili bu kapsam içinde yer almaz. Yine toplumsal güç ilişkileri ve konumları gereği politik karar alma mekanizmaları üzerinde etkili olabilen askeri veya dini gruplar da bu kapsama dahil edilebilirler. Ekonomik anlamda ise şirketlerin kilit noktasındaki yöneticiler, büyük tekeller vb. aktörler güç sahipleri olarak tanımlanabilir. Burada temel nokta güç sahibi olan-olmayan ayrımının iyi çizilmesidir. Buna göre hırsızlık, yaralama gibi bazı toplumsal güçteki kişi gruplarınca işlenen suçlar bu kapsamda değildir. Çünkü bu suçlar, güçlülerin karakteristik suç davranış tarzları yani yüksek sosyal pozisyonlarıyla bağlantılı özel suç işleme motivasyonuyla işlenmemektedir. Bunun yanında suçların doğrudan güç sahipleri eliyle işlenmesine gerek yoktur, aksine önemli olan güç sahiplerinin kendi isteklerini dayatma olanakları çerçevesinde başkalarını harekete geçirebilmeleridir[785].

Sonuç itibariyle Scheerer güçlülerin suçluluğunun üç unsuru içinde barındırdığını belirtir. Bunlar sosyal, ekonomik veya politik organizasyonların kullanılması veya paramiliter gruplar gibi yapıların kurulması suretiyle ortaya çıkan işbölümü çerçevesinde hareket etme; ortaya çıkan maddi ve manevi zararın ağırlığı ve son olarak sahip olunan göreceli ceza bağışıklığıdır. Bu bağışıklık, kompleks suç yapıları yaratma; suç fiillerini kolayca ört pas edebilme ve kamuoyunu etkileyebilme olanaklarını devreye sokma; daha iyi bir hukuki koruma; daha az damgalanma gibi yollarla ortaya çıkmaktadır[786]. Lee ise bu üç unsuru suç teşkil eden veya muhakeme

[784] Scheerer, 1985, **a.g.e.,** s. 212.
[785] Lee, **a.g.e**., s. 27, 30.
[786] Scheerer, 1993, **a.g.e.**, s. 247, 248.

edilebilen davranışların varlığı, suçun belirli kişi veya kişi gruplarınca işlenmesi veya işlenmesine neden olunması ve fiillerin suçluluğun tanımında belirtilen yukarıdaki amaçlara uygun olarak işlenmesi biçiminde sıralamıştır[787].

6.1.4. Kriminal Olarak Sapkınlaşmış Devlet ve Devlet Kurumlarının Suçluluğu

Lampe söz konusu fiillerin işlenmesini sağlayan yapıları, sistemler olarak ele almış ve bunlara haksızlık sistemi adı vermiştir. Kriminal olarak sapkınlaşmış devlet ve devlet kurumları (kriminell pervertierte Staaten und staatliche Gebilde) da bu sistemlerden bir tanesidir. Yazara göre bu zamana kadar haksızlık sisteminin sorumluluğuna ilişkin bir teori geliştirilmemesinin sebebi, kriminoloji ve ceza hukukunun fiili bireysel olarak ele alması ve suçu bireysel isnadiyet üzerinden kurgulamasıdır. Bu anlamda çok sıkı organize edilmiş bir sisteme bağlanan duygu birliğiyle suç işleyen fail yeteri kadar incelenmemiştir[788]. Haksızlık sistemlerini diğer suçlardan ayıran, insanların haksız amaçlar için organize edilmiş olmasıdır[789]. Yazar haksızlık sistemini iki ana sisteme ayırmaktadır. Bunlardan ilki basit haksızlık sistemidir ve temel biçimi iştiraktir. İkinci sistem ise konumuz açısından önem arz eden formel haksızlık sistemidir (verfaßte Unrecht System)[790]. Bu sistemin fonksiyonel örgütlenmesi anayasa, tüzük vb. eliyle devamlı ve yerleşmiş bir yapı haline gelebilir. Burada basit haksızlık sisteminin aksine birkaç kişinin değil, daha yapısal bir organizasyonda birbirinden bağımsız kişilerin bir araya gelmesi, yazılı ya da yazılı olmayan bir anayasa eliyle sistemin amaçlarının belirlenmesi söz konusudur. Basit sisteme göre daha karmaşık ve hiyerarşiktir[791].

Sistemin, suç örgütleri; suça meyilli şirketler ve son olarak alt bölümümüzün konusu olan kriminal olarak sapkınlaşmış sistemler, diğer ifadeyle devlete ilişkin haksızlık sistemleri olarak üç farklı görünüş biçimi vardır. Bu sistemi, kriminal olarak sapkınlaşmış devlet veya devlet yapıları meydana getirmektedir. Sistemi hukuki bakış açısıyla ele aldığımızda, hukuki olarak örgütlenmiş bir etki birliğinin

[787] Lee, **a.g.e.,** s. 28.
[788] Ernst-Joachim Lampe, "Systemunrecht ınd Unrechtssysteme", **ZStW**, 106 (1994), Heft 4, s. 683.
[789] Lampe, **a.g.e.**, s. 687.
[790] Yazarın kavrama dair yaptığı açıklamalardan da anlaşılacağı üzere formel ifadesi burada yazılı, kanuni, yani hukuksal alt yapısı olan anlamında kullanılmaktadır.
[791] Lampe, **A.e.**, s. 688, 693-694.

var olduğunu görürüz. Faili kamu görevlisidir. Burada devlet organizasyonu için hukuken özgür ve cezasız alanların yaratılması söz konusudur[792] ve sistemin bazı temel özellikleri vardır. Bunlar, sahip olduğu büyük tehlike potansiyeli; korunan hukuki yarara karşı organize edilmiş müdahale ve bu haklara karşı yapılan saldırıların sonuçları bakımından bağlayıcılığın azlığı; biz duygusunun ve hukuk düzenine aykırı amacın varlığı ve umursamazlığa prim vermedir. Buna göre bu sistem teknik araçlara sahip ve çatışmaya hazır insanlardan oluşan büyük bir tehlike potansiyelini içinde barındırır. Devlet bu anlamda sadece savunma için değil, mağdurlara karşı da silahlanır. Sistemi oluşturan kişilerdeki biz duygusu, faildeki sorumluluk bilincini azaltır. Hakim kesimin mağdur kesimler üzerindeki nefret propagandasının bunda önemli bir payı vardır. Sonuç itibariyle tüm bu suç fiillerine karşı cezai anlamda bir yaptırımın bağlayıcılığı fiilen azalır. Devletin kendisi kriminal amaçları uygulayan haksızlık sistemi haline gelir[793]. Devletin sadece yazılı kurallarla değil pozitif üstü hukukla da bağlı olduğunu iddia eden yazara göre, ortada hukuk idealiyle çelişen, açıkça hukuka aykırı devlet eylemleri söz konusudur. Eğer devlet görevlileri devlet felsefesinin bir sonucu veya bilinçli olarak hukuki kontrolü azaltıp savsaklama veya suça uygun ortam yaratma suretiyle suç işlerlerse, devlet veya devlet kurumları sapkınlaşmış kriminal yapılar haline gelir[794].

6.1.5. Makro Suçluluk

Makro suçluluk (Makrokriminalität) kavramı esas olarak Jäger tarafından ortaya konulmuştur. Bu kavram altında birçok suç tipinin toplanabileceğini belirten yazar, özellikle devlet haksızlığının söz konusu kavramın içeriğine ilişkin bilgi verebileceğini ifade etmektedir. İnceleme bu çerçevede özellikle soykırım, savaş suçları ve devlet yönetiminin suçluluğunu öne çıkarmaktadır. Makro suçları bireysel suçlardan ayırmanın kolay olmadığını belirten yazara göre, temel farklılıklardan biri makro suçların içerdiği bazı unsurlardır. Örnek olarak Yahudi soykırımında olduğu üzere failler, fiilleri soğukkanlı bir işlem ve teknoloji eliyle yerine getirilen bir görev olarak icra etmişlerdir. Bu anlamda diğer öldürme suçlarından farklı olarak yaşam hakkı daha ağır biçimde ihlal edilmiştir. Bu suçların tehlike arz etme momenti sadece

[792] Lampe, **A.e.**, s. 695, 700.
[793] Lampe, **A.e.**, s. 713-715.
[794] Lampe, **A.e.**, s. 701-702.

bir defalığına ortaya çıkmamaktadır. Aksine devam eden bir niteliğe sahiptir. Çünkü suçlar devlet otoritesinin teşvikiyle işlenmekte ve faillerin mağdurla olan mekansal, duygusal ve sosyal mesafesi açılmaktadır. Milgram deneyinin[795] gösterdiği üzere büyük grup organizasyonu eliyle bireysel suç işleme bilinci azaltılmaktadır[796]. Bu suçların, makro alanın toplumsal gelişimiyle ilişkili olduğu ve belirli toplumsal/devletsel amaçlar, etkiler ve yönlendirmeler çerçevesinde ortaya çıktığı belirtilebilir. Yazara göre Nuremberg yargılamalarına konu olan saldırı savaşını planlama, hazırlama, yönetme, sivil halka eziyet ve zorla yerinden etme, şehirlerin yıkılması, imha, köleleştirme, politik, faşist ve dini nedenlerle yargılama bunlara örnektir. Yine totaliter egemenlikle, devlet ve grup terörizmiyle, gerilla mücadelesiyle, devrimci ve karşı devrimci hareketlerle ve aktüel politik kitlesel durumla ilgili suçlar da bu kapsamdadır. Yazar bir organizasyon dışında gelişen bireysel davranışların da bu tür suçlara dahil olabileceğini belirtmiştir. Bireysel bir davranış, toplumsal yaşama ilişkin bir çatışmanın ve makro alanın sonucu ve gelişimi olarak karşımıza çıkabilir. Bu anlamda bunlar bir sapma değil, tam tersi toplumla uyum içindeki davranışlardır. Ancak her somut olayda makro suçluluğun alanının nereden çizileceği ve hangi fenomenleri içereceği tartışılmalıdır[797]. Prittwitz ise kavramın gereğinden fazla bireysellik üzerinden ele alındığı yönünde eleştirilerde bulunmuştur. Buna göre toplamda makro suçluluğu, miligram deneyinin ortaya koyduğu gibi bireysel kişilerin bir araya gelmesinden ziyade, daha farklı nedenlerin de hesaba katıldığı bir birliktelik olarak algılamak gerekmektedir. Bu birliktelik iradesi sakata uğramış basit bir insan topluluğu değildir[798].

[795] Stanley Milgram tarafından gerçekleştirilen ve insanlar neden itaat eder sorusuna cevap arayan deneyin odak noktası, deneklerin araştırmacının emirleriyle ne kadar elektrik şoku vermeye razı olduklarıdır. Deneklere öğrenmeye ilişkin olumsuz pekiştirme deneyleri hakkında bilgi toplamayı amaçlayan bir deney yapılacağı bildirilir. Nasıl doğru bir şey yapıldığında ödüllendirilerek, doğru şey pekiştiriliyorsa; yanlış bir şey yapıldığında da cezalandırılarak, yanlış pekiştirilecektir. Deneydeki olumsuz pekiştirici, elektrik şokudur. Deneklere, öğrenme deneyi bağlamında öğrenci durumundaki kurbana her yanlış yaptığında giderek artırılan elektrik şoku vererek öğrenmede cezanın etkisinin ölçüleceği söylenir. Ceza, hafiften, tehlikeliye olmak üzere otuz kademeli şekilde bir şok jeneratörü aracılığıyla birçok kez elektrik vermeyi içerir. Deney sonucunda denekler, elinde herhangi bir zorlama gücü olmayan bir bilim insanının emirlerine büyük oranda itaat etmişlerdir. Ülker Yükselbaba, "Milgram Deneyi: Otorite ve İtaate Dair", **İÜHFM**, C. LXXV, S. 1, 2017, s. 227, 233

[796] Herbert Jäger, **Makrokriminalität**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, s. 7, 46-47.

[797] Jäger, **A.e.**, s. 11, 12, 13.

[798] Prittwitz, **a.g.e.**, s. 198.

Jäger, Naucke gibi bu tür fiillerin bu anlamda makro suçluluğun bir istisna, olağanüstü dönemlerden sonra derhal unutulması gereken fiiller olarak görülmesine karşı çıkmaktadır. Bu suçlar normallik kavramının zıddını ifade eden bir sapma veya istisnai hal değildir. Aksine Arendt'in belirttiği üzere[799] artık sadistçe ve aşağılık olmaktan çıkıp, korkutucu ve normal hale gelen fiillerdir. Tarihsel olarak bu fiillerin tekrar edilir hale gelmesi, bunun bir göstergesidir[800].

6.1.6. İtaate Dayanan Suç

Kreuter devlet suçluluğunu, temel olarak ast-üst arasındaki emir verme-alma ilişkisi sonucu oluşan organizasyonla ilişkilendirmiştir. Yazara göre itaate dayanan suçların (Verbrechen aus Gehorsam) ortak özellikleri, kişilerin açık veya kapalı biçimde emir altında olmaları; emirleri sistemle uyumlu biçimde yerine getirmeleri ve fiillerin hukuka aykırı olduğunun ve insan hakları ile mağdurun temel hukuki yararlarının ihlal edildiğinin hukuki bakış açısıyla sonradan tespitidir. Bunlar bireysel değil toplu işlenen suçlardır[801]. Devlet suçluluğu da biçimsel olarak yetkilendirilmiş devlet gücünü temsil edenlerin emriyle işlenen, bu anlamda itaate dayanan suç olarak tarif edilebilecektir. Ancak bu suçlar memur suçlarına göre daha dar bir kapsama sahiptir. Çünkü memur suçları belirli bir memur sorumluluğunun ihlali neticesinde oluşan, bir emre dayanan veya dayanmayan sisteme aykırı fiillerdir[802].

Tüm tespitlerin ardından bu suçlar bakımından kanunilik ilkesinin sınırları aşmak anlamında yazar üç olasılık sunmaktadır. Bunlardan ilki uluslararası hukukun benimsenmesidir. Yazara göre uluslararası hukukta bu suçlar bakımından geçmişe yürümeye imkan verecek düzenlemeler mevcuttur. İkincisi ise iç hukukta somut olarak bu fiiller bakımından geçmişe yürümenin mümkün olduğunu düzenlemektir. Son olasılık ise kanunilik ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalmak suretiyle geçmişe yürüme yasağına istisnasız uymak ve çözümü ceza hukuku dışında aramaktır[803].

---

[799] Hannah Arendt, **Kötülüğün Sıradanlığı Adolf Eichmann Kudüs'te**, Çev. Özge Çelik, İstanbul, Metis, 2009, s. 281
[800] Jäger, **a.g.e.**, s. 52, 53.
[801] Jens Kreuter, **Staatskriminalität und die Grenzen des Strafrechts, Reaktionen auf Verbrechen aus Gehorsam aus rechtsethischer Sicht,** Gütersloh, Kaiser/Gütersloher Verlaghaus, 1997, s. 19-20, 22.
[802] Kreuter, **A.e.**, s. 29-30.
[803] Kreuter, **A.e.**, s. 159-160.

6.1.7. Devlet Haksızlığı

Bazı yazarlar haksızlık kavramına yapılan vurgu çerçevesinde, devlet eliyle gerçekleştirilen suçların bir kısmının farklı niteliklere sahip olduğunu ileri sürmektedirler. Starck'a göre ceza alması gereken kişilerin muhakeme edilmemesi veyahut görünüşte muhakeme edilmesi biçimindeki ideolojik bakış açısıyla kanunların uygulanması, bir devlet haksızlığı (staatliche Unrecht) örneğidir. Kişinin okul ya da eğitim hakkının elinden alınması, siyasi görüşleri nedeniyle çalışma yasağına maruz kalması, devlet güvenliğine ilişkin kurumların taciz ve eziyetleri, sınırı geçmeye çalışanları öldürmeye teşebbüs bu tür haksızlıklardandır. Haksızlık rejiminin korumasıyla işlenip ve doğal olarak takibi yapılmamış veya böyle bir amaca hizmet etmeksizin belirli bir zümrenin korunmasına dair politik gerekçelerle cezasız bırakılan fiiller, bu kapsama dahildir[804]. Yazar bireysel haksızlık eylemlerini de bu hukuka aykırı yapı içerisinde kabul etmektedir[805]. Fischer kamu görevlilerinin normal suçlarını tanım dışında bırakarak, kavramı sadece devlet yönetiminin veya onun zorlamasıyla devlet organlarının veya paramiliter gruplar gibi buna yardımcı grupların gerçekleştirdiği ve siyasi anlamları nedeniyle tahammül gösterilen davranışlar olarak tanımlamaktadır[806].

Haksızlık devleti (Unrechtsstaat)[807] kavramını kullanan Schneider'e göre ise kamu yararı prensipleri ve insan haklarını ihlal eden devlet, kanunen itaat ettirme hakkına sahip değildir. İnsan haklarının sağladığı hümanizm yok sayılmaktaysa, buna neden olanların ihlali ne rastlantı ne de istisnai bir haldir, aksine sistemin bir sonucudur. Bu Nazi dönemi için de böyledir. Bunları istisnai olaylar olarak değerlendirmek mümkün değildir. İstisnalar genelleşmiş, devletin kendisi suç işleyen bir yapı haline gelmiştir[808].

---

[804] Starck, **a.g.e.,** s. 17, 25.
[805] Starck, **A.e.**, s. 14.
[806] Ralf Fischer, Probleme bei der Erfassung kriminologisch relevanten Verhaltens von Staatsführungen und ihren Organen, **KJ**, 1983, Band 15, Heft 4, s. 275-276.
[807] Kreuter haksızlık devletini uluslararası normları da içerecek biçimde kendisini biçimsel olarak yükümlü kılan normları ihlal eden ve hiçbir bağımsız kuruluşun bu ihlali denetlemesi ve düzeltmesine imkan vermeyen devlet biçiminde tarif etmiştir. Kreuter, **a.g.e.,** s. 32. Kavrama ilişkin bkz.: Peter Schneider, "Rechtsstaat und Unrechtsstaat", **KritV,** Vol. 79, No. 1, 1996. Jaspers, **a.g.e.,** s. 52.
[808] Peter Schneider, **Rechtsstaat und Unrechtsstaat-ihre Relevanz für den Staatsbegriff der allgemeinen Staatslehre und des Völkerrechts, Votrags gehalten im Rahmen des Walter-Schücking-Kollegs Institüt für İnternationales Recht an der Universität Kiel**, Band 1, 1984, s. 10.

Starck hukuk devleti ilkesiyle ilişkilendirmek suretiyle, bu suçlarda geçmişe yürüme yasağı tartışmalarına değinmiştir. Buna göre hukuk devleti ilkeleri tarihsel sürecin sonucu olarak uygar devletlerin benimsediği ilkelerdir ve devletin gücünü sürekli sınırlayarak bireyin özgürlük alanını koruma altına alan bir niteliğe sahip olmalıdır. Bu bağlamda devletin yaptığı haksızlıklar bakımından kanunların geçmişe yürümesi, istisnai de olsa mümkün olabilmelidir. Buradaki kriter, Almanya örneğinde görüldüğü üzere, demokratik iradenin oluşumu süresince böyle bir uygulamanın zaruri oluşudur. Bu zaruriyet somut durumlar üzerinden belirlenecektir. Mesela Demokratik Almanya'daki iktidar partisi olan Sosyalist Birlik Partisi'nin sahip olduğu mallar bakımından, mülkiyetin 1945-1989 yılları arasında maddi hukuk devleti ilkesi bağlamında Federal Alman Anayasası'na uygun biçimde elde edilip edilmediği incelenmelidir. Çünkü bu husus yeniden birleşme sonrası partilerin eşitliği, bu anlamda demokratik iradenin tesisi için zaruridir. Şu durumda bu partinin mülkiyetine ilişkin geçmişe yönelik müdahaleler, kabul görmelidir. Yazar benzer bir durumun, zamanaşımının durması kurumu için de geçerli olduğunu ileri sürmüştür. Böyle dönemlerde yapılan zamanaşımının durmasına ilişkin geçmişe yönelik düzenlemeler, hukuk devletine aykırı değildir. Çünkü değişiklikler, yeniden tesis edilen hukuki barışı korumaya yöneliktir. Diktatoryal bir sistem politik nedenlerle belirli suçları ve failleri muhakeme etmiyorsa, bu durumda hukuki barış ve sosyal düzen ağır biçimde zarar görecektir[809]. Devletin yönlendirdiği haksızlık kavramına yer veren Schreiber de önceki görüşünden ayrılarak suç kendiliğinden değil de devlet organlarının etkisiyle zamanaşımına uğratılmışsa ve suçun cezası ağırsa, zamanaşımı kurallarında geçmişe yürümenin mümkün olduğunu, bunun Anayasaya aykırılık teşkil etmediğini ileri sürmüştür[810].

6.2. Devlet Suçluluğunun Maddi Ceza Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi ve Tanımı

Devlet suçluluğunun failinin kimler olabileceği sorusu, maddi ceza hukuku bağlamında ele alınması gereken ilk hususdur. Devlet suçluluğu kavram olarak

[809] Starck, 1992, **a.g.e.**, s. 15, 18-19, 31.
[810] Schreiber, 1995, **a.g.e.,** s. 182.

devletin tüzel kişi olarak sorumluluğunu ifade eden devlet suçunu anımsatmaktadır. Ancak devlet suçluluğunun faili tüzel kişi olarak devlet değil, devlet gücüyle ilişkili gerçek kişilerdir. Söz konusu hususu, tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna ilişkin tartışmalara değinerek ortaya koymak gerekmektedir.

Mal ve kişi toplulukları olan tüzel kişileri, özel ve kamu tüzel kişileri olarak ikiye ayırabiliriz. Devlet de kişi topluluğu şeklinde bir kamu tüzel kişisidir ve kendisini oluşturan kişilerin dışında ayrı bir hukuki kişiliğe sahiptir. Gerçekten de Anayasa'nın muhtelif maddelerinde "Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri" ifadesi yer verildiği görülmektedir. Kişiler, devlet tüzel kişiliğinin organlarını oluştururlar ve devlet adına işlem ve eylemler gerçekleştirirler[811]. Kamu görevini yürüten ve devleti oluşturan kamu tüzel kişilikleri ise varlıklarını ve örgütlerini, devlet egemenliğinden alırlar. Kamu tüzel kişileri, kamu hukuku kurallarına göre faaliyet yürütürler ve bunların sorumlulukları devlet egemenliği ve devlet sorumluluğu kapsamındadır. Genel bir tanımla kamu tüzel kişileri, kanunla ya da kanunun açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak kurulan, üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmış, malları, gelirleri ve personeli kamu hukuku statüsüne bağlı kuruluşlardır[812]. Bu üstün ve ayrıcalıklı yetkiler kişiler eliyle yerine getirildiğinden, cezai sorumluğun da kamu tüzel kişisi olarak kamu kurumları veya devlete değil; bu yetkiyi kullanan gerçek kişilere ait olduğu ileri sürülmektedir. Bu iddia özellikle hareket ve kusur unsurları çerçevesinde ortaya konulmaktadır.

Farazilik teorisinden hareket eden görüşe göre, tüzel kişi bir takım haklara sahip olup bazı borçların altına girse dahi, kendisine özgü bir iradesi yoktur; tüzel kişinin organı sıfatıyla hareket eden gerçek kişilerin iradeleri, tüzel kişinin iradesi olarak kabul edilmektedir. Gerçek bir irade olmayınca da gerçek bir kişilikten söz edilemeyecektir. Kişiliği olmayan bir yapı iradi bir hareketi gerçekleştiremeyeceği gibi, bu yapıya kusur da isnat edilmeyecektir. Ayrıca ne hapis ne de adli para cezasının tüzel kişilere infaz hükümleri çerçevesinde uygulanma olanağı vardır. Bunun yanında cezalandırmanın caydırıcılık, suç işlenmesine engel olma, sosyal kınama ve ıslah etme gibi amaçlarının sadece sosyal bir varlık olan insan açısından

---

811 Ramazan Çağlayan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 7, 2016, s. 378.

812 Özgenç**, a.g.e.**, s. 207-208; bkz.: Devrim Aydın, "Tüzel Kişileri Cezai Sorumluluğu Tartışmaları", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 10, 2017, s. 99.

söz konusu olabileceği için, tüzel kişinin fail olarak kabulü mümkün değildir.[813]. TCK m. 20/2 de bu doğrultuda hareket ederek tüzel kişiler hakkında ceza verilemeyeceğini, ancak suç dolayısıyla güvenlik tedbirine hükmedilebileceğini düzenlemiştir[814].

Gerçeklik teorisinden yola çıkan aksi görüşe göre ise tüzel kişilerin de, ceza hukuku tüzel kişilerin kurucularından ayrı, kendilerine özgü hukuki kişilikleri vardır ve hukuki yapılarına uygun kimi suçların faili olabilirler. Bu nedenle tüzel kişilere yapılarına uygun ceza hukuku yaptırımları uygulamak olanaklı olup, bu durum ceza hukukunun niteliği ve cezalandırmanın temel amacı olan ödetme bakımından da doğrudur[815]. Kusur isnadı bakımından organizasyon kusurunu benimseyen görüşe göre tüzel kişinin, temsilcisi veya yönetenini kontrol yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle suç işlenmişse, nedensellik bağının varlığı ve tüzel kişiliğin kusurluluğu söz konusu olacaktır. Ortaklık kusuru bir sosyal sorumluluk biçimidir[816].

Karşılaştırmalı hukukta tüzel kişilerin cezai sorumluluğu birçok ülke tarafından kabul edilmiştir. Tüzel kişilerin cezalandırılması yönünde bir eğilim vardır. Fransa, Belçika, Hollanda, İngiltere, ABD, Avusturya, Polonya, Estonya, Finlandiya, Çin Halk Cumhuriyeti tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu kabul eden ülkeler arasında yerini almaktadır. Ülkemizde ve Almanya'da ise söz konusu sorumluluk sadece idare ve özel hukukla sınırlıdır[817]. Yani ülkemizde ve Almanya'da ne özel ne de kamu tüzel kişiliklerinin cezai sorumluluğu kabul edilmektedir.

Üzerinde önemle durulması gereken nokta tüzel kişilerin cezai sorumluluğun düzenlendiği ülkelerde devletin değil, sadece özel hukuk tüzel kişilerin

---

[813] Bkz.: Yasin Aslan, "Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2010/2, s. 242; Aydın, **a.g.e.,** s. 100.

[814] Özbek/Doğan vd. düzenlemeyi, neden güvenlik tedbirine hükmedilebileceği sorusuna cevap vermediği ve tüzel kişilerin aslında suç işleyebileceğini ancak bunlar hakkında cezaya hükmedilmeyeceğini belirtmesi nedeniyle çelişkiler içerdiği gerekçeleriyle eleştirmiştir. Yazarlara göre düzenleme, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi nedeniyle yerinde, ancak anlam bakımından başarısızdır. Özbek/Doğan vd., **a.g.e.**, s. 221-222.

[815] Bkz.: Aydın, **a.g.e.,** s. 101.

[816] Klaus Tiedemann, "Avrupa Birliği Hukukunda Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar ve Ceza Hukukunun Avrupalılaştırılması", **Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar**, Çev. Ayşe Nuhoğlu, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 36.

[817] Zeynel T. Kangal, "Yeni Türk Ceza Hukuku'nda Tüzel Kişiler", **HPD,** S. 7, 2006, s. 86.

sorumluluğunun söz konusu olduğudur[818]. BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun devletin tüzel kişi olarak cezalandırılmasına ilişkin düzenleme yapma çabaları olduğu görülmektedir. Özellikle ağır suç fiillerinde, devletin de, gerçek kişilerden bağımsız bir şekilde tüzel kişi olarak sorumluluğunun olduğu ifade edilmeye çalışılmış, ancak Komisyon'un bu çabaları başarıya ulaşamamıştır. Sonuçta devletlerin tüzel kişi olarak cezai sorumluluğunu doğrudan düzenleyen bir uluslararası düzenleme söz konusu olmayıp, dolaylı olarak buna yer verildiği; devletlerinin cezai sorumluluğunun bulunmadığı baskın görüş olarak ifade edilmektedir[819]. Bu nedenle örneğin devlet veya hükümet suçluluğu yerine "hükümetin başkanları ve temsilcilerinin suçluluğu" gibi kavramların kullanılması önerilmektedir[820]. Buradaki esas sorun ise devleti kim veya kimlerin meydana getirdiği ve bunlardan hangilerinin fail olarak kabul edileceğidir.

Bu suçları işleyebilecek devlete ilişkin aktörler anlamında ilk olarak yüksek devlet memurları ve milletvekilleri sayılmıştır. Yine polis ve diğer kamu görevlileri ilk akla gelen kişilerdendir. Ancak burada temel bir ayrım yapılarak, her memur suçunun devlet suçluluğuna vücut vermediğinin altı çizilmiştir. Basit memur suçlarında failin, sahip olduğu makamdan bağımsız, kişisel özellikleri öne çıkarken; devlet suçluluğu açık biçimde politik suçlardır ve farklı saiklerle işlenir. Yine devlet suçluluğu daha kolektif bir yapının ürünü olarak karşımıza çıkar ve sahip olunan makamla sıkı sıkıya bağlı suçlardır. Kısacası failler belirli niteliklere sahip kamu görevlileridir. Bu suçu işleyen faillerin başlıca özellikleri, mağdurlara göre çok daha güçlü bir konuma sahip olmalarıdır. Bunlar toplumsal güç ilişkileri ve konumları gereği politik karar alma mekanizmaları üzerinde etkili olabilen, üniformalı, ünvanlı, emir verebilen, teknik olarak donanımlı bir idari yapı içerisinde yer alan ve bu yapıya hakim kişilerdir. Bunlar sahip oldukları hakimiyet sayesinde geniş bir insan kitlesini

[818] Nur Centel, Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu, -Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması-", **AÜHFD**, 65 (4), 2016, s. 3315; Ayşe Nuhoğlu, "Sonuç: Tüzel Kişilerin Sorumluluğu Hakkında, **Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar**, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 228.
[819] Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, (2015), s. 385-387.
[820] Prittwitz, **a.g.e.**, s 191.

harekete geçirebilmektedirler. Yine Kreuter'in itaate dayanan suç kavramında belirttiği üzere hukuka aykırı emirleri yerine getiren kamu görevlileri de faildirler[821].

Cevaplandırılması gereken bir diğer soru, suçun sadece kamu görevlilerince mi işlenebileceğidir. Yani ortada bir özgü suç mu vardır? Bu hususa ilişkin doktrinde kabul gören görüş, söz konusu güç ve makamla ilişkili olarak suç işleyen kamu görevlisi olmayan kişilerin de fail olabileceği yönündedir. Örnek olarak polisin veya diğer kamu görevlilerinin yakın olduğu, himaye ettiği paramiliter grup üyeleri bu suçun faili olabileceklerdir. Bunlar paralel devlet, devlet dışı aktör, milis gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Hatta politik karar alma mekanizmaları üzerinde etkili olabilen askeri veya dini grupları da bu kapsama dahil eden yazarlar vardır. Jäger bir organizasyon dışında gelişen bireysel davranışların bu kapsamda değerlendirilebileceğini belirtmiştir[822]. Gerçekten de İkinci Dünya Savaşı sonrası Almanya'da müttefik işgal güçlerince kurulan mahkemeler bu bireysel davranışları, devlet gücüyle bağlantılı olarak tarif etmiştir. Örnek olarak bir fabrikada çalışan arkadaşını Nazi rejimini eleştirdi diye ihbar eden işçiyi veyahut 1938 yılında gerçekleşen ve Kristal Gece olarak tarihe geçen olaylarda sinagog yangınına katılan kişiyi bu bağlamda değerlendirmiştir. Buna göre fail genel politik güç tarafından korunmakta ve bu gücün yarattığı ortam sonucu kendi gibi düşünmeyenlere korku salmak, onları küçük düşürmek istemektedir. Bu fiiller nasyonal sosyalist şiddetle bağlantılı ve bu şiddet ve keyfi uygulamaların bir halkasıdır[823].

Görüldüğü üzere devlet suçluluğunun kapsamı oldukça genişletilebilecektir. Bunun bir nedeni, Karstedt'in belirttiği üzere bazı suçlar bakımından devletin konum ve sorumluluğunu tespit etmenin geçmişe göre zorlaşmış olmasıdır. Yazara göre ortada devletsel-ekonomik-bürokratik bir elit grubu vardır. Bu grup global bir niteliğe sahiptir. Devlet ile özel şirketler arasındaki ilişkiler nedeniyle devlet mekanizması daha karmaşık bir yapıya bürünmüştür. Savaşların özel savaş şirketleri aracılığıyla yapılması, Ebu Garip Hapishanesi örneğinde olduğu üzere cezaevi güvenliğinin özel güvenlik kurumlarınca yerine getirilmesi, CIA tarafından kurulan

[821] Bkz.: yuk. s. 196, 199, 203, 207; Werner Lehne, "Polizeikriminalität, ein strafrechtliches Problem?, **Kriminalität der Mächtigen,** Ed. Cornelius Prittwitz u.a., Baden-Baden, Nomos, 2008, s. 264-265.
[822] Bkz.: yuk. s. 199, 202, 203, 206, 208.
[823] Bkz.: yuk. s. 119, dipnot 499; s. 122.

gizli hapishaneler, bir ülkeden başka bir ülkeye gizli biçimde kaçırılan mahkumlar veya suçluların varlığı gibi durumlar; özel şirket ile devlet faaliyetinin iç içe geçmesi nedeniyle karmaşık bir durum ortaya çıkarmakta, devlet suçluluğunun açığa çıkmasını zorlaştırmaktadır. Benzer biçimde enerji kaynakları üzerinde hakimiyet sağlamak amacıyla multi milyoner şirketlerin doğrudan müdahalesi veya zorlamasıyla hükümetlerin paramiliter güçleri koruması, finanse etmesi, desteklemesi bu iç içe geçmişliğe ilişkin diğer bir örnektir[824]. Bu noktada nedensellik ilişkisi bağlamında, hangi fiillerin devlet suçluluğu kapsamında değerlendirilebileceği hususu önem arz etmektedir.

Suçu meydana getiren fiiller bakımından örgütlenmiş devlet gücünün haksız biçimde bireye uygulanması; devlet organizasyonu içeren güçle, güçsüzlerin haklarının sınırlandırılması ve birey özgürlüğünün karşı konulamaz toplu devlet gücü tarafından ihlali sonucunu doğurmaktadır. Genellikle bu suçlar bürokratik rasyonellik ve planlanmış bir etkililiğe sahiptir. İtaate dayalı suç kavramını kullananlar, fiilin emir komuta zinciri içerisinde işlendiği hususunu öne çıkarmaktadırlar[825]. Bu çerçevede farklı dönemlerde sınıf ve/veya iktidar çatışması nedeniyle uygulanan mafya şiddeti, seçim hileleri, polisin saldırıya maruz kalana yardım etmemesi ya da aktif biçimde hak ihlaline neden olması, polise yakın paramiliter organizasyonların terör eylemleri, illegal takip ve dinleme, işkence, yaralama, öldürme, hürriyeti tahdit, kamu makamları nezdinde şantaj, devletin yönlendirdiği soykırım, kişinin okul ya da eğitim hakkını elinden alma, postada mektuba veya paraya el koyma, siyasi görüşleri nedeniyle kişiyi çalışma yasağına maruz bırakma, devlet güvenliğine ilişkin kurumların taciz ve eziyetleri, sınırı geçmeye çalışanları öldürmeye teşebbüs gibi fiiller bu suça vücut vermektedir[826]. Yolsuzlukların da bu kapsama dahil olduğu ileri sürülmektedir[827].

Burkthardt/Graebesch'a göre devletin, bu anlamda kamu görevlilerinin insanların ölümüne neden olan mülteci politikalarını uygulamaları da bu suçlara örnek teşkil etmektedir. Aktif bir davranışla birini öldürmek yerine besin maddelerini iletmemek suretiyle kişileri ölüme terk etmek suçtur. Başka ülkelere göç etmek

[824] Karstedt, **a.g.e.**, s. 18-24.
[825] Bkz.: yuk. s. 196, 201, 207.
[826] Bkz.: yuk. s. 197, 199, 202-203, 208.
[827] Reinhard, **a.g.e.**, s. 181.

isteyenlere ağır yaptırımlar uygulamak, onların açık denizde ölümüne neden olacak ağır önlemler almak bu suçluluğa vücut verecektir[828].

Bir organizasyon dışında gelişen bazı bireysel fiillerle de bu suçun işlenebileceğinin iddia edildiğini ifade etmiştik. Yine suçun açığa çıkmasını engellemeye yönelik fiiller, devlet suçluluğu kapsamında değerlendirilecektir. Buna göre kural koymak veya koymamak veyahut mevcut kuralın uygulanmamasını sağlamak suretiyle failin ceza almasını engellemeye dönük fiiller, devlet suçluluğunu meydana getirecektir[829]. Sonuç olarak çekirdek suç niteliğindeki soykırım, savaş suçu, insanlığa karşı suçlar ve saldırı suçu başta olmak üzere uluslararası suçlar ve yine devlet gücüyle doğrudan veya dolaylı olarak ilişkilendirilebilecek birçok suç tipi devlet suçluluğunun kapsamına dahil edilmektedir. Söz konusu suçlar genel olarak icra suretle işlenmekle birlikte, gerekli muhakeme işlemlerini yapmayarak suçun zamanaşımına uğratılması örneğinde olduğu üzere ihmal suretiyle de işlenebilecektir.

Devlet suçluluğu kapsamında yer alan suçlar, suçun kanuni tanımındaki unsurlarını bilme ve isteme suretiyle, yani kast ile işlenebilecektir. Kanımızca bu suçların taksirle işlenme ihtimali söz konusu değildir. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi devlet suçluluğu açık biçimde politik suçlardır ve belirli bir amaç ve saiklerle işlenir[830]. Söz konusu suçlar güç ve mevki sahiplerinin ayrıcalıklı pozisyonlarını kurmak, güçlendirmek, her şeyden önce korumak için işlenmektedir. Bu çerçevede mülkiyetin ele geçirilmesi, halkın tepkisini kontrol altına almak veya bastırmak, seçimleri etkilemek, ceza yargılamasından muaf tutulmak gibi amaçlar gündeme gelmektedir. Bunlar icra edilirken, özellikle muhaliflere karşı yönelen devlet gücü bakımından, yüce bir amaca hizmet etme inancı veya günah keçisi ilan edilen gruplara karşı mücadele motivasyonu öne çıkmaktadır[831]. Tüm bu özellikler, devlet suçluluğunu diğer suç kategorilerinden ayırmaktadır.

---

[828] Sven Burkhardt/Christine Graebesch, "Völkerstrafrechtlicher Umgang mit Makrokriminalität-Widersprüche und Alternativen anhand ausgewählter Beispiele", **Kriminalität der Mächtigen,** Ed. Cornelius Prittwitz u.a., Baden-Baden, Nomos, 2008, s. 231-232.
[829] Bkz.: yuk. s. 198.
[830] Amaç ve saik faili fiili işlerken harekete geçiren motivasyonu ifade eder. Amaç ve saik arasındaki fark için bkz.: Hakan Karakehya, **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, Ankara, Savaş, 2010, s. 75, dipnot 175.
[831] Bkz.: yuk. s. 199, 200, 201.

Kavrama ilişkin öne çıkan diğer bir husus, özellikle Kreuter'in itaate dayalı suç kavramı bakımından, suç teşkil eden emrin yerine getirilmesidir. Devlet suçluluğunda failler, belirttiğimiz üzere ast-üst ilişkilerini harekete geçirme kabiliyetini sahip kişilerdir. Bu nedenle çoğu zaman gücü elinde bulunduran kişi suç fiilini doğrudan değil, emri altındaki astları aracılığıyla icra ettirir. İştirak kuralları çerçevesinde üstün cezai sorumluluğu açıkken, fiili icra eden ast bakımından durumun ne olacağı geçmişte çokça tartışılan bir hususdur. Ancak söz konusu tartışma büyük oranda tüketilmiştir. Gerek uluslararası sözleşmelerde, gerek TCK m. 24/3'te, gerekse de Alman hukukundaki ilgili düzenlemelerde[832] belirtildiği üzere, ortada bir zorunluluk hali olmadığı sürece suç teşkil eden emri yerine getiren ast bu fiilden sorumlu olacaktır. Bu anlamda kanuna aykırı emir, bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyecektir.

Son olarak üzerinde durulması gereken diğer bir husus devlet suçluluğunda oluşması olası "biz" duygusunun, haksızlık bilincini veyahut akıl hastalığı bağlamında irade yeteneğini ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu suçlardaki "biz" duygusu, faildeki sorumluluk ve bireysel suç işleme bilincini azaltabilmektedir[833]. Yine iktidarlar, toplumda bu fiillerin cezasız olduğu düşüncesini uyandırabilmektedir[834]. Kanımızca söz konusu durumlar, failin irade yeteneğini ortadan kaldırmamakta veya haksızlık bilincinde hataya neden olacak nitelikte bir kaçınılmazlık içermemektedir. Aksine kişinin suç işlerken yalnız olmadığı ve hatta muhakeme süreçlerinde korunarak ceza almayacağı duygusu, suç işleme istek ve bilincini arttırır niteliktedir. Güç sahiplerinin yarattığı dönemsel algıyla bu kadar ağır ihlallerin suç olmadığını düşünmek, hatanın kaçınılmaz olması şartıyla örtüşmemektedir. "Biz" duygusunun neden olduğu linç kültürü ve kendini kaybetme halini akıl hastalığı olarak kabul etmek, bu kültürün gelişmesine hizmet

[832] Selman Dursun, "Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, Y. 2014, s. 209.

[833] Bkz.: yuk. s. 205. "Biz" duygusu doğrultusunda ötekileştirme ve günah keçisi ilan etme linçin psikolojik nedenleri arasında yer almaktadır. Lince kültür niteliğinin atfedilmesi ise onun meşrulaştırılması, tartışma alanının dışına çıkarılması ve altında yatan nedenlerin örtülmesi sonucunu doğurmaktadır Sezin Vural, "Linç Rejimi", **Kriminoloji Yazıları**, Ed. Türkan Sancar, Ankara, Savaş, 2015, s. 165, 179-181-184.

[834] Bkz.: yuk. s. 176, dipnot 669.

edecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere, failler iradesi sakata uğramış basit bir insan topluluğu değillerdir[835].

Devlet suçluluğu kavramının tanımlanmasında yararlanabileceğimiz kaynaklardan biri, Naucke'nin belirttiği üzere yukarıda inceleme konusu yaptığımız bazı hukuki düzenlemelerdir. Bunlardan 31.05.1946 tarihli Nasyonal Sosyalist Suç Fiillerinin Yargılanmasına Dair Bavyera Kanunu ile 26.03.1993 tarihli 1. Zamanaşımı Kanunu tanıma yönelik ayrıntılı ifadeler içermektedir. Bu düzenlemelerde geçen "*özellikle politik, ırkçı ve din düşmanı nedenlerle gerçekleştirilen şiddet eylemleri ve takiplerle bağlantılı olan ve Nasyonal Sosyalist baskı rejimi zamanında politik, ırkçı ve din düşmanı nedenlerle cezalandırılmayan cürüm ve cünhalar...*" ve *"açık veya tahmin edilebilir biçimde eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti devlet- veya parti yönetiminin isteği doğrultusunda politik veya özgürlükçü ve hukuk devletine bağlı bir düzeninin temel ilkeleriyle uyumsuz nedenlerden dolayı cezalandırılamayan suçlar"* ifadeleri söz konusu suçluluğun kanuni olarak düzenlenme çabasını ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak devlet suçluluğu kavramını aşağıdaki gibi tanımlamayı uygun bulmaktayız:

Devlet suçluluğu toplumsal ve siyasal güç ilişkileri ve konumları gereği politik karar alma mekanizmaları üzerinde etkili olabilen, kendi isteklerini ve yine karşı çıkışlarını muhatabına dayatma gücü olan kamu görevlilerinin veya söz konusu güç ve makamla ilişkili olarak hareket eden kamu görevlisi olmayan kişilerin veyahut bunların emri altındaki kişilerin; ayrıcalıklı konumlarını inşa etmek, güçlendirmek veya korumak amacıyla işlediği veyahut yine bu kişiler tarafından ve bu amaçlarla işlenen bir suçun muhakeme edilmesinin engellendiği suçlar topluluğudur. Bu suçlar arasında bu amaçlarla işlenen soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçu, saldırı suçu, insan öldürme, yaralama, işkence, eziyet, çocuk düşürtme, kısırlaştırma, tehdit, şantaj, hürriyeti tahdit, eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, nefret ve ayrımcılık, hakaret, özel hayatın ve hayatın gizli

[835] Bkz.: yuk. s. 206.

alanlarının ihlali, yağma, görevi kötüye kullanma, iftira gibi birçok suç tipi sayılabilecektir.

SONUÇ

Çalışmamız boyunca zamanaşımı düzenlemelerinin geçmişe yürüme yasağı karşısındaki durumu ve bu konuya ilişkin tartışmalar ortaya konulmuştur. Bu çerçevede örnek düzenlemeler, ulusal ve uluslararası hukuktaki bilimsel ve yargısal içtihatlar ayrıntılı biçimde incelenmiştir. Sonuç kısmında ise konuya ilişkin görüşlerimiz, tartışmaların ana eksenleri esas alınarak, ifade edilecektir. Görüşlerimizi ortaya koymadan önce iki temel hususa değinmek gerekmektedir. Söz konusu hususlar, çalışmamızın temel sorusu bakımından cevaplandırılması gereken ön sorular niteliğindedir.

Bunlardan ilki gerçek olman geçmişe yürüme, yani zamanaşımı süresinin sona ermesinden önce yapılan yeni düzenlemenin geçmişe yürümesi ile gerçek geçmişe yürüme, yani zamanaşımı süresinin sona ermesinden sonra yapılan yeni düzenlemenin geçmişe yürümesi arasındaki ayrımın, cevabını aradığımız temel sorumuz açısından önem arz edip etmediğidir. Doktrindeki hakim görüş gerçek geçmişe yürümenin hukukun temel ilkelerine aykırı olduğu yönündedir. Çünkü ortada zamanaşımı süresinin sona ermesiyle birlikte artık kapanmış, sonlanmış somut bir olay vardır. Fail ceza almayacağına ilişkin kesin bir güven içerisinde hayatını düzenlemektedir. Bu koşullarda zamanaşımı kurallarını failin cezalandırılmasına neden olacak biçimde geçmişe yürütmek, hukuken kabul edilemez bir uygulama olacaktır. Biz bu noktada hakim görüşten ayrılmaktayız. Geçmişe yürüme kuşkusuz gerçek olsun veya olmasın, fail aleyhine sonuç doğuran bir uygulamadır. Ancak buradaki temel mesele bu yöndeki müdahalenin, bazı hallerde orantılı kabul edilip edilemeyeceğidir. Orantılı olduğu kabul edildiği müddetçe, zamanaşımı süresi sona ermeden önce yapılmış olması ile sonra yapılmış olması arasında, müdahalenin şiddeti bakımından önemli bir fark yoktur.

Görüşümüz iki esasa dayanmaktadır. İlki, failin zamanaşımı süresine ilişkin güveninin, hukuki güven ilkesi kapsamında korunmayacağı yönündeki kanaatimizdir. Bu anlamda çalışmada ileri sürülen görüşlerden, "zamanaşımı kurallarının fail tarafından fiil zamanında öngörülmesi gereken ve bu anlamda kusurluluğu etkileyen bir kurum olmadığı" görüşünü benimsemekteyiz. Özellikle

ağır suçlar için öngörülen uzun zamanaşımı sürelerini bilmek, fail için önemsizdir. Bu gerekçe, hem gerçek hem de gerçek olmayan geçmişe yürüme için geçerlidir. İkinci husus ise suçun ve failin niteliğidir. Devlet suçluluğu başlığı altında ele aldığımız bazı suçlar vardır ki, bu suçlarda zamanaşımı kurallarının hangi biçimde geçmişe yürüdüğünün bir önemi yoktur. Çünkü failler sahip oldukları güç eliyle mağdurun ve hatta insanlığın hafızasından kolay kolay silinemeyen suçlar işlemiş ve/veya yine sahip oldukları güçle işledikleri suçların cezasız kalmasını sağlamışlardır.

Cevaplandırılması gereken ikinci bir ön soru, zamanaşımının maddi yahut şekli ceza hukukuna ait olmasının, kurumun zaman bakımından uygulanmasına etki edip etmediğidir. Çalışmada da ortaya koyduğumuz üzere konuya ilişkin görüşümüz sorunun cevabını ayrımı net olmayan bir alan tartışmasına sıkıştırmamak gerektiği, bu tartışmanın konumuz bakımından belirleyici olmadığı yönündedir. Çünkü maddi-şekli ceza hukuku ayrımına ilişkin kesin ve sağlıklı ölçütler konulamamaktadır. Kaldı ki böyle bir ayrım ortaya konulabilecek olsa dahi, zamanaşımı kurumunun hangi alana dahil olduğu tartışmalıdır.

Her iki ön soruya ilişkin cevabımız olumsuzdur. Gerek gerçek-gerçek olmayan geçmişe yürüme, gerekse maddi-şekli ceza hukuku gibi ayrımlar özellikle devlet suçluluğu başlığı altında toplamaya çalıştığımız suç fiilleri bakımından önem arz etmemektedir. Suç sonrası yürürlüğe giren zamanaşımı kurallarının somut olaya uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna ilişkin bu ayrımlar üzerinden yapılacak bir değerlendirme, devlet suçuluğu bakımından yetersiz ve hatta gereksizdir. Bunun yerine, çalışma konumuzla ilişkisi bağlamında kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağı ile zamanaşımı kurumunun amaç ve mahiyetine ilişkin görüşlerimizi ortaya koymak, daha doğru bir yöntem olacaktır.

Kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağının amacına ilişkin tartışmalarda, ilkelerin devletin cezalandırma gücünün birey yararına sınırlandırması amacını taşıdığı noktasında ortaklaşılmaktadır. İlkelerin bu amacı doğrultusunda, temel sorumuzun cevabına ilişkin iki temel görüş öne çıkmaktadır:

a) İlk görüşe göre zamanaşımı, devletin cezalandırma yetkisinin zaman bakımından sınırlandırılmasıdır. Bu nedenle zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüme yasağının kapsamı dışında bırakılması, kanunilik ilkesinin amacına aykırı

olacaktır. Görüldüğü üzere görüş, hem zamanaşımı kurumunun hem de geçmişe yürüme yasağının devleti sınırlandırıcı özelliğine vurgu yapmaktadır. Dworkin'in ortaya koyduğu anlamda geçmişe yürüme yasağı bir kural olmaktan öte, bir ilke düzeyine ulaşmıştır. Biçimsel ilkelerin tarihsel olarak en önemlisi sayılan kanunilik ilkesi ve buna bağlı olarak geçmişe yürüme yasağı, devlet faaliyetlerinin meşruluğunu belirlemede temel ölçüt işlevi görmektedir. Kanunilik ilkesi devlet faaliyetlerinin meşruluğu açısından taviz verilmesi mümkün olmayan bir kaynaktır. Sonuç olarak bu görüş, geçmişe yürüme yasağı ilkesine hiçbir şekilde istisna tanınamayacağını ifade etmektedir.

b) İkinci görüş ise zamanaşımı kurallarının kesinlikle geçmişe yürümeyeceğini savunmanın, ilkenin çıkış amacına aykırı sonuçlar doğurabileceğini ileri sürmektedir. Geçmişe yürüme yasağını suçun niteliği ve koruma altına aldığı vatandaşları nasıl etkilediğini dikkate almadan her suça uygulamak, kanunilik ilkesinin amacıyla çelişmektedir. Bu durumda belirli bir zaman diliminde kişilerin siyasal, sosyal ve ekonomik ayrıcalıklarını kullanarak işlediği suç fiillerini zamanaşımına uğratma hali, ödüllendirilmiş olacaktır. Çünkü failler sosyal ve siyasi konumları gereği ağır suçlar işleyebilecek ve/veya bu suçları zamanaşımına uğratabilecek güce sahiptirler. Bu özellikler devlet suçluluğu kavramını incelerken ortaya konulmuştur. Neticede ancak siyasal iktidar değiştikten sonra ve hala zamanaşımı süresi sona ermemişse bu suç fiilleri yargılanabilecektir ki; bu, kamu gücünün açık biçimde kötüye kullanılması, zamanaşımı kurumunun da buna hizmet etmesi anlamına gelecektir. Devleti temsil eden kişilerin işlediği suçlarda zamanaşımı düzenlemeleri bakımından geçmişe yürüme yasağının uygulanması, vatandaşa karşı devlet keyfiliğinin korunmasına neden olabilecektir.

Her iki görüş de esasında bireyin daha çok korunması amacından hareket etmektedir. İlk görüş bu korumayı, birey lehine önemli bir kazanım olduğunu kabul ettiği geçmişe yürüme yasağının tartışılmasını önlemek suretiyle yapmaya çalışmaktadır. İkinci görüş ise devletin bireye karşı saldırılarının mutlak biçimde cezalandırılmasını sağlama çabası içerisindedir. Zamanaşımı kurumu ve geçmişe yürüme yasağı eliyle bazı suçluların genel bir cezasızlık haliyle ödüllendirilmesi, engellenmek istenmektedir. Bu görüşler ileri sürülürken kanunilik, hukuk devleti, insan onuru, adalet, eşitlik gibi ilke ve kavramlar ile zamanaşımının gerekçesi olarak

sunulan bazı görüşlere başvurulmuştur. Her iki görüşe ilişkin kanaatimizi oluşturmak için bu ilke, kavram ve görüşlere dair değerlendirmelerde bulunmak gerekmektedir. Söz konusu değerlendirmeleri şu biçimde ifade edebiliriz:

Değerlendirmelere kanunilik ilkesine ilişkin tartışmalardan başlamak gerekirse, geçmişe yürüme yasağının istisnasız biçimde uygulanmasını savunan ilk görüşün, kanunilik ilkesinin formalist yorumuna yaklaştığı ifade edilebilir. Ancak kanunilik ilkesi, çalışmamızda da ortaya koyduğumuz üzere, tarihsel süreçlerden çok fazla etkilenebilen ve bu anlamda değişime açık bir niteliğe sahiptir. Söz konusu nitelik, geçmişe yürüme yasağının istisnasız biçimde her suç ve kuruma uygulanacağı düşüncesinin aksi yönünde bir gelişime imkan tanımaktadır. Bu gelişim, zamanaşımı düzenlemeleri bakımından birçok örnekle kendini ortaya koymaktadır. Gerçekten de zamanaşımı düzenlemelerinde geçmişe yürümeye cevaz veren 1968 Tarihli BM Savaş Suçlarında ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Sözleşme, 1974 Tarihli İnsanlığa Karşı Suçlarda ve Savaş Suçlarında Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Avrupa Sözleşmesi, Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü gibi uluslararası sözleşmeler bu duruma örnek teşkil etmektedir. AİHM içtihatlarında da benzer bir durum söz konusudur. Yine Alman hukukunda bu yönde sayısız düzenleme yapılmıştır. Kanunilik ilkesinin geldiği nokta itibariyle -ki bazı yazarlarca ilkenin yok olması, çöküşü söz konusudur- bu yönelime uygun olarak zamanaşımı düzenlemelerinin geçmişe yürümesine onay vermek gerektiği ileri sürülebilir. Ancak biz aşağıda açıklayacağımız üzere, bu eğilime karşı bir tutum içinde olunması gerektiğini savunmaktayız.

Hukuk devleti ilkesi bakımından yapacağımız değerlendirmede özellikle öngörülebilirlik ve kusur kavramları öne çıkmaktadır. Failin suç işlediği zaman yürürlükte olmayan düzenlemeler nedeniyle ceza almasının, hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmektedir. Çünkü failin hangi suçu işlediğini suç fiili sırasında öngörmesi gerekmektedir. Eğer suç tipi mevzuatta mevcut değilse, fail tercihi dolayısıyla kınanamayacaktır. Kanaatimizce yeni suç tipleri ihdas etmek suretiyle faillerin cezalandırılması, hukuk devletinde kabul edilebilecek bir uygulama değildir. Doğal hukuk öğretisi çerçevesinde ileri sürülen "pozitif hukukun adaletin temelden yadsınması suretiyle tahammül edilemeyen bir noktaya gelmesi halinde sonradan yazılı hale getirilen suç tiplerinin de fiile uygulanabileceği" anlayışı,

Nuremberg yargılamalarında olduğu üzere, "güçlülerin hukukunun varlığı" izlenimini doğuracaktır. Bu, her iktidara gelenin, yani gücü elinde bulunduranın, kendi hukukunu öncekine keyfi biçimde dayatması anlamına gelecektir.

Belirtilen uygulama AİHS m. 7/2'e dayandırılmaktadır. Söz konusu düzenlemedeki suçlar bakımından geçmişe yürümenin mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bu suçlar, "işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan eylem veya ihmallerdir". Uygar ulusların hangileri olduğu, bunların tanıdığı genel hukuk ilkelerinin neler olduğu belirsiz olduğu kadar da tartışmalıdır. Bahsedilen BM, AB vb. gibi birçok ulusun içinde yer aldığı uluslararası kuruluşların imzaya açtığı uluslararası metinlerse, bunlar zaten altında imzası olan ülkeleri bağlamaktadır. Çözüm, kanunilik ilkesini tamamen işlevsiz hale getirecek biçimde, ülkelerin hukuken hiçbir şekilde tanımadığı suçları bu ülke vatandaşlarına geçmişe yürütecek şekilde uygulamak değil, o ülkeleri bu sözleşmelerin tarafı haline getirmeye çalışmaktır.

Ancak yeni bir suç tipini ihdas edip geçmişe yürütmekle, zamanaşımı düzenlemelerini geçmişe yürütmek arasında esaslı farklılıklar vardır. Mesela zamanaşımı düzenlemeleri, suç ihdas eden düzenlemelerin aksine, fiil zamanında fail tarafından öngörülmesi gereken ve bu anlamda kusurluluğu etkileyen bir kurum değildir. Bunun yanında kurum atipik bir niteliğe sahiptir. Kurumun varlık nedenini gerekçelendirmekte ciddi zorluklar yaşanmakta, hukuki niteliği sağlıklı biçimde ortaya konulamamaktadır. Yine kurum, devletin muhakeme etme görevini yerine getirmemesine hukuken olanak tanımaktadır. Bu olanak, kurumun birey aleyhine kötüye kullanılması tehlikesine neden olabilmektedir. Ancak buradaki temel soru, özellikle devlet suçluluğunda görülen söz konusu tehlikeye karşı geçmişe yürüme yasağına istisna tanınarak mı, yoksa başka bir yöntem eliyle mi mücadele edileceğidir. Benimsediğimiz yöntemi ortaya koymak için ilke ve kavramlara ilişkin değerlendirmelerimize devam etmek gerekmektedir. Bunlardan biri de "insan onuru" kavramıdır.

Hukuk devleti ilkesiyle ilişkilendirilen insan onuru kavramına, tartışmalarda sıkça yer verilmektedir. Kişinin geçmişe yürüme eliyle sürekli takip edilme ve yargılanma tehlikesi içerisinde olmasının, insan onuruna aykırı olacağı ileri sürülmektedir. Bizce de Almanya örneğinde olduğu üzere zamanaşımı kurallarını

sürekli uzatmak veya kaldırmak suretiyle üzerinden yıllar geçmiş bir fiili cezalandırmak, modern ceza hukuku anlayışına aykırıdır. Sürelerin sürekli uzatılması hukuki istikrar ve güveni zedeleyici bir nitelik arz edecektir. Zamanaşımını kesen ve durduran nedenlerin varlığını örnek göstermek suretiyle, muhakeme süresinin uzatılmasının insan onuruna aykırı olmadığını ileri süren karşı argüman yeterli değildir. Çünkü bazı hallerde mutlak zamanaşımı süresinin öngörülmesi, diğer hallerde ise durma veya kesilme sebeplerinin zaten geçici olması zamanaşımı süresinin sınırsız olmasını fiilen engellemektedir. Bu nedenle zamanaşımının durması veya kesilmesi kurumları somut duruma örnek olarak gösterilemeyecektir.

Sonuç olarak kişinin sürekli takip edilme, yargılanma tehlikesi içerisinde olmasının insan onuruna aykırı olacağı argümanın haklı yönleri vardır. Bu haklılık, gerçek geçmişe yürüme halinde daha belirgin hale gelebilecektir. Ancak suçun ve failin niteliğinin bu noktada da gözetilmesi gerekmektedir. Bazı failler, sahip oldukları ve hukukun sınırlandırması gereken devlet gücünü kötüye kullanarak, insan onurunu zedeleyecek ağır ihlallerde bulunabilmektedirler. Bunların mutlak suretle muhakeme edilmeleri insan onurunun bir gereğidir. Çünkü insan onuru kavramı, kişileri devletin hukuksuz müdahalelerinden korumak için bir araç olarak kabul edilmiştir. Alman Anayasası m. 1'de insan onurunun korunmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesi, Nazi Almanya'sı döneminde yaşanan insanlık dışı fiillerin bir sonucudur. Benzer biçimde soykırım, insanlığa karşı suçlar, işkence gibi fiillerde zamanaşımının olmadığına ilişkin düzenlemeler, bazı suç fiilleri bakımından sürekli takip edilme korkusunun insan onurunu zedelemediğine ilişkin örneklerdir.

Adalet ilkesine ilişkin bir değerlendirme anlamında belirtilmesi gereken husus, sıkça karşı karşıya getirilen adalet ve hukuk devleti ilkelerinin birbirinin karşıtı olarak sunulmaması gerektiğidir. Çünkü adalet ve hukuk devleti birbirini destekleyen, besleyen ilkelerdir. Diğer belirtilmesi gereken husus ise, ilkenin genellikle geçmişe yürüme yasağı aleyhine bir argüman olması yanında; lehe bir argüman olarak da kullanılabilmesidir. Gerçekten de geçmişe yürüme yasağı lehine görüş belirten bazı yazarlara göre, bir failin mutlaka cezalandırılması gerektiği düşünülse bile; özellikle delillerin kaybolma ihtimalinin varlığı, adaletli bir sonucun ortaya çıkmasını engellemektedir. Bu yazarlara göre bazı suçlarda cezalandırma ihtiyacının sona ermediği düşüncesi spekülatif ve hukuki temellendirmeden

yoksundur. Bu suçların cezalandırılmasının genel önleme amacına hizmet edeceği iddiası gerçeği yansıtmamaktadır. Zamanaşımına uğramış veya uğramak üzere olan bu tür suçları mutlak suretle yargılama çabasının, suçların gelecek kuşaklar tarafından bir daha işlenmemesini sağlayacağı da şüphelidir. Bu argümanlar bizi zamanaşımı kurumunu gerekçelendirmeye çalışan "delillerin bozulması ve kaybolması" ve "sosyal fayda" görüşlerini sorgulamaya itmektedir.

Kanımızca delillerin kaybolması ve bozulması görüşü, zamanaşımı kurumunu gerekçelendirmeye uygun değildir. Zamanaşımı düzenlemelerinin bu görüşe dayanarak geçmişe yürüme yasağı kapsamında kabul edilmesi, evleviyetle mümkün gözükmemektedir. Suç şüphesinin yenilmesi ceza muhakemesi hukukunun amacıdır ve üçüncü kişiler bakımından suç şüphesinin yenildiğine dair kaygılar ispatın nisbiliği nedeniyle her zaman mümkün olabilecektir. Fiilin üzerinden uzun süre geçmiş olmasının bu kaygıyı arttıracağı bir varsayımdan ibarettir. Delillerin toplanması ve ileri sürülmesi muhakemenin her aşamasında mümkündür. Kaldı ki delillerin kaybolması ve bozulması çoğu zaman şüpheli/sanık lehine sonuç doğurmaktadır. Romalıların ünlü "bir masum mahkûm edileceğine birkaç suçlu cezasız kalsın" vecizesinin bir yansıması olan şüpheden sanık yararlanır ilkesine göre; sanık hakkında mahkumiyet kararı ancak sanığın suçluluğundan emin olunması, suçu işlemediği konusundaki şüphenin hakimin vicdanında tamamen yenilmesi halinde verilebilecektir. Aksi halde şüphe sanık lehine yorumlanacak ve davaya bakan hakimdeki en küçük rasyonel şüphe sanığın beraat etmesini gerektirecektir. Kısacası söz konusu koşullarda zaten beraat kararı verileceğinden zamanaşımı kurumuna ihtiyaç duyulmayacaktır.

Yaptığımız tarihsel incelemede, toplumsal olaylarda meydana gelen ve devlet suçluluğu kapsamında yer alan fiillere ilişkin açılan dava sayısının, zaman geçtikçe azaldığı tespit edilmiştir. Ancak bu tespit bu tür suçlarda delillere sonradan ulaşılabileceği ihtimalini göz ardı etmemize neden olmamalıdır. Özellikle Nazi suçları bakımından yurtdışındaki, Demokratik Almanya'da işlenen suçlar bakımından ise Demokratik Alman kamu kurumları elindeki belgelere sonradan ulaşılmış olması, baskıcı iktidarlar döneminde ifade vermekten korkan tanıkların sonradan ortaya çıkabilmesi gibi örnekler aksi bir ihtimali ortaya koymaktadır. Baskıcı rejimlerde, bu dönemde rejimin amaçları doğrultusunda işlenen suçlara

ilişkin delillerin yok edilmesi alışılagelmiş bir uygulamadır. Bu suretle özellikle kamu görevlileri bakımından bir cezasızlık politikası izlenmektedir. Delillerin kaybı veya bozulması görüşü çerçevesinde geçmişe yürüme yasağını savunmak, rejimin bu politikasına hizmet edebilecektir.

Zimmermann'a göre "cezanın amacı, özel önemle teorisiyle desteklenmiş genel önlemedir. Amaç, toplumun ve bireylerin gelecekte meydana gelebilecek benzer bir hukuki yarar ihlalinden korunması ve faille toplum arasında bozulan bağın yeniden tesis edilmesidir. Zamanla suç fiili ile fail ve toplum arasındaki gerilim zayıflamaktadır. Suç fiilinin güncel hukuki ve sosyal ilişkilerdeki baskın ve kademeli etkisi kaybolmaktadır. Toplum artık söz konusu fiilden rahatsızlık duymuyorsa, fiil kriminal geçmişin bir parçası haline gelmiştir. Failin kişiliği değişmişse artık cezalandırmanın hem negatif hem de pozitif genel önleme amacı bakımından bir karşılığı kalmamıştır. Zamanaşımı kurumu da bu anlamda bir tarihselleşme/tarih olma süreciyle beraber, cezanın amacının ve cezalandırma ihtiyacının ortadan kalkmasının sonucudur. Bazı suçların ajite edilmek suretiyle cezalandırılmaya çalışılması öç alma anlayışına dayanan ceza hukukun bir yansıması olup; modern ceza hukukuyla uyumsuz, metafizik bir düşüncedir. Bu nedenlerle meşru mağdur yararı veya öç alma ihtiyacı bu noktada geriye çekilmelidir." Bize göre zamanaşımı kurumunu temellendirme bakımından en kayda değer görüş, Zimmermann'ın özetlediği sosyal fayda görüşüdür. Bu görüş zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüme yasağı kapsamında olmasına ilişkin de ikna edici argümanlar sunmaktadır. Görüş "zamanla suç fiili ile fail ve toplum arasındaki gerilimin zayıflaması, suç fiilinin güncel hukuki ve sosyal ilişkilerdeki baskın ve kademeli etkisinin kaybolması, toplum tarafından artık söz konusu fiilden rahatsızlık duyulmaması, fiilin kriminal geçmişin bir parçası haline gelmesi" gibi somut durumları tarif etmekte ve bu durumların varlığını geçmişe yürüme yasağı lehine argümanlaştırmaktadır. Ancak bu durumlar mevcut değilse, zamanaşımı düzenlemelerinin geçmişe yürümesi pekala gündeme gelebilecektir. Bazı suçlar bakımından Zimmermann'ın belirttiği durumlar gerçekleşmeyebilecektir. Bugün birçoğu uluslararası suç haline gelmiş İkinci Dünya Savaşı öncesi ve sırasında yaşanan fiiller, insanlık tarihi ve kanun koyucular için halen güncel ve öğreticidir. Ayrıca bu suçlar istisnai değildir. Tarihsel sürecin gösterdiği üzere son derece yaygın

biçimde işlenmektedir. Yine günümüzde toplumsal veya siyasi konumları gereği ayrıcalıklı kişilerin suç fiillerinin muhakemesini engelleme ihtimalleri, özellikle baskıcı rejimlerde söz konusu olabilmektedir. Sonuç olarak insanlığa karşı suçlar gibi ağır suç tipleri söz konusu olduğunda, teknik sebeplerle bu suçların cezalandırılmaması, hukuk devleti ilkesine dayanan adalet ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Eşitlik ilkesi bağlamında yapılacak bir değerlendirmede, Alman Anayasa Mahkemesi'nin ilkeye dair görüşüne yer vermek gerekmektedir. Mahkeme'ye göre "eşitlik ilkesi, kanun koyucuya esas eşitliğe keyfi biçimde eşitsiz veya esas eşitsizliğe keyfi biçimde eşit davranmamayı emretmektedir". Şu durumda bazı suçlar bakımından zamanaşımı düzenlemelerini geçmişe yürüme yasağı kapsamında değerlendirmek, esas eşitsizliğe keyfi biçimde eşit davranma anlamına gelecektir. Naucke'nin de belirttiği üzere devlet suçluğunda mağdur faile göre çok zayıf konumdadır. Bu nedenle ortada toplumsal ve siyasi konuma dayalı bir eşitsizlik vardır. Her vatandaş gibi işledikleri suçlar nedeniyle yargılanmaları gerekirken, sahip oldukları güç eliyle bu kişilerin muhakeme edilmekten kurtulmaları, tek başına eşitsiz bir hukuk uygulamasıdır. Kanımızca önceden uygulanması gereken hukukun bu kişilere ancak sonradan uygulanabilmesi, eşitlik ilkesini ve adil yargılanma hakkını ihlal etmemektedir.

Çalışmamızın bakımından en önemli noktalardan biri, özellikle hangi suçların varlığı halinde geçmişe yürüme yasağının tartışma konusu olduğunu belirlemektir. Çünkü ilke, kavram veya görüşlere ilişkin değerlendirmelerimizde sürekli belirli nitelikteki suçlara atıf yapmakta ve bu nitelikteki suçların mutlak suretle muhakeme edilmesi gerektiğini ifade etmekteyiz. Söz konusu husus ise çalışmamızda "devlet suçluluğu" kavramı başlığı altında ele alınmış ve sonuç olarak aşağıdaki tanım ortaya konmuştur:

"Devlet suçluluğu toplumsal ve siyasal güç ilişkileri ve konumları gereği politik karar alma mekanizmaları üzerinde etkili olabilen, kendi isteklerini ve yine karşı çıkışlarını muhatabına dayatma gücü olan kamu görevlilerinin veya söz konusu güç ve makamla ilişkili olarak hareket eden kamu görevlisi olmayan kişilerin veyahut bunların emri altındaki kişilerin; ayrıcalıklı konumlarını inşa etmek, güçlendirmek veya korumak amacıyla işlediği veyahut yine bu kişiler tarafından ve

bu amaçlarla işlenen bir suçun muhakeme edilmesinin engellendiği suçlar topluluğudur. Bu suçlar arasında bu amaçlarla işlenen soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçu, saldırı suçu, insan öldürme, yaralama, işkence, eziyet, çocuk düşürtme, kısırlaştırma, tehdit, şantaj, hürriyeti tahdit, eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, nefret ve ayrımcılık, hakaret, özel hayatın ve hayatın gizli alanlarının ihlali, yağma, görevi kötüye kullanma, iftira gibi birçok suç tipi sayılabilecektir."

Tanımın doğrudan ceza hukuku mevzuatında kullanılabilirliği tartışmalıdır. Bu gibi kavramların belirsiz olduğu ve bu kavramlar doğrultusunda suç tipleri yaratarak istisnai haller ortaya koymanın hukuk devletine dair ilkelere zarar vereceği ileri sürülmektedir. Bu uygulamanın ceza hukukunun sınırlarını belirsiz hale getireceği ifade edilmektedir. Söz konusu eleştiri haklılık payı içermektedir. Tarif ettiğimiz suçlar belirli niteliklere sahip suçlar topluluğu olmakla birlikte, doğrudan ceza kanunlarına dahil edilebilecek kısalık ve açıklıktan yoksundurlar. Kavramın geliştirilmeye ihtiyacı vardır. Ancak bu haliyle dahi kavrama mevzuatlarda yer verilebilecektir. Terör suçu, nefret suçları gibi benzer nitelikteki kavramların mevzuatlarda çeşitli biçimlerde yer aldığı görülmektedir ki, devlet suçluluğu için de benzer bir kullanım gündeme gelebilecektir. Aslında bu yönde bir kullanım ulusal ve uluslararası içtihatlarda dolaylı da olsa mevcuttur. AİHM, "bir devlet görevlisinin AİHS m. 2 ve 3'e aykırı bir davranışının, dava veya ceza zamanaşımına uğratılarak hükümsüz bırakılmaması ve bu gibi davalarda af veya bağışlama gibi önlemlerin uygulanmasına izin verilmemesi" gerektiğini ortaya koymuştur. Görüldüğü üzere kamu görevlilerinin yaşam hakkı ve işkence yasağını ihlal eden fiillerinin zamanaşımına uğratılması AİHS'e aykırıdır. Hatta Mahkeme bazı kararlarında, kamu görevlisi olmayan faillerin bazı fiillerinin de bu kapsama dahil edileceğini dolaylı da olsa ortaya koymuştur. Sonuç olarak uluslararası hukuk bağlamında tarif edilen suç fiillerinin zamanaşımına uğramaması gerektiği vurgulanmıştır. Ülkemiz içtihatları bakımından da durum farklı değildir. 25.07.2014 tarihli Yargıtay ve 10.12.2015 tarihli Anayasa Mahkemesi kararlarında da kamu görevlilerinin işlediği suçlar bakımından aynı husus ifade edilmiştir. Bu husus ortaya konulurken açıkça devlet

suçluluğu kavramı kullanılmamış olsa da, tarif edilen suçların en azından önemli bir kısmı devlet suçluluğu kapsamında yer almaktadır.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında temel sorumuza ilişkin yukarıdan belirtilen her iki görüşün de haklı noktalar içerdiğini belirtebiliriz. Geçmişe yürüme yasağına istisna tanınması gerektiğini ileri süren görüş, bazı suç tiplerinin teknik sebeplerle cezasız bırakılmasının kabul edilemeyeceğini ortaya koymaktadır. Hukuk devleti, insan onuru, eşitlik, kusur vb. ilke ve kavramlar cezasızlığa gerekçe olarak gösterilemeyecektir. İlkeye hiçbir suretle istisna tanınmaması gerektiğini ifade eden diğer görüş ise, geçmişe yürüme yasağının önemine yaptığı vurgu nedeniyle dikkat çekicidir. Bizce de geçirdiği tüm tarihsel süreçlere rağmen, modern ceza hukukunun bir kazanımı olarak kabul gören bu ilke korunmalıdır. Ancak bu görüşün zamanaşımı kurumu ile geçmişe yürüme yasağı arasındaki ayrımı yok sayması eleştirilmelidir. Her ikisi farklı nitelik ve önem sahiptir. Zamanaşımının atipik niteliği ve yine kurumun varlık nedenini gerekçelendirmede karşılaşılan zorluklar, bu düşüncemizi güçlendirmektedir. Zamanaşımı, devletin sorumluluğunu zamanında yerine getirmeme keyfiliğine hukuki kılıf hazırlayarak, birey aleyhine devletin korunmasına hizmet edebilmektedir. Bu ihtimal devlet suçluluğu başlığı altında ele aldığımız suçlar bakımından daha da yüksektir. Hukuk uygulaması da bu yöndedir. Zamanaşımı toplumda kamu görevlilerinin işlediği suçlar bakımından adeta fiili bir af, bir koruma zırhı olarak görülmektedir.

Sonuç olarak biz, her iki görüşün de haklı noktaları üzerinden ilkine yaklaşan bir görüşü savunmaktayız. Buna göre bazı suçların, güç sahiplerince bilinçli biçimde zamanaşımına uğratılması tehlikesini ciddiye almak gerekmektedir. Ancak bu tehlikeye neden olan, geçmişe yürüme yasağı değil, zamanaşımı kurumunun kendisidir. "Devlet suçluğu kavramı altında ele aldığımız bazı suçlar bakımından zamanaşımı kurumunun kötüye kullanılması engellemek için geçmişe yürüme yasağına istisna mı tanınmak gerektiği, yoksa başka bir yöntem eliyle mi bu tehlikeye karşı mücadele edilmesi gerektiği" sorusuna cevabımız, ilkeyi tartıştırmak yerine zamanaşımı düzenlemelerinde değişikliğe gitmek gerektiği yönündedir. Aslında gerek hukukumuzda gerekse de uluslararası hukukta insanlığa karşı suçlar, soykırım, işkence gibi suçlarda zamanaşımının kaldırılması; izlenecek yöntemi ortaya koymaktadır. Kısacası, TCK'da örnekleri bulunduğu üzere, bazı suç tipleri

bakımından zamanaşımı sürelerinin kaldırılmalıdır. Zamanaşımına uğramayan suç tipleri arttırılmalı, özellikle elindeki kamu gücünü kullanmak suretiyle suç işleyen faillerin işlediği fiiller bu kapsama dahil edilmelidir. Devlet suçluluğu kavramı bu yöntem bakımından söz konusu suç tiplerinin tespitine yardımcı olabilecek, mevcut veyahut geliştirilmiş haliyle zamanaşımına uğramayan suçlar topluluğunu ifade etmek üzere doğrudan mevzuatta kullanılabilecektir. Bu tartışma ve görüşlerin ışığında mevzuatımıza ilişkin aşağıdaki ikili öneriyi sunmayı uygun görmekteyiz:

a) Devlet suçluluğu kavramına mevzuatta yer verilmesinin kabulü halinde;

i. TCK m. 6'daki tanımlar kısmında devlet suçluluğu kavramına yer verilebilir ve bu tanım üzerinden TCK Genel Hükümler Kitabında zamanaşımını düzenleyen maddelerde "devlet suçluluğunun varlığı halinde zamanaşımının söz konusu olmayacağı" düzenlenebilir.

b) Devlet suçluluğu kavramına mevzuatta yer verilmesinin kabul görmemesi halinde;

i. Kanunda sadece kamu görevlilerinin işleyebildiği özgü suçlar ve kamu görevlilerince işlenmesi dolayısıyla nitelikli hal kabul edilen diğer suçlar bakımından, söz konusu suç düzenlemelerinin ardından veyahut TCK Genel Hükümler Kitabı'nda zamanaşımını düzenleyen maddelerde bu suçlarda zamanaşımının işlemeyeceğini düzenlenebilir.

ii. AİHM'in, ülkemizi "kamu görevlilerinin yaşam hakkı ve işkence yasağını ihlal eden fiilleri" nedeniyle mahkûm etmesi halinde muhakeme süjelerinin "yargılanmanın yenilenmesi" kurumuna başvurabilmelerine imkan tanınacak düzenlemelere gidilebilir. Söz konusu düzenleme sanık aleyhine yargılamanın yenilenmesi nedenlerini düzenleyen CMK m. 314'e bu yönde bir ifade eklenmek suretiyle gerçekleştirilebilir. Ancak bu noktada fail aleyhine zamanaşımının sona ermesinin yargılamanın yenilenmesine engel olup olmadığı tartışmalarının önüne geçmek amacıyla, zamanaşımı süresinin sona ermiş olmasının yargılamanın yenilenmesi bağlamında bir muhakeme engeli teşkil etmediği düzenlemede belirtilmelidir.

iii. TCK m. 257'de suç fiilinin kamu görevlilerince zamanaşımına uğratılması fiiline ilişkin sorumluluğunu da düzenleyen "görevi kötüye kullanma"

suçuna ek bir fıkra eklemek suretiyle, zamanaşımına uğratma hali nitelikli haller arasında sayılabilir. Konumuz bakımından ise yine TCK Genel Hükümler Kitabında zamanaşımını düzenleyen maddelere ek olarak "görevi kötüye kullanma suçunun, bir suçun zamanaşımına uğratılması suretiyle gerçekleşmesi halinde zamanaşımı sürelerinin işlemeyeceğine" dair bir düzenlemeye gidilebilir.

KAYNAKÇA

Abegg, Julius Friedrich Heinrich:	**Über Die Verjährung Rechtskräftig Erkannter Strafen**, Breslau, Maruschke & Berendt, 1862.
Acar, Bülent Hayri:	**Kurucu İktidar Olma Eylemi İle Kurucu İktidar İşlemlerinin Suçun Konusu Olmaması ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, US-A, 2012.
Adorno, TheodorW./ Horkheimer, Max:	**Aydınlanmanın Diyalektiği**, Çev. Nihat Ünler/Elif Öztarhan Karadoğan, İstanbul, Kabalcı, 2010.
Akad, Mehmed/ Dinçkol, Abdullah:	**1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları,** İstanbul, DER Yayınları, 2007.
Akbaş, Kasım:	"Ronald Dworkin: Pozitivizm ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir Yargılama Kuramına", **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, İstanbul, İthaki, 2015.
Akbaş, Kasım:	"Friedrich Karl von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği", **İÜHFM,** C. LXXIV, S. 1, 2016
Akgündüz, Said Nuri:	"Tazminat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları", **AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Güz 2016, C. 4, S. 8.
Alacakaptan, Uğur:	**İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi,** Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yayınları, 1958.
Alşahin, Mehmet Emin:	**Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara, Adalet, 2016.
Aral, Vecdi:	**Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, İstanbul, XII Levha, 2010, s. 206.
Arendt, Hannah:	**Kötülüğün Sıradanlığı Adolf Eichmann Kudüs'te**, Çev. Özge Çelik, İstanbul, Metis, 2009.
Arndt, Adolf:	"Unwelt und Recht", **NJW,** Heft 1, 1961.
Arndt, Adolf:	"Zum Problemen der strafrechtlichen Verjährung", **JZ**, Nr. 5/6, 1965.
Arnold, Jörg:	"Neue Fragen an den Staz "nullum crimen, nulla poena sine

lege””, Die Bedeutung P.J.A. Feuerbach (1775-1883) für die Gegenwart: IVR-Tagung Jena 15. und 16. März 2002, **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie-Beihefte Band 87 (ARSP-B)**, 2003.

Arsal, Sadi Maksudi: “İngiliz Amme Hukukunun İnkişafi Safhaları”, **İÜHFM**, C. VI, 1940.

Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, Turhan, 2018.

Asholt, Martin: **Verjährung im Strafrecht: Zu den theoretischen, historischen und dogmatischen Grundlagen des Verhältnisses von Bestrafung und Zeit in §§ 78 ff. StGB,** Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.

Aslan, Yasin: “Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2010/2.

Asua, Luis Jimenez de: “Nullum crimen, nulla poena sine lege”, **ZStW**, 63/1, 1951.

Aydın, Devrim: “Tüzel Kişileri Cezai Sorumluluğu Tartışmaları”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 10, 2017.

Aydın, Melike Belkıs: “Gustav Radbruch Düşüncesinde Dönemsel Vurgu Değişimi”, **İÜHFM**, C. LXXIII, S. 8, 2015.

Azarkan, Ezeli: “Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar”, **AÜHFD**, C. 52, S. 3, 2003.

Bacigalupo, Enrique: “Über die Gerechtigkeit und Rechtssicherheit im Strafrecht”, **Gesetzlichket und Strafrecht**, ed. Hans Kudlich, Juan Pablo Montiel, Jan C. Schuhr, Berlin, Duncker & Humblot, 2012.

Barbe, Angelika: “Gegen die Verjährung von Regierungs-, Funktionärs-und Wirtschaftskriminalität”, **DRiZ**, 1997.

Bauer, Fritz: “Die Verjährung der nazistischen Massenverbrechen”, **Die**

Humanität der Rechtsordnung: Ausgewählte Schriften, Campus Verlag, 1998.

Baumann, Jürgen: "Wider eine Verjährung von NS-Verbrechen", **ZRP**, 12. Jahrg., H. 6 (Juni 1979).

Beccaria, Cesare: **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, Ankara, İmge, Haziran 2004.

Bekri, Nedim: **Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Türk Hukukundaki Uygulaması (yayınlanmamış doktora tezi)**, İstanbul, 2010.

Beling, Ernst: **Deutsches Reichstrafprozeßrecht**, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, 1928.

Bemmann, Günther: **Zur Frage der objektiven Bedingung der Strafbarkeit**, Göttingen, Schwartz, 1957.

Benda, Ernst: **Verjährung und Rechtsstaat**, Berlin, Colloquium Verlag, 1965.

Bentham, Jeremy: **Ahlak ve Yasama İlkeleri**, Çev. Ömer Saruhanlıoğlu/Uğur Kaşif Boyacı, İstanbul, Litera, 2017.

Bettiol, Guiseppe: "Suç ve Cezanın Sukutu Meselesi ", Çev. Faruk Erem, **AÜHFD**, C: XII, 1955.

Bilgen, Mahmut: **Özel Hukukta Zamanaşımı**, Ankara, Adalet, 2010.

Binding, Karl: **Grundriss des deutschen Strafrechts: Allgemeiner Teil**, Leipzig, Wilhelm Engelmann, 1902.

Bleckmann, Maya: **Barierren gegen den Unrechtsstaat?,** Baden-Baden, Nomos, 2004.

Bopp, Georg: **Die Entwicklung Des Gesetzesgebersbegriffes Im Sinne Des Grundrechts "Nulla Poena, Nullum Crimen Sine Lege", (Inagural Dissertation),** Freiburg, 1966.

Böhm, Damir: **Strafrechtliche Gesetzlichkeit als Prenzip? Eine Untersuchung über das Spannungsverhältnis zwischen positivrechtlichen und erkenntnistheoretischen Grundlagen strafrechtlicher Gesetzlichkeit (Grundlagen**

Gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 8), Frankfurt am Main, Peter Lang, 2013.

Broszat, Martin: "Siegerjustiz oder strafrechtliche "Selbstreinigung" Vergangenheitsbewaltigung der Justiz 1945-1949", **VfZ**, 29. Jahrgang, 4. Heft, Oktober, 1981.

Bundesgesetzsblatt (Çevrimiçi), https://www.bundesverfassungsgericht.de, 07.05.2017.

Bundesverfassungsgericht (Çevrimiçi), https://www.bgbl.de, 07.05.2017.

Burgul, Ferhat: **Türk Ceza Hukukunda Dava ve Ceza Zamanaşımı, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi),** İstanbul, 2009.

Burkhardt, Sven/ Graebesch, Christine: "Völkerstrafrechtlicher Umgang mit Makrokriminalität-Widersprüche und Alternativen anhand ausgewählter Beispiele", **Kriminalität der Mächtigen**, Ed. Cornelius Prittwitz u.a., Baden-Baden, Nomos, 2008.

Byrd, Sharon/ Hruschka, Joachim: "Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat", **JZ**, 20/2007.

Calvelli-Adorno, Franz: "Nachwort zum Streit um die Verlängerung der Verjährungsfrist für NS-Verbrechen", **NJW**, 1965 Heft 42, s. 273-276.

Caroni, Pio: **Gesetz Und Gesetzbuch Beiträge einer Kodifikationsgeschichte**, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2003.

Centel, Nur/Zafer, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. bs., İstanbul, Beta, 2018.

Centel, Nur: "Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu, -Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması-", **AÜHFD**, 65 (4), 2016.

Council of Europe: (Çevrimiçi), https://rm.coe.int, 26.03.2019.

Çağlayan, Ramazan: "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 7, 2016.

Çakır, Murat: "Türk Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı", **İÜHFM**, C. LXXI, S. 1, 2013

Dabelow, Christoph **Über Die Verjährung, Zweiter Teil**, Halle, Hemmerde

Christian:	und Schwetschke, 1807.
Dambach, Otto:	**Beitrage Zu Der Lehre Von Der Criminal-Verjährung**, Berlin, Verlag von J. Guttentag, 1860.
Dannecker, Gerhard:	**Das intertemporale Strafrecht**, Tübingen, Mohr, 1993.
Demirbaş, Timur:	**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, bs. 13, Ankara, Seçkin, 2018.
Doğru, Osman/ Nalbant, Atilla:	**İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt**, Ankara, 2012.
documentArchiv.de	(Çevrimiçi), http://www.documentarchiv.de/ns/ermaecht.html, 02.07.2017.
Dolu, Osman:	**Suç Teorileri**, Ankara, Seçkin, 2012.
Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir:	**Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I**, 9.bs, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985.
Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir:	**Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: III**, 8.bs, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980.
Dursun, Selman:	"Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, Y. 2014.
e-akademi	(Çevrimiçi), http://www.e-akademi.org, 09.05.2016.
Ehret, Susanne:	"Strafrechtsbegrenzung durch das Gesetzlichkeitsprinzip bei Franz von List?", **KritV**, Vol. 79, No: 4 (1996).
Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen:	**Erster Band, 1948/49,** Berlin, Hamburg, de Gruyter, 1949.
Erdem, Mehmet:	**Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul, XII Levha, 2010.
Erem, Faruk:	**Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, C. 2, b. 12, Ankara, Seçkin, 1985.
Erkiner, Hakkı Hakan:	"Grotius Öncesi İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluştuğu Tarihsel Koşullar ve Erken Klasik Dönemdeki Öğreti", **MÜHF – HAD**, C. 18, S. 1, 2012.

Eşitli, Ayşegül: "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", **TBB Dergisi (104),** 2013.

Eyrich, Heinz: "Auch die Verfolgung von Mord soll verjähren", **ZRP**, 12. Jahrg., H. 3 (März 1979).

Faili Belli İnsan Hakları Davaları İzleme Sitesi (Çevrimiçi), http://failibelli.org, 03.12.2017.

Feuerbach, Paul Johann Anselm von: **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts**, Giessen, yy., 1801.

Feuerbach, Paul Johann Anselm von: **Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten: Specielle Kritik der Grundsätze dieses Entwurfs von Verbrechen und Strafen insbesondere**, Dritter Teil, Tasché & Müller, 1804.

Fischer, Ralf: Probleme bei der Erfassung kriminologisch relevanten Verhaltens von Staatsführungen und ihren Organen, **KJ**, 1983, Band 15, Heft 4.

Fuhrmann, Hans: "Verjährung und NS-Verbrechen", **JR**, 1965.

Gallant, Kenneth S.: "Gesetzlichkeit als Regel des Völkergewohnheitsrechts, Das Verbot der Rückwirkung von Straftaten und Bestrafungen", **Gesetzlichket und Strafrecht**, ed. Hans Kudlich, Juan Pablo Montiel, Jan C. Schuhr, Berlin, Duncker & Humblot, 2012.

Gallas, Wilhelm: **Niederschriften über Sitzungen der Großen Strafrechtskommission**, Band 5, Bonn, Bundesdruckerei, 1958.

Geiger, Thomas: "Verjährungsprobleme von in der DDR begangenen Straftaten", **JR**, 1992, Heft 10.

Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri- C. 1/Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal, 2010.

Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri- C. II/Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal, 2010.

Gesetze im Internet (Çevrimiçi), https://www.gesetze-im-internet.de, 07.05.2017.

Gözler, Kemal: **Hukukun Temel Kavramları**, bs. 16, Bursa, Ekin, 2018.

Grisch, Daniela: **Die strafrechtliche Verjährung der Wirtschaftskriminalität als Ausdruck von Klassenjustiz**, **Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakültät der Universität Zürich**, 2006.

Gropp, Walter: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Berlin, Springer, 2015.

Gründler, Carl August: **Systematische entwickelung der Lehre von der Verjährung der peinlichen strafe, nach gemeinen und besondern rechten**, Hemmerde und Schwetschke, 1796.

Grünwald, Gerald: "Bedeutung und Begründung des Satzes "nulla poena sine lege", **ZStW 76 (1964).**

Grünwald, Gerald: "Zur Frage des Ruhen der Verjährung von DDR-Straftaten", **StV**, 7/1992.

Günal, Nadi: "Roma Hukuku'nda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabının Yeri ve Önemi", **AÜHFD**, 1998.

Günay, Erhan: **Uygulamalı-Örnekli Dava ve Ceza Zamanaşımı**, 5. bs., Ankara, Seçkin, 2016.

Hafızoğulları, Zeki: **Ceza Normu,** Ankara, US-A, 1996.

Hafızoğulları, Zeki: "5237 S. Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2006-3.

Hafızoğulları, Zeki/ Özen, Muhammer: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, US-A Yayıncılık, 2011.

Hakeri, Hakan: "Kim yüzleşiyor; nasıl yüzleşiyor?", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S.1, 2004.

Hakikat Adalet Hafıza Merkezi (Çevrimiçi), http://hakikatadalethafiza.org, 30.11.2018.

Hess, Henner: "Repressives Verbrechen", **KJ**, 1976, Band 8.

Heuer, Volker/Lilie, "Laßt verjähren was verjährt?, **DtZ**, 1993, Heft 12.

Hans:

Hilgendorf, Eric: "Geseztlichkeit als Instrument der Freiheitssicherung", **Gesetzlichket und Strafrecht,** ed. Hans Kudlich, Juan Pablo Montiel, Jan C. Schuhr, Berlin, Duncker & Humblot, 2012.

Hippel, Robert von: **Deutsches Strafrecht: Band 2 Das Verbrechen. Allgemeine Lehren**, Springer-Verlag, 2013.

Hirsch, Ernst E.: "Was bedeutet „sozialistische Gesetzlichkeit"?", **JZ**, 17. Jahrg., Nr. 5/6, 1962.

Hirzel, Arnold **Kritische Betrachtung Der Neuern Doctrin und Gesetzgebung Uber Verjährung**, Zürich, Orell, Füssli u. Comp., 1860.

Hobbes, Thomas: **Leviathan**, London, Penguin, 1968.

Hobbes, Thomas: **Leviathan**, Çev. Semih Lim, İstanbul, Yapı Kredi, 1993.

Huggenberger, Ernst: **Die Verjährung im schweizerischen Strafrecht (StGB und MStG),** Zürich, Calendria, 1949.

İçel, Kayıhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Beta, 2016.

İçel, Kayıhan/ Sokullu-Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/ Sözüer, Adem/ Mahmutoğlu, Fatih Selami/Ünver, Yener: **İçel Yaptırım Teorisi**, 3. Kitap, bs. 2, İstanbul, Beta, 2002.

İnsan Hakları Savunucnuları (Çevrimiçi), http://insanhaklarisavunuculari.org, 03.12.2017.

Jäger, Herbert: **Makrokriminalität**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989.

Jakobs, Günther: "Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht", **Vergangenheitsbewältigung durch Recht**, ed. Josef Isensee, Berlin, Duncker & Humbolt, 1992.

Jankowiak, Heinz: **"**Regierungs- und Verenigungskriminalität: Bilanz nach zehn Jahren Wiedervereinigung", **NJ**, Vol. 12, No. 2, 2000.

Jaspers, Karl: "Für Völkermord Gibt Es Keine Verjährung", **Der Spiegel**, 11/1965.

Jaspers, Karl: **Suçluluk Sorunu Almanya'nın Siyasal Sorumluluğu Üzerine**, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, İstanbul, İthaki, 2015.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

Jordan, Adolf-Dietrich: "Die Regelung des 2. Verjährungsgesetzes zur "Verenigungskriminalität"", **NJ**, 6/1996.

Kaufmann, Hilde: **Strafanspruch, Strafklagerecht, die Abgrenzung des materiellen von formallen Strafrecht**, Göttingen, Schwartz, 1968.

Kangal, Zeynel T.: "Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi", **CHD**, Aralık 2011.

Karakehya, Hakan: **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, Ankara, Savaş, 2010.

Karstedt, Susanne: "Kriminalität der Mächtigen- Kriminalität der Macht", **Kriminalität der Mächtigen**, Ed. Cornelius Prittwitz u.a., Baden-Baden, Nomos, 2008.

Katoğlu, Tuğrul: **Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, Ankara, Seçkin, 2008.

Kayançiçek, Murat: **Ceza ve Kanahatler Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara, Adalet, 2014.

Kindhäuser/Neumann/ Paeffgen Strafgesetzbuch: **5. Auflage**, Nomos, 2017.

Kirn, Michael: "Der Hintergrund der Verjahrungsfrage", **ZRP**, Heft 1/1968.

Klein, Hans H.: "Keine Veränderung der Verjährungsfrist für Mord", **ZRP**, 12. Jahrg., H. 6 (Juni 1979).

Klug, Ulrich: "Die Verpflichtung des Rechtsstaats zur Verjährungsverlängerung", **JZ**, 1965.

Koca, Mahmut:	"Türk Ceza Kanunu'nda Soykırım Suçu", **TAAD**, Nisan 2012, S. 1.
Köstlin, Christian Reinhold:	**Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts**, C. 1, Tübingen, Laupp, 1845.
Kreuter, Jens:	**Staatskriminalität und die Grenzen des Strafrechts, Reaktionen auf Verbrechen aus Gehorsam aus rechtsethischer Sicht**, Gütersloh, Kaiser/Gütersloher Verlaghaus, 1997.
Krammer, Volker:	"Zur Verjährungsproblematik, bei SED Unrechtstaten", **NJ**, 1992.
Krey, Volker:	**Keine Strafe ohne Gesetz**, Berlin, Walter de Gruyter, 1983.
Krivec, Boris:	**Von Versailles nach Rom-Der lange Weg von Nullum crimen, nulla poena sine lege (Inauguraldissertation),** Hamburg, 2004.
Kunter, Nurullah:	**Ceza Hukukunda Zamanaşımı (yayınlanmamış doçentlik tezi)**, İstanbul, 1951.
Kuru, Gonca:	"Thibaut ve Savigny'de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri," **MÜHF-HAD**, C. 22, S.1, 2016.
Küçüktaşdemir, Özgür:	"Aydınlanma ve Ceza Hukuku", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. Temmuz-Ağustos 2014.
Lampe, Ernst-Joachim:	"Systemunrecht ınd Unrechtssysteme", **ZStW**, 106 (1994), Heft 4.
Lee, Chul:	"Kriminalität der Mächtigen: Gegenstandsbestimmung, Erscheinungsformen und ein Versuch der Erklärung", **Sozial Probleme 6 (1995)**.
Lehne, Werner:	"Polizeikriminalität, ein strafrechtliches Problem?, **Kriminalität der Mächtigen,** Ed. Cornelius Prittwitz u.a., Baden-Baden, Nomos, 2008.
Lemke, Michael/ Hettinger, Reiner:	"Zur Verjährung von in der DDR begangenen Straftaten und Moglichkeiten des Gesetzgebers", **NStZ**, 1992, Heft 1.

Letzgus, Klaus:	"Unterbrechung, Ruhen und Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen für im Beitrittsgebiet begangene Straftaten", **NStZ,** 1994, Heft 2.
Lorenz, Max:	"Strafrechtliche Verjährung und Rückwirkungsverbot", **GA**, 1968.
Lüderssen, Klaus:	Verfolgung in der DDR begangener Delikte", **ZStW**, (104) 1992, Heft 4.
Mazlumder İstanbul Şubesi:	(Çevrimiçi), http://istanbul.mazlumder.org, 03.12.2017.
Meder, Stephan:	**Rechtsgeschichte Eine Einführung**, 3. Überarbeitete und ergänzte Auflage, Köln,Weimar,Wien, Böhlau Verlag, 2008.
Meihofer, Werner:	"Nichtverjährung des Völkermordes: Ein Beitrag zur Verjährungsdebatte 1979", **ZRP**, 12. Jahrg., H. 4 (April 1979).
Metin, Sevtap/Heper, Altan:	**Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, İstanbul, Tekin, 2014.
Michael, Andreas:	**Der Grundsatz in dubio pro reo im Strafrecht-verfahrensrecht**, Frankfurt am Main-Bern, Verlag Peter Lang, 1981.
Mischnick, Wolfgang:	"Gegen eine Verlängerung der Verjährungsfristen, **ZRP**, Heft 3/1968.
Montesquieu, Charles Louis de Secondat Baron de:	**Kanunların Ruhu Üzerine**, Çev. Fehmi Baldaş, İstanbul, Hiperlink, 2014.
Morsey, Rudolf:	**Die Bundesrepublik Deutschland: Entstehung und Entwicklung bis 1969**, München, R. Oldenburg Verlag, 2000.
Moser, Planegg:	"Zur Frage der rechtlichen Natur Strafverfolgungsverjährung §§ 66 ff. StGB", **GA**, 1965.
Münchener Kommentar zum StGB:	**Band 2**, 3. Auflage, Ed. Wolfgang Joecks/Klaus Miebach, München, Verlag C.H. Beck München, 2016.
Munir, Muhammad:	"İslam Ceza Hukuku Sisteminde Kanunilik Prensibi", **İslam**

Ceza Hukuku, Çev. Burak Çağ, C.1, Lale, 2017.

Nabholz, Peter: **Verjahrung und Verwirkumg als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs**, Aarau, H.R. Sauerlander, 1961.

Naucke, Wolfgang: "Rechtspolitische Vorentscheidungen bei der Diskussion einer Verlängerung vonVerjährungsfristen für NS-Verbrechen", **ZRP,** Heft 1/1969.

Naucke, Wolfgang: **Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität**, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1996.

Nuhoğlu, Ayşe: "Sonuç: Tüzel Kişilerin Sorumluluğu Hakkında", **Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar,** İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2013.

Okutan, Necati: "Kamu Davasını Düşüren Sebeplerden Zamanaşımı", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 1983.

Ozansü, Cemil: **Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi**, İstanbul, XII Levha, Mayıs 2014.

Önder, Ayhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. II-III, İstanbul, Beta, 1992.

Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçikin, Eylül 2018.

Özcan, Mehmet Tevfik: **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, bs. 2, İstanbul, Tekin, 2017.

Özenç, Berke: **Hukuk Devleti, Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi**, İstanbul, İletişim, 2014.

Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bs., Ankara, Seçkin, 2018.

Özkaya, Eraslan: **Özel Hukukta Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler**, Ankara, Seçkin, 2012.

Öztürk, Bahri/Tezcan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, bs. 12, Ed. Bahri Öztürk,

Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan vd.: Ankara, Seçkin, 2018.

Parlak, Türkan Melis: "Galiplerin Adaleti: Nürnberg ve Tokyo Askeri Ceza Mahkemeleri", **ABMYO Dergisi**, 38 (2015).

Pawlowski, Martin: "Zur Rückwirkung von Gesetzen", **NJW**, 1965.

Paysen, Andreas Peter Benedikt: **Ueber die Verjährung in peinlichen Sachen: aus dem Gesichtspuncte der Rechtsphilosophie und älterer und neuerer positiven Gesetzgebungen**, Altona, Hammerich, 1811.

Piekenbrock, Andreas: **Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung: Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf (Jus Privatum)**, Mohr Siebeck, Juli 2006.

Pieroth, Bodo/ Kingreen, Thorsten: "Die Verfassungsrechtliche Problematik des Verjährungsgesetzes", **NJ**, 9/1993.

Prittwitz, Cornelius: "Regierungskriminalität" und „Kriminalität der Mächtigen", **Kriminalität der Mächtigen**, Ed. Cornelius Prittwitz u.a., Baden-Baden, Nomos, 2008.

Radbruch, Gustav: **Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk**, Çev. Sevtap Metin/Atan Heper, İstanbul, Tekin, 2014.

Reinhard, Wolfgang: "Staat machen als organisiertes Verbrechen? - Kriminalität der Mächtigen aus der Perspektive der Geschichte der Staatsgewalt, **Kriminalität der Mächtigen**, Ed. Cornelius Prittwitz u.a., Baden-Baden, Nomos, 2008.

Roxin, Claus: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2006.

Rückerl, Albert: **Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945-1978**, Heidelberg-Karlsruhe, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1979.

Sade, Ümit: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. Maddesi Işığında Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi (yayımlanmamış yüksek lisans tezi),** İstanbul, 2007.

Sambale, Anica: **Die Verjährungsdiskussion im Deutschen Bundestag, Ein Beitrag zur juristischen Vergangenheitsbewältigung**, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2002.

Sancar, Mithat: **Hukuk Devletinin Genel Teorisi**, Ankara, Dipnot, 2006.

Sancar, Mithat: **"Devlet Aklı" Kıskacında Hukuk Devleti**, 6. bs., İletişim, İstanbul, 2012.

Sanchez, Jesus-Maria Silva: "Gesetzauslegung und strafrechtliche Interpretationskultur", **Gesetzlichket und Strafrecht**, ed. Hans Kudlich, Juan Pablo Montiel, Jan C. Schuhr, Berlin, Duncker & Humblot, 2012.

Sar, Adnan: **Ceza Hukukunda Zamanaşımı (yayınlanmamış yüksek lisans tezi)**, Ankara, 1989.

Sarrabayrouse, Eugenio C.: "Gesetzlichkeitskrise, Gesetzgebungstheorie und das in dubio pre reo- Prinzip", **Gesetzlichket und Strafrecht**, ed. Hans Kudlich, Juan Pablo Montiel, Jan C. Schuhr, Berlin, Duncker & Humblot, 2012.

Sauer, Wilhelm: "Die beiden Tatbestandsbegriffe, zur Lehre von den äußeren Strafbarkeitsvoraussetzungen", **Festschrift für Edmund Mezger**, München und Berlin, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1954.

Savigny, Friedrich Carl von: **Çağımızda Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine**, Çev. Ali Acar, İstanbul, Pinhan, 2018.

Sebastian, Scheerer: "Kriminalität der Mächtigen", **Kleines Kriminologisches Wörterbuch**, 2. völlig neubearbeitete und erweiterte Aufl., Ed., G. Kaiser/H.-J. Kerner/F. Sack/H. Schellhoss, Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1985.

Sebastian, Scheerer: "Kriminalität der Mächtigen", **Kleines Kriminologisches Wörterbuch**, 3. völlig neubearbeitete und erweiterte Aufl., Ed., G. Kaiser/H.-J. Kerner/F. Sack/H. Schellhoss, Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1993.

Schlink, Bernhard: **Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk**, Çev: Reyda

Ergün, Ed. Cemal Bâli Akal, Ankara, Dost, 2012

Schmid, Johann: **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, 12., neu bearbeitete Auflage, Berlin, De Gruyter, 2008.

Schmidhäuser, Eberhard: "Objektive Strafbarkeitsbedingungen", **ZStW**, Band 71 (1959).

Schmidt, Wilhelm: "Verjährungsprobleme bei Straftaten der Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit der ehemaligen DDR", **NStZ**, 1995.

Schmitt, Carl: "Was Bedeutet Der Streit Um Den "Rechtsstaat"?, **Zeitschrift für die gesamte Staatwissenschaft**, Bd. 95, H. 2., (1935).

Schmitt, Carl: "Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı", Çev. Bilal Canatan, **Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal**, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Ankara, Adres, 2008.

Schmitt, Carl: **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev: Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul, İthaki, 2016.

Schneider, Peter: **Rechtsstaat und Unrechtsstaat-ihre Relevanz für den Staatsbegriff der allgemeinen Staatslehre und des Völkerrechts, Votrags gehalten im Rahmen des Walter-Schücking-Kollegs Institüt für İnternationales Recht an der Universität Kiel**, Band 1, 1984.

Schneider, Peter: "Rechtsstaat und Unrechtsstaat", **KritV**, Vol. 79, No. 1, 1996.

Schoch, Heinrich Gustav: **Kritische Betrachtung der neueren Doctrin und Gesetzgebung über die Verjährung der Strafen,** Schaffhausen, Brodtmann, 1860.

Schöckel, Gerard: **Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bis zur Französischen Revolution**, Göttingem, Verlag Otto Schwartz, 1968.

Schreiber, Hans- "Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von

Ludwig: Verjährungsfristen früher begangener Delikte", **ZStW80 (1968)**.

Schreiber, Hans-Ludwig: **Gesetz und Richter: Zur geschichtliche Entwicklung d. Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege**, Frankfurt, Alfred Metzner Verlag, 1976.

Schroeder, Friedrich-Cristian: "Zur Verjährung von SED-Unrechtstaten", **ZRP**, 1993, Heft 7.

Schröder, Dieter: "Die gegenwärtigen Kontrolleinrichtungen der Vier Mächte in Deutschland", **Archiv des Völkerrechts**, 23. Bd., No. 1/2.

Schultz, Günther: "Blick in die Zeit", **MDR**, 3/1979

Schünemann, Bernd: **Nulla poena sine lege?: Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht**, Berlin, Walter de Gruyter, 1978.

Schwabenbauer, Peter: **Der Zweifelssatz im Strafprozessrecht**, Tübringen, Mohr Siebeck, 2012.

Schwarze, Friedrich Oscar: **Bemerkungen Zur Lehre Von Der Verjahrung Im Strafrechte: Nach Den Gesetzgebungen Und Der Praxis in Deutschland**, Erlangen, yy., 1866.

SCRİBD (Çevrimiçi), https://www.scribd.com, 03.12.2017.

Seymen Çakar, Ayşen: "İnsanlığa Karşı Suçlar", **TBB Dergisi**, 2012.

Sevdiren, Öznur: **Türkiye'nin Cezasızlık Mevzuatı**, İstanbul, Sena Ofset, 2015.

Shirer, William L.: **Nazi İmparatorluğu Doğuşu, Yükselişi, Çöküşü**, C. 1, Çev: Rasih Güran, İstanbul, Ağaoğlu, 1968.

Sözüer, Adem: "Gelecek İçin Geçmişle Yüzleşmek", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S.1, 2004.

Starck, Christian: "Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit", **VDStRL**, 51.

Starck, Christian: "Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergagenheit", **Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit. Eigentumschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutung von Boden und Unwelt**, De Gruyer, Berlin-Neywork, 1992.

Stratenwerth, Günter: "Objektive Strafbarkeitsbedingung im Entwurf eines Strafgesetzbuch 1959", **ZStW**, Band 71 (1959).

Şahin, Cumhur: "Dava Zamanaşımı Sanığın Aklanmasına Engel Olabilir Mi? -Beraat Kararı ile Zamanaşımı Dolayısıyla Verilen Düşme Kararı Arasındaki Öncelik İlişkisi-", **Adalet Dergisi**, S. 45, 2013.

Şahin, Cumhur/ Göktürk, Neslihan: **Ceza Muhakemesi Hukuku-II**, bs. 7, Ankara, Seçkin, 2018.

Şimşek, Murat: "Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar", **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C. 9, S. 44, 2016.

Taner, Fahri Gökçen: **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara, Seçkin, 2008.

Taner, Fahri Gökçen: "Dava Zamanaşımının Kanunuilik İlkeiyle İmtihanı: İnsanlığa Karşı Suçlar", **Güncel Hukuk**, Nisan 2012/4.

Taner, Mehmet Tahir: **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1953.

Taşkın, Ozan Ercan: "Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2106.

T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası "Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2106.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat: **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2017.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, bs. 16, Ankara, Seçkin, 2018

Tiedemann, Klaus: "Avrupa Birliği Hukukunda Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar ve Ceza Hukukunun Avrupalılaştırılması", **Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar**, Çev. Ayşe Nuhoğlu, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2013.

Toroslu, Nevzat/ Toroslu, Haluk: **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara, Savaş, 2018.

Tosun, Öztekin: "Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan", **İÜHFM**, c. 25, s. 1-4, 1961.

Tosun, Öztekin: "Suçların Kanuniliği Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Huku", **İÜHFM**, C. 30, S. 1-2, 1964.

Tulay, Muhammed Emre: "Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu", **MÜHF-HAD (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan)**, C. 24, S. 3, 2016.

Turinay, Faruk: **Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri**, İstanbul, XII Levha, Eylül 2013.

Türkiye Büyük Millet Meclisi: (Çevrimiçi), https://www.tbmm.gov.tr, 04.11.2018.

Türkiye İnsan Hakları Vakfı: (Çevrimiçi) http://www.tihv.org.tr, 03.12.2017.

Türkoğlu, Halide Gökçe: **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, Ankara, Seçkin, 2017.

United Nations Treaty Collection: (Çevrimiçi), https://treaties.un.org, 03.12.2017.

Unterholzner, Karl **Ausführliche Entwickelung der gesammten**

August Dominik: **Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten**, Erster Band, Leipzig, Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1858.

Uygur, Gülriz: "Adalet ve Hukuk Devleti", **AÜHFD**, 2004.

Uzun, Mehmet Ali: **Ceza Hukukunda Zamanaşımı (yayımlanmamış doktora tezi),** İstanbul, 1994.

Ünver, Yener: **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin, 2003.

Üzülmez, İlhan: "Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri: (Ceza Hukukunda Okullar Mücadelesi), **AÜEHFD**, C. V, S.1-4, 2001.

Welke, Wanja Andreas: "Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Kriminalität?", **Kritische Justiz**, Vol. 28, No. 3 (1995).

Werle, Gerhard: **Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich**, Berlin/New York, Walter de Gruyter.

Willms, Günther: "Zur Frage rückwirkender Beseitigung der Verjährung", **JZ**, 24. Jahrg., Nr. 2 (17. Januar 1969).

Verfassungen der Welt (Çevrimiçi), http://www.verfassungen.ch, 21.10.2018.

Vural, Sezin: "Linç Rejimi", **Kriminoloji Yazıları**, Ed. Türkan Sancar, Ankara, Savaş, 2015.

Vogel, Hans-Jochen: "Mord soll nicht verjähren", **ZRP**, 12. Jahrg., H. 1 (Januar 1979).

Volk, Klaus: **Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht**, Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1979.

Von Lizst, Franz: **Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge**, Band 2, 1892 bis 1904, Berlin, Walter de Gruyter, 1970.

Von Münsch Ingo/Brodersen Uwe: **Gesetze des NS-Staates Dokumente eines Unrechtssystems**, 2. Auflage, Paderborn/München/Wien/

Zurich, 1992.

Vormbaumn, Thomas: **Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943: Materialien zur Verordnung und zu den Durchführungsverordnungen**, Berlin/Münster/Wien/ Zürich/London, LIT Verlag, 2011.

Yarbaş, Fevzi: **Türk Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı ve Müddetler**, Ankara, Adalet, 1999.

Yavuz, Mehmet: "Ceza Muhakemesinde İspat Sorunu", **TAAD**, S. 9, Nisan 2012.

Yenisey, Feridun/ Plagemann, Gottfried: **Alman Ceza Kanunu-Strafgesetzbuch(StGB),** İstanbul, Beta, 2009.

Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin, Eylül 2018.

Yurtseven, Yılmaz: "Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi Çerçevesinde İslam Ceza Hukuku'nda Orfi Hukukun Yeri ve Osmanlı Uygulaması", **İslam Ceza Hukuku,** C.2, Lale, 2017.

Yükselbaba, Ülker: "Habermas'ın Prosedüralist Hukuk Paradigması, Haklar Sistem ve Hukuk Devleti", **İÜHFM**, C. LXVI, No:1, 2008.

Yükselbaba, Ülker: "Milgram Deneyi: Otorite ve İtaate Dair**", İÜHFM**, C. LXXV, S. 1, 2017.

Zachariae, Heinrich Albert: **Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetzes**, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1834.

Zafer, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., İstanbul, Beta, Şubat 2016.

Zarneckow, Reinhart: "Keine Verjährung strafrechtlicher Verjährungsfristen", **DRiZ**, 1997.

Zimmermann, Stefan: **Strafrechtliche Vergangenheitsaufarbeitung und Verjährung**, Freiburg, Max-Planck-Institut f. ausländ. u. inter. Strafrecht, 1997.

ÖZGEÇMİŞ

1984 yılında Ankara'da doğdu. 2007 yılında Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. 2009 yılında 1416 sayılı Ecnebi Memleketlere Gönderilecek Talebe Hakkında Kanuna kapsamında Milli Eğitim Bakanlığınca verilen burs ile (YLSY Programı) lisansüstü öğrenim görmek amacıyla Almanya'ya gitti. 2011 yılında Berlin Freie Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Bölümü'nde Prof. Dr. Joachim BOHNERT danışmalığında yürütülen "§ 173 StGB „Beischlaf zwischen Verwandten" -Im Licht des Vergleichs mit der Rechtslage des Inzests in der Türkei-" başlıklı yüksel lisan tezi ile LL.M. (Magister legume Student) ünvanını aldı. 2012 yılında Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı'nda öğretim görevlisi olarak çalışmaya başladı. Halen aynı Üniversite'de akademik yaşamını sürdürmektedir.