

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

YÜKSEK LİSANS TEZİ

SUÇ POLİTİKASININ ANA İLKELERİ
AÇISINDAN TÜRKİYE’DE CEZA HUKUKU
DEĞİŞİMLERİ

YİĞİT YENİYETİŞME
2501171891

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. ADEM SÖZÜER

İSTANBUL - 2020



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : YİĞİT YENİYETİŞME Numarası : 2501171891
Anabilim Dalı / Anasat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : PROF. DR. ADEM SÖZÜER
Tez Savunma Tarihi : 15.01.2020 Saati : 11.00
Tez Başlığı : SUÇ POLİTİKASININ ANA İLKELERİ AÇISINDAN TÜRKİYE'DE CEZA HUKUKU DEĞİŞİMLERİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, Sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. ADEM SÖZÜER		Kabul
2-PROF. DR. FETHİ GEDİKLİ		Kab-1
3-PROF. DR. ALİ KEMAL YILDIZ		Kabul
4-DR. ÖĞR. ÜYESİ SERDAR TALAS		Kabul
5-DR. ÖĞR. ÜYESİ MEHMET MADEN		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-DR. ÖĞR. ÜYESİ ZAFER İÇER		
2-DR. ÖĞR. ÜYESİ ALİ ADEM YÖRÜK		

ÖZ

SUÇ POLİTİKASININ ANA İLKELERİ AÇISINDAN TÜRKİYE’DE CEZA HUKUKU DEĞİŞİMLERİ YİĞİT YENİYETİŞME

Suç politikasının ana ilkeleri çerçevesinde Türkiye’de yaşanan maddi ceza hukuku değişimi, tezin konusunu teşkil etmektedir.

Bu çerçevede öncelikle suç politikası kavramına değinilmiş, akabinde suç politikasının ana ilkeleri olan hukuk devleti ilkesi, kusur ilkesi ve hümanizm ilkesi sonuçlarıyla birlikte ortaya konulmuştur. Nihai olarak bu ilkeler bazında yaşanan değişimler, bilhassa 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun karşılaştırılması yapılmak suretiyle ortaya konulmuştur.

Anahtar kelimeler: Türk Ceza Hukuku Reformu, Hukuk Devleti İlkesi, Kusur İlkesi, Eşitlik İlkesi, Ceza Hukuku Değişimleri

ABSTRACT

VARIATIONS IN CRIMINAL LAW OF TURKEY WITHIN THE CONTEXT OF MAIN PRINCIPLES OF CRIME POLICY

YİĞİT YENİYETİŞME

Variations of substantial criminal law in Turkey within the framework of main principles of crime policy form the subject of this thesis.

Within the scope of the aforementioned subject, the concept of crime policy has been primarily mentioned. Following this, main principles of crime policy, namely the principle of rule of law, the principle of fault and the principle of humanism have been put forward together with their consequences. In conclusion, the variations based on these principles have been discussed by comparing several criminal codes, particularly the abolished Turkish Criminal Code numbered 765 and Turkish Criminal Code numbered 5237.

Keywords:. Reform of Turkish Criminal Law, Principle of Rule of Law, Principle of Fault, Principle of Humanism, Principle of Equality, Variation of Criminal Law.

ÖNSÖZ

Türk Ceza Hukuku Reformunun ana nüvesini oluşturan kanunlardan biri olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu selefine nazaran yeni bir anlayışı beraberinde getirmiştir. 5237 sayılı Kanun bireyi ön plana çıkaran bir felsefeye dayanmaktadır. Bu felsefisinin inşasında ise, suç politikasının ana ilkeleri olarak adlandırdığımız hukuk devleti ilkesi, kusur ilkesi ve hümanizm ilkesini dikkate almıştır.

Kanun modern anlamda ilk kanunlaştırma hareketlerinin başladığı Tanzimat Döneminden bugüne kadar yaşanan birikimden istifade ederek hazırlanmıştır. Bu bağlamda 5237 sayılı Kanunun getirdiği değişimin daha iyi anlamlandırılabilmesi için geçmişteki sorunların suç politikasının ana ilkeleri perspektifinden değerlendirilmesi gereklidir.

Bununla birlikte, Türk Ceza Hukuku Reformu dolayısıyla 5237 sayılı Kanun yürürlüğe girdiği ilk an göz önüne alındığında yaklaşık olarak on beş seneyi devirmek üzeredir. Bu süre gerek doktrinde eser bazında gerekse uygulamada içtihat bazında önemli bir birikimin oluştuğuna işaret etmektedir. Bu kapsamda yaşanan değişimin mevcut durumunun ortaya konulmasında, bu kaynaklar üzerinden suç politikasının ana ilkeleri temelinde yapılacak bir inceleme önemlidir.

İşte tez konusunun belirlenmesi bu iki temelden kaynaklanmıştır. Yani geçmişte yaşanan sorunlar ve yaşanan değişimlerin yanı sıra geline gün itibariyle kazanımların ne aşamada olduğu ortaya konacaktır.

Son olarak bu çetrefilli ve kapsamlı konuda, her daim desteğini esirgemeyen ve yaşadığı tecrübeleriyle eserin gelişiminde kılavuzluk yapan hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Adem Sözüer'e teşekkürlerimi sunarım.

İstanbul-2020

Yiğit YENİYETİŞME

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xvi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇ POLİTİKASININ ANA İLKELERİ

I. SUÇ POLİTİKASI KAVRAMI.....	5
II. HUKUK DEVLETİ İLKESİ.....	7
A. Maddi Anlamda Hukuk Devleti İlkesi	10
B. Şekli Anlamda Hukuk Devleti İlkesi	11
1. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi	12
a. Genel Olarak.....	12
b. İlkenin Tarihsel Gelişimi.....	14
(1) Aydınlanma Çağına Kadar İlkenin Tarihçesine Genel Bakış ...	15
(2) Aydınlanma Çağı ve Dönemin Düşünürleri	19
(3) Kanunilik İlkesinin Kodifikasyon Hareketlerine Yansımaları ..	23
(4) Kıyas Yasağına Aykırı Düzenlemeler	26
(5) Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinde İlkenin Düzenlenmesi .	27
a. İlkeye İlişkin Görüşler	30
b. İlkenin Sonuçları	33
(1) Belirlilik İlkesi.....	34
(2) Kıyas Yasağı.....	36
(3) Geriye Yürüme Yasağı.....	38

(4) İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımını Öngörme Yasağı.....	40
(5) Örf ve Âdet Hukukuna Dayalı Cezalandırma Yasağı	43
2. Genel Değerlendirme	44
III. KUSUR İLKESİ.....	45
A. Tarihsel Gelişim Süreci.....	45
B. Kusursuz Ceza Olmaz	47
C. Kusurla Orantılı Ceza Tayini	48
D. Kusur İlkesinin Hukuk Devleti ve Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesiyle Dolaylı İlişkisi	48
1. Hukuk Devletiyle İlişkisi.....	48
2. Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği Kuralıyla İlişkisi	49
IV. HÜMANİZM İLKESİ	49
A. İnsan Haysiyetiyle Bağdaşır, Ayrım Gözetmeyen Ceza Hukuku Yaptırımları	49
B. Suçlunun Islahı Hedefi	52
C. Hümanizm İlkesinin Ultima-Ratio Prensibiyle İlişkisi	52

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK DEVLETİ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE

TÜRKİYE'DE CEZA HUKUKU DEĞİŞİMLERİ

I. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNİN TÜRKİYE'DE GELİŞİM SÜRECİ.....	53
A. Genel Olarak	53
B. Gelişim Süreci	54
1. Tanzimat Sonrası Osmanlı Anayasal Gelişmelerinde ve Ceza Hukuku Alanında Gerçekleştirilen Kodifikasyonlarda.....	55

a. Genel Olarak	55
b. Tanzimat Fermanı	56
c. 1840 ve 1851 Tarihli Ceza Kanunları.....	58
d. 1858 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu	59
e. 1876 tarihli Kanun-i Esasi	60
2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında ve Ceza Kanunlarında.....	61
a. Anayasalarda İlkenin Yeri	61
(1) 1921 Tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu	61
(2) 1924 Anayasası.....	61
(3) 1961 ve 1982 Anayasaları	62
b. Ceza Kanunlarında İlkenin Yeri	63
(1) 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu.....	63
(2) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu.....	64

II. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE TÜRKİYE’DE CEZA HUKUKU DEĞİŞİMLERİ

66

A. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımı Öngörme Yasağı.....	66
1. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu Dönemi	66
a. 1924 Anayasası Dönemi.....	66
(1) Anayasanın Düzenlemesi	67
(2) Uygulamanın Yaklaşımı.....	68
b. 1961 ve 1982 Anayasası Dönemi.....	70
(1) Dönemin Hakim Görüşü	71
(2) Azınlık Görüşü	72
c. Anayasa Mahkemesinin İçtihatları	73
(1) İlkenin Aleyhine İçtihatlar: Anayasallaşma Gayreti	74

(2) İlke Lehine İçtihatlar	77
d. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu 526. Madde.....	79
2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi	80
a. Açık Kanuni Düzenleme: İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımı Öngörme Yasağı.....	80
b. Anayasa Mahkemesinin İçtihatları.....	84
c. Geçmiş Alışkanlığının Yansımaları: Sapmalar	87
3. Değerlendirme	89
B. Belirlilik İlkesi.....	90
1. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu Dönemi	90
a. Kanuni Düzenleme	90
b. Belirlilik İlkesine Aykırı Düzenlemeler	91
2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi	95
a. Kanuni Düzenleme	95
b. Belirlilik İlkesini Sağlamlaştırmaya Yönelik Adımlar.....	96
(1) Mevzuatın Dili.....	96
(2) Türk Ceza Kanunu 6. Madde: Tanımlar Düzenlemesi.....	97
(3) Mevzuat Disiplinin Sağlanması Bağlamında 5. Madde Düzenlemesi.....	98
(4) Suç ve Cezaların Tek Bir Kanunda Toplanması Gayreti	99
c. Örnekleriyle Belirlilik İlkesine Aykırı Düzenlemeler	99
3. Değerlendirme	103
C. Kıyas Yasağı	103
1. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu Dönemi	103
a. Kanuni Düzenleme	103
b. Doktrin ve Uygulamada Genişletici Yorum.....	104

c. Genişletici Yorum Adı Altında Kıyas	107
d. Kıyasa İlişkin Tartışılan Diğer Başlıklar.....	110
(1) Kıyas Yasağının Kapsamı	110
(2) Lehe Kıyas.....	111
2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi	113
a. Kıyas ve Genişletici Yorum Adı Altında Kıyasın Açık Bir Şekilde Yasaklanması.....	113
b. Kıyas Yasağının Kapsamı	115
c. Lehe Kıyas Meselesi.....	117
3. Değerlendirme	118
D. Geriye Yürüme Yasağı.....	119
1. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu Dönemi	119
a. Genel Olarak.....	119
b. Kanuni Düzenleme	120
c. Geriye Yürüme Yasağının Kapsamı.....	121
(1) Ceza Muhakemesi Kuralları	122
(2) Zamanaşımına İlişkin Kurallar	122
(3) İnfaz Rejimine İlişkin Kurallar.....	124
(4) Güvenlik Tedbirleri	125
(5) İdarenin Suç İhdas Eden Düzenleyici İşlemleri	126
(6) Anayasa Mahkemesinin İptal Kararları.....	127
(7) İçtihadı Birleştirme Kararları	128
d. Geriye Yürüme Yasağının İstisnası: Lehe Kanun ve Lehe Kanunun Tespiti	129
e. Lehe Kanunun Geçmişe Etki Alanı	131

f. Lehe Kanunun Geriye Yürümesinin İstisnası: Süreli ve Geçici Kanunlar	132
2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi	133
a. Genel Olarak.....	133
b. Güvenlik Tedbirlerinin Açıkça Geriye Yürüme Yasağı Kapsamına Alınması	133
c. Lehe Kanunun Tespiti: Karma Uygulama Yasağı.....	134
d. İnfaz Rejimine İlişkin Kurallarda Üç İstisna: Hapis Cezasının Ertelenmesi, Koşullu Salıverilme ve Tekerrür	135
e. Lehe Uygulamanın İstisnası: Geçici veya Süreli Kanunlarda İleriye Yürüme	135

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KUSUR VE HÜMANİZM İLKESİ ÇERÇEVESİNDE TÜRKİYE'DE CEZA HUKUKU DEĞİŞİMLERİ

I. KUSUR İLKESİ ÇERÇEVESİNDE TÜRKİYE'DE CEZA HUKUKU DEĞİŞİMLERİ.....	137
A. Genel Olarak	137
B. Orta Çağdan Kalma Bir Anlayış: Objektif Sorumluluk	138
1. Mülga Ceza Kanunu Döneminde Objektif Sorumluluk	138
a. Objektif Sorumluluğa İlişkin Genel Hüküm: 45. Madde	139
b. Özel Hükümlerden Örnekleriyle Objektif Sorumluluk Düzenlemeleri.....	139
c. Kabahatlerde Objektif Sorumluluk.....	143
d. Basın Kanunundaki Objektif Sorumluluk Düzenlemeleri	144
(1) Genel Olarak.....	144
(2) Dönemsel Yayınlarda Objektif Sorumluluk.....	145

(3) Dönemsel Olmayan Yayınlarda Objektif Sorumluluk	147
2. Objektif Sorumluluğun Sakıncasını “Telafi Etme” Gayreti	148
3. Türk Ceza Kanunu Tasarılarındaki Objektif Sorumluluk Düzenlemeleri	150
4. Objektif Sorumluluğun Terki: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Düzenlemesi	150
a. Türk Ceza Kanunu 23. Madde Düzenlemesi	150
b. Kabahatler Açısından Sübjektif Sorumluluğun Getirilmesi	152
c. Uygulamadan Objektif Sorumluluk Örnekleri	153
C. Haksızlık Yanılgısı	154
1. Genel Olarak	154
2. 765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun Geleneksel Yaklaşımı: 44. Madde Düzenlemesi	155
a. Geleneksel Yaklaşım	155
b. Kast ve Kusur Teorisi	156
c. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu 44. Madde Düzenlemesi .	158
3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi: Haksızlık Yanılgısının Açıkça Düzenlemesi	160
4. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde Haksızlık Yanılgısına Uygulamanın Yaklaşımı	162
a. Genel Olarak	162
b. Cinsel İstismar Suçu Özelinde Haksızlık Yanılgısı Meselesi	164
D. Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Meselesi	166
1. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu Dönemi	166
a. Genel Olarak	166
b. Anayasa Mahkemesinin İçtihadı	167

c. Mevzuattan Örnekleriyle Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu	168
d. Tasarılarda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu	170
2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi	171
E. Kusurla Orantılı Ceza Tayini.....	172
1. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunundaki Klasik Yaklaşım	172
2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 61. Madde	175
3. Uygulamanın Yaklaşımı.....	176
II. HÜMANİZM İLKESİ ÇERÇEVESİNDE TÜRKİYE’DE CEZA	
HUKUKU DEĞİŞİMLERİ.....	178
A. İnsan Haysiyetiyle Bağdaşır, Ayrım Gözetmeyen Ceza Yaptırımları .	178
B. Ölüm Cezası Özelinde Hümanizm İlkesi Çerçevesinde Değişimin Ortaya	
Konulması.....	179
1. Genel Olarak.....	179
2. Türkiye’de Ölüm Cezasının Kaldırılması Süreci	181
a. Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunlarında Ölüm Cezasına	
İlişkin Yaklaşımında Değişim	182
b. Ölüm Cezasının Uygulama Alanı Bulduğu Dönem	184
c. Ölüm Cezasının Fiili Olarak Ortadan Kalktığı Dönem	185
d. İstatistiklerde Ölüm Cezası	187
e. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı	187
f. Ölüm Cezasının Hukuki Olarak Ortadan Kaldırılması.....	188
3. Değerlendirme Mahiyetinde Ölüm Cezasının Geri Getirilmesi	
Yönündeki İsteklere Cevap: Yargıya Güvenin Artırılması ve Af	
Uygulamalarının Terki.....	191
C. Hümanizm İlkesi Çerçevesinde Değişimin Gösterilmesi Bakımından	
Diğer Başlıklar.....	192
1. Genel Olarak.....	192

2. İnsan Haysiyetiyle Bağdaşmayan Bir Uygulama: İşkence.....	194
3. Ömür Boyu Hak Yoksunluklarının Terki.....	195
4. Takdiri İndirim Sebepleri	196
5. Ultima-Ratio İlkesiyle Bağlantılı Yenilikler	198
D. Eşitlik İlkesi Çerçevesinde Türkiye’de Ceza Hukuku Değişimleri	199
1. Tanzimat Döneminde Eşitlik İlkesinin Yeri.....	199
2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında İlkenin Düzenlemesi	201
3. Türkiye Cumhuriyeti Ceza Kanunlarında İlkenin Düzenlemesi	202
a. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu Döneminde.....	202
(1). Genel Olarak	203
(2). Ceza Kanunundan Örnekleriyle Eşitlik İlkesine Aykırı Düzenlemeler	203
i. “İffetli-İffetsiz Kadın”	203
ii. Evli-Bekâr Kadın Ayrımına Bağlı Olarak Ceza Artırımı.....	205
iii. Bakire Olan-Olmayan Kadın Ayrımı	206
iv. Eşitliğe Aykırı Düzenlemelere Kaynaklık Yapan Düşünce ...	206
v. Klasik Para Cezası Sistemi	208
(3). Dönemin Diğer Kanunlarından Eşitlik İlkesine Aykırı Örnekler	209
b. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi	210
(1). Eşitlik İlkesinin Açık Düzenlemesi: Ceza Kanunu 3. Madde ..	210
(2). Düzenlemelerle 5237 Sayılı Kanunu’nun Yaklaşımının Ortaya Konulması	212
i. Eşitlik İlkesi Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nun Kadına Yaklaşımı.....	212

ii. Türk Ceza Kanunu 122. Madde Düzenlemesi: Ayrımcılık Yasağı	213
iii. Gün Para Cezası Sisteminin Kabulü	215
iv. Eşitlik İlkesi Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Diğer Düzenlemeler.....	217
c. Değerlendirme	218
SONUÇ	219
KAYNAKÇA	234

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
AB.	: Avrupa Birliği
AİHM.	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS.	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜSBF.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BM.	: Birleşmiş Milletler
Bs.	: Baskı-Bası
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
f.	: Fıkra
İUHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
M.	: Madde
R.G.	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa

TBMM.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TPKKHK.	: Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanun
t.y.	: Tarih Yok
K.T.	: Karar Tarihi
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl



GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra hukuk alanında önemli değişimlere gidilmiş ve bu bağlamda iktibas yoluyla çeşitli kanunlaştırmalar yapılmıştır¹. Bu kanunlaştırma hareketinin ürünlerinden biri de Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 1 Mart 1926 tarihinde kabul edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunudur². 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu, toplumun değişen ihtiyaçlarını karşılamak ve bilhassa iktibas edilirken yaşanan çeviri sıkıntıları nedeniyle yapısındaki aksaklıkların giderilmesi amacıyla, yerini 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na bırakana kadar, 60'dan fazla kanunla değişikliğe uğramıştır³. Kanun, neredeyse yarısından fazla maddesinde gerçekleşen bu değişiklikler sonucunda hem yeknesaklığını kaybetmiş hem de kişi hak ve özgürlükleri konusundaki gelişmelerin gerisinde kalmıştır⁴. Gerçekten de 19. yüzyıl anlayışla hazırlanan bir kanunun 21. yüzyılın gereksinimlerini karşılaması mümkün değildi. Bunun yanı sıra, suç politikasının ana ilkeleri açısından da ciddi sorunlar bulunmaktaydı. Sonuç olarak bu yeknesaklığı kaybediş, çağı yakalayacak yeni ve milli bir ceza kanunu hazırlama ihtiyacını beraberinde getirmişti. Yürürlükte kaldığı süre içerisinde 765 sayılı Kanunu değiştirmeye yönelik çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Bu kapsamda Adalet Bakanlığı'nca 1940, 1958, 1989, 1997 ve 2001 yıllarında tasarılar hazırlanmış, 2001 Tasarısı cüzi değişikliklerle 2003 yılında Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilerek

¹ Bu bağlamda ceza hukuku alanında 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu, 1889 tarihli İtalyan "Zanerdelli" Kanunundan; 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, dönemin Alman Ceza Muhakemesi Kanunundan iktibas edilmiştir. Bunların haricinde diğer hukuk alanlarında da iktibaslar gerçekleştirilmiştir. Nitekim 1926 tarihli mülga Türk Medeni Kanunu, dönemin İsviçre Medeni Kanunu'ndan; yine 1926 tarihli mülga Türk Ticaret Kanunu ise dönemin Alman Ticaret Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Sözüer, "Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu", **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, 4. bs., İstanbul, Alfa, 2017, s. 30.

² Kanun, 13 Mart 1926 tarihli ve 320 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış olup 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Resmî gazete metni için bkz.: <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/320.pdf> (Erişim Tarihi: 01.09.2019)

³ İzzet Özgenç, **Gerekçeli Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 8.; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun değiştirilen maddeleriyle ilgili bilgi için bkz.: Mustafa Avcı, "Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi", **Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004, s. 203-206.

⁴ Adem Sözüer, "Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü ve Yarını, Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına Dair Notlar", **Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, 2019, s. 3040.

aynı yıl Meclise sevk edilmiştir. Söz konusu tasarı 2003 yılında tekrardan ayrıntılı bir biçimde incelenip gereken değişik ve düzenlemelerin yapılması amacıyla Adalet Alt Komisyonuna gönderilmiştir. Alt Komisyonda 2003 yılında başlayan çalışmaların neticesinde, sunulan 2003 tasarısından tamamıyla farklı bir anlayış içeren yeni bir tasarı ortaya çıkmıştır. Söz konusu tasarı, TBMM Genel Kurulu'ndaki görüşmelerin ardından 26 Eylül 2004 tarihinde kabul edilmiş ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması akabinde 12.10.2004 gün ve 25611 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır⁵. Böylelikle 2004 yılında başlayan Türk Ceza Hukuku Reformunun önemli başatlarından biri olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

İşte tezimiz kapsamında, Türkiye Cumhuriyeti tarihinde belki de ilk defa iktidarından muhalefetine, üniversitelerinden sivil toplum kuruluşuna büyük bir istişare ve uzlaşıyla kabul edilen reformun yasalarından biri olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun getirdiği yeni bir anlayış neticesinde yaşanan değişim ortaya konulacaktır. Söz konusu değişimlerin incelemesi süreci ise, suç politikasının ana ilkeleri olan hukuk devleti ilkesi, kusur ilkesi ve hümanizm ilkesi üzerinden gerçekleştirilecektir.

Türk Ceza Hukuku reformunun daha iyi anlamlandırılabilmesi bakımından esasen, seleflerimizin yaşadığı ceza hukuku değişim ve uygulamalarına hakim olunması elzemdir. Yani, Türk Hukukunun ilkel dönem ceza hukuku özelliğini taşıdığı dönemden bugüne kadarki yaşadığı ceza hukuku değişimlerinin, bir yol haritası çizilerek ortaya konulması şüphesiz önemlidir⁶. Ancak çalışmada çeşitli kısıtlamalara gidilmesine gerek duyulmuştur⁷. Buna göre eserin adı bilinçli bir

⁵ Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. bs., Ankara, Seçkin, s. 38.

⁶ Hukuk tarihi bakımından Türk tarihi; Orta Asya Devri, İslamlaşma Devri, Selçuklu Devri ve Osmanlı Devri olmak üzere dört ana başlığa ayrılarak incelenmektedir. Sadri Maksudi Arsal, **Türk Tarihi Ve Hukuk**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s. 290.

⁷ Bu kısıtlamaların ilk gerekçesini, gerek Tanzimat öncesi döneme ait Osmanlı İmparatorluğu ceza hukukunun durumu hakkında gerek eski Türklerin ceza hukukunun tespiti bakımından yeterli derecede bilimsel bir araştırmanın bulunmayışına yönelik kanaatim oluşturmaktadır. Aynı yönde görüş için bkz.: *“Ülkemizde modern anlamda ceza hukuku alanında kanunlaştırma hareketlerinin Tanzimat ile başladığı kabul edildiğinden, biz de tarihsel gelişime ilişkin açıklamalarımızı bu dönemden itibaren yapacağız. Bunun diğer bir nedeni, Tanzimat öncesi Osmanlı İmparatorluğu ceza hukukunun durumu hakkında, yeterli derecede bilimsel araştırmaların bulunmadığı yönündeki*

şekilde, “Suç Politikasının Ana İlkeleri Açısından Türkiye’de Ceza Hukuku Değişimleri” şeklinde seçilmiştir. “Suç politikasının ana ilkeleri” denilerek yukarıda da ifade ettiğimiz üzere hukuk devleti, kusur ve hümanizm ilkeleri özelinde bir incelemenin yapılacağı; “ceza hukuku değişimi” denilerek maddi ceza hukukuyla sınırlı hareket edileceği; “Türkiye’deki” denilerek ise miladın, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundan başlatılacağı vurgulanmaktadır⁸.

Tezimizde incelemek üzere bu konuyu seçmemizin nedeni, 1 Haziran 2020 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmesinden on beş sene süre geçecek olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun getirdiği değişimin ve bu değişime ne ölçüde riayet edildiğinin ortaya konulmasıdır. Zira bu süre içinde kanun çeşitli yönleriyle tartışılmış ve uygulamada da kanunla ilgili önemli bir içtihat birikimi oluşmuştur. Böylelikle biz bu çalışma vasıtasıyla suç politikasının ana ilkeleri kapsamında gelen değişimi, 765 sayılı kanun özelinde karşılaştırma yaparak inceledikten sonra eski sorunların hem düzenleme düzeyinde hem de uygulama düzeyinde çözülüp çözülmediğini ortaya koyacağız.

Tezimiz üç bölümden oluşmaktadır. Tezimizin ilk bölümünde, suç politikası kavramı ve suç politikasının ana ilkeleri olarak adlandırdığımız hukuk devleti ilkesi, kusur ilkesi ve hümanizm ilkesine sonuçlarıyla birlikte yer verilmiştir.

Tezimizin ikinci bölümünde ise hukuk devleti ilkesini ceza hukukunda somutlaştıran prensip olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi özelinde bir inceleme hasredilmiştir. Bu kapsamda prensibin sonuçları olan belirlilik ilkesi, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörme yasağı, kıyas yasağı,

kanaatimizdir.” Sözüer, “Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu”, s. 29.; Türk Hukuk tarihini tespit işiyle uğraşanların karşılaşacağı zorluklar için bkz. Aarsal, **a.g.e.**, s. 18-20.; Ayrıca diğler bir gerekçe ise, meselenin tarihsel kapsamıdır. Gerçekten de Dünyanın farklı coğrafyalarında devletler kurmuş cihanşümul bir milleti, tek bir esere sığdırmak haddimize de değildir. Bkz.: “*Türk Hukuku Tarihinin bir insan ömrü içinde tamamiye işlenmiş bir ilim mahiyetini iktisap etmesi imkansızdır.*” Aarsal, **a.g.e.**, s. 20.

⁸ Ancak son belirlememizde zaman zaman Tanzimat dönemi ceza kanunlarına gidilerek belirli ölçüde esnetmenin yapılacağını da ifade etmemiz zaruridir. Zira modern anlamda ceza hukuku değişiminin başlaması, Tanzimat dönemiyle birlikte gerçekleşmiştir. Bkz.: “*Ülkemizde modern anlamda ceza hukuku alanında kanunlaştırma hareketlerinin Tanzimat ile başladığı kabul edildiğinden...*” Sözüer, “Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu”, s. 29.

geriye yürüme yasağı ve örf ve âdet hukukuna dayalı cezalandırma yasağı çerçevesinde Türkiye’de yaşanan değişim süreci ortaya konulmuştur.

Nihai olarak tezimizin son bölümünde kusur ilkesi ve hümanizm ilkesi çerçevesinde bir inceleme gerçekleştirilmiştir. Buna göre kusur ilkesi kapsamında kusursuz ceza olmaz, kusurla orantılı ceza tayini ve ceza sorumluluğunun şahsiliği başlıkları yaşanan değişimin ortaya konulmasında takip edilen hususlar olmuştur. Hümanizm ilkesi kapsamında ise, insan haysiyetiyle bağdaşmayan uygulamalar esas alınarak bir inceleme gerçekleştirilmiştir. Bunun yanı sıra, eşitlik ilkesinin insan merkezli yaklaşımının hümanizm ilkesiyle sıkı ilişkisi göz önünde bulundurularak, eşitlik ilkesi kapsamında yaşanan değişim sürecine de hümanizm ilkesi alt başlığında yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇ POLİTİKASININ ANA İLKELERİ

I. SUÇ POLİTİKASI KAVRAMI

Toplum içinde yaşamak beraberinde bir düzen gerekliliğini getirir. Bu düzeni oluşturmak ve devam ettirmek ise, belli davranış kurallarına riayetden geçer. Tarih boyunca toplumlarda bu davranış kuralları; ahlak, örf ve âdet, din ve hukuk kuralları olarak belirlenmiştir. Bugün için ise modern devlette toplumsal hayat, diğer kurallarla zaman zaman kesişme bölgeleri olan hukuk kuralları kümesi ve onun alt kümelerine göre korunmaktadır. Sosyal düzene ilişkin bu kurallar kümesinin en önemli alt kümesini ise, ceza hukukuna ait kurallar oluşturur. Ceza hukuku içerisinde, maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukuna dair kuralları barındırmaktadır⁹.

Maddi ceza hukuku, bir insanın davranış normlarına aykırılık teşkil eden hangi davranışlarının suç olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirleyen ve bu tür davranışlara karşı uygulanan yaptırımlar ile hukuki değerlerin korunmasını amaçlayan¹⁰ bir hukuk dalıdır¹¹. Söz konusu yaptırımlar bir yandan hukuki değerleri, yani temel hak ve özgürlükleri korurken; diğer yandan, bunların sınırlandırılmasını ve hatta kimi zaman sonlandırılması işlevini görür. Bu yönüyle ceza hukukunda, devletin bireye karşı uyguladığı etkili ve kesin zorlama aracı olan yaptırımların ve suç olarak nitelendirilecek davranışların kıstaslarının belirlenmesi elzemdir. Bu bağlamda kanun koyucu, bütün bu kıstaslara ilişkin esas ve prensiplerin yer aldığı bir suç politikası izleyecektir¹².

⁹İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 52-54; İnfaz hukukunun ayrı bir kategori olarak sayılması gerektiğini ifade eden görüşler için bkz.: Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 32-34; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 39.

¹⁰ Türk Ceza Kanunu 1. Madde: “*Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir.*”

¹¹Kayihan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs., İstanbul, Beta, 2017, s. 39; Koca/Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 33.

¹²“*Kanun koyucunun bir davranışı suç olarak tanımlaması ve ceza hukuku yaptırımlarına bağlamasını haklı kılacak bazı ilke ve ölçütlere ihtiyaç bulunmaktadır. Bu ilke ve ölçütler kanun*

Bir suç politikasının bilinçli bir şekilde izlenilmesi gereksinimi, ceza hukuku kurumlarının hukuki kurumlar halini almaya başladığı Aydınlanma Dönemi'yle gündeme gelmiş bir meseledir. Bilhassa geçmişte, öce ve kefarete dayanan cezalandırma anlayışının neden olduğu sıkıntılar, cezalandırmada yeni esaslar aranmasını gerektirmiştir¹³. Suçun nedenlerini araştıran bilimsel yöntemler ve suçlulukla planlı mücadelenin başlamasıyla; akli, zorunluluğu ve amaca uygunluğu esas alan bir ceza hukuku gündeme gelmeye başlamış ve suç politikası bu çerçevede şekillenmiştir. İlk başlarda hâkim olan görüşe göre suç politikası fikri, yalnızca devletin tüm baskıcı (cezalandırıcı) yöntemlerle suça karşı müdahalede bulunması anlamına gelmekteydi (Dar Anlamda Suç Politikası). Ancak zamanla cezaların caydırıcılığın tek başına suç fenomeninin önlenmesinde yeterli olmadığının anlaşılmasıyla, suç politikasının önleyici tedbirleri de içermesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır. Buna göre iyi bir suç politikası, tek başına cezalandırmadan ibaret olmayıp gerek suçun işlenmesinden önce bunu önlemeye yönelik toplumu bilinçlendirme gibi tedbirleri; gerekse suçun işlenmesiyle bozulan kamu düzeninin onarılmasına ve kişinin topluma tekrardan kazandırılmasına yönelik tedbirleri de ihtiva etmelidir. Önleme ve cezalandırma unsurlarının her ikisini de kapsayan bu suç politikası ise, geniş anlamda suç politikası olarak adlandırılmaktadır¹⁴.

Tarih boyunca ceza hukukunun müdahalesinin, ne şekilde ve ne üzerinde olacağı, izlenen suç politikasına göre şekillenmiştir. Nitekim ceza hukuku kimi

koyucuya, hangi davranışları cezalandıracağı hangi davranışı cezası bırakacağı bakımından yol gösterici olacaktır." Adem Sözüer, "Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu", s. 23.; "Suç siyaseti, barış esasına dayalı toplum düzeninin devamı için hukuka aykırı fiillerin hangilerinin suç olarak tanımlanması gerektiğinin belirlenmesinde izlenen yolu göstermektedir. Hukuka aykırı herhangi bir fiile suç niteliğini kazandıran koşullar, izlenen suç siyaseti ile belirlenmektedir." Türkiye Büyük Millet Meclisi, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporu (1/593)**, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 226.; "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak ceza politikasına göre belirlenir. Bu bağlamda, hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara ne tür ve hangi ölçüde cezai yaptırım uygulanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletirici sebep olarak kabul edileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseselerin nelerden ibaret olacağı hususlarında yasa koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır..."Anayasa Mahkemesinin 22.12.2011 tarihli ve 2011/17 E. 2011/171 K. sayılı kararı, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/e-2011-17-k-2011-171-t-22-12-2011> (E.T: 09.08.2019)

¹³Türkân Yalçın Sancar/Timuçin Köprülü, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları**, 3. bs., Ankara, Savaş, 2016, s. 21.

¹⁴Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., Ankara, Seçkin, 2011, s. 65.

zaman kamusal ve siyasi düzeni koruma amacını güden bir anlayışla, kimi zaman sosyal sınıflar arasındaki derin fiili ve hukuki ayrıcalıkları ve aynı sınıftaki kişiler arasındaki eşitliği ve özgürlüğü esas alan bir anlayışla, kimi zamansa bireyin hak ve özgürlükleri ile kamu barışı arasında denge kurmaya çalışan bir anlayışla teşekkül etmiştir. Günümüzde ise suç politikası, maddi adaleti gerçekleştirme temeli üzerine inşa edilmiştir¹⁵. Zira mülkün temelinde adalet harcının az bulunduğu ya da hiç bulunmadığı bir toplumda, barış esasına dayalı sosyal bir düzenin olması veyahut sürdürülmesi mümkün değildir. Çağımızda suç politikası ile güdülen maddi adalet amacına ulaşmak için maddi ceza hukukunun uyması gereken evrensel ilkeler ise, hukuk devleti ilkesi, kusur ilkesi ve insanilik ilkesi (hümanizm) olmak üzere üç başlık altında toplanmaktadır¹⁶.

II. HUKUK DEVLETİ İLKESİ

Hukuk devleti ilkesi mazisi olmayan birden ortaya çıkmış bir kavram değildir. İlke, on sekizinci yüzyılın ortasına kadar devam eden keyfi ve kişiye göre yapılan kötü uygulama deneyimlerine tepki olarak ortaya çıkmıştır¹⁷. Bu bağlamda, hukuk devleti kavramının anlatımına geçmeden önce, tarihteki diğer anlayışlara kısaca değinilmesinde fayda bulunmaktadır.

Orta Çağ'a hakim olan mülk devlet anlayışına göre, mülkiyet hakkına sahip olan aynı zamanda mutlak söz hakkına sahipti. Devlet, mülkiyet hakkına sahip olanın (kralın veya feodal beyin¹⁸), kişisel mülkü olarak kabul edilmekte ve bu mülkiyet hakkına dayalı olarak kamusal yetki ve ayrıcalıklar tanınmaktaydı. Buna karşın

¹⁵ İçel, **a.g.e.**, s. 85.

¹⁶ “Suç siyaseti ile güdülen amaca ulaşabilmek için, uyulması gereken ana ilkeler, kusur ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve hümanizm ilkesidir.” Türkiye Büyük Millet Meclisi, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporu (1/593)**, s. 226.; İçel, **a.g.e.**, s. 86.; İzzet Özgenç, **a.g.e.**, s. 81.; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 51-53.; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. bs., Ankara, Adalet, 2017, s. 8.

¹⁷ Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 6. bs., İstanbul, Beta, 2016, s. 44.

¹⁸ Dönemde kral dışında mülkiyet hakkına sahip olan diğer bir önemli güç feodal beylerdir. Nitekim feodal beylerin sahip olduğu kamusal yetkilerin dayanağı da sahip oldukları toprak mülkiyetleriydi. Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C: I**, İstanbul, Hak Kitapevi-İsmail Akgün Matbaası, 1966, s.125.

sistemde, kralı ya da feodal beyi sınırlandıran, keyfiliğin önüne geçebilecek kuralların yer aldığı bir mekanizma bulunmamaktaydı¹⁹.

Kara Avrupa’ında mutlak hükümdarlıkların ortaya çıkışı ve feodal devlet devrinin kapanmasıyla birlikte polis devlet anlayışı kabul görmeye başlamıştır. Bu bağlamda, mutlakiyetçi rejimleri açıklamak için kullanılan polis devleti kavramı, ilk kez Almanya’da ortaya çıkmıştır²⁰. Öncelikle belirtmek gerekirse, ifadede geçen polis kelimesinin “kolluk” anlamına geldiği konusunda bir yanılgıya düşülmemelidir. Burada kastedilen; Devletin faaliyetlerinde, hiçbir sınır ve denetime tabi olmayan kamu kudretine sahip olmasıdır²¹. Polis devletinde tamamen kuralsızlık hâkim değildir. Yani hukuk devleti gibi aslında içinde hukuka yer verir. Ancak bu hukuk, sadece yönetenlerin mutlak hâkimiyeti altında olan yönetilenlere yükümlülükler dayatmakta; idare ve yönetenler için, herhangi bir sınırlama kaynağı ya da denetim içermemektedir²². Egemenin kendisini bağlamayan ve her an ihlali mümkün olan bu yükümlülükleri, aslında hukuk olarak nitelendirmek de doğru değildir²³. Tüm bu bilgilerden yola çıkılırsa polis devleti, *“kamunun refahı ve selameti için her türlü önlemi alabilen, bu amaçla kişilerin hak ve özgürlüklerine alabildiğine müdahale edebilen, onlara külfetler yükleyebilen ve fakat tüm bunları yaparken idare hukukuna bağlı olmayan”* devlet şeklinde tanımlanabilmektedir²⁴.

Polis devletinin yönetilenler bakımından herhangi bir hukuki güvence sağlamamasının bir eksiklik olduğu göz önünde bulundurularak yine Almanya’da, hazine teorisi geliştirilmiştir²⁵. Buna göre, devlet tüzel kişiliği dışında tamamen özel hukuka tabi bir tüzel kişilik oluşturulmakta ve böylelikle yaptığı işlemlerden dolayı herhangi bir hukuk kuralına bağlı olmayan devlet ile özel hukuk hükümlerine tabi ve hakkında dava açılabilen hazine tüzel kişiliği birbirinden ayrılmaktaydı. Daha açık

¹⁹ Her ne kadar bu dönemde keyfi uygulamalar bakımından sınırlama olmadığı söylenilsede kazanılmış haklar bu durumun istisnasını teşkil etmekteydi. Kral, bilhassa hükümdarın iradesi dışında meydana gelen tabi hukuk uygulamasıyla sınırlandırılmaktaydı. Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. bs., Bursa, Ekin, 2019, s. 209. dn. 230.

²⁰ Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. bs., Ankara, İmaj, 2013, s. 37.

²¹ Günday, **a.g.e.**, s. 38.

²² Jacques Chevallier, **Hukuk Devleti**, Çeviri: Ertuğrul Cenk Gürçan, Ankara, İmaj, 2010, s. 11.

²³ İlhan Özay, **Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma (Denemeler)**, İstanbul, Filiz, 1986, s.8, 9.

²⁴ Günday, **a.g.e.**, s. 37.

²⁵ Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku I: Genel Konular**, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1970-1972, s. 87.

bir ifadeyle, devletin hukuka aykırı şekilde yaptığı bir işlemin, örneğin taşınmaza el koyma ya da angarya, hukuk kurallarına aykırı olduğu ileri sürülemeyecek; ancak devletin bu tür işlemleri karşısında hakları ihlal edilenler, özel hukuk hükümlerine göre hazine aleyhine tazminat davası açabileceklerdir²⁶. Hazineyi adeta günah keçisi haline getiren bu durum Alman hukukunda, “*katlan, ama tazminat iste (Dulde, aber liquidieren)*” özdeyişiyle ifade edilmiştir²⁷.

Hukuk devleti fikri, uzun bir sürecin ürünüdür. Gerçekten de İspanya’nın ünlü kralı Ferdinand II, “*kral olmasına kralım bunda kuşku yok; ama her aklıma eseni de yapamam ya...*” derken ortada hukuk devletinin h’si bile yoktu. Ancak bu söz, ileride filizlenerek mutluluğa ulaşacak uzun bir sürecin tohumlarının, geçmişten geldiğinin en önemli emaresidir²⁸.

Yukarıda yer verilen modellerin her biri hukuk devleti kavramının oluşturulmasında önemli katkıda bulunmuştur. Hukuk devleti, polis devletinin aksine, sadece yönetilenlerce uyulacak kuralları içermeyen, aynı zamanda koyduğu kurallar ile idare ve yönetenleri de, yani kendisini de bağlı gören devlettir²⁹. Diğer bir deyişle, hukuk devleti, idarenin, kurallar bütününe uygun davranmasının sağlanmasını ifade etmektedir. Buna göre hukuk, bir yandan idarenin hareket yetkisini vermekte; diğer yandan, bu yetkinin sınırını çizmektedir³⁰. Yine hukuk devletinde, hazine devleti anlayışının aksine, devlet ile hazine tek bir tüzel kişilik altında birleşmiştir³¹.

Bununla birlikte hukuk devletinin, kanun devletinden de ayrılması gerekmektedir. Zira kanunların motamot uygulanmasıyla da, hukuka aykırı davranışlarda bulunulması mümkündür. Bununla yanında, kanunlar da artık ihtiyacı karşılayacak halde olmayabilir. Bu bağlamda, hukuk devletini oluşturan hukukun, belirli evrensel ilkeler baz alınarak, zamanın gereklerince inşa edilmesi gerekir³².

²⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 38, 39.

²⁷ Hartmut Maurer, **Droit administratif allemand**, Çeviri: Micheal Fromont, Paris, 1994, s. 22’den aktaran Gözler, **a.g.e.**, s. 211.

²⁸ Özay, **a.g.e.**, s. 9.

²⁹ Günday, **a.g.e.**, s. 39.

³⁰ Chevallier, **a.g.e.**, s. 11, 12.

³¹ Gözler, **a.g.e.**, s. 211.

³² Zafer, **a.g.e.**, s. 45.

Netice itibariyle hukuk devleti, “faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan ve vatandaşlarına hukuki güvenceler sağlayan devlet” şeklinde tanımlanabilmektedir³³.

Özgürlükçü demokratik düzenlerde tüm devlet işlemleri açısından dikkate alınması gereken hukuk devleti ilkesinin, ceza hukuku yönünden şekli ve maddi anlamda olmak üzere iki ayrı boyutu bulunmaktadır³⁴.

A. Maddi Anlamda Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk devleti ilkesinin maddi boyutunu ceza hukukunun içeriği oluşturur. Bir hukuk devletinde koyulacak kuralların temelinde insan haysiyetinin bulunması gerekir. Dolayısıyla hukuk devletinde ceza hukuku kuralları, insan hakları temelinde inşa edilecektir³⁵. İnsan haysiyetine saygı bağlamında, işkence, kötü muamele ve eziyet ihtiva eden acımasız veya aşağılayıcı nitelikteki yaptırımlar ve infaz rejimleri kabul edilemez.

Bunun yanı sıra, hukuk devleti ilkesinin maddi boyutunun bir gereği olarak ceza hukuku kurallarında, eşitlik ve orantılılığa uyulmalıdır. Eşitlik, aynı suçu işleyenlere aynı yasa hükmünün uygulanmasını ifade eder. Ancak, aynı suçu işleyen herkesin aynı ceza ile cezalandırılacağı anlamına gelmez³⁶. Zira yargılama süreci sonunda verilecek ceza, faile ve olaya ilişkin subjektif kriterlere göre şahsileşecektir. Cezanın bireyselleştirilmesi olarak ifade edilen bu kurum, eşitlik ilkesine aykırı olmayıp bilakis, kusurla orantılı cezanın verilmesini sağlayarak eşitliği sağlamaktadır.

Suç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması ve toplumun barış içinde bir arada yaşamasının devamlılığı için, ceza hukuku yaptırımları önemli

³³ Gözler, **a.g.e.**, s. 213.; Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti ilkesini genel olarak geniş bir şekilde tanımlamaktadır. “Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır”. Anayasa Mahkemesinin 01.07.1998 tarihli ve 1996/74 E. 1999/15 K. sayılı kararı. Hukuk Devletin tanınımının yapıldığı diğer bazı Anayasa Mahkemesi Kararları hakkında detaylı bilgi için bkz.: Gözler, **a.g.e.**, s. 211-213.

³⁴ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 52.; İçel, **a.g.e.**, s. 89.; Artuk/Gökçen, **a.g.e.**, s. 8.

³⁵ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 52, 53.

³⁶ Zafer, **a.g.e.**, s. 47.

rol oynar. Ceza hukukunun caydırıcılık etkisinin doğru biçimde tezahür etmesi, suç faillerinin yeniden topluma kazandırılması ve diğer bireylerin hukuka güvenlerinin pekişmesi için bu yaptırımların, orantılılık ilkesine³⁷ uygun olması gereklidir³⁸. Buna karşın, ceza hukukunun yaptırımları *-her ne kadar suçun ağırlığıyla orantılı olarak uygulanmış olsa da-* niteliği itibarıyla, ağır sonuçlara neden olabilir. Bu bağlamda, orantılılığın kapsamının yalnızca suçun ağırlığına göre bir yaptırım şeklinde algılanmaması gerekir. Orantılılık aynı zamanda, ceza hukuku yaptırımının *son çare (ultima ratio)* olmasını da ifade eder³⁹. Ancak zorunlu anlarda bu yaptırımlara başvurulması gerekmektedir. Aksi durumda, ceza hukuku yaptırımları insan hak ve özgürlüklerini koruma gayesinden saparak bizzat onları tehdit eden bir yapıya bürünecektir. İşte orantılılığın hukuk devletindeki bu yansımaları, aynı zamanda hukuk devleti ile kusur ilkesinin kesişim alanını göstermektedir.

B. Şekli Anlamda Hukuk Devleti İlkesi

Toplumsal sözleşme teorisine göre⁴⁰ bireyler, kendi çıkarlarını gözeterek bazı haklarından vazgeçmişlerdir. Bu kapsamda bireylerce tanınan otorite tarafından, kişi hak ve özgürlüklerine sınırlama getiren düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Bu hususta, bireylerin özgürlük alanlarına müdahalede bulunan sınırlamaların, sınırının çizilmesi gerekliliğini gündeme getirmiştir. Sınırlamaların sınırının çizilebilmesi ise, biçimsel anlamdaki düzenlemelerin varlığıyla mümkün olacaktır. İşte şekli anlamda hukuk devleti ilkesi, bu durumu karşılamaktadır. Hukuk devleti ilkesinin şekli garantilerinin, en kuvvetli biçimde ceza hukuku alanında olması elzemdir. Zira ceza

³⁷ Orantılık ilkesi hakkında bilgi için bkz: Zafer, **a.g.e.**, s. 47-49.

³⁸ Türk Ceza Kanunu 3. Madde-Gerekçe: “Suç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için suç işleyen kimseye uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarının haklı ve ölçülü olması gerekir. Çünkü ancak haklı ve suçun ağırlığıyla orantılı bir yaptırım ile suç işleyen kişinin bu fiilinden pişmanlık duyması sağlanabilir ve yeniden topluma kazandırılması söz konusu olabilir. Yine bireylerin hukuka olan güvenlerinin pekişmesi ve cezanın caydırıcılık etkisinin doğru biçimde gösterilebilmesi için de ceza hukukunun temel ilkelerinden olan orantılılık ilkesine uymak gerekir. Madde ile bu hususa ceza kanunda açıkça yer verilerek, ceza kanunun adaletçi bir karaktere sahip olduğu da vurgulanmak istenmiştir...”

³⁹ Zafer, **a.g.e.**, s. 48.

⁴⁰ Toplumsal Sözleşme Kuramı, Thomas Hobbes, John Locke ve Jean-Jacques Rousseau tarafından savunulmuştur. Aralarında bazı görüş farklılıkları olsa da bu yazarlara göre, insanlar doğal yaşamdan geçiş yaparken kendi aralarında gerçek olmayan bir sosyal sözleşme imzaladılar. Yani insanlar, doğal yaşamdan devlet haline geçerken kendi aralarında uzlaşya vararak oluşturdukları sözleşmeyle hukuku yarattılar. Bilgi için bkz.: Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, 13. bs., Bursa, Ekin, 2016, s. 212, 213.

hukuku öngördüğü kendine has yaptırımlarıyla, kişi hürriyetine etkili bir şekilde müdahale olanağı tanımaktadır⁴¹.

Hukuk devleti ilkesinin şekli boyutunun ceza hukuku bakımından sonucu, hukukun bireylere sağladığı güvencedir⁴². Bireylere sağlanan bu hukuki güvenliğin ceza hukuku alanındaki yansıması ise, suçta ve cezada kanunilik ilkesidir⁴³. Hukuk devleti ilkesini ceza hukukunda somutlaştıran bir prensip olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, sınırlamanın sınırını çizerek cezalandırmada keyfiliğin önlenmesini sağlamakta ve böylelikle bireyler bakımından devlete karşı güvence fonksiyonu olmaktadır⁴⁴.

1. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

a. Genel Olarak

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suç sayılan fiillerin ve bunlara ilişkin yaptırımların yasa tarafından sarahaten belirlenmesi anlamına gelmektedir⁴⁵. Ceza hukukunda bir fiilin suç olup olmadığını anlayabilmek için kanuna bakmak gerekir. Kanun tarafından suç olarak düzenlenmeyen bir fiil ceza hukuku başlığı altında meşrudur⁴⁶. Bu, suçta kanunilik ilkesi (kanunsuz suç olmaz, suçların kanuniliği;

⁴¹Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 53.

⁴²İçel, **a.g.e.**, s. 89.

⁴³“Ceza Hukuku alanında vatandaşın hukuki güvenliğini sağlayan mekanizma, suçta ve cezada kanunilik ilkesidir.” Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Berlin 1996, s. 26’dan aktaran Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 52.

⁴⁴Özgenç, **a.g.e.**, s. 116.

⁴⁵Jescheck’e göre suçta ve cezada kanunilik ilkesi, “suç sayılan fiillerin ve bunlarla ilgili yaptırımların önceden kanun tarafından açıkça belirlenmesi anlamına gelmektedir. Bu ilkenin dayandığı temel düşünce, cezalandırmanın suç soruşturma makamları ve mahkemelerin keyfiliğine bağlı olmaması ve ceza hukuku yaptırımlarının demokratik meşrutiyeti olan kanun koyucu tarafından belirlenmesi gereğidir.” Adem Sözüer, “Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, **Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku**, Prof. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck Onuruna 27-29 Eylül 2009 Tarihlerinde İstanbul’da Düzenlenen Uluslararası Kolokyum Kitabı, İstanbul, 2011, s.246.

⁴⁶Bunun yanında birde bazı yazarlarca, öze ilişkin kanunilik ve şekli anlamda kanunilik şeklinde bir ayırım hakkında bilgi verilmektedir. Şekli (biçimsel) kanunilik ilkesine göre, sadece kanunda öngörülen suç olarak kabul görmektedir. Buna karşın, öze ilişkin kanunilik ilkesi anlayışına göre, biçimsel kanuniliğin aksine, kanunda açık olarak belirtilmiş olmasa bile, anti-sosyal fiiller suç sayılabilecektir. Dolayısıyla bu anlayışa göre meşruluk, davranışın sosyal yönden tehlikeli olup olmadığına göre belirlenmektedir. Yani kanun tarafından açıkça suç haline getirilmemiş olsa bile, sosyal yönden tehlike içeren davranış cezalandırılabilir; buna karşın, yasa tarafından suç sayılsa bile, sosyal yönden tehlike arz etmeyen bir davranış cezalandırılmayacaktır. Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 17. bs., Ankara, Savaş, 2012, s. 39,40.

nullum crimen sine lege) olarak adlandırılmaktadır⁴⁷. Ancak tek başına yasanın suçu ihtiva etmesi yeterli değildir. Bununla birlikte yasada, suça ilişkin yaptırımında öngörülmesi gerekir. İşte, suçta kanunilik ilkesi uyarınca yasada tanımlanan suç karşılığında, hangi yaptırım türünün ve bu yaptırımın ne miktarda uygulanacağını belirlenmesi, cezada kanunilik ilkesi (kanunsuz ceza olmaz, cezaların kanuniliği, *nulla poena sine lege*) olarak ifade edilmektedir⁴⁸. Suçta kanunilik ve cezada kanunilik ilkeleri, bir madalyonun birbirini tamamlayan iki yüzü gibidir. Kanunilik ilkesi, birbirinin mütemmim cüzü olan bu parçalar olmadan anlamını yitirecektir. Diğer bir ifadeyle, münhasıran yasadaki bir suçun varlığı ya da yaptırımın varlığı anlamsız kalacaktır.

Bununla birlikte, kanunda gösterilen fiillerin suç sayılması ve bunlara ilişkin yaptırımlara kanunda yer verilmesi de yeterli değildir. Zira bir madalyonun kazanılması için ortada öncelikle, bir yarışma olması gerekli olup yarışmadan önceki hiçbir hareketin önemi yoktur. Dolayısıyla suçu ve yaptırımı içeren yasanın, fiil işlendiği tarihten önce yürürlükte olması gerekir. Bu konudaki kural açıktır; önceki bir yasa olmadan suç ve ceza olmaz (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*)⁴⁹.

Bu bilgiler doğrultusunda hukuk devleti ilkesinin ceza hukukuna yansıması olan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, insan haklarına sağladığı güvence sayesinde; hem toplumsal sözleşme ile kontrolü otoriteye devredilen bazı kişi hak ve özgürlüklerin sınırını çizme yetkisinin sınırını somutlaştırdığını hem de suç sayılan fiilleri ve bunlarla ilgili yaptırımları önceden belirleyerek bireylere hareketlerini düzenleme olanağı tanıdığını söyleyebiliriz⁵⁰. Diğer bir ifadeyle, ilkenin her iki tarafı da karşılıklı fayda birlikteliği içindedir. Gerçekten, işlediği fiilin suç olup olmadığını ve ceza gerektirip gerektirmediğini bilen bir birey hareketlerinde tereddüt içinde

⁴⁷ Özgenç, **a.g.e.**, s. 117.

⁴⁸ Özgenç, **a.g.e.**, s. 118.

⁴⁹ Mehmet Emin Artuk, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, **Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi, C: 3**, Yayına Hazırlayanlar: Prof. Dr. Gunnar Duttge-Prof. Dr. Yener Ünver (Editör: Yener Ünver), Ankara, Seçkin, 2014, s. 39.

⁵⁰ “İlkenin esas ve mantığı, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmelerini sağlamak düşüncesine dayanır. Zira ancak bu suretle kişi hareketlerini düzenlemek imkânı bulabilir...” Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I**, 11. bs., İstanbul, Beta, 1994, s. 17.

kalmadan özgür olacakken; hayali bir suç ve bunlara ilişkin yaptırımlara nazaran kanunda açıkça yer alan suç ve yaptırımlar ise, gayri meşru fiili işlemeye istek duyanlara karşı caydırıcı olacaktır⁵¹.

b. İlkenin Tarihsel Gelişimi

Hukuk kurallarının nasıl ve ne zaman tam olarak oluştukları kesin olmamakla birlikte ilk defa, bireylerin bir araya gelerek topluluk oluşturmaları ile ortaya çıktığı düşünülmektedir. Toplu yaşamının bir gereği olarak eski çağlardan beri toplumun sürdürülebilirliği ve bekanın sağlanması için çeşitli suç ve cezalara yer verilmiştir⁵². İlk başta yazılı olmayan kurallar⁵³ etrafında şekillenen bu suç ve cezalara zamanla, yazılı hukuk kurallarında yer vermeye başlanmıştır. Dünya tarihinde yazılı hukuk kurallarının ilk örneklerine Mezopotamya ve Anadolu toplumlarında rastlanılmaktadır⁵⁴. Bu çivi yazısıyla hazırlanmış hukuk metinlerinde *-her ne kadar bilimsel bir sistem çerçevesinde oluşturulmuş ve derlenmiş olmasalarda-* suçların tasvir edildiği ve bu suçlara verilecek cezaların öngörüldüğü bir ceza hukukunun varlığı görülmektedir⁵⁵. Bilindiği üzere, ceza hukukunda kanunilik ilkesinin gelişmesi için en önemli şartlardan biri, kodifiye edilmiş diğer bir ifadeyle, yazılı bir yasanın varlığıdır⁵⁶. Dolayısıyla Mezopotamya ve Anadolu coğrafyasında yaşanan bu gelişmeleri, bilhassa çivi yazılı hukuk kurallarını, kanunilik ilkesinin gelişim sürecinin temelleri olarak kabul etmek mümkündür. Ancak çalışma kapsamında

⁵¹ Artuk, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, s. 40.

⁵² Eski tarihlerde yer alan bir suç düzenlemesi hakkında bilgi için bkz.: H. Hande Duymuş Florioti/Gözde Demirci, “Çivi yazılı Kanun Metinlerinde İlginç Bir Suç Tespit ve Cezalandırma Yöntemi: Suya Atılma”, **Ankara Üniversitesi Dil Tarih ve Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü, Tarih Araştırmaları Dergisi**, C. 32, S: 54, 2013, s. 26.

⁵³ Örfi hukuk ya da diğer bir ifadeyle teamül hukuku, bir toplumda kendi kendine oluşan ve sürekli yinelenerek yerleşen adetlerin, zamanla yaptırıma bağlanmasıyla (yani bunlara uyulması için zorlayıcı hükümlerin tesis edilmesiyle) meydana gelen yazılı olmayan kurallar bütünü olarak ifade edilebilmektedir. Yazılı olmayan bu hukuk, yazılı yasaların temelini oluşturmaktadır. Belkıs Dinçol, **Eski Ön Asya Toplumlarında Suç Kavramı ve Ceza**, İstanbul, Eskiçağ Bilimleri Enstitüsü, 2003, s. 1.

⁵⁴ Yazılı hukuk kurallarının Milattan Önce 2450 yıllarında ilk defa Mezopotamya’da Sümerliler tarafından oluşturulduğu bilinmektedir. Detaylı bilgi için bkz.: Gürkan Gökçek/Fatih Akyüz, “Sümer Kanunları”, **Fırat Üniversitesi Ortadoğu Araştırmaları Dergisi**, C: IX, S: 1, s. 1-9.

⁵⁵ Abdurrahman Savaş, “Hitit, Roma, İslam ve Yahudi Hukukları Üzerine Mukayeseli Bir Çalışma”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, S: 18, 2011, s. 244.

⁵⁶ Zira söz uçar yazı kalır (*Verba Volant Scripta Manent*). Kanunilik ilkesinde yazılılığın önemine ilişkin bkz.: Faruk Turinay, **Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri**, İstanbul, Oniki Levha, 2013, s. 125-127.

kanunilik ilkesinin gelişim süreci, batıdaki gelişmeler ekseninde aydınlanma çağı ve öncesi dönemle sınırlı olarak incelenecektir.

(1) Aydınlanma Çağına Kadar İlkenin Tarihçesine Genel Bakış

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, egemenin insanlık tarihindeki keyfi uygulama deneyimleri sonucunda gelişerek bugünkü modern anlamını kazanmıştır. Bu nedenle, ceza hukukunun en temel ve önemli prensiplerinden biri olan bu ilkenin bugün sahip olduğu anlamın ortaya konabilmesi ve ilkenin rasyonel değerinin kavranabilmesi için, ilkenin hangi deneyimler sonucu ortaya çıktığının, ilk anlamlarının ve anlamında yaşadığı değişimlerin bilinmesi gerekir. Bu bağlamda, her ne kadar kanunilik ilkesinin sağlam gerekçelere oturtulması ve buna ilişkin düşünce süreçleri esas itibarıyla aydınlanma çağının ürünleri olsa da, bu sürece giden yolun anlaşılabilmesi için aydınlanma çağı öncesi döneme değinilmesinde fayda bulunmaktadır. Ancak çalışmada aydınlanma çağı öncesi dönem bakımından, önemli gördüğümüz olaylarla sınırlı bir giriş yapılacaktır.

Roma hukuk tarihi 12 Levha Kanunları'yla (*Tabulae Duodecim*) başlamaktadır⁵⁷. Ancak 12 Levha Kanunları'nın önemi, sadece Roma hukukuyla sınırlı değildir⁵⁸. İlgili kanunlar o güne değin uygulanan gelenek ve görenekleri yazılı biçimde hukuki kurallar haline getirmiş⁵⁹ olması nedeniyle kanunilik açısından da

⁵⁷ Milattan önce 5. yüzyıldan itibaren başlayıp Bütün roma hukuk tarihi bir kanunla (XII Levha Kanunları) başlayıp bir başka kanunla (Corpus Iuris Civilis) (CIC) sona ermektedir. R. W. Lee, **M.Ö 753'ten MS. 1948'e kadar Roma Hukuku Tarihi Bir Bakış**, Çeviren: Serpil Altop, İstanbul, Filiz, 2002, s. 21.

⁵⁸ XII. Levha Kanunları *pleb* ile *patricius* sınıfları arasındaki mücadelenin ürünüdür. Bu sayede *pleb*'ler, *patriciuslara* ve kendilerine aynı biçimde uygulanacak bir hukuk metni vasıtasıyla önemli bir kazanım elde etmişlerdir. Ziya Umur, **Roma Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1974, s. 35-37.; Ancak sadece etkisi Roma ile sınırlı kalmayıp içerdiği fertler arasındaki eşitliği sağlama, hürriyeti gözetme gibi esaslarla ileriye ilham kaynağı oluşturmuştur. En basitinden ceza hukuku anlamında cemiyetin sınıfları arasında fark gözetmeme, itham altında bulunulan kimseye itirafta bulunsun diye işkence edilemeyeceği, mahkûmiyet halinde halk meclisleri önünde itiraz hakkı gibi adeta modern anlamda haklar bulundurmaktadır. Umur, **a.g.e.**, s. 172, 173.

⁵⁹ Corpus Iuris Civilis'de yazan "*Consuetudine ius esse postulatur id quod voluntate omnium sine lege, vetustas comprobavit*" şeklindeki ifadeye göre örf ve âdet hukuku, bir kanun yapılmadan, toplumun iradesiyle, eskiden beri kabul edilen hukuktur. Umur, **a.g.e.**, s. 163.; Yazılı hukuk ise, toplumda kabul görmüş ve her gün tekrerrür eden bu kuralların yazıya dökülerek kanunları oluşturmasıyla başlamıştır. XII Levha Kanunları da bu sürecin bir ürünüdür. "*...Bilhassa XII Levha Kanunları, o devrin hukukunu yazılı bir şekilde tespit etmeye çalışarak, kaideleri görünür bir hale*

önem arz etmektedir. Böylelikle kanunilik ilkesi görünüm kazanmıştır. Birçok konunun üzerinde durulduğu bu kanunlarda, haksız fiil ve cezalarda ele alınan önemli başlıklardandı⁶⁰. Bu süreci hangi fiillerin cezai sorumluluk doğuracağı, bunların yargılama prosedürü ve hepsinden önemlisi bu fiillere uygulanacak cezayı belirlemenin yapıldığı kamu davalarına ilişkin süreç takip etmiştir. Roma’da kanunilik ilkesi bakımından Valerienne Kanunu da önemli bir adımdır. Zira bu kanunla birlikte, idam hükmü bakımından nihai karar verme yetkisi mahkemeden alınarak halktan tesis edilen bir jüriye devredilmiştir. Böylelikle cezalandırmada keyfiliğin sınırı, kanunilik ilkesi vasıtasıyla bir ölçüde de olsa çizilmiştir⁶¹.

Roma hukukunda, geçmişe uygulama yasağına ilişkin hükümlerde yer almaktaydı. Nitekim Theodosius I zamanındaki imparatorluk anayasasında yer alan “*Omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponunt*” ifadesi yani, imparatorluk kararnamelerinin geçmişi yargılamadığına ancak gelecek için kurallar koyduğuna dair ifade, geçmişe yürüme yasağının bir görünümüdür⁶².

Bununla birlikte, Roma hukuku gerçek anlamda bir ceza hukuku anlayışından uzaktı. Fiillerin cezalandırılması amacından ziyade, zarar gören kişilerin tazminine yönelik ceza yaptırımları bulunmaktaydı⁶³. Ayrıca kanunilik bakımından da, suçların geniş bir biçimde tarif edilmesi uygulayıcıya takdir alanları yaratmakta ve imparatorların da kanun dışında haklara sahip olması keyfi uygulamalara neden olmaktaydı. Ancak sistematik ve yazılı bir şekilde ceza kanunlarının (leges scriptae)

getirmişlerdir. İşte bu nedenle bizde Roma hukukunu tetkik ederken, teamül hukukuna, o devrin hukukunu en iyi temsil eden XII levha kanununa ... bakacağız.” Umur, **a.g.e.**, s. 160, 161.

⁶⁰ XII Levha Kanunları içinde, teamülün yarattığı ağır cezaları hafifletmek ve diyet usulünü mecburi hale getirmek gayesiyle cezaya ilişkin hükümlere büyük yer verilmiştir. Cezası idam olan bir roma vatandaşını düşmana teslim etmek diğer bir deyişle, vatana ihanet suçu (*crimen perduellionis*) ve aile reisini öldürmek suçu (*parricidium*) ya da büyücülük ve sihirbazlık suçları örnek olarak gösterilebilir. Umur, **a.g.e.**, s. 199, 200.

⁶¹ Abdullah Batuhan Baytaç, **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 12, 13.

⁶² İmparatorlar II. Theodosius ve III. Valentinianus döneminde benzeri hükümler bulunmaktaydı: “Yasalar ve imparatorluk kararnameleri yalnızca gelecekteki olaylara ilişkindir, geçmişteki beklemekte olan olayları açık bir hüküm olmadığı sürece etkilemez.” Matthias Jakubowski, “Kanunilik İlkesinin Ceza Hukuku Tarihi Açısından Gelişimi”, **Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi**, C: 3, Yayına Hazırlayanlar: Prof. Dr. Gunnar Duttge-Yener Ünver, (Editör: Yener Ünver), Ankara, Seçkin, Mayıs 2014, s. 64.

⁶³ İçel, **a.g.e.**, s. 71.

oluşturulmasının başlangıcı olması nedeniyle Roma hukukunun, ceza hukukunda kanunilik ilkesinin gelişmesinde ehemmiyeti büyüktür⁶⁴.

Kanunilik ilkesinin bugünkü görünümüyle ilk ortaya çıkışının 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'da olduğu söylenmektedir⁶⁵. Mezkûr tarihi vesika içerdiği 39. maddeyle, kanunilik ilkesiyle doğrudan ilişkilendirilmektedir⁶⁶. Söz konusu hükme göre, *“kendi emsallerinden olanlara ilişkin kanuni muhakemeye ya da ülkenin ilgili kanunlarına uygun olarak verilen bir karar olmadıkça hiçbir özgür insan tutuklanamaz, hapse atılamaz, mal ve mülkü elinden alınamaz, sürgüne yollanamaz veya herhangi bir şekilde kötü muameleye maruz bırakılamaz.”*⁶⁷ Esasında burada maddi hukuktan ziyade, usul hukuku bakımından kişi güvenliğini sağlayan bir düzenleme mevcuttur. Daha açık bir ifadeyle vesikada yer alan, özgür bir insanın yalnızca kanuni bir karar olmadıkça tutuklanamayacağı, hapsedilemeyeceği ve hakkında diğer bazı tedbirlere başvurulamayacağı yönündeki düzenleme, usul hukuku bakımından bireyin dokunulmazlığını teminat altına almaktadır⁶⁸. Dolayısıyla bugün için belgede yer alan söz konusu düzenlemenin, tabii hâkim usulünü düzenlediği ve usul hukukunu ilgilendiren bir usul güvencesi olduğu baskın görüştür⁶⁹.

Kanunilik ilkesinin gelişim sürecinde değinilmesi gereken diğer bir belge, Kutsal Roma İmparatoru V. Karl (*Şarlken, Charles V, Kaiser Karl V*) tarafından onaylanarak yürürlüğe koyulan 1532 tarihli *Constitutio Criminalis Carolina*'dır (Bundan sonra *Carolina*⁷⁰ olarak adlandırılacaktır). *Carolina*, Roma ve yaşayan

⁶⁴ Jakubowski, **a.g.m.**, s. 64, 65.

⁶⁵ Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Seçkin, 1997, s. 94.

⁶⁶ İçel, **a.g.e.**, s. 97.; Turinay, **a.g.e.**, s. 192.

⁶⁷ Turinay, **a.g.e.**, s. 192.

⁶⁸ Uğur Alacakaptan, **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1958, s. 3, 4.

⁶⁹ İçel, **a.g.e.**, s. 97.; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 94, 95.; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 105.; Baytaz, **a.g.e.**, s. 14.

⁷⁰ Ausburg Meclisi tarafından 1530 tarihinde, Ratisbonne Meclisi tarafından 1532 tarihinde Almanya'da kabul edilen Carolina külliyyatı ceza hukuku bakımından önemlidir. Toplam 219 maddeden oluşan külliyyatın 104 ila 150. maddeleri Ceza Hukukuna aittir. Üç yüzyıl boyunca Alman müşterek hukukunun dayandığı temel mevzuat olan Carolina, yürürlükteki hukuku içeren bir nevi hukuk kitabı gibidir. Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 48.

Avrupa hukukunun bir karışımı olan müşterek hukukun kanunlaştırma hareketidir⁷¹. Zaten müşterek hukuk döneminin bir ürünü olan *Carolina*'nın en önemli amacı da, merkezi bir otoritesi olmayan Kutsal Roma İmparatorluğu'nda, eyaletten eyalete değişen bilhassa ölüm cezalarına ve yargılama usulüne ilişkin yeknesak bir düzen oluşturmaktır. *Carolina*, içeriğinde teşebbüs, meşru müdafaa, iştirak, suçların içtimai gibi ceza hukuku bakımından önem taşıyan konulara değinmiş ve genel adap ve aile düzenine karşı suçlar, çocuk öldürme, çocuk düşürme, adam öldürme, hırsızlık gibi geniş bir suç yelpazesine yer vermiştir⁷². Bu şekilde suçlara özel kısmında, diğer konulara genel kısmında yer vermiş olmasıyla, bugün için mevzuatlarda bulunan genel-özel ceza hukuku sistematığının temellerinin *Carolina* ile atıldığını söylemek mümkündür⁷³. Zaten *Carolina* bu yönüyle kanunilik ilkesiyle ilişkilidir. Bu bağlamda, *Carolina*'nın bazı maddelerine değinilmesinde fayda bulunmaktadır. *Carolina*'nın 104. maddesine göre, olaya uygun bir kanuni düzenleme yoksa cezalandırmak mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle bunun aksi, “utanç verici ceza” olarak adlandırılmış ve yasaklanmıştır⁷⁴. Bu doğrultuda yasayı uygulayan hakimlerin kanuna bağlı olması sağlanarak adli keyfilik engellenmiştir. Ancak cezanın miktarının belirlenmesinde, örf ve âdet uygulamaları takip edilmeye devam edilmiştir. 105. maddesiyle benzer olaylarda kıyas yapılması mümkün kılınmıştır⁷⁵. Bununla birlikte, kıyasa ilişkin hükmü tamamlayan ve kıyasın keyfiliğini sınırlandıran 219. maddesi gereğince, hâkim olaylar arasında kendi başına bağlantı oluşturamaz. Kıyas yapabilmesi için üniversitelerde oluşturulan bir kurulun fikrini alması zorunludur⁷⁶. Sonuç olarak, V. Karl'ın kaleminden yapmış olduğu küçük bir vuruş, kanunilik ilkesi ve bireysel haklar için dev bir adım, diğer bir ifadeyle modern ceza hukukunun başlangıcı sayılmıştır⁷⁷.

Bununla birlikte konuya değinmişken ileri bölümlere referans olması açısından *Carolina*'nın vurgulanması gereken diğer bir bölümünü ifade etmekte

⁷¹ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C: I, İstanbul, Beta, 1991, s. 58.

⁷² İçel, **a.g.e.**, s. 74, 75.

⁷³ Önder, **a.g.e.**, s. 59.

⁷⁴ Jakubowski, **a.g.m.**, s 61, 65.

⁷⁵ Baytaz, **a.g.e.**, s. 15.

⁷⁶ Önder, **a.g.e.**, s. 59.; Jakubowski, **a.g.m.**, s. 65.

⁷⁷ Kutsal Roma İmparatorluğu'nun önemli bir yasama çalışması olan *Carolina*, Orta Çağın sonu ve modern ceza hukukunun başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Jakubowski, **a.g.m.**, s. 65, dn. 13.

fayda vardır. Kanun, o güne değin devam ettirilen hayata ve vücuda karşı cezalar sistemini içinde bulundursada, ikincil derecede olarak hürriyeti bağlayıcı cezalarada yer vermiştir. Yine cezanın tayininde netice sorumluluğu terk edilerek kusurluluğu arama yoluna gidilmiştir⁷⁸. Esasen failin cezalandırılmasında kast aranmaya başlanmış⁷⁹, bazı hallerde ise, taksirle cezalandırılabilmeyi öngören düzenlemeler yapılmıştır⁸⁰. Ayrıca kanun, işkence cezasına metin içinde yer versede, bunun uygulanması için yeterli delil aramış ve belirli cevaba yönlendirilmiş soruları (*leading question*) yasaklamıştır⁸¹. Tüm bu bilgiler ışığında bir çıkarım yapacak olursak, ikrarın delillerin sultanı sayıldığı bir dönem karşısında *Carolina*'nın hükümlerinin, bir çığır açtığını söylemek mübalağa olmayacaktır. Zaten *Carolina*, kendisinden sonra çıkan kanunları da etkileyerek Almanya başta olmak üzere Avrupa ülkelerinde müşterek hukukun yaklaşık üç yüzyıl boyunca dayandığı temel bir mevzuat olmuştur⁸².

(2) Aydınlanma Çağı ve Dönemin Düşünürleri

Aydınlanma Çağı, kökenleri Rönesans (*renaissance*) döneminden gelen, 18. yüzyılın ortasıyla artık “insan varlığının anlamı ve bu dünya içindeki yerinin” geniş ölçüde ele alınmaya başlanmasıyla zirvesine ulaşmış, uzun soluklu bir dönemdir. Kant meşhur “*Was ist Aufklärung?*” (*Aydınlanma Nedir?*) adlı eserinde aydınlanmayı, “*insanın kendi suçu ile düşmüş olduğu bir ergin-olmayış durumundan kurtulup aklını kendisinin kullanmaya başlamasıdır*” şeklinde tanımlamaktadır⁸³. “Aklını kendin kullanmak cesaretini göster!” mottosuyla başlayan bu hareket, sadece bir düşünce hareketi olmakla kalmamış, zamanının ötesine tesir ederek, insanlığın bugünkü pozitif bilimlerdeki konumunu, belki de tamamıyla, borçlu olduğu bir hareket konumuna gelmiştir. Bu düşünce hareketinden en büyük istifade ise, hukuk

⁷⁸ Önder, **a.g.e.**, s. 59.

⁷⁹ İçel, **a.g.e.**, s. 75.

⁸⁰ Gerçekten de Kanunun 134. maddesinde, “*hekimlerin ihmâl ve acemilik ile hastanın ölümüne sebebiyet vermelerinden*” söz edilmekte iken; yine 180. madde de, “*dikkatsizlik ile mahkûmların kaçmasına neden olunmasını*” ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. İçel, **a.g.e.**, s. 75, dn 27.

⁸¹ Bilhassa Kanonik dönemde suçludan elde edilecek ikrar, delillerin sultanı olarak kabul edilmekte ve mahkûmiyet için yeterli görülmekteydi. Dolayısıyla sanığı mahkûmiyete götürebilmek için olabildiğince vahşiyane usuller icat edilmekte ve kullanılmaktaydı. Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 49.

⁸² Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 48, 49.

⁸³ Macit Gökberk, **Felsefe Tarihi**, 20. bs., İstanbul, Remzi Kitabevi, 2010, s. 289.

alanında gerçekleşmiş olup dönemin düşünürlerinin fikirleri, kanun ve anayasalarda kendilerine yer bulmuştur.

Bu bağlamda, kanunilik ilkesinin bugünkü modern anlamını kazanmasında Aydınlanma Çağı düşünürlerinin yeri yadsınamaz bir gerçektir. Bilhassa, Aydınlanma Çağı düşünürleri olan *Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu* (1689-1755) ve *Cesare Beccaria* (1738-1794) fikirleriyle kanunilik ilkesinin anayasalar ve ceza yasalarında yer almasında ve ilkenin bugünkü anlamını kazanmasında önemli bir yere sahiptirler⁸⁴.

Montesquieu 'ya göre, yargılama yetkisinin yasama yetkisi ile birlikte uygulanması, kişinin özgürlüğünün ortadan kalkmasına neden olmaktadır. Zira bu iki yetkinin birleşmesi hâlinde, aynı zamanda kanun koyucu olacak olan hâkim, kişi hak ve özgürlüklerini keyfi olarak sınırlayan kararlara imza atacaktır⁸⁵. Dolayısıyla *Montesquieu*, kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesinin yolunun, yöneticilerin gücünün üçe bölünerek, birbirinden mutlak sınırlarla ayrılması gerektiğinden geçtiğini ifade etmektedir. Böylelikle keyfi kararlara karşı, vatandaşın korunması sağlanacak ve kişi özgürlüklerine devletin müdahale alanı, kanunla getirilen sınırlar çerçevesinde belirlenecektir⁸⁶.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin sonucu olarak aslında *Montesquieu*, yorumu⁸⁷ reddetmektedir. Zira yorum demek, yasa koyan merciin iradesinden sapabilme ihtimalini doğurur. Bu bağlamda *Montesquieu*, hâkimlerin keyfi olarak suç ve ceza ortaya koymamaları gerektiğini, hâkimlerin sadece yasayı okuyabilecekleri iki gözünün olmasının yeterli olduğunu ve yasayı tabiri caizse kelimesi kelimesine sadık

⁸⁴ Artuk, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, s. 41.

⁸⁵ “Yargılama yetkisi, yasama yetkisiyle uygulama yetkisinden ayrılmazsa ortada yine hürriyet diye bir şey kalmaz. Yargılama yetkisi yasama yetkisiyle birleşseydi vatandaşların hayatı ve hürriyeti üzerindeki yetki keyfi olurdu. Çünkü hâkim aynı zamanda kanun koyucu olurdu. Uygulama yetkisiyle birleşseydi, o zaman hâkimin elinde yargılama yetkisinden başka bir de baskı kuvveti olurdu.” *Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine*, Çeviri: Fehmi Baldaş, Hiperlink Yayınları, s. 122.

⁸⁶ Baytaz, **a.g.e.**, s. 16.

⁸⁷ Kanunların Ruhu adlı eserinde *Montesquieu*, “hayatı, malları veya şerefiyle ilgili olduğu durumda bir vatandaşın aleyhine kanunu yorumlamaya hiç kimsenin yetkisi olamaz” diyerek yorumu reddetmesinin bir yansımasına yer vermiştir. Artuk, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, s. 42, dn 12.

kalarak uygulamaları gerektiğini ifade etmektedir⁸⁸. Dolayısıyla *Montesquieu'nun* tasvirinde hâkim, uygulanması gereken normun ne anlama geldiğine ilişkin yorum faaliyetinde dahi bulunmayan bir robot gibidir. *Montesquieu'ya* göre aksi kabul, keyfiliğe yol açacaktır⁸⁹.

Montesquieu'nun ardından *Beccaria*, “Suçlar ve Cezalar Hakkında” (*Die Delitti e delle pena*) isimli eseriyle konuyu geniş bir şekilde ele almıştır⁹⁰. *Beccaria'ya* göre bireyler, hürriyetlerinin bir kısmından fedakârlık ederler. İşte cezanın esasını da bu feda edilen kısım oluşturur⁹¹. Zira feda edilenden fazlasının alınmasına yönelik hareketler artık hak kapsamında olmayıp hakkın kötüye kullanması olacaktır. Yine *Beccaria'ya* göre suçlar ve cezalar ise, ancak yasalar tarafından tespit edilebilir. Bu yasalar ise, her bireye ayırım gözetmeksizin aynı şekilde uygulanacak şekilde oluşturulmalıdırlar⁹². Daha açık bir ifadeyle *Beccaria* eserinde, kanunilik ilkesini ortaya koymuştur diyebiliriz. Yani, yasada öngörülen bir durum suçtur ve bu suçun karşılığı olarak öngörülen ceza, kanun tarafından belirlenir. Yine yasada yer almayan bir cezaya hükmedilemeyeceği gibi yasada yer alan cezadan fazla bir cezaya da hükmedilemez⁹³.

Montesquieu'ya benzer şekilde *Beccaria*, yasa koyucu olmayan hâkimlere, yasaların yorumlanması işinin bırakılamayacağını ve yasanın gerçek yorumcularının

⁸⁸ “Roma’da hakimler yalnız, sanığın belli bir suçu işleyip işlemediği üzerinde kanılarını söylerlerdi; ceza ise, o çağda yapılmış olan kanunlarda görüldüğü gibi kanunun metninden çıkarılırdı. Bunun gibi İngiltere’de de jüri, sanığın, söz konusu olan suçu işleyip işlemediği hakkındaki kanısını belirtir; suçlu olduğunu bildirirse, hâkim bu suç için kanunun belirttiği cezayı verir. Bunun için de hakiminki iki gözü olması yeterlidir.” Montesquieu, *a.g.e.*, s. 70.; Yine Montesquieu, “...Milletin hakimleri kanunun sözlerini telaffuz eden, kanunun ne kuvvetini ne de sertliğini yumuşatacak vaziyette olan cansız birer varlıklardır.” demektedir. Turinay, *a.g.e.*, s. 96.; Ülker Gürkan, “Montesquieu ve Kanunların Ruhı (Hukuk Sosyolojisi Açısından Bir Değerlendirme)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 40, S: 1-4, Y: 1988, s. 29.

⁸⁹ Baytaz, *a.g.e.*, s. 16, 17.

⁹⁰ Erem/Danışman/Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 94.; Artuk/Gökçen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 95.

⁹¹ “Böylece terkolunan küçük hürriyet parçalarının bütünü, ceza vermek hakkını teşkil eder.” Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C: I, s. 53.

⁹² Önder, *a.g.e.*, s. 62, 63.

⁹³ Baytaz, *a.g.e.*, s. 17.; *Beccaria* kitabında bu konuyla ilişkili olarak şu ifadelere yer vermektedir: “Şu ikilem yeni değildir: Suç gerçektir, işlenmiştir ya da gerçek-dışıdır, işlenmemiştir; şayet suç işlenmişse suçu işleyen kişiye kanunun belirlediği cezadan farklı bir ceza verilemez.” Turinay, *a.g.e.*, s. 104.

ancak yasa koyucular olduğunu söylemektedir⁹⁴. *Beccaria*'ya göre, bunun aksi yapılarak yorumun hakimlerin yetkisine verilmesi durumunda ve yasaların yoruma açık olacak şekilde düzenlenmesi halinde⁹⁵, belirsizlik ortaya çıkacaktır. Zira her bireyin görüşü, değişik zamanlarda farklılık göstermektedir. Dolayısıyla yasaların, hâkimin iyi ya da kötü mantığından, sağlıklı olup olmamasından, o günkü ruh halinin iyi olup olmamasına göre değişecek bir yorumu, farklı uygulamalara yol açabilecektir⁹⁶. *Beccaria*'nın yoruma karşı çıkışı o derecedir ki, yasaların harfi harfine uygulanmasından doğacak bir karmaşanın bile gerekirse yeğlenebileceğini kabul etmektedir⁹⁷.

Beccaria ve *Montesquieu* eserleriyle büyük izler bırakmıştır. Her iki düşünürde özünde, kanun koyucu olmayan hakimlerin yasaları yorumlayamayacaklarını, görevlerinin yalnızca işlenen fiilin hukuka aykırı olup olmadığını tespitle sınırlı olduğunu belirtmektedir. Bugün için cezaların bireyselleştirmesinin önünün açılmasıyla düşünürlerin hakimleri yasayı harfiyen uygulama ile yükümlü birer çift gözden ibaret gören yorumlarının geçerliliği

⁹⁴ “Ceza yasalarını yorumlama yetkisi, yasa koyucu olmadıkları için, yargıçlara bırakılamaz... Öyleyse yasanın meşru (yasal) yorumcusu kim olacaktır? Herkesin güncel iradelerinin emanet edildiği egemenliğin sahibi hükümdar mı, yoksa görevi falanca kişinin yasalara karşı çıkıp çıkmadığını sadece inceleyip saptamaktan ibaret olan yargıç mı? Elbette birincisi, yani yasa koyucu.” Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çeviri: Sami Selçuk, 6. bs., Ankara, İmge Kitabevi, 2016, s. 35, 36.

⁹⁵ “Yasaların yorumlanmaları sakıncalıdır. Doğru olmayan bir başka şey de, yasaların yorumunu zorunlu kılacak biçimde kapalı dille kaleme alınmalarıdır. Yasalar, halkın yabancı olduğu bir dille kaleme alınırsa, sadece ve açık bir dille yazılmazsa, bu sakınca çok daha büyük olacaktır. Çünkü, halk kullandığı kendi özgürlüğünün ve yaptığı eyleminin sonuçlarını kestiremeyecek, yasaları ellerinde ve bunların yorumlarını tekellerinde tutan küçük bir azınlığın kulu ve kölesi olacaktır.” Beccaria, **a.g.e.**, s. 41.

⁹⁶ Erem/Danışman/Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 94.; Baytaş, **a.g.e.**, s. 17.; Beccaria bu durumu şöyle örneklemektedir: “...bir yurttasın alınyazısının, başka başka mahkemeler önüne getirildiğinde, çoğu kez değiştiğini görmekteyiz. Zira bu zavalcılıkların yaşamlarının, sahte usavurmalarının ya da yasal yorum yerine zihne üşüşen bütün karmakarışık kavramlar dizisinin puslu, belirsiz sonucunu göz önünde tutan bir yargıcın yaradılışının, ruh durumunun o günkü taşkınlığının kurbanı olduklarını görmekteyiz. Yine aynı nedenlerle, çeşitli zamanlarda aynı mahkemenin aynı suçları başka başka cezalara çarptırdığına tanık olmaktayız. Çünkü, yasanın sürekli, değişmez ve kalıcı sesine değil, keyfi yorumların aldatıcı değişkenliğine teslim olunmaktadır.” Beccaria, **a.g.e.**, s. 38.

⁹⁷ “Bir cezanın yasaya harfi harfine uydurulmasından da karmaşa doğar, elbette. Ancak bu karmaşa, onun yorumundan doğan karmaşayla boy ölçüşemez...” Beccaria, **a.g.e.**, s. 38.

kalmamıştır⁹⁸. Ancak fikirleriyle kanunilik ilkesinin bugünkü anlamına kavuşmasına öncülük etmişlerdir⁹⁹.

Kanunilik ilkesi fikrini ortaya koyan *Beccaria* ve *Montesquieu*'nun yanı sıra, ilkeyi kavramsallaştırarak hukuki bir esas şekilde ortaya koyan ortaya koyan ilk kişi ise, Alman düşünür-hukukçu Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach'tır¹⁰⁰. *Feuerbach*, 1801 yılında latince olarak kaleme aldığı "*Lehrbuch des peinlichen Rechts*" isimli eserinde ilkeyi, "*nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege*" şeklinde latince olarak formüle etmiştir. Yazara göre, cezaların önleyici etkisinin anlamlı olabilmesi için, kanunlardaki suç ve cezaların açık ve anlaşılır olarak gösterilmiş olması gerekir. Zira bireyler tarafından bilinmeyen ve anlaşılmayan bir kanunun önleyici etkisinden söz edilemez. Bu bağlamda yine yazara göre örf ve âdet, ceza hukukunun bir kaynağı olamaz. Nihai olarak yazar kıyasında, cezaların korkutucu etkisine aykırı bir uygulama olduğunu söylemektedir¹⁰¹. Aynı zamanda hazırlayıcısı olduğu 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu ile, ilkenin ilk defa bugünkü anlamıyla kullanılmasına vesile olmuştur¹⁰².

(3) Kanunilik İlkesinin Kodifikasyon Hareketlerine Yansımaları

Kanunilik ilkesi bağlamında yaşanan düşünsel sürecin yansımaları, 18. yüzyıl ve sonrası kodifikasyonlarda artık kendini göstermeye başlamıştır¹⁰³. Ancak ilginçtir ki, kanunilik ilkesine ilişkin düşünsel süreç yoğun bir şekilde Avrupa'da gelişmesine rağmen mevzu hukuktaki ilk meyvelerini, Amerika'da vermiştir. Bu gelişmenin yaşanmasında, İngiltere'de *Magna Carta Libertatum* ile ortaya çıkan ve 1628 ve

⁹⁸ "Bugün *Beccaria*'nın savunduğu sabit ceza ve sadece söz yorumu artık kabul edilmemektedir. Çağımız cezaların bireyselleştirilmesini ilke olarak kabul etmişse de ceza hakimine belirli ölçüde güveni ifade eden takdir hakları vermiştir." Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 53.

⁹⁹ "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralı uzun bir aşamadan sonra bugünkü anlamını almıştır. Kurala bugünkü anlamını veren fikir gelişim XVIII. yüzyıldan başlar. Kuralın "açık" bir halde ortaya konuşunu insanlık *Montesquieu*'ye borçludur." Erem/Danışman/Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 93.; "*Beccaria*, suçta ve cezada kanunilik prensibini çağdaş anlamıyla ortaya koymuştur. Öyle ki, prensip yazarın adıyla beraber anılmaktadır." Turinay, **a.g.e.**, s. 102, 103.

¹⁰⁰ Erem/Danışman/Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 94.

¹⁰¹ Tüm bu fikirlerini yazar "ceza hukukunun en yüksek ilkeleri" başlığı altında toplamıştır. Erem/Danışman/Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 94, 95.

¹⁰² Önder, **a.g.e.**, s. 65.; Jakubowski, **a.g.m.**, s. 62.

¹⁰³ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 64.

1689 tarihli Haklar Bildirgeleri (*Petition of Rights -Bill of Rights*) ile gelişimini sürdüren fikirlerin, göçmenler yoluyla Amerika kıtasına taşınması etkili olmuştur¹⁰⁴. Gerçekten de kanunilik ilkesinin, kısmen de olsa ilk kez anayasal düzenlemeye kavuşması, esasen Amerika’da gerçekleşmiştir.

İlk olarak 1774 tarihli Philadelphia Kongresi kararlarında Büyük Britanya kralının suçlandığı kısımlarda, kanunilik prensibiyle ilgili değerlendirmelere yer verilmiştir¹⁰⁵. İlkenin ilk kez anayasal bir metinde şereflendirilmesi ise, 1776 tarihli Marryland Eyaleti Anayasasıyla olmuştur. Anayasasının 15. maddesinde kanunilik ilkesinin en önemli unsurlarından biri olan geriye yürüme yasağı “*ex post facto law*” düzenlenerek, ilke kısmen anayasal kural haline getirilmiştir¹⁰⁶. Yine aynı anayasanın 21. maddesiyle ilke, hür bir kişinin kanunda bulunmayan bir sebeple hapsedilemeyeceği, tutuklanamayacağı ifade edilmek suretiyle kendisine yer bulmuştur¹⁰⁷.

Aydınlanma çağıyla başlayan düşünsel hareket, Avrupa ülkelerinin kanunlarında da etki doğurmaya başlamış ve kişisel özgürlüğün ve dokunulmazlığın ancak suç ve cezaların kanuniliği prensibiyle sağlanacağı ifade edilmiştir¹⁰⁸. Avrupa ülkelerinin yasaları arasında kanunilik ilkesine ilk olarak, Kutsal Roma İmparatoru II. Joseph tarafından yürürlüğe konulmuş olan 1787 tarihli Avusturya Ceza Kanununda (*Josephina*) yer verilmiştir¹⁰⁹. *Josephina*’ya göre kanunilik, vatandaşın

¹⁰⁴ Erem/Danışman/Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 94.

¹⁰⁵ Kongrede, kralın Anayasaya aykırı düşen ve aynı zamanda kendi kanunlarıyla bağdaşmayan düzenlemeleri Amerikan halkına uygulamak istediğini ve bu nedenle bazı kanunları onayladığı ifade edilmiştir. Bahsi geçen bu kanunlarda yer alan suçların Amerikan kanunlarına göre gerçek suçlar olmadığı, diğer bir ifadeyle uydurma suçlar (*pretended offence*) olduğu vurgulanmıştır. Metin her ne kadar siyasi ayrılık isteğinin meşrulaştırılması bakımından önem taşıyor olsa da, Amerikan halkının cezai sorumluluğunun başka ülke mahkemeleri tarafından yapılacak soruşturma ve kovuşturma sonucu belirlenmesini reddetmesi ve suçların kaynağı olarak dolaylı bir şekilde Amerikan Kanunlarını göstermiş olması bağlamında kanunilik ilkesi açısından anlam taşımaktadır. Turinay, **a.g.e.**, s. 201, 202.

¹⁰⁶ İçel, **a.g.e.**, s. 98.; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 95.

¹⁰⁷ Önder, **a.g.e.**, s. 107.; Baytaz, **a.g.e.**, s. 15.

¹⁰⁸ Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İstanbul, Ahmet Sait Matbaası, 1949, s. 132.

¹⁰⁹ Kanunda yer alan, “*mevcut ceza kanunu tarafından ancak kanuna aykırı olarak ilan edilen hareketler cürüm olarak sayılır ve muamele görürler*” şeklindeki hükme göre kanunilik ilkesi düzenleme altına alınmıştır. Bununla birlikte yine kanunda, “kanunda suç teşkil eden fiil karşılığı verilecek cezanın ağırlığı ve nevi açık olarak tespit edilmişse, ceza hâkimi kanunun sözlerine bağlıdır. Hâkime, kanun tarafından öngörülen cezayı ne azaltma ne de arttırma müsaadesi verilmiştir. Hele o, cezanın neviini değiştiremeyeceği gibi suçlu ile mağdur arasında anlaşma halinde cezanın

özgürlüğünün garantisini teşkil etmekteydi. Yalnızca mevcut ceza kanununda suç olarak kabul ve işlem göreceği ilan edilen fiiller, diğer bir ifadeyle hukuka aykırı fiiller, suç sayılırlar. Bununla birlikte, kanuna sıkı sıkıya bağlı olmasının bir gereği olarak hâkimin, yasalarda öngörülen cezayı, ağırlaştırması ya da hafifletmesi mümkün değildir¹¹⁰.

Kanunilik ilkesinin yerleşmesinin önünü açan en önemli gelişme ise, Fransız İhtilâli akabinde yayınlanan 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 8. maddesinde kendisine yer verilmesi olmuştur.¹¹¹ Buna göre, *“Kanunlar sadece kesin ve açık bir şekilde gerekliliği olan cezaları belirlemelidir ve hiç kimse suçun işlenmesinden önce ilan edilen ve gereği şekilde uygulanan kanunların icabı dışında cezalandırılmaz”*¹¹². Bu cihanşümul hadise sonrası ortaya çıkan bildiride kendisine açıkça yer bulan ilke daha sonrasında, Avrupa ülkelerinin anayasaları ve ceza kanunlarının en önemli kuralı haline gelmiştir¹¹³. Gerçekten de İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin hemen akabinde ilkenin sırasıyla, 1791 ve 1793 tarihli Fransız Esas Teşkilat Kanunlarında¹¹⁴, 1794 tarihli Prusya Umumi Memleket Kanununda¹¹⁵, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda (Napolyon Ceza Kanunu)¹¹⁶, 1813 tarihli

hükmedilmemesine de yetkili değildir.” denilmek suretiyle yargıcın yasaya harfiyen uyma gerekliliği vurgulanmıştır. Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 96, dn 60.; Baytaç, **a.g.e.**, s. 18; Taner, **a.g.e.**, s. 132.; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 112.; Önder, **a.g.e.**, s. 107.

¹¹⁰ Jakubowski, **a.g.m.**, s. 61, 62, 68, 69.

¹¹¹ Taner, **a.g.e.**, s. 132.; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 96.; Baytaç, **a.g.e.**, s. 18.; Erem/Danışman/Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 94.

¹¹² İlgili hükmün fransızca özgün hali için bkz.: Turinay, **a.g.e.**, s. 205. dn 54.

¹¹³ Taner, **a.g.e.**, s. 132, 133.

¹¹⁴ İlke, 1793 tarihli Fransız Esas Teşkilat Kanununun 14. maddesinde daha açık bir ifade ile kullanılmıştır: *“Suçun işlenmesinden evvel neşrolunmuş bir kanunda tasrih edilmiş olmadıkça kimse muhakeme edilemez ve cezalandırılmaz. Tanzim edilmezden evvel işlenmiş fiilleri cezalandıracak olan kanun bir zülüm ve istibdattır. Böyle bir kanunu geçmişe teşmil etmek bir cinayettir.”* Taner, **a.g.e.**, s. 132, dn. 3.

¹¹⁵ 1794 tarihli Kanunda ilke, “yapılması ya da yapılmaması gerekenler eğer kanun tarafından yasaklanmamışlarsa suç olarak görülemezler” şeklinde; ilkenin bir unsuru olan geriye yürüme yasağı ise, *“yeni kanunlar daha önce gerçekleşmiş hareketler ve olaylar için uygulanamazlar”* şeklinde düzenlenmiştir. Jakubowski, **a.g.m.**, s. 62, 69.

¹¹⁶ Kanunilik ilkesi, Napolyon Ceza Kanununun 4. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre, *“İşlenmeden evvel kanun tarafından ilan edilmemiş cezalarla hiçbir kabahat, cünha, cürüm cezalandırılmaz”* Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 96. dn. 63.; *“...1810 yılında Fransa yeni bir ceza kanunu meydana getirmiş ve bu kanunla kanunilik prensibi şahane bir tarzda ifade edilmiştir.”* Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 65.; Sonradan bu düzenleme 1851 tarihli Prusya Ceza Kanununa model olmuştur. Volker Krey, *Keine Strafe Ohne Gesetz*, Walter de Gruyter, Berlin, 1983, s. 17-18'den aktaran Baytaç, **a.g.e.**, s. 18.

Bavyera Ceza Kanunu'nda¹¹⁷ kendisine yer bulması, bu duruma örnektir¹¹⁸. Zaten kanunlaştırma hareketinin yaygınlaşmasıyla birlikte kanunilik ilkesi, birkaç devlet istisna olmak üzere neredeyse Avrupa'nın tüm devletleri tarafından kabul edilmiştir¹¹⁹.

Kanunilik ilkesinin geniş anlamda kabul görmesi ise 1919 tarihli "Weimar Anayasası"nın yürürlüğe girmesiyle olmuştur¹²⁰. "Weimar Anayasası"nın 116. maddesine göre, bir fiil ancak işlenmeden önce yasa tarafından suç olarak tanımlanmışsa cezalandırılabilir¹²¹. "Weimar Anayasası"nın bu düzenlenmesi, bilhassa Alman hukuku açısından, kanunilik ilkesini, geriye yürüme yasağı dâhil bir şekilde dört farklı sonucuyla birlikte ortaya koyması bakımından önemlidir¹²².

(4) Kıyas Yasağına Aykırı Düzenlemeler

Kanunilik ilkesinin gelişimi ve kodifikasyonlara yansımaları her zaman olumlu şekilde gelişmemiştir. Filhakika, dünya genelindeki büyük ekonomik buhranında etkisiyle hızla değişen siyasi ortam, beraberinde birçok alanda olduğu gibi kanunilik ilkesi açısından da bir yaklaşım farkının doğmasına neden olmuştur. Bu dönem mevzuatları incelendiğinde, ilkenin kıyas yoluyla esnetilmesine yönelik düzenlemeler göze çarpmaktadır. Nitekim 1926 tarihli Sovyet Ceza Kanunu'nun 16. maddesindeki; *"sosyal bakımından zararlı bir hareket işbu kanun tarafından doğrudan doğruya öngörülmemiş ise, söz konusu hareketten doğan mesuliyetin esası ve sınırı, aynı neviden suçlardan söz eden kanun maddelerine uygun bir şekilde saptanır."* ve 1930 tarihli Danimarka Ceza Kanununun 1. maddesindeki; *"ancak, kanunun açık olarak gösterdiği veya kanunun gösterdiği fiillere tamamıyla benzetilebilir nitelikteki, hareketler cezalandırılabilir."* şeklindeki hükümler

¹¹⁷ Teorisyen kimliği yanı sıra, uygulamacı kimliği de bulunan Feuerbach, 1813 yılında Bavyera Ceza Kanunu'nda kanunilik ilkesinin bulunmasını sağlamıştır. Turinay, **a.g.e.**, s. 15, 16.

¹¹⁸ Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 96.

¹¹⁹ Önder, **a.g.e.**, s. 107, 108.; İlkenin kendisine yer bulduğu ceza yasaları ve anayasalara ilişkin detaylı bilgi için bkz: Artuk, "Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi", s. 43 dn. 18, 19.

¹²⁰ Jakubowski, **a.g.m.**, s. 62.

¹²¹ "An action can only be punished if the action has been described as punishable by law, before the action was undertaken." Weimar Anayasasının İngilizce metni için bkz: The Reich Constitution of August 11 th 1919 (Weimar Constitution) with Modifications, https://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#First%20Part (Erişim Tarihi: 01.09.2019)

¹²² Jakubowski, **a.g.m.**, s. 73.

vasıtasıyla ilkenin kıyas yoluyla esnetildiği görülmüştür¹²³. Görünüşte karşıt ideolojiler olsa da Sovyetlerin, rejimi korumak gayesiyle kanunilik ilkesini kıyas yoluyla esnetmesine benzer şekilde Nazilerin de, yine aynı gayeyle ceza kanununda kanunilik ilkesini kıyas yoluyla esnettiklerini görmekteyiz. Alman Ceza Kanunu'nda 28 Haziran 1935 yılında yapılan değişiklikle 2. maddede kıyas kabul edilmiştir. *“Kanunun cezalandırdığı yahut bir ceza kanununun esas fikrine, halkın saf ve salim takdirine (gesundem Volksempfinden) göre cezalandırılması gereken bir fiili işleyen kişi cezalandırılır. Eğer hiçbir kanun bu fiile doğrudan doğruya uygulanamıyorsa, fail, esas fikrinin en tam bir şekilde uyduğu kanuna göre cezalandırılır.”*¹²⁴ Nasyonal Sosyalizm Dönemi kanunilik ilkesinin sadece şeklen uygulandığı bir dönemdir.

(5) Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinde İlkenin Düzenlemesi

İkinci dünya savaşı, beraberinde getirdiği yıkımın yanında, insanlık tarihinde unutulması mümkün olmayan derin izler bırakmıştır¹²⁵. Bilhassa savaş sonrasında, Nazilerin gerçekleştirdiklerinin gün yüzüne çıkması, uluslararası toplumda büyük bir infiale neden olmuştur¹²⁶. Yaşanan bu trajedi aynı zamanda, savaş sonrası dönemde

¹²³ Sovyet Ceza Kanunu'yla birlikte Ceza Usul Kanununda da benzeri yönde düzenlemelere yer verilmiştir. Nitekim Sovyet Ceza Usul Kanununun 1. maddesinde, Sovyet adaletinin amacının sosyalist devleti ve onun tarafından kurulmuş hukuk düzenini tehdit eden fiilleri bertaraf etmek olduğu; 2. maddesinde, hiçbir hâkimin, ceza kanununda düzenlenmediği veya belirsiz olduğu gerekçesiyle cezalandırılması gereken bir fiili cezasız bırakamayacağı; 3. maddesinde ise, yasada düzenlenmeyen ancak sosyal olarak tehlikeli olan fiillere yönelik mevcut kanunun en çok benzeyen hükmünün kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir. Sovyet otoritelerinin bu hükümleri tesis etmesinin en önemli sebebini ise, kanunilik ilkesinin burjuva sisteme hizmet ettiği ve komünist devletin korunması oluşturmaktadır. Dönmezer/Erman, **a.g.m.**, s. 24, 25.

¹²⁴ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 25, 26.

¹²⁵ *“İkinci Dünya Savaşı'nın tam bir kayıp istatistiği düzenlenemedi. Ancak eldeki veriler, facianın korkunç boyutlarını gösteriyor: 1939-1945 yılları arasında 55 milyon ölü, 35 milyon yaralı, 3 milyon kayıp. Bu rakamların büyük bir bölümünün içine sivil halk giriyor. Binlerce yıllık savaş tarihinde cephe gerisini de cephe haline dönüştüren ilk büyük olay. Sivil ölümler 20-30 milyon arası hesaplanıyor. Savaşın ekonomik yönü de ürkütücü. Aşağı yukarı 1500 milyar dolar hesaplanıyor...Sivil halktan milyonlarca kişi de yurtlarından göçmek zorunda kaldılar.”* Ahmet Mumcu, **İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri**, 2. bs., Ankara, Savaş, 1994, s. 117 dn 73.

¹²⁶ Uluslararası toplumda sorumluların cezalandırılması konusunda herkes hemfikir di ancak sorumluluğun nasıl sağlanacağı konusunda farklı görüşler vardı. Ceza yargısına başvurmak ya da doğrudan infazı gerçekleştirmek seçenekleri arasında dönen müttefiklerin fikir münakaşası en nihayetinde, Nazi rejiminin sistematik ve acımasız katliamlarının kamuoyuna ifşa edilmesi gerekliliği ve bunun en iyi yolunun ceza yargısı olduğu konusunda uzlaşıyla son bulmuştur. Bu uzlaşı akabinde yargılamaları yürütmek üzere, Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemeleri kurulmuştur.

uluslararası hukukta belli güvencelerin sağlanması sürecine hız kazandırmıştır. İşte bu anlamda kanunilik ilkesi de ele alınan meselelerden birisi olmuştur. Dolayısıyla kanunilik ilkesinin gelişim sürecinde değinilmesi gereken bir o kadar önemli ve aynı zamanda son husus, ilkenin uluslararası belgelere sirayeti aşamasıdır. Bu vurgulanması gereken bir gelişmedir zira böylelikle ilke, anayasa ve kanunlar üstü bir konuma kavuşmuş, devletlerarası hukuka kaynaklık eden hukukun genel ilkelerinden biri haline gelmiştir¹²⁷.

İlke, 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin¹²⁸ 11. maddesinin 2. fıkrasında, *“Hiç kimse, işlendikleri sırada milli veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkûm edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez.”* şeklinde düzenlenmektedir¹²⁹. Bunun yanı sıra ilkeye yer vermesi nedeniyle vurgulamamız gereken diğer bir önemli belge ise, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri'nin Korunması Sözleşmesi, yani bilinen adıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir¹³⁰. AİHS'nin 7. maddesinde yer alan, *“(1) Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmamayan 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*

Konu hakkında detaylı bilgi için bkz.: R. Murat Önok, **Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 38-48.

¹²⁷ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 23.

¹²⁸ Beyannameye kaynaklığı 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Antlaşması yapmaktadır. Birleşmiş Milletler Antlaşmasına göre, teşkilatın en önemli amaçlarından biri, hiçbir ayırım gözetmeden insan hakları ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesidir. Bu amacı gerçekleştirmek üzere şartın 68. maddesine göre, Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyine yan organlar kurabilme yetkisi tanınmıştır. Bu yetkiye dayanılarak kurulan İnsan Hakları Komisyonu tarafından da İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi hazırlanmıştır. A. Feyyaz Gölcüklü/Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 5.; Jale Civelek, “1789 Fransız Bildirisi ve 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C: 9, S: 1, 2011, s. 5, 6.

¹²⁹ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin metni için bkz.: 27.05.1949 tarihli 7217 sayılı Resmî Gazete

¹³⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin tekrardan vurgulanması önemlidir. Ancak sözleşmeyi asıl önemli kılan özellik, bu hak ve özgürlüklerin uluslararası bir yargısal denetim mekanizmasıyla ortak güvence altına alınması ve ihlallerin yaptırıma bağlanmasıdır. Böylelikle birey ulusal hukukun yanında, uluslararası düzeyde de sığınabileceği haline gelmiştir. A. Feyyaz Gölcüklü/Şeref Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 11.

bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.” şeklindeki hükümle suçta ve cezada kanunilik ilkesi düzenleme altına alınmıştır¹³¹. Maddenin ilk fıkrası, pozitif hukuk anlayışına uygun şekilde kanunilik ilkesinin bir görünümü iken; ikinci fıkrası ise, kanunilik ilkesinin Radbruch Formülü¹³²,’nün etkisiyle düzenlenmiş tabii hukuk anlayışına uygun bir yansımasıdır¹³³. Söz konusu fıkra düzenlemesiyle, ilkeye bir istisna getirildiği söylenmektedir¹³⁴.

İlkeye yer veren ve sadece ismen zikretmekle yetineceğimiz diğer önemli belgeler ise, Kişisel ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme¹³⁵, Savaş

¹³¹ Baytaz, **a.g.e.**, s. 27.

¹³² Bu noktada Alman Hukukçu Gustav Radbruch’un, hukuk felsefesi tartışmalarına ikinci dünya savaşından sonra yeni bir boyut getiren “Radbruch Formülü”ne değinmemiz gerekir. İkinci dünya savaşı sonrasında mahkemelerin önündeki ve konumuz kanunilikle ilgili de olan en büyük sorun, fiilin işlenmesinden sonra ihdas edilen fiillerin (ex post facto) yani daha açık bir ifadeyle, işlendiği sırada cezalandırılacağı konusunda açık bir pozitif hüküm bulunmayan bu fiillerin nasıl cezalandırılacağı sorunsalıydı. Zira yalnızca, 1897 ve 1907 La Haye Sözleşmeleri’nce açıkça öngörülen savaş suçlarına karşılık; yargılamaya konu fiillerin işlendiği sırada, barışa karşı suç ya da insanlığa karşı suç kavramları hakkında henüz düzenleme ihdas edilmemişti. Buna karşın Nazi rejiminin kanunlarına göre gerçekleştirilenlerin tümü yasaldı. Tina Rosenberg, From Nuremberg to Bosnia, The Nation, Vol 260/19, New York, May 1995, s. 688 vd.’dan aktaran Önok, **a.g.e.**, s. 48.; İşte Radbruch’un savaştan sonra yayınladığı ve formülüne kaynaklık eden “Yasal Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk” makalesine göre, Nasyonal Sosyalizm, uzun yıllardır Alman Hukukçuların tartışmasız bir şekilde kabul ettiği “kanun kanundur” ilkesi vasıtasıyla kendi amaçları doğrultusunda kanunlar hazırladı. Bu kanunlar aracılığıyla ise, “kendine bağlı olanları, askerleri ve hukukçuları saygıyla” rejime bağladı. Oysa ki hukuki pozitivistizmin “kanun kanundur” sonucuna ulaşan adalet anlayışı, kanunların hatalı, yanlış ve gayri adil olabileceği ihtimalini her zaman dışladı. Ancak müsbet hukukun adaletsizliği, yani yasa ile adalet arasındaki çatışma tahammül edilemez bir noktaya gelirse artık, yasanın kesinliği adalet karşısında bütün değerini yitirir. Arzu Balan, “Orta Yolcu Bir Formül Olarak Radbruch Formülü”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 8(1), 2018, s. 82-85.; Bu bilgiler ışığında özet olarak Radbruch Formülü’ne göre, şayet pozitif düzenlemelerde adalet hukuki değeri yoksa ya da Nazi Dönemi kanunları gibi kasten adalet değerinden yoksun bırakılmışlarsa ve bu yoksunlukta tahammül edilemez bir noktaya ulaşmışsa artık o andan itibaren hukuk yoktur. Bunun yansıması ise, Nazi Dönemi kanunlarının hukuk olarak kabul görmemesi olmuş ve böylelikle sorumluların yargılanabileceği kabul edilmiştir. Nitekim Nürnberg Mahkemesi Şartının 6/II-c ve Tokyo Mahkemesi Şartının 5/2-c bentlerinde, “Mahkemenin yargılama yetkisine giren her bir suçun icrası için veya bu suçla ilgili olarak, savaştan önce veya savaş sırasında, herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenmiş insan öldürme, imha, köleleştirme, sürgün ve diğer tüm insanlık dışı fiiller veya siyasal, ırksal veya dinsel sebeplerle yapılan zulümler, işlendikleri zaman ülkenin iç hukukuna aykırılık oluştursun veya oluşturmamasın insanlığa karşı suç olarak nitelendirilirler.” denilmek suretiyle “Radbruch Formülü” benimsenmiştir. Balan, **a.g.m.**, s. 85-88.

¹³³ Arzu Balan, **a.g.m.**, s. 87.

¹³⁴ Baytaz, **a.g.e.**, s. 29.

¹³⁵ Kanunilik ilkesi, sözleşmenin 15. maddesinin 1. fıkrasında: “Hiç kimse, işlendiği zamanda ulusal ya da uluslararası hukuk bakımından suç sayılmayan bir fiil ya da ihmal yüzünden suçlu sayılamaz. Suç sayılan bir fiile, işlendiği zaman yürürlükte olan bir cezadan daha ağır ceza verilemez. Fiilin işlenmesinden sonra yasalarda bu fiile karşılık daha hafif bir ceza öngörülecek olursa, fiili işleyen bu ikinci ceza uygulanır.” şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Baytaz, **a.g.e.**, s. 25.

Zamanında Sivil Halkın Korunması Hakkında Cenevre Antlaşması¹³⁶, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi¹³⁷ ve Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi¹³⁸’dir¹³⁹.

a. İlkeye İlişkin Görüşler

Kanunilik ilkesi aleyhine ileri sürülen görüşlerin ana kaynağını, pozitivistlerin fikirleri ve onları izleyen totaliter eğilimli bazı siyasal düşünceler oluşturmaktadır¹⁴⁰. İlke aleyhine ileri sürülen bu görüşler, İkinci Dünya Savaşı öncesi birçok ülke mevzuatında kendine karşılık bulmuştur. Bununla birlikte, ilke etrafından yapılan bu tartışmalar, ilkeye ilişkin günümüzde de etkisini devam ettiren bazı değişimlere neden olmuştur.

İlkeye yönelik yapılan eleştirinin ortak noktasını, hâkimlerin önlerine gelen olaylarda kanunla sınırlı olmaları ve kıyas yapamamaları oluşturmaktadır¹⁴¹. Buna göre, hâkimin ceza kanununa mutlak suretle bağlı kalarak vereceği bir yaptırımın, serbest bir iradenin ürünü olmayan suça karşı sadece özel önleme mahiyetinde olacağı; buna karşılık bu yaptırımın esas gayesi olan toplumu korumak bakımından etkin bir yol olmadığı ifade edilmiştir¹⁴². Bununla birlikte, en tedbirli yasa koyucunun dahi, kamu düzenini bozan fiillerin hepsinin önceden tahmin etmesinin mümkün olmadığı; hâkimin yasanın tanımlamasıyla sınırlı hareket etmesinin yasa da tanımlanmayan “tehlikeli” ve “ahlaka aykırı” fiillerin cezасız kalmasına neden olacağı ve ayrıca yasanın bu boşluğundan faydalanacak kişilerin herhangi bir

¹³⁶ Söz konusu antlaşmanın 12. maddesinde ilke düzenlenmiştir. Hükme göre, işgal kuvvetlerince konulan suç ve ceza hükümlerinin yürürlüğe girmesi için, işgal olunan devlet halkının dilinde bu hükümlerin yayınlamaları gerekliliği ve geçmişe uygulamanın mümkün olmadığı ifade edilmektedir. İçel, **a.g.e.**, s. 98.

¹³⁷ Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi 9. madde

¹³⁸ Afrika İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. maddesinin 2. fıkrası

¹³⁹ Konu hakkında bilgi için bkz: Baytaz, **a.g.e.**, s. 24-31.

¹⁴⁰ Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 99.; Suçların kanuniliği prensibinden ayrılanların dayandıkları gerekçeleri genel olarak; prensibin hürriyet ile alakasının olmadığı, prensibin tarihi rolünü oynadığı ve artık eski öneminin kalmadığı, bütün suçları tarif etmenin imkansız olduğu, kanunilik ilkesi içinde kalarak suçlulukla mücadele etmenin mümkün olmadığı, suçların kanunda gösterilmiş olmasının vatandaşları onları işlemekten alıkoyacağı düşüncesinin uygulamada gerçekleşmediği görüşleri oluşturmaktadır. Öztekin Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan”, **İUHFM**, C: 27, Sayı 1-4, Y: 1961, s. s. 52-58.

¹⁴¹ Baytaz, **a.g.e.**, s. 56.; *Binding* kıyas yasağının, ceza hukukunda hiç kimsenin kasten işitmek istemediği bir tutarsızlık olduğunu söylemektedir. Aktaran Önder, **a.g.e.**, s. 109.

¹⁴² Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 99.

yaptırıma maruz kalmadan topluma zarar verecekleri belirtilmiştir¹⁴³. Nihai olarak, henüz suç işlememiş olduğu halde, “tehlikeli hal” gösteren kişiler ve işledikleri suç sonucu kanunun öngördüğü yaptırıma maruz kaldıktan sonra dahi ıslah olmayıp “tehlikeli hali” devam eden kişiler bulunduğu göz önünde bulundurularak; bu kişilere “tehlikeli halleri” ortadan kalkıncaya kadar ceza veya güvenlik tedbirlerinin uygulamasının devam etmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Diğer bir ifadeyle, hâkim ve yasa uygulanması gereken cezanın veya tedbirin süresini tespit etmemeli; süre, “tehlikeli hâlin” ortadan kalkmasına kadar devam etmelidir.¹⁴⁴

İlkeye yönelik eleştiriler akabinde çözüm olarak çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Buna göre, kanunilik ilkesi ya tamamen ortadan kaldırılmalıdır ya da kıyasın kabulü sağlanarak hâkimin yasa boşluklarını kıyas yoluyla doldurması mümkün hale getirilmelidir¹⁴⁵. Bununla birlikte, kanunilik ilkesi gereğince yasanın suçları tek tek tanımlamasının imkânsızlığı ve bu yolun suçla mücadelede etkisizliği göz önüne alınarak, “adsız suç” yöntemi ileri sürülmüştür¹⁴⁶. Buna göre, ceza kanununda düzenlenecek çok genel bir suç tipiyle, hem yasa koyucu tarafından düzenlemeyen ancak ihtiva ettiği “tehlikeli hâl” veya “ahlaka aykırılık” nedeniyle kamu düzenini bozan fiillerin hem de yasa boşluğundan faydalanarak topluma zararı olan fiilleri işleyen kişilerin cezasız kalması engellenecektir¹⁴⁷.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ilke aleyhine ileri sürülen bu görüşler ve sunulan çözümler bilhassa, İkinci Dünya Savaşı öncesi birçok ülke mevzuatında kendine karşılık bulmuştur. Gerçekten de yasada açıkça suç olarak gösterilmemiş olan bir fiilin, yasadaki suçlardan birisine benzetilerek cezalandırılması şeklinde

¹⁴³ Taner, **a.g.e.**, s. 139.; Önder, **a.g.e.**, s. 110.; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler.**, s. 99, 100.

¹⁴⁴ Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 100.

¹⁴⁵ Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 100.; Baytaç, **a.g.e.**, s. 56-58.

¹⁴⁶ Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 100.

¹⁴⁷ “Adsız Suç” yöntemini tarihte ilk olarak çıkaran Yunan hukukçu Karanikas’tır. Ceza kanununda çok ayrıntı içermeyen ve genel bir suç tipi düzenlenmesi gerektiği düşüncesinden hareketle Karanikas öneri olarak, *“Her kim, kanun tarafından gösterilmiş haller dışında zararlı ve adi bir maksatla bir kimsenin maddi veya manevi varlığına tecavüz eder veya zarar verir yahut aynı maksatla kanun tarafından emredilmiş vazifeleri yerine getirmezse, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”* şeklindeki bir hükümle yasada yer almaması nedeniyle cezalandırılması mümkün olmayan fiillerin cezalandırılabilceğini öne sürmüştür. Karanikas, *Le Principe -nullum crimen sine lege- et sa Reformation Dans le Droit Penal Moderne*, *Revue Internationale de Droit Penal*, 1937, s. 182, 183’ten aktaran: Tosun, **Suç Hukuku Dersleri**, 2. bs., İstanbul, Ar Basım, 1982, s. 55.

tanımlanabilen kıyas yoluyla sonuç çıkarma, 1922 tarihli (m. 10) ve 1926 tarihli (m. 16) Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunları'nda, 1933 tarihli Danimarka Ceza Kanununda (m. 1) ve aynı tarihli Nasyonal Sosyalist Alman Ceza Kanununda (m. 2) kendisine yer bulmuştur¹⁴⁸. Bunların yanında, yargıca henüz suç işlememesine rağmen gösterdiği “tehlikeli hâl” nedeniyle kişilere güvenlik tedbiri uygulama takdir yetkisine ilişkin düzenlemeler de yapılmıştır. Nitekim, 1926 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nun 7. maddesinde, sosyal savunma tedbirlerinin, suç işleyenlere olduğu gibi, suçlularla ilgileri bulunan veya geçmişteki davranışları bakımından tehlike gösteren kişilere karşı da uygulanabileceği ifade edilmiştir¹⁴⁹.

Bununla birlikte, totaliter rejimler fikirleriyle ilkeyi eleştirmişlerse de, bilhassa İkinci Dünya Savaşı ve öncesinde ilkeye aykırı olarak totaliter rejimlerin yaptıkları uygulamalarda ilkenin eleştirilmesine neden olmuştur. Bu eleştirilere göre, ilke ve kişi özgürlüğü arasında mutlak bir bağ bulunmamakta; tam aksine totaliter bir rejimin elinde kanunilik ilkesi, özgürlükler için tehdit haline gelmektedir. Bu iddiayı desteklemek için İngiltere'de suçta ve ceza kanunilik ilkesinin düzenlenmediği, ancak kanunilik ilkesinin düzenlendiği totaliter rejimlere nazaran son derece demokratik uygulamaların yer aldığı ifade edilmektedir¹⁵⁰.

İlkeye yöneltilen eleştirilere karşılık doktrinde çeşitli cevaplar verilmiştir. Bunlardan ilki; her ne kadar ilkenin bazı sakıncaları olsa da bu sakıncaların, ilkenin kalkması veya hakimlerin kıyas yapmasının mümkün hale getirilmesinin getireceği

¹⁴⁸ Suçların kanuniliği prensibinden ayrılmış mevzuatlar hakkında bilgi için bkz: Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyanlar”, s. 49-52.

¹⁴⁹ Metnin kimlere uygulanabileceği tereddüt doğurmuştur. Sovyet Yüksek Mahkemesi'nin henüz suç işlememiş olanlara sosyal savunma tedbirlerinin uygulanamayacağı hakkındaki 15 Ocak 1927 tarihli kararına rağmen bu yorum herkes tarafından kabul edilmemişti. Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 99, 100.

¹⁵⁰ Baytaz, **a.g.e.**, s. 57; Bu noktada yeri gelmişken İngiltere'de kanunilik prensibinin olmadığına yönelik bu yaklaşımında açıklanmasında fayda bulunmaktadır. Her ne kadar yazılı olarak kanunilik ilkesini kapsayan bir metin olmasa da gelenek hukuku sistemi içinde mahkeme içtihatlarıyla uzun süreden beri gelen istikrar neticesinde, suç niteliğine sahip olan fiilin ve cezasının ne olduğu tespit edilmiştir. Hâkimlerin artık bunlarda takdir yetkisi kalmamıştır. Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 28.; Baytaz, **a.g.e.**, s. 58, 59. Ayrıca belirtmemiz gerekirse, İngiltere parlamentosunca tesis edilen birçok kanun bulunmakta olup, bunlar vasıtasıyla en küçük suç teşkil eden fiiller dahi müeyyideye bağlanmakta ve kanunların boşlukları doldurulmaktadır. Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyanlar”, s. 48, 49.

sakıncalardan daha az tehlikeli olduğu şeklindeki pragmatizm eksenli cevaptır¹⁵¹. Zira ilkenin kalkmasıyla birlikte keyfi uygulama deneyimleriyle çekilen acılar sonucu yıllardan beri elde edilen kazanımların kaybedileceği; böylelikle, kişi özgürlüklerinde eski keyfilik dönemine dönüleceği ifade edilmiştir¹⁵². Daha açık bir ifadeyle, “tehlikeli hâl” veya “ahlaka aykırılık” şeklindeki kavramlardan yola çıkarak yasada yer almayan ancak toplum düzenini ihlal ettiği öne sürülen bir fiilin cezalandırılması keyfiliğe yol açacaktır. Gerçekten kavramsal olarak “tehlikeli hâl” veya “ahlaka aykırılık” şeklindeki soyut ve toplumu oluşturan kesimlerin değer yargılarına göre anlamları farklılık gösteren sübjektif bu kavramlardan yola çıkarak yapılacak bir tespit, keyfiliğe dönüş anlamına gelecektir. Bununla birlikte, hayatın hızlı bir şekilde değişmesi ve gelişmesi sonucunda ortaya çıkan yeni bir fiilin ya da “tehlikeli hal” veya “ahlaka aykırılık” gösterdiği kabul edilerek toplum düzenini sarsan ancak yasada düzenlenmeyen bir fiilin yarattığı boşluğu doldurması gereken, ne yargıdır ne de idaredir. Ortaya çıkan bu boşluklardan toplumu koruyacak olan yine, yasa koyucudur. Kaldı ki bu boşlukların mevcut kanun koyucu tarafından doldurulması da zor değildir¹⁵³.

Kanunilik ilkesi aleyhine ve lehine süren bu fikir münakaşası sonucunda, artık ilkenin kurallarına eskisi kadar katı bir şekilde riayet edilmemektedir. Nitekim yargıcın kanunda yer alan tek ve sabit cezayı vermesi uygulaması günümüzde terk edilerek, suçluya verilecek cezada kanunca belirlenen alt ve üst sınırlar kapsamında yargıca takdir yetkisi tanınmıştır. Hatta kimi şartlar altında bu takdir yetkisi, ceza vermekten vazgeçmeye kadar gidebilmektedir. Bununla birlikte, yasa koyucunun ağır çalışması neticesinde suçlulukla mücadelede gerekli duruşu anında gösteremediği gerekçesiyle, belirli şartlar altında yürütme organına suç ihdası yetkisi verilmiştir¹⁵⁴.

b. İlkenin Sonuçları

¹⁵¹ Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 101.

¹⁵² Taner, **a.g.e.**, s. 141.

¹⁵³ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 27.; Baytaş, **a.g.e.**, s. 58.

¹⁵⁴ Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 101, 102.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçları; belirlilik ilkesi, örf ve âdete dayalı suç yaratma ve cezayı ağırlaştırma yasağı, geriye yürüme yasağı, kıyas yasağı ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaptırımını konulması yasağı olmak üzere beş başlık altında toplanmaktadır¹⁵⁵. Bunun yanı sıra ilkenin sonuçları, muhatabı olan kesime göre de salt yasa koyucuya veya uygulamacıya yönelik olanlar ya da her ikisine de yönelik olanlar olmak üzere üçe ayrılabilir. Buna göre, örf ve adete dayalı suç yaratma ve cezayı ağırlaştırma yasağı ve kıyas yasağı uygulamacıya; belirlilik ilkesi ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaptırımını konulması yasağı yasa koyucuya yönelik sonuçlar iken; geçmişe yürüme yasağı ise, hem yasa koyucuya hem de uygulamacıya hitap etmektedir¹⁵⁶.

(1) Belirlilik İlkesi

Kanunilik ilkesinin ceza kanunlarına yüklediği görevlerden biri, suç teşkil eden fiillerin ve bunlara uygulanacak sonuçların açık ve seçik bir şekilde tarif edilmesidir¹⁵⁷. Kanunilik ilkesinin sonucu olan bu durum, belirsiz ceza kanunları yapma yasağı, diğer bir ifadeyle, belirlilik ilkesi olarak adlandırılmaktadır¹⁵⁸. Buna göre yasa koyucunun, suç olarak tanımlanan fiili ve bu fiile bağlanan hukuki sonuçları mümkün olabildiğince vâsi kavramlardan kaçınarak ortaya koyması gereklidir¹⁵⁹. Böylelikle yasak olan ile serbest olanın sınırı ortaya çıkmakta, suç tipleri ve bunlara uygulanacak hukuki sonuçların neler olduğu aşikâre ve başka bir anlama neden olmayacak bir şekilde düzenlenmektedir¹⁶⁰.

Bununla birlikte, suç olan davranışın karşılığı olarak öngörülen yaptırımın açıkça gösterilmesi yeterli değildir. Aynı zamanda, yaptırıma ilişkin alt ve üst sınır arasında makul bir seviyenin bulunması, belirlilik ilkesinin bir başka yönünü oluşturur¹⁶¹.

¹⁵⁵ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 57; Baytaç, **a.g.e.**, s. 71.

¹⁵⁶ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 57.; Baytaç, **a.g.e.**, s. 72.

¹⁵⁷ Zafer, **a.g.e.**, s. 66.; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 57, 58.; Özgenç, **a.g.e.**, s. 127.

¹⁵⁸ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 247.

¹⁵⁹ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 58.; Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 247.

¹⁶⁰ Baytaç, **a.g.e.**, s. 73.

¹⁶¹ Konuya ilişkin bilgi için bkz: Baytaç, **a.g.e.**, s. 93-97.

Kanuni tarifi yazıya dökülmesi ve normların formüle edilişi bakımından belirlilik ilkesi, yasa koyucuya hitap eden sonuçlar içermektedir¹⁶². İlke sayesinde vatandaş, yasa koyucunun hangi davranışları yasakladığını ve bu yasaklanan davranışa bağlanan yaptırımı öngörebilme imkânına sahip olmaktadır¹⁶³. Öte yandan, kanun koyucunun iradesinin, diğer bir ifadeyle vatandaşın temsilcisinin iradesinin, kanun metinlerinde açıkça ortaya çıkmasıyla, hem uygulamacının keyfi kararlar vermesinin önüne geçilmekte hem de vatandaşın hak ve yükümlülüklerinin farkına varması ve böylelikle davranışlarını yönlendirmesi sağlanmaktadır. Aksi halde, yani kanunların belirsiz olması durumunda, uygulamacının keyfiliğine karşı korumasız kalan vatandaş açısından, hukuki güvenlik ortadan kalkacak ve ceza hukukunun güvence fonksiyonu yerine getirilemeyecektir¹⁶⁴. Ayrıca, uygulamacının yaratacağı bu keyfi hareket alanı, yasa koyucunun alanına müdahale teşkil edecek ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlaline neden olacaktır¹⁶⁵.

Bugün için belirlilik kuralının kanunilik ilkesinin en önemli gereklerinden biri olduğu herkesin hemfikir olduğu bir husustur. Tartışılan ise, kuralın nasıl ve ne şekilde gerçekleşeceği¹⁶⁶. Bu konuda ilk olarak ceza kanunlarında belirliliği sağlamanın yolu olarak kazuistik bir yöntemin izlenmesi gündeme gelmektedir. Suç sayılan davranış ve bu davranışa bağlanan hukuki sonuç, yasa koyucu tarafından kanunda açık bir şekilde gösterilmelidir. Bununla birlikte, yasa koyucunun suç teşkil eden davranışı ve buna bağlanan hukuki sonucu ifade ederken kullandığı sözcükleri de, başka anlama gelmeyecek şekilde özenle seçmesi gereklidir¹⁶⁷. Ancak öncelikle ifade etmek gerekirse, yasanın her şeyi ayrıntılarıyla düzenlemesi suçta ve ceza kanunilik ilkesi bakımından istenen neticenin, yani belirliliği sağlamanın bir yolu değildir. Zira yasa koyucunun her hususu en ince ayrıntısına kadar düzenlemesi mümkün olmadığı gibi aynı nehirde iki kez yıkanmak da mümkün değildir. Yani, değişen ve gelişen şartlar dikkate alındığında, ne kadar teferruatlı düzenleme

¹⁶² Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 109.; Baytaz, **a.g.e.**, s. 73.

¹⁶³ Baytaz, **a.g.e.**, s. 74.

¹⁶⁴ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 247.; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 109, 110.

¹⁶⁵ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 59.; Baytaz, **a.g.e.**, s. 74.

¹⁶⁶ Tartışmalar için bkz: Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* Bd. 1, 3. Aufl., s. 126-129’dan aktaran Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 248 dn. 16.

¹⁶⁷ Baytaz, **a.g.e.**, s. 75.

yapılırsa yapılsın, mutlaka bir boşluk ortaya çıkacaktır. Ek olarak, mutlak belirlilik mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, yasa metninde kullanılan sözcüklerin her zaman yasa koyucunun iradesindeki anlamı ifade etmesi mümkün olmadığı gibi değişen koşullara bağlı olarak ilk baştaki anlamı yitirmesi de mümkündür¹⁶⁸.

Bu duruma binaen yasa koyucu, kanun metnlerini, suçta ve ceza kanunilik ilkesini zedelemeyecek kadar sınırları belirgin, kanun boşluğuna da neden olmayacak şekilde açık düzenlemelidir¹⁶⁹. Buna karşın, yasa koyucunun izleyeceği bu yöntemde dahi, eşyanın tabiatı gereği belli ölçüde belirsizliklerin ortaya çıkması kaçınılmazdır¹⁷⁰. İşte bu gibi durumlarda uygulamacı, ceza hukukunda kabul edilen yorum yöntemleri çerçevesinde yasa metnini ele alarak anlamını ortaya çıkaracaktır¹⁷¹. Gerçekten, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ilk ortaya çıktığı zamandaki hâkimi mekanik bir araç olarak gören anlayış, günümüzde terk edilmiştir¹⁷². Uygulamacı, yasa koyucunun kullandığı sözcüklerle yaratmış olduğu belirli çerçeve içinde kalarak metnin en yakın anlamını, yasa koyucunun yasayı yaptığı esnadaki iradesini, yasanın sistematik içindeki konumunu ve amacını göz önünde bulundurarak yorum yapabilmektedir¹⁷³. Sınırların dışına çıkılmadan yapılacak bu yorum faaliyeti ise, bir gereklilik olup belirlilik ilkesine, dolayısıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir¹⁷⁴.

(2) Kıyas Yasağı

Kıyas yasağı, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin vatandaşlara sağladığı hukuki güvenliği teminat altına almanın önemli bir yoludur. Kavramsal olarak kıyas,

¹⁶⁸ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 248.

¹⁶⁹ Baytaç, **a.g.e.**, s. 75, 76.

¹⁷⁰ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 248.

¹⁷¹ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 250.; Yorum konusunda detaylı bilgi için bkz: Baytaç, **a.g.e.**, s. 165-306.

¹⁷² Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ortaya çıktığı Aydınlanma Çağı’nda, geçmişte yaşanan keyfi deneyimler nedeniyle çekilen acıların bir sonucu olarak uygulamacıya yorum imkânı tanınmamıştır. Nitekim Montesquie’nun “Hâkim kanundaki sözcüklerin ağızdır” ve Beccaria’nın “Hâkimler kanun koyucu olmadığı için kanunları yorumlama yetkileri yoktur, sadece mantıksal bir muhakeme suretiyle kanunları uygulamalıdır, kanunun ruhunun göz önünde bulundurarak yorum yapma görüşü son derece tehlikelidir” şeklindeki ifadeleri de bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Detaylı bilgi için ilkenin tarihsel gelişimi bölümüne bakınız.

¹⁷³ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 249.; Özgenç, **a.g.e.**, s. 129-131.

¹⁷⁴ Baytaç, **a.g.e.**, s. 76.

yasada öngörülen bir hukuk normundan yola çıkarak yasada düzenlemesi olmayan bir olaya uygulanmak üzere başka bir hukuk normu yaratılmasıdır¹⁷⁵. Kıyas, mahiyeti gereği yorumdan ayrılan bir kavramdır. Zira yorum, yasada yer alan bir normun esas fikrini (ratio legis) ortaya çıkarmak için yapılan bir anlamlandırma süreci iken; kıyas ise, bir normun esas fikrinden hareket ederek başka bir norm yaratılmasıdır¹⁷⁶.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, yasa koyucu kazuistik bir yöntem izleyerek en ince ayrıntılara yer vererek kanunilik ilkesini zedelemeyecek kadar belirgin ve bir o kadar geniş düzenlemeler yapmış olsa bile, başta yasada öngörülmeyen boşluk hali ya da sonradan koşulların değişmesiyle ortaya çıkan boşluk hali gündeme gelebilir. Özel hukukta uygulamacı ortaya çıkan bu tür boşlukları, kendisini yasa koyucu yerine koyarak kıyas yoluyla doldurabilmektedir. Ancak ceza hukukunda uygulamacı, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sağladığı güvence fonksiyonu çerçevesinde hareket edecektir. Bilindiği üzere, sağlanan güvence fonksiyonu sayesinde vatandaş, suç teşkil eden ile etmeyenin sınırını bilebilmekte, davranışlarına da buna bağlı olarak yön verebilmektedir¹⁷⁷. Ceza hukukunda kıyasın varlığının kabulü hâlinde ise, vatandaşın normalde suç teşkil etmeyen bir davranışı, yalnızca yasada düzenlenen bir diğer suç tipine benzetilerek cezalandırılabilecektir. Bu durumda ise, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sağladığı güvence fonksiyonundan bahsedilemeyecektir¹⁷⁸. Aynı zamanda uygulamacının keyfî suç yaratarak yasa koyucunun yerini alması, kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırılık teşkil edecektir¹⁷⁹. Bu kapsamda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sağladığı güvence fonksiyonun bir gereği olarak, ceza hukukunda kıyas yasağı kabul edilmiştir.

İlkenin uygulamacıya hitap eden sonuçlarından biri olan kıyas yasağına göre, suç ve ceza içeren hükümlerin uygulamasında kıyasın yapılması açıkça yasaktır.¹⁸⁰

¹⁷⁵ İçel, **a.g.e.**, s. 104.

¹⁷⁶ İçel, **a.g.e.**, s. 104, 105.

¹⁷⁷ Önder, **a.g.e.**, s. 93, 94.; Baytaz, **a.g.e.**, s. 131.

¹⁷⁸ Baytaz, **a.g.e.**, s. 131.

¹⁷⁹ Zeynep Kangal, “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S: 17, 2011, s. 83, 84.

¹⁸⁰ Bununla birlikte kıyas yasağı, güvenlik tedbirleri bakımından da geçerlidir. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 63.; Baytaz, **a.g.e.**, s. 130.

Kıyas yasağı, sadece ceza kanunları bakımından değil, bünyesinde suç ve ceza hükümlerini barındıran ceza hukukuna ilişkin tüm normlar bakımından geçerlidir¹⁸¹. Bununla birlikte kıyas yasağı, kanuni tipin içerdiği tüm yasal unsurları da kapsamaktadır¹⁸².

Suç ve ceza içeren hükümlerin uygulamasında kıyas yasak olduğu gibi normların kıyasa varacak derecede genişletilerek yorumlanması da açıkça yasaktır. Daha açık bir ifadeyle, yasanın esas fikrinin, yasa koyucunun gerçek iradesinin ve kuralın ne anlama geldiğinin belirlenmesi faaliyeti olan yorum, ceza hukukunda mümkündür¹⁸³. Ancak bu yorum faaliyetinin, var olan bir normdan yola çıkılarak yasa koyucunun iradesini ortaya çıkarmaktan ziyade, kanunda yer almayan bir boşluk hâlini yeni bir hukuk kaidesi yaratarak doldurma faaliyeti olması hali, yani kıyasa varacak nitelikte genişletici yorum olması yasaklanmıştır¹⁸⁴.

(3) Geriye Yürüme Yasağı

Geriye yürüme yasağı, ceza hukukunun hukuk devleti ilkesiyle olan bağıını perçinleyen kaidelerinden biridir¹⁸⁵. Geriye yürüme yasağı, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin hem uygulamacıya hem de yasa koyucuya hitap eden bir sonucudur. Buna göre, fiilin işlendiği zaman ceza kanunlarındaki durum esastır¹⁸⁶; dolayısıyla, sonradan çıkarılan yeni bir kanunla, başta cezalandırılmayan bir fiilin sonradan geçmişe yürürlü cezalandırılabilir kılınması mümkün olmadığı gibi; işlendiği zamana göre cezalandırılabilir olan bir fiil içinde, öncekinden daha ağır bir yaptırım getiren kanunun geçmişe yürürlü olarak uygulanması mümkün değildir¹⁸⁷. Bu yasak sadece cezalar bakımından değil, temel hak ve özgürlüklerle sıkı ilişkisi nedeniyle cezaya

¹⁸¹ İçel, **a.g.e.**, s. 106.

¹⁸² İçel, **a.g.e.**, s. 106, 107.

¹⁸³ Baytaz, **a.g.e.**, s. 131.

¹⁸⁴ İçel, **a.g.e.**, s. 108; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 64.

¹⁸⁵ İçel, **a.g.e.**, s. 114.

¹⁸⁶ Burada ceza kanunları ifadesinden kastedilen, yalnızca biçimsel anlamda kanun hükümleri değildir. Zira geriye yürüme yasağının uygulama alanı, maddi anlamda kanun kavramı içine giren ve bünyesinde suç hükümleri bulunduran mevzu hukuk kaynaklarını da içerir. İçel, **a.g.e.**, s. 115.

¹⁸⁷ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 71-73

yakın olan güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli bir kuraldır¹⁸⁸. Ancak bazı şartların varlığı halinde, kanunların geriye yürümesi ya da ileriye yürümesi mümkün hale gelmektedir¹⁸⁹.

Geriye yürüme yasağının en önemli istinası, failin lehine sonuç doğuran durumlardır¹⁹⁰. Esasen geriye yürüme yasağının olup olmadığının tespiti somut olaya uygulanabilecek tüm kanun hükümlerinin dikkate alındığı bir değerlendirme sürecidir¹⁹¹. Bu noktada, kanuni tipin içerdiği tüm yasal unsurların; ceza kanunlarının genel kısımlarındaki hükümlerin yanı sıra, özel kısımdaki hükümlerin; zamanaşımı sürelerinin¹⁹² değerlendirmesi yapılarak failin lehine olan durum tespit edilecektir¹⁹³. Buna göre, failin işlendiği zamanki durumla karşılaştırıldığında, yeni düzenleme ile failin aleyhine sonuçlar ortaya çıkıyorsa, geriye yürüme yasağı söz konusu olacaktır¹⁹⁴. Ancak tek tek somut olaya ilişkin olgulardan hareket ederek yapılan bütüncül bir değerlendirme sonunda, yeni durumun failin lehine olacağı tespit edilirse geriye yürüme yasağı olaya tatbik edilmeyecektir. Zira geriye yürüme yasağı, bireyi koruyucu bir kural olup uygulaması sadece failin aleyhine sonuç doğuran

¹⁸⁸ İçel, **a.g.e.**, s.114.; İleride anlatacağımız üzere reformla birlikte, Türk Doktrinin de tartışmalı olan bu konu çözüme kavuşturulmuştur. Buna göre, geriye yürüme yasağı ceza ve güvenlik tedbiri fark etmeksizin tüm ceza hukuku yaptırımları açısından geçerlidir. Özgenç, **a.g.e.**, s. 138.

¹⁸⁹ “Bir kanun, yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş fiillere veya ortaya çıkmış olaylara uygulanıyorsa, o kanunun geriye yürümesinden söz edilir. Bu kanunun yürürlüğe girdiği andan itibaren ilgili oldukları olaylara uygulanması öngörülmüşse, bu kanunun derhal uygulanmasından bahsedilir. Kanunların yürürlüğü bakımından temel prensip derhal uygulanmadır. Eğer bir kanun yürürlükten kalkmasına rağmen, yürürlükte bulunduğu süre içerisinde meydana gelen olaylara uygulanmaya devam ediyorsa kanunun ileriye yürümesi söz konusudur.” Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 73.

¹⁹⁰ Özgenç, **a.g.e.**, s. 136.

¹⁹¹ İçel, **a.g.e.**, s. 119.

¹⁹² Zamanaşımı süreleri bakımından bir parantez açmamız gerekirse, zamanaşımı hükümleri bakımından maddi ceza hukukuna ilişkin zaman bakımından uygulama kuralları geçerli olacaktır. Yani zaman aşımına ilişkin bir kanun değişikliğinde kural geçmişe yürüme yasağıdır. Ancak failin lehine bir durum ortaya çıkmışsa, örneğin yeni kanun eski kanuna nazaran zamanaşımı sürelerini kısaltmışsa, bu durumda yeni kanun failin lehine olduğundan eski kanun zamanında işlenen suçlar bakımından da uygulanacaktır. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 77.; Özgenç, **a.g.e.**, s. 146-148.

¹⁹³ Bazı hukuk sistemlerinde failin lehine olacak yeni durumun hükmün kesinleşmesinden önce mi yoksa sonra mı ortaya çıktığı da değerlendirilme sürecine dahil edilen bir başlıktır. Örneğin Federal Almanya Ceza Kanunu uyarınca kesinleşmiş bir hüküm verilinceye kadarki süre boyunca yapılan lehe kanun değişiklikleri dikkate alınabilir. Hükmün kesinleşmesinden sonraki süreçte yürürlüğe girecek bir değişiklik fail lehine olsa bile geriye yürüyemez. İçel, **a.g.e.**, s. 117. Buna karşın, TCK’da kabul edilen sisteme göre, lehe olan kanun, yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş olan mahkûmiyet kararları hakkında, ceza infaz edilmiş olsa dahi, uygulanabilir. Özgenç, **a.g.e.**, s. 149.

¹⁹⁴ 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 9. maddesinin üçüncü fıkrası: “Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir.”

durumlarla sınırlıdır. Bu bağlamda yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, yapılan değerlendirme süreci sonucunda yeni durumun failin lehine olacağı anlaşılıyorsa, geçmişe yönelik uygulama yapılacaktır¹⁹⁵. Bu durum, lehe kanunun geçmişe yürütmesi olarak adlandırılmakta olup geriye yürütme yasağının istisnasını teşkil eder¹⁹⁶.

(4) İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımını Öngörme Yasağı

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, suç olarak yaptırıma bağlanan bir fiilin tüm unsurlarının kanunla tanımlanmış olması gerekir¹⁹⁷. Bu tasarruf ise, bizzat yasa koyucu tarafından yapılmalıdır. Zira suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sağladığı güvence fonksiyonu uyarınca yasa koyucu, suç ve ceza koyma konusunda tekel yetkisine haizdir¹⁹⁸. Aksi yorum, kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali anlamına gelecektir. Gerçekten bu durum, uygulamacının ve yürütmenin keyfiliğine neden olacak ve suç ve ceza ihdası konusunda demokratik meşruiyeti olan yasa koyucunun fonksiyonunun gaspı anlamına gelecektir.

Kanun kelimesinden kastedilen biçimsel anlamda kanundur¹⁹⁹. Biçimsel kanun ifadesiyle anlatılmak istenen, anayasada öngörülen usuller uyarınca yürürlüğe giren ve onaylanan, yasama organı tarafından “kanun” başlığı altında yapılan tasarruflardır²⁰⁰. Bu çerçevede, kaynak olarak salt idarenin düzenleyici işlemleriyle, yani kanun dışında, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, karar, tebliğ, sirküler gibi hukuki metinler yoluyla bir fiilin suç olarak belirlenmesi ve bu fiil karşılığında yaptırımların öngörülmesinin yasak olduğu konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır²⁰¹.

¹⁹⁵ İçel, **a.g.e.**, s. 117.

¹⁹⁶ Koca/Üzülmez, **a.g.e.** s. 76, 77.

¹⁹⁷ Özgenç, **a.g.e.**, s. 119.; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 66.

¹⁹⁸ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 66, 67.

¹⁹⁹ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 15. bs., Ankara, Seçkin, 2015, s. 42.

²⁰⁰ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 66, 67.; Kangal, “Kanunilik İlkesi”, s. 66.; Baytaz, **a.g.e.**, s. 98.

²⁰¹ Baytaz, **a.g.e.**, s. 99, 100.; Türk hukukunda, yürütme organının düzenleyici işlemleri arasında yer alan “kanun hükmünde kararname” ve “tüzük” uygulamasına 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla son verilmiştir. Ancak Anayasaya 6771 sayılı Kanunla eklenen geçici

Buna karşın, uygulamalarda idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdasının yapıldığı görülmektedir. Bunun altında yatan fikir, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdasının sınırsız bir yetki verme olarak düşünülmemesi gerektiği, yasa koyucunun ortaya koyacağı çerçeve kapsamında idareye belirli konularda düzenleme yapma yetkisinin verilebileceği fikridir. Doktrinde yer alan eserlerde bu tarz düzenlemelerin karşılığı olarak ise, “beyaza hüküm”, “açık ceza normu”, “çerçeve kanun” veya “kör norm” şeklinde isimlendirmeler kullanılmaktadır²⁰². Bu tür hükümlerde, müeyyide kanunda açık olarak düzenlemekte, ancak bu suçu oluşturan fiillerin ileride idarece kanunun çizdiği çerçeve içerisinde belirleneceği ifade edilmektedir²⁰³. Bilhassa temel kanunda açık bir şekilde bu kuralın düzenlenmediği zamanlarda ülkemizde, kanunun verdiği sınırlı yetki çerçevesinde yürütmenin suçları düzenlemesinin kamusal yaşamın bir gerekliliği olduğu ve bu durumun yasamanın fonksiyonunun gaspı anlamına gelmeyeceğini ifade eden görüşler bulunmaktadır²⁰⁴.

Sonuç olarak bugün için yürütmenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılmasının kabulü, yasa koyucunun alanına müdahale teşkil edecek ve anayasaların açık bir şekilde düzenlediği kuvvetler aykırılığı ilkesinin ihlaline neden olacaktır²⁰⁵. Bununla birlikte, yasalar vatandaşların hangi davranışların suç olduğunu ve ihlal karşılığında uygulanacak yaptırımı bilmelerini sağlar. Buna karşın, düzenleyici işlemler ile yapılacak suç ve ceza ihdası, vatandaşların hak ve

21’nci maddenin f fıkrasına göre, “*bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmüne kararnameler, tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür. Yürürlükte bulunan kanun hükmüne kararnameler hakkında 152 nci ve 153 ncü maddelerin uygulanmasına devam olunur.*” Dolayısıyla bugün için söz konusu düzenlemeler yürürlükten kaldırılmadıkça halen daha geçerliliğini korumaktadırlar. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 988. Dolayısıyla bizde düzenleyici işlemlere ilişkin sayma yaparken bu durumu göz önünde bulundurduk.

²⁰²Öztekin Tosun, “Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması”, **İÜHFİM**, C: 28, S: 2, Y: 1962, s. 362.; Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., Ankara, US-A Yayıncılık, 2012, s. 66, 67.; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 102.; Özgenç, **a.g.e.**, s. 120.; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 67, 68.

²⁰³Hafizoğulları/Özen, **a.g.e.**, s. 66.

²⁰⁴“...Gerçekten suç konulacak alan ve korunmak istenen hukuki yarar kanun koyucu tarafından açıkça belli edilip vaz edilecek yasalar karşılığı cezalarda kanun koyucu tarafından gösterilince, elbette ki, yasama yetkisinin devri söz konusu olmaz.” Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. , 148, 149.; İçel, **a.g.e.**, s. 123 dn. 74.

²⁰⁵Ali Kemal Yıldız, “Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Yaratması”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 1046.

özgürlüklerine keyfi müdahalenin önünü açacaktır. Nitekim düzenleyici işlemler mahiyeti gereği kolay ve sıklıkla değişebilmeleri nedeniyle, hak ve özgürlüklere koyulacak sınırlamaların önceden öngörülebilmesi imkânını ortadan kaldırarak, hukuki güvenliği, dolayısıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesini zedeleyecektir.

Ek olarak detaylarına ileride değineceğimiz bir hususu ifade etmemizde fayda bulunmaktadır. Bugün dahi, yasa koyucunun bizzat oluşturduğu kanunun amir hükmü karşısında, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılması yasağına aykırı uygulamalar devam etmektedir. Bu nedenle söz konusu yasağa, normlar hiyerarşisinin en üst basamağında yer alan anayasada da yer verilmesi ya da en azından kanunlardan önce gelmek üzere bir temel kanun basamağının oluşturulması önemli bir güvence oluşturacaktır²⁰⁶. Ancak şu an için bunların olmaması, yani idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılamayacağına ilişkin doğrudan Anayasa’da ya da temel kanunun önceliğine dair düzenlemenin yer almaması, tek başına güvencenin olmadığını gösteren bir olgu değildir. Zira normlar hiyerarşisinde konum itibarıyla en yüksekte olan idarenin düzenleyici işlemiyle olağan dönemlerde yapılabilecek işlemlerin sınırı da, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılıp yaratılmayacağı hakkında fikir verebilmektedir. Nitekim temel hak ve özgürlüklerin normlar hiyerarşisindeki en yüksek konumda olan idarenin düzenleyici işlemleriyle olağan dönemlerde sınırlanamayacağına dair anayasada yer alan bir hüküm, hem evleviyetle (*argumentum a fortiori*) alt basamaktaki idarenin düzenleyici işlemleri bakımından bir sınır teşkil edecek hem de yasada yer alan açık ceza normuyla yapılacak bir yetkilendirme ile idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza meydana getirilmesinin önüne geçecektir. Bu bakımdan yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Anayasada doğrudan idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılmasının yasak olduğuna dair bir hükmün konulması şüphesiz gereklidir, ancak temel hak ve özgürlüklerin olağan dönemlerde idarenin düzenleyici işlemleriyle sınırlanamayacağına dair bir hükmün sağladığı dolaylı güvence de göz ardı edilemeyecek kadar önemlidir.

²⁰⁶ Özgenç, a.g.e., s. 127.

(5) Örf ve Âdet Hukukuna Dayalı Cezalandırma Yasağı

Örf ve âdet, “toplumsal düzenin geçerliliğini, belirli bir insan çevresi içinde göreceli olarak saptamalara karşı genel ve etkin bir kınama ile karşılamaya yönelik davranışlar” olarak tanımlanabilmektedir²⁰⁷. İşte bu davranışlar uzun yıllar boyu²⁰⁸ yaşanan sosyal çevrede tekrarlandıkça, beşerî davranışları düzenleyen ve uyarma, kınama, dışlama ve linç gibi değişik türlerde müeyyideleri olabilen emir yasaklar bütünü olan örf ve âdet kurallarını oluşturur²⁰⁹.

Özel hukuk alanında örf ve âdet kurallarının, bağımsız bir hukuk kaynağı olarak uygulanacağı kabul edilmektedir²¹⁰. Bireyin özgürlüğü açısından ağır müdahale imkânı bulunan ceza hukuku bakımından ise aslolan, hukuki güvenliktir. Nitekim suçta ve cezada kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunun bir sonucu olarak suç ve ceza, ancak kanunla konulabilir. Dolayısıyla örf ve âdet hukukuna dayalı olarak suç yaratılması, mevcut bir suçun yürürlükten kaldırılması ya da yasada suçun karşılığı olarak öngörülen cezadan farklı bir cezanın verilmesi mümkün değildir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin uygulamacıya hitap eden bir sonucu olan bu durum, örf ve âdet hukukuna dayalı cezalandırma yasağı (*nullum crimen sine lege scripta*) olarak adlandırılmaktadır²¹¹.

Örf ve âdet hukukunun ceza hukuku alanında doğrudan kaynak olarak uygulama alanının mümkün olmadığını ifade etmiştik. Ancak ceza hukuku alanında örf ve âdetin, dolaylı bir kaynak olarak sınırlı uygulaması vardır²¹². Gerçekten örf ve âdet, ceza normunun yorumlanarak kelimelerin anlamlarının ortaya çıkarılmasında

²⁰⁷ Yasemin Işıktaç, **Hukuk Başlangıcı**, İstanbul, Filiz, 2010, s. 129.

²⁰⁸ Uzun yıllar boyu ifadesini anlamlandırmak için Mecelle’nin 166’ncı maddesinde yer alan âdetin kadim olması gerektiği ifadesine değinmekte fayda bulunmaktadır. Söz konusu madde, “*Kadim odur ki evvelini bilir olmaya.*” şeklindedir. Gözler, **Hukuka Giriş**, s. 47.

²⁰⁹ Gözler, **Hukuka Giriş**, s. 52.

²¹⁰ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 60.; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 1. maddesinin ikinci fıkrası: “*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiye ona göre karar verir.*” 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1. maddesinin ikinci fıkrası: “*Mahkeme, hakkında ticari hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir.*”

²¹¹ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 60, 61; Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 247.; Baytaç, **a.g.e.**, s. 126.

²¹² Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 247.

rol oynamakta, böylelikle sorumluluğun tespitinde kullanılabilir²¹³. Aynı şekilde, ceza hukuku normunun örf ve âdeti doğrudan hukuk kaynağı olarak kabul eden bir hukuk dalına atfının olduğu durumlarda da, örf ve âdet dolaylı olarak ceza hukukuna kaynaklık edebilmektedir²¹⁴.

Sonuç olarak örf ve âdet hukukuna dayalı cezalandırma yasağı, bugün herkesin hemfikir olduğu bir yasaktır. Örf ve âdetin, yani gelenek hukukunun ceza hukukuyla ilişkisi, yukarıda belirttiğimiz örneklerde olduğu gibi ceza hukukunda bir yardımcı kaynak olmasıyla sınırlıdır²¹⁵. Ancak örf ve âdetinde, normların uygulanmasında yahut uygulanmamasında büyük bir etkisinin olduğu göz ardı edilemeyecek kadar önemli bir gerçektir. Nitekim geçmişte 9 Mayıs 1909 tarihli “*Serseri ve Mezanne-i Sû olan Eşhas Hakkında Kanunun*” ya da 1923 tarihli 55 sayılı “*Düğünlerde Men’i İsrifat Kanunun*” içerdiği hükümlere karşın, örf ve âdet karşısında uygulanma bulamamaları bu duruma örnek olarak gösterilebilir²¹⁶.

2. Genel Değerlendirme

Ceza hukuku kişi hak ve özgürlükleriyle en çok sıcak teması olan hukuk dallarından biridir. Ceza hukukun içerdiği etkili yaptırımların bireylere karşı kötüye kullanılmasının önüne geçmek hukuk devleti için bir zorunluluktur. Hukuk devletinin bu noktada bireylere sağladığı güvencelerden en önemli ise, suçta ve cezada kanunilik ilkesidir²¹⁷. Bu ilkenin tarihsel gelişiminde yaşanan acı deneyimler sonucunda bireyler bugün için, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil nedeniyle

²¹³ “...Hakaretin kişiyi küçük düşürmeye yönelik olması gerekir. Kişiyi toplum nazarında küçük düşürmek amaçlı belli bir siyasi kanaatin isnat edilmesi halinde de suç oluşacaktır. Bir kişiye yönelik sözlerin veya yapılan davranışların o kişiyi küçük düşürücü nitelikte olup olmadığını tayin ederken , topluma hakim olan anlayışlar örf ve adetler göz önünde bulundurulmalıdır...” Yargıtay 15 Ceza Dairesi’nin 27.05.2015 tarihli ve 2013/12389 E. 2015/25751 K. sayılı Kararı, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-ceza-dairesi-e-2013-12165-k-2015-25794-t-27-5-2015> (E.T: 02.12.2018)

²¹⁴ Örneğin, Türk Ceza Kanunu’nun 232. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kullanılması suçunda, bu yetkinin sınırlarının aşılp aşılmadığı medeni hukukun hükümlerine başvurularak tespit edilecektir. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 61.

²¹⁵ Önder, **a.g.e.**, s. 81.

²¹⁶ 55 sayılı Kanun içeriğinde düğünlerde çeyiz sergilenmesi, erkeğin iki kattan fazla elbise satın almaması, bir günden çok ziyafet verilmesi, köçek oynatılması fiillerini yasaklamakta ve uymayanlara altı aya kadar hapis cezası öngörmekteydi. Ancak söz konusu kanun Anayasa Mahkemesinin 20.09.1963 tarih ve 156/34 E. K. sayılı kararı ile iptal edilinceye kadar süren ömründe, gelenekler karşısında uygulanma imkânı bulamamıştır. Önder, **a.g.e.**, s. 81, 82.

²¹⁷ Artuk, “Kanunilik İlkesinin Tarihçesi”, s. 58, 59.

yaptırıma tabi tutulamayacaklarının; kanunun bir başka hükmünün kendilerine kıyasen uygulanarak yaptırım altına alınmayacaklarının; sonradan tahsis edilen bir suç ve cezanın kendilerine uygulanamayacağını; idarenin düzenleyici işlemleriyle tahsis edilen bir suçtan sorumluluklarına gidilemeyeceğinin ve örf ve âdete aykırı bir eylemleri nedeniyle cezalandırılmayacaklarının güvencesi ve bilinci altında yaşamaktadırlar.

III. KUSUR İLKESİ

A. Tarihsel Gelişim Süreci

Kusur ilkesi de tıpkı suçta ve cezada kanunilik ilkesinde olduğu gibi bir gelişim süreci yaşamıştır. Öncelikle orta çağın Kilise Hukuku'nda, “*versari in re illicita*” kuralı bulunmaktaydı. Buna göre, hukuka aykırı durumda bulunan kişi, davranış neticesinde ortaya çıkan her sonuçtan sorumlu olmaktadır (*versari in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*). Yani sorumluluk tesadüf üzerine kurulmakta, netice bakımından kusurunun olup olmadığı araştırma konusu yapılmamaktaydı²¹⁸. 16. yüzyıldan itibaren bu anlayış yerini, modern anlamda kusur ilkesinin başlangıcı olan düzenlemelere bıraktı. Buna göre sorumluluk kurulabilmesi için kodifikasyonlarda, bilhassa *Carolina*'da, kasıtlı veya taksirli bir fiilin varlığı aranmaya başlanmıştır²¹⁹. Sonrasında 17'nci yüzyılda, neticeden failin sorumlu tutulması kuralıyla birlikte olası kastın kabulü gerçekleşmiş; 19'uncu yüzyıla gelindiğinde ise, *Feuerbach*'ın da etkisiyle taksir şekline bürünmüş kastın kabulü, yani günümüze neticesiyle sebebiyle ağırlaştırılmış suç olarak yansıyacak kurumun temelleri atılmıştır. 19. yüzyıl ceza hukukunun bir yansıması olan klasik suç öğretisine göre, kusurluluk ve manevi unsur aynı anlamda kullanılmakta; kast ve taksir kusurun türleri olarak kusur başlığı altında ele alınmaktadır. Ancak 20. yüzyıldan itibaren gelişmeye başlayan ve bugün ceza hukukuna hâkim olan yeni

²¹⁸Serkan Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, Ankara, Seçkin, 2017, s. 50, 51.; İçel vd, s. 261.

²¹⁹Meraklı, **a.g.e.**, s. 52.; “*Kusur kavramının tanımayan “özel ceza hukuku” döneminden “kusur ceza hukukuna” geçiş, Roma hukukunun sonraki aşamalarında ve Carolina adli ünlü kanunda gerçekleşti.*” Turhan Tüfan Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri, Cilt: 1**, Manisa, Şafak Basım ve Yayınevi, 1982, s. 298, 299.

anlayışa göre, kast ve taksir kusur alanından çıkarılmıştır²²⁰. Yani kast, taksir, kast-taksir kombinasyonları (neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç) ile amaç-saik gibi kurumlar kusura ilişkin olmayıp suçun manevi unsurunu oluşturan hususlardır²²¹.

Bu bağlamda günümüzde ceza hukuku sorumluluğu, kusur sorumluluğuna dayanır²²². Kusur, gerçekleştirdiği haksızlık teşkil eden fiili dolayısıyla kişinin kınanması gerektiği konusundaki yargıyı ifade eder²²³. Yeri gelmişken haksızlık ve kusurun birbirinden ayrılmış iki kavram olduğunu söylemekte fayda bulunmaktadır²²⁴. Haksızlık, failin işlediği bir fiilin, failin şahsi özellikleri dikkate alınmaksızın davranış normları üzerinden yapılan bir incelemeyle içeriğinin tespiti meselesidir²²⁵. Buna karşın kusur ise, işlenen fiilin, fail bakımından değerlendirme sürecinde karşımıza çıkan ve haksızlık dolayısıyla fail hakkındaki kişisel kınama yargısıdır²²⁶. Ancak bu iki ayrı kavramın birbiriyle olan bağlantısı da göz ardı edilmemelidir. Zira kusur yargısı, kasten veya taksirle gerçekleştirilen haksızlık zemini üzerine bina edilmektedir²²⁷. Bu durum ise, “haksızlık olmaksızın kusur olmaz” şeklinde ifade edilir²²⁸.

Kusur ilkesinin bir gereği olarak modern ceza hukukunda bugün için fail ceza hukuku değil, fiil ceza hukuku anlayışı geçerlidir²²⁹. Bu bağlamda ceza hukuku kusurluluk araştırmasını yaparken failin nasıl bir hayat sürdüğüne, hayatının ne kadar “kötü” ya da “ahlaka aykırı” olduğuna bakmaz; ceza hukuku bakımından esas olan ceza hukukunda unsurları gösterilerek tanımlanan tipik bir fiilin, haksızlığın işlenip işlenmediğidir²³⁰.

²²⁰ Meraklı, **a.g.e.**, s. 52, 53.

²²¹ Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 492.

²²² Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 493.

²²³ Özgenç, **a.g.e.**, s. 390.; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 309.

²²⁴ Kusur ve haksızlık ayrımı hakkında bkz.: Serdar Talas, **Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (actio libera in causa) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Lale Organizasyon Yayınları, İstanbul, 2012, s. 8-33.

²²⁵ Özgenç, **a.g.e.**, s. 168, 169.

²²⁶ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 310.

²²⁷ Özgenç, **a.g.e.**, s. 393.; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 494.

²²⁸ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 86.

²²⁹ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 52.; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 77.

²³⁰ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 52.

Bu noktada, fiil ceza hukuku anlayışından sapmaya neden olabilme potansiyeli nedeniyle, Düşman Ceza Hukuku kavramına değinmekte fayda vardır. Düşman Ceza Hukuku, devletin bir düşman kategorisi yaratarak, bu kategoriye girenleri sırf güvenlik kaygısıyla tehlikeli sayıp suçlulukla mücadele etmesi gerektiği konusundaki bir fikrin ürünü olan anlayıştır²³¹. Ancak bu anlayış suç politikasının ana ilkelerinde önemli sapmalara neden olacak nitelikte olup bilhassa, kusursuz kişilerin sırf güvenlik gerekçesi şeklinde bir argüman öne sürülerek cezalandırılabilmelerinin önünü açacaktır²³².

B. Kusursuz Ceza Olmaz

Modern ceza hukukunun sacayaklarından biri olan kusur ilkesiyle, netice sorumluluğuna dayanan ilkel ceza hukuku uygulamaları terk edilerek kusuru bulunmayan bir kimseye ceza verilemeyeceği öngörülmüştür. Bu noktada ilkeden çıkarılacak ilk sonuç, işlenen bir suç, yani cezalandırılmaya layık bir haksızlık nedeniyle ancak kusurlu bir kişinin cezalandırılabilmesini ifade eden, kusursuz ceza olmaz kuralıdır²³³. Bu noktada ise, kusurlu sayılmayan kişinin durumuna değinilmesinde fayda vardır. Ceza hukukundaki iki şeritli yaptırım sisteminin²³⁴ gereği olarak, kusurlu olmaması nedeniyle hakkında cezaya hükmedilemeyen kişi bakımından tehlikelilik durumu esas alınarak güvenlik tedbiri yaptırımına başvurulması mümkündür²³⁵. Zira failin kusur ehliyetinin bulunmaması veya genel

²³¹ Günter Jacobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, s. 93 ve son; Günter Jacobs, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, hrsg. von. Der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaft, Paderborn 2004, s. 45 ve son'dan aktaran İçel, **a.g.e.**, s. 94 dn. 26.

²³² İçel, **a.g.e.**, s. 96.

²³³ Özgenç, **a.g.e.**, s. 700, 701.; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 51.

²³⁴ Doktrinde modern ceza hukukunun yaptırımlarının iki şeritli bir yola benzediği ifade edilmekte ve şeridin birini cezanın, diğerini ise güvenlik tedbirinin oluşturduğu belirtilmektedir. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bond 1, 1992'den aktaran Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, 15. bs., Ankara, Seçkin, 2015, s. 47. "Güvenlik tedbiri ilk olarak 24.11.1933'te eski Alman Ceza Kanununa alınmıştır. İşte bu tarihten bu yana ceza hukukunun iki şeritli bir yaptırım sistemine sahip bulunduğu söylenegelmektedir. Bu deyiimi ilk kullanan İsviçreli hukukçu Carl Stooß olmuştur." Öztürk/Ruhan Erdem, **a.g.e.**, s. 46-48.

²³⁵ Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s. 46, 47.; Ceza hukuku yaptırımlarının asıl amacı, "haksızlığı gerçekleştiren kişi üzerinde belli fiili ve hukuki sonuçlar doğurması, bu kişiye belli etkilerde bulunulmasıdır." Ceza Hukukunda ise bu amaca hizmet etmek üzere ceza ve güvenlik tedbirleri olmak üzere iki yaptırım türü mevcuttur. Özgenç, **a.g.e.**, s. 697.

olarak kusursuz olması durumunda dahi, ortada ceza hukuku anlamında bir haksızlık, yani suç mevcuttur²³⁶.

C. Kusurla Orantılı Ceza Tayini

İlkeye ilişkin değinilmesi gereken diğer bir sonuç, kişinin kusurunun derecesine göre cezalandırılmasını ifade eden kusurla orantılı ceza kuralıdır²³⁷. Yani ceza belirlenirken, önce işlenen fiilin haksızlık içeriği; ardından, gerçekleştirilen bu haksızlık dolayısıyla kişinin kusuru dikkate alınır²³⁸. Buna göre ceza, kusurun derecesini aşamaz²³⁹. Yani kusur, birinin cezalandırılabilme sebebinin yanı sıra, cezayı sınırlandıran da bir ölçüttür. Bu bağlamda aslında ölçülülük ilkesinin de bir noktada, kusur ilkesine sirayeti olmaktadır. Zira cezanın belirlenmesinde ölçülülük ilkesinin kapsamındaki aşırılık yasağı, kusur ilkesini tamamlar niteliktedir²⁴⁰. Gerçekten de, bilhassa toplumlarda dönem dönem infial yaratan olaylar sonucunda, cezanın caydırıcılığının ve önleme işlevinin yetersiz olduğu gerekçelerine dayanarak cezaların aşırı bir biçimde artırılması talepleri ortaya çıkabilmektedir²⁴¹. İşte bu gibi durumlarda kusurla orantılı ceza kuralı, yasa koyucunun popülist yaklaşımlardan uzak kalarak kusurla orantısız ceza içeren düzenlemeler yapmamasını sağlamaktadır.

D. Kusur İlkesinin Hukuk Devleti ve Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesiyle Dolaylı İlişkisi

1. Hukuk Devletiyle İlişkisi

Hukuk devletinin en önemli görünümünün suçta ve cezada kanunilik prensibi olduğunu söylemiştik. İşte kusur ilkesinin de suçta ve cezada kanunilik prensibiyle dolaylı bir ilişkisi bulunmaktadır²⁴². Nitekim failin cezalandırılmasının kusurun varlığına bağlı olduğu düşünüldüğünde, bu kusurun varlığı için, failin fiilinden önce hangi davranışının haksızlık oluşturduğunu biliyor olması ya da en azından

²³⁶ Özgenç, **a.g.e.**, s. 391.

²³⁷ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 51.

²³⁸ Özgenç, **a.g.e.**, s. 896.

²³⁹ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 53.

²⁴⁰ Meraklı, **a.g.e.**, s. 64.

²⁴¹ Sözüer, “Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu”, s. 27.

²⁴² Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 52.

davranışının haksızlık oluşturduğunu öğrenme imkânına sahip olması gereklidir. Bunun yolu ise, söz konusu haksızlığın cezalandırılabilir olduğunun, fiilin işlenmesinden önce kanunda tespit edilmiş olmasından geçmektedir²⁴³.

2. Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği Kurahyla İlişkisi

Kusur ilkesinin anayasalara ve kanunlara diğer bir yansıması, *-ister ilkenin doğal sonucu*²⁴⁴ *ister bağımsız bir ilke*²⁴⁵ *olarak kabul edilsin-* ceza sorumluluğunun şahsiliği olmuştur. İnsanlık tarihi boyunca başkasının fiilinden dolayı cezalandırmanın önünü açan uygulamaların bir sonucu olarak anayasalarda, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu, yani kişinin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağı vurgulanmıştır. Buna göre, herkes kendi fiilinden sorumludur. Kişinin işlediği fiil nedeniyle ilkel ceza hukukunun uygulaması olan kolektif sorumluluk anlayışı terk edilmiştir²⁴⁶. Ayrıca ceza sorumluluğunun şahsiliğinin bir gereği olarak, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmiştir. Gerçekten, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde gerçek kişi tarafından işlenen bir suç nedeniyle ayrı bir ekonomik yapısı ve iradesi olmayan tüzel kişinin ve tüzel kişi ortaklarının cezalandırılmasının, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesiyle çelişeceği; ancak bu suçlar nedeniyle yaptırımın diğer şeridi olan güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği ifade edilmektedir²⁴⁷.

IV. HÜMANİZM İLKESİ

A. İnsan Haysiyetiyle Bağdaşır, Ayrım Gözetmeyen Ceza Hukuku Yaptırımları

İnsanın mahiyeti, yani sırf insan olmasının bir gereği olan insan onuru, insanı diğer canlılardan ayıran ve ona değer kazandıran bir özelliktir. İnsana bu özel yeri sağlayan insan onuru kavramının tarihte yerleşmesi kolay olmamış, insanlık tarihi

²⁴³ Meraklı, **a.g.e.**, s. 59, 60.

²⁴⁴“Kusur ilkesinin doğal sonucu ceza sorumluluğunun bireyselliği ilkesidir.” İçel, **a.g.e.**, s. 87; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 76.

²⁴⁵“...Kusur ilkesinin bir unsuru olarak görülen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, kusur ilkesinden bağımsız bir ilke olarak ceza hukukunda yerini almıştır...”Zafer,**a.g.e.**, s. 50.

²⁴⁶ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 75.

²⁴⁷ Zafer, **a.g.e.**, s. 52.

boyunca yaşanan acı tecrübeler sonucunda²⁴⁸ gelişerek bugünkü değerine kavuşmuştur. Bilhassa insan onuru kavramının bugünkü haline gelmesinde Aydınlanma Çağı'nın insanı eşit ve özgür birey olarak tek başına bir değer olarak kabul eden görüşünün önemi yadsınamaz. Nitekim günümüzde, insanın onurlu bir hayat sürdürebilmesi için insanın özünden kaynaklanan bir kavram olan insan hakları kavramı, kimseye ayırım gözetmeksizin hukuktaki yerini kesin olarak almıştır²⁴⁹.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi²⁵⁰ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi²⁵¹ gibi uluslararası metinler, insan onuru kavramının anayasal²⁵² ve mutlak bir değer olarak gelişimine katkı sağlamıştır. Bu bakımdan, insan hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi ve anayasal değer olan bu kavramın bir anlam ifade

²⁴⁸ İlkenin kabulünden önce birçok toplumda herkesin eşit olmadığı düşüncesi hâkim bir anlayış göstermekteydi. Buna göre insanlar statülere ayrılmış, sıradan bir insanın onuru, soylu birisinin onuru, bir kölenin onuru, bir kadının onuru gibi sosyal, ırk, cinsiyet, siyasi gibi farklı kademelere ait onur anlayışları bulunmaktaydı. Örneğin Roma'da onur, insan olmanın bir gereği olarak kabul edilmemekteydi. Statülere göre onur anlayışının yanı sıra insan onuru bazı davranışların gerçekleştirilmesi sonucu kaybedilebilen bir kavram durumundaydı. Hukuken ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş kölelik müessesesi bulunmaktaydı. Ahmet Mumcu, **İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri**, 2. Bs., Ankara, Savaş, 1994, s. 45-46. Rönesans ve aydınlanma dönemiyle ortaya çıkan düşüncelerden biri olan hümanizmde etkisiyle, geçmiş uygulamaların insana yönelik bahsettiğimiz yaklaşımı terk edilerek insanın insan olmasından dolayı tek başına bir değere sahip olduğu kabul edilmeye başlanmıştır. İnsanın doğuştan eşit ve aynı haklara sahip olduğu fikri temellenmiştir. Mumcu, **a.g.e.**, s. 68. Bugün için geldiğimiz noktada insan onuru hukuk sistemlerince korunan başlıca değerlerden biri haline gelmiştir.

²⁴⁹ Aydınlanma çağıyla ortaya çıkan düşüncenin uygulamada ve yasa metinlerinde karşılığını bulması kolay olmamıştır. Bilhassa İkinci Dünya Savaşı öncesi ve savaş sürecinde yaşanan insanlık dışı olaylar sonucunda yaşanan insan onuru ihlalleri, insan onurunun hukuki bir güvence altında alınarak korunması zorunluluğunu gündeme getirmiştir. İnsan onuru kavramının özünden doğan insan hakları kavramının uluslararası hukukta güvenceye alınması ile insanlık tarihi boyunca süre gelen mücadele nihai olarak beyannameyle taçlandırılmıştır. *"Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer herhangi bir akide, milli veya içtimai menşe, servet, doğuş veya herhangi diğer bir fark gözetilmeksizin işbu Beyanname 'de ilan olunan tekmil haklardan ve bütün hürriyetlerden istifade edebilir."* (İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 2.) Beyannamenin ön sözünde de: *"...İnsanın zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması için insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunmasının esaslı bir zaruret olmasına..."* denilmek suretiyle insan haklarına hukuk düzenlerinde yer verilmesinin gerekliliği ortaya konulmuştur. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin tam metni için bkz.: Münci Kapani, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, 3. Bs., Bilgi, 1997, s. 142-149.

²⁵⁰ *"Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez."* (İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.5) Kapani, **a.g.e.**, s. 144.

²⁵¹ *"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."* (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.3) Sözleşmenin tam metni için bkz.: Kapani, **a.g.e.**, 150-175.

²⁵² *"Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."* (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 3) *"İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür."* (Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası m. 1) Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası tam metni için bkz.: Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, Tercüme: Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar, 2010, s. 14.

edilebilmesi için devlet tarafından mutlak bir şekilde korunması gerekir. Bunun yolu, devletlerin insan onurunu merkeze alan ve onu korumayı amaçlayan hümanizm ilkesi esaslı düzenlemeler yapmasından geçmektedir. Hümanizm ilkesi doğrultusunda hareket edecek devletin faaliyetlerinin odak noktası, insan ve insan onuru olacaktır²⁵³. Bu noktada devletin pozitif ve negatif olmak üzere iki tür yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göre, devletin insan onuruna dokunmaması gerekliliği negatif yükümlülüğünü oluşturmakta iken; insan onuruna yönelik tehditleri bertaraf edebilmek için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olması ise pozitif yükümlülüklerini oluşturmaktadır²⁵⁴. Aksi durumda, yani bu yükümlülükleri uymayan, insan onurunu merkeze almayan, insanı özne değil nesne olarak gören düzenlemeler ile insan hak ve özgürlüklerden söz edilemeyecektir. Zira bütün değerlerin kaynağı insandır²⁵⁵.

Hümanizm ilkesi, insan onuruna verdiği değer ve insan onurunun korunması konusundaki yaklaşımıyla ceza hukukunda oldukça önemli bir yer edinmiştir. Gerçekten, ceza hukukunun merkezinde insan yer almakta olup ceza hukukunun koruduğu tüm menfaat ve değerlerin kaynağını insan oluşturmaktadır. Bu bağlamda, ceza hukuku yaptırımları devredilmez ve dokunulmaz nitelikte bir hukuksal değer olan insan onuru temelli inşa edilecektir. İşkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele içeren insan onuruyla bağdaşmayan yaptırımlar mutlak olarak yasaklanmıştır. Ceza hukuku yaptırımlarının hümanizm ilkesi doğrultusunda inşası, devletin görevlerini yerine getirememesi veya güç kaybetmesi, zayıflaması anlamına gelmemektedir. Aksine, ceza hukukunun insanileşmesi, devlet ve birey arasındaki ilişkinin insani kurallara esasa sıkı bir şekilde kurulmasına ve dolayısıyla özgürlükler ile toplum düzeni arasında denge kurulmasına hizmet edecektir²⁵⁶.

²⁵³ Özbek vd. **a.g.e.**, s. 79.

²⁵⁴ “Negatif yükümlülük devlete, yasaların izin verdiği haller dışında hakka müdahale etmeme görevi yüklemektedir. Buna karşılık pozitif yükümlülükler, kişilerin haklardan etkin şekilde yararlanması için devletin bazı tedbirler almasını, bir başka ifadeyle aktif bir şekilde müdahale etmesini gerektirmektedir.” Anayasa Mahkemesinin 22.10.2015 tarihli ve 2015/29 E. 2015/95 K. sayılı kararı. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/genel-kurul-e-2015-29-k-2015-95-t-22-10-2015> (E.T: 03.07.2019)

²⁵⁵ Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 34,

²⁵⁶ Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 35.

B. Suçlunun Islahı Hedefi

Hümanizm ilkesini temel almış bir ceza hukukunda cezalandırmanın amacı kefarettten ziyade suçlunun ıslahıdır²⁵⁷. Islah süreci iki aşamalı olarak ele alınmakta olup hümanizm ilkesinin bir gereği olarak sadece cezaya hükmedilirken değil, cezaların infazı sürecinde de hükümlünün durumu gözetilerek onu yeniden topluma kazandırmak hedeflenmektedir²⁵⁸. Bu bağlamda bir kimse, insan haysiyetiyle bağdaşmayan yaptırımlara tabi tutulamayacağı gibi²⁵⁹, kişiye uygulanacak bu yaptırımların infazında da zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz²⁶⁰.

C. Hümanizm İlkesinin Ultima-Ratio Prensibiyle İlişkisi

Hümanizm ilkesinin *ultima ratio* prensibiyle de sıkı bir ilişkisi bulunmaktadır. Bilindiği üzere, *ultima ratio* yani ceza hukukunun son araç oluşu uyarınca, şayet bir hukuki değeri ihlal eden haksız davranışın diğer hukuk dallarının yaptırımlarına başvurulmak suretiyle korunabilmesi sağlanıyorsa, o davranışın ceza hukuku yaptırımına bağlanması gerekmez. Bu ceza hukukunun yardımcı niteliği olarak kabul görmektedir²⁶¹. İşte kişi hak ve özgürlüklerine diğer hukuk dallarına göre daha ağır müdahale imkânı sağlayan ceza hukuku yaptırımlarına son çare olarak başvurulması, aynı zamanda bir yönüyle de hümanizm ilkesini korumaktadır. Nitekim bir haksız davranışın ihlal ettiği hukuki değer bir tazminat yaptırımıyla korunabildiği halde bundan daha ağır bir yaptırım uygulanma yoluna gidilmesi hümanizm ilkesinin ihlaline neden olacaktır.

²⁵⁷ “Ceza ya ıslaktır veya hiçbir şey değildir. Suçluyu kazıyınız altından insan çıkar. Ümanist ceza hukukunun gerçekliği bundandır.” Erem/Danişman/Artuk, **a.g.e.**, s. 733.

²⁵⁸ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 53.; 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun 3. Madde: “Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır.”

²⁵⁹ Anayasanın 17. maddesinin üçüncü fıkrası: “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

²⁶⁰ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 2. maddesinin ikinci fıkrası: “Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz.”

²⁶¹ Sözüer, “Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu”, s. 23.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK DEVLETİ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE TÜRKİYE’DE CEZA HUKUKU DEĞİŞİMLERİ

I. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNİN TÜRKİYE’DE GELİŞİM SÜRECİ

A. Genel Olarak

Hukuk devleti ilkesinin ceza hukuku bakımından şekli ve maddi anlamda olmak üzere iki sonucunun bulunduğunu ifade etmiştik. Şekli anlamındaki sonucunun bir gereği olarak hukuk devleti ilkesi, hukuki güvenliği garanti eder. Ceza hukukunda bireylerin hukuki güvenliğini sağlayacak mekanizma ise, suçta ve cezada kanunilik ilkesidir¹. Bu bağlamda, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarına uygulamacı ve yasa koyucu ne kadar riayet ederse aynı doğrultuda hukuki güvenlikte o derece sağlanacaktır. Türkiye’de ise bu sonuçların yerleşmesi ve hukuki güvenliğin sağlanması kolay olmamış, uzun ve meşakkatli bir sürecin neticesinde bugünkü kazanımlar elde edilmiştir.

Hukuk devleti ilkesinin ceza hukukuna maddi anlamda yansımaları ise, içeriğe ilişkindir. Bu bağlamda ceza hukuku kuralları insan odaklı olarak tanzim edilir². İnsan odaklı tanzim edilen bu kuralların en önemli özelliği ise, insanı yalnızca insan olduğu için korumalarıdır. Yani insan hakkı söz konusu olduğunda “Kim?” sorusu sorularak bir ayrımcılık yapılamayacaktır. İşte bu gereklilik, hukuk devleti ilkesini tamamlayan, esasında ona özünü veren bir unsur olan eşitlik ilkesinin bir sonucudur³.

¹Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bs., Ankara, Seçkin, 2019, s. 53.

² Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 53, 54.

³ Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesine aykırılığın aynı zamanda hukuk devleti ilkesine aykırılık anlamına geldiği sonucuna ulaştığı kararı için bkz: Anayasa Mahkemesinin 08.10.1991 tarihli ve 1991/34 E. 1991/34 K. sayılı kararı. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/genel-kurul-e-1991-34-k-1991-34-t-8-10-1991>; Yine eşitliği hukuk devletinin olmazsa olmazı gösteren diğer bir kararı için bkz: “Hukuk devleti,...ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve düzeni sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün davranışları hukuk kurallarına ve Anayasa’ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir.” Anayasa Mahkemesinin 21.06.1991 tarihli ve 1990/20 E. 1991/17 K. sayılı kararı

Tüm bu bilgiler ışığında, esasında hukuk devleti ilkesi çerçevesinde yaşanan değişimlerin hem kanunilik ilkesi hem de eşitlik ilkesi kapsamında bu bölüm ele alınması gereklidir. Zira hukuk devleti ilkesi çerçevesinde, Türkiye’de yaşanan ceza hukuku değişimin anlaşılmasının yolu, ilkenin ceza hukukundaki maddi ve şekli anlamdaki yansımaların geçirdiği değişim sürecinin ortaya konulmasından geçer. Ancak eşitlik ilkesinin, hukuk devleti ve doğal olarak kanunilik ilkesi ile arasındaki sıkı ilişkinin yanı sıra birde her insana sırf insan olması gereği eşit uygulama getirme boyutu üzerinden hümanizm ilkesiyle de sıkı ilişkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla bu bölümde yalnızca suçta ve cezada kanunilik ilkesinin yaşadığı değişimlerin çarpıcı örnekleriyle birlikte ortaya konulması gerçekleştirilecek olup eşitlik ilkesi hümanizm ilkesi başlığı altında ayrı bir bölüm olarak ele alınacaktır.

B. Gelişim Süreci

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin dünyadaki gelişimine nazaran ilkenin ülkemizde pozitif hukuk metinlerine ilk yansımaları geç bir tarihte olmuştur. Nitekim ilkenin mevzu hukukta görünüm kazanması, Avrupa ve Amerika’ya göre yaklaşık bir asır gecikmeyle, modern ceza hukuku değişimin başladığı Tanzimat Dönemi kodifikasyonlarına rastlamaktadır. Ancak belirtmemiz gerekir ki, bu dönemden önce kanunilik ilkesinin hiçbir bahsi yoktu şeklinde yapılacak bir yorumda yanlış bir değerlendirme olacaktır. Gerçekten de Göktürk Kitabeleri döneminde dahi suç ya da ceza kelimesini karşılayan ifadelerin kullanıldığı⁴ düşünüldüğünde böyle bir

⁴ Bilinen en eski Türkçe kaynaklardan olan Göktürk Kitabeleri’nde suç sözcüğünün karşılığı olarak “yazuk” kelimesi kullanılmaktadır. Yine Divanü Lügat-i Türk ve Kutadgu Bilig Döneminde de suç ve günah karşılığı “yazuk” kelimesi kullanılmaktadır. Örneğin Kaşgarlı Mahmut’un Divan-ı Lügat’it Türk eserinde yer alan: “*Bu, daima suçu (yazuk) bağışlayan Beydir.*”, “*kendine düşman edinme ve kan dökme..., can çıkarken insan bu iki günahı, suçu yüzünden (yazukla) inler.*”, “*Kusurum, suçum (yazukum) varsa cezalandır, kudret senindir, yok ise bana muğber olma*” şeklindeki ifadeler bu bağlamda suç kavramının kullanıldığını gösteren örneklerdir. Yine ceza kavramının karşılığı olarak “kıyın” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Örneğin Tonyukuk Kitabesi’nde yer alan “*...ceza söyledim, cezaya hükmettim (kıyım aydım).*” şeklindeki ifade; Kutadgu Bilig’de yer alan “*...kötü için en iyi çare, ceza (kıy) sopa ve zindandır.*” şeklindeki ifade ya da Divan’da yer alan “*er yazuktın kızıldı: adam günahı (suçu) yüzünden ağır ceza gördü ve yaptığı işin günahının acısını tattı...artık bundan sonra bir daha o suçu yapmak istemedi.*” şeklinde ifadeler ceza kavramının kullanıldığını gösteren örneklerdir. Detaylı bilgi için bkz: Feda Şamil Arık, “Eski Türk Ceza Hukukuna Dair Notlar I. Suçlar ve Cezalar”, **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi**, C: 17, S: 28, 1995, s. 5-8.; Bu bağlamda ortaya koymak istediğimiz şey suç ve ceza kavramlarının bir şekilde kullanılmış olduğunu göstermektedir. Bu şu bakımdan önemlidir: Bir müessesinin ortaya çıkması için önce o müesseseye ilişkin kavramların bir şekilde ortaya çıkması

değerlendirme iddialı olacaktır. Zira bir şeyin temelini atılması için her şeyden önce ona anlamına kavuşturacak kavramların ortaya çıkıp yerleşmesi gereklidir. Nitekim nispeten yakın tarihimize gittiğimizde, Tanzimat Öncesi Osmanlı Ceza Kanunları olan Fatih Sultan Mehmet Kanunnamesi, Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi, Bosna Kanunnamesi, IV. Mehmed Kanunnamesi aksi yorumu mümkün kılmamaktadır⁵. Zira yazılılık ile kanunilik arasında her daim sıkı bir ilişki mevcuttur.

Ancak biz giriş bölümünde detaylı olarak ifade ettiğimiz şerhimize bağlı kalarak modern ceza hukuku gelişiminin başladığı dönem sonrası itibariyle meseleyi ele alacağız. Bu bağlamda, girizgâh olarak Tanzimat Dönemi Osmanlı Anayasal Belgelerinde ve Ceza Kanunlarındaki durumu genel olarak ortaya koyduktan sonra tezimizin esasını oluşturan 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemi özelinde detaylı bir inceleme yapacağız.

1. Tanzimat Sonrası Osmanlı Anayasal Gelişmelerinde ve Ceza Hukuku Alanında Gerçekleştirilen Kodifikasyonlarda

a. Genel Olarak

On dokuzuncu asrın ilk yarısında imparatorluk rüşvetin, kayırmacılığın, liyakatsizliğin kolaçan gezdiği, adaletin terazisinin siyasi nüfuzun ve paranın etkisine göre karar verdiği, siyasi ve iktisadi açıdan inhilali yakın görünen bir manzara arz etmekteydi. Otoritenin muhafazasını sağlayan ordunun aldığı seri mağlubiyetler ise tarihi ve başarısı askeri galibiyetler üzerine kurulan devletin askeri-teokratik temellerinin sarsılmasına ve devletin nüfuz ve itibarının artık kaybolmaya

ve yerleşmesi gereklidir. Kanunilik ilkesinin özünü oluşturan bu iki kavramın bu şekilde Eski Türk Kitabeleri'nden beri ortaya konulmuş olması en azından ilkenin bir mantık çerçevesinde ortaya çıkmaya başladığının önemli bir emaresidir.

⁵Kanunnameler hakkında bilgi için bkz.: Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: I**, 11. bs., İstanbul, Beta, s. 121-123.; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C: I**, İstanbul, Beta, 1991, s. 73-75.; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., Ankara, Seçkin, 2011, s. 93-95.; Ahmet Akgündüz, **Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Yayınları No: 6, 1996, 803-808.

başlamasına neden olmaktaydı⁶. Tanzimat Fermanı'nın ilanı öncesi yapılan nizamlar yoluyla düzensizliği ortadan kaldırmaya yönelik teşebbüsler fayda etmemiş ve bu gelişmeler artık dağılmaya yüz tutmuş imparatorluğun tebaasını yeni prensipler etrafında toplamanın gerekliliğini ortaya koymaktaydı⁷. İşte bu gereklilik, neden Tanzimat hareketi sorusuna cevap olmaktaydı. Filhakika, Tanzimat'ın en mühim vazifesi olan bu durumu İncılık, “*Tanzimat, iktisadi-içtimai temelleri çürüyerek yıkılmağa yüz tutan bir imparatorluğun yeni prensiplerle yeniden kurulma teşebbüsünü gösterir.*” şeklindeki sözüyle ortaya koymaktadır⁸.

Tanzimat Hareketi, yeni prensipler temelinde devlet anlayışında ve devlet idaresinde modernleşmenin başlangıcıdır⁹. Yani tüm alanlarda çok yönlü bir değişim hareketidir. Bu değişim hareketinin en çok tetikleme yaptığı alanlardan biri ise hukuk alanı olmuştur. Nitekim Tanzimat Dönemi boyunca hukukun neredeyse bütün alanlarında geniş çaplı bir kodifikasyon hareketine girişilmiştir. Bu kodifikasyonların pek çok önemli getirisi ve sonucu olmuş, konumuzla bağlantılı olarak bu getiri ve sonuçlardan birisi de suçta ve cezada kanunilik ilkesidir. Ancak Tanzimat'tan sonra, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin hangi tarihte ve hangi kanunda ilk defa açık bir şekilde ortaya konulduğu üzerinde uzlaşıya varılmış bir mevzu değildir¹⁰.

b. Tanzimat Fermanı

Bu konuda öncelikle ele alınması gereken ilk belge, 3 Kasım 1839 tarihinde Sultan Abdülmecit'in talimatıyla Koca Mustafa Reşit Paşa tarafından Gülhane Parkı'nda elçiler, devlet erkânı ve halkın huzurunda ilan edilen Tanzimat

⁶Yavuz Abadan, “Tanzimat Fermanı'nın Tahlili” isimli makaleden aktaran Halil İncılık/Mehmet Seyitdanlıoğlu, **Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu**, 2. bs., Ankara, Phoneix Yayınevi, 2006, s. 39.

⁷“Tanzimat'ın ilk ve mühim vazifesi imparatorluğun dayandığı, dağılma tehlikesine maruz kütleleri, yeni prensipler etrafından toplamak ve devletin faaliyetini bu esaslara istinat ettirerek muhtelif unsurlar arasında- birlik ve emniyetin esas şartı olan- zapt ve raptı, nizam ve intizamı tesis etmektir.” Abadan, **a.g.m.**, s. 40.

⁸Halil İncılık, “Tanzimat Nedir?” isimli makaleden aktaran Halil İncılık/Mehmet Seyitdanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 14.

⁹Halil İncılık, “Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu” isimli makaleden aktaran Halil İncılık/Mehmet Seyitdanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 91.

¹⁰Bayram Demir, **İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi**, İstanbul, Hiper Yayıncılık, 2018, s. 48.

Fermanı'dır¹¹. Bilindiği üzere Tanzimat Fermanı, modern manasıyla bir esas teşkilat kanununun özelliklerini ihtiva etmeyen¹² ancak modern teşkilat-ı esasiyelere hazırlık teşkil edecek bir temel haklar beyannamesi olarak kabul edilmektedir¹³. Görüldüğü üzere pek çok konuda önemli yenilikleri getiren bu belgenin içerdiği yeniliklerden birinin de açık olmasa da cezada kanunilik ilkesi olduğu ileri sürülmektedir¹⁴. Bu bağlamda fermana yer alan, *“Eshab-ı cünhanın davaları kavanini şer'iyeye iktizasınca alenen berveçhi tetkik görülüp hükmolunmadıkça, hiç kimse tarafından diğerinin ırz ve namusuna tasallut vuku bulmamak ve herkes emval ve emlakine kemali serbesti ile mali ve mutasarrıf olarak ana bir taraftan müdahale olunmamak...”* ve *“her kim olursa olsun kavanini şer'iyeye muhalif hareket edenlerin kabahati sabitlerine göre tedibatı layıklarının hiç rütbeye ve hatıra ve gönüle bakılmayarak icrası zımında ceza kanunnamesi dahi tanzim ettirilmesi”* şeklindeki ifadeler, cezada kanunilik ilkesinin varlığına dair birer emare olarak gösterilmektedir¹⁵.

Gerçekten fermana, tebaa arasında ayırım gözetmeksizin Padişahın teminatıyla emniyet-i kamile'ye, yani tam güvenceye alınan kişi dokunulmazlığı ve güvenliği bağlamında getirilen ceza yargılamasına ilişkin güvencelerin¹⁶, hiç kimsenin diğerinin şeref ve haysiyet ve ırzına dokunamayacağına dair güvencenin¹⁷ ve kanunlara aykırı davrananların cezalarının saptanacağı, yani bir kanunun yapılarak bu kişilerin buna göre cezalandırılacaklarına dair güvencenin¹⁸ altının

¹¹ Tanzimat Fermanı, Gülhane Hatt-ı Hümayunu, Tanzimat-ı Hayriye ve Gülhane Hatt- Şerifi isimleriyle de bilinmektedir. Turinay, **a.g.e.**, s. 196.; Bülent Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, 2. bs., İstanbul, Der, 1995, s. 61.

¹² “Gülhane Hattı, hukuken bağlayıcı ve hükümdarın salâhiyetlerini tahdit edici bir Charte'dır. Fakat modern manasıyla bir esas teşkilat kanununun vasıflarına haiz değildir.” Abadan, **a.g.m.**, s. 49.

¹³ Fermanın temel haklar beyannamesi niteliğiyle ilgili görüşler için bkz.: Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. bs., Bursa, Ekin, 2019, s. 34, 35.

¹⁴ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 30.

¹⁵ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 30. Tanzimat fermanının metni için bkz.: Suna Kili/Şeref Gözübüyük, **Türk Anayasa Metinleri “Senedi İttifaktan Günümüze”**, Ankara, Türkiye İş Bankası, 1985, s. 11-13.

¹⁶ “...Bundan sonra suçluların davaları şer'i kanunlar gereğince alenen incelenip hüküm verilmedikçe, hiç kimse hakkında gizli ve açık idam ve zehirleme muamelesi caiz değildir...” Tanzimat fermanının metni için bkz.: Suna Kili/Şeref Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 11-13.

¹⁷ “...Hiç kimse tarafından diğerinin ırz ve namusuna tasallut vuku bulamaz...” Tanzimat fermanının metni için bkz.: Suna Kili/Şeref Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 11-13.

¹⁸ “...Ulema ve vezirlerden kim olursa olsun, şer'i kanunlara muhalif hareket edenlerin kesinleşmiş kabahatlerine göre layık oldukları cezalandırmaya hiç rütbeye ve hatıra ve gönüle bakılmayarak icrası

çizilmesi önemlidir. Zira bu ifadelerle ceza yargılaması bağlamında evrensel ilkelerden olan “yargılanmadan kimseye ceza verilemeyeceğine” yönelik ilke tanınırken; suç politikasının ana ilkeleri bağlamında suç sayılan fiilin ve yaptırımının yasada sarahaten belirlenmesi anlamına gelen suçta ve cezada kanunilik ilkesine yaklaşılmaktaydı¹⁹.

Bununla birlikte konumuzla bağlantılı olarak ferman bakımından değinmemiz gereken diğer bir önemli husus, fermanda kanun kelimesine verilen önemdir. Bakıldığı zaman metinde kanun kelimesinin çoğulu olan “kavanin” ifadesi on iki kez kullanılırken; kanun terimi ise üç kez kullanılmaktadır²⁰. Niceliksel olarak kanun teriminin bu denli kullanılmış olması önemlidir zira bu şekilde kanun kelimesine verilen önem, kanunilik ilkesi ile yazılı hukuk arasındaki yakın ilişki düşünüldüğünde ilerideki gelişmelerin müjdeleyicisi önemli bir veridir. Tabi sadece kanun terimi niceliksel olarak varlığıyla metinde boy göstermemekte olup aynı zamanda niteliksel olarak da güçlü bir konuma yerleştirilmiştir. Nitekim tarihi vesikada yer alan, kanunların hazırlık sürecinde, kurullarda serbest tartışma ortamında kolektif usuller esasına göre hazırlanacağına dair ifade *-her ne kadar padişahının onayı sonrası yasalaşacağı öngörülmüş olsa da-* ve padişahın çıkarılacak kanunlara aykırı davranmayacağına dair yemin ederek teminat verecek olması yasanın üstünlüğünün, diğer bir ifadeyle yasaya saygı ilkesinin benimsendiğinin göstergesidir²¹. Bu bağlamda fermanla birlikte modern anlamda kanunilik ilkesinin anayasal temelinin atılmasında kullanılacak harcın hazırlanmış olduğunu görmekteyiz.

c. 1840 ve 1851 Tarihli Ceza Kanunları

Kanunilik prensibinin Türk Hukuku’nda ortaya çıkışına dair bir diğer görüşe göre, suçların kanuniliği ilkesinin hukukumuzdaki ilk görünümü, bütün ihtiyaçları

için, ceza kanunnamesi dahi tanzim ettirilsin...” Tanzimat fermanının metni için bkz.: Suna Kili/Şeref Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 11-13.

¹⁹ Tanör, **a.g.e.**, s. 73.; Gülnihâl Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi-Osmanlı Devlet’inden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)**, 2. bs., Ankara, Türk Tarih Kurumu, 2010, s. 49.

²⁰ Faruk Turinay, **Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri**, İstanbul, Oniki Levha, 2013, s. 196.

²¹ Tanör, **a.g.e.**, s. 71, 72.; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 34.

tatmin etmemekle beraber, 1256/1840 tarihli Ceza Kanunnamesi'nde olmuştur²². Esasında kanun geneli itibariyle, bugünkü manada anladığımız modern bir ceza kanunu olma vasfından uzaktır. Ancak kanunun bizzat bu işle görevlendirilmiş bir komisyonca hazırlanıp ilkelde olsa belirli bir sistematığe göre suç ve ceza içeren düzenlemeleri ihtiva etmesi²³ kanunilik ilkesi bağlamında bütün ihtiyaçları tatmin etmese de önemli bir aşama olduğu gerçeğini değiştirmez²⁴. Benzeri şekilde 1840 tarihli kanunun eksiklerini gidermek üzere çıkarılan 1267/1851 tarihli Kanun-ı Cedid'de, her ne kadar suç teorisi konusunda ilk kez düzenlemeler ihtiva etse de ilk kanunun tekrarı mahiyetinde olmuş²⁵ ve suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin açık bir düzenleme getirmemiştir²⁶.

d. 1858 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ilk olarak 1274/1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda yer aldığı ifade edilmektedir²⁷. Bu bağlamda suçta kanunilik ilkesine kanunun 1. maddesinde, cezada kanunilik ilkesine ise kanunun 2, 3, 4, ve 5. maddelerinde yer verildiği belirtilmektedir²⁸. Kanunun 1. maddesindeki “...*tayin ve icrası şer'an ülüemre ait olan tazirin tayini derecatını işbu kanunname*

²²Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İstanbul, Ahmet Sait Matbaası, 1949, s. 148.

²³Ahmet Mumcu, **Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl**, 4. bs., Phoneix Yayınevi, 2007, s. 157.

²⁴ Ancak kanunun suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından önemli eksikleri bulunmaktaydı. Gerçekten de kanun, bir takım emir yasakları düzenleyerek bunlara uyulmasını istemiş ancak aksi durumda müeyyidesinin ne olacağını belirlememiştir. Nitekim bazı suçlar karşılığında “...*ve terbiyeleri icra oluna*”, “*takibine bakıla*” deyimleri kullanılmıştır. Örneğin, rüşvete ilişkin olan beşinci faslın yedinci maddesinde, alınıp verilmesi adet olan bazı hediyelerin kabulü için padişahın icazeti aranmakta ancak bunun aksi yapılsa müeyyidesinin ne olduğu gösterilmemektedir. Ayrıca bazı maddelerde de suçlar karşılığında hapis cezası öngörülmesine rağmen cezanın miktarı düzenlenmemiştir. Bu duruma örnek olarak dokuzuncu faslın birinci maddesi gösterilebilir. Hükme göre, mali duruma nazaran vermesi gereken vergiyi vermeyenlerin hapsedileceği belirtilerek bir ceza öngörülmekte ancak cezanın miktarı belirtilmemektedir. Bunların yanı sıra, bazı suçlar karşılığında sabit bir tek cezanın tespit edilerek hâkime takdir yetkisinin bırakılmamış olması, kanunun vurgulanması gereken diğer bir yönüdür. Bu durum yargıcın her olaya göre ayrı bir değerlendirme yapmasını engelleyip cezayı azaltma ya da artırma yetkisinden yoksun bırakmaktaydı. Detaylı bilgi için bkz: Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 125; Ahmet Gökçen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları Ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul, 1989, s. 19-22.; Bozkurt, **a.g.e.**, s. 98, 99.

²⁵ Taner, **a.g.e.**, s. 148, 149.; Gökçen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları**, s. 23.

²⁶ Aynı görüş için bkz.: Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 30.

²⁷ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 30, 31.; Doğan Soyaslan, **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, Ankara, Kazancı, 1990, s. 32, 33.

²⁸ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 30, 31.; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. bs., Ankara, Adalet, 2017, s. 97.

mütekeffil ve mutazammın...” ibaresinin ilkeyi ortaya konulduğu söylenilmektedir²⁹. Kanunun 2, 3, 4, ve 5. maddelerinde ise suçlar; cinayet, cünha ve kabahat olmak üzere üçe ayrılmakta olup bunların mahiyeti ve bu gruba giren suçların cezaları belirtilmektedir³⁰. Buna karşın bir başka görüş, 1. maddenin devamında getirilen hükümle adliye mahkemeleri tarafından yeni kanuna göre cezalandırılan bir suçun, şer’iye mahkemeleri tarafından da ele alınmasına olanak sağlandığını, kanunun getirdiği bu ikiliğin ise, kanunilik ilkesinin tesis edilmesine engel olduğunu ifade etmektedir³¹.

e. 1876 tarihli Kanun-i Esasi

Nihai olarak suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kimileri bakımından anayasal olarak ilk kez³² kimileri bakımından ise hukukumuzda ilk kez görünüm kazanması³³, 1876 tarihli Kanun-i Esasiyle birlikte olmuştur. Gerçekten de Kanun-i Esasinin 10. maddesinde yer alan, *“hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile mücazat olunamaz.”* denilmek suretiyle açık bir şekilde kanunilik ilkesi düzenlenmiştir³⁴. Ancak Kanun-i Esasinin meşhur, *“Hüsukası üzerine sabit olanları; memâliki mahsurâyı şahanedan ihraç ve teb’it etmek münhasıran zatı hazreti padişahînin yed-i iktidarındadır.”* şeklindeki 113. madde hükmü 1909 yılında değiştirilene kadar yürürlükte olduğu sürede, kanunilik ilkesi bir temenni olmaktan öte anlam ifade etmemiştir³⁵.

²⁹ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 31.; Kanunun 1. maddesinin tüm metni ise şu şekildedir: *“Doğrudan doğruya hükümet aleyhine vuku bulan cerayimin icra-i mücazâtı devlete ait olduğu gibi şahıs aleyhinde vuku bulan cerayimin asayiş-i umumiye ihlal eylemesi ciheti dahi kezalik devlete ait olduğundan tayin ve icrası şer’an emr-i ulüemre ait olan tazirin tayin-i derecatını dahi işbu kanunname mütekeffil ve mutazammın olup ancak herhalde şer’an muayyen olan hukuk-ı şahsiyeye hâlel gelmeyecektir.”* Gökçen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları**, s. 117.

³⁰ Gökçen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları**, s. 29.

³¹ Önder, **a.g.e.**, s. 78.

³² Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 31; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 97.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 66; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 113.

³³ Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, 2. bs., İstanbul, Ar Basım, 1982, s. 25; Kayıhan İçel/Süheyl Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 1. Kitap**, İstanbul, Beta, 2006, s. 86.

³⁴ Kanun-i Esasinin tam metni için bkz.: Kili/Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 29-44.

³⁵ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 31.; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 113.; 1909 yılında gerçekleştirilen değişiklikle 113. madde metni ise şu şekli almıştır: *“Hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse şer’i ve kanunun tayin ettiği sebep ve suretten başka bir bahane ile tevkif ve mücazat olunamaz.”* Kili/Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 78.; Bununla birlikte 1909 değişikliğiyle kanunilik ilkesi düzenleyen

2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında ve Ceza Kanunlarında

a. Anayasalarda İlkenin Yeri

(1) 1921 Tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu

1921 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu, savaş dönemi şartları doğrultusunda çıkarılmış ve içinde temel hak ve hürriyetlere ilişkin hüküm bulundurmayan 23 maddelik çok kısa bir anayasadır³⁶. Milli egemenlik ilkesine içeriğinde yer vermesi³⁷ hukuk devleti bağlamında vurgulanması gereken önemli yönüdür³⁸. Ancak içeriğinde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin düzenlendiği bir madde bulundurmamaktadır³⁹.

(2) 1924 Anayasası

Doktrinde, 1924 Anayasasında kanunilik ilkesine yer verilip verilmediği üzerinde uzlaşıya varılmış bir konu değildir. Hatta prensibin anayasal görünümüne kavuştuğunu söyleyenler arasında da ilkenin dayanak noktası konusunda tartışma mevcut olup farklı maddeler gösterilmektedir. Bir görüşe göre, Anayasanın 72.

maddenin ikinci cümlesi de değiştirilmiştir. Değişiklik sonrası ilgili maddenin ikinci cümlesi, “Hiç kimse, kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile tevkif ve mücazat olunamaz.” şeklini almıştır. Maddenin bu değişikliğiyle şeriatın yasakladığı fiillerden dolayı da cezalandırmaya imkan tanınması sebebiyle kanuniliği zayıflatıldığı yönünde görüşler için bkz.: Demirbaş, **a.g.e.**, s. 113.; Önder, **a.g.e.**, s. 108.; İçel/Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 86.

³⁶ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 69.

³⁷ Teşkilatı Esasiye Kanunu 1. madde: “Hakimiyet bilâ kaydü şart milletindir. İdare usulü halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müstenittir.” 1921 Anayasasının tam metni için bkz.: Kili/Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 91-94.

³⁸ “Devlete atfedilen mutlaklık, üstünlük, sınırsızlık, bölünmezlik ve devredilmezlik gibi nitelikler günümüzdeki hukuk devleti anlayışı karşısında artık savunulamaz bir duruma gelmiştir; çünkü mutlak bir egemenlik anlayışı bizi mutlak bir rejime götürür. Mutlak ve sınırsız bir iktidar ise çağımızda hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.” Mehmet Turhan, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C: 20, Y: 2003, s. 223.; “Hukuk devleti, hürriyetçi-çoğulcu demokrasi ile devlet olma iradesinin müşterek bir eseridir.” İbrahim Kaplan, “Demokrasi-Hukuk-Otorite”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C: 49, S: 1-2, Ankara, 1994, s. 269.

³⁹ Abdullah Batuhan Baytaç, **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 22.; Turinay, doğrudan olmasa da Teşkilat-ı Esasiye Kanununda kanunilik ilkesiyle alakalandırılacak düzenlemelerin olduğunu söylemektedir. Turinay’a göre, 7. maddenin son cümlesinde yer alan “Heyeti Vekilenin vazife ve mesuliyeti kanunu mahsus ile tayin edilir.” şeklindeki ifade, Bakanlar Kurulu’nun görev ve yetkilerinin ancak kanunla düzenleneceğini, dolayısıyla bir icrai bir makam olan Bakanlar Kurulu’nun kanun olmaksızın suç ve ceza yaratamayacağına işaret ettiğini söylemektedir. Detaylı bilgi için bkz: Turinay, **a.g.e.**, s. 218, 219.

maddesinde yer alan “*Kanunda yazılı hal ve şekillerden başka türlü hiçbir kimse yakalanamaz ve tutulamaz*” şeklindeki hüküm, kanunilik ilkesinin bir görünümüdür⁴⁰. Diğer bir görüşe göre ise, her ne kadar açıkça ilkeyi belirten bir hüküm olmasa da; 1924 Anayasasının 68. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “*hukuku tabiiyeden olan hürriyetin herkes için hududu, başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tesbit ve tayin edilir.*” şeklindeki hüküm, suçta ve cezada kanunilik prensibini kapsamaktadır⁴¹. Bu çerçevede, 1924 Anayasası bağlamında hiçbir suretle kanunilik ilkesinin bulunmadığını söylemek doğru olmayacağı gibi⁴² açıkça bulunduğunu söylemekte yanlış olacaktır. Ancak 68. madde kapsamında özellikle, kişi hürriyetine müdahalenin kapsamının tayininin kanuna bırakılması, kanunilik ilkesinin dolaylı varlığına delalettir.

(3) 1961 ve 1982 Anayasaları

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, 1961 Anayasasının 33. maddesinde ilk defa açıkça düzenlenmiştir.⁴³ Söz konusu hükmün suçta ve cezada kanunilik prensibini ilgilendiren kısımları, “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilinden dolayı cezalandırılmaz. Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur. Kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*”⁴⁴ şeklindedir. 1982 Anayasası da suçta ve cezada kanunilik ilkesini tıpkı 1961 Anayasasında olduğu gibi açık bir şekilde

⁴⁰ Taner’e göre, bu maddeye “*mücazat olunamaz*” yani diğer bir ifadeyle işlenen bir suçtan ötürü ceza verilemez şeklinde ifade eklenseydi daha da isabetli olurdu. Taner, **a.g.e.**, s. 133.; Turinay’da argumentum a fortiori yani evleviyet ilkesi gereği, ilkenin koruma tedbirlerinin kanuniliğinin kabul edildiği bir hukuk sisteminde cezalar bakımından da evleviyetle kanunilik ilkesinin kabul edilebileceğini, dolayısıyla bu maddeyle kanunilik ilkesinin geçerli olduğunun savunulabileceği yorumunda bulunmaktadır. Turinay, **a.g.e.**, s. 221. Karşı görüş ise söz konusu hükmün, suçta ve cezada kanunilik ilkesinden ziyade yakalama ve tutuklamada yasal güvenceyi sağlamaya yönelik bir hüküm olduğunu ifade etmektedir. İçel/Donay, **a.g.e.**, s. 87.

⁴¹ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 31.; İçel/Donay, **a.g.e.**, s. 87.; Baytaç, **a.g.e.**, s. 22.; Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Genel Hükümler (Madde 1-75), C: 1**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2005, s. 161.; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 6. bs., İstanbul, Beta, 2016, s. 60.; Duygun Yarsuvat, “Yürütme Organının Koyduğu Kaideler İle Suç İhdası ve 1961 Anayasası”, **İÜHFİM**, C: 29, S: 3, Y: 1963, s. 551.; Fatih Selami Mahmutoglu/Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul, Beta, 2017, s.7.

⁴² 1924 Anayasasında kanunilik ilkesinin hiçbir şekilde bulunmadığını savunan görüş için bkz.: Ragıp Sarıca, **Türkiye’de İcra Uzmanının Tanzim Selahiyeti**, İstanbul, Türk Hukuk Kurumu, 1943, s. 72.

⁴³ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, s. 32.; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 97.; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 56.; İçel/Donay, **a.g.e.**, s. 87.; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 113, 114.

⁴⁴ Kili/Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 181.

düzenlemiştir⁴⁵. 1982 Anayasasının 38. maddesinde suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin hükümler ise şu şekildedir: “*Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.*”

Görüleceği üzere, 1961 Anayasasının 33. maddesinin birinci fıkrasıyla suçta kanuniliğe, ikinci fıkrasıyla cezada kanuniliğe yer verilerek ilkeye ilk kez açıkça anayasal görünüm sağlanmıştır⁴⁶. Bununla birlikte üçüncü fıkrafta, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucu olan geçmişe uygulama yasağı düzenleme altında alınmıştır⁴⁷. 1961 Anayasasına nazaran 1982 Anayasasındaki düzenleme ise ilkeyi daha detaylı ve sistematik bir şekilde ele almıştır. Gerçekten, 38. madde hükmü, ilkenin zamansal bakımından lehe uygulanabilecek hallerini de düzenlemektedir⁴⁸. Başka bir deyişle, lehe olan kural uygulanır ilkesi anayasal bir ilke haline gelmiştir⁴⁹. Nitekim söz konusu düzenleme, ceza hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanma alanını, TCK’ya nazaran daha da genişleterek ceza mahkûmiyetinin kanuni neticelerinin yanı sıra, dava ve ceza zamanaşımı konusunda da uygulanır hale getirmiştir⁵⁰. Ayrıca 38. madde hükmüyle birlikte, cezaların yanında, güvenlik tedbirlerinin de kanunilik ilkesi kapsamına alınmış olması önemli bir gelişmedir⁵¹.

b. Ceza Kanunlarında İlkenin Yeri

(1) 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunun birinci maddesinde: “*Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza*

⁴⁵Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 54.

⁴⁶Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 32.

⁴⁷İçel/Donay, **a.g.e.**, s. 87.

⁴⁸Mahmutoğlu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 7.

⁴⁹İçel/Donay, **a.g.e.**, s. 88.

⁵⁰İzzet Özgenç/Cumhur Şahin, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3. bs., Ankara, Seçkin, 2001, s. 47.; Baytaz, **a.g.e.**, s. 156, 157.

⁵¹İçel/Donay, **a.g.e.**, s. 88.; Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 15.; Baytaz, **a.g.e.**, s. 154.

verilemez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz.” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre suçta ve cezada kanunilik ilkesi, daha henüz anayasal güvenceye kavuşmadan çok önceki bir tarihte, yani 1926 yılında, Türkiye Cumhuriyeti Hukuk Sistemi’ne açık bir şekilde girmiştir. Maddede yer alan suç ifadesiyle kastedilen, cürüm veya kabahattir. Zaten 1936 tarih ve 3038 sayılı kanunla birinci maddeye eklenen ikinci fıkra ile bu durum teyit edilmiştir⁵². Madde kapsamında sadece ceza ifadesinin kullanılması dolayısıyla güvenlik tedbirlerinin hariç mi tutulduğu sorunun 1982 Anayasasının kesin hükmüyle çözüme bağlandığını ifade etmiştik. Bununla birlikte, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun ikinci maddesi çerçevesinde, ceza hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanmasına yer verilmiş olup⁵³ burada kanunilik ilkesinin en önemli esaslarından biri olan geçmişe yürüme yasağına yer verilmiştir. “İşlendiği zamanın kanununa göre cürüm veya kabahat sayılmayan fiilden dolayı kimseye ceza verilemez⁵⁴.”

(2) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

Gerek 1961 Anayasası’nın gerek 1982 Anayasası’nın gerekse 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun ilgili hükümleri vasıtasıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesi düzenleme altına alınmıştır. Ancak suçta ve cezada kanunilik ilkesinin tüm sonuçlarıyla birlikte açık bir şekilde metinlere yansıtılmamış olması, ilkenin hukuk sistemine tüm etkisiyle nüfuz etmesini engellemekteydi⁵⁵. Bu durumda hem

⁵²“(2) Suçlar; cürüm veya kabahattir.” Söz konusu değişikliğin gerekçesi: “Suç kelimesi kanunun cezalandırdığı fiil mukabili bir istilah olarak takarrür etmiş ve ceza muhakemeleri usulü kanunu ile diğer kanunlara ve hatta ceza kanununun 1933 yılında değiştirilen birçok maddelerine de girmiştir. Bu istilahın umumî ceza kanununun ilk maddesinde tesbit edilmiş olması encümen ekseriyetince lüzumlu görülerek madde ona göre düzeltilmiştir.” Kayıhan İçel/Feridun Yenisey, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 4. bs., İstanbul, Beta, 1994, s. 297.

⁵³ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu 2. madde: “(1) İşlendiği zamanın kanununa göre cürüm veya kabahat sayılmayan fiilden dolayı kimseye ceza verilemez. İşlendikten sonra yapılan kanuna göre cürüm veya kabahat sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz. Eğer böyle bir ceza hükmolunmuşsa icrası ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. (2) Bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşrolunan kanunun hükümleri birbirlerinden farklı ise failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur.” İçel/Yenisey, **a.g.e.**, s. 301.

⁵⁴“Türk Ceza Kanunu, doktrinde yerleşmiş kural olan “suçun, işlendiği zamanın kanununa tabi oluşu” prensibini kabul etmiştir. Bu sebeple işlendiği zamanın kanununa göre suç sayılmayan bir fiilin, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla suç sayılmış olması halinde fail cezalandırılmaz. Buna “ceza kanunların makale ademi şümülü” denir. İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs., İstanbul, Beta, 2017, s. 104.; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 32.

⁵⁵ İlkenin tüm sonuçlarıyla metne yansıtılma gerekliliğini, Türk Ceza Hukuku Reformunun değerlendirildiği panelde konuşan Sözüer’in şu sözleri de doğrulamaktadır: “...bir eleştiri yapıyor,

uygulamacıların hem de yasa koyucu yerine geçen “küçük meclisçiklerin” bir görev bilinciyle(!) hareket etmelerine neden olmaktaydı. Üstelik kimi zaman yasa koyucunun bizzat kendisi tarafından ilkeye aykırı düzenlemeler yapılmaktaydı. Nitekim 765 sayılı TCK’nın 1. maddesinin kıyası da açıkça yasakladığına yönelik doktrindeki ifadelere⁵⁶ karşın, kıyasa varan genişletici yorumlar yapılabilmekte; Anayasaya açıkça aykırı olmasına rağmen mevzuatlar yoluyla yapılan yetkilendirmeye idareye düzenleyici işlemlerle belli konularda suç ve ceza yaratma imkanı tanınmakta; yasa koyucunun bizzat kendisinin belirsiz bir şekilde oluşturduğu gerek temel gerek yan ceza mevzuatlarındaki düzenlemeler ile ceza hukukunun güvence fonksiyonu bertaraf edilmekte ve bu durumda neyi nasıl uygulayacağını bilemeyen hâkimlerin mevzuat yumağı içinde kaybolmasına neden olmakta; ceza hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanmasına yönelik belirsizlikte, bilhassa geriye yürüme yasağı bağlamında doktrinde hararetli tartışmalara neden olmaktaydı.

Türk Ceza Hukuku Reformu tüm bu hususları dikkate alarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 2.maddesinde, “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.” ve 7. maddesinde, “(1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. (2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri

haklı görülebilir tabii ki, "birtakım temel ilkeleri neden buraya koyuyorsunuz?" Şunun için koyuyoruz: Kanun yorumlarken kanun koyucunun hangi ilkeleri dikkate aldığını açıkça ortaya çıkarmak için. Böylece ceza kanununun kişi hak ve özgürlükleri aleyhine kötüye kullanılmasının önüne geçmek istiyoruz..." **Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Panel**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004, s. 34.

⁵⁶ "...kanunun sarıh olarak suç saymadığı ibaresinin karşıt anlamından kıyasın yasaklanmış bulunduğunu anlamak gerekir." Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 32, 33.

farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır. (3) Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır. (4) Geçici veya sürekli kanunların, yürürlükte bulundukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir.” şeklindeki hükümlere yer vermek suretiyle, suçta ve ceza kanunilik ilkesinin beş ayrı sonucuyla ilgili önemli düzenlemeler getirmiştir⁵⁷. Aşağıda, 765 sayılı mülga kanun dönemi uygulaması özelinde 5237 sayılı kanunla karşılaştırma yapılarak reformun, suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında getirdiklerinin ve reformda hedeflenenlerin ne ölçüde başarıldığı üstünde durulacaktır.

II. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE TÜRKİYE’DE CEZA HUKUKU DEĞİŞİMLERİ

A. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımı Öngörme Yasağı

1. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu Dönemi

765 sayılı mülga TCK döneminde, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörülemediği, kanuni düzenlemede bulunan “eksiklikten” dolayı gerek doktrinde gerek uygulamada hâkim görüş olarak kabul görülmemekteydi. 1924 Anayasası döneminde yani mülga kanunun erken dönemlerinde mesele, yasak olma ekseninden ziyade düzenleyici işlemleriyle suç ihdasının ne dereceye kadar mümkün olabileceği çerçevesinde ele alınmışken; 1961 ve 1982 Anayasasıyla birlikte artık yasak olup olmadığı ekseninde ele alınmaya başlanmıştır. Dolayısıyla bu bağlamda bizde, mülga kanun dönemini iki ayrı başlık altında inceledikten sonra, kanımızca Türk Ceza Hukuku Reformu’nun getirdiği en önemli yenilik olan idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağını, 5237 sayılı Kanun çerçevesinde inceleyeceğiz.

a. 1924 Anayasası Dönemi

⁵⁷Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 57.

(1) Anayasanın Düzenlemesi

Suçta ve cezada kanunilik prensibinin 1924 Anayasası döneminde anayasal bir ilke olarak açık bir şekilde düzenlenmediğini, ancak dolaylı bir şekilde de olsa anayasa tarafından düzenlenme altına alındığını ifade eden görüşlere yukarıda yer vermiştik. Bu bağlamda, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin anayasal olarak açıkça düzenlenmediği 1924 Anayasası döneminde, mülga TCK'nın 1. maddesine karşın, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdası gerek doktrinde gerek uygulamada genel olarak kabul görmekteydi. Tartışılan ise daha ziyade, idarenin suç ve ceza ihdası yetkisinin dayanağı ve kapsamı üzerineydi.

1924 Anayasası döneminde bu hususta üç fikir ortaya atılmıştır⁵⁸. Bu görüşlerden ilki olan ve Fransız yazarlar tarafından da idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratabilmesini açıklamak için kullanılan vekâlet anlamında delegasyon teorisine göre, yasama organı tarafından yürütme organına verilecek bir vekâlete dayanarak düzenleyici işlemlerle suç ihdası mümkündür⁵⁹. Ancak bu görüş, vekâletin her zaman yasama organı tarafından geri alınabileceği ve dolayısıyla yürütmenin bir anda bütün hareket imkânının ortadan kalkabileceği söylenerek eleştirilmiştir⁶⁰.

Diğer bir görüş, idarenin tanzim yetkisinin niteliğine dayanarak yürütme organının, ortaya koyacağı kaideler ile suç ihdas edebileceğini söylemektedir⁶¹. Bu görüş ise, suçta ve ceza kanunilik prensibinin, icra kuvvetinden doğan tanzim

⁵⁸ Duygun Yarsuvat, "Yürütme Organının Koyduğu Kaideler İle Suç İhdası ve 1961 Anayasası", **İUHFM**, C: 29, S: 3, Y: 1963, s. 551.

⁵⁹ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C: I, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 263.

⁶⁰ Bu konudaki fikri desteklemek için 1924 Anayasasının 52. maddesinin son fıkrasına değinilmektedir. İlgili hükme göre, "*nizamnamelerin kavanine mugayereti iddia olunmakta bunun mercii halli Türkiye Büyük Millet Meclisidir.*". Dolayısıyla bu bağlamda nizamnameler bakımından yasama organının yetkisi sınırlı olarak gösterilmiştir. Bu bağlamda "*ama yetki yasama organına ait bulunmuş ve vekalet yolu ile tüzüğü yapan organa bu yetki devredilmiş olsa idi, bu hükme tabii olarak lüzum kalmazdı*" denilmektedir. Bkz.: Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 143.; Ayrıca bu bağlamda, Anayasanın 6. maddesine de değinilmektedir. İlgili hükme göre, "*Meclis teşrii salâhiyetini bizzat istimal eder.*" denilerek ilgili teori yasaklanmıştır. Bkz.: Yarsuvat, **a.g.m.**, s. 551, 552.

⁶¹ "*İcra uzvu-surf icra fonksiyonunun ifa etmekle mükellef olması hasebiyle- genel bir tanzim selâhiyetini haizdir. Anayasa göre, tanzim selâhiyeti icra selâhiyeti içinde mündemiştir ve icra selâhiyetinin bir lâzimesidir.*" Sarıca, **a.g.e.**, s. 317.

yetkisine değil ancak yasa koyucunun iradesine bağlı kılınabileceği ifade edilerek, ceza hukuku bakımından eksik kalması nedeniyle eleştirilmektedir⁶².

Nihai olarak son görüş ise, düzenleme yetkisinin yürütme görevinin tabii bir gereği olduğu ancak bu işlemler yoluyla suç ihdasının sağlanabilmesi için yasa koyucunun bu konuda niyabet vermiş olmasının gerekli olduğunu savunmaktadır⁶³. Böylelikle, 1924 Anayasası'nın benimsediği suçta ve cezada kanunilik prensibinin de korunacağı söylenmiştir. Yeter ki ortada, kararname ve diğer işlemlerle suç yaratılabilmesi için niyabet veren bir kanun ve bu kanun tarafından tayin edilmiş bir suç sahası ve belirli sınırlar içinde tayin edilmiş ceza olsun⁶⁴. Buna karşın, 1924 Anayasasının 6⁶⁵, 26⁶⁶ ve 68/3⁶⁷ hükümlerinin birlikte mütalaası neticesinde, suç ve ceza ihdasının ancak kanunla yapılması gerektiği sonucunu çıkaran bir görüşte bulunmaktadır⁶⁸.

(2) Uygulamanın Yaklaşımı

Kişi hürriyetine müdahalenin kapsamının tayininin ancak kanunla yapılacağını ifade eden ve aynı zamanda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin dolaylı varlığına delalet olan anayasadaki hükme ve Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde ilkeyi açıkça düzenleyen hükme rağmen uygulamada, kanunilik ilkesinin önemli sonuçlarından biri olan idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku

⁶² Gerçekten de 1924 Anayasasının 68. maddesinin üçüncü fıkrası bu konuda açıktır: *"hukuku tabiiyeden olan hürriyetin herkes için hududu, başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tesbit ve tayin edilir."* Yarsuvat, **a.g.m.**, s. 551.

⁶³ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 143.

⁶⁴ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 143.; Taner'de benzeri şekilde dört şartı taşıması halinde düzenleyici işlemle suç ihdasının mümkün olduğunu söylemektedir. Bunlar: "1. Kanunun salâhiyet vermiş olması, 2. Cezaların kanunda tayin edilmiş olması, 3. Düzenleyici işlemin neşir ve ilan edilmesi ya da ilgisine tebliğ olunması, 4. Düzenleyici işlemle suç ihdasının kanunun içerdiği prensiplere aykırı yapılmaması." Taner, **a.g.e.**, s. 159, 160.

⁶⁵ *"Meclis, yasama yetkisini kendi kullanır."* Kili/Gözübüyük, **a.g.e.**, s.112.

⁶⁶ *"Kanun koymak, kanunlarda değişiklik yapmak, kanunları yorumlamak, kanunları kaldırmak, Devletlerle sözleşme, andlaşma ve barış yapmak, harb ilan etmek, Devletin bütçe ve kesin hesap kanunlarını incelemek ve onamak, para basmak, tekelli ve akçalı yüklenme sözleşmelerini ve imtiyazları onamak ve bozmak, genel ve özel af ilan etmek, cezaları hafifletmek ve değiştirmek, kanun soruşturmalarını ve kanun cezalarını ertelemek, mahkemelerden çıkıp kesinleşen ölüm cezası hükümlerini yerine getirmek gibi görevleri Büyük Millet Meclisi ancak kendisi yapar."* Kili/Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 115.

⁶⁷ *"Tabii haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı, başkalarının hürriyeti sınırıdır. Bu sınırı ancak kanun çizer."* Kili/Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 124.

⁶⁸ Yarsuvat, **a.g.m.**, s. 552.

yaptırımı öngörme yasağına riayet edilmemiştir. Gerçekten, kanunla yapılan niyabet ve hatta daha ileri gidilerek hükümetin kendine verilmiş yetkiyi bir başka vekile (bakanlık) devretmesi yoluyla idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdas edilmiştir⁶⁹. Bu konuda 1924 Anayasası döneminde hazırlanan 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, 3780 sayılı Milli Koruma Hakkında Kanun, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 1075 sayılı Ticarete Tağışın Men'i Hakkında Kanun, 3008 sayılı İş Kanunu, 486 sayılı Umuru Belediye Müteallik Ahkamı Cezaiye Hakkında Kanunu, 1426 sayılı Vilayet İdaresi Kanunu örnek olarak gösterilebilir⁷⁰.

Bu bağlamda, uygulamada dikkat çeken özellikleri sebebiyle 20.02.1930 tarihli Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'a ve 18.01.1940 tarihli Milli Korunma Kanunu'na değinmekte fayda vardır. Bilhassa TPKKHK'nın gelişim süreci önemlidir. Zira idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağının hukukumuzda yerleşmesi sürecinin en iyi şekilde anlaşılması, bu kanunun incelenmesi yolundan geçmektedir.

Milli Korunma Kanunu'nun birinci maddesi çerçevesinde, fevkalade hallerde devletin bünyesini iktisat ve milli savunma bakımından güçlendirmek için hükümete, birtakım kararlar alma yetkisi verilmektedir⁷¹. Bu kararlar ise kanunun 4. maddesi uyarınca, teşkil edilen koordinasyon heyeti ya da onun yetki devrinin yaptığı Bakanlıklar aracılığıyla çıkarılmaktaydı⁷². Bu kararlara aykırı davrananların cezaları ise, kanunun 53 ve devamındaki maddelerde sayılmaktaydı⁷³. Her ne kadar kanun ilgili düzenlemesiyle doğrudan idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağına aykırı olsa da o dönemde sadece koordinasyon kurulunun bakanlıklara devrettiği yetki nedeniyle yüksek yargının önüne gelmiştir.

⁶⁹ Yarsuvat, **a.g.m.**, s. 553.

⁷⁰ Yarsuvat, **a.g.m.**, s. 553.; Taner, **a.g.e.**, s. 153.

⁷¹ Milli Korunma Kanunu 1. madde: "*Fevkalade hallerde Devletin bünyesini İktisat ve Milli müdafaa bakımından takviye maksadiyle İcra Vekilleri Heyetince, bu kanunda gösterilen şekil ve şartlar dairesinde vazife ve salahiyetler verilmiştir. Fevkalade haller şunlardır: A – Umumi veya kısmi seferberlik, B – Devletin bir harbe girmesi ihtimali, C – Türkiye Cumhuriyetini de alakalandıran yabancı Devletler arasındaki harb hali.*"

⁷² Milli Korunma Kanunu 4. madde: "*Bu kanun hükümlerine tevfikan İcra Vekilleri Heyetince ittiraz edilecek kararları hazırlamak ve bu işle alakalı vekaletler arasında iş birliği temin etmek üzere bir Koordinasyon Heyeti teşkil olunur...*"

⁷³ Turhan Tûfan Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri**, C: 1, Manisa, Şafak Basım ve Yayınevi, 1982, s. 69.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Ceza Genel Kurulu bu konuda verdiği kararında, “*Milli Korunma Kanununun sarahatına uygun bir şekilde tanzim ve usulleri ilan edilmiş olan Koordinasyon Heyeti kararıyle bir Bakana yetki verilmesinde kanuna mugayeret olmadığına ve yetkili makam tarafından da tanzim ve usulen neşir ve ilan edilmiş olan sirküler ve kararlar hilafına hareket edenlerin fiilinin yetki veren kararnamede gösterilen kanun maddesine muhalefet teşkil etmesi itibariyle suç sayılması icap eylediğine*” yönelik karar vermiştir⁷⁴. Milli Korunma Kanunu’nun yürürlüğü fevkalade hâllerin ortadan kalktığı gerekçesiyle 16.09.1960 tarihli ve 5/322 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla ortadan kalkmıştır⁷⁵. Dolayısıyla kanunun ilgili hükmünün Anayasa Mahkemesinin önüne gelme ve bizimde Mahkemenin değerlendirmesini öğrenme şansımız olmamıştır.

Benzeri şekilde TPKKHK’nın 1. maddesinde “*Kambiyo, nukut, esham ve tahvilât alım, satımının ve memleketten ihracının tanzim ve tahdidi ve Türk parası kıymetinin korunması zımında kararlar ittihazına İcra Vekilleri Heyeti salahiyyetlidir.*” denildikten sonra üçüncü maddesinde, bu yetkiye dayanılarak alınacak kararlara aykırı davrananlar için verilecek cezalar belirlenmekteydi⁷⁶. 1961 Anayasası dönemine kadar bu kanunların Bakanlar Kurulu’na verdiği yetkiler tartışma konusu olmamıştır. Bu sessizliğin nedeni, 1924 Anayasasının “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine açık bir şekilde yer vererek anayasal dayanağa kavuşturmamış olması ve kanunların Anayasa’ya uygunluğunu denetleyecek bir Anayasa Mahkemesinin bulunmamasıydı⁷⁷.

b. 1961 ve 1982 Anayasası Dönemi

⁷⁴ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Ceza Genel Kurulunun 30.03.1949 tarihli ve E. 1948/25 K. 1949/4 sayılı kararı. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/yargitay-ictihatları-birlestirme-ceza-genel-kurulu-e-1948-25-k-1949-4-t-30-03-1949> Hükümetin yetkisinin devri olduğu nedeniyle Yargıtay kararın eleştirisi için bkz.: Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 145, 146.

⁷⁵ Yüce, **a.g.e.**, s. 68.

⁷⁶ Söz konusu hüküm, maddenin 1930 yılındaki ilk halidir. Maddenin 1961 Anayasası öncesi 1954 yılı değişikliğiyle aldığı görünüm ise şu şekildedir: “*Kambiyo, nukut, esham ve tahvilât alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunların mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarıyan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk parasının kıymetinin korunması zımında kararlar ittihazına İcra Vekilleri Heyeti salahiyyetlidir.*” Zaten madde son halini de bu 1954 yılı değişikliğiyle almıştır. Sadece belirli değişikliklerle maddede yer alan İcra Vekilleri Heyeti ifadesi Bakanlar Kurulu, Bakanlar Kurulu ifadesi ise, Cumhurbaşkanı olarak değiştirilmiştir.

⁷⁷ Yüce, **a.g.e.**, s. 68, 69.

1961 ve 1982 Anayasalarıyla birlikte suçta ve cezada kanunilik ilkesi açık bir şekilde düzenlenerek anayasal dayanağa kavuşturulmuştur. Bu durumun önemli bir yansıması ise, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağı meselesinin gerek doktrin gerek uygulamada tartışılmaya başlanması olmuştur. Bilhassa, suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 1961 Anayasasının 33. maddesi ve 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin yanı sıra, yasama yetkisinin TBMM'ye ait olduğunu ve asla devredilemeyeceğini düzenleyen 1961 Anayasasının 5. ve 1982 Anayasası'nın 7. maddesi ile temel hak ve özgürlüklerin KHK düzenlemeleri ile sınırlanmayacağını ifade eden 1961 Anayasası'nın 64. maddesi ile 1982 Anayasasının 91. maddelerinin de etkisiyle mesele, iki farklı cephe ekseninde ele alınmıştır⁷⁸.

(1) Dönemin Hakim Görüşü

765 sayılı mülga TCK döneminde doktrinde hâkim görüşü, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasının mümkün olduğunu söyleyenler oluşturmaktaydı⁷⁹. Bu görüş taraftarlarına göre, kanunla verilen bir niyabete dayanarak idare kanunda gösterilen sınırlar içerisinde suç ihdası yapabilir. Bunun aksinin kabulü, anayasanın ilgili hükümlerini devleti zayıfa düşürecek şekilde yorumlamak olur. Zaten yasamanın ağır işlemesi ve toplumsal hayatın süratli değişimi karşısında belirli koşullar altında suç ihdasının mümkün kılınması bir zorunluluktur⁸⁰. Ayrıca, 1924 Anayasası'nda yasaklanmayan bu durumu şayet yasa koyucu yasaklamasak isteseydi, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdası yasağına açık bir şekilde 1961 ve 1982 Anayasalarında yer verirdi⁸¹.

Yine bu görüş taraftarlarına göre, anayasa metinlerinde geçen kanun ifadesinden anlaşılması gereken ise, suçun bütün unsurlarının teker teker kanunda

⁷⁸ Konu hakkında yazarların fikirleri için bkz: Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s. 32-41.; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 142-152.; Önder, **a.g.e.**, s. 118-124.; Yüce, **a.g.e.**, s. 66-79.; İçel/Donay, **a.g.e.**, 114-122.; Duygun Yarsuvat, **a.g.m.**, s. 540-559.; Tosun, "Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması", s. 364-366.

⁷⁹ Baytaç, **a.g.e.**, s. 100-103.

⁸⁰ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 148.

⁸¹ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 148.

gösterilmesi değildir⁸². Bununla birlikte, idareye kanunla verilecek bir yetki, anayasanın ilgili maddelerindeki kanun kavramının ihlali olmayacağı gibi TBMM'nin yasama yetkisinin devri anlamına da gelmeyecektir⁸³. Zira korunmak istenen hukuki değer ve yaptırımların düzenlenmesi yasa koyucu tarafından kanunla yapılmaya devam edilecektir⁸⁴.

Yine bu görüş taraftarlarına göre, temel hak ve özgürlüklerin KHK ile sınırlanmayacağına ilişkin hüküm, yalnızca KHK'lar bakımından geçerli olup, idarenin diğer düzenleyici işlemleri kapsayan bir yasak değildir⁸⁵. Dolayısıyla diğer düzenleyici işlemler yoluyla suç ve ceza yaratılmasının önünde bir engel bulunmadığı söylenmekteydi⁸⁶.

(2) Azınlık Görüşü

Buna karşın azınlık görüşünde olanlar, Anayasanın ve ceza kanunun ilgili hükümleri karşısında idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörmenin mümkün olmadığını kabul etmekteydi⁸⁷. Aksi kabulün ise, yani suçlara kanunların dışında da yer verilebileceğini kabul etmenin, kişi hak ve özgürlüklerine keyfi müdahalenin önünü açacağı belirtilmiştir⁸⁸. Bu bağlamda, kanunilik prensibi

⁸² Söz konusu ifadeyle kastedilenin sadece suçun kanunla kurulacağı olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda, idarenin düzenleyici işlemlerle suç ihdasının yapılmasının önünde engel olmadığı ifade edilmektedir. Bkz.: Tosun **Suç Hukuku Dersleri**, s. 37.; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 149.

⁸³ Önder, **a.g.e.**, s. 122.; Yüce, **a.g.e.**, s. 71.; Tosun, "Yürütme Organlarının Koyduğu Kaideler", s. 351.

⁸⁴ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 149.

⁸⁵ Anayasada yer alan KHK ile ilgili hükümle birlikte kanun hükmünde kararnameler bakımından sorunun çözüldüğü, ancak idarenin diğer düzenleyici tasarrufları bakımından suç ihdasının mümkün olup olmadığının tartışıldığı ifade edilmektedir. Bkz.: İçel/Donay, **a.g.e.**, s. 116. Bu konuda Dönmezer/Erman, KHK hükmünün Bakanlar Kuruluna KHK ile suç yaratma yetkisini vermemesi karşısında diğer düzenleyici işlemler bakımından da artık bir tereddüt meydana geldiğini, ancak ilgili hükümlerin ratio legisi düşünüldüğünde bu şekilde bir yorum yapmanın mümkün olmayacağını ifade etmiştir. Zira söz konusu hükümler, yürütmenin mevcut yetkilerini kısmak amacıyla değil, aksine artırmak amacıyla kabul edilmiştir. Bkz.: Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 151.

⁸⁶ Baytaz, **a.g.e.**, s. 102, 103.

⁸⁷ Baytaz, **a.g.e.**, s. 103.

⁸⁸ Yarsuvat, **a.g.m.**, s. 540.; İçel/Donay, **a.g.e.**, s. 117.; "Suçların kanunlarda gösterilmesi ferd için bir garantidir, çünkü kanun daha az değişkendir, ferdler tarafından hangi fiillerin yasak edildiği bu suretle daha kolay öğrenilebilir; yürütme organlarının yaptığı kaideler ise, sık sık değiştiği için, hukukla meşgul kimselerin bile, bunları takip etmeleri bazı hallerde zorlaşır; bu bakımdan yürütme organının koyduğu yasakların cezayı gerektirmeleri ferdlerin teminatını azaltır. Fakat yukarıda arz edilen sebepler dolayısıyla ile yürütme organlarını yasak koymaktan ve bu yasakları ceza ile müeyyidelendirmekten de vazgeçilememektedir..." Tosun, "Yürütme Organının Koyduğu Kaidelere Aykırılığın Cezalandırılması", s. 352

suçların yalnızca kanunlarla ihdas edilmesini gerektirir. Kanunlar üzerinde maddi ve şekli kanun şeklinde bir ayırım yapılması idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasını mümkün kılmak için üretilmiş yapay bir gerekçedir⁸⁹.

1924 Anayasası'nda açık bir şekilde düzenlenmeyen suçta ve cezada kanunilik ilkesinin 1961 ve 1982 Anayasalarında açık bir şekilde düzenlenmesi ise, yasa koyucunun açıkça idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdas edilmesini yasaklamak istediğini gösteren bir iradedir. Kaldı ki, suçların ancak kanunlar tarafından düzenleneceğini belirten bir hüküm karşısında, açıkça idarenin düzenleyici tasarruflarıyla suç yaratılması yasak şeklinde bir hükmün konulması da hem gereksiz olduğu gibi hem de anayasa tekniğine aykırı bir durumdur⁹⁰.

Bununla birlikte, temel hak ve özgürlüklerin KHK ile düzenlenemeyeceğine dair söz konusu hükümler karşısında, normlar hiyerarşisinde KHK'dan aşağı seviyede bulunan düzenleyici işlemlerle suç ve ceza ihdas edilebileceğini kabul etmek abesle iştigal etmektir. Zira idareye en geniş ölçüde yetki tanıyan KHK ile temel hak ve özgürlükler konusunda düzenlenme yapılamayacağını ifade etmek, idareye daha az yetki veren tüzük ve yönetmeliklerle de suç ve ceza ihdasının yapılamayacağı anlamına gelir⁹¹.

Ayrıca idarenin suç ve ceza ihdası yetkisinin gerekçesi olarak yasamanın yavaşlığı karşısında, ekonomik alanın değişen koşullarına anında müdahale ihtiyacını göstermenin bir tutarsızlık olduğu ifade edilmiştir. Gerçekten de bu yargı, yasamanın ekonomik alandan daha önemli konularda, örneğin savaş ilanı gibi, hızlı hareket edebileceği kabulünü içermekte olup bu hususlarda hızlı hareket eden yasamanın ne gerekçeyle ekonomik durumlarda bunu başaramayacağını açıklayamamaktadır⁹².

c. Anayasa Mahkemesinin İçtihatları

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdasıyla ilgili doktrindeki bu fikir ayrılığı, mülga TCK döneminde değişik doğrultuda verilen Anayasa Mahkemesi

⁸⁹ İçel/Donay, **a.g.e.**, s. 118, 119.

⁹⁰ İçel/Donay, **a.g.e.**, s. 119.

⁹¹ Sahir Erman, **Özel Kanunlar Açısından Ticari Ceza Hukuku Genel Kısım**, İstanbul, Matematik Araştırma Enstitüsü Baskı Atölyesi, 1976, s. 19.; İçel/Donay, **a.g.e.**, s. 120.

⁹² Baytaç, **a.g.e.**, s. 104.

kararlarıyla da kendisini göstermiştir. Yukarıda Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un gelişim sürecinin, ülkemizde idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörme yasağının yerleşmesinin anlaşılması konusunda önemli bir kılavuz olduğunu ifade etmiştik. Bu bağlamda ilgili kanun hakkında Anayasa Mahkemesinin 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde vermiş olduğu kararlara değinilmesinde fayda bulunmaktadır.

Bilindiği üzere, TPKKHK'un birinci maddesinde, *"Kambiyo, nukut, esham ve tahvilat alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyei temine yarıyan her türlü vasıta ve vesikaların memlekette ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk parasının kıymetinin korunması zımında kararlar ittihazına İcra Vekilleri Heyeti/Bakanlar Kurulu salahiyyetlidir."* denilmektedir⁹³. Üçüncü maddede ise, birinci maddedeki kararlara aykırı davranışlar hakkında verilecek cezalar, aşağı yukarı sınırları belirtilerek gösterilmektedir⁹⁴.

(1) İlkenin Aleyhine İçtihatlar: Anayasallaşma Gayreti

Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanun'un idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdası meselesinin incelenmesinde önemli olduğunu ifade etmiştik. Bu konuda Anayasa Mahkemesi, hem 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarında⁹⁵ hem de 1982 Anayasası döneminde verdiği kararında⁹⁶ ilgili

⁹³ Söz konusu madde günümüze kadar uzanan bu mevcut halini, 15.02.1954 tarihli 6258 sayılı Kanunun birinci maddesiyle yapılan değişiklik sonucu almıştır. Sadece maddedeki "İcra Vekilleri Heyeti" ifadesi 2003 yılında Bakanlar Kurulu olarak, 2018 yılında ise "Bakanlar Kurulu" ifadesi "Cumhurbaşkanı" olarak değiştirilmiştir.

⁹⁴ Söz konusu madde 765 sayılı mülga TCK döneminde, Kanunun çıkarıldığı 1930 tarihinden sorunun Türk Ceza Hukuku Reformuyla çözüldüğü 2008 yılına kadar sırasıyla, 1942, 1950, 1954, 1985, 1989 ve 2003 yıllarında değişiklikler geçirmiştir. Devletin izlediği ekonomik politika çerçevesinde birinci madde ihlali karşısında, kimi zaman ağır para cezası ve hapis cezası birlikte yaptırım olarak öngörülmüşken; kimi zamanda yalnızca ağır para cezası yaptırım olarak görülmüştür. Reform sonrası maddenin metninin bilhassa 2008 değişikliğiyle aldığı durum ayrıntılı olarak aktarılacağından burada sadece, birinci madde ihlali nedeniyle yaptırım öngörüldüğünün belirtilmesiyle yetinilmiştir.

⁹⁵ Anayasa Mahkemesinin 28.03.1963 tarihli ve 1963/4 E. 1963/71 K. sayılı kararı: *"...1567 sayılı Kanunun 3. maddesi ise, Bakanlar Kurulunca 1. maddeye ittihaz edilen kararlara aykırı hareket edenlere ceza tayin etmiştir. Bu hükümle, suçun kanuni unsuru Bakanlar Kurulunun 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı harekette bulunmaktadır. Şu halde, suçun ne olduğu kanunla belirtilmiştir. Kaldı ki, Bakanlar Kurulu kararı daha önce Resmi Gazetede neşredilmek suretiyle kişilere hangi fiillerin yasaklandığı duyurulmakta ve böylece kişinin teminatı sağlanmakta ve ceza da kanunda*

düzenlemenin anayasa aykırı olmadığına karar vermiş ve iptal istemlerini reddetmiştir⁹⁷. Bilhassa Anayasa Mahkemesi'nin, 1961 Anayasası döneminde konu hakkında verdiği kararlar önemlidir. Zira ilgili kararların etkisini ileride aktaracağımız üzere, 1982 Anayasasının gerekçe metninde göreceğiz. Bu bağlamda, 1963 yılında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararı genel çerçeve ile özetlemekte fayda vardır. Mahkeme bu kararında: *“Yasama organı kanun yapma yetkisini başka ellere bırakamaz. Bu prensip Anayasanın 5. maddesinde açıklanmıştır. Yasama organı herhangi bir alanı Anayasaya uygun düzenleyebilir. Ancak zamanın gereklerine göre sık sık önlemler almak, bunları kaldırmak veya değiştirmek, günlük olayları izlemek yasama organı için güçtür. Bu yüzden yasama organı bir konuda esaslı hükümleri saptadıktan sonra ayrıntıları düzenlemeyi hükümete bırakabilir. Bu bırakış yasama yetkisinin bırakılışı değildir, tersine yasama yetkisinin kullanılışıdır. TPKK Kanunu 1. maddesinde hükümete bırakılan düzenlemenin yönünü belirlemiş, esasını saptamıştır. Suçun yasal unsuru böylece yasada belirtilmiştir. Bakanlar Kurulunun kararları daha önce Resmî Gazete’de yayınlandığı için kişinin güvencesi de sağlanmıştır. Buna göre kararname ile suç yaratma söz konusu değildir. Suçu yaratan kanun koyucudur.”* demiştir⁹⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı doktrindeki bazı yazarlar tarafından benimsendiği gibi eleştiriye de uğramıştır. Dönmezer/Erman, Anayasa Mahkemesi kararından çıkan sonuç bağlamında, şayet kanun ihdas edilecek suç alanını tahsis etmiş ve hükmedilecek cezayı göstermişse düzenleyici işlemlerle suç

gösterilmekte olmasına göre mücerret kararname ile suç ihdası söz konusu olamayacağından bu konuya ilişkin itiraz yerinde görülmemiştir...” aktaran Ersan Şen, **1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararlarında**, İstanbul, Beta, 1998, s. 14. ; Kararın muhalefet şerhi dahil bütünü için bkz: Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 16-20.; Mahkemenin 1567 sayılı Kanun ile ilgili diğer kararlarının künyeleri: 29.03.1963 tarihli ve 1963/7 E. 1963/72 K. sayılı kararı, 16.06.1964 tarihli ve 1963/101 E. ve 1964/49 K. sayılı kararı. Aktaran Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 103, dn 85.

⁹⁶“Yasa koyucu tarafından suçun unsurlarının saptanmasından ve suç oluşturan eylemin ve cezanın yasada açıkça belirlenmesinden sonra ayrıntılarla uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinde yürütmeye yetki verilmesi, kararla suç oluşturma anlamına gelmez ve yasallık ilkesi de zedelenmez. Kaldı ki, Bakanlar Kurulu kararı daha önce Resmi Gazetede yayımlanarak kişilere hangi eylemlerin yasaklandığı duyurulmakta ve böylece kişinin güvencesi sağlanmaktadır. Ceza da yasa ile gösterdiğine göre kararname ile suç oluşturulması söz konusu olamayacağından bu konuya ilişkin sav yerinde görülmemiştir.” Anayasa Mahkemesinin 08.10.1998 tarihli ve 1997/53 E. 1998/62 K. sayılı kararı Kararın metni için bkz: 04.07.2001 tarihli ve 24452 sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/07/20010704.htm#13>

⁹⁷ Baytaz, **a.g.e.**, s. 107, 108.

⁹⁸ Yüce, **a.g.e.**, s. 69, 70.

ihdas edilebileceğini; Önder, Anayasa Mahkemesi'nin kararı ve Anayasanın ilgili hükümleri göz önünde bulundurulduğunda, yürütmenin düzenleme yetkisine dayanarak bazı fiilleri suç olarak belirttiği hallerde, bu tasarrufların maddi anlamda kanun olduğunu; Yüce ise, Anayasa Mahkemesinin kararına katılmak gerektiğini, zira suçların konusu, amacı ve verilecek cezaların yasama organınca önceden açıkça belirlenmiş olması dolayısıyla bunun ne kanunilik ilkesine ne de yasama yetkisinin devredilmezliği esasına aykırı olmadığını ifade etmiştir⁹⁹. Buna karşın Özgenç/Şahin ise, anayasanın kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini düzenleme altına alan hükümleri karşısında, Anayasa Mahkemesi'nin görüşlerinin isabetli olmadığını ifade etmektedir¹⁰⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasının mümkün olduğunu ifade ettiği kararları sadece TPKHKH ile sınırlı olmamıştır. Nitekim bu dönemde birçok konuda aynı yönde kararları olmuştur¹⁰¹. Nihayetinde Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla bu konuda bir kıstas oluşturmıştır. Buna göre idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasının mümkün olabilmesi için; yasa koyucunun temel kuralları saptaması, idarenin sadece uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları düzenlemesi, yürütmeye verilecek bu yetkinin kanunda, sınırlı, açık ve belirli bir şekilde tarif edilmesi ve subjektif hakların düzenlenmesine ilişkin bir konu olmaması gereklidir. Bununla birlikte anayasanın zorunlu olarak bir konunun kanunla düzenlenmesini ifade ettiği bir alanda yetki devri yapılamayacaktır¹⁰².

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesinin oluşturduğu bu kıstaslar, dönemin doktrindeki hâkim görüşüne paraleldir. Bilhassa, 1961 Anayasası dönemindeki

⁹⁹ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 151.; Önder, **a.g.e.**, s. 121.; Yüce, **a.g.e.**, s. 71.; Erman, Ticari Ceza Hukuku isimli kitabında karar hakkında bazı eleştirilerde bulunmuştur. Buna göre Anayasa Mahkemesinin kararında iktisadi ve ticari konularda süratle karar verme gereksinimini vurgulaması nedeniyle maksada uygunluk denetimi yaptığını, oysaki tek gayesinin anayasa uygunluk olması gerektiğini, bir fiilin suç sayılabilmesi için tarifiinin yasama organı tarafından kanun yoluyla yapılması gerektiğini, suçun kanun hükmünde kararnamelerle yaratılabilmesine Anayasanın izin vermemesi karşısında çoğu yasaklamış olan azıda yasaklamıştır mantığıyla daha alt derecedeki tasarruflar içinde ilgili yasağın geçerli olması gerektiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla bu gerekçelerle kararların yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Sahir Erman, **Ticari Ceza Hukuku Genel Kısım**, İstanbul, Matematik Araştırma Enstitüsü Baskı Atölyesi, 1976, s. 18-20.

¹⁰⁰ Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 20, 21.; Aynı yönde görüş için bkz: İçel/Donay, **a.g.e.**, s. 119-122.

¹⁰¹ Örneğin Ticarete Tağışın Men'i Kanunu hakkında vermiş olduğu 07.03.1963 tarihli ve 1962/281 E. 1963/52 K. sayılı kararı. Detaylı bilgi için bkz: Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, s. 17, 18.

¹⁰² Baytaç, **a.g.e.**, s. 100, 101.

TPKKHK hakkında çıkan kararın altının tekrardan çizilmesi gereklidir. Zira ilgili kararın yansımaları suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin gerekçe metninde açıkça kendisine yer bulmuştur. Gerçekten ilgili gerekçede, *"...Bu hükme göre suç ve cezalar ve güvenlik tedbirleri ancak yasama tasarruflarıyla konulabilecektir. Keza, gene bu kural uyarınca, kanunun suç olarak öngörmediği ve ceza koymadığı bir fiil sebebiyle de kimse cezalandırılmayacaktır. Bu hüküm, kanun koyucunun, "açık suç hükmü" koymasına; yani "fiili" bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir. Mesela Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkındaki Kanunun yaptığı gibi; bu gibi hallerde ne yasama yetkisi devredilmiş ne de "kanunsuz suç olmaz" ilkesi ihlal edilmiştir."* denilmek suretiyle, düzenleyici işlemlerle suç ihdasının mümkün olduğuna yönelik dönemin hâkim görüşü benimsenmiştir. Doktrindeki bazı yazarlar tarafından söz konusu gerekçe metni, Anayasa'yı yapan irade tarafından açıkça yasağa aykırı bu uygulamanın anayasallaştırma gayreti olarak gösterilmektedir¹⁰³.

(2) İlke Lehine İçtihatlar

Anayasa Mahkemesi'nin, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasını kabul eden kararlarına karşın, bu konuda yasağı vurguladığı önemli kararları da bulunmaktadır. Bunlar arasından bilhassa, Anayasa Mahkemesi'nin 1918 sayılı Kaçakçılık Kanunu'nun 25. maddesine ilişkin anayasaya aykırılık iddiası bağlamında vermiş olduğu iptal kararı önemlidir¹⁰⁴. Zira Mahkeme bu kararıyla, 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde yerleşmiş içtihadından farklı bir yönde bir içtihat değişikliğine giderek idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdas edilmesinin anayasaya aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁰⁵.

İptal davasına konu olan madde çerçevesinde, Bakanlar Kurulunca yayınlanan ithalat ve ihracat rejimi kararlarına aykırı muhalefet edenler

¹⁰³ Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 21.

¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesinin 1567 sayılı TPKKHK ve 1705 sayılı Ticarete Taşışın Men'i Kanunlarıyla ilgili verdiği karara tam ters düşen 933 sayılı Kalkınma Planının Uygulanması Esaslarına Dair Kanun hakkında vermiş olduğu karar (AYM 25.10.1969 tarihli ve 1967/41 E. 1969/57 K. sayılı karar) için bkz: Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, s. 19.

¹⁰⁵ Baytaz, **a.g.e.**, s. 104, 105.

cezalandırılmaktaydı¹⁰⁶. Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirme neticesinde, maddede geçen “ithalat ve ihracat rejimi kararıyla yasaklanmış olması” ifadesini Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir¹⁰⁷. Kararın gerekçesinde ise şu belirlemelere yer verilmiştir: “Cezanın yasallığı ilkesi, bir suça uygulanacak yaptırım türlerinin, ölçülerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağını, nelerin ne ölçüde hafifletici veya ağırlaştırıcı neden olacağını yasa koyucu tarafından kurala bağlanmasını zorunlu kılmaktadır...Bakanlar Kurulu’nca bir malın ithal veya ihracatının yasaklanması ile eylem suç oluşturmaktadır. Böylece itiraz konusu kuralda suç saptanamamakta, suç olma niteliği Bakanlar Kurulu kararına bırakılmaktadır. Bu ise Anayasa’nın 38. Maddesinde öngörülen “suçun yasallığı” ilkesine aykırıdır.”¹⁰⁸. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdası konusunda mahkemenin esas düşüncesi söz konusu karardan itibaren değişmiş olsada zaman zaman birtakım düzenlemelere ihlal kararı vermediği de olmuştur¹⁰⁹. Nitekim 2004 yılında 556 sayılı Markanın Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 61. maddesinin (d)¹¹⁰ ve 61/A. maddesinin (c) bentlerine¹¹¹ ilişkin verilmiş bir Anayasa Mahkemesi kararı bu duruma güzel bir örnektir¹¹². Anayasa Mahkemesi verdiği kararında suç içeren 61. maddenin (d)

¹⁰⁶ İptali İstenen Yasa Kuralı: “Yukarıdaki fıkra dışında kalan ve bu Kanunda ayrıca cezası bulunmayan her nevi kaçakçılık suçlarının failleri, gümrük kaçağı eşyanın gümrüklenmiş değerinin tekel kaçağı maddeler için CIF değeri ile birlikte özel kanunlarında yazılı para cezasının veya resminin birer misli ağır para cezası ile cezalandırılır ve mal veya eşyanın müsadereğine karar verilir. Mal veya eşyanın, tekele tabi olması veya memlekete ithalinin veya ihracının özel kanunlarla veya ithalat ve ihracat rejimi kararlarıyla yasaklanmış olması durumunda faili hakkında ayrıca bir seneden beş seneye kadar hapis cezasına da hükmolunur”. 22.02.1995 tarihli ve 22213 sayılı Resmî Gazete, s. 15.

¹⁰⁷ Fatih Selami Mahmutoglu/Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul, Beta, 2017, s. 18.

¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesinin 06.07.1993 Tarihli ve 1993/5 E. 1993/25 K. sayılı Kararı. Kararın tüm metni için bkz: 22.02.1995 tarihli ve 22213 sayılı Resmî Gazete, s. 13-20.; Söz konusu kararla önce maddede yer alan ithalat ifadesi daha sonraki 27.09.1994 tarihli ve 1993/42 E. 1994/72 K. sayılı kararla ise ifadenin tamamı iptal edilmiştir. Bkz.: Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 18, dn 36.

¹⁰⁹ Baytaz, **a.g.e.**, s. 106.

¹¹⁰ Aşağıda yazılı fiiller marka hakkına tecavüz sayılır: “...Marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek...” <https://www.lexpera.com.tr/karsilastirmasi/markalarin-korunmasi-hakkinda-kanun-hukmunde-kararname-556/10/10/0/madde-61>

¹¹¹ “61 inci maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına ve yirmiyedimilyar liradan kırkaltı milyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine hükmolunur.” <https://www.lexpera.com.tr/karsilastirmasi/markalarin-korunmasi-hakkinda-kanun-hukmunde-kararname-556/5/10/3/madde-61A>

¹¹² Anayasa Mahkemesinin 02.03.2004 tarihli ve 2002/92 E. 2004/25 K. sayılı kararı. Kararın tüm metni için bkz: 14.05.2004 tarihli ve 25462 sayılı Resmi Gazete

bendini iptal ederken; konu hakkındaki cezaları içeren hüküm olan 61/A maddesinin (c) bendini ise iptal etmemiştir¹¹³.

d. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu 526. Madde

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasına imkân veren düzenlemeler yalnızca özel ceza kanunlarıyla sınırlı olmayıp bizzat ceza kanununda bu yönde hüküm bulunmaktaydı. Bu bağlamda, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 526. maddesinde yürütme organına suç yaratma imkânı veren düzenlemeye değinilmesi elzemdir¹¹⁴. Kanunun 526. maddesine göre, *“Salahiyetli (yetkili) makamlar tarafından adli muameleleri (adli işlemler) dolayısıyla yahut amme emniyeti (kamu güvenliği) ve amme intizamı (kamu düzeni) veya umumi hıfzıssıhha mülâhazasıyla (genel sağlığın korunması düşüncesiyle) kanun ve nizamlara aykırı olmayarak verilmiş bir tedbire riayet etmeyen kimse, fiili ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde”* cezalandırılmaktadır. Görüleceği üzere madde kapsamında, yetkili makam tarafından adli işlemlere, kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kamu sağlığına ilişkin verilmiş kanuna ve düzene aykırı olmayan bir emir ya da bir önleme riayet edilmemesi, ayrı bir suç oluşturmamış olması kaydıyla, ceza yaptırımına tabi kılınmıştır¹¹⁵. Mülga kanun döneminde gerek mevzuatlarda kendisine sıklıkla atıf yapılan gerekse yargı kararlarında uyuşmazlığın çözümünde kullanılan¹¹⁶ bu madde hükmü, 1973 tarihinde itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir¹¹⁷.

¹¹³ Baytaş, **a.g.e.**, s. 110, 111.

¹¹⁴ “Bu mevzuda ceza kanununun 526 ncı maddesi hususi bir ehemmiyet arz etmektedir. Çünkü bu madde, muayyen konulara taalluk etmekle beraber -ve fakat suçların kanuniliği esasını koyan kanunun birinci maddesine rağmen- bir takım fiilleri suç haline koymak hususunda bazı makam ve mercilere oldukça geniş bir ölçüde salahiyet vermektedir...” Taner, **Ceza Hukuku**, s. 154.

¹¹⁵ Yüce, **a.g.e.**, s. 73.; Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s. 35.

¹¹⁶ Örneğin, İl idare Kanunu'nun 9. maddesine dayanılarak valilere genel emirler çıkarma yetkisi verilmiş olup ilgili kanunun 66. maddesinde ise bu emirlere uymayanların TCK m. 526 gereğince cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte, maddede sadece valinin çıkardığı genel emirlere aykırılıkların atıf gereği cezalandırılacağının ifade edilmesi karşısında mülga kanun döneminde, kaymakamın çıkardığı genel emirlere aykırılığın m. 526 hükmüne göre cezalandırılmasının mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu bağlamda yaptığı bir değerlendirmede, kaymakamlıkça alınıp halka duyurulan limanda denize girme yasağına aykırı davranışların m. 526 hükmüne göre cezalandırılacağını kabul etmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 14.05.1973 tarihli ve 1973/2-105 E. 1973/415 K. sayılı kararı ve konu hakkında bilgi için bkz: Yüce, **a.g.e.**, s. 77, 78.

¹¹⁷ Madde hükmünün 1973 yılında Anayasa Mahkemesinin önüne geldiğini açıkça vurgulamamızın altında yatan sebep, maddenin Anayasa Mahkemesince incelenme tarihinin, temel hak ve özgürlüklerin KHK ile sınırlandırılmayacağına yönelik 1971 yılında Anayasaya eklenen düzenlemeden iki yıl sonrasına denk geldiğini göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi kararında, söz konusu hükmün yasama yetkisinin devredilemeyeceği kuralına aykırı olmadığını, zira sık sık değişen ihtiyaç ve durumlar karşısında kanunda esaslı hükümleri saptandıktan sonra acil olaylarda hükümete veya kimi makamlara tedbir alma yetkisinin verilebileceğini, buradan yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı gibi bir anlam çıkarmanın yanlış olduğunu, kaldı ki 526. maddenin birinci fıkrasında suçun ne gibi eylemleri kapsadığının ve bu suça karşılık cezaların açıkça belirlendiğini ifade ederek oy çokluğuyla hükmün anayasaya aykırı olmadığına yönelik karar vermiştir¹¹⁸.

2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

a. Açık Kanuni Düzenleme: İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımı Öngörme Yasağı

Yukarıda detaylarına yer verdiğimiz üzere, mülga kanun döneminde hem doktrinde hem de mahkeme kararlarında idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdası öngörülüp öngörülemediği, üzerinde yoğun fikir ayrılıkları bulunan bir meseleydi. Gerçekten de idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdası, anayasa ve kanunun ilgili hükümlerine açıkça aykırı olmasına rağmen, Türk Ceza Hukuku Reformu dönemine kadar uygulaması devam etmiş bir faaliyet olmuştur. Hatta daha da ileri giderek suçta ve cezada kanunilik ilkesine açıkça aykırı beyaza hüküm müessesesini anayasallaştırma gayretine yönelik çabalar olmuştur. Artık bugün için ise bu tartışmaların kanunun açık hükmüyle birlikte tarihin tozlu sayfalarında kalması ve öğreti için bilimsel bir örnek olmaktan öte başka bir anlam ifade etmemesi gerekir.

Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun en önemli yeniliğinin idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağını açık bir şekilde düzenlemesi olduğunu ifade etmiştik. Gerçekten de kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.*" ifadesiyle, bu yasak açık bir şekilde ortaya koyulmuştur. Söz konusu düzenleme

¹¹⁸ Anayasa Mahkemesinin 07.06.1973 tarihli ve 1973/12 E. 1973/24 K. sayılı kararı, Çevrimiçi, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/e-1973-12-k-1973-24-t-7-6-1973>

aslında olanın ortaya çıkarılmasıdır. Gerçekten de söz konusu maddeyle geçmiş dönemdeki tartışmalar göz önünde bulundurularak gerek anayasada gerek kanunda yer alan “kanun” ifadesinin anlamı ortaya konulmak istenmiştir¹¹⁹. Bu çerçevede, “beyaza hüküm”, “açık ceza normu” ya da “çerçeve kanun” olarak isimlendirilen hükümlerle suç ve ceza ihdasının önüne geçilmiş ve suç ve ceza ihdasının ancak ve ancak teknik olarak kanun niteliğini taşıyan yasama tasarruflarıyla gerçekleştirilebileceği gösterilmiştir¹²⁰. Madde gerekçesinde de bu amaç, *“Anayasamızda da ifade edilen ve evrensel nitelikteki “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin gereği olarak suçların tanımlanması ve ceza hukuku yaptırımları koyma yetkisine sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi sahiptir. Yine Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddi ve manevi varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır. Anayasada temel hak ve özgürlükler alanının, kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmeyeceğinin öngörülmesi de, bu garantinin bir ifadesidir. Kişi hak ve özgürlükleri konusunda kanun hükmünde kararname çıkarılmaması bakımından anayasal normlar getirilen bu yasağın, idarenin diğer düzenleyici işlemleri için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. İşte maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyle, Anayasada yer alan emredici normların gereği yerine getirilerek, idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımının kapsamının belirlenemeyeceği ve ceza konulamayacağı açıkça düzenlenmiş olmaktadır”* şeklindeki ifadelerle ortaya konulmuştur¹²¹.

Görüldüğü üzere yasak hem suç hem de ceza hukuku yaptırımı konulmasını kapsamaktadır. 765 sayılı mülga Kanun döneminde ise genel olarak mesele suç ihdası üzerinden tartışılmış, ceza hukuku yaptırımının kanunla gösterilmesi gerektiği

¹¹⁹ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 66.

¹²⁰ Adem Sözüer, “Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, **Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku**, Prof. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck Onuruna 27-29 Eylül 2009 Tarihlerinde İstanbul’da Düzenlenen Uluslararası Kolokyum Kitabı, İstanbul, 2011, s. 246.

¹²¹ Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 105 dn 13.

çoğunlukla dikkate alınmamıştır¹²². Zaten bu bağlamda, 5237 sayılı Kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasında sadece suç konulamayacağı değil, suç ve ceza konulamayacağı vurgulanmıştır. Böylelikle başta KHK olmak üzere idarenin tüm düzenleyici işlemleriyle ceza hukuku yaptırımı ihdas edilmesi de açıkça yasaklanmıştır.

Nihai olarak reformun en önemli düzenlemelerinden biri olan TCK m. 5 hükmünün idarenin düzenleyici işlemleriyle ceza hukuku yaptırımı ve suç öngörme yasağıyla olan ilişkisine değinmekte fayda vardır. Söz konusu hüküm, yan ceza mevzuatlarında yasak kapsamında disiplinin sağlanmasında etkili olmuştur. Nitekim birazdan değineceğimiz üzere uyum yasaları kapsamında yenilenen yan ceza mevzuatlarında, yasağa uygun olabilmesi için, daha önceden ceza hukuku yaptırımı öngörülen meselelere idari yaptırım uygulama yoluna gidilmiştir. Ayrıca TCK m. 5 hükmü, mülga kanun döneminde anayasaya açıkça aykırı olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeyerek 10 yıllık yasak kapsamına dâhil olan idarenin düzenleyici işlemleriyle yaratılmış suç ve ceza hukuku yaptırımlarını, örtülü olarak uygulanamaz hale getirmiştir. Gerçekten de daha önceden Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeyen hükümleri bulunan, 556 sayılı Markanın Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hakkında vermiş olduğu bir kararında Yargıtay; “...5252 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi ile TCY.nın 2. maddesi ve 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5. maddesi birlikte değerlendirildiğinde; 556 sayılı KHK’nın suç tanımlayan hükümleri (örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığı) kabulü gerekmektedir. Bu nedenle atılı eylemin 556 sayılı KHK hükümleri kapsamında suç oluşturmadığının anlaşılması karşısında sanıkların beraatlerine karar verilmesi zorunluluğu...” bulunmaktadır¹²³ demek suretiyle, KHK düzenlemesinde yer alan suçların reformla birlikte örtülü olarak kaldırıldığını vurgulamıştır.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdasının önemli gerekçelerinden biri olarak ekonomik alanın değişen koşullarına

¹²² Örneğin yukarıda yer verdiğimiz 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanunun 61/A. maddesinin (c) bendine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı

¹²³ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 23.06.2009 tarihli ve 1981/12547 E. ve K. sayılı kararı. Aktaran Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 67, 68 dn 125.

anında müdahale ihtiyacı gösterilmekteydi. Esasında değişen ekonomik koşullara bağlı olarak idari faaliyetin artması karşısında idareye yaptırım uygulayabilme imkânının verilmesi elzemdir¹²⁴. Türk Ceza Hukuku Reformuyla kabahatleri suç olmaktan çıkarmanın gerekçelerinden birini de bu durum oluşturmaktadır. Gerçekten de kabahatler bakımından yaşanan bu gelişmenin, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağıyla yakından bir ilişkisi bulunmaktadır. Zira mülga kanun döneminde suçların cürüm ve kabahat şeklinde ayrıma tabi tutulmuş olması bir yanda kanunilik ilkesi diğer yanda ekonomik koşulun değişen şartları karşısında zorluk yaratmaktaydı. Buna karşın benimsenen yeni sistemle kabahatler suç olmaktan çıkarılmak suretiyle, hem kanunilik ilkesi hem de bir zamanlar suç ve ceza ihdasının gerekçesi yapılan değişen ekonomik koşullar bakımından bir çifte kazanım elde edilmiştir. Nitekim kabahatlerde kanunilik ilkesini düzenleyen Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasında, *“Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.”* denilmek suretiyle, açıkça suçlardan farklı olarak idarenin düzenleyici işlemleriyle, kabahatlere ilişkin suç düzenlemeleri yapılabilmesi imkânı sağlanmıştır¹²⁵. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi'nin kanunilik ilkesini esnek bir şekilde kabul eden görüşünün, yalnızca kabahatler bakımından geçerli olabileceği sonucuna ulaşılabilir¹²⁶. Ancak Kabahatler Kanununun 4. maddesinin ikinci fıkrasının *“kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarın, ancak kanunla belirlenebilir.”* şeklindeki ifadesi karşısında, kabahatlere ilişkin yaptırımlar mutlak bir şekilde kanunla öngörülecektir¹²⁷.

Bu konuda, reform sonrası çıkarılan uyum yasaları kapsamında 24.12.2008 tarih ve 5827 sayılı yasa ile 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'da yapılan değişikliğe, ayrıca değinmemiz gereklidir. Yapılan değişiklik neticesinde, 1567 sayılı Kanunda suç olarak düzenlenen fiiller idari para cezasını

¹²⁴Fatih Selami Mahmutoğlu, **Kabahatlerin Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, Kazancı, İstanbul, 1995, s. 54.

¹²⁵Sözüer, “Jescheck'in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 253.

¹²⁶Baytaç, **a.g.e.**, s. 110.

¹²⁷Özbek vd., **a.g.e.**, s. 75.

gerektiren kabahat haline getirilmiştir¹²⁸. Böylelikle 765 sayılı mülga TCK döneminden beri devam eden sorun, nihayetinde çözüme kavuşturulmuştur.

b. Anayasa Mahkemesinin İçtihatları

Reformla birlikte idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağının açık bir şekilde düzenlenmesinin yansımaları, Anayasa Mahkemesi kararlarında da kendisini göstermiştir. Bugün için Anayasa Mahkemesi tarafından geçmişteki anayasallaştırma gayreti doğrultusunda verilen kararlar terk edilmiş olup artık idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngören düzenlemelerin iptali konusunda mutlak bir tutum sergilenmektedir. Ancak iptal kararlarının çoğunda gerekçelendirme, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağına göre değil, belirlilik ilkesine aykırılık bağlamında yapılmaktadır.

Gerçekten, Anayasa Mahkemesinin TCK'nın 297. maddesinde düzenleme altına alınan “İnfaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak” başlıklı maddeyle ilgili vermiş olduğu iptal kararı bu konudaki önemli bir örnektir. İlgili maddenin birinci fıkrasında, infaz ve tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı sokan veya bulunduran kişinin cezalandırılacağı düzenlenmişken; ikinci fıkra ise, *“ikinci fıkroda sayılanların dışında kalıp da, yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere ikinci fıkra düzenlemesiyle, maddenin birinci fıkrasında sayılmamış ancak yetkili makamlar tarafından infaz kurumu veya tutukevine hangi eşyaların sokulmasının yasak olduğunun tespitinin, idare tarafından yapılacağı belirtilmiştir¹²⁹.

Düzenleme Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş, mahkeme kararında, *“297. maddenin (1) numaralı fıkrasında suça konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek*

¹²⁸ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 67, 68.; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 120, 121.; Baytaç, **a.g.e.**, s. 110.

¹²⁹ Baytaç, **a.g.e.**, s. 112.

sayılmış olmasına karşın, itiraz konusu kuralda böyle bir nitelik belirlemesi yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir.” demek suretiyle düzenlemeyi, Anayasanın 2., 7., 11 ve 38. maddelerine aykırı olması sebebiyle iptal etmiştir¹³⁰. Her ne kadar iptal kararında 7. maddeye de değinilerek, Anayasa’da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesinin olanaklı olmadığı vurgulansa da, esas itibarıyla iptal kararının gerekçesini belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmuştur. Dolayısıyla ilgili kararda, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörme yasağına değinilmemesi önemli bir eksikliktir¹³¹. Esasında bu durum, reformun getirdiği yasağa karşı zihinlerde olan direnişinde bir göstergesidir. Nitekim gerekçede yer alan, “...yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanının bırakılmaması gerekir...” ya da karşı oy gerekçesinde yer alan, “...ihtiyaç karşısında, yasamanın, esaslı hükümleri saptadıktan sonra ayrıntıların belirlenmesinde kimi makamlara yetki vermesi de yasama yetkisinin kullanılmasından başka bir şey değildir. Bu durumlarda yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı gibi bir anlam çıkarmak doğru olmaz...” şeklindeki ifadeler, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörme yasağının henüz tam olarak benimsenmediğini gösteren önemli örneklerdir¹³².

¹³⁰ Anayasa Mahkemesinin 07.07.2011 tarihli ve 2010/69 E. 2011/116 K. Sayılı Kararı (Kararın tam metni için bkz: 21.10.2011 tarihli ve 28091 sayılı Resmî Gazete)

¹³¹ Baytaz, **a.g.e.**, s. 113.; Kararın diğer bir eleştirilen yönü ise, iptal kararının, Resmî Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren altı ay sonra yürürlüğe girmesinin kararlaştırılmış olmasıdır. Zira bu şekilde, kanunilik ilkesini ihlal eden bir hükme belirli sürede olsa uygulanma imkânı tanınmıştır. Bununla birlikte iptal kararı üzerine 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanunla maddenin yeniden düzenlenmiş halinin de, suçta kanunilik ve belirlilik ilkesi bakımından sorunlu olduğu ifade edilmektedir. Özgenç, **a.g.e.**, s. 125, dn 281.

¹³² Anayasa Mahkemesinin 07.07.2011 tarihli ve 2010/69 E. 2011/116 K. Sayılı Kararı; Anayasa Mahkemesinin benzeri şekilde diğer bir kararı için bkz: Anayasa Mahkemesinin 14.01.2015 tarihli ve 2014/100 E. 2015/6 K. Sayılı Kararı. İlgili karara göre 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu’nun 53.

Yine Anayasa Mahkemesinin cezaların kanuniliği ve belirlilik ilkesini gerekçe göstererek iptal ettiği, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 65/b-(b) hükmü önemlidir¹³³. İlgili düzenleme, *“Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar planlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşai ve fiziki müdahale yapanlar veya yaptıranlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.”* şeklindedir. Anayasa Mahkemesi bahsi geçen hükme ilişkin iptal kararını ise şu şekilde gerekçelendirmiştir: *“...Burada suç teşkil eden fiilin konusunu koruma bölge kurullarınca belirlenen esaslara aykırı izinsiz inşai ve fiziki müdahaleler oluşturmaktadır. Ancak koruma alanlarında uyulacak şartların neler olduğunu belirleme yetkisi koruma bölge kurullarına tanınmıştır. Herhangi bir sit alanında bulunan korunması gerekli taşınmaz yapıları hangi müdahalelerin suç oluşturacağını belirlemek idari bir organ olan koruma bölge kurullarına verilmiştir. Kanun’un 57. maddesinin, birinci fıkrasının (g) bendinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar alma yetkisi bölge kurullarına verilmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasının son cümlesinde de bu kararların Kanun ve ilke kararlarındaki dayanakları ile bilimsel gerekçelerinin belirtilerek yazılacağı hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde Kanun’un 61. maddesinde Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişilerin uymak zorunda olduğu hükmü yer almaktadır. Ancak Kanun, Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararlarının Resmî Gazetede yayımlanmasını zorunlu tutmakla birlikte koruma bölge kurulları kararları için böyle bir yayım zorunluluğu öngörmemiştir. Alınan kararların ilgili herkesin bilgisine sunulmaması nedeniyle ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik açısından sorunlar çıkması kaçınılmazdır. Hem tescil kararının tebliğ edilmemesi hem de koruma bölge kurulu kararlarının ilgililere*

maddesinin (b) fıkrasının 2. cümlesinde yer alan, *“Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir.”* ifadesi belirlilik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 18 dn 36.

¹³³ Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 19.

duyurulmasını güvence altına alacak bir yasal hükmün bulunmaması karşısında itiraz konusu kurallarda belirtilen cezai yaptırımların bireyler açısından öngörülebilir olmadığı ve suçların kanuniliği ilkesine uymadığı açıktır.”¹³⁴.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi’ne göre iptale neden olan durum, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörülmesi değil, idarece belirlenen esaslara aykırı izinsiz inşai ve fiziki müdahalenin kapsamının belirsiz olmasıdır. Yani mahkeme için koruma bölge kurulu kararlarının ilgililer bakımından ulaşılabilirliği ve öngörülebilirliği sağlansaydı ilgili düzenlemeyi iptal etmeye gerek yoktu. Daha açık bir ifadeyle, öngörülebilirlik ve ulaşılabilirlik konusunda bir düzenleme maddede bulunsaydı, kanunun ve anayasanın açık hükümlerine rağmen idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörülmesi yasağına aykırı bu uygulama hukuka uygun kabul edilecekti.

c. Geçmiş Alışkanlığının Yansımaları: Sapmalar

Reformu yapan ve açık bir şekilde idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörme yasağını koyan yasa koyucu, zaman zaman mülga kanun döneminden kalma eski alışkanlıklardan kopamayarak, gerek Türk Ceza Kanununda gerek yan ceza mevzuatlarında yasağı aykırı düzenlemeler yapmıştır. Bu konuda, Türk Ceza Kanunu kapsamında kanunun 181. maddesinde yer alan, “*İlgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağı, suya veya havaya kasten veren kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde hüküm¹³⁵ ya da 195. maddesinde yer alan “*bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş*

¹³⁴ Anayasa Mahkemesinin 11.04.2012 tarihli ve 2011/18 E. 2012/53 K. Sayılı Kararı (Kararın tamamı için bkz: 13.10.2012 tarihli ve 28440 sayılı Resmi Gazete)

¹³⁵ İlgili düzenleme kapsamında suçun oluşabilmesi için atık ve artıkların ilgili kanunlarda belirlenen teknik usullere aykırı olarak çevreye atılması gerektiğı, bu bağlamda teknik usullere aykırı olanın ise yönetmelikler aracılığıyla her atık için ayrı ayrı belirlendiğı, dolayısıyla hangi davranışın suç olacağının kanunla değil, yönetmelikle tespit edildiğı ifade edilerek söz konusu hükmün mevcut haliyle yasağı aykırı olduğu belirtilmektedir. Baytaz, **a.g.e.**, s. 115, 116.; Serdar Talas, “Türk Ceza Kanunu’nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları”, **Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncı’ya Armağan, İÜHFİM**, C: 71, S: 1, Y: 2013, s. 1153.

kimsenin bulunduğu yerin karantina alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi...” şeklindeki hüküm¹³⁶ örnek olarak gösterilmektedir.

Bu şekildeki sapmalar sadece ceza kanunuyla sınırlı kalmamıştır. Diğer mevzuatlarda da yasağa aykırı düzenlemelere rastlanabilmektedir. Bu bağlamda, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 66. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan, “...Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davrananlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” şeklindeki hüküm örnek gösterilebilir. Görüleceği üzere ilgili düzenleme kapsamında, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi halinde valiye, kamu düzenini sağlamak amacıyla tedbirler alma yetkisi verilmekte ve bu tedbirlere aykırı davrananlar için ceza öngörülmektedir. Ancak cezalandırma nedenini teşkil edecek tedbirlerin kanunla belirlenmeyip bu işi belirleme yetkisinin valiye tahsis edilmiş olması suçların kanuniliği ilkesine, doğal olarak da idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdası yasağına aykırıdır. Üstelik gereken tedbirlerin tespitinin, kamu düzeni gibi doktrinde üzerine fikir birliğine varılmamış soyut bir kavram üzerinden yapılacak olmasının da ayrıca vurgulanması gerekir.

Nihai olarak Bankacılık Kanunun 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun “Düzeltilici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almamak” başlıklı 152’ nci maddesi örnek gösterilebilir. İlgili hüküm çerçevesinde, Bankacılık Kanunu’nun 68, 69 ve 70’nci maddelerine atıf yapılmakta ve söz konusu maddelerdeki düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almayan sorumlu kişilerin hapis ve adli para cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmektedir. Ancak atıf yapılan söz konusu maddelere gidildiğinde bilhassa 68’nci ve 69’ncü madde kapsamındaki düzeltici ve iyileştirici önlemleri belirleme işinin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna bırakıldığı görülmektedir. Söz konusu düzenlemelerde, “...maddede düzenlenen... tedbirlerinden bir veya birkaçının ya da tamamının ve Kurumca uygun görülecek

¹³⁶ Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 105.

diğer tedbirlerin, Kurumun uygun göreceği bir süre ve onaylayacağı bir plan dahilinde alınmasını ve uygulanmasını bankanın yönetim kurulundan ister.”; “...uygun göreceği her türlü tedbirin, onaylayacağı bir plan çerçevesinde alınmasını ve uygulanmasını bankadan ister.”, “tedbirlerinden bir ya da birkaçının veya uygun göreceği diğer tedbirlerin alınmasını ve uygulanmasını ister.” şeklinde ifadeler kullanılmak suretiyle münferit olarak bir bankadan alınmasını istenen önlemlerin (birel işlem yoluyla) alınmaması halinin cezalandırıldığı görülmektedir. Bu haliyle suç tanımı suçta kanunilik ilkesinin ihlalini oluşturmaktadır¹³⁷. Esasında burada idarenin düzenleyici işlemi dahi yoktur. Yapılan idarenin belirli bir kişiye veya olaya ilişkin yaptığı bir irade açıklaması, yani idarenin bireysel işlemi niteliğinde bir faaliyettir¹³⁸.

3. Değerlendirme

Bugün için mevzuata ve yargı kararlarına bakıldığında mülga kanun dönemine göre sıkıntıların önemli ölçüde giderildiğini söyleyebiliriz. Ancak sapmalar bölümünde de ortaya koyduğumuz üzere, geçmişte bulunan alışkanlığın bir sonucu olarak yasa koyucu, zaman zaman idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağına aykırı düzenlemeler yapma yoluna gitmektedir. Yine mahkemeler kararlarında, açıkça düzenlemelerin yasağa aykırı olduğunu ifade etmek yerine, iptal kararlarını *-sanki yasağa alerjileri varmış gibi-* belirlilik ilkesi üzerinden gerekçelendirmektedirler. Yasa koyucunun ve uygulamacının bu şekilde davranmasının altında yatan sebebin açıklaması ise, genel kanun-özel kanun ve önceki-sonraki kanun ayrımı üzerinden yapılmaktadır. Gerçekten, genel kanun olan Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinin ikinci fıkrasında açık bir şekilde düzenlenen yasağın ve bu yasağın özel ceza kanunlarında geçerli olmasına katkısı bulunan Türk Ceza Kanunu 5. madde hükmünün, reform sonrası çıkarılacak olan kanunlar yönünden mevzuat disiplinini sağlama konusunda etkisi olmadığı ifade edilmektedir¹³⁹. Çözüm olarak ise, böyle bir kuralın ancak ve ancak

¹³⁷ İzzet Özgenç, **a.g.e.**, s. 126.; Baytaç, **a.g.e.**, s. 115. Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 106.

¹³⁸ Baytaç, **a.g.e.**, s. 114.

¹³⁹ Özgenç, **a.g.e.**, s. 127.; Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, s. 163.; İçel/Donay, **a.g.e.**, s. 122.

Anayasaya koyulması durumunda anlam kazanacağı ifade edildiği gibi¹⁴⁰, normlar hiyerarşisinde kanundan önce getirilecek bir temel kanun kategorisi yaratılmak suretiyle çözümün sağlanabileceğini ifade edenler de bulunmaktadır¹⁴¹.

Kanımızca çözüm olarak öne sürülen fikirler önemli olmakla birlikte, malumun sürekli ilam edilmesine yönelik bir çabaya da girişilmesi anlamsızdır. Zira 1982 Anayasası'nın gerekçesinde yer alan anayasallaştırma gayretine karşı malumun ilamı, reformla birlikte ceza kanununda açıkça idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağına yer verilmesiyle yapılmıştır. Burada esas sorun, anayasada yasağı açıkça yer vermemek ya da temel kanun kategorisini normlar hiyerarşisinde öne almamaktan dolayı değil, yasama faaliyetinin yeterli ciddiyetle gerçekleştirilmemesinden kaynaklanmaktadır¹⁴². Bu gerçekliğin aksine yapılacak bir kabul, anayasanın konu hakkında hâlihazırdaki ilgili hükümlerine karşın (m 7., m. 13., m. 38., m. 87., m 91.), yasa koyucunun yasağı aykırı olarak girişeceği faaliyetlere ya da uygulamacının adeta alerjisi varmış gibi iptal kararlarını yasak üzerinden değil de belirlilik ilkesi üzerinden gerekçelendirmesine meşrutiyet kazandırmaktan öte anlam ifade etmez.

B. Belirlilik İlkesi

1. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu Dönemi

a. Kanuni Düzenleme

Kanunilik ilkesinin sonuçlarını ele aldığımız bölümde, bu sonuçlardan birinin belirsiz ceza kanunları yapma yasağı olduğunu ifade etmiştik. Buna göre, suç tanımlarının ve bunların hukuki sonuçlarının genişletilebilir kavramlardan kaçınılarak olabildiğince net bir biçimde ortaya konulması ve aynı zamanda ceza miktarının sınırı belirlenirken alt ve üst sınır arasında aşırı bir farktan kaçınılması gereklidir¹⁴³. Bu ilke, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde *“kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez.”* şeklinde

¹⁴⁰ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 74.

¹⁴¹ Özgenç, **a.g.e.**, s. 127.

¹⁴² Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 69.

¹⁴³ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 247.; Yüce, **a.g.e.**, s. 61, 62.

ifade edilmiştir¹⁴⁴. Söz konusu hükme göre kanun koyucunun görevi, birden fazla anlama gelecek belirsiz terimlerden kaçınarak açık bir şekilde ceza normunu ortaya koymaktır¹⁴⁵. Ancak mülga kanun döneminde yürürlükte olan bazı kanuni düzenlemelerde belirlilik ilkesine riayet edilmemiştir¹⁴⁶.

b. Belirlilik İlkesine Aykırı Düzenlemeler

Mülga TCK döneminde belirlilik ilkesine riayet edilmeyen hükümlerin olduğunu ifade etmiştik. Bu konudaki değinmemiz gereken ilk örnek kanunun 240. maddesinde yer verilen görevi kötüye kullanma suçudur¹⁴⁷. İlgili hükme göre, *“Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsolunur. Cezayı hafifleten nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde ikibin liradan on bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır.”* Görüldüğü üzere hükümde, yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun denilerek belirlilik ilkesinin içerdiği anlamla bağdaşmayan bir düzenlemeye gidilmiştir. Bahsi geçen düzenleme, memurun salt göreve aykırılık olan her davranışının suç olarak kabulünün önünü açmış ve böylelikle ceza hukuku müdahalesini gerekli kılmıştır¹⁴⁸. Oysaki her göreve aykırılığın karşılığının suç olarak tespiti, ceza hukukunun ikincil niteliğine aykırılık teşkil ettiği gibi disiplin cezası gibi bir alternatifle çözülecek meselelere orantısız cezanın önünü de açmıştır. Bununla birlikte, kamu görevleriyle ilgili olarak bu şekilde ceza hukukuna geniş bir müdahale imkânının tanınması, ceza hukukunun güvence fonksiyonuyla bağdaşmaz; aksine, kamu görevlilerinin hareket alanını büyük ölçüde daraltmış olur ve hatta siyasi bir baskı aracı olarak kullanılmasına sebebiyet verir¹⁴⁹.

1961 Anayasası döneminde söz konusu hüküm, hangi fiilin suç sayıldığıının kanunda açıkça belirtilmemiş olması gerekçe gösterilerek itiraz yoluyla Anayasa

¹⁴⁴ Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 21, 22.

¹⁴⁵ Önder, **a.g.e.**, s. 114.

¹⁴⁶ Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 22.

¹⁴⁷ Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 22.

¹⁴⁸ Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 23.

¹⁴⁹ Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 23.

Mahkemesi'nin önüne getirilmiştir. Ancak Mahkeme kararında, *“Maddede ne gibi hallerin görevi kötüye kullanma olacağının açıkça belirtilmeyerek, “her ne suretle olursa olsun” diye genel bir ifade kullanılmış olması sebebiyle hangi fiilin suç sayıldığıнын belli olmaması gibi bir durum yaratıldığı yolunda bir iddiaya yer vermek de doğru olmaz. Burada suçun maddi unsuru, görevin kötüye kullanılmış olmasıdır. Devlet hayatında çeşitli kamu hizmetleri vardır. Bu hizmetlerin yürütülmesini sağlayan mevzuatla, her memurun görevinin niteliği, gerekleri, nasıl ve ne suretle yerine getirileceği belli edilmiş ve sınırları çizilmiştir. Hâkim, önüne getirilen davada bu esasları daima göz önünde tutarak olayda memurun görevini kötüye kullanıp kullanmadığını kolayca tayin ve takdir edebilecek durumda bulunduğuna göre, bu konuda suç unsuru belli demektir. Ortada kanunsuz ve keyfî takdirlere yol açacak bir hal mevcut değildir.”* sonucuna ulaşmıştır¹⁵⁰. Belirsizlik ilkesine aykırı bu hükmün uygulaması mülga kanun dönemince devam etmiş, mahkemelerin her salt göreve aykırılığın cezalandırıldığı yönündeki rahatlığı gerekçesiz hükümlerin dahi kurulmasına neden olmuştur. Gerçekten Yargıtay'ın, ne şekilde göreve aykırılığın olduğunu açıklamayan mahkemenin kararını bozduğu bir kararı bu duruma örnek olarak gösterilebilir: *“Yanılıgı sonucu süren bir işlemi, usulüne uygun biçimde sormaktan ibaret eylemeni, ne suretle görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu açıklamadan hükümlülük kararı verilmesi, yasaya aykırıdır”*¹⁵¹.

Ayrıca söz konusu fıkra da belirlilik ilkesi bakımından diğer bir problemli durum, cezayı hafifletici nedenlerin varlığı halinde cezada indirim öngörülmesine rağmen, hafifletici nedenlerin neler olduğunun belirlenmemiş olmasıdır. Konu Yargıtay'ın önüne gelmiş ve mahkeme burada TCK'nın 59. maddesi ile kabul edilen çözümü modelleyerek bir sonuca varılmıştır¹⁵². Mülga Kanunun 59. maddesi uyarınca, kanuni indirim sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri azaltıcı sebeplerin kabulü mümkündür. İşte nasıl takdiri azaltıcı sebepleri 59. madde uyarınca mahkeme oluşturabiliyorsa, Yargıtay'da

¹⁵⁰ Anayasa Mahkemesinin 12.10.1965 tarihli ve 1965/27 E. 1965/55 K. sayılı Kararı, Çevrimiçi, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/e-1965-27-k-1965-55-t-12-10-1965>

¹⁵¹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 07.02.1991 tarihli ve 1990/7518 E. 1991/1103 K. sayılı Kararı için bkz.: İçel/Yenisey, **a.g.e.**, s. 580-581.

¹⁵² Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 24.

buradaki kararında ilgili maddeye ilişkin hafifletici nedenleri belirlemiştir. “TCK’nın 240. Maddesinin ikinci cümlesinde “cezaı hafifletici nedenlerin” bulunması halinde hükmolunacak ceza miktarı gösterilmiş, fakat hafifletici nedenlerin neler olabileceği açıklanmamıştır. Saniğin eylemi nedeniyle zarar doğmaması, zararın hafif olması, memurun menfaat sağlamaması veya sağlanan çıkarın azlığı, zararın soruşturmaya başlamadan giderilmesi gibi haller öğreti ve yargı kararlarında hafifletici neden olarak kabul edilmiştir.¹⁵³”

Yine belirlilik ilkesine aykırı hüküm olarak mülga TCK döneminden ele alınması gereken diğer bir örnek, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nda yapılan terör kavramına ilişkin tanımdır¹⁵⁴. Her ne kadar söz konusu kanunun 3. ve 4. maddelerinde “terör suçları” ile “terör amacıyla işlenen suçlar” sayma yöntemiyle belirlenmiş isede, ilk maddede yer alan terör kavramının, sadece amaç dikkate alınarak ortaya konulup bu amaç doğrultusunda işlenen fiilin niteliğinin dikkate alınmaması, ceza hukukunun güvence fonksiyonunu sağlayan belirlilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır¹⁵⁵. Zaten söz konusu fıkra, terör aracı cebir (manevi şiddet) ve şiddet (maddi cebir) kavramlarının yanı sıra, baskı, korkutma, yıldırma ve sindirme gibi esasında maddi cebir ve manevi cebire ait olan kavramlara yer vermiş olması ve söz konusu belirsiz ifadelerin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir¹⁵⁶. Ancak mahkeme iptal

¹⁵³ Ceza Genel Kurulunun 06.05.1991 tarihli 100/140 E. ve K. sayılı Kararı. Aktaran Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 24 dn 28.

¹⁵⁴ “Terör; baskı, cebir ve şiddet, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzenini değiştirmek, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletlerinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü eylemlerdir.” (m 1. f. 1.) Kanun metni hakkında detaylı bilgi için bkz: İlhan Akbulut, **Gerekçeli Terörle Mücadele Kanunu ve Açıklaması**, İstanbul, Kazancı, 1993, s. 16 vd.

¹⁵⁵ Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 25.

¹⁵⁶ Hamide Zafer, **Ceza Hukukunda Terörizm Milletler Arası Metinler ve 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun Işığında**, İstanbul, Beta, 1999, s. 120, 121.; Aynı şekilde “kamu düzeni” “genel sağlığı bozmak” gibi esnek ve muallak terimlerin kullanılmış olmasının da suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal eder nitelikte olduğu ifade edilmiş ancak mahkeme kamu düzeni kavramının hukuk ve anayasa diline girdiğini ve bu kavramların yoruma dahi muhtaç olmadığını, Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında da yorumlandığını ifade etmiştir. Önder Sav, “İnsan Haklarına, Hukukun Üstünlüğüne Saygı ve “Terörle Mücadele Kanunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1991, S. 2., s. 180.

kararı vermemiştir¹⁵⁷. İlgili kanun metni 2003 yılında 4928 sayılı Kanunun 20. maddesiyle değiştirilmiş ve böylelikle “cebiri ve şiddet kullanılarak” ifadesiyle fiilin niteliği ön plana çekilmiştir¹⁵⁸.

Diğer bir örnek, 1999 tarihli ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunun birinci maddesinde yeni bir suç olarak ortaya konulan çıkar amaçlı örgüt suçudur. İlgili hükme göre, “Doğrudan veya dolaylı bir biçimde bir kurumun, kuruluşun veya teşebbüsün yönetim ve denetimini ele geçirmek, kamu hizmetlerinde, basın ve yayın kuruluşları üzerinde, ihale, imtiyaz ve ruhsat işlemlerinde nüfuz ve denetim elde etmek, ekonomik faaliyetlerde kartel ve tröst yaratmak, madde ve eşyanın azalmasını ve darlığını, fiyatların düşmesini veya artmasını temin etmek, kendilerine veya başkalarına haksız çıkar sağlamak, seçimlerde oy elde etmek veya seçimleri engellemek maksadıyla zor veya tehdit uygulamak veya kişileri kendilerine tabi kılmaya zorlamak veya mensupları arasında her ne suretle olursa olsun açık veya gizli işbirliği yapmak suretiyle yıldırma veya korkutma veya sindirme gücünü kullanarak suç işlemek için örgüt (kurmak) veya örgütü (yönetmek) veya örgüt adına faaliyette (bulunmak) veya bilerek hizmet (yüklenmek)” çıkar amaçlı örgüt suçunu oluşturur. Burada da terör kavramında

¹⁵⁷ Anayasa Mahkemesinin 31.03.1992 tarihli ve 1991/18 E. 1992/20 K. sayılı kararında, iptal konusu edilen birinci fıkrayla ilgili olarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “Ceza uygulamasının bilenen (cebiri ve şiddet) kavramlarına, yakın anlamalara gelen yeni sözcükler eklenmesinden çok, baskı, cebiri ve şiddet, korkutma, yıldırma, sindirme, tehdit öğeleri, “yöntem” olarak nitelendirmekle bu kavramlara yeni boyutlar kazandırılmıştır. “Yöntem” sözcüğünün kullanılması ile bu kavramlara “kitleleri hedef alan”, “belli bir yoğunluk”, “şiddet ve sistem içinde yapılma” ve “örgütsel bağ” gibi yeni anlamlar edindirilmiştir. Korkutma, yıldırma, sindirme bir saiki olarak değil, etkili bir yöntem olarak anlaşılmalıdır...”...I. maddede terör tanımı yapılırken, cebiri, şiddet, tehdit gibi ceza yasasında sıkça başvurulan, yerleşmiş, uygulamada sorun yaratmayan kavramlar yanında, “baskı”, “korkutma”, “yıldırma”, “sindirme” gibi yeni kavramlara yeni kavramlara yer verilmiştir. Ne var ki, bu belirtilen kavramlar yasallık ilkesini zedeleyebilecek nitelikte, anlaşmazlık, ilgisizlik, özgürlükler açısından kötüye kullanılabilir kavramlar değildir. Tümü “cebiri, şiddet, tehdit kavramları ile yakından ilişkili benzer anlamlara gelen, belli bir şiddeti anlatan, büyük olasılıkla uygulamada ceza hukukunun bilenen kavramlarıyla özdeşleşecek ya da eş anlamlı olarak kullanılacak olan bu yeni kavramların gerekliliği tartışılabilir. Ancak, yasallık ilkesine aykırı değildir.” İzzet Özgenç, **Terörle Mücadele Kanunu**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 20, 21.

¹⁵⁸ “Terör; cebiri ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.”

olduğu gibi amaç ön plana çıkarılmış, söz konusu “suçun” oluşabilmesi için bu amaçlar doğrultusunda bir birleşme yeterli hale getirilmiştir. Böylelikle herhangi bir suç işlemenin ötesinde özel bir amaçla kurulan ve kendine özgü yöntemleri olan belirli bir suç örgütüne ilişkin fiiller cezalandırma altına alınmıştır¹⁵⁹. Dolayısıyla sözü edilen amaçlar güttüğü gerekçesiyle örneğin, şirket, vakıf, dernek gibi hukuki yapılanmaları bile “çıkar amaçlı suç işlemek için oluşmuş örgüt” olarak nitelendirmek mümkün olacaktır¹⁶⁰. Çıkar amaçlı suç işlemek amacıyla oluşturulmuş örgütün varlığı halinde zaten söz konusu düzenleme delil elde edilmesine ve bunların koruma altına alınabilmesine yönelik olarak soruşturma makamlarına geniş yetkiler verip kişilerin özel hayatına büyük ölçüde müdahale imkânı tanımaktaydı¹⁶¹. Birde suçun ne olduğunun ortaya konulmamasıyla yaratılan belirsizlik düşünüldüğünde, ilgili hükmün ceza hukukunun güvence fonksiyonunu bertaraf ettiğinde şüphe yoktur¹⁶².

Sonuç olarak 765 sayılı mülga TCK döneminde belirlilik ilkesi, her ne kadar gerek anayasada gerek ceza kanununda yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin düzenlemelerin doğal bir sonucu olsada yasa koyucunun bazı düzenlemeleriyle ihlal edilmiştir. Bilhassa, yukarıda detaylarıyla değindiğimiz üzere, 765 sayılı mülga kanun ve yan ceza kanunlarında birer mevzuat yumağı haline gelen örgüt¹⁶³ ve teröre ilişkin konularda belirlilik ilkesine ilişkin bu aykırılık görünüm kazanmakta ve uygulamacı, işin içinden çıkılmaz sorunlarla karşılaşmaktaydı.

2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

a. Kanuni Düzenleme

¹⁵⁹Erkan Sarıtaş, **Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220-221)**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 92, 93.

¹⁶⁰ Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 25.

¹⁶¹ Örneğin iletişimin denetlenmesi veya tespiti hakkındaki 2. madde, gizli izleme hakkındaki 3. madde, kayıt ve verilen incelenmesi hakkında 4. madde ya da gizli görevli kullanılmasına imkân sağlayan 5. madde.

¹⁶² Özgenç/Cumhur, **a.g.e.**, s. 25.

¹⁶³ Örgüte ilişkin 765 sayılı TCK’nın 168. maddesinde silahlı çete, 171. maddesinde gizli ittifak, 313. maddesinde suç işlemek amacıyla teşekkül kurmak, 264/3 ve 402/11 maddelerinde suç için anlaşma, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunun 1. maddesinde çıkar amaçlı örgüt kurma suçu düzenlemektedir. Aykut Ersan, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m. 220)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası-Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncı’ya Armağan1**, Cilt, C: LXXI, S: 1, 2013, s. 381.

Belirlilik ilkesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde, *“Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz.”* şeklinde ifade edilmiştir¹⁶⁴. Söz konusu maddede açıkça terimine yer verilerek, suçlara ilişkin kanun hükümlerinin açık ve seçik nitelik arz etmesi ve bu hükümlerde çok genişletilebilen veyahut birden çok anlama gelebilen kavramlardan kaçınılması vurgulanmıştır¹⁶⁵. Ayrıca gerekçede ilkenin kişi hak ve özgürlükleri bakımından taşıdığı önem, *“kanunun amacına ilişkin maddesinde ifade edilen kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir. Aynı şekilde, suç işlenmesi dolayısıyla verilecek ceza ve tedbirlerle, cezaya mahkumiyetin hukuki sonuçları ve bu yaptırımların süre ve miktarlarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur.”* ifadeleriyle ortaya konulmuştur¹⁶⁶. Bununla birlikte, suç ve ceza koyma işinin ancak kanunla yapılabileceğini ifade etmesi nedeniyle Anayasanın 38. maddesinin ilgili hükümleri de belirlilik ilkesi bakımından önem taşımaktadır¹⁶⁷.

b. Belirlilik İlkesini Sağlamaştırmaya Yönelik Adımlar

(1) Mevzuatın Dili

Belirlilik ilkesi, suçların sadece kanuni bir zeminde hazırlanmasını değil, aynı zamanda kanun koyucu tarafından hazırlanan metinlerinde açık seçik ve net olmasını gerektirir¹⁶⁸. Zira bir kanun metni ne kadar iyi düzenlemeler içerirse içersin, şayet vatandaş hatta uygulamacı metnin kullandığı dil karşısında kayboluyorsa, kapsamlı ve farklı anlamlara gelen terimler dolayısıyla neyin suç olup olmadığını kavrayamıyorsa, o kanun güvence fonksiyonu amacına hizmet edemez.

Bu bağlamda, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde her şeyden önce belirlilik ilkesiyle bağlantılı olarak şikâyet edilen en önemli husus, kanunun dilinin eskimiş ve bütünlüğünü yitirmiş olmasaydı¹⁶⁹. İşte bu gereklilik dikkate

¹⁶⁴ Özgenç, **a.g.e.**, s. 127.

¹⁶⁵ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 250.

¹⁶⁶ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 250.

¹⁶⁷ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 57, 58.

¹⁶⁸ Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 16.

¹⁶⁹ “Öncelikle, kanunun dilinin eski ve yer yer anlaşılmasının çok güç olduğunu belirtmemiz gerekir. Oysa ki, kanun metinlerinin açık, net olması zorunludur. Özellikle, ceza kanunlarının, suçta kanunilik

alınarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, anlaşılır bir Türkçe kullanılmış, birden fazla anlamı olan kavramların kullanılmasından uzak durulmuş veyahut diğer anlamlarını önleyecek bir biçimde kullanılmaları sağlanmış, madde metnlerinin yazımında uygulama işini kolaylaştıracak şekilde bir teknik ve sistematik izlenilmiştir¹⁷⁰.

(2) Türk Ceza Kanunu 6. Madde: Tanımlar Düzenlemesi

Kavramların anlamının şüpheye mahal vermeyecek şekilde ortaya konulması belirlilik ilkesinin sağlanması açısından hayati öneme sahiptir. Buna karşın 765 sayılı mülga TCK döneminde, kavramların tutarlı ve belirli bir sistematiğe olmaması belirlilik ilkesi açısından sorunlar doğuruyordu. Gerçekten de kanunun muhtelif bölümlerine dağılmış kavramlar, *-örneğin kamu görevlisi kavramı 279. madde de, ateşli silahlara ilişkin tanımlamalara 189. madde de, gece vakti tanımlaması 502. madde de bulunmaktaydı-* belirli bir sistematiğin oluşmasını engellemekte iken; tanımlamalardaki tutarsızlık ise, *-örneğin 279. maddenin bünyesinde herhangi bir ölçüte dayandırmadan yapmış olduğu kamu görevi ve kamu hizmet ayrımı, gerek öğretide gerek uygulamada bu konuda belirli ölçütler geliştirmeye yönelik faaliyetlere sebep olmuştur*¹⁷¹-, işi iyice içinden çıkılmaz hale getiriyordu.

5237 sayılı Kanun bu gerekliliği dikkate alarak isabetli bir şekilde bu kavramları tek bir çatı altında toplamıştır¹⁷². Kavramların tek bir çatı altında toplandığı 6. madde düzenlemesi, sadece iç hukuk değil, uluslararası hukuktaki gelişmelerde dikkate alınarak oluşturulmuştur¹⁷³. Tek bir çatı altında toplamak suretiyle oluşturulan sistematik belirlilik ilkesinin sağlanmasında önemli bir adım

ilkesinin bir sonucu olan “belirlilik ilkesine” uymaları gerekmektedir. Hele, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin gönül rahatlığı ile uygulanabilmesi için madde metnlerinin vatandaşın anlayabileceği açıklığa ve belirliliğe kavuşturulması zorunluluğu vardır. Diğer yandan ise, sonradan yapılan değişikliklerde kullanılan kelime ve terimlerle genel dil yapısı bozulan kanunun durumunun da düzeltilmesi şarttır.” Kayıhan İçel, İ.Ü Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Başkanı Prof. Dr. Kayıhan İçel’in Sunuş Konuşması, **Ceza Hukuku Günleri**, İstanbul 1998, s. XI.

¹⁷⁰ İzzet Özgenç, **Gerekçeli Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 12.

¹⁷¹ Konu hakkında doktrinde ve yargı kararlarında yapılan tanımlama faaliyetlerine ilişkin detaylı bilgi için bkz: Fatih Mahmutoglu/Serdar Talas, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi, **İstanbul Barosu Dergisi Ceza Özel Sayısı**, İstanbul, 2007, s. 15-20.

¹⁷² Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 53.; Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, s. 179.

¹⁷³ “Örneğin, “çocuk” deyimini, Türkiye’nin de taraf olduğu Birleşmiş milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Hükümlerine uygun olarak tanımlanmıştır.” Özgenç, **Gerekçeli Türk Ceza Kanunu**, s. 13.

olmuştur. Bununla birlikte yapılan tanımlamalarla, belirlilik ilkesine ilişkin geçmişteki tartışmaların büyük ölçüde önüne geçilmiştir¹⁷⁴.

(3) Mevzuat Disiplinin Sağlanması Bağlamında 5. Madde Düzenlemesi

765 sayılı mülga TCK döneminde belirlilik ilkesi bağlamında sıkıntı çıkaran önemli sorunlardan biri de, yan ceza kanunlarında suçların yanında teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konulara da yer verilerek temel kanundaki ilkelerle çelişen, adeta onları dolanan hükümlere yer verilmesiydi¹⁷⁵. Bu durumda, neyin ne olduğu belli olmayan ceza hukukunun güvence fonksiyonuna aykırı düzenleme ve uygulamalara neden olmaktaydı. Bunun çözüm yolu ise, uygulamada tereddütlere yol açan bu hükümlerin ceza hukukunun genel hükümlerine dönüşünden geçmekteydi. İşte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da bu gerekliliği dikkate alarak, genel hükümleri kendi bünyesinde toplamış, aynı zamanda mülga TCK'daki 10. maddeden taban tabana zıt TCK m. 5 düzenlenmesini getirmiştir. İlgili hükme göre, *“Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.”* Böylelikle TCK'nın genel hükümlerinin bütün ceza mevzuatı ve ceza içeren diğer kanunlar açısından uygulanması mümkün hale getirilmiştir. İlgili düzenlemenin belirlilik ilkesi açısından önemi ise, uygulamacı üzerinden tespit edilmelidir. Bugün için mevzuatta yer alan tüm suçların genel hükümlerde bulunan aynı esas ve ilkelere tabi tutulmasının kabulü, uygulamada birlik ve hukuki güvenliğin tesis edilmesini sağlamıştır¹⁷⁶. Böylelikle mevzuat disiplinin sağlanması suretiyle öngörülebilirlik artırılmış ve dolaylı yoldan belirlilik ilkesine katkı sağlanmıştır.

¹⁷⁴ “...Kamu görevlisi kavramının tanımlanarak kamu görevlisi-memur konusundaki tartışmaya son verilmiş olması isabetlidir...”, “...Doktrinde yapılan küçük-çocuk-genç şeklindeki ayrımın bir önemi kalmamıştır...” Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, s. 179.; “...TCK m. 6'nın gerekçesinde kamusal faaliyetin nitelikleri açıklanarak kavram belirgin hale getirilmeye çalışılmıştır...” Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 66.; “...Her ne kadar eleştirilebilecek yönleri bulunsa da, 5237 sayılı TCK'nın 6. maddesinin gerekçesinde avukatların kamu görevlisi olduğunu açık bir şekilde ifade ederek önemli bir yenilik getirmiştir...” Mahmutoglu/Talas, **a.g.m.**, s. 19.

¹⁷⁵ Özgenç, **Gerekçeli Türk Ceza Kanunu**, s. 13.

¹⁷⁶ Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 47, 48.

(4) Suç ve Cezaların Tek Bir Kanunda Toplanması Gayreti

TCK m. 5 hükmünün yan ceza kanunlarını disipline etmek bakımından önemli bir yenilik olduğunda şüphe yoktur. Ancak Türk Ceza Kanunu'nda esas amaçlananın, suç ve ceza düzenlemelerinin tek bir temel kanun olan ceza kanununda toplanılması olduğunu söyleyebiliriz¹⁷⁷. Nitekim mülga TCK dönemindeki örgütlü veya organize suç tiplerine karşılık oluşturmak üzere oluşturulan Türk Ceza Kanunun 220. maddesinde yer alan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu düzenlemesi; geçmişte 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmüne Kararname ile düzenlemesi yapılan tefecilik suçunun Türk Ceza Kanunu m. 241 kapsamına alınması; 765 sayılı TCK zamanında cezalandırılması hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma, belgelerde sahtecilik gibi klasik suç tiplerine göre yapılan daha sonradan kanunilik ilkesindeki sıkıntılar nedeniyle mülga TCK'ya sistemsiz bir şekilde dahil edilen “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçuna” 245. madde ile ilk kez bağımsız bir suç tipi olarak yer verilmesi; uygulamada kara paranın aklanmasında istenen sonucu vermeyen öncül suçların tespitinde sistemsiz bir tespit usulü benimseyen aklama suçunun “suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu” ismiyle m. 282'de düzenlenmesi; yine ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarına yer verilen m. 235 ve 236 düzenlemesi bu gayrete ilişkin önemli örneklerdir. Bu bakımdan, mevzuat yumağının son bulması ve suç düzenlemelerinin temel ceza kanunlarına kaydırılma gayreti öngörülebilir, sade ve anlaşılır bir sistemin kurulması, dolayısıyla belirlilik ilkesinin sağlanması bakımından önemli gelişmelerdir.

c. Örnekleriyle Belirlilik İlkesine Aykırı Düzenlemeler

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda belirlilik ilkesine gösterilen bu hassasiyete rağmen, bütünüyle ilkeye aykırı düzenlemelerin yapılmasının önüne

¹⁷⁷ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na ilişkin belirlilik ilkesi bakımından sorunlara değinen Sözüer konuşmasında, “Türkiye’de aslında bir tane Ceza Kanunu var, yürürlükte olduğu düşünülen, ama onun yanında yine minik minik ceza kanunları var ve uygulamacılar şaşırmış halde. Çünkü bütün bu kanunlar arasında çok sayıda çelişki var.” sözlerine yer vermek bu gaye işaret etmiştir. Bkz.: Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Panel, **Türkiye Barolar Birliği**, Ankara, 2004, s. 36, 37.

geçilememiştir¹⁷⁸ Bu aykırı düzenlemelerin en büyük kaynağını ise, temel ceza kanunundan ziyade diğer kanunlar oluşturmaktadır. Ancak yine de ifade etmemiz gerekir ki, reformun ilkelere gösterdiği hassasiyetin bir sonucu olarak kimi zaman bu aykırılıklar Anayasa Mahkemesinin müdahalesiyle ortadan kaldırılmıştır.

Genel olarak diğer kanunlarda bu şekilde ilkeye aykırı uygulamalara rastlanıldığını ifade etmiştik. Bu bağlamda değinilmesi gereken ilk örneğimiz, Sermaye Piyasa Kanununun 110. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki hükümdü. İlgili hükme göre, *“Yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak”* şeklindeki ifade de yer alan “gibi” kelimesi sıkıntılıydı. Anayasa Mahkemesi 14.11.2013 tarihli kararıyla “gibi” ifadesinin belirliliği sağlamadığı gerekçesiyle bu kavramın kanunilik ilkesine ve dolayısıyla Anayasa aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁷⁹.

Yine 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53. maddesinin (b) fıkrasının ikinci cümlesinde, *“Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslarda göz önüne alınmak suretiyle Yüksek Öğretim Kurulunca düzenlenir.”* şeklindeki hükümde diğer bir örnekti. Söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından belirlilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir¹⁸⁰. İptal gerekçesinde mahkeme; *“...Bu haliyle öğretim elemanları, memurlar ve diğer personel için getirilmiş herhangi bir kanuni güvence bulunmadığı gibi yasal olarak belirlilik de sağlanmamıştır...”, “...dava konusu kural*

¹⁷⁸ Baytaz, **a.g.e.**, s. 80.

¹⁷⁹ “Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir...Kuralda, örtülü işlemlerin kapsamı belirlenirken “gibi” ibaresi kullanılmak suretiyle, hangi eylemlerin gerçekleşmesi halinde örtülü kazanç aktarımı suçunun oluşacağı yani hangi eylemlerin yasaklandığı gösterilmemekte, böylece ceza yaptırımının uygulanmasını sağlayacak eylemler belirsiz kılınmaktadır. Kaldı ki, iptali istenilen ibarenin bulunduğu kuralda yer alan “emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunma” fiili, somutlaştırmaya elverişli de değildir. Bu nedenle, söz konusu ibare, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun kanuniliği ilkesine de uygun değildir.” Anayasa Mahkemesinin 14.11.2013 tarihli ve 2013/24 E. 2013/133 K. sayılı kararı, <https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/anayasa-mahkemesinin-14-11-2013-tarihli-ve-e-2013-24-k-2013-43-yururlugu-durdurma-sayili-karari> (E.T: 09.05.2019)

¹⁸⁰ Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 18 dn 36.

bu haliyle disiplin uygulamaları ile ilgili olarak genel ilkeleri ortaya koymamakta, disiplin cezalarını gerektiren hal ve durumları belirlememektedir. Ayrıca kuralda, disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, disiplin cezalarının verilmesinde zamanaşımı ve karar verme süreleri, yüksek disiplin kurulunun çalışma usul ve yöntemleri, kurul kararlarına itiraz ve savunma hakkı başta olmak üzere kamu görevlilerinin hakları, cezaların tatbik edilme şekli ve disiplin cezalarının hangi hallerde özlük dosyasından silinebileceği gibi konuların hiçbirisi ile ilgili kanuni düzenleme bulunmamaktadır...” ifadelerini kullanmıştır¹⁸¹.

Bununla birlikte hatırlanacağı üzere, belirlilik ilkesinin sadece suç ve cezaların açık bir şekilde ortaya konulması değil, aynı zamanda cezaların alt ve üst sınırı arasında makul bir oranda takdir yetkisi bırakılması olduğunu ifade etmiştik. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önceki haliyle 3194 sayılı İmar Kanununun 42. maddesinde yer alan, “*ruhsat alınmadan, ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine, istisnalar dışında özel parselasyon ile hisse karşılığı belirli bir yer satan ve alana 500.000 liradan 25.000.000 liraya kadar para cezası verilir.*” şeklindeki hükümde bu bağlamda önemli bir örnek oluşturmaktaydı¹⁸². Mahkeme kararında, belirlilik ilkesine vurgu yaptıktan sonra, “*...alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir...*” demek suretiyle bahsi geçen hükmü iptal etmiştir¹⁸³.

Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, halihazırda mevzuatlarda belirlilik ilkesiyle bağdaşmayan düzenlemeler varlığını devam ettirmektedir. Bu konuda bilhassa 2012 yılında yine önemli bir reform hareketi sonucunda çıkarılan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, biz araştırmacıların örnek bulabilmesi için oldukça cömert(!)

¹⁸¹ Anayasa Mahkemesinin 14.01.2015 tarihli ve 2014/100 E. 2015/6 K. sayılı kararı, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/48959878-088a-45bc-8ad1-878dd71ec299?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (E.T: 09.11.2019)

¹⁸² Baytaç, **a.g.e.**, s. 95.

¹⁸³ Anayasa Mahkemesinin 17.04.2008 tarihli ve 2005/5 E. 2008/93 K. sayılı kararı. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/genel-kurul-e-2005-5-k-2008-93-t-17-4-2008>

davranmaktadır. Örneğin 2012 yılında yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasında haksız rekabet oluşturan fiillerin kasten işlenmesi hali suç olarak öngörülmüştür. Haksız rekabet oluşturan fiillerde yine aynı kanunun 55. maddesinde sayılmıştır. Burada göze çarpan husus, haksız rekabet oluşturan fiillerin sayımının tahdidi olmadığıdır. Gerçekten de maddenin başlangıcında “*aşağıda sayılan haller haksız rekabet hallerinin başlıcalarıdır...*” denilmek suretiyle bunların örnek niteliğinde olduğu ortaya konulmuştur. Bu şekildeki bir belirleme ceza hukukunun en önemli prensiplerinden biri olan suçta kanunilik ilkesinin sonuçlarından olan belirlilik kuralının ihlali anlamını taşımaktadır. Gerekçede her ne kadar madde de doğrudan sayılmayan diğer haksız fiil oluşturabilecek hallere ceza verilmeyeceği belirtilmiş olsa da bu bir çözüm yolu değildir¹⁸⁴. Ancak söz konusu maddeye ilişkin şu an için çözüm, bahsi geçen düzenlemedeki haksız rekabet oluşturan fiillerin tahdidi olarak sayıldığıının kabulüdür¹⁸⁵.

Yine Türk Ticaret Kanunun 88. maddesinde ticari defter ve kayıtların tutulması sırasında “*Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından yayımlanan, Türkiye Muhasebe Standartlarına, kavramsal çerçevede yer alan muhasebe ilkelerine ve bunların ayrılmaz parçası olan yorumlara aynen*” uyulması istenmekte, uyulmaması hali ise 562. maddenin ikinci fıkrası gereğince suç olarak kabul edilmektedir¹⁸⁶. Esasında idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasına örnek teşkil eden bu madde gereğince suç olan fiilin tespiti için “*Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu*” tarafından belirlenen “*Türkiye Muhasebe Standartlarına*”, “*kavramsal çerçevede yer alan muhasebe ilkelerine*” ve “*bunların ayrılmaz parçası olan yorumlara*” aykırılıklara bakmak gerekmektedir¹⁸⁷. Bu şekildeki bir düzenleme ceza hukukunun güvence fonksiyonunu bertaraf etmekle kalmamakta, tabiri caizse uygulamacı ve vatandaşa yapbozun parçalarını birleştirme yükümlülüğü yüklemektedir.

¹⁸⁴ Güneş Okuyucu Ergün, “Yeni Türk Ticaret Kanununda Öngörülen Haksız Rekabet Suçunun Kanunilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, S: 3, 2013, s. 153, 154.

¹⁸⁵ İzzet Özgenç, **Çek Kanunu**, 7. Bs., Ankara, Seçkin, 2018, s. 196.

¹⁸⁶ Özgenç, **Çek Kanunu**, s. 203, 204.

¹⁸⁷ Özgenç, **Çek Kanunu**, s. 204.

3. Değerlendirme

Genel olarak reform çerçevesinde belirlilik ilkesi bağlamında bir standartta ulaşıldığı ve geçmiştekinin aksine belirsizliğin istisna, belirliliğin esas olduğu bir döneme girildiğini söyleyebiliriz. Ancak yasa koyucunun, bilhassa “ekonomi ceza hukuku” alanında hazırladığı panik mevzuatları, belirlilik ilkesini zaman zaman ihlal etmektedir. Kanımızca bu durumun en büyük müsebbibi ise, yasa koyucunun diğer mevzuat düzenlemelerini yaparken suç ve cezalar konusunda temel kanuna atıf yapma yolunu izlememesidir. Gerçekten de yapılan panik mevzuatlarıyla Türk Ceza Kanunu’nda zaten hali hazırda düzenlenmesi olan suç tiplerine yönelik hükümlere yer verildiği görülmektedir. Örneğin, belgede sahtecilik ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçlarıyla kolayca karşılanabilecek hükümler için, suç içeren düzenlemeler tahsis edilme yoluna gidildiği görülmektedir. Bu ise suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı, belirsiz düzenlemelerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Zira bazı suçların aynı Kanun’un değişik hükümlerine atıf yapmak suretiyle düzenlendiği hükümler, esasında ceza normu olmamaları nedeniyle önemli yorum ve uygulama güçlüklerine sebep olmaktadır. Daha açık bir ifadeyle bu tür düzenlemeler, halihazırda yapılan hatalı düzenlemeler sonucunda oluşan kördüğümüne bir düğüm daha atılmasından başka bir şey değildir.

Sonuç olarak tüm bu bilgiler ışığında, belirlilik ilkesine riayetin suç ve ceza hükümlerinde TCK’ya riayetten geçtiği kanaatindeyiz. Bu bağlamda, Türk Ceza Kanunu’nda yer alan ilgili suç tanımlarına atıfta bulunulması yeterli olacaktır¹⁸⁸.

C. Kıyas Yasağı

1. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu Dönemi

a. Kanuni Düzenleme

Yorum ile kıyas arasındaki farka ilk bölümde yer vermiş ve ceza hukukunda yorumun kabul edildiğini, ancak bireyin hak ve hürriyetlerinin keyfi tutumlara karşı güvence altına alınabilmesi için kıyasın yasak olduğunu belirtmiştik. Mülga TCK

¹⁸⁸ Adem Sözüer, “Yeni Bankacılık Kanunu’nda Suçlar ve Yaptırımlar”, **Hukuki Perspektif Dergisi**, s. 191; Özgenç, **Çek Kanunu**, s. 221-223.

döneminde, kanunun birinci maddesinde yer alan “*kanunun sarıh olarak suç saymadığı...*” ifadesinden, kıyasında yasak olduğu anlamının çıkarılması gerektiği söylenilmekteydi¹⁸⁹. Ancak kanunda kıyas yasağının açıkça öngörülmemeyerek kapsamının belirlenmemiş olması, mahkemelerin genişletici yorum adı altında kıyasa varan uygulamalar yapmasına neden olmakta ve böylelikle bir anlamda kıyas yasağı dolanılmaktaydı¹⁹⁰.

b. Doktrin ve Uygulamada Genişletici Yorum

Genişletici yorum, kendisine, doktrinde mesafeli yaklaşılan konulardan biridir. Bu mesafeli duruşun altında yatan sebep ise, kanunda açık bir şekilde suç olmayan bir fiilin, genişletici yorum adı altında yapılacak bir kıyas faaliyetiyle cezalandırılma ihtimalidir. Daha açık bir ifadeyle, bireyin hak ve özgürlüklerine karşı oluşacak keyfi bir müdahale ihtimalidir¹⁹¹. Bu tehdidi bertaraf etmenin yolu ise, birbirleriyle sıklıkla karıştırılan kavramlar olan kıyas ile genişletici yorumun doğru şekilde ortaya konulmasından geçer¹⁹². Zaten mülga TCK döneminde de, gerek Yargıtay kararlarında gerek doktrinde genişletici yorum ve kıyas kavramlarına değinilmiş ve aralarındaki fark ortaya konulmaya çalışılmıştır¹⁹³. Ancak bu faaliyetler neticesinde, kimi zaman doğru sonuçlara ulaşılmış kimi zamanda 5237 sayılı Kanun yürürlüğe girene kadar uygulaması devam eden genişletici yorum adı altında kıyas faaliyetleri yapılmıştır.

Dönmezer/Erman, genişletici yorumu “*kanun koyucunun kullandığı kelimelerin anlatılmak istenilen amacı tamamen ve bütünü ile ifade eder şeklinde*

¹⁸⁹Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi- Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 1993, s. 12.; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 32, 33.

¹⁹⁰ Sözüer, “Jesheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 250, 251.

¹⁹¹“*Kıyaslamanın kanunsuz suç olmaz kaidesinin reddi anlamında kabulü bahis konusu değildir. İnsanileştirmenin resmi sınırlarını suç ve cezaların kanuniliği prensibi çizmiştir. Herkese aynı kanunun tatbiki zarureti ihtiva eden suç ve cezaların kanun ile tayin edilmiş olması prensibinin insanileştirme gayreti bakımından büyük manası inkar edilemez. Keyfîlik cezada dehşete müncer olur.*” Faruk Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C: I, 12. bs., Ankara, Seçkin, 1984, s. 103.

¹⁹²“*Kıyas ile yorumun en fazla karıştırıldığı saha genişletici yorum sahasıdır.*” Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, s. 99.

¹⁹³ Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s. 74-78.; Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, s. 97-103.; Yüce, **a.g.e.**, s. 90-98.; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 175, 176.; Önder, **a.g.e.**, s. 100, 101.

kaleme alınmadığı hallerde, ibareleri olayları kapsar şekilde anlamaya imkân veren yorum biçimidir. Bu çeşit yorum da aynı zamanda amaçsal bir yorumdur.” olarak tanımlayıp genişletici yorumun anlamını daha iyi ortaya koyabilmek için mülga TCK’nın 521. maddesine değinmektedir¹⁹⁴. İlgili hükme göre, başkasının hayvanını öldürmek veya işe yaramayacak hale koymak fiilleri cezalandırılmakta olup maddenin son fıkrasında, araziye girerek zarar veren kuş veya kümes hayvanlarının öldürülmesi halinde ise cezai sorumluluk olmayacağı ifade edilmektedir¹⁹⁵. İşte burada öldürme fiili için kabul edilen cezasızlık sebebinin karşılaştırıldığında daha az vahim sonuçlar doğuran fiiller bakımından da uygulanacağı söylemek bir genişletici yorumdur¹⁹⁶.

Genişletici yorum sadece doktrinin ilgilendiği bir alan olmamıştır. Mülga TCK döneminde uygulamanın da sıklıkla başvurduğu yollardan biri olmuştur. Yargıtay genişletici yorum yaptığı kararlarında kimi zaman maddenin lafzına bakarak kimi zamanda maddenin normunda bulunan temel amacı esas alarak sonuca ulaşmıştır. Örneğin mülga Ceza Kanununun 461. maddesinde, bir şahsın evine veya içinde adam oturur sair her türlü bina ve müstemilatına merdiven kurmak, duvar delmek veya kapı kırmak suretiyle hırsızlık etmek üzere giren bir şahsa karşı, gerçekleştirilecek müessir fiil ya da adam öldürme suçunun failinin, maddede gösterilen diğer şartlarında varlığı halinde, cezalandırılmayacağı ifade edilmekteydi¹⁹⁷. Yargıtay bu madde bağlamındaki bir kararında, maddede sayılmayan bir şekilde *-olayda çatıdaki pencereyi kırarak girmiş-* eve giren şahsa karşı, maddede yer alan söz konusu fiillerden birini gerçekleştiren failin cezalandırılmayacağı sonucuna ulaşmıştır¹⁹⁸. Bu sonuca ulaşırken Yargıtay, maddede

¹⁹⁴ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, 184 185.

¹⁹⁵ Mülga Türk Ceza Kanunu’nun 521. maddesi: “(1) Her kim bilamucip başkasına ait olan bir hayvanı öldürür veya işe yaramıcak hale koyarsa sahibinin şikayeti üzerine mahkum olur...(5) Tarla ve arazisine kuş veya kümes hayvanları girmiş olan şahıs bunları zarar ıka ederken görüp de öldürürse cezaen mesul olmaz.” İçel/Yenisel, **a.g.e.**, s. 880.

¹⁹⁶ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 185.

¹⁹⁷ Madde de gösterilen diğer şartlar, gece vakti ya da gündüz olsa bile hane ve bina ve müstemilatı ücra bir mahalde bulunma şartıdır.

¹⁹⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 30.05.1958 tarihli ve 1958/42 E. 1958/40 K. sayılı Kararı bkz: Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 185, 186. dn 48.; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 06.06.1977 tarihli ve 1977/1-234 E. 1977/259 K. sayılı aynı yönde kararı için bkz: “Öldürülen ile arkadaşlarının, kapıyı dışardan çiviledikten sonra merdivenle dama çıkarak bacadan iple içeriye inip sanığın kızlarının yattıkları odaya girmek istemeleri üzerine, kızların şikayetiyle ciddi bir korkuya kapılan sanık

sayılan binaya giriş tarzlarının misal kabiliyetinde bulunduğunu ifade ederek bir genişletici yoruma başvurmuştur¹⁹⁹. Yargıtay'ın maddenin amacından hareket ederek maddenin uygulanmasına çadırda dahil ettiği bir kararı bulunmaktadır²⁰⁰.

Yargıtay'ın doğru bir şekilde genişletici yorum yaparak sonuca ulaştığı kararları olduğu gibi; genişletici yorum adı altında kıyas faaliyeti yapan ilk derece mahkemesinin kararlarını da bozduğu kararları olmuştur. Örneğin 1948 yılında verdiği bir kararında, "Süt Nevileri ve Vasıfları ve Süt Mamulâtının İstihsaline ve Saireye Ait Muaddel Talimatnamenin" 45. maddesinde²⁰¹, sadece koyun sütünden yapılmış Silivri yoğurtlarının içermesi gereken yağ miktarlarına ilişkin tespit yapılmasına rağmen, inek yoğurdu imal eden bir sanık hakkında süt talimatnamesine muhalefet ettiği gerekçesiyle kurulan mahkûmiyet hükmünü bozmuştur²⁰². Yine 1981 tarihinde verdiği bir kararında Yargıtay, kamyonun aküsünü pense yardımı ile söküp götürme hareketini, hırsızlığın nitelikli hallerinden olan "taklit anahtarla veya sair aletler kullanılarak bir kilidi açmak ve malı çalmak" bendine benzetme yaparak

aşağıdan ateş etmiş bulunmasına göre, bu zorunlulukla adam öldürme eylemi için TCK. nun 461. Maddesinin ilk fıkrasının 2 numaralı bendi uygulanır." İçel/Yenisey, **a.g.e.**, s. 796.

¹⁹⁹ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 186.

²⁰⁰ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 22.09.1949 tarih 10013 E. 12133 K. sayılı Kararı: "Aynı zamanda Yüksek Mahkeme, maddenin uygulaması bakımından çadırı duvara benzetmiştir." Aktaran Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 186

²⁰¹ Söz konusu talimatnamenin 45. maddesi "Yoğurtlar lebenî tahammür ile kaynamış süttten yapılan maddelerdir. Koyun sütünden yapılmış olan Silivri Yoğurtlarını tam yağlı veya yarım yağlı olmak üzere iki kısma ayırmalı ve yağ tam; yağlı yoğurtlarda kaymak hariç % 5,5; yarım yağlılarda % 3.5 dan aşağı bulunmamalıdır. Her iki nevi yoğurtta da yağsız kuru hülâsa miktarı % 11,5 den aşağı olmamalıdır." şeklinde olup talimatnamenin 66. maddesi gereği "bu talimatnameye mugayir şekilde vasıfları olan süt ve mamulatını satanlar hakkında, ilk defasında belediye ceza hükümleri tatbik edilir. Cürümleri tekerrür edenler Umumî Hıfzıssıhha Kanununun 172 nci maddesi mucibince süt ve mamul âtı ticaretinden menedilmekle beraber cürümlerinin derecesine göre Umumî Hıfzıssıhha Kanununun 183, 186 ve 187 nci maddeleri delâletile Türk Ceza Kanununun 396 ve 398 ve 363 üncü maddeleri hükümlerine tevfikân takibat yapılmak üzere müddeiumumiliğe tevdi edilirler.. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/4863.pdf> 18 Temmuz 1941 Tarihli ve 4863 sayılı Resmî Gazete s. 1370-1372.

²⁰² "Resmî Gazete'nin 18 Temmuz 1941 tarih ve 1372 sayılı nüshasında neşredilen süt neveleri ve vasıfları ve süt mamulatının istihsaline ve saireye ait muaddel talimatnamenin 45 inci maddesinde yalnız koyun sütünden yapılmış Silivri Yoğurtlarının havi olacakları yağ miktarı tesbit edilip inek yoğurtları hakkında bir kayıt bulunmamasına ve sanığın imal ettiği yoğurdun da inek yoğurdu olmasına göre sanığın fiilinin ne suretle süt talimatnamesine muhalefet ettiği gösterilmeksizin yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi yolsuzdur." Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 02.03.1948 1948/1730 E. 1948/2156 K. sayılı Kararı için bkz.: Abdullah Pulat Gözübüyük, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları İle Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C: I**, 2. bs., Ankara, Sevinç Matbaası, s. 22. Burada aslında kararın bozulmasının esas nedeni, ilk derece mahkemesinin kararını gerekçelendirmemesiydi.

cezalandırma yoluna giden ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur²⁰³. Yargıtay’a göre pense, anahtar yerine kullanılan bir alet değildir ve ayrıca taklit anahtarlar veya kanun deyiimi ile sair aletlerle açılmış olması gereken şey, ancak kilittir²⁰⁴.

c. Genişletici Yorum Adı Altında Kıyas

Görüldüğü üzere söz konusu kararlarında Yargıtay, ilk derece mahkemesinin yorum yoluyla kıyasa varan uygulamaları karşısında, kıyas ile genişletici yorum arasındaki ince çizgiyi bazen bambaşka gerekçelerle olsa korumaya çalışmıştır. Ancak kıyas ile genişletici yorum arasındaki ince çizginin korunması her zaman mümkün olmamıştır. Gerçekten de, anayasa ve kanunda yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan kıyas yasağı, bizzat Yargıtay’ın genişletici yorum adı altında yaptığı, tabiri caizse döneme damgasını vurmuş kıyas faaliyetleriyle dolanılmıştır. Yukarıda bahsettiğimiz üzere, bu tür uygulamaların gelişmesinde, mülga TCK’nın kıyas yasağını açıkça yasaklayan bir hükme yer vermemiş olması önemli bir etkidir.

Mülga TCK dönemi bakımından genişletici yorum adı altında kıyas yapılması denilince akla gelen en önemli örnek, elektrik enerjisinin hırsızlık suçuna konu olup olmayacağına yönelik tartışmadır²⁰⁵. Elektrik enerjisinin hırsızlık suçu açısından “taşınabilir mal” unsurunu oluşturup oluşturmadığı meselesi, gerek Alman Yargıtay’ı gerek Fransız Yargıtay’ı gerekse Türk Yargıtay’ının önüne gelmiştir²⁰⁶. Yargıtay

²⁰³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 06.04.1981 tarihli ve 1981/6-52 E. 1981/120 K. sayılı Kararı, Çevrimiçi, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-1981-52-k-1981-120-t-06-04-1981>

²⁰⁴ Yüce, Yargıtay’ın bu kararında kanunun sözüne gereğinden çok bağlı kaldığını, ilk derece mahkemesinin maddenin amacına ve anlamına uygun karar verdiğini ifade etmektedir. Kendisine göre kanunun amacı, özel bir tertibatla korunmuş olan şeyleri çalmayı daha ağır cezalandırmaktır. Tertibat kitleme de olabilir, konan şeyi bir yere vida veya çivi ile bağlama da olabilir. Kildi açmak ne ise vidaları sökmek de odur. Yüce, **a.g.e.**, s. 98.

²⁰⁵ Baytaş, **a.g.e.**, s.340.

²⁰⁶ Alman Mahkemesi, kıyas yasağını göz önünde bulundurarak kaçak yoldan elektrik enerjisi tüketilmesi durumunda kanunda tanımlanan hırsızlık suçunun oluşmayacağına karar vermişken; Fransız mahkemesi, genişletici yorum yoluyla kaçak yoldan elektrik enerjisi tüketiminin hırsızlık suçunu oluşturduğu yönünde karar vermiştir. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 133.; Alman Yüksek Mahkemesi de geçmişte, sık sık kıyasa başvurma yoluna gitmekteydi. 1931 tarihinde Alman Yüksek Mahkemesinin gramofon plağını yazı addederek sadece açık seçik yazıların cezalandırıldığı müstehcenlik suçu kapsamında cezalandırma yaptığı kararı için bkz.: Yüce, **a.g.e.**, s. 92, 93.

Ceza Genel Kurulu 1976 tarihinde verdiği kararda, “*Elektrik enerjisinden yararlanmak isteyen kimse enerjiyi kullanacağı tesisini fenne uygun yöntemle yaptırdıktan sonra elektrik enerjisi satan kuruluşa yazılı veya sözlü müracaatta bulunması ve enerji satan kuruluşun da bu tesisin fenne uygunluğunu kontrol ve tespit ettikten sonra izin vermesi ile imkan dahiline girer. Bu koşullara riayet etmeden kendiliğinden elektrik tesisini idarenin elektrik enerjisi taşıyan hattına bağlayan kimsenin eylemi başkasına ait taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden almak yani çalma suçunu oluşturur...*” diyerek, abone kaydını yaptırmadan elektrik işletmesine ait cereyandan karşılıksız yararlanan sanığın mülga TCK’nın 491/1 hükmü uyarınca, yani hırsızlık suçundan dolayı cezalandırılmasına karar vermiştir²⁰⁷. Ancak söz konusu kararında Yargıtay’ın yaptığı genişletici yorumdan ziyade, suç olarak tanımlanmayan bir fiili suç haline getirerek kıyas yasağını dolanan bir faaliyettir²⁰⁸. Zaten yasa koyucu da bu sonuçtan memnun olmayarak 1991 tarihinde 3756 sayılı Kanun ile yaptığı değişiklikle 491. maddenin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere maddeye, “*ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır*” hükmünü eklemiştir²⁰⁹. Söz konusu hükmün eklenme gerekçesinde ise “*...doktrin veya uygulamada ekonomik bir değer taşıyan elektrik enerjisi ile gazlar, tabii ve suni buharlar gibi ekonomik değer taşıyan her türlü enerjiyi taşınır mal kabul eden hüküm tesis edilmektedir. Bu suretle,*

²⁰⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.10.1976 tarihli ve 1976/6-433 E. 1976/444 K. Sayılı Kararı, Çevrimiçi, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/cgk-e-1976-433-k-1976-444-t-25-10-1976>, 01.01.2019.

²⁰⁸ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 133. Yargıtay’ın elektrik enerjisinden karşılıksız yararlanmayı hırsızlık olarak gördüğü benzeri yönde kararları için bkz: Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin 09.12.1948 tarihli ve 11693/12159 sayılı kararı, Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin 10.01.1951 tarihli ve 30/49 sayılı kararı. Aktaran Önder, **a.g.e.**, s. 126.; Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 18.05.1987 tarihli ve 3948/5337 sayılı kararı. Aktaran Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 133 dn 305.

²⁰⁹ Esasında bu, en baştan itibaren yapılması gereken bir çözüm yoluydu. Bu bağlamda, Almanya’da içine para atılarak çalıştırılan otomatik makinelerle ilgili, bu sorun gündeme gelmişti: “*Telefon otomatına yerleşecek biçimde yapılmış ama konuşma ücretini karşılamayan değerde bir madeni para ile telefonu kullanan kişiyi Alman CK.nunda bu eyleme benzer eylemleri (dolandırıcılık, elektrik hırsızlığı, paraları taklit) cezalandıran yargılarla cezalandırmak mümkün görülmedi. Eylem yukarıda yazılı suç modellerine uymuyordu ve sanıklar beraat ediyordu. Bu yüzden CK.na, otomatları kötüye kullanma suçu (265a) eklendi.*” Aktaran Yüce, **a.g.e.**, s 91.

ekonomik değer taşıyan enerjileri zilyedinin rızası olmaksızın faydalanmak için alma fiilleri hırsızlık suçunu oluşturacaktır.” ifadelerine yer verilmiştir²¹⁰.

1988 tarihinde aynı mesele bu sefer farklı bir bağlamda, yani telefona saplama olarak da tabir edilen telefon şebekesinin izinsiz ve yetkisiz kullanılmasının hırsızlık suçuna konu olup olamayacağı şeklinde, Yargıtay’ın önüne gelmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında, konu hakkında doktrinde yer alan bilimsel görüşlere yer verdikten sonra, başkasına ait telefon hattına onun izni olmaksızın saplama yaparak kaçak bir şekilde telefon görüşmesi yapıp, ücretsiz bir şekilde bu hizmetten yararlanan sanığın fiilini, hırsızlık suçu kapsamında değerlendirmiştir²¹¹. Ancak Ceza Genel Kurulu hemen bir yıl sonra, 1989 yılında verdiği kararında ise, tam tersi yönde bir sonuca ulaşmıştır²¹². Ceza Genel Kurulu bu kararında, değişen teknoloji karşısında TCK’nın ilgili hükümlerinin yetersiz kaldığını; ancak yorum yoluyla suç ihdas etmenin de mümkün olmadığını; bu boşlukları doldurma görevinin, yasa koyucuya ait olduğunu; bir fiilin ahlaka ve hukuka aykırı olması ya da toplumun değer yargılarına ters düşmesinin, ceza hukukunda suç olarak kabul edilmesinden ayrı bir durum olduğunu; dolayısıyla bu gerekçelerle, telefon idaresinin sunduğu hizmetten yararlanmanın, hırsızlık suçunun konusunu oluşturmayacağını ifade etmiştir²¹³.

Telefon şebekesinin izinsiz ve yetkisiz kullanılması konusundaki bu iki farklı karar sonucu, kıyas ekseninde dönen tartışmalar en nihayetinde Yargıtay İçtihadı

²¹⁰İçel/Yenisey, **a.g.e.**, s. 824.

²¹¹ Baytaz, **a.g.e.**, s. 343.; “...Alınıp satılabilmesi, başkalarına devredilebilmesi ve mirasçılara intikal edebilmesi nedeniyle mamelek haklarına dahil olan ve belli bir numara verilerek kişiselleştirilen; ekonomik değeri haiz olması yanında, tıpkı sayaçtan geçirilen elektririk akımı gibi, kendisi aracılığı ile yapılan her konuşma, süre, adet ve konuşulan yerle bağlantılı olarak elektronik cihazlarla ölçümlemlenip, P.T.T. İdaresince adına kayıtlı kişiden para talep hakkı doğuran müştekiye ait telefon hattına, onun rızası olmadan saplama yapıp, kendisine ait cihazla irtibatlandırmak suretiyle, kaçak olarak kendi malı imişcesine kullanmaya başlayan ve olay ortaya çıkıncaya kadar, kendi yaptığı konuşmalar dahil, bu hattan yapılan tüm konuşmaların bedelini de müştekiye ödeten sanığın eyleminin "hırsızlık" suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunduğundan...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 27.06.1988 tarihli ve 1988/175 E. 1988/306 K. sayılı Kararı, Çevrimiçi, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-1988-175-k-1988-306-t-27-06-1988>, 02.01.2019)

²¹² Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 30.01.1989 tarihli ve 1988/443 E. 1989/2 K. sayılı Kararı, Çevrimiçi, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-1988-443-k-1989-2-t-30-01-1989>, 12.02.2019

²¹³ Önder, **a.g.e.**, s. 126; Baytaz, **a.g.e.**, s. 343, 344.

Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir²¹⁴. Büyük Genel Kurul 1990 tarihli kararında, TCK 491/1 hükmündeki unsurların genişletici yoruma tabi tutulduğunda uyuşmazlık konusu fiilleri de kapsamına aldığını ve bunun da hiçbir şekilde kıyas anlamına gelmediğini ifade etmiştir²¹⁵. Böylelikle ceza hukukunun dolaylı kaynaklarından biri olan içtihadı birleştirme kararıyla²¹⁶, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin önemli sonuçlarından biri olan kıyas yasağı dolanılmıştır²¹⁷. Kıyas yapılmak suretiyle, telefon hattına saplama olarak da tabir edilen bu ücretsiz yararlanmanın hırsızlık suçu oluşturduğuna yönelik, içtihadı birleştirme kararıyla ulaşılan bu sonuç, 5237 sayılı yasa dönemine kadar varlığını bir “çözüm” olarak sürdürmüştür²¹⁸.

d. Kıyasa İlişkin Tartışılan Diğer Başlıklar

(1) Kıyas Yasağının Kapsamı

Kanunda kıyas yasağının açık bir şekilde düzenlenmemiş olması, kıyas yasağının kapsamının net bir şekilde belirlenmesine de mâni olmaktadır. Bu konuda

²¹⁴ Baytaç, **a.g.e.**, s. 344.

²¹⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.04.1990 tarihli ve 1989/2 E. 1990/3 K. sayılı Kararı (29 Haziran 2010 Tarihli ve 20563 Sayılı Resmî Gazete, s. 11-14.) <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20563.pdf>; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 127.

²¹⁶ 04.02.1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanununun “İçtihadların Birleştirilmesini İstemek Yetkisi ve Bağlayıcılığı” başlıklı 45. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, “*ıçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.*” denilmek suretiyle Yargıtay Büyük Genel Kurulunun verdiği karar doğrultusunda bir istisna yaratılmıştır.

²¹⁷ Kıyas yasağının dolanıldığı iddia edilen bir diğer karar, lokantada yediğı şeylerin bedelini ödmeden giden bir yolcu hakkında verilmiş bir karardır. Yargıtay kararında lokantada yediğı şeylerin bedelini ödmeden giden yolcunun eyleminin bir hukuki anlaşmazlık niteliğinde olmadığını; lokantacının yemek vermekte bir rızasının olduğunu; bu rızanın bedelin ödenmesi koşuluna bağılı bir sunuş olduğunu; bu bağlamda koşulun gerçekleşmemesi halinde rıza ortadan kalkmış olacağından, yolcunun eylemi TCK'nun 491/1 maddesinde yer alan hırsızlık suçunu oluşturacağını ifade etmiştir. Söz konusu kararı (CGK 7.2.1977, 6-577/47) aktaran Önder ayrıca bu kararda Yargıtay'ın, ceza hukuku doktrininde beleşçilik (*Zechprellerei*) olarak kabul edilen müesseseyi hırsızlık olarak nitelendirdiğini, ancak bu uygulamasının yorum olup, örnekseme olmadığını belirtmektedir. Önder, **a.g.e.**, s. 126.

²¹⁸ Baytaç, **a.g.e.**, s. 344.; Özgenç/Şahin, bedeli ödenmeksizin ve hukuk dışı yollarla başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden yararlanılmasının karşılıksız yararlanmanın tipik bir görünümü olduğunu ifade etmektedir. Ancak 1991 yılında TCK'ya 521. maddeden sonra eklenen 521a ve 521b maddelerinde düzenlenen karşılıksız yararlanma suçlarının, başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden bedeli ödenmeksizin ve hukuk dışı yollarla yararlanılması fiilinin karşılığını oluşturmadığını da söylemektedir. Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 39.; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 128.

tartışılan en önemli mesele, kıyas yasağının ceza hukukunun genel hükümleri bakımından geçerli olup olmayacağıydı. Mülga TCK dönemindeki hakim görüş, ceza kanununda yer alan “*kanunun sarıh olarak suç saymadığı*” şeklindeki ifade gereğince, kıyas yasağının yasadaki suç tanımları bakımından kabul edildiğini, ancak ceza hukukunun genel hükümleri açısından, yani suç teorisinin genel prensipleri açısından kıyas yasağının kabul edilmediği yönündeydi²¹⁹.

Bununla birlikte, mülga TCK’nın 10. maddesinde yer alan “*bu kanundaki hükümler, hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevaddı hakkında da tatbik olunur.*” şeklindeki hüküm, yan ceza kanunlarında öngörülen suç tanımlamaları açısından kıyas yasağının kabul edilip edilmediği konusunda da soru işareti doğurur niteliktedir. Ancak anayasanın 38. maddesinin üçüncü fıkrası karşısında aksi yorum yapılması mümkün değildir. Yine anayasanın ilgili hükmü gereğince güvenlik tedbirleri bakımından da vurgulanan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, kıyas yasağının kapsamına güvenlik tedbirlerinin girip girmediği tartışmasına son vermiştir²²⁰.

(2) Lehe Kıyas

Kıyas yasağının mutlak bir şekilde genel ve özel hükümler bakımından kabul edilmemesi beraberinde, lehe kıyas yapmanın mümkün olduğu görüşünü getirmektedir. Bu görüşün temelinde, kıyas ilkesinin tarihte kişi lehine olarak ortaya çıkan bir ilke olduğu mantığı yatmaktaydı. Lehe kıyasın imkân dâhilinde olduğunu söyleyenler, idarenin ve yargının keyfi uygulamasından korumak gayesiyle esas yasaklananın failin aleyhine kıyas olduğunu; dolayısıyla failin lehine gerçekleştiren kıyasın suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmediğini söylemektedirler²²¹. Bu bağlamda, mülga TCK kanunda yer alan 61. ve 62. maddeler örnek olarak gösterilmektedir. Mülga kanunun 61. maddesinin ikinci fıkrasında

²¹⁹ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, s. 75.; Özgenç/Şahin, *a.g.e.*, s. 34.; Önder, *a.g.e.*, s. 129.

²²⁰ “...1961 Anayasasının 33. Maddesinin 2. Fıkrası ve 1982 Anayasasının 38. Maddesi “ceza tedbirlerinden” veya “ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinden” söz etmek suretiyle güvenlik tedbirlerini kanunilik ilkesi kapsamına almıştır.” İçel/Donay, *a.g.e.*, s. 93.

²²¹ İçel/Donay, *a.g.e.*, s. 94, 95.; Köksal Bayraktar, “Faal Nedamet”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C: 23, S: 3-4, s. 138 vd.

kastettiği cürmün icra hareketlerinden gönüllü vazgeçme durumunda failin cezalandırılmayacağı ifade edilmektedir. Ancak tam teşebbüsün düzenlendiği 62. maddede icra hareketleri bittikten sonra failin neticeyi meydana getirmekten vazgeçmesi düzenleme altına alınmamıştı. Dolayısıyla 62. maddede bulunmasa dahi, 61. maddenin son fıkrasının sevk sebebi göz önünde bulundurularak, tam teşebbüste faal nedamet (etkin pişmanlık) gösteren failin cezalandırılmaması gereklidir denilmektedir²²². Yani genel hükümler üzerinden failin lehinde bir kıyaslama yapılmaktadır.

Söz konusu görüş, ceza hukuku genel hükümler kısmında boşluklar olabileceği²²³, ceza hukuku genel hükümler kısmında yer alan boşlukların ise ceza hukuku genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla gerek doktrin gerek yargı kararlarıyla failin lehine ya da aleyhine olduğuna bakılmaksızın doldurulabileceği, dolayısıyla genel kısım bakımından kanun koyucu bir ilke belirtmiş ise, yaptığı açıklamalar karşısında kanunda boşluk olduğu iddiası ile bu boşlukların doldurulması faaliyetine girişilemeyeceği, aksi halde yapılanın kanun koyucunun iradesine aykırı olacağı şeklinde eleştirilmiştir²²⁴. Bununla birlikte somut örnek ile ilgili, yani faal nedamete ilişkin zaten kanun koyucunun özel hükümler kısmında 523. maddede ayrıca düzenleme getirdiği, bu düzenlemenin ise, yasa koyucunun 62. maddede faal nedamet haline yer vermek istemediği konusunda açık bir irade göstergesi olduğu ifade edilmiştir²²⁵. Ancak bu görüş taraftarları özetle, gerekli şartların olması halinde aleyhe ya da lehe bir kıyaslamanın yapılabileceğini ifade etmektedirler²²⁶.

²²² İçel/Donay, **a.g.e.**, s. 95.; Bayraktar, **a.g.m.**, s. 137-140.

²²³ Bu konuda kanunlarda nedensellik bağı ya da ihmal suretiyle icra suçlarında failin sorumluluğuyla ilgili hükümler olmaması örnek gösterilmektedir.

²²⁴ Önder, **a.g.e.**, s. 128.

²²⁵ Önder, **a.g.e.**, s. 129.

²²⁶ Bu bağlamda lehe kıyaslama anlamında kanunun 112. maddesinin dördüncü fıkrası üzerinden örnek vermektedirler. İlgili hükümde kamu hizmetlerinden süresiz yasaklılık cezasında kanun zamanaşımı öngörmemektedir. Bu bağlamda kanunun ölüm cezasından dahi zamanaşımı kabul edip bundan daha hafif olan kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasında zamanaşımını kabul etmemiş olmasından doyurucu bir gerekçe bulmanın imkânsız olduğu söylenmekte ve kanun örneksemesi (kıyas) yoluyla bir sonuca varılmaktadır. Ulaşılan sonuç ise şu cümlelerle ifade edilmektedir: “*Sürelî kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası on yılda zamanaşımına uğradığına göre, süresiz kamu hizmetlerinden yasaklılık bu derecenin bir üstündeki süre içinde yani 20 senede zamanaşımına uğramalı ve bu şekilde lehe yapılan örneksemenin, kanunilik ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varılmalıdır.*” Önder, **a.g.e.**, s. 129.

Doktrinde lehe kıyasın açık bir şekilde kanun tarafından zaten yasaklandığını ifade eden bir görüşte bulunmaktaydı. Söz konusu görüşe göre, mülga kanunun 29. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *“kanunda sarahaten yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir ve ne de değiştirilebilir.”* şeklindeki hüküm uyarınca, lehe kıyas yapılması mümkün değildir²²⁷. Bununla birlikte aksi kabulün, ceza muhakemesi hukuku bakımından kullanılan bir sistem olan şüphe halinde sanığın lehindeki çözüm yolunun kabul edilmesi kuralını, maddi ceza hukukuna uygulamak olacağı ifade edilmiştir²²⁸.

Uygulamada da lehe kıyas meselesi ele alınmıştır. Bu konuda bir kararında Yargıtay, kanunun 522. maddesinin hükümlerinde sadece cürüm ifadesi kullanıldığını gözeterek bahsi geçen indirim nedenlerinin kabahatler açısından uygulanmasının yani, kıyasın mümkün olmadığını söylemiştir²²⁹. Görüldüğü üzere lehe olacak bir kıyas yapmamıştır. Buna karşın bir başka kararında Yargıtay, 21 yaşını doldurmuş sağır-dilsizlerin cezasının nasıl indirileceğini gösteren bir maddenin ilga edilmesi nedeniyle *-aslında söz konusu olayda ilga edilen 65 yaşını doldurmuş olanların ölüm cezasını sürekli hapse çevirmeyi sağlayan bir maddeydi. Ancak ilgili madde aynı zamanda 21 yaşını doldurmuş sağır-dilsizlere ilişkin ceza indirimini de içermekteydi ve ilga edilirken bu kısım unutulmuş madde tamamıyla ilga edilmişti.-* ortaya çıkan boşluğu, kanunda mülga edilen indirim maddesinin aksini gösteren bir hüküm bulunmadığı gerekçesine yer vererek indirim nedenini fail lehine uygulayarak çözmüştür²³⁰.

2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

a. Kıyas ve Genişletici Yorum Adı Altında Kıyasın Açık Bir Şekilde Yasaklanması

²²⁷ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, s. 84, 85.

²²⁸ Dönmezer/Erman, *a.g.e.*, s. 176.; Konu hakkında aksi görüş için bkz: Yüce, *a.g.e.*, s. 106-108.

²²⁹ Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 23.10.1962 tarihli ve 4798/4900 E. ve K. sayılı Kararı Aktaran Önder, *a.g.e.*, s. 129.

²³⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 08.10.1962 tarihli ve 43/40 E. ve K. sayılı Kararı Aktaran Önder, *a.g.e.*, s. 132.; 1983 yılında ilgili indirim nedeni tekrar kanuna eklenmiştir. Önder, *a.g.e.*, s. 132. Buradan söz konusu kararla aslında kanun koyucunun iradesine aykırı davranıldığını söyleyebiliriz. Zira kanun koyucunun bir hükmü ilga ederken istemsiz bir şekilde mi yoksa istemli bir şekilde mi davrandığı şeklinde bir niyet okuması yapılarak karar verilmesi, ceza hukuk tekniğine uygun değildir. Bir boşluk olduğu iddia ediliyorsa bunu doldurma görevini yapacak olan yasa koyucudur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun en önemli yeniliklerinden birisi de içeriğinde açık bir şekilde hem kıyas yasağına hem de yasağın kapsamına yer vermesidir²³¹. Kıyas yasağının dayanağı olan kanunun 2. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*”²³².

Görüldüğü üzere yasa koyucu, hükümde yer alan ilk cümleyle kıyas yasağını açık bir şekilde düzenleme altına almış; ikinci cümleyle ise, yasağın kapsamını belirlemiştir²³³. Böylelikle kıyas yasağını açık bir şekilde düzenleyen Türk Ceza Hukuku Reformu sayesinde, kanunilik ilkesinin bireye ilişkin güvence fonksiyonlarından biri daha sağlanmıştır²³⁴.

Bu bağlamda, kıyas yasağının kanunumuzda en önemli dayanak noktasını kanunun 2. maddesinin üçüncü fıkrası oluşturur. Maddede kıyas yasağının açık bir şekilde ortaya konulmasının yanı sıra, “*geniş yorumlanamaz*” ifadesi de vurgulanmıştır. Burada kanun koyucu, yorumcuyu, söz konusu ifadeyle özel olarak uyarmaktadır. Bu noktada yeri gelmişken belirtilmekte fayda vardır. Söz konusu hükümle genişletici yorum değil, kıyasa varacak genişletici yorum yasaklanmaktadır. Dolayısıyla genişletici yorumun yasaklandığı gibi bir yanlışlığa düşülmemelidir²³⁵.

²³¹ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 251.; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 107.

²³² Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 131.

²³³ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 251.

²³⁴ Gerçekten de bu durum maddenin gerekçesinde şu sözlerle ifade edilmiştir: “...suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan evrensel ilke niteliğindeki ceza kanunlarının uygulanmasında kıyasa başvurulamayacağı, maddenin üçüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Böylece ceza kanunlarının bireye güvence sağlama işlevinin bir gereği daha yerine getirilmiş olmaktadır. Yeni tarihli ceza kanunlarında da kıyas yasağına ilişkin olarak açık hükümlere yer verilmektedir. Örneğin yeni Fransız Ceza Kanununda bu husus “ceza kanunları dar yorumlanır” biçiminde ifade edilmiştir. Kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla, kıyasa yol açacak şekilde geniş yoruma da başvurulmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu hükümle ceza hukukunda genişletici yorum tümüyle yasaklanmamakta, sadece bu yorum biçiminin kıyasa yol açacak şekilde uygulanmasının önüne geçilmek istenmektedir.”

²³⁵ “...Kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla, kıyasa yol açacak şekilde yapılacak geniş yoruma da başvurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu hükümle ceza hukukunda genişletici yorum tümüyle yasaklanmamakta, sadece bu yorum biçiminin kıyasa yol açacak şekilde uygulanmasının önüne geçilmek istenmektedir...”
Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 14.06.2011 tarihli 1-138/130 kararı, Çevrimiçi, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2011-1-138-k-2011-130-t-14-6-2011>; Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 67.; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 65, 66.

Bununla birlikte, kıyas yasağının açıkça düzenlemesi olmasa dahi, anayasa ve ceza kanununun suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen diğer hükümlerinin doğal bir sonucu olarak yasağa ulaşmak mümkündür. Bu çerçevede, kıyas yasağının diğer dayanak noktalarını, Anayasanın 38. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *“Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”* ve ceza kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *“kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.”* ifadeleri oluşturmaktadır²³⁶.

b. Kıyas Yasağının Kapsamı

Kıyas yasağının kapsamı bakımından değinilmesi gereken ilk husus, güvenlik tedbirleri açısından kıyas yasağının geçerli olup olmayacağı meseledir. Zira kıyas yasağının düzenlendiği 2. maddede, sadece “suç ve ceza içeren” hükümler ifadesinin kullanılması, “Acaba güvenlik tedbirleri bakımından kıyas yasağı kabul edilmiyor mu?” sorusunu ortaya çıkarabilecek niteliktedir. Hatırlanacağı üzere mülga TCK döneminde kıyas yasağının açık bir şekilde düzenlenmemiş olması nedeniyle zamanında tartışılan bu konunun, 1982 Anayasasının 38. maddesinin üçüncü fıkrasıyla birlikte netliğe kavuşturulduğunu ifade etmiştik. Dolayısıyla bugün için de anayasanın ilgili hükmü ve Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinde açıkça güvenlik tedbirleri yönünden de kanuniliğin kabulü karşısında, güvenlik tedbirleri açısından da kıyas yasağının mevcut olduğunu söyleyebiliriz²³⁷.

Mülga TCK döneminde kıyas yasağının açıkça düzenlenmemiş olması dolayısıyla kıyas yasağının kapsamının bilhassa, genel hükümler bakımından geçerli olup olmadığı yönünde tartışmaların olduğuna değinmiştik. Bugün içinde bu tartışmalar, Türk Ceza Kanunu’nda kıyas yasağına dair açık hükme rağmen devam ettirilmektedir.

²³⁶ Baytaç, **a.g.e.**, s. 351.

²³⁷ Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 108.; Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 84.

Türk doktrininde kıyas yasağının genel hükümler bakımından geçerliliği konusunda üç görüş bulunmaktadır²³⁸. Kıyas yasağının hiçbir şekilde genel hükümler bakımından geçerli olmadığını savunan görüşe göre, ceza kanununun 2. maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilen “suç ve ceza içeren hükümler” ifadesinden anlaşılması gereken kanunun özel kısmıdır²³⁹. Dolayısıyla genel hükümler bakımından kıyasın yasaklandığına yönelik bir belirleme yapılmadığından kıyas serbesttir²⁴⁰. Bununla birlikte bu görüşün taraftarlarına göre, genel hükümlerin tamamının yasa koyucu tarafından kaleme alınmamış olmasının bir sonucu olarak ortaya çıkan boşluk, yargı kararı ve doktrin tarafından doldurulabilecektir²⁴¹.

Kıyas yasağının genel hükümler bakımından uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tartışmaya yönelik ikinci görüş ise, kıyas yasağının genel hükümlerin tamamı bakımından geçerli olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, ceza kanunun 2. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemede kullanılan “ceza” ifadesi geniş bir şekilde anlaşılmalıdır²⁴². Şöyle ki, kanunda yer alan ceza ifadesinin kapsamı sadece özel hükümlerde yer alan suçlara ilişkin ceza ile sınırlı değildir. Aynı zamanda, cezanın belirlenmesinde doğrudan ya da dolaylı bir etkisi olan genel hükümleri de kapsar. Dolayısıyla genel hükümler bakımından cezanın üzerinde etki doğurabilir nitelikte olan hükümler de kıyas yasağına tabidir²⁴³. Aksi kabul, kıyas yoluyla ceza alanının doğrudan genişletilebileceği uygulamalara kapı aralamak anlamına gelecektir²⁴⁴.

Diğer bir görüşe göre ise, kıyas yasağı genel hükümlerde yer alan cezalandırmanın sınırını genişleten teşebbüs, iştirak gibi kurumlar bakımından geçerlidir, ancak bireyin davranışının yasal olup olmadığını ortaya koyan hukuka uygunluk sebepleri bakımından farklı bir değerlendirme yapılacaktır. Bu görüş

²³⁸ Baytaz, **a.g.e.**, s. 354.

²³⁹ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 68.

²⁴⁰ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 69.

²⁴¹ Örneğin zorunluluk haline ilişkin hükümlerin uygulama alanının olabildiğince geniş tutulması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz: Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 132.; Bu konuda içtihat ve doktrinin zaten kanuna aykırı olarak getirmeyeceği bir çözümün kıyas olmadığına yönelik eleştiriler için bkz: Baytaz, **a.g.e.**, s. 354-356.

²⁴² Baytaz, **a.g.e.**, s. 356.

²⁴³ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 63.

²⁴⁴ Aynı görüşe farklı gerekçeyle yani, kanunilik ilkesinin ceza hukukunun genel hükümleri bakımından geçerli olup olmadığı sorusunu sorarak ulaşılan görüş için bkz: Baytaz, **a.g.e.**, s. 357, 358.

dayanağını, özel hukuk hâkiminin kıyas faaliyeti sonucu ortaya koyacağı bir hukuka uygunluk nedenini uygulayan ceza hâkiminin yaptığı faaliyetten almaktadır²⁴⁵. Şayet kıyas yasağı mutlak olarak kabul edilseydi ceza hukuku hâkiminin bahsi geçen hukuka uygunluk nedenini uygulaması gibi bir ihtimal olmayacaktı. Bu görüş ise, zaten yapılan faaliyetin kıyas olmadığı belirtilerek eleştirilmektedir²⁴⁶. Zira özel hukuk hâkiminin kıyas yolu ile ortaya çıkardığı hukuka uygunluk sebebinin ceza hukuku bakımından geçerli olması kaynaklığını, hukuk sisteminin tek olmasından almaktadır. Tek bir hukuk sisteminde ise bir davranışın, bir hukuk dalına göre hukuka uygun, diğerine göre hukuka aykırı olması mümkün değildir²⁴⁷.

Kanaatimizce bugün mevzuatımızda yer alan ilgili düzenlemelerin bir sonucu olarak kıyas yasağı mutlak bir geçerliliğe sahiptir. Gerçekten de kıyas yasağı, yasağın açık bir şekilde düzenlendiği 2. maddenin üçüncü fıkrası ve ceza kanunun 5. maddesi gereğince, temel ve yan ceza kanunlarının özel hükümlerinde yer alan suç ve ceza içeren hükümlerin tümü bakımından geçerli iken; suçta ve cezada kanunilik ilkesinin düzenlendiği ceza kanunun 2. maddesinin birinci fıkrası ve Anayasanın 38. maddesi gereği ise, genel hükümler bakımından da geçerlidir.

c. Lehe Kıyas Meselesi

Kıyas yasağı bağlamında üzerinde durulması gereken bir diğer konu, kıyas yasağının uygulama sınırının kapsamıdır. Daha açık bir ifadeyle, kıyas yasağı failin lehine veya aleyhine olup olmadığına bakılmaksızın mutlak olarak mı uygulanacaktır; yoksa yasak, failin aleyhine yapılan kıyas ile sınırlı kabul edilerek, failin lehine kıyasın serbest bırakıldığı nispi bir şekilde mi uygulanacaktır. Hatırlanacağı üzere mülga TCK döneminde bu meselenin tartışıldığı ve gerek yargı kararlarında gerek doktrinde üzerinde fikir birliğine varılmadığını ifade etmiştik.

Bugün için kıyas yasağının mutlak olmadığını yani, lehe kıyasın mümkün olduğunu söyleyenlerin görüşlerini 5237 sayılı Kanun'un içerdiği düzenlemeler

²⁴⁵ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 17. bs., Ankara, Savaş, 2012, s. 61.; Elvan Keçelioğlu, "Ceza Hukukunda İctihadın Sınırları, Yorum ve Kıyas", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 3, S: 11, 2012, s. 97.

²⁴⁶ Baytaç, **a.g.e.**, s. 358, 359.

²⁴⁷ Baytaç, **a.g.e.**, s. 359.

karşısında kabul etmek mümkün değildir²⁴⁸. Öncelikle kanunun ikinci maddesinin üçüncü fıkrasında kıyas aleyhe ya da lehe olduğuna bakılmaksızın açıkça yasaklanmıştır²⁴⁹. Bununla birlikte kanunun 61. maddesinin onuncu fıkrasında *“kanunda açıkça yazılı olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir ne de değiştirilebilir.”* denilmek suretiyle, lehe kıyasında mümkün olmadığı açıkça düzenlemeye altına alınmıştır²⁵⁰. Ayrıca ifade edelim ki, suçta ve cezada kanunilik prensibinin tek maksadı ceza kanunlarının güvence fonksiyonu değildir. Suçların ve cezalarının kanunda belirtilmiş olması, genel önlemeye de hizmet etmektedir. Dolayısıyla failine lehine olarak kıyas yapılabileceğini ifade edenler, cezanın genel önleme fonksiyonunu göz ardı etmektedirler²⁵¹.

3. Değerlendirme

Türk Ceza Hukuku Reformunun açık bir şekilde bünyesinde kıyası ve kıyasa varan genişletici yorumu yasakladığını ifade etmesi, geçmiş mülga ceza kanunundaki sorunların bugün için devam etmemesine ve bu sorunların artık bilimsel eserlerde konunun anlatımında kullanılacak iyi bir örnek olmaktan başka bir anlam ifade etmemesini sağlamıştır. Gerçekten de bugün için geçmişte uygulamanın, kıyasa varan genişletici yorumlarıyla çözüme kavuşturduğu sorunlar olması gerektiği gibi yasa koyucunun tasarruflarıyla çözülür hale gelmiştir. Örneğin bugün için enerjinin taşınır mal olarak değerlendirilip hırsızlık kapsamına sokulduğu uygulama terk edilmiştir. Zira söz konusu boşluk, bizzat yasa koyucunun tasarrufuyla kanunun 163. maddesinde oluşturulmuş karşılıksız yararlanma suçu kapsamında çözülmüştür. Yine

²⁴⁸ Lehe kıyasın mümkün olduğunu ifade edenler için bkz: İçel/Donay, **a.g.e.**, s. 94, 95. Bu görüşlerini ifade ederken yasa koyucunun da kendileriyle aynı fikirde olduğunu belirtmektedirler. Bunun en büyük emaresi olarak ise, geçmişte lehe kıyas konusunda uygulama teşkil eden faal nedamete ilişkin sorunun giderilmesi için, 5237 sayılı Kanunun 36. maddesinde failin gönüllü olarak neticeyi gerçekleştirmesini önleme halinin düzenlenmesini göstermektedirler. İçel/Donay, **a.g.e.**, s. 95.; Kıyasın lehe uygulamasının mümkün olduğu görüşü, bugün Alman hukukunda genel olarak kabul görmektedir. Bilgi için bkz: Baytaç, **a.g.e.**, s. 361-363.

²⁴⁹ “Madde hükmünde “kıyas yapılamaz” dendiğine göre artık kıyasın lehe ya da aleyhe olması önem taşımaz. Zira yasa genel bir yasak getirmiş, kıyasın lehe ya da aleyhe olması arasında bir fark gözetmemiştir. O halde lehe kıyas da yasaktır...” Özbek vd., **a.g.e.**, s. 69.

²⁵⁰ Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 108, 109.; Baytaç, **a.g.e.**, s. 367.

²⁵¹ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 63, 64.; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 108, 109.; Her ne kadar tartışmanın olması gereken değil olan üzerinden yapılacağına belirtileceği ifade edildikten sonra Türk Hukukunda lehe kıyasın mümkün olabileceğine ilişkin değerlendirme için bkz: Baytaç, **a.g.e.**, s. 369-373.

mevzuatın ilgili hükmü içtihadın da disipline edilmesini sağlamıştır. Bugün için artık genişletici yorum adı altında kıyas faaliyeti yapan mahkemelerin kararları, Yargıtay tarafından bozulduğu gibi Yargıtay’da kararlarında bu yola başvurmamaktadır²⁵².

D. Geriye Yürüme Yasağı

1. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu Dönemi

a. Genel Olarak

Geriye yürüme yasağının tam olarak anlaşılmasının kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kuralların ortaya konulmasından geçtiğini ifade etmiş ve ilk bölümde bu hususa ilişkin detaylı bilgilere yer vermiştik. Burada bütünüyle tekrarlama yapmadan geriye yürüme yasağının tespiti meselesinde izlenecek adımların, genel olarak bir kez daha ortaya konulmasında fayda vardır.

Öncelikle geriye yürüme yasağının kapsamının tespiti yapılacaktır. Bu bağlamda ilk olarak, derhal uygulanmayı gerektiren bir kuralın varlığına bakılır. Zira derhal uygulanmanın mevcut olduğu durumda lehe veya aleyhe olduğuna bakılmaksızın derhal uygulanma esastır. Yani esasında derhal uygulanma içeriğinde mutlak bir geriye yürüme yasağı bulundurmaktadır. Bunun dışındaki hallerde ise, nispi bir geriye yürüme yasağı söz konusu olup geriye yürüme yasağının kapsamından kastedilen esasen bunlardır. Kapsamın tespiti akabinde, geriye yürüme yasağının ortadan kalktığı istisna hal olan lehe kanunun geriye yürümesi prensibi gündeme gelecektir. Bu da beraberinde, lehe kanunun tespiti meselesini

²⁵² “...Nitelikli yağma suçunu yaptırma bağlayan, 5237 sayılı TCY’nın 149. maddesinin 1. Fıkrasının (d) bendinde, “Yol kesmek suretiyle ya da konut veya işyerinde” ibaresine yer verilip ayrıca “eklentiden” bahsedilmemesi nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 5237 sayılı TCY’nın 2. maddesinin 3. fıkrasındaki; “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.” hükmü uyarınca, konut eklentisi sayılan, apartman merdiveninde gerçekleştirilen yağma suçunun, 5237 sayılı Yasanın 149/1-d bendi kapsamında kabulü olanaklı olmadığı gözetilmeden anılan bent ile uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir”. Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 18.06.2009 tarihli ve 2008/15705 E. ve 2009/10825 K. sayılı kararı; Aynı yönde diğer bir karar için bkz: Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 27.10.2012 tarihli ve 2009/21669 E. 2010/16659 K. sayılı kararı aktaran Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**,s. 24-26. ; Yine genişletici yorum adı altında kıyas yapılarak namus saiki ile töre saiki kavramlarının özdeşleştirilmesi yoluna giden kararı bozan Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 14.06.2011 tarihli ve 1-138/130 E. ve K. sayılı kararı aktaran Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 128 dn 183.

getirmektedir. Lehe kanunun tespiti akabinde ise, lehe kanunu geriye yürütmeden önce somut olayda geçici veya süreli kanununun bulunup bulunmadığına ilişkin nihai bir gözden geçirme yapılacaktır. Zira ileride detaylarıyla ortaya koyacağımız üzere, geçici veya süreli kanunlarda ileri yürüme esastır.

b. Kanuni Düzenleme

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde zaman bakımından esas olan, suçun işlendiği zamanın yürürlükte olan kanununun uygulanmasıdır²⁵³. Nitekim bu esas gerek 1961 Anayasasının 33. maddesinde ve aynı şekilde 1982 Anayasasının 38. maddesinde yer alan, *“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.”* ifadesiyle gerekse mülga ceza kanununda yer alan, *“İşlendiği zamanın kanuna göre cürüm veya kabahat sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez.”* şeklindeki hükümle ortaya konulmuştur. Esasında yürürlükte olan kanunun uygulanmasının gerekli olması geriye yürüme yasağının varlığını göstermektedir. Geriye yürüme yasağının açık anlatımı ise, söz konusu hükümlerin devamında yapılmıştır²⁵⁴. Buna göre Anayasalardaki *“...kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”* şeklindeki hükümle doğrudan; mülga ceza kanunundaki *“İşlendikten sonra yapılan kanuna göre cürüm veya kabahat sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz. Eğer böyle bir ceza hükmolunmuşsa icrası ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.”* şeklindeki düzenlemeyle ise, tersi mantıkla geriye yürüme yasağı düzenlenmiştir.

Ancak geriye yürüme yasağı mutlak değildir. Şayet suçun işlendiği zamanın yürürlükte olan kanunu failin aleyhine ise, yasak ortadan kalkar. Bu durum, failin lehine olan kanunun geriye yürümesi olarak adlandırılır. Esasında geriye yürüme yasağının açık anlatımının yapıldığı hükümlerde, bu anlayış ortaya konulmuştur. Bu bağlamda, suçun işlendiği zaman yürürlükte olan kanuna nazaran, o fiili suç olmaktan çıkaran, o suç için öngörülmüş olan yaptırımından daha hafif yaptırım getiren ya da failin hukuksal durumunu iyileştiren yeni kanun geriye yürüyecektir.

²⁵³Önder, **a.g.e.**, s. 138.

²⁵⁴Yüce, **a.g.e.**, s. 117.

Bununla birlikte, mülga ceza kanununun 2. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *“Bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşir olunan kanunun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur.”* ibaresiyle lehe kanunun geriye yürüyeceği prensibinin açık bir anlatımı yapılmıştır²⁵⁵.

Ancak mülga kanun dönemindeki kanuni düzenleme, geriye yürüme yasağının tüm boyutlarıyla ortaya konulması konusunda yeterli değildi. Bu sebeple de doktrin ve yargı kararları kanuni düzenlemenin eksikliğini, çeşitli yollara başvurmak suretiyle çözmeye çalışmış; bu durumda zaman zaman ceza hukukunun güvence fonksiyonunu zedeleyen uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu bağlamda, aşağıda mülga kanun dönemindeki geriye yürüme yasağının kapsamı ve istisnası olan lehe kanunun tespiti konusundaki yaklaşımlar ortaya konulmak suretiyle 5237 sayılı Kanun’un getirdiği düzenlemelerin anlamlandırılması sağlanacaktır.

c. Geriye Yürüme Yasağının Kapsamı

Geriye yürüme yasağı ceza kanunlarına özgü bir yasaktır²⁵⁶. Ancak ceza kanunlarında düzenlenen her konuda geriye yürüme yasağının kapsamına girmemektedir. Daha doğrusu nispi geriye yürüme yasağının kapsamına girmemektedir. Gerçekten de esas olan derhal uygulanma olup derhal uygulanma halinde lehe ya da aleyhe olduğuna bakılmaksızın geriye yürüme mutlak bir şekilde yasaklanmıştır. Ancak kanunda derhal uygulanma dışında bazı haller dışlanarak nispi geriye yürüme yasağının uygulanma alanları tespit edilmiştir. İşte bu da esasen, geriye yürüme yasağının kapsamını oluşturan alana tekabül etmektedir.

Burada yukarıda ifade ettiğimiz üzere biz nispi geçmişe yürüme kapsamına girenleri, yani istisnası lehe kanun olan durumları tespit etmeye çalışacağız. Bu bağlamda ilk olarak yapmamız gereken, derhal uygulanma kurallarının geçerli olduğu konuları bularak bir dışlama yapmaktır. Zira derhal uygulanma kuralının söz konusu olduğu durumda, mutlak bir geçmişe yürüme yasağı söz konusudur.

²⁵⁵Yüce, **a.g.e.**, s. 118.; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 225.

²⁵⁶Yüce, **a.g.e.**, s. 119.

(1) Ceza Muhakemesi Kuralları

İlk tipik örneğimizi bu konuda ceza muhakemesi kuralları oluşturmaktadır. Ceza muhakemesi kurallarında derhal uygulanma esastır. Lehe ya da aleyhe olup olmadığına bakılmaksızın derhal uygulanırlar²⁵⁷. Mutlak bir geçmişe yürüme yasağına tabidirler. Örneğin yeni kanunun mecburi müdafî kuralını getirmesi eski kanun döneminde müdafî olmaksızın alınan ifadeleri geçersiz hale getirmez²⁵⁸. Bu konuda fazla detaya girip esas meselemizin dışına çıkmamak üzere, sadece şikâyet müessesinde ya da kanun yollarına başvurmada hak kaybının önüne geçebilmek amacıyla bazı durumlarda derhal uygulanmanın yapılmaması gerektiğini ifade edenlerin olduğunu belirtmekte fayda bulunmaktadır²⁵⁹. 765 sayılı Kanun döneminden günümüze değinde doktrinin yanı sıra, yargı kararlarında da tartışmaların devam ettiği bir mesele olmuştur²⁶⁰.

(2) Zamanaşımına İlişkin Kurallar

Zamanaşımına ilişkin kuralların nispi geriye yürüme yasağının kapsamına dahil olup olmadığı, 1982 Anayasası dönemine kadar hakkında açık bir düzenleme bulunmayan bir konuydu. 1982 Anayasası dönemi öncesinde bu mesele, 825 sayılı “Ceza Kanununun Mevkii Mer’iyete Vaz’ına Müteallik Kanun”un 22. maddesindeki hüküm üzerinden bir yargıya varılmak suretiyle cevaplanıyordu. Bahsi geçen hüküm, “Müruru zaman meselesinde eski ve yeni Ceza Kanunları ahkâmı

²⁵⁷ Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 233.

²⁵⁸ Özbek vd., a.g.e., s. 120.

²⁵⁹ Bilhassa kazanılmış hak doğan meselelerde adil bir sonuca varılması için derhal uygulanma kuralına istisnalar getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Nitekim Yargıtay’ın da benzeri yönde kararları olduğu, örneğin, sanığın mahkum olduğu bir hususta temyiz hakkının sonradan gelen kanunla kaldırıldığı bir olayda Yargıtay’ın (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 02.05.1983 tarihli, 65/199 E. ve K. sayılı kararı), yasa değişikliği nedeniyle temyiz hakkının incelemesinin reddedilmemesi gerektiği, aksi kabulün müktesep hak kaidesi ile eşitlik ilkesine aykırı olduğuna yönelik karar verdiği belirtilmektedir. Önder, a.g.e., s. 163, 164.; Benzeri yönde görüş için bkz.: Yüce, a.g.e., s. 122-124.

²⁶⁰ “...Keza; derhal uygulanma ilkesi bazen haksız sonuçların doğmasına da yol açabilir. Mesela eski kanuna göre kanun yoluna başvuran için daha uzun bir süre tanınmış iken, yeni kanun bu süreyi kısaltmış olabilir. Yeni kanunun, kanun yoluna başvuru için öngörülen süreyi kısaltması durumunda eski kanunun zamanında daha süresi olduğu düşüncesiyle bekleyip kanun yoluna başvurmamış olanlara uygulayarak önceki kanuna göre düşmemiş olan “kanun yoluna başvurma hakkı”nı bu gibi kimselere tanımamak haksızlık olacağından, yeni kanunu derhal uygulamamak gerekir. Bu gibi durumlar yeni kanunun derhal uygulanması ilkesinin istisnalarını oluşturur...” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.04.1993 tarihli 6-62/94 E. ve K. sayılı kararı

(hükümleri)müddetçe tearüz ettiği (çatıştığı) yerlerde maznun (sanık) ile mahkuma daha müsait ahkam tatbik olunur. Şu kadar ki, müruru zamanın tevki (durması, durdurulması) ve intikal (kesilmesi) bahsinde yeni kanun ahkamı mutlak surette caridir.” şeklindeydi²⁶¹. Bir görüş yazar bu hükümden, zamanaşımının maddi ceza hukukuna ilişkin bir kanun olduğu belirlemesine giderken²⁶²; diğer görüşteki yazarlar ilgili hükmün 1858 tarihli Ceza Kanunu ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu arasında bağlantı kurmak üzere çıkarılmış bir intikal hükmü olduğunu, dolayısıyla bu hükümden genel ve bağlayıcı bir ilke çıkarmanın doğru olmadığını ifade etmekteydi²⁶³. Yani sanığın yararına zamanaşımı kanunlarının geriye yürümesini açıklamak zor oluyordu²⁶⁴.

1982 Anayasasıyla birlikte 38. maddede getirilen “suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.” şeklinde hükümle esasen mesele çözüme bağlanmıştı. Buna göre dava ve ceza zamanaşımına ilişkin kanun hükümlerinde değişiklik yapılması durumunda da, maddi ceza hukukuna ilişkin zaman bakımından uygulanma kuralları geçerli olacaktır²⁶⁵. Daha açık bir ifadeyle, zamanaşımına ilişkin kurallar nispi geriye yürüme yasağına tabi kılınmıştı. Ancak 825 sayılı kanunun yürürlükte olmaya devam etmesiyle birlikte anayasanın açık hükmüne rağmen farklı çözümlere gidilmeye devam edilmekteydi. Buna göre söz konusu kanunun 22. maddesine dayanılarak, dava veya ceza zamanaşımına ilişkin süreler ile bu süreleri kesen veya durduran sebepler bakımından bir ayrıma gidilmekteydi²⁶⁶. Bu bağlamda, dava veya ceza zamanaşımına ilişkin sürelerde nispi geriye yürüme yasağı esas alınırken, yani lehe sonraki kanunun geriye yürüyebileceği ifade edilirken; zamanaşımını kesen veya durduran sebeplerle ilgili olarak ise derhal uygulanma kuralı esas alınmaktaydı²⁶⁷. Yani zamanaşımını kesen veya durduran sebeplerle ilgili olarak mutlak geriye yürüme yasağı geçerli olmaktaydı. Bununla birlikte, dava ve ceza zamanaşımına ilişkin süreler ya da

²⁶¹ Yüce, **a.g.e.**, s. 125.; Kanun metni için: <http://mevzuat.kararara.com/mvzt/mvzt1/mvzt74.html>

²⁶² Önder, **a.g.e.**, s. 167, 168.; Taner, **a.g.e.**, s. 188.; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 232.

²⁶³ Yüce, **a.g.e.**, s. 125, 126.

²⁶⁴ Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, s. 145.

²⁶⁵ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 146.

²⁶⁶ Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 60.

²⁶⁷ Önder, **a.g.e.**, s. 168.

zamanaşımını kesen veya durduran sebeplerle ilgili hiçbir ayrıma gidilmeksizin derhal uygulanma kuralının geçerli olması gerektiğini, hatta anayasa ve Mer'iyet Kanunu'nda bu bağlamda değişikliğe gidilmesi gerektiğini söyleyenlerde bulunmaktaydı²⁶⁸.

(3) İnfaz Rejimine İlişkin Kurallar

Mülga kanun döneminde infaz rejimine ilişkin kuralların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin açık bir belirleme yapılmamış olması, geriye yürüme yasağının kapsamı konusunda tartışmalara neden olmaktaydı. Genel kural, ceza infaz rejimine ilişkin kurallar bakımından derhal uygulanma kuralının geçerliliği idi²⁶⁹. Bu şekildeki yargı kaynağını, yeni infaz hükümlerinin getirilmesinin mantığından almaktaydı. Buna göre, getirilen yeni infaz hükümlerinin her daim eskilerine nazaran, cezanın amacına daha iyi hizmet etme ya da hükümlüyü daha iyi uslandıracağı mantığı bulunmaktaydı²⁷⁰. Bununla birlikte, infaz hükümlerinde bir bütün şekilde derhal uygulanmanın kabulünde, infaz kurumlarına ek bir yük getirilmemesi gerektiği düşüncesi de bulunmaktaydı. Zira aksi kabul, infaz kurumlarına eski ve yeni kanun arasında lehe ve aleyhe uygulama yapma yükümlülüğü yükleyecektir²⁷¹.

Ancak infaz rejimine ilişkin konularda bu şekilde derhal uygulanmaya ilişkin mutlak bir alan yaratılmasının beraberinde hakkaniyete aykırı uygulamalara neden olabileceği de ifade edilmekteydi²⁷². Örneğin hücre hapis cezasını uzatarak infaz rejimini ağırlaştıran bir hükmün varlığı şüphesiz hükümlünün aleyhine bir durumdur. Bu gibi durumlarda en azından hükümlünün durumunu ağırlaştıran yeni infaz kanununun hiç olmazsa başlamış infaza uygulanmaması gerekir şeklinde görüşler bulunmaktaydı²⁷³. Nitekim bu gibi durumlara yargı kararları vasıtasıyla çözümler üretilmeye çalışılıyordu. Gerçekten de Yargıtay'ın, şartla salıverilme ya da tekerrür

²⁶⁸ Bkz. Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 50, 51.

²⁶⁹ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 230.

²⁷⁰ Önder, **a.g.e.**, s. 164.; Yüce, **a.g.e.**, s. 127.

²⁷¹ Yüce, **a.g.e.**, s. 127.

²⁷² Önder, **a.g.e.**, s. 164.; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 230.

²⁷³ Yüce, **a.g.e.**, s. 128.

konusunda failin aleyhine olan hükümleri derhal uygulamayarak eski kanunun hükümlerini lehe uygulama yoluna başvurduğu kararları bulunmaktadır²⁷⁴.

Sonuç olarak mülga kanun döneminde kanuni düzenlemedeki eksiklik doktrinde temenni cümleleriyle oluşturulmuş görüşlere ve sorunların çözümünde yargı kararlarına iş düşmesine neden olmaktaydı. Bu da somut olayda adaleti sağlayan ancak genel olarak içtihat birliğinin olmadığı genel bir adaletsizliğe neden olmaktaydı.

(4) Güvenlik Tedbirleri

Mülga ceza kanunu döneminde nispi geriye yürüme yasağına tabi olup olmadığına dair tartışmaların yer aldığı diğer bir konu güvenlik tedbirleridir. Doktrinde çoğunluk görüşünü, güvenlik tedbirlerine ilişkin zaman bakımından derhal uygulanma kurallarının uygulanması gerektiğini ifade edenler oluşturmaktaydı. Bu görüş taraftarları, infaz hükümlerine ilişkin kurallara ilişkin aynı mantığın güvenlik tedbirleri bakımından da söz konusu olduğunu, yani amaca uygun olan tedbirinin her daim en son çıkan tedbir düzenlemesi olduğunu, bununla birlikte güvenlik tedbirlerini suçun karşılığı olan bir çeşit kefaref niteliğine haiz bir müeyyide olarak görmenin mümkün olmadığını, dolayısıyla derhal uygulanma konusunda bir tereddütte düşülmemesi gerektiğini belirtmekteydiler²⁷⁵. Buna karşılık güvenlik tedbirleri bakımından ikiye ayırarak bir yorum yapılması gerektiğini, buna göre cezaya benzeyen güvenlik tedbirlerinin varlığı durumunda bir haksızlığın ortaya çıkmaması için lehe uygulamanın yapılması gerektiğini ifade edenler de bulunmaktaydı²⁷⁶.

²⁷⁴ Üçte iki oranında cezasını çekmiş hükümlü bakımından sonradan şartla salıverilmeleri için getirilen beşte dört oranın uygulanmayacağına dair Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz.: Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 05.07.1973 tarihli 6567 E. 6535 K. sayılı kararı. Söz konusu karara iştirak etmeyen, şartla salıverilmenin hürriyeti bağlayıcı cezanın infaz suretinden başka bir nitelik taşımadığını, ayrıca infaz rejimine ilişkin kanuni düzenlemelerin kişiler açısından bir kazanılmış hak oluşturmadığına yönelik görüş için bkz.: Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 48-49. Söz konusu mesele hakkında verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (28.01.1974 tarihli ve 5/1 E. K. sayılı karar) ve yine tekerrüre ilişkin hükümlerin lehe olarak geçmişe yürümesinin gerekli olduğunun ifade edildiği Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı (20.06.1988 tarihli ve 6-221/280 E. K. sayılı karar) için bkz.: Aktaran, Önder, **a.g.e.**, s.165.

²⁷⁵ Konu hakkında mukayeseli hukuktaki fikirlerin aktarımı için ve derhal uygulamanın kabulüne ilişkin kanaat için bkz.: Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 217, 218.

²⁷⁶ Yüce, **a.g.e.**, s. 129. Önder, **a.g.e.**, s. 166.

Güvenlik tedbirleri bakımından bu şekilde bir tartışma çıkmasının en önemli müsebbibi, mülga ceza kanununun açıkça güvenlik tedbirlerini kanunilik kapsamına sokan bir düzenleme içermemesiydi. Esasında 1982 Anayasasının “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konur.” ifadesi karşısında derhal uygulanma şeklinde bir yorumu kabul etmekte mümkün değildi, ancak daha önceki konularda da ifade ettiğimiz üzere, reformla birlikte malumun ilamı yapılarına kadar güvenlik tedbirleri hakkındaki tartışmalar devam etmiştir.

(5) İdarenin Suç İhdas Eden Düzenleyici İşlemleri

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasının doktrinde ve yargı kararlarında hâkim görüş olarak kabul edilmesi beraberinde, bu tasarruflarla gerçekleştirilen değişikliklerin failin lehine olduğu takdirde geriye yürüyüp yürümeyeceği tartışmasını getirmiştir²⁷⁷. Bu konuda erken dönemde vermiş olduğu kararlarında Yargıtay, maddi nitelikte olan normlarda gerçekleşen lehe değişikliklerin şekli kanunda olan değişiklik olarak kabul edilmeyeceğini, dolayısıyla lehe uygulamanın söz konusu olmayacağını ifade etmiştir²⁷⁸. Bu bağlamda Yargıtay’ın idarenin düzenleyici işlemlerine ilişkin en bilindik kanun olan TPKKHK’ya ilişkin verdiği bir karar önemlidir: “1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Yasaya ilişkin olarak çıkarılan karar ve tebliğlerde yapılan değişiklik veya bunların yürürlükten kaldırılması gibi hallerde, yasalarda yapılan değişikliği kapsayan TCK. nın 2. maddesinin uygulanma olanağı bulunmadığı, Yargıtay’ın kökleşen içtihatlarının da bu doğrultuda olduğu dikkate alınmaksızın yazılı gerekçelerle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır²⁷⁹.” Ancak Yargıtay’ın bu görüşü doktrinde, adı kararname olsa dahi, bir fiili suç saymak ya da suç olmaktan çıkarmak kanun işidir ve bu sebeple bu kararnameler kanun niteliğinde

²⁷⁷ Bkz.: Önder, **a.g.e.**, s. 152-155.; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 228, 229.

²⁷⁸ “...Bakanlar Kurulu kararının kanun niteliğinde olmadığını ve TCK. nın 2. maddesinin bu sebeple uygulanamayacağı...” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 01.10.1984 tarihli ve 7-424/290 E. K. sayılı kararı. Aktaran Önder, **a.g.e.**, s. 155.

²⁷⁹ Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 07.03.1980 tarihli ve 973/1149 E. ve K. sayılı kararı; Benzeri yönde diğer kararlar için bkz: Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 10.10.1984 tarihli ve 4879/5564 E. K. sayılı kararı; Yargıtay 7 CD. 09.03.1981 1287/1334; Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 23.02.1972 tarihli ve 142/781 E. K. sayılı kararı. Kararlar hakkında detaylı bilgi için bkz.: Önder, **a.g.e.**, s. 152-155.

sayılmalıdır denilerek eleştirilmiştir²⁸⁰. Zaten sonrasında bu eleştiriler dikkate alınarak idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasına olanak tanıyan mevzuatlara eklemeler yapılmıştır. Nitekim TPKKHK'da 07.05.1985 tarihinde 3196 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, “...*Bakanlar Kurulunca alınan kararlar da lehe değişiklik yapılması veya bu kararların yürürlükten kaldırılması hallerinde; değiştirilen veya kaldırılan kararlara aykırı davranışta bulunmuş olanlar hakkında, failin lehine olan kararlar ve kanun hükümleri tatbik ve infaz olunur.*” hükmü eklenmiştir²⁸¹. Bu değişikliklerle birlikte mülga 765 sayılı kanun dönemindeki tartışma sonlanarak hukukumuzda idarenin düzenleyici işlemlerinde geçmişe lehe uygulama meselesi kabul görmüştür.

(6) Anayasa Mahkemesinin İptal Kararları

1961 Anayasasıyla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin hukuk sistemimize girmesi, beraberinde, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının lehe geriye yürüyüp yürüyemeyeceği meselesini gündeme getirmiştir²⁸². Daha açık bir ifadeyle bu iptal kararlarının mutlak bir şekilde geriye yürüme yasağına mı yoksa nispi bir şekilde geriye yürüme yasağına mı tabi olacağı gündeme gelmiştir. Esasında gerek 1961 Anayasasının 152. maddesinde gerekse 1982 Anayasasının 153. maddesinde “*İptal kararları geriye yürüyemez.*” şeklindeki açık hüküm karşısında böyle bir tartışmanın olması mümkün değildir. Zira normlar hiyerarşisinin en üstündeki norm olan anayasa mutlak bir şekilde geriye yürüme yasağına işaret etmektedir.

765 sayılı kanun döneminde bu mesele, “erkeğin zinasını” iptal eden Anayasa Mahkemesi kararının yürürlüğe gireceği süreye kadar bu konuda belki bilinçli belki de bilinçsiz bir şekilde yasa koyucu tarafından yasal düzenleme yapılmaması neticesinde gündeme gelmişti²⁸³. Yargıtay, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı

²⁸⁰ Önder, **a.g.e.**, s. 155.; Düzenleyici işlemlerde lehe uygulamanın kabul edilmesinde yönünde diğer görüş için bkz.: Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 209.

²⁸¹ 05.06.1985 tarih ve 3217 sayılı Kanunla benzeri şekilde Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanununun bazı maddelerini değiştiren Kanunda da ilgili değişiklik yapılmıştır. Önder, **a.g.e.**, s. 155.

²⁸² Konu hakkında bilgi için bkz: Önder, **a.g.e.**, s. 169, 170.; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 226, 227.

²⁸³ Anayasa Mahkemesi 23.09.1996 tarihli ve 15/34 E. K. sayılı kararıyla mülga kanunun 441. maddesini iptal etmiştir. Ancak iptal kararının ortaya çıkaracağı boşluğu göz önünde bulundurarak Anayasa Mahkemesi, boşluğun doldurulması için iptal kararının Resmî Gazetede yayınlanma tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe gireceğini kabul etti. Ancak iptal kararının Resmî Gazetede

yürürlüğe girmeden önce erkeğin zinası suçu bağlamında yargılanmasına başlanmış bir olayla ilgili zorlama bir yorum yaparak Anayasa Mahkemesi kararını geriye yürütmüştür²⁸⁴. Yargıtay kararının gerekçesinde; “...Anayasanın 153. maddesinde yer alan ve iptal kararlarının geriye yürümezliğine ilişkin bulunan kural, iptal edilen hükümlere göre kazanılmış olan hakların ortadan kaldırılmasına veya toplum huzurunun bozulmasına yol açacak sonuçları önlemek ve hukuki işlemlerin geçerliliğini sağlamak amacıyla kabul edilmiştir. Suç ise, hukuksal bir işlem değildir. Bu nedenle, korunacak bir hak doğurmaz. İptal kararları, yasa koyucunun bir ceza hükmünü ortadan kaldırması işlemi gibi geçmişe etkili olması gerekir...” ifadelerine yer vererek anayasanın açık hükmüne rağmen, iptal kararlarının geriye yürütmesini kabul etmiştir²⁸⁵. Ancak Yargıtay’ın, Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilen hükümlerin yasama organınca kaldırılmış bir hüküm etkisi göstermeyeceği, dolayısıyla lehe uygulamanın mümkün olmadığına yönelik kararları da bulunmaktadır²⁸⁶.

(7) İçtihadı Birleştirme Kararları

Anayasa Mahkemesi kararlarına benzer şekilde içtihadı birleştirme kararlarının da geriye yürüyüp yürümeyeceği, yani nispi bir geriye yürüme yasağına mı tabi olduğu tartışılmıştır. Bu konuda lehe içtihadı birleştirme kararının geriye yürüyeceğini savunanlar, mülga kanunun 2. maddesinin son fıkrasında, ceza kanunlarının lehe değişikliğinin kesin hükümlere de uygulanacağını kabul

yayınlandığı 27.12.1996 tarihiyle yürürlüğe girdiği 27.12.1997 tarihleri arasında herhangi bir düzenlemenin yapılmaması sonucunda, erkeğin zinası suçunun hukuk sistemimizden çıkması, mevcut erkeğin zinası maddesine bağlı olarak devam eden yargılamalar bakımından geçmişe yürütmeyi gündeme getirmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesinin 23.09.1996 tarihli ve 15/34 E. K. sayılı kararı. 22860 sayılı ve 27.12.1996 tarihli Resmi Gazete

²⁸⁴ Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 56.

²⁸⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 09.03.1998, 82/854 E. ve K. sayılı kararı. Ayrıca kararda bu konuyla ilgili destekleyici olması için 09.09.1968 tarihli ve 3-485/248 E. ve K. sayılı Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına da yer verilmiştir. İlgili kararda; “genel hukuk kurallarına göre aleyhe sonuç doğuran iptallerin, geriye yürümemesi gerektiğini; iptal lehe olduğunda ise, ilgililerin iptalden önceki hususlar hakkında Anayasa Mahkemesi kararına dayanarak her zaman hak iddia edebileceklerinin” açıklandığı söylenmek suretiyle doktrindeki hâkim görüşe paralel olarak geçmişten beri uygulamanın da bu yönde olduğu gösterilmek istenmiştir. Yargıtay kararının karşı oy yazısı dahil tüm metni için bkz.: Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 56-60. Benzeri yönde karar için bkz.: Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.06.1968 tarihli ve 448/213 E. K. sayılı kararı. Aktaran Önder, **a.g.e.**, s. 170.

²⁸⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.10.1976 tarihli ve 277/389 E. K. sayılı kararı. Aktaran Önder, **a.g.e.**, s. 169.

edildiğini, bu bağlamda lehe kanun değişikliği karşısında dahi muhafazası sağlanmayan kesin hükmün evleviyetle lehe bir sonuç getiren içtihadı birleştirme kararı karşısında muhafazasının mümkün olmadığını ifade etmektedirler²⁸⁷. Ayrıca bu görüş taraftarları, içtihadı birleştirme kararının önceki uygulamanın hatalı kabulü anlamına geldiğini, dolayısıyla kanuna uygun olmayan bir uygulamanın korunmasının mümkün olmadığını, aksi kabulün kişilerin kanuna olan saygısını zedeleyeceğini söylemektedirler²⁸⁸.

Buna karşın karşı görüşte olanlar, kanunun amir hükmü gereği lehe olacak şeyin kanun olması gerektiğini, içtihadı birleştirme kararlarının kanun olmadığını, yalnızca ortaya atılan hukuk görüşlerinin hangisinin hukuka uygun olduğunu ortaya koyan tasarruflar olduğunu, yani kanun koyucu ya da idare tarafından ortaya konulan kuralların uygulanma biçimini saplama görevi üstlendiklerini, bir olay için yeni hukuk kuralı getirmediklerini ifade etmek suretiyle lehe uygulamanın mümkün olmadığını savunmaktadırlar²⁸⁹. Yargıtay'da 1949 yılında vermiş olduğu bir kararında, *“Tevhidi İçtihat Kararlarına dayanılarak daha önce mütakâr bir surette tatbik olunan içtihatlar dairesinde muhkem kaziye teşkil etmiş olan kararlar hakkında karar tashihi yoluna gidilemez.”* demek suretiyle lehe olan içtihadı birleştirme kararının sanık lehine uygulanamayacağı görüşünü savunmuştur²⁹⁰.

d. Geriye Yürüme Yasağının İstisnası: Lehe Kanun ve Lehe Kanunun Tespiti

765 sayılı Mülga Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrasında *“bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşir olunan kanunun hükümleri*

²⁸⁷ Yüce, **a.g.e.**, s. 131-133.; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 147.; Önder, **a.g.e.**, s. 169.

²⁸⁸ Önder, **a.g.e.**, s. 168-169.; *“...İçtihadı birleştirme kararı, içtihadı değiştirmiş ise bu önceki içtihadın hatalı olduğunu, yani kanuna uygun olmadığını gösterir. O halde, hatalı bir anlayış nedeni ile büyük ceza farklarının, bu cezayı çekenlere nasıl açıklanacağı düşündürücü bir sorundur.”* Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 147.

²⁸⁹ Kunter'in görüşünü aktaran Önder, **a.g.e.**, s. 168.

²⁹⁰ Yargıtay'ın 15.06.1949 tarihli ve 4/11 E. K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı. Aktaran Önder, **a.g.e.**, s. 168. Benzeri yönde karar için bkz.: *“Yeni İçtihadı Birleştirme Kurulu kararlarına dayanılarak daha önce istikralı bir surette uygulanan içtihadlar dairesinde kesin hüküm oluşturulmuş olan kararlar hakkında karar düzeltilmesi yoluna gidilemez.”* Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09.03.1964 tarihli ve 116/128 E. K. sayılı kararı. Aktaran, Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 147, dn. 387.

birbirinden farklı ise failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur.” denilmek suretiyle nispi geriye yürüme yasağının istisnası olan failin lehine olan kanun geriye yürür kuralı düzenleme altına alınmıştır. Görüldüğü üzere madde metninde lehe kanunun geriye yürüyeceği ifade edilmiş ancak neyin ne zaman lehe kanun olacağına dair tespit için kullanılacak bir kritere yer verilmemiştir. Dolayısıyla lehe kanunun tespitinin sağlanması önemli bir gerekliliktir.

Bu bağlamda, işlendiği zaman kanununa göre bir şeyi cürüm veya kabahat olmaktan çıkaran bir kanunun lehe olduğunda bir şüphe yoktur²⁹¹. Zaten 2. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde de *“işlendikten sonra yapılan kanuna göre cürüm veya kabahat sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz”* denilerek aslında bu düzenleme altına alınmıştır. Zira hükmün tersinden yorum yaparsak, yeni kanun, mevcut durumu cürüm veya suç olmaktan çıkardığı için lehe uygulanır hale gelir ve dolayısıyla geriye yürür. Ancak her olayda lehe kanun ayrımı bu kadar siyah ve beyaz şeklinde net değildir. Yani her zaman suç olmaktan çıkmış lehedir şeklinde basit olarak mesele çözümlenemez. Gerçekten de her iki kanununda suç saymaya devam ettiği bir durumda lehe yasanının tespiti için içinden çıkılmaz bir hale gelir²⁹². İşte mülga TCK’nın en önemli eksikliklerinden biri de bu şekilde gri alanların olduğu durumlarda, failin lehine kanunun tespitinin nasıl yapılacağına dair bir formülü barındırmamasıydı. Zira madde metninde sadece lehe kanundan söz edilmekte ancak mülga kanunun herhangi bir yerinde lehe kanunun tespitinin nasıl yapılacağına dair bir açıklama yapılmamaktaydı²⁹³.

Bu bağlamda mülga TCK döneminde, eski ve yeni kanunun hangisinin lehe kanun olduğunun tespitinin nasıl yapılacağı tartışmalı bir meseleydi. Gerçekten de pozitif hukuk metninin kuralı belirlememesi sonucu yargı kararlarında mesele iki farklı görüş ekseninde ele alınmıştır. Konu hakkında oluşturduğu ilk içtihatlarında Yargıtay, lehe kanunun tespitini yaparken her iki kanunu somut olaya uygulamakta

²⁹¹Önder, **a.g.e.**, s. 148, 149.

²⁹²Yüce, **a.g.e.**, s. 131.

²⁹³Dönemin ceza kanunlarında genel olarak düzenlenmenin bu şekilde olduğunu ifade eden Önder, ancak bazı istisnai kanunlarda bu belirlemenin nasıl yapılacağının formüle edildiğini belirtmektedir. Buna göre 1975 tarihli Avusturya Ceza Kanunu’nun 61. maddesinde tüm hükümlerin etkisi (gesamtauswirkung) göz önünde bulundurularak yapılacak bir tespitle sonuca ulaşılmaktadır. Önder, **a.g.e.**, s. 144

yaptığı karşılaştırma neticesinde lehe kanunun tespitini gerçekleştirmekteydi²⁹⁴ İlerleyen zamanlarda ise Yargıtay bu içtihadını değiştirmiştir. Buna göre Yargıtay artık, her iki kanunun somut olaya dair içerdiği lehe durumları bir araya getirerek ortaya çıkan sonucu olaya tatbik etme yoluna gitmiştir²⁹⁵. Örneğin yeni kanunda suçun karşılığı olarak 1 sene ağır hapis cezası; eski kanunda 2 sene hapis cezası öngörülen bir somut olayda Yargıtay, yeni kanundan 1 seneyi eski kanundan da hapis cezasını alarak lehe olan kanun uygulaması yaptığını ifade etmiştir²⁹⁶. Yargıtay kararlarında her ne kadar bunun üçüncü bir kanun yaratmak olmadığını söylese de bu görüş doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Zira her iki kanunda yer alan failin lehindeki hükümlerin birleştirilmesi suretiyle bir karma yapılması ceza hukuku tekniği bakımından mümkün değildir²⁹⁷.

e. Lehe Kanunun Geçmişe Etki Alanı

Lehe kanunun tespitinin yapılması akabinde ele alınması gereken diğer bir sorun, lehe kanunun ceza yargılamasında hangi aşamadaki bir somut olaya kadar geriye yürüyebileceği sorunsalıydı. Bu sorunsal karşılaştırmalı hukukta da tartışmalı bir meseledir. Yabancı ceza kanunlarının büyük çoğunluğunun kabul ettiği sistem, hükmün kesinleştiği bir olayda artık lehe kanunun dikkate alınmayacağına yöneliktir²⁹⁸. Türk hukukunda ise bu durum esasen ilk olarak, 1858 tarihli Ceza Kanunu döneminde tartışılmıştır. Nitekim 1858 tarihli kanunda değişiklik yapılmasına yönelik hazırlanan 1887 tarihli yasada lehe kanunun kesin hükme etki etmeyeceğine yönelik bir düzenleme getirilmek istenmekteydi. Ancak uygulamada karışıklık çıkacağı düşünülerek bu fikirden vazgeçilmiştir²⁹⁹. Zaten bu yöndeki

²⁹⁴ Yüksek Mahkeme'nin 23.02.1938 tarih ve 23/9 sayılı Tevhidi İctihad Kararı. Aktaran Önder, **a.g.e.**, s. 145; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 168.

²⁹⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.11.1980 tarihli ve 8-268/361 E. K. sayılı kararı.; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.05.1980 tarihli ve 3-144/204 E. K. sayılı kararı. Aktaran Önder, **a.g.e.**, s. 145.

²⁹⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 14.10.1985, 9-194/525; Benzeri yönde diğer bir karar için bkz: Yargıtay 1. Ceza Dairesi 30.01.1990 tarihli ve 129/74 E. K. sayılı kararı. Söz konusu kararlar hakkında bilgi için bkz. Önder, **a.g.e.**, s. 144-146.

²⁹⁷ Önder, **a.g.e.**, s. 145, 146.; "...Karma ölçü TCK. 'na aykırıdır. Çünkü 2. maddenin son fıkrası eski ve yeni kanun hükümlerinden lehde olanların değil, önceki ve sonraki kanunlardan hükümleri suçlunun lehinde olan hangi kanun ise o "kanunun" uygulanacağını bildirmektedir." Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 143.; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 167-168.

²⁹⁸ Karşılaştırmalı hukukta durum hakkında bilgi için bkz.: Önder, **a.g.e.**, s. 148. Yine yabancı doktrinin benzeri yönde görüşlerinin aktarımı için bkz. Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 148.

²⁹⁹ Önder, **a.g.e.**, s. 148.

fikirde mülga TCK'nın 2. maddesi hükmünde yer alan “infaz” kelimesiyle birlikte kesin olarak rafa kaldırılmıştır. Gerçekten de ikinci maddenin ikinci fıkrasında “...failinde lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur” denilmek suretiyle lehe kanunun kesin hükümlere sirayeti, yani geriye yürümesi kabul edilmiştir³⁰⁰.

f. Lehe Kanunun Geriye Yürümesinin İstisnası: Süreli ve Geçici Kanunlar

765 sayılı mülga TCK geçici veya süreli kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin bir hüküm barındırmamaktaydı. Bu durum, doktrinde ele alınarak geçici veya süreli kanunun döneminde işlenen bir suç hakkında zaman bakımından uygulamanın nasıl olacağı cevaplanmaya çalışılmaktaydı. Örneğin, Milli Koruma Kanunu yürürlükten kalktıktan sonra kanun kapsamında cezalandırılan fiillerin artık cezalandırılmaması bir lehe durum mu doğuracaktı? Dolayısıyla lehe kanun geçmişe yürür kuralı dahilinde ilgili kanun gereğince cezalandırılanlar beraat mi edeceklerdi? Bu konuda doktrinde, süreli ya da geçici kanunun yürürlükten kalkmasının, yasa koyucunun hukuk anlayışının değişimi sebebiyle değil, ortadaki fiili durumun değişmesi sonucunda bu kanunlara gerek kalmadığından kaynaklandığı, dolayısıyla bunun bir süresiz kanunun yürürlükten kalkması gibi bir durum olmadığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda süreli veya geçici kanunların söz konusu özelliği dikkate alınarak zaman bakımından uygulanmaya ilişkin ceza kanunun ilgili hükmünün uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Sonuç olarak yürürlükten kalkmış olsa dahi, yürürlükte bulunduğu süre içinde işlenmiş olan suçlara uygulanacakları, hatta hüküm kesinleştiği takdirde infazın dahi devam edeceği belirtilmiştir³⁰¹. Elbette doktrinde hâkim olan görüş doğru olan görüş olsa bile, böyle bir önemli konuda mülga TCK'da düzenleme olmaması, hukuk güvenliği bakımından ciddi bir sorun teşkil etmekteydi³⁰².

³⁰⁰Önder, **a.g.e.**, s. 148, 149.; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 225; Kesin hükme etkisi genel olarak kabul edilse dahi o dönemde mülga usul kanunun 402. maddesi gereğince savcılar mahkemelerden karar istemekteydiler. Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 149.

³⁰¹Önder, **a.g.e.**, s. 158-160.

³⁰²Sözür, “Jescheck'in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 252.; Gerçekten de, geçici ve süreli kanunların zaman bakımından uygulanması önemli sorunlar doğurmakta ortaya çıkan belirsizlik doktrindeki eserlere de yansımaktaydı: “...Türk kanun koyucunun bu konuda bir düzenlemesi var

2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

a. Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "zaman bakımından uygulama" başlıklı 7. maddesinde, geçmişteki eksiklikler düşünülerek ceza kanununun zaman bakımından uygulanma alanı detaylı bir şekilde düzenleme altına alınmıştır. Konumuz geriye yürüme yasağı çerçevesinde 7. maddede, geçmiş kanunundan farklı olarak neler getirildiği, geçmişteki tartışmalı sorunlu noktaların nasıl ortadan kaldırıldığı özelinde durulacaktır. Dolayısıyla bu bölümde yukarıda detaylı olarak değindiğimiz tüm başlıklara bir kez daha yer verilmesine gerek görmemekteyiz.

Gerçekten de bugün için ceza muhakemesi kurallarının zaman bakımından uygulanmasında derhal uygulanma esasının kabulünde ya da Anayasanın getirdiği amir hüküm karşısında dava ve ceza zamanaşımı kurallarının maddi ceza hukukuna dair bir müessese olarak kabulünde ve dolayısıyla nispi bir geriye yürüme yasağının geçerli olmasında doktrinde bir fikir birliği bulunmaktadır³⁰³. Yine ceza kanununun 2. maddesinin ikinci fıkrasındaki "idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz." hükmü karşısında, suç ihdası yapan idarenin düzenleyici işlemlerinde lehe geriye yürüyüp yürümeme konusunun tartışılmasında da bir anlam kalmamıştır. Nihai olarak, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları ve Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararları konusunda pozitif hukuk metinlerinde yeni bir düzenlenmenin ortaya konulmaması neticesinde, yukarıdaki bölümdeki kanaatlerimizi tekrarlamakla yetindiğimizi söylemek yeterli olacaktır.

b. Güvenlik Tedbirlerinin Açıkça Geriye Yürüme Yasağı Kapsamına Alınması

Mülga ceza kanununda, güvenlik tedbirlerinin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemesinin önemli bir eksiklik olduğunu, bunun sonucu olarak güvenlik tedbirlerinde derhal uygulama mı

mıdır? Veya düşüncesi hakkında bir bilgi edinmek mümkün müdür?...ne yazık ki, bu kanunun uygulamalarından yukardaki soruya açık bir cevap bulma olanağı yoktur." Yüce, **a.g.e.**, s. 135.

³⁰³ Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 151, 155-156.; Özbek vd., s. 120, 125.; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 74-75.; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 147-148.

yoksa nispi bir geriye yürüme yasağı mı uygulanacağını tartışıldığını, ancak esasında Anayasanın güvenlik tedbirlerini kanuniliğin kapsamına alan hükmü karşısında bunların anlamsız olduğunu ifade etmiştik. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasının güvenlik tedbirlerini kanunilik ilkesi kapsamına almasıyla birlikte ise, bu durum bir nevi pekiştirilmiştir. Kaldı ki, 7. maddenin birinci fıkrasında açıkça mülga kanundan farklı olarak “güvenlik tedbirleri” ifadesinin de eklenmesi bunun bir göstergesidir. Sonuç olarak güvenlik tedbirleri kanunilik ilkesinin sonuçlarından biri olan geriye yürüme yasağı kapsamına alınmış, zaman bakımından uygulanma başlıklı 7. madde gereğince lehe geriye yürüme uygulaması mümkün hale getirilmiştir³⁰⁴. Bu özellikle adeta ceza mahiyetinde olan güvenlik tedbirlerine karşı önemli bir hukuki güvence olmuştur³⁰⁵.

c. Lehe Kanunun Tespiti: Karma Uygulama Yasağı

Mülga ceza kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme benzer şekilde 5237 sayılı Kanunun 7. maddesinin ikinci fıkrasında da “*suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.*” denilmek suretiyle lehe kanunun geriye yürümesi usulü düzenleme altına alınmıştır. Ancak mülga kanun döneminden farklı olarak reform beraberinde ayrıca, lehe kanunun belirlenmesinin nasıl yapılacağına ilişkin de hüküm getirmiştir. 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 9. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan hükme göre, “*lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir.*”³⁰⁶ Yani yalnızca her iki kanunun içerdiği cezalar değil, her iki kanunun konu hakkındaki bağlantılı tüm hükümleri dikkate alınarak somut olaya yapılacak bir uygulama neticesinde, hangi uygulamanın failin lehine olduğunun tespiti yapılacaktır. Bu açık hüküm karşısında artık, geçmişte Yargıtay’ın başvurduğu

³⁰⁴ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 138.

³⁰⁵: Bilhassa 29782 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak 26.07.2016 tarihinde yürürlüğe giren Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi Ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik çerçevesinde tıbbi tedavi altında getirilen kimyasal kastrasyon bu konuda önemli bir örnektir. Mahmutoğlu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 87

³⁰⁶ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 138-139.

şekilde her iki kanunun lehe hükümlerini alarak bir üçüncü kanun yaratma usulü olan karma uygulama kesin bir şekilde yasaklanmıştır³⁰⁷.

d. İnfaz Rejimine İlişkin Kurallarda Üç İstisna: Hapis Cezasının Ertelenmesi, Koşullu Salıverilme ve Tekerrür

İnfaz rejimine ilişkin kurallarda zaman bakımından uygulanmanın usulüne ceza kanununu 7. maddesinin üçüncü fıkrasında, “*Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır.*” denilmek suretiyle açık bir şekilde yer verilmiştir³⁰⁸. Görüldüğü üzere 5237 sayılı Kanunun 7. maddesinin üçüncü fıkra hükmüyle, mülga ceza kanunu dönemindeki genel kabule uygun şekilde infaz rejimine ilişkin kurallarda derhal uygulanma esası benimsenmiş, aynı zamanda mutlak bir şekilde derhal uygulanmanın hakkaniyete aykırı sonuçlara yer verdiği yönündeki eleştiriler de dikkate alınarak bu konuda üç istisna belirlenmiştir. Yani erteleme, koşullu salıverilme ve tekerrür konuları cezanın infazıyla ilgili meseleler olmalarına rağmen, nispi geriye yürüme yasağına tabi kılınmışlardır. Zira bu konuların infaz rejimine ilişkin olmalarına rağmen, kişinin özgürlüğüyle doğrudan ilişkisi vardır³⁰⁹. Bu bağlamda şayet sonradan yürürlüğe giren kanun failin lehine bir durum yaratıyorsa, lehe kanunun geriye tatbiki yapılabilecektir³¹⁰.

e. Lehe Uygulamanın İstisnası: Geçici veya Süreli Kanunlarda İleriye Yürüme

Geçici veya süreli kanunların zaman bakımından uygulanması gibi önemli bir konuda mülga kanunda düzenlemenin olmamasının tartışmalara neden olduğunu ve böyle önemli bir konuda açık hükme yer verilmemesinin hukuki güvenlik bakımından ciddi bir sorun teşkil ettiğini ifade etmiştik. İşte bu sorun 5237 sayılı

³⁰⁷ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 78-79.

³⁰⁸ 7. Maddenin üçüncü fıkrası ilk düzenlemede “Güvenlik tedbirleri hakkında, infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır.” şeklinde iken; 5377 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2. maddesi ile değiştirilmiş ve mevcut metinde yer verdiğimiz halini almıştır.

³⁰⁹ Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 92.

³¹⁰ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 142.

Kanunun 7. maddesinin dördüncü fıkrasında, “Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte bulundukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir.” şeklinde düzenlemeye yer verilmek suretiyle aşılmıştır³¹¹. Böylelikle geçici veya süreli kanunlar yürürlükten kalksa dahi ileri etki doğuracak şekilde uygulanmalarına devam edilecek olup yeni kanun bahsi geçen suçu kaldırdı gibi bir gerekçeyle bu kanun döneminde işlenmiş suça ilişkin geriye yürüme yapılamayacaktır. Bu düzenleme geçici veya süreli kanunların ihdas edilmesi gayesiyle örtüşmesi bakımından önemlidir. Zira devlet belli döneme özgü özel bir suç siyaseti güderek geçici veya süreli kanun uygulanmasına başvurmaktadır³¹². Aksi kabul, aynı dönemde aynı suçu işleyenler hakkında eşitsizlik ve adaletsizliğe neden olacağı gibi devlete olan hukuki güveni de sarsacaktır.

³¹¹ Kanunun gerekçesi ilgili maddenin gerekliliğini tüm boyutlarıyla ortaya koymaktadır: “Süreli ve geçici kanunların bu madde kapsamı içinde olmamasının, adalet, sosyal yarar ve kanunun etkinliği gereği bulunduğu kabul edildiğinden, son fıkra metinde yer verilmiş ve böylece süreli ve geçici kanunların etkinliğinin ve adaletin sağlanması istenilmiştir. Bilindiği gibi bir kısım ceza kanunları, olağüstü hâlleri ve geçici durumları karşılamak amacıyla ve dolayısıyla nitelikleri yönünden geçici olarak veya kanun metninde açıkça belirtilen süre kadar yürürlükte kalmak üzere meydana getirilirler. Bu tür kanunların, nitelikleri gereği, yürürlükte bulundukları süre içinde işlenmiş bütün suçlar hakkında uygulanmaları zorunludur. Aksi takdirde söz konusu kanunların caydırıcı etkileri kalmaz veya azalır. Oysa, çeşitli nedenlerle suçların failleri ele geçirilememekte ve örneğin iştirak hâlinde işlenen bir suçta kaçan fail, kanunun uygulama süresi geçtiğinde hiçbir yaptırım ile karşılaşmamaktadır. Bu nedenle maddenin son fıkrasıyla, bu maddenin geçici ve süreli kanunlar hakkında uygulanmayacağı hükmü getirilmiştir. Zamanaşımı hükümleri ise, elbette ki, bu suçlar bakımından da geçerlidir.”

³¹² Koca/Üzölmez, **a.g.e.**, s. 79.; TCK’nın sisteminde benimsenen görüşün dayandığı gerekçeler hakkında bilgi için bkz.: Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 157-158.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KUSUR VE HÜMANİZM İLKESİ ÇERÇEVESİNDE TÜRKİYE’DE CEZA HUKUKU DEĞİŞİMLERİ

I. KUSUR İLKESİ ÇERÇEVESİNDE TÜRKİYE’DE CEZA HUKUKU DEĞİŞİMLERİ

A. Genel Olarak

Birinci bölümde kusur ilkesi başlığı altında, modern ceza hukukunda esas olanın, kusura dayalı bir sorumluluk olduğunu ifade etmiştik. Kusura dayalı sorumluluğun en önemli özelliği, sadece netice ile kurulmuş bir nedensellik bağı üzerinden, herhangi bir manevi bağın kurulup kurulmadığı araştırması yapılmaksızın, sorumluluğu gündeme getiren objektif sorumluluk hallerini dışlamasıdır. Ayrıca son gelişmeler ışığında klasik teoriden ayrılma ile birlikte, manevi unsurun kusurluluk anlamına gelmediğini, kusurun kast ve taksiri kapsamına alan manevi unsurdan ayrı olarak, suça dair bir kınama yargısı olduğunu ifade etmiştik. Yani, benimsenen bu anlayışa bağlı olarak kast ve taksir, haksızlığın birer görünüş biçimleri iken; kusur, fail hakkındaki bir kınama yargısıdır. Dolayısıyla bir fiilin suç olarak nitelendirilip bundan ötürü failin sorumlu tutulabilmesi için, her şeyden önce bir fiilin varlığı, akabinde ise kast veya taksire dayalı bir haksızlığın mevcudiyeti ve nihayetinde, bu haksızlık zemini üzerine inşa edilip ceza yaptırımının meşruluğunu oluşturan kusur söz konusu olmalıdır¹. Bu bağlamda kusur ilkesiyle, “kusursuz ceza olmaz” ve “kusurla orantılı ceza” şeklinde iki doğrudan bağlantılı ve “ceza sorumluluğun şahsiliği” biçiminde birde dolaylı bağlantılı olmak üzere, üç önemli sonuç gündeme gelmektedir. Tüm bu bilgiler ışığında 765 ve 5237 sayılı kanunlar özelinde kusur ilkesi, belli başlıklar ekseninde ortaya konulacaktır.

¹ Serdar Talas, *Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (actio libera in causa) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Lale Organizasyon Yayınları, İstanbul, 2012s. 33.

B. Orta Çağdan Kalma Bir Anlayış: Objektif Sorumluluk

1. Mülga Ceza Kanunu Döneminde Objektif Sorumluluk

Modern ceza hukuku sistemlerinde esas olan, kusur prensibine dayalı bir sorumluluk anlayışıdır. Ancak 765 sayılı mülga TCK döneminde, hukukun evrensel prensiplerinden birisi olan bu ilkeye aykırı olarak, objektif sorumluluk hallerine yer verilmekteydi². Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ya da kastın aşılması suretiyle işlenen suçlar olarak da adlandırılan bu tür düzenlemelerde, kastedilenden daha ağır veya farklı bir neticenin gerçekleşmesi durumunda kişinin sorumluluğu, objektif sorumluluk (kusursuz sorumluluk) esasına göre tayin edilmekteydi³. Orta Çağ'ın Kilise Hukuku'nun 20. ve hatta 21. yüzyıla yansması olan bu düzenlemeler⁴, mevcut 5237 sayılı Kanun yürürlüğe girene kadar değiştirilmeden mevcudiyetlerini korumuştur⁵.

Objektif sorumluluk anlayışına göre, gerçekleşen netice nedeniyle kişinin sorumlu tutulabilmesi için, kişinin fiiliyle netice arasında kurulacak bir nedensellik bağının varlığı yeterli olmaktaydı. Yani, meydana gelen ağır veya farklı netice ile

² 765 sayılı Kanun öncesi Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunlarında da bu yönde düzenlemeler bulunmaktaydı. Örneğin 1858 tarihli Ceza Kanununun 177 ve devamı maddelerinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama ve ölüm neticeli müessir fiil durumuna benzer düzenlemeler yer almaktaydı. Koray Doğan, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, Ankara, Adalet, 2011, s. 39 dn 168. Örneğin *"Katil kastıyla olmaksızın ika edilen darbdan müteessiren madrub vefat eder ise faili beş seneden ekal olmamak üzere muvakkaten küreğe konulur."* şeklindeki düzenleme. Bahsi geçen madde metinleri hakkında bilgi için bkz: Ahmet Gökçen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları Ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul, 1989 s. 148.

³ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bs., Ankara, Adalet, 2017, s. 393.; Nazmiye Özenbaş, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası**, Adalet, Ankara, 2012, s. 333-334.; 765 sayılı mülga TCK döneminde kastın aşılmasını (mülga kanun 452. madde özelinde), kast ve taksir gibi kusurun bir biçimi olarak gören görüş için bkz.: Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II**, 11. Bs., İstanbul, Beta, 1994, s. 205.

⁴ Objektif sorumluluk, ceza hukukuna çok eski çağlardan beri egemen olan "qui in re illicita versatur tenetur etiam procasu" yani, "gayrimeşru durumda bulunan kimse bundan doğacak bütün sonuçlardan sorumludur" anlayışının eseridir. Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 149.; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. bs., Ankara, Seçkin, 2019, s. 241.

⁵ Objektif sorumluluk konusunda geçmişteki sorunları Sözürer şu şekilde aktarmaktadır: "Türkiye'de bazı şeyler eleştiriliyordu, ama bunlar yasalara yansıtılmadı. Mesela; kusur ilkesi bakımından objektif sorumluluk hali. Benim öğrenciliğimden beri hep şu söylenmiştir: "Objektif sorumluluk hali Orta Çağdan kalmadır, bütün dünya mevzuatından çıkarmıştır, hala bizde vardır, bunları çıkarmamız gerekir" ama bu hükümler bir türlü...çıkarılamamıştır.", Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Panel, **Türkiye Barolar Birliği**, Ankara, 2004, s. 38, 39.

kişi arasında sübjektif bir bağın bulunup bulunmadığı önem arz etmediğinden, bu neticeler bakımından failin kasten veya taksirle hareket etmiş olup olmadığı araştırma konusu yapılmamaktaydı⁶.

a. Objektif Sorumluluğa İlişkin Genel Hüküm: 45. Madde

765 sayılı mülga TCK genel hükümler kısmında, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda objektif sorumluluk esasını kabul ettiğini açık bir şekilde düzenlemekteydi. Gerçekten de mülga kanunun 45. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, “...failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır.” denilmek suretiyle, objektif sorumluluk kabul edilmiřtir⁷. Ancak tabii ki objektif sorumluluğa ilişkin kanunun genel hükümlerinde yer verilen bu anlayış, sadece burasıyla sınırlı kalmamış; özel hükümlerdeki birçok suç düzenlemesine de kaynaklık yapmıştır.

b. Özel Hükümlerden Örnekleriyle Objektif Sorumluluk Düzenlemeleri

Bu konuda ilk olarak, mülga kanunun 418. maddesinde yer alan düzenleme örnek gösterilebilir. İlgili hükme göre, işlenen cebren ırza tecavüz fiili; birinci fıkrada düzenlendiği üzere “mağdurun ölümünü mucip olursa” ya da ikinci fıkrada düzenlendiği üzere, “bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakısa irasını...mültezim olursa” failin, cebren ırza tecavüz suçuna nazaran daha ağır bir ceza ile cezalandırılacağı belirtilmekteydi. Görüleceği üzere madde metninde, cebren ırza tecavüz fiili sonucu gerçekteşen neticeler açısından, bir objektif sorumluluk hali tesis edilmiřtir⁸. Gerçekten de söz konusu madde uyarınca, meydana gelen daha ağır (sağlığına zarar gelmesi, hastalığa yakalanması, herhangi bir uzvun işlevsiz kalması ya da ayıplı kalması) veya farklı netice (ölmesi) ile fail arasında

⁶ Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 393.

⁷ Doğan, **a.g.e.**, s. 39, 40.; Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 149.; Özenbaş, **a.g.e.**, s. 334-335.

⁸ Özgenç/şahin, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3. bs., Ankara, Seçkin, 2001, s. 186.

illiyet bağının kurulması yeterli olmakta, failin bu netice bakımından kasten ya da taksirle hareket edip etmediği araştırma konusu yapılmamaktadır⁹.

Yine objektif sorumluluk anlayışının yansıması olan diğer bir düzenleme mülga kanunun 439. madde hükmüdür. Yine TCK'nın 439. maddesine göre; “*şehvet hissi veya evlenmek maksadiyle*” cebren kaçırılarak kişinin seyahat hürriyetinin tahdit edilmesi “*...sırasında veya bu yüzden kaçırılan kimse yaralanmış olursa*” veya “*ölürse*”; fail, cebren kaçırma suçuna nazaran daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaktadır. Yani bu ağır neticenin oluşumu açısından failin kastı mevcut değilse; ayrıca taksirinin olup olmadığını araştırmaya gerek olmaksızın 439. maddeye göre cezalandırılması yoluna gidilmektedir¹⁰. Madde düzenlemesinin getirdiği objektif sorumluluk halinin çarpıcılığını göstermek açısından bir örnek vermemiz gerekirse; örneğin kaçırılmakta olan bir mağduru kurtarmak için üçüncü bir şahıs tarafından yapılan müdahale -*mesela silah ile ateş etmek suretiyle*- neticesinde mağdurun hayatını kaybetmesi halinde, fail hakkında söz konusu hükmün uygulanması gündeme gelmektedir¹¹. Zira failin hareketiyle gerçekleşen netice arasında objektif sorumluluk esasına göre ihtiyaç duyulan nedensellik bağı bulunmaktadır. Bu şekildeki örnekler sadece doktrinin kıymetli eserlerinde sınırlı olmayıp dönemin yargı kararlarında da büyük bir yer kaplamaktaydı. Örneğin mağduru kaçırarak sanık hakkında verdiği bir kararında Yargıtay, otomobilin devrilmesi neticesinde hayatını kaybeden mağdur dolayısıyla sanık hakkında, mülga kanunun 439. maddesinin uygulanması yoluna gitmiştir¹².

⁹ Özenbaş, **a.g.e.**, s. 338.; Yargıtay'ın o dönemde maddeye ilişkin vermiş olduğu bir kararda geçen ifadeler objektif sorumluluk anlayışının varlığını göstermesi açısından önemli bir örnektir: “*Zorla ırza geçme sırasında vuku bulan ve suçun cebir unsurunu teşkil eden şiddet hareketlerinin veya bu hareketlerden birinin neticesinde ölüm vukuunun sabit olması, illiyet bağının mevcudiyeti, maddedeki (CK., m. 418) şartların doğumu için yeterli olup; bu maddenin uygulanması için mağdurun doğrudan doğruya ırzına geçme neticesinde tenasül uzvunda meydana gelen bir afetten ölmüş olup olmadığını aramaya lüzum bulunmadığı gibi; ırza geçme suçunun tam olmayıp teşebbüs derecesinde kalmış bulunması da maddenin uygulanmasına engel teşkil etmez...*” Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 05.05.1964 tarihli ve 188/940 E. K. sayılı karar. Aktaran Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 186, dn 113.

¹⁰ Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 187.

¹¹ Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 187 dn. 120

¹² “*Ebe olan mağdureyi kaçırırken yolda otomobilin devrilmesi sonucu mağdurenin ölümüne sebebiyet verilen olayda, “sanıkların mağdureyi öldürmek hususunda kastları olmamakla beraber, cebirle kaçırma sırasında onun yaralamasından veya ölmesinden sorumlu tutulmaları, (Ceza Kanununun 439. Maddesi hükmüne) uygun düşmektedir. Gerçekten; bu madde hükmü ile kanun koyucu, zorla*

Mülga kanun döneminde objektif sorumluluk denilince akla gelen en önemli ve aynı zamanda klasik örnek, kanunun 452. maddesiydi¹³. İlgili hüküm, “*Katil kastiyle olmıyan darp ve cerh veya bir müessir fiilden telefi nefis husule gelmiş olursa fail, 448 inci maddede beyan olunan ahvalde sekiz, 449 uncu maddede yazılı ahvalde on ve 450 nci maddede muharrer ahvalde on beş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapse mahküm olur. Eğer telefi nefis failin fiilinden evvel mevcut olup da failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç ve gayrimelhuz esbabın inzımanı ile vukua gelirse, 448 inci maddede beyan olunan ahvalde beş seneden, 449 uncu maddede muharrer ahvalde yedi seneden ve 450 nci maddede yazılı ahvalde fail on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklindeydi. Görüleceği üzere bahsi geçen maddenin ilk fıkrasında, ölüm neticesinin doğrudan doğruya başka sebepler eklenmeksizin müessir fiilden dolayı meydana gelmesi hali cezalandırılmakta iken; bilhassa konumuz açısından ilginç örnek olan ikinci fıkrasında ise, failin kasten işlediği müessir fiilin, tek başına ölümün meydana gelmesine yeterli olmadığı halde, “failce bilinmeyen hallerin¹⁴” veya “failin iradesi dışında ve beklenmeyen sebeplerin birleşmesiyle¹⁵” meydana

kaçırma suçunu işleyenleri bu suçun işlenmesinden dolayı veya işlenmesi sırasında suç mağdurunun yaralanmış veya ölmüş olmasından dahi sorumlu tutmak, bu kadar ağırlaştıran ve çok uzak ihtimalleri dahi içine alan bir sorumluluk rejimini kabul etmek suretiyle, onları bu suçu işlemekten iyice kaçırmak istemiştir...Ceza Kanunu'muzun 439. Maddesi hükmü, kasın belli bir sonuca yönelmiş ve o sonucun gerçekleşmiş olmasından dolayı değil; belli bir kasta dayanan fiillerin, yani zorla kaçırma fiilinin sonucu olarak ya da bu fiilin işlendiği sırada mağdurun ölmüş veya yaralanmış olmasından dolayı zorla kaçırma suçunun cezasını artırmaktadır; bu itibarla, kastla ilgili olmayan bir olaydan sorumluluk, yani objektif sorumluluk öngörmektedir. CGK 8.4.1965, 120/136 Aktaran Özgenç/Şahin, a.g.e., s. 187, 188, dn. 122.

¹³ Özgenç/Şahin, a.g.e., s. 188; Doğan, a.g.e., s. 40. Doktrinde bu hükmün ayrı bir bağımsız suç tipi olduğunu söyleyen ya da objektif sorumluluk esasına dayanan ayrı bir müstakil adam öldürme şekli olduğunu söyleyenlerin görüşleri için bkz.: SahirErmən/Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul, 1994, s. 59 vd.; Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 13. Bası, İstanbul, 1990, s. 91-92.

¹⁴ Bu hal doktrinde müşterek sebep olarak adlandırılmaktadır. Buna göre, mağdurda yer alan hemofili, şeker hastalığı ya da kalp rahatsızlığı gibi failin fiilinden önce mağdurda var olan özel durumlar doğrudan ölüm neticesine sebep olmalıdır. Ancak dikkat edilmelidir ki, özel durumun ölüm neticesini hızlandırması halinde, ilgili maddenin uygulaması gündeme gelmeyecektir. Doğan, a.g.e., s. 43.; Örneğin bir Yargıtay kararında, “...Böbreğin tıkanmasının münhasıran ölüm sebebi olmayıp sadece ölümü çabuklaştırır nitelik taşıması göz önünde tutularak TCK'nun 451. maddesinin tatbik yeri olmadığı, sanığın eyleminin TCK'nun 448. maddesine mümas kasten öldürme suçunu oluşturduğu düşünülmek gerekirken...” aksi uygulamanın yapılması bozma nedeni yapılmıştır. Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 28.06.1990 tarihli ve 1972/2045 E. ve K. sayılı Kararı.

¹⁵ Burada düzenleme altına alınan, failin iradesi dışında hükmedebileceği alanında dışında gelişen, sıradan bir insan varsayımından hareketle fail tarafından öngörülmesi mümkün olmayan bir neticedir. Örneğin, yaralıyı taşıyan ambulansın kaza yapması ya da tedaviyi kabul etmeyen hastanın ölmesi gibi

gelen ölümden failin sorumluluğuna gidilmektedir¹⁶. Yani, nedensellik bağında meydana gelen atipik nedensel akış dahi faile yüklenmek suretiyle, objektif sorumluluğunda ötesinde bir cezalandırma imkânı yaratılmaktaydı¹⁷.

Söz konusu maddeye ilişkin Yargıtay uygulamalarında da objektif sorumluluk anlayışı esas alınarak, failin, söz konusu sebeplerin kendi hareketine eklenebileceğini ve böylece ölüme sebebiyet verebileceğini öngörmemesi halinde, şayet fiil ile netice arasında illiyet bağının varlığı varsa sorumluluk kurulmaktaydı¹⁸. *“Failin hareketine eklenen nedenlerin onun tarafından öngörülmüş olup olmamalarının önemi yoktur. Yasa, failce bilinmeyen failin iradesinden hariç, gayrimelhuz nedenlerden söz etmek suretiyle, bu konuda herhangi bir araştırma imkanını önceden kesin olarak yok etmek istemiştir. Buna göre, fail adı geçen nedenlerin kendi hareketine eklenebileceklerini ve böylelikle ölümün vukubulacağını öngörmemiş olsa bile hareketi ile sonuç arasında nedensellik bağının varlığı kabul edilecektir.”*¹⁹

Nihai olarak mülga kanunda yer alan 456. madde hükmü ve bu maddeyle bağlantılı olarak 458. madde düzenlenmesine değinilmesinde fayda vardır. Buna göre, 456. maddenin ikinci ve üçüncü fıkra düzenlemeleri uyarınca²⁰, müessir fiil

durumlar. Yargıtay’ın uygulamalarında da zaman zaman bu konularda ilginç kararlar verilmiştir. Örneğin Yargıtay bir kararında, failin yaralama fiillerine dayanamayan mağdurun intihar etmesi halinde 452. maddenin uygulanmasına imkân tanımışken (Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 06.03.1980 tarihli ve 1979/4059 E. 1980/1000 K. sayılı kararı); bir başka kararında, getirilen yaralıya ameliyatın hiç yapılmaması veya geç yapılmasını her zaman olagelen haller sayarak 452. madde uygulaması yoluna gitmemiştir (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21.02.1983 tarihli ve 1-499/67 E. ve K. sayılı Kararı). Aktaran Doğan, **a.g.e.**, s. 44-45.

¹⁶ Kayıhan İçel/Fusun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, **Suç Teorisi, 2. Kitap**, 3. bs., İstanbul, Beta, 2004, s. 265.

¹⁷ Doğan, **a.g.e.**, s. 42.

¹⁸ Fatih Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul, Beta, 2017, s. 416-417.

¹⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09.07.1984 tarihli 1984/1-446 E. 1984/255 K. sayılı kararı.

²⁰ M. 456/2: “Fiil, havastan veya azadan birinin devamlı zaafını yahut söz söylemekte devamlı müşkülâtı veya çehrede sabit bir eseri yahut yirmi gün ve daha ziyade akli veya bedeni hastalıklardan birini veya bu kadar müddet mütat iştigallerine devam edememesini mucip olmuş veya hayatını tehlikeye maruz kılmış veya gebe bir kadın aleyhine işlenip de vaktinden evvel çocuk doğmasını intaç etmiş ise ceza iki seneden beş seneye kadar haptistir.”

M. 456/3: “Fiil, kati veya muhtemel surette iyileşmesi kabil olmayacak derecede akıl veya beden hastalıklarından birini yahut havastan veya el yahut ayaklardan birinin veya söylemek kudretinin yahut çocuk yapmak kabiliyetinin zıyâmı mucip olmuş veya azadan birinin tatilini yahut çehrenin daimi değişikliğini veya gebe bir kadına karşı ika olunup da çocuğun düşmesini intaç eylemiş ise ceza beş seneden on seneye kadar ağır haptistir.”

neticesinde meydana gelen ağır neticelerden dolayı, failin kast veya taksiri aranmaksızın, sorumluluğuna gidilmekteydi²¹. Sadece nedensellik bağı üzerinde kurulacak bir irtibatla sorumluluğa gidilmesi, kanun koyucu açısından o dönem hakkaniyete aykırı olarak görülmüş olacak ki bununla bağlantılı olarak 458. madde düzenlemesine gidilmiştir²². İlgili hükme göre, failin bu neticeyi istemiş olamayacağı anlaşılırsa cezasında indirim yapılması yoluna gidilmektedir²³. Söz konusu düzenleme kanun koyucunun bu durumun hakkaniyete aykırı olduğunu dikkate alması bakımından önemli olduğu kadar; yine de objektif sorumluluğa dayalı cezalandırma anlayışından vazgeçilmediğini göstermesi bakımından da ayrıca önemlidir.

c. Kabahatlerde Objektif Sorumluluk

765 sayılı mülga kanunda suçların, cürüm ve kabahat şeklinde ayrıldığını ifade etmiştik. Bu bağlamda, objektif sorumluluğun sadece cürümlerdeki durumunun ortaya konulmasının yanı sıra, kabahatler açısından da objektif sorumluluk meselesine nasıl bir yaklaşımın sergilendiğinin gösterilmesi elzemdir. Mülga kanunun 45. maddesinin ikinci fıkrası, bu konuda açık kuralı koymuştu. İlgili hükme göre, “*Kabahatlerde kast sabit olmasa bile herkes kendi fiil veya ihmalden mesuldür.*” Görüleceği üzere, TCK’nın sisteminde failin cezalandırılabilmesi için, kabahat teşkil eden fiilin gerçekleştirilmiş olması yeterli görülmüştür. Yani, kabahat türünden bir suçun işlenmesi durumunda, failin kasten mi yoksa taksirle mi hareket

²¹ İçel vd., **a.g.e.**, s. 268.; “...Değişik derecelerden söz eden 456. maddede, her daha ağır neticenin gerçekleşmesi dolayısıyla failin cezası ağırlaştırılmakta ve failin bu daha ağır neticeyi meydana getirmek isteyip istemediği araştırılmamaktadır...” Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II**, s. 293-294.

²² M. 458: “Geçen maddelerde beyan olunan ahvalde fiil; netice itibarile failin asıl maksadını tecavüz etmiş olduğu takdirde ceza üçte birden yarısına kadar eksiltilir.”

²³ “...Failin icra ettiği meydana gelen netice arasında illiyet bağı kurulduktan sonra; bu “hareketten böyle bir neticenin doğacağını tahmin etmiş olup olmadığı hesaba katılmaksızın; fail meydana gelen neticeden sorumlu tutulur. Ancak failin bu neticeyi istemiş olamayacağı anlaşıldığı takdirde ki, 458. madde uygulanarak cezasında indirim yapmak yoluna gidilir. Bu itibarla, bir kimseyi köprüden aşağı atan kişinin, onun herhangi bir uzvunda bir zaaf veya eksilsem meydana gelmesini kesinlikle istemediği kabul edilemeyeceğinden, 458. madde uygulanamaz.” Erman/Özek, **a.g.e.**, s. 101.

ettiğinin araştırılmasına ihtiyaç duyulmamakta ve böylelikle bir objektif sorumluluk alanı tahsis edilmekteydi²⁴.

Bu şekilde bir yaklaşımın kabul edilmiş olması ilginç örneklerin ortaya çıkmasına da neden olmaktaydı. Örneğin, normalde benimsenen kural gereği bir başkasının malına zarar verme cürmünden dolayı sorumluluğun gündeme gelebilmesi için kasten hareket edilmesi gereklidir. Yani taksirle hareket edilmesi halinde, kişinin mala zarar verme suçundan dolayı cezalandırılması mümkün değildir. Buna karşılık, mülga kanun döneminde kabahat türünden bir suç düzenlemesine yer verilen 536. maddede, mala zarar verme suçunda esas teşkil eden bu anlayışa ters düzenleme bulunmaktaydı. İlgili hüküm gereğince, kanunda gösterilmiş kamu makamlarından izin alınmadan başkasına ait bir binanın duvarlarına afiş asmak, yazı yazmak gibi fiiller cezalandırılmaktaydı²⁵. İşte mülga TCK'da kabahatler açısından benimsenen sistemin bir sonucu olarak, bu kişilerin cezalandırılabilmesi için kastlarının sabit olmasına gerek duyulmamaktaydı. Böylelikle manevi unsur incelemesi yapılmaya gerek görülmeden cezalandırılma yolunu açan bir objektif sorumluluk alanı tahsis edilmekteydi²⁶.

d. Basın Kanunundaki Objektif Sorumluluk Düzenlemeleri

(1) Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun objektif sorumluluğu kaldırması sürecini aktarmadan önce, diğer mevzuatlardaki objektif sorumluluğun görünümü olan düzenlemelere genel olarak değinilmesinde fayda vardır. Bu bağlamda, en bilindik konu olmasının yanı sıra, aynı zamanda öğretide de üstünde birçok inceleme yapılan

²⁴ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 304.; Dönemin doktrininde söz konusu düzenlemelerden hiç olmazsa taksirin aranmasının anlaşılması gerektiğinin ifadesi için bkz.: Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II**, s. 275.; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C: II-III**, 2. bs., İstanbul, Beta, 1992, s. 296.

²⁵ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 304.

²⁶ 45. maddeden hiç olmazsa taksirin aranması gerektiğinin anlaşılması yönünde görüşlerin bulunduğunu yukarıda aktarmıştık. Bu bağlamda bu şekildeki bir kabulün benimsenmesi halinde, taksirle işlenmiş bir mala zarar vermeden cezalandırmanın gündeme gelmesi şeklinde bir sonuç ortaya çıkabilmekteydi. Oysaki mülga kanunun 516. maddesindeki mala zarar verme suçu yalnızca kasten işlenebilmekteydi.

bir mesele olması dikkate alınarak, 5860 sayılı mülga Basın Kanunu'ndaki yaklaşım ortaya konulacaktır²⁷.

Basın suçlarında genel sorumluluk kurallarından farklı olarak 5860 sayılı mülga Basın Kanunu'nun 16. maddesiyle, ceza sorumluluğu özel bir sisteme bağlanmıştır. Bu şekilde bir sorumluluk alanı oluşturulmasının altında yatan sebebin ne olduğuna ilişkin olarak doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır²⁸. Bir görüşe göre, özel sorumluluk alanı tahsis edilmesinin amacı, genel iştirak kurallarına gidilmesiyle oluşacak adaletsiz sonuçların önüne geçmek ve böylelikle basın özgürlüğünün tehlikeye girme ihtimalini bertaraf etmektir²⁹. Diğer görüşe göre ise, bu şekilde bir sorumluluk alanı tahsis edilerek kolektif bir faaliyet olan basın faaliyetlerinde, herkesin sürece nedensel katkısı olduğu düşünüldüğünde, eser sahibinin bilinmemesi ya da bulunamaması gibi durumlarda işlenen suçun cezasız kalması şeklinde hakkaniyete aykırı bir durumun engellenmesi amaçlanmıştır. Daha açık bir ifadeyle, iştirak dışında ancak sorumsuzluğu önlemek amacıyla sorumluluğu genişleten bir alan oluşturulmuştur³⁰.

5680 sayılı mülga Kanun'un 16. maddesi, ceza sorumluluğunu tayin ederken, dönemsel (mevkute) ve dönemsel olmayan (gayri mevkute) yayınlar şeklinde bir ayrıma giderek basılmış eserin türüne göre sorumluluğun tasnifini yapmıştır³¹. Bu bağlamda objektif sorumluluğa ilişkin düzenlemelerde, bu tasnife göre ele alınacaktır.

(2) Dönemsel Yayınlarda Objektif Sorumluluk

Öncelikle dönemsel yayınlardan başlamak gerekirse, bu tür yayınlarda eser sahibinin (yazıyı veya haberi yapan, resmi veya karikatürü yapan) sorumluluğu, ceza

²⁷ Bkz.: Kayıhan İçel, **Kitle Haberleşme Hukuku**, 2. bs., İstanbul, 1985; Adem Sözüer, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, İstanbul, Alfa, 1996.; Çetin Özek, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1972. ; Sulhi Dönmezer, **Basın ve Hukuku**, İstanbul, 1976.; Feyyaz Gölcüklü, **Haberleşme Hukuku**, Ankara, 1970.

²⁸ Görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz.: Sözüer, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 66-68.

²⁹ Dönmezer, **Basın ve Hukuku**, s. 378.; Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 378.

³⁰ İçel, **Kitle Haberleşme Hukuku**, s. 229.; Sözüer, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 68.; Özek, **a.g.e.**, s. 21.; Muharrem Özen, **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998, s. 263.

³¹ Özen, **a.g.e.**, s. 264-265.

sorumluluğunun genel kuralları gereğince tespit edilmektedir³². Bu bakımdan bir tartışma mevcut değildir. Konumuz bakımdan önem arz eden kısım ve esasında ele alınması gereken ise, dönemsel yayınlarda yazı işleri müdürünün sorumluluğudur. Mülga kanunun 16. maddesi uyarınca, “*mevkutelerde işlenen suçlarda sorumluluk...ile beraber bu mevkutenin ilgili sorumlu müdürüne aittir.*” denilmek suretiyle, iştirak dışında özel bir sorumluluk düzenlenmiştir. Bu hükmün bir sübjektif sorumluluk haline mi yoksa bir objektif sorumluluk haline mi işaret ettiği, doktrinde uzun yıllar tartışma konusu yapılmıştır.

1979 yılında 2231 sayılı kanunla maddede değişikliğe gidilmeden önce öğretideki hâkim görüş, bunun bir sübjektif sorumluluk hâli olduğu yönündeydi³³. Bu yöndeki fikirlerin dayanağını ise, 16. maddenin 3. bendinde yer alan hüküm oluşturmaktaydı. Zira 2231 sayılı kanunla değişikliğe gidilmeden önce bahsi geçen hükümde, “*sorumlu müdür suç teşkil eden haber, vesika veya yazıyı bu mahiyetini bilmeden yayınlamış ise, bunların sorumluluğu yalnız haber, beyan ve vesikayı verene veya yazana aittir.*” denilmek suretiyle, bir sübjektif sorumluluk alanı oluşturulmuştu. Gerçekten de “*bilmeden yayınlama*” ifadesinin en azından taksirin, yani neticenin öngörülebilir olmasının aranmasını ifade ettiği belirtilmekteydi. Yani sorumlu müdür, somut olayda dikkatli ve özenli davrandığı halde, neticenin gerçekleşmesine yine de engel olamayacak idiyse, sorumluluğu ortadan kalkmaktaydı³⁴. Ancak 2231 sayılı kanunla gidilen değişikliğin akabinde, objektif sorumluluk daha da belirgin hale gelmiş olup buna bağlı olarak doktrinde de görüş farklılığına gidilmiştir³⁵. Böylelikle kasti veya taksirli bir davranışın bulunup bulunmadığı araştırmasını yasaklayan, yalnızca netice ile nedensel bağ üzerinden sorumluluk kurulmasına imkân tanıyan Orta Çağ Kilise Hukuku’nun bir yansıması

³² Sözüer, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 73.

³³ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 165.; İçel, **Kitle Haberleşme Hukuku**, s. 251; Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II**, s. 303.

³⁴ Özen, **a.g.e.**, s. 275-276.

³⁵ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II**, s. 303.; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C: II**, s. 360.

düzenlemeye yer verilmiştir. Daha açık bir ifadeyle, aksi kanıtlanamayan bir iştirak ve kusur ayrımı yapılmıştır³⁶.

Dönemsel yayınlarda son olarak değinilmesi gereken husus ise, mevkute sahibinin sorumluluğu meselesidir. Esasen Basın Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca, mevkuta sahibi açısından yaptırımı manevi tazminat olan bir hukuki sorumluluk alanı getirilmişti. Ancak 1991 tarihli 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6, 7 ve 8. maddeleri uyarınca mevkute sahibi bakımından objektif sorumluluğa dayalı bir cezai sorumluluk alanı tahsis edilmiştir. Gerçekten de *“yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiillerin mevkuteler vasıtasıyla işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de...ağır para cezası verilir”* denilmek suretiyle, kast-bilerek yayınlayıp yayınlamadığı-iştirak gibi durumlara bakılmaksızın mevkute sahibi açısından objektif sorumluluk kabul edilmiştir³⁷.

(3) Dönemsel Olmayan Yayınlarda Objektif Sorumluluk

Dönemsel olmayan yayınların 16. maddenin tasnifinin bir diğer kolu olduğunu ifade etmiştik. Bu bağlamda incelememize dönemsel olmayan yayınlardan devam edecek olursak, dönemsel olmayan yayınlarda da eser sahibinin sorumluluğunun genel kurallara göre tayini yapılırken; yayıncı-basan-satan ve dağıtan kişiler bakımından bir objektif sorumluluk esası benimsenmişti. Gerçekten de, dönemsel olmayan eserlerde tıpkı yazı işleri müdürü gibi işlev görev yayıncı

³⁶ Sözüer, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 92.; Yasa koyucuda bu şekilde bir sorumluluk alanının yaratılmasını hakkaniyete aykırı bulmuş olacak ki aynı zamanda 2231 sayılı kanunla madde metninde bir başka yönden değişikliğe gitmiştir. Buna göre, sorumlu müdürler bakımından öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezaların para cezasına çevrilebileceği kabul edilmiştir. Yine yazı işleri müdürünün denetimde kullanacağı veto yetkisini dönemsel yayının sahibine karşı kullanmayacağı öngörülerek bir sorumluluğu kaldırın neden getirilmiştir: *“sorumlu müdür mevkutenin sahibi tarafından, rızasına aykırı yayınlanan yazı veya haber, resim veya karikatürden sorumlu değildir. Bu takdirde sorumlu müdür hakkındaki ceza sorumluluğu, yazı veya haber veya resim veya karikatürü yayınlatacağı aittir.”*

³⁷ Detaylı bilgi için bkz.: Özen, **a.g.e.**, s. 292-299.; İlgili hüküm o dönemde Anayasa Mahkemesinin de önüne gelmiştir. Anayasa mahkemesi de vermiş olduğu kararında, gazete sahibinin görevinin başta yazı işleri müdürü olmak üzere çalışanları özenle seçmek şeklinde bir sorumluluğunun olduğu, terörü önleme bakımından getirilen kuralların eksiksiz ve bütün bir şekilde uygulanmasının toplum yararı için önemli olduğu ve dolayısıyla kamu düzeni için genel kurallara aykırılık oluşturan düzenlemeler yapılmasının mümkün olabileceği ifadelerine yer vererek iptal istemini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesinin 31.03.1992 tarihli ve 1991/18 E. ve 1992/20 K. sayılı kararı. Reform sonrası verilen ve 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “sahipleri ve” ibaresinin iptaline dair anayasa mahkemesi kararı için bkz.: Anayasa Mahkemesinin 18.06.2009 tarihli ve 2016/121 E. 2009/90 K. sayılı kararı.

hakkında, iştirak veya kusur karinesi oluşturularak, ceza sorumluluğunun genel kurallarına ve kusur ilkesine aykırı bir durum ortaya konmuştur³⁸. Yine sadece eseri basmak ve çoğaltmak görevi olan bunun haricinde içeriğe dâhil herhangi bir denetim görevi bulunmayan eseri basan kişi veya kişiler bakımından, kurtuluş imkânı olmayan bir karine getirilmiştir. Buna göre, eser sahibi ile yayıncının bilinmemesi halinde benimsenen kademeli sorumluluk sistemi uyarınca, doğrudan basan kişinin sorumluluğu kabul edilmekteydi. Hatta öyle durumlar meydana gelebilmekteydi ki, eser sahibi ve yayıncı hakkında “mahkemede dava açılmamasına” yol açan her durumda (ölüm, gaiplik, dokunulmazlık vs.), üçüncü kişinin fiilinden dolayı basanın sorumluluğu gündeme gelmekteydi³⁹. Nihai olarak, dönemsel olmayan yayınlarda gerek basılmış eserin içeriğinin oluşumunda gerekse denetiminde hiçbir görev ve yetkisi olmayan satan ve dağıtan kişiler bakımından da objektif sorumluluk esası kabul edilmiştir⁴⁰.

2. Objektif Sorumluluğun Sakıncasını “Telafi Etme” Gayreti

Yukarıda yasa koyucunun dahi hakkaniyete aykırı bir durum olduğu inancıyla bazı objektif sorumluluk hâlleri açısından yasada ceza indirimi öngören düzenlemeler tahsis ettiğini aktarmıştık. Dönemin doktrini de sadece sübjektif bir bağlantı olmadan illiyet bağının varlığıyla sınırları son derece geniş çizilen bu sorumluluk alanının sınırlandırılması taraftarıydı⁴¹. Bu bağlamda, 765 sayılı mülga ceza kanunu döneminde, meydana gelen ağır veya farklı neticeden dolayı objektif sorumluluğun kapsamının sınırlandırılması ve objektif sorumluluğun kabulünün

³⁸ Sözüer, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 101-103.

³⁹ Sözüer, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 103-105.

⁴⁰ Esasında satan ve dağıtan kişilere ilişkin maddede yukarıda detaylı olarak aktardığımız dönemsel eserlerde yazı işleri müdürünün sorumluluğuna ilişkin maddeye benzer bir şekilde gelişim meydana gelmiştir. 2231 sayılı kanunla değişikliğe gidilmeden önce, basan ve dağıtan kişiler bakımından “bilerek satma, dağıtma” ifadesine yer verilmekteydi. Buna göre ancak, basılmış eserin içeriğinin suç oluşturduğunu öngörmelerine rağmen, satımı veya dağıtımı gerçekleştiren kişilerin sorumluluğuna gidilebilmekteydi. Bu da sübjektif bir sorumluluk alanı oluşturmaktaydı. Buna karşın maddede 2231 sayılı kanunla yapılan değişiklikle bilerek kaydı çıkarılarak satan ve dağıtan kişilerin sorumluluğu bakımından, katıksız bir objektif sorumluluk hali benimsenmiştir. Detaylı bilgi için bkz.: Sözüer, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 106-109.

⁴¹ “...Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ya uygun nedensellik teorisini kabul etmek veya aşırı neticeden failin sorumluluğu için, bu aşırı netice bakımından en az taksir derecesinde bir kusurunun aranması yollarından birisi seçilebilir.” Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C:II**, s. 358.

sonucu olarak son derece genişleyen bu alanın bir nebze de olsa “telafisinin” sağlanması için “uygun illiyet teorisi” kabul görmeye başlamıştır⁴². Bu yaklaşıma göre, eğer meydana gelen ağır veya farklı netice, failin gerçekleştirdiği fiilin doğal sonucu olmayan bir sebepten ileri gelmişse, illiyet bağının kesilmesi gündeme gelecektir⁴³. Bundan başka, objektif sorumluluk bakımından, şart teorisi⁴⁴ ve insani nedensellik anlayışı⁴⁵ üzerinden de görüşler bildirilmiştir.

Görüldüğü üzere bu şekildeki çözüm yollarına gidilmesinin en önemli müsebbibi, mülga kanunda, meydana gelen ağır veya farklı neticeye ilişkin en azından taksirin aranacağı yönünde bir düzenlemenin açık bir şekilde bulunmamasıydı. Ancak yine de mülga kanunun mevcut sistemi açısından bu şekilde en azından taksirle hareket edilmesi gerekliliğinin aranabileceğini ifade edenlerde bulunmaktaydı. Zira evrensel kural olan kusursuz ceza olmaz ilkesi uyarınca, bu şekilde bir yorum yapılabilecektir. Bununla birlikte en doğru yolun yine de objektif sorumluluk hallerinden arındırılmış ve kusur ilkesine tam uyum sağlamış yeni bir ceza kanunu yapmak olduğu vurgulanmaktaydı⁴⁶.

⁴² Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 189.; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 393.

⁴³ Örneğin bu anlayışla verilmiş bir Yargıtay kararında: “*Aynı apartmanda maktul yönetici, sanık da sakinlerden biridir. Olay günü yakıt gideri ve aidat yüzünden çıkan tartışmada sanık tokatla maktule vurup yere düşürmüş, yerde iken de tekmelemiştir. Bu düşme ve tekmeleme sonucu kol ve bacağına kırıklar oluşan maktul tedavi için kaldırıldığı hastanede olaydan 9 gün sonra ölmüştür. TCK’nın 452. Maddesinin tatbiki için, fail tarafından istenmemiş olan ölüm neticesinin fail tarafından istenmiş olan müessir fiille husule gelmiş olması lazımdır. İka edilen müessir fiilden sonra bir inkıta vuku bulmuşsa, ölüm kalp hastalığı vesaire gibi müessir fiilin doğal sonucu olmayan bir sebepten ileri gelmişse ve maktulün zaruri olmayan davranışları mevcut sebeplere eklenerek illiyet bağının kesilmesine neden olmuşsa, bu madde uygulanamaz; failin kast ettiği ve gerçekleştirdiği müessir fiilden sorumlu tutulması gerekir.*” ifadelerine yer verilmiştir. Ceza Genel Kurulunun 27.04.1992 tarihli 1-109/126 E. K. sayılı kararı. Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 189, 190 dn 128.

⁴⁴ Objektif sorumluluğun hukuki yapısı nedeniyle aranan nedenselliği izaha ilişkin en uygun görüşün şart teorisi olduğuna yönelik görüş için bkz.: Çetin Özek, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 222.

⁴⁵ Mülga kanunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından failin en azından taksirli bir davranışının aranması gerektiği yönünde düzenleme yapıldığı kadar “insani nedensellik anlayışının” esas alınması gerektiğini ifade edilmektedir. Buna göre, netice ile fiil arasındaki kurulacak nedensellik bağının dikkatle değerlendirilmesi ve kabul edilebilir ölçüler içinde kalınarak isnat yapılması gereklidir. Bu şekilde adalet duygusuna uygun bir yöntem sayesinde, geçmiş dönem hukukunun yansıması olan objektif sorumluluğun uygulama alanları, pozitif hukuktan bütünüyle kalkana kadar sınırlı ve ölçülü bir uygulama alanı bulacaktır. Özen, **a.g.e.**, s. 100, 101.

⁴⁶ İçel vd., **a.g.e.**, s. 270.

3. Türk Ceza Kanunu Tasarılarındaki Objektif Sorumluluk Düzenlemeleri

Mülga kanunun yürürlüğe girdiği 1926 tarihinden itibaren sürekli değiştirilmesinin gündeme geldiği, birçok tasarıyla mevcut sorunlar karşısında bir çözüm üretilmeye çalışıldığını ifade etmiştik. Ancak yakın tarihteki yeni ceza kanunu yapma yolundaki tasarılar da bilhassa objektif sorumluluk konusunda, bunun tam tersi yönde bir çaba sarfedilmiştir. Gerçekten de bu tasarılar da, Orta Çağ'ın Kilise Hukuku'nun kalıntısı olan objektif sorumluluğun kaldırılması yoluna gidilmemiş, hem 1989 hem de 1997 TCK ön tasarılarında objektif sorumluluğun korunması tercih edilmiştir⁴⁷⁴⁸. Haklı olarak objektif sorumluluğa ilişkin mevcut durumu koruyan bu tasarılar eleştirilmiştir⁴⁹.

4. Objektif Sorumluluğun Terki: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Düzenlemesi

a. Türk Ceza Kanunu 23. Madde Düzenlemesi

5237 sayılı Kanun'un getirdiği en önemli yeniliklerden biri de, Orta Çağ'ın Kilise Hukuku'nun bir yansıması olan hukuka aykırı bir durumda olanın bunun bütün neticelerine katlanır anlayışının, yani objektif sorumluluğun terk edilmesi ve kusura

⁴⁷ Örneğin 1997 tarihli Öntasarının 135. maddesinde kastın aşılması suretiyle adam öldürme suç düzenlemesinin öngörülmüştü. Doğan, **a.g.e.**, s. 45. Yine 1997 tarihli Öntasarının 20. maddesinin ikinci fıkrasında, “*bilerek ve isteyerek yaptığı veya yapmadığı hareketten doğan neticeden dolayı kanunun kişiyi sorumlu tuttuğu haller saklıdır.*” hükmüne yer verilmiştir. Aynı zamanda 21. maddenin gerekçesinde, objektif sorumluluğun şartları üzerinde durulmuş olup bu şekilde amaçlanın kastın istisnası olarak kabul edilen bu durumla kusursuz sorumluluk arasındaki farkların ortaya konulması olduğu ifade edilmiştir. Özenbaş, **a.g.e.**, s. 339.

⁴⁸ Dönmezer bu hususta değişiklik yapılmaması gerekçesini “*bu hükümlerin uygulanması bakımından Türkiye’de herhangi bir sıkıntı çıkmamıştır. Hükümlerin tatbiki bakımından cezaların miktarı bakımından herhangi bir problem çıkmamıştır. Neticesi sebebiyle ağırlaşan sonuçlar itibarıyla müessir fiilleri cezalandırmak kusur ilkesiyle çok kabiletelif olmasa da Türk halkı bunun böyle olmasını ister. Eğer siz mesele bir adama şaplak atarak kulağını sağır eden bir kimsenin canını niyeti bunun sadece yanağa tokat vurmaktır böyle bir sonuç çıkıverdi deyip, cezayı kasta göre tayin ederseniz Türk kamuoyu bunu benimsemez*” şeklinde açıklamıştır. Sulhi Dönmezer, “Müessir Fiil Suçlarının Ceza Sistematikindeki Yeri”, **Ceza Hukuku Reformu: Sempozyum, 20-23 Ekim 1999**, İstanbul, Beta, 2001, s. 599.

⁴⁹ Bkz. Faruk Turhan, “Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Adam Öldürme Suçlarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Reformu: Sempozyum, 20-23 Ekim 1999**, İstanbul, Beta, 2001, s. 624.; Jescheck’in 1989 tarihli tasarısı hakkındaki eleştirileri için bkz. Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 261.

dayanan ceza sorumluluğunun benimsenmesi olmuştur. Bu çerçevede, kişiye ceza yaptırımını uygulanabilmesi için gerçekleşen neticeler açısından kasten veya taksire dayalı bir davranış nedeniyle kusurlu olması esas benimsenmiştir⁵⁰.

Mülga kanun döneminde mutlak olarak böyle bir anlayışın olmamasının, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar konusunda çıkardığı sorunları ortaya koymuştuk. İşte bu gereklilik dikkate alınarak genel hükümlerde açık bir şekilde “neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç” başlığı altında, 23. madde düzenlemesine yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre, kişinin işlediği bir fiil neticesinde meydana gelen ağır veya farklı bir neticeden sorumluluğuna gidilebilmesi için bu neticelerden dolayı en azından taksirinin aranması koşulu getirilmiştir. Böylelikle, mülga kanunun bu tür suçlarda getirdiği objektif sorumluluk anlayışının yerini, en azından taksirin arandığı bir sübjektif sorumluluk almıştır⁵¹.

Bahsi geçen madde uyarınca, artık neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından sorumluluk gündeme gelebilmesi için manevi unsurun görünüm şekilleri olan çeşitli kombinasyonlara dayalı olarak işlenmiş bir davranış aranmaktadır. Konumuzun dışına çıkmama hassasiyetini göz önünde bulundurarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların, gerçek ve görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar şeklinde ayrımının yapıldığı ve kast-taksir, kast-kast ve hatta taksir-taksir kombinasyonlarıyla hareket edilerek işlenebileceği yönünde çeşitli görüşlerin olduğunu ifade etmekle yetinmeyi uygun görüyoruz⁵².

⁵⁰ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 241.

⁵¹ 23. maddenin gerekçesinde de bu durum açık bir şekilde ortaya koyulmaktadır: “...Belirtmek gerekir ki, bu tür sorumluluk (objektif sorumluluk), ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan “versari in re illicita”, yani hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün neticelerine katlanır anlayışının ürünü olup, çağdaş ceza hukuku bu anlayışı çoktan terk etmiştir. Çünkü kusurun aranmadığı objektif sorumluluk halleri kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çelişmektedir. Ülkemiz ceza hukuku öğretisinde uzun süredir objektif sorumluluk hallerinin ceza mevzuatından çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu talebin yerine getirilmesi, Anayasada öngörülen kusur ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Madde metnindeki düzenlemeyle, meydana gelen ağır netice açısından kişinin sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu neticeye ilişkin olarak en azından taksir dolayısıyla kusurlu bulunması gerekmektedir. Bu hükümle, meydana kastedilenden başka ve ağır netice açısından sorumluluğun kusura dayalı bir sorumluluk olması sağlanmak istenmiştir.”

⁵² Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin ağır netice açısından taksirle hareket etmesi aranmaktadır. Buna göre, m. 87/4 düzenlemesi bunun en tipik örnektir. Yani şayet kasten gerçekleştirilen bir yaralama sonucundan gerçekleşen ölüm neticesinden failin taksiri varsa ortada gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç vardır. Ancak gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta fail, kastedilen dışında gerçekleşen netice bakımından olası kastla hareket ediyorsa doğrudan bu

b. Kabahatler Açısından Sübjektif Sorumluluğun Getirilmesi

Türk Ceza Hukukunun en önemli yeniliklerinden birinin de kabahatlerin suç olmaktan çıkarılmak suretiyle kabahatler alanında ayrı bir kanun tahsisinin yapılması olduğunu ifade etmiştik. Kabahatler Kanunu beraberinde birçok yeniliği getirdiği gibi, mülga ceza kanunu zamanındaki objektif sorumluluk anlayışının terk edilmesinde de önemli rol oynamıştır. Gerçekten de 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 9. maddesinde açık bir şekilde, *“kabahatler, kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenir.”* denilmek suretiyle kusur ilkesine uygun bir sübjektif sorumluluk getirilmiştir⁵³. Nitekim madde metninin gerekçesinde bu durum ortaya konmuştur: *“Suçlar kural olarak ancak kasten işlenebilirler. Ancak, kanunda açıkça belirtilmiş olması halinde, taksirle işlenen fiil de istisna olarak suç oluşturabilir. Buna karşılık, Tasarıda benimsenen sisteme göre, kabahat türünden haksızlıklar kural olarak hem kasten hem de taksirle işlenebilir. Ancak, sadece kasten veya taksirle işlenebilen fiilin kabahat oluşturabileceği konusunda kanunda hüküm bulunabilir. Fakat, Tasarının sisteminde, kabahatler açısından da idari ceza sorumluluğunun kabulü yani idari para cezasına karar verilebilmesi için, fiili işleyen gerçek kişinin en azından taksire dayalı kusurunun varlığı gerekir. Başka bir deyişle, kabahatler bakımından objektif sorumluluk kabul edilmemiştir.”*

konudaki bağımsız suç düzenlemesinden uygulama yapılacaktır. Buna karşın, görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin ağır netice bakımından en azından taksiri aranmaktadır. Bununda en tipik örneği, kişiyi hürriyetten yoksun kılma suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olan “suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması” halidir (m. 109/4). Buna göre, failin bu netice bakımından taksiri olabildiği gibi kastı da olabilmektedir. Yani gerekirse kast-kast kombinasyonundan hareketle uygulama yapılmaktadır. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 240-248.; Benzeri şekilde kast-taksir kombinasyonu üzerinden gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ve kast-kast, taksir-taksir kombinasyonları üzerinden görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ayırımı yapan görüş için bkz.: Doğan, **a.g.e.**, s. 27, 28.; Madde lafzından temel suç tipinin kasten gerçekleştirilmesi gerektiğini belirten ve dolayısıyla taksir-taksir kombinasyonunu çıkaran görüşler için bkz.: Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 396, 397; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 489.; Gerçek ve görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ayırımının kast ve taksir kombinasyonu bakımından değil, kastedilenden daha ağır yada farklı neticenin suç teşkil edip etmediği üzerinden yapılması gerektiği ve sadece kast-taksir kombinasyonunun bulunduğu ifade eden görüş için bkz.: Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 397-405. Gerçek-görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ayırımının pratikte hiçbir sonucu olmadığına yönelik görüş için bkz.: Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 297-299, dn. 384.

⁵³ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 262-263.

c. Uygulamadan Objektif Sorumluluk Örnekleri

İncelediğimiz konulara değinirken pozitif hukuk metnindeki değışimin, uygulamadaki anlayışın da *-direnmeye çalışanlar istisna edilmek suretiyle-* değışmesine neden olduğunu örneklerle göstermiştik. Bu bağlamda, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda objektif sorumluluğun yansımaların devam ettirilmeye çalışmasına dair somut bir örnek olan, “Hepatit Kararı”na değinilmesinde fayda vardır⁵⁴. Esasen 765 sayılı mülga TCK döneminde gerçekleşen bir olayın bozma sonucu, 5237 sayılı Kanun döneminde tekrardan yargılamaya konu olması neticesinde gündeme gelen bu olayı şu şekilde özetleyebiliriz: İnceleme konusu olayda, sanığın öldürmek kastıyla hareket ederek tabanca ile ateş etmesi sonucunda yaralanan maktul hastaneye kaldırılıyor ve burada 7 ünite kan veriliyor. Akabinde maktul şifa ile taburcu oluyor ve hatta duruşmada gelip ifade dahi veriyor. Ancak sonrasında ani bir şekilde rahatsızlanarak hayatını kaybediyor. Adli Tıp Raporunda ifadesini bulduğu üzere, maktulün ölümünün *“ateşli silah yaralanmasının tedavisi için hepatit virüslü kan verilmesi sonucu gelişen akut hepatitten ileri geldiği”* tespit ediliyor. Bu konuda yerel mahkeme reformun ilkelerine isabetli şekilde, *“...sonradan eklenen ortak sebep fiilin tabi sonucu ise; örneğin zatüre gelişmesi, aşırı kan kaybı, ameliyatın geç yapılması gibi hallerde olayda birinci failin kasten öldürmeden sorumlu tutulması, aksi takdirde sonradan eklenen sebep fiilin tabi sonucu değilse ve failin de eklenen ortak sebebin eklenmesinde kusuru mevcut değilse, örneğin ameliyat edilen hastanın serumuna zehir katılması, kullanılan kanın hepatitli olması, kusursuz ceza olmaz ilkesi gereği kasten öldürmeye teşebbüsün fail hakkında uygulanmasının, konunun çözümü bakımından daha adil olacağını”* ifade ediyor. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu yaptığı incelemesinde, hepatitli kan verilmesi sonucu gerçekleşen ölümü sanığın gerçekleştirdiği fiilin doğal sonucu kabul ederek nedensel bağının kesilmediğini dolayısıyla sanığın kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmiştir. Böylelikle Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sanığın kusuru dışında gerçekleşen bir neticeden dolayı, yani üçüncü kişinin fiilinin etkisiyle gerçekleşen ölüm neticesi nedeniyle sanığı

⁵⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 02.06.2009 tarihli ve 2008/1-186 E. 2009/147 K. sayılı kararı.

teşebbüsten değil, suçun tamamlanmış şeklinden sorumlu tutarak bir objektif sorumluluk alanı tahsis etmiştir.

Yine, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin uygulamadaki diğer bir mesele olan, basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek şekilde bir yaralama neticesinde gerçekleşen ölüm dolayısıyla sorumluluğun tespiti hususu da konumuzla ilgisi nedeniyle gündeme getirilmelidir. Yargıtay uygulamalarında, yaralama kastıyla gerçekleştirilen bir fiilin maktulün ölümüne neden olması halinde, yani m. 87/4 hükmünden dolayı sorumluluğun gündeme gelebilmesi için yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilmeyecek bir şekilde gerçekleşmiş olması (m. 86, f. 1 veya f. 3) aranmaktadır. Şayet basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir şekilde yaralama olayda mevcutsa, failin tarafından mağdurun ölümüne neden olan durumun bilinip bilinmediği araştırması yapılmaktadır. Buna göre, şayet fail durumu biliyorsa, meydana gelen ölüm neticesinden bilinçli taksirle (m. 22/3 delaletiyle m. 85/1); durumu bilmiyorsa ise, ölüm neticesinden adi taksirle sorumlu (m. 22/2 delaletiyle 85/1) tutulmaktadır⁵⁵. Konumuzla bağlantıda işte tam bu noktada meydana gelmektedir. Yargıtay bu şekilde basit veya bilinçli taksirle öldürme suçundan dolayı sorumluluğa ilişkin bir karine yaratarak, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde gerçekleşen yaralama sonucu meydana gelen ölüm neticesinden sorumluluk getirmektedir. Daha açık bir ifadeyle, objektif sorumluluk alanı oluşturmaktadır. Oysaki bilhassa failin hastalığı bilmediği durumlarda, basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde gerçekleşen yaralamadan dolayı ölüm meydana gelirse, TCK'nın 86/2 maddesinden (basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde yaralama suçu) sorumlu tutulması gereklidir.

C. Haksızlık Yanılgısı

1. Genel Olarak

Bir kanunda kusur ilkesinin en temel göstergelerinden biri, o kanunda haksızlık yanılgısının düzenlenip düzenlemediğidir⁵⁶. Bu bağlamda, öncelikle bir kanunda haksızlık yanılgısı durumunda sorumluluğun etkileneceği yönünde bir

⁵⁵ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 243-244, dn 632.

⁵⁶ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 263.

hükme yer verilmedi. Sonrasında ise haksızlık yanılığının, kast başlığı altında mı yoksa kusur başlığı altında mı değeriendirileceğı gündeme gelmektedir. Hatırlanacağı üzere, 5237 sayılı Kanun'un kabulüyle birlikte, klasik teori anlayışının aksine, kusurun manevi unsurdan ayrı ele alındığı ifade etmiştik. Buna göre, kast ve taksir haksızlığın görünüm biçimleri iken; kusur bir kınama yargısını ifade etmektedir. İşte bu şekildeki bir kabule bağılı olarak, kişinin işlediğı fiilden kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, işlediğı fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerekir. Şayet kişinin işlediğı fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda bilgisinin olmadığı hallerde, kusurunun etkilenmesine bağılı olarak kişi ya ceza indiriminden yararlandırılacak ya da kişinin cezalandırılmasından vazgeçilecektir⁵⁷. Bu çerçevede, öncelikle 765 sayılı mülga Kanun'daki meseleye yönelik yaklaşım ortaya konulduktan sonra akabinde, kusur teorisinin kabulüne bağılı olarak 5237 sayılı Kanun'daki durum ele alınacaktır.

2. 765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun Geleneksel Yaklaşımı: 44. Madde Düzenlemesi

a. Geleneksel Yaklaşım

Bir ceza hukuku kuralını bilmemek veya eksik bilme ya da yanlış yorumlamak sonucunda sorumluluğun olup olmayacağı uzun yıllar tartışıla gelmiş bir mevzudur. Geleneksel doktrin olarak adlandırılan görüş taraftarları bu konuda, mutlak bir alan oluşturmaktaydılar. Bu görüş taraftarlarına göre, kurala, bir kere usule uygun bir şekilde aleniyet kazandırılmışsa, artık kuralın herkes tarafından bilindiğı kabul olunmalıdır. Bunun aksinin kabulünün, her olayda ekstradan kişinin kuralı bilip bilmediğı araştırmasını gerektireceğı ki bu durumda pratikte uygulanması mümkün olmayan bir istek olduğu ifade edilmekteydi. Geleneksel doktrinin kabul ettiğı bu kural, Kilise Hukuku zamanında "hukuki bilmeme mazeret sayılmaz" (*Ignorantia juris non excusat*) şeklinde formüle edilmiştir⁵⁸. Ancak bu şekilde bir varsayım (faraziye) oluşturularak herkesin kanunu bildiğı şeklinde hareket edilmesi hakkaniyete aykırı görülerek haklı olarak uzun yıllar eleştirilmiştir.

⁵⁷ Koca/Üzölmez, **a.g.e.**, s. 368-369.; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 477.

⁵⁸ Dönmez/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: I**, s. 193.

Zira bu kadar kapsamlı ve karmaşık mevzuat yumağı içinde bırakın vatandaşları, hukukçuların dahi kuralları bütünüyle bilme olanağı yoktur⁵⁹.

Bu hakkaniyete aykırı durum dikkate alınarak kuralda belli ölçüde yumuşama sağlamak amacıyla çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bir görüş, sosyal sözleşmeden yola çıkarak nasıl devlete kanunilik ilkesi gibi bir yükümlülük getirilmişse; vatandaşa da kanunları bilme ödevi yüklendiğini ifade etmektedir. Bu şekilde vatandaşlar dışında yabancılar bakımından, kural bazında önemli bir yumuşama getirilmekteydi. Yine bunun bir faraziye değil, aksi ispatlanabilir hukuki karine olduğu ifade edilmek suretiyle kuralı yumuşatma yoluna gidenlerde bulunmaktaydı⁶⁰. Nitekim bu görüşler mevzuat düzenlemelerine sirayet etmiş ve böylelikle kuraldan ayırksı durumlar yaratılmıştır⁶¹.

b. Kast ve Kusur Teorisi

Bu şekilde ayırksı durumların yaratılması akabinde meselenin, kast başlığı altında mı yoksa kusur başlığı altında mı ele alınacağı tartışılmıştır. Kast teorisine göre, işlenen fiilin haksızlık teşkil edeceği konusundaki bilgi kasta dâhil edilmekte ve böylelikle işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilinmemesi halinde artık kastın varlığından bahsetmek mümkün olmamaktadır. Yani, bu fiilin taksirli hali kanunda cezalandırılmadığı müddetçe, fail cezasız kalmaktadır⁶². Kast teorisi, hem haksızlık

⁵⁹ Geleneksel doktrinin eleştirilmesi yolunu *Binding* açmıştır. Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: I**, s. 194.;

⁶⁰ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: I**, s. 194-195.; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C: II**, s. 330.

⁶¹ Örneğin, 1957 yılında yapılan değişiklikle İsviçre Ceza Kanununa eklenen “*Eğer failin davranışının hukuka uygun olduğuna inanmakta yeterince haklı olması halinde, yargıç vereceği cezadan indirim yapmayı serbestçe takdir edebileceği gibi, hiç cezaya gerek görmeye de bilir.*” hükmü; 1974 tarihli Avusturya Ceza Kanununda yer alan, “*hata sonucu davranışının hukuka aykırı olduğunu bilmeyen kimse bu hatası nedeniyle kınanamadığı takdirde kusursuz sayılır.*” hükmü; 1975 tarihli Alman Ceza Kanununda yer alan, “*fail fiili işlediği sırada hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirdiği bilincine sahip değilse ve bu hatası kaçınılmaz ise kusursuz hareket etmektedir. Hatanın kaçınılmaz olması halinde cezadan indirim yapılır.*” hükmü; 1978 tarihli Macaristan Ceza Kanununda yer alan, “*Toplum için tehlikeli olmadığı varsayarak bir fiili gerçekleştiren kimse, söz konusu hatalı varsayımı ciddi nedenlere dayanması koşuluyla cezalandırılmaz. Bu cezasızlık nedeni taksirle işlenmesi halinde de cezalandırılan bir fiil söz konusu ise geçerli değildir.*” hükmü. Bkz. Devrim Güngör, “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 68, Y: 2007, s. 149-150.

⁶² Kast teorisi hakkında bilgi için bkz.: Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 477.; Adem Sözüer, “Hukuki Hata”, **Yargıtay Dergisi**, C: 21, S: 1-2, Ocak-Nisan 1995, s. 474-477.; Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 714-715.; Güngör, **a.g.m.**, s. 151-152.; Sesim Soyer Güleç, “Türk

hatasını maddi vakiya ilişkin unsur yanılığıyla aynı işleme tabi tutması nedeniyle hem de yarattığı cezasızlık alanı sonucu kişilere hukuka aykırı davranma konusunda geniş alan sağlayacak olması nedeniyle haklı olarak eleştirilmiştir⁶³.

Kusur teorisi ise yanılığın, maddi bir varlığa ait hususun bilinmemesiyle ilgisi olmadığını ifade etmektedir. Dolayısıyla olayın kastla doğrudan bir ilgisi yoktur. Sorun, failin normlara ilişkin bir değerlendirmesinden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği konusunda bilginin azlığından bahsedilemez, kişinin işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği konusunda bilgisi veya bilgisizliği şeklinde iki seçenek bulunmaktadır. Bilgisi varsa zaten kasten işlediği bir suçtan dolayı kusurlu bulunarak sorumluluğuna gidilecektir. Buna karşın, işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği konusunda bilgisizlikte ise, kast yine vardır ancak hatanın kaçınılabılır olup olmadığına göre, kusur ya tamamen ortadan kalkmakta ya da azalmaktadır⁶⁴.

Buna göre, işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğini (ister hiç bilmemeden ister yanlış yapılan yorumdan isterse bilip ama hukuka uygun hale getiren bir sebebin bulunduğu varsayımından hareketle) bilmediği durumlarda, yanılığın kaçınılabılır olup olmadığına göre kusura yönelik bir değerlendirme yapılacaktır. Kaçınılabılır ise, kusurun azalması nedeniyle ceza indirimi; kaçınılamaz ise, kusurun ortadan kalkması nedeniyle cezasızlık gündeme gelecektir. Ancak her daim ortada kasıtlı işlenmiş bir suç olacaktır. İşte kast ile kusur teorisinin ayrımı da tam bu esasa dayanmaktadır. Zira kast teorisine göre, kaçınılmaz hallerde kişinin kastı kalkmakta ve ortada bir suç olmaması nedeniyle kişi hakkında beraat kararı; kaçınılabılır ise, ancak kanunda taksirli hali düzenleniyorsa ortada bir suç olduğu kabul edilerek ceza uygulaması

Ceza Kanununda Haksızlık Yanılığı (M. 30/4)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı 1, 2008, s. 77-79.

⁶³ Eleştirilerin giderilmesi konusunda çeşitli çözüm önerileri sunulmuştur. Buna göre bir görüş, cezasızlık halinin ortadan kalkması için hukuk düzenine tamamen alakasız davranma ya da düşmanlık beslemek suretiyle işlenmişse, bu fiillerin haksızlık teşkil ettiği konusundaki yanılığı halinin dikkate alınmaması gerektiğini ifade etmiştir. Diğer görüş ise, taksirli halinin kanunda düzenlenmemiş olması nedeniyle ortaya çıkacak cezasızlık halinin engellenmesi için "hukuki taksir" ile işlenen suçlar şeklinde yeni bir suç tipi ihdas edilmesinin gerektiğini belirtmiştir. Görüşler hakkında bilgi için bkz.: Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 477-478.

⁶⁴ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 478. Kusur Teorisi hakkında bilgi için bkz.: Sözüer, "Hukuki Hata", s. 477-478.; Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 715-716.; Soyer Güleç, "Haksızlık Yanılığı", s. 78-79.; Güngör, **a.g.m.**, s. 153-155.

yapılabilecek olup taksirli hali düzenlenmiyorsa, yine beraat kararı vasıtasıyla bir cezasızlık gündeme gelecektir⁶⁵.

c. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu 44. Madde Düzenlemesi

765 sayılı mülga Kanunun 44. maddesinde, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” denilmek suretiyle ayrıksı bir duruma yer verilmeksizin geleneksel doktrinin bakış açısı benimsenmiştir⁶⁶. Böylelikle tıpkı objektif sorumluluğa ilişkin mülga kanundaki düzenlemeler gibi bu konudada kökenini çağın gerisinden, yani Kilise hukukundan alan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Doktrinde, madde metninde yer alan “kanun” kelimesinin geniş yorumlanacağı; yalnızca ceza kanunuyla sınırlı olarak değil, aynı zamanda düzenleyici işlemleri dahi kapsamına alan bir kavram olduğu ifade edilmiştir⁶⁷. Buna göre, ceza müeyyidesi içeren ceza kanunları ve ceza müeyyidesi ile korunan kanunların bilinmesi mazeret sayılmamaktadır⁶⁸.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, kanunda mazeret sayılma konusunda ayrıksı bir durum yaratılmaması, haklı bir şekilde bir eksiklik ve aynı zamanda hakkaniyete aykırı bir durum olarak görülmekteydi. Bu kapsamda gerek doktrin gerek uygulama yoluyla 765 sayılı mülga Kanun döneminde, aynı zamanda diğer ülke mevzuatlarında gelişen konjonktüre bağlı olarak kuralın esnetilmesi girişimlerinde bulunulmuştur⁶⁹. Örneğin, yanlış yorumun bilgisizliğin kapsamında olduğu ve dolayısıyla mazeret sayılamayacağı, ancak bu yanlış yorumun yetkili organ ve memurların resmi

⁶⁵ Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 716.

⁶⁶ “*Kanunumuzda belirtilen “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının sertliğini giderecek herhangi açık bir hüküm yoktur...*” Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C: II**, s. 332.

⁶⁷ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: I**, s. 197.

⁶⁸ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: I**, s. 198.

⁶⁹ Bkz.: Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: I**, s. 198-199.; “*Türkçe bilmeyen bir yabancının memnuniyetini de bilmediği ve kendisine verilen kömürü başkasına devretmek suçuna iştiraki mevzu bahis olamaz.*” (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10.10.1942 tarihli ve 117/106 E. K. sayılı kararı), “*Doları selahiyetli sandığı bir sarrafa bozduran yabancıda suç kastı yoktur.*” (İstanbul 5. Asliye Ceza Mahkemesinin 12.12.1948 tarihli kararı), “*Hükümetçe Milli Korunma Kanununun 21. maddesinin tanıdığı yetkiye dayanılarak yayınlanan 412 sayılı Kararnameye maznununun muttali olmadığından bahis ile beraat kararı verilemez.*” (Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 23.11.1948 tarihli ve 2741/2849 E. K. sayılı kararı), “*Ormandan ağaç kesmek ve çıkarmak, yasanın istediği biçimde işlem yapılmasına bağlıdır. Tersine davranış suçtur. Köy muhtarı veya korucunun ya da öğretmenin yasaya uymayan emir ve sözleri ceza sorumluluğunu kaldırmaz.*” (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.10.1963 tarihli 3-204/199 E. K. sayılı kararı) Aktaran, Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C: II**, s. 332.; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 580, dn. 64.

uygulamalarından kaynaklanması halinde, 44. maddenin uygulanamayacağı belirtilmekteydi. Bu bağlamda söz gelimi, yetkili makam tarafından mükellefe yapılan yanlış izahat nedeniyle, mükellefin Vergi Usul Kanunu gereğince usulsüzlük cezasını gerektiren bir fiili işlemesi halinde⁷⁰ ya da idarenin aslında suç olan bir meseleye denetimde olur vermesinin güveniyle suç konusu fiili işleyen fail hakkında⁷¹, 44. madde tatbik edilemeyecektir. Zira bu tür durumlarda kaçınılmaz bir hata hali mevcuttur.

Yine Yargıtay'ın, kanunu bilmenin vatandaşın ödev olduğundan hareket ederek yabancılar bakımından kuralı esnettiği bir kararına değinilmesinde fayda vardır⁷². Bilindiği üzere bir geçici kanun olan Milli Korunma Kanunu, dönemin ihtiyaçları göz önünde bulundurularak çeşitli suç düzenlemelerine yer vermektedir. Bu suç düzenlemelerinden biride, kişilere bireysel ihtiyaçlarına göre verilen kömürlerin başkalarına devrinin cezalandırılmasaydı. Yargıtay bu madde kapsamında önüne gelen, bir yabancıdan bir başkasından ödünç olarak aldığı kömürü kullanmasına ilişkin bir olayda, ayrıksı duruma başvurarak çözüme varmıştır. Gerçekten de Yargıtay kararının gerekçesinde, *“failin henüz Türkçe bilmeyen ve konuşmayan bir şahıs olduğu düşünüldüğünde, failin yasak olduğu bilme imkânının olmadığı ve dolayısıyla bu hatasının mazeret sebebi sayılması gerektiğini”* ifade ederek beraat kararını onamıştır⁷³.

Görüleceği üzere 765 sayılı mülga Kanun dönemindeki kanuni düzenlemede, haksızlık yanılığına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Esasında haksızlık

⁷⁰ 1961 tarihli Vergi Usul Kanunun 369. maddesi birinci fıkrası bu konuyu düzenlemekteydi. İlgili hükme göre, *“Yetkili makamların mükellefin kendisine yazı ile yanlış izahat vermiş olmaları veya bir hükmün uygulanma tarzına ilişkin bir içtihadın değişmiş olması halinde vergi cezası kesilmez ve gecikme faizi hesaplanmaz.”*

⁷¹ Dönmezer/Erman bu konuda, Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 26.04.1977 tarihli ve 1977/1530 E. ve 1977/1451 K. sayılı kararındaki durumu örnek olarak göstermektedir. İlgili karar, suç konusu teşkil edebilecek sahnelerin var olup olmadığına ilişkin Merkez Film Komisyonunca incelenip onay alan bir filmi buna güvenerek oynatan ve hakkında dava açılan bir kişiyi konu almaktadır. Dönmezer/Erman'a göre, bu şekilde resmi organca kendisine onay verilen kişinin hareketi kanun hükmünü icra sayılıp hukuka uygunluk sebeplerinden yararlandırılmalıdır. Yargıtay ise kararında, komisyonca filmin incelenip incelenmediğinin tespiti akabinde soruya olumlu cevap verilmişse failin kastının yokluğu olarak işlem yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: I**, s. 199, dn. 29.

⁷² Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10.10.1942 tarihli ve 117/106 E. K. sayılı kararı. Söz konusu kararın hüküm metni için bkz.: Güngör, **a.g.m.**, s. 148-149, dn. 39.

⁷³ Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s. 81.

yanılgısına ilişkin bir mantık bulunmamaktaydı. Geleneksel görüşe uygun olarak “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralına yer verilerek mutlak bir alan oluşturulma yoluna gidilmişti. Kuralın mutlak olarak benimsenmesinin ortaya çıkaracağı hakkaniyete aykırı bu durum ise, uygulamanın kararlarıyla bir şekilde ayrıksı durumlar oluşturulmak suretiyle aşılmaya çalışılıyordu. Ancak uygulamanın kararları dönemin hâkim görüşü klasik bakış açısına uygun olan kast teorisi özelinde veriliyor ve mevcut durum, kastı kaldıran bir neden olarak kabul ediliyordu⁷⁴. Bu da yukarıda detayıyla ifade ettiğimiz üzere bilhassa, hatanın kaçınılabilir olduğu durumlarda şayet taksirli harekette cezalandırılmıyorsa önemli bir cezasızlık alanı yaratmaktaydı.

3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi: Haksızlık Yanılgısının Açıkça Düzenlemesi

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda haksızlık yanılgısının tam olarak yerleşmesi ancak iki aşamalı bir süreç sonucunda tamamlanabilmiştir. Gerçekten de öncelikle geleneksel doktrinden kopuş daha sonrasında ise, kusur teorisine uygun düzenlemenin kabul edilmesiyle, haksızlık yanılgısı kavramı pozitif hukuk metninde yerini almıştır.

5237 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği ilk halinde meseleye, “kanunun bağlayıcılığı” başlıklı 4. maddesinde yer verilmekteydi. Buna göre kanunun 4. maddesinin ilk fıkrasında, geleneksel doktrinin bakış açısı olan “*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*” hükmüne yer verilmekte iken; ikinci fıkrasında ise, “*ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz.*” denilmek suretiyle ayrıksı durum ortaya koyulmuştu. Bu şekilde ayrıksı durum oluşturularak geleneksel doktrinin anlayışından kopulması ve kusur ilkesine yaklaşan bir düzenleme getirilmesi önemli

⁷⁴ “...Ancak, Yargıtay, haksızlık yanılgısının söz konusu olaylarda, sorunu kast kapsamında mütalaa ederek çözme yoluna gitmiştir...” Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 476. Örneğin Yargıtay’ın bu konu hakkında verilmiş bir kararı için bkz.: “Seçim bittikten sonra muhafazası lazım gelen oy pusulalarını sanığın yakmasının, lüzum kalmadığı yolundaki kanaatinden ileri geldiğini müdafaa beyan etlemesine göre; bu müdafaa hilâfında kastı cürmü takip ettiği hakkındaki sübut delilleri gösterilmeksizin mahkumiyet kararı verilmesi” hukuka aykırıdır. Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 18.01.1951 tarihli ve 10370/234 E. ve K. sayılı Kararı.

bir adım olmuştur. Nitekim ilgili maddenin gerekçesinde de, “*Tasarıda, kişinin bir fiilin hukuk düzenince yasaklandığına ilişkin kaçınılamayacak hatası dikkate alınmamaktaydı. Anayasamızda güvence altına alınan kusur ilkesiyle açık bir biçimde çelişen bu durumun düzeltilmesi zorunluluğu nedeniyle maddeye ikinci fıkra eklenmiştir...*” denilmek suretiyle ayırksı durumun gerekliliği ifade edilmiştir.

Bununla birlikte, madde metni dikkatlice incelendiğinde vurgulanması gereken ilk husus, kullanılan lafız yoluyla kuralda bir daraltma meydana getirildiğidir. Gerçekten, 765 sayılı mülga kanunda kullanılan “kanun” genel vurgusuna karşın 5237 sayılı kanunda, “ceza kanunu” kavramının tercih edildiği görülmektedir. Böylelikle, bir nebze olsa ilkenin daraltıldığıнын söylenmesi yanlış bir yorum olmayacaktır⁷⁵.

Kanunun 4. maddesinin ikinci fıkrası, 5237 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra, 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı kanunun 11. maddesiyle ilga edilmiştir. Bahsi geçen madde yerine, yine 5377 sayılı kanunun 4. maddesiyle, Türk Ceza Kanunun “Hata” başlıklı 30. maddesine, “*işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz.*” şeklinde bir dördüncü fıkra düzenlemesi getirilmiştir⁷⁶. Bu adımla birlikte eksiklik giderilmiş ve kusur ilkesinin en temel göstergelerinden biri olan haksızlık yanılığısı kurumu, kanunda tam anlamıyla düzenleme altına alınmıştır⁷⁷.

Bu şekilde bir düzenlemeye gidilmesi esasını, kast-kusur teorisi arasındaki ayırmadan almaktadır. 5237 sayılı Kanunun 4. maddesinin mülga ikinci fıkra düzenlemesi, 765 sayılı mülga kanun döneminde uygulama ve doktrinde hâkim görüş olarak benimsenen kast teorisinin bir yansıması niteliğindeydi. Kastı kusurun bir biçimi olarak gören bu anlayış, hukuki hata ile fiili hata şeklinde bir ayrıma giderek her iki halde de hatanın kastı kaldırdığını ifade etmekteydi. Oysaki mevcut 5237 sayılı Kanun’un, haksızlık ve kusur ayırımına giderek kastı kusurluluğun bir şekli olarak değil, haksızlığın gerçekleştiriliş biçimi olarak gördüğü bir sistemle, söz

⁷⁵ Bkz.: Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 43.

⁷⁶ Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 579.

⁷⁷ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 263.

konusu mülga düzenlemenin bağdaşması mümkün değildi⁷⁸. İşte bu gereklilik dikkate alınarak, haksızlık hatasının mevcudiyeti halinde yine kastın ve suçun varlığını devam ettirdiği ancak kişinin kusurlu olmaması nedeniyle cezasızlık öngören m. 30/4 düzenlemesi getirilmiştir. Nitekim yeniden düzenlenen 4. maddenin gerekçesinde de bu durum, “...kişi işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmemiş olabilir. Bu durumda, haksızlık oluşturan fiil açısından kişinin kastı varlığını devam ettirir. Ancak, söz konusu hata, kişinin işlediği haksızlık açısından sadece kusurunun belirlenmesinde bir rol oynamaktadır. Bu hatanın kişi açısından kaçınılmaz olması halinde, kişi işlediği fiille ilgili olarak kusurlu telakki edilemez. Bu hata halinin, 30 uncu madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesiyle; kanunun bağlayıcılığı hükmünü düzenleyen 4 üncü maddenin ikinci fıkrasının madde metninden çıkarılması gerekmiştir.” denilmek suretiyle açıklanmıştır.

Özetle m. 30/4 düzenlemesine göre, kişinin kaçınılmaz bir hatası varsa, kusursuz ceza olmaz ilkesi gereğince hakkında cezalandırma yapılmayacaktır. Kaçınılabılır bir hatası mevcutsa, kasten işlediği suçtan dolayı kusurluluğu devam edecek ancak kusurunun azalması nedeniyle ileride yine kusur ilkesiyle bağlantısı nedeniyle ele alacağımız 61. madde uyarınca, hakkında belli ölçüde ceza indirimi yapılacaktır⁷⁹.

4. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde Haksızlık Yanılgısına Uygulamanın Yaklaşımı

a. Genel Olarak

5237 sayılı Kanunun hazırlanması sürecindeki tasarılarda, haksızlık yanılgısı meselesinde eski klasik suç teorisini benimseyen görüşlerin ciddi bir muhalefeti olmuştur. Hatta kastı kusurun bir biçimi gören klasik suç teorisi taraftarlarının bu muhalefeti neticesinde, kast teorisi anlayışına uygun olarak 5237 sayılı kanunun 4. maddesinin ikinci fıkraya düzenlenmesine yer verilmiş ve ilgili hüküm 5377 sayılı

⁷⁸ Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 43-44.

⁷⁹ Gerekçe: “...Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.”; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 478.; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 368-369.; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 581.

kanunla ilga edilene kadar kısa bir sürede olsa yürürlükte kalmıştır. Ancak sivil toplum örgütlerinden üniversitelere kadar geniş bir katılım sonucu hazırlanan ve iktidar ile muhalefetin büyük bir uzlaşısıyla hayata geçen reformun anlayışına aksi tutum yalnızca öğretilerdeki belli görüşle sınırlı kalmamıştır. Gerçekten de yukarıda detaylarıyla aktardığımız üzere, uygulamacıda zaman zaman reformun ilkelerine riayet etmeyerek aksi tutumlar göstermektedir. Bilhassa inceleme konumuz haksızlık yanlışlığı meselesinde, bu tutumun münferit olmaktan çıkarak ısrar derecesine vardığını söylemek doğru olacaktır. Nitekim haksızlık yanlışlığı meselesine ilişkin uygulamanın birçok kararında, reformun kusur ilkesi açısından benimsediği anlayışa ters bir şekilde, kastın kalktığı ve dolayısıyla suç oluşmaması gerekçesiyle beraat kararı verildiği ya da haksızlık yanlışlığıyla ilgisiz bir şekilde sonuca varıldığı görülmektedir⁸⁰.

Bu konuda uygulamanın elbette mutlak bir şekilde haksızlık yanlışlığını görmemezlikten geldiğini söylemekte iddialı bir yorum olacaktır. Nitekim yerel mahkemelerin ve Yargıtay'ın bu konuda çekingen tutumunu bırakarak reformun kusur anlayışına paralel uygulamaları da bulunmaktadır⁸¹.

⁸⁰ "...Yargıtay hatalı olarak, birçok kararında failin haksızlık yanlışlığını, suçun manevi unsurunun (kastının) yokluğuyla çözmeye çalışmış, TCK.'nın 30 uncu maddesinin 4 üncü fıkrasındaki düzenlemeyi göz ardı etmiştir." Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 581.; Yargıtay'ın inceleme konusu yaptığı olay, İzmir Adnan Menderes Havalimanından İstanbul'a uçakla gidecek bir yolcunun x-ray cihazından geçtiği sırada yapılan kontrolünde çantasında bulunan ve 2863 sayılı kanun hükümlerine göre korunması gereken kültür varlığı özelliğini taşıyan sikkelere ilişkindir. Sanık ifadesinde, söz konusu madeni paraların babasından kaldığını ve hatıra olarak saklaması için annesinin kendisine verdiğini belirtiyor. Annesi de verdiği ifadesiyle bu hususu doğruluyor. Neticesinde ilk derece mahkemesi "suç kastının bulunmadığı" gerekçesiyle beraat kararı veriyor. Yargıtay ise direnme üzerine yeniden incelediği kararda, heykel traş olan kişinin suç konusu paraların 2863 sayılı kanun kapsamında korunması gerekli taşınır kültür varlığı olduğunu bildiğini kabul ederek kararı bozuyor ve suç oluşacağını belirtiyor. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 31.03.2015 tarihli ve 2013/12-770 E. 2015/84 K. sayılı kararı. Görüldüğü üzere gerek ilk derece mahkemesi kararında gerekse Yargıtay kararında haksızlık yanlışlığı bakımından doğru bir değerlendirme yer almamaktadır. İlk derece mahkemesi kast teorisi bağlamında hareket ederken; Yargıtay'da meselenin özünü sikkelerin kültür varlığı olup olmadığının bilinmemesi üzerinde toplamaktadır. Ancak buradaki sorun esasen, kişinin sikkelerin kültür varlığı olup olmadığını bilmesi değil, kişide haksızlık bilincinin bulunup bulunmadığıdır. Nitekim söz konusu olayda fail, işlediği fiilin bir haksızlık oluşturduğu hususunda hataya düşmektedir. Kişinin mesleği ise bu hatanın kaçınılabilir olup olmadığı değerlendirmesinde esas alınacak olup kusurluluk üzerindeki etkiye bağlı olarak ya ceza verilmeyecek ya da cezada indirime gidilecektir. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 480-482, dn. 824.

⁸¹ Bu bağlamda Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2017 yılında verdiği bir karara değinilebilir. Bahsi geçen karar, Türk asıllı ve yaklaşık 12 yıldır Amerika Birleşik Devletlerinde güvenlik şirketinde

b. Cinsel İstismar Suçu Özelinde Haksızlık Yanılgısı Meselesi

Haksızlık yanılgısı başlığı altında değineceğimiz son ancak bir o kadar önemli ve hassas diğer bir konu, cinsel istismar suçunda uygulama tarafından haksızlık yanılgısının gündeme getirilmemesi meselesidir. Gerçekten de işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağı kuralının tartışılmadan göz ardı edildiği bir diğer durum, uygulamanın cinsel istismara ilişkin kararlarıdır. Genel itibarıyla bu kararlarda, hata hâlinin sadece suçun maddi unsurları üzerinden değerlendirilmesine gidilmekte haksızlık yanılgısı meselesi, kararların karşı oy yazılarıyla sınırlı olarak gündeme gelmektedir⁸². Yani, mağdurun yaşının sanık tarafından bilinip bilinemeyeceği somut olayın özelliklerine göre belirlenmekte, daha sonrasında hayatın olağan akışına uygun olup olmamasına göre maddi unsurlarda hata var ya da yok şeklinde

çalışan bir kişinin uçakla İstanbul'a gelişi sonrası sınır kapısında yapılan kontrolde çantasında ele geçirilen dört adet silahın "kaçak yolla yurda silah sokma suçundan" dolayı yapılan yargılamasını konu almaktadır. İnceleme konusu olayda kişi savunmasında, Türkiye'ye silah sokmanın yasak olduğunu bilmediğini öne sürmüştür. Ancak Yargıtay kararının gerekçesinde, "*sanığın Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup 18 yaşına kadar Türkiye'de yaşamış olması, yüksek öğrenim görmesi, suça konu dört adet tabancayı da Türkiye'ye gelmeden hemen önce satın alması ve silahlardan sadece biri hakkında havalimanı görevlilerine bildirimde bulunması, güvenlik şirketinde çalıştığını ve silahlara özel ilgisi olduğunu belirtmesi karşısında, sanığın bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içerisinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları dikkate alındığında, sanığın Türkiye'ye silah sokmanın yasak olduğunu bilmediğine ilişkin savunmalarının inandırıcı olmadığı, bu nedenle atılı suçun bütün unsurları ile oluştuğu ve fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüğünden söz edilemeyeceği*" ifadelerine yer verdikten sonra yerel mahkeme tarafından ilgili suçtan kurulan mahkûmiyeti onamıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.10.2017 tarihli ve 2014/8-321 E. 2017/412 K. sayılı kararı. Görüldüğü üzere Yargıtay kararında, sanığın işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmediği savunması üzerinden bir değerlendirme yaparak kaçınılmaz hataya düştüğünden söz edemeyeceğini kabul etmiştir. Söz konusu karar, reformdan yaklaşık 12 yıl sonra haksızlık yanılgısını ele alan doğru bir karar olması bakımından önemlidir. Yine haksızlık yanılgısına ilişkin Nevşehir Ağır Ceza Mahkemesinin 2012 yılında verdiği kararı için bkz.: Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 482-483, dn. 825.

⁸² Örneğin, 14 yıl 5 ay 23 günlük mağdure ile 17 yıl 3 ay 25 günlük sanığın bulunduğu inceleme konusu olayda, çoğunluğun 30/1 üzerinden hayatın olağan akışına uygunluk üzerinde yaptığı görüşe katılmayan üye karşı yazısında; "*mağdurenin evlenmek amacıyla sanığın yanına gittiğini, yaşının tutmaması üzerine resmi evlilik işlemlerini yaptıklarını, olaydan itibaren 8 yıl geçmesine rağmen taraflar arasında açılmış bir boşanma davası olmadığını halen daha birlikte yaşadıklarını...,sanığın mağdure ile yaptığı gayri resmi evliliğin cinsel istismar suçunu oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüğünü, genel olarak kabul edilen anlamına göre cinsel istismarın, bir çocuğun rızası olmadan veya fesada uğratılmış bir irade ile rızası alınarak yahut fiziksel ya da psikolojik baskıya maruz kalarak cinsel amaçlar için kullanılması olduğu, görüldüğü üzere istismarın tanımında birinin iyi niyetini kötüye kullanma, istismar edenin olaydan maddi veya manevi fayda elde etmesinin söz konusu olduğunu...*" ifade etmek suretiyle "sanığın işlediği bu fiil nedeniyle kaçınılmaz bir hataya düştüğünü" belirtmiştir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2013/14-478 E. ve 2014/34 K. sayılı kararı.

değerlendirme yapılmakla yetinilmektedir. Oysaki burada esas sorun, istismarın ne olduğunun ortaya konulması zorunluluğudur. Genel olarak kabul edilen anlamına göre istismar, bir çocuğun rızası olmadan veya fesada uğratılmış bir irade ile rızası alınarak yahut fiziksel ya da psikolojik baskıya maruz bırakılarak cinsel amaçlar için kullanılmasıdır. Buna karşın, iki çocuk arasında, bilhassa çocuklar akran yaş grubunda iseler, cebir, tehdit veya hile olmadan işlenen bir fiilin istismar olgusu taşımayacağı gözetilerek sanığın işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz hataya düştüğü gündeme getirilmelidir. Ancak yargı, mevcut haksızlık yanılığısı maddesine ilişkin çekingen tavrını bu meselede de sürdürmekte ve failin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşüp düşmediği değerlendirmesini yapmayarak meseleyi çözümsüzlüğe itmektedir. Böyle bir hassas konudaki hukuki çözümsüzlük ise beraberinde, hukuki olmayan başka yollarla şekillenen popülist çözüm(!) arayışlarını getirmektedir.

Gerçekten de toplumu temsil eden siyasi iradenin büyük uzlaşısıyla 2005 yılında hayata geçen reformun tarihin tozlu sayfalarına gömdüğü, 765 sayılı mülga Kanun'un 423. maddesinde yer alan hükmün, bilinen adıyla "tecavüzcüyle evlenme" maddesine benzer düzenlemelerin yeniden gündeme gelmesi bu durumun bir sonucudur⁸³. Zira meselenin uygulama tarafından hukuki çözüme rağmen çözümsüz bırakılması neticesinde ortaya çıkan boşluk, bu tür ceza hukuku dışı ve meselenin bağlamından ayrılmış çözüm(!) önerilerinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Hatta üzülerek belirtmek gerekirse Yargıtay'ında bazı kararlarında hukuki mesnetten yoksun bir şekilde bu türde uygulamalara gittiği görülmektedir⁸⁴.

⁸³ Örneğin 2016 yılında gündeme gelen, "(2) Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın 16/11/2016 tarihine kadar işlenen cinsel istismar suçundan, mağdurla failin evlenmesi durumunda, Ceza açıklanmasının geri bırakılmasına, hüküm verilmiş ise cezanın infazının ertelenmesine karar verilir. Zamanaşımı süresi içinde evliliğin, failin kusuruyla sona ermesi halinde fail hakkındaki hüküm açıklanır veya cezanın infazına devam olunur. Bu fıkra uyarınca fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına veya cezanın infazının ertelenmesine karar verilmesi durumunda, suça azmettiren veya işlenişine yardım edenler hakkında kamu davasının düşmesine veya infazının ortadan kaldırılmasına karar verilir." şeklindeki hüküm.

⁸⁴ Örneğin Yargı Reform Paketiyle bugünlerde yeniden gündeme gelmesi beklenen tecavüzcüyle evlenme hususuna kanuni bir hamle yapılmadan adeta vize veren 2019 tarihli bir Yargıtay kararı bu bağlamda önemlidir. Yargıtay'ın kendisinden 15 yaş küçük amcasının kızını kaçıarak cinsel istismar fiilini gerçekleştiren sanık hakkındaki "beraat hükmü usul ve kanuna uygundur" şeklinde onama yaptığı ilk derece mahkemesinin kararının gerekçesi ise şu şekildedir: "Sanığın üzerine atılı suçu işlerken suçun maddi unsurlarında esaslı bir yanılığa düştüğü, işlediği suçun taksirle işlenebilecek

Oysaki bu bağlamda yapılması gereken, kusur ilkesinin mevzuattaki görünümü olan haksızlık yanılığının uygulama tarafından sahiplenilmesi olmalıdır. Yani somut olayda, cebir-tehdit veya hile olmadan akran grup çocuklar arasında işlenen fiilin haksızlık oluşturmadığı konusunda kaçınılmazlık değerlendirmesi yapılarak bir sonuca ulaşılmalıdır. Bu şekilde yapılacak bir değerlendirme hem hukuki çözüm olacak hem de mülga kanunun 423. maddesi anlayışıyla hareket etmek suretiyle meseleyi bağlamından kopararak başka noktaya getirmek isteyenlerin önüne kesecektir.

D. Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Meselesi

1. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu Dönemi

a. Genel Olarak

Tüzel kişilerin sorumluluğu meselesi kusur başlığı altında ele alınması gereken diğer bir başlıktır. Bilindiği üzere ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralı, kusur ilkesinin dolaylı bir sonucudur. Söz konusu kurala, gerek 1961 Anayasasının 33. maddesinde gerekse 1982 Anayasasının 38. maddesinde açık bir şekilde yer verilmiştir⁸⁵. Bununla birlikte kusur ilkesinin doğrudan bir sonucunun kusursuz ceza

bir suç olmaması, ayrıca karar tarihi itibarıyla 16 yaşını tamamlamış mağdure ile sanığın resmi nikah yapabilmek için mahkemeye başvuracaklarını beyan etmiş olmaları, tarafların düğün yaparak gerçekleştirdikleri birlikteliğin sorunsuz olarak devam etmesi, mağdurenin anne ve babasının sanıktan şikayetçi olmamaları, kızlarını sanık ile düğün yaptırarak evlendirdiklerini beyan etmiş olmaları, mağdure ile sanığın birbirlerinden veya ailelerinden hiçbir şikayetlerinin bulunmaması, davaya konu eylemlerin tamamen kendi rıza ve istekleri doğrultusunda gerçekleştiğini ifade etmeleri ve müşterek çocuklarının bulunması, sağlam bir aile birliğinin devam ediyor olması, sanığın mağdure eşine ve çocuğuna karşı sorumluluklarını yerine getirmekte olması ve bu aşamadan sonra sanığa verilecek cezanın ne mağdurenin yararına ne ailenin ve küçük çocukların yararına ne de toplum yararına olmayacağı gibi bilakis en büyük zararı mağdure ve çocuklara dokunacağı, toplumun temelini teşkil eden ailenin ciddi zarar göreceği, bu durumda toplumun ve kamu vicdanının da yaralanacağı, ceza kanunun temel amaçlarından olan toplum barışının zedeleneyeceği, aksinin kabul edilmesi halinde mağdurenin eşi olarak kabul ettiği sanık Ali'nin tecavüzcü (cinsel istismarcı) muamelesine tabii tutulacağı ve böyle kişilerle aynı cezaya çarptırılacağı, bu durumun ise ceza kanununun amacına ve evrensel ceza hukuku ilkelerine aykırı düşeceği hususları birlikte değerlendirildiğinde sanık Ali'nin üzerine atılı çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunun meydana gelmesinde herhangi bir suç işleme kastının olmadığı anlaşılmış ve anılan suçtan beraatine karar verilmiştir.” <https://www.hukukihaber.net/makale/yargitay-yasa-cikmadan-cocuk-gelin-e-vize-verdi-h433781.html>

⁸⁵ 1921 ve 1924 tarihli Anayasalarda tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna ilişkin bir belirleme bulunmamaktaydı. Buna karşın 1961 Anayasasının 33. maddesinin beşinci fıkrasında ve 1982 Anayasasının 38. maddesinin altıncı fıkrasında “ceza sorumluluğu şahsidir” denilerek bu tür ceza

olmaz ilkesi olduğunu da ifade etmiştik. Buna göre, ancak kusurlu hareket etme imkânı olan gerçek kişilerin cezalandırılması gündeme gelir. Tüm bu bilgiler ışığında, yani hem cezaların şahsiliği esası hem de kusursuz ceza olmaz ilkesi birlikte düşünüldüğünde, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olmayacağı aşıkardır. Ancak 765 sayılı mülga Kanun dönemindeki üzerinde fikir birliğine varılmamış başlıklardan biride tüzel kişilerin ceza sorumluluğu meselesiydi⁸⁶.

Gerçekten de mülga ceza kanununda kusur ilkesine ve doğal olarak cezaların şahsiliğine uyuşan bir şekilde, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olmadığına yönelik açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak kanunun muhtelif hükümlerinde kullanılan “kimse”, “her kim” gibi ifadelerin yalnızca gerçek kişilerin ceza sorumluluğuna işaret ettiği, dönemin doktrinin hâkim görüşüydü⁸⁷. Buna karşın kanunda açık bir hükmün olmaması, mevzuat düzenlemelerinde ve uygulamanın kararlarında farklı yönde tutumların sergilemesine neden olmuştur.

b. Anayasa Mahkemesinin İçtihadı

Gerçekten de bu konuda değinilebilecek ilk örnek, 1961 Anayasası döneminde 1567 sayılı Kanuna ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin verdiği bir karardır⁸⁸. Mahkeme kararında, 1567 sayılı Kanunun değişik 3. maddesindeki ticaret ve mesleki faaliyetten men cezası üzerinden tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna ilişkin tespitte bulunmuştur⁸⁹. Buna göre Mahkeme, “değişen koşullar çerçevesinde yalnızca tüzel kişiliği idare edenleri cezalandırmanın yeterli olamayabileceğini; aksi kabulün, tüzel kişilerin serbestçe toplumun güvenliği bakımından tehlikeli hareket edebileceği

sorumluluğunun önüne geçilmek istenmiştir. Nitekim 1982 Anayasasındaki ilgili hükmün gerekçesinde de, “*fıkra, ceza sorumluluğunun “şahsi olduğu” yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve “kusura dayanan ceza sorumluluğu” ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuraldır.*” ifadesine yer verilmiştir. Zeynep T. Kangal, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 173.

⁸⁶ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II**, s. 403.

⁸⁷ Kangal, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, s. 176.; Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s. 272.; Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 101.; Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II**, s. 410.; İçel vd., **a.g.e.**, s. 58, 59.; Karşı yönde Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C: II**, s. 37.

⁸⁸ Anayasa Mahkemesinin 16.06.1964 tarihli ve 1963/101 E. 1964/49 K. sayılı kararı., <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/cca7d8bf-7bda-416e-a07a-352bdead83da?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (E.T: 02.12.2019)

⁸⁹ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II**, s. 411.

ihtimalini dışladığını; dolayısıyla tüzel kişilerin yapılarına uygun bir ceza sorumluluğu alanının kabulünün gerekli olduğunu; kaldı ki Anayasa'nın 57. maddesinde siyasi parti kapatma cezasının tüzel kişilere uygulanabildiği yönünde bir hükmün yer aldığını; dava konusu kural ile bu hükmün arasında hukuki nitelik bakımından bir farklılık olmadığını; tüzel kişilerin cezalandırılacağını gösteren hükümlerin Anayasada yer alan ceza sorumluluğunun şahsiliğine aykırı olmadığını; Anayasa'daki bu kuralın esasen, başkasının fiilinden sorumlu tutmaya engel olmaya ilişkin olduğunu” ifade etmek suretiyle, tüzel kişinin organının gerçekleştirdiği fiillerden dolayı tüzel kişisinde ceza sorumluluğunu benimseyen madde hükmünün iptal istemini reddetmiştir⁹⁰. Böylelikle Mahkeme, tüzel kişilerin ceza sorumluluklarının 1961 Anayasasına aykırı olmadığına yönelik karar vermiştir. Nitekim Mahkeme kararında, 1961 Anayasasının 33. maddesindeki “kimse” ifadesinin hem gerçek hem de tüzel kişiyi kapsadığını belirtmiştir⁹¹. Mahkemenin, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul eden bu tutumu, 1982 Anayasası döneminde de sürdürülmüştür⁹².

c. Mevzuattan Örnekleriyle Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu

⁹⁰ Bahsi geçen kararın eleştirisi için bkz.: Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II**, s. 411-413.; Mahkeme kararına ilişkin olumlu yaklaşım için bkz.: Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C: II**, s. 37.

⁹¹ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II**, s. 411.

⁹² Gerçekten de Anayasa Mahkemesi 1989 tarihli bir kararında, “...Özetlemek gerekirse, Anayasa’da tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu önleyen hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin bu görüşü doğrulayan kararı da, gerek yeni öğreti de gerekse Türk Ceza Kanunu Öntasarısında benimsenmiş bulunmaktadır. Bu nedenlerle itirazın reddi gerekir.” ve 1991 tarihli diğer bir kararında “...Öğretide ve uygulamada cezaların, tüzel kişilerin temsilcileri olan gerçek kişilere verilebileceği yolundaki yerleşik görüşün, gelişmeler karşısında çağdaş anlayışa uymadığı ve tüzel kişilere yapılarına uygun olmayan hürriyeti bağlayıcı cezalar türünde cezalar değil, ancak, kapatma, geçici süreyle çalışma yasağı ya da para cezası gibi, yapılarına uygun cezaların verilebileceği kabul edilmektedir...” ifadelerine yer vermek suretiyle tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu öngören bu tür düzenlemelerin, Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Diğer bir ifadeyle, Anayasa’da (1961 AY m. 33/5, 1982 AY m. 38/6) açık bir şekilde düzenlenen ceza sorumluluğun şahsiliği kuralına rağmen, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmiştir. İlgili kararlar için bkz.: Anayasa Mahkemesinin 14.02.1989 tarihli ve 1988/15 E. 1989/19 K. sayılı kararı ve yine Mahkemenin 19.09.1991 tarihli ve 1991/2 E. 1991/30 K. sayılı kararı. Mahkemenin kararlarına yönelik değerlendirme için bkz.: Kangal, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, s. 190-192.; 1982 Anayasası döneminde verilen kararın eleştirisi için bkz.: Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s. 105-110.

765 sayılı mülga Kanun döneminde, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabulü yalnızca uygulamanın kararlarıyla sınırlı değildi. Gerçekten de hem ceza kanununda hem de sair mevzuatlarda, tüzel kişilere ceza sorumluluğu öngören düzenlemelere yer verilmekteydi. Bu bağlamda, mülga kanundaki 426. madde düzenlemesi örnek olarak gösterilebilir. Müstehcenlik suçunu düzenleme altına alan maddenin son fıkrasında, bu fiillerin 5680 sayılı Basın Kanununun 3. maddesinde belirtilen dönemsel yayınlarda işlenmesi halinde bu yayının sahiplerine yayının tirajına göre ağır para cezası verileceği ifade edilmekteydi⁹³. Yayın sahibine ağır para cezası öngören bu hüküm, yayın sahibinin tüzel kişi olması halinde, tüzel kişi bakımından ceza sorumluluğunun olup olmayacağı konusunda tereddüt yaratır nitelikteydi⁹⁴. Yine sair mevzuattan; Askeri Ceza Kanununun 78. maddesinin c fıkrası⁹⁵, 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanunun 7. maddesinin dördüncü fıkrası⁹⁶, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanun'un 3. maddesi⁹⁷, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunun 39. maddesinin ikinci fıkrası⁹⁸, 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun 15. madde düzenlemesi⁹⁹ örnek olarak gösterilebilir¹⁰⁰.

⁹³ "...Bu fiillerin 5680 sayılı Basın Kanununun 3 üncü maddesinde belirtilen mevkuteler vasıtasıyla işlenmesi halinde sahiplerine, mevkute bir aydan az süreli ise bir önceki ay ortalama fiili satış miktarının, aylık veya bir aydan fazla süreli ise bir önceki fiili satış miktarının toplam satış bedeli tutarının yüzde doksani kadar ağır para cezası verilir. Ancak bu ceza otuzmilyon liradan az olamaz. Bu mevkutelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek cezanın yarısı uygulanır."

⁹⁴ Zeynep T. Kangal, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, s. 177.

⁹⁵ "A" fıkrasında gösterilen suçlunun mallarının zaptına karar verilmeden veya verildikten sonra bu suçlunun bütün mallarının veya bir kısmının kaçırılmasına veya azaltılmasına doğrudan doğruya ve bilvasıta bilerek yardım eden bütün devlet memurları, varisler, ticari, ve mali müesseseler, şirketler ve bütün üçüncü şahıslar bu suretle gizlenen veya kaçırılan mallar kıymetinin iki mislinden az ve üç mislinden çok olmamak üzere ağır para cezasına mahkum olurlar." Söz konusu hüküm, 1632 sayılı Kanunda halihazırda bulunmaktadır.

⁹⁶ "Bu suçların tüzel kişilik bünyesinde işlenmesi halinde, üçüncü fıkranın (a) bendi hükmünün uygulanmadığı durumlarda, fiili gerçekleştiren yöneticiler hakkında da aynı cezalar hükmolunmakla birlikte, tüzel kişiler de beşyüz milyon liradan beş milyar liraya kadar para cezası ile cezalandırılır."

⁹⁷ "Bakanlar Kurulunca 1'inci maddeye göre alınan kararlara aykırı hareket eden veya bu kararlardan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen gerçek ve tüzel kişiler beş milyon liradan elli milyon liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır." Söz konusu hükmün 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin önüne getirildiğini yukarıda ifade etmiştik.

⁹⁸ "Mensupların kaçakçılık yapmalarına müsamaha eden müessese ve şirketler kaçakçıya hükmolunması lazım gelen para cezası miktarında ağır para cezasıyla mahkum edilir.

⁹⁹ "Bankaya Uygulanacak Cezalar" başlıklı maddede, "Bu Kanunun 3, 4, 5 ve 13 üncü maddelerinde yazılı mükellefiyetleri yerine getirmeyen veya geciktiren banka hakkında onbin liradan yüzbin liraya

d. Tasarılarda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu öngören mevzuat düzenlemeleri ve mahkeme kararlarının yanı sıra, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun açık bir şekilde ceza kanununda öngörülmesine yönelik çalışmalarda gerçekleştirilmiştir. Detaylı olarak aktardığımız üzere, yürürlüğe sokulduğu ilk andan itibaren mülga ceza kanunun değiştirilmesi yönünde birçok çalışma gerçekleştirildiğini ve bu çerçevede çeşitli tasarılar ortaya koyulduğunu ifade etmiştik. İşte bu tasarılarda ele alınan başlıklardan birisi de, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu meselesi olmuştur. Ancak bu tasarılarda tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusunda negatif bir tutum değil, kusur ilkesiyle bağdaşması mümkün olmayan pozitif bir tutum sergilenmiştir¹⁰¹. Gerçekten de gerek 1989 tarihli tasarıda gerek 1997 tarihli tasarıda¹⁰² gerekse 2003 tarihli tasarıda¹⁰³, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu öngören madde düzenlemelerine yer verilmiştir¹⁰⁴. Gerekçelerde bu şekilde düzenleme getirilmesinin gerekliliği olarak ise, uluslararası hukukta yaşanan gelişmeler gösterilmiştir¹⁰⁵.

kadar ağır para cezasına; 7 ve 9 uncu maddelerinde yazılı mükellefiyetleri yerine getirmeyen veya geciktiren banka hakkında ise beşyüzbin liradan ikimilyon liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur.” denilmektedir.

¹⁰⁰ Sair mevzuatta konuya ilişkin yer alan hükümlerin, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu yönünden detaylı bir değerlendirmesi için bkz.: Kangal, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, s. 177-186.; Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II**, s. 413-420.

¹⁰¹ “...1997 TCK. Öntasarısı’ndaki yaklaşımın, genel eğilimin aksine bütünüyle farklı olduğunu da ifade etmeliyiz..” İçel vd., **a.g.e.**, s. 59.

¹⁰² 1989 ve 1997 tarihli tasarıların “Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu” başlıklı 26. ve “Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanacak Cezalar” başlıklı 27. maddeleri sırasıyla şu şekildeydi: “Tüzel kişiler, kanunun ayrıca belirttiği hallerde, organ veya temsilcilerinin tüzel kişi yararına işledikleri suçlardan dolayı sorumludurlar. Bu sorumluluk, fiili işleyen kimsenin suçunu ortadan kaldırmaz. Tüzel kişinin sorumluluğu hakkında kanunların ayrıca hüküm koyduğu haller saklıdır.” – “Tüzel kişilerin organ veya temsilcilerinin tüzel kişi yararına işledikleri suçtan dolayı sorumlu oldukları hallerde, fiili işleyen kimse hakkında hükmedilen veya hükmedilmesi gereken para ve müsadere cezaları tüzel kişi hakkında da ayrıca hükmolunur. Fiili işleyen kişi hakkında hükmedilen veya hükmedilmesi gereken şahsi hürriyet bağlayıcı cezalarla kamu hizmetlerinden yasaklanma, bir meslek veya sanat veya ticaretin icrasının durdurulması cezalarının sürelerini aşmamak üzere tüzel kişinin faaliyetten men edilip edilmeyeceğine veya ne süreyle men edileceğine mahkemece karar verilir. Bu halde mahkeme, tüzel kişinin beş yılı aşmamak üzere adli nezaret altında faaliyetine devam etmesine de karar verebilir. Kanunların, tüzel kişinin feshine veya kapatılmasına ayrıca öngördüğü hallere ait hükümler saklıdır.”

¹⁰³ Yukarıdaki dipnottaki 1989 ve 1997 tarihli tasarılar da yer alan düzenlemelerdeki “tüzel kişiler” ibareleri yerine, “özel hukuk tüzel kişileri” ifadesi getirilmiştir. Bunun dışında genel itibarıyla 2003 tarihli tasarinın 25. ve 26. maddelerinde yer alan konuya ilişkin düzenlemeler önceki tasarıların aynıdır.

¹⁰⁴ 2003 tarihli tasarıda diğer iki tasarıdan farklı olarak yalnızca özel hukuk tüzel kişileri bakımından düzenleme getirilmiştir. Madde kapsamından kamu hukuku tüzel kişileri dışlanmıştır. Doktrinde bu

2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

Belirli bir amaca yönelik hareket edebilme kabiliyeti, münhasıran gerçek kişilere özgü bir özelliktir. Gerçek kişi bu kabiliyeti gereğince, bir normun muhatabı olabilir ve işlediği haksızlık oluşturan bir fiil nedeniyle kınanması, diğer bir deyişle kusuru gündeme gelebilir. Buna karşın, fiil ehliyeti bulunmayan ve belirli amaca yönelik hareket kabiliyeti olmayan tüzel kişinin bir normun muhatabı olarak kabulü mümkün değildir. Dolayısıyla haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştirme imkânı olmayan tüzel kişinin bir kınama yargısına konu olması mümkün değildir. Yani esasında, fiil ehliyetinin yokluğu evleviyetle kusur ehliyetinin yokluğunu da beraberinde getirir¹⁰⁶.

Bu bağlamda, insan dışındaki varlıkların kusurlu hareket edebilme kabiliyeti olmadığını göz önüne alan 5237 sayılı Kanun getirdiği açık hükümle, tüzel kişilerin gerçek kişilere özgü yaptırımlara muhatap edilemeyeceğini, diğer bir ifadeyle ceza sorumlulukları bulunmadığını kabul etmiştir. Bu husus, 20. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde, “tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz.” şeklinde ortaya konulmuştur¹⁰⁷. Böylelikle kanunda açık bir şekilde tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilmeyerek, cezaların şahsiliği ve kusur ilkesine uygun bir düzenleme getirilmiştir¹⁰⁸.

durumun eşitlik ilkesine aykırı olacağı ayrıca belirtilmektedir. Kangal, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, s. 197.

¹⁰⁵ 2003 tarihli tasarıda yer alan 25. maddenin gerekçesi: “...10. Birleşmiş Milletler 2000 Viyana Kongresinde de belirtildiği gibi, örgütlü suçlarla mücadelenin temel koşullarından birisi de tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmesidir....Çağımız suçluluğunun en dikkat çekici görünümülerinden birisi de ekonomik ve örgütlü suçluluktur....sadece kişilerin cezalandırılması yeterli görülmemiş ve bizzat tüzel kişinin, belirli koşullarda cezaen sorumlu olması gerekmiştir. Tüzel kişi, bazı suçları işleyebilen bir sosyal gerçektir. Bu nedenlerle tüzel kişilerin ceza sorumluluğu 1929 Bükreş, 1959 Roma, 1978 Budapeşte, 1983 Kahire ceza hukuku kongrelerince benimsenmiş ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ekonomik suçlarda bu sorumluluğu tavsiye etmiştir. 1994 Fransız Ceza Kanunu yanında İngiltere, Kanada, ABD, Hollanda tarafından da sorumluluk pozitif hukuka sokulmuştur. Tasarı böylece Avrupa hukukunda gelişen yeni bir caydırıcı unsuru da Türk ceza mevzuatına eklemiş bulunmaktadır.”

¹⁰⁶ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 884-885.

¹⁰⁷ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 668.

¹⁰⁸ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 260.; Yargı kararlarında da reformla uyumlu tutum sergilenmektedir. Örneğin Yargıtay’ın bir kararında, “Atılı elektrik enerjisi hakkında hırsızlık ve mühür bozma suçları yönünden sanık olarak A...apartman yöneticiliğinin gösterildiği, tüzel kişilerin suçun faili olmayacağına ilişkin 5237 sayılı TCK’nın 20/2. maddesi karşısında, kovuşturma şartının gerçekleşmemesi nedeniyle 5271 sayılı CMK’nın 223/8. maddesi

Buna karşın, tüzel kişilerin suç faili olamamaları ile işlenen suç nedeniyle haklarında yaptırıma hükmedilebilmesinin farklı hususlar olduğu vurgulanmalıdır¹⁰⁹. Nitekim TCK'nın 20. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesinde, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımının uygulanmayacağı belirtilmişken; ikinci cümlede, “*ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.*” denilmek suretiyle güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkün kılınmıştır¹¹⁰. Buna göre gerekli şartların varlığı halinde özel hukuk tüzel kişileri açısından, faaliyet izninin iptali (m. 60), eşya müsadere (m. 54) veya kazanç müsadere (m. 54) hükümleri uygulanabilecektir¹¹¹. Bununla birlikte yalnızca ceza mevzuatında değil, sair mevzuatlarda da tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek çeşitli güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir¹¹².

E. Kusurla Orantılı Ceza Tayini

1. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunundaki Klasik Yaklaşım

765 sayılı mülga kanunda benimsenen klasik anlayışının bir yansıması olarak 29. maddenin sekizinci fıkrasında, “*hâkim, iki sınır arasında temel cezayı, ...,kastın veya taksirin yoğunluğu, ...gibi hususları göz önünde bulundurmak suretiyle takdirini*

gereğince düşme kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesi” haklı bir şekilde bir bozma nedeni yapılmıştır. Bkz.: Yargıtay 13. Ceza Dairesinin 19.09.2013 tarihli ve 2013/20133 E. 2013/25444 K. sayılı kararı. Aktaran Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 257, dn. 16.

¹⁰⁹ TCK m. 20 Gerekçe: “...Özel hukuk tüzel kişilerinin suç faili sayılıp sayılmaması ile işlenen suçtan dolayı bunlar hakkında bir yaptırıma hükmedilmesi sorununun birbirinden ayırmak gerekir. Suç ve ceza politikası gereği olarak ancak gerçek kişiler suç faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Bu anlaşılış, Anayasamızda da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının bir gereğidir. Ancak, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebilecektir...”

¹¹⁰ Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 668.; Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 258.

¹¹¹ Ceza kanununda öngörülen güvenlik tedbirleri hakkında detaylı bilgi için bkz.: Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 884-887.; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 934-937.

¹¹² Bu bağlamda, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun 18. maddesi uyarınca öngörülen spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbiri ya da 5941 sayılı Çek Kanununda yer alan çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı, diğer mevzuatlardaki güvenlik tedbirlerine örnek olarak gösterilebilir. Yine reformun getirdiği önemli kanunlardan biri olan Kabahatler Kanunun 8. Ve 43/A düzenlemelerine de ayrıca değinilmesinde fayda vardır. İlgili hükümler çerçevesinde, tüzel kişiler hakkında idari para cezası yaptırımı mümkün hale getirilmiştir.

kullanarak belirler.” hükmüne yer verilmişti¹¹³. Bu şekildeki bir anlayışa bağlı olarak uygulamada, “kastın ağırlığı” ya da “taksirin ağırlığı” temel cezanın tayininde esas alınmaktaydı.

Bununla birlikte bilhassa taksir meselesinde, taksirin matematiksel kesirlerle derecelendirilmesinin yapılarak “kusur oranının” belirlendiği ilginç kararlarda bulunmaktaydı¹¹⁴. Nitekim mülga kanunun, 16.07.1964 tarihli ve 501 sayılı kanunla değişik 455/son ve 459/son maddelerinde; “*yukarıdaki fıkralarda (taksirle ölüme ve yaralanmaya neden olma) beyan olunan cezalar, kusurun derecesine göre sekizde birine kadar indirilebilir.*” denilerek cezaların, 1/8’den 7/8’e kadar tayin edilen kusurun derecesine göre indirilebileceği düzenlenmişti¹¹⁵. Bu bağlamda mahkemeler,

¹¹³ Üstelik bahsi geçen son fıkra 765 sayılı mülga Kanun’a 1990 tarihinde eklenmiştir. Bu tarihte kadar asgari ve azami sınırlar içinde temel cezanın tayininde nasıl yol izlenebileceği şeklinde hâkime ışık tutabilecek bir hüküm bulunmamaktaydı. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C: II**, s. 624. Maddenin eklenme gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir: “*Maddede temel cezanın nasıl takdir ve tayin olunacağı gösterilmiştir. Daima aşağı sınırın tercih edildiği, oysa kanunda her suçun cezasının iki sınır arasında belirtildiği, böylece suçun özelliklerine göre cezasının takdir edilmesinin istendiği, daima aşağı sınır ile yetinilmesinin bu esasa aykırı düştüğü göz önünde bulundurulmuş ve takdirin nelere bakılarak yapılacağı açıklanmıştır. Takdirin sebeplerini tek tek saymanın imkansızlığı karşısında sadece birkaç misal verilmiş ve “gibi” kelimesi ile sınırsızlığa işaret olunmuştur. Fakat hükümde takdirin sebepleri mutlaka gösterilecek ve böylece Yargıtay’ın takdirde hata yapıp yapılmadığını denetlemesine iman sağlanmış olacaktır. Uygulamada, daima aşağı sınırı verilmesine karşı yapılan eleştiriler bu suretle karşılanmış olacaktır.*” Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler**, s. 239-240.

¹¹⁴ Sözüer, bu konudaki reform öncesi sıkıntıları şu sözlerle ifade etmektedir: “*...Taksirli suçlarda çok önemli saydığımız bir değişim vardır, bunu Komisyonda da anlattım. Asistanlığımın ilk yıllarında trafik kazalarında bilirkişilik yapıyordum, Adli Tıp’a arada bir gidiyordum. Bir trafik kazası olayı geldiği zaman yapılacak şey şuydu: Kusuru 8’e böleceğiz, ondan sonraları failleri arasında dağıtacağız. Bakıyorduk, “kaza şöyle olmuş, sürücüye ne kadar verelim?” elimizde cetvel olmadığına göre, “Bu biraz sollamayı hatalı yapmış, buna da 8’de 3 verelim. Peki yaya; bu da yanlış yerden geçmiş, buna da 8’de 2 verelim. 8’de 5 oldu, 3 geriye kaldı. Ne yapalım bu 3’ü; yola verelim.” Böylece Türkiye Cumhuriyeti’nde bütün dünyayı da şaşkınlık içinde bırakacak yola kusur verme diye bir kavram icat edilmiştir. Yoldan geçen hayvana dahi kusur verildiği olmuştur, bir trafik kazasında eşeğe kusur verildiği olmuştur. Kusur kavramının rakamla ifa edildiği bu uygulama tam anlamıyla aslında bir atmasyon sistemidir, yani bilirkişiler oturup failin kusurunu ölçmeyi düşünürler, önemli olan ise kusur oranının 8’e tamamlanmasıdır. Dolayısıyla şöyle bir sorun ortaya çıkıyordu: Fail sayısı ne kadar artarsa kusur durumu da o kadar azalıyor....Yıllarca şunu söyledik: “Kusur, rakamsal olarak değerlendirilebilecek, nitelendirilebilecek bir kavram değildir; ağırlığından veya hafifliğinden bahsedilebilir, ama 1,2,3,4 diye derecelendirilemez, bunu kaldıralım. Herkes, kendi kusurundan sorumlu olabilmesi sistemi kabul edilsin.” **Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Panel**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004, s. 40, 41.*

¹¹⁵ “*...Ancak 501 sayılı kanunla 455 ve 459. maddelere eklenen fıkralar sonucunda...bütün taksirli cürümler bakımından etkili olmayan taksirin derecesi adam öldürme ve müessir fiil suçlarında suça etki yapan bir hal sayılmıştır.*” Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II**, s. 269.; Seydi Kaymaz, Hasan Tahsin Gökcan, **5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 118.; Maddenin getiriliş sürecine ilişkin

mülga kanun döneminde önüne gelen somut olaylarda bilirkişiye başvurarak, bilirkişinin değerlendirmesi ışığında matematiksel kesirle belirlenmiş kusur üzerinden ceza tayini yapmaktaydılar. Böylelikle, *“İki yönlü yolun sağ şeridinde seyreden sanığa arkadan gelerek sağ bankete yakın bir yerde çarpan ölenin 6/8, olaya karıştığı halde durmayan ve dalgın araç kullanan sanığın ise, 2/8 kusurlu olduğunu belirten 27.03.1997 günü bilirkişi polis memuru tarafından düzenlenen rapora göre hüküm kurulduğu...”*¹¹⁶, *“...olayın 2/8 kusurla sebebiyet verilen trafik kazasından ibaret oluşu...”*¹¹⁷, *“...olayda sanık, traktörün birikitle dolu römorkuna maktülül alarak onun, hareket halinde iken düşerek ölmesine neden olduğundan 6/8 oranında, maktül ise kendiliğinden römork üzerine binerek emniyete almadığından 2/8 oranında kusurlu...”*¹¹⁸, *“olayda bilgisine müracaat olunan bilirkişi, sanığa 2/8, ölene 2/8 kusur izafe etmiş...”*¹¹⁹, *“Olayın, tarafların mütefarık kusurundan meydana gelmiş olduğunu ve toplam kusurun 8/8 üzerinde değerlendirilmesi gerektiği...”*¹²⁰ şeklinde ifadeler kullanılmak suretiyle matematiksel olarak kusurun tayininin yapıldığı ilginç kararlar ortaya çıkmaktaydı.

Oysaki defaatle ortaya koyduğumuz üzere, kast ve taksir kusurluluğun bir şekli olmayıp suç teşkil eden haksızlığın gerçekleştiriliş biçimidir. Bununla birlikte kast veya taksir bir bütündür. Kast ve taksirin sadece türleri bulunmakta olup bunların bir derecelendirmeye tabi tutulması mümkün değildir. İşte yeni kanunda, klasik anlayışın terk edilerek benimsenen yeni sisteme uyacak ve böylelikle adil olmayan cezaların ve uygulamaların ortaya çıkmasını engelleyecek, her fail bakımından kınanma yargısını kusurun ağırlığına göre tespit edecek bir düzenleme yapılması ihtiyacı bulunmaktaydı.

açıklamalar için bkz.: O. Kadri Keskin, **Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma**, Ankara, Seçkin, 1994, s. 196-200.

¹¹⁶ Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 09.02.1998 tarihli ve 1998/127 E. 1998/986 K. sayılı kararı. Aktaran Kaymaz/Gökcan, **a.g.e.**, s. 177.

¹¹⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.05.1982 tarihli 1982/9-154 E. 1982/193 K. sayılı kararı. İçel/Yenisey, **a.g.e.**, s. 775.

¹¹⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.05.1987 tarihli ve 9-45 E. 247 K. sayılı kararı. O. Kadri Keskin, **a.g.e.**, Ankara, Seçkin, 1994, s. 207.

¹¹⁹ Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 28.11.1989 tarihli ve 10322 E. 11266 K. sayılı kararı. O. Kadri Keskin, **a.g.e.**, s. 223.

¹²⁰ Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 20.03.1987 tarihli ve 1987/313 E. 1987/1739 K. sayılı kararı. İçel/Yenisey, **a.g.e.**, s. 776.

2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 61. Madde

5237 sayılı Kanun uyarınca kusurun ağırlığı, somut cezanın tayininde dikkate alınacak ölçütlerden biridir¹²¹. Bu husus kanunun 61. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde, “*failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı*” şeklinde formüle edilmiştir. Madde düzenlemesi, cezanın meşruluk temelini oluşturan kusur ilkesinin aynı zamanda içerdiği diğer özellik olan cezayı sınırlandırma fonksiyonunu göstermektedir¹²². Daha açık bir ifadeyle, kusursuz ceza olmaz ilkesinin bir sonucu olan “kusurla orantılı ceza” kuralı açık bir şekilde düzenleme altına alınmıştır¹²³. Böylelikle reformun kusur ilkesi bağlamında getirdiği anlayışa uygun bir şekilde cezanın kusur yönünden bireyselleştirilmesi sağlanmıştır¹²⁴.

Kasta dayalı kusurun ağırlığından anlaşılması gereken, failin suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştirmek üzere ortaya koyduğu kararlılıktır. Buna göre, failin bu haksızlığı gerçekleştirmedeki kararlılığı, gayreti ne kadar fazla ise kasta dayalı kusurunun ağırlığına bağlı olarak ceza tayini üst sınıra yaklaşılacak suretiyle yapılacaktır. Yine benzeri şekilde taksire dayalı kusurunun ağırlığı da, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı haksızlık alanı dikkate alınarak yapılan bir öngörülebilirlik değerlendirmesini ifade etmektedir. Öngörülebilirliğin kolay ya da zor olmasını içeren bir değerlendirme sonucu, üst sınır ya da alt sınıra yaklaşılarak ceza tayini yapılacaktır¹²⁵.

Ancak bu değerlendirmelerin kast ve taksir türlerinden bağımsız bir değerlendirme olduğu vurgulanmalıdır. Zira kast ve taksir türü, kusurun ağırlığı ve

¹²¹ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 266.

¹²² Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 678.

¹²³ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 266.

¹²⁴ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 679.; “TCY 61 inci maddede sayılan haller kısaca değinilirse; ...f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı; Kastın ağırlığı, failin gerçekleştirmek istediği netice bakımından kararlılığı; taksirin ağırlığı ise, failin göstermesi gereken objektif özen yükümlülüğünün ağırlığı anlamına gelir. Failin kastının ağırlığı bakımından ne kadar kararlı olduğu ise, failin suç yolunda harcadığı çabanın ve aştığı zorlukların çokluğu, amaca ulaşmak bakımından gösterdiği inatçılık dikkate alınarak belirlenir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15.02.2012 tarihli ve 2012/15-116 E. 2012/191 K. sayılı kararı. Aktaran Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1414.

¹²⁵ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 679, 680.

61. maddenin birinci fıkrasında yer alan diğer şartlarda gözetilerek belirlenen temel ceza üzerinden indirim veya artırım konusunda gündeme gelecektir¹²⁶.

Yine haksızlığın kaçınılabilir olmasına bağlı olarak kusurun etkilendiği durumlarda¹²⁷, kusurluluğu ortadan kaldıran bir nedenin maddi şartlarının gerçekleştiği hususunda kaçınılabilir bir hataya düşüldüğü durumlarda¹²⁸ ve mahkemenin takdirine bağlı olarak kusurluluğu azaltan neden olarak kabul gören bir özel zorunluluk halinin mevcudiyetinde¹²⁹ temel cezanın tayini, kasta ve taksire dayalı kusurun ağırlığına göre yapılacaktır¹³⁰.

3. Uygulamanın Yaklaşımı

Benimsenen kusur anlayışı uyarınca mevzuata getirilen düzenlemelere karşın uygulamada, aksi yönde direnişin zaman zaman devam ettiğini çeşitli konulara değinmek suretiyle belirtmiştik. Bu bağlamda, inceleme konumuz kast veya taksire dayalı kusurun ağırlığı çerçevesinde uygulamanın yaklaşımına genel olarak değinilmesinde fayda bulunmaktadır. Mahkeme kararlarında genel olarak kast ve taksirin haksızlığın görünüm şekli ve bunlardan ayrılan kusurun ise kınama yargısını ifade ettiği ve dolayısıyla temel ceza tayininde rol oynayacağı büyük ölçüde kabul görmektedir¹³¹. Ancak günümüzde, 765 sayılı mülga Kanun'un klasik anlayışının

¹²⁶ TCK m. 61/2: “Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılır.”

¹²⁷ İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşülmesi halinde zaten m. 30/4 uyarınca kusurluluk ortadan kalkmakta ve faile ceza verilmemektedir.

¹²⁸ Kusurluluğu ortadan kaldıran bir nedenin maddi şartlarında kaçınılmaz bir hataya düşülmesi halinde zaten m. 30/3 uyarınca kusurluluk ortadan kalkmakta ve faile ceza verilememektedir.

¹²⁹ TCK m. 92: “Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.”

TCK m. 147: “Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.”

¹³⁰ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 680.

¹³¹ “...Tüm bu yasal düzenlemelere göre, birden fazla kişinin öldüğü ya da yaralandığı taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde; failin kusur ile ölü-yaralı sayısının ve yaralanma derecesinin birlikte değerlendirilmesinin zorunlu olduğu sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, suçun işleniş biçimi ile suçun işlendiği zaman ve yerin, kusurun belirlenmesi sırasında suçun konusunun önem ve değeri ile meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığının da ölü-yaralı sayısı ve yaralanma derecesinin saptanması kapsamında dikkate alınacağına ise kuşku bulunmamaktadır. Her ne kadar yasa koyucu taksirli suçlar açısından 765 sayılı TCY’nda yer alan ve matematiksel kusur hesabına dayalı cezalandırma sisteminden vazgeçmiş ise de, 5237 sayılı TCY’sı uygulamasında da alt ve üst sınır arasındaki meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı ile suç konusunun değeri de gözetilerek fakat ağırlıklı olarak kusura göre belirlenmesi hakkaniyete ve yasaya uygun olacaktır...”

yansıması olan kararlarında, varlığını zaman zaman sürdürdüğünü söylemek yanlış olmayacaktır¹³².

Buna karşın gerek trafik kazası gerek iş kazası gerekse sair olaylara ilişkin hazırlanan bilirkişi raporlarında, kusurun belirlenmesi alışkanlığı devam ettirilmektedir¹³³. Gerçekten de yalnızca teknik değerlendirme içermesi gereken bilirkişi raporlarında; birinci, ikinci, üçüncü derece kusurlu ya da asli ve tali kusurlu şeklinde sanıklara yönelik değerlendirmelere gidilmektedir¹³⁴. Ancak bu tür

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 07.07.2009 tarihli ve 2009/9-62 E. 2009/191 K. sayılı kararı. Bu kararda bir noktadan altının çizilmesi gereklidir. Söz konusu kararda, “kusurluluğun belirlenmesi sırasında suçun konusunun önem ve değeri ile meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığının da ölü-yaralı sayısı ve yaralanma derecesinin saptanması kapsamında dikkate alınacağı” ifadesine yer verilmiştir. Ancak bunlar kusurluluğun belirlenmesinde değil, kusurluluğun yanında dikkate alınacak ve m. 61/1 hükmünde sayması yapılan diğer hususlardır. Bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 920-922, dn. 365. Aynı yönde diğer kararlar için bkz.: Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.05.2011 tarihli ve 2011/9-92 E. 2011/105 K. sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15.05.2012 tarihli ve 2012/15-116 E. 2012/191 K. sayılı kararı. Aktaran Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1411-1414.

¹³²“...Aynı kanunun 61/1-f maddesinde yer alan “failin kastının ağırlığı”nın belirlenmesi sırasında hakim tarafından göz önüne alınabilmesinde de yasal bir engel bulunmamaktadır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.12.2012 tarihli ve 2012/15-1280 E. 2012/1864 K. sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09.04.2013 tarihli ve 2012/15-1534 E. 2013/132 K. sayılı kararı. Özgenç, bahsi geçen kararda mevzuattaki “kasta dayalı kusurun ağırlığı” ibaresi yerine “kastın ağırlığı” ifadesinin kullanılmasının eski klasik anlayışın kabullerinin günümüze yansıması olduğunu ifade etmektedir. Özgenç, **Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler**, s. 922 dn. 366.; Benzeri yönde Yargıtay kararları için bkz.: Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 03.06.2014 tarihli ve 2013/2143 E. 2014/6003 K. sayılı kararı; Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 16.04.2008 tarihli ve 2006/2697 E. 2008/2853 K. sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.05.2009 tarihli ve 2009/6-80 E. 2019/123 K. sayılı kararı. Aktaran Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1388, dn. 56.

¹³³“Failin taksirinin türü ya da ağırlığının belirlenmesi bakımından uygulamada mahkemelerin Adli Tıp Kurumu’ndan görüş aldıkları görülmektedir. Adli Tıp Kurumu mahkemelere hukuki değerlendirme gerektiren konularda bilirkişilik yapmakla görevli bir kurum olmayıp bu konuda hukuki değerlendirme yapma yükümlülüğü mahkemeye aittir....Maalesef uygulamada Adli Tıp Kurumu’nun olayda “birinci dereceden kusurlu olan”, “ikinci dereceden kusurlu olan” şeklinde tespitler yaptığı görülmektedir...” Meraklı, **a.g.e.**, s. 438.

¹³⁴ Örneğin Yargıtay’ın kararlarında değinilen bilirkişi raporlarının içerikleri şu şekildedir: “...Trafik kazası tespit tutanağında; Sürücü İ.Ç’nin yönetimindeki otobüs ile Sofullu beldesinden Adana istikametine seyir halinde iken ışıklı kavşağa geldiğinde kırmızı ışıkta durmayan V.D.’nin kullandığı otomobile sol taraftan çarptığı, otobüs içerisindeki yolcuların beyanına göre sürücü İ.Ç’nin yeşil ışıkta geçtiği olayda, sanık İ.Ç’in 2. derecede kusurlu olduğu, sürücü V.D.’nin ise 1. derecede kusurlu olduğu açıklamasına yer verildiği...” Bkz.: Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10.12.2013 tarihli ve 2013/697 E. 2013/602 K. sayılı kararı, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2013-1-697-k-2013-602-t-10-12-2013>; “...Adli Tıp Kurumunun 08.01.2007 tarihli raporunda; “Sanık sürücü Eren sevk ve idaresindeki otomobil ile seyredirken ifadesinden ve kaplamadaki fren izlerinden anlaşılmakla meskun mahal hız sınırları üzerinde seyretmiş (KTK.nun 51, 52.b) (KTK.nun 47.d), yayaları 40 m. kadar mesafeden görmesine rağmen hızını azaltmamış, yola kontrolsüzce giren 5 yaşlarındaki İlayda’yı gördüğünde tatbik ettiği frende hızından dolayı etkisiz kalıp aracıyla çarpmasıyla meydana gelen olayda, dikkatsizliği, tedbirsizliği ve nizamla aykırı hareketiyle ikinci derecede kusurludur tespitlerine yer verilerek, olayda sanığın ikinci derecede kusurlu, ölenin ise

raporların, hem TCK m. 61/1 hükmü gereğince açık bir şekilde münhasıran hâkime tanınan yetkinin ihlaline neden olduğunun hem de diğer bir reform kanunu 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 67/3 hükmüne aykırılık teşkil ettiğinin vurgulamasında fayda vardır¹³⁵.

II. HÜMANİZM İLKESİ ÇERÇEVESİNDE TÜRKİYE'DE CEZA HUKUKU DEĞİŞİMLERİ

A. İnsan Haysiyetiyle Bağdaşır, Ayrım Gözetmeyen Ceza Yaptırımları

Suç ve cezaların kanunda öngörülmüş olması ya da sadece kusuru olanın cezalandırılmasının kabulü şüphesiz önemli adımlardır. Ancak tek başına yeterli değildir. Zira iyi bir ceza hukukunun varlığı, suç politikasının üçlü sacayağını oluşturan her bir ilkenin bulunmasından geçer. Dolayısıyla hukuk devleti ve kusur ilkelerinin yanı sıra, hümanizm ilkesine göre temellendirilmiş bir ceza hukuku, üçlü sacayağının son adımı olup aynı zamanda inceleme konumuz son alanı oluşturacaktır.

Hümanizm ilkesine göre temellendirilmiş bir ceza hukukundan anlaşılması gereken ise, ceza hukuku kurallarının insan haysiyetiyle bağdaşır bir şekilde inşa edilmiş olmasıdır. Bu bağlamda, insan haysiyetiyle bağdaşmayan, sadece kişiye acı ve ızdırap çektirmeyi hedefleyen ceza ve infaz uygulamaları yapılamayacaktır¹³⁶. Bununla birlikte, insan haysiyetiyle bağdaşır ceza yaptırımı aynı zamanda eşit uygulama prensibini de beraberinde getirir. Zira insanın, insan olmasının bir sonucu olarak hiçbir ayrım gözetmeyen eşit uygulamalar yapılması gerekliliktir.

sonuç üzerine birinci derecede kusurlu olduğunun belirtildiği...” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.07.2012 tarihli ve 2011/499 E. 2012/271 K. sayılı kararı, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2011-9-499-k-2012-271-t-3-7-2012> (E.T: 05.08.2019)

¹³⁵ CMK m. 67/3: “Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hâkim tarafından yapılması gereken hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz.”

¹³⁶ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 703-704.

İşte hümanizm ilkesinin Türkiye’de ceza hukuku değişimi ortaya konulurken ilk olarak, tarih boyunca en sık başvurulmuş ceza yöntemi ölüm cezasının Türkiye’de kaldırılması süreci ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan diğer cezalar ortaya konulacak akabinde, yine hümanizm ilkesiyle bağlantısı dolayısıyla eşitlik ilkesi çerçevesinde 765 ve 5237 sayılı yasalar özelinde konuya yaklaşımda bulunulacaktır.

B. Ölüm Cezası Özelinde Hümanizm İlkesi Çerçevesinde Değişimin Ortaya Konulması

1. Genel Olarak

Ceza hukukunu diğer hukuk dallarından ayıran en önemli özellik, ceza hukukunun temel hak ve özgürlüklere önemli müdahale imkânı veren kendine has yaptırımlarıdır. Toplumsal yaşamın sürdürülebilirliği için tarih boyunca bu yaptırımlara, kimi zaman yalnızca kefarete esasından hareketle kimi zaman genel önleme ya da özel önlemeyi sağlama gerekliliğinden dolayı kimi zamanda her iki amacı içeren karma bir anlayışla başvurulmuştur¹³⁷. Ancak hangi amaca hizmet ederse etsin bu yaptırımlar arasında en sık uygulama alanı bulanlardan biri, her daim ölüm cezası olmuştur¹³⁸.

Değişik, toplumsal, ekonomik ve siyasi cereyanlara bağlı olarak uygulaması kimi zaman azalarak kimi zaman da daha sıklaşarak eski çağdan günümüze kadar varlığını sürdüren ölüm cezası, bedene yönelik cezaların en ağıridir. Gerçekten de kişinin en temel hakkı olan ve aynı zamanda diğer hak ve özgürlüklerden yararlanmanın bir ön koşulu olan yaşama hakkını ortadan kaldıran ölüm cezası, şüphesiz ki cezaların en ağıridir. Bununla birlikte, her ölüm cezası da aynı ağırlıkta değildir. Nitekim tarih boyunca infaz edilme farklılığına bağlı olarak ölüm cezalarının ağırlığı da değişmiştir. Örneğin deri yüzme, taşla bağlayarak suya atma, çarpmaya germe, ateşe atma, kayalıklardan atılma gibi yöntemlerle yapılan ölüm

¹³⁷ Cezanın amacını açıklayan görüşler hakkında bilgi için bkz.: Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 560-562.; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 746-752.

¹³⁸ “Ölüm cezası, çağdaş Ceza hukukunda varlığını koruyan hemen de tek bedeni ceza olarak görülmektedir. Ölüm cezası, cezanın sadece kefarete teşkil edici ve ibret maksadını güden bir araç sayıldığı eski dönemlerde geniş uygulamalara konu teşkil etmiştir. Müsterek Ceza hukuku döneminde de öneminden bir şey kaybetmemiştir.” Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II**, s. 601.

cezası infaz usulleriyle; iğneyle ilaç zerk etme suretiyle gerçekleştirilen ölüm cezası infaz usulü arasında şüphesiz önemli farklılık bulunmaktadır¹³⁹.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin tarihi gelişiminde aydınlanma çağı düşünürlerinin etkisini vurgulamıştık. Ancak, Aydınlanma Çağı düşünürlerinin fikirlerinin etkisi, yalnızca suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle sınırlı kalmamıştır. Nitekim düşünürlerin fikirleri, hümanizm ilkesi çerçevesinde inceleme konumuz yapılan ölüm cezası bakımından da bir devrin kapanışının başlangıcı olmuştur. Gerçekten de Beccaria'nın eserinde, “kimsenin öldürmeye ve ölümü çabuklaştırmaya hakkı yoktur, öldürücü şartlarla çalıştırmak suretiyle cezanın infazı meşru değildir ve cezaların şiddeti hiçbir zaman suçluluğu önlemez, dolayısıyla ölüm cezası yararlı olmadığı gibi haklı da değildir” şeklinde ortaya koyduğu düşünceler ölüm cezası açısından sonun başlangıcını ifade ediyordu¹⁴⁰.

Esasında ölüm cezasının kaldırılması sürecinin ilk adımları, ölüm cezası infazının insanileştirilmesi bakımından aydınlanma çağı öncesi yapılan yenilikler vasıtasıyla atılmıştır. Nitekim *Carolina* ile keyfiliğin önlenmesine dair getirilen maddeler ve ikincil planda hürriyeti bağlayıcı cezalara yer verilmiş olması bu bağlamda, eskinin vahşi ve şiddetli ölüm cezası uygulamasının terk edilmeye başlandığının önemli emareleridir. Ancak esas olarak 18'nci yüzyıl itibarıyla, ölüm cezasının meşru bir ceza olup olmadığı tam olarak tartışmaya açılabilmektedir¹⁴¹. Ölüm cezasının taraftarı ve aleyhtarları arasındaki uzun fikir münakaşasına bağlı olarak¹⁴²

¹³⁹Tarihte ölüm cezasının infaz usulleri hakkında bilgi için bkz.: Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II**, s. 540.; Köksal Sarınca, **Ölüm Cezası**, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2002, s. 132-138.; Mehmet Köroğlu, “Hukuk Tarihi Açısından Ölüm Cezası ve İnfaz Şekilleri”, **İslam Hukuku Araştırma Dergisi**, S: 17, 2011, s. 309-317.

¹⁴⁰Faruk Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C: II**, 12. Bs., Ankara, Seçkin, 1984, s. 195.; Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II**, s. 602. “*İdam cezasının kabul ve tatbik edildiği bir millette, her idam yeni bir cürmün işlenmiş olduğunu gösterdiği halde, müebbeden hürriyetinden mahrum edilen aynı tek adamın hayatı uzun ve devamlı bir ibret halindedir.*” Beccaria ölüm cezası yerine müebbet hapis cezasının uygulanmasının daha etkin bir ceza olduğunu eserinde bu sözleriyle ifade etmekteydi. Aktaran, Demirbaş, **a.g.e.**, s. 573.

¹⁴¹Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C: II**, s. 177.

¹⁴²Ölüm cezasının meşruluğunun tartışılmaya başlanmasıyla birlikte, ölüm cezası lehi ve aleyhine şekilde görüşlerde ortaya konulmuştur. Buna göre konu genel olarak, ölüm cezasının zaruri ceza olup olmadığı, ölüm cezasının cemiyetin meşru müdafaası olup olmadığı, ıslahı imkânsız suçluluğun olup olmadığı ve ölüm cezasının buna göre gerekliliği, ölüm cezasının kefaret özelliği, ölüm cezasının teknik olarak kusurlu bir ceza olup olmadığı ekseninde tartışılmıştır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz.: Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C: II**, s. 179-198.

tarihte kimi zaman ölüm cezasına yer vermeyen mevzuat düzenlemeleri yapılması yoluna gidilirken¹⁴³ kimi zamanda ölüm cezasını kendi ideolojilerinin devamı için emniyet supabı olarak gören mevzuat düzenlemeleri hayata geçirilmiştir¹⁴⁴. Ancak en nihayetinde ölüm cezası bakımından süreç, uluslararası hukukta kabul edilen düzenlemeler neticesinde, öncelikle barış-savaş zamanı ayırımına yer verilerek daha sonrasında herhangi bir istisnaya tabi tutulmaksızın ölüm cezasının mutlak bir şekilde kaldırılmasıyla sonlanmıştır¹⁴⁵.

2. Türkiye’de Ölüm Cezasının Kaldırılması Süreci

Hukumumuzda ölüm cezasının kaldırılması aşama aşama gerçekleşen geçişler sonucunda mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda ölüm cezasının uygulama alanı bulduğu dönem, ölüm cezasının fiili olarak ortadan kalktığı dönem ve ölüm cezasının hukuki olarak ortadan kalktığı dönem olmak üzere üç aşamalı bir süreç söz konusudur. Ancak konunun detaylı aktarımına geçilmeden önce Osmanlı Modern Ceza Kanunlarında ölüm cezasına ilişkin hümanizm ilkesi doğrultusunda yaşanan gelişmeleri aktarmakta fayda vardır.

¹⁴³ Örneğin 1859 tarihli Toskana Kanununda, 1862 tarihinde Yunanistan’da, 1870 tarihinde Hollanda’da, 1889 tarihinde İtalya’da ve çeşitli İsviçre Kantonlarında ölüm cezası kaldırılmıştır. Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II**, s. 603.

¹⁴⁴ Örneğin Almanya’da Nazi Rejiminin iktidara gelmesiyle birlikte ölüm cezası uygulamaları son sürat artış göstermiştir. Hatta bu dönemde 16 yaşını tamamlamış küçükler dahi, bazı şartların halinde, ölüm cezası uygulama kapsamına alınmıştır. Sarınca, **a.g.e.**, s. 59.; Sovyet Rusya’nın 1926 tarihli Ceza Yasasının 21. maddesinde, Sovyet düzeninin temellerini tehdit eden ağır suçlarla mücadele etmek için emekçi halkın korunması gayesiyle ölüm cezasının istisnai bir ceza olarak uygulanacağı ifade edilmektedir. Zeynep Özkan, “Rusya Federasyonu Anayasal Düzeninde Ölüm Cezası ve Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı”, **Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi**, C: 4, S: 7, Ocak 2019, s. 125-126.; Yine ölüm cezası uygulanmasının arkasında görünmeyen bir perde olarak ırkçılık bakış açısı da bulunmaktadır. Örneğin, ABD’de 2007 yılında Yale Üniversitesi tarafından yapılan bir araştırmaya göre, bir beyazın suçun mağduru olduğu olayda sanığın beyaz olduğu nazaran sanığın Afro-Amerikan olduğu bir durumda ise üç kat daha fazla ölüm cezası uygulaması yapma yoluna gidildiği görülmüştür. Bilgi için bkz.: Amnesty International, Death Penalty Facts, 2012, <https://www.amnestyusa.org/pdfs/DeathPenaltyFactsMay2012.pdf> (Erişim Tarihi: 15.11.2019)

¹⁴⁵ Ölüm cezasının barış-savaş zamanı ayırımına göre kaldırıldığı belgeler için bkz.: Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen “Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Andlaşma”ya ek Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan İkinci Seçme Protokolü, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Ölüm Cezasını Kaldıran Protokolü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 6 No.lu Protokol; Yine ölüm cezasının tamamen kaldırıldığı belge için bkz.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 13 No.lu Protokol. Bu bağlamda bahsi geçen antlaşmalar hakkında bilgi için bkz.: Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 705-707.; Fatih Selami Mahmutoglu, “Türkiye’de Ölüm Cezasının Kaldırılması Süreci ve Avrupa Birliği’nin Sürece Katkısı”, <http://fsmahmutoglu.av.tr/makale.php?makaleno=161>, s. 3-7.

a. Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunlarında Ölüm Cezasına İlişkin Yaklaşımda Değişim

Tanzimat döneminde birçok alanda çok kapsamlı bir yenilik hareketine gidildiğini ifade etmiştik. Bu yenilik hareketinin sirayet ettiği alanlardan biri de ölüm cezası meselesi olmuştur. Gerçekten de her ne kadar ölüm cezasının kaldırılması kadar radikal bir değişim yaşanmasa da, hümanizm ilkesiyle bağdaşır önemli yenilik ve güvenceler getirilmiştir. Bu nedenle, öncelikli olarak Tanzimat Fermanından başlanmak suretiyle, Osmanlı modern ceza yasalarının ölüm cezasına ilişkin hümanizm ilkesi bağlamında getirdiği yeniliklerin genel olarak ortaya konulmasında fayda vardır.

Tanzimat Fermanı bakımından hümanizm ilkesi bağlamında vurgulanması gereken husus, hakkında açık ve aleni bir ceza yargılaması yapılmadan ve mahkeme kararı tesis edilmeden, hiç kimse hakkında gizli ve açık ölüm cezasının tatbik edilemeyeceğine yönelik hükümdür¹⁴⁶. Bu hüküm vasıtasıyla idam cezasına yönelik getirilen sınırlama ile ceza hukukunun insanileşmesi yönünde önemli bir adım atılmıştır. Zira ölüm cezasının sadece kanunda yazılı hallerle sınırlı olarak sağlam bir soruşturma neticesinde verilmesinin anlamı, padişah'ın örfi yetkisinin sınırlanması, diğer bir ifadeyle, resen katl emri ısdar edememesi¹⁴⁷ anlamına gelmektedir¹⁴⁸. Bu bakımdan padişahın kendisine tanınan mutlak yetkiden vazgeçerek bu yetkisini mahkemeye devredeceğine yönelik fermana yer alan bu hüküm, idam cezasının keyfilikten uzaklaştırılarak bir kurala bağlanmasını sağlamış olup hümanizm ilkesi çerçevesinde o dönemde yaşanan önemli bir gelişmedir¹⁴⁹. Nitekim Sultan

¹⁴⁶Fermana "...fîmâ-bad ashâb-ı cünhanın davâları kavânîn-i şer'îyye iktizâsınca alenen ber-vech-i tedkik görölüp hükm olunmadıkça kimse hakkında hafî vü celî idâm ü temsîm mu'âmelesi icrâsı câiz olmamak..." şeklinde ifade edilen bu hükmün Bozkurt, aynen şu şekilde olduğunu ifade etmektedir: "Padişah, gerek zehirleme, gerek başka araçlarla hiçbir sanığı açıkça veya gizlice öldürmemeyi ve idam etmemeyi taahhüt etmiş olduğundan, hükümet memurlarından birinin, her kimi olursa olsun öldürtmesi yasaktır..." Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi**, s. 97, dn. 213.

¹⁴⁷ Isdar kelime anlamı itibarıyla "bir emir ve ferman veya berat südur ettirme, daha açık bir ifadeyle çıkarma anlamına gelmektedir. Isdar kelimesinin anlamı ve Türkiye'de ısdarın ne olduğuna dair detaylı bilgi için bkz: Kemal Gözler, "Türkiye'de Bir Bilinmeyen Isdar", **Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C: II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, Ankara, 2003, s. 897-950.

¹⁴⁸ Mumcu, **Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl**, s. 156.

¹⁴⁹ "Bu noktada hükmün uygulanmasında Abdülmecid'in kişiliğe de büyük rol oynamaktaydı. Nitekim Abdülmecid kandan tiksinen, son derece yumuşak tabiatlı ve merhametli biri olarak bilinmekteydi.

Abdülmecid'in Tanzimat hareketine ilişkin söylediği "Tutumumun ilk amacı tebaanın mutluluğu. Gülhane'de ilan edilen insani yasaların tatbikini emrettim." şeklindeki sz¹⁵⁰ de fermanın insanilik konusundaki yaklaşımını gstermektedir¹⁵¹.

Tanzimat Fermanında lm cezası yönünde değişen anlayışın yansımaları, fermanın sonraki ilk kanunlaştırma hareketi olan 1840 tarihli Ceza Kanununda da bulunmaktadır. İlgili kanun incelendiğinde, keyfi bir şekilde ölüm cezasına karşı bazı güvenceler getirildiği ve geçmişte mutlak suretle ölüm cezasına tabi tutulan suç düzenlemelerinin karşılığında, farklı yaptırım uygulamalarına imkân tanındığı görülmektedir.

Öncelikle kanunun birinci ve ikinci fasıllarında ölüm cezasına yer verilmektedir. Birinci faslın birinci maddesinde ölüm cezasını gerektiren suçlar; "padişaha ihanet", "Devlet-i Aliyye aleyhine ikâz-ı fitne (devlet aleyhine fitne)" ve "katl-i nefs (adam öldürme)" olarak sayılmıştır. Bunlardan adam öldürme şer'i bir ölüm cezası iken; diğer iki hâl siyaseten katl sebebidir¹⁵². Maddenin devamında ise, Padişahın daha önceden bulunduğu taahhütte atıf yapılarak bu cezaların uygulanmasında izlenmesi gereken usullere yer verilmiştir. Buna göre, gerekli soruştırma ve inceleme olmadan ve tarafsız bir şekilde suçun sübut olduğunu gösteren bir yargılama yapılmadan kimse ldrlemeyecektir¹⁵³. Faslın diğer maddelerinde ise gerek İstanbul'daki gerek taşradaki bir olayın yargılamasında verilen hükümlerin, padişahça tasdik edilmedikçe uygulanamayacağı düzenlenmektedir. Kanunun ikinci faslında ise "sâi bilfesatlık" ıkaranların yani diğer bir ifadeyle, karışıklık çıkaranların cezalandırılması gündeme gelmektedir. Buna göre Siyaseten katlın bir ls olarak da uygulanan bu kavram özelinde

Gerçekten, idam kelimesinden nefreti o kadar büyüktü ki, kendisine suikast girişiminde bulunan kuleli olayı suikastılarını dahi katlettirmemiştir." Mumcu, **Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl**, s. 156.

¹⁵⁰ Stanley Lane Poole, **Lord Stralford Canning'in Türkiye Hatıraları**, eviri: Can Yücel, Ankara 1959, s. 119.

¹⁵¹ Ferman'ın ve padişahın idam cezasını belli kurallara bağlamaya yönelik iradesi uygulamada da karşılığını o dönemde bulmaya başlamıştır. Engelhard eserinde, fermanın ilanından birkaç ay sonra iki kişiyi keyfi bir suretle idama mahkm eden Edirne Valisinin, Reşit Paşa tarafından herhangi bir tereddüt olmadan yargılatıldığını belirtmektedir. Bkz.: Eduard Philippe Engelhardt, **Türkiye ve Tanzimat Devlet-i Osmaniye'nin Tarih-i Islahatı 1826'dan 1882'ye**, eviri: Ali Reşad, Erol Kılınç, Ötüken, 2017, s. 46-51.

¹⁵² Mumcu, **Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl**, s. 157.

¹⁵³ Mustafa şentop, **Tanzimat Döneminde Osmanlı Ceza Hukuku Kanunlar-Tadiller-Layihalar-Uygulama**, İstanbul, Yaylacık Matbaası. 2004, s. 29.

kanunda, “kavlen” yani sözlü olarak karışıklık çıkaranlara bir seneden beş seneye kadar kürek cezası öngörülmüşken; silah, barut verme gibi eylemlerle karışıklığı fiiliyata dökenlere ise idam cezası öngörülmüştür¹⁵⁴. Faslın devamında ise söz konusu davaların mutlaka kesin ispatının sağlanması için Meclis-i Ahkâm-ı Adliye’de tekrardan görüleceği ve en önemlisi idam cezasının padişahın uygun görmesi halinde müebbet kürek cezasına çevrilebileceği düzenlenmektedir¹⁵⁵.

1840 tarihli Kanuna benzeri şekilde 1851 yılında tanzim edilen ceza kanununda da ölüm cezası uygulaması olmakla birlikte, yasal olarak ve şer’an kişinin yargılanmaksızın gizli ve açık bir şekilde ölüm cezasının tatbikinin yapılamayacağına yönelik güvenceler getirilmiştir. Yine 1858 tarihli ceza kanununda da birinci kanunda olduğu gibi hükümdarın tasdiki bulunmadan idam hükmünün infaz edilemeyeceği ifade edilmiş ve 172. madde düzenlemesiyle de padişahın bu suçluları, 15 yıldan az olmamak koşuluyla kürek cezasına çarptırılmalarına karar verebileceği belirtilmiştir¹⁵⁶.

b. Ölüm Cezasının Uygulama Alanı Bulduğu Dönem

765 sayılı mülga Kanun, iktibas edildiği “Zanardelli” Kanunu’nun aksine, 11. maddesinde cürümlere mahsus cezalardan birinin ölüm cezası olduğunu öngörmekteydi. Bu çerçevede kanun, 125. (Vatan Hainliği İle Devletin Ülkesi ve Egemenliğine Karşı Suçlar), 126. (Vatandaşın Devlete Karşı Silah Kullanması veya Harbe Katılması Suçları), 128. (Asker Toplama, Hasmane Hareketlerde Bulunma), 129 (Düşman Askeri Harekatına Yardım, Düşmana İaşe), 135. (Gizli Askeri Bölgelere Girme, Devlet Güvenliğiyle İlgili Belgeleri Bulundurma), 140. (Vatandaşın Yabancı Ülkede Milletine Zararlı Faaliyeti), 146. (Anayasaya Karşı İşlenen Suçlar), 147. (Yürütme Gücünü Vazifesini Yapmaktan Zorla Menetme), 149. (Halkı İsyana Ve Birbirini Öldürmeye Teşvik), 152. (Askeri Komutanlıkların Gasbı), 156. (Cumhurbaşkanına Suiikast), 217. (Rüşvet sonucu idam kararı vermiş hakim hakkında idam cezası verme olanağını sağlayan madde), 285. (İftiranın ölüm

¹⁵⁴ Mumcu, **Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katl**, s. 158.

¹⁵⁵ Şentop, **a.g.e.**, s. 29.

¹⁵⁶ Mumcu, **Osmanlı Devlet’nde Siyaseten Katl**, s. 159, 160.

cezasına neden olması halinde iftira atan hakkında ölüm cezası verme olanağı sağlayan madde), 286. (Yalan şahitliğin ölüm cezasına neden olması halinde şahitlik yapan hakkında ölüm cezası verme olanağı), 290. (286'ncı maddeye yapılan atıf gereği tercüman hakkında da ölüm cezası uygulanma imkanını sağlayan madde) ve 450. (Öldürme Fiilinin Nitelikli Halleri) maddelerinde yaptırım olarak ölüm cezasını düzenlemekteydi¹⁵⁷.

Zaman içinde 1936¹⁵⁸, 1951¹⁵⁹, 1953¹⁶⁰, 1971¹⁶¹ ve 1981¹⁶² yıllarında yapılan değişikliklerle mevcut ölüm cezası yaptırımı öngören maddelerin dışında, mevzuattaki diğer bazı maddelerde ölüm cezası yaptırımı eklenmesi yoluna gidilmiştir. Yani bu dönemde, mevcut yasadaki suçlara karşılık öngörülen ölüm cezası infazlarının gerçekleştirilmesine devam edildiği gibi aynı zamanda yasa koyucu, getirdiği yeni düzenlemelerle ölüm cezasının kapsamının artırılması yönünde eğilim ortaya koymuştur. Ancak bu yöndeki eğilim, 25.10.1984 tarihi itibarıyla sonuncusu gerçekleşen ölüm cezası infazıyla¹⁶³ birlikte terk edilmiştir.

c. Ölüm Cezasının Fiili Olarak Ortadan Kalktığı Dönem

¹⁵⁷Emin Artuk, “Ölüm Cezası”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Dergisi**, Konya, 1991, s. 164-165.; Sarınca, **a.g.e.**, s. 48.; İlhan Akbulut, “Ölüm Cezası Geri Gelmeli Mi?”, **TBB Dergisi**, 131, 2017, s. 19.

¹⁵⁸ 11.06.1936 tarihli ve 3038 sayılı yasa ile, mevzuattaki ölüm cezası öngören 128, 135 ve 140. maddelerinde değişikliğe gidilerek ölüm cezaları ağır hapse çevrilmiştir. Ancak toplam 7 maddedeki (127, 131, 132, 133, 136, 137 ve 138. maddeler) suçlar bakımından ölüm cezası yaptırımı getirilmiştir. Bununla birlikte, 3038 sayılı yasa ile, bir cürümden dolayı müebbet hapis cezasına mahkûm olana sonraki cürümden dolayı da müebbet ağır hapis cezası tayin edilmiş olmamasının ölüm cezasını gerektireceği kabul edilmiştir (m. 82/3). Yine 68/son fıkra uyarınca, birden fazla müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olanların hakkında ölüm cezası yaptırımı verileceği öngörülmüştür. Sarınca, **a.g.e.**, s. 48.; Kanun metni için bkz.: 23 Haziran 1936 tarihli ve 3337 sayılı Resmî Gazete, s. 12-26.

¹⁵⁹ 03.12.1951 tarihli ve 5844 sayılı yasa ile 141'nci maddeye ölüm cezası yaptırımı getirilmiştir. Bkz.: 11 Aralık 1951 tarihli ve 7979 sayılı Resmî Gazete, s. 1.

¹⁶⁰ 09.07.1953 tarihli ve 6123 sayılı yasa ile ceza kanununun 70., 403., 406. ve 407. maddeler (uyuşturucu ticareti), 418. (mevsufırza geçme), ve 439. maddelerine (mevsuf halde kız kaçırma) ölüm cezası yaptırımı getirilmiştir. Akbulut, “Ölüm Cezası Geri Gelmeli Mi?”, s. 19.

¹⁶¹ 28.08.1971 tarihli ve 1490 sayılı yasa ile ceza kanununun 499. maddesine eklenen ikinci fıkra düzenlemesi ile ölüm cezası yaptırımı getirilmiştir (Adam Kaldırma Suçu). Sarınca, **a.g.e.**, s. 48.

¹⁶² 03.12.1983 tarihli ve 5844 sayılı yasa ile ceza kanununun 141. maddesinde düzenlenen devlet düzenini sınıf esasına dayandırmak amacıyla örgütlenme suçu bakımından ölüm cezası yaptırımı öngörülmüştür. Akbulut, “Ölüm Cezası Geri Gelmeli Mi?”, s. 19.

¹⁶³Sacit Yılmaz, **12 Eylül 1980-1984 Yılları Arasında Sıkıyönetim Askeri Mahkemelerince Ölüm Cezasına Çarptırılan Ve Bu Cezaları İnfaz Edilen Hükümlülerin Dava Dosyalarının İncelenmesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1996, s. 22.

1984 yılında sonra ölüm cezası konusunda yeni bir aşama olan ölüm cezasının fiili olarak kalktığına döneme girilmiştir¹⁶⁴. Meclis bu dönemde, kanunlarda ölüm cezası düzenlemeleri olmasına ve üstelik mahkemeler tarafından bu konuda hükümler verilmesine rağmen, ölüm cezasının infazına yönelik kanun çıkarmamak suretiyle cezaların infazını fiilen askıya almıştır¹⁶⁵. Aynı zamanda bu dönemde, mevzuattaki ölüm cezası öngören madde düzenlemelerinin azaltılması yönünde de çalışmalar gerçekleştirilmiştir. Gerçekten de 1990 tarihli ve 3679 sayılı Kanun’la yapılan değişikliklerle, mevzuatta ölüm cezası öngören madde düzenlemelerin sayısının azaltılması yönünde büyük bir adım atılmıştır. Bahsi geçen yasa ile, haklarında bu tarihe kadar ölüm cezası yaptırımını öngörülen 13 suçun¹⁶⁶ cezası ağır hapse çevrilmiş; yine bazı suçların cezalarının içtimai ve tekerrürü halinde ölüm cezası öngörme usulü (m. 70 ve 82/son) ortadan kaldırılmıştır¹⁶⁷. Yine 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 23. maddesi uyarınca, mülga kanunun ölüm cezası öngören 141. madde düzenlemesi kaldırılmıştır¹⁶⁸.

Sonuç olarak bu dönem sonunda idam cezası öngören hükümlerin sayısı, toplam 12 suç ile sınırlı olarak geçerliliğini korumuştur. Adam öldürmenin nitelikli hallerine ilişkin 450. madde düzenlemesi haricinde diğer 11 madde, devletin şahsiyetine karşı cürümlere (m. 125, m. 126, m. 127, m. 129, m. 131, m. 133, m. 136, m. 137, m. 146, m. 147, m. 149, m. 156) ilişkindi¹⁶⁹. Tabi ölüm cezaları sadece ceza kanunuyla sınırlı olarak düzenlenmemekteydi. Gerçekten de ceza kanununun haricinde başta 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu olmak üzere bazı yan ceza kanunlarında (en bilindik olmaları dolayısıyla örnek kabilinde değinmemiz gerekirse

¹⁶⁴ “...Bugün Türkiye’nin ölüm cezasını fiilen uygulamayan ülkeler arasına girmiş bulunduğunu söyleyebiliriz.” Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: II, s. 613.

¹⁶⁵ Mahmutoglu, “Türkiye’de Ölüm Cezasının Kaldırılması Süreci ve Avrupa Birliği’nin Sürece Katkısı”, s. 1.

¹⁶⁶ Ölüm cezasının ağır hapse çevrildiği madde düzenlemeleri için bkz.: (m. 132/son, 138/2, 141/1-2. paragraf, 152, 217/1, 285/5, 286/3, 403/5. Bent-3. Paragraf/6. Bent/7. Bent- 1. Paragraf, 406/2, 407/2, 418/1, 439 ve 499/2)

¹⁶⁷ Akbulut, “Ölüm Cezası Geri Gelmeli Mi?”, s. 20.

¹⁶⁸ Artuk, “Ölüm Cezası”, s. 165-166.

¹⁶⁹ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: II, s. 613.; Akbulut, “Ölüm Cezası Geri Gelmeli Mi?”, s. 20.

1932 tarihli ve 1918 sayılı Kaçaklığın Men ve Takibi Hakkında Kanun¹⁷⁰ veya 1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu¹⁷¹) ölüm cezaları bulunmaktaydı.

d. İstatistiklerde Ölüm Cezası

Hukuki olarak ölüm cezasının kaldırılması sürecini aktarmadan önce ölüm cezasının istatistiklerde karşılığının ortaya konulması faydalı olacaktır. Ülkemizde ölüm cezasının fiilen uygulamadan kalkmasına kadar geçen sürede, TBMM tarafından onaylanan ve infazı gerçekleştirilen ölüm cezası kararı sayısı 712'dir. Bunlardan 15'i kadın hükümlüdür¹⁷². Bu ölüm cezası infazları ise bilhassa yaşanan darbelerin sonunda ortaya çıkan askeri rejim dönemlerinde daha yoğun gerçekleşmiştir. Gerçekten de darbe dönemleri dışındaki süreçte özellikle, 1962-1971 ve 1973-1980 yılları arasında ölüm cezası infazlarının gerçekleştirilmemiş olması, normal koşullar altında kamuoyu ve meclisin, ölüm cezası ile arasına mesafe koyduğunun bir göstergesidir¹⁷³. Bununla birlikte, ölüm cezası infazlarının sivil yıllarda ortalaması 2 iken; askeri yıllardaki ortalaması 13.5'tir¹⁷⁴. Bu istatistikte, realitenin matematiksel olarak gösterilmesi bakımından önemlidir.

e. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Ölüm cezası konusu, Anayasa Mahkemesinin önüne 1961 Anayasası döneminde getirilmiştir. Ölüm cezasının, yaşama hakkının özüne dokunduğu gerekçesiyle Anayasanın 11/2 ve 14. madde düzenlemelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 1963 tarihinde verdiği kararında özetle; "Anayasa koyucunun, ilgili fıkralarda düzenlediği hak ve hürriyetler bakımından mutlak dokunulmazlık tanımadığını, toplum hayatının zaruri kıldığı durumlarda kanunda açıkça gösterilmek ve hakim kararına dayanmak şartı ile

¹⁷⁰ m. 30: "Kaçaklığın men ve takip sırasında vazifedar olanlardan birini veya ahaliden memurlara yardım eden bir kimseyi öldürenler ölüm cezasına müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olurlar."

¹⁷¹ 6831 sayılı Kanunun 110. maddesinde sonucunda bir adamın öldüğü terör amacıyla devlet ormanını yakma suçu bakımından ölüm cezası yaptırımı öngörülmüştü. Bkz. Metin Feyzioğlu, "Ölüm Cezası Üzerine Düşünceler ve Anayasa Değişikliği ile 4771 sayılı Kanun'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler", **Ankara Barosu Dergisi**, S: 4, 2002, s. 24-25.

¹⁷² Bahsi geçen sayıya İstiklal Mahkemelerince mahkûm edilenlerin idamına ilişkin sayılar ve meclisin infaza karar verme yetkisi dışında kalıp infazın gerçekleştirildiği olaylar dahil değildir. Mehmet Semih Gemalmaz, **Türkiye'de Ölüm Cezası, C: I**, İstanbul, Beta, 2001, s. LV.

¹⁷³ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 23.

¹⁷⁴ Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, İstanbul, BDS, 1991, s. 25.

sınırlandırabilme getirilebileceğini kabul ettiğini, anayasa koyucunun işkence, eziyet ve insan haysiyeti ile bağdaşmayacak ceza konulmasını yasakladığı halde ölüm cezası bakımından bir kayıt koymadığını, dolayısıyla ölüm cezasının Anayasaya aykırı bir yönünün olmadığını, bununla birlikte Anayasanın 64. maddesinde yer alan ölüm cezalarının yerine getirilmesi konusunda, TBMM'ye yetki verilmesinin, ölüm cezasının anayasa koyucu tarafından muhafaza ve kabulünü gösteren en önemli delil olduğunu” ifade etmek suretiyle iptal istemini reddetmiştir¹⁷⁵. Anayasanın yaşama hakkını açıkça kabul eden ve bu hakkın ancak yasa ile kayıtlanabileceğini bildiren hükmü (m. 19/4) ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz hükmü (m.19/3) birlikte düşünüldüğünde, yaşama hakkını kaldıran ölüm cezasının bu kaideler karşısında uygulanma imkânı bulmayacağı ifade edilmek suretiyle ilgili karar doktrinde eleştirilmiştir¹⁷⁶. En nihayetinde 1982 Anayasası döneminde ölüm cezası açıkça anayasa konarak (m. 15/2, 17/4) bu tür açılacak davaların önüne geçilmiştir¹⁷⁷.

f. Ölüm Cezasının Hukuki Olarak Ortadan Kaldırılması

Fiili olarak 1984 yılından beri uygulaması ortadan kalkan ölüm cezasının hukuki olarak kaldırılması üç önemli adımın atılması sonucunda gerçekleşmiştir. Özellikle, Avrupa Birliği'ne tam üyelik ve entegrasyon koşullarının sağlanması açısından bölgesel çaptaki uluslararası sözleşmelerin imzalanması ve onaylanması, ölüm cezasını tarihin tozlu sayfalarına kaldırmada önemli etkileri bulunan gelişmeler olmuştur. Zira 40 yılı aşkın süredir Avrupa Konseyi üyesi olan Türkiye'nin, 1987 yılında başlattığı Avrupa Birliği üyelik başvurusunun tam üyelik müzakerelerine çevrilmesi için bazı hususlarda gerekli adımları atması gerekiyordu¹⁷⁸. 1999'da Helsinki Zirvesinde AB aday ülkesi olarak ilan edilen Türkiye, tam üyelik müzakereleri için içeriğinde demokrasi, hukukun üstünlüğü, temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvenceler gibi önemli başlıklar içeren Kopenhag kriterlerini yerine getirmek için yasal mevzuatında düzenlemeler yapmaya başlamıştır. İşte bu

¹⁷⁵ Anayasa Mahkemesinin 01.07.1963 tarih ve 1963/207 E. 1963/175 K. sayılı kararı.

¹⁷⁶ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C: II, s. 199, 200.

¹⁷⁷ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C: II, s. 619.

¹⁷⁸ Mahmutoglu, “Türkiye’de Ölüm Cezasının Kaldırılması Süreci ve Avrupa Birliği’nin Sürece Katkısı”, s. 3.

kriterlerin içerdği en öncelikli unsurlarından biride idam cezasının kaldırılmasıydı¹⁷⁹.

Bu bağlamda ilk olarak 17.10.2001 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 4709 sayılı kanunla, Anayasa’da yapılan önemli değişikliğe değinilmelidir. Bahsi geçen kanunla Anayasanın 38. maddesine, “savaş, yakın savaş ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez.” hükmü eklenmiştir¹⁸⁰. Maddenin gerekçesinde de ifade edildiği üzere bu hükmün anayasaya eklenmesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 6 No.lu Protokol’ün etkisi olmuştur¹⁸¹. Avrupa Konseyi tarafından 1985 yılında hazırlanan söz konusu 6 No.lu Protokol, ölüm cezası bakımından savaş ve barış zamanı konusunda ikili bir ayrıma gitmektedir¹⁸². Buna göre, barış zamanında ölüm cezası yasağı mutlakken; devletler, savaş zamanında ya da yakın savaş tehdidi durumlarında işlenen fiiller için kanunlarında ölüm cezası öngörebiliyorlardı. Esasa dönecek olursak, 6 No.lu Protokolün etkisiyle Anayasa’da değişikliğe gidilmesinin sonucu olarak, uyum kanunu hazırlanması zarureti doğmuştur. Bu çerçevede, 03.08.2002 tarihli ve 4771 sayılı kanunla birlikte savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere, Türk Ceza Kanunu, Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ve Orman Kanununda yer alan idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüştür¹⁸³.

İç hukukta yapılan değişikliklerle 6 No.lu Protokolün koşullarının sağlanması akabinde Türkiye, 15.01.2003 tarihinde Strazburg’da protokolü imzalamış ve 26.06.2003 tarihli ve 4913 sayılı Kanunla da protokolü onaylamıştır¹⁸⁴. Ancak Avrupa Konseyinin hedefi ölüm cezasının mutlak bir şekilde kaldırılması olunca, ölüm cezasının her durumda kaldırılması için yeniden bir ek protokol düzenlemesine

¹⁷⁹ Çiğdem Nas/Ahmet Ceran, “Neden İdam Czası Geri Getirilmemelidir?” **İKV Değerlendirme Notu-190, İktisadi Kalkınma Vakfı**, Kasım 2016, s. 1-2.

¹⁸⁰ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 573.;

¹⁸¹ Sarınca, **a.g.e.**, s. 50.

¹⁸² Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 706.; Söz konusu protokol 28.04.1983 tarihinde imzaya açılmış olup yürürlüğe girmesi için aranan 5 onay şartını 01.03.1985 tarihinde sağlayarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁸³ Feyzioğlu, **a.g.m.**, s. 26.

¹⁸⁴ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 706.

gidilmiştir¹⁸⁵. Bu bağlamda Avrupa Konseyi 03.05.2002 tarihinde, “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesine Ek Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair 13 No.lu Protokol”ü imzaya açmış ve aranan 10 onay koşulunun 01.07.2003 tarihinde gerçekleşmesiyle protokol yürürlüğe girmiştir. 13 No.lu Protokole göre, ölüm cezası herhangi bir istisnaya tabi olmaksızın mutlak bir şekilde kaldırılmaktadır¹⁸⁶.

Türkiye 13 No.lu Protokol’de gereken koşulları sağlamak üzere iç hukuk sisteminde ölüm cezasını nihai olarak tamamen kaldıracak düzenlemelere gitmiştir. Bu çerçevede öncelikle Anayasanın 38. maddesinde, 07.05.2004 tarihli ve 5179 sayılı kanunla değişikliğe gidilerek ölüm cezasının verilemeyeceği ifade edilmiştir. Anayasadaki bu değişikliğe bağlı olarak çıkarılan 07.05.2004 tarihli ve 5218 sayılı “Ölüm Cezasının Kaldırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” ile mevzuatlardaki geriye kalan ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına dönüştürülmüştür¹⁸⁷. Böylelikle 1 Haziran 2005 tarihinde mülga olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun son halinde, ölüm cezasına ilişkin hüküm kalmamıştır.

Suç politikasının ana ilkelerinden biri olan hümanizm ilkesine göre temellendirilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da doğal olarak ölüm cezasına yer verilmemiştir. Bununla birlikte ulusal düzeyde tamamıyla kaldırılan ölüm cezasının uluslararası arenada verilecek onayla nihayete erdirilmesi yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemine rastlamıştır. Nitekim 13 No.lu Protokolün Türkiye tarafından 06.10.2005 tarih ve 5409 sayılı Kanunla onaylanmasıyla geri dönülemez ve tazmini mümkün olmayan ölüm cezası bir daha çıkarılmamak üzere(!) rafa kaldırılmıştır. Ayrıca zaman içinde getirilen düzenlemelerle sadece vatandaşlar bakımından değil, ülkemizde yargılaması yapılan yabancı hükümlüler bakımından da güvence, uluslararası mevzuata uygun olarak genişletilmiştir. Nitekim, 23.04.2016 tarihli ve 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanununa göre, bir başka devlet tarafından ölüm cezasını gerektiren bir suç sebebiyle Türkiye’den iade

¹⁸⁵ Mahmutoglu, “Türkiye’de Ölüm Cezasının Kaldırılması Süreci ve Avrupa Birliği’nin Sürece Katkısı”, s. 2.

¹⁸⁶ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 707.

¹⁸⁷ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 707.; Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 754.; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 573, 574.

talebinde bulunulması halinde, bu talebin kabul edilmeyeceğinin öngörülmüş olması¹⁸⁸ bu konuda gösterilebilecek bir örnektir.

3. Değerlendirme Mahiyetinde Ölüm Cezasının Geri Getirilmesi Yönündeki İsteklere Cevap: Yargıya Güvenin Artırılması ve Af Uygulamalarının Terki

Ülkemizde dönem dönem ölüm cezasının geri getirilmesi gerektiği yönünde açıklamalar yapılmaktadır. Hâlihazırda Anayasanın 15. ve 38'nci maddeleri ve taraf olduğumuz AİHS sözleşmesi ek protokolleri ile BM mevzuatının konuya ilişkin hükümleri karşısında, idam cezasının ulusal mevzuatta gerekli değişiklikler ve uluslararası mevzuattaki yükümlülüklerimizden vazgeçilmeden geriye getirilmesi mümkün değildir. Ancak bir an için ölüm cezasının böylesi küreselleşmiş Dünya'da geri getirildiği düşünüldüğünde, ülkemizin ciddi yaptırımlarla karşı karşıya kalması kaçınılmaz olacaktır. Gerçekten de yalnızca ölüm cezasını bölgesinden tamamen çıkaran Avrupa ülkeleri ile Türkiye'nin ticaret hacminin kapasitesi bile düşünüldüğünde, ülkemize bu durumun etkileri aşağı yukarı kestirilebilecektir¹⁸⁹. Ancak sadece ülkemizin Avrupa ile ilişkisi üzerinden yaşanacak etkiyle konuyu açıklamak tarafımızca doğru olmadığı gibi eksik kalmaktadır. Zira *-ölüm cezasının suçluluğu engellediği yönünde bir bilimsel verinin bulunmadığı gerçeğini*¹⁹⁰ bir kenara bırakarak ifade etmemiz gerekirse- Türkiye Cumhuriyeti kuruluş felsefesinde

¹⁸⁸ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 708.; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu şekilde ölüm cezasına çarptırılma riski olan kişinin başka bir ülkeye iadesinin yapıp yapılmayacağını bir değerlendirme süzgecinden geçirdikten sonra karar vermektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletlerine iadenin yapılmaması gerektiğine yönelik verilmiş bir karar için bkz.: Soering/İngiltere, 7 Temmuz 1989. Yine AİHM'in, iadenin önünde bir engel olmadığına yönelik, yani ölüm cezası koridoru sendromunun söz konusu olmadığına yönelik vermiş olduğu diğer örnek kararları için bkz.: Einhorn/Fransa, 16 Ekim 2001; Demir/Türkiye, 30 Ağustos 2005.

¹⁸⁹ Türkiye, ticaretinin yarısına yakınına yakınına Avrupa Birliği ülkeleriyle gerçekleştirdiği gibi ülkemizdeki yabancı yatırımların 2/3'ü de Avrupa kaynaklıdır. Nas/Ceran, **a.g.m.**, s. 7. Avrupa Birliği'nin 2012 yılında idam cezasını gerçekleştiren Belarus hakkında hazırladığı kınama ve yaptırımlar konusunda çağrı yapılan metin için bkz.: European Parliament resolution on Death penalty in Belarus, in particular the case of Dzmitry Kanavalau and Uladzislau Kavalyou, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=B7-2012-0078&language=EN> (Erişim Tarihi: 15.11.2019). Belarus'a uygulanan söz konusu yaptırımlar halen farklı alanlara dağılarak devam etmektedir.

¹⁹⁰ Amnesty International, A Clear Scientific Consensus That The Death Penalty Does Not Deter, <https://www.amnestyusa.org/a-clear-scientific-consensus-that-the-death-penalty-does-not-deter/> (Erişim Tarihi: 15.11.2019)

her daim en ileri medeniyet düzeyinin bayraktarı olma hedefi bulunmaktadır. Bu şekildeki bir cezanın bugün için geri getirilmesi ise, çağdaş ceza hukukundan uzaklaşarak eskiye dönüş ve kuruluş felsefesindeki hedeflerden sapma anlamına gelecektir. Bununla birlikte esasında yapılması gereken ölüm cezasının geri getirilmesi değil, toplumda zaman zaman bu taleplerin ortaya çıkmasında etkili olan eksikliklerin giderilmesidir. Nitekim ölüm cezasının geri getirilmesi yönündeki inancın gelişmesinde, sık sık başvuru alan af uygulamaları ve yargıya güvenin eksikliği önemli rol oynamaktadır¹⁹¹. Dolayısıyla bu çerçevede yapılması gereken, Anayasamızın 9. maddesinde kendisine yer bulan bağımsız ve tarafsız yargı tarafından gerçekleştirilecek etkin ve adil bir yargılama sürecinin yine etkin bir infaz süreciyle devamının getirilmesidir. Bu yönde var olan temelleri sağlamlaştırmaya yönelik atılacak her adım, ülkemizi dahada güçlendirerek uluslararası arenada medeniyetin bayraktarı ülkelerden biri haline getirecektir.

C. Hümanizm İlkesi Çerçevesinde Değişimin Gösterilmesi Bakımından Diğer Başlıklar

1. Genel Olarak

Ceza yaptırımları açısından hümanizm ilkesi çerçevesinde ilk başta gündeme gelen meselenin ölüm cezası olduğunu ve bu bağlamda, Türkiye’de ölüm cezasının kaldırılması sürecini yukarıda detaylı olarak aktarmıştık. Ancak ölüm cezasının dışında zaman zaman insan haysiyetiyle bağdaşmayan başka ceza ve tedbirlerin gündeme gelmesi de söz konusu olmuştur.

Bu çerçevede öncelikle ilginç bir örnek olması hasebiyle, Osmanlı modern ceza kanunlarında yer alan teşhir cezasına değinilmesinde fayda vardır. 1858 tarihli Ceza Kanununun 19. maddesine göre mahkemenin kararının özeti, uzaktan büyük harflerle görülebilecek şekilde hazırlanarak çok işlek cadde veya meydana götürülen mahkûmun göğsüne asılmaktaydı. Böylelikle kişi, belli süre burada bekletilip çevreden gelen geçen kalabalığa teşhir edilirdi¹⁹². Bu ceza o dönemde, zaten

¹⁹¹ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 574.

¹⁹² Gökçen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları Ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, s. 59-60.

hâlihazırda kesinleşmiş bir hükmün sonucunda cezalandırılan mahkûmun, bir de teşhir edilmek suretiyle izzet-i nefsinin kırıldığı belirtilmek suretiyle eleştirilmekteydi¹⁹³. Yine demire veya prangaya vurma ya da dayak şeklinde ceza türlerine de yer verilmekteydi¹⁹⁴.

765 sayılı Kanun özelinde ise, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza olarak ölüm cezasını ifade etmiştik. Ancak insan haysiyetiyle bağdaşmama kavramının içeriğinin yalnızca ceza yaptırımlarıyla sınırlı olmadığını da belirtmemiz elzemdir. Zira ceza muhakemesine ilişkin bir tedbirin uygulanma biçimi de onu insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir görüme kavuşturabilir. Örneğin 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemesi Kanununun 116. maddesinde yer alan sanığın demire vurulması usulü bu kapsamda bir örnektir. Söz konusu tedbir, insan haysiyetiyle bağdaşmayacak şekilde eziyet veya işkence niteliğine ulaşabilecek bir tedbirdir¹⁹⁵. Zaten Anayasa Mahkemesi tarafından da “eziyet ve işkence niteliğini alabilecek ağır bir tedbir” olduğu ifade edilerek iptal edilmişti¹⁹⁶.

¹⁹³ Eleştirilerin aktarıldığı bölüm için bkz.: Gökçen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları Ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, s. 60, dn. 92

¹⁹⁴ Taner, **a.g.e.**, s. 148.; Şentop, **a.g.e.**, s. 34.; Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: I**, s. 125.; Bozkurt, **a.g.e.**, s. 99.; Örneğin 1851 tarihli Fasl-ı Evvel’in 14. maddesi: “Bir adam diğer adamın canına kasd ile fakat bizzat icra etmeyerek başka bir şahsı akçe veyahut sair cihetle itmâ’ ve iğfal (hırslandırma ve gaflete düşürme) edipte onun vusatiyla idam ettirecek olur ise asıl kâtil hakkında şer’an ve kanunen iktiza eden hüküm icra olunacağından madde-i katli âmir olan şahıs derecesine göre 1 seneden 5 seneye ve kâtil-i muini bulunan kimse kezalik bir seneden üç seneye kadar vaz’ı kürek ve pranga kılın.” şeklindedir. Gökçen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları Ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, s. 108.

¹⁹⁵ Şen, **a.g.e.**, s. 235.

¹⁹⁶ “...Bugünkü mevzuatımızda, demire ve prangaya vurma cezaları bulunmadığından ve iptali istenen fıkra da demire vurmanın nasıl yapılacağı gösterilmediğinden ceza ve tevkif evlerinde bu tedbirin alınışında değişik usullerin uygulanması ve uygulama şekli bakımından bu tedbirin işkence halini alması mümkündür. 116. Maddenin II. fıkrasında yazılı hallerde başka tedbirlere başvurulması mümkün olduğundan, demire vurma gibi uygulamada eziyet ve işkence niteliğini alabilecek ağır bir tedbirin uygulama şekli gösterilmeksizin bir emniyet tedbiri olarak devam ettirilmesi, genel ceza esaslarına ve hukuk anlayışına aykırı düşer ve bu nedenle hükmün iptali gerekir...” Anayasa Mahkemesinin 15.06.1967 tarihli ve 1966/34 E. 1967/18 K. sayılı kararı. Aktaran Şen, **a.g.e.**, s. 235. Burada yeri gelmişken ifade etmemiz gerekirse Anayasa Mahkemesinin kararı yerinde ancak gerekçesi yanlıştır. Zira hem eziyet ve işkence niteliğine kavuşabilecek bir tedbir olduğu beyan edilirken; sonrasında uygulama şekli gösterilmediği ifade edilerek iptal edilmesi sorunlu bir yaklaşımdır. Gerçekten de karar, uygulama şekli gösterilseydi maddenin iptal edilmemesi mi gerekirdi? şeklinde akıllara kuşku bırakır nitelikte bir gerekçe içermektedir.

2. İnsan Haysiyetiyle Bağdaşmayan Bir Uygulama: İşkence

Anayasa Mahkemesinin işkenceye dönüşebilecek bir tedbir ifadesinden yola çıkarak, hümanizm ilkesiyle bağlantılı olması nedeniyle işkence suçu açısından, 765 sayılı mülga TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı Kanunda benimsenen anlayışa da değinilmesinde fayda vardır.

İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan bir uygulama olan işkence sadece ulusal mevzuatlarda değil, aynı zamanda uluslararası mevzuatlarda da üzerine her daim titrenilen bir mesele olmuştur¹⁹⁷. İşte uluslararası kamuoyunda da artan önemine binaen 765 sayılı Kanun'un 243. madde düzenlemesinde öngörülen işkence suçuna nazaran 5237 sayılı Kanun'un 94. maddesinde, işkenceye karşı önemli güvenceler getirilmiştir. Öncelikle işkence suçu, sistematikte hümanizm ilkesinin temelini oluşturan insan kavramına, insan değerine uygun bir şekilde konumlandırılmıştır¹⁹⁸. Gerçekten de 765 sayılı kanunda işkence suçu “devlet idaresi aleyhine suçlar” arasında düzenlemekte iken; 5237 sayılı kanunda “kişilere karşı suçlar” arasında konumlandırılmıştır. Bu önemli bir anlayış değişikliğini göstermektedir¹⁹⁹. Yine 765 sayılı TCK'daki işkence suçunun mağduru açısından benimsenen tahdidi sistem terk edilmiş, herkesin bu suçun mağduru olabileceği esası getirilmiştir²⁰⁰. İşkence suçu

¹⁹⁷ 1984 tarihli İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 1. maddesinde işkence şu şekilde tanımlanmıştır: “Bir kimseye karşı, kendisinden itiraf almak veya üçüncü kişi hakkında bilgi edinmek, kendisinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yaptığından kuşulanılan bir eylem nedeniyle cezalandırmak veya kendisini veya üçüncü kişiyi korkutmak veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan herhangi bir sebeple....işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı ve ıstırap veren herhangi bir fiildir.” Yine işkence, insanlık dışı veya küçük düşürücü ceza veya muamele AİHS 3. madde de yasaklanmış olup ayrıca aynı sözleşmenin m. 15/2 hükmüne göre bu yasağın olağanüstü durumlarda bile ortadan kaldırılamayacağı vurgulanmıştır. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16. bs., Ankara, Seçkin, 2018, s. 282, 283.

¹⁹⁸ Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Bs., Ankara, Adalet, 2018, s. 286.

¹⁹⁹ Koca/Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 286.

²⁰⁰ “765 sayılı TCK'ya göre işkence suçunun şüpheli veya sanık, mağdur, şahsi davacı, davaya katılan kimse veya tanığa karşı işlenmesi düzenlemekteydi.” Ali Kemal Yıldız, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 204.; Bununla birlikte 5237 sayılı TCK'nın 13. maddesinin birinci fıkrasının c bendi düzenlemesine değinilmesinde fayda bulunmaktadır. İlgili hüküm gereğince işkencenin cezalandırılabilmesi için mutlak Türkiye'de gerçekleşmesi ya da Türk vatandaşı tarafından yapılması ya da Türk vatandaşına karşı gerçekleştirilmesi gibi şartlar aranmamaktadır. Reformun benimsediği yeni anlayışa göre, işkencenin kim tarafından, kime karşı ve nerede yapıldığına bakılmaz. Failler Türkiye'de ve Türk kanunlarına istinaden yargılanıp cezalandırılır. Özgenç, **Gerekçeli Türk Ceza Kanunu**, s. 23.

açısından diğer belki de en önemli husus ise, işkencenin arkasındaki gizli himayeyi önlemek ve etkin bir şekilde işkenceyle mücadele amacıyla getirilen m. 94/5 hükmüdür. Söz konusu düzenlemeyle işkencenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin özel bir hüküm getirilmiş ve böylelikle normalde işkenceyi önleme görevi olan ancak işkencenin gerçekleşmesine göz yuman amir konumundaki kamu görevlilerinin cezalandırılma imkânı yaratılmıştır²⁰¹. Son olarak maddeye 11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanunla “*bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez.*” şeklinde bir ek fıkra düzenlemesi yapılmıştır²⁰². Böylelikle işkence suçu açısından zamanaşımının geçerli olmayacağı kabul edilerek, işkenceye karşı sıfır toleransın olduğu vurgulanmıştır.

3. Ömür Boyu Hak Yoksunluklarının Terki

Ceza sorumluluğu kusur esas alınarak kişinin kusuruyla orantılı olarak tayin edilir. Bu, cezanın kefaret amacını sağlayan bir olgudur. Ancak modern ceza hukukunun günümüzde geldiği aşamada sadece kefaret tek başına önemli değildir. Cezanın asıl amacı suçun ve suçluluğun önlenmesi olmuştur²⁰³. Daha açık bir ifadeyle, kişinin işlemiş olduğu suçtan dolayı kefaret amacı tali bir nitelikte olup esas olan kişinin tekrardan toplum kazandırılmasıdır²⁰⁴. İşte 765 sayılı mülga TCK kapsamında hak yoksunlukları bakımından bu amaçla ters bir düzenleme bulunmaktaydı²⁰⁵. Buna göre işlediği suç nedeniyle kişi hakkında infazdan sonrada devam eden ömür boyu hak yoksunlukları öngörülüyordu²⁰⁶. Cezanın kişinin ıslah edilerek topluma yeniden kazandırma amacıyla taban tabana zıt bu hak yoksunlukları, ilgili suç bakımından af getirilse dahi sürdürülmekteydi²⁰⁷. Oysaki cezanın infazının tamamlanması demek kişinin artık toplumla barışmış ve suç

²⁰¹ Özgenç, **Gerekçeli Türk Ceza Kanunu**, s. 22-23.

²⁰² Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s. 283.

²⁰³ Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1209.

²⁰⁴ Özgenç cezalandırmada güdülen amacı şu cümleleriyle açıklamaktadır: “*Suç işlemiş olan kişinin işlemiş olduğu suçtan dolayı pişmanlık duyması, tekrar topluma kazandırılması ve sosyalize edilmesidir...*” Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Panel, **Türkiye Barolar Birliği**, Ankara, 2004, s. 62.

²⁰⁵ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 269.

²⁰⁶ Bu durum 765 sayılı mülga kanunun 20. maddesinde, “*Hidematı âmmeden memnuiyet cezası müebbet veya muvakkatir...*” şeklinde öngörülmekteydi.

²⁰⁷ Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1235-1236.

işlemekle toplumda kaybettiği güveni tekrardan kazandığı anlamına gelmektedir²⁰⁸. İşte bu gerekliliği dikkate alan reform 5237 sayılı Kanunun 53. madde düzenlemesiyle, bu hak yoksunluklarını infaz süreciyle sınırlandırmıştır²⁰⁹. Böylelikle suç siyasetinin temel ilkelerinden biri olan ve suç işleyen kişinin yeniden sosyalleşmesini ve toplumsal sorumluluğa sahip bir birey durumuna getirilmesini hedefleyen hümanizm ilkesine uygun bir düzenleme getirilmiştir²¹⁰. Nitekim gerekçede de “...Ancak, bu hak yoksunluğu süresiz değildir. Cezalandırmakla güdülen asıl amaç, işlediği suçtan dolayı kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması olduğuna göre, suça bağlı hak yoksunluklarının da belli bir süreyle sınırlandırılması gerekmiştir. Bu nedenle, madde metninde söz konusu hak yoksunluklarının mahkûm olunan, cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam etmesi öngörülmüştür. Böylece, kişi mahkûm olduğu cezanın infazının gereklerine uygun davranarak bunun tamamlanmasıyla kendisinin tekrar güven duyulan bir kişi olduğu konusunda topluma da bir mesaj vermektedir. Bu bakımdan hak yoksunluklarının en geç cezanın infazının tamamlanması aşamasına kadar devam etmesi, suç ve ceza politikasıyla güdülen amaçlara daha uygun düşmektedir.” denilmek suretiyle hedeflenen kazanım ortaya konulmuştur.

4. Takdiri İndirim Sebepleri

5237 sayılı Kanunla birlikte hümanizm ilkesi açısından getirilen önemli yeniliklerden biride, “takdiri indirim nedenleri” başlıklı 62. madde düzenlemesi olmuştur. Buna göre, “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar” gözetilmek suretiyle, tayin edilmiş temel ceza üzerinden hâkime belirli

²⁰⁸ Özgenç, **Gerekçeli Türk Ceza Kanunu**, s. 19.

²⁰⁹ Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, s. 535.

²¹⁰ Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1236.; Uygulamada da eski alışkanlığın devamını öngören ilk derece mahkemesi kararları Yargıtay tarafından bozulmaktadır. “...saniğin mahkûmiyetinin sonucu olarak 5237 sayılı TCK.nun 53/1. madde ve fıkrasında belirtilen haklardan yoksun bırakılmasına karar verilirken, mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar olduğunun belirtilmemesi nedeniyle hükmün bozulmasına...” Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 25.04.2006 tarihli ve 2006/2008 E. 2006/3617 K. sayılı kararı. Aktaran Yıldız, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, s. 143, dn. 367.

ölçüde takdiri indirim hakkı tanınmıştır²¹¹. Söz konusu düzenleme, failin durumunu gözeterek cezaların bireyselleştirilmesinde önemli bir adım olmuştur²¹². Zira nasıl ki her suçun gerçekleştirme şekli farklı oluyorsa, suçü gerçekleştiren faillerinde; kişisel özellikleri, sosyal ve psikolojik durumları da birbirinden farklı olmaktadır²¹³. Bu hususları gözeterek yapılacak bir cezalandırma, cezaların bireyselleştirilmesi ve özel önleme amacına hizmet edecektir²¹⁴. Böylelikle cezanın esas amacı olan ıslah suretiyle topluma kazandırma işlevi işlerlik kazanacaktır. Gerçekten de aksinin tatbiki, suçlunun mahvolmasına neden olacak bir cezalandırma anlamına gelecektir. Bunun ise, hümanizm ilkesiyle bağdaşması mümkün değildir.

Nihai olarak konu hakkında 765 sayılı mülga Kanun dönemindeki yaklaşıma da değinilmesinde fayda vardır. Söz konusu takdiri indirim nedenlerinin mülga kanunda bulunmadığını söylemek doğru bir yorum olmayacaktır. Nitekim mülga kanunun 59. maddesinde takdiri indirim nedenlerinin göz önünde bulundurulacağı ifade edilmekteydi. Ancak takdiri indirim sebepleri konusunda iki önemli sorun bulunmaktaydı. Birincisi 59. madde özelinde takdiri indirim sebeplerinin örnek mahiyetinde de olsa bir sayımının yapılmamış olmasaydı²¹⁵. İkinci olarak takdiri indirim sebeplerinin 59. maddenin yanı sıra 29. maddede ayrıca sayılmak suretiyle cezanın belirlenmesinde de esas alınmasıyla ortaya çıkan mükerrer değerlendirme sorunuuydu. Gerçekten de cezanın tayininde benimsenen ölçütler sayılırken 29. maddede ayrıca, “...failin...geçmiş, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi hususları”nda gözetileceğı ifade edilmiştir²¹⁶. Böylelikle mükerrer

²¹¹ “...TCK’nın 62. maddesinin ikinci fıkrasında takdiri indirim nedenleri sayıldıktan sonra “gibi” denilmek suretiyle takdiri indirim nedenlerinin yasada sayılanlarla sınırlı olmadığı, aksine bunların örnek olarak sayıldığı açıkça vurgulanmıştır. Burada sayılan “failin geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceğı üzerindeki olası etkileri” gibi nedenler, uygulamada hakimi sınırlayıcı değil yol gösterici nitelikteki gerekçelerdir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 31.01.2012 tarihli ve 2011/4-277 E. 2012/4 K. sayılı kararı.

²¹² Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 915.

²¹³ “Bütün suçların gerçekleştirilme şekilleri birbirinden farklı olduğu gibi, faillerin kişisel özellikleri, sosyal ve psikolojik halleri de birbirinin aynı değildir. Bu nedenledir ki, fiil ile karşılığı olan yaptırım arasında bir denge kurulabilmesi ve cezanın bu suretle belirlenebilmesi bakımından hakime bazı hususları gözönünde bulundurma zorunluluğı getirilmiştir...” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.12.2010 tarihli ve 2010/11-205 E. 2010/258 K. sayılı kararı.

²¹⁴ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 266-267.; Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1416.

²¹⁵ Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 876.

²¹⁶ Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1417-1418.

değerlendirme yasağının ihlali gündeme gelmekteydi. İşte bu gereklilik dikkate alınarak 5237 sayılı kanunda temel cezanın tayininde dikkate alınacak ölçütler arasında takdiri indirim nedenleri sayılmamıştır (m. 61)²¹⁷. Ancak mevzuatın açık düzenlemesine karşın, uygulamada zaman zaman mükerrer değerlendirme yasağına aykırı kararların verildiği görülmektedir²¹⁸.

5. Ultima-Ratio İlkesiyle Bağlantılı Yenilikler

Ceza hukuku yaptırımlarına diğer hukuk dalları yaptırımlarının yetersiz kaldığı hallerde, en son çare olarak başvurulur. Yani bir hukuki değeri ihlal eden davranışın, ceza hukuku yaptırımına başvurulmaksızın diğer hukuk dallarının yaptırımlarıyla korunması ve tazmini mümkünse artık ceza hukuku yaptırımına başvurulmasına gerek yoktur. Bu durum, ceza hukukunun “son araç oluşu”, diğer bir ifadeyle “ultima-ratio” şeklinde ifade edilir²¹⁹.

Jescheck’e göre, *ultima ratio* ilkesinin iki boyutu bulunur. Hukuk düzenin korunması için ceza hukukuna en son araç olarak başvurulması (*entkriminalisierung-suç olmaktan çıkarma*) bir boyutu oluştururken; hürriyeti bağlayıcı cezanın infazından mümkün olabildiğince kaçınılması (*entpönalisierung – ceza olmaktan çıkarma*) diğer boyutu oluşturur²²⁰. Örneğin yukarıda detaylarıyla aktardığımız ölüm cezasının terki süreci, *ultima-ratio* ilkesine bağdaşır bir gelişmedir. İşte 5237 sayılı Kanunda *ultima-ratio* ilkesi gözetilerek 765 sayılı mülga Kanunda bulunmayan

²¹⁷ 62. maddenin gerekçesinde de bu gereklilik şu ifadelerle vurgulanmıştır: “...*Bu nedenler, Hükümet Tasarısında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek hususlar arasında gösterilmiştir. Ancak, yapılan değişiklikle, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması, sadece takdiri indirim nedenleri olarak göz önünde bulundurulması gereği kabul edilmiştir.*” ; “TCK’da 61 inci madde kapsamında cezanın belirlenmesi için failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki davranışları düzenlenmemiş bu sebepler takdiri indirim sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu suretle çifte değerlendirme yasağına uygun bir düzenleme yapılmıştır.” Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 876.

²¹⁸ “Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan cezanın şahsileştirilmesi kuralının da amacı ceza ve sanık arasında uygun dengeyi sağlamaktır. İki sınır arasında cezayı belirleme hakime ait ise de bu yetkinin kullanılmasında adalet ve nesafet kurallarına bağlı kalınması bu bağlamda suçun işleniş şekli önemi, sebepleri, kanun ve nizamlara muhalefet derecesi, kastın yoğunluğu, sanığın sosyal durumu, geçmişi, topluma kazandırılması hususlarının göz önünde tutulmasının yanında bu konudaki gerekçenin dosya ile uyumlu olması zorunludur.” Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 14.03.2016 tarihli ve 2013/14970 E. 2016/1996 K. sayılı kararı; Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 07.03.2016 tarihli ve 2015/4942 E. 2016/2169 K. sayılı kararı. Aktaran Meraklı, **a.g.e.**, s. 450-451, dn. 262.

²¹⁹ Sözüer, “Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu”, s. 23.

²²⁰ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 267.

birçok hukuki kurumun düzenlemesi yapılmıştır. Bu çerçevede, şikâyete bağlı suçlarda, şikâyetten vazgeçmeden ayrı olarak getirilen uzlaşma kurumu, kısa süreli hapis cezalarında seçenek yaptırıma çevirme imkânı²²¹, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açılmasının ertelenmesi kurumu²²² örnek gösterilebilir²²³.

D. Eşitlik İlkesi Çerçevesinde Türkiye’de Ceza Hukuku Değişimleri

Kişilerin keyfi müdahalelere karşı korunmasını sağlayan eşitlik ilkesinin, hukuk devleti ilkesinin ceza hukukuna maddi anlamda yansımaları olduğunu, eşitlik ilkesine karşı gerçekleştirilecek bir ihlalin mutlak suretle hukuk devleti ilkesini de zedeleyeceğini ifade etmiştik. Esasında hukuk devleti ve eşitlik ilkesi bir bütünün iki parçasını oluşturmaktadır. Ancak eşitlik ilkesinin insana verdiği değerin bir sonucu olarak hümanizm ilkesiyle de önemli bir bağlantısı bulunmaktadır. Dolayısıyla insanı merkeze alan bu iki kurumun birbiriyle olan bağlantısını gözeterek eşitlik ilkesi çerçevesinde yaşanan değişimleri, hümanizm ilkesi başlığı altında incelemeyi tercih etmenin daha doğru bir yaklaşım olduğu düşüncesindeyiz. Bu bağlamda girişteki şerhimizi bir kez daha hatırlamak suretiyle, ilkenin modern ceza hukuku dönemini başlattığımız Tanzimat itibarıyla gelişimi yüzeysel olarak ortaya konularak esas olarak 765 ve 5237 sayılı özelinde ilkeye yaklaşım ortaya konulacaktır.

1. Tanzimat Döneminde Eşitlik İlkesinin Yeri

Tanzimat hareketinin yeni prensipler temelinde devlet anlayışında yaşanan çok yönlü bir değişim hareketi olduğunu ifade etmiştik. Bu hareketin merkezinde yer

²²¹ Hapis cezasına seçenek yaptırımlar hakkında bilgi için bkz.: Mehmet Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, Ankara, Adalet, 2012.

²²² Bu çerçevede hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında hükmedilebilecek denetim serbestliği uygulamalarından biri olmasının gerekliliği vurgulanan, elektronik izleme yoluna değinilmesinde fayda bulunmaktadır. Zira artan teknolojik gelişmelerin hümanizm ilkesine katkısını göstermesi bakımından elektronik izleme önemli bir örnektir. Gerçekten de denetimli serbestlik bağlamında elektronik izleme yoluyla infazın gerçekleştirilebilecek olması, hürriyeti bağlayıcı cezaların aksine hükümlünün toplumdan kopmayarak ıslahı sağlayacak bir gelişme olup hümanizm ilkesi özelinde cezanın bireyselleştirilmesine önemli bir katkı sunacaktır. Elektronik izleme konusunda detaylı bilgi için bkz.: Cafer Erdem Umudum, **Denetimli Serbestlik Bağlamında Elektronik İzleme**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 93-132.

²²³ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 268-270.; Özgenç, **Gerekçeli Türk Ceza Kanunu**, s. 21.

alan temel prensip ise her zaman, “*anasırı Osmaniyenin müsavatını*”, yani günümüz ifadesiyle Osmanlı’nın unsurlarının eşitliğini temin etmek olmuştur.²²⁴ Nitekim Tanzimat Fermanı incelendiğinde, öncelikle ana gayenin III. Selim ve II. Mahmut döneminden beri tasavvur edilenin Osmanlı İmparatorluğunun tabiiyetinde bulunan uyruklara eşitlik hissiyatının yerleştirilmeye çalışılması olduğu görülmektedir. Filhakika, fermanın getirdiği ilkelerden imparatorlukta yaşayan bütün tebaanın Müslüman-Müslüman olmayan ayrımı yapılmaksızın yararlanması öngörülmüştür²²⁵. Üstelik bu eşitlik anlayışı, daha sonradan Gülhane Hatt-ı Hümayununu açıklamak üzere çıkarılan ek fermanla birlikte toplumda statü ayrımı yapılmaksızın geçerli olmak üzere genişletilmiştir²²⁶.

Siyasi-iktisadi ve hukuki sistemi bozularak can ve mal güvencesi kalmayan bir imparatorlukta ise gerçek manada eşitlik, kişilerin şahsi hürriyet sahalarını güvenceye alan güçlü bir ceza hukukundan geçer²²⁷. Zaten bu bağlamda Tanzimat Fermanından sonra hazırlanan ilk kanun bir ceza kanunu olmuştur. Gerçekten de 1840 tarihli Ceza Kanunun birinci faslının birinci maddesinde yer alan, “*dağdaki bir çobanla bir vezirin eşit tutulacağına*” yönelik belirleme, eşitlik ilkesine verilen önemi ve eşitliği sağlamanın güçlü bir ceza hukukundan geçtiğini göstermektedir²²⁸.

²²⁴ Tanzimat dönemi ricalinden (yüksek makamdaki devlet adamı) Rıza Paşa’nın muhtelif cemaat temsilcileriyle bulunduğu hitabında kullandığı “cümleniz bir imparatorun tebaaları aynı babanın çocuklarıdır” sözü de genel bir siyasi Osmanlı kimliğinin yerleştirilmek istendiğinin göstergesidir. Abadan, **a.g.m.**, s. 53.; İnalçık’ta eserinde hareketin temel prensibini “bila tefrik-i cins-ü mezheb” eşitlik meselesidir şeklinde ifade etmektedir. Halil İnalçık, **Tanzimat ve Bulgar Meselesi**, Ankara, 1943, s. 2.

²²⁵ “*Teb’a-ı Saltanat-ı Seniye-mizden olan ehl-i İslam ve mileli saire bu müsaadat-ı şahanemize bilaistisna mazhar olmak üzere can ve ırz ve namus ve mal maddelerinden hükm-i şer’i iktizasınca kaffe-i memalik-i mahrusamız ahalisine taraf-ı şahanemizden emniyet-i kamile verilmiş...*” denilmek suretiyle verilen haklardan bütün İmparatorluk tebaasının din ayrımı gözetmeksizin tam güvence (emniyet-i kamile) ile yararlanacağı ifade edilmiştir. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 33.

²²⁶ Ek fermana “*Vezirden çobana kadar herkesin eşit olduğu*” bildirilmiştir. Tanör, **Osmanlı – Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, s. 72.

²²⁷ Tanzimat’ın önderi dönemin hariciye nazırı Mustafa Reşid Paşa Londra’da iken İngiltere’nin meşhur Türkiye elçisi Canning’in işe nereden başlamak gerekiyor sorusuna “*ta en baştan, yani can ve mal emniyetinden*” cevabını vermesi Tanzimat döneminin ana gailelerinden birinin ne olduğunu göstermesi bakımından faydalı bir örnektir. Mumcu, **Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katl**, s. 155, 156.; Abadan, Tanzimat’ın ilk mühim vazifesini muhtelif unsurlar arasındaki eşitlik anlayışını sağlamak olarak ifade ettikten sonra ikinci ve son önemli vazifesinin ise “*fert benliğini tazyik eden kayıtları azaltmak ve bu suretle hasıl olan feli vaziyete hukuki müeyyide bahşederek garantiye malik bir “ferdi hürriyet sahası” teşkil etmektir.*” şeklinde ifade etmektedir. Abadan, **a.g.m.**, s. 41.

²²⁸ Kanunun, her kim ve hangi rütbede olursa olsun ona muhalif hareket edenler hakkında cezalandırmak üzere düzenlendiği ifade edilerek ön söz bölümü sonlanmaktadır. Taner, **Osmanlı-**

Nitekim 1840 tarihli Kanunu takiben çıkarılan 1851 tarihli Kanun-i Cedit ve 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayununda bu anlayışı yansıtan düzenlemelere yer verilmiştir. Ama bu bağlamda değinilmesi gereken en önemli düzenleme, 1876 tarihli Kanun-i Esasi'nin 17. maddesinde yer alan, “*Osmanlıların kâffesi huzuru kanunda ve ahvali diniye ve mezhebiyeden maada memleketin hukuk ve vezaifinde mütesavidir.*” şeklindeki hükümdür. Yani, bütün Osmanlıların kanun önünde haklar ve ödevler bakımından eşit olduklarını düzenleyen hüküm²²⁹. Böylelikle eşitlik ilkesi, ilk kez anayasal dayanağa kavuşmaktaydı.

2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında İlkenin Düzenlemesi

Eşitlik ilkesi ilk olarak 1924 Anayasasının 69. maddesinde, “*Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayrıksız kanuna uymak ödevindedirler. Her türlü grup, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır.*”²³⁰ denilmek suretiyle düzenlenmiştir. Ancak madde metni sadece vatandaşları içerecek şekilde yazılmıştır²³¹. Bununla birlikte, 1924 Anayasası döneminde kadınların seçme ve seçilme hakkının kazanılması yönünde düzenlemelerle birlikte eşitlik ilkesinde önemli kazanımlar elde edilmiştir²³². Ancak eşitlik ilkesi bakımından gerçek güvence bilhassa, Anayasa Mahkemesinin kuruluşuyla 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde

Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), s. 147, 148.; 1840 tarihli Kanunun mukaddimesinde de içeriğindeki eşitlik vurgusu ifade edilmiştir: “*Kanun'un geçen 55 senesi 26 Şaban'da Gülhane'de okunan Hatt-ı Hümayın mucibince, tebaanın istisnasız olarak can, mal, ırz ve namus dokunulmazlığı, herkesin eşit olması, herkesin kendi hukukunu bilip ondan vazgeçmemek ve diğer birisi kendi hukukuna tasallut edecek olursa, onun def'ini davaya muktedir olmak ve kanuna muhalif hareket edenler her kim ve hangi rütbede olursa olsun, haklarında gereken yapılmak üzere tertip olunduğu*” şeklindedir. Bozkurt, **a.g.e.**, s. 98.

²²⁹ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 47.

²³⁰ Kili/Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 124.

²³¹ Jülide Gül Erdem, “Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi Ve Kadın Erkek Eşitliği”, **Akademik Hassasiyetler**, C: 4, S: 8, Y: 2017, s. 25.

²³² Seçme ve seçilme hakkının 1924 Anayasasında düzenlendiği maddelerde 1934 yılında 2599 sayılı kanunla değişiklik yapılmıştır. Buna göre, “*Onsekiz yaşını ikmal eden her erkek Türk mebusan intihabına iştirak etmek hakkını haizdir.*” şeklindeki 10. madde düzenlemesi, “*Yirmi iki yaşını bitiren kadın, erkek her Türk mebus seçmek hakkını haizdir.*” olarak; “*Otuz yaşını ikmal eden her erkek Türk, mebus intihap edilmek sâlahiyetini haizdir.*” şeklindeki 11. madde düzenlemesi, “*Otuz yaşını bitiren kadın, erkek her Türk mebus seçilebilir.*” olarak değiştirilmiştir. 1924 Anayasasının tüm madde metinleri için bkz: Kili/Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 111-131.

getirilmiştir²³³. Eşitlik ilkesi, 1961 Anayasasının 12. maddesinde “*Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.*” şeklinde; 1982 Anayasasının 10. maddesinin ilk halinde ise, “*Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*” şeklinde düzenlenmiştir²³⁴. 2004 yılında maddeye “*kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.*” şeklinde ikinci fıkra düzenlemesi; 2010 yılında ise, ikinci fıkraya “*bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*” cümlesi ve “*Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.*” şeklinde üçüncü fıkra düzenlemesi getirilmiştir²³⁵.

3. Türkiye Cumhuriyeti Ceza Kanunlarında İlkenin Düzenlemesi

a. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu Döneminde

²³³Sibel İnceoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi Ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, S: 4, 2006, 47.

²³⁴ 1982 Anayasası ve 1961 Anayasasında bulunan “herkes... kanun önünde eşittir.” ibaresiyle vurgulanan genel eşitlik ilkesidir. Buna karşın herkes ibaresinden sonra yapılan özel sayım ise özgül ayrım yasağını ifade etmektedir. Anayasanın bu somut sayımı, yasama organının kanuni sınıflandırmadaki takdir yetkisine, kanun önünde eşitlik formülünün içerdiği genel eşitlik ilkesinden daha sıkı kayıtlamalar koymaktadır. Gerçekten de genel eşitlik ilkesi sadece akla uygun olmayan kanuni sınıflandırma ve ayrımları yasaklamakta iken; yapılan somut sayım sonucu yaratılan özgül ayrım yasağı ise, kişiler arasındaki bu farklılıklara dayalı olarak kanuni sınıflandırma veya ayrımların geçersiz olacağını da göstermektedir. Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Ankara, Yetkin, 2003, s. 129-131, 315, 316. Konu hakkındaki bir Anayasa Mahkemesinin kararının incelendiği ve kararın eleştirisinin yapıldığı makale için bkz.: Merih Öden/Selin Esen, “Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan**, C: II, Ankara, 2013, s. 817-836.

²³⁵ Esasında 2008 yılında maddenin son fıkrasındaki “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi eklenmiştir. Ancak aynı yıl Anayasa Mahkemesinin 05.06.2008 tarihli ve 2008/16 E. 2018/116 K. sayılı kararıyla ilgili ibare madde metninden kaldırılmıştır.

(1). Genel Olarak

Anayasaların eşitlik ilkesi bakımından getirdiği açık hükümlere karşın mülga ceza kanununda, eşitlik ilkesi düzenleme altına alınmamıştı. Ancak mülga kanun dönemi sadece eşitlik ilkesinin düzenlenmemiş olmasıyla geride kalmış bir dönem değildir. Aynı zamanda eşitlik ilkesine aykırı uygulama ve yasa hükümleriyle bugün dahi unutulması mümkün olmayan ciddi ihlallere sahiplik yapmış bir dönemdir. Bilhassa, kadına yönelik çarpıcı bakış açılarına sahip yasa hükümleri ve mahkeme kararlarıyla, eşitlik ilkesi bağlamında incelenip ortaya konulması gereken bir dönemdir. Zira reformun eşitlik ilkesi bağlamında ceza kanununa getirdiği yeniliklerin daha iyi kavranabilmesi, mülga kanun dönemindeki eşitlik ilkesine aykırı düzenleme ve uygulamalardan geçer.

(2). Ceza Kanunundan Örnekleriyle Eşitlik İlkesine Aykırı Düzenlemeler

i. “İffetli-İffetsiz Kadın”

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere mülga kanun dönemi, sadece eşitlik ilkesine yer vermemekle kalmamış, adeta eşitlik ilkesini nasıl daha çok ihlal edebiliriz mantığıyla ortaya çıkan düzenleme ve uygulamaların, yarısına ev sahipliği yapmış bir dönemdir. Bunlardan en meşhurunu, mülga TCK’nın 438. maddesi ve ona ilişkin verilmiş bir Anayasa Mahkemesi kararı oluşturmaktadır. 438. maddede, “*Irza geçmek ve kaçırmak fiilleri fuhşu kendine meslek edinen bir kadın hakkında irtikap olunmuş ise ait olduğu maddelerde yazılı cezaların üçte ikisine kadarı indirilir.*” şeklinde bir düzenleme öngörülüyordu. Görüldüğü üzere madde, mağdurun “fuhşu meslek edinmiş olmasını” yasal bir indirim nedeni olarak kabul ediyor, daha en başta yaptığı son derece yanlış bir ön kabulle “bu kadınların” uğrayacağı zararların az olacağı değerlendirmesini içeriyordu²³⁶. İlgili yasa hükmü, Antalya 2. Ağır Ceza Mahkemesinin “...toplumu iffetli – iffetsiz olarak ayırıştırarak yaratılan bu sonuç hem mağdurların haklarının korunması hem de sanıkların cezalandırılması bakımından en başta kanun önünde eşitlik ilkesine ve nihai olarak Anayasa’nın

²³⁶ Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, Ankara, Seçkin, 2013, s. 146.

ruhunda meczedilmiş bulunan hukukun genel prensipleri ile adalet duygusuna aykırıdır.” demek suretiyle yaptığı itiraz başvurusu neticesinde Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir²³⁷. Anayasa Mahkemesi ise, 1989 yılında oy çokluğuyla verdiği kararının gerekçesiyle adeta tarihe(!) geçmiştir²³⁸.

Kararın gerekçesinde, “Fahişe sürdürdüğü kötü hayata rağmen, vücudunda dilediği gibi tasarruf etmek hürriyetinden vazgeçmemiştir ve zor kullananları cezalandıran yasanın koruması herkes içindir. Fakat öte yandan, fahişenin haysiyeti, maruz kaldığı zorla kaçırma veya cinsel ilişki dolayısıyla, namuslu bir kadının bütün hayatı süresince karşı bulunacağı kadar ihlal edilmiş olmaz. Ayrıca fuhşu meslek edinenin gösterdiği direnç, suç işleyen kişi tarafından haklı olarak ciddi sanılmayabilir.”; “...Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik kararlarına göre, eşitliği bozduğu iddia edilen kural haklı bir nedene dayanmakta veya kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez. Olaya bu açıdan bakıldığında fuhşu kendine meslek edinen bir kadını zorla kaçırarak veya ırzına geçen bir kişiye verilecek cezanın, aynı eylemleri iffetli bir kadına karşı gerçekleştiren kişiye verilecek cezadan daha az olmasının haklı bir nedene bağlı bulunup bulunmadığının saptanması zorunludur...”; “...Irza geçmek ve kaçırarak suçlarının fuhşu kendine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesinde, bu kişinin uğradığı zarar ile aynı eylemlerin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda onun gördüğü zarar eşit sayılmaz, iffetli bir kadının zorla kaçırılması veya ırzına geçilmesi onun onurunu, toplumdaki ve yaşadığı ortamdaki saygınlığını, giderilmesi olanaksız ölçüde kıracaktır. Oysa, aynı eylemlerle karşılaşan fuhşu meslek edinmiş bir kadının bu ölçüde zarar gördüğünü ileri sürmek ve kabul etmek güçtür. Fahişe, fuhşu kendisine meslek edinmiş, onu ticari bir iş kabul etmiş olduğundan bu tür kadınların kişi ve cinsel özgürlükleri iffetli kadınlarınkı kadar bozulmuş sayılamaz. Kaçırarak ve ırza geçmek eylemleri iffete karşı işlenen birer suç olması ve bu eylemlerle karşılaşan fuhşu meslek edinen bir kadının uğrayacağı zararın, iffetli bir kadının uğrayacağı zarara göre çok daha az olacağı gerçeğinden hareket eden yasa koyucu bu nedenle Türk Ceza Yasası’nın 438. maddesi ile böyle bir ayrıma yer vermiştir...”

²³⁷ Sancar, a.g.e., s. 147.

²³⁸ Anayasa Mahkemesinin 12.01.1989 tarihli 1988/4 E. 1989/3 K. sayılı Kararı. Bkz.: RG 10.01.1990 20398

şeklindeki çarpıcı ifadelerle yer verilmiş, akabinde “...Şu halde, fuhşu kendisine meslek edinen kadınlara karşı işlenen zorla kaçırmak veya ırza geçmek suçlarında böyle bir kadının uğradığı zararın aynı eylemlerle karşılaşan iffetli bir kadının uğradığı zarara göre daha az olması bu ayrımın haklı nedenini oluşturmaktadır. Bu bakımdan eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilen itiraz konusu Türk Ceza Kanunu’nun 438. maddesi, bu eylemlerle karşılaşan kadınların değişik durumlarından kaynaklanan zorunluluklara ve dolayısıyla haklı nedenlere dayandığından Anayasa’nın 10. maddesinde açıklanan eşitlik ilkesine aykırı değildir.” sonucuna ulaşılmıştır²³⁹. Görüldüğü üzere mahkeme kararıyla, bir kadını kaçırpı tecavüz eden failin cezasının ağırlığını, kadının “iffetli” olup olmadığına göre yapacağı bir tartmayla belirlemeyi kamu yararına uygun bulmuştur²⁴⁰. Kadını “iffetli” ve “iffetsiz” şeklinde ayrıma tabi tutan ve Anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı ve ayrımcı olan TCK 438. madde hükmü hakkında Anayasa Mahkemesinin verdiği bu karar, o dönem bir şok etkisi yaratmıştır. Zaten artan kamu baskısı neticesinde TCK’nın 438. madde hükmü, 29 Kasım 1990 tarihli 3679 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır²⁴¹.

ii. Evli-Bekâr Kadın Ayrımına Bağlı Olarak Ceza Artırımı

Eşitlik ilkesine aykırılık sadece TCK’nın 438. madde hükmüyle sınırlı değildi. Bunun haricinde, 765 sayılı mülga TCK’nın 429. maddesindeki şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kız ve kadın kaçırma şeklinde hürriyeti tahdit suçundan ayrı olarak düzenlenen hüküm örnek gösterilebilir. İlgili hüküm gereğince, kaçırılan kadının evli olması hali cezayı ağırlaştıran bir neden olarak görülmekte ve böylelikle evli kadın-evli olmayan kadın ayrımına gidilmekteydi²⁴². Bu düzenleme, korunan

²³⁹ Anayasa Mahkemesinin 12.01.1989 tarihli 1988/4 E. 1989/3 K. sayılı Kararı. Bkz.: RG 10.01.1990 20398

²⁴⁰ Gül Erdem, **a.g.m.**, s. 36.

²⁴¹ Sancar, **a.g.e.**, s. 156.

²⁴² 765 sayılı TCK 429. Madde: “(1) Her kim cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla reşit olan veya reşit kılınan bir kadını kaçırsın veya bir yerde alıkoyarsa üç seneden on seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Kaçırılan kadın evli ise ağır hapis cezası yedi seneden aşağı olamaz.”; Nur Centel, “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın”, **Polis Dergisi**, S: 45, 2005, <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf>, s. 6, 7.

hukuki değerin kadının cinsel özgürlüğü değil, ailenin ve kocanın şerefi olarak kabul eden bir zihniyetin ürünüydü²⁴³.

iii. Bakire Olan-Olmayan Kadın Ayrımı

Yine eşitlik ilkesine aykırı olması bakımından, TCK'nın 423. maddesinde düzenlenen “(1) Her kim onbeş yaşını dolduran bir kızı alacağım diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki seneye kadar hapsolunur. (2) Evlenme vukuu halinde dava ve ceza tecil olunur. Şu kadarki beş sene içinde koca aleyhine boşanmaya hükmolunursa hukuku amme davası avdet eder ve evvelce ceza hükmolunmuşsa çektirilir.” şeklindeki evlenme vaadi ile kızlık bozma suçu diğer bir çarpıcı örnektir²⁴⁴. Cinsel özgürlüğün salt bakire olma esasına dayalı olarak korunmaya altına alındığı bu hükümle de kadınlar arasında bakire olan ve olmayan ayrımı yapılmak suretiyle ayrımcılık yapılmaktaydı²⁴⁵.

iv. Eşitliğe Aykırı Düzenlemelere Kaynaklık Yapan Düşünce

Bu noktada 423. maddenin ikinci fıkrasına yer vermemizin bir sonucu olarak tecavüzcüyle evlenme meselesine de değinilmesinde fayda vardır. Zira cinsel amaçlı suçlarda evlenmenin etkisine bir sonuç bağlamaya çalışan anlayış, aynı zamanda kadın-erkek arasındaki eşitlik ilkesine aykırı uygulamalara kaynaklık etmektedir. 423. maddenin ikinci fıkrasında “kızlığı bozan” fail ile mağdurun evlenmesi halinde davanın ve cezanın erteleneceği kabul edilmekteydi. Yine benzeri bir şekilde 765 sayılı TCK'nın 434. maddesinde, kaçırma-alıkoyma, ırza geçme, ırza tasaddi suçlarında birden fazla fail bulunması ve bunlardan birinin mağdur kadın ile

²⁴³Handan Yokuş Sevrük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kadınlara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (26 Mayıs 2010-4 Haziran 2010), C: II**, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul, On İki Levha, 2013, s. 2254.

²⁴⁴ Yargıtay’da uygulamasında bu suç ile korunanın kızlı zarı olduğunu vurgulayarak, suçun oluşabilmesi için kızlık zararının bozulmasını unsur olarak kabul etmiştir. Böylelikle bakire olan ve olmayan kadın arasındaki onur kırıcı ayrımı kendince gerekçelendirmeye çalışmıştır. “TCK’nun 423. Maddesindeki suç kalıbına göre, suç failinin cinsel ilişkisiyle tamamlanmamakta, failin bu hareketi dışında, ayrıca kızlığın da bozulması gerekmektedir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.12.1992 tarihli ve 1992/5-317 E. 1992/349 K. sayılı Kararı. Aktaran Adem Sözüer/Abdullah Batuhan Baytaş/Tuba Kelep Pekmez, “Türk Ceza Hukukunda Kadın ve Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddetin 6284 sayılı Kanun Bağlamında Değerlendirmesi”, **2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Kadına Yönelik Şiddet Ve Ayrımcılık**, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul, 2014, s. 259. dn. 12.

²⁴⁵ Yokuş Sevrük, **a.g.m.**, s. 2255.

evlenmesi halinde koca hakkındaki dava ve cezanın çektirilmesinin ertelenmesi, suça katılan diğ er kişiler hakkında ise dava ve cezanın düşmesi  ng r lmekteydi²⁴⁶. Bu düzenlemeler kadını bir birey olarak görmeyip kadını kolektifin bir parçası olarak gören anlayışın yansımalarıdır²⁴⁷. Yani bu düzenleme, evli kadın ile evli olmayan kadın arasındaki ayırım g zet en bir anlayışın sonucudur²⁴⁸. Bu anlayışa göre ise, cinsel suçun mağduru olan kadın artık “kirlenmiştir”, ancak evlenmeyle birlikte “bu kir” temizlenecektir²⁴⁹. Nitekim Yargıtay kararlarında da “namusu ihlal edilen kız veya kadına bu suretle en büyük telafi sebebi sağlanacağı” ifade edilerek aynı yaklaşım ortaya konulmuřtur²⁵⁰. Madde birden çok kez Anayasa Mahkemesinin önüne gitmiş ise de 5237 sayılı Kanun yürürlüğe giren kadar uygulaması devam etmiřtir²⁵¹.

Bu düzenlemelerle aynı anlayışı taşıyan ve doğal olarak kadın erkek arasındaki eşitliğin zedelenmesine yol açan diğ er düzenlemeler ise, TCK’nın 475. ve 453. maddeleridir. 475. maddede terk fiilinin “namusunu kurtarmak” için gayri meşru bir ocuk aleyhine işlenmiş olması cezada indirim nedeni kabul edilerek hem “kadının namusunu koruma işi”, üstelik çocuğun yaşam hakkı gözden çıkartılarak,

²⁴⁶ Yokuş Sevik, **a.g.m.**, s. 2255.; Söz konusu düzenleme kaynaklığını Zanardelli Kanununun 352. maddesinden almaktadır Sancar, **a.g.e.**, s. 136.; Zanardelli Kanununda ilgili hüküm “ nce aralarında cürüm vuku bulan ve sonra en kutsal bağ ile birleşen iki şahsı, cezai takibattan dolayı birbirlerinden ayırmamak haklı ve adalete muvafıktır. Diğ er taraftan cezai muafiyet bahşedilmek suretiyle, namusu ihlal edilen bir kadına en büyük telafi sebebi olacak evlenmenin kolaylaştırılması gayet ihtiyatlı bir tedbirdir.” şeklinde gerekçelendirilmiştir. Memduh Tekelioğlu, “Hukukumuzda Kadın”, **Hukukta Kadın Sempozyumu**, 2.bs., Ankara, 2000, s. 183-184.

²⁴⁷ Sancar, **a.g.e.**, s. 132.

²⁴⁸ Yokuş Sevik, **a.g.m.**, s. 2255.

²⁴⁹ Sancar, **a.g.e.**, s. 133.

²⁵⁰ “...Mahaza maznunu mağdure ile evlenmeye teşvik düşüncesine ve evlenme vuku bularak namusu ihlal edilen kız veya kadına bu suretle en büyük telafi sebebi sağlandıktan sonra kurulmuş olan ailenin huzur ve s k nunu ihlal etmemek ve ceza takibatı dolayısıyle bunları birbirinden ayırmamak gibi maksatlara dayanan bu hüküm...” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Ceza Genel Kurulunun 20.05.1957 tarihli ve 1954/23 E. 1957/15 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/yargitay-ictihatları-birlestirme-ceza-genel-kurulu-e-1954-23-k-1957-15-t-20-05-1957>; Benzeri yönde diğ er kararlar için bkz: Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 16.12.1981 tarihli ve 3315/3798 E. ve K. sayılı kararı, Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 28.04.1994 tarihli ve 1994/1140 E. 1994/1515 K. sayılı kararı. Aktaran Sancar, **a.g.e.**, s. 134, 135.

²⁵¹ Anayasa Mahkemesinin önüne 434. madde h k m  1973, 1996, 1997 ve 2004 yılları olmak üzere toplam 4 kez gelmiştir. Bunlardan ilk   nde Mahkeme itiraz konusu kuralın, bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı olmamasını gerekçe göstererek incelem den ret kararı vermiştir. 2004 yılındaki kararda ise, sadece 434. maddenin bir kısmı bakımından iptal kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesinin 25.03.2004 tarihli ve 2001/478 E. 2004/38 K. sayılı kararı. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz: Sancar, **a.g.e.**, s. 138-141.

erkeğe bahşedilmekte hem de evlilik birliği içinde ve dışında doğan çocuk arasında bir ayrıma gidilmekteydi²⁵². Yine 453. maddede düzenlenen “öldürme fiilinin anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmesi” halini öldürme fiilinden daha az cezaya tabi tutan hükümde bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

v. Klasik Para Cezası Sistemi

Para cezasının belirlenmesinde klasik ve gün para cezası olmak üzere iki sistem bulunmaktadır. Klasik sisteminin ise üç şekilde görünümü vardır: Birincisi, sabit bir miktarın belirtilmesi; ikincisi alt ve üst sınırı belirlenmiş para cezasının belirlenmesi ve nihai olarak suçtan kaynaklanan zararın veya suçtan elde edilen menfaatin kendisi ya da katları kadar para cezası öngörülmesi. Sonuncu usul aynı zamanda nispi para cezası olarak adlandırılmaktadır²⁵³. İşte 765 sayılı mülga TCK sistematüğinde klasik para cezası sisteminin benimsenmiş olması²⁵⁴, eşitlik ilkesi ve dolayısıyla hümanizm ilkesine aykırı uygulamalarının ortaya çıkmasına neden olmaktaydı. Daha açık bir ifadeyle meseleyi ortaya koymamız gerekirse, eşitlik ilkesinin iki boyutu mevcuttur. Buna göre eşitlik tek başına herkese aynı uygulamanın yapılması değildir, aynı zamanda değişik statüde olanlara adaleti sağlama gayesiyle farklı davranılmasına imkân tanıyan uygulamaların gerçekleştirilmesini de kapsar. Klasik para cezası sistemi de işte tam bu bağlamda eşitlik ilkesinin ihlaline neden olan bir nitelikteydi. Gerçekten de özellikle sabit bir para cezasının olduğu ya da nispi para cezasının olduğu usullerde ödeme gücü çok olan ile az olan arasında eşitsizliğe sebep olan uygulamalar ortaya çıkmaktaydı. Zira klasik para cezası sistemi, cezaların ekonomik duruma göre bireyselleştirilmesine

²⁵² 765 sayılı TCK’nın 475. maddesi: “Yukarıdaki maddelerde gösterilen terk fiilleri kendisinin veya karısının veya anasının veya evlat ve ahfadının veya kız kardeşinin namusunu kurtarmak için doğumdan henüz beş gün geçmemiş gayri meşru bir çocuk aleyhine işlenmiş olursa fail hakkında mezkûr maddelerde yazılı cezalar altıda birden üçte bire kadar indirilir.”

²⁵³ Artuk/Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 853-854.

²⁵⁴ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 803.

imkân tanımayan bir nitelik arz ediyor; sistemin enflasyon sebebiyle sorunlu hale geldiği durumlarda ise, mesele iyice işin içinden çıkılmaz bir hal alıyordu²⁵⁵.

(3). Dönemin Diğer Kanunlarından Eşitlik İlkesine Aykırı Örnekler

Eşitlik ilkesine aykırı uygulamalara ilişkin hükümler sadece ceza kanunuyla sınırlı değildi. 788 sayılı Memurin Kanununun 6. maddesinde yer alan “*Kadınların memur ve müstahdem olmaları caizdir. Ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilecekleri her vekaletin memurlarına ait kanunlarda tespit olunur.*” şeklindeki hüküm²⁵⁶ ya da 6831 sayılı Orman Kanunun 108. maddesinde yer alan “*Kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılan canlı ve cansız bütün nakil vasıtaları kime ait olursa olsun idarece zapt ve mahkemelerce müsaderesine hükmolunur. Ancak, çiftçi köylü olup köyde sakin bulunduğu ve ziraat işlerinde kullanılan ve kendilerine ait bulunan vasıtalarla bizzat nakliyat yaptığı anlaşılınların (At, kısarak, katır, merkep, Öküz, inek, manda) ile kağı, araba ve koşumları hakkında müsadere hükmü tatbik olunmaz.*” şeklindeki hüküm²⁵⁷ en basitinden örnek olarak gösterilebilir. Dolayısıyla hukukun geneline yayılmış eşitlik ilkesine aykırı düzenlemelerin varlığından söz etmek yanlış olmaz. Bilhassa yukarıda detaylı olarak ortaya koyduğumuz üzere eşitlik ilkesine aykırılık, kadına ilişkin düzenlemelerde daha net bir şekilde ortaya çıkmaktaydı.

²⁵⁵ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.617.; Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 1200.

²⁵⁶ Eşitlik ilkesi bağlamında anayasaya aykırılığı ileri sürülerek söz konusu hüküm, 1990 yılında Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Mahkeme kararında, “...ilk bakışta eşitlik prensibine aykırı gibi görünürse de kadınların vücut yapıları ve işlerin niteliği bakımından bazı kamu hizmetlerine alınmamaları, bu prensibi zedeliyecek nitelikte değildir. Kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi gerektiğinden kadınların vücut yapılarının elverişli olmadığı hizmetlerin her vekaletin memurlarına ait kanunlarda gösterilmesinin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmadığına” yönelik karar vererek maddeyi iptal etmemiştir. Anayasa Mahkemesinin 25.10.1963 tarihli ve 1963/148 E. 1963/256 K. sayılı Kararı Aktaran Gül Erdem, **a.g.m.**, s. 35.

²⁵⁷ İlgili hüküm zümreler arasında eşitlik ilkesine aykırı durum yaratıyor gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında, “köyde oturan çiftçileri zoralımdan başışık tutan ve onlara bir ek para cezası verilmesiyle yetinilmesi öngörülen hüküm, köylerde oturan çiftçileri ceza bakımından belediye sınırları içinde oturanlarınkine eşit olmayan haklardan yararlanır, imtiyazlı bir zümre durumuna getirmektedir...” demek suretiyle söz konusu hükmün kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olmadığı gerekçesiyle iptal edilmesine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin 19.04.1966 tarihli ve 1966/1 E. 1966/21 K. sayılı kararı, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/e-1966-1-k-1966-21-t-19-4-1966>

b. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

(1). Eşitlik İlkesinin Açık Düzenlemesi: Ceza Kanunu 3. Madde

5237 sayılı Kanunun “Adalet Önünde Eşitlik İlkesi” başlıklı 3. maddesinin ikinci fıkrasında, *“Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.”* denilmek suretiyle eşitlik ilkesi düzenleme altına alınmıştır²⁵⁸. Söz konusu maddenin mülga kanunda karşılığı yoktur²⁵⁹. Zaten mülga kanunda söz konusu maddeye yer verilmemesinin sonuçlarını yukarıda detaylı olarak ifade etmiştik. Ancak esasında gerek anayasalarımızda gerek uluslararası mevzuatta eşitlik ilkesi düzenleme altına alınmıştı. Dolayısıyla mülga kanun dönemindeki eşitlik ilkesine taban tabana zıt düzenleme ve uygulamaların nedeni, ceza kanununda açık bir şekilde eşitlik ilkesine yer verilmemiş olması değildi. Bu şekildeki düzenleme ve uygulamaların altında yatan sebep, değişmeyi ret eden bir zihniyetti. Tıpkı idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdası konusunda anayasada yer alan açık yasaklamaya rağmen, aykırı düzenleme yapma yoluna giden ya da kıyas yasak olmasına rağmen genişletici yorum altında kıyas yapan zihniyet gibi. İşte bu gerekliliği dikkate alan reform, ceza kanunun 3. maddesinin ikinci fıkrasında açık bir şekilde eşitlik ilkesine yer vererek malumun ilamını yapmıştır²⁶⁰.

Nitekim gerekçede de, *“Geçmişte ve günümüzde, insanın ırk, din, düşünce veya cinsiyeti nedeniyle uğradığı haksız muamelelerin önlenmesi, insanlık camiasının temel uğraşlarından. Ceza hukuku araçlarıyla yapılan ayrımcılık ise*

²⁵⁸ Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, s. 171.

²⁵⁹ İzzet Özgenç, **Gerekçeli Türk Ceza Kanunu**, s. 36.; Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, s. 170.

²⁶⁰ Böyle bir anayasal ilkeye kanunda yer verilmesinin gereksiz olduğunu belirtenlerde bulunmaktadır. Bkz: Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 46, 47. Ancak ifade ettiğimiz üzere, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağının ya da genişletici yorum adı altında kıyasın yasak olduğunun açıkça kanunda ifade edilmesi nasıl gerekliyse bu şekildeki eşitlik ilkesinin de ifadesi edilmesi sorunların çözümü bakımından bir o kadar elzemdir.

insana yönelik yapılan en zalimane uygulamalardan biridir. Özellikle totaliter rejimlerdeki ayrımcılığın ortaya çıkardığı felaketler insanlık tarihinde unutulamayacak acı izler bırakmıştır. İşte bu nedenlerdir ki insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelerde ve Anayasamızda ifade edilen eşitlik ilkesine yer verilerek, ceza kanununun insancıl niteliği sahip olduğuna da işaret edilmektedir. Ceza Kanunlarının düzenlenmesinde ve uygulamasında bireyler arasında herhangi bir sebeple ayırım yapılmamasının ifade edilmesi, aynı zamanda hukuk devletinin özünü oluşturan insan onurunun korunmasının ceza kanununda da temel değer olarak benimsenmesi anlamına gelmektedir.” denilmek suretiyle ceza hukuku yoluyla eşitlik ilkesine aykırı düzenleme ve uygulamaların yapılamayacağı ayrıca vurgulanmıştır.

Bununla birlikte, mutlak eşitlik her durumda adalete ulaşmayı sağlamaz²⁶¹. Bazı durumlarda, yani aynı statüde değerlendirilemeyecek durumda olan kişi ve topluluklara karşı farklı yönde bir değerlendirme yapılması eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelmez²⁶². Nitekim 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle 10. maddeye, “Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.” şeklindeki yapılan eklemeye bu durum ortaya konulmuştur²⁶³.

²⁶¹ Mahmutoglu/Karadeniz, **a.g.e.**, s. 36.

²⁶² “...Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.” Anayasa Mahkemesinin 17.03.2011 tarihli ve 2009/47 E. 2011/51 K. sayılı kararı.

²⁶³ 2010 Anayasa değişikliğiyle 10. maddede yer alan “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yasama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” şeklindeki hükme “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” cümlesi de eklenmiştir. Ancak söz konusu hüküm, “kadının konumunu, korumaya muhtaç kesimle yan yana getiren anlayış büyük sakıncalar içermekte ve derhal değiştirilmesi ve düzeltilmesi gereken bir sorun alanı oluşturulmaktadır.” denilmek suretiyle eleştirilmektedir. Bkz.: Sema Kendirci Uğurman, “Hukuki Eşitsizliklere Karşı Mücadele ve Kazanımlar”, **2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali-Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık**, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul, 2014, s. 5. Metnimiz ana gövdesinde 10. maddeye ilişkin söz konusu değişikliğe yer vermemizde bu görüş etkili olsa da, kanaatimizce bu hükümle amaçlanan, kadını muhtaç konumda olan kesimle bir arada göstermek değil, geçmişteki kötü deneyim dikkate alınarak bu konuda gösterilmesi gereken hassasiyetin ayrıca vurgulanması gerekliliğidir.

(2). Düzenlemelerle 5237 Sayılı Kanunu’nun Yaklaşımının Ortaya Konulması

i. Eşitlik İlkesi Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nun Kadına Yaklaşımı

765 sayılı mülga TCK dönemindeki eşitlik ilkesine aykırılıkları, çarpıcı örnekler olması dolayısıyla mülga kanundaki kadına yaklaşımı gösteren düzenlemeler üzerinden ortaya koymuştuk. Reformun ceza kanununa getirdiği eşitlik ilkesinin en önemli etkileri doğal olarak bu alanda olmuştur. Reformun felsefesine bağlı olarak 5237 sayılı Kanunda, geçmişteki sorunlu düzenlemelere yer verilmemiştir. Gerçekten, mülga Kanundaki, başta cinsel suçların topluma karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi, ırza geçme suçunda evlenmenin erteleme ve düşme nedeni olarak düzenlenmesi, evli kadın-bekâr kadın ayrımı, bakire olan – olmayan kadın ayrımı, karı-koca arasında kötü muamelenin şikâyeteye bağlı olması, gayri meşru bir çocuğa terk suçu işlenmesinin cezayı indiren bir sebep olarak düzenlenmesi gibi kadın erkek eşitliğini hiçe sayan düzenlemeler terk edilmiştir²⁶⁴. Bununla birlikte, mülga kanundaki kadın-erkek eşitsizliğine yönelik düzenlemelerin kaldırılmasının yanında, kadını korumaya yönelik birtakım düzenlemelerde getirilmiştir. Bu bağlamda kanunun, cinsel özgürlüğü bireye ait bir hak olarak görerek, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçları “genel ahlak ve aile düzeni” kategorisinden çıkarıp “kişilere karşı suçlar” arasında düzenlemesi vurgulamamız gereken önemli bir değişikliktir²⁶⁵. Zira kadın-erkek eşitliğine aykırı düzenlemelerin altında yatan yaklaşımın en önemli sebebini geçmişteki geleneksel bakışa ait bu mantalite oluşturuyordu. Kanun ayrıca, adam öldürme suçunun mağdurunun gebe olmasını, eş olmasını ya da “töre” saikiyle işlenmesini (m. 82), kasten yaralama suçunun eşe ya da gebe bir kadına işlenmesini, taksirle yaralama suçunun gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğması ya da çocuğun düşmesine neden olmasını (m. 89/2-f; 89/3-e), işkencenin gebe kadına karşı

²⁶⁴Sözüer/ Baytaz/Kelep Pekmez, “Türk Ceza Hukukunda Kadın ve Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddetin 6284 Sayılı Kanun Bağlamında Değerlendirilmesi”, s. 256.

²⁶⁵ Sancar, **a.g.e.**, s. 193.

işlenmesini (m. 94), eziyet suçunun gebe veya eşe karşı işlenmesini birer ceza artırım nedeni olarak öngörmüştür²⁶⁶.

Reformun kadın konusundaki getirdiği bu anlayış değişimi, sadece ceza kanunuyla sınırlı olmamış hukukun tüm alanlarına sirayet etmiş ve bu konuda her daim ileriye gidilmeye çalışılmıştır. Nitekim TBMM bünyesinde kadın erkek fırsat eşitliğini sağlamak üzere kurulan Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu ve Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu²⁶⁷, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadele Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi diğer adıyla İstanbul Sözleşmesi²⁶⁸ ya da 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun²⁶⁹ ileriye gidişin birer örnekleridir.

ii. Türk Ceza Kanunu 122. Madde Düzenlemesi: Ayrımcılık Yasağı

Genel hükümlerde düzenlenen eşitlik ilkesinin özel hükümlerde başka yansımaları da olmuştur. Bu bağlamda değinilmesi gereken diğer bir husus, kanunun 122. madde düzenlemesidir. 2014 yılına kadar “Ayrımcılık” başlığını taşıyan hüküm uyarınca, *“Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak; a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan, b) Besin maddelerini vermeyen ve kamuya arz edilmiş bir hizmeti*

²⁶⁶ Sancar, **a.g.e.**, s. 192, 193.; Handan Yokuş Sevük, **a.g.m.**, s. 2265.

²⁶⁷ 5840 sayılı Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu’nun “Amaç” başlıklı 1. Maddesi: *“Bu Kanunun amacı, kadın haklarının korunması ve geliştirilmesi, kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik olarak ülkemizde ve uluslararası alandaki gelişmeleri izlemek, bu gelişmeler konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisini bilgilendirmek, kendisine esas veya tali olarak havale edilen işleri görüşmek, istenildiğinde Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan kanun teklifleri ile olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında ihtisas komisyonlarına görüş sunmak üzere Türkiye Büyük Millet Meclisinde Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonunun kuruluş, görev, yetki, çalışma usul ve esaslarını düzenlemektir.”*

²⁶⁸ İstanbul Sözleşmesinin “Sözleşmenin Maksatları” başlıklı 1. maddesi: *“Bu sözleşmenin maksatları şunlardır: ...b) kadına karşı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve kadınları güçlendirmek de dahil olmak üzere, kadınlarla erkekler arasında önemli ölçüde eşitliği yaygınlaştırmak”* şeklindedir.

²⁶⁹ 6284 sayılı Kanunun “Amaç, kapsam ve temel ilkeler” başlıklı 1. maddesinde bu kanunun amacının; şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemek” olduğu ifade edilmektedir.

yapmaya reddeden, c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.” denilmek suretiyle, ayrımcılık yasağı tanımlanmıştır. Mülga kanunda karşılığı olmayan hüküm, 1982 Anayasasının 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine uygun olarak, kişilerin ayrımcı sebepler gösterilerek hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesini yasaklamaktadır. Böylelikle anayasada ve ceza kanununda genel bir kural olarak kabul edilen eşitlik ilkesine aykırı keyfi davranışlar cezalandırma altına alınmıştır.

Madde de yer alan “ve benzeri sebeplerle” şeklindeki ifadenin ucu açık bir düzenlemeye neden olduğu ve dolayısıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu belirtilmekteydi²⁷⁰. Gerçekten de söz konusu düzenleme, 2014’e kadar olan mevcut haliyle cezalandırmanın kapsamını sınırsız bir şekilde genişletmeye imkân tanıyacak biçimdeydi. Maddenin bu şekliyle Anayasa Mahkemesinin önüne gitme fırsatı olmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi maddenin birebir alındığı, yani kaynaklığını yapan Anayasanın 10. maddesi hakkında 1986 tarihinde verdiği kararında “ve benzeri sebeplerle” ifadesi bakımından bir sıkıntı görmemiştir²⁷¹. 2014 yılı ile yapılan değişiklikte madde metni farklı bir karaktere bürünmüştür. Başlığı “nefret ve ayrımcılık” şeklinde değiştirilen maddenin metni ise, “*Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; a) Bir kişiye kamu arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, c) Bir kişinin işe alınmasını, d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde revize edilmiştir. Saymanın

²⁷⁰Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C: 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 510.; Diğer görüşte olanlar her ne kadar ceza hukuku alanında suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından ucu açık bir düzenleme yerinde olmamış olsa da, toplumsal yaşamda ortaya çıkan kimlik ve özelliklerin kazuistik bir şekilde sayılmasının da mümkün olmadığını ve aynı zamanda gerek uluslararası hukuktaki standartların gerekse Anayasasının 10. maddesinin ayrımcılık yasağı ile ilgili ucu açık düzenleme yapılmasının mümkün kıldığını ifade etmektedirler. Ulaş Karan, “Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”, **TBB Dergisi**, S: 73, 2007, s. 163.

²⁷¹“...eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. Benzeri sebeplerle de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır.” Anayasa Mahkemesinin 04.11.1986 tarihli ve E. 1986/11, K. 1986/26 sayılı kararı.

sınırlı tutulması suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından olumlu bir gelişme olsa da getirilen düzenlemenin maddenin karakterini bozduğu yönünde eleştiriler bulunmaktadır²⁷². Gerçekten de 2014 yılında madde de değişiklik yapan 6529 sayılı Kanunun gerekçesinde: “Nefret suçlarında hedef mağdurdan öte mağdurun üyesi olduğu sosyal gruptur. Fail için ise ön yargı, açık veya örtülü şekilde suçun işlenme motivasyonunu oluşturmaktadır. Ayrımcılık temelli olması nedeniyle nefret suçu, fail ve mağdur ile birlikte tüm toplumu yakından etkilemektedir. Bu kapsamda Türk Ceza Adalet Sistemine daha uygun olacak şekilde TCK’da, ayrımcılık suçuyla birlikte nefret suçu da düzenlenmektedir.” denilmek suretiyle nefret suçunun da düzenlediği vurgulansa da Yargıtay verdiği bir kararında aynı görüşte olmamıştır. Yargıtay kararında Avrupa Güvenlik İşbirliği ve Teşkilatının nefret suçuna ilişkin tanımına yer verdikten sonra, TCK’da bu anlamda bir nefret suçu düzenlemesi olmadığını “TCK’nın 122. maddesinin sadece nefret saiki ile işlenen ayrımcılık eylemlerini suç olarak düzenlendiğini” ifade etmek suretiyle ortaya koymuştur²⁷³.

iii. Gün Para Cezası Sisteminin Kabulü

Eşitlik ilkesiyle bağlantılı diğer bir mevzunun adli para cezası olduğunu ve 765 sayılı mülga Kanunda benimsenen klasik para cezası sisteminin eşitsizliğe neden olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Bu bağlamda 5237 sayılı Kanunda, klasik para

²⁷² TCK 122 Hayal Kırıklığı: Nefret Suçu Kâğıt Üstünde Kaldı, Agos Gazetesi, Röportajda Ulaş Karan, madde hakkında: “Maddede 2014’te yapılan düzenleme, var olan bir suçu, yani ayrımcılık suçunu nefret suçu haline getirdi. Nefret suçu haline getirdiği andan itibaren de nefret saikiyle işlendiğinin ispat edilmesi gerekiyor. Birine zarar verirken zarar vermenin sebebi kişinin kimliğiyle ilgiliyse bu nefret suçudur. Yani nefret duysan da duymasan da suç vardır. Ama 122. maddeye ‘nefret’ tanımı konulduğunda, bu bir nefret suçu olmaktan çıktı. Nefretle işlenebilen bir suç oldu. Tanım daraldı. Bu haliyle ‘işlenemez bir suç’ oldu.” Yani bu maddeye göre nefret yoksa, ortada ayrımcılık suçu da yok. “ ifadelerini kullanmaktadır. Bununla birlikte 2014’ten itibaren açılan davalarda tek bir mahkûmiyet kararının bile verilmediğini eklemektedir. <http://www.agos.com.tr/tr/yazi/17260/tck-122-hayal-kirikligi-nefret-sucu-kagit-ustunde-kaldi>

²⁷³ Bu bağlamda Yargıtay, “TCK 122. maddesinde ırk, devlet, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefrete dayalı ayrımcılığı suç saymıştır. Yasa koyucu burada açık bir şekilde on koruma grubu belirlemiş ve bu on koruma grubuna yönelik seçimlik ve bağlı hareketleri suç olarak düzenlenmiştir. Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi gereği bu on koruma grubu dışındaki bir gruba nefret saikiyle de olsa ayrımcılık yapılması durumunda veya bu on koruma grubuna karşı maddede belirtilen dört farklı seçimlik hareket dışında bir eylemle ayrımcılık yapılması halinde de ayrımcılık suçu oluşmayacaktır.” şeklinde tespiti de yer vermektedir. Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 30.03.2016 tarihli ve 2015/26353 E. 2016/6373 K. sayılı kararı. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/18-ceza-dairesi-e-2015-26353-k-2016-6373-t-30-3-2016>; Konu hakkında haber için bkz: <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/ilk-kez-nefret-suclari-tanimlandi-40265961>

cezası sistemi terk edilerek gün para cezası sistemi kabul edilmiştir. Gün para cezası sistemi çerçevesinde cezanın tayininde geçerli olan ilkelerden hareket edilmek suretiyle suçlunun kaç gün para cezası ödeyeceği belirlenmektedir. Böylelikle para cezasının tespitinde suçlunun ekonomik durumuna göre cezalanın bireyselleştirilmesi sağlanmaktadır²⁷⁴. Kişinin ödeme gücüne göre belirlenmemiş bu sistem, geçmişte klasik para cezası sisteminin yarattığı zengin ve fakir arasındaki eşitsizlik sorununu ortadan kaldırmıştır²⁷⁵. Artık para cezası faile yıkıma götürecek bir araç olarak değil, suçlunun durumuna göre ıslah için yeterli ölçüde uygulanacak bir cezalandırma metodu olarak kullanılmaktadır.

Ancak reformun getirdiği gün para cezası sistemine aykırı olarak, klasik para cezasının bir usulü olan nispi para cezasına ilişkin düzenlemelere mevzuatta yer vermeye devam edilmektedir. Bu bağlamda, dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği Türk Ceza Kanunu’nun 158. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan, “...*ancak, (e), (f), (j), (k) ve (l) bentlerinde sayılan hallerde hapis cezasının alt sınırı dört yıldan, adli para cezasının miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olmaz*”; Bankacılık zimmeti suçunun düzenlendiği 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan, “...*ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz...*”; çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme fiilinin suç olarak düzenlendiği 5941 sayılı Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, “...*Ancak, hükmedilecek adli para cezası; çek bedelinin karşılıksız kalan miktarı, (...) az olamaz...*” şeklindeki hükümler, nispi para cezasının sürdürülmeye devam ettiğine yönelik önemli örneklerdir²⁷⁶.

²⁷⁴ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 617.

²⁷⁵ Sözüer, “Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 269.; 52. maddenin gerekçesinde de bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “...*suç işleyen kişinin ekonomik durumu dikkate alınmadan hükmolunan para cezası, eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurmaktadır...Gün para cezası sisteminin temel amacı, para cezasının kişinin ödeme gücüne göre belirlenmesi yoluyla, suç işleyen zengin ile fakir arasındaki eşitsizliği gidermektir...*”

²⁷⁶ Selman Dursun, ‘Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomi Ceza Hukukuna Etkileri’, **Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, Cilt: 2**, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 2248; Özgenç, **Çek Kanunu**, s. 88.

iv. Eşitlik İlkesi Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Diğer Düzenlemeler

Hatırlanacağı üzere, eşitliğin sadece mutlak olarak anlaşılmaması gerektiğini, bir grup veya gruplar hakkında getirilecek ekstra düzenlemelerle diğer gruplardan farklı düzenlemeler yapma yoluna gidilebileceğini ve bununda eşitlik ilkesini zedelediğini ifade etmiştik. Bu bağlamda yasa koyucuda geçmişteki kötü deneyimi dikkate alarak bazı gruplar hakkında meseleye hassasiyetli yaklaşarak ekstra korumalar getirmiştir. Gerçekten de 2010 yılında Anayasa tarafından ayrıca düzenleme altına alınan hükümden beş sene önce, ceza kanunu eşitliği sağlamak için yaptığı pozitif ayrımcılıkla çocuklar, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiler bakımından da gerekli düzenlemeleri getirmiştir.

Nitekim Türk Ceza Hukuku Reformu kapsamında çocuk adalet sisteminde getirilen büyük yeniliklerde bu yaklaşımın bir parçasıydı. Gerçekten de reform kapsamında, geçmişteki gayri meşru çocuğun terkinini ceza indirim nedeni olarak görerek çocuklar arasında dahi ayrıma giden yasalar yerini, çocuğun yüksek yararı ilkesini gözeten yasalara bırakmıştır. Suç işleyen çocuklar diğer kesimlerden farklı olarak suça sürüklenen çocuk şeklinde özel statüye tabi kılınmıştır. Çocukların suçun mağduru olması halleri artık bir ceza indirim nedeni değil, cezaların artırım nedeni olarak kabul edilmiştir. Örneğin, işkence suçunun mağdurunun çocuk olması (m. 97/2), kasten öldürme suçunun mağdurunun çocuk olması (m. 85/1-c), çocukların intihara teşvik edilmesi (m. 87/4), kasten yaralama suçunun mağdurunun çocuk olması (m. 89/2-b), eziyet suçunun mağdurunun çocuk olması (m. 99/2-a), çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlanması (m. 229/2), hürriyetten yoksun kılma suçunun mağdurunun çocuk olması (m. 111), azmettirmenin alt soya karşı yapılmış olması hali (m. 38) birer ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. Yine çocuğa verilen özel önlemin bir gereği olarak; yaşı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan kimseyi, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunmasına rağmen terk edenin (m. 100/1) veya koşulları elverişli olmasına rağmen yardım etmeyen ya da durumu derhal yetkili makamlara bildirmeyenin (m. 101/1), çocukları

dilencilikte araç olarak kullananların (m. 230) fiilleri yaptırım altına alınmıştır. Yine cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bağlamında, çocuklara ilişkin hassasiyet dikkate alınarak çocukların cinsel istismarı ayrı bir suç olarak düzenleme altına alınmıştır (m. 103).

c. Değerlendirme

Sonuç olarak 2005 yılında ceza hukuku alanında gerçekleştirilen reform, ceza adalet sisteminin pek çok alanında olduğu gibi, eşitlik ilkesi kapsamında da önemli yenilikler getirilmiştir. Geçmişteki eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeler, bilhassa kadına yönelik ayrımcılık içeren düzenlemeler, kaldırılmıştır. Bununla birlikte sadece eşitlik ilkesine aykırı düzenlemelerin kaldırılmasıyla yetinilmemiş, aynı zamanda ilkenin temellerinin daha da güçlendirilmesi bakımından yukarıda detayıyla yer verdiğimiz önemli birtakım yenilikler ve güvenceler getirilmiştir²⁷⁷. Bu yenilik ve güvencelerin en önemlisi ise, kanunun tüm hükümlerine eşitlik ilkesinin sirayet etmesini sağlamak gayesiyle genel hükümlere eklenen, 3. maddenin ikinci fıkra düzenlemesidir. Söz konusu düzenleme esasında geçmiş karşısında önemli bir değişimin sembolüdür. Nitekim gerekçede de ifade edildiği üzere, uluslararası belgelerdeki ve anayasadaki eşitlik ilkesine ceza kanununda yer verilmesi suretiyle, ceza kanunlarının düzenlenmesinde ve uygulanmasında bireyler arasında herhangi bir sebeple ayırım yapılamayacağı vurgulanmış ve böylelikle hukuk devletinin özünü oluşturan insan onurunun korunması ceza hukukunda temel değer olarak benimsenmiştir.

²⁷⁷ Sözüer/Baytaş/Kelep Pekmez, **a.g.m.**, s. 261.

SONUÇ

“Suç Politikasının Ana İlkeleri Çerçevesinde Türkiye’de Ceza Hukuku Değişimleri” konulu tezimizde, Türkiye Cumhuriyeti tarihinde belki de ilk defa iktidarından muhalefetine, üniversitelerinden sivil toplum kuruluşuna büyük bir istişare ve uzlaşıyla kabul edilen reformun yasalarından biri olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun getirdiği yeni bir anlayış neticesinde, suç politikasının ana ilkeleri bakımından mülga kanuna nazaran yaşanan değişimler ortaya konulmuştur. Bununla birlikte, 5237 sayılı Kanunla 765 sayılı mülga Kanun arasında bir karşılaştırma yaparken aynı zamanda kanunun bireyi merkeze alan, bireyin maddi ve manevi geliştirme esasına dayanan felsefesi de göz önünde bulundurulmuştur.

Bu çerçevede tezimizin ilk bölümünde öncelikle suç politikası kavramına değinilmiştir. Buna göre tarih boyunca suç politikası, ceza hukukunun toplumu koruma görevini sağlayabilmesi için çeşitli esaslar temelinde değişen bir anlayışla inşa edilmiştir. Çağımızda ise iyi bir suç politikası, maddi adaleti en iyi şekilde gerçekleştirme temeli üzerine bina edilmiştir. Söz konusu amaca ulaşabilmek için çeşitli ilkelerin izlenilmesi gereklidir. İşte suç politikasının ana ilkeleri olarak adlandırdığımız hukuk devleti ilkesi, kusur ilkesi ve hümanizm ilkesi maddi adalet amacına ulaşılabilmesi için takip edilmesi gereken ilkelerdir.

Hukuk devleti ilkesinin ceza hukuku bakımından, şekli ve maddi anlamda olmak üzere iki ayrı boyutu bulunmaktadır. Maddi anlamda hukuk devlet ilkesi, ceza hukukunun içeriğiyle ilgilenir. Buna göre, bir hukuk devletinde ceza hukuku kurallarının özünde insan haysiyeti bulunmaktadır. Şekli anlamda hukuk devleti ilkesi ise, hukukunun bireylere sağladığı güvenceyi konu alır. Bireylere bu güvencenin garantisini oluşturan ve hukuk devleti ilkesini ceza hukuku alanında somutlaştıran prensip ise, suçta ve cezada kanunilik ilkesidir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, güvence fonksiyonu olma hedefini sağlayabilmesi için beş önemli sonucu bulunmaktadır. Bunlar; belirlilik ilkesi, kıyas yasağı, geriye yürüme yasağı, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörme yasağı ve örf ve âdet hukukuna dayalı cezalandırma yasağıdır.

Belirlilik ilkesinin iki yönü bulunmaktadır. Buna göre belirlilik ilkesinin bir yönüne göre, suç teşkil eden fiillerin ve bunlara uygulanacak yaptırımların açık bir şekilde yasa koyucu tarafından tarifi gereklidir. Ancak güvence fonksiyonun sağlanabilmesi için tek başına bu durum yeterli değildir. Aynı zamanda yaptırıma ilişkin alt ve üst sınır arasında makul bir seviyenin bulunması, belirlilik ilkesinin bir başka yönünü oluşturur.

Elbette yasa koyucunun her daim her şeyi en ince ayrıntısıyla düzenlemesi de mümkün değildir. Yani, değişen ve gelişen şartlar dikkate alındığında, mutlaka bir boşluk ortaya çıkacaktır. Diğer bir ifadeyle, yasa metninde kullanılan sözcüklerin her zaman yasa koyucunun iradesindeki anlamı ifade etmesi mümkün olmadığı gibi değişen koşullara bağlı olarak ilk baştaki anlamını yitirmesi de mümkündür. Bu çerçevede yasanın esas fikrinin, yasa koyucunun gerçek iradesinin ve kuralın ne anlama geldiğinin belirlenebilmesi için belirli ölçüde yorum faaliyetine başvurulabilecektir. Ancak bu yorum faaliyetinin var olan bir normdan yola çıkılarak yasa koyucunun iradesini ortaya çıkarmaktan ziyade, kanunda yer almayan bir boşluk halini yeni bir hukuk kaidesi yaratarak doldurma faaliyeti olması yasaktır. İşte bu durum, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin diğer bir sonucu olan kıyas yasağını ifade etmektedir.

Suç sayılan fiillerin ve bu fiiller karşılığında öngörülen yaptırımların kanunla açık bir şekilde tarif edilmesi gerektiğini belirtmiştik. Bu faaliyeti gerçekleştirecek olan yasa koyucudur. Zira suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sağladığı güvence fonksiyonu uyarınca yasa koyucu, suç ve ceza koyma konusunda tekel yetkisine haiz olup aksi kabul kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali anlamına gelecektir. Bu çerçevede, kaynak olarak salt idarenin düzenleyici işlemleriyle, yani kanun dışında, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, karar, tebliğ, sirküler gibi hukuki metinler yoluyla bir fiilin suç olarak belirlenmesi ve bu fiil karşılığında yaptırımların öngörülmesi yasaktır. Bu durum, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin diğer bir sonucu olan idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörmenin yasak olmasının bir gerekliliğidir.

Ceza hukukunun hukuk devleti ilkesiyle olan bağıını perçinleyen diğer bir kaide, geriye yürüme yasağıdır. Buna göre, fiilin işlendiği zaman ceza

kanunlarındaki durum esastır. Dolayısıyla, başta cezalandırılmayan bir fiilin sonradan geçmişe yürürlü cezalandırılabilir kılınması mümkün olmadığı gibi; işlendiği zamana göre cezalandırılabilir olan bir fiil içinde, öncekinden daha ağır bir yaptırım getiren kanunun geçmişe yürürlü olarak uygulanması mümkün değildir. Yeter ki lehe bir durum söz konusu olmasın. Zira geriye yürüme yasağı, bireyi koruyucu bir kural olup uygulaması sadece failin aleyhine sonuç doğuran durumlarla sınırlıdır.

Nihai olarak suçta ve cezada kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunun bir sonucu olarak suç ve ceza, ancak kanunla konulabilir. Dolayısıyla örf ve âdet hukukuna dayalı olarak suç yaratılması, mevcut bir suçun yürürlükten kaldırılması ya da yasada suçun karşılığı olarak öngörülen cezadan farklı bir cezanın verilmesi mümkün değildir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin uygulamacıya hitap eden bir sonucu olan bu durum, örf ve âdet hukukuna dayalı cezalandırma yasağı olarak ifade edilmektedir. Ancak örf ve âdetin ceza hukuku alanında dolaylı bir şekilde sınırlı uygulaması vardır. Gerçekten de örf ve âdet, ceza normunun yorumlanarak kelimelerin anlamlarının ortaya çıkarılmasında rol oynadığı gibi; örf ve âdeti doğrudan kaynak kabul eden bir hukuk dalına atıf yapıldığında dolaylı bir şekilde ceza hukukuna kaynaklık yapabilmektedir.

Kusur ilkesi, maddi adalet amacının gerçekleşebilmesi için izlenilmesi gereken diğer bir ilkedir. Kusur ilkesi de tıpkı suçta ve cezada kanunilik ilkesinde olduğu gibi bir gelişim süreci yaşamış olup geçmişteki hukuka aykırı durumda bulunan kişi, davranış neticesinde ortaya çıkan her sonuçtan sorumlu olur anlayışından bugünlere kadar gelmiştir. Çağımızda kusur, gerçekleştirdiği kasıtlı veya taksirli bir haksızlık teşkil eden fiili dolayısıyla kişinin kınanması gerektiği konusundaki yargıyı ifade eden bir kavramdır. Buradan kusur ilkesinden, “kusursuz ceza olmaz” ve “kusurla orantılı ceza” şeklinde iki doğrudan bağlantılı ve “ceza sorumluluğun şahsiliği” biçiminde birde dolaylı bağlantılı olmak üzere, üç önemli sonuç gündeme gelmektedir.

Kusursuz ceza olmaz kuralı işlenen bir suç, yani cezalandırılmaya layık bir haksızlık nedeniyle ancak kusurlu bir kişinin cezalandırılabilmesini ifade eder. Ancak ceza hukukundaki iki şeritli bir yaptırım sisteminin gereği olarak kusurlu

olmaması nedeniyle hakkında cezaya hükmedilemeyen kişi bakımından tehlikelilik durumu esas alınarak güvenlik tedbiri yaptırımına başvurulabilecektir.

Kusurla orantılı ceza tayini, kişinin kusurunun derecesine göre cezalandırılmasını ifade eder. Buna göre, cezanın kusurun derecesini aşması söz konusu olamaz. Kusurla orantılı ceza tayini, bilhassa toplumlarda dönem dönem infial yaratan olaylar sonucunda, cezanın caydırıcılığının ve önleme işlevinin yetersiz olduğu gerekçelerine dayanarak cezaların aşırı bir biçimde artırılması talepleri karşısındaki popülist yaklaşımlardan uzak kalınmasını sağlar. Zira kusurla orantısız ceza tayinin maddi adalet amacına hizmet etmesi mümkün değildir.

Kusur ilkesinin diğer bir sonucu -ister ilkenin doğal sonucu ister bağımsız bir ilke olarak kabul edilsin – ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibidir. Buna göre, kişinin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulması esası, yani ilkel ceza hukukunun kolektif sorumluluk anlayışı terk edilmiştir. Bununla birlikte kusurlu bir hareketi ancak gerçek kişi gerçekleştirebilir. Dolayısıyla tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde gerçek kişi tarafından işlenen bir suç nedeniyle tüzel kişinin cezalandırılması ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibiyle bağdaşmaz.

Suç ve cezaların kanunda öngörülmüş olması ya da sadece kusuru olanın cezalandırılmasının kabulü şüphesiz önemli adımlardır. Ancak tek başına yeterli değildir. Zira iyi bir ceza hukukunun varlığı, suç politikasının üçlü sacayağını oluşturan her bir ilkenin bulunmasından geçer. Dolayısıyla hukuk devleti ve kusur ilkelerinin yanı sıra, hümanizm ilkesine göre temellendirilmiş bir ceza hukuku, üçlü sacayağının son adımıdır. Hümanizm ilkesine göre temellendirilmiş bir ceza hukukundan anlaşılması gereken ise, ceza hukuku kurallarının insan haysiyetiyle bağdaşır bir şekilde inşa edilmiş olmasıdır. Bu çerçevede, insan haysiyetiyle bağdaşan ayırım gözetmeyen bir ceza yaptırımı esastır. Hümanizm ilkesi bu yönüyle, hem hukuk devleti ilkesinin maddi boyutuyla hem de eşitlik prensibiyle yakın temas halindedir. Bununla birlikte hümanizm ilkesi gereğince cezalandırmanın amacı, kefareten ziyade suçlunun ıslahıdır. Dolayısıyla gerek cezaya hükmedilirken gerekse cezaların infazı sürecinde, hükümlünün durumu gözetilerek onu yeniden topluma kazandırmak hedeflenmektedir. Aynı zamanda hümanizm ilkesinin ultima-ratio prensibiyle de yakın ilişkisi bulunmaktadır. Gerçekten de bir haksız davranışın ihlal

ettiği hukuki değer şayet başka bir hukuk dalının yaptırımlarıyla korunabiliyorsa, ceza hukukuna başvurulamayacaktır. Ceza hukukuna son çare olarak başvurulması ise, hümanizm ilkesinin bir gereğidir.

Tezimizin ilk bölümünde aktarılan suç politikasının ana ilkeleri temel alınarak, ikinci ve üçüncü bölümlerde 765 sayılı mülga Ceza Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu özelinde karşılaştırmalı olarak yaşanan ceza hukuku değişimleri ortaya konulmuştur. Bu bağlamda, tezin ikinci bölümünde, hukuk devleti ilkesini ceza hukukunda somutlaştıran prensip olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde yaşanan değişim sürecine yer verilmiştir. Esasında hukuk devleti ilkesi çerçevesinde Türkiye’de yaşanan ceza hukuku değişimin anlaşılmasının yolu, ilkenin ceza hukukundaki hem maddi hem de şekli anlamdaki yansımalarının geçirdiği değişimin birlikte ortaya konulmasından geçer. Ancak yukarıda da yer verdiğimiz üzere, hukuk devleti ilkesinin ceza hukukuna maddi anlamda yansması olan insan haysiyeti temeli üzerine bina edilen kuralların aynı zamanda hem eşitlik hem de hümanizm ilkesiyle sıkı bir bağı bulunmaktadır. Bu çerçevede, hukuk devleti ilkesinin maddi anlamda boyutunun hümanizm ilkesiyle yakın ilişkisi gözetilerek ikinci bölümde yalnızca suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında yaşanan değişim sürecinin ortaya konulması tercih edilmiştir.

Tezimizin ikinci bölümünde suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde yaşanan değişim süreci ele alınmıştır. Kanunilik ilkesinin açık düzenlemesine ilk kez ne zaman yer verildiği, Tanzimat Dönemi Anayasal Gelişmeleri ve Ceza Kanunları dikkate alındığında tartışmalı bir mevzudur. Gerçekten de kimilerine göre 1840 tarihli Ceza Kanunundaki sistematikleşme kanunilik ilkesine işaret etmekte iken; kimilerine göre ise, 1858 tarihli Ceza Kanununun 1. maddesinde suçta kanunilik, 2, 3, 4, ve 5. maddelerinde ise cezada kanunilik ilkesine yer verilmiştir. Buna karşın, kanunilik ilkesinin hem anayasal olarak hem de ilk kez hukukta görünüm kazanmasının, 1876 tarihli Kanun-i Esasi’nin 10. maddesiyle gerçekleştiğini ifade edenlerde bulunmaktadır. Cumhuriyet Döneminde ise, savaş dönemi şartlarında çıkarılan 1921 Anayasasında kanunilik ilkesine dair herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Yine 1924 Anayasasında kanunilik ilkesine yer verilip verilmediği tartışmalı bir meseledir. 1924 Anayasasında kanunilik ilkesine açık bir şekilde yer

verilmemiş olsa da 68. madde vasıtasıyla kişi hak ve özgürlüklerine müdahalede kapsamının tayininin kanuna bırakılacağına ifade edilmiş olması, kanunilik ilkesinin dolaylı bir şekilde varlığına delalettir. Cumhuriyet Dönemi Anayasalarında açık bir şekilde kanunilik ilkesinin görünüm kazanması ilk kez, 1961 Anayasasının 33. madde hükmüyle olmuştur. 1982 Anayasası ise 38. maddesiyle kanunilik ilkesini düzenlemiştir. 1961 Anayasasına nazaran 1982 Anayasasında, ilkenin zamansal bakımından lehe uygulanabilecek halleri genişletilmiş ve aynı zamanda güvenlik tedbirleri ilkenin kapsamına alınmıştır.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde, *“Kanunun sarih olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz.”* hükmüne yer verilmek suretiyle kanunilik ilkesi düzenleme altına alınmıştı. Bununla birlikte 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun ikinci maddesi çerçevesinde, ceza hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanmasına yer verilmişti. Ancak 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde, kanunilik ilkesinin tüm sonuçlarıyla açık bir şekilde metne yansıtılmamış olması önemli sorunlara neden olmaktaydı.

Kanunilik ilkesinin önemli sonuçlarından biri olan idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağı, kanuni düzenlemede bulunan eksiklikten dolayı gerek doktrinde gerek uygulamada hâkim görüş olarak kabul görmemekteydi. Hatta 1924 Anayasası döneminde yani mülga kanunun erken dönemlerinde mesele, yasak olma ekseninden ziyade, düzenleyici işlemleriyle suç ihdasının ne dereceye kadar mümkün olabileceği çerçevesinde ele alınmaktaydı. 1961 ve 1982 Anayasası dönemlerinde de, anayasalarda açık bir şekilde kanunilik ilkesi düzenleme altına alınmasına rağmen, öğretideki hâkim görüş, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasının mümkün olduğu yönündeydi. Bu konuda özellikle Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanuna ilişkin verdiği kararlarında Anayasa Mahkemesi de, hâkim görüşe benzer şekilde tutum sergilemekte, önüne gelen uyuşmazlıklarda anayasaya aykırılık olmadığına yönelik karar vermekteydi. 765 sayılı mülga Kanun döneminde yasağın ihlali, 1982 Anayasasının gerekçe metnine yansıyacak kadar ileri bir noktaya taşınmıştı. Bu bağlamda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun en önemli yeniliklerinden biri 2.

maddenin ikinci fıkrasında açık bir şekilde, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağının ifade edilmesi olmuştur. Yine Kabahatler Kanunu çerçevesinde idareye ekonomik alanının değişen koşullarına müdahale ihtiyacı çerçevesinde idari yaptırım uygulama yetkisi tanınarak, geçmişten beri idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasının gerekçesi yapılan önemli sorun, kanunilik ilkesine uygun şekilde çözüme kavuşturulmuştur. Bununla birlikte, TCK m. 5 hükmünün getirilerek söz konusu m. 2/2 düzenlemesinin diğer yan mevzuatlara hâkim kılınması da önemli bir gelişme olmuştur. Bugün için mevzuata ve yargı kararlarına bakıldığında mülga kanun dönemine göre sıkıntıların önemli ölçüde giderildiğini söyleyebiliriz. Ancak yine de mahkemelerin kararlarında, açıkça düzenlemelerin idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağına aykırı olduğunu ifade etmek yerine, belirlilik ilkesi üzerinden gerekçelendirme yaptıkları görülmektedir. Nihai olarak yasağın güçlendirilmesi için, açık bir şekilde anayasada da düzenleme altına alınması ya da normlar hiyerarşisinde bir temel kanun alanının tahsis edilmesi gerektiğini ifade edenler bulunmaktadır. Kanımızca çözüm olarak öne sürülen fikirler önemli olmakla birlikte, malumun sürekli ilam edilmesine yönelik bir çabaya da girilmesi anlamsızdır. Burada esas sorun, anayasada yasağa açıkça yer vermemek ya da temel kanun kategorisini normlar hiyerarşisinde öne almamaktan dolayı değil, yasama faaliyetinin yeterli ciddiyetle gerçekleştirilmemesinden kaynaklanmaktadır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin diğer bir sonucu olan belirlilik ilkesine aykırılık mülga ceza kanunu döneminin diğer bir önemli sorunuydu. Gerçekten de 765 sayılı TCK döneminde belirlilik ilkesi, her ne kadar gerek anayasada gerek ceza kanununda yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin düzenlemelerin doğal bir sonucu olsada yasa koyucunun düzenlemeleriyle ihlal edilmekteydi. Bu konuda görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin 240. madde, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu dönemin belirlilik ilkesine aykırı önemli düzenlemeleridir. Yine Anayasa Mahkemesi de belirlilik ilkesine aykırı söz konusu düzenlemelerin iptaline karar vermek yerine, tam aksi bir tutum sergilemekteydi. Bu bağlamda, reform kapsamında kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, belirlilik ilkesini sağlamlaştırmak açısından çeşitli adımlar

atmıştır. Her şeyden önce belirlilik ilkesine ilişkin 765 sayılı mülga Kanun dönemindeki şikâyet edilen husus olan mevzuatın dilinin sadeleştirilmesi gerçekleştirilmiştir. Bununla birlikte, kanunun 6. maddesiyle bir tanımlar maddesi tahsis edilerek kavramlar tek bir madde altında uluslararası standartlara uygun şekilde toplanmıştır. Yine 5. madde kapsamında genel hükümlerde birlik sağlanarak belirlilik ilkesi açısından önemli kazanımlar elde edilmiştir. Suç düzenlemelerin tek bir mevzuatta düzenlemesi de reformun belirlilik ilkesinin sağlanması açısından gerçekleştirmek istediği diğer bir hedefti. Suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerinin aklanması, tefecilik, ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma maddelerinin ceza mevzuatına çekilmesi bu yönde elde edilen önemli kazanımlara örnektir. Ancak tam olarak amaçlanan gerçekleştirilememiştir. Sonuç olarak genel itibariyle reform çerçevesinde belirlilik ilkesi bağlamında bir standartta ulaşıldığı ve geçmiştekinin aksine belirsizliğin münferit, belirliliğin esas olduğu bir döneme girildiğini söyleyebiliriz. Ancak yasa koyucunun, bilhassa ekonomi ceza hukuku alanında hazırladığı panik mevzuatları, belirlilik ilkesini zaman zaman ihlal etmektedir. Gerçekten de bunun önemli örneklerine yine önemli bir reform hareketlerinden biri olan Türk Ticaret Kanunu'nda sıklıkla rastlamaktayız.

Suçta ve ceza kanunilik ilkesinin diğer önemli bir sonucu olan kıyas yasağı da 765 sayılı mülga kanun dönemindeki diğer bir sorunlu başlıktı. Dönemin doktrinince her ne kadar 1. maddede yer alan, “kanunun sarih olarak suç saymadığı” ifadesinin kıyas yasağına işaret ettiği belirtilmişse de mahkemeler genişletici yorum adı altında kıyasa varan uygulamalar gerçekleştirmekteydi. Bu bağlamda, mülga kanun dönemindeki elektrik enerjisinin kullanılmasının ya da telefon şebekesinin izinsiz ve yetkisiz kullanılmasının hırsızlık suçuna konu olup olmayacağına dair tartışmalar, genişletici yorum adı altında kıyasa ilişkin önemli örneklerdir. Buna karşın, 5237 sayılı Kanun 2. maddesinin üçüncü fıkrasında açık bir şekilde kıyas ve kıyasa varacak genişletici yorum yapılması yasaklanmıştır. Kıyas yasağı, hem temel ve yan ceza kanunlarının özel hükümlerinde yer alan suç ve ceza içeren hükümlerin tümü hem de genel hükümler bakımından mutlak geçerli kılınmıştır. Sonuç olarak bugün için geçmişte uygulamanın, kıyasa varan genişletici yorumlarıyla çözüme

kavuşturduğu sorunlar olması gerektiği gibi yasa koyucunun tasarruflarıyla çözülür hale gelmiştir.

Geriye yürüme yasağı da mülga kanun döneminde suçta ve ceza kanunilik ilkesi açısından sorunların bulunduğu diğer bir önemli başlıktır. Mülga kanun döneminde zaman aşımına ilişkin kurallarda geriye yürüme, infaz rejimine ilişkin kurallarda geriye yürüme, güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallarda geriye yürüme, lehe kanunun tespiti, geçici veya süreli kanunlarda zaman bakımından uygulanma hakkında önemli tartışmaların olduğu konu başlıklarıydı. Kanunda açık bir hükmün olmaması gerek doktrinde gerek mahkeme kararlarında birliğin olmamasına ve dolayısıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunun ihlaline neden olmaktaydı. Örneğin lehe kanunun tespitinde benimsenen karma uygulama esası hâkim olan kaosun gösterilmesi açısından önemli bir örnektir. Bununla birlikte yukarıda ifade ettiğimiz yasakların ihlali de geriye yürüme yasağı kapsamında ilginç konuların gerek doktrin gerek uygulama tarafından tartışılmasına neden olmaktaydı. Bu bakımından idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdas edilmesi halinde geriye yürüme yasağına yönelik tartışma önemli bir örnektir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu tüm bu eksiklikleri göz önünde bulundurarak 7. maddesinde detaylı bir düzenlemeye yer vermiştir. Böylelikle güvenlik tedbirlerinin geriye yürüme yasağına tabi olduğunun -esasen 1982 Anayasasıyla çözüme kavuşmuş bir meseleydi-; lehe kanunun tespitinin önceki ve sonraki kanunun bütün hükümlerinin olaya tatbik edilerek ortaya çıkan sonuçların karşılaştırılması üzerinden yapılacağının; infaz rejimine ilişkin kurallar olan hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürün geriye yürüme yasağına tabi olduğunun; geçici veya süreli kanunlarda ileriye yürümenin esas alınacağının açık bir şekilde ifade edilmesi güvence fonksiyonunu sağlayan önemli gelişmeler olmuştur.

Tezimizin üçüncü bölümünde ise, kusur ve hümanizm ilkesi çerçevesinde yaşanan değişim süreci ele alınmıştır. Kusur ilkesi kapsamında incelenen ilk önemli başlık, mülga kanunda yer alan objektif sorumluluk halleri olmuştur. Gerçekten de 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda geçmişin Kilise Hukuku'nun bir yansıması olan kusursuz sorumluluk hallerine yer verilmekteydi. Buna göre, kişinin fiiliyle gerçekleşen netice arasında kurulacak bir nedensellik bağı sorumluluğun

kurulmasında yeterli görülmekteydi. Yani meydana gelen ağır netice veya farklı netice dolayısıyla kişinin kasıtlı ya da taksirli bir davranışının gerçekleşip gerçekleşmediği sorgulanmaksızın bir sorumluluk yüklenmekteydi. Ceza Kanununda objektif sorumluluğa ilişkin genel hüküm olan 45. madde ve özel hükümlerde yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemeleri bu konuda önemli örneklerdi. Bunların yanı sıra, Basın Kanunu da objektif sorumluluğu içeren önemli düzenlemelere sahip bir mevzuat olması bakımından önemlidir. Üstelik Orta Çağ'ın anlayışı olan bu meseleye yeni ceza kanunu için hazırlanan tasarılar da yer verilerek objektif sorumluluk anlayışının devam ettirilmesi yönünde gayretlerde bulunmaktaydı. Bu bağlamda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun getirdiği en önemli yeniliklerden biri de objektif sorumluluk esasının terk edilerek subjektif sorumluluk anlayışının kabulü olmuştur. Kanunun 23. madde düzenlemesine göre, kişinin meydana gelen ağır veya farklı neticeden dolayı sorumlu olabilmesi için en azından taksirinin olması aranmıştır. Yine kabahatlerde geçmişin sorunlu anlayışı terk edilerek 9. madde düzenlemesiyle açık bir şekilde kabahatlerin hem kasten hem de taksirle işlenebileceği belirtilerek subjektif sorumluluk esası vurgulanmıştır. Uygulamada ve mevzuatta istenilen seviyeye gelinmiş olsa da zaman zaman Yargıtay'ın objektif sorumluluk esasını ihtiva eden kararlar verdiği görülmektedir. Gerçekten de basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde gerçekleşen yaralamalar dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden ötürü -şayet fail mağdurdaki durumu (kalp hastalığı vs.) bilmiyorsa- Yargıtay'ın faili doğrudan adi taksirle öldürmeden sorumlu tutması bir objektif sorumluluk halidir.

Kusur ilkesinin bir kanundaki en temel göstergesi haksızlık yanılığı meselesidir. 765 sayılı mülga Kanun döneminde bu konuda bir hüküm olmadığı gibi geleneksel yaklaşım esas alınarak 44. maddede yine Orta Çağ'ın Kilise Hukukunun bir görünümü olan “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralına yer verilmekteydi. Bununla birlikte gerek doktrinde gerek uygulamada bu kuralın esnetilmesine yönelik çabalar olsa da, klasik bakış açısına uygun bir şekilde hareket edilerek bu tür durumlar unsur yanılığı gibi muamele görerek kastı kaldıran bir neden olarak görülüyordu. Böylelikle hatanın kaçınılabilir olduğu durumlarda şayet hareketin taksirli hali de cezalandırılmıyorsa önemli bir cezasızlık alanı doğmaktaydı. 5237

sayılı Türk Ceza Kanunu'nda haksızlık yanılması meselesinin yerleşmesi de kolay olmamıştır. Gerçekten de kanunun 4. maddesinin ilga edilen ikinci fıkrasının, yeni kanunda benimsenen kusur anlayışına aykırı bir düzenleme olarak varlığını kısa bir sürede olsa sürdürmesi bu konuda önemli bir örnektir. Zira kastı kusurluluğun bir şekli olarak değil, haksızlığın gerçekleştiriliş biçimi olarak kabul eden yeni sistemle, söz konusu ilga düzenlemenin bağdaşması mümkün değildi Nihai olarak 5237 sayılı Kanunun 30. maddesinin 4. fıkrasında haksızlık yanılması başarılı bir şekilde formüle edilmiştir. Buna göre, kişinin kaçınılmaz bir hatası varsa, kusursuz ceza olmaz ilkesi gereğince hakkında cezalandırma yapılmayacaktır. Kaçınılabılır bir hatası mevcutsa, kasten işlediği suçtan dolayı kusurluluğu devam edecek ancak kusurunun azalması nedeniyle hakkında belli ölçüde indirim yapılarak ceza tayini gerçekleştirilecektir. Mevzuatın düzenlemesi karşısında uygulamanın haksızlık yanılması meselesine genel olarak mesafeli durduğunu söyleyebiliriz. Bu mesafeli duruş ise beraberinde, başka sorunlara neden olmaktadır. Gerçekten de bilhassa cinsel istismar suçu özelinde haksızlık yanılmasıyla çözülebilecek meselelere karşı bu mesafeli duruşun neticesinde, böyle bir hassas konu bağlamından koparılarak başka eksenlerde tartışılmaktadır.

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu meselesi de kusur ilkesi kapsamında değinilen diğer bir başlıktır. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kusur ilkesine ve doğal olarak cezaların şahsiliğine uyuşan bir şekilde, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olmadığına yönelik açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Her ne kadar Anayasalarda açık bir şekilde ceza sorumluluğunun şahsiliği prensine yer verilmiş olsa da, Anayasa Mahkemesi tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul eden bir tutum sergilemekteydi. Yine mevzuat düzenlemelerinde tüzel kişiler açısından ceza sorumluluğu öngören hükümlere yer verilmekteydi. İşte bu sorunları göz önünde bulunduran 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Anayasadaki ceza sorumluluğun şahsiliğine ilişkin açık hükümlere rağmen yine de tüzel kişilerin ceza sorumluluğu meselesinde malumun ilamını yapmıştır. Buna göre 20. maddede açık bir şekilde, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımının uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Zira kusurlu hareket gerçek kişiye özgü bir durumdur. Bununla birlikte, tüzel kişilerin suç faili olamamaları ile işlenen suç nedeniyle haklarında yaptırıma hükmedilebilmesi

farklı hususlardır. Zaten Kanunda bu durumu esas alarak 20. maddenin devamında, “ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbirleri yaptırımlarının saklı” olduğunu ifade etmiştir.

Kusur ilkesi konusunda yaşanan değişimi göstermesi açısından son ele aldığımız başlık kusurla orantılı ceza tayini meselesi olmuştur. Mülga 765 sayılı Kanunda benimsenen klasik anlayışın bir sonucu olarak 29. maddede “kastın yoğunluğu” veya “taksirin yoğunluğu” temel cezanın tayininde esas alınmaktaydı. Ayrıca bilhassa taksir meselesinde, taksirin matematiksel kesirlerle derecelendirilmesinin yapılarak “kusur oranının” belirlendiği ilginç kararlar söz konusuydu. Bahsi geçen hususların, yeni kanunun kusur konusunda getirdiği anlayışla bağdaşması mümkün değildi. Gerçekten de her fail bakımından, kınama yargısını kusurun ağırlığına göre tespit edecek bir düzenleme yapılması ihtiyacı bulunmaktaydı. İşte bu bağlamda 5237 sayılı Kanun’un 61. maddesinin birinci fıkrasının f bendinde, temel cezanın tayininde “failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı”nın esas alınacağı kabul edilmiştir. Böylelikle reformun kusur ilkesi bağlamında getirdiği anlayışa uygun bir şekilde cezanın kusur yönünden bireyselleştirilmesi sağlanmıştır. Ancak günümüzde, 765 sayılı mülga kanunun klasik anlayışının yansıması olan kararlar zaman zaman varlığını sürdürdüğü gibi bilirkişi raporlarında kusurun matematiksel olarak tayininin yapılmaya devam edildiği de görülmektedir.

Nihai olarak hümanizm ilkesi çerçevesinde yaşanan değişime tezimizde yer verilmiştir. Hümanizm ilkesi iki boyut çerçevesinde ele alınmıştır. Buna göre hümanizm ilkesinin ilk gerekliliği, insan haysiyetiyle bağdaşır ceza yaptırımlarıdır. Bu kapsamda öncelikle ölüm cezası özelinde yaşanan değişime yer verilmiştir. Türkiye’de ölüm cezasının kaldırılması, ölüm cezasının uygulama bulduğu dönem, ölüm cezasının fiili olarak ortadan kalktığı dönem ve ölüm cezasının hukuki olarak ortadan kalktığı dönem olmak üzere üç aşamadan oluşan bir süreç sonucunda gerçekleşmiştir. 765 sayılı mülga Ceza Kanunu iktibas edildiği “Zanardelli” Kanunun aksine bünyesinde, 11 suçtan dolayı ölüm cezası öngörmekteydi. 1984 yılına kadar olan dönemde ölüm cezası öngören madde düzenlemelerinin sayısının artırılması yönünde bir eğilim izlenmiştir. Ancak 1984 yılından sonra ölüm cezası

konusunda yeni bir aşama olan fiili uygulanmama dönemine geçilmiştir. Buna göre meclis, kanunda ölüm cezası olmasına rağmen infaza yönelik kanun çıkarmamak suretiyle sistemden fiili olarak ölüm cezasını çıkarmıştı. Avrupa Birliğine tam üyelik hedefi doğrultusunda ise ölüm cezasının hukuki olarak kaldırılması yönünde adımlar atılmıştır. Buna göre imzalanan ve onaylanan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ek 6 No'lu Protokol ve 13 No'lu Protokol neticesinde, ölüm cezası hukuk sistemimizden tamamen kaldırılmış olup hümanizm ilkesi çerçevesinde önemli bir kazanım elde edilmiştir. Ülkemizde dönem dönem ölüm cezasının geri getirilmesi gerektiği yönünde taleplerde bulunmaktadır. Ancak ölüm cezasının suçluluğu engellediği yönünde bilimsel bir veri bulunmadığı gerçeğini bir kenara bırakırsak, esas odaklanılması gereken toplumda zaman zaman bu taleplerin ortaya çıkmasında etkili olan eksikliklerin giderilmesidir. Bu bağlamda ölüm cezasının geri getirilmesi yönündeki inancın gelişmesinde etkili olan, sık sık başvurulanan af uygulamalarının terki sağlanmalı ve aynı zamanda yargıya güvenin artırılması yönünde çalışmalar yürütülmelidir.

İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan yaptırımların hümanizm ilkesine aykırı olduğunu ifade etmiştik. Bu çerçevede hümanizm ilkesiyle bağlantılı olması hasebiyle işkenceye de değinilmesinde de fayda vardır. 5237 sayılı kanun 765 sayılı mülga kanunun aksine işkencenin engellenmesi konusunda daha geniş bir güvence alanı tahsis etmiştir. Bu bağlamda, 765 sayılı kanunda işkence suçu “devlet idaresi aleyhine suçlar” arasında düzenlemekte iken; 5237 sayılı kanunda “kişilere karşı suçlar” arasında konumlandırılmış; 765 sayılı TCK'daki işkence suçunun mağduru açısından benimsenen tahdidi sistem terk edilmiş, herkesin bu suçun mağduru olabileceği esası getirilmiş; yine 5237 sayılı Kanunun 94. maddesinin beşinci fıkrası kapsamında işkencenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin özel hüküm getirilmiştir.

765 sayılı mülga kanunda bulunan hümanizm ilkesine aykırı diğer bir düzenleme, ömür boyu hak yoksunluklarıydı. Kişinin cezasının infazından sonrada devam eden; hatta affa uğrasa bile uygulaması devam eden ömür boyu hak yoksunluklarının hümanizm ilkesinin ıslahı hedefleyen amacıyla uyuşması mümkün değildir. İşte bu gerekliliği dikkate alan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 53.

maddesiyle bu hak yoksunluklarını infaz süreciyle sınırlamıştır. Böylelikle suç siyasetinin temel ilkelerinden biri olan ve suç işleyen kişinin yeniden sosyalleşmesini ve toplumsal sorumluluğa sahip bir birey durumuna getirilmesini hedefleyen bir düzenleme tahsis edilmiştir. Bu bağlamda takdiri indirim sebeplerine de değinilmesinde fayda vardır. 5237 sayılı Kanunun 62. maddesinde, cezanın esas amacı olan ıslah suretiyle topluma kazandırma işlevine hizmet eden bir şekilde, “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususları” hakimın gözetebileceği ve böylelikle tayin edilen temel ceza üzerinden belirli ölçüde indirime gidebileceği belirtilmektedir. Söz konusu imkân 765 sayılı mülga Kanunda da bulunmaktaydı. Ancak gerek mülga kanunun 59. maddesinde takdiri indirim sebeplerinin örnek mahiyetinde de olsa bir sayımının yapılmaması gerekse aynı zamanda 29. madde kapsamında gösterilerek mükerrer değerlendirme yasağına aykırı bir konumda olmaları önemli sorunlar yaratmaktaydı.

Ultima-Ratio kapsamında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na getirilen kurumlarında hümanizm ilkesiyle yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. Zira ultima-ratio ilkesinin bir boyutu olan hürriyeti bağlayıcı cezanın infazından mümkün olabildiğince kaçınılması aynı zamanda hümanizm ilkesiyle de dolaylı bir bağlantıdadır. Zira şayet suçlunun ıslahı hürriyeti bağlayıcı cezaya başvurmada başka tür yaptırımlarla gerçekleştirilebiliyorsa aksinin tatbiki hümanizm ilkesiyle bağdaşmaz. Bu çerçevede 765 sayılı mülga kanunda bulunmayan ancak 5237 sayılı Kanunla birlikte getirilen şikâyetle bağlı suçlarda, şikâyetten vazgeçmeden ayrı olarak getirilen uzlaşma kurumu, kısa süreli hapis cezalarında seçenek yaptırıma çevirme imkânı, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açılmasının ertelenmesi kurumları aynı zamanda hümanizm ilkesi açısından yaşanan değişime birer örneklerdir.

Hümanizm ilkesinin ilk gerekliliğinin, insan haysiyetiyle bağdaşır ceza yaptırımları olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Bununla birlikte hümanizm ilkesinin diğer boyutu, ayırım gözetmeyen kuralların varlığıdır. Buna göre insan sırf insan olmasının bir gereği olarak hiçbir şekilde ayırım yapılamaz. İşte bu noktada hümanizm ilkesiyle eşitlik ilkesinin yakın bir bağı gündeme gelmektedir. Zira her

ikisi de insanı merkeze alan bir yaklaşımla hareket etmektedir. Dolayısıyla eşitlik ilkesi bağlamından yaşanan değişimlerinde hümanizm ilkesi alt başlığında incelenmesi tercih edilmiştir. Bu bağlamda, 2005 yılında gerçekleştirilen reform kapsamında eşitlik ilkesi açısından mülga kanuna nazaran önemli güvenceler elde edilmiştir. Gerçekten de mülga kanundaki kadına yönelik ayrımcılık içeren düzenlemeler terk edilmiş; mülga kanunda benimsenen klasik para cezası sistemi dolayısıyla ortaya çıkan eşitsizliğe aykırı durumlar gözetilerek gün para cezası sistemi benimsenmiş; genel hükümlerde (m. 3/2) mülga kanundan karşılığı olmayan “Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.” hükmüne yer verilmiş; yine özel hükümlerde, mülga kanunda karşılığı olmayan ayrımcılık yasağına (m. 122) yer verilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, İlhan : “Ölüm Cezası Geri Gelmeli Mi?”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 131, 2017, s. 11-30.
- Akbulut, İlhan : **Gerekçeli Terörle Mücadele Kanunu ve Açıklaması**, İstanbul, Kazancı, 1993.
- Akgündüz, Ahmet : **Mukayeseli İslam Ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Yayınları No: 6, 1996.
- Alacakaptan, Uğur : **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1958.
- Alacakaptan, Uğur : **Suçun Unsurları**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.
- Arık, Feda Şamil : “Eski Türk Ceza Hukukuna Dair Notlar I- Suçlar ve Cezalar”, **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi**, C. 17, S. 28, 1995. s. 3-50.
- Arsal, Sadri Maksudi : **Türk Tarihi ve Hukuk**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İsmail Akgün Matbaası, 1947.

- Artuk, Mehmet Emin : “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, **Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi**, (Haz. Prof. Dr. Gunnar Duttge- Prof. Dr. Yener Ünver) (Editör: Yener Ünver), C. 3, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014. s. 39-62.
- Artuk, Mehmet Emin : “Ölüm Cezası”, **Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını**, Konya, 1991, s. 145-175.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Avcı, Mustafa : “Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısı’nın Genel Olarak Değerlendirilmesi”, **Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Türkiye Baroları Birliği, 2004, s. 199-232.
- Balan, Arzu : “Orta Yolcu Bir Formül Olarak Radbruch Formülü”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1, 2018, s. 69-94.
- Balta, Tahsin Bekir : **İdare Hukuku I: Genel Konular**,

Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1970-1972.

Bayraktar, Köksal

: “Faal Nedamet”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 23, S. 3-4, 1968, s. 122-154.

Baytaz, Abdullah Batuhan

: **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Beccaria, Cesare

: **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (Çeviri: Sami Selçuk), 6. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2016.

Bozkurt, Gülnihal

: **Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi – Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)**, 2. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 2010.

Centel, Nur

: “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın”, **Polis Dergisi**, S. 45, 2005. s. 64-72

Chevallier, Jacques

: **Hukuk Devleti**, (Çeviri: Ertuğrul Cenk Gürcan), Ankara, İmaj Yayıncılık, 2010.

Civelek, Jale

: “1789 Fransız Bildirisi ve 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası**

Özel Hukuk Bülteni, C. 9, S. 1, 2011, s. 1-9

Demir, Bayram : **İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi**, İstanbul, Hiper Yayıncılık, 2018.

Demirbaş, Timur : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.

Dinçol, Belkıs : **Eski Ön Asya Toplumlarında Suç Kavramı ve Ceza**, Eskiçağ Bilimleri Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 2003.

Doğan, Koray : **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

Dönmezer, Sulhi : “Müessir Fiil Suçlarının Ceza Sistematikindeki Yeri”, **Ceza Hukuku Reformu: Sempozyum, 20-23 Ekim 1999**, İstanbul, Umut Vakfı Yayınları, 2001. s. 599-601.

Dönmezer, Sulhi : **Basın ve Hukuku**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976.

Dönmezer, Sulhi : **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 13. Bası, İstanbul, Beta, 1990.

Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman : **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. I, 11. Bası, İstanbul, Beta, 1994.

Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman

: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II**, 10. Bası, İstanbul, Beta, 1994.

Dursun, Selman

: “Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomi Ceza Hukukuna Etkileri”, **Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, C. 2**, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Engelhardt, Eduard Philippe

: **Türkiye ve Tanzimat Devlet-i Osmaniye’nin Tarih-i Islahatı 1826’dan 1882’ye**, (Çeviri: Ali Reşad, Erol Kılınç), Ötüken, 2017.

Erdem, Jülide Gül

: “Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği”, **Akademik Hassasiyetler, C. 4, S. 8, Y. 2017**, s. 19-44.

Erem, Faruk

: **Türk Ceza Kanunu Şerhi- Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1993.

Erem, Faruk

: **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. I**, 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1984.

Erem, Faruk

: **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II**,

12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1985.

Erem, Faruk, Ahmet Danışman, : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Mehmet Emin Artuk Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1997.

Ergün Okuyucu, Güneş : “Yeni Türk Ticaret Kanununda Öngörülen Haksız Rekabet Suçunun Kanunilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXIX, S. 3., 2013, s. 149-155.

Erman, Sahir : **Özel Kanunlar Açısından Ticari Ceza Hukuku Genel Kısım**, İstanbul, Matematik Araştırma Enstitüsü Baskı Atölyesi, 1976.

Erman, Sahir : **Ticari Ceza Hukuku Genel Kısım**, İstanbul, Matematik Araştırma Enstitüsü Baskı Atölyesi, 1976.

Erman, Sahir, Çetin Özek : **Ceza Hukuku Özel Hüküm, Kişilere Karşı Suçlar**, İstanbul, 1994.

Dönmezer, Sulhi : “Devlet Ve Suç Mağduru İlişkisi”, **Onar Armağanı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977.

Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman : **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt: 2, 6. Bası., İstanbul, Sulhi Garan

Matbaası, 1978.

Ersan, Aykut

: “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m. 220)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası – Prof. Dr. Füsun Sokullu Akıncı’ya Armağan, C. 1, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 381-407.**

Feyzioğlu, Metin

: “Ölüm Cezası Üzerine Düşünceler ve Anayasa Değişikliği ile 4777 Sayılı Kanun’un Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, **Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2002, s. 13-35.**

Florioti, H. Hande Duymuş, Gözde Demirci

: “Çivi Yazılı Kanun Metinlerinde İlginç Bir Suç Tespiti ve Cezalandırma Yöntemi: Suya Atılma”, **Ankara Üniversitesi Dil Tarih ve Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü, Tarih Araştırmaları Dergisi, C. 32, S. 54, 2013. s. 25-40.**

Gemalmaz, Semih

: **Türkiye’de Ölüm Cezası (1920-2000), C. I, İstanbul, Beta, 2001.**

Gökberk, Macit

: **Felsefe Tarihi, 20. Bası, İstanbul, Remzi Kitabevi, 2001.**

Gökçen, Ahmet

: **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza**

Müeyyideleri, İstanbul; 1989.

Gökçek, Gürkan, Fatih Akyüz

: “Sümer Kanunları”, **Fırat Üniversitesi Ortadoğu Araştırmaları Dergisi**, Elazığ, C. IX, S. 1, 2013, s. 1-10.

Gölcüklü, Feyyaz

: **Haberleşme Hukuku**, Ankara, 1970.

Gölcüklü, A. Feyyaz, Şeref Gözübüyük

: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

Gözler, Kemal

: “Türkiye’de Bir Bilinmeyen Isdar”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. II**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2003. s. 987-950.

Gözler, Kemal

: **Hukuka Giriş**, 13. Baskı, Bursa, Ekin, 2016.

Gözler, Kemal

: **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Bursa, Ekin, 2019.

Gözübüyük, Abdullah Pulat

: **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. I**, 2. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1960.

Güleç, Sesim Soyer

: “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (M. 30/4)”, **Dokuz Eylül**

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
C. 10, S. 1, 2008, s. 59-91.

Günday, Metin

: **İdare Hukuku,** 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2013.

Güngör, Devrim

: “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** S. 68, Y. 2007, s. 135-160.

Gürkan, Ülker

: “Montesquieu ve Kanunların Ruhu (Hukuk Sosyolojisi Açısından Bir Değerlendirme)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 40, S. 1-4, Y. 1988, s. 9-31.

Hafizoğulları, Zeki, Muharrem Özen

: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** 6. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık, 2012.

Işıқтаç, Yasemin

: **Hukuk Başlangıcı,** İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.

İçel, Kayıhan

: **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** 4. Bası, İstanbul, Beta, 2017.

İçel, Kayıhan

: **Kitle Haberleşme Hukuku,** 2. Bası, Beta, İstanbul, 1985.

İçel, Kayıhan, Feridun Yenisey

: **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza**

Kanunları, 4. Bası, İstanbul, Beta, 1994.

İçel, Kayıhan, Füsün Sokullu Akıncı, : **İçel Suç Teorisi, 2. Kitap**, 3. Bası, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. İstanbul, Beta, 2004.

Mahmutoğlu, Yener Ünver

İçel, Kayıhan, Süheyl Donay : **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 1. Kitap**, İstanbul, Beta, 2006.

İnalcık, Halil : **Tanzimat ve Bulgar Meselesi**, Ankara, Türk Tarihi Kurumu Basımevi, 1943.

İnalcık, Halil, Mehmet Seyitdanlıoğlu : **Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu**, 2. Baskı, Ankara, Phoneix Yayınevi, 2006.

İnceoğlu, Sibel : “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, S. 4, 2006, s. 45-62.

Jakubowski, Matthias : “Kanunilik İlkesinin Ceza Hukuku Tarihi Açısından Gelişimi”, **Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi**, (Haz. Prof. Dr. Gunnar Duttge- Prof. Dr. Yener Ünver) (Editör: Yener Ünver), C. 3, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 63-78.

- Kangal, Zeynep T. : “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 17, 2011, s. 61-106.
- Kangal, Zeynep T. : **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Kapani, Münci : **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutu**, 3. Basım, Bilgi Yayınevi, 1997.
- Kaplan, İbrahim : “Demokrasi- Hukuk – Otorite”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 1-2, Ankara, 1994, s. 267-271.
- Karan, Ulaş : “Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 73, 2007, s. 146-173.
- Kaymaz, Seydi, Hasan Tahsin Gökcan : **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Keçelioğlu, Elvan : “Ceza Hukukunda İçtihadın Sınırları, Yorum ve Kıyas”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 3, S. 11, Ekim 2012, s. 77-100.

- Keskin, O. Kadri : **Taksirle Öldürme ve Yaralanmaya Neden Olma**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1994.
- Kili, Suna, Şeref Gözübüyük : **Türk Anayasa Metinleri “Senedi İttifaktan Günümüze”**, Ankara, Türkiye İş Bankası, 1985.
- Koca, Mahmut, İlhan Üzülmez : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Koca, Mahmut, İlhan Üzülmez : **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Köroğlu, Mehmet : “Hukuk Tarihi Açısından Ölüm Cezası ve İnfaz Şekilleri”, **İslam Hukuku Araştırma Dergisi**, S. 17, 2011, s. 309-322.
- Lee, R. W. : **M. Ö. 753’ten MS. 1948’e kadar Roma Hukuku Tarihi Bir Bakış**, (Çeviri: Serpil Altop), İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002.
- Maden, Mehmet : **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami : **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar**

Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda)
Yaptırım Rejimi, İstanbul, Kazancı,
1995.

Mahmutoğlu, Fatih Selami : Türkiye’de Ölüm Cezasının
Kaldırılması Süreci ve Avrupa
Birliği’nin Sürece Katkısı,
www.fsmahmutoglu.av.tr

Mahmutoğlu, Fatih Selami/ Serdar : “Avukatların Görev Suçları ve
Talas Yargılanması Rejimi”, **İstanbul Barosu
Dergisi Ceza Özel Sayısı**, İstanbul,
2007.

Mahmutoğlu, Fatih Selami/ Serra : **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler
Şerhi**, İstanbul, Beta, 2017.

Meraklı, Serkan : **Ceza Hukukunda Kusur**, Ankara,
Seçkin Yayıncılık, 2017.

Montesquieu : **Kanunların Ruhu Üzerine**, (Çeviri:
Fehmi Baldaş), Hiperlink Yayınları,
T.Y.

Mumcu, Ahmet : **İnsan Hakları & Kamu
Özgürlükleri**, 2. Baskı, Ankara, Savaş
Yayınları, 1994.

Mumcu, Ahmet : **Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katl**,
4. Baskı, Phoneix Yayınları, 2007.

Nas iğdem, Ahmet Ceran

: “Neden İdam Cezası Geri
Getirilmemelidir?”, **İKV**
Değerlendirme Notu-190, İktisadi
Kalkınma Vakfı, Kasım 2016, s. 1-7.

Onar, Sıddık Sami

: **İdare Hukukunun Umumi Esasları,**
C. I, İstanbul, Hak Kitapevi, İsmail
Akgün Matbaası, 1966.

Öden, Merih

:**Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik**
İlkesi, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2003.

Öden, Merih, Selin Esen

: “Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının
Soyadı”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a**
Armağan, C. II, Ankara, 2013, s. 817-
836.

Önder, Ayhan

: **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. I,**
İstanbul, Beta, 1991.

Önder, Ayhan

: **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.**
II-III, İstanbul, Beta, 1992.

Önok, R. Murat

: **Tarihi Perspektifiyle Uluslararası**
Ceza Divanı, Ankara, Turhan Kitabevi,
2003.

Özay, İlhan

: **Devlet İdari Rejim ve Yargısal**
Korunma (Denemeler), İstanbul, Filiz
Kitabevi, 1986.

Özbek, Veli Özer

: **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Genel Hükümler (Madde 1-75), C. I, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.**

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe

: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.**

Özek, Çetin

: **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1972.**

Özen, Muharrem

: **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998.**

Özenbaş, Nazmiye

: **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.**

Özgenç, İzzet

: **Çek Kanunu, 7. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.**

Özgenç, İzzet

: **Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.**

Özgenç, İzzet

: **Terörle Mücadele Kanunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.**

Özgenç, İzzet

: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.**

- Özgenç, İzzet, Cumhur Şahin : **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.
- Özkan, Zeynep : “Rusya Federasyonu Anayasal Düzeninde Ölüm Cezası ve Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı”, **Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi**, C. 4, S. 7, Ocak 2019. s. 123-143.
- Öztürk, Bahri, Mustafa Ruhan Erdem : **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Poole, Stanley Lane : **Lord Stralford Canning’in Türkiye Hatırları**, (Çeviri: Can Yücel), Ankara, 1959.
- Sancar, Türkân Yalçın : **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Sancar, Türkân Yalçın, Timuçin Köprülü : **Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları**, 3. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2016.
- Sarıca, Ragıp : **Türkiye’de İcra Uzwunun Tanzim Selahiyeti**, İstanbul, Türk Hukuk Kurumu, 1943.
- Sarınca, Köksal : **Ölüm Cezası**, Kırıkkale Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku
Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek
Lisans Tezi, Kırıkkale, 2002.

Sarıtaş, Erkan

: **Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme
Suçları (TCK m. 220-221)**, İstanbul,
On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Sav, Önder

: “İnsan Haklarına Hukukun
Üstünlüğüne Saygı ve Terörle Mücadele
Kanunu”, **Türkiye Barolar Birliği
Dergisi**, S. 2, 1991, s. 179-183.

Savaş, Abdurrahman

: “Hitit, Roma, İslam ve Yahudi
Hukukları Üzerine Mukayeseli Bir
Çalışma”, **İslam Hukuku
Araştırmaları Dergisi**, S. 18, 2011, s.
243-274.

Sevük Yokuş, Handan

: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda
Kadınlara İlişkin Hükümlerin
Değerlendirmesi”, **Dünyada ve
Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları
Kongresi (26 Mayıs 2010-4 Haziran
2010)**, C. II, (Edit: Prof. Dr. Adem
Sözüer), İstanbul, On İki Levha
Yayıncılık, 2013. s. 2251-2276.

Soyaslan, Doğan

: **Yürütme Organının Suç ve Ceza
Koyma Yetkisi**, Ankara, Kazancı, 1990.

Sözüer, Adem : “Hukuki Hata”, **Yargıtay Dergisi**, C. 21, S. 1-2, Ocak-Nisan 1995, s. 456-490.

Sözüer, Adem : “Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu”, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, 4. Baskı, İstanbul, Alfa Yayıncılık, s. 7-38.

Sözüer, Adem : “Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, **Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck Onuruna 27-29 Eylül 2009 Tarihinde İstanbul’da Düzenlenen Uluslararası Kolokyum Kitabı**, İstanbul, 2011.

Sözüer, Adem : “Yeni Bankacılık Kanunu’nda Suçlar ve Yaptırımlar”, **Hukuki Perspektif Dergisi**, S. 5, Aralık 2005, s. 166-191.

Sözüer, Adem : **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, İstanbul, Alfa Yayıncılık, 1996.

Sözüer, Adem : “Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü ve Yarını, Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına Dair Notlar”, **Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan**,

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, 2019, s. 3031-3050.

Sözüer, Adem, Abdullah Batuhan : “Türk Ceza Hukukunda Kadın ve Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddetin 6284 sayılı Kanun Bağlamında Değerlendirmesi”, **2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık**, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul, 2014, s. 255-286.

Şen, Ersan : **1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku**, İstanbul, Beta, 1998.

Şen, Ersan : **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.

Şentop, Mustafa : **Tanzimat Döneminde Osmanlı Ceza Hukuku Kanunlar-Tadiller-Layihalar Uygulama**, İstanbul, Yayıncılık Matbaası, 2004.

Talas, Serdar : “Türk Ceza Kanunu’nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirlenmesi Suçları”, **Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncı’ya Armağan**, İstanbul Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, 2013, s. 1147-1158.

Talas, Serdar

: Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeniyle Serbest Hareket (actio-libera in causa) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Lale Organizasyon Yayınları, İstanbul, 2012.

Taner, Taner

: Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul, Ahmet Sait Matbaası, 1949.

Tanör, Bülent

: Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), 2. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 1995.

Tanör, Bülent

:Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul, BDS, 1991.

Tekelioğlu, Memduh

: “Hukukumuzda Kadın”, Hukukta Kadın Sempozyumu, 30 Eylül – 1 Ekim 1999, 2. Baskı, Ankara, 2000.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan
Erdem, R. Murat Önok

: Teorik ve Pratik Özel Ceza Hukuku, 16. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Toroslu, Nevzat

: Ceza Hukuku Genel Kısım, 17. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2012.

Tosun, Öztekin

: “Suçların Kanuniliği Prensibi

Aleyhindeki Cereyan”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 27, S. 1-4, Y. 1961, s. 45-61.

Tosun, Öztekin

: “Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 28, S. 2, Y. 1962, s. 349-366.

Tosun, Öztekin

: **Suç Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, İstanbul, Ar Basım, 1982.

Turhan, Mehmet

: “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerinin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 20, Y. 2003, s. 215-248.

Turhan, Faruk

: “Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Adam Öldürme Suçlarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirmesi”, **Ceza Hukuku Reformu, Sempozyum 20-23 Ekim 1999**, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul 2001, s. 615-634.

Turinay, Faruk

: **Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

- Uğurman Kendirci, Sema : “Hukuki Eşitsizliklere Karşı Mücadele ve Kazanımlar”, **2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık**, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul, 2014. s. 1-6.
- Umudum, Cafer Erdem : **Denetimli Serbestlik Bağlamında Elektronik İzleme**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- Umur, Ziya : **Roma Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1974.
- Yarsuvat, Duygun : “Yürütme Organının Koyduğu Kaideler İle Suç İhdası ve 1961 Anayasası”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 29, S. 3, Y. 1963, s. 540-559.
- Yazar Yok : **Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu -Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ceza ceza Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, İstanbul, Beta, 1998.
- Yazar Yok : **Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Panel**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004.

Yıldız, Ali Kemal

: “Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Yaratması”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 1033-1056.**

Yıldız, Ali Kemal

: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.**

Yılmaz, Sacit

: **12 Eylül 1980-1984 Yılları Arasında Sıkıyönetim Askeri Mahkemelerince Ölüm Cezasına Çarptırılan Ve Bu Cezaları İnfaz Edilen Hükümlülerin Dava Dosyalarının İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1996**

Yüce, Turhan Tûfan

: **Ceza Hukuku Dersleri, C. 1, Manisa, Şafak Basım ve Yayınevi, 1982.**

Zafer, Hamide

: **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Bası, İstanbul, Beta, 2016.**

Zafer, Hamide

: **Ceza Hukukunda Terörizm, Milletlerarası Metinler ve 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun Işığında, İstanbul, Beta, 1999.**