İDARİ SUÇ ve CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Ayhan TEKİNSOY

Hazırlayan: Hasan DURSUN

05921821

ANKARA

19 Aralık 2014

(Tez Beyan Belgesi)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(....19..../...12...../.2014...)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Hasan DURSUN

İmzası

TEZ ONAY SAYFASI

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İDARE HUKUKU BİLİM DALI

İDARİ SUÇ VE CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİ

DOKTORA TEZİ

Tez Danışmanı: Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY	.....
Doç. Dr. Cüneyt OZANSOY	.....
Yrd. Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK	.....
Yrd. Doç. Dr. Artuk Ardıçoğlu	.....
Yrd. Doç. Dr. Muammer KETİZMAN	.....

Düzeltilmiş Metinli Tez Sınavı Tarihi: 19.12.2014

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR iv

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM KANUNİLİK İLKESİNİN ANLAM ve TÜRLERİ ile DİĞER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ 14

I-GENEL OLARAK 14

II- KANUNİLİK İLKESİNİN TÜRLERİ 17

1. Biçimsel Kanunilik İlkesi 17
a. Kanunun Tekelciliği 21
aa. Kanunun Tekelciliği Alt İlkesinin İşlevi 21
bb. Örf ve Adet 24
cc. Ceza Hukukunun Kaynakları 29
aaa. Kanun 29
bbb. Uluslararası Antlaşmalar 32
ccc. Düzenleyici İşlemler 34
ddd. Mahkeme İçtihatları 48
eee. Hukukun Diğer Kaynakları 50
dd. Açık Ceza Normlarının Kanunun Tekelciliği Alt İlkesi Bakımından İrdelenmesi 53
b. Kanunun Açıklığı 61
aa. Kanunun Açıklığı Alt İlkesinin Tanımı ve Anlamı 62
bb. Kanunun Açıklığı Alt İlkesinin İşlevi 70
cc. Yorum ve Kıyas 76
dd. Kıyas Yoluyla Muhakeme Yasağı veya Sınırlılığı 86
c. Kanunun Geçmişe Uygulanmazlığı 92
aa. Kanunun Geçmişe Uygulanmazlığı İlkesinin Anlamı 92
bb. Kanunun Geçmişe Uygulanmazlığı Alt İlkesinin İşlevi 99
cc. Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Geçerliliği 104
dd. Türk Hukukunda Düzenleme 110
ee. Suçun İşlendiği Zaman 118
2. Maddi Kanunilik İlkesi 119
a. İnce Buz 121
b. Sosyal Savunma 122
c. Amaçsal Yaklaşım 123

III. KANUNİLİK İLKESİNİN HER İKİ ANLAYIŞININ YARAR ve SAKINCALARI 124

1. Biçimsel Kanunilik İlkesinin Yarar ve Sakıncaları 124
2. Maddi Kanunilik İlkesinin Yarar ve Sakıncaları 130
3. Hangi Kanunilik Anlayışı Benimsenmelidir 131

IV-SUÇ ve CEZADA KANUNİLİK İLKESİ İLE DİĞER KAVRAMLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER 139

1. Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi ile Tipiklik Arasındaki İlişkiler 139

2. Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi ile İdare Hukukundaki Kanunilik İlkesi Arasındaki İlişkiler 151
a. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz Kuralı ile İdare Hukukunda Geçerli Olan Kanunilik Türleri Arasındaki İlişkiler 152
b. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz Kuralı ile Kanuni İdare İlkesi Arasındaki İlişkiler 158
İKİNCİ BÖLÜM İDARİ SUÇ ve CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI 163
I- GENEL BİLGİ 163
II- HALKA YÖNELİK İDARİ SUÇ ve CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI 169
1. İdari Polis Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 171
2. İdari Trafik Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 181
3. Spor Müsabakalarıyla İlgili İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 185
4. Belediye Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 190
5. İdari Çevre Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 194
6. İdari Orman Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 200
7. İdari İmar Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 203
8. İhale Düzeniyle İlgili İdari Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 210
9. İdari Vergi Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 214
10. Regülatif İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 235
III. DİSİPLİN SUÇ ve CEZALARINDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI 256
1. Kurumsal Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 258
a. Kamu Görevlileriyle İlgili Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 258
aa. Devlet Memurlarıyla İlgili Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 258
bb. KİT Personeline Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 274

cc. Yükseköğretim Personeline Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 279
b. Öğrencilere Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 288
aa. Ortaöğretim Öğrencilerine Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 289
bb. Üniversite Öğrencilerine Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 291
c. Mahkûm ve Tutuklularla İlgili Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 295
d. Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarının Verdikleri Disiplin Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 299
e. Askeri Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi 305
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM HUKUKA AYKIRI DAVRANIŞLAR ve ÇEŞİTLİ KAVRAMLARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULAMASI 314
I- HALKA YÖNELİK İDARİ SUÇ ve CEZALAR ile DİĞER HUKUKA AYKIRI EYLEMLER ve ÇEŞİTLİ KAVRAMLARDA KANUNİLİK İLİŞKİSİNİN UYGULAMASI BAĞLAMINDA İLİŞKİLER 315
1. Halka Yönelik İdari Suç ve Cezalarda Olduğu Gibi Ceza Hukuku Suç ve Cezalarında da Kanunilik İlkesi Katı Bir Şekilde Uygulanır 316
2. Halka Yönelik İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi Katı Bir Şekilde Uygulanırken Özel Hukuk Haksız Fiillerinde Bu İlke Uygulanmaz 328
3. Çeşitli Yaptırımlarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması 337
a. İdari Tedbirlerde Kanunilik İlkesinin Uygulaması Özgün Nitelik Göstermektedir 340
b. İdari İcrada Kanuni İdare İlkesi Uygulanır 357
c. Gecikme Zam ve Faizi Vergide Kanunilik İlkesine Tabidir 361
d. Özel Hukuk Yaptırımlarında Kural Olarak Kanunilik İlkesi Uygulanmaz 368
II- DİSİPLİN SUÇ ve CEZALARI ile CEZA HUKUKU SUÇ ve CEZALARI ve ETİK ARASINDA KANUNİLİK İLİŞKİSİNİN UYGULAMASI BAĞLAMINDA İLİŞKİLER 373
1. Ceza Hukuku Suç ve Cezalarında Olduğu Gibi Disiplin Suç ve Cezalarında da Kanunilik İlkesinin Titiz Bir Şekilde Uygulanması Gerekir 374
2. Etik Kurallar Suç ve Cezada Kanunilik İlkesine Tabi Değildir 378
SONUÇ 390
KAYNAKÇA 427

KISALTMALAR

a.b.ç. : Altını ben çizdim
AATUHK : Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun
ABD : Amerika Birleşik Devletleri
ACK : Askeri Ceza Kanunu
AİD **:** Amme İdaresi Dergisi
AİHM **:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİTİA **:** Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi
AJDA **:** Actualité Juridique- droit administratif
AMKD : Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
ATKDTK **:** Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu
AÜEHFD: : Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜSBFY **:** Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları
AYİM **:** Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYMKBB : Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası
BİO : Bağımsız İdari Otorite
Bkz. : Bakınız
CC. **:** Conseil Constitutionnel
DBB. : Danıştay Bilgi Bankası
DD. : Danıştay Dergisi
DİBK **:** Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu
DİDDGK : Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
DKD. **:** Danıştay Kararlar Dergisi
DMK : Devlet Memurları Kanunu
dn. **:** dip not
DPT : Devlet Planlama Teşkilatı
DVDDGK : Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu
EDCE : Études et Documents Conseil D'état
EJIL **:** The European Journal of International Law
et.al : ve diğerleri
IMF : Uluslararası Para Fonu
İBM **:** İstanbul Barosu Mecmuası
İHİD **:** İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFY : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
KHK : Kanun Hükmünde Kararname
Krş. : Karşılaştırınız
R.G. **:** Resmi Gazete
RFDA. : Revue française d'Administration Publique
RFDA. : Revue française de droit administratif
s. **:** Sayfa
sic. : Aynen Öyle.
T. **:** Tome
TBK : Türk Borçlar Kanunu
TMK : Türk Medeni Kanunu

vb.	: ve benzeri
vd.	**:** ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl
YD	: Yürütmeyi Durdurma

GİRİŞ

Tarihin hiçbir döneminde cezalandırma yetkisini mahkeme veya yargıç tek başına elinde tutmamış, bir diğer deyişle, bu yetki bakımından mahkeme veya yargıç tekelci bir konuma gelememiş, bunu yargı dışındaki organlarla ve bu arada idareyle paylaşmıştır.[1] Aslında yaşamda görülen her ihlalin ceza hukukunun kapsamına alınması doğru değildir. Bu bağlamda toplumda düzeni sağlayabilmek, düzen, bağlılık ve etiği profesyonel mesleklerde, ekonomide veya belirli bir piyasada sağlayabilmek için idari ceza öngörülmekte ve bundan dolayı da günümüzde o oldukça yaygın bir şekilde kullanılmaktadır.[2]

Üstelik son yıllarda, idari ceza,[3] bir moda halini almıştır.[4] Gerçekten de önceleri idari mali cezalar dışındaki idari cezalara pek fazla rastlanılmaz iken özellikle II. Dünya Savaşından sonra devlet, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak ekonomik, sosyal ve kültürel yaşama müdahale ederek idari ceza öngördüğü halleri[5] artırmış[6] ve düzenleyici görevini yapmak üzere özellikle kurul halinde çalışan Bağımsız İdari Otorite (BİO) olmak üzere oldukça değişik idari organlar tarafından ruhsat (lisans) iptali, mali nitelikli ceza, idari para cezası gibi yaygın bir şekilde idari ceza tayini yoluna gitmiştir.[7] Bu durumların idari ceza verilmesi sıklığını süratle artırdığı ortadadır.[8]

Biraz önce idari cezanın yaygın bir şekilde kullanıldığı ve âdeta bir moda haline dönüştüğü belirtilmişti. Ancak, itiraf etmek gerekir ki idari cezayı[9] açıklamak için ileri sürülen gerekçeler oldukça zayıftır. Nitekim çok seçkin Fransız kamu

---

[1] Delmas, M. M. ve Teitgen, C.C. Punir Sans Juger, Economica, Paris 1992, s. 7.
[2] Bonichot, J.C. Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme, AJDA, 20 octobre 2001 spécial, s. 80.
[3] Bu çalışmada bahsedilen idari ceza, aksi belirtilmedikçe idari suç ile dar anlamda cezayı içerisine almaktadır.
[4] Chapus, R. Droit administratif général Tome 1, 15e édition, Montchrestien, Paris 2001, s. 1172, ayrıca, krş., Moderne, F. Sanctions administratives et justice constitutionelle, Economica, Paris 1993, s. 39.
[5] Müdahale bağlamında idari ceza öngörülmesinin temel ereği, özel kişilerin kamu yararına hareket etmesini sağlamaktır. Delmas ve Teitgen, s. 15.
[6] Delmas ve Teitgen, s. 7.
[7] Chapus, Tome 1, s. 1172.
[8] Bununla birlikte, idari cezanın uygulanma sıklığı süratle artmasına karşın, aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere onun kuramsal "arka planı" (geçmişi) hiçbir ülkede sağlam bir temele oturtulamamıştır.
[9] Burada idari cezadan kastedilen husus "halka yönelik idari ceza"dır. İdari cezaların "halka yönelik idari ceza" ve "disiplin cezası" şeklindeki iki türünden ileride ayrıntılı bir şekilde bahsedilecektir.

hukukçularını oluşturan Marcel Waline, André de Laubadère ve Jean Bernard Auby idari cezaya kuramsal bir temel oluşturmakta oldukça zorlanmışlar, hatta böyle bir temeli sağlam bir şekilde oluşturamamışlardır. Nitekim bunlardan Marcel Waline **(**Traité de droit administratif, Sirey, 9^{e} éd., 1963**)** adlı eserinde idari cezanın vergi cezalarıyla birlikte "sözde veya sahte ceza hukuku"nu (pseudo-droit pénal) oluşturacağını ifade etmiştir.[10] Waline'nin idari cezayı sözde veya sahte ceza hukuku olarak adlandırması yazarın bu cezayı kuramsal temeli sağlam, gerçek bir ceza olarak görmediğinin somut bir kanıtıdır.

İdari cezanın kuramsal temelini oluşturabilmek için ortaya atılan belli başlı cılız görüş kurum görüşüdür.[11] Bu görüşe göre İdare,[12] disiplin gücüne sahip olan karmaşık bir kümeden oluşmakta ve idari ceza idari kuruma özgü bir disiplin cezasını oluşturmaktadır. Daha açık bir deyişle, İdarenin veya İdarede belirli yapıda grup halinde bulunan kişilerin belirli bir küme "görevi" (misyonu) bulunmakta, kamu hizmetini sunmak olan bu görev yerine getirilirken kamu gücünün kullanılması ve belirli bir disiplinin bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda söz konusu görüş, idari cezayı; disiplin cezası, idari veya yargısal gücün kullanımı, kurumsal görevi gerçekleştirebilmek için kamu görevlisi veya kurum mensubuna karşı yapılan işlem veya kusurlu olarak hukuk düzeni ihlaline karşı kurumun ihlali önlemek görevi çerçevesinde uygulanan hukuksal süreç olarak kabul etmektedir.[13]

Ancak Moderne'in isabetli olarak belirttiği üzere kurum görüşü her ne kadar içeriksel olarak zengin olsa da idari cezaya karşı yaklaşımı oldukça hatalıdır. Zira

---

[10] Bkz. Sauvé J-M. Les sanctions administratives en droit public français, AJDA, 20 octobre 2001 spécial, s. 16.

[11] Kurum görüşünün kurucusu Maurice Haurio'dur. Haurio, kurumu şu şekilde tanımlamaktadır: "Kurum, belirli bir sosyal çevrede hukuksal yönden maddileşen ve süreklilik kazanan bir eser ya da teşebbüs fikridir. Bu fikrin gerçekleştirilmesi için, organlara sahip bir iktidar örgütlenmesi söz konusu olurken; diğer yandan, bu fikrin gerçekleştirilmesiyle ilgili sosyal grubun üyeleri arasında iktidarın organları tarafından yönetilen ve çeşitli usullerle düzenlenen inanç ortaklığı gösterileri yapılır." Bkz. Haurio, M. La Théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social), Cahiers de la Nouvelle Journée, N^{o} 4, 1925, s. 10, Nak., Öztürk, K. B. Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 130. Bu bağlamda Haurio'nun kurum kuramı bir ölçüde organizmacı bir anlayışı yansıtmaktadır. Daha açık bir deyişle, bu kuramda kurumlar canlı organizmalar gibi sürekli değişim gösteren bir yaşam içerisinde görülmekte ve kurumların yaratıcı gücü de bu çerçevede değerlendirilmektedir. Bkz. Öztürk, s. 131.

[12] İdare kavramı hem işlevsel hem de örgütsel yanları ile bir bütün olarak kabul edildiği takdirde tekil bir biçimde kullanılır ve büyük harflerle yazılır. Bkz. Duran, L. İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 3. Biz bu çalışmada "idare" kavramını sürgit bir şekilde tekil olarak kullanacak, bütün olarak kabul ettiğimiz durumlarda büyük harfle, yalnızca teşkilat veya faaliyet bağlamında ele aldığımız takdirde ise küçük harfle yazacağız.

[13] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 188.

kurum görüşü birincil ve ikinci kurumların idari cezayı uygulamak bakımından farklı bir şekilde yapılandırılmasını savunmakta, buna karşın, sağlam ölçütlere dayalı olarak "birincil" ve "ikincil" kurum ayrımını yapabilmek oldukça güç gözükmektedir. Nitekim çağcıl ülkelerin anayasa yargıları da kurum görüşünü oldukça karmaşık olduğu için idari ceza konusunda kullanmamaktadırlar.[14]

İdari cezanın kuramsal olarak lehinde olan kurum görüşü zayıf olduğu gibi başka görüşler de son derece zayıftır. Nitekim Birleşik Devletler Federal Temyiz Mahkemesi, İspanya Anayasa Mahkemesi, Almanya ve İtalya'da öğretinin idari cezaya temel olarak aradığı kuramsal görüşlerin hiçbirisi başarılı olamamış, idari ceza daha çok siyasal tercih veya yasama siyasası olarak görülmüştür.[15] Bu bağlamda, siyasal tercih veya yasama siyasası olarak idari ceza; hızlı bir şekilde uygulandığı, ceza hukukunun kapsamına girmeyen veya girmemesi gereken suçların daha iyi ve derin bir şekilde soruşturulması ve cezalandırmanın etkinliğinin sağlanabilmesi gibi nedenlerle tercih edilmektedir.[16]

Buna karşın, idari ceza türlerinden halka yönelik idari cezaların[17] sağlam kuramsal temelini bulabilmek bakımından çekilen bu sıkıntı, idari cezanın diğer bir türü olan disiplin cezaları bakımından görülmemektedir. Daha açık bir deyişle, disiplin cezalarının sağlam nitelikteki kuramsal temellerini bulabilmek zor değildir. Gerçekten de disiplin; özel ilişki, idari sözleşme, izinle meslek icra eden kimselerin sorumluluğu gibi kavramlar, disiplin cezalarının kolaylıkla kuramsal alt yapısını oluşturmakta, kurum veya kamu yararı gibi kavramlar da disiplin cezalarını haklı çıkartmakta ek gerekçeler olarak ileri sürülmektedir.[18]

Halka yönelik idari cezaların kuramsal temeli sağlam olmamasına karşın söz konusu cezalar ülkeler tarafından daha ziyade pratik gerekçeler ile yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Gerçekten de insanların varlığını sürdürmesine yarayan kurallar ceza yaptırımlarıyla düzenlenmekte, bu bağlamda sınırsız bir şekilde, her norm ihlali mahkeme kararıyla cezalandırılabilmektedir. Bununla birlikte, aşağıda ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulacağı üzere, norm ihlalinin esaslı olmadığı, bir başka deyişle,

[14] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 188 ve dn. 84.
[15] Fazla bilgi için bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 191 vd.
[16] Fazla bilgi için bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 192.
[17] Bir başka deyişle halka yönelik yönelik idari cezaların.
[18] Fazla bilgi için bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 192.

"ikincil"[19] (tali) nitelik taşıdığı, trafik[20] veya vergi suçlarında olduğu gibi yaygın veya "dizgesel" (sistematik) ihlallerin bulunduğu durumlarda bu ihlallerin yetkili idari otoriteler tarafından cezalandırılması pratik açıdan daha faydalı gözükmektedir.[21]

Bu bağlamda günümüzde idari ceza daha çok pratik gerekçelerle uygun görülmektedir. Bu pratik gerekçelerden ilki, idari cezanın devlet için bir kazanç getirmesidir.[22] Gerçekten de ceza hukukunun ana cezasını oluşturan hapis cezası halka yönelik harcamaları çoğaltmakta, buna karşın, cezai idare hukukunun temel cezasını oluşturan idari para cezası devletin gelirini artırmaktadır.[23] Zaten ülkelerin ceza hukuklarında yaşanan kriz ve siyasal koşullar nedeniyle günümüzde devletler idari cezaya az veya çok önem vermeye başlamışlardır.[24] Örneğin, Türkiye'de 2007 yılında 3.515.191 TL toplam idari para cezası tahsil edilmiş olup bunun 2.687.174 TL'sini idari vergi cezaları oluşturmaktadır. Bu dönemde tahsil edilen yargı, daha doğru bir deyişle, adli para cezasının miktarı ise 159.837 TL'dir.[25] İdari para cezasından elde edilen bu kazançtan devletin vazgeçmesi kolay değildir. İkinci olarak, yaygın bir şekilde işlenilen suçlar bakımından idari cezaya daha da büyük bir

[19] Kuşkusuz bir norm ihlalinin "esaslı" veya "ikincil" olduğunu saptayabilecek nesnel bir ölçüt bulunmamaktadır. Bu değerlendirmeyi ve ayrımı yapacak yegâne organ parlamentodur.

[20] İdari cezanın pratik bakımından önemi konusunda Fransa'dan verilebilecek bir örnek, onun yaşamsal bakımdan ne derece önem taşıdığını bütün çıplaklığıyla göstermektedir. Fransa'da 1970'li yılların başına kadar trafik cezaları bakımından temel yetkili organı trafik mahkemeleri oluşturmuştu. Bu yıllara kadar trafik kazalarında ölüm ve yaralama olaylarının hızla çoğalması Hükümeti trafik alanında idari suç ve ceza koymaya itmiştir. Daha açık bir deyişle, trafik mahkemeleri önündeki davalara geç baktığı için trafik konusunda konulan idari cezaların yargısal cezalardan daha hızlı ve basit olduğu düşünülmüştür. Öte yandan Fransızlar, trafik güvenliğinin dünyada paylaşılan bir değer yargısı olduğunu düşünerek bu alanda idari cezaya mutlak bir gereksinim olduğunun bilincine ulaşmışlardır. Trafik alanında öngörülen idari ceza yoluyla Fransa'da trafik kazalarından kaynaklanan ölüm ve yaralama olayında önemli düşüşler elde etmişlerdir. Örneğin, Fransa'da 1972 yılında trafik kazalarından 17.000 ölüm olayı gerçekleşmiş iken bu sayı 2000 yılında 7.700'e düşmüş, yine 1972 yılında 108.000 yaralanma gerçekleşirken, 2000 yılında 34.000 yaralanma olayı gerçekleşmiştir. Bu rakamlar yaklaşık olarak ölüm olaylarında yarı yarıya, yaralama olaylarında ise üçte ikilik bir düşüşü göstermektedir. Görüldüğü üzere, trafik alanında konulan idari cezalar sayesinde binlerce insanın yaşamı kurtulmuştur. Bkz. Builly, P. La Sanction administrative en matière de sécurité rouitère, AJDA, 20 Octobre 2001 spécial, s. 34, 37.

[21] Corso, G. Manuale di Diritto Amministrativo, Terza edizione, G. Giappichelli editore, Torino 2006, s. 189-190.

[22] Ancak hemen şunu belirtmek gerekir ki idari cezaya kazanç gözüyle bakılması devlet açısından haysiyet kırıcı bir durum oluşturur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Genel Bir Bakış, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 70, Ekim 2008, s. 3414-3415.

[23] Gordon R.K. Law of Tax Administration and Procedure in Tax Law Design and Drafting, Editör Victor Thuronyi, IMF, 1996, s. 117.

[24] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 9.

[25] Bkz. (http://archive.ismmo.org.tr/docs/yayinlar/kitaplar/2010/10_13%20cezali%20kentler.pdf, s. 425, Erişim Tarihi, 25.2.2011).

pratik gereksinim duyulmaktadır. Örneğin, Türkiye'de Trafik Bölge ve Şube Müdürlüğü ekipleri sürücülere yılda 1 milyon TL'den daha fazla ceza kesmekte olup bu rakam 2007 yılında 1.139.000 TL'ye ulaşmıştır.[26] Yine, İstanbul'da 2007 yılında 1.548.721 idari trafik para cezası kesilmiş olup bu cezalardan 141.177.770 TL tahakkuk[27] ettirilmiştir.[28] Buna karşın, yalnızca Ankara'da kurulmuş olsa bile trafik mahkemesine 2007 yılında trafik suçlarıyla ilgili açılan davaların sayısı 47 olarak oldukça düşük bir miktarda gerçekleşmiştir.[29] Üçüncü olarak, idari cezanın olmadığı, ekonomik olarak gelişmiş hiç bir batı ülkesi bulunmamaktadır.[30]

İdari cezalar bakımından kullanılan terminoloji bakımından da büyük bir karmaşa ve kargaşa yaşanmaktadır. Bu çalışmada söz konusu kargaşa ve karmaşayı önleyebilmek için büyük çaba gösterdiğimizi belirtmek isteriz. İlk olarak bu çalışmada kullanılan idari suç ve ceza kavramları, ceza hukukunun bir dalı olan "idari ceza hukuku"[31] (droit administratif pénal) olarak değil, idare hukukunun bastırıcı bir dalı olan "cezai idare hukuku" (droit pénal administratif) olarak anlaşılması gerekir.[32] İdari ceza hukukunun niteliği, idari ceza kuralının ceza tehdidi

---

[26] (http://www.mus.gen.tr/news.asp?Action=Print&hid=2974, Erişim Tarihi, 25.2.2011).

[27] Türkiye'de idari para, hatta yargı (adli) para cezası dâhil para cezası alanında karşılaşılan en büyük sorun, tahsilâtın tahakkuka oranının oldukça düşük seyretmesidir. Örneğin, 2006-2009 yıllarını kapsayan dört yıllık dönemde 60 milyar lira para cezası kesilmesine (tahakkuk ettirilmesine) karşın, sadece 15,7 milyar lira tahsil edilebilmiştir. Bu konuda bkz. (http://archive.ismmo.org.tr/docs/yayinlar/kitaplar/2010/10_13%20cezali%20kentler.pdf, s. 423, Erişim Tarihi, 25.2.2011).

[28] (http://trfdenetleme.iem.gov.tr, Erişim Tarihi, 25.2.2011).

[29] Bkz. (http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2007/ist_tab.htm, Erişim Tarihi, 25.2.2011). Fransa'daki rakamlarla krş. Austry, S. Les Sanctions administratives en matière fiscale, AJDA, 20 Octobre 2001 spécial, s. 51-52.

[30] Austry, s. 52.

[31] İdari cezayı idari ceza hukuku kapsamında görenlerden bazıları idari cezanın, sosyal yaşamın ihlallerinin karşılığı olduğunu, kanuna veya düzenlemeye eklenen özel yaptırımları içerdiğini, ancak ceza kanununun kapsamı dışında olduğunu savunmaktadırlar. Bir başka deyişle, bu görüş sahipleri, idari ceza hukukunun, ceza kanununda düzenlenmemiş ceza hukukunun teknik ve özel bir dalı olduğunu ve idarenin sosyal yaşama müdahale durumlarını düzenlediğini ileri sürmüşlerdir. Hâlbuki bu görüş isabetsizdir. Bir kere Almanya ve Portekiz'de olduğu gibi salt sosyal düzene aykırılıklar bakımından değil kamu hizmetleri bakımından öngörülen aykırılıklar hakkında da idari cezanın verileceği esası benimsenmiştir. Ayrıca, idari ceza özgün bir alan olup kamu hizmetinin yürütülmesinde İdarenin elinde bulunan oldukça önemli bir silahtır. Öte yandan, "idari ceza hukuku" kavramı belirsiz bir kavram olduğu gibi idari ceza ile idare hukuku arasındaki bağlantıyı da dikkate almamaktadır. Bu bağlamda idari ceza, idare hukukunun bir koludur ve İdare hukuku da özgün bir hukuk dalıdır. İdare hukukunun özgün bir nitelik kazanmasında büyük Fransız hukukçusu M. Hauriou büyük bir çaba sarf etmiştir. Fazla bilgi için bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 46-49.

[32] Delmas ve Teitgen, s. 7. Aksi görüş için bkz. Donay, S. İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler, İÜHFM, Cilt: XXXVIII, Sayı: 1-4, 1972, s. 423. Donay burada, İdarenin bizzat yaptırım uyguladığı durumların idari ceza hukukunun bir bölümünü teşkil ettiğini ifade etmektedir.

altında koruduğu değerin hüküm unsurunun[33] içerdiği emir ve yasakların polis suçları ile mali suçlarda olduğu gibi salt idari faaliyetlere, bir başka deyişle, idari düzene ilişkin olması ve bütünüyle idari bir nitelik taşımasıdır.[34] Kısacası, idari ceza hukuku, ceza hukukunun bir dalı olup ceza normunun idari nitelik taşıyan hüküm kısmının cezai müeyyidelerle desteklenmesi anlamını taşır.[35]

Hâlbuki cezai idari hukuku, idari ceza hukukundan yaptırım itibarıyla önemli ölçüde farklıdır. Daha açık bir deyişle, idari müeyyideler, cezai yaptırımlardan önemli ölçüde ayrı ve kendisine özgü nitelikte idari işlemlerdir. Bu bağlamda, cezai idare hukukunun yaptırımlarının çoğunluğu, ceza hukukunun yörüngesinden çıkarak özgürlük ve özerkliğine kavuşmuş, idare hukukunun kendi özgün gelişme alanı içerisinde yerlerini almışlardır. Bu çerçevede, idari cezayla uğraşan bilim dalı için "idari ceza hukuku" kavramının yerine "cezai idare hukuku" kavramının kullanılması daha doğru olacaktır.[36]

Cezai idare hukuku, idarenin bünyesinde bulunan kamu görevlilerine olduğu kadar İdarenin dışında bulunan kamu hizmetinden yararlanan kişilerin işledikleri idari suçlar ile onlara uygulanacak cezalarla da uğraşır. Bu hukuk dalı salt maddi nitelikte idari suç ve cezalarla uğraşmamakta, bunun yanında, idari suç ve cezaların konulmasında ve uygulanmasında riayet edilmesi gereken sürece, gerçek ve tüzel kişilerin hak ve menfaatleri ile kamu yararını ve düzeni korumak için verilen idari ceza işlemlerinin denetimiyle de uğraşmaktadır.[37]

İkinci olarak biz bu çalışmada "idari suç" ve "idari ceza" kavramlarını kullanmaktayız. Ancak öğretide bu kavramlar üzerinde bir oydaşının bulunduğu düşünülmemelidir. Örneğin, Özay, idari suç için idare hukukunda, ceza hukukundan daha geniş anlam ve kapsamda kullanılan "hukuka aykırı davranış" veya "hukuka aykırılık" kavramının kullanılması gerektiğini ima etmekte, "idari ceza" kavramı için ise "idari yaptırım" kavramının kullanılmasının yerinde olacağını ifade etmektedir. Yazar, "müeyyide" kavramının ceza hukukuna ait olduğunu, bu kavram yerine, hatta daha doğru bir deyişle, o kavramın türü olarak "yaptırım" sözcüğünün

[33] Bir ceza normu kural olarak hüküm ve "yaptırım" (müeyyide) unsurunu içerir.
[34] Bkz. Köni, B. İdari Ceza Hukuku Ders Notları, AÜSBF, Ankara, 1959-1960, s. 7-8.
[35] Krş. Köni, s. 6-7.
[36] Krş. Özay, İ. İdari Yaptırımlar, İÜHFY No.: 691, İstanbul, 1985, s. 143-144.
[37] Krş. Buhmann, K. Reforms of Administrative Law in the PRC and Vietnam: The Possible Role of the Legal Tradition, 72, 2003, s. 275.

kullanılmasının isabetli olacağını belirtmektedir.[38] Fransız öğretisinde ise kimi yazarlar "idari suç" kavramının uygun düşmediği gerekçesiyle bu kavram yerine "idari ihlal" kavramını, "idari ceza" kavramı yerine ise "idari yaptırım" kavramını kullanmaktadırlar.[39]

Biz terminoloji konusundaki söz konusu düşüncelerin yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Bir kere, artık ceza hukukunda da "müeyyide" kavramının kullanılmaması gerekmektedir. Gerçekten de günümüzde "ceza" veya "ceza müeyyidesi" kavramı yerine daha kapsamlı bir kavram olan "cezai sonuçlar" kavramının kullanılması gerekmektedir. Çünkü günümüzde suç için öngörülen yaptırım sadece "ceza"dan ibaret bulunmamakta, bunun yanında, ceza hukukunun uzun tarihsel gelişimi sonunda cezai sonuçlar dizgesi adı verilen farklı bir dizgenin kavranması ve oluşturulması aşamasına da ulaşılmış bulunmaktadır. Bu dizgede gerçi "ceza" temel kavram olarak korunsa da failin değişik kişiliğine göre ödetici, tedavi veya ıslah edici veya etkisiz hale getirici bir işlevi yerine getirmeye elverişli araçlara da yer verilmektedir.[40] Bununla birlikte, "ceza hukuku" ismi, artık onun çağcıl içeriğine uygun düşmese ve aksine bazı çabaların bulunmasına rağmen bu hukuk dalının "ceza hukuku" olarak adlandırılmaya devam etmesi, sadece geleneğin zorlaması veya daha kapsamlı bir isim bulunamamasının sonucu olarak değil, cezanın, bu hukuk dalının sürgit bir şekilde taşıyıcı eksenini oluşturmasının sonucudur.[41] Bu bağlamda, "idari ceza" kavramında da "ceza" temel bir eksen olduğu için "idari" sözcüğünün yanında "ceza" kavramının kullanılmasının daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

Öte yandan, Delmas ve Teitgen'in isabetli olarak belirttikleri üzere, her ne kadar idari cezanın kendisine özgün nitelikleri bulunsa da gerek ceza hukukunun kapsamına giren ceza, gerekse cezai idare hukukunun kapsamına giren cezada "cezalandırma" (répression) ortak bir niteliği oluşturduğundan,[42] kanımızca "idari ceza" kavramının kullanılması bu bağlamda bir zorunluluk oluşturmaktadır.

Aslında "idari ceza" kavramının yerine "idari yaptırım" kavramının kullanılması tarihsel açıdan da hatalıdır. Zira yaptırımın tarihi oldukça eski olmasına

[38] Bkz. Özay, İdari Yaptırımlar, s. 14-17.
[39] Delmas ve Teitgen, s. 35.
[40] Toroslu, N. Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006, s. 17.
[41] Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 17.
[42] Delmas ve Teitgen, s. 34.

karşın, modern anlamdaki "idari ceza"nın tarihi oldukça yenidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de (AİHM) "yaptırım" ile ceza" kavramı arasında isabetli bir şekilde ayrım yapmaktadır.[43] Yaptırım ile ceza kavramının doğru bir şekilde kullanılmasının idare hukuku açısından büyük bir önemi bulunmaktadır. Zira idari cezanın verilmesi yetkisinin kamu organları dışındaki kişilere devredilmesi olanaksız olmasına karşın, idari yaptırım uygulama yetkisinin idari nitelik taşımayan organlara devredilmesi olanaklıdır.[44]

Yine "idari ceza" kavramı yerine "idari yaptırım" kavramının kullanılması hem sözel hem de öz bakımından hatalıdır. Sözel bakımdan hatalıdır, çünkü "yaptırım" kavramı zaten "müeyyide" kavramının günümüz Türkçesine uyarlanmış halidir.[45] Öz bakımından hatalıdır, zira ileride ayrıntılı bir şekilde görüleceği üzere yaptırım yalnızca cezadan ibaret değildir. Örneğin, idari icra, idari tedbir ve tazminat halleri de "yaptırım" kavramının içerisine girmektedir. Bu bağlamda, "ceza" kavramı, "yaptırım" kavramının sadece bir türünü oluşturmakta olduğundan "idari ceza" kavramını kullanmaktan başka bir çıkar yol bulunmamaktadır.[46]

Bunlardan başka Delmas ve Teitgen, kimilerinin ceza hukukunun kapsamına giren suçlardan farkı göstermek için "idari suç" için farklı terminolojilerin kullanılmasını istediklerini belirtmektedirler. Delmas ve Teitgen haklı olarak, bu görüşün doğru olmadığını, idari suçlar için "idari ihlal" kavramının kullanılması olanaklı olsa da "idari suç" kavramının kullanılmasının daha isabetli olduğunu ifade etmektedirler. Yazarlar, "ihlal" "suç" gibi kavramların salt ceza hukukuna özgü kavramlar olmadığını, idari suç için "idari ihlal" veya "idari suç" kavramlarının kullanılmasının olanaklı olduğunu, ancak ceza hukuku suçlarından farkı gösterebilmek açısından "idari suç" kavramının kullanılmasının daha isabetli olduğunu, suçun unsurları bakımından da bu kavramın kullanılmasının daha isabetli

[43] Degoffe, s. 27.
[44] Degoffe, s. 32.
[45] Örneğin, tekmil bir hukuk sözlüğünde (Bkz. Yılmaz, E. Hukuk Sözlüğü, 2 nci Baskı, Yorum Matbaacılık-Yayıncılık, Ankara, 1982, s. 342) "müeyyide" kavramının Öztürk'çe karşılığı olarak "yaptırım" kavramına yer verilmektedir.
[46] Nitekim ünlü Fransız hukukçusu J. Morgeon idari yaptırım kavramı yerine "idari tenkil, idari ceza" (répression administrative) kavramının kullanılması gerektiğini belirtmekte ve bu görüşünü bazı Fransız yazarlar da desteklemektedir. Morgeon ve takipçileri haklı olarak idari ceza kavramında geçen "cezalandırma" unsuru dikkate alınmazsa idari ceza ile diğer hukuka aykırı davranışlar arasındaki ayrımın sağlıklı bir şekilde yapılamayacağı görüşünü savunmaktadırlar. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 79 ve dn. 9-17.

olduğunu, zira idari suçların da ceza hukuku suçları gibi maddi ve manevi unsurlarının bulunduğunu ifade etmektedirler.[47]

Aslında, "idari suç" kavramının kullanılması işin doğası gereğidir. Zira yaptırım olarak uygulanan "idari ceza", "idari suç" kavramının zorunlu bir sonucunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda ancak bir suçun bulunmasının kabul edilmesi koşuluyla cezadan bahsedilebilir. Bu yüzden idareye "ceza" uygulama yetkisinin tanınması, İdareyi, daha açık bir deyişle, idari işlevi ilgilendiren suçların bulunması anlamına gelecektir ki bu türlü suçlara "idari suçlar" denilmesi gerekmektedir.[48]

Bununla birlikte şu hususu hatırlatmak gerekir ki bu çalışmada kullanılan "idari suç" ve "idari ceza" kavramları geniş anlamında kullanılmaktadır. Gerçekten de "idari suç" salt "idari düzeni", bir başka deyişle, "ev koruma" (housekeeping) ereğiyle öngörülmez. Gerçi disiplin suçları tipindeki suçlar salt idari düzeni ihlal ederler, ancak, ileride ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere başka düzenleri ihlal eden idari suçlar da bulunmaktadır. Örneğin, rekabet, borsa gibi alanlarda öngörülen regülatif idari suçlar, idari düzeni değil ekonomik düzeni ihlal eden suçlardır. Bu yüzden "idari suç" kavramını olabildiğince geniş olarak anlamak gerekir. Bu bağlamda "idari ceza" kavramını da oldukça geniş olarak anlamak gerekir. Zira disiplin cezaları salt idari düzeni korumak ereğiyle verilseler de örneğin idari polis cezaları gibi halka yönelik idari cezalar, idari düzeni koruyabilmek ereğiyle değil daha çok sosyal veya toplumsal düzeni korumak ereğiyle verilirler.[49]

Buraya kadar anlatılanlardan anlaşılacağı üzere cezai idare hukukunun kendisine özgü nitelikleri ve farklı bir terminolojisi vardır. Bununla birlikte, idare hukukunun bir dalını oluşturan bu hukuk dalının idare hukuku ve idare hukuku ile ilişkisi bulunan diğer hukuk dalları gibi gelişmediğini belirtmek gerekir. Örneğin idare hukukunun fasıl başlıklarını oluşturduğu kabul edilen anayasa hukukunda önemli gelişimler görüldüğü gibi idare hukukunda da önemli gelişmeler kaydedilmiştir. Buna karşın, cezai idare hukuku pek fazla gelişememiştir.[50]

Bu çalışmanın Birinci Bölümünde "kanunilik" kavramı üzerinde durulmuştur. Ceza hukukunun temel bir kavramı olan kanunilik ilkesi üzerinde durulurken, ceza

[47] Delmas ve Teitgen, s. 54.
[48] Krş. Gölcüklü, s. 118.
[49] Delmas ve Teitgen, s. 35-36.
[50] Krş. Delmas ve Teitgen, s. 35.

hukuku tarihçesi boyunca birbiriyle sürgit bir şekilde savaşım içerisinde bulunan "biçimsel kanunilik ilkesi" (nullum crimen nulla poena sine lege) ile "maddi kanunilik ilkesi" (öze yönelik kanunilik) ilkesi üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmuştur. Çalışmanın bu bölümünde kanunilik, daha doğru bir deyişle, biçimsel kanunilik ilkesi ile diğer kavramlar arasındaki ilişkiler de incelenmiştir. Daha somut bir deyişle, bu bölümde "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesiyle, bu ilkenin kendisiyle çok karıştırıldığı tipiklik ve idare hukukunda geçerli olan kanunilik türleri ve kanuni idare ilkesi arasındaki ilişkiler, daha açık bir deyişle aralarındaki farklılıklar ve benzerlikler ortaya konulmuştur. Bu ilişkilerin incelenmesinin temel nedenlerini; söz konusu ilkelerin hatalı bir şekilde yaygın olarak özdeş olduğunun varsayılması ve belirtilen kavramlar arasındaki ilişkiler ortaya konulmadan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin tam olarak kavranamayacağı endişeleri oluşturmuştur.

Çalışmanın İkinci Bölümünde idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması üzerinde durulmuştur. Bu bölümde idari suç ve cezalar; "halka yönelik idari suç ve cezalar" ile "disiplin suç ve cezaları" şeklinde iki büyük başlığa ayrılmış, daha sonra ise söz konusu başlıkların alt başlıklarında kanunilik ilkesinin mevzuatta ve/veya ağırlıklı olarak Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın konu hakkındaki kararları incelenmiştir. Türkiye'de idari suç ve cezalar konusunda kendi yargı düzenleri bakımından yetkili ve görevli sonul yargı mercilerini Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay oluşturmaktadır.[51] Ancak bunlardan Yargıtay'ın idari suç ve cezalarda kanunilik konusunda vermiş olduğu içtihatlar incelenmemiştir. Yargıtay, bazı idari suç ve cezalar, özellikle idari trafik suç ve cezaları bakımından sonul yargı mercii konumunda bulunsa da bu durumu doğru bulmuyoruz. Gerçekten de ayrı bir idari yargı düzeninin bulunduğu ülkelerde[52] idari suç ve cezayla ilgili uyuşmazlıkların çözüm yeri normal olarak idari yargı olup idari yargının görev

[51] Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin (AYİM) isminde geçen "idare" ibaresinden dolayı söz konusu mahkemenin bütün askeri idari disiplin suç ve cezaları konusunda görev ve yetkisinin olduğu düşünülebilir. Ancak bu konuda söz konusu mahkemenin görev ve yetkisi o da Şubat 2013 tarihinde çıkartılan 6413 sayılı Kanunla sınırlı bir şekilde bulunmaktadır. AYİM'e, yakın tarihte oldukça dar nitelikte askeri idari suç ve cezalar bakımından başvuru yolu öngörüldüğünden ve mahkemenin konu hakkında içtihatları yerleşmediğinden bu çalışmada AYİM içtihatları üzerinde durulmamıştır.

[52] Bu arada Türkiye'de.

alanına giren bir hususun adli yargı organının görevine bırakılması Anayasaya aykırı düşer.[53]

İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması iki açıdan yaşamsal önem taşımaktadır. Bunlardan ilki, idari suç ve cezanın son yıllarda moda olması ve daha önce mahkemeler tarafından verilen cezaların idari makamlara transferi, daha açık bir deyişle, bazı suçlara yönelik ceza verme yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerden alınıp idareye verilmesinin bireylere yeterli hukuksal güvence sağlayıp sağlamayacağı ile hukuk devleti ilkesi yönünden duraksamalara yol açabilir. Çünkü ceza verecek organının bağımsız, tarafsız ve yargıç güvencesine sahip mahkeme olması yerine temel görevi ve uzmanlığı "yargılama" hizmeti sunmak olmayan idari organlar olması bireylere yeterince güven vermeyebilmektedir.[54] İşte bu güven erozyonu, idari organlarca verilecek cezaların yargı denetimine açık olması,[55] idari cezanın sıkı bir şekilde idari usul kurallarına bağlı olması ve çekirdek ceza hukuku ilkelerine, bu arada suç ve cezada kanunilik ilkesine tabi olması şeklindeki "telafi düzeneği" ile bir ölçüde giderilmektedir.[56]

İkinci olarak, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması benimsenmezse "erkler ayrılığı"[57] ilkesine, dolayısıyla Anayasaya aykırı davranılmış olunur. Çağcıl devletlerde, devlet erki üçe ayrılmıştır. Bunlar yasama, yürütme ve yargı erkleridir. Yasama erki kanun yapma, yürütme erki kanunu uygulama, yargı erki ise kanunu yorumlama ve uyuşmazlıklar hakkında karar vermekle görevlidir. Bu erklerden birisinin diğerini boyunduruk altına almasına izin verilemez.[58] Türk Anayasası da erkler ayrılığı kavramını benimseyerek, 7. maddede yasama yetkisini Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (T.B.M.M.), 8. maddede yürütme yetki ve görevini

[53] Fazla bilgi için bkz. Günday, M. İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları, Anayasa Yargısı, 14, Ankara 1997, s. 347.
[54] Bkz. Ulusoy A. İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 48.
[55] İdari ceza işlemine karşı yargı yoluna gitmek hukuk devleti ilkesinin temel unsurunu ve keyfi yönetime karşı ana garantiyi oluşturmaktadır. Bu bağlamda idari ceza işlemlerine karşı yargı yolunun kapatılması devlet gücünün aşırı, ölçüsüz ve hukuka aykırı olarak kullanıldığını gösterir. Krş. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 320. Bu yüzden ister halka yönelik ister disiplin cezalarına karşı yargı yolunun kapatılması o alanda kanunilik ilkesine uyulmadığının açık bir kanıtıdır.
[56] Krş. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 48.
[57] Erkler ayrılığının tanımı ve tarihçesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı, Türkiye Barolar Birliği Faruk Erem Ödülü, Türkiye Barolar Birliği 80. Sayı, Ocak-Şubat 2009, s. 31-43.
[58] Black's Law Dictionary, Fifth Edition, West Publishing Co., USA 1979, s. 1225 "seperation of powers" maddesi.

Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna, 9. maddede ise yargı yetkisini bağımsız mahkemelere tanımıştır.

İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi benimsenmez, daha açık bir deyişle, idari suç veya cezaların unsurları bakımından İdareye düzenleme yetkisi verilirse erkler ayrılığı ilkesine aykırı davranılmış olunur. Zira salt yasama organının yetkili olması gereken bu alanda yürütme veya İdareye yetki vermenin, bir başka deyişle, İdarenin yapmış olduğu düzenlemeye aykırı davranışları cezalandırmasının söz konusu ilkeye aykırılık oluşturacağı ortadadır.[59]

Çalışmanın Üçüncü (son) Bölümünde ise "idari suç ve ceza" kavramı ile diğer kavramlar ve hukuka aykırı eylemler arasında kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından farklılık ve benzerlikler, kısacası ilişkiler ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu ilişkiler ortaya konulmadan önce idari suç ceza ile diğer kavram ve hukuka aykırı eylemler arasındaki ayrımın üzerinde kısaca durulmuştur. Bu ayrımın ortaya konulmasına iki açıdan büyük bir gereksinim bulunmaktadır. İlk olarak, "idari suç" ve "idari ceza" kavramlarının evrensel bir tanımının bulunmaması yüzünden onun diğer kavram ve hukuka aykırı eylemlerden ayrımını ortaya koymak bir gerekliliktir.[60] İkinci olarak, idari suç ceza ile diğer kavram ve hukuka aykırı eylemler arasında kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından kimi zaman özdeşlik

[59] İdareye ceza verme yetkisi tanınmasının, yargı yetkisinin kullanılmasını bağımsız mahkemelere bırakan Anayasanın 9. maddesine, dolayısıyla erkler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu savlanabilir. Bu sava iki açıdan karşı çıkılabilir. Bunlardan ilki, ceza verme işinin salt yargıya özgü olduğunu belirten herhangi bir Anayasa hükmünün bulunmamasıdır. Bu yüzden ceza verme işleminin idari organlara bırakılması olanaklıdır. İkinci olarak, İdareye ceza verme yetkisi tanınmasının Anayasaya aykırılığı şöyle dursun bizzat Anayasanın öngördüğü bir durumdur. Gerçekten de Anayasanın 38. maddesinin 10. fıkrasında askeri idari cezalar dışında, idarenin, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağı ifade edilerek, askeri idare cezalar bir tarafa bırakılırsa, kişi özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğurmayan yaptırımların idare tarafından verilebileceği örtük bir şekilde belirtilmiştir. Bu bağlamda, askeri idari cezalar dışında kişi özgürlüğünü kısıtlama sonucunu doğuracak yaptırımlar salt yargıç eliyle verilebilecek, buna karşın, diğer yaptırımlar yargıç eliyle verilebileceği gibi İdare tarafından da verilebilecektir. Krş. Güneş, T. Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBFY No: 191-173, Ankara 1965, s. 107 ve dn. 14. İdarenin ceza vermesi kendi başına erkler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturmasa da idari cezaya karşı yargı yolunun kapatılması erkler ayrılığı ve suç ve cezada kanunilik ilkelerine mutlak surette aykırılık oluşturur. Zira idari cezaya karşı yargı organlarına başvuru yolu tanınmazsa verilen ceza idari işleme dönüşemeyip "ceza" olarak kalacaktır. Erkler ayrılığı ilkesi çerçevesinde uyuşmazlıkların sonul çözüm yeri yargı organı olduğu için idari cezaya yargı yolunun kapatılması erkler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Öte yandan idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesine uyulup uyulmadığını gerçek anlamda saptayacak, kısacası sonul denetim merciini oluşturacak olan organ da yargı organıdır. İdari cezaya karşı yargı yolunun kapatılması bu denetimin yapılamadığının somut kanıtını oluşturur. Krş. Chapus, Tome 1, s. 1174, Krş. Toroslu, N. Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler in Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İÜHFY No.: 511, İstanbul 1977, Tartışmalar Kısmı, s. 172.

[60] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 75.

olsa da önemli ölçüde farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıkları kavrayabilmek için idari cezaların halka yönelik idari suç ve cezalar ile disiplin suç ve cezalarının en çok birbirine karıştırıldığı diğer kavram ve hukuka aykırı eylemlerle ayrımı yapılmış ve kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından benzerlik ve farklılıklar ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın sonuç kısmında ise idari suç ve cezalar bakımından kanunilik ilkesinin uygulanması konusundaki mevcut düzenleme ve uygulamalar eleştirilerek "olması gereken hukuk" (de lege ferenda) bakımından düzenleme ve uygulamanın nasıl yürütülmesi gerektiği bakımından birtakım önerilerde bulunulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM
KANUNİLİK İLKESİNİN ANLAM ve TÜRLERİ ile DİĞER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

Bu bölümde kanunilik ilkesinin genel olarak anlamı ile kanunilik ilkesinin türlerini oluşturan biçimsel kanunilik ve maddi kanunilik ilkesi üzerinde durulacak, daha sonra ise kanunilik ilkesinin tipiklik ve idare hukukunda geçerli olan kanunilik türleri ve kanuni idare ilkesi ile ilişkileri üzerinde durulacaktır.

I-GENEL OLARAK

Çağcıl ceza hukukunun dayandığı temel ilkelerden birisi olan kanunilik ilkesi, basit bir sorunla ilgilidir. Suç, kanunun suç olarak öngördüğü bir fiil midir, yoksa anti-sosyal bir fiil midir? Bu sorun, ceza hukukunda kesinlik ile adalet gerekleri ve bireysel özgürlüklerin garanti altına alınması ile sosyal savunma istekleri arasındaki ikilemi oluşturmaktadır. Ceza hukuku, uygar bir sosyal hayat için gerekli olan bu iki değerler düzeni arasında, sürekli biçimde, bir denge noktası arayışı içerisindedir. Gerçekten de, birey ile devlet ve ceza hukuku ilişkileri yönünden iki temel ilke tarihi boyunca ceza hukukunu etkilemiştir. Bu iki ilkeden birisini biçimsel kanunilik ilkesi, diğerini ise "maddi" (öze ilişkin) kanunilik ilkesi oluşturur.[61] Ceza hukukunun tarihi biçimsel kanunilik ilkesi[62] ile maddi kanunilik ilkesi, geçmişe uygulanırlık ve geçmişe uygulanmazlık arasındaki sarkaç hareketlerine, kısacası, birbirlerine karşı savaşımına dayanmaktadır.[63]

Çağcıl ceza hukukunun temel ilkelerinden birisini oluşturan[64] kanunilik ilkesinin türlerini oluşturan biçimsel kanunilik ile maddi (öze) ilişkin kanunilik ilkesi

---

[61] Mantovani, F. Diritto Penale Parte generale, V edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Cedam-Padova 2007, s. 24, Toroslu, Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, Ankara 1987, s. 65-66.

[62] Bununla birlikte, tarihsel açıdan tekdüze şekilde bir biçimsel kanunilik ilkesinin bulunmadığını belirtmek gerekir. Bu ilkenin öncü taraftarları, biçimsel kanuniliğin özgürlük ve adaletin garantisi olduğunu, bunu sağlamak için hukukun açık, yalın ve kesin olmasının yeterli olduğunu savunmuşlardır. Söz konusu ilkenin ikinci tip taraftarları, "exegesis okulu" (La Scuola dell'esegesi) mensuplarıdır. Bunlar, 1810 tarihli Fransız Medeni Kanununa (Napolyon Kanununa) bakarak, kanunun tam olduğunu ve bu bağlamda kanun=hukuk olduğunu, adalet ve doğal hukuk gibi ölçüleri dikkate almanın gereksiz olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bunun gibi ceza hukukunda da nullum crimen nulla poena sine lege ilkesinin tam anlamıyla hâkim olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu ikinci tip biçimsel kanunilik ilkesi taraftarlarının gerçek hukuki pozitivistler olduğu ortadadır. Konuyla ilgili fazla bilgi için bkz. Mantovani, s. 25 vd.

[63] Mantovani, s. 25, Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 83-84.

[64] Çağcıl ceza hukukunun diğer ilkelerini, maddi unsur, hukuka aykırılık ve kusurluluk oluşturur. Bu bağlamda kanun, maddi unsur, kusur ve hukuka aykırılık unsurlarından dördünün de eşanlı olmadığı

arasında az önce belirtildiği üzere tarih boyunca sürekli bir savaşım bulunmuş ve bu türlerden hangisinin benimsendiğine göre de o ülkenin ceza hukuku derin bir şekilde etkilenmiştir. Bu bağlamda az sonra ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere biçimsel kanunilik ilkesi, bir eylem, anti-sosyal olmasa bile kanunun suç kabul etmesi nedeniyle onun cezalandırılmasını, buna karşın, maddi kanunilik ilkesi, kanun tarafından cezalandırılması öngörülmese bile anti-sosyal davranışların cezalandırılması esasını benimser.[65]

İleride ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulacak olsa da burada hemen şunu belirtmek gerekir ki gerek biçimsel kanunilik anlayışının gerekse maddi kanunilik ilkesinin temel iki sonucu bulunmaktadır. Bunlardan biçimsel kanunilik ilkesiyle başlamak gerekirse ilki, sosyal bakımdan tehlikeli olsalar bile kanunun açıkça suç saymadığı davranışların cezalandırılamayacağıdır. İkincisi ise birincisinin aksine, kanunun açıkça suç saydığı davranışlar, sosyal yönden tehlike oluşturmasa bile cezalandırılacağıdır. Bu bağlamda, fiile suç olma özelliğini veren husus, onun yasa tarafından açıkça öngörülmesi ve yasanın yine onun için saptadığı yaptırımın cezai bir nitelik taşımasıdır.[66]

Maddi kanunilik anlayışından ise biçimsel kanunilik ilkesinin tam aksi yönünde iki temel sonuç ortaya çıkmaktadır. Daha açık bir deyişle, bu anlayış, belirli bir devletin sosyal düzenini ihlal eden davranışların suç sayılması gerektiğini kabul ederek bundan iki sonucun doğduğu esasını benimser. Bunlardan ilki, kanun tarafından açıkça suç haline getirilmiş olmasalar bile sosyal yönden tehlikeli olan davranışların cezalandırılabilir davranışlar olduğunu, ikincisi ise birincisinin tam aksine, kanun tarafından suç sayılsalar bile sosyal yönden tehlikeli olmayan davranışların cezalandırılmayacağıdır. Kısacası, fiile, suç olma niteliğini veren özellik onun sosyal tehlikeliliğidir.[67]

İleride ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere tarihsel açıdan maddi kanunilik ilkesi otoriter veya totaliter ülkelerde o da geçici olmak üzere uygulanmıştır. Bu bağlamda maddi kanunilik ilkesini benimseyen bir ülkenin gerçekte "kanunilik"

---

durumlarda suç oluşmaz. Latince ifade etmek gerekirse; Nullum crimen sine lege, actione, iniuria, culpa. Bkz. Mantovani, s. 3. Kanımızca bu ilkelerin tümü birbiriyle ayrılmaz bir bütün oluşturmakta ve bunlardan birisinin benimsenmediği durumlarda diğer ilke veya ilkelerin benimsendiğinden bahsedilmesi anlamsızlaşmaktadır.

[65] Mantovani, s. 3.

[66] Toroslu, N. Ceza Hukuku Genel Kısım, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2006, s. 39.

[67] Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 39-40.

ilkesini benimsediğinden bahsedilemez. Tersine bir deyişle, bir ülkenin kanunilik ilkesini benimsediğinden bahsedilebilmesi için o ülkenin en azından biçimsel kanunilik ilkesinin temel ilkelerini benimsemesi gerekmektedir.

Kanunilik ilkesinin daha açık bir deyişle, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" (nullum crimen nulla poena sine lege) ilkesinin aslında birbirinden ayrılması olanaksız iki ayrı alt unsuru bulunmaktadır. Bunlardan ilki, "kanunsuz suç olmaz" (nullum crimen sine lege), ikincisi ise "kanunsuz ceza olmaz" (nulla poena sine lege) unsurudur. Buna karşın öğretide bazı yazarlar "kanunsuz ceza olmaz" kuralının "suçsuz ceza olmaz" şeklinde anlaşılması gerektiğini, yargıca hiç olmazsa ceza tayininde serbesti veya en azından sınırsız hükme karar verme yetkisinin tanınması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.[68] Ancak, biz Falchi ve Erem'e katılarak, cezanın kıyas yoluyla genişletilmesinin sonuçta bu cezanın verildiği fiile suçun genişletilmesi anlamını taşıyacağını düşünmekte[69] ve "kanunsuz suç olmaz" kuralı ile "kanunsuz ceza olmaz" kuralının paranın yazı ve tura kısmı gibi birbirinden ayrılmasının olanaksız olduğu sonucuna varmaktayız. Zira cezaların kanuniliği ilkesi, suçun kanuniliği ilkesini tamamlayıcı bir konumda bulunmaktadır.[70]

Her ne kadar kanunsuz suç olmaz kuralı ile kanunsuz ceza olmaz kuralının birbirinden ayrılması olanaksız olsa da "kanunsuz ceza olmaz" kuralı bakımından temel bir özellik bulunmaktadır. Bu özellik "kanunsuz ceza olmaz" kuralına hiç bir ülkede tam olarak uyulamamasıdır. Bir kere, kanunsuz ceza olmaz kuralı "cezanın" kanun tarafından "sabit" (maktu) bir şekilde belirlenmesi olarak anlaşılırsa buna uyulması dünyada hiç bir ülkede olanaklı değildir. Bu yüzden kanunsuz ceza olmaz kuralı "hukukun sözcüsü" (mouthpiece of law) olan yargıç tarafından uygulanacak cezanın maktu olsun veya olmasın önceden saptanması anlamını taşır. Ancak kanunsuz ceza olmaz kuralı bu şekilde anlaşılsa bile buna da tam olarak uyulamaz. Gerçekten de çağcıl ülkeler mahkûmun iyi davranış göstermesi durumunda çekilen hapis cezasının azaltılmasını öngören "koşullu salıverme" kurumunu ve af (genel-özel) müessesesini kabul ederek yargıcın tayin ettiği cezanın değişebileceği esasını benimsemişlerdir.[71]

---

[68] Bkz. Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Seçkin Kitabevi, Ankara 1984, s. 75-76 dn. 3'de bahsedilen yazarlar.
[69] Bkz. Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt I, s. 76 ve dn. 4.
[70] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 237.
[71] Williams, G.L.. Criminal Law The General Part, Second Edition, Gaunt Inc., USA, 1998, s. 608.

II- KANUNİLİK İLKESİNİN TÜRLERİ

Az önce de belirtildiği üzere kanunilik ilkesinin biçimsel kanunilik ve maddi kanunilik ilkesi olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Bu türleri sırasıyla ayrıntılı bir şekilde incelemek uygun olacaktır.

1. Biçimsel Kanunilik İlkesi

Çeşitli defalar belirtildiği üzere biçimsel (şekli) kanunilik ilkesi; işlendiği zamanın kanunu tarafından açıkça suç sayılmayan bir fiili cezalandırma ve kanun tarafından tespit edilmeyen bir ceza ile cezalandırma yasağı anlamını taşır.[72] Bu ilke kısaca, ceza tehdidi altında yasaklanan fiilleri ancak kanunun tanımlaması şeklinde de betimlenebilmektedir.[73] Bununla birlikte, kanunilik ilkesinin bu tanımları, daha açık bir deyişle, fiilin işlendiği zamandan önce suç ve cezayı öngören bir kanun bulunmadığı takdirde kişinin cezalandırılmaması esası, söz konusu ilkenin günümüzde kazanmış olduğu gelişmişliği yansıtmaktan uzak bulunmaktadır. Zira kanunilik ilkesi günümüzde daha da gelişerek, "önceden ve açık bir kanun hükmü olmazsa suç ve ceza olmayacağı" (nullum crimen, nulla poena, sine praevia et clara lege poenali) anlamını taşımaktadır.[74]

Önceden kararlaştırılmış ve açıkça belirlenmiş bir kural olmadan suç ve cezanın olmayacağını ifade eden söz konusu ilke, Latince "nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege" özdeyişiyle ifade edilir. Bu özdeyişin değişik boyutları bulunmaktadır. Bu özdeyiş, sonradan yapılan ceza kurallarının daha önceki fiil ve olaylara uygulanması yasağını ve bu yasaktan türetilen suç ve cezaların geriye yürütülür bir şekilde uygulanamaması ilkesini ifade eder. Bu ilke günümüzde insan haklarıyla ilgili birçok uluslararası antlaşma, anayasa ve iç hukuklarda benimsenmiş temel bir hak niteliğini taşımakta ve yargının "apaçık" (self-evident) bir ilkesi olarak kabul edilmektedir.[75] Yine her türlü keyfiliği önlemeye çalışan biçimsel kanunilik ilkesinin alt ilkelerinin doğal hukuk kuralları niteliğini taşıdığını ve özellikle

[72] Toroslu, Nasıl Bir Ceza Kanunu, s. 66.
[73] Larguier, J. Le Droit Pénal, 4e édition, Presses Universitaires De France, Paris, 1972, s. 17.
[74] Cadoppi A. ve Veneziani P. Manuale Di Diritto Penale Parte Generale e Parte Speciale, Cedam-Padova, 2007, s. 47.
[75] Mokhtar, A. Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects, Statute Law Review, Volume 26, Issue 1, Oxford University Press 2005, s. 41.

aydınlanma döneminden itibaren pozitif hukuka aktarılmaya çalışıldığını belirtmek gerekir.[76]

Aşağıda ayrıntılı bir şekilde görüleceği üzere biçimsel kanunilik ilkesinin üç alt ilkesi bulunmaktadır. Bunları; "kanunun tekelciliği" (il principio della reserve veya riserva di legge), "kanunun açıklığı" (il principio di tassatività veya il principio determinatezza) ve "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" (il principio di irretroattività) alt ilkeleri olarak saymak olanaklıdır.[77] Bu alt ilkelerin tümü eşanlı olarak özgürlüğün garantisini sağladığı için birbirinden ayrılmaz ve birbirine bağlıdırlar. Kısacası, biçimsel kanunilik ilkesinin varlığından bahsedilebilmesi için söz konusu

[76] Mantovani, s. 4.

[77] Mantovani, s. 39, Cadoppi ve Veneziani, s. 49. Krş. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 245-246. Moderne, burada, kanunilik ilkesinin alt ilkelerini; belirlilik veya tipiklik, geçmişe yürümezlik ve orantılılık olarak saptamaktadır. Delmas ve Teitgen adlı yazarlar ise kanunilik ilkesinin üç türünün bulunduğunu ifade etmektedirler. Yazarlar, "biçimsel kanunilik" (légalité formelle) ilkesinin "kanunun geriye yürümezliği" (non rétroactivité), "maddi veya öze yönelik kanunilik" (légalité matérielle) ilkesinin "kanunun kalitesi", "organik kanunilik" (légalité organique) ilkesinin ise idari kanunilik ilkesi anlamını taşıyacağını belirtmektedirler. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 64-69. Biz Moderne ile Delmas ve Teitgen'in bu görüşlerine katılamayacağız. Moderne'in görüşlerinden başlamak gerekirse orantılılık ilkesi, kendisine özgün bir niteliği sahip olup kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin alt ilkesini oluşturmaz. Bu ilkenin alt ilkelerini; Mantovani'nin isabetli olarak belirttiği gibi kanunun tekelciliği, açıklığı veya belirliliği ve geriye yürümezliği oluşturur. Öte yandan, yine ileride görüleceği üzere kanunun belirliliği ile tipiklik ilkesi, aralarında tamamlayıcılık ilişkisi olsa da birbirinden farklı kavramları oluşturur. Delmas ve Teitgen'in görüşlerini irdelemek gerekirse "tamamlayıcı olmak" bir şeyin "kapsamına girmek" anlamını taşımaz. Bkz. Hatemi, s. 55 dn. 25. Öte yandan, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi tekmil bir ceza hukuku kurumu olduğu gibi şekli kanunilik ilkesi ve maddi kanunilik ilkesi şeklinde iki ana türü bulunmaktadır. İleride ayrıntılı bir şekilde görüleceği üzere, şekli ve maddi kanunilik ilkesinin alt ilkeleri Delmas ve Teitgen'in ileri sürdüğünden farklı olduğu gibi organik kanunilik ilkesi de kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin bir türü olarak adlandırılamaz. Çünkü organik kanunilik ilkesi idare hukukunun bir kavramıdır. Williams ise biçimsel kanunilik ilkesinin bir diğer alt ilkesini "kanunun ulaşılabilirliği" (the accessibility of law) esasının oluşturduğunu ifade etmektedir. Yazar, söz konusu alt ilke üzerinde yeterli bir ilginin bulunmadığını, hâlbuki ceza kanununun ulaşılabilir ve anlaşılabilir olması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar ciltler dolusu kitaplarda yer alan ceza normlarının ve onlar hakkında raporlarda ileri sürülen hususların bu gereği karşılamak için yetmeyeceğini, ceza hukukunun yalnızca avukatların bilmesi gereken bir usul hukuku olmadığını, ceza korkusuyla uymak zorunda olunduğu için toplumu oluşturan herkese hitap ettiğini, bu yüzden ceza normunun öz ve buyurucu bir şekilde kaleme alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Williams, G.L. s. 582 vd. Yazarın ifade ettiği bu görüşler, kanımızca, kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesinin kapsamına girdiğinden "kanunun ulaşılabilirliği" şeklinde ayrı bir alt ilkenin kabulünden yana değiliz. Yine, Williams, kanunilik ilkesinin bir başka alt ilkesi olarak "katı yorum" (strict construction) prensibini ortaya atmaktadır ki (Bkz. s. 586 vd) bunun da bir alt ilke olmadığını, kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi kısmında yorum ilkeleri bakımından üzerinde durulmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz. Mokhtar ise biçimsel kanunilik ilkesinin dört alt ilkesi bulunduğunu belirtmektedir. Yazar bunları; ceza normlarının açık ve kesin bir şekilde oluşturulması, yargısal yorum yoluyla kıyasa başvurulmasının bütünüyle yasaklanması veya sınırlandırılması, normun tam olarak belirlenmesi ve ceza kurallarında muğlaklığa yer verilmemesi şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Mokhtar, s. 41. Kanımızca Mokhtar'ın alt ilke olarak saydığı hususlar kanunilik ilkesinin yalnızca "kanunun açıklığı" alt ilkesine girmektedir. Öte yandan, biçimsel kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" ve "kanunun geçmişe yürümezliği" alt ilkeleri de bulunmaktadır ki bunlar Mokhtar tarafından dikkate alınmamıştır.

alt ilkelerin tümünün birlikte benimsenmesi zorunludur. Bu alt ilkelerden birisinin bile benimsenmediği durumlarda kanunilik ilkesinin reddedildiği sonucunu çıkarmak gerekir.[78]

Bu esaslar, AİHS'in 7. maddesinde düzenlenen biçimsel kanunilik ilkesi bakımından da büyük oranda geçerli bulunmaktadır. Gerçi AİHS'e yalnızca Kıta Avrupası hukuk dizgesine sahip olan devletler değil bunun yanında Anglosakson hukukuna tabi olan ülkeler de[79] taraf olmuştur. İşte bu yüzden AİHM tekdüze bir suç ve cezada kanunilik ilkesi benimsememiştir. Daha açık bir deyişle AİHM, Anglosakson hukuk dizgesine sahip ülkeler için suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" ile "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesini kapsadığını ifade etmiş,[80] Türkiye'nin de dâhil olduğu Kıta Avrupası hukuk dizgeleri için söz konusu ilkenin "kanunun tekelciliği" alt ilkesini de kapsadığını belirtmiştir.

---

[78] Krş. Mantovani, s. 39.

[79] Örneğin Birleşik Krallık.

[80] Krş. Tezcan, D. AİHS Açısından Vergi Cezaları ve Adil Yargılanma Hakkı, Danıştay ve İdari Yargı Günü 138. Yıl Sempozyum, Ankara, 11-12 Mayıs 2006, s. 26-27. AİHM'in Anglosakson hukukunun kural olarak içtihat hukukuna dayanması nedeniyle bu hukuka tabi ülkelerde suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" ile "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesini kapsadığı görüşünden hareketle bu ülkelerde idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmadığı veya gerekli ölçüde uygulanamadığı şeklinde bir sav ileri sürülemez. Böyle bir sav kanunilik ilkesinin değersizleştirilmesi yönünde girişilen bir çabayı gösterir, ancak gerçeği yansıtmaz. Bunun gibi kimi yazarların, Anglosakson hukukuna tabi ülkelerin temyiz mahkemelerinin "hukuk yaratma" (declaratory power) yetkilerinin bulunması nedeniyle bu hukuk dizgesine sahip ülkelerde ceza hukukunda kanunilik ilkesinin tehlikede olduğu düşünmeleri de doğru değildir. Bu düşünce tarzının ne kadar hatalı olduğunu Cadoppi somut bir şekilde göstermektedir. Gerçi yazar her ne kadar konuyu karşılaştırmalı olarak İtalya ve İskoçya ceza hukukunda kanunilik ilkesi bakımından incelese de onun açıklamalarından, Anglosakson hukuku bakımından ileri sürülen söz konusu düşünce tarzının ne kadar isabetsiz olduğu konusunda bir genellemede bulunabilmek olanaklıdır. Yazar İtalya'da ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kabul edilmiş olmasına rağmen söz konusu ilkeye aykırı olarak özellikle kıyas yoluyla suç yaratılması bağlamında uygulamadan çeşitli örnekler vermektedir (Bu örnekler için bkz. Cadoppi, A. Nulla Poena Sine Lege And Scots Criminal Law: A Continental Perspective, The Juridical Review, Part 2, 1998, s. 81 vd.). Hatta Cadoppi, söz konusu örnekler karşısında hayrete düşen kimi kişilerin İtalyan ceza hukukunun, İskoç ceza hukukundan ve "evleviyetle" (afortiori) İngiliz ceza hukukundan daha az belirli olduğunu ve kanunilik ilkesine daha az saygı gösterdiğini savladığını belirtmektedir. Yazar, böyle bir savda kısmi bir abartı olsa da kanunilik ilkesinin her iki (Anglosakson ve Kıta Avrupa'sı) hukuk dizgelerinde belirli bir noktaya kadar etkili olduğunu vurgulamaktadır. Cadoppi, kanunilik ilkesi bakımından iki hukuk dizgesi arasında temel farkın, İskoç hukukçularının kanunilik ilkesinin kendi hukuk dizgelerinde bütünüyle uygulanmayacağının bilincinde olmasına karşın, İtalyan hukukçularının kuramsal olarak geçerli bu ilkenin uygulamada tam olarak gerçekleştiği yönünde bir yanılgıya sahip olduklarını belirtmektedir. Yazar İtalyan uygulamasının, söz konusu kuramsal ilkenin tam olarak gerçekleştirilebilmesinin "hayal" (utopia) olduğunu ortaya koyduğunu belirtmektedir. Cadoppi, s. 84-85. Ancak Cadoppi, bu düşüncesinden, hukuk kurallarını daha açık hale getirmek için bir çabaya girişilmesinden kaçınılması gerektiği sonucunun çıkartılmaması gerektiğini, özellikle ceza hukuku olmak üzere bütün hukuk dallarında açıklığın çok önemli olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte yazar, hukuk normları en üst açıklık ve ayrıntıyla düzenlense bile yargıçların her zaman kanunu yorumlamak için bir "boşluk" (room) bulacaklarını belirtmektedir. Bkz. Cadoppi, s. 86. Hatta

AİHM, aşağıda anlatılacak olan Kokkinakis-Yunanistan'a karşı davasında vermiş olduğu 25.5.1993 tarihli kararında, Kıta Avrupası hukuk dizgesine sahip ülkelerde suç ve cezada kanunilik ilkesinin içeriğini somut bir şekilde ortaya koymuştur.[81] Bu kararında AİHM, kanunilik ilkesinin, yalnızca geçmişe uygulanma yasağıyla sınırlı bir anlam taşımadığını, ilkenin suç ve cezaların ancak kanun[82] yoluyla konulmasını gerektirdiğini ve fail aleyhine geniş yorumlamayı, bir başka deyişle, aleyhe benzetme serbestîsini de engellediğini ifade etmiştir. Mahkeme bu kararında, suçların kanunda açıkça ve belirgin bir biçimde saptanması gerektiğini, bu

---

Cadoppi'nin açıklamalarından daha ileri giderek kanımızca common law hukukuna tabi olan ülkelerde idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin Kıta Avrupa'sı hukuk dizgesine sahip olan Fransa'dan daha fazla uygulandığını savlamak olanaklıdır. Gerçekten de Anglosakson hukukuna tabi ülkelerde idare hukuku, İdarenin dışında oluşturulmuş bulunan organlar tarafından "denetim ve denge" (checks and balances) dizgesinin bir parçası yoluyla evrim geçirerek gelişmiştir. Daha açık bir deyişle, bu ülkelerde yasa koyucu çerçeveyi kurarak, bu çerçevenin özünün mahkemeler tarafından yaratılacak ilke ve prensipler yoluyla doldurulmasını istemiştir. Bu bağlamda Anglosakson modeli Fransız modelinden oldukça farklıdır, çünkü bunlardan ikincisinde idari yargıç, idarenin içerisinde çalışarak normları geliştirmekte ve düzenleyici çerçevenin çoğu da yürütme organı tarafından çizilmektedir. Nitekim Fransız Anayasasının 34. ve 37. maddesi düzenleme işlevini yasama ile yürütme arasında paylaştırmıştır. Hâlbuki gerek İngiliz, gerekse Amerikan hukukunda yürütme organına özerk bir düzenleme alanı bırakılmamış, söz konusu organın ancak kendisine yetki devredildiği zaman düzenleme yapabileceği esası kabul edilmiştir. Fransız idare hukukunun bu modeli, almaşık ve daha idari merkezli bir idare hukuku tanımı da doğurarak idareye uygulanan norm ve kuralların idare hukukunu oluşturacağı esası benimsenmiştir. (Hatta bu tanım, Amerikan idare hukuku tanımını da etkilemiştir. Nitekim Amerikan idare hukukçusu Davis, idare hukukunu; idari tasarrufların yargısal denetim ilkeleri dâhil idari birimlerin yetkilerini ve idari süreçleri gösteren hukuk olarak tanımlamıştır Bkz. Davis, K.C. Administrative Law Text, Third Edition, 1972, s. 1'den nak. Harlow, C. Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values, EJIL, Vol. 17, no.1, 2006, s. 192 dn. 17). Fransız modelinin bu bakış açısı idare hukukunu, mahkeme merkezli bir "emir ve denetim" (command and control) dizgesiyle konulmuş olmasından daha geniş anlamda ele alınmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda idare hukuku, yasal ve idari düzenlemelere dayalı olarak yapılan idari tasarrufları merkezine alan ve ilkeleri idari tasarrufların denetimi sırasında yargısal denetim tarafından geliştirilmiş bir dizgeye dönüşmüştür. Harlow, s. 192 ve dn. 16. Görüldüğü üzere Fransız idare hukuku, sanıldığının aksine, İngiliz idare hukukundan daha fazla ölçüde içtihat merkezli konumda bulunmaktadır. Aslında Anglosakson hukukuna tabi olan ülkelerin idari usule daha fazla önem vermelerinden dolayı Kıta Avrupa'sı hukukuna tabi olan ülkelere örneğin Fransa'ya nazaran daha fazla bir şekilde kanunilik ilkesini benimsediklerini savlamak olanaklıdır (Zira ileride anlatılacağı üzere idari usul olmadan suç ve cezada kanunilik ilkesinin benimsenmesinin fazla bir önemi bulunmamaktadır). Gerçekten de Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletlerinde yalnızca idari suç ve cezaların özü, bir başka deyişle, maddi suç ve ceza normları bakımından değil, bu cezaların uygulanmasındaki usul, bir başka deyişle, yöntem bakımından da "kanunilik" ilkesine uyulması gerekmektedir. Bu durum özellikle Birleşik Devletler bakımından somut bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Nitekim Birleşik Devletler Anayasasının Ek I., V., ve XIV. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi sonucu, kanunilik ilkesinden yalnızca maddi ceza normlarının anlaşılmaması gerektiği, bunun yanında "usul" (process) hükümlerinin de (özellikle "due process" kavramıyla) anlaşılması gerektiği sonucuna ulaşmak kolaydır. Krş. Güran, S. İfade Hürriyeti Üzerinde İdare'nin Yetkileri, İÜHFY No.: 289, İstanbul 1967, s. 417 vd.

[81] Bu dava Yunanistan özelinde verilmiş olsa da Türkiye ile Yunanistan Kıta Avrupası hukuk dizgesine sahip olduğuna göre Yunanistan açısından ileri sürülen gerekliliklerin Türkiye bakımından da geçerli olduğu açıktır.

[82] Bununla birlikte ileride anlatılacağı üzere AİHM "kanun" kavramından maddi anlamda kanunu anlamaktadır.

gerekliliğin, bireyin, düzenlemenin lafzından, gerektiğinde mahkeme kararlarından yararlanarak da olsa hangi eylem ve ihmallerinin ceza sorumluluğuna yol açacağını anlayabilir olması durumunda yerine getirilmiş sayılacağını belirtmiştir.[83] Görüldüğü üzere bu davada AİHM, Kıta Avrupası hukuk dizgesine sahip ülkelerde suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği", "kanunun açıklığı" ve "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkelerini kapsadığını örtük bir şekilde savunmuştur. Bu açıklamalardan sonra biçimsel kanunilik ilkesini alt ilkeler temelinde irdelemek uygun olacaktır.

a. Kanunun Tekelciliği

Kanunun tekelciliği alt ilkesini tam olarak kavrayabilmek için onun çeşitli alt başlıklar altında incelenmesi uygun olacaktır.

aa. Kanunun Tekelciliği Alt İlkesinin İşlevi

Hukuk kaynaklarının çok çeşitli olması karşısında ceza hukukunda biçimsel kanunilik ilkesinin gereği olarak "kanunun tekelciliği" alt ilkesi benimsenmiştir. Bu durumu son derece olağan olarak karşılamak gerekir. Zira ceza hukukunun kaynağı denilince akla ilk gelen prensip "nullum crimen, nulla poena sine lege" olduğundan ilk kaynağın ceza normunu koyan kanun olması doğaldır.[84] Bu alt ilke, hukukun yalnızca yazılı olmayan kaynaklarının (örf ve adet gibi) değil, kanundan başka yazılı kaynaklarının, bir başka deyişle, idarenin düzenleyici işlemlerinin de (tüzük, yönetmelik gibi) ceza hukukunun kaynakları[85] dışında tutulmasını, böylece bu hukukun kaynaklarının yalnızca kanun veya kanun gücüne sahip işlemlerle sınırlandırılmasını amaçlamaktadır.[86]

---

[83] İçel, K. Suç Politikasının Ana İlkeleri bağlamında Hukuka Bağlı Devlet İlkesi, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Hukuk Devleti I, Ankara 2004, s. 266-267.

[84] Antolisei F. ve Conti L. Manuale Di Diritto Penale Parte Generale, Quattordicesima Edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1997, s. 62.

[85] Bu çalışmada ifade edilen "kaynak" ibaresi, "şekli anlamda kaynak" şeklinde anlaşılmalıdır. Tosun'un belirttiği üzere suç, hukuk kuralının ihlali halinde ceza denilen yaptırımı gerektiren fiil olarak tanımlandığına göre "kural" kavramının üzerinde durulması gerekmektedir. Gerçekten de ceza normlarının nasıl oluştuğu, hangi etkilerle kural haline geldiği, bunların kökenlerinin neler olduğu incelenirse ceza hukukunun "öz kaynakları" (fonti sostansiali) incelenmiş olunur. Buna karşın, ceza normlarının bulunacağı yer ise ceza hukukunun "şekli kaynakları" nı (fonti formali) oluşturur. Ceza hukukunun şekli kaynaklarını kanun, tüzük, yönetmelik gibi hukuk normları oluşturmakta, gerçek kaynaklarını ise bu hukuk normlarının içeriğini ve malzemesini; ahlak, örf-adet, zaruretler, doğal hukuk, "nesafet" (equità), içtihat, öğreti, dini, siyasi, sosyal ve ekonomik akımlar gibi hususlar oluşturmaktadır. Fazla bilgi için bkz. Tosun, Ö. Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları, İÜHFM, Cilt: XXVIII, Sayı: 3-4, 1962, s. 620-631.

[86] Mantovani, s. 40, Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 43. Mantovani burada haklı olarak, İtalyan Anayasasının Kanun Hükmünde Kararname'yi (KHK) kanuna eşit olarak kabul etmesinden dolayı

Anayasa Mahkemesi de örtülü bir şekilde kanunun tekelciliği esasının ceza hukukunda kaynağın yalnızca kanun olması şeklinde anlamaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesinin 6.7.1993 tarih ve E. 1993/5, K. 1993/25 sayılı kararında, suç ve cezada kanunilik ilkesinin; Anayasanın yasaklayıcı ve buyurucu kurallarıyla gerek toplum yaşamı gerekse kişi hak ve özgürlükleri yönlerinden getirdiği güvencelere aykırı olmamak koşuluyla bu konuda gerekli düzenlemeleri yapma yetkisinin yalnızca kanun koyucuya ait olmasını zorunlu kılacağı ifade edilmiştir.[87]

Ceza hukuku yasaklanmış fiilleri kanunla önceden saptar ve ihlali halinde ceza verilmesini öngörerek kişi özgürlüğünü sınırlandırır. Bu bağlamda suç ve cezayı sadece "kanun"[88] düzenleyebilir. Zira kanunun yapılmasına toplumun çoğunluk ve azınlığını temsil eden parlamenterler katıldığı, kısacası, kanunu parlamento yapacağı için bu durum yurttaşlar açısından bir garanti oluşturur. Bu işi yürütmenin yapması doğru değildir. Çünkü yürütmenin yaptığı düzenlemeye toplumun azınlığını oluşturan temsilciler katılamadığı için kişi hak ve özgürlükleri tehlikeye girmektedir. Suç ve cezaya yargıcın karar vermesi de doğru değildir. Zira yargıçlar seçimle değil, rekabete dayalı bir sınavla atanmaktadırlar. Bu yüzden suç ve cezayı koymada en doğru tercih, halkın temsilcisi olan parlamento olmalıdır.[89] Bu tercihin parlamento olarak saptanması son derece yerindedir.[90] Bu bağlamda suç ve ceza normlarında

---

KHK ile suç ve ceza düzenlenmesinin "kanunun tekelciliği" ilkesine aykırı olmadığını ifade etmiştir. Gerçekten de İtalyan Anayasasında iki tür "kanun gücünde" kararname öngörülmektedir. Bunlardan ilki, bir yetki kanununa dayanan "decreto legislative", diğeri ise acele durumlarda Bakanlar Kurulunun çıkardığı ve derhal Meclislerin onayına sunması zorunlu olan "decreto legge" dir. Her iki tür kanun hükmünde kararname de Resmi Gazetede yayımlanmalarını izleyen 60 gün içerisinde kanun haline dönüştürülmezlerse etkisini geriye yürür biçimde yitirmektedir. Bkz. Özay, İ. İdari Yaptırımlar, s. 98 dn. 278. Anayasanın 91. maddesinin 7. fıkrasında, kanun hükmünde kararnameler, Resmi Gazetede yayımlandıkları gün, Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulacağı belirtilmesine rağmen, Meclisin ne kadarlık bir süre içerisinde KHK'yi görüşeceği ve kanunlaştıracağı belirtilmediği için Türk uygulamasında KHK'ler genellikle Mecliste görüşülmemekte, Resmi Gazetede yayımlandıkları tarihte yürürlüğe girmektedir. Bu durum, Türkiye'de KHK uygulamasının kötüye kullanıldığının somut bir kanıtını oluşmaktadır.

[87] Bkz. AMKD; 31/1, s. 224.

[88] Bir kısım yazarlar, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinde geçen "kanun" ibaresinin "yazılı hukuk", daha açık bir deyişle, "hukuk normu koymaya yetkili herhangi bir merciin tasarrufları" anlamında alınması gerekliliği şeklinde anlamaktadırlar. Bkz. Gölcüklü, F. <<İdari Ceza Hukuku>> Ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki, AÜSBFD, C. XVIII, S. 2, Haziran 1963, s. 124 dn. 8'de bahsedilen yazarlar. Suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı olan bu görüşün reddedilmesi gerekir.

[89] Cadoppi ve Veneziani, s. 63.

[90] Zira ceza hukukunun toplumun kolektif iradesi, bir başka deyişle, toplumsal vicdanın ürünü olmasının tek yolu halkın temsilcisi olan parlamento yoluyla ceza normunun konulmasıdır. Krş. Katoğlu, T. Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2008, s. 78.

kanunun tekelci bir konumda bulunmasının altında yatan neden, eski hukukta "Tanrı bizi korur" söyleminin yerini çağcıl hukukta "Parlamento bizi korur"[91] deyişinin almış olmasıdır.[92]

[91] XVIII. yüzyıldan yakın tarihe kadar geçerli olan parlamentonun kişi hak ve özgürlüklerini koruma işlevi günümüzde pek fazla işlememektedir. Gerçekten de başta Rousseau ve Montesquieu olmak üzere düşünürler tarafından XVIII. yüzyılda geliştirilen kuramlarda "kanun" kavramı kutsallaştırılmıştır. Tarih, bu yüzyıldan başlayarak Parlamentonun insan haklarını "doğal" bir koruma organı olduğunu göstermiştir. Kanuna bu temel güvence öz görevini veren çeşitli öğeler bulunmaktaydı. Bu öğeleri genel hatlarıyla kanunun; seçilmiş üyelerinin halkı temsil ettiği bir parlamento tarafından oylanması, belirli sürece göre kamuoyuna açık bir tartışmanın ürünü olması, onun, hukuki normlar kademelenmesinde (hiyerarşisinde) yüksek bir sırada yer alması, kanunla yapılan bir özgürlük düzenlemesinin yine ancak kanunla değiştirilebilmesinin gerçek bir koruma sağlaması şeklinde betimlemek olanaklıdır. Bunlardan başka, kanunun geçmişe yürütülememesi ve yasanın genel olması, bir başka deyişle, herkes için aynı olması ve ayrımcılık yaratmaması da korumanın diğer güvencelerini oluşturmuştur. Kısacası, bu yüzyılda genel iradenin ifadesi olan "yasa"nın yanılmaz olduğu ve baskıcı olamayacağı esası benimsenmiştir. Bu bağlamda tarihsel açıdan özgürlükler üzerinde (düzenleme, sınırlama ve uzlaştırma) devlet içerisinde kimin söz sahibi olacağı sorusunun yanıtı, liberal hukuk düzeninin temel güvencesi olarak ortaya çıkan "demokratik yasa" şeklinde verilmiştir. Nitekim Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, özgürlüğün sınırlarını saptamak için "kanun"u ölçü almış ve "kanunun genel iradenin ifadesi" olduğunu açıkça eklemiştir. Böylelikle "kanunsuz hiç bir şey" (yasaların vazgeçilmezliği) ve "kanuna karşı hiçbir şey" (kanunlara itiraz edilememesi) formülleri, "kanunların yasaklamadığı her şey serbesttir" sonucuna götürmüştür. Bu çerçevede liberal, demokratik, cumhuriyetçi ve parlamenter gelenek "kanun yoluyla güvence"yi gerekli görürken, kanunun temel işlevi de özgürlükler hukuku açısından erkler ayrılığı ilkesine yansımıştır. Liberal öğreti, hukuku, kanundan daha iyi görmüş, kanuna bağlılığın öncelikli olarak siyasi olduğunu düşünmüştür. Daha açık bir deyişle, bu öğreti, kanunun parlamento, ulusal temsil, genel irade ve genel yarar olduğu esasını benimsemiş, iktidar üçlüsünde bir kötü, iki iyi bulunacağı, kötü olanın yürütme olduğu anlayışını benimsemiştir. Liberal dizge, yargıç ve yasama çifte güvencesine dayanmış ve tümünü Cumhuriyet içinde uyumlaştırmıştır. Söz konusu dizge, yürütmenin, kaybolmuş olan monarşilerin yansısını içerdiğini savunmuştur. Fazla bilgi için bkz. Kaboğlu, İ.Ö. Özgürlükler Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, AFA Yayıncılık, İstanbul 1998, s. 82-83. Bununla birlikte Kaboğlu haklı olarak, liberal öğretinin "kutsal yasa" anlayışının doğrulanmadığını, günümüzde bir demokrasi açığının bulunduğunu ifade etmektedir. Daha açık bir deyişle yazar, yaşamın gerçekleri ve siyasal dizgenin işleyişinin, söz konusu öğretinin kanun anlayışını doğrulamadığını, günümüzde kanunun, iktidar partilerinin ve hükümetin iradesinin ifadesi olduklarını, siyasal parti çoğunluğuna dayalı parlamentocu bir yapıda, yasama organının, hükümet iradesinin ve İdare tarafından hazırlanmış metinlerin kayıt veya noter bürosuna dönüştüğünü, yasama tarafından özgürlüklerin korumasının zayıflamasının kanunun "genel" niteliğinin tartışma götürmesinden de kaynaklandığını ifade etmiştir. Yazar, hukukun oluşum tarzında da kanunun öneminin azaldığını, kanun hükmünde kararnamelerin bir yandan yürütmeyi güçlendirdiğini, öte yandan birçok düzenleyici işlem türleriyle, yasa yürürlükte olsa bile onunla yalnızca uzaktan ilişkisi olan yoğun bir yükümlülük ağının örüldüğünü belirtmiştir. Yazar, yasama üstünlüğünü elinde bulunduran yürütmenin parlamentonun gündem ve çalışmasına da egemen olduğunu, bu durumun kanun metinleri üzerinde ciddi ve derinleştirilmiş bir çalışmayı çoğu kez engellediğini vurgulamıştır. Kaboğlu yine haklı olarak, bu genel eleştirilerin Türkiye bakımından geçerli olması dışında, Türkiye'ye özgü bazı sorunların "kanun"un özgürlüklerin güvencesi olmaktan ziyade onları baltalayan bir araca dönüşme eğilimini taşıdığını da savlamıştır. Daha açıkçası, Türkiye'de kanun, özgürlüğün ve hukuk devleti ilkesinin güvencesi olmaktan ziyade bunları kısan ve tehdit eden bir unsur niteliğine bürünmüştür. Yazar, insan hakları ihlallerinin önemli bir bölümünün doğrudan ve açıkça yasalardan kaynaklandığını, basın davalarının, basılmış eserlerin dağıtımının durdurulması, sinema, kaset ve basılı eserlerle ilgili toplatma, kolektif özgürlüklere (örneğin, toplantı ve gösteri yürüyüşü) müdahale, sınırlama ve yasaklamalar, seyahat özgürlüğünün sınırlanması gibi araçlarla özgürlük ihlallerinin kaynağının yasalarda bulunduğunu ifade etmiştir. Kaboğlu, Türkiye'de kanunun uğradığı işlev farklılaşmasının "yasaklanmayan her şey serbesttir" ilkesini adeta tersine çevirdiğini, özellikle toplu özgürlükler

Kanunun tekelciliği ilkesi, yazılı olmayan kaynakları reddederek ve böylece yargıcı kanuna tabi tutarak yargılama makamının keyfiliğini, yasama organının yaptığı hukuki metinler dışındaki kaynakları benimsemeyerek de yürütme organının "keyfiliğini" (arbitraria) sınırlamayı erek edinmektedir.[93] Bu alt ilkenin keyfiliği sınırlaması oldukça önemlidir. Zira kişisel özgürlükleri koruyabilmek için kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralının kanunun tekelciliği alt ilkesi öyle önemlidir ki, von Liszt bu alt ilkeyi "suçlunun Magna Carta'sı" olarak betimlemiştir.[94]

bb. Örf ve Adet

Hukukun kaynakları kuramı bakımından kendisine özgü bir konumu bulunan "örf ve adet"in (la consuetudine), hukuksal açıdan geçerli olabilmesi için sürekli bir şekilde tekrarlanarak uygulanması ve bu uygulamanın hukuken zorunlu olduğu yönünde bir inanışın bulunması gerekir.[95] Bu iki unsurun bir arada olmaması durumunda örf ve adetten bahsedilemez. Bu bağlamda salt "uygulamalar" (pratikler) ile sosyal alışkanlıklar, örf ve âdet sayılamaz.[96]

Örf ve âdetin içeriğini ve kapsamını belirlemek oldukça zor olduğundan ona hukukun özerk bir kaynağı olarak bakmak olanaksızdır. Bununla birlikte "teamüli hukuk" (common-law) hukukuna tabi olan ülkeler ile bazı ülkelerde örf ve âdete

---

bakımından ancak "izin verilen serbesttir" ilkesinin egemen kılındığını, böylelikle özgürlüğün "yetki"ye dönüştürülmek istendiğini belirtmektedir. Yazar, bu bozulmanın nedenlerinin başında, demokratik rejimin sık sık kesintiye uğratılması ve hukuki istikrarsızlığa yol açılmasının geldiğini, ancak bu saptamanın iki nedenle ihtiyatla karşılanması gerektiğini, bunlardan ilkinin, günümüzde yürürlükte olan hak ve özgürlüklere ilişkin yasaların büyük çoğunluğunun 1982 Anayasası öncesi ve sonrasında Milli Güvenlik Konseyi döneminde hazırlanıp yürürlüğe konmuş olmasına rağmen bu kanunların çok azına genel seçimler sonucu oluşan yasama organlarının dokunduğunu, ikincisinin ise Tanzimat'tan bu yana "kanun" kavramına liberal görünümün hâkim olmaması olduğunu ifade etmektedir. Yazar, Türkiye'de "hukuk devleti" ilkesinin temel öğesi olan "kanunilik" kavramının Devlet katında algılanamadığını, buna ek olarak, "kanun egemenliği"nin de halkta yerleşmediğini belirtmektedir. Bkz. Kaboğlu, s. 83-85.

[92] Larguier, s. 19.

[93] Mantovani, s. 41-42, Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 43, Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 78-79.

[94] Krş. De Asua, L. J. Le Principe <<Nullum Crimen Sine Lege >> Et La Question De L'Analogie, Revue de Droit Pénal et de Criminologie, Seizième Année, N^{o} 3, Mars 1936, s. 238. Bununla birlikte Liszt durumu abartmıştır. Zira hukuk devleti ilkesi de kamu organlarının keyfi davranışını önleyerek suçluyu korumaktadır. Bkz. Antolisei ve Conti, s. 65.

[95] Mantovani, s. 43, Tosun, Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları, s. 626, Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 44.

[96] Mantovani, s. 45.

hukukun kaynağı bakımından önemli bir yer verilmektedir. Ancak, Türk hukuku bakımından örf ve âdet normlar hiyerarşisinde en son sırayı işgal etmektedir.[97]

Liberal hukuk devleti anlayışının egemenliğinden sonra,[98] ceza hukuku bakımından örf-adet hukuku, diğer hukuk dallarından oldukça farklı bir anlam kazanmıştır.[99] Bu bağlamda, örf ve âdete, ceza hukuku bakımından sınırsız bir geçerlilik tanınırsa ceza yasalarının kişi özgürlüklerini "güvence" altına alma işlevine aykırı davranılmış olunur.[100] Bu yüzden suç ve ceza ancak kanunla öngörülebileceğinden,[101] örf ve âdete dayanarak bir fiilin suç sayılması veya suç karşılığı öngörülecek cezanın örf ve âdete dayalı olarak yaratılmasına veya ağırlaştırılmasına olanak yoktur.[102] Bu tip örf-adetler, ceza normu açısından geçersizdir.[103] Bunun gibi örf ve âdet, bir kişiyi suçlama aracı olarak da

[97] Krş. Mantovani, s. 43. Mantovani, burada, İtalya'da örf ve âdete, normlar hiyerarşisinde en son sırada yer verildiğini belirtmektedir. İtalya açısından geçerli olan bu durumun devrimci bir hukuk dizgesine sahip olan Türkiye açısından da öncelikle geçerli olacağı açıktır.

[98] Liberal hukuk devleti anlayışının egemenliğinden önce diğer hukuk dallarında olduğu gibi ceza hukukunda da örf-âdet büyük önem taşımaktaydı. Ancak günümüz medeni ülkelerinde suç sayılan hareketler örf ve âdetle değil, kanunlarla saptanmaktadır. Gerçekten de suç sayılan davranışlar, en ağır yaptırımlarla karşılanan fiiller olduğundan yurttaşların özgürlüğünün sınırını gösterirler. Yurttaşların özgürlüğünün sınırının kanunla gösterilmesinde elde edilen faydaların sağlanabilmesi için suç sayılan eylemlerin de kanunla gösterilmesi gerekir. Suç sayılan hareketlerin kanunda gösterilmesi suretiyle hem suç sayılan davranışları saptamada keyfi ve öznel davranılmasının önüne geçilmekte hem de söz konusu davranışların açık bir şekilde gösterilmesi yoluyla yurttaşların bu hareketlerden çekinmeleri, kısacası, caydırıcılık unsurunun gerçekleştirilmesine en üst seviyede çaba gösterilmiş olunmaktadır. Bkz. Tosun, Ö. Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, İÜHFM, Cilt: XXVII, Sayı: 1-4, 1962, s. 45.

[99] Örneğin, özel hukukta örf-âdet önemli bir kaynak görevini yerine getirir. Bkz. Cadoppi ve Veneziani, s. 72.

[100] Öztürk B ve Erdem M.R. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2008, s. 41.

[101] Aslında suç ve cezanın yalnızca kanunla öngörülebilmesi işin doğası gereğidir. Alacakaptan'ın daha açık bir deyişiyle, varlığı ve içeriği kuşkulu olan örf ve adet kuralının ceza hukukunda önemli bir yeri olmaması, söz konusu hukukun doğası gereğidir. Bu bağlamda, toplum tarafından ayıplanan her fiil suç sayılamaz. Bir fiil, ancak yasa koyucunun onu açık bir şekilde suç olarak nitelendirdiği hallerde cezalandırılabilir. İşte bu durumdan dolayı kanun ile kanunun uygulandığı toplumun örf ve âdeti arasında uyumsuzluk yaratmaya uygun bir ortam oluşmaktadır. Örneğin kanun, bedavacılık suçlarında olduğu gibi toplumun uygun görmediği bir fiili cezasız bırakmış veya basın suçlarında rastlanıldığı üzere, belirli bir harekete karşı aşırı miktarda şiddetli ceza öngörmüş olabilir. İşte bu noktada örf ve âdeti harekete geçirerek kanun cezalandırmadığı halde bedavacılık suçlarının yargıç tarafından cezalandırılmasını istemek veya basın suçlarının cezasını hafifletmek veya ortadan kaldırmak olanaklı değildir. Bütün bu durumlarda daima kanun koyucuya başvurmak gereklidir. Nitekim kanun koyucular, bu gibi durumlarda uygun gördükleri takdirde belirli fiilleri cezalandırmışlardır. Bkz. Alacakaptan, U. İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara 1958, s. 8-9.

[102] Mantovani, s. 43, Antolisei ve Conti, s. 75, Cadoppi ve Veneziani, s. 72.

[103] Antolisei ve Conti, s. 75.

kullanılamaz.[104] Bu bağlamda örf-âdetin ceza hukukunda doğrudan kaynak oluşturması kanunilik ilkesinin ”kanunun tekelciliği” alt ilkesine aykırıdır.[105]

Yapılan bu açıklamalardan ceza normları bakımından örf ve âdete hiç bir zaman başvurulamayacağı sonucu çıkartılamaz.[106] Gerçekten de ceza hukuku, kimi durumlarda, medeni hukuk, ticaret hukuku, idare hukuku gibi hukuk dallarına ait bilgilere başvurmakta, böyle durumlarda ise o hukuk dallarında geçerli olan örf ve adet dolaylı bir şekilde ceza hukukunun kaynağını oluşturmaktadır.[107] Kanunun yollama yaptığı örf-adet eğer failin lehine ise söz konusu örf ve âdetin dikkate alınması kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.[108] Ancak bu durumda bile diğer hukuk dallarındaki örf ve adetler, suçu oluşturan fiile ilişkin özellikler olarak dikkate alınır.[109]

Aslında örf ve adet kurallarının ceza normları bakımından kaynak olup olmayacağını değerlendirirken konuyu ikiye ayırmak gerekmektedir. Gerçekten de örf ve adetlerden bir kısmı “kanuna aykırı” (contra legem) bir nitelik taşımaktadır. Kanuna aykırı sayılan bu örf ve adetlerin bir kaynak oluşturamayacağı ortadadır.[110] Daha açık bir deyişle, ceza hukukunda örf ve adet “kanuna aykırı” (contra legem) bir nitelik taşıyamamakta, ancak ceza kanununun doğrudan veya başka hukuka yollama yaptığı durumlarda “kuralın boşluklarını doldurmaya yarayan ikincil” (secundum o praeter legem) bir nitelik taşımaktadır.[111] Konuyu somutlaştırabilmek için bir örnek verilmesi uygun olacaktır. 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 43. maddesinde; yetkili makamlardan izin almaksızın kanuna göre yasak olmayan silahları park, meydan, cadde veya sokaklarda görünür bir şekilde taşıyan kişiye kolluk tarafından idari para cezası verileceği belirtilmiştir. Bir düğünde havaya ateş açılmasının örf ve adetten olduğu gerekçesiyle kanuna göre yasak olmayan av tüfeğini düğüne götürürken sokakta yakalanan bir kişi, idari para cezası ödemekten kurtulamaz. Zira 5237 sayılı TCK’nın 170. maddesinde, kişilerin yaşamı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik

[104] Mantovani, s. 43.
[105] Cadoppi ve Veneziani, s. 72.
[106] Aksi görüş için bkz. Göğer, s. 195.
[107] Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: I, s. 86.
[108] Antolisei ve Conti, s. 76.
[109] Bkz. Alacakaptan, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, s. 8.
[110] Tosun, Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları, s. 626.
[111] Mantovani, s. 43.

yaratabilecek tarzda silahla ateş etmek cezalandırıldığına göre bir düğünde havaya ateş etmek açıkça kanuna aykırıdır. Böyle bir örf-adet kanuna açıkça aykırı olduğuna[112] göre kanuna göre yasak olmayan bir silahın sokakta taşınmasından doğan idari para cezası ödeme yükümlülüğünün ortadan kalkmayacağı açıktır.[113]

Öğretide örf ve adet hukukuna dayalı olarak hukuka uygunluk nedeninin oluşturulabileceği görüşü benimsemektedir.[114] Örneğin, Antolisei ve Conti, kanunun örf-âdeti yasaklamayı istemediği durumlarda örf-adet gereği yapılan işlerin suç oluşturmayacağını ifade etmektedirler.[115] Öğretinin, örf ve adet hukukuna dayalı olarak hukuka uygunluk nedeninin oluşturulabileceği görüşü bize son derece isabetli gelmektedir. Bu görüşün isabetini göstermek açısından bazı örnekler vermek uygun olacaktır. 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 36. maddesinin 1. fıkrasında; başkalarının huzur ve sükûnunu bozacak şekilde gürültüye neden olan kişiye idari para cezası verileceği ifade edilmiştir. Bu bağlamda festival, panayır, şenlik gibi etkinlikler kapsamında gürültü yapıldığını düşünelim. Kanımızca bu tür etkinliklerde başkasının huzur ve sükûnunu bozacak şekilde gürültü yapan kişiye karşı idari para cezasının uygulanması doğru değildir. Zira bu tür etkinlikler doğası gereği gürültülü olduğu gibi bunlarda gürültü yapılması, örf ve âdetin de bir gereğidir. Bu bağlamda örf ve âdetin hoş gördüğü ölçüde gürültü yapan kişiye karşı idari para cezasının verilmesi isabetli değildir.[116]

İkinci örnek "dilencilik suçu" bakımından verilecektir. 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 33. maddesinin 1. fıkrasında; dilencilik yapan kişiye idari para cezası verileceği, ayrıca dilencilikten elde edilen gelire el konularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verileceği ifade edilmiştir. Hıdrellez Bayramında kimi yerlerde

---

[112] Öte yandan kanuna aykırı olmasa hatta kanunla dahi olsa idari suç ve cezayı örf ve âdete göre belirleme yetkisinin verilmesi idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi ile bağdaşmaz. Zira kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanması gereken ceza hukukunda örf ve âdet doğrudan ve bağlayıcı bir hukuk kaynağı oluşturamaz, ancak dolaylı bir hukuk kaynağı oluşturabilir. Bkz. Öncel M. Kumrulu A. Akkaya M. Uygulamalı Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 13.

[113] Bunun gibi İdarenin de örf-âdete sığınarak idari cezayı uygulamaması da kanuna açık bir aykırılık oluşturur.

[114] Öztürk ve Erdem, s. 41. Hatta kimi İtalyan yazarlar, örf ve âdete dayanılarak kişiye "beraat" kararı verilebileceği görüşünü savunmaktadır. Bkz. Mantovani, s. 44 vd. Gerçekten de kimi durumlarda örf ve âdet dikkate alınarak beraat kararı verilmesi gerekebilir. Örneğin, Türkiye'de kimi yörelerde düğünlerde dağıtılan bardak veya havlunun alınıp götürülmesi örf ve adet gereğidir. Söz konusu eşyaları alan kişilere karşı hırsızlık suçundan dava açılması durumunda örf ve adet dikkate alınarak bu kişilere beraat kararı verilmesi gerekir.

[115] Antolisei ve Conti, s. 76.

[116] Ancak, söz konusu etkinliklerde örf-âdetin dışına çıkılıp taşkınlık yapılması durumunun idari para cezasını gerektireceği açıktır.

komşulardan bir şey istemek örf ve adet gereğidir. Bu bayramda torbayla dolaşarak komşularından bir şey isteyen kimseye kanımızca dilencilikten dolayı ne idari para cezası verilebilir ne de onun torbasına el konulabilir.

Ceza hukuku bakımından örf ve âdetin rolü yalnızca az önce anlatılan hukuka uygunluk nedenlerinin oluşturulabileceği ile sınırlı değildir. Örf ve âdetin ceza hukukunda başka işlevleri de bulunmaktadır. Bunlardan ilki, örf-âdetin ceza normunun kapsamının belirlenmesi bakımından bir kaynak görevini görmesidir. Örneğin, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 37. maddesinin 1. fıkrasında; mal veya hizmet satmak için başkalarını rahatsız eden kişinin idari para cezasıyla cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Bu fıkrada geçen "başkalarının rahatsız etmek" fiili bir festivalde mal veya hizmet satan kişi ile normal bir pazar yerinde satış yapan kişi bakımından aynı derecede değerlendirilemez. Daha somut bir deyişle, festivalde satış yapan kişi hakkında söz konusu fiilin daha esnek bir şekilde değerlendirilmesi gerekirken, normal pazar yerindeki satıcının fiilinin daha katı bir şekilde değerlendirilmesi ve bu ölçüye göre ceza tayini yoluna gidilmesi gerekir.

Örf ve adet, ceza normlarının anlamını belirlemek açısından da önem taşımaktadır.[117] Daha açık bir deyişle, örf-âdetin, kanunun yorumu bakımından büyük önemi bulunmaktadır. Örneğin, ceza normunun kullandığı "şeref", "haysiyet" gibi kavramlar ancak örf-âdet dikkate alınarak doğru bir şekilde yorumlanabilir. Nitekim örf-âdetin kanunun yorumu bakımından önemi, Kilisenin 1917 yılında çıkarttığı ve 1983 yılında yenilediği "Kanonik Hukuk Kodunun" (Codex iuris canonici) her ikisinde de veciz bir tarzda "Örf-âdet kanunun iyi yorumcusudur" (Consuetudo est optima legum interpres) şeklinde ifade edilmiştir.[118] Söz yorumdan açılmışken şunu hemen belirtmek gerekir ki yorumla yakın ilgisi bulunan kıyas[119] bakımından da örf ve âdetin büyük önemi bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, ceza hukuku bağlamında aleyhe kıyas bakımından örf-âdetin bir önemi bulunmamasına karşın lehe kıyas bakımından onun büyük önemi bulunmaktadır.[120]

Çeşitli defalar belirtildiği üzere örf-adetle hiç bir ceza normu yaratılamaz. Bununla birlikte örf-adet, yargının ve İdarenin tembelliği yüzünden hukuken olmasa

[117] Mantovani, s. 45.
[118] Antolisei ve Conti, s. 77.
[119] İleride kıyas üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulacaktır.
[120] Krş. Cadoppi ve Veneziani, s. 72.

bile fiili olarak ceza normunu "metruk" (uygulanmayan) bir konuma getirebilmektedir.[121] Ancak şunu da belirtmek gerekir ki biçimsel kanunilik ilkesi bağlamında hukuki metrukiyet ile fiili metrukiyeti birbirinden sağlam bir ölçütle ayırmak oldukça zordur.[122] Zira çağcıl koşullara uygun olmadığı için uygulanmayan kanunlar resmen yürürlükten kaldırılmasa bile "geçerliliği kalmamış metinler" (dead letters) olarak kabul edilmektedir.[123] Kısacası fiili metrukiyet, hukuki metrukiyete yol açabilmektedir.[124] Bu açıklamalardan sonra kanunun tekelciliği ilkesini tam olarak kavrayabilmek için ceza hukukunun kaynakları üzerinde durmak faydalı olacaktır.

cc. Ceza Hukukunun Kaynakları

Yukarıda belirtildiği üzere kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin gereği olarak ceza hukukunun yegâne kaynağını "kanun" oluşturmaktadır. Ancak kanun kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda öğreti ve uygulamada bir oydaşı bulunmamaktadır. İşte bu kısımda ceza hukukunun kaynakları teker teker ele alınarak onların kanunun tekelciliği alt ilkesi ile ilişkisi irdelenecektir.

aaa. Kanun

Suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesinin gereği olarak yalnızca kanun büyük önem taşıdığından[125] burada "kanun" kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmak faydalı olacaktır.

Kamu hukukunda işlemler, geleneksel olarak, doğuracakları hukuki sonuçlar bakımından "objektif" veya "nesnel" (kural, düzenleyici) işlemler ve "sübjektif" veya "öznel" (karar, bireysel) işlemler olmak üzere iki gruba ayrılır. Nesnel işlemler ya da daha yaygın bir ifadeyle düzenleyici işlemlerin temel özelliklerini "genel", "soyut", "kişisel olmayan" ve "süreklilik" oluşturur. Bu bağlamda düzenleyici işlemler "maddi anlamda kanun" niteliğini taşımaktadırlar ki bu grup işlemlerin başında kanun gelmektedir. Görüldüğü üzere "maddi anlamda kanun" kavramının anlatmak istediği husus yapılan düzenlemenin içeriğidir. Kısacası, maddi anlamda

[121] Krş. Antolisei ve Conti, s. 76, Larguier, s. 21.
[122] Mantovani, s. 44.
[123] Allen, C.K. Law In The Making, Oxford University Press, London 1958, s. 593.
[124] Bu bağlamda "metrukiyet" (désuetude) kanunların kendiliğinden yürürlükten kalkmasına olanak vermediği için ceza kanunlarının birbirini izlediğinden ve fiilin suç olmaktan çıkarıldığından bahsedilemez. Zira kanunilik ilkesi bir fiilin suç sayılmasının yanı sıra suç olmaktan çıkartılması bakımından da geçerlidir. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 112.
[125] Krş. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 240.

kanun "genel, soyut, kişisel olmayan ve sürekli" nitelikte düzenleme koyan kural şeklinde tanımlanabilmektedir.[126]

Kamu hukukunda hukuki işlemler az önce belirtilen maddi tanım ve niteliği dışında işlemi yapan organ veya kuruluş dikkate alınarak organik ya da şekli açıdan da ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu ayrım çerçevesinde içeriğine bakılmaksızın işlem onu yapan organa göre nitelendirilmektedir. Daha açık bir deyişle, burada işlemin içeriğinin nesnel veya öznel olmasının herhangi bir önemi bulunmamakta, işlem onu yapan organa göre nitelendirilerek, yasama veya yürütme işlemi adını almaktadır. Bu bağlamda şekli anlamda kanun; Meclisin kanun yapma usulü ve şekline göre yaptığı bir işlem şeklinde tanımlanır.[127]

Bu bağlamda asıl olarak önem taşıyan husus "şekli kanun" ile "maddi kanun"un birbiriyle örtüşmesi veya uyuşum içerisinde bulunmasıdır. Gerçi şekli kanunlar içerisinde kimi zaman maddi kanun özelliğini taşımayan kanunlar bulunsa da[128] Türk hukukunda kanunun "şekli anlamda kanun" kavramıyla tanımlandığını belirtmek gerekir.[129] Bunun gibi Türk hukukunda "kanun" yazılı hukuk karşılığı olarak kullanılan "geniş anlamda kanun" değil, anayasanın[130] altında yer alan norm, bir diğer deyişle "dar anlamda kanun" olarak anlaşılması gerekir.[131]

Suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine ve demokrasinin kişi hak ve özgürlüklerini garanti edici işlevine uygun bir şekilde davranabilmek açısından[132] şekli veya dar anlamda kanun esasının geçerli olması

---

[126] Yüzbaşıoğlu, N. Anayasa Hukukunun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 68.

[127] Yüzbaşıoğlu, s. 68-69.

[128] Şekli kanunla maddi kanunun içeriğinin örtüşmemesi kanunun şekli niteliğinde bir değişiklik doğurmamasına karşın, "hukuk devleti" ilkesi bakımından büyük bir sakınca doğurur. Gerçekten de Gönenç'in isabetli olarak belirttiği üzere, hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarını şu şekilde formüle etmek olanaklıdır: Hukuk Devleti=Genel, soyut, önceden bilinebilen ve anlaşılabilen hukuk kurallarından oluşan bir hukuk sistemi + Hukukun üstünlüğü. Bkz. Gönenç, L. Siyaset Bilimi ve Anayasalar, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 54, Sayı 3, 1999, s. 99 vd. Bu bağlamda genel, soyut ve açık olmayan bir kanunun hukuk devleti ilkesine büyük zarar vereceği ortadadır.

[129] Yüzbaşıoğlu, s. 68-69.

[130] Anayasanın kendisi de "kanun" kavramı içerisine girmektedir.

[131] Geniş ve dar anlamda kanun hakkında fazla bilgi için bkz. Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Dokuzuncu Bası, Beta Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş., İstanbul 1989, s. 543 vd.

[132] Bu bağlamda hemen şu hususu belirtmek gerekir ki kanunun tekelciliği ilkesi mutlak bir ilke olduğundan bundan şekli veya dar anlamda kanunun anlaşılması gerekmektedir. Eğer kanunun tekelciliği ilkesine mutlak bir nitelik vermeyip onu "göreceli" (relative) olarak kabul etmek gerekirse, bir başka deyişle, kanun suç ve cezanın ana unsurlarını belirleyip ayrıntının düzenlenmesi işi yürütmeye bırakılırsa kişi hak ve özgürlüklerinin tam olarak korunması olanaklı değildir. Cadoppi ve Veneziani, s. 64. Bu durumun kanunilik ilkesinin ereklediği "güvence" ilkesine aykırılık oluşturduğu

gerekir.[133] Şekli veya dar anlamda kanun esası, salt ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar bakımından değil, idari suç ve cezalarla uğraşan cezai idare hukuku bakımından da geçerli bulunmaktadır. Zira cezai idare hukuku, olanaklar ölçüsünde sosyal bilinçteki kültür normlarını yansıttığı için idari ceza normlarıyla sınırlandırılan kişi hak ve özgürlüklerinin sosyal bilince uygun olarak sınırlandırılması, bu sınırlandırma işleminin yurttaşları temsil eden ve kamuoyunun görüşünü yansıttığı varsayılan parlamento tarafından yapılması, yalnızca onun tarafından idari suç ve ceza normlarının konulması gerekir.[134] Bu bağlamda, Türk hukuku bakımından geçerli olan kanun anlayışı şekli veya dar anlamda kanun olduğuna göre[135] idari suç ve cezaların da ancak şekli[136] veya "dar anlamda kanun" ile konulması gerektiği ortadadır.[137]

---

da ortadadır. Zira kanunilik, daha açık bir deyişle, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin özü; kanun tarafından suçun, daha açık bir deyişle, ne gibi davranışların yasaklandığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirtilmesinden ve buna göre cezanın kanunla saptanmasından ibarettir. Kişinin yasak davranışları ve bunların cezalarını önceden bilmesi gerekmekte ve bu durum kişinin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesini oluşturmaktadır. Bkz. Gölcüklü, s. 125.

[133] Krş. Cadoppi ve Veneziani, s. 69.

[134] Krş. Cadoppi ve Veneziani, s. 62.

[135] Krş. Soyaslan, D. Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No: 77, Ankara 1990, s. 39.

[136] Bu çerçevede yalnızca ulusal meclisi oluşturan T.B.M.M.'nin "kanun" adıyla çıkarttığı işlemlerle idari suç ve ceza normunun konulması gerekir. Krş. Cadoppi ve Veneziani, s. 68-69.

[137] Anayasa Mahkemesi ve Danıştay bazı kararlarında idari suç ve cezaların şekli veya dar anlamda kanun ile konulması gerektiğini savunmuşlardır. Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin 15.2.2006 tarih ve E. 2002/40, K. 2006/20 sayılı kararına konu olan olayda; davacıya ait özel dershanenin geçici olarak kapatılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle cezanın muhatabı tarafından Kırıkkale İdare Mahkemesine dava açılmış, bu mahkeme de kapatma işleminin dayanağı olan 8.6.1965 tarih ve 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 15. maddesinin (625 sayılı Kanunun 15. maddesinde "Kanun, tüzük ve yönetmeliklere veya umumi emirlere aykırı hareketi veya aykırı harekette ısrarı tespit edilen özel öğretim kurumu, hareketinin ağırlık derecesine göre, geçici veya sürekli olarak Milli Eğitim Bakanlığınca kapatılabilir." hükmüne yer verilmişti) özel öğretim kurumlarının geçici veya sürekli olarak kapatılma nedenlerinin belirlenmesini yasa yanında, tüzük, yönetmelik ve hatta umumi emirlere bırakmasının ve ayrıca geçici kapatmanın azami süresini belirlememesinin, eğitim ve öğrenim hakkı ve ödeviyle, çalışma ve sözleşme hürriyetini sınırladığı, sürekli kapatma yaptırımıyla da ortadan kaldırıldığı belirtilerek Anayasanın çeşitli maddelerine aykırı olduğu savıyla Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi ise söz konusu hükmü, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin yaşama geçirilmesi bağlamında, Yasa'da tüzük, yönetmelik veya umumi emir gibi idari tasarruflarla yasaklanan eylemlerin suç kabul edilmesinin yasa ile düzenleme anlamına gelmeyeceği, bu eylemlerin neler olduğunun da yasada yer almasının gerekli olduğu, cezanın da geçici veya sürekli tanımlamasıyla sürenin takdirini idareye bırakacak biçimde değil açıkça miktar ya da alt ve üst sınırlar belirlenerek gösterilmesinin şart olduğu, bu gerekliliğin, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin de güvencesi olduğunda duraksanamayacağı, tüzük, yönetmelik veya umumi emirlere aykırılığın suç sayılması ve bunlara uygulanacak cezanın da belirli bir süreyle sınırlandırılmamasının, suç ve cezanın yasallığı ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle Anayasanın 38. maddesine aykırı görerek iptal etmiştir. Bkz. 13.7.2006 tarih ve 26227 sayılı R.G. Danıştay Onuncu Dairesinin 27.9.2010 tarih ve E.2007/4030, K. 2010/6813 sayılı kararında ise kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereği idari yaptırımların **(**Danıştay "idari ceza" kavramı yerine hatalı olarak devamlı "idari yaptırım" kavramını kullanmaktadır) esasları ile çerçevesinin kanunla düzenlenmesi ve yaptırım uygulanacak olan ihlalin

bbb. Uluslararası Antlaşmalar

Uluslararası antlaşmalar ceza veya cezai idare hukuku bakımından doğrudan kaynak niteliği taşımaktadır. Gerçekten de Anayasanın 90. maddesinin 1. fıkrasında; Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanmasının, T.B.M.M.'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlı olduğu belirtilmiş ve maddenin 2. ve 3. fıkralarında "kanunla uygun bulma" kuralının ayrıksı durumlarına yer verilmiştir. Bu maddenin 5. (son) fıkrasında ise; usulüne göre yürürlüğe konulan uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu,[138] bunlar hakkında Anayasaya aykırılık savıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı, usulüne göre yürürlüğe konulmuş olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı ifade edilmiştir.

Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında 2004 yılında yapılan bu değişiklik öyle önemlidir ki kimi yazarlar haklı olarak bu değişikliği "sessiz bir devrim" olarak

---

açıkça belirlenip, hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak şekilde tanımlanmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir. Bu karara konu olan olayda, 19.2.2004 tarih ve 25378 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinin 16. maddesinin 2. fıkrasının ve 11. maddesinin 4. fıkrasının son tümcesinde yer alan "16 ncı maddede belirtildiği şekilde bir anlaşma yapılmış olması halinde iptal edilir." hükmü ve bu hükme dayalı olarak davacı şirket hakkında tesis edilmiş olan özel istihdam bürosu işletme izninin iptal edilmesine ilişkin idari ceza işlemi iptal edilmiştir. Onuncu Daire, söz konusu yönetmelik hükmünün dayanağını oluşturan 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanununun 19. maddesinin (c) bendinde yaptırım olarak yalnızca sözleşmenin geçersiz sayılmasına yer verildiği, geçersiz sayılan sözleşmenin yalnızca hukuki sonuç doğuracağı, özel istihdam bürosunun işletme iznin iptaline yol açmayacağı, kanunun lafzı açık iken amaçsal yorum yapılamayacağı, esasen, Anayasanın 38. maddesinde ifadesini bulan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi gereği, idari yaptırımların esasları ile çerçevesinin yasayla düzenlenmesi; yaptırım uygulanacak ihlalin açıkça belirlenip, hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde tanımlanmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Bkz. DD, Sayı: 126, Yıl: 41, 2001, s. 309-313. DİDDGK'nın 23.2.206 tarih ve E. 2004/2733, K. 2006/54 sayılı kararında ise dört aylık sigorta bildirgelerinin geç veya hiç verilmemesi halinde (mülga) 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 140. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde düzenlenen idari para cezasının uygulanacağını belirten dava konusu yönetmeliğin 29. maddesinin (a) bendinin, anılan yasal düzenlemeye aykırı olduğu, zira 506 sayılı Kanununun 79. maddesinde sadece sigortalının prim belgelerinden söz edildiği, dört aylık bildirge verme yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe uymama ile herhangi bir düzenlemenin kanunda yer almadığı, ayrıca, 506 sayılı Kanunda dört aylık bir bildirgenin verilmesi gerektiğini düzenleyen bir hüküm bulunmadığı için bildirgenin hiç verilmemesi veya geç verilmesi halinde müeyyide uygulanacağı yönünde bir düzenlemenin de bulunmadığı, bu nedenle de yönetmelik hükmüyle böyle bir müeyyide getirilmesinin, yönetmeliklerin kanun ve tüzüklere aykırı olamayacağını belirten Anayasanın 124. maddesine aykırılık teşkil ettiği, bu durumda söz konusu yönetmelik kuralının iptali gerekeceği sonucuna ulaşılmıştır. DBB, Erişim Tarihi, 27.9.2006.

[138] a.b.ç.

nitelendirmiştir.[139] Bu bağlamda ister T.B.M.M.'nin onayı olsun isterse olmasın yürürlüğe giren tüm uluslararası antlaşmalar kanun hükmünde sayılacağı için, eğer söz konusu antlaşmalarda idari suç ve ceza öngören bir norm bulunuyorsa[140] o antlaşma hükümleri İdare tarafından doğrudan uygulanacaktır. Üstelik ister kanunla uygun bulunsun isterse T.B.M.M.'nin onayı olmaksızın Anayasanın 90. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına uygun olarak yapılan uluslararası antlaşmalar Türk kanunları karşısında üstünlük kazanacaktır. Çünkü idari suç ve cezalar konusunda hükümler içeren bir uluslararası antlaşma doğası gereği temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğundan, Türk kanunlarıyla farklı hükümler içermesi durumunda yukarıda bahsedildiği üzere Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası gereği, ulusal kanunlar ihmal edilerek, İdare tarafından doğrudan uluslararası antlaşma hükümleri esas alınacaktır. Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında uluslararası antlaşmalara üstünlük tanınması salt mahkemelere özgülenmediğinden kanımızca İdare, usulüne göre yürürlüğe giren bir uluslararası antlaşma ile kanun arasında farklılık olup olmadığını kendisi belirleyecek, farklılık halinde doğrudan uluslararası antlaşmayı uygulayacaktır.[141]

Görüldüğü üzere usulüne uygun olarak konulmuş uluslararası antlaşmalar, ceza veya cezai idare hukuku bakımından doğrudan kaynak niteliğini taşımaktadır. Bununla birlikte söz konusu antlaşmaların doğrudan kaynak niteliğini taşıması için doğal olarak kendisinin cezai hüküm koyması gerekir. Örneğin, bir uluslararası antlaşmanın kendisi idari ceza normu koyarsa bu normun konu hakkındaki ulusal norma aykırı olsun veya olmasın doğrudan İdare tarafından uygulanması gerekir. Buna karşın uluslararası antlaşmalarda genellikle ceza normunu düzenlenmemekte, bu konuda ulusal hukuka yollama yapılmaktadır. İşte böyle bir durumda T.B.M.M. uluslararası antlaşmayı yaşama geçirebilmek için kanuni bir düzenleme yapmadığı takdirde söz konusu antlaşma ceza veya cezai idare hukuku bakımından bir kaynak oluşturmayacaktır.

---

[139] Bu değişikliğin niçin "sessiz devrim" olarak adlandırıldığının ayrıntılı gerekçeleri için bkz. Gönenç, L. 1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar, s. 1. (www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/docs/analizler/90_madde.pdf, Erişim Tarihi, 28.1.2009).

[140] Ancak az sonra bahsedileceği üzere, uygulamada doğrudan idari suç ve ceza normu öngören uluslararası antlaşmanın neredeyse yok denecek ölçüde bulunduğunu belirtmek gerekir.

[141] Krş. Dursun, H. Nasıl Bir Yargı Reformu, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 164-167.

ccc. Düzenleyici İşlemler

Az önce belirtildiği üzere ceza hukukunda "nullum crimen nulla poena" ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalındığından söz edilebilmesi için buradaki "kanun" ibaresinin "şekli anlamda kanun", bir başka deyişle, Anayasaya göre kanun yapma yetkisine sahip yasama organı tarafından konulan metin olarak anlaşılması ve İdarenin gerek düzenleyici gerek bireysel işlemleriyle hiçbir şekilde suç ve ceza konulamaması gerekir.[142]

Gerçekten de ceza hukukunda kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin "mutlak" olarak anlaşılması gerektiğinden idarenin düzenleyici işlemleri kural olarak[143] doğrudan bir kaynak oluşturmaz. Nitekim İtalyan öğretisinde Delitala, Gallo, Bricola, Carboni, Palazzo ile Marunicci-Dolcini, haklı olarak, cezai normlar bakımından kanunun tekelciliği alt ilkesinin "mutlak tekelcilik" (riserva assolute) anlamına geldiğini, burada esnek bir kanuniliğin, bir başka deyişle, kanunun suçun ana çatısını çizip ayrıntıyı idarenin düzenlemelerine bırakmasının, kısacası "göreceli tekelciliğin" (riserva relativa) benimsenemeyeceği görüşünü savunmuşlardır. Bu bağlamda söz konusu yazarlar kanunun suçun çerçevesini çizip ayrıntı ve ikincil nitelikteki düzenlemeleri idareye bırakmasının bile hoş karşılanamayacağını, yasa koyucunun suç ve ceza ile ilgili normu tüm ayrıntılarıyla düzenlemesinin gerekli olduğunu vurgulamaktadırlar. Zira bahsedilen yazarlar ancak bu yolla kişisel özgürlüklerin garanti altına alınabileceğini belirtmektedirler.[144]

Çeşitli defalar belirtildiği üzere idarenin düzenleyici işlemleri ceza hukukunda kural olarak kaynak oluşturamamasına karşın Türk hukukunda sürgit bir şekilde vahim bir hata yapılarak söz konusu işlemlerle hatta az sonra anlatılacağı üzere düzenleyici işlem olarak kabul edilemeyecek idari iç faaliyetlerle idari suç ve ceza normu konulmaktadır. Konu oldukça önemli olduğundan üzerinde ayrıntılarıyla durulması faydalı olacaktır.

İdarenin klasik düzenleme yetkilerini, Anayasanın 115. maddesinde düzenlenen "tüzük" ve 124. maddesinde düzenlenen "yönetmelik"

---

[142] Krş. Toroslu, Ceza Hukuk Genel Kısım, s. 48.

[143] Kural olarak diyoruz zira az sonra görüleceği üzere İdarenin klasik olmayan düzenleme yetkisini oluşturan kanun hükmünde kararnamelerin bir türü ile idari suç ve ceza normu koyabilmek olanaklıdır.

[144] Bkz. Mantovani, s. 46 ve dn.8.

oluşturmaktadır.[145] İdarenin (yürütmenin) klasik olmayan, bir başka deyişle, olağan dışı yetkisini ise kanun hükmünde kararname[146] (KHK) oluşturmaktadır. Türk hukukunda tekdüze bir KHK rejimi bulunmamakta; bu rejim olağan KHK ile olağandışı KHK olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Daha açık bir deyişle Anayasanın 91. maddesinde "olağan KHK" düzenlenmiş, olağandışı KHK'yi ise 121. maddesinde düzenlenen "olağanüstü hal kararnamesi" ile 122. maddesinde düzenlenen "sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesi" oluşturmuştur. İdarenin düzenleyici işlemleri ile idari suç ve ceza normu konulması sorunu az sonra incelenecektir. Bu incelemeyi yapmadan önce İdarenin iç faaliyetleri üzerinde durmak faydalı olacaktır.

Türk hukukunda kendilerine sıkça başvurulan "kararname" "karar", "tamim", "talimat" "tebliğ", "sirküler", "genelge", "yönerge" gibi faaliyetler hiçbir şekilde İdarenin düzenleyici işlemini oluşturmaz.[147] Gerçekten de "kararname" ve "karar" her şeyden önce bir düzenleyici işlem olmayıp, düzenleyici bir işlemin bir olaya uygulanarak hüküm verilmesi anlamını taşır. Kısacası, kararname ve karar, bireysel bir işlem niteliğini taşır. Kendilerine sıkça başvurulan "tamim", "talimat" "tebliğ", "sirküler", "genelge", "yönerge" gibi işlemler ise idarenin düzenleyici işlemlerini oluşturmayıp ya pozitif bir hukuk normunun açıklanmasını veya idarenin iç işlerini[148] düzenlerler.[149] Eğer bu işlemler, düzenleyici işlem sayılsaydı, bunların Anayasada açıkça bir şekilde gösterilmesi ve onlarla nasıl bir düzenleme yapılacağının belirtilmesi gerekirdi. Bu işlemler, Anayasada açık bir şekilde gösterilmediğine göre bunlarla hiçbir şekilde düzenleyici işlem yapılamayacağı gibi icrai olan bir husus da düzenlenemez.

---

[145] Bkz. Duran, L. İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları, İÜHFM, Cilt: XXX, Sayı: 3-4, 1965, s. 490.

[146] Aslında kanun hükmünde kararname "melez" bir işlem türü niteliğini taşımaktadır. Daha açık bir deyişle, kanun gücünde olması bakımından yasama işlevine, "yürütme" (idare) tarafından tesis edilmesi bakımından idari işleve yaklaşmaktadır. Bkz. Öztürk, B. K. Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 17. Biz organik ve şekli ölçütü esas aldığımız için kanun hükmünde kararnameyi İdarenin düzenleyici işlemleri arasında incelemeyi uygun görmekteyiz.

[147] Aksi görüş için bkz. Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 48.

[148] Bu bağlamda İdarenin iç faaliyetleri, idare edilenlere doğrudan yönelik olmayıp, idarenin kendi kuruluşuna ve işleyişine yönelik olarak aldığı çeşitli tedbirler şeklinde tanımlanabilir. Kısacası, iç faaliyetler, idarenin iç yaşamına ilişkin ayrıntıları konu edinen yazılı metinlerdir. Krş. Gözler, K. İdare Hukuku Cilt I, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003, s. 607.

[149] İcrai nitelik taşımayan bu işlemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. Noterlikler Ortak Cari Hesabından Elde Edilen Kazançların Serbest Meslek Kazancı Olarak Değerlendirilmesi Hukuka Aykırıdır, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı: 137, 15 Şubat 2008, s. 52-58.

Aslında idarenin iç faaliyetlerine idari işlem denilmesi bile doğru değildir. Çünkü idari işlem doğrudan hukuki sonuç doğurur; hâlbuki idarenin iç faaliyetleri doğrudan bir hukuki sonuç doğurmaz. T. Güneş'in daha açık bir ifadesiyle, hukukumuzda, tamim, talimat, tebliğ gibi isimler alan bazı düzenlemeler, düzenleyici işlem niteliğine sahip değildir, bunlar, yerleşmiş deyişle, idarenin iç düzenlemeleridir. İdarenin iç işlerini konu edinen yazılı metinlerin etkileri ancak İdare içerisinde kendisini göstermekte, buna karşın, dışarıya taşarak yurttaşlar üzerinde etkisini gösterememektedir. Yazar, idarenin iç faaliyetlerinin, yurttaşlar üzerinde hak doğuran veya yüküm yükleyen birer işlem olmadıklarını, dolayısıyla bunların sadece bünyesel olarak düzenleme olduğunu, ancak içerik olarak işlem olmayan bir faaliyet olduğu fikrini savunmaktadır.[150]

Hukuksal açıdan idarenin iç faaliyetleri, ancak idare içerisinde etkisini gösterme yetisine sahip iken uygulamada söz konusu düzenlemeler oldukça kötüye kullanılmakta ve bırakınız tüzüğü ve yönetmeliği, yasa ile düzenlenmesi gereken konular bile idarenin bünyesel nitelikteki iç düzenlemeleri yoluyla çözüme (!) kavuşturulmaktadır.[151] Bu bağlamda idarenin iç faaliyetleri yoluyla idari suç ve ceza normunun konulamayacağı ortadadır.

İdarenin düzenleyici işlemlerinden olan KHK'ye gelince, Anayasanın 91. maddesinde düzenlenen "olağan kanun hükmünde kararname" ile idari suç ve ceza konulması olanaklı olmamasına karşın, 121. maddesinde düzenlenen "olağanüstü hal kararnamesi" ile 122. maddesinde düzenlenen "sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesi" ile idari suç ve ceza konulması olanaklıdır. Gerçekten de Anayasanın 91. maddesinin 1. fıkrasında, sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği ifade edilmiştir. Bu bağlamda Anayasada suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin düzenlendiği 38. madde, Anayasanın İkinci Kısmının "Kişinin Hakları ve Ödevleri"ni düzenleyen İkinci Bölümünde düzenlendiğine[152] göre olağan KHK'ler ile suç ve ceza normunun konulamayacağı

[150] Güneş, T., s. 150.
[151] Bu konuda fazla bilgi ve bir örnek için bkz., Dursun, H. İdari İşlemlerin İcrailiği (II), Terazi, Yıl: 6, Sayı: 58, Haziran 2011, s. 75 vd.
[152] Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da Anayasanın İkinci Kısmının İkinci Bölümünde belirtilen hususların olağan KHK ile düzenlenemeyeceği görüşü benimsenmiştir. Örneğin Anayasa

ortadadır.[153] Üstelik konulacak ceza normunun ceza hukukuna veya cezai idare hukukuna ait olması da önemli değildir. Zira kanımızca Anayasanın 38. maddesinde suç ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenirken ceza hukuku suç ve cezaları ile idare hukukunun kapsamına suç ve cezaları arasında bir ayrım yapılmamış, her iki tür suç ve cezanın da kanunilik ilkesine tabi olduğu örtük bir şekilde belirtilmiştir.

Ancak biraz önce belirtildiği üzere "olağandışı kanun hükmünde kararnameler" bakımından durum farklıdır. Gerçekten de Anayasanın 121. maddesinin son fıkrasında; olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 122. maddesinin 2. fıkrasında ise sıkıyönetim süresinde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararnameler çıkarabileceği ifade edilmiştir. Üstelik bu olağanüstü hal ve sıkıyönetim kararnamelerinin düzenleyemeyeceği bir sınır da bulunmamaktadır. Bu bağlamda söz konusu KHK'ler ile olağanüstü halin veya sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda idari suç ve ceza konulabilecektir.[154]

Mahkemesinin 3.2.2000 tarih ve 595 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile yapı denetimine ilişkin esaslar düzenlenmiş ve bu arada idari ceza hükümlerine de yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 24.5.2001 tarih ve E. 2000/35, K. 2001/90 sayılı kararıyla bu KHK'nin bazı maddelerini iptal etmiştir. Mahkeme iptal gerekçesinde; yapı denetimine ilişkin kuralların, arazi üzerinde yapılan inşaata ve inşaat sürecine ilişkin olması nedeniyle doğrudan mülkiyet hakkıyla ilgili olduğu, yapının zorunlu olarak denetime bağlı tutulmasının, kullanılması için denetim sonucuna göre faaliyetlerin her aşamasında tutanak ve gerektiğinde rapor düzenlenmesi koşulunun getirilmesi, asgari haddi kararnamede belirtilen parasal yükümlülüklerin öngörülmesi gibi hususların gayrimenkul mülkiyetinin kullanılmasına ait düzenlemeler olduğu, bu bağlamda, Anayasanın 91. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesi olanaklı bulunmayan ikinci kısım ikinci bölümünde yer alan mülkiyet hakkıyla ilgili olduğu belirtilmiştir. Bkz. 17.1.2002 tarih ve 24643 sayılı R.G.

[153] Nitekim Anayasa Mahkemesinin 3.1.2008 tarih ve E.2005/15, K. 2008/2 sayılı kararında 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nin 9. ve 61. maddeleri iptal edilirken; 556 sayılı KHK'nin 9. ve 61. maddelerinde belirtilen eylemlere 61/A maddesinde ceza yaptırımının öngörüldüğü, suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. maddenin Anayasanın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığı için bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığı gibi bu eylemlere ceza öngören maddenin kanunla düzenlenmesinin de bu sonucu değiştirmeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. Ayoğlu, T. Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9 ve 61. Maddelerinin Bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 3.1.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt: 8, s. 30.

[154] Bir yetki kanununa dayanmadan çıkarılan salt bu KHK'ler ile idari suç ve cezanın düzenlenmesi olanaklı olmasına rağmen söz konusu düzeneği benimsemeye olanak bulamıyoruz. Çünkü bu KHK'lerin, kişi hak ve özgürlüklerine büyük darbe vuracağı ve ülkeyi otoriter bir rejimin pençesine düşürmesinden çekinmekteyiz. Öte yandan bu KHK'lere karşı yargı yolunun kapatılması (Anayasanın 148. maddesinin 1. fıkrasına bkz.) ise Giriş kısmında anlatılan gerekçelerle suç ve cezada kanunilik

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere "olağandışı kanun hükmünde kararnameler" dışında kalan diğer KHK'ler ile idari suç ve ceza konulamaz. Daha açık bir deyişle, olağan KHK'ler ile idari suç ve ceza konulmasına, Anayasanın 91. maddesinin 1. fıkrası anayasal bir engel oluşturmaktadır. Bunun gibi KHK'den hiyerarşik olarak daha aşağıda bulunan tüzük ve yönetmelik ile idari suç ve ceza konulamayacağı da genel hukuk ve mantık prensipleri gereğidir. Kısacası, olağandışı KHK'ler dışında idarenin hiçbir düzenleyici işlemiyle idari suç ve ceza normu konulamaz. Konunun önemine binaen ayrıntılı bir açıklama yapılması yerinde olacaktır.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere kararname bireysel idari işlem olduğu, İdarenin bünyesel iç işlemlerinin ise hiçbir şekilde düzenleyici işlem sayılamayacağı ortada olduğundan bunlarla idari suç ve ceza konulamaz. Bunun gibi İdarenin düzenleyici işlemlerinden olan tüzük ve yönetmelikle de idari suç ve ceza konulamaz.

Tüzükle işe başlamak gerekirse, 1924 Anayasasının 52. maddesinde, Bakanlar Kuruluna kanunların uygulanışını göstermek veya emrettiği şeyleri belirtmek üzere içerisinde yeni hükümler bulunmamak ve Danıştay'ın incelemesinden geçirilmek koşuluyla tüzük yapma yetkisi verilmiş ve tüzüklerin kanuna aykırılığı ileri sürüldüğü takdirde bunun çözüm yerinin T.B.M.M. olduğu ifade edilmiştir. Tüzüklerin düzenlendiği 1961 Anayasasının 107. maddesinin[155] Anayasa Komisyonu gerekçesinde; 1924 Anayasasının "tüzükler" (nizamnameler) hakkındaki 52. madde hükmünün sınırı ve kapsamında bir değişiklik yapılmadan yalnızca üslup bakımından değiştirmek suretiyle alınmış olduğu şeklinde bir gerekçeye yer verilmiştir. Ancak bu gerekçeye karşın, 1924 Anayasasının 52. maddesinde tüzükler için ifade edilen "yeni hüküm içermemek"[156] şartı 1961 Anayasası bakımından ortadan kaldırılmış ve "(n)izamnameler, Reisicumhurun imza

ilkesini bütünüyle ortadan kaldırmaktadır. Krş. Feyzioğlu, T. Kanuna Aykırı Tüzükler Karşısında Mahkemelerin Durumu, AÜHFD, Cilt: 6, Sayı: 2-4, 1949, s. 49.

[155] Tüzükler 1982 Anayasasının 115. maddesinde, 1961 Anayasasının 107. maddesiyle aynı içerikte düzenlenmiştir.

[156] Orijinali "ahkâmı cedideyi muhtevi olmamak" şeklindedir.

ve ilanıyla "mamulünbih olur"[157] fıkrası ise "(t)üzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayınlanır." şekline dönüştürülmüştür.[158]

1961 Anayasasının tüzüklerle ilgili 107. maddesinin Anayasa Komisyonu gerekçesinde tüzüklerle ilgili 1924 Anayasasının 52. maddesindeki sınır ve kapsam bakımından bir değişiklik olmadığı belirtilmesine karşın tüzüklerin "yeni hüküm içermemek" koşulunun 1961 Anayasasına aktarılmaması anlaşılabilir bir husus değildir. Çünkü Başgil'in de isabetli bir şekilde belirttiği üzere söz konusu koşul veciz, kapsamlı ve "tam kavrayışlı" (ihatalı) bir şart niteliğinde olup gayet yerinde bir hükümdür. Zira Türk Anayasa Hukuku bakımından İdarenin kendisi ve tasarrufları, Meclise ve onun vereceği yetkiye bağımlı olup, yasama organının emri ve direktifi altında bulunmaktadır. Nitekim Anayasa, ayrı organlar kurarak Devletin işlevini ve yetkilerini bu organlar arasında dağıtmış ve saptamış, bununla birlikte, söz konusu organlar ve yetkileri arasında bir sıra düzen gözetmiş, Devlette iş ve hedef birliğinin eksenini yasama organına ve yasama yetkisine bırakmıştır. Bu yüzden Türkiye'de bütün makamlar ve yetkiler Meclisin direksiyonuna, bir başka deyişle, emir ve iradesine bağlı olarak işleyecek ve iş görecektir. Bu bağlamda, hiçbir makam kendiliğinden yurttaşların hukukuyla ilgili olarak tasarrufta bulunamayacak, bir yükümlülük ve külfet kuramayacak, yaşam ve ilişkiler hakkında re'sen karar alamayacaktır. Bu yetkiler, Türk toplumunun "gerçek ve tek temsilcisi" olan Büyük Millet Meclisine ait olacaktır.[159]

Başgil, tüzükler ile kanun arasında temel bir farkın bulunduğunu da belirtmektedir. Yazar, kanunun kamuoyunun denetimi ve katılımıyla oluşan aleni, genel ve ulusal bir kural iken,[160] tüzük ve idarenin diğer işlemlerinde bu niteliğin bulunmadığını, aslında, tüzüğün aleni olmasına ve kamuoyunun tüzük müzakerelerini takip etmesine de gereksinimin bulunmadığını, zira herhangi bir tüzüğün esas hükmü ve ilkesinin daha önce yürürlüğe konulmuş bir kanunda bulunması gerektiğini, kanunun ise zaten ülke düzeyinde müzakere olmuş ve

[157] "yürürlüğe girer."
[158] Duran, İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları, s. 469.
[159] Başgil, A.F. Türkiye Teşkilat Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tabi Olduğu Hukuki Rejim in Cemil Bilsel'e Armağan, İstanbul 1939, s. 90-91.
[160] Ancak Başgil'in bu saptaması hukuksal açıdan doğru olmasına karşın, günümüz gerçekleriyle bağdaşmamaktadır. Özellikle kanunların çıkartılması bakımından Türkiye'de neredeyse tek yetkili mercii hükümet oluşturmaktadır. Hükümetin Parlamentoya egemen olması yüzünden onun istemediği bir kanunu Meclisin çıkartabilmesi olanaksız değilse bile oldukça güçtür.

tartışılmış, kamuoyunun denetimi altında kabul edildiğini, tüzüğün daha önce yürürlükte olan kanunlar dışında bir hüküm koyamaması yüzünden açık bir şekilde tartışılması ve müzakere edilmesine ve halkın katılımına gerek olmadığını ifade etmektedir.[161]

Başgil, 1924 Anayasasının 52. maddesinde ifade edilen tüzüklerin "yeni hüküm içermemek" koşulunun haklılığını da gerekçelendirmektedir. Yazar, tüzüğün ancak yeni bir hüküm koymamasıyla hukuki bir değerinin olacağını, yeni bir hüküm içeren tüzüğün bu hüküm ne olursa olsun salt yeni bir hüküm içerdiği için kanuna aykırı olduğunu, 52. maddedeki bu koşulun gerçekten iyi düşünülmüş ve seçilmiş bir koşul olduğunu, kanun koyucunun, tüzüklerin kanuna "aykırı" (münafi) hüküm içermemek şartıyla yürürlüğe girer diyebileceğini, nitekim Anayasanın 103. maddesinde[162] hiçbir kanunun Anayasaya aykırı olamayacağının belirtildiğini, tüzüklerin kanuna uygunluğu gereksinimini ifade için "kanuna aykırı olamaz" ibaresi yerine "yeni hüküm içeremez" denildiğini belirtmektedir. Yazar, bu iki ibarenin ifade ettiği anlamın aynı olmadığını, daha açık bir deyişle, bir kanunun, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla yeni bir hüküm koyabilmesinin olanaklı olmasına karşın, tüzüğün bunu yapamayacağını, eğer koyarsa, kanun hükmüne aykırı olmasa bile salt yeni bir hüküm olmasının kanuna aykırılığı için yeterli olduğunu, zira bir tüzüğün koyacağı yeni bir hükmün kanunların hiçbirisine aykırı olmasa bile Anayasanın 52. maddesine aykırılık oluşturacağını ifade etmektedir. Yazar bu bağlamda, hakkında kanuni bir hüküm bulunmayan bir alanı ve ilişkileri hükümetin re'sen bir tüzük ile düzenlemeye kalkışamayacağını, o konu ve ilişki hakkında bir kanun çıkartılması için Meclise bir kanun tasarısı göndermeye mecbur olduğunu ifade etmektedir.[163]

Başgil savını özetleyerek hükümetin bir tüzük, yönetmelik, izahname tamim gibi işlemlerle kanunu yorumlayacağını,[164] kanun hükümlerinin icrası ve infazı için

---

[161] Başgil, s. 91-92.
[162] 1982 Anayasasının 11. maddesinde.
[163] Başgil, s. 92-93.
[164] Başgil'in tüzük, yönetmelik, izahname tamim gibi işlemlerle kanunun yorumlanacağı şeklindeki görüşü kanımızca isabetsizdir. Zira 1961 Anayasasıyla yasama yorumu ortadan kaldırıldığına göre idarenin düzenleyici işlemleriyle kanunun yorumlanabilmesi olanaklı değildir. Gerçi Başgil'in çalışmasını yaptığı dönemde 1924 Anayasası yürürlükte bulunmaktaydı. Ancak o Anayasada sadece Meclisin kanunu yorumlayabileceği esası kabul edildiğinden bunun kapsamının genişletilmemesi gerekmekteydi. Yine, idarenin düzenleyici işlemleriyle kanunu yorumlama esasının benimsenmesi, kanunilik ilkesine, daha açık bir deyişle, kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı bir durum oluşturur. Düzenleyici veya iç işlemlerle kanunun yorumlanması değil ancak açıklaması yapılabilir.

gereken idari ve teknik önlemleri alacağını, bu bağlamda, büro düzenini kuracağını, kamu çalışanlarının görev ve yetkilerini saptayacağını ifade etmektedir. Ayrıca yazar, söz konusu düzenlemelerle kanun ile kurulan kamu hizmetinden yurttaşların faydalanma tarzının belirli bir usule ve düzene bağlanacağını, mevcut bir yükümlülük veya görevin en kolay ve emin bir şekilde yürütülmesi olanaklarını hazırlayacak ve sağlayacak organizasyonun yapılacağını, kanunlar ile konulmuş hakların sahiplerine o hakları sağlayacak araçların saptanacağını belirtmektedir. Bununla birlikte yazar, konulan kural ve yapılan işlemin sözü ve özü, amacı ve ereğiyle kanuna uygun olması ve kanunda bulunan bir hükme bağlanmasının şart olduğunu belirtmektedir. Başgil bu bağlamda, re'sen hüküm koyan, kanuni esaslarla belirli olan sınırı aşan, bir kanun hükmünü, kanun koyucunun kastettiği anlam ve erekten başka bir erek ve amaca yönelten, kanun koyucunun verdiği yetkiyi normal hedefinden saptıran tüzüklerin kanuna aykırı olduğunu ve hukuki değerlerinin bulunmadığını, uygulanmasının kişi, kamu görevlisi ve yargıç için asla bir zorunluluk oluşturmayacağını ifade etmektedir.[165]

Yukarıda belirtildiği üzere, 1924 Anayasasının 52. maddesinde tüzükler için öngörülen "yeni hüküm içermemek" koşulu son derece isabetli olmasına ve 1961 Anayasasının tüzüklerle ilgili 107. maddesi hakkında Anayasa Komisyonu gerekçesinde 1924 Anayasasının 52. maddesinin anlam ve sınırı bakımından bir değişikliğe gidilmediği belirtilmesine karşın, söz konusu şartın 1961 Anayasasına alınmamasının haklı bir gerekçesi olmadığını ve bunun bir "dalgınlık veya unutma" (zühul) eseri olduğunu düşünmekteyiz. Bu durum 1982 Anayasası bakımından da aynen geçerlidir. Zira tüzüğün içeriğinin düzenlenmesi bakımından 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası arasında tam bir özdeşlik bulunmaktadır

Bu dalgınlık veya unutma "yönetmelik" bakımından da geçerli bulunmaktadır. Bu bağlamda yönetmelik hiçbir şekilde "özerk" bir düzenlemeye konu olamaz. Aslında, yönetmeliğin özerk bir düzenlemeye konu olamayacağı apaçık bir gerçeklik iken 1961 Anayasasının ilk şekli olan İstanbul Tasarısından yönetmelikle ilgili hüküm özet olarak alınırken yine kanımızca dalgınlık eseri bir deyim atlanmıştır. Daha somut bir deyişle, 1961 Anayasasının İstanbul Tasarısında yönetmelikler için "kanun ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak ve "teferruatını

[165] Başgil, s. 93.

düzenlemekten" söz edilmiştir. Yönetmelikler için bahsedilen tasarıda yer alan bu hüküm aynen benimsenseydi, yönetmeliğin "özerk" bir düzenlemeye dayanak olamayacağı tartışmasız bir şekilde ortaya çıkacaktı. 1961 Anayasasının 113. maddesinin son şeklinde "teferruatını düzenlemek" ibaresine yer verilmemesi durumda bir değişiklik oluşturmaz. Çünkü farklı bir yoruma gitmek, daha üstün bir kaynak olan tüzüğün yapamadığını, yönetmeliğin yapabileceği anlamını taşır ki bu anlayış, T. Güneş'in belirttiği üzere Anayasanın genel dizgesiyle bağdaşmaz.[166]

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere tüzük veya yönetmelikle ne suç ne de ceza konulabilir.[167] Bunun gibi kanun ile suç ve/veya cezanın tüzük veya

[166] Güneş, T. s. 184. Ayrıca konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. Başbakanlık, Bakanlık ve Kamu Tüzel Kişileri Dışındaki Merciler Yönetmelik Çıkartabilir Mi?, TİD, Yıl: 81, Sayı: 465, Aralık 2009, s. 59-60.

[167] Bununla birlikte Türk öğretisinde örneğin Toroslu ve Sarıca aksi görüşü savunmaktadırlar. Toroslu, gerekli cezaların kanunda gösterilmiş olması, usulüne göre yayımlanması ve ilan edilmesi koşuluyla, kanunun verdiği yetkiye dayanılarak ve yeki veren kanunun çizdiği çerçeve içerisinde kalınarak, düzenleyici işlemlerle (üstelik Toroslu, genelge, tamim, yönerge gibi İdarenin bünyesel iç işlemlerini de düzenleyici işlem olarak görmektedir. Hâlbuki Türk hukukunda idarenin düzenleyici işlemlerini yukarıda belirtildiği üzere sadece KHK, tüzük ve yönetmelik oluşturmaktadır.) suçun unsurlarını göstermenin, bir diğer deyişle, suçu somut hale getirmenin kabul edilmesinin yasama organının ağır işlemesinden doğabilecek sakıncaları bir ölçüde karşıladığı gerekçesiyle haklı gösterilmeye çalışılmasını anlamının olanaklı olduğunu (Bununla birlikte Toroslu, Türkiye'de kanun yoluyla idareye suç koyma yetkisi verilmesi uygulamasının aşırı olduğunu, özellikle, bu konuda yetkili kılınan üst makamların sık sık yetkilerini daha alt makamlara devretmesi sonucu "kanunsuz suç olmaz" ilkesinin dayandığı temellerden birisi olan "kanunun tekelciliği" ilkesine tam olarak uyulduğunun söylenemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 49. Görüldüğü üzere, Toroslu, İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç konulmasını kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı görmemekte, sadece uygulamadaki tutumu söz konusu alt ilkeye aykırı görmektedir. Biz bu görüşe katılamamaktayız. Bizce, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç konulması, uygulamadaki durum ne olursa olsun ilkesel olarak söz konusu alt ilkeye aykırıdır.) 5237 sayılı TCK'nın 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "(i)darenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz." hükmünün bu konuda tek başına yeterli olamayacağını, zira bu hükmün, daha sonra çıkartılacak özel bir kanunla İdareye düzenleyici işlemlerle suç yaratma yetkisinin verilmesine engel olmadığını, İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratılması önlenmek isteniyorsa Ceza Kanununda yer alan açık hükmün Anayasaya da konulmasının gerekli olduğunu belirtmektedir. Yazar buna karşın, düzenleyici işlemlerle ceza veya güvenlik tedbiri koymanın aynı zamanda Anayasal bir ilke olan "kanunsuz ceza olmaz" ilkesine aykırı olacağı yönünde bir kuşkunun bulunmadığını, zira Anayasanın 38. maddesinin 3. fıkrasında ceza ve güvenlik tedbirlerinin "ancak" kanunla konulabileceğinin belirtildiğini ifade etmektedir. Bkz. Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 44, 49-50. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere Toroslu, suçlar bakımından "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin belirli koşullar altında uygulanmayabileceğini, ancak, ceza veya güvenlik tedbiri bakımından her halükarda söz konusu alt ilkenin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Sarıca ise daha da ileri giderek her ne kadar kavramsal olarak belirtmese de gerek suç gerekse cezalar bakımından kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanamayacağı görüşünü örtük olarak ileri sürmektedir. Yazar "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesini ikiye ayırarak "kanunsuz suç olmaz" ilkesinden, her şeyden önce, bir fiilin münhasıran bir kanun tarafından suç konulması gerektiği sonucunun çıkartılamayacağını, kanunun dolaylı yollardan örneğin, tüzüğe yollama yaparak, daha açık bir deyişle, belirli hususların tüzükte yapılacak düzenlemeyle suç oluşturacağını kararlaştırabileceğini, ikinci olarak, 1924 Anayasasında söz konusu ilkenin açık bir şekilde yer almadığını, bu ilkenin 765 sayılı TCK'nin 1. maddesinde yer aldığını, bu kanunun sıradan bir kanun olduğunu, daha sonra çıkartılacak bir kanunun aksine hüküm koyarak suçları belirleme yetkisini misal

yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmesi de kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin gereklerinin yerine getirildiği anlamını taşımaz. Yine yetki veren kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kalınarak düzenleyici işlemlerle suçun unsurlarını göstermenin haklı olduğunu savunulması ve bu durumun yasama organının yavaş işlemesinden kaynaklanan sakıncaların giderilebileceğinin savunulması da yerinde değildir. Bir kere, Türkiye'de genellikle kanunlar, düzenleyici işlemlerle suçun yaratılmasında bir sınır çizememekte, sadece düzenleyici işlemlerle suçun unsurlarının gösterileceği konuları saymakla yetinmektedirler. Kanunla salt düzenlenecek konuların sayılması hiçbir şekilde düzenleyici işlemle yapılacak düzenlemeye bir sınır çizildiği anlamını taşımaz. Öte yandan, kanunla düzenleme yapılacak konunun sınırının çizilmesi ve bu sınır çerçevesinde düzenleyici işlemle suçun unsurunun konulması durumunda bile

---

olarak tüzüğe bırakabileceğini, bu kanunun Ceza Kanununa göre hem sonraki tarihli hem de özel bir kanun olduğu için öncelikle uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir. Sarıca, 1924 Anayasasının hiçbir maddesinde açık bir şekilde "kanunsuz suç olmaz" ilkesinin düzenlenmediğini, bu bakımdan söz konusu ilkenin anayasal bir değerinin bulunmadığını, anayasal bir kural olarak konulduğu varsayılsa bile herhangi bir kanunun bu hükme aykırı olarak konulmasının olanaklı olduğunu, zira kanunların anayasaya aykırılığı mahkemelerce incelenemeyeceğine göre yargıcın bu kanunla bağlı olduğunun kuşkusuz olduğunu, daha açık bir deyişle yargıcın, bir fiilin tüzük tarafından suç haline getirilmesine izin veren kanuna bağlı olduğunu, bu kanuna dayalı olarak çıkartılan tüzüğün de kanun gibi yürürlükte olacağını belirtmektedir. Sarıca, R. Türkiye'de İcra uzvunun tanzim salâhiyeti, Türk Hukuk Kurumu Telif ve Tercüme Serisi No. 14, İstanbul 1943, s. 70-72. Sarıca savını özetleyerek, "kanunsuz suç olmaz" ilkesinin geniş yorumlanması gerektiğini, daha açık bir deyişle, bir fiilin kanun tarafından doğrudan olduğu gibi dolayısıyla da suç sayılabileceğini, örneğin kanunun belirli bir fiili suç saymak yetkisini bir tüzüğe bırakmasına engel bulunmadığını, tüzük tarafından suç sayılan hususların gerçekte suç olarak kabul edilmesi gerektiğini, bu durumun kanunsuz suç olmaz kuralına aykırı olamayacağını, zira söz konusu kuralın manasının bir fiilin kaynağı ve gücünü kanundan almayan bir tasarrufla suç haline getirilemez anlamını taşıdığını, herhangi bir kanunun açık bir emri üzerine, tüzük, yönetmelik veya kararnameyle suçun belirlenebileceğini, bunun olağan bir durum olduğunu, nitekim birçok kanunun; tüzük, yönetmelik ve kararnamelerin öngördüğü yasakları çiğneyenler veya emrettiği hususları yapmayanlar hakkında peşinen bir takım ceza saptadıklarını, böylelikle söz konusu kanunların tüzük, yönetmelik ve kararnamelere adeta "açık çek" (carte blanche) verdiklerini, daha açık bir deyişle, onları önceden belirlenen cezaların karşılığını, başka bir deyişle, "sebebini" (illetini) teşkil edecek fiilleri saptamada bütünüyle serbest bıraktıklarını, böylelikle idarenin söz konusu düzenlemelerinin diledikleri fiilleri suç haline koymaya yetkili kılındıklarını ifade etmektedir. Bkz. Sarıca, s. 73. Sarıca, "kanunsuz ceza olmaz" ilkesinin de "kanunsuz suç olmaz" ilkesi gibi yorumlanması gerektiğini, bu bağlamda, bir tüzüğün, kanunun açık izni üzerine fiilin karşılığını oluşturacak cezayı da saptayabileceğini, çünkü kanun koyucunun herhangi bir kanunla, kanunilik ilkesinin düzenlendiği 765 sayılı TCK'nin 1. maddesinin aksine bir hüküm koymaya yetkili olduğunu, hâkimin, söz konusu kanuna dayalı olarak düzenlenen bu tür bir tüzük ile amel etmeye mecbur olduğunu, bir başka deyişle, o tüzüğü uygulamaya zorunlu olduğunu, ancak bir kanunun tüzüğe böyle açık bir yetki vermediği durumda tüzüğün bir fiil karşılığında ceza koyamayacağını, zira kanunun suskunluğu karşısında 765 sayılı TCK'nın 1. maddesinin uygulanması gerektiğini, çünkü maddede açık bir şekilde kanunda yazılı olan cezalardan başka bir ceza ile kimsenin cezalandırılamayacağı hükmünün konulduğunu, bundan ötürü bu tür ceza koyan tüzüğün kanuna aykırı olduğunu belirtmektedir. Sarıca, s. 77-78. Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde gerek Toroslu gerekse Sarıca'nın fikirlerini paylaşmamaktayız.

"kanunun tekelciliği" alt ilkesinin gerekleri yerine getirilmiş olmaz. Çünkü bu durum yukarıda belirtildiği üzere esnek bir kanunilik esasının benimsendiği anlamını taşır. Hâlbuki yine yukarıda belirtildiği gibi kişi özgürlüklerini güvenilir ve sağlam bir şekilde koruyabilmek için kanunilik ilkesinin "mutlak" veya "katı" (rigid) bir şekilde benimsenmesi gerekir. Aslında İtalyan Anayasasında olduğu gibi Türk Anayasasında da esnek değil mutlak veya katı bir kanunilik anlayışı benimsenmiştir. Kimilerinin suçlarda kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesi bakımından esnek bir anlayışı benimserken "yasama organının yavaş işlemesine" vurgu yapması da anlaşılabilir bir husus değildir. Zira bu vurgu bir yerindelik vurgusu olup "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin esnetilmesi yönünde ileri sürülebilecek hukuki bir gerekçeyi oluşturmaz. Bu bağlamda uygulamadaki duruma bakılarak hukuksal bir ilke çıkartılması yerine hukuki bir ilkenin gerekleri doğrultusunda uygulamaya çekidüzen verilmesi gerekir. Aslında Türkiye'de yasama organının ağır işlediği savı da doğru değildir. Zira Türkiye'de hükümetin istediği veya desteklediği bir kanun çok çabuk bir şekilde hatta tüzükten bile hızlı çıkartılabilmektedir. Nitekim bu hızlılık yüzünden ülke yoğun bir mevzuat kirliliğiyle karşı karşıya kalmıştır. Son olarak, konunun bir "terminoloji" açısından ele alınarak Anayasanın 38. maddesinin 3. fıkrasında "ancak" ibaresine yer verildiği için ceza ve güvenlik tedbirlerinin sadece kanunla konulabileceği, ancak suçlar bakımından böyle bir ibare konulmadığı için düzenleyici işlemlerle suçun unsurlarının gösterilebileceği yönündeki sav da doğru değildir. Bu şekilde "lâfzî" (sözel) bir şekilde yorum yapılmaktadır. Açıkça belirtmek gerekirse "lâfzî yorum" hukukta her zaman doğru bir sonuca ulaştırmamaktadır. Anayasanın 38. maddesinin 3. fıkrası yorumlanırken hukuk ilkeleri ve maddenin ilk fıkrasının da göz önünde tutulması gerekir.[168] Hukukun kişi özgürlüğünü etkin bir şekilde sağlaması temel erek olduğuna ve bu ereğe de ancak "kanunun tekelciliği" alt ilkesine katı bir şekilde uyulmasıyla ulaşılacağına ve Anayasanın 38. maddesinin 1. fıkrasında "ancak" ibaresi kullanılmasa bile "suçların kanuniliği" esasına vurgu yapıldığına göre suçlarda da kanunilik ilkesine uyulması mutlak bir gerekliliktir. Esasında çeşitli defalar belirtildiği üzere "suç" ve "ceza" birbirinden ayrılmaz derecede bir bütünlük oluşturduğundan, hukuksal deyişle, aralarında "bütünleyici parça" ilişkisi bulunduğundan cezalarda kanunilik ilkesinin

[168] Krş., Feyzioğlu, Kanuna Aykırı Tüzükler Karşısında Mahkemelerin Durumu, s. 45-46.

geçerli olduğunu, buna karşın suçlarda söz konusu ilkenin geçerli olmadığını savunmak mantık kurallarına da aykırı düşünmektedir. Zira bütünlük oluşturan bir hususun bir parçasının "parça" niteliğini taşımadığının savunulması durumunda "bütünleyici parça" ilişkisi zaten oluşamamaktadır. Aslında "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi "kanunsuz suç olmaz" ve "kanunsuz ceza olmaz" şeklinde birbirinden ayrılmayacak ölçüde tüm alt ilkeleriyle birlikte bir bütünlük oluşturmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında, daha somut bir deyişle, 6.7.1993 tarih ve E. 1993/5, K. 1993/25 sayılı kararında, suç ve cezada kanunilik ilkesinin bir bütün oluşturduğu, Anayasanın 38. maddesine göre hangi eylemlerin suç sayılacağının ancak yasayla öngörülebileceği, Anayasanın 7. ve 87. maddeleri gereğince yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet meclisine ait olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği, Anayasadaki açıklık karşısında yürütmenin suç oluşturabilmesinin olanaklı olmadığı ifade edilmiştir. Kararda devamla; Anayasanın 91. maddesinde T.B.M.M.'nce Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilebileceğinin öngörüldüğünü ve KHK ile düzenlenemeyecek konuların sayıldığını, Anayasanın suç ve cezalara ilişkin esaslar başlığını taşıyan 38. maddesinin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmeyecek yasak alan kapsamına girdiğini, yürütme organının KHK ile suç oluşturmasına Anayasada izin verilmez iken düzenleme olanak ve biçimleri KHK'lere göre çok daha kolay olan ve hukuk kuralları hiyerarşisinde daha sonra gelen idari düzenlemelerle kimi eylemlerin suç sayılmasının Anayasaya aykırı düşeceği, karara konu olayda Bakanlar Kurulunca bir malın ithal veya ihracının yasaklanması ile eylemin suç oluşturduğu, böylelikle suçun saptanmadığı, suç olma niteliğinin Bakanlar Kurulunun kararına bırakıldığı, bunun ise Anayasanın 38. maddesinde öngörülen "suçun yasallığı" ilkesine aykırı düştüğü belirtilmiştir.[169]

Yapılan bu açıklamalardan 5326 sayılı Kabahatler Kanununun idari cezalar bakımından kanunilik ilkesi esası benimsemesine[170] karşın, idari suçlarda kanunilik

[169] Bkz. AMKD, 31/1, s. 224-226.

[170] 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasında; kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği ifade edilerek idari cezalarda kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesini kabul etmiştir. Ancak Kanunun 17. maddesi bu esası kabul etmemiştir. Daha somut bir deyişle, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17. maddesinin 7. (son) fıkrasında idari cezalar bakımından "kanunilik" ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesi kabul edilmemiştir. Gerçekten de bu fıkrada; idari para cezalarının her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. maddesi hükümleri

ilkesini benimsememesinin isabetsiz olduğu ortadadır. Gerçekten de 5326 sayılı Kabahatler Kanununun "(k)anunilik ilkesi" başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasında; hangi fiillerin kabahat oluşturduğunun kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi kanunun kapsamı ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle doldurulabileceği ifade edilmiştir. Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen[171] "kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği" ibaresi, Kanunun 1. maddesine işaret etmektedir. Daha somut bir deyişle, 5326 sayılı Kanunun 1. maddesinde yer alan "toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacı" bu konuda çizilen bir çerçeveyi oluşturmakta, sadece bu sınırlar içerisinde değerlendirilebilecek olan düzenlemelere yer verilmektedir. Bununla birlikte, çizilen bu çerçeve oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Gerçekten de 1. maddede yer alan "toplum düzeni" ibaresi, tüzük veya yönetmelik yoluyla yapılacak olan kabahatlerin düzenleme alanını neredeyse sınırsız ölçüde genişletmektedir.[172]

Bu bağlamda, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 4. maddesi gereği kabahat suçları veya bizim adlandırmamızla idari suçlarda kanunilik ilkesi esnek uygulanırken idari cezalarda katı bir şekilde uygulanacaktır. Daha somut bir deyişle, kanun bizzat kendisi idari suçu koyabileceği gibi söz konusu suçun konulmasını İdarenin düzenleyici işlemlerine de bırakabilecektir. Bu son durumda Kanunun 1. maddesinde bahsedilen alanlarda çerçeve yasa çıkartılabilecek, çerçeve yasanın içeriği İdarenin düzenleyici işlemleri (tüzük, yönetmelik) ile doldurulabilecektir. Örneğin, çevrenin korunması için çıkartılacak bir yasada çevreye zarar verme veya çevre güvenliğini tehlikeye düşürmenin cezalandırılacağı belirtilecek, Orman ve Su İşleri Bakanlığı ise çıkartacağı bir yönetmelikle çevre güvenliğini tehlikeye düşürdüğü için sözgelimi piknik alanı dışında mangal yapmayı idari suç haline getirebilecektir.[173] Kısacası bu

---

uyarınca Maliye Bakanlığınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılarak uygulanacağı belirtilerek idari cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanacağı esası kabul edilmemiştir. Bu konu üzerinde ileride idari vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması kısmında tekrar durulacaktır.

[171] 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 1. maddesinde; bu kanunda, toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla kabahatlere ilişkin genel ilkeler, kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların sonuçları ve türleri, kabahatler dolayısıyla karar alma süreci, idari yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolu, idari yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esasların belirlendiği ve çeşitli kabahatlerin tanımlandığı ifade edilmiştir.

[172] Yurtcan, E. Kabahatler Kanunu ve Yorumu, Beta, İstanbul 2005, s. 4-5.

[173] Yurtcan, s. 5-6.

hükümle kabahat suçlarında, kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanamayabileceği[174] ifade edilmiştir.[175]

Aslında Kabahatler Kanununun yalnızca idari cezalar bakımından kanunilik ilkesini kabul etmesinin bir anlamı bulunmamaktadır. Çünkü gerçek anlamda kanunilik ilkesinin benimsendiğinden bahsedilebilmesi için çeşitli defalar belirtildiği üzere suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin eşanlı olarak benimsenmesi gerekir. Zira birbirini tamamlayan suç ve cezaların birbirinden ayrılarak farklı kurallara tabi tutulması doğru değildir.[176] Kabahatler Kanununun bu hükmü, Anayasanın 38. maddesinin 1. fıkrasına da aykırılık oluşturmaktadır. Çeşitli defalar belirtildiği üzere Anayasanın bu hükmünde suçta kanunilik ilkesi düzenlenirken ceza hukukunun kapsamına giren suç ile idari suç arasında bir ayrım yapılmadığına göre idari suçlarda kanunilik ilkesinin benimsenmemesi Anayasanın 38. maddesinin 1. fıkrasına açıkça aykırılık oluşturur.

Sonuç olarak "olağan dışı kanun hükmünde kararnameler" dışında İdarenin hiçbir düzenleyici işlemiyle suç ve cezanın unsurlarının düzenlenemeyeceği ortadadır.[177] Bu KHK'ler dışındaki düzenleyici işlem veya İdarenin bünyesel

---

[174] Kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine uygun davranabilmek için idari suçun her birisinin anlam ve içeriğinin, bir başka deyişle, ne gibi yasakları veya yükümlülükleri kapsadığının kanunda gösterilmesi gerekir. Krş. Toroslu, Nasıl Bir Ceza Kanunu, s. 115.

[175] 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, bütünüyle Alman Düzene Aykırılıklar Kanunundan esinlenerek (Bu esinlenmesinin isabetsizliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, Kabahatler Kanunu ve Kanun hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış, s. 3428-3431) savcılığa ve mahkemeye idari ceza uygulama yetkisi vermiştir. İdari cezanın doğasına aykırı bu durumdan dolayı 5326 sayılı Kabahatler Kanunu adeta bir ceza kanununa dönüşmüştür. İşte bu dönüşmeden dolayı Kabahatler Kanununun mehaz Kanuna uygun olarak suç ve cezada kanunilik ilkesini katı bir şekilde düzenlemesi gerekirken bunu yapmaması da vahim bir hata oluşturmuştur. Gerçekten de Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun "kanunilik ilkesini" düzenleyen 3. maddesinin 1. fıkrasının 5326 sayılı Kanuna alınmaması da anlaşılır gibi değildir. Bu fıkrada; bir fiil, ancak işlenmesinden önce kanun tarafından öngörüldüğü takdirde düzene aykırılık olarak cezalandırılabileceği ifade edilerek (Bkz. İçel K. ve Yurtcan E. Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu, İÜHFM, Cilt: XXXVI, Sayı: 1-4, 1971, s. 440) kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesi açık bir şekilde öngörülmüştür.

[176] Krş. Bricola, s. 846.

[177] Ayrıca İdarenin düzenleyici tasarruflarıyla suç ve ceza yaratılması yolunun işletilmesi oldukça tehlikeli ve sakıncalıdır. Çünkü düzenleyici işlemlere yapılan yollama, yetki devri sonucunu doğurmakta ve çok kere kanun, ileride çıkacak, daha açık bir deyişle, yollama zamanında mevcut olmayan bir düzenleyici tasarrufa aykırılığı cezalandırmak suretiyle yürütme organına dilediği fiili suç hâline getirmek yetkisini veren beyaz hükümleri içerecektir. Bundan başka bu yollamalar, suçun tanımı açısından çeşitli duraksamalara yol açmaktadır zira kendisine yollama yapılan ve cezai nitelikte olmayıp *extra-poenam* bir nitelik gösteren metinler, suçta kanunilik ilkesine bağlı bir sistemin gerektirdiği açıklık ve kesinlikle kaleme alınmış olmayacağı, keyfi uygulamaya ve yorum güçlüklerine yol açacağı ortadadır. Krş. Erman, Ticari Ceza Hukuku I-Genel Kısım, s. 42.

nitelikteki iç işlemleriyle idari suç ve ceza konusunda yalnızca kanunun açıklanmasına, usule veya organizasyon boyutuna ilişkin düzenlemeler yapılabilir.

Bununla birlikte yapılan bu açıklamalardan ceza hukuku ve bu bağlamda idari suç ve cezalarla uğraşan cezai idare hukuku bakımından İdarenin düzenleyici işlemlerinin herhangi bir işlevinin olmadığı düşünülmemelidir. Bu işlemlerin söz konusu alanlarda üç tür işlevi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, İdarenin düzenleyici işlemleriyle maddi nitelikteki suç ve ceza normları dışında kalan diğer normlar, örneğin failin lehine usul normları konulabilir.[178] İdarenin düzenleyici işlemleriyle ikinci olarak, ceza veya cezai idare hukukunun suç ve ceza normu daha açık ve kesin bir duruma getirilebilir.[179] Bu bağlamda idari düzenlemenin kanuni düzenlemeyi destekleyici bir nitelik taşıyacağı ortadadır.[180] Üçüncü olarak, bir ceza normunda alt ve üst sınırın belirlenerek bu iki sınır arasındaki bir cezanın uygulanması bakımından yargıca veya İdareye takdir hakkı tanınabileceği gibi bu konuda yönetmeliğe veya tüzüğe de yetki verilebilir.[181]

ddd. Mahkeme İçtihatları

Yargı içtihatları istikrar kazansalar bile ceza veya cezai idare hukukunun dolaylı kaynağını bile oluşturamaz. Zira Toroslu'nun isabetli olarak belirttiği üzere Türk hukuk dizgesine göre yargıç kararı, kural olarak sadece ilgili olduğu somut olay bakımından "mecburilik" niteliğine sahip olup genel nitelikte emirler doğurmamaktadır.[182] Bununla birlikte, Danıştay içtihadı birleştirme kararları bakımından durum farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Gerçekten de 6.1.1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanununun 40. maddesinin 4. fıkrasında; Danıştay içtihadı birleştirme kararlarına Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve İdarenin uymak zorunda olduğu belirtilmiştir.[183] Bu bağlamda, genel, nesnel ve kişilik dışı

[178] Krş. Mantovani, s. 51.
[179] Krş. Antolisei ve Conti, s. 71.
[180] Antolisei ve Conti, s. 72.
[181] Krş. Bricola, s. 859-860.
[182] Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 50.
[183] 4.2.1983 tarih ve 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 45. maddesinin 5. fıkrasında; içtihadı birleştirme kararlarının benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını (Hukuk ve Ceza), dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlayacağı ifade edilmiştir. Bu fıkrada, kanımızca, Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının idareyi bağlayacağından bahsedilmemesi bir "dalgınlık" (zühul) sonucu olmuştur. Çünkü birçok idari cezaya karşı başvuru yolu olarak adliye mahkemeleri yetkili olduğundan ve bu mahkemelerin nihai kararlarına karşı şimdilik (şimdilik diyoruz, çünkü bölge adliye mahkemeleri 1.5.2014 tarihi itibarıyla faaliyete geçmemiştir) Yargıtay'a karşı temyiz yoluna gidildiği için idari suç ve cezalar konusunda Yargıtay tarafından verilen içtihadı birleştirme kararlarının İdareyi bağlayacağı açıktır.

düzenleyici bir kuralın anlam ve kapsamını belirleyen, onun yorumlanmasını sağlayan Danıştay içtihadı birleştirme kararları, konusunu teşkil eden hukuk kuralı yürürlükte kaldığı sürece geçerliliğini korumakta ve İdare açısından bağlayıcı bir nitelik kazanmaktadır.[184]

İçtihadı birleştirme kararının mahkemeler[185] ve İdare üzerinde bağlayıcı etkisi olması, kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı olduğu gibi kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesine de aykırıdır. Konu önemli olduğundan ayrıntıya girmek faydalı olacaktır.

Her ne kadar Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 10.6.1993 tarih ve E.1992/1, K. 1993/2 sayılı kararında; içtihatları birleştirme kararlarının düzenleyici işlemlerin yorumu niteliğinde karar olduğu ve geriye yürümeyeceği belirtilse de[186] Uler'in belirttiği üzere, içtihadı birleştirme kararları Danıştay'ın bu kararının aksine iki türlü olur. Bunlar ya yorum[187] veya yeni bir kural koyan kararlardır. Bunlardan yorum kararları doğası gereği geriye yürüdüğünden yorum niteliğindeki içtihadı birleştirme kararı geçmişe etki yaparak geriye yürürler. Buna karşın, yeni bir kural koyucu nitelikte olabilen içtihadı birleştirme kararı, hukuk kurallarının geçmişe etki yapamayacağı ilkesine uygun olarak geriye yürümezler.[188] Ancak yeni bir kural koyan içtihadı birleştirme kararı geriye yürümese de suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine aykırı düşer. Zira böyle bir durumda kanun koyucunun yerini mahkeme almış olur.

---

[184] DİBK'nin 10.6.1993 tarih ve E.1992/1, K. 1993/2 sayılı kararı, Bkz. 1.12.1993 tarih ve 21775 sayılı R.G.

[185] İçtihadı birleştirme kararının mahkemeler üzerinde bağlayıcı etkisi olması Anayasanın 138. maddesinin 1. fıkrasına da aykırıdır. Gerçekten de Anayasanın 138. maddesinin 1. fıkrasında; hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre (a.b.ç) hüküm verecekleri ifade edilmiştir. Dikkat edileceği üzere, Anayasa bu hükmünde yargıçların Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerini ifade ederken onlardan öznel kanılarını da mahkeme ilamına yansıtmaları gereğini örtük bir şekilde aramıştır. Hâlbuki içtihadı birleştirme kararının bağlayıcı olması yüzünden yargıcın kendi hukuk düşüncesine uygun vicdanı kanısını mahkeme kararına yansıtması olanaklı değildir. İşte bu yüzden içtihadı birleştirme kurumunun kendisi ve bağlayıcılık vasfı bizatihi Anayasanın bu hükmüne aykırılık oluşturmaktadır.

[186] Bkz. 1.12.1993 tarih ve 21775 sayılı R.G.

[187] Soyut yorum kararı niteliğindeki içtihadı birleştirme kararının kendisi Anayasaya aykırı düşmektedir. Zira 1961 Anayasasıyla Meclisin bile yorum yetkisi kaldırıldığına göre soyut bir yorum kararı niteliğinde olan içtihadı birleştirme kararları bizzat Anayasaya aykırıdır. İçtihadı birleştirme kararının Anayasaya aykırı olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. Mahkeme Kararlarının Gerekçesi Bağlayıcı mıdır?, Terazi, Yıl: 6, Sayı: 64, Aralık 2011, s. 53-57.

[188] Y. Uler'in konuşması in Kuru, B. İçtihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar, AÜHFY No. 415, Konferanslar Dizisi No.1, Ankara 1977, s. 63.

İçtihadı birleştirme kararlarından yorum kararları kanunilik ilkesinin kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesini ihlal etse de olay veya olgu temelinde yüksek mahkemelerin vermiş olduğu kararlar bu alt ilkeyi ihlal etmez.[189]

Somut durumlar bakımından verilen yüksek mahkeme kararları mahkemeler ve İdare üzerinde bağlayıcı olmasına karşın idari suç ve cezalar bakımından bir kaynak değeri yoktur. İçtihadı birleştirme kararının ise mevzuat ve Danıştay içtihatlarınca cezai idare hukuku bakımından doğrudan bir kaynak niteliği taşıdığı belirtilmesine karşın kendisi ve bağlayıcılığı suç ve cezada kanunilik ilkesine[190] ve Anayasanın ruhuna aykırı düşmektedir.

eee. Hukukun Diğer Kaynakları

Bu kısımda yukarıda sayılan kaynaklar dışında diğer kaynakların ceza hukuku bakımından kaynak oluşturup oluşturamayacağı irdelenecektir. Yabancı hukukla işe başlamak gerekirse, ceza normlarının uygulanması bakımından ülkesellik ilkesi[191] geçerli olduğundan kural olarak yabancı hukuk, ceza hukuku bakımından

---

[189] Olgu veya olay temelinde fiil tarihinden sonra verilen aleyhe içtihatlar geçmişe uygulama yasağı kapsamında değildir. Zira burada söz konusu olan husus sonraki bir ceza kanununun geçmişe uygulanması değil aynı kanun hükümlerinin somut olayın koşullarına göre farklı uygulanması ya da değişik yorumlanmasıdır. Krş. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 272-273.

[190] İçtihadı birleştirme kararının kendisi suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olsa da bağlayıcı olduğu için soyut nitelikteki aleyhe kararların geçmişe etki etmemesi, lehe kararların ise geçmişe etki etmesi gerekir. Geçmişe uygulama yasağı yalnızca kuramsal olarak değil uygulama bağlamında da gözetilmesi gereken bir hususdur. Daha açık bir deyişle, kuramsal ve normsal açıdan geçmişe uygulama yasağı, suç yaratan ya da aleyhe sonuçlar doğuran ceza normlarının geçmişe uygulanmasına engeldir. Bu yasağa uygulamanın da riayet etmesi gerekmektedir. Zira fiil işlendiği tarihte yaygın ve egemen olan bir yorumun, hüküm tarihinde değişmesi durumunda daha önceki yoruma güvenerek hareket eden kişilerin söz konusu güvenlerinin korunması gerekir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Komisyonun birçok kararında da "ceza kanunu" kavramı geniş anlaşılmış, içtihat değişiklikleri de geçmişe uygulama yasağı kapsamında değerlendirilmiştir. Bu çerçevede içtihat değişikliklerini de geçmişe uygulama yasağı kapsamında değerlendiren Komisyon, ilgililer bakımından kestirilebilir nitelikte olmayan ve aleyhe sonuçlar doğuran içtihat değişikliklerinin değişiklik öncesinde işlenen fiiller bakımından sonuç doğurmayacağı görüşüne ulaşmış, Komisyonun yerini alan AİHM de ancak makul surette öngörülebilen içtihat değişikliklerinin geçmişe uygulama yasağını ihlal etmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Ancak Yargıtay farklı bir tutum sergileyerek içtihadı birleştirme kararları ister lehe isterse aleyhe olsun geçmişe uygulanmayacağı görüşünü benimsemiş, hatta Yargıtay 1949 verdiği bir içtihadı birleştirme kararında, yeni İçtihadı Birleştirme Kurulu kararlarına dayanılarak daha önce istikrarlı bir şekilde uygulanan içtihatlar çerçevesinde kesin hüküm teşkil etmiş olan kararlar hakkında dahi karar tashihi yoluna gidilemeyeceğini belirtmiştir. Hâlbuki adeta bir kanun gibi etki doğurmakta olan lehe içtihadı birleştirme kararlarının kesinleşmiş hükümler bakımından da geçmişe uygulanması kabul edilmelidir. Aksi takdirde, değişen bağlayıcı nitelikteki içtihadı birleştirme kararına rağmen infaz veya icra ilişkisine devam edilmesinin meşruiyeti bulunmaz. Zira hukukun eşit biçimde uygulandığından bahsedilebilmesi için içtihadı birleştirme kararlarının fail aleyhine olduğu durumlarda geçmişe uygulanmaması, lehine olduğu durumlarda ise geçmişe uygulanması gerekir. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 273-277, 324 ve dn. 373.

[191] Ülkesellik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Toroslu N. ve Feyzioğlu M. Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Kitabevi, Ankara 2006, s. 18.

kaynak oluşturamamaktadır. Bununla birlikte, iç hukukun yabancı hukuka yollama yaptığı durumlarda yabancı hukukun dolaylı olarak kaynak değeri taşıyacağı açıktır.[192] Ancak burada şu hususu hemen belirtmek gerekir ki cezai idare hukuku bakımından yabancı hukukun herhangi bir kaynak değeri bulunmamaktadır. Zira doğası gereği idari cezalar bakımından mutlak anlamda ülkesellik ilkesi geçerli olduğundan yabancı hukukun doğrudan veya dolaylı olarak bir kaynak değeri bulunmaz.

Hukukun genel ilkeleri de ceza hukuku bakımından kaynak oluşturmaz. Bununla birlikte, söz konusu ilkelerin ceza normunun somut durumlar bakımından yorumlanmasında yardımcı bir kaynak olarak önemi büyüktür.[193]

Doğal hukuk da ceza hukuku bakımından kaynak oluşturmamaktadır. Bununla birlikte söz konusu hukuk pozitif hukukun değerlendirilmesi, bir diğer deyişle onun kıymetini değerlendirme bakımından bir mihenk taşı olarak görev yapar.[194]

Hakkaniyet de "l'equità" ceza hukuku bakımından bir kaynak oluşturmaz. Ancak hakkaniyetin ceza normunun uygulanması bakımından yardımcı bir yorum ve kılavuzluk aracı olarak hizmet göreceği açıktır.[195]

Ceza hukukunun kaynakları hakkındaki açıklamaları bitirmeden önce önemli bir hususa temas etmek uygun olacaktır. AİHM, AİHS'in 7. maddesinde düzenlenen[196] suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin kendisine özgü bir takım niteliklere sahip olduğu görüşünü taşımaktadır. Daha açık bir deyişle mahkeme, Sözleşmede ifade edilen "hukuk"[197] (law) kavramının şekli

[192] Antolisei ve Conti, s. 78.
[193] Antolisei ve Conti, s. 78.
[194] Antolisei ve Conti, s. 78.
[195] Antolisei ve Conti, s. 78.
[196] AİHS'in 7. maddesinin 1. fıkrasında; hiç kimsenin işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkûm edilemeyeceği, ayrıca, hiç kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği ifade edilmiş, 2. fıkrasında ise bu maddenin, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel olmadığı belirtilmiştir. Kısacası bu maddede suç ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenmiştir.
[197] Gözübüyük ve Gölcüklü bir altta belirtilen dn.'de bizim "hukuk" olarak belirttiğimiz kavramı "yasa" şeklinde ifade etmektedirler. Hâlbuki Sözleşmenin İngilizce metninin 7. maddesinde kullanılan "law" ibaresini "hukuk" şeklinde anlamak gerekir. Eğer bu maddede "yasa" kavramının kullanılması amaçlansaydı "act" ibaresinin kullanılması gerekirdi.

anlamda değil, fakat maddi anlamda kanun[198] olarak kullanıldığı düşüncesini taşımaktadır.[199] Bu bağlamda mahkeme, sözleşmede geçen "hukuk" veya "hukuki" sözcüklerinin salt yasama organı tasarruflarına yollamada bulunmadığını, suç ve cezaların hangi tür düzenleyici işlemlerle konulmasının bir iç kamu hukuku sorunu olduğunu, sözleşme dilindeki "hukuk"un, türü (kanun, tüzük, yönetmelik, yerleşik içtihat, örf-adet gibi) ne olursa olsun soyut norm koyan düzenleyici tasarruflar olduğunu düşünmektedir.[200] Bundan da öte mahkeme, Anglosakson hukukunda önemli bir yer tutan içtihat hukukunun da sözleşmede bahsedilen "hukuk" kavramını ifade edeceği görüşünü benimsenmiştir. Kısacası AİHM, keyfiliğe karşı bir güvence teşkil eden 7. maddede "hukukun öngördüğü" deyiminin "nesnel ve herkes için zorunlu yazılı hukuk kuralları" yanında, aynı nitelikteki "örf ve adet hukukunu" (common law) içerdiği sonucuna varmıştır.[201]

---

[198] Bundan da öte mahkeme kanunun öze yönelik bir takım niteliklere sahip olması gerektiğini de aramaktadır. Gerçekten de mahkemenin 26.3.1987 tarihli K. Leander-İsveç'e karşı davasında verdiği yerleşik içtihadında; şekil şartlarının bulunmasının bir hukuk kuralının Sözleşmedeki anlamında yasa sayılmasına yetmediğini, konulan normun (yasa hükmünün) demokratik topluma ters düşmeyen ve Sözleşme ile bağdaşabilir bir nitelikte olmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Gözübüyük Ş. ve Gölcüklü F. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 325.

[199] Grgić ve diğerlerinin daha açık ifadesiyle, AİHM içtihatlarına göre, AİHS'de ifade edilen kanun kavramı, özerk bir anlama sahiptir. Kanun, sadece resmi anlamda bir kanunu ifade etmemektedir. Bu kavram, aynı zamanda, anayasa, devletin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve Avrupa Topluluğu hukuku ile örneğin tüzük gibi maddi anlamda başka bir kanunu da kapsamaktadır. Grgić ve diğerleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı (Türkçeye çevirenler; Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya), Avrupa Konseyi, 2007, s. 14.

[200] Akıllıoğlu'nun daha açık ifadesiyle bu bağlamda AİHM bakımından "hukukilik" (lawfulness), idare hukukundaki "kanunilik" ya da "yasaya uygunluk" ilkesiyle neredeyse özdeş bir nitelik taşır. Yazar, AİHM'in yasaya uygunluk ilkesini, yalnızca idari işlemlerin herhangi bir yasaya aykırı hüküm içermemesi anlamında alınmamasını, aynı zamanda hatta öncelikle mutlaka bir yasal dayanağa sahip olması şeklinde anlaşılması gerektiğini belirttiğini, öte yandan idari işlemlerin dayandıkları kanunların öngördüğü koşullara uygun olması, bu koşullar kanunda açıkça belirtilmemiş ise idarenin düzenleme yaparak uygunluk koşullarını belirlemesi olarak anladığını ifade etmektedir. Akıllıoğlu, AİHM'in temel haklara yönelik müdahalenin "kanunla öngörülmüş olması" (provided by law) koşulunu aradığını, mahkemenin bu bağlamda kimi kararlarında kanunun AİHS'e uygunluğunu da denetlediğini, bu denetim sırasında kanunun idari makamlara açıkça yetki verip vermediğini, yetki konusunun açıkça anlaşılır olup olmadığını, sınırlarının belirli olup olmadığını göz önünde tuttuğunu belirterek konu hakkında örnek kararlardan bahsetmektedir. Yazar, AİHM'in kanunilik ilkesinin uzantısı olarak "yasal amaca uygunluk" (conformity to statutory aim) ilkesini de benimsediğini, bu ilke gereği idari yetkilerin yalnızca ilgili kanunların güttüğü amaçlar için kullanılabileceğini belirtmektedir. Akıllıoğlu, yasal amaca uygunluk ilkesinin kanunun sevk amacını incelemeyi gerektirdiğini, bu bağlamda kanunun başlangıç hükmünde veya hazırlık çalışmalarındaki amacın araştırılacağını, buradan bir şey çıkmıyorsa kanun hükümlerinin tümü göz önünde tutularak amacın saptanacağını da ifade etmektedir. Bkz. Akıllıoğlu, T. İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku: Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü, www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm (11 Ağustos 2004), Erişim Tarihi, 31.5.2012.

[201] Fazla bilgi ve AİHM kararından örnekler için bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 324- 325, 376.

Ancak burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki AİHM'in "hukuk" kavramını geniş anlamasından[202] Türk hukuku bakımından "kanun" dışındaki hukuk kaynaklarıyla suç ve ceza normunun yaratılabileceği sonucu çıkartılmamalıdır. Zira AİHS'in 7. maddesinin 1. fıkrasında "milli hukuk" kavramına yer verilerek suç ve cezanın nasıl konulacağı iç hukuka bırakılmıştır. Bu bağlamda AİHS'in söz konusu fıkrasındaki "milli hukuk" kavramını Türk ceza hukuku bakımından "kanun", daha açık bir deyişle "şekli anlamda kanun" olarak anlamak[203] gerekmektedir.[204]

AİHM kararına konu olmasa da AİHS'in 7. maddesi, suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesi bakımından bir başka özgün duruma yer vermektedir. Gerçekten de yukarıda belirtildiği üzere Sözleşmenin 7. maddesinin 2. fıkrasında; işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmalden suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel olmadığı belirtilmiştir. Bu fıkrada, Mantovani'nin belirttiği üzere, "işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal" kavramıyla, kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine mutlak bir şekilde uyulmasının şart olmadığı, söz konusu kavramın da ceza normu bakımından bir kaynak oluşturacağı açıkça ortaya çıkmaktadır.[205]

dd. Açık Ceza Normlarının Kanunun Tekelciliği Alt İlkesi Bakımından İrdelenmesi

Bu kısımda kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesinden kısmi bir sapma niteliği taşıyan "açık ceza normu"[206] kavramından bahsedilecektir. Bir ceza

---

[202] Bir başka deyişle, maddi kanun anlayışını benimsemesinden.

[203] Nitekim Türkiye ile aynı, daha açık bir deyişle, Kıta Avrupası hukuk dizgesine tabi olan Belçika açısından AİHM, suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesi bakımından "şekli anlamda kanun" esasının geçerli olduğunu örtük bir şekilde savunmuştur. Gerçekten de AİHM'in 22.6.2000 tarihinde Coëme ve diğerleri-Belçika'ya karşı davasında şu görüş ileri sürülmüştür: ""Mahkeme, bir kişinin hakkında dava açılmasına ve hüküm giymesine neden olan fiilin gerçekleştiği zamanda, bu fiilin suç olduğunu gösteren bir kanun hükmü olduğunu ve uygulanan cezanın bu hükümle belirlenen sınırları aşmadığını... doğrulamalıdır." Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2007, s. 274.

[204] Krş. Nuhoğlu, A. Kanunilik İlkesi Işığında 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname in Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alkın Yayınları, İstanbul, 2003, s. 689. Öte yandan AİHM'in benimsediği geniş anlamda kanun anlayışı, Türk hukuku açısından Balta'nın belirttiği üzere, kanunun hukuk kaynakları arasında haiz olduğu özel ve üstün değere uymadığı gibi uygulama gereksinimlerine de uygun düşmez. Bundan ötürü, Türk hukuku bakımından maddi kanunu, şekli kanunla konan hukuk kuralları ile bunlara eş kurallar anlamına kabul etmek daha doğru bir yol olacaktır. Balta, s. 112.

[205] Mantovani, s. 55.

[206] Buradaki "açık ceza normu" kavramının İtalyanca karşılığı "Le norme penali in bianco" olarak adlandırılır. Ancak "bianco" sözcüğünün sözlük karşılığının "beyaz" olması nedeniyle "beyaz ceza normu" kavramının kullanılmasından kaçınılması gerekir. Beyaz ceza normu kavramı anlamsız

normu[207] genellikle "kural" (hüküm) ve "yaptırım" (müeyyide) olmak üzere iki ögeden oluşmaktadır. Bunlardan kural belirli bir davranışta bulunmayı, daha açık bir deyişle, belirli bir şeyi yapma veya yapmamayı ifade ederken, yaptırım, kuralın ihlaline bağlanmış hukuki sonucu ifade eder. Kuralı ve yaptırımı tek bir kanun hükmünde yer almış olan normlara "tam norm" denilir.[208]

Bununla birlikte, kimi zaman normun iki temel unsurunu oluşturan kural ve yaptırım tek bir kanun hükmünde yer almamakta, çeşitli hükümlerde dağılmış bir halde bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle söz konusu hükümler ya kuralı ya da yaptırımı içerirler. İşte bu tür hükümlere eksik veya tam olmayan hükümler[209] denilir.[210]

Açık ceza normu ile eksik veya tam olmayan hükümleri birbirine karıştırmamak gerekir. Zira açık ceza normunda yaptırım belirlenmiş, ancak kural somut ve güncel bir nitelik taşımamaktadır. Bir normda yaptırım kesin olarak belirlenmiş, ancak hüküm ileride başka bir işlemle örneğin idarenin bireysel veya düzenleyici işlemiyle doldurulacak şekilde genel çerçeve içerisinde sunulmuşsa bu norma açık ceza normu denilir.[211]

Burada hemen şu hususu vurgulamak gerekir ki cezai normlar genellikle kural ve yaptırım unsurunu yeterli ölçüde somut ve belirli olarak düzenleyen "kapalı"[212] bir nitelik taşımakta, böylelikle onun çerçevesi sınırlandırılmış veya belirlenmiş olmaktadır. Ancak ceza hukuku normlarının tümünün kapalı olması gerektiğini savlamak doğru değildir. Daha açık bir deyişle, idarenin ceza hukukuna

---

olduğundan biz de Hafızoğulları gibi "açık ceza normu" kavramının kullanılmasının daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Bkz. Hafızoğulları, Z. Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları in Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı Cilt I, AÜHFY No. 406, Ankara 1977, s. 205 ve dn. 44.

[207] Daha doğru bir deyişle "asıl veya tam ceza normu". Kural ve yaptırımı içererek bir kanun hükmünde suç ve ceza yaratan normlara "asıl ceza normu" denilir. Asıl ceza normu ile "tamamlayıcı norm" veya "ikincil normu" birbirine karıştırmamak gerekir. Gerçekten de tamamlayıcı veya ikincil norm, kural ve yaptırımı içermemekte, diğer normların kapsamını belirlemek veya sınırlandırmak veya onlarını uygulamalarını düzenlemek işlevini yerine getirmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 34 vd.

[208] Bkz. Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 33.

[209] Uygulamada 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu gibi birçok kanunda, ceza hükümleri bakımından eksik norm tekniğine başvurulmuş, daha açık bir deyişle, hüküm unsuru farklı yerde, yaptırım unsuru farklı yerde düzenlenmiştir. Eksik veya tam olmayan hükümlerin tehlikeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 23 ve dn. 27.

[210] Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 33.

[211] Bkz. Hafızoğulları, Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları, s. 204, Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 34, Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 24.

[212] Buradaki "kapalı" sözcüğü açık ceza normundaki "açık" sözcüğünün karşıtı olarak kullanılmıştır.

hiçbir müdahalesinin olmayacağı esası kabul edilirse uygulamada derin sorunlar doğmaktadır. Bu bağlamda açık ceza normunun benimsenmediği, tersine bir deyişle, kanunun tekelciliği ilkesinin sürgit olarak mutlak bir şekilde yorumlandığı durumlarda hukuk dizgesi dayanılmaz bir etkinsizlik sorunuyla karşı karşıya kalır. Örneğin, uyuşturucu maddelerin saptanması konusunda idareye yetki tanınmazsa yeni çıkan bir uyuşturucu maddeyle ilgili işlerin cezasız kalma riski doğar. Öte yandan, parlamentonun yavaş işleme riskinin bulunması yüzünden de açık ceza normuna gereksinim duyulmaktadır.[213] Ancak açık ceza normunun sık sık kullanılması da oldukça tehlikelidir. Zira Katoğlu'nun belirttiği üzere kural ve yaptırım şeklinde ikiye ayrılan ceza normu parçalanamaz bir bütünlük göstermekte, bir başka deyişle, kural ve yaptırım kısmı, bir bütünün parçalarını oluşturarak, birbirine bağımlı, birlikte oluşup işlev gören ayrılmaz iki unsurdan oluşmaktadır.[214]

İdari suç ve cezalar alanında açık ceza normuna örnek olarak gösterilen temel norm, mülga 765 sayılı TCK'nın 526. maddesinin karşılığını oluşturan 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32. maddesidir. 5326 sayılı Kabahatler Kanununun özel kabahat olarak nitelendirdiği "(e)mre aykırı davranış" başlıklı 32. maddesinde; yetkili makamlar tarafından adli işlemler ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye idari para cezası verileceği, bu cezaya emri veren makam tarafından karar verileceği, bu maddenin, ancak ilgili kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde uygulanabileceği ifade edilmiştir.

Dikkat edileceği üzere 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32. maddesinde, İdareye sınırsız bir düzenleme alanı bırakılmaktadır. İdareye sınırsız bir düzenleme[215] alanı bırakıldığı için bu norm bir açık ceza normu niteliğini

---

[213] Cadoppi ve Veneziani, s. 64-65. Bununla birlikte, Cadoppi ve Veneziani'nin parlamentonun yavaş işleme riskinden dolayı açık ceza normuna gereksinim bulunduğu görüşüne katılabilmek olanaksızdır. Zira yukarıda belirtildiği üzere bu tür bir gerekçe "yerindelik" gerekçesi olup hukuki bir gerekçe niteliğini taşımamaktadır.

[214] Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 26.

[215] Gerçekten de açık ceza normunda İdareye açık bir çek, daha doğru bir deyişle, sınırsız bir düzenleme yetkisi verilemez. Bu bağlamda söz konusu normda yasaklamanın amacı ve sebebinin gösterilmesi gerekir. Görüldüğü üzere, açık ceza normu bağlamında suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile hukuk dizgesinin işleyişi arasında bir denge sağlanmakta ve böylelikle kanunilik ilkesinden kısmi bir özveride (açık ceza normunda kanunilik ilkesinin yalnızca "kanunun tekelciliği" alt ilkesinden taviz verilmektedir. Açık ceza normuyla yapılan düzenlemelerde kanunilik ilkesinin diğer alt ilkelerini oluşturan "kanunun açıklığı" ve "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkelerinden taviz verilemez. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 238. Örneğin, Alman Anayasa Mahkemesinin istikrar bulmuş içtihatlarıyla; açık ceza normlarının söz konusu olduğu durumlarda

taşımamakta,[216] dolayısıyla Anayasanın suç ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 38. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Konu oldukça önemli olduğundan üzerinde biraz daha ayrıntılı olarak durulması faydalı olacaktır.

5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32. maddesinin suç ve cezada kanunilik ilkesine uygun olabilmesi için mülga 765 sayılı TCK'nın 526. maddesinin ilk halinde olduğu gibi "kanun ve usul çerçevesinde verilmiş bir emir" ibaresinin kullanılması gerekirdi. Kanun ve usul çerçevesinde verilmiş olan emir demek, kanunun verdiği yetki ve izne dayalı olan ve onun saptadığı usul dairesinde verilen emir demektir. Ayrıca, bu ibare, verilen emrin *kanuni* bir nitelik taşımasını da şart koşar. Nitekim İtalyan Yargıtay'ının bir kararında da belirtildiği üzere, emrin kanuni olması, yetkili merci tarafından verilmiş olmasından ileri gelmez, mercii yetkili sayabilmek için emrin kanuni olması gerekir, aksi takdirde, yetki haricine çıkılmış olunur.[217] 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32. maddesinde kullanılan "hukuka[218] uygun olarak verilen em(ir)" ibaresi, böyle bir emrin verilebilmesi için emrin yalnızca kanuna dayanmasının şart olmadığı, bunun yanında onun tüzük ve yönetmeliğe hatta yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere bir hukuk kuralı koymaması gereken tebliğ, sirküler gibi İdarenin bünyesel iç işlemlerine, hatta yazılı olmayan hukuka dayanılabileceği[219] anlaşılmaktadır. Bu maddede, maddenin uygulanabilmesi için ilgili kanunda açık hüküm bulunmasının şart koşulması da emrin kanuniliğini

---

eğer yürütmenin yapacağı düzenleme kestirilebilir veya belirlenebilir değilse bu durumun kanunilik ilkesinin ileride anlatılacak olan "kanunun açıklığı" (lex certa) alt ilkesine aykırılık taşıyacağı görüşü savunulmuştur. Bkz.Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 247) bulunulmaktadır. Cadoppi ve Veneziani, s. 64-65. Hâlbuki gerek mülga 765 sayılı TCK'nın 526. maddesinde gerekse bunun yerini alan 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32. maddesinde suçun ana çatısı kurulamamakta, yasak davranışların amacı ve sebebi gösterilmemekte, yalnızca "yasaklama konusu" belirtilmektedir. Sadece yasaklama konusunun belirtildiği bir durumun ise norma açık ceza normu niteliğini kazandıramayacağı ortadadır. Bu bağlamda kanımızca gerek mülga 765 sayılı TCK'nın 526. maddesi, gerekse 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32. maddesi açık ceza normu niteliğini taşımamakta, kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine aykırılık içermektedir. Bu aşamada söz konusu alt ilkeye aykırı olmayan bir açık ceza normu örneği vermek uygun düşecektir. Eğer kanun yasak olan uyuşturucu maddeleri sayar ve söz konusu maddelerin İdare tarafından önceden belirlenecek türevlerinin de uyuşturucu madde niteliği taşıdığını belirtirse bu bir açık ceza normudur. Zira suçun ana çatısı kurulmuş olmakta ve yasaklamanın amacı ve sebebi gösterilmiş olmaktadır. Bu şekildeki bir norm kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı değildir. Bkz. Cadoppi ve Veneziani, s. 64-65.

[216] Aslında bu norm "boş bir norm" niteliğini taşımaktadır. Zira bu düzenleme ile hiç düzenleme yapılmaması arasında fark bulunmamaktadır.

[217] Tahir Taner'den aktaran ve bu görüşe katılan Dönmezer, S. C.K. nunun 526 ıncı maddesine nazaran cezalandırılabilecek yükümler, , İÜHFM, Cilt: XI, Sayı: 3-4, 1945, s. 433.

[218] a.b.ç.

[219] Zira hukuk kavramı, yazılı hukuk kuralları yanında, yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere örf-adet gibi yazılı olmayan hukuk uygulamalarını da içerisine alan geniş bir kavramdır.

sağlamaya yetmemektedir. Zira ilgili kanunlarda, "emre aykırı davranış" suçu genel olarak unsurlarıyla birlikte düzenlenmemekte, yalnızca bu maddeye yollama yapılmakla yetinilmektedir. Bu durumun ise "emrin kanuna dayanması" olgusunu hiçbir şekilde gerçekleştiremeyeceği ortadadır.

5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32. maddesinin suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu sonucuna başka bir yolla varmak da olanaklıdır. Dikkat edileceği üzere maddede emre aykırı davranış suçunun bir çerçevesi çizilmemekte, yalnızca "kamu düzeni", "kamu güvenliği" gibi belirsiz kavramlara dayalı olarak suçun konusundan bahsedilmektedir. Suçun konusundan üstelik belirsiz kavramlara dayalı olarak bahsedilmesinin suça bir çerçeve çizmek, dolayısıyla kanunilik ilkesinin gereklerine uygunluk için yeterli olamayacağı açıktır.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32. maddesinin suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olmadığını düşündüğünü savlamak olanaklıdır. Zira Anayasa Mahkemesi 5326 sayılı Kanunun 32. maddesine benzer bir şekilde düzenlenmiş olan 765 sayılı TCK'nın 526. maddesinin Anayasaya aykırı olmadığı sonucunu ulaşmıştır. 765 sayılı TCK'nın 28.9.1971 tarih ve 1490 sayılı Kanunla değiştirilmiş 526. maddesinin 1. fıkrasında; yetkili makamlar tarafından adli işlemler dolayısıyla veya kamu güvenliği veya kamu düzeni veya genel sağlık değerlendirmeleriyle kanun ve nizamlara aykırı olmayarak verilen bir emre itaat etmeyen veya bu yolda alınmış bir tedbire uymayan kişinin fiil ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde cezalandırılacağı hükmünü taşımaktaydı.

Anayasa Mahkemesi 7.6.1973 tarih ve E. 1973/12, K. 1973/24 sayılı kararında; TCK'nın 526. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "kamu güvenliği", "kamu düzeni" ve "mülahaza" (değerlendirme) gibi deyim ve sözcüklerin kesinlik taşımayan, yoruma muhtaç, kişilerin bakış açısına göre değişiklik gösteren olmadığı, anlamlarının uygulamalarla belirlendiği, hukuk ve Anayasa diline girmiş kavramlar olduğu, hukuk diline ve kanunlara girmiş [220] ve üstelik bir kısmı Anayasada yer almış

[220] Anayasa Mahkemesinin "kamu güvenliği", "kamu düzeni" gibi kavramların yasalarda yer almasını her zaman hoşgörüyle karşıladığı söylenemez. Gerçekten de, Anayasa Mahkemesinin 18 ve 22.11.1976 gün ve E.1976/27, K.1976/51 sayılı kararında "...kamu düzeni, milli güvenlik gibi deyimler, uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişletilebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilen çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açabilecek kapalı genel kavramlardır. Bu nitelikteki kavramların olduğu gibi yasaya geçirilmesinin, Anayasa koyucunun ereğine ve yönergesine uygun düşeceği ve bir yasal düzenleme işini göreceği düşünülemez. Başka bir anlatımla bu, Anayasa koyucunun amacı doğrultusunda kanunla yapılmış bir sınırlama niteliğinde

bu terimlerin anlamının yoruma muhtaç olduğundan ve kişilere göre değişebileceğinden söz edilerek Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği, söz konusu fıkrada suçun unsurlarının da açık bir şekilde belirtildiği, bu fıkraya göre bir fiilin suç teşkil edebilmesi için yetkili makamlarca verilmiş bir emir veya alınmış bir tedbirin olması, bu emir veya tedbirin adli işlemlere veya kamu güvenliği veya kamu düzenine veya genel sağlığa ilişkin bulunması ve ayrıca bu emir veya tedbirin kanun ve tüzüklere aykırı bulunmamasının gerektiği, kısacası suçun ne gibi eylemleri kapsadığının açık bir şekilde belirtildiği, cezasının da önceden saptandığına göre (1961) Anayasasında suç ve cezada kanunilik ilkesinin düzenlendiği 33. maddeye bir aykırılığın olmadığı ifade edilmiştir.[221]

---

kabul edilemez." (Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi Sayı: 14, 1977, s. 364-365. Anayasa Mahkemesinin bu görüşüne dayanak teşkil eden görüşü, söz konusu mahkemenin 25.4.1974 tarih ve E. 1973/41, K. 1974/13 sayılı kararında ortaya konulmuştur. İlk defa ortaya konulan bu görüş hakkında bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi Sayı: 11-12, 1974-1975, s. 152) denilerek bir yasada kamu düzeni, milli güvenlik gibi soyut ve belirsiz kavramların kullanılmasının Anayasanın 13. maddesinde ifade edilen temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu tutumunu 1982 Anayasası döneminde de sürdürerek, 17.12.2002 tarih ve E. 2000/75, K. 2002/200 sayılı kararında; Anayasanın 169. maddesiyle ormanların özel olarak korunduğu gözetilerek bu maddede geçen "kamu yararı" kavramının hangi durumları kapsadığının kanunla belirlenmesi gerekirken bu yola gidilmeyerek söz konusu kavramın kapsam ve içeriğinin saptanmasının idareye bırakılmasının "yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Bkz. AMKD, 39/1, s. 292.

[221] Bu kararda konu "yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkesi açısından da değerlendirilerek bu ilkeye bir aykırılığın bulunmadığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda yasama organının, kanun yaparken bütün olasılıkları göz önünde bulundurarak ayrıntılı kuralları saptamak yetkisi bulunsa da sık sık değişen durumlar ve ihtiyaçlar karşısında bu organın, yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü dolayısıyla kanunda esaslı hükümleri saptadıktan sonra acil olaylarda hükümete veya kimi makamlara tedbir alma yetkisini bırakmasının yasama yetkisinin kullanılmasından başka bir şey olmadığı, bu durum karşısında yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı gibi bir anlamın çıkarılamayacağı belirtilmiştir. Söz konusu kararda, konu, İdarenin düzenleyici işlemleri açısından da incelenerek, yürütme organının tüzük ve yönetmelik dışında düzenleme yetkisinin bulunmadığının savunulamayacağı, yürütme organının tüzük ve yönetmelik dışında kanunun verdiği yetkiye dayalı olarak genel nitelikli hukuki tasarruflarda bulunmasının idare hukukunun esaslarına uygun olduğu, bunun aksini kabul etmenin yürütme faaliyetini çok dar ve işlemesi güç bir çerçeve içine sokmak ve özellikle kamu güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı yakından ilgilendiren çok acil olayların çıkması durumunda bir iş yapamaz veya tedbir alamaz hale getirmek olur ki bunun da ülke yararlarına ve Anayasanın özüne uygun düşmeyeceği ve idare fonksiyonunun gerekleriyle bağdaşmayacağı belirtilmiştir Bkz. 9.11.1973 tarih ve 14707 sayılı R.G. Bu karara karşı Ahmet Akar ve Avni Givda adlı üyeler tarafından yazılan karşıoy yazısında; 526. maddenin 1. fıkrasında ifade edilen, buyruk veya tedbirin kanun ve nizamlara aykırı olmaması koşulunun bir ceza kuralında yeri olmayacak kadar esnek, ceza tehdidinin işleyeceği alanı sınırsız kılacak biçimde yorumlanmaya ve uygulanmaya elverişli bir öge olduğunu, bu koşulun hiçbir zaman kanun ve nizamlara uygun olma hatta bir kanun ve nizama dayanma, kaynağını bir kanun veya nizamdan alma zorunluluğunu öngörmeyeceği için buyruk ve tedbirler konusunda giderek keyfi işlem ve uygulamalara yol açacağını ve böylece görünüşe göre kanun suç sayılmış bir eylemi ve kanunla konulmuş bir cezayı kanunsuz suç ve cezaya dönüştürmeye kadar varacağı, tüzük ve yönetmeliğin bir kanuna dayanması gerekirken kanun ve nizama dayalı olmadan buyruk veya tedbirin Anayasanın tüzük ve yönetmelik konusunda öngördüğü iradeye aykırı düşeceği gibi suç ve cezanın kanuniliği ilkesine de aykırı olduğu belirtilmiştir. Üye Muhittin Gürün tarafından yazılan

Anayasa Mahkemesinin bu tutumu öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Örneğin Can, "kamu güvenliği", "kamu düzeni" gibi kavramların geçmiş zaman koşullarında kesinlik kazanmış kavramlar olmadığı gibi günümüzde dahi kesinlik kazanamadıklarını, bu kavramların Anayasada yer alarak hukuk diline geçmiş olmasının bunları belirgin hale getirmeyeceğini, Anayasalarda yer alması bile tartışmalı olan, eleştirilere neden olan kavramların somutlaştırılmadan doğrudan doğruya uygulanır nitelikteki ceza kanunlarına aktarılmasının hukuk yöntemi kurallarına aykırı olduğunu, belirsiz kavramların Anayasada yer almış olmasının aynı kavramların yasalarda da hiçbir somutlaştırma sağlanmaksızın olduğu gibi yer almasının gerekçesi olamayacağını, zira anayasaların yapısal olarak bir çerçeve düzen niteliğinde olduklarını belirtmiştir. Yazar, daha açık bir deyişle, anayasaların tipik olarak siyasal işlem ve karar sürecine ilişkin çerçeve koşulları ve usul kurallarını, somut olarak, birey-toplum-devlet ilişkilerine yönelik ana kuralları belirleyeceğini, buna karşın adli ya da idari anlamda doğrudan doğruya uygulanabilecek tekil normları kural olarak içermeyeceklerini ifade etmiştir. Can, anayasaların soyut ve ilkesel norm ve kavramları içermesinin doğal olduğunu, ancak yasaların özellikle birey aleyhine sonuç doğurabilecek normatif niteliğe sahip

---

karşıoy yazısında ise uyulması bir ceza tehdidi altında olarak zorunlu bulunan her emir veya alınan tedbirin, belirli bir konuda düzenleyici koyacağı ve bu nitelikteki kuralların da kişinin hak ve özgürlüklerinin bir veya bir kaçına sınırlamalar getireceğini, 1961 Anayasasının 11. Maddesinin kişinin temel hak ve özgürlüklerine getirilecek sınırlamaların ancak kanunla yapılacağı, Anayasanın 64. Maddesinde bu sınırlamaların KHK ile yapılamayacağının belirtildiği, TCK'nın 526. maddesinde öngörülen emir ve tedbirlerin temel hak ve özgürlükleri etkileyeceği ve sınırlayacağını, bunun ancak bir kanunla yapılabileceğini, hâlbuki söz konusu madde hükmünün, kanunla belli edilecek makam ve mercie düzenleme yetkisi bırakmak suretiyle Anayasanın kanun yapma yoluyla yerine getirileceğini açıkça belirtmiş olduğu bir görevi, kısacası yasama yetkisini, bir kanunla başka makam ve mercilere devrettiğini, bu durumun Anayasanın yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına aykırı olduğunu belirtmiştir. Gürün devamla, Anayasanın tüzükler için Bakanlar Kuruluna, yönetmelikler için bakanlık veya kamu tüzel kişisine yetki verdiğini, buna karşın, 526. maddede öngörülen makamın belli olmadığını, bunun başka kanunlara bırakıldığını, çıkarılabilecek bir kanunla herhangi kademedeki bir memura yetki verilebileceğini, bunun ise Anayasaya aykırı düşeceği, yine 526. maddenin orijinal halinde "kanun ve nizamlara uygun olarak verilen emir veya alınan tedbir" ibaresinin daha sonra "kanun veya nizamlara aykırı olmamak şartıyla verilen emir veya alınan tedbir" şeklinde değiştirildiğini, yalnızca bir deyim değişikliği gibi görünen bu değişikliğin maddede köklü bir değişim öngördüğünü, daha açık bir deyişle, kanun ve nizamlara uygun olarak verilen emir veya alınan tedbir deyiminin herhangi bir kanunun hükümlerinin uygulanması amacıyla ve kanun hükümleri içinde kalınarak verilecek emir veya tedbirleri ifade edeceği, buna karşın, kanun ve nizamlara aykırı olmamak şartıyla verilen emir veya alınan tedbir deyiminin, belirli kanunların dışında da olabilecek nitelikte, ancak mevcut kanunlardan birisine aykırı olmamak koşuluyla yeni bir düzenleme yapılmasına olanak vereceğini, her ne kadar 526. maddede 1941 yılında yapılan değişiklikle adli işlemler, kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık gibi bir takım nedenlerin mevcut olması şartı konularak sınırlama getirilmişse de bunların hükmün geniş kapsamını Anayasa sınırları içine sokmaya yeterli olmayacağı ifade edilmiştir.

olmaları durumunda somutlaştırma olanağı varsa bu tür soyut ve ilkesel kavramları içermemelerinin belirlilik ilkesinin zorunlu bir sonucu olduğunu zira yasaların Anayasalarda yer alan söz konusu ilkesel normları somutlaştırarak anayasal düzene uygun bir hukuksal düzeni gerçekleştireceklerini vurgulamıştır.[222]

Can, "kamu düzeni", "kamu güvenliği", "genel sağlık" gibi kavramların Anayasada kullanılmış olmasının belirlenebilir olduğu anlamına gelmediğini çünkü anayasal normlarda kullanılan belirsiz kavramların öncelikle yasalarda somutlaşmış olmasının, somutlaşma sonrasında kullanılmak zorunda olunan belirsiz kavramların da yargısal süreç içinde ya da yorum yöntemleriyle belirlenebilir olmasının gerektiğini ifade etmektedir.[223]

Aslında 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32. maddesinin suç ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğu, Anayasa Mahkemesinin bir kararından da örtülü bir şekilde anlaşılmaktadır. Daha açık bir deyişle Anayasa Mahkemesinin 7.7.2011 tarih ve E. 2010/69, K. 2011/116 sayılı kararında; 5237 sayılı TCK'nın "Birinci fıkrada 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… cezalandırılır." şeklindeki 297. maddesinin 2. fıkrası, Anayasanın suç ve cezada kanunilik ilkesini 38. maddesine aykırı bulunmuştur.[224]

Mahkeme, TCK'nin 297. maddesinin 2. fıkrasını, Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen "suç ve cezada kanunilik" ilkesine aykırı bulurken, söz konusu ilkenin, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olmasını gerektirdiğini, TCK'nin 297. maddesinin 1. fıkrasında suça konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına karşın, 2. fıkrada böyle bir nitelik belirlemesi yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak

[222] Bkz. Can, O. Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış, AÜEHFD, C. IX, S. 1-2 (2005), s. 121-122.
[223] Can, s. 100.
[224] Mahkeme bu hükmü ayrıca Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen "hukuk devleti", 7. maddesinde düzenlenen "yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkelerine ve "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü"nü düzenleyen 11. maddesine de aykırı bulmuştur.

yer verilmediğinden dolayı kuralın, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun kanuniliği ilkesine de uygun olmadığı ifade edilmiştir.[225]

Buraya kadar anlatılanlar çerçevesinde 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32. maddesinin suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine uygun olabilmesi için maddenin suçun ana çatısını kurarak, kurulan çatı çerçevesinde İdarenin genel işlem[226] yapabileceği veya İdareye, yapacağı işlemlerle hangi fiillerin çatısı kurulan suça altlandırılabileceğini tayin, kısacası, İdarenin yasaklanan davranışı somut olarak saptayıp açık ceza normuna renk verebilme yetkisi tanımasının gerekli olduğunu söylemek olanaklıdır.[227]

b. Kanunun Açıklığı

Kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesini tam olarak kavrayabilmek için onun çeşitli alt başlıklar altında incelenmesi uygun olacaktır. Bu incelemeye geçmeden önce kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi konusunda bir kavram kargaşasının bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu bağlamda söz konusu alt ilkeyi kimileri "belirlilik" (determinatezza) kimileri "açıklık" (tassativitȁ), kimileri "kesinlik" (precisione) alt ilkesi olarak adlandırmaktadır. Cadoppi ve Veneziani'nin belirttikleri üzere bu kavramların birbirinin yerine kullanılmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Önemli olan ceza normunun "açık" (chiaro) veya "net" (chiarezza) olmasıdır.[228]

Kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" (lex certa) alt ilkesi, yalnızca ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda geçerli bulunmamakta, bunun yanında idari suç ve cezalarda da geçerli bulunmaktadır. Bir başka deyişle, ceza hukukunda geçerli olan açıklık ilkesinin cezai idare hukukunda geçerli olmaması için hiçbir neden yoktur.[229] Bununla birlikte şunu hemen belirtmek gerekir ki, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesi, ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalara oranla daha az gerçekleşmektedir. Zira cezai idare hukukunda hukukun kaynakları, ceza hukukuna göre daha fazla bulunmaktadır.[230]

---

[225] Bkz. 21.10.2011 tarih ve 28091 sayılı R.G.

[226] Genel işlem hakkında idari orman suç ve cezaları kısmında açıklama yapılacağı için burada ayrıntıya girilmeyecektir.

[227] Krş. Cadoppi ve Veneziani, s. 64.

[228] Cadoppi ve Veneziani, s. 82-83. Bu yazarlar "açıklık" alt ilkesini "belirlilik" olarak adlandırmaktadırlar.

[229] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 246, 248.

[230] Delmas ve Teitgen, s. 68.

aa. Kanunun Açıklığı Alt İlkesinin Tanımı ve Anlamı

Az önce belirtildiği üzere kanunun belirliliği olarak da adlandırılan kanunun açıklığı alt ilkesi, suçun ve cezanın tanımının[231] içeriğinin ve sınırlarının ortaya konulması anlamını taşır.[232] Ancak burada şu hususu belirtmek gerekir ki suç ve cezanın içeriği ve sınırları ne kadar açık ve kesin olarak belirtilse belirtilsin bu ilke kanunun anlamının derinlemesine bir şekilde öğrenilmesine engel değildir. Bir başka deyişle, bu alt ilkenin gereği ne kadar yerine getirilirse getirilsin kanunun anlamının yüzeysel olarak öğrenilmesiyle yetinilemez, onun anlamının derin bir şekilde öğrenilmesi gerekir.

Söz kanunun açık ve kesinliğinden açılmışken hemen şu hususu belirtmek gerekir ki bu konuda iki "uç" (marjinal) görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki yasal açıklığı veya belirliliği olanaksız görmekte, ikincisi ise birincisinin tam aksine yasaların her zaman yeterli ölçüde belirgin olduğunu savlayarak yargıcın sadece yasanın dili olması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak açıklık ilkesi her iki uç görüşü de reddetmektedir.[233]

Kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesi; "mutlak açıklığı" (absolute certainty) değil "en üst açıklığı" (maximum certainty) ifade eder.[234] Bir ceza

---

[231] İleride ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine uyulabilmesi için suç ve cezanın kanun tarafından yeterli açıklıkla belirtilmesi gerekir. Ancak bu önermeden suç ve cezanın tanımının mutlaka yapılması gerektiği sonucu çıkartılamamalıdır. Gerçekten de Giavoleno'nun belirttiği üzere tipleştirilmiş standart tanımların tehlikesini gidermek her zaman olanaklı olmadığından "hukukta yapılan her tanım tehlikelidir" (omnis definitio in iure periculosa est). Nak., Cadoppi ve Veneziani, s. 85. Gerçekten de eskimiş bir deyişle tanım; "efradını câmi ağyarını mâni eder" (niteliklerini bünyesinde toplar, diğerlerini dışarıda bırakır). Hâlbuki bir şeyin tüm niteliklerini bünyede toplamak ve farklı olan hususları dışarıda bırakmak her zaman kolay olmadığından Giavoleno'nun deyişinin ne kadar isabetli olduğu ortaya çıkmaktadır.

[232] Antolisei ve Conti, s. 64.

[233] Mantovani, s. 63.

[234] Kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı veya belirliliği alt ilkesi, ceza normunun olanaklar ölçüsünde en üst açıklık içermesini gerektirir. Bkz. Antolisei ve Conti, s. 65. Anayasa Mahkemeleri de genellikle cezai normu düzenleyen yasanın mutlak açıklığı sağlamasının olanaksız olduğunu, kanunilik ilkesinin açıklık veya belirlilik alt ilkesinin gereğinin yerine getirilebilmesi ceza normunun ana unsurunun kanun tarafından yeterli açıklıkta belirlenmesinin şart olduğu görüşünü benimsemektedirler. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 252. Örneğin, İspanya Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu 15 Ekim 1982 tarih ve 62/1982 sayılı kararında; açıklık ilkesinin hukuksal güvenlik ilkesiyle yakın bir ilişki içerisinde bulunduğunu, kanun koyucunun suç ve cezayı tanımlarken açıklığı sağlayabilmek için gösterebileceği en üst çabayı göstermesi gerektiğini, böylelikle insanların yasaklanan hususun ne olduğunu açık ve kesin bir şekilde belirleyebileceklerini ifade etmiştir. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 247 ve dn. 184. Yine İspanya Anayasa Mahkemesinin 21 Ocak 1988 tarih ve 3/1988 sayılı kararında; kanunilik ilkesinin açıklık alt ilkesinin gereğinin yerine getirildiğinden söz edilebilmesi için kanun tarafından idari suçun temel unsurları ile idari cezanın doğası ve sınırının saptanmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme, 20 Nisan 1989 tarih ve 69/1989 sayılı kararında ise cezai idare hukuku normunun nesnelliğinin

normunda mutlak açıklığın bulunmaması son derece doğaldır. Zira yasal bir düzenlemede "öznel" (subjective) durumlara yer verilmesi bütünüyle ortadan kaldırılamaz.[235] Öte yandan yasa koyucu ne kadar uğraşırsa uğraşsın cezai bir normu kaleme alırken mutlak bir şekilde açıklığı sağlayamaz. Yasa koyucu ceza normunun uygulanmasında yargıca[236] belirli ölçüde takdir yetkisi bırakmak zorundadır. Bu yüzden Beccaria'nın yargıcın kanunun dili olması gerektiği görüşü bir ölçüde hayalden öteye gitmemektedir. Ancak bu düşünce, kanun koyucunun ceza normunu kaleme alırken en üst seviyede açıklığı sağlayabilmek için gayret göstermemesini gerektirmez. Bu gayret gösterilmediği takdirde kanun koyucunun yapacağı ceza normu Anayasaya aykırı hale gelir.[237]

Suç fiilinin değişik unsurlu niteliklerinden dolayı tam bir açıklık ve tahmine edilebilirliğe oldukça ender hallerde rastlanılabilir. Gerçekten de ceza hukuku "makul" (reasonable) ve "aldatıcı" (dishonest) gibi ucu açık kavramlara başvurmadığı takdirde işleri daha da karmaşıklaştırarak ve işin özünü kaçıracak şekilde oldukça uzun ve ayrıntılı tanımlamalara gitmek durumunda kalır. İşte bu yüzden en üst açıklık ilkesinin savunucuları, böyle belirsiz kavramların kullanılması durumunda kılavuzluk ve mahkemenin takdir yetkisini şekillendirecek gösterici örnekler gibi diğer tanımlayıcı unsurlarla söz konusu kavramlarının anlamlarının açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirtirler.[238]

---

sorgulandığı veya suç ve ceza tipinin kanun yerine İdare tarafından tanımlandığı her durumun söz konusu alt ilkeye ve dolayısıyla hukuka aykırı olduğunu vurgulamıştır. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 252 ve dn. 199-203. Amerikan Temyiz Mahkemesi, 1926 yılında Conally General Construction Co'ya karşı davasında vermiş olduğu kararda, bir şeyin yapılmasını veya bir şeyden kaçınılmasını oldukça belirsiz ve muğlak terimlerle belirten cezai bir normun, orta zekâlı bir kimse tarafından tahmin edilen anlamından farklı bir şekilde uygulandığı durumun "hukuka uygunluk" (due process of law) ilkesinin en temel unsuruna aykırı düşeceğini belirtmiştir. Bkz. Ashworth, s. 78. İtalyan Anayasa Mahkemesi ise 1970 yılında vermiş olduğu bir kararda, ceza normları öyle bir tanımlanmalıdır ki hukuki güvenlik ilkesi somutlaştırılarak kişinin bir eylemin suç olup olmadığını önceden belirleyebilmesinin olanaklı olması gerektiğini ifade etmiştir. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 252-253 ve dn. 210. Daha açık bir deyişle, İtalyan Anayasa Mahkemesi bir ceza normunun anlamının nesnel olarak belirlenemediği durumlarda Anayasanın 25. maddesinin 2. fıkrasında (İtalyan Anayasasının 25. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir: "Hiçbir kimse, fiilin işlenmesinden evvel yürürlüğe girmiş olan bir kanun olmadıkça cezalandırılamaz.") belirtilen kanunilik ilkesine ve bunun bir alt ilkesini oluşturan kanunun açıklığı alt ilkesine aykırılık olacağını düşünmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve hırsızlığın tanımlandığı İtalyan Ceza Kanununun 603. maddesinin belirsizliği konusunda bir örnek için bkz. Cadoppi ve Veneziani, s. 83-84.

[235] Mantovani, s. 63.

[236] İdari suç ve cezalarda İdareye.

[237] Cadoppi ve Veneziani, s. 85.

[238] Ashworth, A. Principles of Criminal Law, Fourth Edition, Oxford University Press, New York 2003, s. 78.

Türk Anayasa Mahkemesi gerek 1961 Anayasası, gerekse 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlarda örtülü bir şekilde suç ve cezada kanunilik ilkesi ile açıklık alt ilkesini özdeşleştirmiş ve kanunilik ilkesini tanımlayarak anlamını göstermiştir. Örneğin, Mahkemenin 10.12.1962 tarih ve E. 1962/198, K. 1961/111 sayılı kararında; kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin esasının, kanun tarafından suçun, bir başka deyişle, ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirtilmesinden ve buna göre cezanın kanunla tayin edilmesinden ibaret olduğu, kişinin yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi gerektiğini ve bu durumun, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin teminatı olduğu ve bu teminata, Anayasanın kişinin temel hak ve ödevlerine ait bulunan ikinci bölümünde (md. 33) yer verilmiş olduğu ifade edilmiştir.[239]

Anayasa Mahkemesi 6.6.1991 tarih ve E. 1990/35, K. 1991/13 sayılı kararında da örtülü bir şekilde suç ve cezada kanunilik ilkesi ile açıklık alt ilkesini özdeşleştirmiştir. Bu kararda VUK'un 360. maddesinin 2. fıkrasındaki; kaçakçılığa teşebbüs nedeniyle hükmolunan hapis cezasının paraya çevrilmesine hükmolunması halinde, para cezası tutarının hesabında; hapis cezasının her bir günü için sanayi sektörü için belirlenen, yürürlükteki asgari ücretin bir aylık tutarının yarısının esas alınacağı hükmü, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 5. maddesindeki devletin amaç ve görevine, 10. maddesindeki eşitlik ilkesine ve Anayasanın 38. maddesindeki suç ve cezaların kanuniliği ilkesine uygun bulmuştur. Mahkeme Anayasanın 38. maddesi yönünden inceleme yaparken; Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezaların yasallığı ilkesinin benimsendiğini, yasa koyucunun ceza alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı olmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılırsa hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılanmaları gerektiği, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisinin bulunduğunu, iptali istenilen Yasa kuralı uyarınca kaçakçılığa teşebbüs nedeniyle hükmolunan hapis cezasının paraya çevrilmesine hükmolunması durumunda, para cezasının tutarının hesabında hapis cezasının her bir günü için sanayi sektörü için belirlenen yürürlükteki asgari ücretin bir aylık tutarının yarısı esas alınacağından kişiye suç işlediği zaman o suç

[239] Bu kararın metni için bkz. 24.1.1963 tarih ve 11316 sayılı R.G.

için öngörülen cezanın, suç gününden önce belirgin olduğunu, bu düzenlemede cezaların yasallığı ilkesine ve Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bir yön görülmediğini belirtmiştir.[240]

Yine Anayasa Mahkemesinin 12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun Bazı Maddelerinin Anayasaya aykırılığı savıyla açılan davada vermiş olduğu 31.3.1992 tarih ve E.1991/18, K.1992/20 sayılı kararda ise suçun bütün öğelerinin belirtilmemiş, kullanılan sözcük ve terimlerin kaypak, yasal/hukuksal çerçeve ve anlamının belirsiz, yorum yoluyla ve takdirle suç yaratılmasına neden olacak nitelikte olmasının "suçun kanuniliği" ilkesine ve Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Buna ek olarak kararda, "suç ve cezaların kanuniliği" ilkesinin anayasaların ve ceza yasalarının temel kurallarından birisi haline geldiği, bu ilkenin, suç ve cezaların yalnızca yasayla konulmasından ibaret olmayıp buna bağlı bir dizi sonucun ceza hukukunun temel kuralları olduğunu belirterek; ceza kurallarının kıyas yoluyla yasanın öngörmediği alanlara yaygınlaştırılamayacağı, ceza kurallarının olabildiğince sözüne uygun olarak yorumlanması gerektiği, bir eylemi suç durumuna getiren veya suça öngörülen cezayı etkileyici tüm kuralların ceza kuralı olduğu, bir ceza kuralının konuluş amacı ve anlamı belirsiz ise yargıcın bunu sanığın lehine yorumlaması gerektiği şeklinde söz konusu sonuçlardan bazılarını sıralamıştır. Mahkeme, tüm bunların, suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılmasının yeterli olmadığını gösterdiğini, konulan kuralın, açık, anlaşılır ve sınırlarının da belirli olması gerektiği sonucunu doğuracağını ifade etmiştir. Mahkeme, kanunu bilmemenin özür sayılamayacağı kuralı bir ceza hukuku ilkesi olduğuna göre kanunun herkesçe anlaşılacak ölçüde açık olması gerektiğini belirtmiştir.[241]

Söz açıklık alt ilkesi gereği kanunun dilinin herkesçe anlaşılır olması gerektiğinden açılmışken hemen şunu belirtmek gerekir ki ileride anlatılacağı üzere

[240] Bkz. 27.10.1994 tarih ve 22094 sayılı R.G.

[241] Karar için bkz. 27.1.1993 tarih ve 21478 sayılı R.G. Anayasa Mahkemesinin 3.10.2013 tarih ve E. 2013/28, K. 2013/106 sayılı kararında da suç ve cezada kanunilik ilkesi ile açıklık alt ilkesi adeta özdeşleştirilerek; Anayasanın 38. maddesinin 1. fıkrasında "suçun yasallığı", 3. fıkrasında ise "cezaların yasallığı" ilkesinin düzenlendiği, suç ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerektiği, bu ilkenin aynı zamanda kıyas yoluyla suç ve ceza normlarının genişletilemeyeceğini de öngöreceği ifade edilmiştir. Bkz. 18.1.2014 tarih ve 28886 sayılı R.G. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin kıyas yolundan bahsedilmeksizin bu tanımı Mahkemenin 7.7.2011 tarih ve E. 2010/69, K. 2011/116 sayılı kararında da ifade edilmiştir. Bkz. 21.10.2011 tarih ve 28091 sayılı R.G.

önemi oldukça büyük olan bu ilkeye sadık kalabilmek için kanunda belirsiz, geniş, esnek, hissi, etik veya ahlaki bir dil kullanılmamalı, tam aksine oturmuş bir dil kullanılmalıdır. Bu bağlamda bir kanun metni yorumlanırken bütün çabalara rağmen kanunun anlamı belirlenemiyorsa kanunilik ilkesinin açıklık veya belirlilik alt ilkesine aykırı davranıldığı açıktır.[242]

Kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesine, idari suç ve cezalar bağlamında da uyulması gerekir. Bu çerçevede kanun idari cezanın yalnızca "en alt" (asgari) sınırını saptayıp üst miktarın belirlenmesini idareye bırakamaz. Örneğin, kanun, meslekten yasaklanma cezasının alt sınırını saptayıp üstünün belirlenmesi görevini idari organa bırakamaz.[243]

Anglosakson hukukuna tabi olan ülkelerde, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi özgün bir nitelik taşımaktadır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri hukukunda kanun açıklığı ilkesi, "makul uyarı" (fair warning) ve "muğlaklığın geçersizliği" (void for vagueness) ilkeleri olarak bilinmekte ve bu ilkelere göre, suçların saptanmasında en üst açıklığın bulunması gerekmektedir.[244]

Gerçekten de Birleşik Devletlerde "muğlaklığın geçersizliği" kuralının uygulandığı bazı davalarda kanunilik ilkesinin temel değerlerinin bir yansıması görülmektedir. Bu bağlamda kanunilik ilkenin altında yatan felsefe; suç davranışının önceden tanımlanmadığı durumlarda cezanın meşru bir şekilde kamu çıkarını gerçekleştirmek yerine ayrıcalıkçı veya baskıcı bir kimliğe bürünebilme riskinin bulunmasıdır.[245]

Bununla birlikte şu hususu hemen belirtmek gerekir ki Birleşik Devletlerde açıklık ilkesi sadece kanunilik ilkesinin bir esasını oluşturmamakta, bunun yanında "hukuka uygunluk" (due process of law) koşulunun da en önemli alt esaslarından birisini oluşturmaktadır. Daha doğru bir deyişle, Birleşik Devletlerde "muğlaklığın

---

[242] Mantovani, s. 65.

[243] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 242. Nitekim İspanya Anayasa Mahkemesi 7 Nisan 1987 tarih ve 92/1987 sayılı kararı ile 6 Şubat 1989 tarih ve 29/1989 sayılı kararında "belirli miktar ve daha üstü" şeklinde para cezası verilmesini öngören kanunların cezada belirsizliğe yol açtığını, belirsizliğin önlenebilmesi için cezanın azami haddinin kanun tarafından gösterilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Cezada belirsizliğin önlenebilmesi ereğiyle "en üst" (azami) miktarın gösterilmesi zorunluluğu Alman, İtalya ve Portekiz Anayasa Mahkemeleri tarafından da aranmaktadır. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 242-243.

[244] Ashworth, s. 75.

[245] Dripps, D.A. The Constitutional Status of the reasonable Doubt Rule, California Law Review, Vol. 75: 1665, 1987, s. 1684.

geçersizliği" olarak anlaşılan "açıklık ilkesi", hukuka uygunluk koşulunun en önemli ölçütünü oluşturmaktadır. Bu bağlamda Birleşik Devletlerde "muğlaklığın geçersizliği" ölçütünün ileri sürüldüğü çoğu davalarda failin yaptığı davranışın suç olduğunu bilmesi nedeniyle devletin meşru bir şekilde cezalandırma yetkisini kullandığı gerekçesiyle söz konusu ölçüte dayalı sav kabul edilmemiş, buna karşın kimi kararlarda makul bir açıklıkla suçun tanımlanamadığı bir yasaya dayalı olarak verilen mahkûmiyet kararı hukuka uygunluk koşuluna aykırı görülmüştür.[246]

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi yalnızca Kıta Avrupası hukuk dizgesi bakımından değil Anglosakson hukuk dizgesi bakımından da büyük önem taşımaktadır. Ancak açıklık alt ilkesinin ne kadar önemi büyük olursa olsun kanımızca söz konusu alt ilkenin yaşama geçirilmesi ereğiyle ceza normlarının kanunlaştırılmasında "kazuistik" yönteme başvurulamaz. Konu oldukça önemli olduğundan üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulması faydalı olacaktır.

Kazuistik yöntemde, kanun koyucu, hukuk uygulayıcısına güvensizlik duyarak uygulamada ortaya çıkabilecek bütün durumları göz önünde tutarak her olası olay için bir çözüm getirmeye çalışır. Bu yönteme göre yapılan kanunlar çok sayıda maddeyi içerir ve her somut olay için bir çözüm getirmeyi amaçladığından ayrıntıya inecek biçimde kaleme alınır. Günümüzde, bu yönteme bazı vergi kanunlarının hazırlanmasında başvurulsa bile yöntemin genel olarak bir değeri kalmamıştır.[247] Ceza normları bakımından söz konusu yöntemin değersizliği daha da açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Zira bu yöntem hile ve dolambaçlı yollarla işlenen suçlarda

---

[246] Dripps, s. 1684.

[247] Gürüz, A. Hukuk Başlangıcı, Üçüncü Baskı, AÜHFY No:495, Ankara, 1992, s. 67-68. Güriz, bu eserinde s. 68'de ilginç bir örnek vererek, 1794 yılında çıkartılan Prusya Medeni Kanununun kazuistik yönteme göre hazırlandığını, Kanunun 46. maddesinde, yasa koyucunun hüküm koymadığı durumlarda yargıcın kanun boşluğunu doldurmasının yasaklandığını, böyle durumlarda yargıcın görevinin durumu Kanun Komisyonuna sorarak, Komisyonun vereceği karara göre hareket edeceğinin belirtildiğini, ancak bu hükmün uygulama olanaksızlığı nedeniyle bir süre sonra yürürlükten kaldırıldığını, bu kanunun yaklaşık 17000 maddeyi içermesine rağmen soyut yöntemle hazırlanan (ve çok daha az maddesi bulunan) Fransız Medeni Kanununun sahip olduğu itibara hiçbir zaman kavuşamadığını ifade etmektedir. Kanımızca, kazuistik yönteme göre yapılan kanunlaştırmaya Türk hukuk tarihi bakımından da bir örnek vermek olanaklıdır. Gerçekten de 1868-1878 tarihleri arasında Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında bir komisyon tarafından derlenen ve yarım yüzyıl Osmanlı Devletinin şer'i mahkemelerinde uygulanan İslami özel hukuk kuralları kodeksi olan Mecelle de kazuistik yönteme göre hazırlanmıştır. Gerçi, Mecelle'nin ilk 99 maddesi genel hukuk ilkelerini içerse de 1851 madde içeren bu derlemenin sonraki maddeleri olay temelinde hüküm koymuş ve kazuistik yönteme göre hazırlandığı için başarısız olmuştur. Mecelle hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (http://tr.wikipedia.org/wiki/Mecelle, Erişim Tarihi, 31.3.2011).

oldukça boşluk bırakmakta ve ilkel bir yöntem niteliğini taşımaktadır. Bu yüzden kazuistik yöntem kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine son derece uygun olsa da onun kabul edilebilecek[248] bir yönü bulunmamaktadır.[249]

Ceza normlarının kanunlaştırılmasında kazuistik yöntem geçersiz olduğu gibi "örnekseme yoluyla gösterme" (exemplification) yöntemi de geçersizdir. Bazı suçların tanımlanmasında geçerli olan bir usul olan örnekseme yoluyla gösterme yönteminde, cezalandırılacak fiillerin en önemli olduğu varsayılan hususlar kanunda gösterilmekte, daha sonra ise çok defa "gibi", "benzeri sebeplerle" türünde sözcükler kullanılarak yargıca geniş bir cezalandırma serbestîsi tanınmaktadır.[250] Salt bu sözcüklerin kullanılması bile kanunun muğlak ve belirsiz olmasına yol açmaktadır. Bu yüzden, örnekseme yoluyla suçları gösterme yönteminin kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" ilkesi ile bağdaşır bir yönü bulunmadığından kabul edilebilecek bir yöntem değildir.[251]

---

[248] Aslında, günümüzde yapılan kanunlaştırmalarda kazuistik yöntem kullanılmamaktadır. Daha açık bir deyişle, XIX. yüzyılın başına kadar hazırlanan kanunlarda kullanılan kazuistik yöntem, günümüzde bütünüyle terk edilmiştir. Bkz. Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 68.

[249] Krş. Tosun, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s. 55.

[250] Tosun, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s. 55.

[251] Türkiye'de ceza normlarının kanunlaştırılmasında sıkça örnekseme yoluyla gösterme yöntemine başvurulmaktadır. Örneğin, idari ceza konusunda önemli bir düzenleme sayılan 7.11.1996 tarih ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde; özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane, kafeterya, birahane gibi (a.b.ç.) eğlence hizmeti veren işletmelerde tütün ürünlerinin tüketilemeyeceği, 3. maddesinin 11. fıkrasında ise tütün ürünlerinin otomatik makinelerle, telefon, televizyon ve internet gibi (a.b.ç.) elektronik ortamlarla satılamayacağı ve satış amacıyla kargo yoluyla taşınamayacağı ifade edilmiştir. Ulusoy, örnekseme yöntemini "torba hükümler" olarak adlandırmakta ve söz konusu hükümlerin ilke olarak idari faaliyetlerin belirliliği ve öngörülebilirliği ilkelerine uygun olmayacağını, bu ilkeler açısından doğru olan hususun, ceza verilecek mevzuat ihlallerinin somut olarak belirlenmesi ve böylelikle kişilerin hangi fiillere ceza öngörüldüğünü önceden bilebilmesi veya bilebilecek durumda olmasını gerektirdiğini ifade etmektedir. Bkz. Ulusoy, A. İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 127. Türk hukukunda örnekseme yöntemine yalnızca cezai idare hukukunun kapsamına giren normlarda rastlanılmamakta, bunun yanında, ceza hukukunun kapsamına giren normlarda da rastlanılmaktadır. Örneğin, 5237 sayılı TCK'nın 122. maddesinde; kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle (a.b.ç.) ayrım yaparak; bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birisine bağlayan, besin maddelerini vermeyen veya kamuya sunulmuş bir hizmeti yapmayı reddeden, kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen kişiye ceza verileceği belirtilmiştir. Kanunun 219. maddesinin 1. fıkrasında ise imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi (a.b.ç.) dini reislerden birisi vazifesini ifa sırasında alenen hükümet idaresini ve devlet kanunlarını ve hükümet icraatını takbih ve tezyif ederse cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Bu normlarda "gibi", " benzeri sebeplerle" sözcüklerinin kullanılması örnekseme yoluyla gösterme yönteminin somut göstergelerini oluşturmakta, böylelikle kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi açık bir şekilde ihlal edilmektedir.

Kazuistik ve örnekseme yoluyla gösterme yöntemleri ceza normlarının kanunlaştırılmasında kullanılamayacaklarına göre geriye geçerli olan tek yöntem soyut kural yöntemi kalmaktadır. Soyut kural yönteminde, yasa koyucu, genel, soyut ve nesnel kuralları koymakla yetinmekte ve yargıcın karşılaşacağı olayların yanıtını, onun kanunu yorumlayarak bulması istenmektedir. Bu yöntem, çağdaş kanunların birçoğunun hazırlanmasında uygulanmıştır. Bu yönteme göre yapılan kanunlaştırmalarda uygulayıcıya tanınan yetkiler sayesinde hukuk canlılık kazanmakta ve farklı nitelikteki karmaşık olaylara genel, soyut ve nesnel kurallar çerçevesinde uygun çözümler bulunabilmektedir.[252]

Ceza normunun formüle edilmesinde açıklık sağlanacağı düşüncesiyle söz konusu normların kazuistik bir şekilde kaleme alınamayacağı, yalnızca soyut kural yöntemiyle kaleme alınabileceği konusunda bir örnek vermek uygun olacaktır. Örneğin, bir meskeni, ahırı veya çiftliği kim yakarsa o kişiye ceza verileceği şeklinde bir ceza normu konulamaz. Kanunun bu şekilde kazuistik yöntemle kaleme alınması yerine soyut bir şekilde kaleme alınması ve her kim bir "yapı"yı yakarsa cezalandırılacağı şeklinde hükmün düzenlenmesi gerekir. Kazuistik yöntemle ceza normunun kaleme alınması söz konusu normları çoğaltarak devleştirmekte ve korkutucu boşlukların oluşmasına yol açmaktadır. Yukarıdaki kazuistik örneği dikkate alırsak bir "kulübe"yi yakan kişi cezalandırılamaz. Bu yüzden sentetik standartlar yoluyla ceza normunun kaleme alınması gerekir. Bu standartlar, ceza normunun ihlalini oluşturan fiillerin çekirdek vasfını esas alarak gerçek durumların sentetik soyutlamasını yapmalı ve yorumcuya yorum faaliyetinde yeterli ölçütleri vermelidir.[253]

Bu yüzden kanımızca, her tür kanunun kanunlaştırmasında olduğu gibi ceza normlarının kaleme alınmasında da soyut kural yöntemine başvurulması gerekir. Ancak, günümüzde geçerli olan kanunlaştırma yönteminin soyut kural yöntemi olduğu gerekçesine sığınılarak suç ve cezaların gösterilmesinde belirsiz ve ikircikli sözcükler kullanılamaz. Kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine uyum sağlayabilmek için çeşitli defalar belirtildiği üzere mutlak bir belirlilik olmasa da

[252] Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 68.
[253] Bkz. Cadoppi ve Veneziani, s. 85.

cezai normların düzenlenmesinde en üst düzeyde açık ve kesinliği sağlayabilmek için azami gayretin gösterilmesi gerekir.[254]

Kanunun açıklığı alt ilkesi bütün ceza hukuku bakımından gerekli ve geçerli olan bir ilkedir. Bu bağlamda sadece suç ve cezalarda[255] değil, nedensellik, hukuki konu, ihlal, suça iştirak, teşebbüs, "fikri" (görünüşte) veya "maddi" (gerçek) içtima gibi suç kuramına giren diğer alanlarda da söz konusu alt ilke geçerli bulunmaktadır.[256] Ancak bu alt ilke, şüpheli veya sanığın lehine olan savunma hakları veya bağışıklık durumları hakkında uygulanmaz, bu durumlar için lehe kıyas yöntemi uygulanır.[257]

bb. Kanunun Açıklığı Alt İlkesinin İşlevi

Kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesi ceza hukukunun kaynağını ilgilendirmesine karşın, "açıklık" (tassativitè) alt ilkesi, ceza hukukunun formüle ediliş tekniğiyle ilgili bir hususu oluşturur. Bu bağlamda açıklık alt ilkesi gereği kanunda neyin yasak neyin yasak olmadığı açık bir şekilde belirli olacak ve mahkeme ile İdare sürpriz bir şekilde karar veremeyerek aynı olaya aynı hükmü verecek, ileride anlatılacak olan kıyas yoluyla muhakemeyi de kural olarak yapamayacaktır.[258] Bu çerçevede, mahkeme veya İdare uyguladığı kanun hükmünün mantıki veya adil olmadığını veya sosyal veya ahlaki ideallere uygun olmadığını düşünse bile onu uygulamaktan kaçınamayacaktır.[259]

---

[254] Danıştay'ın eski bir kararında bırakınız azami gayret gösterilmesini idari ceza normunun düzenlenmesinde cezanın belirtilmesine bile gerek bulunmadığı ifade edilmiştir. Gerçekten de Danıştay Beşinci Dairesinin 18.1.1971 tarih ve E. 1968/5769, K. 1971/220 sayılı kararında; mevzuatta suç sayılan fiillere uygun bulunan cezaların sayılmadığı hallerde, suç ile ceza arasında denge ve makul oranın göz önünde tutulması gereğinin hukukun genel ilkelerinden olduğu ifade edilmiştir. Bkz. AİD, Cilt 4, Sayı 1, Mart 1971, s. 199. Görüldüğü üzere bu kararda, suç ile ceza arasında orantılılık esasının geçerli olması koşuluyla cezaların sayılmasının bile gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır. Hâlbuki suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi gereği suç ve cezanın açık ve kesin bir biçimde gösterilmesi gerekir.

[255] Söz cezaların açıklığından açılmışken hemen şunu belirtmek gerekir ki cezanın alt ve üst sınırı arasındaki miktar hiçbir zaman belirli bir sınırı aşmamalıdır. Aksi takdirde, "kanunsuz ceza olmaz" (nulla poena sine lege) ilkesi büyük bir zarara uğrar. Alt ve üst sınır arasındaki ölçü, cezanın kişiselleştirilmesine olanak verecek ölçüde saptanması gerekir. Bu bağlamda "olayın özel durumu" ve "orantılılık" gerekçelerine sığınılarak cezanın alt ve üst sınırları arasında büyük bir farklılık oluşturulamaz. Böyle bir farklılık oluşturulduğu durumlarda yasama organı cezayı belirlemiş sayılamaz ve mahkemenin ve İdarenin keyfi tutumuyla karşılaşılmış olunur. Krş. Cadoppi ve Veneziani, s. 90.

[256] Mantovani, s. 61-62, Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 53-54.

[257] Williams, G.L. s. 591-592.

[258] Krş. Mantovani, s. 59.

[259] Krş. Antolisei ve Conti, s. 64.

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi öyle önemlidir ki anayasal bir norm seviyesine yükseltilmiştir. Gerçi kanunilik ilkesinin düzenlendiği Anayasanın 38. maddesinin 1 ve 3. fıkralarında açıklık alt ilkesi açıkça düzenlenmese de bu maddenin 1. fıkrasının yorumu sonucu söz konusu alt ilkenin bir anayasa ilkesi olduğu sonucunu çıkartabilmek kanımızca olanaklıdır. Çünkü bu fıkrada, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği belirtilerek cezai normun açıkça düzenlenmesi gerektiği, muğlak düzenleme yapılarak suç ve ceza normunun anlamının saptandığı bahanesiyle geriye yürürlüğün yapılamayacağı sonucuna varmak olanaklıdır. Bu durum açıklık alt ilkesinin anayasal bir ilke olduğunu ortaya koymaktadır.[260] Bu yüzden açıklık ilkesi belirli sınırlar içerisinde mevcut yasaların teknik yazılışlarının anayasaya uygunluğunu saptama yönünden olduğu gibi yeni kanunların anayasal açıdan isabetli bir biçimde kaleme alınmalarını sağlamak bakımından da göz önünde tutulması gerekir.[261]

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere kanunun açıklığı alt ilkesi; kanun koyucunun norm yaratırken cezai yönden meşru olan ile olmayanın kesin olarak ortaya konulması için kanuni tipi açık ve belirgin bir biçimde tespit etmesini ifade eder.[262] Bu alt ilke gereği, ceza normunun anlam ve kapsamının belirlenmesi yargıcın iyi veya kötü niyetine bırakılamaz. Orta zekâlı bir kimsenin normun ne olduğunu anlamasına yarayan söz konusu ilke, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin liberal-politik garanti edici işlevini yerine getirmektedir. Öte yandan "uygarlık" esası gereği özgürlük kural, ceza ayrıksı bir durum olduğuna göre açıklık ilkesine cezai normlar bakımından yer vermek mutlak bir zorunluluktur. Ceza ve muhakeme hukuku bakımından oldukça önemli olan bu ilke, cezai normların açıkça konulması yoluyla suç ve cezanın genel ve özel önleme amacına da hizmet etmektedir.[263]

Suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi, erkler ayrılığı ilkesiyle büyük bir bağlantı içerisinde bulunmaktadır. Çünkü açıklık alt ilkesi olmaksızın yasamanın temel kararlarını kanunla alması zorunluluğu anlamını yitirmektedir. Bu bağlamda yasama, soyut düzenlemelere başvurmak yoluyla yargıya

[260] Krş. Mantovani, s. 61.
[261] Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 53.
[262] Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 52.
[263] Mantovani, s. 59-60.

somut ve nesnel kararlar almayı bırakır ve yürütme, kendisini yönlendiren ve denetleyen bir yargı erkiyle karşı karşıya kalır. Böylelikle yürütmenin sınırlanması ve denetimi, yargı ve yasama erki tarafından birlikte sağlanır.[264]

Ceza normlarının açıklığı alt ilkesinin demokratik devlet ilkesiyle de bağlantısı bulunmaktadır. Çünkü bütün yaşamsal alanların yasama erkince kanun yapma yoluyla düzenlenmesi zorunluluğu, bir başka deyişle, anayasada öngörülen siyasal dizgenin ve yürütmenin işleyişine ve temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasına ilişkin anayasal normların yasalarla somutlaştırılması gerekliği, bu gerekliliğin de ancak açık ve kesin yasalarla yerine getirilebileceği gerçeği, açıklık ilkesinin demokratik devlet ilkesiyle bağlantısını somut bir şekilde göstermektedir. Zira belirsiz bir kanunla Anayasanın 38. maddesinde belirtilen zorunluluğa aykırı davranılmış, yürütme ve yargıya demokratik devlet ilkesinin kabul edemeyeceği yetkiler devredilmiş olacağından bu erkler, kaynağını Anayasadan almayan bir yetkiyi kullanır duruma gelirler.[265]

AİHS'in 7. maddesinde belirtilen suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi de özgün bir nitelik göstermektedir.[266] Gerçekten de AİHM, 7. maddedeki "hukukun öngördüğü" koşulunun gereği olarak, konulan "kural"ın "açık" ve ilgililerce "anlaşılabilir" veya normun gerektiğinde bir hukukçunun yardımıyla anlaşılabilir olması gerektiğini, tüm ayrıntıların normun içerisinde yer alması zorunluluğunun bulunmadığı görüşünü benimsemiştir. Bir başka deyişle mahkeme, hükümdeki olası belirsizliklerin içtihat yoluyla aydınlatılmış olduğu durumlarda söz konusu koşulun gereğinin yerine getirildiğini, bu hususun "hukuk güvencesi" ve

[264] Can, s. 93.
[265] Can, s. 93.
[266] Aslında AİHM Anglosakson hukukuna tabi ülkeleri dikkate alarak suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesi bakımından bir farklılaştırma yapsa da "kanunun açıklığı" alt ilkesi bakımından farklılaştırma yapmamaktadır. Daha açık bir deyişle AİHM, kanunun açıklığı alt ilkesinin ister Kıta Avrupası isterse Anglosakson hukuk dizgesini benimsemiş olsun her ülkede özdeş uygulanacağını belirtmektedir. Bu bağlamda Nuhoğlu'nun belirttiği gibi AİHM'in, AİHS'in 7. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen "kanunilik" ilkesini, Anglosakson hukuk dizgesine sahip ülkeleri de dikkate alarak suç ve ceza içeren normların açık ve belirli olması şeklinde uyguladığını söyleyebilmek olanaklıdır. Bu bağlamda AİHM, suç ve cezada kanunilik ilkesinin iki temel unsurunun olduğunu kabul etmektedir. Bunlardan ilki, uygulanacak hükümlerin, kanunların kolay ulaşılabilir olması, daha açık bir deyişle, yurttaşların belirli bir eyleme uygulanacak olan hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bir bilgiye sahip olmaları, ikincisi ise hukuk kurallarının yeterli bir açıklıkta düzenlenmiş olmasıdır. Bkz. Nuhoğlu, s. 689.

"hukukun üstünlüğü", kısacası "hukuk devleti" ilkesinin bir gereği olduğunu ifade etmektedir.[267]

Kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesi daha çok yürütmenin keyfiliğini önlemeye hizmet ederken, kanunun açıklığı veya belirliliği alt ilkesi hem mahkeme hem de yürütmenin keyfiliğini[268] önlemeye hizmet eder.[269] Daha açık bir deyişle, kanun açık veya belirgin olduğu takdirde örneğin mahkeme yorum faaliyetinde "yasanın ibresi yönünde hareket etmiş" (accompagnato per mano) olur. Kim kötü davranış gösterirse cezalandırılacağı şeklinde bir ceza normunun bulunduğunu düşünelim. Buradaki "kötü davranışı" yargıç saptayacağı için o kanun koyucu bir konuma gelir. İşte bu örnek göstermektedir ki kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesinin tam olarak gerçekleşebilmesi için ceza normunun olanaklar ölçüsünde açık, belirgin ve sınırlandırılmış bir şekilde saptanması gerekir.[270] Bu alt ilkenin gereği olarak sağlanan kesinlik kişi hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından büyük önem taşır.[271]

Nitekim Anayasa Mahkemesi de suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin kanunun açıklığı esasının kişi hak ve özgürlüklerine güvence işlevi gördüğüne özel bir vurgu yapmaktadır. Örneğin Mahkemenin 3.10.2013 tarih ve E.2013/28, K. 2013/106 sayılı kararında; suç ve cezada kanunilik ilkesinin kişilerin yasak fiilleri önceden bilmesi düşüncesine dayanan, hukuk devletinin temel aldığı, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunduğunu, bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının amaçlandığı, kanunilik ilkesinin, özgürlüğün sınırlarının önceden bilinerek, insan davranışlarını bu çerçevede düzenlemesini temin için getirildiği ifade edilmiştir.[272]

---

[267] Fazla bilgi ve içtihat örneği için bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 325.

[268] Zira ceza normlarının açıklığı alt ilkesine riayet edilmezse, daha somut bir deyişle, kanunun yeterli somut veriler içermeyip hukuku uygulayan yürütme organına her türlü yorum olanağı sağlar ise yürütmenin keyfiliğiyle karşılaşılır ve onun kanunla bağlılığı esasının içi boşaltılmış olunur. Can, s. 93.

[269] Krş. Mantovani, s. 60, Cadoppi ve Veneziani, s. 83. Yazarlar kanunun açıklığı alt ilkesinin yalnızca mahkemenin keyfiliğini önleyeceğini ifade etmektedirler.

[270] Cadoppi ve Veneziani, s. 83.

[271] Böylelikle bu alt ilkenin gereği olarak sağlanan kesinlik, kişi hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından büyük önem taşır. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 79.

[272] Bkz. 18.1.2014 tarih ve 2886 sayılı R.G. Anayasa Mahkemesinin 7.7.2011 tarih ve E. 2010/69, K. 2011/116 sayılı kararında ise suç ve cezada kanunilik ilkesiyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. Bkz. 21.10.2011 tarih ve 28091 sayılı R.G.

Kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesi, kişi hak ve özgürlüklerini koruma işlevine sahip olduğundan kanunun tekelciliği alt ilkesi ile yakın bir ilişki içerisinde bulunduğu gibi[273] söz konusu ilkenin diğer bir alt ilkesi olan kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesi ile de yakın bir ilişki içerisinde bulunmaktadır. Gerçekten de muğlak bir kanun, yorum yoluyla uygulamada geriye yürür bir şekilde işletilebilir. Zira hiç kimse, belirli bir fiilin o norma altlandırılıp altlandırılamayacağını bilememektedir.[274]

Yine suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin "açıklık" alt ilkesi ile ceza kanununu bilmemek mazeret ayılmaz kuralı arasında da yakın ilişkiler bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 4. maddesinde; ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağı ifade edilmiştir.[275] Bu kuralın gerçek anlamda işlerlik kazanabilmesi için suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, özellikle onun "açıklık" alt ilkesine büyük özen gösterilmesi gerekir. Zira ancak açık bir şekilde yazılan ceza normu bilinebilir.[276]

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesine uyulmasından çok çeşitli faydalar elde edilmektedir. Bunlardan ilki, adaletin uygulanması esnasında söz konusu alt ilkenin kişiler bakımından "tarafsızlık" ve "eşitlik" sağlamasıdır. Bu bağlamda suçun önceden açıkça tanımlandığı durumlarda ceza normunun hor görülen veya "küçümsenen" (despised) kişiler aleyhine uygulanması kolay değildir. Bundan başka söz konusu alt ilke, cezanın bastırıcı bir şekilde kullanılmasını önlediği gibi cezanın haksız ve keyfi bir şekilde uygulanmasını da önlemeye hizmet eder. Zira bu alt ilke, verilmiş olan ceza hükmünün daha önce genel, soyut ve en üst açıklığı sağlayacak şekilde düzenlenen ve halka bildirilen ceza normuna uygun olarak verildiğinin göstergesini oluşturur. Kanunu önceden halka bildirmeyen bir devlet, belirli bir kişiyi cezalandırılarak kamu yararının gerçekleştirildiğini savlayamaz. Daha açık bir deyişle, böyle bir sav,

[273] Ancak kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesi ile kanunun açıklığı alt ilkesi birbiriyle yakın ilişkisi içerisinde bulunsa da aralarında temel bir fark bulunmaktadır. Zira kanunun açıklığı alt ilkesinin temel ereğini oluşturan kesinlik, kanunun tekelciliği alt ilkesi bakımından temel erek oluşturmaz. Krş. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 79.

[274] Ashworth, s. 75.

[275] 5237 sayılı TCK'nin 4. maddesinde ifade edilen kural kanımızca son derece hatalıdır. Zira günümüzde bırakınız sıradan yurttaşları ceza hukuku uzmanlarının bile ceza kanununu tam olarak bilebilmesi olanaksızdır. Bu yüzden söz konusu kuralın İtalyan Ceza Kanununun 5. maddesinde olduğu gibi kaçınılmaz olarak bilinememezlik durumu dışında kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağı (Bkz. Cadoppi ve Veneziani, s. 62) şeklinde değiştirilmesi uygun olacaktır.

[276] Cadoppi ve Veneziani, s. 62.

övülmeye değer olmadığı gibi dürüst bir tutum da olmayacak ve anti-sosyal davranışların işlenmesini önleme çabalarını da haklı çıkarmayacaktır.[277]

Kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesi, kişisel özgürlükleri korumak bakımından da yaşamsal bir önem taşımaktadır.[278] Örneğin, kamu düzenine veya ülkenin ekonomik menfaatlerine aykırı bir fiilin yargıç[279] tarafından cezalandırılacağını öngören bir ceza normunun bulunduğunu düşünelim. Açıklık alt ilkesine uyulmayan böyle bir durumda, kişisel özgürlüklerin yargıcın elinde bir oyuncak olacağı ve hiçbir garantisinin bulunmayacağı ortadadır.[280] Bu örnek suç veya cezanın yasayla yapılsa bile muğlâk bir şekilde saptanmasının herhangi bir öneminin bulunmadığını, açıklık veya belirlilik alt ilkesinin hukuksal güvenliği sağlamak bakımından yaşamsal bir önem taşıdığını göstermektedir.[281]

Kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesinin başka faydaları da bulunmaktadır. Bu ilke, siyasi baskıcılığı önleyebildiği gibi kişisel güvenlik[282] ile hukuki güvenlik ilkesinin yerleşmesine katkı da sağlayabilmektedir. Daha kategorik olarak, açık ve kesin olarak belirtilmemiş bir kuralı ihlal etmiş bir kişiyi cezalandırmak hatalı ve isabetsiz olur. Bunun aksine, açık ve kesin olarak belirtilmiş

[277] Krş. Dripps, s. 1684-1685.

[278] Zira ancak açıklık ilkesine uygun bir kanunla, bireylerin davranışlarını özgürce hukuka uyarlama, bir başka deyişle, en azından kendilerine bir ödev olarak yükleyen iktidar işleminin hukuka uygunluğunu genel olarak değerlendirip somut bir biçimde eleştirebilme olanağı sağlanmış olur. Bir kanun sayılan bu işlevleri ancak açıklık, belirlilik, anlaşılabilirlik, kesinlik ve uygulanabilirlik niteliklerine sahip olmakla yerine getirebilir; hukuka uyma bilinci ancak bu özelliklere sahip yasalarla yerine getirilebilir. Bkz. Can, s. 94.

[279] Böyle bir fiilin "yargıç" tarafından cezalandırılacağı belirtilse bile açıklık ilkesine uyulmadığı için kişi özgürlükleri açısından doğacak risk büyüktür. Bkz. Larguier, s. 19. Bu şekildeki bir fiilin bağımlı ve taraflı bir konumda bulunan İdare tarafından cezalandırmasından doğacak riskin boyutu ise adeta devleşecektir.

[280] Krş. Larguier, s. 19.

[281] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 247.

[282] Ancak şunu hemen belirtmek gerekir ki kanunilik ilkesinin "açıklık" alt ilkesi kişi hak ve özgürlüklerini garanti altına almak bakımından büyük önem taşısa da söz konusu alt ilkeye ne kadar uyulursa olsun bahsedilen garantinin tam olarak sağlanabilmesi olanaklı değildir. Kişi hak ve özgürlükleri bakımından tam garantinin sağlanabilmesi için ceza normunun ortak sosyal duyguyu da yansıtması gerekmektedir. Bu bağlamda kültür normları, özellikle idari ceza normları açık bir şekilde kaleme alınsa bile o normların uygulanmasında belirsizliklerle karşılaşılmaktadır. Bunun gibi ceza normunun dayandığı sosyal değerlerin belirsiz veya dalgalı olması durumunda da açıklık alt ilkesini sağlamak oldukça güçleşmektedir. Bu yüzden ancak cezalandırılması gerekli olay ve olguların ceza normuna bağlanılması gerekir. Bu durum göstermektedir ki kanunun açıklığı alt ilkesi, yalnızca ceza normunun kaleme alınması bakımından biçimsel bir nitelik göstermekten ziyade esaslı, bir başka deyişle, öze yönelik bir ilke niteliği taşımaktadır. Bkz. Cadoppi ve Veneziaini, s. 85.

suç normlarını ihlal edenlerin cezalandırılması kamu yararının gerçekleştirilmesine de katkı sağlamaktadır.[283]

Bu alt ilke, yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere, ceza normunun belirlenebilirliği, tahmin edilebilirliği ve akılcı bir uyarı yapabilmesi esaslarına büyük vurgu yapar.[284] Kanunilik ilkesinin açıklık alt ilkesi bağlamında bir kimsenin normun varlığını ve kapsamını saptayabilmesi oldukça önemlidir.[285] Çünkü yurttaşın rasyonelliğine ve özerkliğine saygı ile onun sosyal ve siyasi görevlerinin olduğunu kabul etmek, ceza normlarının makul bir uyarı görevini görmesini ve normun anlam ve kapsamının belirlenmesinde yurttaşın olağanüstü bir güçlükle karşılaşmamasını gerektirir.[286]

Eğer ceza normları muğlak kavramlarla kaleme alınırsa polis ve diğer hukuk uygulama birimlerine oldukça fazla yetki verilmiş olunur ve bu birimler, kanun koyucunun öngörmediği bazı davranışları suç kapsamına sokabilirler. Bu alt ilkenin özümsenemediği durumda, suçun tanımını kanun koyucu tarafından değil, hukuk uygulama birimleri tarafından yapılır. Böyle bir durum ise yurttaşlar bakımından büyük bir endişeye yol açar.[287] Bu açıklamalardan sonra açıklık alt ilkesiyle yakın ilişki içerisinde bulunan "yorum" ve "kıyas" üzerinde durmak faydalı olacaktır.

cc. Yorum ve Kıyas

Yorum; bir hukuk normunun (bir kanun hükmünün) gerçek anlamını araştırma, daha açık bir deyişle, belirli bir olay veya olaylarda, kanunun gerçek amaç ve iradesini veya bu iradenin kapsamını anlamaya ve bulmaya çalışan mantıksal bir işlemdir.[288] Aslında yorum, en geniş anlamıyla başkasına ait bir ifadenin açıklığa kavuşturulmasıdır. Bu bağlamda yorumun konusu, yorumcunun dışında ve başkasına ait olan bir ifadedir. Bu nesnel ifade, zihne hitap etmekte ve yorumcunun zihninde, bu ifadenin ne anlama geldiğini öğrenme gereksinimi uyandırmaktadır. Yorumcu,

[283] Fazla bilgi için bkz. Dripps, s. 1685.
[284] Krş. Delmas ve Teitgen, s. 68. Yazarlar burada, kanunun açıklığı ilkesinin; kanunun açık, ulaşılabilir ve "tahmin edilebilir" (kestirilebilir) olmasını ifade ettiğini belirtmişlerdir.
[285] Ancak Ashworth'un isabetli olarak belirttiği üzere bir kimsenin normun anlamını ve kapsamını saptayabilmesi için normun kuramsal olarak savunulabilen ve yaygın bir şekilde hissedilen ahlaki değerlere yakın olması gerekir. Yazar, bu durumun makul uyarı kavramıyla ceza normunun makul bir şekilde saptanması arasında yakın bir ilişki bulunduğunu gösterdiğini ifade etmektedir. Ashworth, s. 77.
[286] Ashworth, s. 77.
[287] Ashworth, s. 77.
[288] Manzini, Ceza Kanunlarının Tefsiri (Çev. Atıf Akgüç), Adliye Ceridesi, Sayı: 17, Mayıs 1936, s. 1099.

söz konusu ifadelerle ne söylenmek istendiğini açıklığa kavuşturmak istemektedir. Böylelikle yorum; bir anlama, öğrenme faaliyetini oluşturmaktadır. Hangi anlama geldiğini öğrenmek istediğimiz bu ifade, çoğu zaman "dil" olarak insanlara ulaşmaktadır. Özellikle, emirler veya hükümler şeklindeki normatif ifadeler, dil aracılığıyla zihinde, öğrenme ve anlamaya elverişli bir iz bırakabilmektedir. Yorum bir davranışa benzetilirse, yorumcunun faaliyeti hareketi, ifadenin içerdiği anlamın araştırılması da sonucu ifade etmektedir.[289]

Bu bağlamda hukukta yorum[290] zorunlu bir faaliyettir. Gerçekten de Alacakaptan'ın belirttiği üzere herhangi bir kanun maddesini, onun anlam ve kapsamını araştırmadan ve bu erek ile bir mantık faaliyetine başvurmadan uygulamak olanaksızdır. Yazar, kanunların belirli olay ve kişiler için konulmayacaklarını, bu nedenle ne kadar ayrıntılı olursa olsun soyut kuralların somut olaylara uygulanmasında yorum adı verilen işleme başvurmanın zorunlu olduğunu belirtmektedir.[291]

Günümüzdeki egemen görüş, az sonra anlatılacak olan kıyas işlemi dışında, diğer kanunların yorumu yönünden geçerli olan ilkelerin ceza kanunlarının yorumu bakımından geçerli olduğu esasını savunmuş olsa da[292] kanımızca söz konusu görüş tam olarak doğru değildir. Daha açık bir deyişle, ceza hukuku bakımından geçerli olan yorum ilkeleri[293] ile diğer hukuk dalları, özellikle özel hukukun yorum ilkeleri birbirinden farklılık göstermektedir. Aşağıda bu farklılıklar üzerinde durulacaktır. Bu farklılıkları irdelemeye geçmeden önce yargıcın[294] yorum yetkisi üzerinde kısaca durmak faydalı olacaktır.

Ceza normu bakımından yargıcın yetkisi yalnızca kanunu yorumlamaktan ibarettir. Bu bağlamda yargıcın normu düzeltmeye hakkı yoktur. Daha açık bir deyişle, yargıcın kanunu aynen uygulamak yükümlülüğü bulunmaktadır.[295] Kanun rasyonel ve hukuki bakımdan haklı ve doğru gözükmese bile bu hususta gerekeni yapmak yargıca değil, kanun koyucuya düşer. Gerçekten de yargıç kanunu özenle

[289] Keyman, S. Hukuka Giriş, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 43-44.
[290] Hukukta yorum; hukuk normunun anlamını saptayabilmek için yapılan fikri faaliyeti ifade eder. Bkz. Tosun, Ö. Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir, İÜHFM, Cilt: XXVIII, Sayı: 1, 1962, s. 21.
[291] Alacakaptan, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, s. 12.
[292] Bkz. Toroslu Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 55.
[293] Ceza hukuku bakımından geçerli olan yorum ilkeleri cezai idare hukuku bakımından da geçerlidir.
[294] Cezai idare hukuku bakımından İdarenin.
[295] Nitekim Danton, "yargıç kanunun kölesidir" şeklinde bir özdeyişte bulunmuştur. Bkz. Keyman, Hukuka Giriş, s. 73.

uygulamak yoluyla hem kanuna hem de onun düzeltilmesine hizmet etmiş olur. Eğer bir ceza kanunu yanlışsa veya değişmiş bulunan sosyal koşullara uymuyorsa yargıç kanunu olduğu gibi uygulamak yoluyla haksızlığı ortaya koymuş olur. Yargıç bu şekilde hareket ederek kanunu düzeltmek veya değiştirmek savında bulunan kimseden daha doğru ve faydalı bir iş görmüş olur. Çünkü kanunu düzeltmek veya değiştirmek savıyla hareket eden bir yargıç, yurttaşları, nelerin serbest, nelerin yasak olduğu konusunda kuşkuya düşürmekte, daha açık bir deyişle, böyle bir tutumla hareket eden yargıç, uygulanması ceza hukukunun en karakteristik aracı ve sonucu olan nesnel hukukun genel kurallarının somut bir şekilde, açık ve kesin olarak tanınması veya bilinmesini sağlama görevini yok etmiş olmaktadır.[296]

Ceza normlarının yorumu bakımından en tartışmalı hususlardan birisini sanığın lehine yorum yapılıp yapılamayacağı hususu oluşturur. Öğretide bazı yazarlar, örneğin Erem bir kanun hükmünün anlamının kestirilememesinin sanığın lehine yoruma hak vermeyeceğini, böyle bir kanun hükmünün sanığın lehinde olup olmadığına bakılmaksızın yoruma tabi tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda yazar, bir kanun hükmünün belirli bir anlamının var veya yok olduğunu, ancak, kuşkulu bir anlamının olamayacağını ifade etmektedir. Erem, kuşkunun yorumcuya ait öznel bir durum oluşturmasına karşın kanunun iradesinin nesnel bir irade olduğunu, eğer yargıca kendi öznel fikri olan kuşkuyu üstün tutmak gücü tanınırsa, kanun koyucunun iradesine yargıcın kuşkuya ilişkin düşüncesinin üstün tutulmuş olacağını, hâlbuki fiile ilişkin konularda yargıcın gerçek durumları öğrenmek olanağını elde edememiş olabileceğini belirtmektedir.[297] Erem, bunların dışında, ceza normunun uygulanmasında daima sanığın lehinde hareket edileceği yönündeki kanının isabetsiz olduğunu, kanunun yorumunun ya doğru veya yanlış olacağını, bu bağlamda kanunun aleyhte veya lehte olmak üzere iki türlü yorumlanabileceğinin savlanamayacağını ifade etmektedir. Yazar, eğer bir kanun kuralı, bir hükmün sertliğini gidermek yetkisini yargıca tanımışsa, yargıcın kanunu yorumlamış değil uygulamış olacağını, kanunun böyle bir yetki tanımadığı hallerde

[296] Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: I, Seçkin Kitabevi, Ankara 1984, s. 92-93.
[297] Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: I, s. 94.

ise yargıcın görevinde kusur göstermiş olmaksızın lehte yorum yapamayacağını belirtmektedir.[298]

Buna karşın öğretide diğer bir grup yazar, örneğin Rassat sanık lehine yorum yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Daha açık bir deyişle yazar, salt ceza muhakemesi normlarının yorumunda değil, maddi ceza normlarının yorumunda da sanığın lehine yorum yapılmasının esas olduğunu, örneğin, meşru müdafaa veya zaruret halinde[299] sanığın lehine yorum yapılmasının, maddi ceza normlarının yorumunda sanığın lehine hareket edileceğinin somut kanıtlarını oluşturduğunu ifade etmektedir. Yazar, suç ve cezada kanunilik ilkesinin de maddi ve usuli ceza normlarının sanığın lehine yorumlanmasına hiçbir şekilde engel oluşturmadığını vurgulamaktadır.[300]

Kanımızca söz konusu farklı görüşlerden Rassat'ın görüşünün tercih edilerek ceza normunun yorumlanmasında sanığın lehine hareket edilmesi esasının benimsenmesi gerekir. Erem ve Alacakaptan'ın görüşleri kanımızca üç nedenden dolayı kabul edilemez. Bunlardan ilki, söz konusu yazarların maddi ceza hukukunda kuşku halinde sanık lehine yorum yapılacağına dair bir hukuk kuralı bulunmamasına karşın, ceza muhakemesinde böyle bir kuralın bulunduğu varsayımından hareket etmeleridir. Daha açık bir deyişle, 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesinin 2. fıkrasının (e) bendinde, yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması halinde, bir başka deyişle, delil yetersizliği durumunda beraat kararı verileceği belirtilmesi hükmüne dayanarak Erem ve Alacakaptan "kuşku, sanık lehine yorumlanır" (in dubio pero reo) ilkesinin yalnızca ceza muhakemesinde geçerli olduğunu varsaymaktadırlar. Bu bent sanık lehine yoruma dayanak oluşturamayacağı gibi Kunter'in isabetli olarak belirttiği üzere ceza muhakemesi normlarının sanık

[298] Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: I, s. 96. Bunun gibi Alacakaptan da sanığın lehine yorumun yapılamayacağını savunmaktadır. Yazar, ceza muhakemesi normlarında şüphenin sanığın lehine yorumlanması esasının geçerli olmasına karşın, maddi ceza normlarının yorumlanmasında bu esasın geçerli olmadığını, bu bağlamda maddi ceza normlarının sanığın lehine sonuç verip vermediğine bakılmaksızın yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Alacakaptan, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, s. 12 ve dn., 31.

[299] Meşru müdafaa ve zorunluluk hali 5237 sayılı TCK'nın 25. maddesinde ikisi birlikte düzenlenmiştir.

[300] Rassat, M.L. Droit pénal général, 2e édition, Ellipses Édition Marketing S.A., Paris 2006, s. 130.

lehine yorumlanacağı sanısı, söz konusu muhakemenin münhasır ereğinin sanığın korunması olduğu devrinin bir kalıntısını oluşturur.[301]

İkinci olarak, Erem ve Alacakaptan söz konusu savlarında bulunurken sanık lehine yorum şeklinde bir yorum yöntemi bulunduğunu varsaymaktadırlar. Hâlbuki Kunter'in belirttiği üzere bu şekilde bir yorum yöntemi bulunmamaktadır. Bu bağlamda "kuşkudan sanık faydalanır" ilkesi "yorumda kuşku" (dubbio interpretativo) halinde kabul edilebilir. Daha açık bir deyişle yorumda kuşku, yorum yöntemleri kullanıldığı halde yorum yapılamaması durumunda ortaya çıkar. Ancak birden fazla yorum olasılıkları her zaman yorum kuşkusuna yol açmamakta, yalnızca olasılıkların aynı ağırlıkta olması durumunda söz konusu kuşku ortaya çıkmaktadır.[302] Yorum kuşkusu, normun birden fazla yorum olasılıklarının aynı ağırlıkta olması halinde ortaya çıktığına göre bu normun muhakeme veya maddi ceza hukukuna ait olması önemli değildir. Hangi hukuk dalına ait olursa olsun yorum kuşkusunun olduğu her durumda kuşkudan sanık faydalanır kuralına başvurmak yerinde olacaktır.

Son olarak,[303] kuşkunun sanık lehine yorumlanacağı kuralının kabulünün altında yatan neden, bir masum insanın cezalandırılmasının binlerce suçlunun cezasız kalmasından daha ağır olduğu esasıdır.[304] Kanımızca Erem ve Alacakaptan söz konusu kuralı yalnızca muhakeme hukukuna özgüleyerek bu esasa yeterli ölçüde değer vermemektedirler. Hâlbuki maddi ceza normları bakımından da şüphenin sanık lehine yorumlanacağı esası uygulanarak masum bir kimsenin mahkûm olması önlenebilir. Bu yüzden Rassat'ın vurguladığı üzere kuşkunun sanık lehine yorumlanacağı kuralının maddi ceza normları bakımından da kabul edilmesi gerekir.

Ceza hukuku normları ile diğer hukuk dalları normlarının yorumlanmasındaki bir başka farkı, kişisel özgürlükleri koruyabilmek için ceza normlarının katı ve daraltıcı[305] bir şekilde uygulanması ve yorumlanması esası oluşturur. Bu katılık ve

---

[301] Bkz. Kunter, N. Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Dokuzuncu Bası, Beta Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş., İstanbul 1989, s. 583.
[302] Kunter, Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 583.
[303] "Önem açısından son değil" (last but not least).
[304] Krş. Kunter, Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 595.
[305] Daraltıcı yorum ile lâfzî yorum kimilerinin sanısı gibi birbirine özdeş olarak kabul edilemez. Daraltıcı yorum ile lâfzî yorumu birbirine özdeş olarak kabul etmek, Fransa'da XIX. yüzyılda geçerli olan Exégèse Okulu'nun görüşlerini benimsemek anlamını taşır. Yargıcın kanunu yorumlarken sıkı sıkıya kanun metnine bağlı olması gerektiği görüşünü ileri süren lâfzî yorum taraftarı Exégèse Okulu günümüzde terk edilmiştir. Rassat, s. 132.

daraltıcı yorum[306] esası sanığın aleyhine olan durumlarda geçerlidir. Yine bunun gibi suçun oluşumu ve cezanın saptanmasında da daraltıcı yorum esası geçerlidir.[307] Hukuka uygun bir şekilde hareket edebilmek için sanığın aleyhine olan işler bakımından mutlaka daraltıcı yorum yapılması gerekmekte olup söz konusu işlerde az sonra anlatılacak olan genişletici yorum veya kıyas yapılamaz.[308] Bu bağlamda sanığın aleyhine olan hallerde dar yorum yapılması yargıç bakımından bir zorunluluk oluşturmakta, yargıcın bu zorunluluğa uymaması, örneğin, bu işlerde genişletici yorum yapması, onun hukuka aykırı davrandığının göstergesini oluşturmaktadır.[309] Ceza normlarının yorumunda sanığın lehine olan işler bakımından ise "genişletici" (compréhensive)[310] yorum esası geçerlidir.[311]

Yargıç, ceza normlarının yorumunda "saklı hukuk" (droit latent) kavramına başvuramaz. Daha açık bir deyişle, kanunda gizli olanı ortaya çıkarmaya çalışmak, ceza normunu yorumlamak değil, kural yaratmak sayılmakta ve kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini ihlal etmektedir.[312] Hâlbuki özel hukukta yargıcın düzenleme boşluğunu doldurma yetkisi bulunmaktadır.[313]

Bir ceza normunun yorumlanmasında çeşitli yöntemler kullanılabilmektedir. Bu yöntemleri; "lâfzî" (gramatik), sistematik, tarihsel[314] ve "teleolojik" (amaçsal)

---

[306] Kimi zaman kanımızca hatalı bir şekilde "lâfzî yorum" olarak da adlandırılan daraltıcı yorum; hukuk normunda kullanılan sözcüklerin en dar anlamında benimsenmesi esasıdır. Bkz. Black's Law Dictionary, s. 734.

[307] Rassat, s. 128.

[308] Rassat, s. 130.

[309] Rassat, s. 131.

[310] Aslında Fransızca "compréhensive" sözcüğünün Türkçe anlam karşılığı olarak burada "kavrayıcı" ibaresinin kullanılması (Bkz. Saraç, T. Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, On Üçüncü Basım, Adam Yayınları, İstanbul 2005, s. 292) daha yerinde olurdu. Ancak "genişletici (yorum)" ibaresi, "kavrayıcı (yorum)" ibaresine göre daha oturmuş olduğu için biz birincisini tercih etmiş bulunuyoruz.

[311] Rassat, s. 128.

[312] Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: I, s. 95.

[313] Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Akipek, J. Türk Medeni Hukuku Cilt I Cüz I, AÜHFY No. 314, Ankara 1966, s. 125 vd.

[314] Söz tarihsel yorum yönteminden açılmışken bu yöntemle ilişkili olarak AİHS'in suç ve cezada kanunilik ilkesinin düzenleyen 7. maddesine yorum bağlamında AİHM'in nasıl yaklaştığının irdelenmesi yerinde olacaktır. AİHM bu madde bağlamında "yorum" kavramının da özgün bir nitelik taşıdığı görüşünü savunmaktadır. Gerçekten de mahkeme, 25.5.1993 tarihinde Kokkinakis-Yunanistan'a karşı davasında verdiği kararda, 7. maddedeki hükmün, ceza hukukunun, davalının aleyhine olacak biçimde geriye dönük olarak uygulanmasını önlemekle kalmadığını, bunun yanında örneğin, kıyas gibi yollarla genişletilerek yorumlanması ve uygulanmasını yasakladığını, bu ilkelere göre bir suçun kanunda açık bir biçimde tanımlanması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, bu şartın, kişinin ilgili hükmün ifadesinden ve gerekiyorsa mahkemelerin bu hükmü yorumlamaktaki içtihatları yardımıyla, hangi eylem ve kusurların kendisini suçlu duruma düşürdüğünü bilebilmesi sayesinde yerine getirileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte Kokkinakis davasında mahkeme, ceza hukuku da dâhil olmak üzere hangi hukuk sisteminde olursa olsun, bir hüküm ne kadar açık yazılmış olsa da ister

yorum olarak sıralamak olanaklıdır.[315] Bunun yanında yorumu sonuçlarına göre; bildirici, genişletici veya daraltıcı yorum olmak üzere üçe ayırmak da olanaklıdır.[316] Ancak bildirici yorum, Toroslu'nun isabetli olarak belirttiği üzere bir yorum türü olarak kabul edilemez. Zira yorum sürgit bir şekilde açıklayıcı olup esas amacını da kanunun anlamını beyan etmek veya bildirmek oluşturur.[317] Daraltıcı yorum ile genişletici yorum kanunun görünüşteki anlamıyla gerçek anlamı arasında bir fark olduğu zaman yapılan yorum türleridir. Daha açık bir deyişle, kanunun görünüşteki anlamının gerçek anlamından daha geniş olduğu durumlarda daraltıcı yorum, buna karşın, görünüşteki anlamının gerçek anlamından daha dar olduğu durumlarda genişletici yorum[318] yapılır.[319] Görüldüğü üzere genişletici yorumda; öze ilişkin yorumun, deyimsel, başka bir deyişle, lâfzî yorumu aşması söz konusu olup amaçsal

---

istemez yargının yorumuna açık bir tarafı olacağı görüşünü taşımıştır. Daha açık bir deyişle mahkeme, kuşku götüren noktaların açıklığa kavuşturulması ve değişen koşullara uyum sağlayabilmek için her zaman bir açıklık getirme gereksiniminin olacağını, gerçekten de sözleşmeci devletlerde, hukuk geleneğinin ayrılmaz bir parçası olan, hukukun bir kaynağı olarak içtihatların ceza hukukunun gelişmesine katkıda bulunacağını belirtmiştir. Bu bağlamda mahkeme, ceza sorumluluğu ilkelerinin, çeşitli davalarda yer alan somut olaylar aracılığıyla yapılan yargısal yorumla, sonuç suçun esasına uygun ve makul olarak öngörülebilmesi kaydıyla "aşamalı" (AİHM "aşamalı" ibaresine yer vererek ceza hukukunda "ilerletici yorum"un (interpretazione progressiva) olanaklı olduğu görüşünü örtük olarak savunmaktadır. İlerletici yorumun iki türü bulunmaktadır. Bunlardan birincisini "tarihi gelişim", ikincisini ise "yeni olaylara kanunun uygulanması" oluşturur. Bunlardan birincisinde, ceza hukukuna tarihi gelişim esasını aktarmak ve kuralı içeren metne yalnız yapıldığı zamandaki anlamı değil, kanunun lafzını günümüz gereksinimlerine uydurmak suretiyle yeni anlamlar verilmesi sağlanır. İkincisinde ise yeni kural koymak değil, kanunun yapıldığı zaman öngörülmemiş olsa bile kanunu yeni olaylara uygulamak kastedilir. Birinci tür olan ilerletici yorumda yargıç yeni hukuki kurallar koyan bir kimse, bir diğer deyişle, kanun koyucu konumuna geldiğinden bu durum ceza hukuku ve anayasa prensiplerine aykırıdır. Buna karşın kanun kurallarının genel ve geleceğe yönelik olmasının doğal sonucunun gereği olarak ikinci tür yorum geçerlidir. Fazla bilgi için bkz. Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: I, s. 95-96. Birinci tür yorum ceza hukuku ve anayasa ilkelerine aykırı olduğundan kanımızca AİHM'in kastettiği ilerletici yorum türünü "yeni olaylara kanunun uygulanması" olarak betimlemek daha doğru olacaktır.) bir şekilde açıklanıp aydınlatılmasına engel olmadığını ifade etmiştir. Bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 325, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 274-275. Mahkeme bu görüşünü 8.7.1999 tarihinde verdiği Başkaya-Okçuoğlu'nda da tekrarlayarak sanık aleyhine genişletici yorum yapılamayacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin 3.10.2013 tarih ve E. 2013/28, K. 2013/106 sayılı kararına yol açan olayda 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 48. maddesinin 1. fıkrasının Anayasaya aykırılığı için Anayasa Mahkemesine başvuran Sincan İnfaz Hâkimliğinin başvurusu gerekçesinden. Bkz. 18.1.2014 tarih ve 28886 sayılı R.G.

[315] Bu yorum yöntemleri hakkında bilgi için bkz. Öztürk B. ve Erdem M.R. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2008, s. 59.

[316] Bu yorum türleri hakkında fazla bilgi için bkz. Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: I, s. 96-99.

[317] Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 55.

[318] Genişletici yorum; normun metninde kullanılan sözcüklere daha kapsamlı bir anlam vermek şeklinde de tanımlanabilmektedir. Bkz. Black's Law Dictionary, s. 734.

[319] Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 55-56.

yorumun bir türü olarak kanun hükmünün gerçek içeriğini araştırmaya yönelinmiştir.[320]

Oldukça sık bir şekilde genişletici yorum ile kıyas birbirine karıştırılmaktadır. Hâlbuki kıyas ile genişletici yorum birbiriyle özdeş bir nitelik göstermemekte, bir başka deyişle, aynı anlama gelmemektedir. Gerçekten de kıyas, kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmemiş bir alanda karşılaşılan uyuşmazlığın en yakın benzer hükümlerle çözümlenmesi için bu tür hükümlerin araştırılmasını sağlayan fikri bir faaliyet niteliğini taşımakta, bu bağlamda hukuk düzeninin göstermesi olası boşluklarının doldurulması için bir araç görevini görmektedir.[321] Buna karşın, yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere genişletici yorum; yasa koyucunun kullandığı kelimelerin anlatılmak istenen amacı tamamen ve bütünü ile ifade eder şekilde kaleme alınmadığı hallerde, ibarelerin, olayları kapsar bir şekilde anlamaya olanak sağlayan bir araçtır.[322] Daha açık bir deyişle, yorumda, daima yorumlanan metnin çerçevesi içerisinde kalınırken, kıyasta, bir kanun hükmünü, benzerlik esasına dayalı olarak, kanunda yazılı olmayan olaylara uygulamak olgusuyla karşılaşılmaktadır. Bu bağlamda, yorum, kanunu uygulamaya, kıyas ise kanundaki bir boşluğu doldurmaya yönelik bir eylemdir. Bundan dolayı ceza normunun yorumlanmasında hiçbir şekilde kıyasa yer verilemez.[323]

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, ceza normunun uygulanabilmesi için yorumlanmasının gerekli olmasına, daha açık bir deyişle, her ceza normunda mutlaka yoruma başvurulması zorunlu olmasına karşın kıyasa başvuru yasaklanmıştır. Gerçekten de Keyman'ın isabetli bir şekilde belirttiği üzere yorum, normu uygulamanın bir unsuru, bir başka deyişle, vazgeçilmez bir önkoşuludur. Bu bağlamda yorum, bir hukuk kuralının anlam bakımından içeriğini ortaya koymak

[320] Öncel-Kumrulu-Akkaya, s. 7.
[321] Tosun, Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir, s. 45.
[322] Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 1, s. 171.
[323] Mantovani, s. 64, Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: I, s. 99. Kıyas yasağı özellikle aleyhe kıyas yasağı öyle önemlidir ki Anglosakson hukuku bakımından neredeyse mutlak bir şekilde benimsenmektedir. Gerçekten de kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesine tam olarak uyulması, bir başka deyişle, cezai normun yaratılmasında en üst açıklık ilkesinin esas alınmasına tam bir şekilde uyulması olanaklı olmasa da, Anglosakson hukuku cezai normların kıyasa (örneksemeye) yol açabilecek şekilde yorumlanmasına kesin olarak karşı bulunmaktadır. Kıyas yasağına uyulması öyle önemlidir ki, ağırlıklı olarak emsal kararlara dayalı olarak işleyen İngiliz mahkemeleri oldukça ayrıksı durumlar dışında kıyas yoluyla ne cezai ne de hukuki sorumluluğu genişletmişlerdir. Bunun ceza hukuku açısından çağcıl zamanlarda görülen neredeyse tek ayrıksı örneğini, mahkemeler tarafından yaratılan "vekâleten sorumluluk" kavramı oluşturmaktadır. Bkz. Williams, G.L. s. 586.

anlamını taşıdığından, yorumlamaksızın bir normu uygulamak mantıksal açıdan olanaksızdır. Yazar, anlamı en açık, en saydam normların bile yorumlanmaları gerektiğini, çağcıl yasama tekniğinin, bireysel ve somut normlar yerine, genel ve soyut formülleri tercih ettiğini, yasa koyucunun yaşamın somut kurallarından hareket ederek tümevarım yoluyla genel ve soyut normlara ulaştığını, bu normları uygulayabilmek için düzenlendikleri koşullardan bağımsız olarak ele alınıp anlamlarının araştırılması gerektiğini, aksi takdirde bunları yorumlamanın da olanaksız olduğunu belirtmektedir.[324]

Aslında kıyas ile genişletici yorum arasındaki farkı tam olarak ortaya koyabilmek için matematiğe başvurmak gerekmektedir. Kıyas "örnekseme, analoji" (analogy), sözcük anlamıyla, ilişkilerin benzerliği anlamına gelir. Bununla birlikte, kıyas kavramı daha yaygın bir anlamı çağrıştırmakta ve hukukta da daha çok bu anlamıyla kullanılmaktadır. Hukukta örneksemenin bu anlamını tam olarak saptayabilmek için öncelikle "kıyas" ile "kıyas yoluyla muhakeme" (reasoning by analogy) arasındaki farkın somut bir şekilde ortaya konulması uygun olacaktır. Bu iki kavram bazı açılardan birbirine benzer olmasına karşın, aralarında bilinenden öte farklılıklar bulunmaktadır. Daha somut bir deyişle, kıyas veya örneksemede, neredeyse aynı olan olaylar bakımından birisi için doğru olan önerme, diğer olay bakımından da doğru sayılmasına karşın, kıyas yoluyla muhakemede, iki olay arasındaki benzerlik miktar olarak sınırlı bulunmakta ve olayların arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır.[325]

Ancak hukukta kabul edilen "örneksemeli muhakeme", "kıyas yoluyla muhakeme" kavramından oldukça farklıdır. Gerçekte "kıyas yoluyla muhakeme" yerine "kanuni kıyas" şeklindeki bir kullanım hatalıdır ve "genişletici yorum" (extensive interpretation) kavramıyla arasındaki farklığı göstermekten de hayli uzaktır. Genişletici yorumda "mantıksal muhakeme" (logical analogy) yoluyla eğer Y olayının X olayıyla benzerliği, farklılıklarından çok ise X olayına uygulanan R kuralı Y olayına da uygulanmakta veya R kuralının, bir başka deyişle kanunun kapsamına, Y olayı da girmektedir. Kısacası genişletici yorum kuralına göre bu bağlamda hem X olayına hem de Y olayına aynı kural veya norm uygulanmaktadır. Buna karşın, "yasal kıyas" (legal analogy), X ve Y olayları arasında önemli

[324] Keyman, Hukuka Giriş, s. 45.
[325] Hall, J. Nulla Poena Sine Lege, Yale Law Journal, 47, December, 1937, s. 165.

farklılıklar bulunmasına rağmen hatalı bir şekilde her iki olayın da R norm veya kuralının kapsamına sokulması anlamını taşır. Bu bağlamda aslında sözde yasal kıyası, "yargısal olarak norm koymak" (judicial legislation) şeklinde adlandırmak daha doğrudur. Yargısal olarak norm koymayı matematiksel olarak ifade etmek gerekirse, Y suçu, X suçundan önemli ölçüde farklılık göstermesine ve bu yüzden R normuna altlandırılamamasına, bir başka deyişle, R normunun kapsamına girmemesine karşın, X suçuyla önemli benzerliği bulunduğu gerekçesiyle Y olayının cezalandırılması anlamını taşır.[326] Bu bağlamda, ceza normları bakımından genişletici yoruma izin verilirken yargısal olarak norm koymaya, yanlış bir ifade olan yasal kıyasa izin verilemeyeceği ortadadır.

Görüldüğü üzere genişletici yorum ile kıyas birbirinden farklı kavramlardır. Buna rağmen bunların birbirine karıştırılması anlaşılabilir bir husus değildir.[327] Kanımızca bunların birbirine karıştırılmasından rahatsız olan kanun koyucu 5237 sayılı TCK'nın 2. maddesinin 3. fıkrasında; kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamayacağı, suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı belirtilerek geniş yorum ile kıyasın birbirinden farklı olduğunu, birincisinin serbest olmasına karşın ikincisinin yasak olduğunu örtük bir şekilde belirtmiştir. Mantovani'nin isabetli olarak belirttiği üzere genişletici yorumun yasak olmaması son derece doğaldır. Zira bu yorum türünde yasama organının amacı gerçekleştirilmektedir.[328]

[326] Hall, s. 173.
[327] Genişletici yorum ile kıyasın birbirine karıştırılması yalnızca Türkiye'ye özgü bir olay değildir. İtalya'da da söz konusu iki husus birbirine karıştırılmaktadır. Hatta İtalya'da ceza hukuku bakımından en çok karıştırılan hususu, genişletici yorum ile kıyasın birbirine karıştırılması oluşturmaktadır. Bu bağlamda mahkemeler, yorum faaliyetinde genellikle "yaratıcı" (creativa) bir rol oynamakta, somut bir deyişle, söz konusu faaliyette bulunurlarken kıyas işlemine başvurmakta ve üstelik kıyasın sanığın lehe veya aleyhe olmasına özen göstermemektedirler. Örneğin kanun, komşunun bağından üzüm çalınmasını yasaklamış ise komşudan şarap çalınması da aynı cezaya çarptırılmaktadır. Bkz. Cadoppi ve Veneziani, s. 86.
[328] Mantovani, s. 72.

dd. Kıyas Yoluyla Muhakeme Yasağı veya Sınırlılığı[329]

Kanunilik ilkesinin püf noktasını oluşturan[330] kıyas yoluyla muhakeme aslında tek çeşittir. Buna karşın kimi yazarlar örneğin Dönmezer-Erman hatalı bir şekilde kıyasın iki çeşit olduğunu savlamaktadırlar. Yazarlar, kıyas türlerini kanuna göre kıyas (analogia legis) ve hukuka göre kıyas (analogia juris) olarak adlandırmaktadırlar. Yazarlar bu kıyas türlerinin tanımlarını da yaparak kanuna göre kıyasın; mevcut bir kanun hükmünü, benzer olaylara uygulayabilmek için yasa koyucunun iradesi dışında bu hükmü genişletmek anlamını taşıyacağını, bu kıyas türüyle kanunun kapsamadığı olaylara kanunun uygulanması sağlanarak adeta genişletici yoruma eşit bir hale gelineceğini, buna karşın, hukuka göre kıyas durumunda ise belirli bir ceza kuralına olan benzeyişe değil, ceza dizgesinin bütününün ruhuna, bir başka deyişle, ana amacına dayanılacağını, bu kıyas türünde, yargıcın olaya benzeyen belirli bir ceza kuralına dayanmadığını, bunun yerine genel hukuk ilkelerine veya hukukun esinlendiği siyasi, dinsel, sosyal ahlaka dayanıldığını, böylelikle, mevcut veya benzeri olmayan bir kuralın yaratılmış olacağını ifade etmektedirler.[331]

Dönmezer-Erman'ın kıyası ikiye ayıran bu görüşü isabetli değildir. Zira yukarıda Hall'ın isabetli bir şekilde belirttiği üzere kanuna göre kıyas şeklinde bir kıyas türü bulunmamakta, bu kıyasla yargısal olarak yeni bir norm konulmuş olmaktadır. Bu yüzden yargısal olarak norm koymak hiçbir şekilde genişletici yorum olarak kabul edilemez. Öte yandan yazarların kanuna göre kıyas şeklinde hatalı olarak adlandırdıkları yargısal norm koyma faaliyeti hiçbir şekilde genişletici yoruma

[329] Mokhtar, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin bir başka temel ilkesini, kıyas yasağı veya sınırlılığının oluşturduğunu ifade etmektedir. Bkz. Mokhtar, s. 41. Kanımızca, Mokhtar'ın bu görüşü yukarıda belirtildiği üzere isabetsizdir. Çünkü doğru bir deyişle kıyas yoluyla muhakeme yasağı veya sınırlılığı kanunilik ilkesinin bağımsız bir alt ilkesini oluşturmamakta, "kanunun açıklığı" alt ilkesinden doğmaktadır. Aslında ceza hukukunda "kıyas yoluyla muhakeme yasağı" kavramının kullanılmayarak "kıyas yoluyla muhakeme yasağı veya sınırlılığı" kavramını kullanılması gerekir. Zira az sonra ayrıntılı bir şekilde görüleceği üzere belirli koşullara uymak kaydıyla cezai normlar bakımından lehe olarak kıyas yoluyla muhakeme olanaklıdır. Bu yüzden ceza hukukunda mutlak bir kıyas yoluyla muhakeme yasağından bulunmasından ziyade kıyas yoluyla muhakemenin sınırlı olmasından bahsedilmesi gerekir. Bu bağlamda failin aleyhine olan işlerde mutlak bir şekilde kıyas yoluyla muhakeme yasağı olacak ancak lehine olan işlerde belirli koşullara uyularak kıyas yoluyla muhakeme yapılabilecektir.

[330] Mantovani, s. 68.

[331] Dönmezer S. ve Erman S. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 1, 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, s. 163.

erişemez. Zira çeşitli defalar belirtildiği üzere genişletici yorumda kanun koyucunun gerçek iradesi araştırılmakta, hiçbir şekilde yeni bir norm konulmamaktadır.

Türk ceza hukukunda kıyas yasağı, daha doğru bir deyişle, kıyas yoluyla muhakeme yasağı, Anayasanın 38. maddesinin 1. fıkrasında ve yukarıda belirtildiği üzere TCK'nın 2. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Gerçekten de Anayasanın söz konusu fıkrasında; kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamayacağı, kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere bu hükümle[332] suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği", "kanunun açıklığı" ve "kanunun geçmişe uygulanmazlığı"[333] alt ilkeleri örtülü bir şekilde düzenlenmiştir. Kanunilik ilkesinin açıklık veya belirlilik alt ilkesinin kabulü kıyas yoluyla muhakeme yasağı anlamını taşıdığından[334] söz konusu yasağın örtülü olarak anayasal bir norm niteliği taşıdığını savlamak olanaklıdır.

Şu hususu açıkça belirtmek gerekir ki kıyas yoluyla muhakeme yasağı ile mahkemenin keyfiliği önlenmekte ve bu yasak "kanunun açıklığı" alt ilkesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü suç ve cezada kanunilik ilkesinin "açıklık" alt ilkesi, yargıcın açıkça öngörülen haller dışında ceza vermesini ve böylelikle olası keyfiliklerini önlemeye yönelik olan garanti edici amacını gerçekleştirmeye çalışmakta, buna karşın kıyas yoluyla muhakeme, keyfilik getirerek kişi hak ve özgürlüklerinin içerisini boşaltmaktadır.[335]

---

[332] ve Anayasanın 38. maddesinin 3. fıkrasıyla.

[333] Kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesinin Anayasada örtülü bir şekilde düzenlenmesinden, bu alt ilkenin tamamlayıcısı olan lehe kanunun geçmişe uygulanırlığı esasının anayasal bir temel sahip olmadığı anlaşılmamalıdır. Zira Anayasada yer bulmayan lehe kanunun geçmişe uygulama yasağı istisnası, geçmişe uygulama yasağının mantıksal gerekçesi ve amacı dolayısıyla Anayasaya aykırı değildir. Geçmişe uygulama yasağı özgürlük lehine kabul edilmiş olan bir teminat olduğundan, Anayasada yer almayan lehe olan kanunun geçmişe uygulanması ayrıksı durumu da bu amaca hizmet etmekte ve Anayasa ile çelişmemektedir. Yine lehe olan kanunun geçmişe uygulanması, temel bir insan hakkı olarak da kabul edilmektedir. Çünkü hukuk düzenince artık suç sayılmayan bir eylemden ötürü ceza takibata uğramamak ya da cezalandırılmamak temel bir hakkı oluşturur. Öte yandan geçmişe uygulama yasağı ile lehe kanunun geçmişe uygulanması arasında nasıl bir mantıksal ilişki varsa, anayasal norm haline getirilmiş geçmişe uygulama yasağından hareketle lehe kanunun geçmişe uygulanması da anayasal bir niteliğe kavuşturulabilir. Zira fiili suç olmaktan çıkarak kanunun geçmişe uygulanması, anayasal kural haline getirilmiş olan geçmişe uygulama yasağının zıt anlamından çıkarılabilir. Daha somut bir deyişle, fiili suç olmaktan çıkaran kanun, belirli bir kişinin işlediği bir fiilden ötürü cezalandırılmaması değil, fiil yüzünden hiç kimsenin cezalandırılmaması sonucunu doğurur. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 98, 322.

[334] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 246.

[335] Krş. Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 61-62.

Kıyas yoluyla muhakeme yasağı biçimsel kanunilik ilkesi bakımından yaşamsal bir önem taşımaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere biçimsel kanunilik ilkesi gereği, bir fiil sosyal bakımdan ne kadar tehlikeli olursa olsun cezalandırılamaz. Kıyas yoluyla muhakeme yasağının bulunmaması sosyal bakımdan tehlikeli olan olayların cezalandırılması anlamını taşıyacaktır ki[336] böyle bir durumun söz konusu ilkeyi bütünüyle çökerteceği açıktır.

Biçimsel kanunilik ilkesinin kabulü sınırlı durumlarda fail lehine kıyas yoluyla muhakeme yapılmasına engel olmadığı gibi kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine de aykırılık oluşturmaz. Zira söz konusu alt ilkenin amacı yurttaşları keyfiliklere karşı korumak olduğundan fail lehine kıyas yoluyla muhakeme yapılmasında söz konusu amaca aykırı bir durum bulunmamaktadır. Buna karşın, ileride ayrıntılarıyla anlatılacak maddi kanunilik ilkesinin benimsendiği durumlarda kıyas yoluyla muhakemeye her durumda (lehe veya aleyhe) izin verilmekte ve hukuki belirsizlik veya muğlaklık bilinçli bir şekilde artırılmaktadır.[337]

Kıyas yoluyla muhakeme yasağının mutlak olup olmadığı, daha açık bir deyişle, yalnızca aleyhe kıyas yoluyla muhakemeye mi yoksa lehe kıyas yoluyla muhakeme bakımından da kıyas yasağının olup olmadığı konusu İtalyan yazarları arasında tartışma konusu yapılmaktadır. Aslında aleyhe kıyas yoluyla muhakeme yasağı bakımından öğretide genel bir uzlaşı bulunmaktadır.[338] Daha açık bir deyişle, öğreti "aleyhe kıyas" (malam partem) ile "lehe kıyas" (bonam partem) esasını birbirinden ayırt etmekte ve ceza hukukunda aleyhe kıyas yoluyla muhakeme yasağının bulunduğu konusunda herkes oydaşı içinde bulunmaktadır.[339] Daha açık bir deyişle öğreti, ceza hukukunda kanunun öngördüğü olguların birbirine benzemesinden dolayı aleyhe kıyas yoluyla muhakeme yapılmasının hiçbir şekilde olanaklı olmadığı görüşünü benimsemektedir.[340]

Kıyas yoluyla muhakeme yasağı konusunda öğretinin uzlaşamadığı noktayı söz konusu yasağın lehe kıyası kapsayıp kapsamadığı oluşturmaktadır. Aslında kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine mutlak taraftar olanlar, ister aleyhe

---

[336] Krş. Mantovani, s. 69.
[337] Mantovani, s. 70.
[338] Ancak İtalyan öğretisinin "kıyas yoluyla muhakeme" ibaresi yerine "kıyas" ibaresini kullandıklarını belirtmek gerekir.
[339] Cadoppi ve Veneziani, s. 89. Yazarlar burada aleyhe kıyasa örnek olarak, üzüm çalma yasağını öngören bir kanunun içki çalma fiilini de kapsayacak şekilde genişletilmesini vermektedirler.
[340] Antolisei ve Conti, s. 64.

isterse lehe olsun kıyas yoluyla muhakemenin bütünüyle yasaklanması gerektiği görüşünü savunmaktadırlar. Bu bağlamda İtalyan öğretisinin azınlıkta kalan yazarları, örneğin Nuvolone ve Bricola, kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesinin "kanun önünde eşitlik ilkesi"ni[341] gerektirdiğini, bu yüzden cezai işlerde lehe kıyas yoluyla muhakemenin olmaması gerektiğini ifade etmektedirler.[342]

Kıyas yasağının mutlak olduğunu savunan bu görüşler hatalıdır. Gerçekten de az sonra ayrıntılı bir şekilde görüleceği üzere "suç failinin lehine kıyas" (analogia in bonam partem) olanaklı olmasına karşın "suç failinin aleyhine kıyas" (analogia in malem partem) yapılması olanaksızdır. Öte yandan kanunun açıklığı alt ilkesine mutlak taraftar olanların kıyas yoluyla muhakeme yasağının da mutlak olduğu yönündeki görüşlerinin sağlam bir dayanağı bulunmamaktadır. Bir kere, açıklık veya belirlilik esası mutlak bir şekilde benimsenmezse ceza hukukunun baskıcı olacağına yönelik bir sav ileri sürülemez. İkinci olarak, fail lehine yapılan kıyas yoluyla muhakemenin pratik bir fayda ve işlevi bulunmaktadır. Bu çerçevede kıyas yoluyla muhakeme yasağı, kanunun açıklığı alt ilkesinin mutlak olarak benimsenmesiyle politik garanti edici işlevini yerine getirememekte, söz konusu garanti, liberal demokrat geleneğin sağlam bir şekilde benimsenmesiyle elde edilmektedir. Kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesinin mutlak taraftarları, kıyas yoluyla muhakemenin her türünün kötüye kullanılabileceğini belirtmişlerdir. Bu sav da isabetsizdir. Nitekim Carrara, çok önceleri, daha somut bir deyişle, 1865 yılında, aleyhe kıyas yoluyla muhakemenin doğru olmadığını, buna karşın, lehe kıyas yoluyla muhakemenin isabetli olduğunu belirtmiştir. Nitekim aleyhe kıyas yoluyla muhakeme uygulamada zaten kötüye kullanıldığı için yasaklanmıştır. Hâlbuki lehe kıyas yoluyla muhakeme durumunda ancak ayrıksı durumlarda kötüye kullanma olgusuyla karşılaşılmaktadır. Bu bağlamda İtalyan Anayasasının kanunilik ilkesini düzenleyen 25. maddesi de lehe kıyas yoluyla muhakemeye olanak sağlayarak ceza hukukunun yaşamın gerçeklerine uyarlanmasını ve kişisel özgürlüklerin garanti altına alınmasını sağlamıştır.[343]

Görüldüğü üzere kıyas yoluyla muhakeme yasağının mutlak olması gerektiğini savunan görüşler sağlam bir zemine oturmamaktadır. Bu yüzden İtalyan

[341] Bkz. Anayasa md. 10.
[342] Bkz. Cadoppi ve Veneziani, s. 89.
[343] Mantovani, s. 72-73.

öğretisinin çoğunlukta bulunan yazarları lehe kıyas yoluyla muhakemenin olanaklı olduğu görüşünü savunmaktadırlar.[344] Biz de lehe kıyas yoluyla muhakemenin Mantovani'nin çekincelerinin dikkate alınması koşuluyla olanaklı olması gerektiğini düşünmekteyiz. Gerçekten de lehe kıyas yoluyla muhakeme yapılırken ayrımcılık ve keyfiliği önleyebilmek için Mantovani'nin işaret ettiği bir takım kurallara uyulması gerekmektedir. Bunlardan ilki, "l'eadem ratio" olarak adlandırılmakta olup aynı durum veya koşullarda bulunan kimselere aynı normların, kısacası "yatay eşitlik" ilkesinin uygulanması esasıdır.[345] İkincisi, kıyas yoluyla muhakeme yapılırken sürgit bir şekilde daima yazılı normun, bir başka deyişle, "kanun külahının" (cono d'ombra) içerisinde kalınması gereğidir. Sonuncusu ise lehe kıyas olarak öngörülen ayrıksı durumların hiçbir zaman genişletilemeyeceği veya genelleştirilemeyeceğidir.[346] Zira ayrıksı durumların genişletilmesi veya genelleştirilmesi kanunun ihlali anlamını taşır. Hâlbuki kıyas yoluyla muhakeme hiçbir zaman kanunun ihlali aracı olamaz.[347]

Türk öğretisinde kıyas yoluyla muhakeme yasağının[348] mutlak olarak kabul edilip edilmediğine gelince; kimi yazarlar söz konusu yasağın mutlak olduğu görüşünü savunmaktadırlar. Örneğin, Öztürk ve Erdem, TCK'nın 2. maddesinin 3. fıkrası gereği, suç ve ceza normları bakımından ne failin lehine ne de aleyhine kıyas yoluyla muhakeme yapılabileceğini savunmaktadırlar. Bununla birlikte yazarlar, TCK'nın bu tutumunun kabul edilemeyeceğini, çünkü ceza hukukunda kıyas yoluyla muhakeme yasağının temel ereğinin, failin aleyhine kıyasın önlenmesi olduğunu, günümüz Alman öğretisinde de failin lehine olan düzenlemelerin benzetme yoluyla uygulanabileceği esasının kabul edildiğini ifade etmektedirler.[349]

---

[344] Bkz. Cadoppi ve Veneziani, s. 89.
[345] Nitekim bu esas Latince bir hukuk ilkesi olarak "ubi eadem ratio ibi idem jus" (gerekli nedenler aynı olunca hukuk da aynıdır) şeklinde ifade edilmiştir. (Bkz. http://www.eksisözlük.com/show.asp?inner=1&t=ubi%20eadem%20ratio%20ibi%20i..., 19.1.2012). Yine bu esas Cadoppi ve Veneziani tarafından da vurgulanmıştır. Yazarlar, lehe kıyas yoluyla muhakemenin keyfi ve ayrımcı bir şekilde yapılamayacağını, daha açık bir deyişle, lehe kıyas yoluyla muhakeme yapılırken sanıklar bakımından eşitsizliklere yol açılmaması gerektiğini, aksi durumun büyük bir endişe kaynağı oluşturacağını haklı olarak belirtmişlerdir. Bkz. Cadoppi ve Veneziani, s. 89.
[346] Mantovani, s. 74.
[347] Mantovani, s. 76.
[348] Türk öğretisinde de "kıyas yoluyla muhakeme" ibaresi yerine hatalı bir şekilde "kıyas" ibaresi kullanılmaktadır.
[349] Öztürk-Erdem. s. 41 ve dn. 33.

Buna karşılık öğretide bir grup yazar Türk hukukunda kıyas yoluyla muhakeme yasağının sınırlı olduğu görüşünü savunmaktadır. Örneğin Toroslu, TCK'nın söz konusu hükmünün, yalnızca suç ve ceza içeren hükümlerin uygulanması ve yorumlanması bakımından kıyas yoluyla muhakemeyi yasakladığına göre suç ve ceza içermeyen hükümler bakımından lehe kıyas yapılmasına yasal bir engelin bulunmadığını ifade etmektedir. Bu bağlamda yazar, hukuka uygunluk nedenleri alanında kıyas yoluyla muhakeme işleminin yapılabilmesi olanaklı olduğu gibi isnat edilebilirliği ortadan kaldıran veya azaltan nedenler ve açıklayıcı ceza normları yönünden de lehe kıyas yoluyla muhakemenin olanaklı olduğunu ifade etmektedir.[350]

Biz Toroslu'nun görüşüne kısmen katılmaktayız. Bu bağlamda TCK'nın 2. maddesinin 3. fıkrasında yer alan hüküm hiçbir şekilde lehe kıyas yoluyla muhakemeyi önlemediği için yukarıda belirtilen kanun önünde eşitlik ve lehe kıyas yoluyla muhakemenin kötüye kullanımını engelleyici kurallara uyulması koşuluyla lehe kıyas yoluyla muhakemenin her alanda geçerli olduğunu düşünmekteyiz. Bu bağlamda lehe olan kıyas yoluyla muhakeme başta failin sorumluluğu veya mahkûmiyeti konuları gibi ceza hukukunun tüm alanlarında geçerli olduğu gibi muhakeme normları bakımından da geçerlidir.[351]

Kıyas konusundaki açıklamalarımızı bitirmeden önce iki temel hususa dikkat çekilmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, kıyas yoluyla muhakeme yasağı bakımından ceza hukuku ile özel hukuk arasında temel bir farklılığın bulunmasıdır. Daha açık bir deyişle, ceza hukukunda failin aleyhine olan işlerde mutlak kıyas yoluyla muhakeme yasağı, lehine olan işlerde ise sınırlı bir kıyas serbestisi bulunmasına karşılık özel hukukta ister lehe isterse aleyhe olsun herhangi bir kıyas yoluyla muhakeme yasağı bulunmamaktadır.[352]

İkinci olarak lehe kıyas yoluyla muhakeme olanaklı olsa bile kanun koyucunun böyle bir kıyasa ortam hazırlamaması gereğidir. Zira lehe kıyas yoluyla muhakeme uygulamada nadir de olsa kötüye kullanılabilmekte ve iki ucu keskin bir bıçak niteliğini taşımaktadır. Daha açık bir deyişle, lehe kıyas yoluyla muhakeme ne kadar özenle kullanılırsa kullanılsın yine de kötüye kullanımları tam olarak

[350] Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 62.
[351] Krş. Mantovani, s. 75.
[352] Krş. Cadoppi ve Veneziani, s. 86.

önleyebilmek olanaklı olamamaktadır. Bu yüzden yasa koyucunun kanun koyarken ileride ayrıntılarıyla anlatılacak olan tipleştirmeyi iyi yapması gerekmektedir. Gerçi ne kadar iyi tipleştirme yapılırsa yapılsın yine de ceza hukukunda boşluk doğabilmektedir. Ancak ceza hukukunda doğan boşluğu kıyas yoluyla muhakeme yapmaya yeğ tutmak gerekir.[353]

c. Kanunun Geçmişe Uygulanmazlığı

Bu kısımda suç ve cezada kanunilik ilkesinin bir alt ilkesini oluşturan[354] kanunun geçmişe uygulanmazlığı ilkesinin anlamı, işlevi, ceza kanunlarının zaman yönünden geçerliliği, Türk hukukundaki düzenleme ve suçun işlendiği zaman üzerinde durulacaktır.

aa. Kanunun Geçmişe Uygulanmazlığı İlkesinin Anlamı

Biçimsel kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği ve açıklığı alt ilkelerini tamamlayan bu alt ilke, kanunun yürürlüğe girdikten sonraki olay ve olgulara uygulanacağını, yürürlükten kalktıktan sonraki olay ve olgulara uygulanamayacağını ifade etmektedir. Kanunun yürürlükten kalktıktan sonraki olay ve olgulara uygulanamayacağı "yürürlük ötesi uygulanmazlık ilkesi" (il principio della non ultratttività) olarak bilinir. Kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesini tamamlayan yürürlük ötesi uygulanmazlık ilkesi, birlikte,[355] ceza normlarının geçerliliğini geçmiş ve gelecek ile kısıtlayarak söz konusu normların geçerliliğini "kanunun yürürlükte bulunduğu zamanla sınırlandıran bir ilke" (il principio dell'attualità) niteliğini taşır. Kanunilik ilkesinin, ceza hukukunun en üstün değerini teşkil eden "kanunun geçmişe

[353] Krş. Cadoppi ve Veneziani, s. 90.

[354] Kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesinin biçimsel kanunilik ilkesinin bir alt ilkesini oluşturduğu yönünde öğretide bir oydaşının bulunduğu düşünülmemelidir. Örneğin Mokhtar, kanunun geçmişe uygulanmazlığı ilkesinin biçimsel kanunilik ilkesinden türetilen bir ilke olduğunu savunmaktadır. Bkz. Mokhtar, s. 47. Mokhtar'ın bu görüşüne katılamamaktayız. Zira kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesi, kanunun tekelciliği ve kanunun açıklığı alt ilkeleriyle birlikte bir bütün oluşturarak biçimsel kanunilik ilkesini oluşturmaktadır. Yine yukarıda belirtildiği üzere söz konusu alt ilkelerden birisinin bile bulunmaması biçimsel kanunilik ilkesinin oluşumunu önlediği için kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesini biçimsel kanunilik ilkesinin ayrılmaz bir parçası olarak kabul etmek gerekir. Bu yüzden kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesinin kanunilik ilkesinden türetildiğini savunmak doğru değildir. Yine Nuvolene, geriye yürümezlik ilkesinin "kanunilik" kavramının içerisine girdiğini, bu bağlamda, geriye yürümezlik ilkesinin benimsenmediği durumlarda dar anlamda, benimsendiği durumlarda ise geniş anlamda kanunilik ilkesinin kabul edilmiş olunacağını ifade etmektedir. Nuvolene, P. Il Sistema Del Diritto Penale, Seconda Edizione, Cedam, Padova 1982, s. 53. Kanımızca Nuvolene'nun bu görüşü de isabetsizdir. Zira "kanunların geriye yürümezliği" alt ilkesi, biçimsel kanunilik ilkesinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmakta ve bu alt ilkenin benimsenmediği durumlarda ister dar isterse geniş anlamda biçimsel kanunilik ilkesinin kabul edildiğinden bahsedilmesi uygun düşmemektedir.

[355] Aynı zamanda bu iki ilke, fiil tarihinde yürürlükte olan ceza kanununun uygulanması anlayışını da teminat altına alır. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 102.

uygulanmazlığı" alt ilkesi, "kanunun salt yürürlüğü dönemindeki olay ve olgulara uygulanacağı" (tempus regit actum) esasını benimser.[356] Bu alt ilke, lehe kanunun geçmişe uygulanması istisnası[357] ile tamamlanmaktadır.[358]

Kanunların derhal uygulanmasından hareket eden bir yaklaşıma göre ceza kanunları, hükmün kesinleşmediği hallerde derhal uygulanır. Ancak kanunilik ilkesi aleyhe olan ceza normlarının derhal uygulanmasına engel olduğundan bu durumda yalnızca lehe olan ceza kanunları derhal uygulanacaktır.[359]

Kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesi ceza hukukunun en üstün değerini oluşturmasına[360] karşın bu alanda bir kavram kargaşa ve keşmekeşinin bulunduğunu ve geçmişe yürürlüğün ölçütü konusunda da bir uzlaşının olmadığını belirtmek gerekir. Bu bağlamda hemen belirtmek gerekirse kimileri tarafından hatalı bir şekilde özdeş olarak kabul edilen geçmişe yürürlü, bir başka deyişle, "daha önceki olaylara uygulanan" (ex post facto) kanun ile geçmişe yönelen, bir diğer deyişle, "geçmişi de kapsayan" (retrospective) kanun aynı şeyi ifade etmemektedir. Nitekim Birleşik Krallıktaki 1870 tarihli Philips-Eyre'ye karşı davasında yargıç Willes, "ex post facto" kanunun daha önce suç haline getirilmemiş fiilleri daha sonra çıkartılan bir kanunla suç haline getirmeyi ifade ettiğini, buna karşın "geçmişe etkili" (retrospective) kanunun ise daha genel bir nitelikte hak ve yükümlülükleri farklı ölçülerde etkileyen kanunlar olduğunu ifade etmiştir. Görüldüğü üzere gerek "ex post facto" kanun gerekse "retrospective" kanunun geçmişe etkisi bulunmakta, ancak bunların ilkinde geçmiş olaylar hakkında olay anında uygulanma olanağı olmayan bir kanunun sonradan çıkartılan bir kanunla cezalandırılması ve böylelikle yeni bir durumun yaratılması söz konusu olmasına karşın, ikincisinde sadece daha önceki koşullardan doğan durumun değiştirilmesi söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte

---

[356] Mantovani, s. 78.

[357] Daha açık bir deyişle, işlendiği zamanın ceza kanunlarına göre suç sayılmayan bir fiilin, fiilin işlendiği tarihten sonra yürürlüğe giren ceza kanunu ile suç sayılmasının veya işlendiği tarihte fiil için öngörülen cezanın, fiil tarihinden sonra yürürlüğe giren bir kanun ile ağırlaştırılmasının önüne geçen kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesinin tek istisnası sonraki kanunun failin lehine olması durumudur. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 74.

[358] Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 67, 89, 93.

[359] Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 91.

[360] Katoğlu'nun ifadesiyle; ceza kanunlarının geçmişe uygulanmazlığı ilkesinin günümüz çağcıl ceza hukuku düzenlerinin temel bir ilkesi olduğunu söylemenin özgün bir yanı bulunmamaktadır zira çağcıl evrensel ceza hukuku kültürü bakımından ceza kanunlarının geçmişe uygulanmazlığı genel bir kabul görmüş, ceza hukuku müktesebatının temel taşlarından birisini oluşturmuştur. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 70-71.

bu ikisi arasındaki ayrım, "tür" (kind) ayrımı olmaktan ziyade "derece" (degree) ayrımı niteliğindedir.[361]

Allen, Coke tarafından ortaya atılan "her yeni kanunun yalnızca geleceği etkileyeceği, önceki durumu etkilemeyeceği" (omnis nova constitutio futuris formam imponere debet, et non praeteritis) ilkesinin mutlak doğru bir nitelik taşımadığını, her kanunun mevcut hakları, hatta beklentileri bile etkilediğinin neredeyse kesin olduğunu ifade etmektedir. Allen, bir kanunun salt geleceğe etkili olmak üzere tasarlanarak çıkarılsa bile uzun erimde kaçınılmaz bir şekilde kanunun çıkartılmasından çok daha önceki hak ve yükümlülükleri de etkileyeceğini ifade etmektedir. Yazar bu durumun özellikle kalıcı ve sürgit doğası olan malvarlığı, özellikle gayrimenkul mülkiyeti bakımından doğru olduğunu, bu mülkiyet hakkında yapılan kanunlarda tartışmanın odak noktasını "geçmişi etkileme" konusunun oluşturduğunu belirtmektedir.[362]

Allen, mahkeme içtihatlarının da kanların yaptığı gibi, sık sık istikrar bulmuş içtihatlarla konulan kurallarda değişiklik öngördüğünü, hatta kimi zaman söz konusu içtihadın hukuki muamelelerin dayanak noktasını oluşturan istikrarlı içtihatlardan dönmeyi içerdiğini, bundan da öte içtihatlarla uzunca bir süreden sonra kanuna yeni ve beklenilmeyen anlamın bile verilebildiğini ifade etmektedir. Yazar bu bağlamda, bir kanunun mahkeme tarafından yorumlanıncaya kadar etkisinin ne olacağının tam olarak bilinemeyeceğini ifade etmektedir. Yazar, bu yüzden bir kanunun geçmişe etkilemeksizin yalnızca geleceği etkileyeceğine dair bir kuralın konulamayacağını vurgulamaktadır. Bu çerçevede Allen, insanla ilgili işlerde, geçmiş, şimdiki ve gelecek zamanın, olayın ve zihnin aynı yatağının unsurlarını oluşturduğunu ifade eden daha geniş ilkenin geçerli olduğunu ifade etmektedir.[363]

Bu yüzden Allen, usul kanunları dışında[364] maddi bir kanunla mevcut hak ve yükümlülükleri olumsuz yönde etkileyen bir norma izin verilemeyeceğini savlamaktadır. Yazar, eğer bir kanunun yorumu sonucu onun sadece geleceğe etkili olduğu sonucu çıkartılıyorsa bu yorum şeklinin tercih edilmesi gerektiğini, bununla

[361] Allen, C.K. Law In The Making, Oxford University Press, London 1958, s. 448.
[362] Allen, s. 448.
[363] Allen, s. 448-449.
[364] Ceza hukuku bakımından kanunların geçmişe uygulanması yasağı söz konusu iken ceza muhakemesi hukukunda yürürlüğe giren düzenlemelerin leh ya da aleyhe uygulanmasına bakılmaksızın derhal uygulanması esastır. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 28.

birlikte, bir kanunun hangi hak ve yükümlülükleri olumsuz yönde etkilediğinin saptanmasının önemli bir sorun oluşturduğunu ifade etmektedir. Allen bu bağlamda kimi yazarların yalnızca suç ve ceza normlarının geçmiş fiilleri olumsuz yönde etkilemesine izin verilmeyeceğini belirttiklerini, ancak bu düşüncenin soruna oldukça dar yaklaştığını vurgulamaktadır. Gerçi Allen'e göre ex post facto kanun yapılarak geçmiş fiillerin suç ve ceza olarak saptanmasının, diğer geçmişe yürürlü kanun yapılması yönteminden daha fazla şiddetli bir şekilde itiraza uğrayacağını, zira işlendiği zaman meşru olan bir filin daha sonra çıkartılan bir kanunla suç sayılmasının ortalama bir insanın bile adalet anlayışına aykırı düşeceğini, bunun gibi mevcut sözleşmeleri olumsuz yönden etkileyen ex post facto kanunların da aynı derecede tehlikeli olduğunu ifade etmektedir.[365]

Buna karşın Sampford "geçmişe yürürlü" (retrospective) kavramının "ex post facto" kavramı ile "geçmişe etkili" (retroactive) kavramını içerdiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte yazar, kimi yazarların "retroactive" kavramını, geçmişe yürürlülüğü, kanunun yayımlanmadan önce resmen ve alenen başlatan kanunlar için kullandığını, bu kullanımın doğru olduğunu, mutlaka gerekli olmasa da "geçmişe etkili" nitelikteki bu kanunların diğer geçmişe yürürlü kanunlara göre daha fazla olarak geçmişe yürürlü olduğunu ifade etmektedir.[366]

Bu kavramsal keşmekeş ve kargaşa dışında, bir kanunun ne zaman geriye yürür olduğunu belirleyecek ölçüt konusunda da öğretide bir uzlaşı bulunmamaktadır. Bu uzlaşı yokluğu, kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesinin etkin bir şekilde işlemesini zorlaştırmaktadır. Zira bir kanunun ne zaman geçmişe yürür sayılacağı konusunda gerek öğretide gerekse yargı kararları arasında derin uzlaşmazlıklar bulunmaktadır.[367] Bazıları, bir kanunun geriye yürür olup olmadığını saptama bakımından insanlara gelecekte ne yapmasını söyleyip söylemediğine bakılması gerektiğini ifade etmektedir. Daha açık bir deyişle bu görüş sahipleri, bir kanun, kişilere gelecekte ne yapması gerektiğini söylüyorsa geriye yürür olmadığını, buna karşın insanlara geçmişte ne yaptığını soruyorsa geriye yürür olduğunu ifade etmektedirler.[368] Bununla birlikte, bu görüş hatalıdır. Çünkü insanlara gelecekte ne

[365] Allen, s. 449-450.
[366] Bkz. Sampford, C. Retrospectivity and the Rule of Law, Oxford University Press, New York 2006, s. 17.
[367] Krş. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 261.
[368] Bkz. Sampford, s. 20.

yapmasını söylemesine rağmen bazı kanunların geriye yürür olabilmesi olanaklıdır. Bu bağlamda yeni bir vergi kanunun çıkartıldığını düşünelim. Eğer bu kanun insanlara gelecekteki işlemlerinden dolayı ne kadar vergi ödeyeceklerini söylemeyip geçmişteki işlemlerinden dolayı ileride ne kadar vergi vermelerini gerektiğini söylüyorsa geriye yürür bir kanun olarak kabul edilir. Verginin gelecekte ödenecek olması da bu esasta bir değişiklik oluşturmaz.[369]

Bu ölçütün yetersizliğini dikkate alan Driedger, geçmişe yönelik kanunların karakteristik özelliklerini dikkate alarak daha ikna edici bir şekilde çeşitli yollarla geçmişe yürür kanunların yapılabileceğini ifade etmektedir. Bu bağlamda yazar, geçmişe yürür kanunların iki büyük başlık altında incelenebileceklerini, bunlardan ilkinin "geçmişi kapsarlık" (retroactive), daha açık bir deyişle kanunun çıkarıldığı zamandan önceki olayları kapsaması olduğunu, ikincisinin ise "geçmişe etkililik" (retrospective) olduğunu ifade etmektedir. Ancak Driedger, bu ikinci anlamdaki geriye yürürlükte dikkat edilmesi gereken noktanın, bu tip kanunların geleceğe yönelik gözükmesine karşın, geçmiş olaylara yeni bir takım sonuçlar bağladığını ifade etmektedir. Yazar, bu ikinci tür geriye yürürlüğün de üç alt kategoriye ayrılabileceğini ifade etmektedir. Bunları yazar, önceki olaylara olumlu sonuç bağlayan kanunlar, önceki olaylara olumsuz sonuç bağlayan kanunlar ve önceki bir olayı temel olarak cezai yaptırıma tabi tutmakla birlikte, cezanın o olay için öngörülmediği kanunlar olarak belirtmektedir.[370] Görüldüğü üzere Driedger'in geçmişe yürürlük ölçütü, daha makul olmasına karşın oldukça karmaşıktır. Bu yüzden biz Sampford'un aşağıda anlatılacak olan konuyla ilgili ölçütünün daha yalın ve isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

Gerçekten de Sampford geçmişe yürürlü kanunu; geçmişteki olay ve işlemlerin gelecekteki hukuki sonuçlarını değiştiren kanun olarak tanımlayarak[371] oldukça kısa, geniş anlamlı ve yerinde bir tanım yapmıştır. Bu tanım gereği bir kanun gelecekte uygulanırken bir eylemin hukuki sonuçlarını belirler veya eylemin işlendiği sırada yürürlükte bulunan kanunun o eyleme bağladığı hukuki sonuçtan farklı bir sonuç öngörürse kanun geçmişe yürürlü demektir. Çünkü böyle durumlarda

[369] Sampford, s. 20.
[370] Driedger, E.A. 'Statutes: Retroactive Retrospective Reflections, Canadian Bar Review, 56, 1978, s. 268, 271, nak.,Sampford, s. 21.
[371] Sampford, s. 21.

eylemin işlendiği zamanda mevcut bulunan kanunun yerine veya ona ek yeni bir kanun çıkartılmıştır. Bu durum, kanunla hukuki sonuçların değiştirilmesi olgusunun türü ve kapsamı üzerine odaklanılmasını gerektirmektedir. Bu odaklanma sırasında, bir eylemin hukuki sonuçlarının değiştirilmesinin beklenmemesinin rasyonelliği, değişikliğin önceden bildirilmesi ve söz konusu değişikliklerin akılcılığının dikkate alınması gerekir.[372]

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere geçmişe yürürlüğün tanımını yapmak zor olduğu gibi bir kanunun geçmişe yürürlü olup olmadığını saptamak da kolay gözükmemektedir. Çünkü geçmişe yürürlük salt geçmişi kapsar kanun yapılmakla oluşmamakta, bunun yanında, yukarıda belirtildiği üzere, görünüm olarak geleceğe etkili bir kanun yapılarak da geçmişe etkililik gerçekleştirilebilmektedir. Ayrıca geçmişe yürürlük, tarihi dönemlere veya koşullara bağlı bir olgu niteliğini de taşımaktadır. Örneğin, bir kanun, "gelecek yıl ocak ayından itibaren hiç kimse arabasına kurşunlu benzin koyamaz" derse, bu kanunun geçmişe yürürlü olup olmadığının saptanabilmesi için tarihi dönem ve koşulara bakılması gerekir. Zira bu kanun 1950 yılında çıkartılsaydı görünüşte geleceğe etkili gözükse de gerçekte "geriye yürür" nitelikte olacaktı. Çünkü 1950 yılındaki koşullara göre daha önce satın alınan kurşunlu benzinle çalışan bir arabanın salt kurşunsuz benzinle çalıştırılması olanaksız idi. Ancak, bu kanunun günümüzde çıkartılması halinde söz konusu kanun geriye yürür sayılmaz. Zira günümüz koşullarında üretilen benzinli bir araba, kurşunsuz benzinle kolaylıkla çalıştırılabilmektedir.[373]

Çoğu durumlarda kanunların geçmişe yürürlülüğünü sağlamak yasa koyucunun amacını, en azından temel amacını oluşturmamaktadır. Geçmişe yürürlük yan etki olarak ortaya çıkmakta ve bundan da kanun koyucu gerçekten pişman olabilmektedir. Gerçi kimileri bu kanunların geçmişe yürür olduklarını inkâr etmek için "çift etki öğretisi" (doctrine of double effect) kavramına sığınsa da bunun makul olduğu söylenemez. Çünkü geçmişe yürür kanunlar, çift etki doğurmaktan ziyade geçmiş olay veya eylemlere yeni yükümlülükler yüklemektedir. Bu yüzden bir ceza normu geçmişe etkili olduğunu açıkça söylemese de geçmişi kapsar nitelikte olabilmektedir. Gerçekte geçmişe etkililik, iki tür geleceğe etkililiğin ilişkisi sonucu ortaya çıkabilmektedir. Daha somut bir deyişle, bunları; geleceğe yönelik kanun ve

[372] Sampford, s. 37.
[373] Sampford, s. 25.

birisinin davranışının gelecekteki sonuçları olarak betimlemek olanaklıdır. Bu bağlamda kişinin davranışı ve norm yalnızca gelecek bakımından sonuçlar doğursa da geleceğe yönelik olarak konulan bir kanun, daha önceki eylemin geleceğe yönelik sonuçlarını değiştirerek geçmişe etkili bir şekilde işleyebilmektedir.[374]

Aslında bir kanunun geçmişe yürür olup olmadığı bir zamanlama sorunu olmayıp bir "derece" olgusu niteliğini taşımaktadır. Daha açık bir deyişle, yeni bir kanunun çıkartılmasından önceki eylem ve olayların, onun çıkartılmasından sonraki oluşumlara bağlılığı, geçmişe yürürlüğü saptamada bir ölçüttür. Daha da ileri gidilerek, orta zekâlı bir kişinin, kanunun uygulanmasıyla yeni bir sonuç olarak kabul edilemeyecek olan eylemlerinden ne kadar zaman önce bilgilendirilmesi gerektiği sorusuna yanıt aranarak kabaca bir "geçmişe yürürlük ölçüsü" (metric of retrospectivity) kurulabilir. Örneğin, bir yurttaş, arabasını satmadan önce ona on yıldır sahipse, derhal yürürlüğe giren ve bütün arabaların kurşunsuz benzin kullanması gerektiğini emreden bir kanun on yıllık bir "geçmişe yürürlük puanına" (retrospectivity score) sahiptir. Bu olayda, geçmişe yürürlük puanı, kanun çıkarıldıktan sonra kişinin kurşunlu benzinle işleyen aracının değerinin düşmesi şeklinde bir başka yolla da hesaplanabilir. Bunun gibi ömür boyu hapis cezasını süreli hapis cezasına çeviren bir kanunun geçmişe yürürlük puanı da ya suçun işlendiği zaman ile mahkûmiyet arasındaki zamana göre ya da eski kanun dönemindeki ceza süresi ile yeni kanundaki ortalama ceza süresi arasındaki farka göre hesaplanır.[375]

Bununla birlikte, kanunun geriye yürürlük öngördüğü bütün durumların kötü olduğu söylenemez. Aslında normatif sorun, geriye yürürlüğün haklı olup olmadığı konusunda değil, geriye yürürlüğün miktarının haklı olup olmadığı konusunda toplanmaktadır. Bu yüzden bazı eşik sınırlar bulunmaktadır ki bu sınırlar çerçevesinde bir kanunun amacı ve kapsamı bakımından geleceğe etkili olduğu söylenebilmektedir. Bu sınırı şu şekilde tanımlamak olanaklıdır: Eğer yeni bir kanun, Φ olayını dikkate alarak kişinin Φ olayının etkilerine bundan sonra kendisinin uygulanması gerektiğini belirtirse bu durum geçmişe yürürlüğü kesmekte ve normun geleceğe yönelik olduğunu kanıtlamaktadır.[376]

[374] Sampford, s. 27.
[375] Sampford, s. 29.
[376] Sampford, s. 31.

Sampford'un geçmişe yürürlüğün ölçütü konusunda yapmış olduğu bu açıklamalara katılmakla birlikte "retrospective" kavramını "retroactive" ve "ex post facto" kavramını da içerecek ölçüde geniş bir şekilde kullanmasını doğru bulmamaktayız. İlk olarak, daha önceki olaylara uygulanmayı ifade eden "ex post facto" kavramı ile geçmişi kapsamayı ifade eden "retrospective" arasında bir ayrım yapılmalı[377] ve bunlardan birincisi suç ve ceza normları bakımından mutlaka yasaklanmalı, ikincisi ise geçmişe yürürlük puanı yüksek olduğu, bir başka deyişle, kişinin hak ve özgürlüklerini dayanılmaz ölçüde sınırlandırdığı takdirde yasaklanmalıdır. İkinci olarak, hangi kanunun ex post facto kanun olduğu konusunda Amerika Birleşik Devletleri Federal Temyiz Mahkemesinin görüşünün benimsenmesi uygun olacaktır. Daha açık bir deyişle Federal Mahkemenin 1798 yılında Calder-Bull'a karşı davasında vermiş olduğu kararda, dört kategori "geçmişe uygulanan kanun" (ex post facto law) bulunduğu saptanmıştır. Bunları; olaydan sonra çıkarılan ve olayı cezalandıran kanun, nitelik veya nicelik açısından suçu işlendiği zamandan daha fazla olarak ağırlaştıran kanun, suçun cezasını değiştirerek işlendiği zaman yürürlükte olan kanundan daha ağır bir ceza öngören kanun ve ispat kurallarını değiştirerek faili cezalandırabilmek için suçun işlendiği zamana göre daha az veya farklı bir kanıtlama kuralı öngören kanun şeklinde saymak olanaklıdır.[378] Bu tür nitelikteki geçmişe uygulanan kanunların tümü yasaklanmalıdır.

bb. Kanunun Geçmişe Uygulanmazlığı Alt İlkesinin İşlevi

Aşağıda ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere maddi kanunilik ilkesi taraftarları, kanunların geriye yürüyeceği esasını benimserler. Buna karşın, biçimsel kanunilik ilkesi taraftarları ceza normlarının geriye yürümezliği esasını kabul ederler.[379]

[377] Ancak "retrospective" kavramı ile "retroactive" kavramı arasında bir ayrım yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Zira "geçmişi kapsayan" (retrospective) kanun aynı zamanda "geçmişe etkili" (retroactive) olduğundan böyle bir ayrımın haklı gerekçesi olamaz.
[378] Mokhtar, s. 48 ve dn. 35. Bundan başka Birleşik Devletlerde yalnızca ceza işlerinde değil, mevcut sözleşme yükümlülüklerini olumsuz yönde etkileyen ex post facto kanunların da geçersiz olduğu esası benimsenmektedir. Bkz. Allen, s. 450. Böylelikle Birleşik Devletlerde ex post facto kanun yasağı ceza hukukunun kapsamından taşarak özel hukuku da içerisine almıştır.
[379] Mantovani, s. 78.

Temel olarak kişi hak ve özgürlüklerini yasamanın keyfiliklerine karşı korumayı amaç edinen[380] kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesi, az önce belirtildiği üzere ceza kanunlarının sadece yürürlüğe girmelerinden sonra işlenen fiillere uygulanabildiği, tersine bir deyişle daha önce işlenen fiillere uygulanamayacağı anlamını taşır.[381] Daha somut bir deyişle bu alt ilkenin temel işlevi; yasama organının yetkisine bir sınır getirmesidir. Bu kurala göre yasama organı, kanunu, yayımından itibaren geleceğe yönelik olaylara uygulanmak üzere çıkarmak zorundadır. Bir başka deyişle bu kural, yasama organının, kanun çıkmadan önceki olaylara, çıkaracağı kanunun uygulanmasını öngörmeyi yasaklamaktadır.[382]

Kanunilik ilkesinin kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesi, yargı organının keyfiliklerini de önlemeyi amaç edinmiştir. Daha somut bir deyişle bu alt ilke, uygulanacak kanun bakımından yargı organının yetkisine de bir sınır getirmektedir. Bu bağlamda bir suça, ancak işlendiği zaman geçerli ve yürürlükte olan kanun uygulanabilmekte, tersine bir deyişle, bir suça, davanın açıldığı, yargılamasının durduğu veya yargılaması süren dönemde geçerli ve yürürlükte olan kanun uygulanmamaktadır. Bunun gibi, bir suçun cezasını artıran kanunlar bakımından da kanunun geçmişe uygulanmazlığı esası geçerli bulunmaktadır.[383]

Ceza kanunlarının yürürlük tarihinden sonra işlenen fiillere uygulanabilmesi, dilin mantığının doğal bir sonucu olduğu gibi tehdidin doğasının da sonucudur. Zira tehdit, gelecekteki bir kötülüğün olası gösterilmesi ve ceza da suç fiiline karşı bir kötülük olduğuna göre ceza hukukunda kanuna aykırılık ancak fiilin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre saptanabilmektedir.[384]

Cezanın işlevini açıklayan kuramlar bakımından da ceza kanunlarının geriye yürütülmesinin meşru temeli bulunmamaktadır. Daha açık bir deyişle, cezanın ödetme olduğu, failin ıslahı ve topluma kazandırılması, iradeci, sözleşmeci ve

[380] Bir başka deyişle, geçmişe uygulama yasağı kural olarak düzen ya da toplumun öncelikli menfaatlerini korumaktan ziyade siyasal iktidar karşısında bireyin temel hak ve özgürlüklerini korumaya yöneliktir. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 88.
[381] Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 63. Bir başka deyişle geçmişe uygulama yasağı, normatif açıdan cezalandırılabilir olmayan bir fiilin sonradan cezalandırılabilir olmasının önüne geçmektedir. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 129.
[382] Mokhtar, s. 48.
[383] Mokhtar, s. 48.
[384] Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 75.

faydacı kuramlar ile kusurluğun normatif anlayışını benimseyen görüşler ceza normunun geriye yürütülmesinin temeli olmadığı esasını benimsemişlerdir.[385]

Ceza normunun geriye yürümezliği alt ilkesinin kabulünün altında yatan erek; failin durumunu kötüleştirmeyerek kişi özgürlüğünü korumaktır.[386] Gerçekten de ünlü bir Fransız hukukçusu Portalis'in veciz bir şekilde ifade ettiği gibi eğer ceza normu geriye yürürse bu durum hiç kimseyi mutlu etmez, sadece üzer.[387] Çünkü ceza normunun geriye yürürlüğünün yasaklanmadığı bir durumda işlediği zaman hukuksal açıdan meşru olan bir davranış suç haline getirilmekte, bu durum ise kişi özgürlüğünün korunması ve eşitlik[388] ilkelerine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.[389]

Kanunun geçmişe uygulanması alt ilkesinin bir başka temel işlevi, hukuksal güvenin oluşmasına katkı sağlamasıdır.[390] Aslında bu alt ilke, sanık veya mahkûm lehine sonuçlar doğurmasından ziyade öncelikle hukuksal güvene hizmet eder. Çünkü "yazılı kanuna" (lex scripta) güvenen bir kimsenin güveninin korunması, yalnızca failin lehine sonuçlar doğuran bir uygulama değildir.[391]

Kanunilik ilkesinin "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesi, 26 Ağustos 1789 tarihinde yayımlanan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin[392] en önemli temellerinden birisini oluşturmaktadır. Bu alt ilke, kişi hak ve özgürlüklerini politik-garanti edici bir işleve sahip bulunmakta ve yurttaşın geleceğe güvenle bakmasını sağlamaktadır.[393] Gerçekten de yurttaşın işlediği zaman suç olmayan bir

---

[385] Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 75-76.

[386] Larguier, s. 22.

[387] Nak., Larguier, s. 22.

[388] Aslında lehe kanunun geçmişe uygulanması da eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Zira aynı fiilin faillerinin, yürürlükte lehe kanunun mevcudiyetine karşın farklı işlem görmeleri, eşitlik ilkesinin ihlalidir. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 93.

[389] Fazla bilgi için bkz. Mantovani, s. 81 vd. Yazar burada ayrıca, özgürlükten eşitliğin doğduğunu da gerekçesiyle açıklamaktadır.

[390] Kimileri geçmişe uygulanma yasağını, hukuki kesinlik ile açıklamaktadırlar. Ancak bu görüş doğru değildir. Zira Katoğlu'nun belirttiği üzere kesinlik, başlı başına bir değer değildir. Zira baskıcı bir rejimin ceza kanunlarının da kesin olarak uygulanması olanaklıdır. Yazar bu yüzden temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan bir yaklaşıma gereksinimin olduğunu, geçmişe uygulama yasağını temel hak ve özgürlükler bakımından güvence sağlayan hukuki güven ile kişi hak ve özgürlükleri gerekçelerine dayandıran anlayışın daha ziyade taraftar olduğunu, bu yasağın esasen liberal aydınlanmacı görüşlerin bir ürünü olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 322.

[391] Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 80.

[392] Bildirgenin 9. maddesinde; kanunun ancak ciddi suçlar için ve açık bir şekilde gerekli cezalar koyması gerektiği, bir kimsenin ancak suçun işlenmesinden önce kabul edilerek yürürlüğe giren ve usulüne uygun bir şekilde uygulanan bir kanun uyarınca cezalandırılacağı ifade edilmiştir.

[393] Kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesiyle fail, fiil tarihinden öngörülen muameleden daha ağır bir muameleye tabi tutulamaz. Ceza hukuku, cezalandırılabilir fiilin sınırlarının belirlenmesi

fiilden veya o fiil için öngörülmüş olan cezadan daha ağır bir cezayla cezalandırılması öngörülmüş olursa onun geleceğe güvenle bakması bir hayal olur.[394]

Geçmişe uygulanma yasağı olmazsa, devlet organlarının ne şekilde davranacağı önceden kestirilemeyeceğinden hukuk devleti ilkesi büyük yara alır. Zira hukuk uygarlığının gereğini, birey ve siyasal iktidar ilişkileri bakımından, davranışın sonuçlarının öngörülebilmesi, böylelikle kişi özgürlüğünün güvence altına alınması oluşturur. Hukuk devletinde yurttaş, fiilin sonuçlarını önceden bilebilecek durumda olmalı, bir başka deyişle, belirli bir davranışın gerçekleştirilmesinden önce kişi, söz konusu davranışın suç oluşturup oluşturmadığını bilmelidir. Ancak bu şekilde irade özgürlüğü ve ceza sorumluluğundan bahsedilmesi olanaklı hale gelir. Bu bağlamda geçmişe uygulama yasağının açıklık ve belirlilik gereksinimleri doğrultusunda "güvence sağlayıcı-siyasal" bir temel sahip olduğu ortadadır.[395]

Az önce belirtildiği üzere ceza hukukunun en üstün değerini kanunilik ilkesinin "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesi oluşturmaktadır.[396] Bunun gibi

---

hukukunu oluşturmakta, böylelikle kişisel özgürlüklerin sınırlanması ayrıksı, özgürlük ise kural olmaktadır. Çağcıl ceza hukuku özgürlüğün ceza hukuku ya da özgürlükçü ceza hukuku olduğundan geçmişe uygulanma yasağı "özgürlük lehine" (favor libertatis) bir durum oluşturur. Bu alt ilke, hukuki güvenin yanı sıra kanunların birbirini izlemesi rejimi ile kişi özgürlüğünün korunmasına da büyük hizmet eder. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 80.

[394] Mantovani, s. 78.

[395] Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 80-81.

[396] Kanunilik ilkesinin bir alt ilkesini oluşturmasına rağmen öğreti de haklı olarak çok önceden beri bu alt ilkeye özel bir önem vermiştir. Daha somut bir deyişle 1651 yılında Hobbes; bir olayın meydan gelmesinden sonra yapılan hiçbir yasanın, onu suç haline getiremeyeceğini dolayısıyla bağlayıcı olamayacağını, ancak, fiili yasaklayan yasanın olay meydana gelmeden önce yapılmış olduğu durumda failin konulan cezaya tabi olacağını vurgulamaktadır. Hobbes T. Leviathan (Çeviren, Semih Lim), 7. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2008, s. 208. Bishop ise işlendiği zaman suç olmayan bir fiili cezalandırmanın kendi başına adaletsizlik oluşturacağını ifade etmektedir. Bishop, geçmişe yönelik olarak çıkartılan kanunun, yürürlüğü ve sonul etkisinin tamamlanması arasındaki zaman dilimindeki hak, görev veya yetkiyi değiştireceğini, ancak hiç bir zaman hoş karşılanamayacağını belirtmektedir. Daha somut bir deyişle yazar, geçmişi kapsayan yasanın; kazanılmış hakkın sürmediği durumlarda anlamsız olacağını, sürdürdüğü durumlarda ise temel adalet ilkelerine aykırı olacağını vurgulamaktadır. (Bkz. Bishop, J.P. A Treatise on Criminal Law, 9th edition, The Bobbs-Merrill Company Publishers, Indianapolis 1892, s. 186, nak., Mokhtar, s. 47 dn. 32. Mokhtar, burada Blackstone'dan bahsetse de Blackstone'un görüşlerini daha sonra incelediği için kanımızca maddi bir hata yapmış, Bishop'un görüşlerini naklederken yanlışlıkla Blackstone'dan bahsetmiştir). Blackstone ise "Commentaires on the Law of England" (İngiltere Hukuku Üzerine Yorumlar) adlı kitabının 2. Bölümünün "Of The Nature of Laws in General" (Genel Olarak Hukukun Doğası) başlığı altında, en zalim Roma İmparatorunun Caligula olduğunu, bu kişinin, kanunlarını çok küçük harflerle yazdırdığını ve onları çok yüksek sütunlara astırdığını, amacının daha çok insanı tuzağa düşürmek olduğunu belirtmektedir. Blackstone, bundan daha zalim olan yöntemin ise "geçmişe yürürlü" (ex post facto) kanun yapmak olduğunu, fiilin işlenmesinden sonra onu suç haline getiren ve failin cezalandırılmasını öngören ex post facto nitelikte bir kanun yapmanın büyük bir haksızlık oluşturacağını ifade etmektedir. Yazar böyle bir durumda kişinin işlediği fiilin suç olduğunu kestiremeyeceğini, işlemiş olduğu eyleminden dolayı masum olduğunu, daha sonra çıkartılan bir kanunla söz konusu fiilinin suç haline dönüştürüldüğünü, suçtan kaçınması için bir özür

söz konusu alt ilke, kanunilik ilkesi bakımından da yaşamsal bir değer taşımaktadır.[397] Eğer bir ceza normu geriye yürür ise suç ve cezaların kanuniliği ilkesi bütünüyle olmasa bile büyük ölçüde çökmüş olur. Zira bir ceza normunun geçmişte işlenmiş fiilleri kapsamaması, yalnızca geleceği kapsaması gerekmektedir. Örneğin, bugün kuş avlamak suç olmadığından ben bir kuşu avlarsam ve önümüzdeki dönemde çıkartılacak bir kanunla kuş avlamak suç sayılırsa söz konusu kanun benim bugünkü kuş avlama fiilime uygulanmaz, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yapacağım kuş avlama fiiline uygulanır.[398]

Kanunilik ilkesinin "açıklık" alt ilkesi ile "geriye yürümezlik" alt ilkesi arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır.[399] Zira çeşitli defalar belirtildiği üzere kanunun açıklığı alt ilkesi, suç ve cezanın açık ve kesin olmasını gerektirdiğine göre geriye yürürlüğü öngörülen bir kanunun söz konusu gerekliliği karşılayamayacağı ortadadır.[400] Daha açık bir deyişle, açıklık alt ilkesi, yurttaşın hak ve özgürlüklerini

---

bulamayacağını, böyle bir özür göstermenin olanaksız olduğu durumlarda verilen cezanın ise zalimane ve adaletsiz olacağını belirtmektedir. Bu yüzden Blackstone "gelecekte" (in futuro) uygulanacak bütün hukuk kurallarının uygulanmaya başlamadan önce yayımlanmasının şart olduğunu, zaten ceza normunun "açıklığı veya belirliliği" (prescribed) ilkesinin de bunu ima ettiğini ifade etmektedir. Yazar bir hukuk normunun olağan bir şekilde bildirildiği veya belirlendiği durumlarda, norma tabi olanlar tarafından bilinir kabul edileceğini, işte böyle durumlarda, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının işleyeceğini, normun açıkça düzenlenmediği veya bildirilmediği durumlarda onun herhangi bir etkisinin olmayacağını, dolayısıyla bu durumun daima cezadan kaçınmak için haklı bir mazeret oluşturacağını belirtmektedir. Blackstone, S. W. Commentaries on the Law of England in Four Books, vol. 1 (1753), s. 49-50. Bkz. The Online Library of Liberty, (http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v5.pdf, Erişim Tarihi, 1.10.2010).

[397] Gerçekten de suç ve cezada kanunilik ilkesinin güvence altına alınabilmesi için ceza normlarının ancak yürürlüğe girdikleri tarihten sonra işlenecek olan fiillere uygulanabilmesi esasının benimsenmesi zorunludur. Failin lehine olan kanunun geçmişe uygulanması da kanunilik ilkesine aykırı bulunmamakta, üstelik söz konusu ilkeyi somutlaştırmaktadır. Zira kanunilik ilkesinin amacı, bireylerin menfaatini gözetmek olduğundan, failin lehine sonuçlar doğuracak bir kanunun geçmişe uygulanması kanunilik ilkesinin amacına uygun düşer. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 77, 91.

[398] Cadoppi ve Veneziani, s. 74.

[399] Daha açık bir deyişle, geçmişe uygulama yasağının mantıksal gerekçesi her şeyden önce kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesidir. Kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesi, kanunilik ilkesinin temel taşlarından olup fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olmayan bir kanunla fiilin sonradan suç sayılmasını engeller. Latince olarak "nullum crimen nulla poena sine proevia lege poenali" veya "nullum crimen sine proevia lege poenali scripta et stricta" şeklinde de ifade olunan ilke ile suç oluşturan fiillerin saptanması yasa koyucunun tekeline bırakılarak kıyas yoluyla muhakeme yapılmasının önüne geçilmiş, geçmişe uygulama yasağı ile de bir fiilin ancak işlenmesinden önce yasaklanabileceği esası benimsenmiştir. Kısacası, kanun, fiilden önce bulunmalıdır. İşte suç ve cezada kanunilik ilkesinin bir başka temel alt ilkesi bu mantıksal gerçekçe ile tamamlanmaktadır. Bu bağlamda bir ceza kanunu yalnızca geleceğe etki eder çünkü mevcut olmayan bir yükümlülüğün ihlali dolayısıyla kimse cezalandırılamaz. Başka deyişle, bir ceza kanunu ancak uygulanacağı olaydan önce mevcut ise meşru olup kanunen yasaklanmamış bir fiilin ceza hukuku düzenini ihlal etmesi olanaklı değildir. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 77-78.

[400] Krş., Delmas ve Teitgen, s. 68.

garanti altına alma ve yürütmenin keyfiliğini önlemek, geriye yürümezlik alt ilkesi ise yurttaşın hukuki güvenliğini ve onun işlerinde açıklık sağlanması bakımından önemli bir kalkan oluşturur. Örneğin bir kumarhane kurmak isteyen bir kişi buna kanun tarafından izin verilip verilmediğini bilmek ister. Kişi kumarhane kurulmasına izin verilip verilmediğini bilemezse kendisinin hukuki güvenliği ortadan kalkar. Bunun gibi aleyhe olan ceza normunun geriye yürürlülüğü esası benimsenirse de yurttaşın hukuki güvenliği kaybolur. Bu durum kanunilik ilkesinin "açıklık" alt ilkesi ile "geriye yürümezlik" alt ilkesi arasında yakın bir ilişki olduğunu somut olarak ortaya koymaktadır.[401]

cc. Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Geçerliliği

Cezai normlar da diğer hukuk normları gibi doğup ölmekte, hukuksal ve teknik bir deyişle, yürürlüğe girmekte ve yürürlükten kalkmaktadır. Bu bağlamda, cezai normların yürürlükten kalkması da diğer hukuk normlarının bağlı olduğu kurallara tabi olup bu açıdan bir özellik göstermemektedir.[402]

Bir normun açık veya örtülü bir şekilde "yürürlükten kalkması" (ilgası) sonucu yerine başka bir normun geçmesi durumunda kanunların birbirini izlemesi söz konusu olur. Aynı durum, daha önce yasaklanmayan bir fiilin yasaklanması halinde de söz konusudur. Zira yasaklanmayan her davranış hukuksal açıdan meşrudur.[403]

Yukarıda belirtildiği üzere ceza kanunlarının birbirini izlemesini düzenlemede geçmişe uygulanmazlık ilkesini tamamlayan temel ilke "yürürlük ötesi uygulanmazlık" ilkesidir. Bundan başka kanunların geçmişe uygulanmazlığı ilkesinin uygulanması bakımından bazı temel esaslar bulunmaktadır. Bunlar, aleyhe kanunun geçmişe yürümezliği, lehe kanunun geriye ve geçmişe yürürlülüğü, süreli veya olağanüstü kanunlar bakımından lehe yürürlük esasının uygulanmaması, bir başka deyişle, bu kanunlarda suç olarak öngörülen fiillere işlendiği zaman yürürlükte olan kanunun uygulanmasıdır.[404]

---

[401] Bkz. Cadoppi ve Veneziani, s. 76. Nitekim İspanya Anayasa Mahkemesi de 1981 yılında itibaren vermiş olduğu kararlarda kanunilik ilkesinin ceza normunun geriye yürümezliği alt ilkesini diğer bir alt ilke olan "açıklık" alt ilkesiyle birlikte değerlendirerek aleyhe geriye yürüyen kanunun açıklık ilkesine de aykırı olduğu sonucuna varmış ve bu nitelikteki kanunları iptal etmiştir. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 258-259 ve dn. 233.
[402] Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 63.
[403] Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 63.
[404] Nuvolene, s. 53-54.

Ceza normlarının birbirini izleyişini düzenlemede esas alınan temel ilkelerden birisini çeşitli defalar belirtildiği üzere "aleyhe geçmişe uygulanmazlık" prensibi oluşturmaktadır.[405] Çeşitli defalar belirtildiği üzere aleyhe kanunların geçmişe uygulanmazlığı ilkesi yeni suçlar bakımından uygulandığı gibi suçun cezasının ağırlaştırıldığı durumlarda da uygulanır.[406] Bunun gibi mahkemenin daha önceki yorumunun aksine bazı fiilleri suç kapsamına sokması durumunda gizli bir geriye yürürlük yapmış olur[407] ve bunun da kabul edilmesi olanaksızdır.

Aleyhe geriye yürümezlik yasağının mutlak olup olmadığına gelince, burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki suç ve cezanın daha da ağırlaştırıldığı, bir başka deyişle, failin aleyhine olduğu durumlarda geriye yürümezlik yasağı mutlaktır. Bu bağlamda geriye yürümezliğin hiçbir ayrıksı durumu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, suç ve cezanın ağırlaştırılması bakımından olmasa da yeni suç ve cezalar bakımından geriye yürümezlik yasağının mutlak olduğu savunulamaz. Gerçi Anayasanın 15. maddesinin 2. fıkrasında; savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde bile suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceği ifade edilerek açıkça, Anayasanın 38. maddesinin 1. fıkrasında ise örtülü bir şekilde aleyhe ceza normlarının geriye yürümezliği yasağının mutlak olduğu belirtilmiş olsa da uluslararası metinlerin bir kısmında kanunilik ilkesinin "aleyhe kanunun geçmişe uygulanmazlığı" esasının mutlak bir şekilde uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Daha açık bir deyişle söz konusu metinlerde insanlığa karşı işlenen suçlarda kanunun geçmişe uygulanırlığının esas olduğu ifade edilmiştir. Gerçekten de AİHS'in 7. maddesinin 2. fıkrasında; "uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir davranıştan suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına" kanunun geçmişe uygulanmazlığı ilkesinin engel olamayacağı açıkça belirtilmiştir.[408]

Kısacası AİHS'in 7. maddesinin 2. fıkrası, barışta ve savaşta insanlığa karşı işlenen suçlarda kanunilik ilkesinin geriye yürümezlik alt ilkesinin uygulanmayacağını belirtmiştir. Görüldüğü üzere bu fıkrada suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesi de özgün bir şekilde

[405] Krş. Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 63.
[406] Cadoppi ve Veneziani, s. 74.
[407] Cadoppi ve Veneziani, s. 81.
[408] Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mantovani, s. 79-80.

düzenlemiştir. Zira bu fıkrada suç ve ceza normunun aleyhe bir şekilde geriye yürütülemeyeceği mutlak yasağına[409] ayrıksı bir durum öngörülmektedir. Gerçekten de Cadoppi'nin isabetli bir şekilde belirttiği üzere, suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından "mala in se" (bizatihi kendisi kötü olan) suçlar ile "mala prohibita" (bizatihi kendisi kötü olmadığı halde kanun tarafından yaratılan suçlar) arasında bir ayrım yapılamaz. Daha somut bir deyişle yazar, gerek ahlaka aykırı olan suçlar, gerekse ahlakın ilgi alanı dışında olduğu savlanan suçların yargıç tarafından cezalandırılabilmesi için suç olduğunun önceden hukuk tarafından açıkça ortaya konulmasının gerekli olduğunu, AİHS'in 7. maddesinin 2. fıkrasında "kanunilik" ilkesinin tek ayrıksı durumunun, insanlığa aykırı olan suçlar[410] olarak öngörüldüğünü belirtmektedir. Cadoppi daha açık bir ifadeyle, AİHS'in 7. maddesinin 2. fıkrasındaki söz konusu hükmün; insanlığa karşı işlenen suçlarda "kanunun geriye yürümezliği yasağı" (prohibition of ex post facto laws) kuralına ayrıksı bir durum öngördüğünü ifade etmektedir. Bununla birlikte yazar, söz konusu ayrıksı durumun, "örnekseme" (kıyas) yoluyla diğer zarar verici davranışlar, hatta başka tür aşağılık fiiller için genişletilemeyeceğini belirtmektedir.[411]

Bunun gibi Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 15. maddesinin 2. fıkrasında ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 49. maddesinde uluslararası genel hukuk ilkelerine aykırı fiillerin suç oluşturduğu belirtilerek bu tip suçlarda aleyhe geriye yürüme yasağının olmadığı belirtilmiştir. Ancak 1998 yılında Roma'da imzalanan Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi benimsenmiş olmasına karşın, insanlığa karşı işlenen suçlarda aleyhe geriye yürüme yasağının bulunup bulunmadığı konusunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir.[412] Bununla birlikte, Statünün 22. maddesinde düzenlenen kanunsuz suç olmaz ilkesinin yalnızca Statü açısından geçerli olduğu, Statü'nün söz konusu hükmünün Statü dışındaki uluslararası hukuka göre bir eylemin suç

[409] Aslında bu yasak AİHS'in 7. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde açık bir şekilde öngörülmüştür. Gerçekten de bu cümlede; hiç kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği belirtilerek söz konusu mutlak yasağa işaret edilmiştir.

[410] Bu zamana kadar (1.1.2014 tarihi itibarıyla) AİHM'in önüne insanlığa karşı işlenen suçlarla ilgili bir dava gelmemiştir. Bu yüzden doğal olarak mahkemenin konuyla ilgili bir içtihadı bulunmamaktadır. AİHM, insanlığa karşı işlenen suçlar dışında kalan suçlar bakımından cezaların hiç bir şekilde aleyhe olarak geriye yürütülemeyeceği anlayışını benimsemiş bulunmaktadır. Konuyla ilgili AİHM kararlarından iki örnek için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 272-274.

[411] Cadoppi, s. 78 ve dn. 32.

[412] Bkz. Cadoppi ve Veneziani, s. 82.

sayılmasını engellemeyeceği, dolayısıyla insanlığa karşı işlenen suçlarda aleyhe geriye yürümezliği yasağının bulunmadığı sonucuna varmak olanaklıdır.[413]

Az önce belirtildiği üzere kanunun geçmişe uygulanmazlığı ilkesinin uygulanmasında bir başka temel ilke, failin lehine olan ceza normunun geriye yürümesidir. Failin lehine olan ceza normunun geriye yürümesine "rétroactivité in mitius" (lehe olan kanunun geriye yürümesi) denilir.[414] Görüldüğü üzere, kanunilik ilkesinin "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesi doğası gereği "mutlak" (assoluti) değil "göreceli" (relativi) bir nitelik taşımaktadır. Daha açık bir deyişle, "failin lehine olan kanun bakımından geriye yürürlük esası" (retroattività della legge favorevole) geçerli olmasına[415] karşın, "aleyhe kanunlar bakımından geriye yürümezlik esası" (irretroattività della legge sfavorevole) geçerli[416] bulunmaktadır.[417]

---

[413] Güller N. ve Zafer H. Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı, Gustav-Stresemann Institut e.V.-European Academy Bonn (GSI), Bonn-Germany 2006, s. 61.

[414] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 261-262.

[415] Kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesi, isminin çağrıştırdığının aksine "lehe olan kanunun" (lex mitior) geriye yürümesine engel oluşturmamaktadır. Krş. Cadoppi ve Veneziani, s. 76.

[416] Bu geçerlilikte mutlak değildir. Ülke uygulamalarında aleyhe kanunun geriye yürümezliği kuralına ayrıksılık oluşturan çeşitli durumlar bulunabilmektedir. Bunlardan ilki yasama yorumudur. 1961 Anayasasından sonra Türk pozitif hukukunda uygulama alanı kalmamış olan yasama yorumuyla, yasama organının yorum faaliyetinde bulunarak kanunları geçmişe yürütebilmesi olanaklıydı. Krş. Rassat, s. 118. Üstelik bu geriye yürütme, sanığın lehine veya aleyhine olabilmekteydi. Yasama yorumu kurumuyla sanığın aleyhine olarak kanunların geriye yürütülebilmesi son derece tehlikeli olduğundan söz konusu yorumun 1961 Anayasasıyla kaldırılması oldukça isabetli olmuştur. Kanunun geçmişe yürümezliği ilkesi açısından öngörülen bir başka ayrıksı durumu "düzeltme" yöntemi oluşturmaktadır. Gerçekten de kimi durumlarda Resmi Gazetede yayımlanan ceza normu bakımından Resmi Gazetenin daha sonraki nüshasında "düzeltme metni" yayımlanarak o normun orijinal metninde bir takım düzeltmeler öngörülebilmekte ve lehe veya aleyhe olduğuna bakılmaksızın düzeltilmiş metin esas alınabilmektedir. Bu tutum hatalıdır. Böyle bir durumda hangi metnin uygulanacağı konusunda kanımızca şu şekilde hareket edilmelidir. Bir ceza normu bakımından Resmi Gazetede düzeltme metninin yayımlanması durumunda, Resmi Gazetenin orijinal ve düzeltilmiş metnini karşılaştırılarak bir sonuca varılmalıdır. Düzeltilmiş metnin failin lehine olduğu durumda lehe kanunun geriye yürüyeceği ilkesinden hareketle bu metni, aleyhine olduğu durumda ise aleyhe kanunun geriye yürümeyeceği ilkesinden hareketle Resmi Gazetenin ilk metni esas alınmalıdır. Krş. Rassat, s. 118. Kanunun geçmişe yürümezliği ilkesi bakımından öngörülen son ayrıksı durumu, para cezaları bakımından cezanın misilleme aracı olarak öngörülmesi durumu oluşturur. Gerçekten de "cezanın yalnızca misilleme" olarak öngörüldüğü durumlarda cezayı artıran bir kanunun geriye yürürlüğüne izin verilebilmektedir. Daha açık bir deyişle, cezanın verilmesinin amacının yalnızca cezalandırmak olmayıp suç fiilinin topluma verdiği zararı tazmin etmek olduğu durumlarda suç bir haksız fiil olarak değerlendirilmekte ve ceza mahkemesinin gerçek anlamda "halka yönelik haksız fiil" oluşturan suçtan doğan bütün zararın tazmin edilmesi yönünde karar verebileceği anlayışı benimsenmektedir. Bir başka deyişle, böyle durumlarda ceza, ceza muhakemesinin uygulanması yoluyla akit benzeri bir yaptırım olarak öngörülmekte ve fiilin topluma verdiği kötülüğü onarıcı bir rol oynadığı düşünülmektedir. Örneğin, İsviçre Ceza Kanununun 48. maddesinde, failin kâr güdüsüyle hareket ettiği durumlarda mahkemenin para cezasının üst sınırıyla bağlı olmadığı belirtilmiştir. Kanunun geçmişe uygulanmazlığı ilkesinin ayrıksı durumunu oluşturan bu hal yalnızca para cezasının öngörüldüğü ve failin topluma zarar verdiği veya failin kendisine haksız bir çıkar sağladığının kanıtlanması durumunda uygulanabilmektedir. Bkz. Williams, G.L. s. 581 dn. 8. Ancak aleyhe geriye yürüme yasağına haklı bir ayrıksı durum oluşturmayan bu uygulamayı doğru bulmuyoruz.

Failin lehine olan ceza normunun geriye yürütülmesinin bütünüyle faydalı olduğu savlanamaz. Bu geriye yürütmeden iki sakınca doğmaktadır. Bunlardan ilki, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin "açıklık" alt ilkesinin lehe olan her ceza normunun geriye yürümesine hoş bakmamasıdır. Zira eğer failin her lehine olan ceza normu geriye yürürse söz konusu alt ilke zarar görmüş olur. Açıklık alt ilkesi, yalnızca kişinin özgürlüğünü veya malvarlığını korumayı amaç edinen ceza normunun geriye yürümesini hoş karşılamaktadır.[418] İkinci olarak, lehe olan bir ceza normunun geriye yürütülmesinin "kanun önünde eşitlik" prensibine aykırı yönleri bulunmaktadır. Bununla birlikte, lehe olan kanunun geriye yürütülmesinin kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı yönünün bulunmasından, söz konusu geriye yürümeden vazgeçilmesi gerektiği çıkarımında bulunulamaz. Zira lehe olan kanunların geriye yürümemesi, devletin bilinçli olmayan, bir başka deyişle, kör bir ceza politikasının bulunduğu anlamını taşıyacaktır.[419]

Az önce belirtildiği üzere Anayasanın 15. maddesinin 2. ve 38. maddesinin 1. fıkrası gereği aleyhe ceza normlarının geriye yürümezliği ilkesinin anayasal bir norm niteliği taşıdığı savında bulunabilmek olanaklıdır.[420] Buna karşın, Türk Anayasasında lehe olan bir ceza normunun geriye yürüyeceği esası benimsenmemiştir. Bu yüzden lehe olan bir ceza normunun geriye yürümemesi Anayasaya aykırı değildir. Ancak, Türk Anayasasında lehe olan bir ceza normunun geriye yürüyeceği esasının benimsenmemesinin, Cadoppi ve Veneziani'nin belirttiği gibi yurttaşlar açısından fazla bir önemi bulunmamaktadır. Zira yurttaşlar açısından önemli olan husus, fiilin işlendiği zaman suç olmayan şeylerin gelecekte geriye yürür tarzda suç sayılamaması veya ağırlaştırılmış cezanın geçmişe etki edememesidir. Kısacası yurttaşlar açısından önem taşıyan husus, aleyhe ceza normlarının geçmişe uygulanmamasıdır.[421]

---

[417] Mantovani, s. 81.
[418] Cadoppi ve Veneziani, s. 75.
[419] Cadoppi ve Veneziani, s. 76-77.
[420] Yukarıda belirtildiği üzere Anayasanın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikle, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı belirtildiğine göre Türk hukukunun bir parçasını oluşturan gerek AİHS gerekse Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi gereği insanlığa karşı işlenen suçlarda aleyhe olan ceza normları geriye yürüyecek, bu konuda Türk Anayasa hükümleri gerekçe gösterilerek geriye yürüme yasağının mutlak olduğu iddia edilemeyecektir.
[421] Cadoppi ve Veneziani, s. 75. Ancak Türk hukukunun bir parçasını oluşturan Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi gereği yukarıda belirtildiği üzere lehe olan kanun geriye yürüyeceğinden, lehe olan kanunun geriye yürümesi esasının, Anayasanın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikten sonra anayasa-üstü bir norm olduğunu ileri sürmek olanaklıdır.

Az önce belirtildiği üzere süreli[422] veya olağanüstü kanunlar[423] bakımından lehe yürürlük esası uygulanmaz. Daha açık bir deyişle, "süreli kanunlar" (le leggi temporanee) ile savaş, deprem, sel, heyelan gibi "olağandışı durumlarda çıkartılan kanunlar" (le leggi penali eccezionali) [424] lehe yürürlük esasının iki ayrıksı durumunu oluşturmaktadır Bu bağlamda süreli veya olağanüstü durumlarda çıkartılan kanunlarda suç olarak öngörülen fiiller, daha sonra çıkartılan kanunlarla suç olmaktan çıkartılsa veya cezası azaltılsa bile "fiilin işlendiği zaman yürürlükte olan kanunun uygulanması" (tempus regit actum) esası geçerlidir.[425] Bu çerçevede, geçici süreli veya deprem gibi olağanüstü bir durumda çıkartılan bir kanunla o sürede veya olağanüstü dönem süresince işlenecek bir fiile idari ceza öngörülmüşse daha sonra çıkartılacak bir kanunla fail lehine değişiklik öngörülse bile o değişiklik fail açısından geçerli olmaz.[426]

---

[422] Yürürlük süreleri, ilgili kanun metninde yer alan, bir başka deyişle, yürürlükte kalacakları süre önceden ve doğrudan kanun metninde öngörülen kanunlara "süreli kanun" denilir. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 40, 199.

[423] Salgın, felaket gibi olağanüstü durumları göğüsleme kanunları olan geçici kanunlar, geçici durumlar için çıkartılmakta, ancak yürürlükten kalkacakları tarih aynı kanun metninde açıkça öngörülmediği için süreli kanunlar olarak adlandırılamamaktadır. Bu kanunlar olağanüstü durumun varlığına bağlı olarak yürürlüğe sahiptirler. Bir başka deyişle, geçici ya da istisnai kanun olarak da adlandırılan olağanüstü kanunlarda yürürlük, toplumsal, ekonomik, siyasal nitelikte kimi olgu ve olayların mevcudiyetine veya devamına bağlanarak sürekli kanunlar rejiminden ayrılınmıştır. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 40-41, 199.

[424] Konuyla ilgili olarak TCK'da yapılan düzenleme oldukça dardır. Gerçekten de 5237 sayılı TCK'nın 7. maddesinin 4. fıkrasında; geçici veya süreli kanunların, yürürlükte bulundukları süre içerisinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edileceği ifade edilmiştir. Ancak TCK'nın söz konusu fıkrasında olağanüstü durumlarda çıkartılan kanunlarda failin lehine geriye yürürlüğün olmayacağının belirtilmemesi geriye yürümezlik esasını değiştirmez. Zira eşyanın doğası gereği olağanüstü durumlarda çıkartılan kanunlar bakımından o sürede işlenen suçlar, daha sonra çıkartılan lehe kanunlardan etkilenmez.

[425] Mantovani, s. 88-89.

[426] Bunlardan başka, İtalya'da vergi para cezaları bakımından da failin lehine geriye yürürlük esası kabul edilmemektedir. Bkz. Mantovani, s. 89 vd. Bu durum Türkiye açısından da geçerlidir. Daha açık bir deyişle, Türkiye'de çıkartılan mali af kanunlarında tahsil edilen vergi cezaları bakımından geriye yürürlük kabul edilmemektedir. Örneğin, kamuoyunda Torba Yasa olarak bilinen 13.2.2011 tarih ve 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 21. maddesinde, bu kanunun kapsamına giren ve kanunun yayımlanmasından önce tahsil edilmiş bulunan alacaklar ile ödenmiş faizlerin kural olarak ret ve iadesinin yapılmayacağı ifade edilmiştir. Vergi cezaları bakımından failin lehine değişikliklerin geriye yürütülmesi esasına ayrıksı durum öngörülmesinde genellikle ileri sürülen gerekçe, tahsil edilen vergi cezalarının geriye ödenmesinin kabul edildiği durumlarda bu durumun içinden çıkılmaz uygulama zorluklarına yol açması ve devletin gelir kaybına uğraması olgusudur. Ancak, bu tip gerekçenin hukuki olmaktan ziyade pratik olduğunu kabul etmek gerekir, yasa koyucunun, tahsil edilmiş vergi cezalarında bile geriye yürürlük esasını kabul etmesine hukuki bir engel yoktur. Hatta yasa koyucu geçici süreli veya olağanüstü dönemlerde çıkartılan kanunlarda öngördüğü suçlar bakımından daha sonra çıkartacağı kanunlarla failin lehine geçmişe yürürlük esasını kabul etmesine bile engel bulunmamaktadır.

dd. Türk Hukukunda Düzenleme

Az önce ceza normlarının zaman bakımından uygulanması hakkındaki Türk Anayasa normlarından bahsedilmişti. Burada söz konusu uygulama bakımından 5237 sayılı TCK ile 5326 sayılı Kabahatler Kanununun hükümlerinden bahsedilecektir. Ceza normlarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin TCK'da yer alan hükümler idari suç ve cezalar bakımından oldukça önemlidir. Zira idari suç ve cezalar bakımından genel bir kanun niteliğini taşıyan 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 5. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde; TCK'nın zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından da uygulanacağı ifade edilmiştir.[427]

Ceza normlarının birbirini izlemesi konusunda TCK'nın 7. maddesi, üç ayrı "varsayım" (hipotez) öngörmüştür. Bunlardan ilki, yeni suçların yaratılması varsayımıdır. Bu varsayımda, yeni kanunun, daha önce var olmayan bir suç yaratması veya var olan bir normun kapsamını daha önce bu norma girmeyen fiilleri de kapsayacak şekilde genişletmesi söz konusudur. Böyle bir durumda "aleyhte kanunun geçmişe uygulanmazlığı" esası geçerlidir.[428] Nitekim TCK'nın 7. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde; "(i)şlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz." denilerek bu husus açık bir şekilde vurgulanmıştır.

İkinci varsayım, ceza normunun yürürlükten kaldırılması durumudur. Bu varsayımda, yeni kanunun daha önce var olan bir suçu ortadan kaldırması veya mevcut normun kapsamını daha önce bu norma giren fiillerden bir kısmını dışarıda bırakması sonucunu doğuracak şekilde sınırlandırması söz konusudur. Burada ise "lehe kanunun geçmişe uygulanabilirliği" ilkesi geçerlidir.[429] Gerçekten de 5237 sayılı TCK'nın 7. maddesinin 1. fıkrasının 2. ve 3. cümlelerinde; "(i)şlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılamaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar." denilerek bu husus somut bir şekilde belirtilmiştir.

---

[427] 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 5. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde ise kabahatler bakımından az sonra anlatılacak olan ayrıksı bir duruma yer verilmiştir.
[428] Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 64.
[429] Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 64.

TCK'nın 7. maddesinin 4. Fıkrasında, lehe kanunun geçmişe uygulanabilirliği konusunda bir ayrıksı durum öngörmektedir. Daha somut bir deyişle fıkrada; geçici veya süreli kanunların, yürürlükte bulundukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edileceği ifade edilerek[430] bu kanunlar bakımından lehe yürüme esasının geçerli olmadığı esası örtük bir şekilde belirtilmiştir.

Ara bir durumu oluşturan üçüncü varsayım ise değişiklik yapan kanunların birbirini izlemesine ilişkindir. Böyle bir durumda yeni kanun suç yaratmamakta, mevcut suçu da ortadan kaldırmamakta, yalnızca suç için öngörülen cezayı değiştirmektedir. Bu durumda iki farklı ilke geçerlilik kazanacaktır. Daha açık bir deyişle, aleyhe değişiklikte geçmişe uygulanmazlık ilkesi, buna karşın lehe olan değişiklikte geçmişe uygulanabilirlik esası geçerli olacaktır. Kısacası, birinci durumda yürürlükten kaldırılmış kanun, ikinci durumda ise yeni kanun uygulanacaktır. Daha önce hükmün verilmesi, kesinleşmesi, hatta onun infazına başlanılması yeni kanunun uygulanmasına engel olmayacaktır.[431] Nitekim TCK'nın 7. maddesinin 2. fıkrasında; suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanun hükümlerinin farklı olduğu durumlarda failin lehine olan kanunun uygulanacağı ve infaz edileceği belirtilerek az önce bahsedilen farklı ilkelerin uygulanacağı örtük bir şekilde belirtilmiştir.[432] Bu kuralın ayrıksı durumu ise 7. maddenin 3. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç, infaz rejimine ilişkin hükümler leh veya aleyhte olmasına bakılmaksızın derhal uygulanacaktır.

Burada temel soru, bir kanunun lehe olduğunun nasıl saptanacağıdır. Bu konuda önceki ve sonraki kanunların lehe olan hükümlerini bir araya getirerek her iki kanunun yalnızca lehe olan hükümlerini uygulamak yoluna gidilemez. Çünkü TCK'nın 7. maddesinin 2. fıkrası, ilga edilen veya yeni kanundan ayrı üçüncü bir

[430] Aslında TCK'nın 7. maddesinin 4. fıkrası hatalı bir şekilde düzenlenmiştir. Gerçekten de yukarıda belirtildiği üzere fıkrada olağanüstü dönemler için çıkarılan ve bu dönemlerde geçerli olacak kanunlardan bahsedilmemiştir. Öte yandan fıkrada "geçici veya süreli" şeklinde bir ibarenin kullanılması da hatalıdır. Zira çoğu durumlarda geçici kavramıyla süreli kavramı özdeştir. Bu çerçevede fıkranın "Olağanüstü durumlarda uygulanacak kanunların bu dönemde, geçici süreli kanunların ise yürürlükte bulundukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir." şeklinde değiştirilmesi uygun olacaktır.

[431] Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 65-66.

[432] Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 66.

kanunun yaratılmasına olanak vermemektedir. Bu yüzden, iki kanundan bütünü itibarıyla failin daha lehine olan kanunu her yönüyle uygulamak gerekir.[433]

Bununla birlikte, lehe olan kanun, her iki kanunun kendi aralarında karşılaştırılması suretiyle "soyut" (astratto) bir şekilde yapılamaz. Çünkü böyle bir değerlendirme ile lehe olan kanunu saptayabilmek oldukça zordur. Gerçekten de karşılaştırılan kanunların her ikisi de lehe ve aleyhe hükümler içerebilmektedir. Öte yandan, soyut olarak daha lehte gözüken bir kanun somut olayla ilgili olarak aleyhte gözükebilmektedir. Bu yüzden lehe olan kanunun araştırılması "somut" (concreto) bir şekilde, daha açık bir deyişle, mülga ve yeni kanunun somut olaya uygulanmasından doğan tüm sonuçların karşılaştırılması suretiyle yapılacaktır.[434]

Bu karşılaştırma sırasında salt cezanın türü ve süresine bakılmayacak, bunun yanında, güvenlik tedbirleri, suça etki eden ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler, "erteleme" (sospensione) ve benzeri kurumların kabul edilmesi veya koşullarının kolaylaştırılıp kolaylaştırılmaması, soruşturma veya kovuşturmanın re'sen veya şikâyete bağlanıp bağlanmadığının da dikkate alınması gerekir.[435]

Bu açıklamalardan sonra idari cezalar bakımından hangi kanunun lehe olduğunun nasıl saptanacağı üzerinde durmak faydalı olacaktır. Bir idari cezanın ağırlığını belirlerken failin öznel değerlendirmelerinin dikkate alınıp alınmayacağı sorusuna yanıt verilmesinin büyük önem taşıdığını belirtmek gerekir. Örneğin iflasın eşiğine gelmiş bir bayii, yüksek miktarda bir idari para cezası ödemektense lisans iptali cezası almayı tercih edebilir.

Ancak hangi kanunun idari suç failinin lehine olduğunun saptanmasında failin özel durumuna veya kişisel tercihine göre değil nesnel ölçütlere göre değerlendirme yapılır. Bu bağlamda bir meslek veya faaliyetin sürekli olarak men edilmesi ile belge, lisans veya ruhsat iptali cezalarının miktarı ne olursa olsun idari para cezalarından daha ağır olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü nesnel olarak bakıldığı zaman bir meslek veya sanatın yürütülmesinden sürekli olarak men edilme veya bir iş ve faaliyetin yürütülebilmesine izin veren lisans, belge veya ruhsatın iptali

[433] Mantovani, s. 88.
[434] Mantovani, s. 88. Nitekim 4.11.2004 tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9. maddesinin 3. fıkrasında; lehe olan hükmün, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirleneceği ifade edilmiştir.
[435] Mantovani, s. 88.

durumunda genellikle geriye dönüşü imkânsız veya oldukça güç sorunlar doğmaktadır. Buna karşın idari para cezalarında orantılılık ilkesine uyulması koşuluyla yekûnu yüksek dahi olsa o iş ve faaliyetin devamı hakkında bu şekilde telafisi imkânsız veya çok güç sorunların doğma riski düşük kalmaktadır. Öte yandan orantılılık ilkesine uyulmadan çok yüksek olarak saptanan idari para cezasının zaten hukuka aykırı olduğunu belirtmek gerekir.[436]

Buna karşın bir meslek veya faaliyetin yürütülmesinden geçici geçici olarak men cezası ile idari para cezasından hangisinin lehte olduğunun sorusunun yanıtını vermek kolay değildir. Ulusoy burada haklı olarak, iş ve faaliyetten geçici men cezasının idari para cezasına göre daha ağır olduğunu kabul etmek ilke olarak daha uygun olsa da bir-iki günlük bir geçici kapatma cezası ile yüksek meblağlı bir idari para cezası karşılaştırmasında somut olay bazında bir değerlendirme yapılarak para cezasının daha ağır olduğu sonucuna varılabileceğini ifade etmektedir.[437]

İdari cezalarda lehe olan kanunun nasıl saptanacağını gördükten sonra, TCK'nın zaman bakımından uygulamaya ilişkin 7. maddesi hükmünün, idari suç ve cezalar bakımından bütünüyle mi yoksa kısmen mi uygulanacağı sorusunun yanıtının verilmesi faydalı olacaktır. 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 5. maddesinin 1. fıkrasında, TCK'nın zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından da uygulanacağı, ancak kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralının geçerli olduğu ifade edilmiştir. İşte burada ifade edilen "derhal uygulama" ibaresinin kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesinin idari suç ve cezalar bakımından bir farklılık doğurup doğurmadığı tartışma yaratmıştır.

Örneğin Yurtcan, bu fıkranın infaza ilişkin bir norm olduğunu, yasa koyucunun infaz yönünden ilkeyi koyarken derhal uygulama şeklinde bir temel sonuç öngördüğünü, derhal uygulama kuralının anlamının, bir hukuk normunun yürürlüğe girdiğinde uygulanabilecek olan tüm olaylara uygulanması olduğunu, normun lehte ya da aleyhte olmasına bakılmayacağını belirtmektedir. Yazar kabahatler bağlamında; bir kabahatten ötürü yaptırım uygulanmaya karar verilip de infazın gerçekleşmediği durumda yeni normun yürürlüğe girmesi halinde bu normun kendisinin yürürlüğünden önce işlenmiş olan kabahat fiiline uygulanacağını, daha

[436] Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 82-83.
[437] Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 83-84.

açık bir deyişle, yeni normun kabahatin yaptırımını hafiflettiği durumda "hafif" yaptırımın, aksine, kabahatin yaptırımını ağırlaştırdığı durumda ise "ağır" nitelikli yeni normun uygulanacağını, kabahatlerde lehte kanun uygulamasının bulunmadığını ifade etmektedir.[438]

Kanımızca Yurtcan'ın bu görüşü hatalıdır.[439] Yazarın infaz aşamasında bulunan idari cezaların, daha sonra çıkartılan bir kanunla lehe veya aleyhe değiştirilsin bu değişiklikten idari cezanın etkilenmeyeceğini belirten görüşünü doğru olarak kabul edememekteyiz. Gerçekten de aleyhe olan ceza normlarının geriye yürümezliği esası öylesine kökleşmiş bir hukuk ilkesidir ki tarihin hiçbir döneminde hiçbir ülke ceza normlarının aleyhe geriye yürürlüğünü açık bir şekilde kabul edememiştir. Yine Yurtcan'ın bu görüşü, yurttaşların hukuksal güvenliğine aykırı düşer. Bu bağlamda hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının en erken yayımlanmasıyla birlikte geçerli olmasını gerektirir. Daha açık bir deyişle, hukuk normları, kural olarak yürürlüğe girdikten sonra uygulanabilir. Geçmişe etkili olamama ilkesinin temelinde yatan neden, hukuk güvenliği ilkesidir. Zira kişiler, bir fiili işlerken fiilin işlendiği zamanda geçerli olan hukuk kuralına tabi olmalıdırlar. Aksi durumda, kişilerin hukuksal güvenliği sarsılır. Bu bağlamda, geriye yürümeme ilkesi, hukuk devletinin temel unsurlarından birisini oluşturduğu gibi hukukun genel ilkelerinden de birisini oluşturur.[440]

Yurtcan'ın infaz aşamasında bulunan idari cezaların, daha sonra çıkartılan bir kanunla lehe değiştirilmesi durumunda bu değişiklikten idari cezanın etkilenmeyeceğini belirten görüşü de doğru değildir. Çünkü failin lehine olan ceza normlarının geçmişe etkili olması da az önce belirtildiği üzere kanunun geçmişe uygulanmazlığı ilkesini tamamlayıcı ve ona ayrıksı bir durumu oluşturmaktadır. Bu esas, Avrupa Birliği (AB) üyesi bütün devletlerde tanındığı gibi uluslararası alanda da tanınmış bulunmaktadır. Yine, söz konusu esas, Avrupa Topluluğu hukukunun

---

[438] Yurtcan, s. 7.

[439] Yurtcan'ın görüşü öze yönelik olarak doğru olmadığı gibi yazarın kullandığı terminoloji de isabetsizdir. İleride belirtileceği üzere idari suç ve ceza ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve ceza arasında yalnızca organik ve şekli ölçüte göre ayrım yapılabilmekte, öze yönelik veya niceliksel bir ayrım yapılamamaktadır. İkisi arasında organik ve şekli ölçüte göre ayrım yapılabileceğine göre her birisinin kendisine özgü terminolojinin kullanılması gerekir. Bu bağlamda idari cezanın yerine getirilmesini "infaz" olarak değil "icra" olarak adlandırmak gerekir.

[440] Metin, Y. Avrupa Birliği'nde Hukuk Devletinin Unsurları in Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal, Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yayınları, Ankara, 2008, s. 594.

genel ilkelerinden birisini oluşturmaktadır. Nitekim Avrupa Adalet Divanı da istikrar bulmuş içtihatlarıyla üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden doğan "fail lehine olan ceza normlarının geçmişe etkili olma" ilkesini Birlik hukukunun genel bir ilkesi olarak kabul etmiş ve bu ilkenin ulusal yargı organlarınca dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir.[441]

Acaba, idari icra aşamasında bulunan idari cezalar daha sonra çıkartılan bir kanun tarafından lehe veya aleyhe değiştirilsin bu değişiklikten idari cezanın etkilenmeyeceğini belirten Kabahatler Kanununun söz konusu hükmünün kastettiği anlam ne olabilir. Kanımızca kanunun burada kastettiği anlam; idari icra aşamasında bulunan idari cezanın daha sonra çıkartılan bir usul normuyla *icra veya tahsil usulünün değiştirilmesi hâlinde* bu değişikliğin etki doğurmayacağıdır.[442] Gerçekten de usul hukuku normlarının birbirini izlemesinde esas alınan temel ilke, "derhal uygulanırlık" ilkesidir.[443] Bu bağlamda, her idari usul işlemi, işlemin yapıldığı tarihte geçerli olan usul hukuku kurallarına göre yapılır.[444] Kısacası usul kuralları derhal uygulanırlık ilkesine tabidirler.[445] Usul kanunlarının derhal uygulanmalarının asıl nedenini, kanunların yürürlükte bulundukları süre içerisinde, düzenledikleri alanlarda uygulanacakları ilkesi oluşturur.[446]

Ancak idari cezalara ilişkin bazı hususlar eş anlı olarak hem usul hukukunu hem de maddi hukuku ilgilendirebilir. Daha açık bir deyişle, normal olarak usul hukukuna ilişkin gibi görünen bir husus, verilen cezanın ortadan kalkması, hafiflemesi veya icrasının ertelenmesi veya engellenmesi sonucunu doğuruyorsa eş anlı olarak maddi hukuka ilişkin bir değişiklikle karşı karşıya kalındığı sonucunu

---

[441] Metin, s. 595.

[442] Zira cezanın tür ve miktarı bakımından aleyhe etki doğuran, bir başka deyişle, failin hukuki durumunu kötüleştiren maddi nitelikteki infaza ilişkin normlar hiçbir şekilde derhal uygulanamaz. Nitekim 1994 yılında yürürlüğe giren Fransız Ceza Kanununda farklı ve uygar bir hükme yer verilerek, infaz kanunlarının derhal uygulanacağı belirtilmiş, ancak 112. maddesinin 2. fıkrasında, sonraki infaz kanununun, hükmolunmuş cezanın ağırlaşmasına yol açması durumunda ancak yürürlük tarihinden sonra verilecek mahkûmiyet kararları bakımından dikkate alınabileceği esası benimsenmiştir. Krş. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 218, 225.

[443] Bununla birlikte Federal Temyiz Mahkemesinin az önce belirtilen 1798 yılında Calder-Bull'a karşı davasında vermiş olduğu kararda isabetli olarak vurgulandığı üzere ispat kurallarını değiştirerek faili cezalandırabilmek için suçun işlendiği zamana göre daha az veya farklı bir kanıtlama kuralı öngören bir usul kanunu "geçmişe uygulanan kanun" (ex post facto law) olarak benimsenmekte ve "geçersiz" (void) olarak kabul edilmektedir.

[444] Krş., Toroslu N ve Feyzioğlu M. Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2006, s. 15.

[445] Cadoppi ve Veneziani, s. 77.

[446] Krş., Toroslu N ve Feyzioğlu M., s. 16.

doğurur.[447] Böyle bir durumda ise lehe olan mevzuat uygulanır. Nitekim DİDDGK'nın 12.12.2012 tarih ve E. 2012/679, Onüçüncü Dairenin 19.6.2012 tarih ve E. 2009/7043, K. 2012/1808 ile 5.10.2011 tarih ve E. 2009/5267, K. 2011/4214 sayılı kararlarında; idari ceza için öngörülen zamanaşımı süresinin[448] idari cezaya karşı açılan dava sırasında yapılan bir kanun değişikliği ile kısalmışsa, lehe olan kanunun uygulanması gerektiği ve verilmiş olan söz konusu idari ceza için cezanın verildiği sıradaki kanunun değil, yeni kanunun uygulanması gerektiğini, somut olarak, petrol piyasasındaki idari para cezaları bakımından işlem tarihinde yürürlükte olan 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunundaki beş yıllık zamanaşımı süresi yerine 5326 sayılı Kabahatler Kanununda öngörülen dört yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.[449]

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere Kabahatler Kanununun idari ceza normlarının zaman bakımından öngördüğü bu ayrıksı durumun hiçbir anlamı bulunmamakta, bu ayrıksı durum olmasaydı bile idari icra aşamasında idari cezanın, ister lehe isterse aleyhe olsun daha sonra çıkartılan bir usul normuna tabi olması gerekirdi. Bu bağlamda, icra aşamasında bulunan idari ceza, daha sonra çıkartılan maddi hukuk normuyla değiştirilmesi durumunda değişiklik failin aleyhine ise fail bu değişiklikten etkilenmeyecek,[450] buna karşın lehinde olması halinde bu değişiklikten failin etkilenmesi söz konusu olabilecektir. Bu çerçevede Kabahatler Kanununun söz konusu hükmünden anlaşılması gereken husus, "icra" (tahsil) aşamasında bulunan

[447] Örneğin zamanaşımının kısalması verilen bir idari cezanın kalkması sonucunu doğurabildiğinden zamanaşımını usul hukuku kurumu yanında maddi hukuk kurumu olarak kabul etmek de olanaklıdır.

[448] Zamanaşımının usul ve/veya maddi hukuk kurumu olduğu konusundaki tartışmalar için bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 154-159.

[449] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 77 ve dn. 123. Bu sonucun doğruluğuna kanımızca Anayasal hükümlere bakılarak da ulaşılması mümkündür. Zira Anayasanın 38. maddesinin 1. fıkrasında suçta kanunilik ve geçmişe uygulama yasağına yer verildikten sonra 2. fıkrasında dava ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları hakkında bu esasların uygulanacağı belirtilmiştir. Anayasanın 38. maddesinde adli-idari ceza arasında bir ayrım yapılmadığına göre suç ve cezada kanunilik ilkesinin aleyhe geriye yürümezliği alt ilkesini tamamlayıcı nitelikte olan lehe olan normun geriye yürümesi esasının idari cezalarda zamanaşımı hükmü bakımından dikkate alınması yerinde bir tutum olur.

[450] Nitekim Fransız AK, 30 Ekim 1982 tarih ve 1982-155 sayılı kararında; idari vergi cezaları bakımından da daha ağır olan cezaların "geçmişe yürürlü olmadığı ilkesi" nin (le principe de non-rétroactivité) geçerli olduğu sonucuna varılmıştır. Gerçi bu karar her ne kadar salt idari vergi cezaları bakımından alınsa da kararın gerekçesinde failin aleyhinde olan tüm idari cezaların geçmişe yürürlü olamayacağı sonucuna varılmıştır. Daha açık bir deyişle, kararın gerekçesinde; failin aleyhine olan cezaların aleyhe geriye yürüme yasağının yalnızca ceza hukukunun kapsamına giren cezalar bakımından geçerli olmadığı, bunun yanında, "cezalandırıcı" niteliği bulunan diğer her türlü cezalar bakımından da geçerli olduğu, bu bağlamda, yasa koyucunun, yargı organı dışında bir başka makama cezalandırma yetkisi verdiği durumlarda da söz konusu yasağın geçerli olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. Les Pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, s. 57.

idari cezalar hakkında bir usul kuralı getirilirse kuralın leh veya aleyhe olup olmadığına bakılmaksızın derhal uygulanması gerektiği esasıdır.

Danıştay da temel olarak bu görüşü paylaşmaktadır. Nitekim DİDDGK'nın 5.12.2012 tarih ve E. 2009/803 sayılı kararında idari para cezaları tahsil edilinceye kadar mevzuattaki lehe olan bütün değişikliklerin kişilere uygulanması gerektiği görüşünü savunmuştur.[451]

DİDDGK'nın ve Danıştay Onüçüncü Dairesinin kararlarında[452] idari para cezası kesinleşmeden ve tahsil edilmeden önce yeni kanun değişikliğiyle hafifletildiği, bir başka deyişle, idari para cezasının düşürüldüğü durumlarda son çıkan kanun değişikliği nedeniyle önceden verilmiş dolayısıyla yeni kanuna aykırı hale gelmiş olan cezanın iptaline gerek duymamakta; ancak kararın gerekçesinde, cezanın tahsili aşamasında idarenin yeni mevzuatla düşürülmüş şekliyle tahsilat yapmakla yükümlü olduğunu belirtmektedir.[453]

Danıştay'ın az önce bahsedilen kararlarında kullanılan yöntem "yorumlu ret" tekniğidir. Daha açık bir deyişle Danıştay bu tekniği kullanarak bir yandan idarenin daha önce vermiş olduğu cezayı hukuka uygun bulmakta, ancak gerekçesinde idareyi cezanın önceki kanun şekliyle değil, yeni kanunla hafifletilmiş şeklini tahsil etmeye zorlamaktadır.[454]

---

[451] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 240 ve dn. 307.

[452] Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 72 dn. 120'de belirtilen kararlar. Bu kararlar dışında Danıştay Onüçüncü Dairesinin 23.10.2009 tarih ve E.2007/9328, K. 2009/9333 sayılı kararında da aynı görüş savunulmuştur. Bu kararda, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 19. maddesi uyarınca, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun vermiş olduğu idari para cezalarının takip ve tahsilinde, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bu bağlamda Onüçüncü Daire, uyuşmazlık konusu olayda, davacının 5015 sayılı Kanuna aykırı faaliyette bulunduğu tarihteki ceza miktarının 714.460 TL, 2008 yılındaki ceza miktarının 906.553 TL olmasına karşın, 8.2.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme sonucunda cezanın 600 TL, 2009 yılı için ise 672 TL olarak belirlendiğini, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun işlemi tesis ettiği 15.3.2007 tarihinde verdiği para cezası mevzuata uygun olmasına karşın, tahsili aşamasında yeniden belirlenen miktarlar üzerinden tahsilat yapması gerektiğini, nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 19.2.2009 tarih ve E.2008/3398, K. 2009/60 sayılı kararının da aynı yönde olduğunu ifade ederek (bkz. DD, Yıl: 40, sayı: 123, 2010, s. 425-429) idari para cezası işleminin verildiği veya tahsil tarihindeki ceza miktarında olan lehe düzenlemelerin göz önüne alınması gerektiği görüşünü savunmuştur.

[453] Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 72.

[454] Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 72-73. DİDDGK'nın 5.12.2002 tarih ve E. 2009/2880 sayılı kararında da "yorumlu ret tekniği kullanılmıştır. Daha somut bir deyişle bu kararda; lehe kanun dikkate alınmadan idari ceza verilmiş olması, işlemin iptalini veya temyiz aşamasında bozma nedenini oluşturmayacağı, cezanın tahsil aşamasında lehe olan yeni mevzuatın dikkate alınacağı ve tahsilatın buna göre yapılacağı şeklinde bir ek gerekçe yazmanın yeterli olacağı görüşü savunulmuştur. Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 240 ve dn. 308. Danıştay'ın "yorumlu ret" tekniğine başvurmasının pratik nedenleri konusunda bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 73 dn. 121.

ee. Suçun İşlendiği Zaman

Kanunilik ilkesinin "kanunların geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesi bakımdan incelenmesi gerekli son noktayı suçun işlendiği zaman oluşturmaktadır. Daha somut bir deyişle, kanunların birbirini izlemesine ilişkin kuralların uygulanabilmesi için her şeyden önce fiilin hangi kanun zamanında işlendiğini, bir başka deyişle, suçun ne zaman işlenmiş sayılacağını saptamak gerekir.[455] Ceza hukukuna giren suçlar bakımından bu sorun yasal bir düzenlemeye kavuşturulamadığından öğretide söz konusu suçların işlenmiş sayılacağı zaman bakımından *davranış ölçütü, sonuç veya daha doğru olarak kanuni tipin tamamlanması ölçütü* ve *karma ölçüt* şeklinde üç ölçüt ortaya atılmıştır.[456]

Ancak idari suç ve cezalar bakımından sorun yasal düzenlemeye kavuşturularak söz konusu suçlarda "davranış ölçütü"[457]nün geçerli olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. Gerçekten de 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 5. maddesinin 2. fıkrasında; kabahatin, failin icrai veya ihmali davranışı gerçekleştirdiği zaman işlenmiş sayılacağı, "sonucun" (neticenin) oluştuğu zamanın dikkate alınmayacağı belirtilerek davranış ölçütü somut bir şekilde benimsenmiştir. Daha açık bir deyişle, kanun koyucu, bu düzenlemeyle kabahatler açısından hareketi esas almış, hareketin gerçekleştiği durumda, somut olarak failin hareketi gerçekleştirdiği zamanda yürürlükte bulunan norma göre cezalandırılmasını öngörmüştür.[458] Yine bu hareketin icrai veya ihmali olmasının herhangi bir önemi bulunmamakta, bunlar arasında cezalandırma zamanı bakımından aralarında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bu bağlamda, söz konusu hareketlerin "sonucunun" (neticenin) meydan geldiği an, normun zaman bakımından uygulanmasında önem taşımamaktadır.[459]

---

[455] Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 67.

[456] Bu ölçütler hakkında bilgi için bkz. Mantovani, s. 92-93, Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 68.

[457] Bu ölçüte göre suç, icrai veya ihmali hareketin yapıldığı anda işlenmiş sayılır. Mantovani, s. 93.

[458] Kanunun bu düzenleme tarzı isabetlidir. Zira geçmişe uygulama yasağının sağladığı güvencenin davranışın gerçekleştirildiği anda hüküm ifade etmesi daha doğrudur. Gerçekten de geçmişe uygulama yasağının gerekçeleri arasında sayılan ceza normlarının muhatabı tarafından bilinebilir olması zorunluluğu ile devlet-kişi ilişkilerinde kişi bakımından güvence oluşturan hukuki güvenlik gereği davranışın esas alınması zorunludur. Bu bakımdan neticeli suçlarda bile davranış ölçütü dikkate alınmalı, davranış ile netice arasında yeni bir kanun yürürlüğe girerse ancak lehe olması halinde uygulanmalıdır. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 48.

[459] Yurtcan, s. 8.

2. Maddi Kanunilik İlkesi

Biçimsel kanunilik ilkesi hukukçuların ezici çoğunluğu tarafından benimsenmiş olsa da ona karşı herhangi bir itirazın bulunmadığı düşünülmemelidir. Gerçekten de biçimsel kanunilik ilkesine karşı bir takım eleştiriler yöneltilmekte ve bu eleştiriyi yöneltenlerin bir kısmı maddi kanunilik ilkesini benimsemektedirler.[460] Bu bağlamda maddi kanunilik ilkesi; kanunda açıkça suç olarak öngörülmemiş olsalar bile, anti-sosyal fiillerin suç sayılmaları ve bu tür fiillere amaca uygun cezaların uygulanması gerektiği anlamını taşır.[461] Söz konusu ilkeye aykırılık, pozitif ya da kanun ötesi olsa bile hukuken korunan varlık ya da menfaatlerin fiil ile çatışmasını, kısacası, hukuken korunan bir varlık ya da menfaatin ihlalini ifade eder.[462] Bu anlayış temelinde maddi anlamda kanuna aykırılık, davranışın sosyal tehlikeliliği ile örtüşmekte, sosyal bakımdan tehlikeli olan davranış öze ilişkin olarak ya da maddi anlamda kanuna aykırı sayılmaktadır.[463]

Maddi kanunilik ilkesi, geçmişte Hitler Almanya'sı[464] ile dağılan Sovyetler Birliğinin[465] başını çektiği sosyalist ülkelerde[466] kabul edilmiştir. Daha doğru bir

---

[460] Williams, G.L. s. 600.
[461] Toroslu, Nasıl Bir Ceza Kanunu, s. 66-67.
[462] Krş. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 156-157.
[463] Krş. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 156.
[464] 1870 tarihli Alman Ceza Kanununun 2. maddesi; Nazi Almanya'sı döneminde, daha somut bir deyişle 28 Temmuz 1935 tarihinde yapılan değişiklikle şu şeklini almıştır: "Her kim kanunun cezalandırdığı veya Ceza Kanununun esas prensipleri uyarınca ve halkın saf ve selim fikrine göre cezalandırılmaya layık görülen bir fiil işlerse cezalandırılır. Şayet, bahse konu fiil hakkında uygulanabilecek cezai bir metin yoksa fail esas fikri kendisine en yakın metne göre cezalandırılır." Görüldüğü üzere bu maddeyle "halkın saf ve selim fikri", "esas fikri bu fiile en yakın olan metin" gibi belirsiz kavramlara dayalı olarak yargıca âdeta sınırsız bir kıyas yetkisi tanınarak kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi bütünüyle ortadan kaldırılmıştır. Bundan başka, Alman Adliye Bakanı Gürtner, 1935 yılında Berlin Kongresindeki söylevinde, kanun koyucuyu başkomutana benzetmiş, nasıl ki başkomutan emirler vererek kuvvetlerini düşmana karşı sevk ederse kanun koyucunun da suçlarla savaşımda kanunlar koyacağını, ancak, başkomutanın öyle durumlarla karşılaşacağını, bu durumlarda emrindeki komutanlara hareket serbestîsi tanımak zorunda kalacağını, bu olgunun kanun koyucu bakımından da geçerli olduğunu, onun da öyle durumlarla karşılaşmış olacağını ki bu durumlarda yargıca duruma göre hareket et demek zorunda kalacağını ifade etmiştir. Nazilerin biçimsel kanunilik ilkesini tahrip etmeleri ve nedenleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Tosun, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s. 51, 56.
[465] Aslında, dağılan Sovyetler Birliğinde kanunilik ilkesi incelenirken konuyu üç tarihsel döneme ayırmak gerekir. Bunlardan ilki, İhtilalin yapıldığı 1917 ila 1922 yılları arasında geçen "kanunsuzluk devri"dir. Bu devirde rejim düşmanları hiçbir kanuna dayalı olmaksızın ortadan kaldırılmış ve kanunların yerini cebir ve şiddet almıştır. 1922 ila 1958 yılları arasındaki dönem ise kıyas yasağının olmadığı, daha açık bir deyişle, aleyhe kıyasın "l'analogia in malam partem" serbest olduğu dönemdir. Üçüncü dönem ise 1958 yılından başlayan (ve Sovyetler'in 1991 yılının sonuna kadar dağılmasına yol açan) "suç ve cezada kanunilik" dönemidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tosun, Suçların Kanuniliği Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku, İÜHFM, Cilt: XXX, Sayı: 1-2, 1964, s. 21-28.

deyişle, bu ilke, sosyalist hukuk düzenlerinde yer almış olmakla birlikte, esas itibariyle nasyonal sosyalist ceza hukukunda en belirgin biçimde vücut bulmuştur.[467] Gerçekten de geçmişte sosyalist ülkeler her ne kadar rejimlerinin başlangıcında aleyhe kıyasa yer vererek kanunilik ilkesini benimsemeseler de[468] rejimleri oturduktan sonra kanunilik ilkesine tekrar dönmüşlerdir. Bunun tek istisnası Çin Halk Cumhuriyeti'dir. Zira 1979 tarihli Çin Ceza Kanununun 10. maddesinde aleyhe kıyas yoluyla muhakeme yapılması serbestisine yer verilerek biçimsel kanunilik ilkesi inkâr edilmiştir.[469]

Bu açıklamalardan maddi kanunilik ilkesinin yalnızca otoriter veya totaliter rejimler tarafından benimsendiği sonucu çıkarılmamalıdır. Bu ilkeyi demokratik liberal rejimi benimseyen ülkeler de benimsemiş bulunmaktadır. Ancak şunu hemen belirtmek gerekir maddi kanunilik ilkesini açıkça benimseyen[470] tek demokratik "liberal" (özgürlükçü) ülke Danimarka'dır. Gerçekten de bu ülke gerek 1866 gerekse 1930 tarihli ceza kanunlarında geleneksel olarak kıyas yoluyla muhakeme usulünü kabul ederek biçimsel kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı

---

[466] Aslında, Marksistler, bir burjuva ilkesi olduğu gerekçesiyle biçimsel kanunilik ilkesini pek sevmemektedirler. Marksistler ayrıca, doğal hukuku pozitif hukuktan daha fazla sevmektedirler. Bu bağlamda, biçimsel kanunilik ilkesi taraftarlarının pozitivist, Marksistlerin ise maddi kanunilik ilkesi taraftarları olduğu söylenebilir. Bkz. Mantovani, s. 40, Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 53 dn. 209. Ancak şu hususu belirtmek gerekir ki doğal hukuk yalnızca adaleti gözetmekle kalmamakta, kişi ya da yurttaşların siyasal iktidarın keyfi uygulamalarından korunması da bu hukukun gereğini oluşturmaktadır. Fazla bilgi için bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 85 vd. Bu yüzden biçimsel kanunilik ilkesinin doğal hukuka aykırı bir yönü yoktur.

[467] Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 47. Ancak sosyalist maddi kanunilik ilkesi ile nasyonal sosyalist maddi hukuka aykırılık anlayışı arasında farklılıklar bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, nasyonal sosyalist anlayış "halkın sağlıklı duygusu" veya "halkın sağduyusu" ismi altında maddi kanuni aykırılığı, "Führer"in iradesine aykırılık olarak kabul etme eğiliminde bulunmasına karşın, sosyalist ceza hukuku anlayışında maddi anlamda suç, sosyalist toplumun gelişimi doğrultusunda işçi sınıfının menfaatleri bakımından tehlikeli sayılan fiillerdir. Bu bağlamda sosyalist ceza hukukunda suç, temel olarak sadakat görevinin ihlali değil, toplumun varlık ya da menfaatinin ihlali biçiminde ortaya çıkar. Bu yüzden eski Doğu Blokunu oluşturan sosyalist ülkeler ceza kanunlarında, korunan varlık ve menfaatleri ayrıntılı bir şekilde düzenleme yoluna gitmişlerdir. İkinci olarak sosyalist anlayış, nasyonal sosyalist anlayıştan farklı olarak failin değil fiilin tehlikeliliğini esas alır. Bu bağlamda kimi sosyalist ceza kanunlarında bir fiilin ne zaman tehlikeli sayılacağına dair hipotezler sıralanmış olup tehlikelilik değerlendirmesi bakımından failin kişiliği yalnızca ölçütlerden birisini oluşturur. Fazla bilgi için bkz. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 52-53.

[468] Tek başına aleyhe kıyasa, daha doğru bir deyişle aleyhe kıyas yoluyla muhakemeye yer verilmesi, bir ülkenin biçimsel kanunilik ilkesini benimsemediğinin somut bir kanıtıdır. Çünkü aleyhe kıyas yoluyla muhakeme, kanunilik ilkesinin getirmeyi amaçladığı kişi özgürlüğünün garanti işlevini bütünüyle ortadan kaldırmaktadır.

[469] Fazla bilgi için bkz. Mantovani, s. 19 vd.

[470] Liberal demokratik ülkelerden Norveç ve İsveç'in ceza kanunlarında kıyas yasağı konusunda bir açıklık bulunmamasına rağmen bu ülkeler de uygulamada leh ve aleyhe kıyas yoluyla muhakeme esasını benimsemek suretiyle örtülü bir şekilde maddi kanunilik ilkesini benimsemişlerdir. Bkz. Tosun, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s. 50.

davranmıştır. Bu bağlamda, 1933 yılında yürürlüğe giren 1930 tarihli Danimarka Ceza Kanununun 1. maddesinde; Danimarka kanunlarınca cezalandırılacağı gösterilen bir fiil veya böyle bir fiile bütünüyle benzetilebilen bir hareketin bu kanuna tabi olduğu belirtilmiş, 2. maddesinde ise kıyasın özel ceza kanunları bakımından da geçerli olduğu belirtilmiştir.[471] Görüldüğü üzere, Danimarka Ceza Kanununun 1. ve 2. maddelerinde kıyas yoluyla muhakemeye yer verilerek kanunilik ilkesine aykırı davranılmıştır. Bununla birlikte Danimarka'da suç ve cezalarda kıyas yoluna başvurulurken son derece titiz davranılmaktadır.[472] Ancak, ne kadar titiz uygulanırsa uygulansın aleyhe kıyas yoluyla muhakeme esasını benimseyen bir ülkenin biçimsel kanunilik ilkesini benimsediği savlanamayacağına göre[473] kanımızca, Danimarka'nın biçimsel kanunilik ilkesini benimsediği söylenemez.

Bu açıklamalardan sonra maddi kanunilik ilkesinin de birtakım alt ilkelerden oluştuğunu belirtmek gerekir. Bu alt ilkeleri; "ince buz" (thin ice), sosyal savunma ve amaçsal yaklaşım ilkeleri olarak saptamak olanaklıdır. Bu alt ilkeleri sırasıyla incelemek uygun olacaktır.

a. İnce Buz

Biçimsel kanunilik ilkesinin "kanunların geriye yürümezliği" alt ilkesine karşılık gelen bu alt ilke, ince bir buzda kayan kimsenin nerede tam olarak düşeceği konusunda bir işaret koymanın oldukça zor olduğu varsayımından hareket ederek, davranışlarının yasa dışı sınırda olduğunu bilen kimselerin fiillerinin suç olabileceği riskini de göz almaları gerektiği esasını benimser.[474] Bu bağlamda ceza hukukunda yapılan yorum faaliyetini de failin geçmişte işlediği fiil nedeniyle sosyal tehlikeliliğinin ortaya çıkarılması faaliyeti olarak gören bu alt ilke, kanunların geçmişe uygulanmasının yerinde olduğunu savlar.[475] Daha açık bir deyişle bu alt ilke, kanunun geriye yürürlüğü esasının bulunduğu durumlarda sosyal savunma ile öze ilişkin adaletin daha iyi bir şekilde geçekleştirileceğini ve yasama boşluğunun doğmayacağı esasını kabul eder.[476]

---

[471] Bkz. Tosun, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s. 50.
[472] Örnekler için bkz. Tosun, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s. 50-51.
[473] Zira aleyhe kıyasın olduğu yerde biçimsel kanunilik ilkesi, biçimsel kanunilik ilkesinin olduğu yerde aleyhe kıyas olmaz. İstatistiki bir deyişle bu iki kavram "birbirini dışlayan" (mutually exclusive) kavramlardır. Kısacası, birinin olduğu yerde diğeri, diğerinin olduğu yerde öbürü bulunmaz.
[474] Ashworth, s. 74-75.
[475] Krş. Mantovani, s. 18.
[476] Mantovani, s. 80.

İnce buz ilkesi, "rüzgâra doğru yelken açmak" şeklindeki bir deyimle de ifade edilmekte ve bu ilkeyi haklı çıkarmak için bir takım moral/sosyal ve politik öğeler ileri sürülmektedir. Daha açık bir deyişle bu görüş sahipleri; moral/sosyal öğenin gereği olarak, ceza hukukunun geniş bir kesimce "ahlak dışı" (immoral) olarak kabul edilen davranışları cezalandırmak zorunda olduğu, politik öğenin ise anti-sosyal ve ahlak dışı davranışlarda bulunmaktan zevk alan kişilerin yasadışılığın sınırında gezinen davranışlarının da suç kapsamına alınabileceği riskini üzerlerinde taşımak yükümlülüğünde oldukları esasını benimser.[477]

b. Sosyal Savunma

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere biçimsel kanunilik ilkesinin alt ilkelerinden birisini "açıklık" alt ilkesi oluşturmaktaydı. Üstelik bu alt ilke "en üst" (azami) düzeyde açıklık esasını benimsemekteydi. İşte maddi kanunilik ilkesinin sosyal savunma alt ilkesi, biçimsel kanunilik ilkesinin açıklık alt ilkesinin tersini oluşturmaktadır. Sosyal savunma ilkesi; ceza normunda kullanılan bazı belirsiz kavramların sosyal olarak faydalı olduğunu, zira bu sayede kanunun hantal yapısından doğan aksaklıklara karşı erken harekete geçemeyen yasama organının tutumunu beklemeden polis ve mahkemenin yeni tür değişik kötü davranışlarla etkin bir şekilde uğraşabilmelerinin olanaklı olduğu esasını benimsemektedir.[478]

Bu bağlamda söz konusu ilke, suçun sosyal bakımdan tehlikeli bir davranış olduğunu, suçun soyut bir şekilde tipleştirilemeyeceğini, onun ancak mahkeme kararıyla saptanabileceğini, nitekim tarihi gerçekliğin de bu savı doğruladığını, suçun tipik değil anti-sosyal bir eylem olduğu düşüncesini ileri sürmektedir.[479] Bu ilkeyi benimseyenler; suç mahkeme kararıyla saptanacağına göre mahkemenin yapacağı yorumun biçimsel kanunilik ilkesinde olduğu gibi hukukun açıklanması olmayıp onun yaratılması anlamını taşıyacağını belirtirler,[480] ayrıca kıyas yoluyla muhakeme yasağına yer olmadığı da savunurlar.[481]

Maddi kanunilik ilkesinin sosyal savunma alt ilkesi, ceza kanunlarının geçmişe uygulanmasının da doğru olduğunu kabul eder. Bu alt ilke, böylelikle etkin bir sosyal savunma olanağının doğacağını, biçimsel adaletin gerçek adalete

[477] Ashworth, s. 75.
[478] Ashworth, s. 78.
[479] Mantovani, s. 18.
[480] Mantovani, s. 29.
[481] Mantovani, s. 74.

yaklaşacağını, yasama boşluklarından ve kanun koyucunun bazı fiilleri suç saymasında geç kaldığından daha az şikâyet edileceği anlayışını benimser.[482]

Maddi kanunilik ilkesinin sosyal savunma alt ilkesi, kimi durumlarda "ceza kanununu bilmemek mazeret sayılmaz" kuralını desteklemek için de öne sürülmektedir. Daha açık bir deyişle, yukarıda anlatılan biçimsel kanunilik ilkesinin "en üst düzeyde açıklık" ile "ceza normunun halka önceden makul uyarı yapması gerektiği" esaslarından sapmayı ifade eden bu alt ilke, ceza kanununu bilmemenin mazeret sayılması durumunda herkesin bu mazereti ileri sürebileceğini ve böylece çok geniş çaplı beraat olaylarıyla karşılaşılacağını ileri sürmektedir. [483]

c. Amaçsal Yaklaşım

Yukarıda biçimsel kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi hakkında açıklamalarda bulunulurken söz konusu alt ilkeyle yakından ilişkili yorum kavramı üzerinde durulmuş ve yorumun ceza hukukuna özgü bazı temel esaslara (örneğin, failin lehine yorum gibi) bağlı olarak yapılması gereği dışında diğer yorum yöntemlerinin ceza hukukunda da geçerli olduğu belirtilmişti. Bu yöntemlerden birisi de "teleolojik" (amaçsal) yorumdur. Bu yorum yöntemi, her kanunun menfaat uyuşmazlıklarını düzenlerken belirli bir amaçla hareket ettiğini, bu amacın kanunun gayesini, bir diğer deyişle, ratio legisini oluşturduğunu, yorumda bulunurken yargıcın kanunun söz konusu gayesini nesnel bir biçimde araştırarak ona uygun düşecek bir surette kanunu anlamlandırılması gerektiği esasını benimser.[484] Maddi kanunilik ilkesinin amaçsal yaklaşım alt ilkesi; kanunun yorumlanmasında amaçsal yaklaşım esasını benimsemiş olsa da bu yaklaşım az önce belirtilen biçimsel kanunilik ilkesindeki amaçsal yaklaşım esasından farklı bir nitelik gösterir. Daha somut bir deyişle, maddi kanunilik ilkesinin amaçsal yaklaşım anlayışı, ceza kanunlarını yorumlarken biçimsel kanunilik ilkesinin yorum yaklaşımından farklı olarak yasama organının belirli bir ceza normundaki amacını dikkate almak yerine ceza hukukunun bütünsel olarak amacının dikkate alınması gerektiği esasını benimser.[485]

[482] Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 83.
[483] Ashworth, s. 79.
[484] Bkz. Akipek, s. 119.
[485] Krş. Ashworth, s. 82.

Maddi kanunilik ilkesinin amaçsal alt ilkesi; ceza normunun yorumunun amacının geçmişteki anti-sosyal olay veya olguyu ortaya çıkarmak olduğunu, ceza hukukunun tipik eylemlerle değil tehlikeli eylemlerle uğraştığını, bu bakımdan yalnızca kanunun değil, kanun dışındaki hukuk kaynaklarının da suçun değerlendirilmesi bakımından ölçüt görevini göreceğini,[486] sonuç olarak suçun bütünsel bir amaç çerçevesinde değerlendirilmesinin daha doğru olacağı esasını kabul eder.[487]

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere maddi kanunilik ilkesi, biçimsel kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği, kanunun açıklığı ve kanunun geçmişe uygulanmazlığı[488] alt ilkelerini kabul etmemekte, kendisine özgü bir takım alt ilkeler öngörmektedir.

III. KANUNİLİK İLKESİNİN HER İKİ ANLAYIŞININ YARAR ve SAKINCALARI

Bu kısımda ayrı başlıklar altında biçimsel kanunilik ilkesi ile maddi kanunilik ilkesinin yarar ve sakıncaları üzerinde durulacak ve hangi anlayışın benimsenmesi gerektiği konusuna temas edilecektir.

1. Biçimsel Kanunilik İlkesinin Yarar ve Sakıncaları

Biçimsel kanunilik ilkesinin her şeyden önce ceza normunun muhatabı olan kişiler açısından önemli faydaları bulunmaktadır. Bu bağlamda suç oluşturan fiillerin daha önceden kanun tarafından saptanmasıyla kişiler, bunların dışındaki fiilleri duraksamaksızın işleyebilmekte, özgürlükleri sağlanmış olmakta, bu çerçevede yurttaşların keyfi ve öznel bir şekilde cezalandırılmasının önüne geçilmiş olunmaktadır.[489]

Biçimsel kanunilik ilkesinden özgürlük doğduğu gibi söz konusu ilkenin kişi hak ve özgürlüklerini koruyucu, bir başka deyişle, garanti edici bir yönü de bulunmaktadır. Bir kere ceza hukuku, kişilerin özgürlüğünü oldukça ağır bir şekilde

---

[486] Görüldüğü üzere maddi kanunilik ilkesinin amaçsal yaklaşım alt ilkesi, suçun değerlendirilmesinde kanun dışındaki hukuk kaynaklarına başvurulacağı esasını benimseyerek biçimsel kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesini de benimsememektedir.

[487] Krş. Mantovani, s. 18.

[488] Aslında maddi kanunilik ilkesi ile biçimsel kanunilik ilkesi arasındaki karşıtlığının ceza kanunlarının zaman yönünden uygulanması bakımından yansıması, temel olarak, geçmişe uygulama ve geçmişe uygulama yasağı arasındaki çelişmedir. Krş. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 68.

[489] Tosun, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s. 47.

sınırlandırmakta, diğer yandan ise oldukça ağır cezaların kullanılmasını gerektirmektedir. Bu tip bir sınırlandırma ve cezalandırma niteliğini taşıyan bir kanunun kanunilik ilkesine tabi olmaması düşünülemez. Bu bağlamda, ceza hukukunda kanunilik ilkesinin üç alt ilkesiyle birlikte eşanlı olarak bulunması gerekmektedir. Kanunilik ilkesinin eşanlı olarak tüm alt ilkeleriyle benimsenmediği durumda ceza hukuku "kendiliğinden" (ipso iure) yurttaşına şiddet veya güç kullanan bir konuma dönüşür. Kanunilik ilkesi benimsenmezse devletin kendisi "suçlu devlet" (Stato-delinquente) konumuna gelir ve onun bir soyguncu veya hırsızdan farkı kalmaz.[490] Yapılan bu açıklamalardan kolaylıkla çıkartılacağı üzere biçimsel kanunilik ilkesi, siyasi içerikli bir ilke niteliğini taşımakta ve yurttaşların hukuksal güvenliğini sağlamaktadır. Daha açık bir deyişle, söz konusu ilke, siyasal özgürlüğün güvenlik ilkesini oluşturmaktadır.[491]

Biçimsel kanunilik ilkesi yürütme ve yargının keyfiliğini önleyerek hukuki istikrar, kesinlik ve eşitlik sağlamakta ve böylelikle yurttaşların hak ve özgürlüklerini koruma ve gerçekleştirme bakımından yeri doldurulamayacak bir işleve sahip bulunmaktadır.[492]

Bu ilke cezalandırmanın haklılığı ve gerekliliğini gerçekleştirmeye de uygun bir ilke niteliğini taşımaktadır. Gerçekten de yasaklanmış fiillerin önceden gösterilmesi mantıksal bir zorunluluktur. Bu gösterime rağmen kişinin suç işlemesi bağışlanabilir bir durum olmadığından böyle bir kişinin cezalandırılması haklı ve gereklidir. Nitekim pozitivistler bile[493] kanunların yasaklamasına rağmen suç işlemekten kendisini alıkoyamayacak kadar anormal olan kişilerin saptanabileceğini ifade etmişlerdir.[494]

Biçimsel kanunilik ilkesi, en temel ve rasyonel bir insan hakkını oluşturmaktadır. Aslında kimi ülkeler bu rasyonel ve temel insan hakkına saygı duydukları için söz konusu ilkeyi benimsemiş bulunmaktadırlar. Nitekim biçimsel kanunilik ilkesine daha önceleri eyalet anayasalarında olmak üzere 1787 tarihli

[490] Cadoppi ve Veneziani, s. 47-48.
[491] Antolisei ve Conti, s. 65.
[492] Mantovani, s. 9.
[493] Grisipgni gibi pozitivizmin ünlü temsilcisinin kanunilik ilkesini savunduğunu açıkça belirtmesi, gerçekte, pozitivist düşünce ile kanunilik ilkesinin bağdaşmasında bir zorluk bulunduğunun somut kanıtını oluşturmaktadır. Fazla bilgi için bkz. Tosun, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s. 58.
[494] Tosun, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s. 47.

Amerikan Anayasasında ve 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Evrensel Bildirgesinde, AİHS'in 7. maddesinde, 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Antlaşmasının 22 ve 23. maddelerinde ve (rafa kaldırılan) AB Anayasasının II. Bölümünün 49. maddesinde yer verilmiştir.[495]

Söz konusu ilkenin devlet bakımından da önemli faydaları bulunmaktadır. Gerçekten de söz konusu ilke, devlet yönetiminin keyfiliğini önlemek suretiyle devamlılık ve tekdüze, bir başka deyişle, kanun önünde eşitlik esasını yaşama geçirir. Yine bu ilke, kişi hak ve özgürlüklerini devlet önünde koruduğu için özellikle söz konusu hak ve özgürlükler bakımından "kalkan" görevini görmekte, ayrıca yasak olan davranışların önceden belirtilmesi ve cezalarının gösterilmesi yoluyla kanun, toplum içerisinde "önleyici" bir işleve kavuşmaktadır.[496]

Öte yandan devlet, kişilerin belirli fiilleri işlemesini engellemek istiyorsa bunun akılcı ve etkin yolu, söz konusu davranışı önceden yasaklamak ve kişiye bir oyun alanı sağlamak olmalıdır. Bunu sağlayacak yegâne yol biçimsel kanunilik ilkesidir. Nitekim bu gerçekten hareketle otoriter, hatta totaliter ülkeler bile bu ilkeyi benimsemişlerdir.[497]

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde gösterildiği üzere biçimsel kanunilik ilkesinin alt ilkelerinden birisini kanunun açıklığı veya belirliliği esası oluşturmaktaydı. İşte bu alt ilke, suçlular üzerinde caydırıcı bir etki doğurmaktadır. Eğer kanun açık ve kesin olmaz, daha somut bir deyişle, yasaklanan davranışları sınırlı, kesin ve net bir şekilde göstermezse cezanın caydırıcı etkisi olamamaktadır. Yine suçlunun kanunu önceden bilmesi, onun en doğal hakkını oluşturmaktadır.[498]

Biçimsel kanunilik ilkesinin uluslararası toplum bakımından da önemli faydaları bulunmaktadır. Gerçekten de kanunların karşılıklı olarak açık ve kesin bir şekilde bilinmesi ve bunlara güven duyulması sayesinde suçlulukla savaşımda uluslararası işbirliği daha kolay bir şekilde sağlanabilmektedir.[499]

Biçimsel kanunilik ilkesinin sayılan bu yararlarına karşılık iki temel sakıncası bulunmaktadır. Bunlardan ilki; söz konusu ilkenin suça ve suçluluğa karşı sosyal

[495] Cadoppi ve Veneziani, s. 47.
[496] Tosun, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s. 47.
[497] Cadoppi ve Veneziani, s. 47. Nitekim az önce belirtildiği üzere otoriter-totaliter rejimi benimseyen ülkelerden Sovyetler Birliği ile Nazi Almanya'sında sadece belirli dönemlerde biçimsel kanunilik ilkesinin aleyhine bir tutum takınılmış, açıkça bu ilkeye hiçbir zaman açıkça karşı gelinmemiştir.
[498] Antolisei ve Conti, s. 65, 67.
[499] Tosun, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s. 47.

savunmanın etkin bir şekilde yapılmasına aşılması oldukça güç olan bir engel oluşturmasıdır. Gerçekten de bu ilke sonucu, kanun tarafından açıkça belirtilen fiiller suç olarak kabul edildiğine göre kanun tarafından gösterilmeyen ancak gerçek anlamda suç teşkil eden fiillerin suç olarak kabul edilmemesine ve suçluların da cezalandırılmamasına yol açılmaktadır. Kısacası biçimsel kanunilik ilkesi, yasal suçluluk ile gerçek suçluluk arasındaki kopukluğu meşrulaştırmaktadır. İkinci olarak, söz konusu ilkenin yürütme ve yargıcının keyfiliğini önleyebilme yetisi bulunmasına karşın, yasamanın keyfiliğini[500] önleyebilme yetisi bulunmamaktadır.[501]

Bunların dışında, biçimsel kanunilik ilkesine çağcıl zamanlarda da yoğun eleştiriler yöneltilmektedir. Bu bağlamda yöneltilen temel eleştiri; bu ilke gereği suç ve cezaların önceden açık ve kesin bir şekilde düzenlense bile ileride suç işleyecekler üzerindeki caydırıcı etkisinin, onların yalnızca hukukçu olması durumunda geçerli olacağıdır. Daha açık bir deyişle eleştirmenler, sıradan bir insanın, hangi davranışın suç oluşturacağını, hangi davranışın ise suç oluşturmayacağını bilemeyeceğini ve alelade bir suçlunun suçu işlemeden önce avukata danışmadığını, suçluların örneğin, hırsızlık veya cinayet gibi suçların yasal sınırlarını tam olarak bilemediklerini savlamaktadırlar.[502]

Biçimsel kanunilik ilkesine yöneltilen bir başka eleştirinin dayanak noktasını, "common-law hukuku" (teamüli hukuk) oluşturmaktadır. Bu hukuk taraftarlarından bazıları kanunilik ilkesine dayanan ceza hukukunun temel yaptırımının "ceza"

[500] Bu bağlamda, örneğin yasama organında çoğunluğu elde eden bir siyasal grubun istediği gibi ceza kanunlarını sevk etmesi durumunda biçimsel yaklaşımın kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına almasından bahsetmek artık olanaklı olmayacaktır. Bu çerçevede, hukuka aykırılığı salt norma aykırılık kabul eden otoriter yaklaşımlardan korunmak için hukuka aykırılığın içeriğine ve fiilin ihlal ediciliğine mutlaka önem vermek gerekir. Bkz. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 43. Ancak bu eleştiriyi ihtiyatla karşılamak gerekir. Zira tek başına biçimsel kanunilik ilkesi, örneğin totaliter bir rejim altında yaşayan kişiler bakımından bir teminat oluşturmasa da kişi hak ve özgürlüklerine dayanan, demokratik, çoğulcu, özgürlükçü bir anayasal rejim çerçevesinde söz konusu ilke kişi hak ve özgürlüklerinin güvencesi olacaktır. Bu bağlamda örneğin yasama organında azınlıkta bulunan siyasal grupların da gerek yasama organı içinde yasama sürecine etki etmesini sağlayacak gerekse kanunların yargısal denetiminde olduğu gibi yasama organı dışına da taşan anayasal yetkileri bulunmaktadır. Ayrıca, özgürlükçü ve çoğulcu bir anayasal rejim içerisinde, yasama sürecinin, kitle iletişim araçları, sivil toplum örgütleri gibi yasama organı dışında kalan aktörlerin etkisine açıktır. Kısacası, yasama yetkisinin meşru kullanımında, anayasal sınırların yanı sıra toplumsal sınırlar da bulunmaktadır. Çünkü yasama organı da insanlardan oluşmakta ve hatalı değerlendirmeler yapabilmektedir. Ancak kanun koyucunun mutlaka hata yapacağı beklentisi ile hareket etmek de doğru değildir. Çünkü yasama faaliyeti, kanun koyucunun kendi kaprislerini tatmin ya da birilerini kızdırmak veya eğlendirmek amacıyla yürüttüğü bir süreç değildir. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 43-44.

[501] Mantovani, s. 9.

[502] Williams, G.L. s. 601-602.

olduğunu, bunun ise cezanın muhatabına acı, ıstırap veya elem vererek yerine getirildiğini, biçimsel kanunilik ilkesindeki ceza anlayışının sosyal faydası olmadığını, tam aksine toplumsal mutlulukta azalmaya yol açtığı için onun haklı sayılamayacağını, ancak "faydacı kuram" (utilitarian theory) anlayışının benimsenmesi sonucu cezaya hak verileceğini ifade etmektedirler. Bu anlayış sahipleri, faydacı kuram gereği cezaya yalnızca mahkeme kararıyla ve önceden belirli kurallar dışında hükmedilmesi ve bu şekilde cezanın çekilmesi sonucunda sosyal faydanın elde edilmesi durumunda cezanın haklı sayılabileceği kanısına ulaşarak biçimsel kanunilik anlayışını eleştirmektedirler.[503]

Maddi "öze yönelik" kanunilik ilkesini benimseyenler de biçimsel kanunilik anlayışını eleştirmektedirler. Maddi kanunilik ilkesi taraftarları, ceza normlarının önceden açık ve kesin olarak düzenlenmesine gerek olmadığını, ceza hukukunun ya geçerli ahlaki değerleri yansıttığı veya mahkûmiyetlerin basında yer alması nedeniyle genel olarak bilindiğini ifade etmektedirler. Bu bağlamda öze yönelik kanunilik taraftarları, ilk durumda, ahlaki değeri ihlal eden sıradan kişinin bilinçli bir şekilde kendi davranışının ceza hukukunun ihlali olduğu riskini üzerine aldığını, şansı varsa suçlu sayılmayacağını, ancak, bu kişiye karşı ceza hukukunun kollarının uzanmamasının esaslı bir temeli olmadığını savlamaktadırlar. Bir başka deyişle, öze yönelik kanunilik ilkesi taraftarları, böyle durumlarda ceza hukukunun kapsamının genişletilmemesinin küstah bir tavır olduğunu ifade etmektedirler.[504]

Ceza normlarının basın yoluyla öğrenilmesi durumuna gelince; biçimsel kanunilik ilkesi eleştirmenleri; "ahlakilik" (morality) taraftarlarının haklı olarak "yasaklanan davranış" (mala prohibita) olarak adlandırdığı fiillerle "doğası gereği kötü olan davranışlar"ı (mala in se) birbirinden ayırt ettiklerini, sıradan bir kişinin doğası gereği kötü olan fiilleri, onu yasaklayan bir kural olmasa bile anti-sosyal, dolayısıyla kötü bir davranış olduğundan kuşku duymayacağını, doğası gereği kötü olan davranışları yasaklayan bir normun bulunduğu mahkûmiyet hükmünün basında yer alması sonucu öğrenilse bile bunun faydasının olmayacağını, suçun doğası gereği kötü olmayıp da yargıç veya yasa koyucu tarafından yasaklanan bir davranış olması durumunda mahkûmiyet hükmünün basında yer alsa bile öğrenilemeyeceğini ifade etmektedirler. Eleştirmenler, yasaklanan davranışlardan doğan bir suçtan ilk defa

[503] Williams, G.L. s. 601.
[504] Williams, G.L. s. 602.

mahkûm olan kişinin davranışının cezalandırılabilir olduğunu büyük bir olasılıkla fark edemeyeceğini, bu yüzden söz konusu suçlardan ilk defa mahkûm olan kişilere kuralı bilmemesi nedeniyle hoşgörüyle yaklaşılarak onların cezalarının kaldırılması veya azaltılmasının gerekli olduğunu belirtmişlerdir. Bu eleştirmenler, yapay suçlar bağlamında yasa koyucunun koyduğu norm ile yargıcın yarattığı hukuk arasında ahlakilik bakımından bir farklılık bulunmadığını ifade etmişlerdir.[505]

Biçimsel kanunilik ilkesi eleştirmenleri, söz konusu ilkeyi bir başka açıdan da eleştirmektedirler. Eleştirmenlerin düşüncesine göre, ceza hukukunda yargıcın görevinin genişletilmesi, caydırıcı ceza kuramına aykırı sayılamaz. Daha açık bir deyişle bu eleştirmenler, eğer kişi, tanımlanmış bir suçun kapsamına girmeyen kötü bir fiili işlerse yalnızca "halka yönelik zarar genel kuramı" (general doctrine of public mischief) uyarınca caydırılabileceğini savunmaktadırlar. Nitekim bu gerçek Spinoza tarafından; "her kim her şeyi hukuk ile belirlemeye kalkarsa, suçu azaltmaktan ziyade artırır." şeklinde açıklanmıştır.[506] Kısacası suçtan caydırma bakımından da biçimsel kanunilik ilkesinin dar kalıplarına sıkışılmamalı, caydırıcı ceza kuramı genişletilerek yargıcın görevi artırılmalıdır.

Biçimsel kanunilik ilkesine, bir başka deyişle, "nullum crimen, nulla poena sine lege" ilkesine yöneltilen son eleştiri, bu ilkenin yargıcın yarattığı hukuka uygulanması durumunda "yorum" ile "suç yaratma" arasında sadece ince bir çizgi çekeceği gerçeğidir. Bu eleştiriciler, biçimsel kanunilik ilkesiyle yargıçların mevcut suçların kapsamını belirlemeleri ve daha önce tartışılan konuları açıklığa kavuşturmalarının duraksamasız bir zorunluluk oluşturduğunu, ceza normu, bir araçta belirli bir davranışın işlenmesini yasaklamışsa, örneğin, deniz uçağı veya dubanın araç olup olmadığı sorusunun sorulabileceğini, eğer mahkeme, bunların araç olduğu sonucuna varırsa ceza normunu genişletici olarak açıklığa kavuşturmuş olacağını ifade etmektedirler. Eleştirmenler, işte böyle bir durumda, yorum ile yeni bir suç konulması arasında bir fark bulunmayacağını, bir başka deyişle, ceza normunun "meşru" yorumu ile "sözde" (so-called) gayri meşru olarak kapsamının genişletilmesi arasında ancak belirsiz bir ayrım yapılabileceğini belirtmektedirler.[507]

[505] Williams, G.L. s. 602.
[506] Williams, G.L. s. 603 ve dn. 2.
[507] Williams, s. 604.

2. Maddi Kanunilik İlkesinin Yarar ve Sakıncaları

Biçimsel kanunilik ilkesinde olduğu gibi maddi kanunilik ilkesinin de faydalı ve sakıncalı yönleri bulunmaktadır. Gerçekten de bu ilke her şeyden önce suça yönelik etkin bir savunmaya hizmet etmekte, "gerçek" (maddi), güçlü ve somut adalete ulaşmaya yardımcı olmaktadır.[508] Daha açık bir deyişle, "maddi" (öze ilişkin) kanunilik ilkesi, yasa tarafından suç haline getirilmemiş olsa bile anti-sosyal olan hareketleri cezalandırmaya ve yasa tarafından suç haline getirilmiş olsa bile anti-sosyal olmayan davranışları cezalandırmamaya olanak verdiği için daha etkili bir sosyal savunma sağlayabilmekte, ayrıca söz konusu ilke, yasal suçluluk ile gerçek suçluluk arasındaki kopukluğu önlediğinden soyut olarak daha fazla maddi adaletin gerçekleşmesine yardım etmektedir.[509]

Maddi kanunilik ilkesi, kanun ötesi kaynaklara değer vermekle, toplumsal, etik ve siyasal değerlendirmeleri yansıtmakta, böylelikle bu anlayıştan günümüzde kanunların yorumu, kanunlarda yer almayan yeni hukuka uygunluk nedenlerinin geliştirilmesi ve bunların uygulanması ile cezanın tayin edilmesi konularında yararlanılmaktadır. Ayrıca bu yaklaşım, bir suç siyaset programı olarak da hizmet vermektedir.[510]

Ancak bu yararlarına rağmen maddi kanunilik ilkesinin de önemli sakıncaları bulunmaktadır. Daha somut bir deyişle söz konusu ilkenin suçun özüne yönelik düşünceleri nesnel bir bilgiye dayanmamakta, "belirli bir tip devletin hukuk düzeni", "halkın sağlıklı duygusu", "devrimci ruh", "sosyal bilinç" gibi hukuk dışı kaynaklara dayanmaktadır. Nesnel bir bilgiye dayanmadığı ve hukuk dışı kaynaklara da yargıcın dilediği biçimde içerik kazandırmasının mahkemelerin keyfiliğine, hukuki açıklık ve kesinliğin ortadan kaldırılmasına ve hoşgörü ile karşılanması olanaksız olan ayrımcılığa, dolayısıyla hukuki eşitsizliğe yol açacağı açıktır.[511] Bahsedilen bu durumların ise telafi edilemez bir kötülüğe[512] yol açacağı ortadadır.[513]

---

[508] Mantovani, s. 10. Zira maddi kanunilik ilkesi öncelikle "praeter legem", bir başka deyişle, kanun öncesi ve müstakil bir gerçek aykırılık bulunduğu düşüncesinin yansımasını oluşturur. Krş. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 156.
[509] Bkz. Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 40.
[510] Krş. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 150.
[511] Mantovani, s. 10, Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 40-41.
[512] Nazi Almanya'sı döneminde benimsenen maddi kanunilik anlayışının siyasi alet olarak kullanılmasının nasıl iğrenç kötülüklere yol açtığı konusunda bilgi için bkz. Mantovani, s. 31 vd.
[513] Mantovani, s. 10.

3. Hangi Kanunilik Anlayışı Benimsenmelidir

İlkesel temelde yapılan incelemeler sonucunda biçimsel kanunilik ilkesinin maddi kanunilik ilkesine göre daha üstün olduğu anlaşılmaktadır.[514] Her şeyden önce biçimsel kanunilik ilkesi "ahlakilik" (morality) kavramına daha uygun olmasına karşın, maddi anlamda kanunilik ilkesi söz konusu kavrama aykırıdır. Gerçekten de Hart'ın isabetli olarak belirttiği üzere, dar anlamıyla hukuk, biz farkına varmasak bile adaletsiz normlara hukuksal geçerlik tanımamaktadır. Yazar, Nazilerin kendi "bencil" (selfish) amaçlarına ulaşabilmek için maddi kanunilik anlayışına uygun azgın kanunlarla insanları mahkûm etmelerinin ahlaka aykırı olduğunu da belirtmektedir. Hart ahlakiliğin bunun yanında, işlendiği zaman açıkça suç haline getirilen fiillerden dolayı ceza verilmesini, bir başka deyişle, "kanunsuz ceza olmaz" (nulla poena sine lege) ilkesini gerektirdiğini de ifade etmektedir. Düşünür, bu ilkenin benimsenmesiyle kimi kötü işleri yapan kimselerin cezalandırılması olanaksız olsa, dolayısıyla bir takım zararlar doğsa da ilkenin faydasının daha büyük olduğunu, bu yüzden hukuken korunması gerekli olan varlık veya menfaatlerin açıkça tanımlanmasının kötü davranış gösteren kişilerin cezasız kalmasına tercih edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, geriye yürür kanunlarla cezalandırılmanın da ahlaka aykırı olduğunu belirtmektedir.[515]

Kimileri, biçimsel kanunilik ilkesinin benimsenmesi sonucu "dar yorumlama" (l'interprétation stricte) esasının kabul edildiğini, bu bağlamda parası olmadığı halde lokantada yemek yenilmesinin hırsızlık veya dolandırıcılığa benzese de suçun oluşmayacağını, çünkü bu esasın sonucu olarak kanunun açıkça suç haline getirmediği fiilleri cezalandırmanın imkânsız olduğunu, ceza kanununun bir ormana

---

[514] Ancak bu üstünlük ilişkisinden maddi kanunilik anlayışının değersiz olduğu sonucu çıkartılmamalıdır. Aslında kanunilik ilkesinin devletin işlemlerine karşı yurttaşlara tam olarak güvence sağlayabilmesi için her iki kanunilik ilkesinin birlikte benimsenmesi gerekir. Gerçekten de ceza hukukunda kanun ötesi kaynakların reddi ile maddi aykırılık kavramı günümüzde daha çok kanuniliğin içeriği olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda fiil, kanunun bir emir ya da yasağını ihlal ediyorsa biçimsel, bireysel ya da kolektif bir varlık ya da menfaate zarar veriyor, tehlikeye sokuyor ya da normun amacına aykırılık oluşturuyorsa maddi bakımdan kanuna aykırı olarak kabul edilmekte, ancak başlı başına bir varlık ya da menfaati ihlal eden fiil ayrıca ceza kanunları bakımından suç teşkil etmediği sürece ceza hukukunu ilgilendirmemektedir. Ancak ceza hukukunda biçimsel kaynak olarak yalnızca kanunun kabul edilmesi, kanuniliğin içerikten yoksun olduğu anlamını taşımamaktadır. Zira biçimsel anlayışın yerine getirdiği güvence işlevi görmezden gelinemeyeceği gibi biçimsel kanuniliğin hukuki varlık ya da menfaatlerin ihlaline karşılık gelen bir içerikle tamamlanması bir zorunluluk oluşturmaktadır. Krş. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 149-150.

[515] Hart, H.L.A. The Concept of Law, Oxford University Press, Great Britain, 1961 (Reprinted 1986), s. 207.

benzetilebileceğini, akıllı bir kişinin ağaçların içerisinden sağa sola sapmadan düzgünce sağ-salim geçeceği gibi kişinin suç sayılan bir davranışa çok benzese de ceza kanununun kapsamına girmeyen bir fiil işleyerek cezadan kurtulabileceğini, suça benzer eylemlerin cezalandırılmamasının anlayışla karşılanamayacağını, bu yüzden biçimsel kanunilik ilkesini kabul eden bir ceza kanununun suçlunun kanunu olduğunu ifade etmişlerdir. Kimi eleştirmenler ise ceza kanununun suç sayılması gereken bütün davranışları suç haline getirmediğini, tersine bir deyişle, çok küçük bir kısmını suç haline getirdiğini belirterek biçimsel kanunilik ilkesini eleştirmişlerdir.[516] Bu eleştirileri doğru olarak kabul etmemekteyiz. Zira biçimsel kanunilik ilkesi yüzünden suçluların kanun boşluğunu bularak suç işlemek için yeni yollar bulduklarına dair çok az delil elde edilebilmiştir.[517] Öte yandan söz konusu eleştirileri doğru olarak kabul etsek bile bu durum biçimsel kanunilik ilkesinin benimsenmesinden vazgeçilmesini gerektirmez. Zira biçimsel kanunilik ilkesinin benimsenmesi sonucu yargıç, hükümetin değil kanunun hizmetinde bulunan bir "son adam" konumuna gelmekte, bu durumdan elde edilecek fayda ise biçimsel kanunilik ilkesinin her türlü sakıncasından daha büyük olmaktadır.[518]

Öte yandan maddi kanunilik anlayışını benimseyenler, biçimsel kanunilik ilkesi taraftarlarının büyük olasılıkla "caydırıcı ceza kuramı"nı (deterrent theory of punishment) benimsediklerini, hâlbuki kendilerinin "intikamcı ceza kuramı"nı (retributive theory of punishment) benimsediklerini, cezanın pratik olarak caydırıcı olmadığını, bunun yerine gizemli bir şekilde, ahlaki kötülüğe karşı salt bir intikam olduğunu, bu bağlamda, yargıcın, ahlaka aykırı fiilleri işlemede yeni yollar bulan "haksızlık yapan" (wrongdoer) faillere karşı uygun cezalar öngörerek onları denetlemekle görevli olduğu anlayışını benimsemişlerdir. Maddi kanunilik anlayışını benimseyenler, "ahlaki değerlerin" (morality) çok önceden bu yana, suç olarak kabul edilen fiilleri en yeni yöntemlerle işleyen kişiler hakkında bir bağışıklık öngöremeyeceğini de belirtmektedirler. Diğer yandan maddi kanunilik taraftarları, biçimsel kanunilik ilkesini benimseyenlerin cezayı yalnızca "caydırıcı" bir niteliğe sahip olması nedeniyle haklı gördüğünü, bu bağlamda söz konusu ilke çerçevesinde yeni tür kötülüklerin yasama organı tarafından yalnızca gelecek zaman için

[516] Bkz. Larguier, s. 18.
[517] Antolisei ve Conti, s. 66.
[518] Bkz. Larguier, s. 18.

cezalandırılmasının öngörülebileceğini, yargı tarafından geçmişi kapsar bir şekilde cezalandırılamayacağı esasını kabul ettiklerini, bu durumun eleştirilmesi gerektiğini, zira ilk defa suç işleyen kimsenin cezalandırılabileceği yönünde önceden bir kestirimin olamayacağını, cezalandırma tehdidinin onu fiilinden caydıramayacağını ve bu yüzden cezalandırmanın faydasız olacağını ifade etmektedirler. Maddi kanunilik ilkesi taraftarları, gelecekteki "gizilgüç" (potansiyel) suç faillerinden ilk defa suç işleyen kimselerin geçmişe etkili bir şekilde genel görünüşünün incelenmesi yoluyla cezalandırılacağı anlayışının benimsenmesi sayesinde olanaklar ölçüsünde suçun önlenebileceği fikrini ileri sürmektedirler. Söz konusu taraftarlar, bu bağlamda ilk defa suç işleyen kimselerin cezalandırılmasının gereksiz ve haksız olduğunu belirtmektedirler.[519]

Caydırıcı veya intikamcı cezalandırmanın hangisinin doğru olduğunu belirleyebilmek için öncelikle cezalandırmanın amacı üzerinde durulması uygun olacaktır. Cezalandırmanın amacı iki yönlüdür. Daha açık bir deyişle, ceza hem caydırıcı olup suçluluğun azaltılmasını amaçlamakta, hem de toplumun çoğunluğunca onaylanan hak edilen yaptırımların uygulanmasını gerektirmektedir. Cezanın birinci yönü "faydacı" (yararcı) kuramlarla, ikinci yönü ise intikamcı veya öç almacı kuramlarca savunulmaktadır. Aslında bu iki kuram birbirine karşıt bir duruş sergilememekte, birbirilerini tamamlamaktadırlar. Zira bir ceza caydırmayı amaçlıyorsa suçluya hak ettiği yaptırımın uygulanması gerekmekte, suçlulara müstahak oldukları cezanın uygulanması durumunda ise onlar üzerinde caydırıcı etki doğurmakta ve bütün bu hususlar suçun genel ve özel önleme[520] amaçlarına hizmet etmektedirler.[521]

Her ne kadar her iki kuram birbirinin tamamlayıcısı olsa da aralarında temel bir farklılık bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, intikamcı veya öç almacı kuramlar, cezayı geçmiş bir olaya, bir diğer deyişle suça ilişkin olarak incelemekte, bu bağlamda suç işlenerek bir kötülük yapıldığına göre cezanın suçluya acı ve ıstırap vererek ödetici, öç alıcı veya intikamcı bir araç olacağını, buna karşın faydacı veya yararcı kuramlar ise cezanın etkileri ve sonuçları ile ilgilenerek cezanın geleceğe

[519] Williams, G.L. s. 600-601.
[520] Suçun genel ve özel önlenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İçel, K. ve diğerleri, Yaptırım Teorisi, İkinci Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2002, s. 33-36.
[521] İçel ve diğerleri, s. 29.

yönelik olduğunu, yalnızca yararlı ise daha somut bir deyişle hem suçlunun "tekerrürünü" (özel önleme), hem de diğer kişilerin suç işlemesini önlemeye yönelikse (genel önleme) meşru olduğunu savlamaktadırlar. Kısacası ceza yaptırımı suçlunun mağdura karşı sorumlu olmasını, açıkçası, işlediği suç nedeniyle suç kurbanında yarattığı mağduriyeti ödemesini amaçlaması öç alıcı veya intikamcı, gelecekteki suçluluğu hem fail hem de olası failler açısından önlemeyi amaçlaması ise yararcı olarak tanımlanmaktadır.[522]

Ancak maddi kanunilik anlayışı taraftarlarının kabul ettiği intikamcı veya öç almacı ceza kuramı, insanlık düşüncesinin günümüzde ulaşmış olduğu uygarlık ve düşünce düzeyi çerçevesinde kabul edilemez. Daha açık bir deyişle, geri kalmış toplumlarda ceza yoluyla intikam almak esas olsa da çağcıl toplumda cezalandırma intikamla açıklanamaz. Günümüz anlayışına göre öç veya intikam almak için cezalandıran devlet haklılık taşımamaktadır. Bu bağlamda failin işlediği suç ne kadar kötüyse, toplumun intikam almak için cezalandırması da o kadar kötüdür. Toplumu oluşturan bireylerin bazıları cezayı intikam veya öç alma olarak görse bile toplumsal bilinç, öç alma arzu ve düşüncesini bastıracak kadar güçlüdür.[523]

Cezanın acı ve elem verici nitelikleri ile kişinin temel hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı özellikleri, söz konusu yaptırımın yalnızca sosyal yaşam bakımından çok önemli olan menfaatlerin korunmasına hizmet ettiğini göstermektedir. Ceza hukukunun söz konusu özel işlevi bir yandan ceza yaptırımının korkutucu niteliği sayesinde suç işlenmesini önlemek (genel önleme), diğer yandan ise suçluyu ıslah ederek onun yeniden sosyalleşmesini sağlamak (özel önleme) amaçları içerisinde gerçekleştirilir. Günümüz ceza hukukunda faile ceza verilebilmesi için onun kusurlu olmasının şart olması nedeniyle de suçluya kefaret çektirilmesi gerekir. Ancak suçluya kefaretini çektirme ana amaç olmayıp ceza hukukunun diğer işlevinin yürütülmesinde yardımcı bir özellik gösterir. Daha somut bir deyişle, cezanın temel amaçları; özel ve genel önlemeyi gerçekleştirmek olup bunu gerçekleştirilmesinde de gerektiğinde araç olarak cezanın korkutucu niteliğinden yararlanılır.[524] Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere biçimsel kanunilik ilkesinin benimsediği caydırıcı veya faydacı ceza kuramı, maddi kanunilik ilkesinin benimsediği intikamcı veya öç

[522] İçel ve diğerleri, s. 29.
[523] İçel ve diğerleri, s. 37.
[524] İçel ve diğerleri, s. 38.

almacı ceza kuramına üstünlük taşımaktadır. Öç almacı veya intikamcı ceza kuramı çağcıl toplumlarda tek başına cezanın amacını oluşturmadığı, caydırıcı ceza kuramına yardımcı nitelik taşıması bakımından da biçimsel kanunilik ilkesi, maddi kanunilik ilkesine tercih edilmesi gerekir.

Yasa koyucunun koyduğu norm ile yargıcın yarattığı hukuk arasında ahlaki bir farklılık bulunmaması nedeniyle biçimsel kanunilik ilkesinin tercih edilmemesini öneren savı da doğru bulmamaktayız. Gerçi bu sav, bazı suçlar bakımından oldukça geçerlidir. Gerçekten de günümüzde kimi kişiler, bir fiile başlamadan önce avukat ile ayrıntılı bir görüşme yapabilmektedirler. Bu bağlamda örneğin, sendika liderleri grev ilan etmeden hukuki konumlarını avukatlarıyla görüşebilmekte, bunun gibi siyasi suçlu olduğu savlanan kişiler de sık sık hukuki danışma hizmeti almaktadırlar. Yine siyasi bir isyancı, sıradan suçludan farklı olarak bencil bir şekilde davranmak yerine, kendisinin kamu yararı doğrultusunda faaliyet gösterdiğini savlayabilmektedir. İşte bu tip kimseleri ahlaki değerler yoluyla caydırabilmek olanaksızdır, çünkü bu tip kişiler ahlaki bir "düşüklük" (redaet) içerisinde bulunmamakta, tam aksine ahlaki değerleri, onları suça yönlendirmektedir. Bu tip suç failleri, eğer olanaklıysa yalnızca ceza tehdidiyle davranışlarından vazgeçirilebilir. Ancak, ceza tehdidinin işe yarayabilmesi için önceden ilan edilen normun uygulanabilir nitelikte olması gerekir. Uygulanması olanaksız olan bir norm yoluyla öngörülen ceza tehdidi bir işe yaramaz.[525] Görüldüğü üzere bu açıdan da biçimsel kanunilik ilkesi, maddi kanunilik anlayışına üstünlük taşımaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere biçimsel kanunilik ilkesini tenkit edenler, söz konusu ilkenin yargıcın yarattığı hukuka uygulanması durumunda "yorum" ile "suç yaratma" arasındaki ayrım bakımından sadece ince bir çizgi çekeceği, söz konusu ayrımı net ve kesin bir biçimde yapamayacağı şeklinde eleştirmekteydi. Biçimsel kanunilik ilkesine bu açıdan yöneltilen eleştiride büyük bir haklılık payı olmasına karşın, iki hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bunlardan ilki, bütün veya neredeyse tüm durumlarda, yorum ile yeni suç koyma arasındaki ayrımın tür farkı olması yerine ziyade derece farklılığı oluşturmasıdır. Yorum ile yeni suç koyma arasındaki ayrımın derece farklılığı oluşturması, biçimsel kanunilik ilkesinin fayda veya gerekliliğini ortadan kaldıramaz. Nitekim nasıl ki her ahlaki konunun sınırları

[525] Williams, G.L. s. 602-603.

belirlenirken az veya çok keyfi hareket edilmesine ve bu durum ahlak ilkelerinin sürdürülmesinin terk edilmesine yol açmıyorsa yorumun sınırlarının tam olarak saptanamaması da biçimsel kanunilik ilkesinden vazgeçilmesinin nedenini oluşturamaz. İkinci olarak, kanunsuz suç olmaz kuralı yalnızca yeni suç yaratma yasağı bakımından geçerli olmaz, bunun yanında mevcut suçların kapsamının yargısal olarak genişletilmesini de yasaklar.[526] Bu bakımdan da biçimsel kanunilik ilkesi, maddi kanunilik ilkesine üstünlük taşımaktadır.[527]

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere ilkeler temelinde biçimsel kanunilik ilkesi, maddi kanunilik anlayışına üstünlük taşımaktadır. Bu bağlamda "istikrarlı" (durağan) devletler "biçimsel", evrim, devrim ve hızlı dönüşümü isteyen devletler ise "maddi" kanunilik anlayışını benimsemiştir. Bu ilkelerden hangisinin benimsenmesi gerektiğine gelince, bu konuda sağlıklı bir yargıya ulaşabilmek için her şeyden önce ülkenin rejiminin tipine bakmak gerekir. Örneğin, Birleşik Krallık gibi demokrasi geleneğinin köklü olduğu bir ülkede aleyhe kıyas yoluyla muhakeme yasağının bulunmaması bir sorun doğurmaz. Buna karşın, Franko İspanya'sında veya Hitler Almanya'sında "nullum crimen, nulla poena sine lege" ilkesinin benimsenmesinin bir anlamı yoktur. Çünkü bu tip rejimlerde biçimsel kanunilik ilkesinin kişisel özgürlükleri garanti işlevi, "her şeye kusur bulan avukatlık"[528] (quale cavilloso <<avvocatismo>>) yüzünden parçalanır.[529]

---

[526] Williams, G.L. s. 604.

[527] Bununla birlikte Birleşik Krallıktaki durum dikkate alınınca biçimsel kanunilik ilkesine bu açıdan yöneltilen eleştirilerin isabetli olduğu görüldüğü görülmektedir. Gerçekten de bu ülkede "doğru yorumlama" ile "kıyas" arasındaki fark soyut bir şekilde formüle edilememekte, yalnızca örneklerle gösterilebilmektedir. Bu bağlamda Birleşik Krallıkta eski zamanlarda "vatan hainliği" (treason) suçu yasal olarak düzenlenmiş olmasına karşın, yargıçlar söz konusu suçu aleyhe kıyas yoluyla muhakemeyle genişleterek "varsayımsal vatan hainliği" (constructive treason) şeklinde değişik suç kategorileri türetmişlerdir. Bunun gibi "teamül hukuku" (common-law) suçları bakımından da yargısal olarak sürgit bir şekilde suçların genişletilmesi olgusuyla karşı karşıya kalınmıştır. Örneğin, "mal sahipliği" (possession) ve "rıza" kavramları bozularak "hırsızlık" (larcency) suçunun kapsamı genişletilmiş, "varsayımsal taammüt" (constructive malice aforethought) kavramı getirilerek "cinayet" (murder) suçunun içerisine sokulmuş, "komplo"nun (conspiracy) kapsamı ise değişik suç konularına dağıtılmıştır. Kuşkusuz tüm bu durumlar "doğru yorumlama" yerine "kıyas yoluyla muhakemeyle suçların genişletilmesi kapsamına" girmekte olup biçimsel kanunilik ilkesine açıkça aykırıdır. Bkz. Williams, G.L. s. 604-605.

[528] Her şeye kusur bulan avukatlık olgusu, kanımızca, kurtla kuzunun hikâyesine benzetilebilir. Çok bilinen bu La Fontaine hikâyesine göre bir kurt, suyun altında bulunan kuzuya sen benim suyumu kirletiyorsun ben sana bunun hesabını sorarım demiş. Kuzu ise ben senden aşağıdayım suyunu bulandırmam olanaksız demiş. Kurt ise onu bunu bilmem bulandırıyorsun deyip kuzuyu ormana götürerek afiyetle yemiş. Hikâye hakkında fazla bilgi için bkz. Yücel, T. La Fontaine Masalları, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2007, s. 34-42. Bu hikâyeden çıkan iki ders vardır. Bunlardan ilki, güçlünün her zaman özellikle haksız olduğu! zamanlarda bile haklı olduğudur. İkincisi ise en güçlünün kanıtının en geçerli kanıt olduğudur. Bu bağlamda, otoriter veya diktatöryal rejimler

Görüldüğü üzere kanunilik ilkesinin bu iki anlayışından hangisinin benimsenmesinin uygun olduğu sorunu soyut bir şekilde yanıtlanamadığı gibi böyle bir yanıt gerçekçi de olmamaktadır. Önemli olan "nullum crimen, nulla poena sine lege" ilkesinin kabul edilip edilmemesi değil, bu ilkeyle ulaşılmak istenen amacın otoriter, diğer deyişle baskıcı bir amaç mı yoksa kişi hak ve özgürlüklerini garanti edici bir amaç mı olduğudur. Ayrıca söz konusu ilkeyi uygulayan yargıçların anlayışı ve kıyasın kullanılış amacı da büyük önem taşımaktadır. Zira kıyas, genel ve belirsiz hükümlerin amacına dayanılarak gerçeğe ulaşmanın aracı olabileceği gibi belirli bir konuyu düzenleyen hükmün kapsamını genişletmenin bir aracı da olabilir. Kaldı ki otoriter veya totaliter bir devletin idari polis tedbirlerine başvurmak veya çok geniş kapsamlı politik suçlar yaratmak suretiyle, kabul ve ilan edilmiş olsa bile "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesini etkisiz veya işlevsiz bir hale getirmesi her zaman olanaklıdır.[530]

Bu anlatılanlara rağmen biçimsel kanunilik ilkesi, uzun bir demokrasi geleneğine sahip olmayan ülkeler ve bu arada Türkiye bakımından büyük önem taşımaktadır.[531] Çünkü bu tip ülkelerde yürütme ve yargı işlevinin yerine getirilmesi kalkanına sığınılarak devlet erkinin sürgit bir biçimde kişi özgürlükleri aleyhine ve keyfi biçimde kullanılmasını kısmen olsun önlemek ancak söz konusu ilkeye bağlı olmakla olanaklı olmaktadır.[532]

---

karşısında kişinin hiçbir hakkı bulunmamakta, onun bir yolunun bulunup cezalandırılması oldukça kolay olmaktadır.

[529] Mantovani, s. 10-11.

[530] Toroslu, Nasıl Bir Ceza Kanunu, s. 69-70 ve dn. 2.

[531] Nitekim Anayasanın 15. maddesinin 2. fıkrası, 38. maddesinin 1 ve 3. fıkraları ve TCK'nın 2. maddesinde biçimsel kanunilik ilkesi; kanunun tekelciliği, kanunun açıklığı ve kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkeleriyle birlikte benimsenmiştir.

[532] Aslında biçimsel kanunilik anlayışının benimsenmesi Türkiye açısından uluslararası hukuk bağlamında pozitif bir zorunluluk oluşturmaktadır. Zira Türkiye AİHS'e taraf bir ülkedir. Gerçekten de gerek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu gerekse Komisyonun yerini alan AİHM, suç ve cezada kanunilik ilkesine sürgit bir şekilde büyük önem vermişlerdir. Gerçekten de Komisyon, 7.5.1982 tarihinde K.X Ltd.Y.- Birleşik Krallığa karşı davasında AİHS'in 7. maddesinin Sözleşmenin bütününe egemen olduğunu, ayrıca 8. ve sonraki maddelerde yer alan esasların "kanunilik" ilkesini tamamladığını, bu konuda özellikle kanunun geçmişi etkilemesi olasılığına ilişkin daha ayrıntılı ve etraflı hükümler içerdiğini belirtmektedir. AİHM ise 22.11.1995 tarihinde K.S.W-Birleşik Krallığa karşı davası ile R-Birleşik Krallığa davasında vermiş olduğu kararlarda; suç ve cezada kanunilik güvencesinin, hukukun üstünlüğü ilkesinin asal bir unsurunu oluşturduğunu, Sözleşmenin kurduğu koruma dizgesi içinde önemli bir yer tuttuğunu, bunun en önemli kanıtının savaş veya öteki genel tehlike hallerinde dahi bu hükme 15. madde aracılığıyla bir ayrıksı durumun öngörülememesi (AİHS'in 15. maddesinin 2. fıkrasında, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde bile 7. maddenin hiçbir şekilde ihlal edilemeyeceği ifade edilmiştir.) olduğunu, maddenin konu ve amacının gereği olarak bu hükmün keyfi yargılama, hüküm verme ve cezalandırmaya karşı

Az önce kanunilik ilkesinin devlet erkinin kişi özgürlükleri aleyhine ve keyfi biçimde kullanılmasını kısmen önleyeceği belirtilmişti. Gerçekten de kişi hak ve özgürlüklerin teminatını sadece suç ve cezalar bakımından kanunilik ilkesinin benimsenmesi sağlayamamaktadır. Bu bağlamda, hak ve özgürlüklerin bir değil birden fazla teminatı bulunmakta, bunların başında da "yargıç güvencesi" (yargıç teminatı)[533] gelmektedir. Daha açık bir deyişle, yargıç teminatı sağlandıktan ve yargıçlar iyi bir şekilde yetiştirilebildikten sonra suçların mutlaka kanunlarda tanımlanmış fiiller olması kuralından, bir başka deyişle, biçimsel kanunilik ilkesi kuralından ayrılarak bazı fiillerin zararlı olarak değerlendirilip yargıçlar tarafından cezalandırılması pek fazla bir risk doğurmamaktadır. Zira bu takdirde hak ve özgürlüklerin diğer teminatları, daha somut olarak, düşünceyi açıklama ve basın özgürlüğü, serbest seçim ve seçim adaleti gibi diğer düzenekler işleyebilecektir. Bu bağlamda, yargıç teminatı ve temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı bir durumda suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin esnetilmesinden bir zarar oluşmaz.[534] Ancak söz konusu koşullar mevcut durumda Türkiye'de görülmediğinden[535] biçimsel kanunilik ilkesinin gevşetilmesi ülkede acı deneyim ve trajedilere yol açacaktır.[536]

Bunun yanında Türkiye'de kişi hak ve özgürlüklerinin tam olarak güvence altına alınabilmesi için yalnızca katı bir şekilde biçimsel kanunilik anlayışı kabul edilmemeli, maddi kanunilik ilkesinden de yararlanılmalıdır. Zira biçimsel kanunilik anlayışına göre kanuna aykırılık, bir fiilin, münhasıran bir ödevler bütünü olan kanunun emir ve yasaklarını ihlal etmesinden ibarettir. Bir başka deyişle, ceza hukukunda kanuna aykırılık, fiil ile ceza kanunu arasındaki çelişme biçiminde ortaya çıkan bir ilişkidir. Kanuna aykırılık, liberal siyasal düşünce ve hukuki pozitivizmin bir ürünüdür. Bu bağlamda kanuna aykırılık fiilin ceza normu ile çatışmasıdır. Ancak salt bu biçimsel kanunilik anlayışının kabul edilmesi doğru değildir. Zira biçimsel kanunilik anlayışının yerine getirdiği kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına alma

---

gerçek bir güvence sağlayacak şekilde özüne ve amacına uygun olarak yorumlanması ve uygulanmasının şart olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 324.

[533] Yargıcın öznel bağımsızlığını oluşturan yargıç teminatının Türkiye'de nasıl sağlanabileceği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı, s. 81-97.

[534] Tosun, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s. 59.

[535] Zira Türkiye'de yargıçlar iyi yetiştirilemediği gibi yargıç teminatı da yeterli ölçüde sağlanamamış olduğundan temel hak ve özgürlükler uygulamada gerekli ölçüde güvence altına alınamamıştır.

[536] Zira biçimsel kanunilik ilkesi, bütün eleştirilere karşın, kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması işlevinden ötürü vazgeçilmez bir şekilde ceza hukuklarında varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Bkz. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 40 dn. 132.

işlevinin tam olarak ifade edilebilmesi için onun hukuki varlık ya da menfaatlerin ihlaline karşılık gelen bir içerik ile tamamlanması zorunlu bulunmaktadır.[537]

IV-SUÇ ve CEZADA KANUNİLİK İLKESİ İLE DİĞER KAVRAMLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

Bu kısımda suç ve cezada kanunilik ilkesi ile tipiklik[538] ve idare hukukunda geçerli olan kanunilik türleri ve kanuni idare ilkesi arasındaki ilişkiler üzerinde durulacaktır.

1. Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi ile Tipiklik Arasındaki İlişkiler

Suç ve cezada kanunilik ilkesi ile tipiklik arasındaki ilişkileri tam olarak kavrayabilmek için öncelikle "tipiklik" veya "tipe uygunluk" ve bu kavramlarla çok karıştırılan "tipleştirme" üzerinde durmak faydalı olacaktır. Zira bu alanda öğretide büyük bir terminoloji karmaşa ve keşmekeşinin yaşandığını belirtmek gerekir.[539]

---

[537] Krş. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 156-157.

[538] Suç ve cezada kanunilik ilkesi ile tipiklik arasındaki ilişkiler üzerinde durulurken yalnızca tipiklik veya tipe uygunluk ile söz konusu ilke arasındaki ilişkiler üzerinde durulmakla kalınmamış, bunun yanında tipiklikten farklı bir kavram olan tipleştirme veya kanuni tip ile kanunilik arasındaki ilişkiler üzerinde de durulmuştur. Bunun başlığa yansıtılmamasının temel nedenini, tipleştirme veya kanuni tipin geleneksel olarak tipiklik başlığı altında incelenmesi oluşturmaktadır.

[539] Bu bağlamda Kunter, bu çalışmada kullanılan "tipleştirme" yerine "tipiklik" kavramını ikame etmekte, "tipiklik" veya "tipe uygunluk" kavramları yerine ise "fiilin kanuni tipe dâhil olması" ibaresini kullanmaktadır. Daha somut bir deyişle yazar, bir fiilin kanuni tipe dâhil olması ile fiilin kanuni tipte gösterilmesinin başka şeyleri anlatacağını, suçun kanuni unsurlarından (unsur, suçun tam olarak mevcut olabilmesi için gerekli olan koşul şeklinde tanımlanabilir. Bkz. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İÜHFY: No. 130, İstanbul 1954, s. 2) birisini oluşturan tipikliğin, bir suç tipinin kanunda saptanmasını ifade edeceğini, bununla birlikte, tüm suç unsurlarının kanunda saptanması ve gösterilmesinin şart olmadığını, kanuni tipte, yalnızca suçun mevcut olabilmesi için gerekli tüm şart-unsurların bulunmasının zorunlu olduğunu belirtmektedir. Bkz. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 14. Keyman ise "tipiklik" ile "tipe uygunluk" kavramlarının birbirinden farklı olduğunu ve birbirine karıştırılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar tipikliğin, bir başka deyişle tip olarak inşa edilmiş bulunmanın soyut anlamda suçu oluşturacağını, buna karşın tipe uygunluğun, suçu oluşturması için tipe uygun olması gerekli olan somut fiili ilgilendireceğini belirtmektedir. Daha açık bir deyişle yazar, tipikliğin norm tarafından yaratılan soyut bir çerçeve olduğunu ve bunun özelliklerine çok sayıda hatta bazen belirlenemeyecek tarzda olaylarda rastlanılabileceğini, kısacası tipin, normun yarattığı soyut bir şey olduğunu, somut fiilin tipik çerçeveye uygunluğunun, insan hareketinin soyut tipin esaslı özelliklerini bünyesinde taşımasını anlatacağını ileri sürmektedir. Yazar, tipikliğin, genellik özelliği nedeniyle kendi başına bir varlığa sahip olmasına karşın, tipe uygunluğun karşılıklı bir ilişki, fiil-tip sonucu ortaya çıkacağını, daha açık bir deyişle, soyut anlamda suçun tipe uygun fiili değil de bizatihi tipin kendisini oluşturduğunu, somut suçun varlığı için önkoşul olarak soyut bir tipin varlığının şart olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Keyman, S. Tipiklik ve Ceza Hukuku, AÜHFD, Cilt 37, Sayı 1-4, Yıl 1980, s. 73-74. Kunter ve Keyman'ın kullandığı kavramları isabetli bulmamaktayız. Bir kere tipiklik veya tipe uygunluk, tipleştirme kavramından farklıdır. Bu bağlamda, tipiklik ya da tipe uygunluk denilince anlaşılması gereken şey, davranış veya fiilin ceza yasasında yazılı tanıma uygun bulunmasıdır. (Krş. Alacakaptan, U. Suçun Unsurları, AÜHFY No. 372, Ankara 1975, s. 29. Yazar burada tipiklik için "suçun yasal unsuru" ibaresini kullanmaktadır ki bu kullanımı isabetli bulmamaktayız. Zira suçun yasal unsuru ibaresinin "tipleştirme" kavramı için kullanılması

Bütün suçlar az veya çok aynı unsurlara sahip bulunmaktadır. İşte tipiklik durumunda suçun maddi unsurunu oluşturan özel hareketler her bir suç tipini oluşturur. Bir suçun varlığı için suçta kanunilik ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak, işlenen fiilin kanunda gösterilen tanıma uygun olması gerekir. Bu bağlamda Alman öğretisinde "Tatbestand", İtalyan öğretisinde "tipicita", Fransız öğretisinde "typicité" olarak adlandırılan tipikliğin,[540] iki unsuru bulunmaktadır. Bunlardan ilki, bir fiilin suç teşkil edebilmesi için, dış âlemde işlenen fiilin kanundaki tanıma, bir diğer deyişle, modele veya tipe uygun olmasıdır. Böyle bir uygunluk bulunmadığı takdirde, suçun kanuni unsuru bulunmaz ve böylece yapılan hareketin ve meydana getirilen sonucun bir suç olarak nitelendirilmesi mümkün olmaz. Tipikliğin ikinci unsuru ise, çeşitli biçimlerde bir fiilin bulunmasını gerektirir. Gerçekten de maddi bir fiil işlemeyen bir kimsenin cezalandırılmasını çağcıl hukuk düzeni artık geçerli saymamakta, kimseyi yalnızca fikir ve niyetinden, düşünce ve hayallerinden sorumlu tutmamaktadır. Bu bağlamda, hukukun, özellikle ceza hukukunun sert ve şiddetli olan yaptırımlarının uygulanabilmesi için bir fiil ile hukuk düzeninin ihlal edilmesi veya ihlal tehlikesinin yaratılması gerekir. Günahı suçtan ayırmaya yarayan bu unsura Mezger, Maggiore, Grispigni hareket, Battaglini fiil olarak adını verse de Dönmezer-Erman'ın isabetli deyişiyle, buna "maddi unsur" denilmesi gerekir. Çünkü maddi unsur kavramıyla hareket, sonuç ve hareket ile sonuç arasındaki nedensellik bağı kapsanmış olmaktadır.[541]

Ancak tipiklik veya tipe uygunluk denilince genel olarak birinci unsurun anlaşılması gerekir. Zira tipikliğin ikinci unsuru olarak kabul edilen husus daha ziyade suçun maddi unsurunu oluşturur. Bu bağlamda "tipiklik" (la tipicità) veya "tipe uygunluk" (conformità al tipo) fiilin[542] suç tanımına uygun olmasını ifade eden bir somutluk durumunu gösterir.[543] Daha açık bir deyişle, yasaların yorumunda maddi olayın soyut norma uygun olmasına tipiklik veya tipe uygunluk adı verilir.

---

gerekmektedir.) Buna karşın suçun yasal unsuru olarak adlandırılan tipleştirme, en azından suçun maddi unsurunun, daha somut bir deyişle, maddi unsuru oluşturan fiilin ceza normunda tanımlanmış olmasını ifade eder. Suçun maddi unsurunu oluşturan fiil ise failin hareketini, sonucu ve hareket ile sonuç arasında bulunması zorunlu olan nedensellik bağını, kısacası, suçun maddi unsurlarının toplamını anlatır. Bkz. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 7.

[540] Bkz. Kunter, N. Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi (Kısaltılmışı, Kanuni Unsurlar), İÜHFY No: 94, İstanbul 1949, s. 39.

[541] Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt:1, s.297.

[542] Tipiklikte, araştırmanın temelini fiil oluşturduğuna göre onu, fiilin kanuni tanıma uygun olması şeklinde anlamak gerekir. Krş. Dönmezer-Erman, Cilt:1, s. 349.

[543] Cadoppi ve Veneziani, s. 191.

Gerçekten de kanunların doğru yorum ve uygulaması; somut olay ile yasada ifade edilen soyut normun birbiri ile örtüşmesine, aralarında tipiklik biçiminde bir bağlantı ve uyum sağlanmasına bağlıdır.[544] Buna karşın "tipleştirme", "tipiklik" veya "tipe uygunluk"tan farklı bir duruma işaret eder. Daha açık bir deyişle tipleştirme, ceza kanunlarının hazırlanış tekniği ile ilgili bir husustur. Ceza kanunlarının hazırlanması sırasında normdaki soyut tipin gerçeklikte yer alan somut olay tipleri dikkate alınarak düzenlenmesine tipleştirme[545] denilir.[546] Bir başka deyişle tipleştirme, kanun koyucu

[544] Öncel-Kumrulu-Akkaya. s. 9.

[545] Tipleştirme öğretide dar ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı şekilde anlaşılmaktadır. Tipleştirmeyi dar olarak anlayanlar, suçun normatif değerlendirmeye konu teşkil eden ve bu nedenle açıklamaya elverişli unsurları yanında, bir de sırf bir yargı oldukları için açıklanamayan unsurları (kusurluluk, hukuka aykırılık gibi) bulunduğunu kabul etmekte ve bu ikisi arasında bir ayrım yaparak suçu yalnızca objektif unsurlarla sınırlamaktadırlar. Buna karşın tipleştirmeyi geniş şekilde anlayanlar; suçun yalnızca objektif unsurunun açıklayıcı olduğu görüşünü reddetmekte, kusurluluk ve hukuka aykırılığın yargıdan ibaret olmadığını, bunların fiille eş olduğunu düşünmektedirler. Daha açık bir deyişle, geniş anlayış, tipleştirmenin suçun varlığı için gerekli unsurların tümünü ifade ettiğini benimsemektedir. Geleneksel düşünceyi temsil eden bu anlayışta, tipleştirme, bir cezanın verilebilmesi için gerekli unsurların hepsini içerir. Bu nedenle tipleştirme, hareket ve sonuç gibi unsurları değil, aynı zamanda, kusurluluk, hukuka aykırılık ve objektif cezalandırılabilme şartlarını da kapsar. (Krş. Keyman, Tipiklik ve Ceza Hukuku, s. 72. Keyman bu çalışmasında bizim "tipleştirme" olarak adlandırdığımız hususu "tipiklik" olarak nitelendirmektedir.) Kanımızca tipleştirme konusundaki bu görüşlerden onu dar olarak kabul edenlerin düşüncelerini isabetli bulmak gerekir. Zira suçun unsurları her suç tipinde az veya çok ortaktır. Örneğin bir suçun oluşabilmesi için kusurluluk türlerinden kural olarak "kast" ile işlenmesi gerekir. Taksirle sorumluluğun doğabilmesi için bunun ceza normunda özel olarak gösterilmesi gerekir. Şimdi suçların ezici çoğunluğu yalnızca kastla işlenebildiğine göre her suç tipinde kastın bulunması gerektiğini açıkça belirtmek uygun değildir. (Bunun gibi suç tipinde hukuka aykırılık unsurunun gösterilmesi de gerekmemektedir. Bir başka deyişle, hukuka aykırılık, tipleştirmeye dâhil değildir. Çünkü tipleştirme suçu tanımlayan cezai normun bulunmasıdır. Kanuni tipte, özel suçun bulunması için gerekli olan bütün şart unsurların bulunması zorunlu olmasına karşın, genel unsurların teker teker kanuni tipte gösterilmesi zorunlu değildir. Zira hukuka aykırılık, bütün hukuk düzeni ile fiil arasındaki ilişkinin ifadesidir ve bir suçun bulunması için zorunlu unsurlardan birisidir. Bu unsurun kanuni tipte gösterilmeden de suça dâhil olması, onun tipiklik unsuruna dâhil olması anlamını taşımaz. Aksi takdirde, kanuni tipe dâhil diğer unsurların da müstakil mevcudiyetlerini inkâr etmek gerekecektir. Diğer yandan, bazı nedenlerin sadece tipiklik unsuruna etki etmesi, bazılarının da tipiklik unsuruna dokunmadan sadece hukuka aykırılığın oluşmasına engel olması, tipleştirme yerine, bunların birbirlerinden bağımsız mevcudiyetlere sahip olduğunun somut kanıtını oluşturur. Krş. Kunter, Kanuni Unsurlar, s. 85-86.) Bu bağlamda her suçun tipine özgü maddi unsurların belirtilmesi yeterlidir. Bu açıdan tipleştirmeyi dar anlamda kabul etmek gerekir. Nitekim günümüz ceza hukuku öğretisine egemen olan anlayış da tipleştirmeyi dar bir şekilde kabul etmektedir. Krş. Keyman, Tipiklik ve Ceza Hukuku, s. 72. Bu kabul [Kunter de haklı olarak tipleştirmenin (her ne kadar yazar tipleştirme yerine tipiklik dese de) "nesnel" (objektif) mevcudiyetinin yeterli sayılmasının, suçların kanuniliği ilkesinin esasıyla açıklanabileceğini, söz konusu ilkenin suç faillerinin bilip bilmemesiyle ilgili bir husus olmadığını, daha doğru bir deyişle, suçların kanuniliği ilkesinin, suç faillerinin kanunu bilmesini sağlamak için değil, kişilerin keyfi bir şekilde cezalandırılmalarını önlemek amacıyla kabul edildiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda yazar, tipleştirmenin nesnel mevcudiyetinin yeterli sayılmamasının, cezaların kişiselleştirilmesi kuralının sonucundan başka bir şey olmadığını, bazı kişilerin toplumsal bakımdan daha az tehlikeli oldukları veya hiç tehlikeli bulunmadıkları anlaşıldığı zaman cezaların azaltılması veya çeşitli yollarla kaldırılması, kısacası, faillerin cezalandırılmaması yoluna gidildiğinin bir gerçek olduğunu, "tecilin" (ertelemenin), bu yolların en tanınmışlarından olduğunu belirtmektedir. Bkz. Kunter, Kanuni Unsurlar, s. 72. Görüldüğü üzere kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi bakımından

tarafından ilgili maddede, suçun maddi unsurlarının[547] tanımlanmış olmasıdır.[548] Daha kısa bir deyişle tipleştirme, her özel suç tipine özgü dışsal unsurların bütünüdür.[549]

---

tipleştirmenin dar anlamda, nesnel olarak bulunması yeterlidir. Tipleştirmeyi geniş olarak anlayanlar "cezanın kişiselliği" kuralından yola çıkmaktadırlar. Kanımızca bu yola tipleştirmeyle değil başka yollarla -örneğin cezanın suçlunun şahsına uydurulmasında yargıca geniş yetkiler verilmesi gibi- çıkılması gerekir.] son derece isabetlidir, zira ceza normları nesnel nitelikteki ölçü tiplerle düzenlenir. Ölçü tipler; somut olaylar ya da kurumlarda gözlemlenen tüm tipik özelliklerin bir ölçek içerisinde bir araya getirilerek soyutlaştırılması anlamı taşır. Bu yöntem oldukça değerlidir, çünkü somut gerçekliğin bu soyut tiplerle karşılaştırılmasına, böylelikle benzer ve farklı noktaların gün ışığına çıkartılarak daha sağlıklı bir değerlendirmenin yapılmasına olanak sağlar. Bkz. San, C. Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri, AİTİAY No: 85, Ankara, 1974, s. 22.

[546] Krş. Öncel-Kumrulu-Akkaya, s. 9.

[547] Tipleştirmede, bir başka deyişle kanuni tipte, hareket, sonuç ve nedensellik bağından oluşan maddi unsurun tümünün gösterilmesi gerekmez. Burada hemen şunu belirtmek gerekir ki nedensellik bağının kanuni tipte gösterilmesi şart değildir. Zira önemli olan husus, nedensellik ilişkisi olmaksızın suçun işlenemeyeceğini bilmek değil, bu ilişkinin ne zaman var olduğunu saptayabilmektir. Krş. Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 125-126. Suç fiilinin "hareket" ve sonuç" unsuruna gelince, her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki bütün suçlarda "sonuç" unsurunun kanuni tipte gösterilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda bazı suçlarda hareketten ayrılabilen sonuçlar gösterilmekte, hareketten ayrılamayan sonuçlar ise hareket ile birlikte gösterilmektedir. Bkz. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 88. İdari suç ve cezalar bakımından da bu esas geçerli bulunmaktadır. Örneğin, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 36. maddesinin 1. fıkrasında; başkalarının huzur ve sükûnunu bozacak şekilde gürültüye neden olan kişinin idari para cezası ile cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Burada sonuç hareketten ayrılabilmekte ve sonucu "başkalarının huzur ve sükûnunu bozulması" oluşturmaktadır. Buna karşın bu kanunun 34. maddesinin 1. fıkrasında kumar oynayan kişiye idari para cezası verileceği ifade edilmiştir. Burada sonuç hareketten ayrılamamakta ve sonuç unsurunu "kumar oynanması" oluşturmaktadır. Görüldüğü üzere idari suçlar bakımından da kanuni tipte hareketle birlikte veya hareketten ayrı olarak sonucun belirtilmesi suretiyle "sonuç" unsurunun gösterilmesi mutlak bir zorunluluk oluşturmaktadır. Suçun kanuni tipinde sonucun mutlaka gösterilmesi gerekmesine rağmen suçun maddi unsurlarından birisini oluşturan "hareket" bakımından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu bağlamda suç tanımında hareketin gösterilmesi olanaklı olduğu gibi hiç gösterilmemesi de olanaklıdır. Hareketin kanuni tipte gösterilmemesi durumunda icrai veya ihmali bir hareketle suçun işlenebilmesi olanaklıdır. Bu tip suçlara İtalyan öğretisinde "serbest şekilli suçlar" (reati a forma libera) denilmektedir. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 14. Ancak hareketin kanuni tipte gösterilmesi zorunluluğunun olmaması savından onun suçun maddi unsurunu oluşturmayacağı anlamı çıkartılamaz. Zira yalnızca sonucun gösterildiği suçlarda da o sonucu meydana getiren icrai veya ihmali bir hareketin bulunması zorunludur. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 15. Örneğin, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 35. maddesinin 1. fıkrasında sarhoş olarak başkalarının huzur ve sükûnunu bozacak davranışlarda bulunan kişiye idari para cezası verileceği ifade edilmiştir. Burada hareket kanuni tipte açıkça gösterildiği için bu suç ancak "sarhoş olma" yoluyla işlenebilir. Sarhoş olmadan başkalarının huzur ve sükûnunu bozacak davranışlarda bulunan kişiye bu maddenin uygulanması olanaksız olup koşulları varsa az önce bahsedilen 5326 sayılı Kanunun 36. maddesinin 1. fıkrası uygulanır. Buna karşın, 5326 sayılı Kanunun 33. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen dilencilik suçunun işlenebilmesi açısından kanun herhangi bir hareket tarzı öngörmemiştir. (Gerçekten de 5326 sayılı kanunun 33. maddesinin 1. fıkrasında; dilencilik yapan kişiye idari para cezası verileceği öngörülerek, hareket, kanuni tipte saptanmamıştır.) Dilencilik suçu serbest şekilli bir suç olarak öngörüldüğüne göre her türlü hareket tarzıyla bu suç işlenebileceği gibi icrai veya ihmali bir davranışla işlenebilmesi de olanaklıdır. Örneğin temiz bir giyimle dilencilik suçu işlenebileceği gibi paçavra bir kıyafet içerisinde de bu suçun işlenebilmesi olanaklıdır. Yine kişi icrai bir davranışla, örneğin yalvararak dilencilik suçunu işleyebileceği gibi mendilini serdikten sonra uykuya dalması sonucu ihmali bir davranışla da işleyebilir.

[548] Cadoppi ve Veneziani, s. 191.

[549] Krş. Keyman, Tipiklik ve Ceza Hukuku, s. 101.

Tipiklik veya tipe uygunluk ile tipleştirme kavramları arasında bu farklılık bulunsa da ceza normunun uygulanması bakımından aralarında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda bir ceza normunun tanımlanmış olması, bir başka deyişle, tipleştirilmesi, onun tek başına uygulanması için yeterli değildir. O normun uygulanmasını harekete geçirecek itici bir güce gereksinim vardır. İşte bu itici güç, kendisine ceza normunun uygulanmasını gerektiren maddi fiil olup ancak bu fiilin soyut norma uygunluğu sonucu, teknik ve hukuki bir deyişle tipiklik veya tipe uygunluk şeklinde bir ilişki neticesi ceza normu uygulanabilir.[550]

Tipiklik veya tipe uygunluk ile tipleştirme kavramları bakımından yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere bu kavramlarla suç ve cezada kanunilik ilkesi özdeş olarak kabul edilemez. Bu gerçeğe rağmen Fransız öğretisinde garip bir şekilde, kanunilik ilkesi ile tipiklik özdeş olarak anlaşılmaktadır. Daha açık bir deyişle Fransız öğretisi, bizim "tipleştirme" olarak kabul ettiğimiz hususu "tipiklik" olarak algılamakta ve tipiklikten de suçun kanunda tanımlanmış olması ve karşılığında bir cezanın gösterilmesini anlamaktadır.[551] Nitekim ünlü Fransız hukukçuları Stéfani-Levassuer, tipiklik unsurunu; "bir icra veya ihmal, kanun koyucu tarafından bir metinde öngörülmüş ve bir ceza tehdidiyle yasaklanmış olmadıkça, sosyal düzen bakımından ne kadar zararlı olursa olsun, yargıç tarafından yaptırım altına alınamaz." şeklinde açıklamaktadırlar.[552]

Yine Fransız ceza hukuku incelemelerinde "tipiklik" konusunda genellikle ayrı bir başlık açılmamakta, daha çok, "tipiklik" ile "kanunilik" ilkesinin aynı şey olduğu varsayımıyla yalnızca kanunilik konusundaki açıklamalara yer verilmekle yetinilmektedir. Nitekim bu bakış açısından hareket eden Clavier, suçun yasal bir soyutlama olduğunu, daha somut bir deyişle, suçun, ancak kanunda düzenlendiği takdirde suç olarak kabul edileceğini ifade etmektedir. Yazar kanunilik ilkesinin kabulüyle amaçlanan temel isteğin keyfiliğin önlenmesi olduğunu, suçun dini veya

[550] Krş. Feyzioğlu, B. N. Mükellefiyet Doğurucu Vakıa, AÜSBFD, Cilt: VII, Sayı:1-4, Yıl:1952, s. 52.
[551] Fazla bilgi için bkz. Kunter, Kanuni Unsurlar, s. 44 vd.
[552] Nak. Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt:1, s. 349.

ahlaki bir düzene karşı değil yalnızca sosyal düzene aykırı (kötü) bir fiil olarak tanımlanacağını ifade etmektedir.[553]

Aslında kanunilik ilkesi ile tipiklik kavramı doğası gereği birbirinden farklıdır. Daha açık bir deyişle, hukukun doğrudan doğruya yasaklama öngörüp örneğin her kim insan öldürürse şu kadar ceza verilir hükmü bir kanunilik hükmüdür. Buna karşın, maddi bulgulara dayanılarak kanun hükmünün uygulanması yoluna gidilmesi ise tipikliktir.[554] Bunun gibi tipleştirme ile kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi de özdeş bir nitelik taşımamaktadır. Kısacası bunlar aynı kavrama işaret etmemektedir. Daha açık bir deyişle, kanunun suç ve cezadan önce bulunmasını arayan "nullum crimen nulla poena sine lege" ilkesi ile kanunun suç saydığı bir fiilde aradığı şartları soyut kategoriler şeklinde gösteren tipleştirme, bir başka deyişle, suçun kanuni yapısı birbirinden farklı hususlara işaret eder.[555]

Burada şöyle bir soru akla gelebilir. Fiilin kanuni tipte gösterilmesi tipleştirme olduğuna göre kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin kanunun açıklığı veya belirliliği alt ilkesi ile tipleştirme acaba aynı şeyleri mi ifade etmektedir. Hemen şunu belirtmek gerekir ki tipleştirme ile kanunun açıklığı alt ilkesi aynı şeyi ifade etmemektedir.[556] Gerçekten de tipleştirmede suçu oluşturan fiil soyut kategoriler halinde gösterilmektedir. Soyut kategorinin içeriğinin nasıl düzenlenmesi gerektiği tipleştirmeyi doğrudan[557] ilgilendirmemektedir. Bahsedilen kategorinin içeriği doğrudan kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesini ilgilendirmekte ve bu alt ilkenin gereği olarak "en üst seviyede" (azami) bir açıklık veya belirliliğin bulunması gerekmektedir.

---

[553] Clavier, S. M. Perspectives on French Criminal Law, Paris France and San Francisco, California, July 1997 (http://userwww.sfsu.edu/~sclavier/research/frenchpenalsystem.pdf. Erişim Tarihi, 8.4.2009).

[554] Krş. Corso, s. 184.

[555] Krş. Soler, S. La formulation actuelle du principe <<Nullum Crimen >>, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, No 1, Janvier-Mars, 1952, s. 16. Soler burada bizim tipleştirme dediğimiz şeye "tipiklik" (tatbestand) demektedir.

[556] Aksi görüş için bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 247.

[557] Dikkat edileceği üzere soyut kategorinin içeriğinin tipleştirmeyi doğrudan ilgilendirmediği belirtilmiştir. Bu savdan söz konusu içeriğin dolaylı olarak tipleştirmeyi ilgilendirdiği anlamını çıkartmak olanaklıdır. Aslında tipleştirme yeterli açıklıkta yapılmazsa az sonra ayrıntılı olarak belirtileceği üzere suç ve cezada kanunilik ilkesinin açıklık alt ilkesi, dolayısıyla kanunilik ilkesinin bir anlamı kalmaz. Zira kanuni tipin gereği gibi gösterilmediği durumlarda "kanunsuz suç olmaz" kuralı özellikle zarar görmektedir. Bu bağlamda suçun kanuni tanımının neleri kapsadığının anlaşılması da yeterli olmamakta, bunun yanında, nelerin tanım dışında kaldığının da belirli olması gerekmektedir. Krş. Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: I, s. 82.

Tipiklik ve tipleştirme ile suç ve cezaların kanuniliği ilkesi arasındaki bu farklılıklara rağmen aralarında önemli ve yakın ilişkiler bulunmaktadır. Her şeyden önce şu hususu belirtmek gerekir ki suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile tipiklik ilkesi birbirini tamamlamaktadır. Daha açık bir deyişle, kanunilik ilkesinin gerçekleştirmeyi ereklediği "hukuki güvenlik" ilkesinin tipiklik ilkesine uyulmadan gerçekleştirilmesi olanaklı değildir. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde bir şekilde belirtildiği üzere, kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi ve bu alt ilkenin gereği olan kıyas yoluyla muhakeme yasağı ile ceza normlarının geriye yürümezliği alt ilkesi hukuki güvenliğin gerçekleştirilmesini erekler. Hukuki güvenlik ilkesi herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutum ve davranışlarını bu esasa göre düzene sokabilmesi anlamını taşır. Söz konusu alt ilkelere ne kadar uyulursa uyulsun eğer işlenen fiilin suç tanımına uygun olmasını ifade eden tipiklik ilkesine uyulmazsa hukuksal güvenliğin gerçekleştirilmesi imkânsız denecek ölçüde zordur. Zira tipiklik ilkesine uyulmadığı takdirde işlenen bir fiilin suç olup olmadığı bilinemez ki bu durumu hukuksal güvenlik ilkesiyle bağdaştırabilmek olanaksızdır.[558]

Yine tipiklik suçların kanuniliği ilkesinin doğal bir sonucunu oluşturmaktadır. Gerçekten de eğer eylem, yasada yapılan suç tanımına uymamaktaysa, bünyesinde bütün suç unsurlarını toplamış olsa bile suç sayılamaz. Aksinin kabulü, Anayasanın 38. ve TCK'nın 2. maddesinde yer alan kanunilik ilkesine aykırı düşer.[559] Bu durum, tipikliğin bir unsur olarak kabulünün, suçların kanuniliği ilkesinin doğal bir sonucu olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.[560]

---

[558] Krş. Öncel-Kumrulu-Akkaya, s. 11-12.

[559] Tipiklik ilkesine uyulmadığı takdirde suç ve cezada kanunilik ilkesinin içeriğinin nasıl boşaltılmış olacağını şu örnek somut bir şekilde göstermektedir. DVDDGK'nın 16.6.1999 tarih ve E. 1998/419, K. 1999/338 sayılı kararında; kanun gereği alınması ve verilmesi gereken belgelerin verilmediği ve alınmadığı yolunda somut ve hukuken geçerli tespit yapılmaksızın kesilen özel usulsüzlük cezasının hukuka uygun bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu kararda, yükümlü adına özel usulsüzlük cezası kesilebilmesi için ceza gerektiren eylemin ve eylemle fail arasındaki bağlantının açıklıkla saptanması ve usulsüzlük eyleminin bütün unsurlarıyla ortaya konması gerektiği, buna karşın, olayda gerçeği yansıtmadığı kabul edilen faturalara dayanılarak alış kaydedilen emtianın müstahsilden alındığı ve müstahsil makbuzu düzenlenmediği görüşüyle ceza kesilmiş olduğu, yükümlünün müstahsilden alışı olduğuna dair somut bir tespit yapılmadan kesildiği anlaşılan özel usulsüzlük cezasının kaldırılması yolunda ilk derece vergi mahkemesinin verdiği kararın hukuka uygun olduğu ifade edilmiştir. Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 14.9.2009. Görüldüğü üzere Danıştay bu kararında tipiklik ilkesinin uygulanmasına özen göstermeseydi nasıl düzenlenirse düzenlesin özel usulsüzlük cezasını tanımlayan hükmün bir kıymetinin olmayacağı açıkça ortaya çıkardı.

[560] Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 29.

Tipiklik kavramını bularak ilk defa ortaya atan kişi Ernest Beling'tir. Bu bağlamda Beling, 1906 yılında yayımladığı kitabının ismini de ("Die Lehre vom Verbrechen",[561]) şeklinde koyarak bu kitabın 4. Kısmını tipiklik konusuna ayırmıştır. Yazar her ne kadar tipiklik ile kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralı arasında bir ayrım yapsa da ikisi arasında yakın bir ilişki olduğu gerçeğini teslim etmiştir. Daha açık bir deyişle Beling, "kanunsuz suç olmaz" ilkesine suçun teknik yapısının oluşturulmasında en üst bir değer tanımış, suçlarda "tipiklik" ilkesine uyulmadığı durumlarda "nullum crimen sine lege" ilkesine de uyulmuş olunamayacağını vurgulamıştır. Yazar söz konusu esası da hukuki bir vecize ile süsleyerek "tipiklik olmadan suç olmaz" (kein Verbrechen ohne Tatbestand) şeklinde formüle etmiştir.[562]

Yukarıda belirtildiği üzere tipleştirme ile suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi birbirinden farklı olsa da aralarında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Gerçekten de kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesi ile kıyas yoluyla muhakeme yasağını tipleştirme tamamlamaktadır. Bu bağlamda kanun koyucu tipleştirme yaparken tip fiilleri göstermeli ve suç kapsamını sınırlandırmalıdır. Böylelikle bütün fiiller değil o tipte gösterilen fiiller cezalandırılmış olunur.[563]

Tipleştirme ile kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesi arasındaki ilişkileri gösterebilmek bakımından somut bir örnek vermek uygun olacaktır. TCK'nın 157. maddesinde, hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp onun veya başkasının zararına olarak kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişinin cezalandırılacağı ifade edilmektedir. Burada Kanun, dolandırıcılık suçunun işlenebilmesi için maddi unsuru oluşturan fiilin "hileli davranışlar" ve "onun veya başkasının zararına olarak", "kendisine veya başkasına bir yarar sağla(ması)" gereğinden söz etmektedir. Hileli davranış, gibi pasif süje veya başkasının zararına olmak, failin kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak ibarelerinin anlamları tam olarak belirli değildir. Bu kavramların anlamları, zamana göre değişebileceği gibi yorumlayanların öznel tercihine göre de değişebilecektir. Bu bağlamda, bir kimseyi kandırarak 5 Türk Lirası borç alan bir kimse, pasif süjenin zararına olarak kendisine

[561] "Suç Kuramı".
[562] De Asua, s. 239 ve dn. 2.
[563] Krş. Cadoppi ve Veneziani, s. 89.

bir yarar sağladığı için dolandırıcılıktan mahkûm edilebilecektir ki bunun "makul olmayan" bir hüküm oluşturacağı ortadadır.[564]

Tipleştirmenin ceza hukukunda özel bir yerinin olması bakımından da kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesi ile yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. Gerçekten de ister geniş anlamda isterse dar anlamda alınsın, tipleştirmenin ceza hukuku bakımından özel bir yeri bulunmaktadır. Çünkü suç, yalnızca hukuka aykırı bir hareketten ibaret kabul edilecek olursa, hukuk düzeninin herhangi bir kısmına ilişkin normlar, suçun temel unsurunu oluşturan hukuka aykırılık üzerinde etkili olacaklardır. Böylece cezanın en önemli önkoşulu haline gelen hukuka aykırılık, sürekli olarak değişiklik gösteren normlara bağımlı bir duruma gelecektir. Bir başka deyişle, bireylerin yaşamı, özgürlüğü, şerefi ile yakından ilgili olan ceza hukuku, hoş görülmesi olanaklı görülemeyecek bir belirsizlik içinde düşecek, kısacası, kesinlikten uzaklaşacaktır. Ceza hukuku tam bu noktada, kendi alanında gerekli açıklığa kavuşma çarelerini aramak zorunda kalmıştır. Bir başka deyişle ceza hukuku, kendi alanındaki hukuka aykırılığın kesin ve iltibasa yer vermeyecek biçimde belirlenmesi gerekliliğini hissetmiş ve bu gerekliliği tipleştirme kavramı ile karşılamıştır.[565]

Tipleştirmenin ceza hukuku açısından taşıdığı önem bakımından da kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesi ile yakın ilişkisi bulunmaktadır. Gerçi kimi Alman ve İtalyan yazarlar, tipleştirmeyi yalnızca suçun zorunlu şartı olarak görse de bu bakış açısının yanlış olduğunu ifade etmek gerekir. Zira dar anlamda tipiklik, sadece ceza hukuku alanındaki hukuka aykırılıkların değil, bütün hukuksal fiillerin bir niteliğini oluşturur.[566] Bu yüzden tipikliğin ceza hukuku yönünden önemi bir başka yerden gelir. Gerçi ceza hukukunda kanuni tipin, yaptırımın ağırlığı nedeniyle çok daha ayrıntılı ve dikkatli olarak belirlenmesi gerekir, ancak bu durum, tipleştirmenin yalnızca suçun zorunlu koşulu olduğu anlamını taşımaz. Bundan dolayı, ceza hukuku alanında tipleştirme olgusunun bulunduğu bir durumda kanuni tipe uygunluktan değil de bir ceza normunda "açıklanmış" (tasvir edilmiş) olmaktan söz edilir. Çünkü suçun diğer hukuki fiiller karşısındaki özelliğini, bir ceza hukuku

[564] İtalya'da da bozuk bir şekilde tipleştirilen "dolandırıcılık" (truffa) suçu bakımından verilen bir örnek ile krş., Cadoppi ve Veneziani, s. 89.
[565] Krş. Keyman, Tipiklik ve Ceza Hukuku, s. 73.
[566] Tipleştirmenin cezai ve "medeni" (özel) hukuka aykırılığı birbirinden ayırmada ölçü olmayacağı, başka yazarlar tarafından da kabul edilmektedir. Bu yazarlara göre tipleştirme suçun davranış unsurunun belirli bir şekilde açıklanmış olması olduğuna göre bu esas, bütün hukuk dalları için geçerli bulunmaktadır. Krş. Keyman, Tipiklik ve Ceza Hukuku, s. 101-102 dn. 78.

normu tarafından açıklanmış olması oluşturur. Bu anlamda, tipleştirmeyi göz önünde bulundurmadan ceza hukukunun özel kısmına ait herhangi bir normun yorumuna girişilmesi oldukça zordur. Daha açık bir deyişle, tipleştirmenin ceza hukuku bakımından değerini reddetmek, özel kısmın incelenmesine girişmekten kaçınmak anlamını taşır.[567] Zira suç ve cezada kanunilik ilkesinin benimsendiği hukuk düzenlerinde suç yaratan her normun içeriği ayrıntılı bir şekilde düzenlenmeli, emir ve yasaklar ayrıntılı olarak saptanmalıdır. Bu bağlamda suç yaratan her ceza normu soyut bir kanuni tip çizmekte, bir fiilin suç oluşturabilmesi için öncelikle söz konusu soyut kanuni tipe uygun olması gerekmektedir.[568]

Tipleştirmenin ihlalinin eşanlı olarak kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesini ihlal etmesi yüzünden de iki kavram arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Çeşitli defalar belirtildiği üzere tipleştirme kavramından, somut olguların soyut kategoriler şeklinde tanımlanması anlaşılır. Ancak, bu somut olguların kanunda açık ve kesin kesin bir şekilde kategorize edilmesi gerekir. Örneğin kıyas yoluyla muhakemeye yer vererek bunun aksine hareket etmek veya kanunda somut olgulardan sadece ismen bahsedip niteliklerinin takdirini İdareye bırakmak, kanunilik ilkesinin suçların açık ve kesin olması alt ilkesini ihlal eder. Çünkü somut olgular; İdarenin takdirine göre şu veya bu kategorilerden birisinin içerisine girecektir ki böyle bir durumda bu kategorilerden her birisi farklı bir hukuk sonuç doğurur. Daha açık bir deyişle, somut olguların niteliklerini belirlemek için bunların kesin içerikte olan hukuki şekilleri yerine değişken bulunan anlamlarını ölçüt olarak kabul etmek, kanunilik ilkesini yalnızca gösterişten ibaret bir konuma sokar.[569]

Kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralından tipleştirme ilkesi ihlal edilerek de sapılabilmektedir. Daha açık bir deyişle Soler'in haklı bir şekilde belirttiği üzere, kanunsuz suç olmaz kuralından yalnızca Hitler'in yaptığı gibi açık bir şekilde sapılacağını düşünmek saflıktır. Soler, Hitler'in askeri olarak yenilgiye uğratılmasından sonra hiçbir diktatörün "nullum crimen nulla poena sine lege" ilkesinden açık bir şekilde sapmaya cesaret edemediğini, hatta Anayasada bu ilkeye yer veren hükmü bile olduğu gibi bıraktıklarını ifade etmektedir. Bununla birlikte

[567] Krş. Keyman, Tipiklik ve Ceza Hukuku, s. 101-102.
[568] Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 95.
[569] Krş. Feyzioğlu, s. 62-63.

yazar, bir diktatörün kimsenin farkına varamayacağı sinsi bir şekilde kanunsuz suç olmaz ilkesini ihlal edebileceğini ifade etmektedir. Daha somut bir deyişle Soler, bir ceza dizgesinde yer alan bütün suçların yapısını değiştirmeye olanak sağlayan tipleştirme ilkesine uymayan tek bir "muğlak" veya "içi boş bir ceza normu"na yer verilerek de o dizgede yer alan tüm suçlar için kanunsuz suç olmaz kuralının ihlal edilebileceğini ifade etmektedir. Yazar böyle bir durumda diğer ceza normlarının tümünün tipleştirme ilkesine uygun bir şekilde tanımının yapılmasının da herhangi bir öneminin bulunmadığını belirtmektedir.[570]

Çağcıl ve demokratik bir ceza kanununun gereğini yerine getirebilmek açısından da tipleştirme ve kanunun açıklığı alt ilkesine tam bir şekilde uyumun sağlanmış olması gerekmektedir. Bu bağlamda, bir ceza normunda kanuni tipin kanunun açıklığı alt ilkesine uygun olarak açık ve kesin bir şekilde ortaya konulması gerekir. Bir ceza normunda belirsizliğe meydan verilmemesinden, tersine bir deyişle, ceza normunun açık ve kesin bir şekilde düzenlemesinden en çok diktatörler korkarlar. Çünkü diktatörler bu durumu kendi yetkilerine bir tecavüz olarak değerlendirirler.[571]

Tipiklik veya kanuni tipe uygunluk kavramları ile suç ve cezada kanunilik ilkesi arasında da yakın bir ilişki bulunmaktadır. Her şeyden önce tipiklik veya kanuni tipe uygunluk kavramları kabul edilmeksizin suçta kanunilik ilkesinin suç kuramı içerisindeki yeri saptanamaz. Gerçekten de ancak tipiklik veya kanuni tipe uygunluk unsurunun kabulü yoluyla kanunsuz suç olmaz ilkesinin suç kuramı içindeki yeri saptanabilmekte, bu bağlamda söz konusu ilke bir anlam kazanabilmektedir.[572]

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ile tipiklik birlikte ceza hukukunun alet olmadığını göstermeleri bakımından da aralarında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Gerçekten de ceza hukuku, kendi alanına giren ve ceza hukukunun düzenlemesine tabi davranışları, diğer hukuk dalları ve alanlarından bağımsız olarak değerlendirerek belirlemiş ve bu yolla ceza hukukunun aletliği kuramının yanlışlığını da ortaya koymuştur.[573] Bu durumun doğal sonucu olarak da cezalandırma savının doğabilmesi

[570] Soler, s. 16-17.
[571] Krş. Soler, s. 16.
[572] Krş. Kunter, Kanuni Unsurlar, s. 46.
[573] Ceza hukukunun alet olmayıp "özerk" bir hukuk dalı olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: I, s. 8 vd.

bakımından hukuka aykırı herhangi bir hareketin varlığı yeterli görülmemiş, özel bir hukuka aykırılığın bulunması gerekmiştir.[574] Bu da kanuni tipe uygun, kısacası, tipikleşmiş bir hukuka aykırılıktır. Bu nedenle, hukuka aykırı bir hareketin cezalandırılabilmesi için her şeyden önce bu hareketin ceza hukuku tarafından ele alınması gerekir. Daha açık bir deyişle, tipiklik kavramının benimsenmesi sonucu, kusurlu ve hukuka aykırı herhangi bir hareketin ceza tehdidini doğurması anlayışı sona ermiştir.[575]

Yine suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile tipiklik, ceza hukukundaki hukuka aykırılığı açıklayabilmek bakımından yaşamsal bir önem taşımaktadırlar. Gerçekten de ceza hukukunun kapsamına giren suç bakımından hukuka aykırılık, ceza hukuku düzenine ait bir hükmün ihlali olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda, hukuka aykırı fiilin en belirgin niteliği, fiille ceza kanunu arasındaki çelişki ve aykırılıktır.[576] Bunun gibi idari suç bakımından hukuka aykırılık, idare hukuku düzenine ait önceden konulmuş bir normun ihlalidir. İdari cezanın uygulandığı durumda "idari

[574] Daha açık bir deyişle, bir fiilin tipik olması, bu fiilin eşanlı olarak kusurlu ve hukuka aykırı olduğu anlamına gelmemekte, tipiklik, somut olay bakımından, kusurluluk ile hukuka aykırılığın bulunup bulunmadığını incelemeye geçebilmek bakımından bir "hareket noktası" oluşturmaktadır. Bkz. Keyman, Tipiklik ve Ceza Hukuku, s. 89.

[575] Krş. Keyman, Tipiklik ve Ceza Hukuku, s. 73.

[576] Keyman, Hukuka Giriş, s. 111. Bununla birlikte yeni görüşler, suçun maddi tipik bir fiil olmasının dışında ihlal edici niteliğine de önem vermektedir. Daha açık bir deyişle, ihlalin oluşabilmesi için ceza kanunun tanımladığı tipik fiilin, eşanlı olarak, kanunun o hüküm aracılığıyla koruduğu hukuki varlık veya menfaate zarar vermiş veya bunlar bakımından zarar tehlikesi yaratmış olması gerektiği aranmaktadır. Bu bağlamda tipik fiil ile hukuk düzeni arasındaki çatışma, hukuka aykırılığın dış dünyaya yansıyan biçimi, bir başka deyişle, hukuka aykırılığın şekilsel (biçimsel) görünümünü oluşturmaktadır. Ancak, hukuka aykırılığın bir de "maddi" (öz) içeriği bulunmaktadır. Daha somut bir deyişle, hukuka aykırılığın öz içeriği; fiilin, kanun hükmünün koruduğu hukuki varlık veya menfaati ihlal etmesidir. Bu yüzden, kanunun tanımladığı tipik fiil, eşanlı olarak, kanunun koruduğu bir varlık veya menfaati ihlal etmiyorsa failin cezalandırabilmesi olanaklı değildir. Bu bağlamda suçun oluşması için mutlaka tipik bir fiilin varlığını aramak, suçun maddi varlığa, daha açıkçası, hareket, sonuç ve illiyet bağının bulunması ilkesine sahip olmasının gerekmesi, düşüncenin suç sayılmasına karşı bir güvence oluşturur. Hukuka aykırılığın maddi içeriğinin, bir başka deyişle, tipik fiilin ihlal edici olmasını aramak, yasa koyucunun zarar verici olmayan fiilleri suç saymasını engeller. Bu durum suçu, öz değerine ilişkin içerikten yoksun ve sadece norma itaatsizlikten ibaret sayan ceza hukuku anlayışını, kısacası, otoriter anlayışa karşı bir güvence oluşturur. Gerçekten de suçu yalnızca norma itaatsizlik saymak, baskıcı ceza hukukuna (baskıcı ceza hukuku hakkında bilgi için bkz. Toroslu, N. Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, Ankara 1987, s. 1-2) özgü bir durumdur. Bu ceza hukuku anlayışı, tehlikeliliği tek başına cezalandırmaya eğilimlidir. Nitekim İtalyan Yargıtay'ı, 1962 yılında vermiş olduğu bir kararda bu eğilime karşı çıkarak, çelişki ve mantık hataları dolu bir iftirayı ihlale elverişli olmadığı için suç saymamıştır. Bunun gibi, çok az ekonomik veya manevi değere sahip veya terkedilmesi kararlaştırılmış bir eşyayı almak da hırsızlık suçu sayılmamalıdır. Bu bağlamda, kısacası, cezai hukuka aykırılık, tipik fiilin varlık veya menfaatleri ihlal edici niteliğidir. Bkz. Keyman, Hukuka Giriş, s. 111-112.

hukuka aykırılık" olgusu bulunmaktadır. Nitekim Almanya ve İtalya'da idari cezanın idare hukukuna aykırılığın karşılığını oluşturduğu esası benimsenmiştir.[577]

2. Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi ile İdare Hukukundaki Kanunilik İlkesi Arasındaki İlişkiler

Bu kısımda kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralı ile idare hukukunda geçerli olan kanunilik türleri ve kanuni idare ilkesi arasındaki ilişkiler, daha açık bir deyişle aralarındaki farklılıklar ve benzerliklerin ortaya konulmasına çalışılmıştır. Bu ilişkileri incelemeye geçmeden önce idare hukukunda kanunilik kavramının ne anlama geldiğinin irdelenmesi uygun olacaktır.

Günümüzde idare hukukundaki kanunilik ilkesi, daha çok idarenin tasarrufları üzerinde yoğunlaşmıştır. Daha açık bir deyişle, önceleri, idare hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesi salt kanun olarak anlaşılırken, günümüzde, değişik kaynaklardan doğan kurallar şeklinde anlaşılmaktadır.[578] Bu bağlamda Laubedère, kanunilik ilkesinden; anayasa, kanun, İdarenin düzenleyici işlemleri, uluslararası anlaşmalar, örf-adet ve genel hukuk ilkelerini anlamakta ve bunlardan ilk dördünün yazılı, son ikisinin ise yazılı olmayan hukuk kaynağını oluşturduğunu ifade etmektedir.[579] Vedel ise bir kanunilik bloğu önererek İdareyi bağlayan bireysel karar ve sözleşmelerin de kanunilik ilkesine altlanabileceğini belirtmiştir. Kısacası Vedel'e göre "mevcut hukuk", idari kanunilik anlamını taşımaktadır.[580]

İdare hukuku kaynaklarının günümüzde kavuşmuş olduğu çeşitlilik birdenbire olmamış, uzun bir tarihi gelişimin sonucunda oluşmuştur. Gerçekten de XIX. yüzyılda, Alman ve Fransız liberalistleri, kendi ülkelerinde, hukuk devletinin en önemli unsurunu oluşturan "kanunilik" ilkesinin gereğinin yerine getirilebilmesi için önemli bir savaşım vermişlerdir. Bu savaşımı verenlerin kanundan kast ettikleri husus, yalnızca parlamento işlemi olmuştur. Bu bağlamda tarihsel açıdan kanuniliğin ilk savunucuları da İdarenin kanuna saygı göstermesini istemişler, hukuktan da yalnızca yazılı hukuku anlamışlardır. Kısacası, İdarenin harekete geçmesi için önceden bir kanunun bulunmasının gerekli olduğunu, idari düzenlemenin tek başına yeterli olmayacağını belirtmişlerdir. Bununla birlikte, günümüzde, idare hukukunda

[577] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 122.
[578] Eisenmann, s. 26.
[579] Nak., Eisenmann, s. 26.
[580] Nak., Eisenmann, s. 27 ve dn. 1.

geçerli olan kanunilik ilkesinin kapsamı oldukça genişlemiştir. Daha açık bir deyişle, pozitif hukukun gelişimiyle orantılı olarak "kanunilik" ilkesi kabuk değiştirmiş ve idarenin düzenlemelerini de içerisine almıştır. Bu bağlamda idare hukukundaki geniş anlamda kanuniliğin içerisine yalnızca yasa girmemekte, bunun yanında, hukuk kaynakları da girmektedir. Kısacası geniş anlamda kanuniliği, kanunilik=hukuk kaynakları şeklindeki bir formülle ifade etmek olanaklıdır.[581]

Kuşkusuz İdareyi yalnızca kanun değil, diğer hukuk kaynakları, örneğin idari düzenlemeler de bağlamasına karşın, idare hukukunda günümüzde geçerli olan egemen öğretinin kanunu geniş bir şekilde anlayan görüşü kabul edilemez. Zira kanunilik içeriğine, bir başka deyişle, kanunun yaptığı düzenlemenin öze yönelik boyutuna göre tanımlanamadığı için onu geniş anlamıyla benimsemek kısır bir totoloji oluşturur. Bu bağlamda yasallık, parlamento ile idare arasındaki ilişkide ana gövdeyi meydana getirir. Daha açık bir deyişle, bir yasanın blok halinde konuyla ilgili usul ve esasların İdare tarafından yapılacağı şeklinde hüküm koyması veya konu hakkında düzenlemeyi bütünüyle yürütmeye bırakması yoluyla kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirildiğinden bahsedilemez. İdareyi bağlayıcı temel normu "kanun" oluşturduğu için kanuniliği dar anlamıyla kabul etmek gerekir.[582]

a. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz Kuralı ile İdare Hukukunda Geçerli Olan Kanunilik Türleri Arasındaki İlişkiler

İdare hukuku bakımından da dar anlamıyla benimsenmesi gereken kanunilik ilkesinin iki anlamı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, "asgari yasallık" anlayışı olup bu anlayışta geçerli olan "bağdaşırlık, aykırı olmama" (de compatibilité) ilişkisi, buna karşın ikincisini oluşturan "azami yasallık" anlayışı açısından geçerli olan ise "uygunluk" (de conformité) ilişkisidir.[583]

Bu bağlamda "çelişmezlik ilkesi" (le principe non contrariété) olarak da adlandırılan[584] bağdaşırlık ilkesi; İdarenin kanunlara aykırı davranışta bulunmaması anlamını taşır. Bu çerçevede kanunun yasakladığı işlemin yapılması olanaklı olmadığı gibi kanunun emrettiği hususların gereklerinin yerine getirilmesi de zorunludur. Görüldüğü üzere bu tip yasallık anlayışında, kanunilik ilkesine aykırı

[581] Eisenmann, s. 27-28.
[582] Eisenmann, s. 28-29.
[583] Krş. Öztürk, s. 151.
[584] Eisenmann, s. 38.

davranıştan söz edilebilmesi için mutlaka bir kanunun bulunması gerekmektedir. Bir başka deyişle, kanunilik ilkesine aykırılığın doğabilmesi için ortada bir kanunun bulunması gerekmekte ve İdare de kanunun gösterdiği tarzda hareket etmek zorunda bulunmaktadır.[585]

İkinci tür kanunilik ilkesi olan uygunluk ilişkisi ise bir nesnenin, somut gerçekleşme biçimini oluşturduğu ideal, genel ve soyut tip ile arasındaki ilişkiyi belirtir. Bu ilişkinin gereği olarak İdarenin, kanunla öngörülmeyen ve bu bağlamda onun tarafından izin verilmeyen bir işlemi yapması mümkün değildir. Bir diğer deyişle, kanunla düzenlenmeyen alanlarda İdarenin yaptığı işlemler, ortada bir kanun bulunmaması yüzünden kanunilik ilkesine aykırı olur. Görüldüğü üzere, uygunluk ilişkisi şeklindeki kanunilik anlayışı, "bağdaşırlık ilişkisini" de içerecek tarzda geniş kapsamlı bir kanunilik anlayışıdır.[586]

Konuyu daha da somutlaştırmak gerekirse İdarenin, kanunun açıkça yasaklamadığı veya sınırlamadığı her durumda düzenleme yetkisini kullanabileceğini öngören bir dizgede "bağdaşırlık ilişkisi" geçerlidir. Böyle bir durumda, kanunla düzenlenmeyen bir alanda da idare düzenleme yetkisini kullanabilir, çünkü bu tip kanunilik anlayışı, kanun olmadığı yerde bir yasaklama veya sınırlamanın olabileceği anlayışını kabul etmemekte, kanunen yasaklanmayan her şeyin İdare tarafından yapılabileceği esasını benimsemektedir.[587]

Buna karşın, kanunilik ilkesinin "uygunluk ilişkisi" şeklinde anlaşıldığı durumda ise kanunun olmadığı yerde düzenleme yetkisi de bulunmaz; çünkü bu ilişki gereğince düzenleme yetkisi, ancak kanunla öngörülen ideal, genel ve soyut tipin bir ölçüde somutlaştırılması amacına yönelik olarak kullanılabilir. Böyle bir durumda, kanunun varlığının bulunması koşulunun yanında, yukarıda belirtildiği üzere, "bağdaşırlık ilişkisi"nin de bulunması gereği açıktır, çünkü düzenleme yetkisinin kullanılmasıyla oluşturulan işlemin bir dereceye kadar somutlaştırıldığı kanuna aykırı olmasının düşünülemeyeceği ortadadır.[588] Kısacası bu ilişkide A'yı kanun, B'yi düzenleme olarak kabul edersek A soyut, B ise somut bir konumda bulunmakta ve bu ikisi arasındaki uyum son derece büyük önem taşımaktadır.[589]

[585] Eisenmann, s. 30.
[586] Eisenmann, s. 31, Öztürk, s. 151.
[587] Eisenmann, s. 31, Öztürk, s. 151-152.
[588] Eisenmann, s. 31, Öztürk, s. 152.
[589] Eisenmann, s. 31.

Bağdaşırlık ilişkisi ile uygunluk ilişkisi arasındaki farkı kısaca özetlemek gerekirse, bağdaşırlık ilişkisinde kanun ile İdarenin işlem ve eylemi arasında negatif bir ilişki bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, kanunen yasaklanmayan her şeyi yapmaya İdare yetkili bulunmaktadır. Buna karşın, uygunluk ilişkisinde kanun ile İdarenin işlem ve eylemi arasında pozitif bir ilişki bulunmaktadır. Daha somut bir deyişle, uygunluk ilişkisinde kanunen yasaklanmayan her şeyi yapmaya İdare yetkili olmayıp, İdarenin bir işlem ve eylemde bulunabilmesi için kanunun izin vermesi gerekmektedir. Bu bağlamda kanunun izin vermediği durumlarda İdare için yasak durum bulunmaktadır. Buraya kadar anlatılanlardan anlaşılacağı üzere uygunluk ilişkisi bağdaşırlık ilişkisinden daha sıkı bir nitelik göstermektedir. Uygunluk ilişkisindeki eğilim İdareyi sınırlandırma yönünde olmasına karşın, bağdaşırlık ilişkisindeki yön İdareyi özgür bırakma doğrultusundadır.[590]

Türk hukukunda hangi tür kanunilik ilkesinin geçerli olduğu konusunda öğretide uyuşmazlık bulunduğu gibi konuyla ilgili yargı içtihatları da istikrarsız bir konumda bulunmaktadır. Yargı organlarının konu hakkındaki içtihatlarıyla işe başlamak gerekirse, az sonra ayrıntılı olarak anlatılacak Öztürk ve Güran'ın isabetli olarak[591] belirttikleri üzere, Türk hukukunda idarenin düzenleme yetkisi "tali veya ikincil" bir nitelik göstermekte, teknik ve hukuki bir deyişle, uygunluk ilişkisini ifade etmekte ve bu çerçevede Anayasa Mahkemesi de kararlarında genellikle bu esasa uygun kararlar vermektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi kimi kararlarında bu ilişkiyi bağdaşırlık[592] ilişkisi olarak da görmektedir.[593] Buna karşın Danıştay içtihatlarıyla

---

[590] Eisenmann, s. 31-32.

[591] Aslında, Türk pozitif hukukunun idare hukukundaki kanunilik ilkesini uygunluk ilişkisi olarak kabul etmesi son derece isabetli bir tutumdur. Zira söz konusu ilişkinin gereği olarak İdarenin davranışları sınırlandırılmakta ve hukukun uygulanması sağlanmaktadır. Bu bağlamda hukukun yasal sınırlandırma yapılmadan uygulanmasının olanaksız olduğunu belirtmek gerekir. Delaure, s. 13.

[592] Anayasa Mahkemesinin idare hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesini "bağdaşırlık" ilişkisi olarak gördüğü konusunda verilecek en somut örnek, Mahkemenin 21.1.1988 tarih ve E.1987/11, K. 1988/2 sayılı kararıdır. Bu kararında Anayasa Mahkemesi, 23.5.1987 tarih ve 3332 sayılı Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması ve Ekonomiyi Düzenlemede Alınacak Tedbirler ile 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ve 3182 sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasındaki "Bakanlar Kurulu Devlet Yatırım Bankasını, mal ve hizmetlerin ithalat ve ihracatı ile yurt dışı müteahhitlik hizmetlerinin, dış yatırımların ve yurt içi yatırım malı imalat ve satışının kredilendirilmesi, finansmanı, desteklenmesi, sigorta ve garanti edilmesi konularında özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket halinde faaliyet göstermek üzere yeniden düzenler." hükmü ile ikinci fıkrasındaki "Devlet Yatırım Bankasının tüzel kişiliğinin devam etmesi suretiyle anonim şirket nev'ine dönüştürülmesi ile ilgili esaslar, intikal hükümleri, bankanın ilgili olduğu bakanlığın tespiti, bankanın unvanı, maksat ve iştigal konuları, sermaye yapısı, idare ve temsili, organlarının teşkili, atama ve seçilme usulleri, görev ve yetkileri, denetlenmesi ve tasfiyesi ile ilgili hususlar Bakanlar

söz konusu ilişki, ayrıksı durumlarda uygunluk, ezici çoğunlukla "bağdaşırlık" ilişkisi[594] olarak kabul edilmektedir.[595]

Görüldüğü üzere Türk idare hukukunda geçerli olan kanunilik türü bakımından hukuk dizgesi ile uygulama arasında bir çelişki bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, az önce bahsedilen Anayasa hükümleriyle Türk idare hukukunda geçerli olan kanunilik ilişkisinin "uygunluk ilişkisi" olduğu yönünde herhangi bir duraksamanın olmaması gerekirken yargı organlarının içtihatlarıyla söz konusu ilişki

---

Kurulu kararıyla belirlenir." hükmünü Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme buna gerekçe olarak; T.B.M.M.'nin yasama yetkisini kullanarak bir kanun çıkardığı ve bu kanunla, yürütme yetki ve görevini kullanan Bakanlar Kuruluna sınırları belirli bir alan içerisinde takdir yetkisine dayanarak Anayasa ve kanunlara aykırı olmayan bir düzenleme görevi verdiğinin açıkça ortada olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında, ayrıca, söz konusu maddenin ikinci fıkrasının Anayasanın 128. maddesine de aykırı olmadığını belirtmiştir. Bunun gerekçesi olarak da kamu bankalarının tıpkı bankacılık sektöründe faaliyet gösteren özel sektör bankaları gibi kredi ve mevduat işlemlerine dönük faaliyette bulunduğu ve özel sektör bankaları ile yoğun bir rekabet içerisinde çalıştığını, bu sektörde özel işletmecilik esaslarının egemen olduğu, bu yüzden banka personelinin hizmetini "genel idare esaslarına göre" yürütülen "kamu hizmetleri"nden saymaya imkân bulunmadığı, dolayısıyla, banka personelinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenecek ilkeler çerçevesinde düzenlenmesinde Anayasanın 128. maddesine bir aykırılık bulunmadığı ifade edilmiştir. Bkz. 29.3.1988 tarih ve 19769 sayılı R.G. Kanımızca Mahkemenin bu kararı isabetsizdir. Gerçekten de 3332 sayılı Kanunun 2. maddesinin 1. ve 2. fıkrasıyla Bakanlar Kuruluna Devlet Yatırım Bankasının organizasyon ve işleyişinde sınırsız yetki verilerek Anayasanın 7. maddesinde ifade edilen "yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkesine aykırı davranılmıştır. Yine, Anayasanın 123. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen "İdarenin kanuniliği" ilkesi bir "uygunluk ilişkisi" olduğundan bu ilişkiyi bağdaşırlık olarak kabul etmeye olanak yoktur. Öte yandan, 3332 sayılı Kanunun 2. maddesinin 2. fıkrası bütünüyle Anayasanın 128. maddesine aykırıdır. Zira kamu tüzel kişiliğine sahip olan Devlet Yatırım Bankasının yönetim ve denetim hizmetleri "genel idare" usullerine göre yürütüldüğünden bu kısımlarda memur ve diğer kamu görevlisinin çalıştırılmaması Anayasanın 128. maddesine aykırı düşer. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Dursun, H. KİT'lerde Çalışan Sözleşmeli ve Kapsam Dışı Personel Uyuşmazlıkları İdari Yargıda Çözümlenir mi?, Terazi, Yıl: 6, Sayı: 61, Eylül 2011, s. 50 vd.

[593] Anayasa Mahkemesinin idare hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesini "bağdaşırlık" olarak yorumlayan içtihatları ve onların eleştirisi için bkz. Öztürk, s. 147-150.

[594] Danıştay'ın idare hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesini genellikle "bağdaşırlık" ilişkisi olarak da gördüğü konusunda verilecek en somut örnek, Danıştay Beşinci Dairesinin 10.11.2005 tarih ve E. 2002/3255, K. 2005/5075 sayılı kararıdır. Bu kararında anılan daire; Anayasanın 124. maddesiyle Başbakanlık, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerine kendi görev alanlarını ilgilendiren konularda yönetmelik çıkarma yetkisinin verildiği, İdarelerin bu yetki çerçevesinde yönetmelik çıkarabilecekleri gibi kamu hizmetinin daha etkin ve verimli yürütülmesi amacıyla yönetmeliklerde değişiklikler de yapabilecekleri, yönetmeliklerin, Anayasa, yasa, tüzük ve hukukun genel ilkelerine aykırı hükümler içermemesi ve öngörülen şekil şartına uyularak çıkarılması dışında; söz konusu düzenleme yetkisinin kullanılmasına kamu hukuku yönünden herhangi bir engel bulunmadığını ifade etmiştir. Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 10.9.2011. Görüldüğü üzere, Danıştay bu kararıyla yönetmeliğin şekil şartına uyulması ve Anayasa, yasa, tüzük ve hukukun genel ilkelerine aykırı hükümler içermemesinin yeterli olduğu esasını benimseyerek söz konusu ilişkiyi "bağdaşırlık" olarak görmektedir. Danıştay'ın bu görüşü hatalıdır. Zira Danıştay'ın bu tutumu, İdarenin kanuniliği ilkesinin "uygunluk ilişkisi" olduğu yönündeki Türk hukukunun temel ilkesine aykırı olduğu gibi yönetmelikle yalnızca "ikincil" veya "ayrıntı" niteliğindeki hususların düzenlenebileceği esasına da aykırıdır.

[595] Danıştay'ın idare hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesini "bağdaşırlık" olarak yorumlayan içtihatları ve onların eleştirisi için bkz. Öztürk, s. 154-157.

garip bir şekilde özellikle Danıştay tarafından "bağdaşırlık ilişkisi" olarak kabul edilmektedir.[596]

Türk öğretisinin bir kısmı, idare hukukunda geçerli olan kanunilik ilişkisini "bağdaşırlık ilişkisi", bir kısmı ise "uygunluk ilişkisi" olarak kabul etmektedir. Bağdaşırlık ilişkisini kabul eden yazarlardan örneğin T. Güneş, düzenleyici işlemin, İdarenin takdir yetkisinin "görünümünden" (tezahüründen) başka bir şey olmadığını, kanunların, yürütme organına takdir yetkisi içinde bazı sübjektif işlemleri yapma yetkisi verdiğini, bir başka deyişle, söz konusu kanunun, takdir yetkisi sınırları içerisinde uygulamak, kaynağını ondan alarak yeni yükümlülükler koymak olanağını idareye bağışladığını ifade etmektedir. Yazar, İdarenin yetkisini bir tüzük veya yönetmelikle düzenleyecek olursa, bu durumun onun takdir yetkisini o somut olayda değil benzer olaylarda eşit şekilde uygulamak üzere baştan saptamasından başka bir şey olmadığını, bir başka deyişle, İdarenin düzenleyici işlemlerinde bireysel işlemlerinde bulunandan daha fazla bir şey bulunmayacağını ifade etmektedir.[597]

Buna karşın, "uygunluk ilişkisi"ni kabul eden yazarlardan Öztürk ise Türk hukukunda 1924 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemden bu yana düzenleme yetkisinin kullanılabilmesi için bir kanunun varlığı ön koşulunun arandığını, bunun ise kanunilik ilkesinden anlaşılması gereken hususun "uygunluk ilişkisi" olduğunun somut kanıtı olduğunu, 1982 Anayasasının da bu anlayışta önemli bir değişiklik oluşturmadığını ifade etmektedir.[598]

---

[596] Türk idare hukukunda mevzuat ile uygulama arasında görülen bu çelişkili durum, Fransa'da tam aksi yönde işlemektedir. Fransız mevzuatı idare hukukunda geçerli olan kanunilik anlayışını kural olarak "bağdaşırlık ilişkisi" olarak kabul etmesine karşın uygulama söz konusu ilişkiyi "uygunluk ilişkisi" olarak kabul etme eğilimini taşımaktadır. Daha açık bir deyişle, 1958 Anayasasından önceki mevzuat Fransa'da idari işlem ve eylemlerin geçerliliğini, daha sıklıkla uygunluk, kimi ayrıksı durumlarda bağdaşırlık ilişkisi olarak kabul ederken (Bkz. Eisenmann, s. 40) 1958 Anayasasıyla birlikte bu esastan sapılmış, en azından özerk düzenleyici kurumların işlemleri bakımından bağdaşırlık ilişkisi benimsenmiştir. Krş. Öztürk, s. 152. Ancak Fransa'da özerk düzenleme yetkisinin kapsamına giren konuların korunmasına ilişkin düzeneklerin yeterli bir şekilde işlememesi (bunun nedenleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk, s. 152-154) yüzünden "kanunun hiyerarşik üstünlüğü" ilkesi geçerlilik kazanmıştır. Gerçi, Fransa'da özerk düzenleyici işlemler bakımından yasallık ilkesi, Türk hukuk dizgesinde geçerli olan uygunluk ilişkisinden farklı olarak bağdaşırlık ilişkisini ifade eder. Bu bağlamda bağdaşırlık ilişkisi gereği, bir alanın kanunla önceden düzenlenmesi zorunlu değildir. Ancak Fransa'da İdarenin düzenleme yapacağı alanların çoğunda daha önce çıkartılmış bir kanun bulunmakta ve "délégalisation" (yetki devri) süreci de yeterli ölçüde işletilemediği için İdare kanunlara aykırı düzenleyici işlemler çıkaramamaktadır. Fazla bilgi için bkz. Öztürk, s. 154.

[597] Güneş, T. s. 88.

[598] Öztürk, s. 152.

Güran da Türk idare hukukunda geçerli olan dar anlamda kanuniliğin "uygunluk ilişkisi" olduğunu ima etmektedir. Yazar, Anayasanın[599] 8. maddesinde; yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceğinin, 123. maddesinin 1. fıkrasında; idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün oluşturduğu ve kanunla düzenleneceğinin ifade edilmesinin, Türk hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesinin uygunluk ilişki olduğunun kanıtlarını oluşturduğunu örtük bir şekilde savunmaktadır. Bu bağlamda yazar, Anayasa ve kanun olmayan yerde yürütme olmayacağı gibi yürütme organının, kaynağını Anayasa ve kanundan almayan bir tasarruf yapamayacağını, bunun gibi, yürütmeden ayrı bir varlık oluşturmasına karşın, onun bir dalı veya devamını oluşturan İdarenin de aynı esaslara bağlı olduğunu, İdarenin de Anayasa ve kanunda gösterilmeyen bir alanda işlem ve eylemde bulunmasının olanaklı olmadığını savlamaktadır. Bu çerçevede yazar, Anayasa bakımından yürütme-idarenin özerk düzenleme alan ve yetkisi bulunmadığı gibi bunların henüz kanunla düzenlenmemiş bir alan veya konuda düzenleyici işlemde bulunması veya hüküm koymasının da olanaklı olmadığını ifade etmektedir. Bundan da öte yazar, Anayasanın bir takım genel ve temel esasları koyduğu hususlarda bile-yürütme-idarenin bunlardan hareketle bir takım düzenleme, sınırlama ve yasaklamalarda bulunamayacağını ifade etmektedir.[600]

İdare hukukunda geçerli olan dar anlamda kanunilik esasının "bağdaşırlık" veya "uygunluk" ilişkisi olarak kabul edilmesine göre söz konusu esasın suç ve cezada kanunilik ilkesiyle ilişkisi farklılık gösterecektir. Bu bağlamda kanımızca söz konusu kanunilik esasının "bağdaşırlık ilişkisi" olarak kabul edildiği durum ile kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi arasında bir yakınlık kalmayacaktır. Bu çerçevede bağdaşırlık ilişkisinin kabul edildiği bir durumda kanun tarafından blok halinde yapılan bir yollamayla idari suç ve/veya cezanın düzenlenmesi idareye bırakılabilecektir ki[601] bu durum suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olacaktır.[602]

---

[599] Güran'ın 1961 Anayasası bakımından yaptığı açıklamalar, 1982 Anayasasına uyarlanmıştır.

[600] Güran, s. 407.

[601] İdare böyle bir durumda düzenleyici ve/veya bireysel işlemleriyle söz konusu tanımı yapabilecektir.

[602] Delmas ve Teitgen, kanuna dayanması koşuluyla idari suç ve cezanın tanımının idareye bırakılmasını "organik kanunilik ilkesi" olarak adlandırmaktadırlar. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 69. Yazarların belirttiği organik kanunilik ilkesi "bağdaşırlık ilişkisi"ni ifade etmektedir.

Buna karşın, idare hukukunda kanunilik esasının "uygunluk ilişkisi" olarak kabul edildiği durumun kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesiyle bağlantısının olacağı ortadadır. Yukarıda belirtildiği üzere ceza hukukunda ayrıksı durumlarda açık ceza normlarına gereksinim bulunmaktadır. Açık ceza normunun bulunduğu bir durumda İdare ya genel işlem yaparak veya bazı olgu ve olayları kanun koyucu tarafından kurulan suçun ana çatısına altlayarak normu güncel hale getirir. Açık ceza normu bağlamında kanunilik ilişkisi uygunluk ilişkisi olarak kabul edilirse bu ilişki çerçevesinde İdareye genel işlem yapma veya bazı olay veya olguları suçun ana çatısına altlama görevi verilir ki bu durum suç ve cezada kanunilik ilkesini ihlal etmez.

b. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz Kuralı ile Kanuni İdare İlkesi Arasındaki İlişkiler

Kanuni idare ilkesi; idarenin davranışlarına kanunun ve ona eşit hukuk kurallarının, bu arada genel hukuk kurallarının egemen olması anlamını taşır.[603] Bir başka deyişle idarenin kanuniliği, İdarenin hukuka bağlı olmasını ifade eder. İdarenin hukuka bağlı olmasından ise onun yalnızca kanuna bağlı olmasını değil bütün hukuk kurallarına bağlı olmasını anlamak gerekir.[604]

Kanuni idare ilkesinin iki önemli boyutu bulunmaktadır. Bunlardan birisi, kanuna saygı ilkesi, diğeri ise kanuni yetki ilkesidir.[605] Kanuna saygı ilkesi, İdarenin yürürlükteki kanunlara, eşit hukuk kurallarına ve genel hukuk ilkelerine saygı göstermek ödevine,[606] bir başka deyişle, idarenin işlem ve eylemlerinin kanunun çizdiği sınırlar içinde olması zorunluluğuna denilir.[607]

Anayasanın 8. maddesinde; yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceğini belirten hüküm, İdarenin kanuna saygı duyması ilkesinin somut bir yansımasıdır. Ancak İdarenin kanuna tam olarak saygı duyduğundan bahsedilebilmesi için kanun dışında yargı kararlarına ve kendisinin koymuş olduğu kurallara uyması gerekir. İdarenin kendi koymuş olduğu kurallara uyması, bir başka

[603] Balta, T.B. İdare Hukukuna Giriş, TODAİE yayınları No: 117, Ankara, 1968-1970, s. 79.
[604] Waline, J., s. 411.
[605] Balta, s. 79.
[606] Balta, s. 79.
[607] Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s. 112. Gözler, burada İdarenin eylem ve işlemlerinin kanuna uygun olması özelliğine, "idarenin intra legem özelliği" denileceğini ifade etmektedir.

"kendi kendisini sınırlaması" (auto-limitation) idarenin kanuniliği ilkesi bakımından oldukça önemlidir. Nitekim bir Latin özdeyişinde "İdare kuralını değiştirmediği veya kaldırmadığı müddetçe kendi koyduğu kurala uyması gerekir" (Patere legem quam ipse fecisti) denilerek bu önem açıkça ortaya konulmuştur.[608]

İdarenin kanuna saygı göstermiş sayılması için davranışlarının yalnız görünüşte değil, gerçekten de ona uygun olması gerekir.[609] Gerçeklik ilkesi olarak nitelendirilebilecek bu ilke hakkında bir örnek verilmesi yerinde olacaktır. 3.7.2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasına göre; içme ve kullanma suyu havzaları ile sit ve diğer koruma alanlarında ve meskûn sahası kurulu bir belediyenin sınırlarına 5.000 metreden daha yakın olan yerleşim yerlerinde belediye kurulamaz. Eğer İdare, kurulu bir belediyenin sınırlarına 4900 metre olan bir yerleşim yerini 5100 metre olarak gösterip o yerleşim yerinde bir belediye kurar veya koruma alanı olan bir yeri koruma alanı dışında göstererek koruma alanında bir belediye kurarsa 5393 sayılı Kanuna sadece görünüşte uymuş, gerçekte ise ona aykırı davranmış olur.[610]

Kanuni idare ilkesinin, kanuni dayanak[611] veya maddi bakımdan kanunilik ilkesi[612] olarak da adlandırılan kanuni yetki ilkesi ise İdarenin belirli bir kısım konularda bir davranışta bulunabilmek için kanuni bir yetkiye gereksinim duyulduğunu,[613] kısacası, İdarenin kanunla çizilen "sınır" (hudut) içerisine sokulmasını ifade eder.[614] Anayasanın 123. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen kanuni idare ilkesiyle aslında söz konusu ilkenin kanuni dayanak unsuru düzenlenmektedir. Gerçekten de Anayasanın söz konusu fıkrasında, İdarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Bu hükümden kanuni bir dayanak olmadan, bir başka deyişle, kanun olmadan İdarenin kuruluş ve görevinin olmayacağı sonucu çıkmaktadır. Kanuni idare ilkesinin kanuni dayanak unsuru dolayısıyla, herhangi bir idari organ, bizatihi kanun ile saptanmış koşullar dışında kişisel bir karar alamaz. O halde idari fiil ve eylemlerde bulunan ve idari kararlar alan İdare, kamu gücünü kullanırken alacağı idari nitelikteki kişisel

[608] Krş. Waline, J., s. 411.
[609] Balta, s. 79.
[610] Balta'nın verdiği örneklerle krş., Balta, s. 79.
[611] Balta, s. 79.
[612] Savcı, B. İnsan Hakları (Kanunilik Yolu ile Korunması), AÜSBFY No. 32-14, Ankara 1953, s.178.
[613] Balta, s. 79, Savcı, 178.
[614] Savcı, s. 179.

kararlarını ve yapacağı idari tasarrufları ancak bir kanunun koyduğu sınır içinde alabilecektir.[615]

Kanuni idare ilkesinin kanuni dayanak unsuru, aslında yasama yetkisinin ilkel, bir diğer deyişle, asıl olduğuna da işaret etmektedir. Gerçekten de Özbudun'un belirttiği üzere, yasama yetkisinin ilkel olması, yasama organının bir konuyu doğrudan, diğer deyişle, araya başka herhangi bir işlem girmeksizin düzenleyebilmesine işaret eder. Bu bağlamda, Türkiye'de yasama ve yürütme arasındaki en önemli farkı da bu husus oluşturur. Çeşitli defalar belirtildiği üzere, yürütme organı ayrıksı durumlar dışında doğrudan bir hukuki işlem yapma yetkisine sahip olmamasına, tersine bir deyişle, yürütme organının düzenleyici ve birel işlem yapabilmesi için daima o alanı düzenleyen bir kanunun bulunması gerekmesine, kısacası, yürütmenin işlemlerinin "kanundan kaynaklanan" (secundum legem) işlemler olmasına karşın, kanun, salt anayasayı uygulayan bir işlem değildir. Bu bağlamda, kanunun anayasaya dayanması zorunlu olmayıp, sadece anayasa aykırı olmaması yeterlidir. Görüldüğü üzere, yalnızca yasama organı bir konuyu ilkel, özerk ve serbest bir şekilde düzenleyebilir. Kısacası İdare, kendisini yetkilendiren bir kanun hükmüne dayanmaksızın bireysel veya düzenleyici herhangi bir işlem yapamazken, kanun, yasama organının kendisine özgü iktidarına, kısacası, "girişim kuvveti"ne (puissance d'iniative) dayanır. Çünkü yasama organının, belirli bir konuyu kanunlaştırabilmesi hiçbir metnin ön-iznine tabi değildir. Daha açık bir deyişle, yasama organı, anayasadan aldığı genel yetkiyle her konuyu doğrudan doğruya düzenleyebilme yetkisine sahiptir.[616]

Burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki kanuni idare ilkesinin kanuni dayanak unsuru yalnızca maddi normlar bakımından değil usul normları bakımından da geçerlidir. Daha açık bir deyişle, idarenin kanuniliği ilkesine göre idarenin kişi hak ve özgürlüklerine müdahalesi ancak yasal yetkiye dayanacak ve yasada gösterilen maddi ve usul normları çerçevesi içerisinde olanaklı olacaktır.[617]

Bu bağlamda usul kuralları, maddi gerçeğe ulaşılmasına hizmet etmek suretiyle dolaylı bir şekilde idarenin kanuniliği ilkesinin de bir parçasını oluştururlar.

---

[615] Savcı, s. 178.
[616] Özbudun, E. Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 191-192.
[617] Bkz. Akyılmaz, B. İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 74.

Anayasanın 123. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceğini belirten hükmü, bir anlamda idari faaliyetin gerçekleştirilme aracı olan idari usullerin de kanunla düzenleneceği şeklinde anlamak gerekir. Öyleyse, çoğu zaman maddi hukuk kurallarıyla iç içe geçmiş olan usul kuralları ve bunlara uyulmamasının yaptırıma bağlanmış olmasının, idarenin kanuniliğini sağlamaya yönelik bir işlevi yerine getirdiğini söylemek olanaklıdır.[618]

İdari usul kurallarına önem verilmesi, temel hakların korunması bakımından da büyük önem taşımaktadır. Gerçekten de kimi halka yönelik idari cezalar, temel hakları sınırlandırmakta veya ortadan kaldırmaktadır. Örneğin, bir sigorta şirketinin ruhsatının iptal edilmesi durumunda o şirketin çalışma hak ve özgürlüğü[619] ortadan kaldırılmaktadır. İşte bu idari cezanın uygulanması ciddi bir şekilde çalışma hak ve özgürlüğünü ihlal ettiğinden usul ve şekilde paralellik ilkesi gereği yalnızca ruhsatı veren makamın onu iptal edebilmesi gerekir.[620]

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere idare hukukundaki kanuni idare ilkesi,[621] özellikle bu ilkenin kanuni dayanak veya yetki unsuru, idari suç ve cezaların kanunilik ilkesine tabi olması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Aslında bu gereklilik Anayasanın 123. maddesinin 1. fıkrası bağlamında kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de bu fıkra gereği, idari suç ve cezanın kanunla belirtilmesi zorunludur. Daha açık bir deyişle İdare, idari suç ve cezalara ilişkin bir konuda davranışta bulunabilmek için kanuni yetkiye gereksinim duymaktadır. Bu çerçevede, örneğin İdare kanunla yetkili[622] kılınmış olmadıkça

---

[618] Akyılmaz, s. 74.

[619] Anayasanın 49. maddesine bkz.

[620] Delmas ve Teitgen, s. 80.

[621] Aslında kanuni idare veya İdarenin kanuniliği ilkesi idare hukukunun bir gereğini oluşturmaktadır. Gerçekten de idare hukuku kuralları devletin yürütme erkinin, bu bağlamda İdarenin kamu gücünü kullanmasını düzenlemektedir. Daha açık bir deyişle, idare hukuku normları, kamu kurum ve kuruluşunun görevini yapabilmesi için gerekli veya varsayılan düzenleme çerçevesini çizmektedir. Bunu tamamlayıcı olmak üzere idare hukuku, idari organ veya kamu görevlilerinin, gerçek ve tüzel kişilerin hak ve özgürlüklerini ihlal etmesinin önünü kapatıcı güvence düzeneklerini de oluşturmaktadır. Çağcıl bir devlette söz konusu düzeneklerin oluşturulması mutlak bir zorunluluktur, çünkü vergi toplama, sosyal hizmetleri yönetme, izin ve ruhsat verme ile iptal etme gibi İdarenin yetkileri, gerçek ve tüzel kişilerin dürüstlüğüne, çıkarlarına ve haklarına zarar verme riski taşımaktadır. Bu riskin yaygınlığı, İdareye bırakılan takdir yetkisinin genişliğiyle doğru, İdarenin hukuka aykırı davranmasını önleyici düzeneklerin etkinliğiyle ters orantılıdır. Bunların dışında, hukuk ve "yönetişim" (governance) kültürü de riski ve takdir yetkisinin uygulamada kötüye kullanılmasını etkileyebilmektedir. Bkz. Buhmann, s. 261.

[622] 1961 Anayasasının 6. maddesinde yürütmeden "görev" olarak bahsedilirken 1982 Anayasasının 8. maddesinde "yetki ve görev" olarak bahsedilmesi nedeniyle İdarenin kanuni bir yetkiye sahip olmadan da idari suç ve ceza koyup koyamayacağı sorusu sorulabilir. Bu soruya olumsuz olarak yanıt

herhangi bir idari ceza veremez.[623] Bu bağlamda, idari suç ve/veya cezanın önceden yayımlanmış, dolayısıyla bilindiği varsayılan yasal kurallara dayanması zorunluluğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. [624]

İdari suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile kanuni idare ilkesinin aynı amaca hizmet etmeleri bakımından da aralarında ilişki bulunmaktadır. Daha somut bir deyişle, kanuni idare ilkesinin gereği olarak idari tasarrufların, gücü elinde tutan kamu görevlilerinin keyfine göre değil usul ve maddi kanunlara uygun bir şekilde yapılması, keyfiliğe ve yetkinin kötüye kullanılmasına karşı toplumu koruyucu önemli bir güvence oluşturmaktadır. İşte bu durum hem suç ve cezada kanunilik hem kanuni idare ilkesinin amacını oluşturmaktadır.[625]

Ancak kanuni idare ilkesi ile suç ve cezada kanunilik ilkesi arasında temel bir fark bulunmaktadır. Kanun koyucunun idari suç ve/veya ceza bakımından belirli bir çerçeve çizerek ve bu çerçeve dâhilinde İdareyi düzenleme yapmakta serbest bırakması kanuni idare ilkesi çerçevesinde olanaklı olmasına karşın, suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından uygun değildir. Zira katı bir şekilde benimsenmesi gereken idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi bakımından idari suç ve cezanın bütün asli veya yapıcı unsurlarının kanun koyucu tarafından bizzat düzenlenmesi gerekir.

---

verilmesi gerekmektedir. Bir kere, 1982 Anayasasında söz konusu ibarenin kullanılması İdarenin özerk bir düzenleme yetkisine sahip olduğunu göstermez. İdarenin düzenleme yetkisi bağlı ve bağımlı bir yetkidir. Hatta suç ve ceza, bu arada idari suç ve cezanın asli veya kurucu unsurlarını düzenlemek bakımından idarenin herhangi bir yetkisi de bulunmamaktadır. Öte yandan, Anayasanın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği belirtildiğinden idarenin kanuni bir yetki almadıkça temel hak ve özgürlüklere dokunan bir davranışta bulunması olanaklı değildir. Daha somut bir deyişle, idari suç ve cezalar temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgili bir konu olduğundan, idarenin kanuni bir yetki almadan idari suç ve ceza öngörmesi olanaklı değildir. Bu nedenle, 1982 Anayasasının yürütmeyi hem yetki hem de görev olarak tanımlamış olması, idari suç ve cezaların kanuni bir yetki olmadan da İdarenin kullanabileceği bir faaliyet alanının bulunması anlamını taşımaz. Krş. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 42. Aslında Günday'ın da belirttiği üzere, yürütmenin 1961 Anayasasında "görev", 1982 Anayasasında "yetki ve görev" olarak nitelendirilmesinin anlamı; 1982 Anayasasının 121. maddesinin 3. fıkrası ve 122. maddesinin 3. fıkrası çerçevesinde olağanüstü hallerde ve sıkıyönetim halinde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun herhangi bir yetki kanununa gerek olmaksızın olağanüstü hal ve sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararnameler çıkarabilmesi ve Anayasanın 107. maddesine göre Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluş, teşkilat, çalışma esasları ve personel atama işlemlerinin kanun yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılmasıdır. Bkz. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 41, 43.

[623] Krş. Balta, s. 80-81.

[624] Krş. Süzek, s. 254-255.

[625] Krş. Buhmann, s. 290.

İKİNCİ BÖLÜM
İDARİ SUÇ ve CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

I- GENEL BİLGİ

Bu kısımda idari suç ve cezaların türlerinde kanunilik ilkesinin uygulanması üzerinde durulacaktır. Açıklamalarımıza idari suç ve cezaların türlerinden başlamak gerekirse idari suç ve ceza bakımından genel bir kanun niteliğini taşıyan 5326 sayılı Kabahatler Kanununun idari suç ve cezaların türlere ayrılmasını kabul etmediğini, tek tür kabahatin olduğunu ima ettiğini belirtmek gerekir. Gerçekten de Kanunun 1. maddesinin 1. fıkrasında; kabahatlerin toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla konulabileceği örtük olarak ifade edilmiştir.

İdari cezanın türlerinin olmadığını ima eden Kanunun bu düzenleme tarzı, idari cezanın bir türünü oluşturan disiplin cezasını dikkate almadığı için hatalıdır. Az sonra anlatılacağı üzere idari suç ve cezalar; "halka yönelik idari suç ve cezalar" ve "disiplin suç ve cezaları" şeklinde ikiye ayrılır. Gerçekten de idari cezanın bir türünü oluşturan disiplin cezası, İdare ile aralarında özel bir bağ bulunan kişilere uygulanmaktadır. Daha açık bir deyişle, disiplin cezaları, topluluk ortamı olan okul, hastane veya daha iyi organize olmuş üniversite, askeri birimler veya kamu kurum ve kuruluşlarında kısacası kamu yönetiminde uygulanmaktadır.[626]

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere 5326 sayılı idari suç ve cezadan yalnızca halka yönelik idari suç ve cezalar anlamakta, söz konusu suç ve cezaların ise sadece toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla konulabileceğini ima etmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki Kanunun halka yönelik idari suç ve cezaları düzenleme tarzı oldukça dar kapsamlıdır. Çünkü ileride ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere halka yönelik idari suç ve cezaların kapsamı oldukça geniştir. Bu çerçevede örneğin, ihale idari cezaları gibi ihale düzenini ihlal ettiği için de idari ceza verilir.

Bu bağlamda idari ceza, yalnızca kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezasını, bir başka deyişle, İdarenin iç bünyesinde uygulanan cezaları değil, kamu

[626] Casetta, E. Manuale di Diritto Amministrativo, Decima Edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano 2008, s. 339.

hizmetini kullanan kimseler için öngörülen cezaları da kapsar.[627] Bu kapsamda idari ceza, örneğin; disiplin cezası veya iznin iptali gibi İdareyle daha önceden ilişkisi bulunanlara uygulanabildiği gibi örneğin idari polis cezalarında olduğu gibi İdareyle daha önceden ilişki içerisinde olmayanlara da uygulanabilmektedir.[628]

Bu anlatılanlardan anlaşılacağı üzere iki türlü idari suç ve ceza bulunmaktadır. Bunlardan ilkini, İdare ile kişi arasında izin, ruhsat veya İdarenin bünyesinde çalışma gibi İdareyle arasında herhangi bir bağ olan kişilere verilen cezalar, ikincisini ise İdare ile arasında herhangi bir bulunmayan kişilere uygulanan cezalar oluşturur.[629] Biz bunlardan, İdare ile kişi arasında önceden bir bağ bulunmadan yapılan ihlallere "halka yönelik idari suç", söz konusu ihlaller için verilen cezalara "halka yönelik idari ceza", buna karşın, İdare ile kişi arasında önceden bir bağ bulunduğu durumlarda yapılan ihlalleri "disiplin suçu", söz konusu ihlaller için verilen cezaları ise "disiplin cezası" olarak adlandırmayı daha uygun bulmaktayız.[630]

---

[627] Delmas ve Teitgen, s. 18.

[628] Delmas ve Teitgen, s. 26.

[629] Degoffe, s. 27. Öğretide idari suç ve cezaların türleri bakımından oldukça farklı ayrımların yapıldığını belirtmek gerekir. Örneğin Casetta, idari cezaların, kamuya verilen zararın giderilmesini amaçlayan "önceki hale getirici nitelikte cezalar" (sanzioni ripristinatorie) ve doğrudan faile veya sorumluya yönelen "eza veren cezalar" (sanzioni afflittive) şeklinde ikiye ayrılmasının olanaklı olduğunu belirtmekte ve eza veren cezaları da kişiye yaptığı etkiye göre "mali cezalar" (sanzioni pecuniarie) ve "hak mahrumiyeti doğuran cezalar" (sanzioni interdittive) şeklinde ikiye ayırmaktadır. Casetta, s. 338-339. Süzek ise idari cezaların "onarıcı" ve "önleyici" olmak unsurları bakımından bir ayrıma tabi tutulabileceğini, bu yaptırımların cezalandırmaktan çok, bozulan hukuk düzeninin yeniden kurulması, bir başka deyişle, onarılması veya eski hale getirilmesi amacını izlediklerini, eski hale getirmenin fiilen olanaksız olduğu durumlarda ise önceki hali hukuksal olarak yaratıcı yön ve özelliklerin ağır basacağını ifade etmektedir. Bununla birlikte yazar, idari cezaların henüz bir zarar oluşmadan uygulanabilmeleri nedeniyle toplumun korunması ve hukuka aykırılıkların önlenmesi amacına etkili bir şekilde hizmet edeceklerini ifade etmektedir. Süzek, s. 255-256. Örneğin, çevre ilgili ilgili yükümlüklerini yerine getirmeyen bir işyerine uygulanan tesisin faaliyetinin durdurulması ve işyerinin kapatılması biçiminde ortaya çıkan idari bir ceza, fail veya sorumlunun çevreyi koruyucu önlemleri almaya zorlayarak onun tarafından bozulmuş hukuk düzeninin yeniden kurulması amacını güttükleri gibi işyerinde faaliyetin durdurulması nedeniyle çevrenin kirlenmesini önleme işlevini de yerine getirir. Bu bağlamda, idari cezanın söz konusu özelliği, çevrenin kirletilmesinin önlenmesi amacına uygun düşer. Süzek'in verdiği örnekle krş. Süzek, s. 256. Gerek Casetta gerekse Süzek'in yapmış olduğu idari ceza türleri ayrımı kabul edilemez. Çünkü yazarların yaptığı ayrımda hatalı olan nokta, idari cezanın daima bir cezalandırma amacı taşımasının göz ardı edilmiş olmasıdır. Bu bağlamda idari cezanın temel amacı daima cezalandırma olup onarmak veya eski hale getirmek söz konusu cezanın ana amacını oluşturamaz.

[630] İdari ceza türlerini "idari para cezası" ve "diğer cezalar" şeklinde ikiye ayırmak da olanaklıdır. Nitekim Delmas ve Teitgen idari cezaları temel olarak "idari para cezaları" ve "parasal olmayan idari cezalar" şeklinde ikiye ayırmanın olanaklı olduğunu, idari cezaları; idari para cezaları ve parasal olmayan "diğer cezalar" dışında başka bakımlardan yapılan ayrımların "uç" (marjinal) olduğunu belirtmektedirler. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 76. İdari para cezaları dışındaki cezaları ifade eden "diğer idari cezalar"ın ruhsat iptali, ehliyetin alınması, kapatma, durdurma gibi çok sayıda türleri bulunmaktadır. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 118. Bununla

Az sonra idari cezaların türlerini oluşturan halka yönelik idari suç ve cezalar ile disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulaması üzerinde durulacaktır. Bundan önce kanunla bile idari suç veya ceza olarak öngörülemeyecek durumlar, bir başka deyişle, idari suç ve cezaların sınır veya kısıtlarının incelenmesi uygun olacaktır. Gerçekten de idari ceza verilebilmesinin mümkün olmadığı çeşitli sınırlar bulunmaktadır. Bu sınırların bir kısmı tüm cezalar bakımından ortak olmasına rağmen bir kısmı salt idari cezaya özgüdür. İdari cezaya özgü sınırlardan işe başlamak gerekirse bunlardan ilki, şekli veya hukuki rejim niteliğinde bir sınırlandırma olup İdarenin hiç bir şekilde hürriyeti bağlayıcı bir ceza vermeye yetkili olmamasıdır.[631] Gerçekten de Anayasanın 38. maddesinin 10. fıkrasında; idarenin, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağı ifade edilmektedir.[632] Bununla birlikte, bu fıkrada, Silahlı

---

birlikte, Fransız Danıştay'ı, yıkım, imha ve polis cezalarını "idari ceza" olarak kabul etmemekte, onları "idari tedbir" olarak değerlendirmektedir. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 76. Öte yandan, Fransız AK, örneğin 1989 yılında vermiş olduğu bir kararda İdarenin özgürlüğü bağlayıcı ceza veremeyeceği, bu yüzden idari gözaltına alma veya hapis cezasının Anayasanın 66. maddesine aykırı olduğunu belirtmesine karşın, yabancıların idari olarak gözaltına alınması Fransız Danıştay'ı ve AK tarafından sürgit bir şekilde idari tedbir olarak betimlenmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Delmas ve Teitgen, s. 78-79 ve dn. 1-2. İdari cezalardan en yaygın olarak kullanılanı idari para cezalarıdır. Anayasa Mahkemesinin 23.5.2001 tarih ve E.2001/232, K. 2001/89 sayılı kararında idari para cezası; toplumsal düzene aykırılık oluşturan eylemler nedeniyle yasanın açıkça izin verdiği durumlarda idarenin yargı organına başvurmadan kendisinin bizzat uyguladığı ve bir miktar paranın alınması biçiminde gerçekleşen mali nitelikli bir yaptırım şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. 19.1.2002 tarih ve 24645 sayılı Resmi Gazete, s. 53. Ancak bu kısımda buraya kadar ifade edilen görüşlerin isabetsiz olduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten de idari ceza türleri bakımından yapılan "idari para cezası" ve "diğer cezalar" şeklindeki ayrım salt halka yönelik idari ceza türleri bakımından uygun olup idari cezanın diğer bir kolunu oluşturan disiplin cezalarının türlerini ayırmak bakımından yeterli değildir. Öte yandan, diğer cezalar da sonul olarak bir para kaybına yol açacağı için idari cezaları "idari para cezası" ve "diğer cezalar" şeklinde katı bir sınıflandırmaya tabi tutmak hatalıdır. Fransız Danıştay'ının yaptırım türlerine bakarak idari tedbir ve idari ceza ayrımı yapması da doğru değildir. Zira ileride ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulacağı üzere idari tedbir ile idari ceza arasındaki ayrım ölçütlerinden birisini bir "yükümlülüğün ihlal" edilip edilmediği oluşturur. Bu bağlamda eğer "yıkım" kararı bir "yükümlülüğün ihlali" sonucu uygulanıyorsa idari tedbiri değil idari cezayı oluşturur. Anayasa Mahkemesinin yaptığı idari para cezası tanımı da isabetsizdir. Zira idari ceza yalnızca toplumsal düzene aykırılık oluşturan eylemler nedeniyle değil, ileride anlatılacak olan başka nitelikteki düzene aykırılıklar nedeniyle de verilebilir.

[631] İdarenin özgürlüğü bağlayıcı ceza veremeyeceği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 5. maddesinin 1. fıkrasının incelenmesi sonucu da ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de söz konusu fıkrada herkesin özgürlüğe ve kişi güvenliğine hakkı olduğu, belirtilen ayrıksı haller ve kanunla belirlenen yollar dışında hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı ifade edilmiştir. Bu maddede kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılacak durumlar arasında hiçbir şekilde idari cezaya yer verilmemektedir. Krş. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 104. Moderne, burada, AİHS'nin 3. maddesinden bahsetmektedir. Hâlbuki AİHS'nin 3. maddesinde işkence ile insanlık dışı ya da küçültücü ceza veya muamele yasağı düzenlenmektedir. Bu durumun bir basım hatası olduğunu düşünüyoruz.

[632] Anayasa Mahkemesinin 5.1.2006 tarih ve E.2055/55, K. 2006/4 sayılı kararında haklı olarak, mülga, 28.4.2004 tarih ve 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine

Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisna getirilebileceğinin belirtilmesinden kişi özgürlüğünü kısıtlayacak askeri idari cezaların uygulanabileceği sonucu doğmaktadır.[633] Ancak, Anayasada öngörülen bu ayrıksı durumu olağan olarak karşılamaya olanak yoktur. Gerçekten de demokratik bir ülkede ister askeri organlar isterse sivil organlar tarafından olsun özgürlüğü kısıtlayıcı idari bir ceza verilemez.[634] Özgürlüğü bağlayıcı cezayı tayin yetkisi sadece yargıca tanınabilir. Daha açık bir deyişle, yalnızca bağımsız ve tarafsız yargı, tüm usuli garantilerin sağlandığı bir muhakeme sonucu özgürlüğü kısıtlayıcı ceza verebilir.[635]

Salt idari cezaya özgü bir başka sınır, Anayasanın çeşitli maddelerine yerleştirilmiş olan temel hak ve özgürlüklerin yalnızca mahkeme kararıyla

---

Dair Kanunun 18. maddesinin 3. fıkrasında yer alan; hakkında idari makamlar veya yargı mercilerince müsabakalara giriş yasağı verilenlerin, müsabakanın başlamasından iki saat önce bulunduğu yerin karakoluna giderek müsabaka süresince burada bulunmak zorunda olduğu, bu yükümlülüğü yerine getirmeyen veya yasaklı olmasına rağmen spor alanına girenlere belirli müddet hapis cezası verileceği hükmünü; Anayasanın 38. maddesinin 10. fıkrasında; "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz." denildiğini, buna karşın, 5149 sayılı Kanunun 18. maddesinin 3. fıkrasıyla İdarenin vermiş olduğu bir kararla, kişi özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuran bir yaptırımın öngörüldüğünü, müsabakanın yapıldığı yer ve hangi müsabakalar için yaptırımın uygulanacağı yönünde yasal bir açıklık bulunmadığını belirterek bu kuralın Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine ve 38. maddesine aykırı olduğu görüşünü benimseyerek söz konusu hükmü iptal etmiştir. Karar için bkz. 20.11.2007 tarih ve 26706 sayılı R.G.

[633] Anayasa Mahkemesi niteliği itibarıyla özgürlüğü bağlayıcı bir ceza olan göz veya oda hapsi cezalarının Türk Silahlı Kuvvetleri'nde (TSK) görev yapan sivil personel hakkında bile uygulanabileceği esasını kabul etmiştir. Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin 25.11.2005 tarih ve E. 2000/34, K. 2005/91 sayılı kararında bu husus şu şekilde vurgulanmıştır: "Anayasa'nın 19. maddesinde sayılan ve kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran haller arasında, bu nitelikte olan disiplin cezaları sayılmamış ise de, 38. maddedeki "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz." genel ilkesinden sonra "Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir." denilmiştir. Görüldüğü üzere, Anayasa koyucu, Anayasa'nın 38. maddesini vazederken "silahlı kuvvetlerin iç düzeni" kavramını kullanmıştır. Burada "silahlı kuvvetler mensupları" ya da dar ve teknik anlamda "askeri personel" şeklinde kavramlar tercih edilmemiştir. Böylece, kişi hürriyetinin idare tarafından kısıtlanabilmesine izin veren istisnai düzenlemelerin kapsamına kimlerin gireceği belirlenirken "şahıslar" değil, "yapılan iş" esas alınmıştır. Böylece, silahlı kuvvetlerin iç düzeni bakımından gerekli olması halinde kanunla getirilecek istisnai hükümlerle TSK'da görevli bulunan gerek asker ve gerekse sivil personel hakkında idare tarafından kişi hürriyetini bağlayıcı yaptırımların uygulanabilmesine olanak sağlayan düzenlemelerin yapılmasına Anayasanın 38. maddesinde izin verilmiş olduğu sonucuna varılmıştır." (8.11.2006 tarih ve 26340 sayılı R.G). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tülen, H. Disiplin Amirlerince Verilebilen Oda Hapsi Cezalarına Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında Bir Bakış in Ergun Özbudun'a Armağan Cilt II Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 658-659.

[634] Nitekim İtalyan Anayasasının 13. maddesinde özgürlüğün salt yargıç kararıyla sınırlandırılabileceği ifade edilmiş ve Fransız Anayasa Konseyinin aşağıda ayrıntılarıyla üzerinde durulacak olan 28 Temmuz 1989 tarihli kararında özgürlük kısıtlaması ayrık tutularak idari cezaya izin verilmiş ve buna gerekçe olarak da Fransız Anayasasının 66. maddesi gösterilerek bu madde gereği yargıcın kişi özgürlüğünün garantisi olduğu belirtilmiştir. Özgürlüğü bağlayıcı cezaların salt yargıç tarafından verilebilmesine gerekçe olarak da erkler ayrılığı, yargıcın özgün (münhasır) yetkisi veya devletin kendisini "kendiliğinden koruması" (autoprotection) fikrinin reddi gösterilmektedir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 105-106.

[635] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 104.

sınırlandırılacağının belirtilmiş olmasıdır. Bu şekilde bir belirtmenin bulunduğu durumlarda söz konusu sınırlandırma kanunla bile idari ceza yoluyla uygulanamaz. Gerçekten de Anayasanın 20. maddesinin 2. fıkrasında özel hayatın gizliliğine, 21. maddesinde konut dokunulmazlığına, 22. maddesinde haberleşme özgürlüğüne, 23. maddesinin 5. fıkrasında yurttaşın yurt dışına çıkma özgürlüğünün, 28. maddesinin 3. fıkrasında basın özgürlüğünün mahkeme kararıyla kısıtlanabileceği, 33. maddesinin 5. fıkrasında ise derneklerin kapatılması veya faaliyetten alıkonulmasının yargıç kararıyla yapılabileceği esası benimsenmiştir. Anayasada söz konusu özgürlüklerin ancak yargıç kararıyla sınırlandırılabileceği esası kabul edildiğine göre çıkarılacak bir kanunla bahsedilen özgürlükleri sınırlandırma yetkisi İdareye verilemeyeceği gibi bu alanlarda İdareye idari ceza uygulama yetkisi de verilemez. Aksine bir tutum, Anayasanın bahsedilen maddelerine açıkça aykırı düşer.

Nitekim Fransız Yargıtay'ı da 28 Kasım 1984 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, idari ceza ile yurttaşların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanması veya engellenmesinin kabul edilemeyeceğini, bu bağlamda, yargı kararı olmaksızın kişinin salt vergi borcunu ödemediği gerekçesiyle ona pasaport verilmemesi[636] şeklinde bir idari cezanın verilemeyeceğini ifade etmiştir.[637]

Az önce belirtildiği üzere idari cezanın uygulanmasındaki sınırlar salt idari cezaya özgün olmayıp adli cezayla ortak olan bazı sınırlar da bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, ortak kısıntı veya sınır olan durumlarda kanunla idari cezanın öngörülmesi olanaksız olduğu gibi adli cezanın öngörülmesi de olanaksızdır. Bu bağlamda idari ve adli cezanın birlikte ilk sınırını, Anayasanın mutlak dokunulmaz haklar olarak belirttiği alanlar oluşturur. Gerçekten de Anayasa, kimi hak ve özgürlükleri dokunulmaz kılarak bunlara yargıcın dokunmasını bile yasaklamıştır. Yargıcın bile dokunması olanaksız olan hak ve özgürlüklere İdarenin dokunamayacağı ortadadır. Örneğin, Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulamayacağı ve sınırlamalarının Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı ifade edilmiş, 27. maddesinde herkesin

[636] 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandum ile kabul edilen anayasa değişikliği ile Anayasanın 23. maddesinin 5. fıkrası değiştirilerek; yurttaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle yargıç kararına bağlı olarak sınırlanabileceği ifade edilmiştir.
[637] Delmas ve Teitgen, s. 79 ve dn. 3, 80.

bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahip olduğu "kural olarak"[638] belirtilmiş, 28. maddesinin 1. fıkrasında basının özgür olup sansür konulamayacağı ifade edilmiş, 30. maddesinde ise kanuna uygun şekilde kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçlarının, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemeyeceği veya onların işletilmekten alıkonulmayacağı belirtilmiştir. İşte, bu hükümler çerçevesinde, örneğin, yasa koyucu sansür veya sansürü çağrıştıracak niteliğinde bir cezayı uygulamak yetkisini yargıca bırakamayacağı gibi İdareye de bırakamaz. Bundan başka, yasa koyucu, sansür veya sansürü çağrıştıracak bir yaptırımı tanımlama bağlamında İdareye bir yetki ve görev de veremez.

İdari ve adli cezanın birlikte bir başka sınırını, Anayasanın 17. maddesinin 3. fıkrası oluşturur. Bu fıkrada; kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, bu fıkrada, mutlak bir yasak öngörülerek kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza verilemeyeceği ifade edilmiş, cezanın türleri bakımından da bir ayrım yapılmamıştır. Bu bağlamda kanunla dahi olsun ister ceza hukukuna tabi, isterse cezai idare hukukuna tabi olsun hiç bir ceza eziyet ve işkence niteliğini taşıyamayacak ve insan haysiyetiyle bağdaşmaz olmayacaktır. Bu bağlamda, eziyet ve işkence niteliğini taşıyan ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan idari bir cezanın öngörülmesi mümkün değildir.[639] Örneğin, bir trafik normunu ihlal edip trafik kazası yapan bir kişinin alnına "ben bir trafik canavarıyım" şeklinde dövme yaptırılması idari veya adli ceza olarak uygulanamaz. Çünkü böyle bir ceza haysiyet kırıcı bir niteliktedir. Yine gürültü yapan kişiye zabıta tarafından dayak cezası verileceğini öngören adli[640] veya idari ceza öngörülemez. Böyle bir ceza "işkence" niteliğini taşıyacağından Anayasanın 17. maddesinin 3. fıkrasına aykırı düşer.

---

[638] Kural olarak diyoruz zira Anayasanın 27. maddesinin 2. fıkrasında; bilim ve sanatı yayma hakkının, Anayasanın 1., 2. ve 3. madde hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamayacağı ifade edilerek bilim ve sanatı yayma hakkına bir sınırlama veya kısıtlama öngörülmüştür.

[639] Krş. Bricola, F. Scritti Di Diritto Penale Opere Monografiche, Dott.A.Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2000, s. 870-871.

[640] Örneğin AİHM, 25 Nisan 1978 tarihinde vermiş olduğu Tyrer-Birleşik Krallığa karşı davasında; çocuk suçlulara yargı yoluyla dayak cezası verilmesinin 1956 yılında kabul edilebilir olmasına karşın, 1978 yılındaki AİHS standartları gereğince artık kabul edilemez olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. Reidy, A. İşkencenin yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz (2002), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 6-7 ve dn. 3.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 25.11.2005 tarih ve E. 2000/34, K. 2005/91 sayılı kararıyla 22.3.2000 tarih ve 4551 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 10. maddesiyle 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 35. maddesini değiştirerek erbaşlara uygulanan rütbenin geri alınması cezasının cezalının rütbesinin kıt'ası huzurunda yerine getirileceği hükmünü çağcıl ceza hukuku anlayışına ve Anayasanın 17. maddesinde yer alan kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı yolundaki ilkeye kısacası insan haysiyetine aykırı görerek iptal etmiştir.[641]

Bu sınırlar dışında bazıları, idari para cezasının, hiçbir şekilde adli para cezasını geçemeyeceği şeklinde bir sınırı bulunduğunu ifade etseler de[642] kanımızca, pozitif hukuk verileri açısından böyle bir sınır kabul edilemez. Gerçekten de idari para cezaları açısından bu şekilde bir sınır olduğu yönünde hiçbir ülkenin mevzuatında bir hüküm olmadığı gibi tam aksine, örtülü bir şekilde, idari para cezasının adli para cezasını geçebileceği yönünde hükümler bulunmaktadır. Örneğin, Türkiye'de Rekabet Kurumunun vermiş olduğu idari para cezaları kimi durumlarda adli para cezalarından onlarca, yüzlerce, hatta binlerce kat fazla olabilmektedir.[643]

İdari cezanın türleri ve sınır veya kısıtları hakkında yapılan bu açıklamalardan sonra onun türlerini oluşturan "halka yönelik idari suç ve cezalar" ile "disiplin suç ve cezaları" hakkında kanunilik ilkesinin uygulaması üzerinde ayrıntılı bir incelemeye geçilmesi yerinde olacaktır.

II- HALKA YÖNELİK İDARİ SUÇ ve CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

Halka yönelik idari cezalar, daha önce konulan genel normlara aykırı davranışları cezalandırmayı hedefleyen işlemlerdir.[644] Daha açık bir deyişle, bu cezalar, İdare ile kişi arasında fiilin işlendiği sırada önceden bir ilişkinin olmadığı durumlarda verilen cezalardır. Örneğin, idari nitelikteki içeriden öğrenme ticareti, rekabet ihlali veya alkollü araba kullanma suçlarında İdare ile kişi arasında önceden

[641] Kararın metni için bkz. 8.11.2006 tarih ve 26340 sayılı R.G.
[642] Bu konudaki görüşler için Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 103.
[643] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 45-46.
[644] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 158.

bir bağ bulunmadığından bu tür ihlaller halka yönelik idari suçlar, bu suçlar için öngörülen cezalar ise halka yönelik idari cezalar olarak adlandırılır.[645]

Bu bağlamda kamu hukuku öğretisi ve uygulamasında halka yönelik idari cezadan bahsedilince bunun "kamu yönetimi"ne (pubblica amministrazione) karşı yurttaşların bir takım yükümlülükleriyle ilgisinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede polis yükümlülükleriyle ilgili "polis cezası" (pene di polizia), mali yükümlülükleriyle ilgili "vergi cezası" (pene fiscali), kamu yönetimi gibi ilişkilerden doğan örneğin belediye cezaları gibi cezalar "halka yönelik idari ceza" kavramına girmektedir.[646]

Halka yönelik idari cezaların çok değişik türleri bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, söz konusu cezalar, en yaygın olarak uygulananı idari para cezası olmak üzere iş yeri kapatma, yayın durdurma veya yayın izninin iptali gibi oldukça değişik olarak yelpazede yer alabilmektedir. Buna karşın, idari suç ve ceza konusunda genel bir kanun niteliği taşıyan 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu söz konusu geniş yelpazeyi yansıtmaktan uzak bulunmaktadır. Gerçekten de Kanunun 16. maddesinde; kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların idari para cezası ve idari tedbirlerden ibaret olduğu ifade edilmiş, idari tedbirlerin ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olduğu ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere kanun idari yaptırımı ikiye ayırmış bunları da idari para cezası ve idari tedbir olarak ifade etmiştir. Hâlbuki söz konusu kanun cezai idare hukuku bakımından genel bir kanun niteliği taşıdığından "idari tedbir" konusuna girmeyip salt idari suç ve cezayı düzenlemesi ve idari ceza türlerini de çağcıl eğilime uygun olarak geniş yelpazeli olarak öngörmesi gerekirdi. Bu bağlamda söz konusu maddede idari ceza olarak yalnızca "idari para cezası"ndan bahsedilmesi son derece kısır bir yaklaşım niteliği taşımıştır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de 23.10.1996 tarih ve E.1996/48, K.1996/41 sayılı kararıyla çağcıl eğilime uygun olarak idari ceza türlerini geniş açılı olarak benimsemiş ve bu bağlamda idari ceza olarak yayın durdurma veya yayın iptali

[645] Krş. Delmas ve Teitgen, s. 55.
[646] Krş. Zanobini, s. 5-6.

cezasının olabileceğini ve söz konusu cezanın "idari ceza" olarak uygulanmasının Anayasaya aykırı olmadığını savlamıştır.[647]

Halka yönelik idari suç ve cezalar, aralarında keskin sınırlara sahip olmasa da[648] idari polis, trafik, spor veya belediye suç ve cezalarında olduğu gibi daha çok toplumsal veya sosyal düzeni ihlal eden suç ve cezalar olabildiği gibi ekonomik, kültürel, imar, orman, ihale gibi çok geniş yelpazede çeşitli düzenleri ihlal eden suç ve cezalar olabilmekte, ayrıca, geleneksel nitelikteki idari vergi suç ve cezaları da halka yönelik idari suç ve cezaların kapsamına girmektedir. Bunlara ilave olarak son yıllarda regülatif nitelikteki idari suç ve cezalar da[649] halka yönelik idari suç ve cezalar içerisinde incelenmektedir. Aşağıda halka yönelik idari suç ve cezaların belli başlı olanlarında mevzuat ve/veya yargı kararlarıyla kanunilik ilkesinin uygulamasından bahsedilmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki bu suç ve cezalar yalnızca örnek niteliğindeki halka yönelik idari suç ve cezaları oluşturmaktadır. Bu çerçevede "örnekleme yoluyla" (tadadi olarak) ilginç ve/veya özellik gösteren "halka yönelik idari suç ve cezalar"da[650] kanunilik ilkesinin uygulamasının incelenmesi uygun olacaktır.

1. İdari Polis Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

En ilkel ve basit toplumlardan en gelişmiş ve karmaşık toplumlara kadar tüm insan topluluğu, sosyolojik ve siyasal anlamda toplum olmak ve ortak bir yaşam sürdürebilmek için "en az" (asgari) bir disipline ve belirli bir düzene sahip olmak zorundadır. Bu yüzden, siyasal toplumlarda kamu gücünün en eski ve temel görevi

[647] Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S:33, 1988, 1. Cilt, s. 175-183.

[648] Gerçekten de halka yönelik idari suç ve cezalar keskin bir şekilde birbirinden ayrı tür veya kategorilere ayrılamamaktadır. Örneğin, çevre düzenini ihlal eden bir suç salt çevre düzenini ihlal etmekle kalmamakta, bunun yanında, toplumsal veya sosyal düzeni de ihlal edebilmektedir.

[649] BİO ile yurttaş arasında önceden bir bağ bulunduğu, örneğin, bir ruhsat ilişkisi bulunduğu durumda işlenen suçlar "halka yönelik idari suç ve cezalar" değil "disiplin suç ve cezaları" olarak adlandırılmasına rağmen regülatif idari suçların birçoğunda ilgili ile BİO arasında bir bağ bulunmadığı için regülatif idari suç ve cezaları halka yönelik idari suç ve cezaların içerisinde sınıflandırmayı uygun bulduk.

[650] Aşağıda halka yönelik idari suç ve cezaların örnekleri anlatılırken sürgit bir şekilde "halka yönelik" ibaresinin kullanılmasından kaçınılmıştır. Örneklerde bahsedilen "idari suç ve ceza" kavramından "halka yönelik idari suç ve ceza" kavramı kastedilmektedir.

düzeni sağlamak ve korumak amacına yönelen kolluk, bir başka deyişle, polis[651] faaliyetleridir. Devlet polis faaliyetleri yoluyla bireylerin toplum içerisindeki tutum ve davranışlarını gözeterek ve denetleyerek kamu düzenini gerçekleştirmektedir.[652]

Polis hukukunun amacı, toplum düzeninin korunmasıdır. Bunun için, toplum veya sosyal düzenini bozacak hareketleri önlemek amacıyla ve idare hukuku alanına giren konulmuş bir kural ihlal edilmişse işlenen eylem idari polis suçunu oluşturmakta, toplumsal veya sosyal zararı önlemek ve cezalandırma amacıyla bizzat "polisin" (zabıtanın) idari işlemle uyguladığı yaptırım ise idari polis cezasını oluşturmaktadır.[653]

Doğru olan husus polisin görev bakımından adli ve idari polis olmak üzere ikiye ayrılması olsa da[654] 4.6.1937 tarih ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun

---

[651] Burada polis hakkında yapılan açıklamalar yalnızca Emniyet Genel Müdürlüğüne bağlı olarak görev yapan polisler hakkında değil, Türkiye'de genel kolluğu oluşturan diğer zabıta birimleri jandarma ve sahil güvenlik personeli bakımından da onların özel şartları bulunmadığı sürece geçerlidir. Polisin tanımı hakkında bilgi için bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, III. Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Aygün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1476.

[652] Duran, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 248.

[653] Krş. Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 20.

[654] Polis görev bakımından adli- idari polis şeklinde ikiye ayrılsa da niteliksel olarak idari ve adli polisin görevinin ne olduğu öğretiyi meşgul etmiştir. Örneğin De Laubadère-Venezia-Gaudemet adlı yazarlar adli polis ile idari polis arasında sağlam bir ölçüt olmasa da bastırıcılık ve önleyicilik ölçütüne göre ayrım yapılabilmesinin olanaklı olduğunu savlamaktadırlar. Daha açık bir deyişle, söz konusu yazarlar, idari polisin "önleyici" (préventive), adli polisin ise "bastırıcı" (répressive) işleve sahip olduğunu, bu bağlamda, idari polisin önceden önlem alarak düzensizliği önlemeye çalıştığını ifade etmektedirler. Bununla birlikte, söz konusu yazarlar, bu ölçütün kesinlikten uzak olup yalnızca olayların çoğunda geçerlilik taşıdığını, gerçekten de idari polis faaliyetinin yürütülmesi sırasında suçun önlenilmesi doğrultusunda çalışılabileceği gibi adli polisin suç veya suçluyu takibi sırasında bazı idari faaliyetlerde bulunabilmesinin olanaklı olduğunu belirtmektedirler. Yine yazarlar, polisin yasal görevi ne olursa olsun her polisin kamu düzeninin öğelerini teşkil eden güvenlik, dirlik ve esenlik ile kamu sağlığını korumak amacıyla gerekli önlemleri alma görev ve yetkisinin bulunması ve bunları yapmadığı takdirde sorumlu olmasının adli polis-idari polis arasındaki ayrımı güçleştirdiğini savlamaktadırlar. De Laubadère A., J.C. Venezia ve Y. Gaudemet. Traité De Droit Administratif Tome 1, 12^{e} Édition, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris 1992, s. s. 710-711. Buna ilave olarak yazarlar, adli polis-idari polis arasındaki bu ayrım güçlüğünün bazı durumlarda aşılamaz bir nitelik taşımadığını, polisin faaliyetinin somut olarak incelenerek, söz konusu faaliyetin "özü" (essentiellement) unsuruna bakılarak adli-polis idari polis ayrımı yapılacağını belirtmektedirler. Bu bağlamda yazarlar, polis faaliyetinin özünün "idari" olduğu durumlarda idari polis, "adli" olduğu durumlarda ise adli polisin bulunacağını ifade etmektedirler. De Laubadère-Venezia-Gaudemet, s. 711. Ayrıca yazarlar, adli polis ile idari polis arasındaki ayrımın polisin amacına göre yapılması gerektiğini, idari polisin amacının, iyi bir güvenlik, dirlik ve esenlik ile kamu sağlığını korumak, kısacası kamu düzeni bakımından hizmet yürütmek olduğunu belirtmektedirler. De Laubadère-Venezia-Gaudemet, s. 708. Biz, De Laubadère-Venezia-Gaudemet adlı yazarların görüşlerine tam olarak katılamamaktayız. Zira önleyicilik-bastırıcılık ölçütüne göre idari polis-adli polis ayrımı yapılabilse de bu ayrım yalnızca idari polisin "idari tedbir" alması durumunda tam olarak geçerlidir. Daha açık bir deyişle, idari polis tedbiri önleyici bir nitelik taşımaktadır. Buna karşın, idari polisin kamu düzenini korumak ve sağlamak bakımından idari ceza verdiği durumlarda verilen "idari polis cezası" bastırıcı bir işlevselliğe sahiptir. Ancak bahsedilen bu durumun adli-idari polis ayrımında kullanılan bastırıcılık-önleyicilik ölçütünün değerini azaltmadığını belirtmek gerekir. Nitekim çağcıl

8. maddesinde polis; idari, siyasi ve adli kısımlara ayrılacağı belirtilmiş, 9. maddesinde ise bu kısımların tanımı yapılmıştır. Bu maddede idari polisin; toplumsal ve genel düzeni sağlamakla yükümlü olduğu, siyasi polisin Devletin genel güvenliğiyle ilgili işlerle yükümlü olan kısmı olduğu;[655] adli polisin ise asgari tam teşekküllü bir polis karakolu bulunan yerlerde, adli işlerle uğraşmak üzere Emniyet Genel Müdürlüğünce kadrodan ayrılan bir kısım olduğu, tam teşekküllü bir kadrodan

anlayışa uygun olarak Türk pozitif hukuku da polisin görevlerini ikiye ayırmıştır. Gerçekten de, 4.7.1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 2. maddesinde polisin genel güvenlikle ilgili görevlerinin iki kısım olduğu, idari görevinin; kanunlara, tüzüklere, yönetmeliklere, hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce bu kanun hükümleri çerçevesinde önünü almak (önleyici) olduğu, yargısal görevinin ise, işlenmiş olan bir suç hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu (adli kolluğun tanımı ve görevleri konusunda 4.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 164. maddesine bkz.) ile diğer kanunlarda yazılı görevi yapmak olduğu ifade edilmiş, bir başka deyişle, polisin buradaki görevinin yargısal ve bastırıcı olduğu ima edilmiştir. Bununla birlikte Duran, önleyicilik ve bastırıcılık ölçütlerinin söz konusu ayrım bakımından pek fazla önem taşıdığı fikrindedir. Yazar, idari kolluk ile adli kolluk arasında genellikle birincisinin önleyici ve engelleyici, ikincisinin ise cezalandırıcı olması bakımından ayrım yapıldığını, ancak bu tutumun doğru sayılamayacağını, idari kolluk ile adli kolluk arasındaki temel farkın, ikincisinin yalnızca kanunların suç saydığı fiil ve hareketleri oluşumundan sonra soruşturması, buna karşın ilkinin cezalandırılması öngörülmeyen ancak kamu düzenini bozan fiil ve davranışlara önceden müdahale etmesi olduğunu, hatta idari kolluğun, kanunların suç saydığı, ancak kamu düzenini doğrudan etkilemeyen kimi tutum ve davranışlara göz yumabileceğini veya engellemeyebileceğini ifade etmektedir. Duran, L. İdare Hukuku Ders Notları, s. 251. Duran'ın bu görüşü hakkında bazı çekincelerimiz bulunmaktadır. Gerçekten de yazarın görüşünün aksine "idari polis tedbiri" durumunda bastırıcılık ve önleyicilik adli-idari kolluk arasında ayrım bakımından temel oluşturmakta, yine az önce anlatıldığı üzere kuşkulu durumlarda yapılan faaliyetin özüne bakılarak da adli-idari polis ayrımı yapılabilmesi olanaklı bulunmaktadır. Öte yandan idari polisin kamu düzenini bozan davranışlarla uğraşacağı, cezalandırılması öngörülen fiillerle uğraşmayacağı savı da doğru değildir. Çünkü kamu düzenini bozan davranışlar kimi durumlarda idari ceza ile cezalandırılmaktadır. Ayrıca, Duran'ın idari polisin suç faaliyetine göz yumabileceğini ifade etmesi de doğru değildir. Zira bir suça bir güvenlik görevlisinin göz yumması güvenlik görevliliğinin doğasına aykırıdır. Öte yandan, Toroslu ve Feyzioğlu, genel kolluğun görevlerinin suç öncesi ve sonrası olmak üzere iki gruba ayrılacağını, suç öncesi görevin; suçtan koruma, önleme ve yardım şeklinde yapıldığını, bu görevleri yapan kolluğa idari kolluk, bir başka deyişle, idari polis denildiğini, buna karşın, suç sonrası görevin ise suçun ve suçluların araştırılması olduğunu, bu kolluğun temel olarak ceza muhakemesini ilgilendirdiğini, söz konusu kolluğa "suç polisi", "suç kolluğu", "adli zabıta", "adli polis" veya "adli kolluk" da denildiğini ifade etmektedir. Bkz. Toroslu N. ve Feyzioğlu M. Ceza Muhakemesi Hukuku, Beşinci Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006, s. 261. Toroslu ve Feyzioğlu'nun görüşlerini de tam olarak isabetli bulmamaktayız. Zira idari kolluk yalnızca suçtan koruma, önleme ve yardım şeklinde yürütülmez. İleride anlatılacağı üzere idari kolluğun kamu düzenini bozan davranışları cezalandırma yetkisi, bir başka deyişle bastırıcılık görevi olduğu gibi kamu düzenini korumak ve sağlamak için idari tedbir alma yetkisi de bulunmaktadır. Yine yazarların bahsettiği idari kolluk görevleri, idari kolluğun temel görevi olan kamu düzenini korumak ve sağlamak bakımından etkin görev yapması durumunda ortaya çıkan "ikincil" (tali) sonuçlar olduğu, idari kolluğun temel görevlerini oluşturmadığı açıktır.

[655] 3201 sayılı Kanunun 9. maddesinin (B) bendinde siyasi polisin; devletin genel güvenliğine ilişkin işlerle yükümlü olan kısım olduğu ifade edilmiştir. Duran'ın belirttiği gibi "devletin genel güvenliği" bütün ülkenin güvenlik ve dirliği anlamını taşıyorsa, bu görev idari kolluğun konusuna girdiğinden "idari polis"ten ayrı ve farklı bir şey olamaz. Buna karşın, "siyasi polis"ten kastedilen husus, birey ve toplulukların düşünce, inanç ve ülkü alanlarını düzenleme ve denetleme ise bu durum çağcıl demokrasi rejimine ve Anayasanın dizge, ilke ve kurallarına aykırı bir durum oluşturur. Daha açık bir deyişle, çağcıl demokratik bir ülkede "iç siyasi polis"in yeri ve görevi olamayacağından siyasi polis kısmını yalnızca Milli İstihbarat Teşkilatına yardımda bulunan bir emniyet kolu olarak saymak uygun olacaktır. Bkz. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 253, 288 dn. 1.

daha az kuvvette olan polis teşekküllerinin tamamı veya bir kısmının adli polis olarak ayrılabileceği ifade edilmiştir.

Emniyet Teşkilatı Kanununda yapılan bu ayrıma rağmen Türkiye'de adli polis ile idari polis birbirinden keskin çizgilerle ayrılmamakta, bunların görevleri arasında birbirine geçişler görülmektedir. Gerçekten de 3201 sayılı Kanunun 12. maddesinde; adli işlerle ilgili soruşturmanın yetkili adli makamların direktifleri altında ve kanunlara uygun olarak yalnızca adli zabıtaya yaptırılacağı, polis teşkilatı bulunmayan yerlerde teşkilat oluşturuluncaya kadar adli polis görevlerinin diğer zabıta tarafından yapılacağı, idari polisin, gerektiğinde adli polise veya Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine yardımla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu maddede, ayrıca, idari polisin adli zabıta görevinin yapılmasını gerektiren herhangi bir durum karşısında kaldığı zaman bir taraftan adli zabıta görevini yerine getirmekle birlikte, diğer taraftan adli zabıtayı haberdar edeceği ve adli polis gelince işi ona devredeceği belirtilmiştir.

Kanunun bu hükmünden anlaşılacağı üzere adli polis ile idari polis salt görev bakımından birbirinden ayrılmış olup kuruluş ve personel bakımından aralarında bir ayrım bulunmamaktadır. Nitekim uygulamada her iki zabıta görevi de aynı kuruluş tarafından yerine getirildiği gibi çoğu kez de aynı personel tarafından yerine getirilmektedir. Polis, adli zabıta görevinde adli otoritenin, idari zabıta görevinde ise idari mercilerin emri altında olup kimi zaman idari polis amirlerinin adli polis görevleri de bulunmaktadır.[656]

Türkiye'de adli-idari polis ayrımı kuruluş ve personel bakımından yapılamayacağına göre ancak görev bakımından yapılabilir.[657] Bu bağlamda idari polis kısaca, kamu düzenini sağlamak ve korumak için faaliyette bulunur.[658] Daha açık bir deyişle, idari polisin asıl konusu ve amacı, kamu düzenini sağlamak,

[656] Kıratlı, M. Koruyucu İdari Hizmetler, TODAİE Yayınları No: 135, Ankara, 1973, s. 32. Duran, isabetli bir şekilde gücünü aynı "yürütme erki"nden alan adli ve idari kollukların olgular bakımından ne organik ne de görevsel olarak birbirinden ayrılabileceğini ve çok yerde ortak öge ve niteliklere sahip olduğunu, bu yüzden adli kolluğun İdareden bütünüyle ayrılarak yargı organlarına bağlanması önerisinin olgulara ve uygulamaya uygun, gerçekçi bir çözüm biçimi olamayacağını ifade etmektedir. Bkz. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 252.

[657] Görev bakımından da olsa adli-idari polis ayrımı yapılması, idari polis suçu ve cezasının saptanabilmesi açısından yaşamsal bir önem taşıdığı gibi idari polis suç ve cezası ile idari polis tedbiri arasındaki ayrımın sağlıklı yapılabilmesi açısından da yaşamsal bir önem taşır. Bu bağlamda, hemen şunu ifade etmek gerekir ki, adli zabıta görevi nedeniyle polisin yapmış olduğu işlemler ne idari polis cezasına ne de idari polis tedbiri kavramının içerisine girer.

[658] De Laubadère- Venezia-Gaudemet. s. 707.

korumak ve bozulduğunda geri getirmektir.[659] İdari polis açısından kamu düzeni, Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı İkinci Kısmında kullanıldığı anlamda, toplumun dışsal ve maddi durumunu ifade eder. Bir başka deyişle kamu düzeni,[660] toplumun barış, güven ve gelişme içinde yaşamını sürdürmesi durumudur.[661]

İdari polis görev açısından "idari genel polis" ve "idari özel polis" olmak üzere ikiye ayrılır. İdari genel polis güvenlik, dirlik ve esenlik ile kamu sağlığını korumak göreviyle donatılmış olmasına karşın idari özel polis[662] bu görevler dışında kalan işleri görmekle yükümlüdür.[663]

Türkiye'de idari polis cezalarını vermeye yetkili birimleri "kolluk makamları" ve "kolluk üstleri" oluşturmakta, buna karşın "kolluk personeli"nin, bir başka deyişle polisin idari ceza verme yetkisi bulunmamaktadır. Bunlardan kolluk makamları; kolluk konusunda düzenleyici idari işlemler yapmaya kanunla yetkili

---

[659] Nitekim Duran isabetli bir şekilde idari polisi kamu düzeninin sağlanması, korunması ve bozulduğunda geri getirilmesi amacıyla, bireylerin toplum içerisindeki tutum ve davranışlarının düzenlenmesi, gözetilip izlenmesi ve aykırı davranış ve tutumların gerektiğinde güç kullanılarak önlenmesi, engellenmesi ve kaldırılması şeklinde tanımlamakta ve bu bağlamda idari polisin esas konusunu ise güvenlik, dirlik ve esenlik ile sağlık ögelerini içeren kamu düzenini genel yerler ile halka açık olan yerlerde sağlamak, korumak ve bozulduğunda geri getirmek olarak saptamak gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 250, 256-257.

[660] Kamu düzeninin unsurlarını oluşturan güvenlik, dirlik-esenlik ve sağlık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kıratlı, s. 33-34, Günday, M. İdare Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2003, s. 134-135. Kamu düzeni ile ahlak arasındaki ilişkiler için bkz. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 250, 255.

[661] Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 248-249.

[662] 4.6.1937 tarih ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 3. maddesinde; zabıta teşkilatının "genel" (umumi) ve "özel" (hususi) olmak üzere iki kısma ayrılacağı belirtilmiş, genel kolluğu silahlı bir kuvvet olan polis ve jandarmanın, özel zabıtayı ise genel zabıta dışında kalan ve özel kanunlarına göre oluşturulup belirli görevleri gören kolluk kuvvetlerinin meydan getireceği ifade edilmiştir. Duran'ın belirttiği üzere özel zabıta ve özel idari kolluk olarak adlandırılan özel kolluklar; ya sularda ve karada avcılık, at yarışları, banka ve sigorta, ormanları koruma, gümrükleri muhafaza, yabancıların seyahat ve ikametleri ve maliye kollukları gibi genel kolluktan farklı konu ve amaçlar için faaliyet göstermekte veya demiryolları, kara, deniz, hava trafikleri, hudut ve sahillerde ve sınaî kuruluşlarda sağlık ve güvenlik gibi genel idari kolluğun özellik ve önem taşıyan bölümlerinin ondan ayrılıp başlı başına yürütülmesi durumunu göstermektedir. Bkz. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 258. Ancak, genel kolluğun uzmanlaşmış dalları ile özel kolluğu birbirinden ayırmak gerekir. Bu çerçevede, genel kolluğun amaç ve konuları olan güvenlik, dirlik-esenlik ve sağlıkla ilgili konular ayrı ve özerk kuruluş ve kuvvetlere verilse bile aslında genel rejime bağlı kalırlar. Buna karşın, söz konusu amaç ve konu dışında faaliyet gösteren kolluk ise özel kolluğu oluşturur. Bu bağlamda, "mali polis" olarak adlandırılan maliye kolluğu, vergi ve döviz kaçakçılığı ile iktisadi ve mali suçları soruşturmakla görevlidir. Mali polisin görevi önleyici olmadığı için idari polis sayılmaz, tersine bir deyişle adli zabıtanın bir uzmanlık kolu sayılabilir. Buna karşın, "çevik kuvvet", genel idari kolluk konularından güvenliği tehdit eden toplu hareketleri önlemek ve bastırmakla görevli olup Emniyet Teşkilatı içerisinde ayrı bir şekilde yapılandırıldığı için özel bir kolluk sayılmaz, idari polisin ayrı bir kolu sayılır. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 279, 283.

[663] De Laubadère-Venezia-Gaudemet, s. 711.

kılınmış bulunan kişilerdir. Devlet zabıtası bakımından kolluk makamlarını; Bakanlar Kurulu, İçişleri Bakanı ve valiler oluşturur. Anayasanın 112, 115, 119, 120. maddeleri, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 1. maddesi, 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 9. maddesinin (Ç) bendi ile 11. maddesinin (C) bendi bu hususu açıkça göstermiştir. Bu karşın, emniyet müdürü, emniyet amiri, komiser gibi "amir" konumunda bulunan kimi kişiler "kolluk makamı" sayılmazlar, kısmen "kolluk üstleri" olarak kabul edilir. Daha doğru bir deyişle bu kişiler, kanunların yetki verdiği veya acele hallerde ve olağanüstü durumlarda gerekli ve belirli kolluk karar ve tedbirlerini alabilecekleri için bir ölçüde "kolluk" üstleri olarak kabul edilir. Bu karşın, gerçek kolluk üstlerini vali, kaymakam ve bucak müdürü oluşturur. Nitekim bu husus, 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 11. maddesinin (A) bendi,[664] 32. maddesinin (A) ve (B) bentleri[665] ile 43. maddesinde[666] açıkça belirtilmiştir. İşte gerek kolluk makamları, gerek kolluk üstleri kanunlarda "sınırlı sayıda" (numerus clauses) sayıldığı için bunların dışında kalanlar kolluk ile görevli bulunsalar bile esas itibarıyla bu konuda herhangi bir işlem yapmaya yetkili değildirler. Bu konumda bulunan zabıta görevlilerinin tümü "kolluk personeli" olarak adlandırılmakta ve bu personel idari ceza vermeye yetkili olmayıp yalnızca kolluk işlemlerini uygulama, görevleri yerine getirme ve kamu düzenini gerçekleştirme ödevleri ile yükümlü bulunmaktadır.[667]

Türk pozitif hukukundaki bu hükümlerden hareketle "polis yetkisine sahip olmak" ile "polis" sözcüklerinin aynı kavramı ifade etmediği anlaşılmaktadır. Örneğin, vali veya kaymakam o yörenin yararına olarak polis cezası veriyorsa polis

[664] Bu bentte; valinin, il sınırları içinde bulunan genel ve özel bütün kolluk kuvvet ve teşkilatının amiri olduğu, suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için gerekli tedbirleri alacağı, bu amaçla, Devletin genel ve özel kolluk kuvvetlerini istihdam edeceği, bu teşkilat amir ve memurlarının vali tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle yükümlü oldukları ifade edilmiştir.
[665] Bu bentlerden (A) bendinde; kaymakamın, ilçe sınırları içinde bulunan genel ve özel kolluk kuvvet ve teşkilatının amiri olduğu, (B) bendinde ise, kaymakamın, suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için gereken tedbirleri alacağı, bu amaçla, Devletin genel ve özel kolluk kuvvetlerini istihdam edeceği, kanun tüzük, yönetmelik ve Hükümet kararları hükümlerinin yürütülmesi için emirler vereceği, bu teşkilat amir ve memurlarının kaymakam tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle ödevli oldukları ifade edilmiştir.
[666] Bu maddede bucağın güven ve düzeninin korunmasından bucak müdürünün sorumlu olduğu, onun suç işlenmesini önlemek için gereken tedbirleri alacağı ve uygulayacağı, genel ve özel kolluk kuvvetlerinin bucak müdürünün emri altında olduğu, bunların bucak müdüründen aldıkları emri yerine getirmeye mecbur oldukları ifade edilmiştir.
[667] Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 275-276.

yetkisi kullanıyor demektir.[668] Bu bağlamda, ileride ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere Türk hukuku bakımından yalnızca kolluk makamları kolluk alanında düzenleyici işlem yapabilmekte, kolluk üstlerinden ise yalnızca vali ve kaymakam birel polis cezası vermeye yetkili kılınmış bulunmaktadır.[669] Bu açıklamalardan sonra idari polis suç ve cezaları ile bunlar hakkında kanunilik ilkesinin uygulanması konusundaki açıklamalar yapılması uygun olacaktır.

Devletin bir faaliyeti olarak polis, kimi zaman özel kişilerin fiillerinden doğan sosyal zararları önlemekte, böylelikle söz konusu faaliyet idare hukuku alanına girmektedir.[670] Bu bağlamda polis, idari işleyişin esaslı bir kısmını oluşturmaktadır. Polisin işlevinin, yaptırım işlevselliğiyle büyük bir ilişkisi bulunmaktadır. Zira söz konusu faaliyetler kişi hak ve özgürlüklerini çeşitli şekillerdeki araçlarla sınırlandırmak suretiyle gelişmektedir. Bu şekilde bir sınırlandırma çoğunlukla genel hareket kurallarını somut hale getirmektedir. Söz konusu sınırlandırmalarla sosyal sükûn, huzur ve güvenliğine tehlike oluşturabilecek bütün yurttaşların faaliyetlerin yasaklanmasına yönelinmekte ve bu yasaklamayı her zaman bir yaptırım takip etmektedir. Bu yaptırımlar en fazla yaygın olarak kullanılmasına rağmen üzerinde en çok tartışılan kısmı "ceza"dır. Bu bağlamda, yurttaşlara bazı faaliyetlerde bulunma veya bulunmamaktan kaçınmayı emreden tüm kanunlar belirli koşullar altında böyle yükümlülükleri yerine getirmede ihmali olanlar hakkında ceza öngörmektedir. Bu ceza, para cezası şeklinde olabildiği gibi kişisel hak ve özgürlüğü sınırlandırıcı veya her ikisi birden olabilmektedir.[671]

Çağcıl demokratik toplumlarda kişilerin temel hak ve özgürlükleri anayasal güvenceye bağlanmış olduğundan söz konusu hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını veya kısıtlanmasını öngören kolluk yetkilerinin, yurttaşların temsilcilerinden kurulu olan parlamento tarafından tartışılarak öngörülmesi gerekmesine,[672] daha açık bir deyişle, idari polis suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin mutlak bir şekilde uygulanması gerekli olmasına karşın Türk hukukunda bu esastan bütünüyle

[668] De Laubadère-Venezia-Gaudemet, s. 712.
[669] Ancak az sonra anlatılacak nedenlerle kolluk üstlerinden bucak müdürünün idari polis cezası verme yetkisi bulunmamaktadır.
[670] Aslında cezai idare hukuku önleyicilik ve etkililik üzerine odaklanır. Krş. Mantovani, s. 37.
[671] Zanobini, s. 38.
[672] Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 248.

sapılmıştır. Daha açık bir deyişle, idari polis suç ve cezalarında kanunilik ilkesi uygulanmamaktadır. Bu konuda çeşitli örneklerin verilmesi uygun olacaktır.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyetleri Kanununun 6. maddesinde; halka açık dinlenme ve eğlence yerlerinden; faaliyetten geçici olarak men edildiği halde süresinden önce açılan, açık ve kapalı bulunacağı saatlere uymayan, bu kanunun 12. maddesinde belirtilen yasaklara uymadığı saptanan, mevzuat hükümlerine aykırı olarak işletilen işyerlerinin işletmecilerine idari para cezası verileceği, bu para cezalarının belediye sınırları içinde belediye encümeni, belediye sınırları dışında ise il daimi encümeni tarafından verileceği ifade edilmiştir.[673] Burada, Kanunun 12. maddesine yollama yapılmak suretiyle ileride ayrıntılarıyla anlatılacak olan "kanunilik" ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine uyulmadığı gibi "mevzuat hükümlerine aykırı olarak işletilen" şeklinde bir ibareye yer verilerek söz konusu ilkenin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine de uyulmamıştır. Zira bu son durumdan dolayı örneğin bir yönetmelik hükmünün ihlali nedeniyle idari polis cezası uygulanabilecektir ki bu durum "kanunun tekelciliği" alt ilkesi ile bağdaşmaz.

Yine 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyetleri Kanununun 8. maddesinde; polis tarafından kesin delil edilmesi halinde; kumar oynanan umumi ve umuma (halka) açık yerler ile her çeşit özel ve resmi kurum ve kuruluşlara ait lokaller, mevzuata aykırı bir şekilde uyuşturucu madde imal edilen, satılan, kullanılan, bulundurulan yerler, mevzuata aykırı faaliyet gösteren genelevler, birleşme yerleri ve fuhuş yapılan evler ve yerler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzenine, genel güvenliğe ve genel ahlaka zararı dokunacak oyun oynatılan, temsil verilen, film veya videobant gösterilen yerler ile internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerler, derneklere, sendikalara, loca ve kulüplere, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile benzeri kurum ve kuruluşlara ait ve yalnız üyelerinin yararlanması için açılan lokallerden, birden fazla denetim sonunda ve yazılı ihtara rağmen, iç yönetmeliğine aykırı faaliyet göstererek halka açık yer durumuna geldiği saptananlar, her türlü denize elverişli araçlarla günübirlik tur düzenleyen veya her türlü mal ve hizmet satanlardan müşteriye faaliyetlerini duyururken veya müşteri kabul ederken çevreyi veya müşteriyi rahatsız edecek

[673] Para cezalarının belediye encümeni veya il daimi encümeni tarafından verilmesi bu cezayı ileride anlatılacak olan belediye cezalarına dönüştürmez. Zira burada verilen para cezası idari kolluğun görev alanına giren "dirlik ve esenlik" kavramıyla ilgili olduğundan niteliği gereği bir idari polis cezasıdır.

yöntemler kullananların mahallin en büyük mülki amiri tarafından otuz günü geçememek üzere geçici süreyle faaliyetten men edileceği, bu maddede yazılı fiiller nedeniyle bir yıl içinde üç defa faaliyetten men edilen işyerlerinde bu fiillin tekrar işlendiği takdirde, işyeri açma ve çalışma ruhsatlarının, mahallin en büyük mülki amirinin bildirimi üzerine belediye veya il özel idaresi tarafından beş iş günü içinde iptal edileceği ifade edilmiştir. Bu hükümde de "mevzuata aykırı bir şekilde" veya "mevzuata aykırı faaliyet gösteren" ibaresine yer verilerek kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine, "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne", "Anayasal düzenine", "genel güvenliğe" ve "genel ahlaka" ibarelerine yer verilerek de söz konusu ilkenin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı davranılmıştır.

İdari polis suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesini asıl olarak tahrip eden durum kolluk üstlerinin verdikleri halka yönelik idari cezalardır. Gerçekten de 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 66. maddesinde; il genel kurulu veya idare kurulları veya en büyük mülki amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye dayalı olarak aldıkları ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin uygulanma ve icrasına muhalefet eden veya müşkülat gösterenler veya riayet etmeyenlerin mahalli mülki amir tarafından Kabahatler Kanununun 32. maddesi uyarınca cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Bu hükmün kanunilik ilkesini nasıl derinden yaraladığını incelemeden önce onun Kabahatler Kanununun yukarıda açık ceza normu kısmında anlatılan 32. maddesiyle ilişkisi üzerinde durmak gerekir.

5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 66. Maddesiyle, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32. maddesi arasında bir tamamlayıcılık ilişkisi bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, 5442 sayılı Kanununun 66. maddesiyle, 5326 sayılı Kanununun 32. maddesinin eksiği giderilmiştir. Gerçekten de 5442 sayılı Kanunun 66. maddesi "ilan olunan karar ve tedbirler"den söz ederek kural-işlem niteliği taşıyan kollukla ilgili düzenleyici işlemleri de kapsamına almaktadır. Bununla birlikte, söz konusu 66. madde, "tebliğ", bir başka deyişle, yazılı bildirim şartını koştuğundan sözlü emir ve tedbirleri de kapsayan 5326 sayılı Kanunun 32. maddesine göre daha dar bir uygulanma yeteneğine sahiptir. Yine bahsedilen 66. madde, her konuda verilen idari işlemler bakımından uygulanabileceği için 32. maddeden daha geniş bir alanda geçerli olmakla birlikte yetkili makamları birer birer saydığı için vali ve

kaymakamlar dışında zabıta amirlerince, örneğin bucak müdürünce alınan karar ve tedbirler bakımından uygulanmayacaktır. Zira bucak müdürünün bulunduğu yerlerde en büyük mülki amir kaymakam olduğuna göre 66. maddede aranan "en büyük mülki amir" koşulunu bucak müdürü sağlayamaz. Bunun gibi 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 1. maddesinde, ülkenin tümünde genel güvenlik ve asayiş işlerinden İçişleri Bakanı sorumlu olduğuna göre İçişleri Bakanının çıkaracağı bir düzenleyici işlem, örneğin, yönetmeliğe aykırı davranmak ne 5326 sayılı Kabahatler Kanununun ne de 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 66. maddesinde belirtilen idari cezanın kapsamına girer. Ancak, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 22. maddesinde, bu kanunda öngörülen görev ve yetkilerin yapılması ve kullanılması için en büyük mülki amirlerin vereceği emirleri İçişleri Bakanının re'sen verebileceği belirtildiğinden yalnızca bu durumda 5442 sayılı Kanunun 66. maddesinin yaptığı yollama sonucu 5326 sayılı Kanunun 32. maddesi uygulama alanı bulur.[674]

5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 66. maddesi gereği; il genel kurulu veya idare kurulları veya en büyük mülki amirleri tarafından alınan kararların gereğinin yerine getirilmemesi durumunda "idari ceza" öngörülmesi, kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesini büyük ölçüde tahrip etmektedir. Zira idari cezanın kanunilik ilkesine uygun bir şekilde konulabilmesi için cezayı gerektiren idari suçun unsurlarının yasada açıkça gösterilmesi gerekir. Gerçi burada denilebilir ki söz konusu organlar tarafından verilen ceza yasaya, daha somut bir deyişle, 5442 sayılı Kanunun 66. maddesine dayandığı, dolayısıyla kanunilik ilkesine aykırı bir durumun olmadığı savunulabilir. Bu savunma doğru değildir. Bu bağlamda idari polis suçları alanında İdare düzenleme yaparken her şeyden önce yasada suçun sınırlarının açıkça gösterilmesi gerekir. Suç ve cezanın sınırlarının yasa tarafından gösterilmeyip yalnızca yasanın İdareye düzenleme konusunda açık bir çek vermesi kanunla düzenleme koşulunun yerine getirildiği anlamını taşımaz ve açık ceza normu kısmında anlatılan gerekçelerle 5442 sayılı Kanunun 66. maddesini boş norm konumuna sokar.[675] Bu bağlamda, kanun tarafından suçun sınırları düzenlenmediği

[674] Krş. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 270 ve dn. 1.

[675] Bu savımız yukarıda ayrıntılarıyla anlatılan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin bir gereği olduğu gibi Türk idare hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesinin "uygunluk ilişkisi"nin de bir gereğidir.

müddetçe yasanın yollamasıyla olsa bile İdarenin düzenleyici işlemiyle "idari suç"un saptanması kanunilik ilkesi bakımından onulmaz yaralar açar.[676]

2. İdari Trafik Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Çağcıl ülkelerde trafik alanında idare hukuku ve ceza hukuku yaptırımları genellikle bir arada bulunsa da[677] eğilim idari cezalara ağırlık verilmesi yönündedir. Gerçekten de son yıllarda, bilim ve tekniğin hızla gelişmesi ve buna bağlı olarak devlet işlevinin artması ve müdahale alanlarının genişlemesi sonucunda İdareye yüklenen görevler artmış ve ceza yasasını ihlalini oluşturan basit nitelikteki fiillere ceza usul hukukunun geleneksel kuraları dışına çıkarılarak basit ve kolay yoldan bir hükme varılma yolları öngörülmüş ve bu konuda idari makamlar yetkili kılınmıştır. Bu bağlamda, bazı trafik kurallarının ihlali de ceza hukukunun dışına çıkılarak, idare tarafından yaptırım altına alınmıştır. İşte bu aşamadan itibaren trafik kurallarını ihlal eden fiiller, ceza hukukunun kapsamı dışına çıkmakta ve idare hukukunun kapsamı içerisine girmektedir.[678]

Nitekim kimi ülkelerde adliye düzeneğinin iş yükünü azaltmak amacıyla trafik suçlarının cezalandırılması, ceza hukukunun dışına çıkarılmakta ve bu alanda depenalisationa gidilmektedir. Örneğin, 25 Mayıs 1968 tarihli Alman Düzene Aykırılıklar Kanunuyla trafik suç ve cezaları idari suç ve ceza haline dönüştürülmüş, İtalya'da ise daha önce ceza hukuku kapsamında kabahat olarak düzenlenen trafik suç ve cezaları, 2 Mayıs 1967 sayılı Kanunla idari suç ve ceza haline dönüştürülmüştür.[679] Bundan da öte, her ne kadar kabul görmese de VII.

---

[676] Krş., Kıratlı, s. 37. Bununla birlikte Duran aksi görüştedir. Yazar, kolluk yetki ve görevinin, toplum yaşamında bireylerin ve topluluklarının tutum ve davranışlarını düzenlemeyi gerektirdiği için idari düzenlemelerin en çok bu alanda yapıldığını, gerçi, temel hak ve hürriyetlerin, kural olarak kanunla düzenlenmesi gerekse de yasama erkinin bu alanı ayrıntılarıyla düzenleyemeyeceği veya düzenlemeyi gerekli ve doğru bulmadığı için birçok hususun idarenin düzenleyici işlemlerine konu olduğunu, ayrıca, Anayasa ve kanunların dışında kalan olanak ve serbestliklerin genel idari kolluğun düzenleme yetkisine girdiğini ifade etmektedir. Bkz. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 265. Kanımızca Duran'ın bu görüşü hatalıdır. Zira Duran'ın ileri sürdüğü görüşler "yerindelik" niteliğinde görüşler olup hukuki değildir.

[677] Delmas ve Teitgen, s. 20.

[678] Yarsuvat, D. Trafik Suçları, Cezaları ve Yargılamasında Yeni Sorunlar, İÜHFM, C. L, S. 1-4, 1984,, s. 171.

[679] Yarsuvat, s. 157.

Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresinde bütün trafik suç ve cezalarının ceza hukuku alanı dışına çıkarılması, kısacası, depenalize edilmesi teklif edilmiştir.[680]

Türkiye de bu eğilimden uzak kalamamış, trafik cezaları ağırlıklı olarak idari trafik cezası olarak düzenlenmiştir. Gerçekten de 13.10.1983 tarih ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda öngörülen yaptırımların çoğunun idare tarafından saptanması ve uygulanması, söz konusu fiillerin ağırlıklı olarak idari nitelikte olduklarını açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Nitekim Kanunun 114. maddesinde, trafik suçlarını işleyenler hakkında yetki sınırları içerisinde Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı personeli[681] ile Ulaştırma Bakanlığının ve Karayolları Genel Müdürlüğünün ilgili birimlerinin il ve ilçe kuruluşlarında görevli ve yetkili kılınmış personelince tutanak düzenleneceği, birkaç trafik suçunun bir arada işlenmesi halinde her suç için ayrı cezanın uygulanacağı, yalnızca yargı yetkisine giren suçlarla ilgili tutanağın bir suretinin ilgili mahkemeye 7 iş günü içerisinde gönderileceği, para cezalarının yetkili memurlarca derhal tahsil edileceği, bu tahsilâtın makbuz karşılığında yapılacağı, para cezaları derhal tahsil olunamadığı durumda "ceza tutanağı"nın düzenleneceği ve tutanağın bir suretinin Maliye Bakanlığınca belirlenecek birime veya kuruma 7 iş günü içerisinde gönderileceği belirtilmiştir. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, trafik cezalarında para cezasının saptanması ve tahsil edilmesi bakımından temel organ idaredir. Bundan başka, 2918 sayılı Kanunun 115. maddesinin son fıkrasında önceleri yer alan; idarece verilen para cezalarının kesin olduğunun belirtilmesi,[682] dolayısıyla, bu cezalara karşı herhangi bir yargı organına başvurulamayacağının ima edilmiş olması, trafik ihlallerini oluşturan fiillerin ve uygulanan yaptırımların ağırlıklı olarak idari suç ve ceza olma niteliğini daha da pekiştirmişti.

---

[680] Yarsuvat, s. 158.

[681] Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının trafik kolluğu özel bir kolluk niteliği taşımamakta, genel kolluğun güvenlik konusuna giren bir dalından ibaret olmaktadır. Bkz. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 288. Daha açık bir deyişle, trafik kolluğu, trafik güvenliği ile görevli kılınmıştır.

[682] 2918 sayılı Kanunun 115'inci maddesinin son fıkrasında, idarenin trafik ihlallerine karşı uyguladığı para cezalarının kesin olduğunun belirtilmesi, dolayısıyla, bu hükümden trafik para cezalarına karşı herhangi bir yargı organına başvurulamayacağının anlaşılması üzerine Konya 1. İdare Mahkemesi, somut norm denetimi yoluyla konuyu Anayasa Mahkemesine götürmüş, Anayasa Mahkemesi de 12.12.2007 tarih ve E.2003/105, K. 2007/98 sayılı kararıyla, söz konusu fıkrayı Anayasanın 2., 36., ve 125. maddelerine aykırı görerek iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararının metni için 30.1.2008 tarih ve 26772 sayılı R.G.'ye bkz.

2918 sayılı Kanuna göre İdare, trafik güvenliği bakımından yalnızca para cezası vermek bakımından yetkili kılınmamakta, bunun yanında, başka cezaları verme yetkisi de bulunmaktadır. Gerçekten de, Kanunun 112. maddesinin 1. fıkrasında; sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınması hariç olmak üzere, hafif para cezasını veya bununla birlikte, hafif hapis cezasını, belgelerin geri alınması ve iptali veya işyerlerinin kapatılması cezasını gerektiren suçlarla ilgili davalara trafik mahkemesinde, bu mahkemelerin bulunmadığı yerlerde yetki verilen sulh ceza mahkemelerinde bakılacağı ifade edilmiştir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, trafik para cezaları ve sürücü belgesinin geçici olarak geri alınması idari cezalarının verilmesinde temel yetkili organ idaredir. Nitekim Kanunun 118. maddesinde, İdare tarafından sürücü belgesinin geçici olarak alınacağı durumlar da gösterilmiştir. Daha açık bir deyişle, maddede, trafik suçu sayılan bir fiilden dolayı haklarında ceza uygulanan sürücülere, aldıkları her ceza için esasları yönetmelikte belirlenen ceza puanlarının verileceği, trafik suçunun işlendiği tarihten geriye doğru bir yıl içinde toplam 100 ceza puanını dolduran sürücülerin sürücü belgelerinin iki ay süre ile geri alınacağı ve eğitime tabi tutulacakları, aynı yıl içinde ikinci defa 100 puanı dolduran sürücülerin sürücü belgelerinin dört ay süre ile geri alınarak psiko-teknik değerlendirmeye ve psikiyatri uzmanının muayenesine tabi tutulacakları, muayene sonucunda sürücülük yapmasına engel hali bulunmayanların belgelerinin süresi sonunda iade edileceği belirtilmiştir.

Türk pozitif hukuku bakımından idari trafik suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesi uygulanmamaktadır. Bu konuda çok sayıda örnek vermek olanaklı olmasına karşın idari trafik suçları bakımından verilebilecek bir kaç örnek aydınlatmaya yetecektir. 13.10.1983 tarih ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 48. maddesinin 5. fıkrasının ilk tümcesinde; Yönetmelik ile belirtilen miktarların üzerinde alkollü araç kullandığı tespit edilen sürücülerin, suçun işlendiği tarihten itibaren geriye doğru beş yıl içinde; birinci defasında sürücü belgelerinin altı ay süreyle geri alınacağı ve haklarında para cezası uygulanacağı ifade edilmiştir. Alkol miktarı bakımından kendisine yollama yapılan Karayolları Trafik Yönetmeliğinin[683] 97. maddesinin 4. fıkrasının (b) bendinin 1. paragrafında; toplu taşıma araçları, kamu hizmeti gören, yük ve yolcu taşımacılığı yapan sürücüler ile

[683] Bkz. 18.7.1997 tarih ve 23053 mükerrer sayılı R.G.

resmi araç sürücülerinin alkollü içki kullanmış olarak bu araçları süremeyecekleri, 2. paragrafında ise alkollü içki almış olarak araç kullandığı tespit edilen "hususi" (özel) araç sürücülerinden kanlarındaki alkol miktarı 0.50 promilin üstünde olanların araç kullanamayacakları ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere sürücülerin alkol alabileceği miktar, Kanun tarafından saptanmayarak Yönetmelikle bu konuda düzenleme yapılmış, üstelik Yönetmeliğin 97. maddesinin 4. fıkrasının (b) bendinin 1. paragrafında mutlak bir alkol yasağı öngörülerek Kanunda hiç bahsedilmeyen bir konuda mutlak yasak öngörülmüştür. Böylelikle "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesi ihlal edilmiştir.[684]

Bir başka örnek "hız sınırı" bakımından verilecektir. 2918 sayılı Kanunun 51. maddesinin 1. fıkrasında; sürücülerin, aksine işaretlenmemişse yönetmelikte belirtilen hız sınırlarını aşmamak zorunda olduğu ifade edilmiş, 2. fıkrasında ise hız sınırının aşılması durumunda para cezasının verileceği öngörülmüştür. Karayolları Trafik Yönetmeliğinin konuyla ilgili 100. maddesinde; Karayolları Trafik Kanununda ve bu yönetmelikte yazılı kayıt ve şartlar dışında ve aksine bir işaret bulunmadıkça araç cinsleri için saatteki asgari ve azami hız sınırları gösterilmiştir. Bu bağlamda hız sınırları, örneğin römorksuz lastik tekerli traktörlerin "yerleşim yeri içinde" 20, yerleşim yeri dışında ise "şehirlerarası çift yönlü karayollarında" 30, bölünmüş yollarda ise 40 olarak saptanmıştır. Görüldüğü üzere hız sınırı konusundaki trafik idari suçunda kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı davranılarak "suç fiili" yönetmelikle saptanmıştır.

İdari trafik suçlarında kanunilik ilkesine uyulmadığı konusunda verilecek son örnek "dönüşler" bakımından olacaktır. Bu bağlamda 2918 sayılı Kanunun 53. maddesinde "dönüş" koşulları saptanmış ve ihlali halinde para cezası öngörülmüştür. Bu maddenin 1. fıkrasının (a) fıkrasında "sağa dönüş" için 5 koşul saptanmıştır. Buna karşın Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 102. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde bu koşullara ilave olarak bu bendin 5. paragrafında bir başka koşul eklenerek; sürücülerin, dönüş sırasında varsa kurallara uygun olarak karşıya geçen yayalara ve bisiklet yolundaki bisikletlilere geçiş hakkı vermeye zorunlu tutuldukları

[684] Bununla birlikte Danıştay aksi görüşü savunmaktadır. Gerçekten de Danıştay Sekizinci Dairesinin 12.1.2005 tarih ve E. 2004/3669, K. 2005/96 sayılı kararında; yasada yer almasa bile Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 97. maddesinin 4. fıkrasının (b) bendine dayalı olarak ceza verilmesinde hukuka aykırılığın görülmediği ifade edilmiştir. Bkz. DD, Yıl:35, Sayı:109, 2005, s. 248-250.

ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, Yönetmelikle kanunda öngörülmeyen bir koşul eklenerek kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı davranılmıştır.

Ülkede yalnızca idari trafik suçları bakımından değil, trafik cezaları bakımından da kanunilik ilkesi uygulanmamaktadır. Bunun en büyük kanıtı, 2918 sayılı Kanunun ek 3. maddesinin 1. fıkrasıdır. Bu fıkrada; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunundaki fiiller için her takvim yılı başından geçerli olmak üzere önceki yılda uygulanan mutlak ceza tutarlarının o yıl için Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca tespit ve ilan olunan "yeniden değerleme" oranında artırılacağı ifade edilmiştir. İleride ayrıntılarıyla anlatılacağı üzere yeniden değerleme oranını belirleyecek olan organ Maliye Bakanlığı olduğundan, bu bakanlığın tasarrufuyla ceza miktarının artırılması kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırıdır. Aslında bu hüküm olmasa bile idari trafik cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmadığı sonucuna varılabilirdi. Zira yukarıda belirtildiği üzere "kanunsuz suç olmaz" ilkesi ile "kanunsuz ceza olmaz" ilkesi arasında ayrılmaz bir bütünlük bulunmakta ve birisinde kanunilik ilkesinin uygulanmaması diğerinde de kanunilik ilkesinin uygulanmadığı anlamını taşımaktadır. Bu bağlamda idari trafik suçlarında kanunilik ilkesi uygulanmadığında göre idari trafik cezalarında da kanunilik ilkesi uygulanmadığı sonucuna varılması gerekir.

3. Spor Müsabakalarıyla İlgili İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Çeşitli defalar belirtildiği üzere, idari ceza, kişiye, norma aykırı davranışından dolayı verilen para cezası veya diğer türlü yaptırımlardır.[685] Spor müsabakalarıyla ilgili idari suç ve cezalar, idari suç ve cezaların ilginç bir türünü oluşturmaktadır.

Burada hemen şunu belirtmek gerekir ki Spor Federasyonları, örneğin Futbol Federasyonu gibi organlar atipik[686] bir şekilde örgütlendirilmiş olsalar da onların yalnızca kamu gücüne dayalı olarak verdikleri ceza, idari ceza sayılır. Daha açık bir deyişle, 5.5.2009 tarih ve 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 1. maddesinde; Türkiye Futbol Federasyonunun özel

[685] Ayrıca, bkz. Goffaux, P. Dictionnaire Élémentaire De Droit Administratif, Bruylant, Bruxelles, 2006, s. 248.
[686] Türkiye Futbol Federasyonunun atipik yapısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözübüyük Ş. ve Tan T. İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, s. 301-303.

hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip ve özerk niteliklere sahip olduğu belirtilmiştir. Bu maddede, Türkiye Futbol Federasyonunun özel hukuk hükümlerine tabi olduğunun belirtilmesi, kanımızca, onun vermiş olduğu cezanın idari ceza olma niteliğini kaldırmaz. Bu durum Federasyonun yalnızca özel hukuk hükümlerine dayalı olarak uyguladığı yaptırımların idari ceza sayılmasını önler. Zira idari cezadan bahsedebilmek için İdarenin kamu gücünü uygulayarak ceza vermesi gerekmektedir. Bu bağlamda, Futbol Federasyonunun özel hukuk hükümlerine tabi olması da onun kamu kuruluşu olmasını ve kamu gücünü uygulayarak idari ceza vermesini engellememektedir.[687]

Nitekim Fransız AK 19 Aralık 1988 tarihinde vermiş olduğu kararda, kamu kurum ve kuruluşlarının yalnızca kamu gücünü uygulayarak vermiş olduğu cezaların idari ceza sayılacağını, bu bağlamda spor federasyonları gibi özel organların yalnızca kamu gücünü uygulayarak vermiş olduğu cezaların idari ceza olarak kabul edileceğini belirtmiştir.[688] Fransız AK, 22 Ocak 1988 tarihinde vermiş olduğu bir başka kararda, Borsa Konseyinin özel bir yapılanması bulunmasına karşın onun yargısal bir organ olmadığını, idari organ olarak kabul edilmesi gerektiğini, bu bağlamda Borsa Konseyinin kamu gücünü kullanarak vermiş olduğu cezanın idari ceza olarak sayılması gerektiğini, 1989 yılında vermiş olduğu bir başka kararda ise kamu kurum ve kuruluşlarının vermiş olduğu her cezanın değil, yalnızca kamu gücünü kullanarak vermiş olduğu cezanın idari ceza sayılacağını ifade etmiştir.[689] Bu çerçevede, örnek olarak gösterilen Türkiye Futbol Federasyonun kamu gücünü uygulayarak vermiş olduğu her cezayı idari ceza olarak kabul etmek gerekmektedir.

Spor karşılaşmalarıyla ilgili idari suç ve cezalar bakımından temel metin, 28.4.2004 tarih ve 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun yerini alan 31.3.2011 tarih ve 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanundur.[690] Bu kanunla, spor karşılaşmalarında

---

[687] Danıştay da benzer görüşü savunmaktadır. Danıştay Onuncu Dairesinin 19.12.1988 tarih ve E. 1986/1076, K. 1988/2237 sayılı kararına bkz. DD, Sayı: 74-75, 1989, s. 567 vd.

[688] Delmas ve Teitgen, s. 39 ve dn. 2.

[689] Delmas ve Teitgen, s. 39 ve dn. 4-5.

[690] 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda idari ceza bakımından günümüzde görülen eğilimin tam tersine hareket edilmiştir. Gerçekten de yukarıda belirtildiği üzere idari ceza günümüzde bir moda halini almış ve ceza hukuku bakımından suç teşkil eden fiillerin bir kısmı ya ortadan kaldırılmış ya da cezai idare hukukunun kapsamına alınmıştır. Bu bağlamda 5149 sayılı Kanunda düzenlenen yasak fiillere de ağırlıklı olarak idari ceza öngörülmüştü. Ancak, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun genel gerekçesinde; 5149 sayılı

şiddet ve düzensizliğe yönelik davranışlar sergileyenlere idari ceza olarak "spor müsabakalarını seyirden men" cezası ile idari para cezası verilmesi öngörülmüştür.

Gerçekten de 6222 sayılı Kanunun 22. maddesinin 1. fıkrasında, sporda şiddeti teşvik edecek şekilde basın ve yayın yoluyla açıklamada bulunan kişilere fiilleri suç oluşturmadığı takdirde değişik miktarlı bir idari para cezası verileceği, 2. fıkrasında, 1. fıkra kapsamına giren fiillerin spor kulübü veya federasyon yöneticileri tarafından işlenmesi halinde verilecek söz konusu idari para cezasının beş katına kadar artırılacağı, 3. fıkrasında ise 1. fıkra kapsamına giren fiilleri işleyen kişilerin ayrıca idari tedbir olarak belirli süreyle spor müsabakalarını seyirden yasaklanacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, bu maddede hem idari para cezası hem de belirli süre spor karşılaşmalarını seyirden yasaklanma cezası verileceği belirtilmiştir. Gerçi maddede "spor müsabakalarını seyirden yasaklanma" cezasının "tedbir" olduğu belirtilse de bunun bir ceza olduğu açıktır. Çünkü bu ceza, idari cezanın tanımı gereği norm ihlali yüzünden kişiyi cezalandırmak için verilmektedir. Bu bağlamda "spor müsabakalarını seyirden yasaklanma" cezasının parasal nitelikte olmayan bir idari ceza oluşturduğunu[691] duraksamaksızın söyleyebilmek olanaklıdır.[692]

Kanunda düzenlenen yasak fiillere yaptırım olarak idari para cezası öngörülmesi ve bu cezaların spor güvenlik kurulları tarafından verilmesi nedeniyle, uygulamada Kanunun gerek genel gerekse de özel önleme işlevini yerine getiremediği, bu itibarla Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun ile yasak fiillere ağırlıklı olarak hapis ve adli para cezasının verilmesinin düzenlendiği ve konusu suç teşkil eden fiillerin uzmanlaşmış ceza mahkemelerince yargılanmasının öngörüldüğü belirtilmiştir. Bkz. Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun Tasarısı ile Adalet Komisyonu Raporu, TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 646, s. 3. Kanımızca bu gerekçe bütünüyle isabetsizdir. Zira idari ceza pratik gereksinimlere en iyi şekilde yanıt verebilecek bir kurum olup sporda şiddet ve düzensizliği önlemek için öngörülen idari cezaların nasıl daha iyi iş görüsel olabileceği konusunda çareler aransaydı daha isabetli hareket edilmiş olunurdu.

[691] Ancak, 6222 sayılı Kanunun idari suç ve cezalarla ilgili kısmının idari cezanın doğasına aykırı bir şekilde hazırlandığını belirtmek gerekir. Gerçekten de Kanunun 23. maddesinin 3. fıkrasında; bu kanun hükümlerine göre idari para cezasına ve diğer idari yaptırımlara karar vermeye Cumhuriyet savcısının yetkili olduğu belirtilmektedir. Aşağıda üzerinde durulacağı üzere, idari suç ve cezalar ile diğer yaptırımlar arasında ayrımı yapacak öze yönelik bir ölçüt bulunmamaktadır. İdari suç ve cezalar ile diğer yaptırımlar şekli ve organik bir ölçüt çerçevesinde birbirinden ayrılmaktadır. Bu bağlamda bir yaptırımın idari ceza sayılabilmesi için onun İdare tarafından verilmesi mutlak bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir. Hiçbir şekilde İdare kavramına altlandırılamayan Cumhuriyet savcısının idari ceza vermesi, söz konusu cezanın doğasına aykırı düşmektedir. Öğretide mahkemenin bir adalet organı olduğu konusunda bir kuşku bulunmamakla birlikte, savcılığın adalet organı olduğu konusunda çeşitli kuşkular bulunmakta ve kimi yazarlar onun bir idari organ olduğunu ileri sürmektedirler. (Savcılığı yürütmeye dâhil idari bir organ olarak gören yazarlar ve düşünceleri için bkz. Keyman, S. Ceza Muhakemesinde Savcılık, AÜHFY No. 266, Ankara 1970, s. 69-74). Hâlbuki savcılık, tam anlamıyla bir adalet organıdır. Keyman'ın belirttiği gibi devletin temel kudretinden birisi adalet kudretidir. Bu kudret "yargılama yetkisi" ve "adli erk" olmak üzere birden fazla yetkiyi içerisine alır. Yargılama yetkisi, devletin yargılama görevini yerine getiren organlarına tanınmış olan bir yetkidir. Adli yetki ise, hukuk nizamına saygıyı sağlayan ve bu nizamın uygulanmasını temin eden bazı devlet organlarına verilmiştir. Bu organlar, söz konusu amacı, yargılama faaliyetini harekete geçirmek veya

doğrudan doğruya giriştikleri bazı işlemler yoluyla yerine getirirler. İşte temel devlet kudretini teşkil eden adalet kudreti içinde yapılan yargılama görevi- adli görev ayrımı, savcılığın durumunu açıklığa kavuşturmaktadır. Gerçekten de, savcılığı artık bir adalet organı olarak nitelendirmek olanaklı olabilmektedir. Bir adalet organı olarak savcılık ile yargılama organı arasında, her ikisinin de müşterek amacının hukuk nizamını sürdürmek ve bu düzenin gerçekleşmesini sağlamak olması itibariyle yakın ilişkiler olacağı doğaldır. Bununla beraber, yargılama yetkisinin bu müşterek amaca yargılama faaliyeti vasıtası ile varmasına karşılık, savcılar yargılama yapmamaktadırlar. Savcılık aynı amaca, ya doğrudan hukuk normlarını uygulamak ya da yargılama faaliyetini harekete geçirmek veya bu faaliyeti gözetlemek suretiyle varmaktadır. Gerçekten de amacı hukuk düzeninin devamı ve gerçekleştirilmesi olan bu temel kudret adalet erkidir. Bunun içerisine bir taraftan yargılama yetkisi, diğer taraftan da adli olarak nitelendirilebilecek bir diğer yetki girer. Bu ikinciye de kendisini yargılamadan ayırabilmek için adli yetki veya adli görev denilir. Nitekim bu göreve karşılık gelen yetki, yargılama yetkisi değildir. Buna rağmen birlikte ele alındıklarında sözü edilen adli yetki ve yargılama yetkisi, temel devlet kudreti olan "adalet erki"ne, bir başka deyişle, hukuk düzeninin sürdürülmesi ve gerçekleştirilmesine olanak sağlarlar. Öyle ise savcılık, yargılama faaliyetinde bulunmamakla beraber, temel adalet kudreti içinde yer alan başka bir adli görevi yerine getirmesi sebebiyle bir adalet organı olarak nitelendirilir. Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Keyman, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s. 82-84. Sonuç olarak, adalet organlarını oluşturan organlardan birisi olan ve adli görev veya yetkiyi yerine getiren savcıya idari ceza verme yetkisi tanınması işin doğasına aykırıdır. 6222 sayılı Kanun dışında, idari suç ve ceza konusunda genel hükümler taşıyan 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununda da Cumhuriyet savcısına hatta mahkemeye idari ceza verme yetkisi tanınmıştır. Gerçekten de 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 23. maddesinde Cumhuriyet savcısına, 24. maddesinde yargıca idari ceza verme yetkisi tanınmıştır. Aslında Cumhuriyet savcısına ve mahkemeye idari suçtan dolayı idari ceza verme yetkisinin tanınması, kabahatlerin ceza hukukundan çıkartılması düşüncesine, daha somut bir deyişle, adaletin işleyişindeki ağır külfetlerin ortadan kaldırılması düşüncesine uymadığı açıktır. Diğer yandan, Cumhuriyet savcısına ve mahkemeye idari ceza verme yetkisinin tanınması idari cezanın tanımına da aykırıdır. Gerçekten de idari ceza; yukarıda belirtildiği üzere yönetilenlere idare alanındaki hukuka, kısacası idare hukukuna aykırı davranışlarından ötürü İdare tarafından cezalandırma amacıyla idari işlemle verilen cezalar (Krş. Balta, s. 201) şeklinde tanımlanabilir. Az önce belirtildiği üzere gerek Cumhuriyet savcısı, gerekse mahkeme, hiç bir şekilde "idare" organı olmadığına ve onların 5326 sayılı Kanun bağlamında yaptığı işlemlerin tümü yargısal nitelikte işlem olduğuna, idari ceza da tanımı gereği İdare tarafından idari işlemle verilmesi gerektiğine göre Cumhuriyet savcısı ve mahkemeye idari ceza uygulama yetkisinin verilmesi, idari cezanın tanımına açıkça aykırıdır. Cumhuriyet savcısına ve yargıca, idari suç nedeniyle idari ceza verme yetkisinin tanınması, yukarıda belirtildiği gibi idari cezanın tanımına aykırı olduğu gibi depenalisation akımına da aykırı düşmektedir. İdari ceza ancak idare tarafından verilebileceğinden ve mahkeme ile Cumhuriyet savcısı "idare" kavramı içerisine girmeyeceğinden (Türk hukukunda aksi görüş için bkz. Gölcüklü, s. 148. Yazar burada hatalı olarak savcıların yürütme organını temsil ettiğini ve kararlarının hiçbir surette yargısal olmadığını, esasen cezanın uygulanmasında güvenceli yargısal yolun soyut olarak terkinin uygulanan müeyyideye "idari" etiketinin yapıştırılması için yeterli olduğunu ifade etmektedir. Hâlbuki bir adli organ olan savcı hiçbir zaman yürütmeyi temsil etmez ve "idare" kavramının içerisine altlanılamaz) mahkemeye ve savcıya idari ceza verme yetkisi tanınması idari cezanın tanımına aykırı düşmektedir. Esasen 5326 sayılı Kanunla Cumhuriyet Savcısı ve mahkemeye idari ceza verme yetkisi tanınması yüzünden gerçek anlamda bir "depenalisation" (depenalisation; ceza hukuku anlamında hukuka aykırı fiilleri idare hukuku anlamında hukuka aykırı fiillere dönüştürme anlamını taşır. Bu kavramla bağlantılı diğer bir kavram "decriminalisation" dur. Bu ise belirli fiiller için her türlü cezalandırıcı yaptırımlardan vazgeçme anlamını taşır. Krş. Toroslu, N. Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, Ankara 1987, s. 4-5) yapılamamış, daha doğru bir deyişle, Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere ceza verme yetkisi tanınmasından dolayı "sözde" (so-called) depenalisation yapılmıştır. Cumhuriyet savcısına ve yargıca idari ceza verme yetkisi tanınması Anayasanın 8. maddesine de aykırı düşmektedir. Anayasanın 8. maddesinde, yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirileceği ifade edilmiştir. Anayasanın Üçüncü Kısmının İkinci Bölümünde, daha açık bir deyişle, 101 ila 137. maddeleri arasında yer alan hükümlere göre yürütme organını; Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu ve İdare oluşturur. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere, yargıç ve Cumhuriyet savcısı hiç bir zaman yürütme organı olarak adlandırılamayacağından, adalet organı niteliği taşıyan mahkeme ve Cumhuriyet savcısına, yürütme

Bu kanun idari suç ve cezanın doğasına aykırı düzenleme yaptığı gibi suç ve cezada kanunilik ilkesine de aykırı düzenleme yapmıştır. Örneğin, yukarıda belirtildiği üzere Kanunun 22. maddesinde "sporda şiddeti teşvik edici şekilde basın ve yayın yoluyla açıklamada bulunmak" ile "fiilleri suç oluşturmadığı takdirde" gibi ibareler kullanılmaktadır. Bu ibarelerin hangi anlama geldiği nesnel bir şekilde tam olarak saptanamaz. Bu durum ise "kanunilik" ilkesinin "kanunun açıklığı" ilkesine açıkça aykırılık oluşturur.

Öte yandan Kanun, bir spor kulübüne veya spor kulübünün mensubuna verilecek cezalar bakımından da kanunilik ilkesine uymamıştır. Bu savımızın iki gerekçesi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, 6222 sayılı Kanunun 19. maddesidir. Bu maddede; bu kanuna göre bir spor kulübüne veya spor kulübünün mensubuna ceza verilmesinin, o kulübün bağlı olduğu federasyonun yaptırım uygulama yetkisini ortadan kaldırmayacağı ifade edilmiştir. Ceza alacak kulübün bağlı olduğu federasyonun verebileceği cezalar Kanunda gösterilmediğine göre söz konusu alt ilkeye aykırı davranıldığı açıktır. Bir spor kulübüne veya spor kulübünün mensubuna verilecek cezalar bakımından kanunilik ilkesine uyulmadığının ikinci kanıtını tahkim yolunun öngörülmesi ve tahkim kurulunun kararına karşı yargı yoluna gidilememesi oluşturur. Gerçekten de Anayasanın 59. maddesine 17.3.2011 tarih ve 6214 sayılı kanunla eklenen bir fıkrayla; spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği, tahkim kurulu kararlarının kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamayacağı ifade edilmiştir. Bu bağlamda, örneğin, Futbol Federasyonunun bir futbol takımına karşı verdiği idari cezaya[693] karşı ancak zorunlu tahkim yoluna

görev ve yetkisi niteliği taşıyan idari ceza verme olanağının sağlanması, Anayasanın 8. maddesine açıkça aykırı düşer. Ancak Anayasa Mahkemesi bu savı kabul etmemektedir. Daha açık bir deyişle Anayasa Mahkemesi, 1.3.2006 tarih ve E.2005/108, K. 2006/35 sayılı kararında, 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 23. maddesi ile 4.11.2004 tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 7. maddesinin Cumhuriyet savcısına idari ceza verme yetkini tanıyan hükümleri ile yargıca idari ceza verme yetkisi tanıyan 5326 sayılı Kanunun 24. maddesini Anayasaya uygun bulmuştur. Bu karar için bkz. 22.7.2006 tarih ve 26236 sayılı R.G.

[692] Goffaux, s. 249.

[693] Futbol Federasyonunun futbol kulüplerine ve kişilere vermiş olduğu cezalar ve bu cezalara karşılık gelen suçlar bakımından da kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine aykırı davranılmıştır. Gerçekten de 5.5.2009 tarih ve 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 15. maddesinde; futbol müsabaka ve faaliyetlerinde kulüplere ve kişilere disiplin ihlalleri ve sportmenliğe aykırı fiiller ve bunlara uygulanacak cezaların, FIFA ve UEFA kurallarına

başvurulacak ve tahkim kurulunun verdiği karar sonul bir karar niteliğini taşıyacaktır. İdare kavramının içerisine giren tahkim kurulunun[694] vermiş olduğu kararlara karşı yargı yoluna başvurulamaması, suç ve cezada kanunilik ilkesini adeta yok eder. Çünkü kanunda ne kadar açık bir düzenleme yapılırsa yapılsın idari bir kurul niteliğinde olan tahkim kurulunun kanuna aykırı bir karar vermesi durumunda bunun en etkin bir denetim düzeneği olan yargı tarafından denetlenmesi olanağı ortadan kaldırılmaktadır ki böyle bir durumda kanunilik ilkesinden bahsetmek abesle iştigal olacaktır.

4. Belediye Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

İdare kavramının içerisine giren[695] belediye, kanuni görevlerini[696] yerine getirebilmek üzere idari ceza verme yetkisiyle[697] donatılmıştır. Bu bağlamda

---

uygun olarak Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü ve Statünün çizdiği çerçevede Yönetim Kurulunun yapacağı talimatlarla belirleneceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, ilgili idari suç ve cezaları kanun değil, statü ve talimat belirlemektedir. Böyle bir durumda uygulayıcı, aralarında örf-adet kurallarının da bulunduğu FIFA ve UEFA kurallarının tamamını dikkate alacak, normun muhatabı da bütün bu kaynaklarda yer alan emir ya da yasakların muhatabı olacaktır. Kural kısmı bu kadar belirsiz olan bir ceza normunun oluşumunda yukarıda anlatılan eksik norm yöntemi özensiz olarak kullanılmış, suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı davranılmıştır. Krş. Katoğlu, T. Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2008, s. 23 dn. 27.

[694] 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 6. maddesinin 1. fıkrasında; Tahkim Kurulunun bağımsız ve tarafsız bir zorunlu tahkim mercii olduğunun belirtilmesi söz konusu kurula "mahkeme" niteliğini kazandırmaz. Burada bahsedilen bağımsızlık ve tarafsızlığı idari bir organının bağımsızlığı ve tarafsızlığı olarak değerlendirmek gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 6.1.2011 tarih ve E. 2010/61, K. 2011/7 sayılı kararında isabetli olarak, 5.5.2009 tarih ve 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 6. maddesinin 4. fıkrasındaki Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Tahkim Kurulunun kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlayacağı ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağı hükmünden "…ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz" ibaresini Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme, bu kararında, söz konusu 6. maddenin 4. fıkrasındaki Tahkim Kurulu tarafından verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulamayacağının belirtilmesinin tarafların yargı mercileri önünde dava haklarını kullanmalarını engellediğini, kanun koyucunun, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere tahkim kuruluna başvurma yükümlülüğü getirebilirse de bu kurulun kesin ve nihai kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamamasının Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğüne alanına yapılmış açık bir müdahale olup hak arama özgürlüğü ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir. Bu karar için bkz. 26.2.2011 tarih ve 27858 sayılı R.G. Anayasa Mahkemesinin isabetli olan bu kararına rağmen, 17.3.2011 tarih ve 6214 sayılı Kanunla Anayasanın 59. maddesine bir fıkra eklenerek, tahkim kurulu kararlarına karşı hiçbir yargı merciine başvurulamayacağının belirtilmesi Anayasaya aykırı olan bir kanun hükmünün anayasa normu düzeyine yükseltilmesi dışında bir anlam taşımaz ki bu durum Türkiye'de hukuka saygının âdeta yok olduğunu göstermektedir.

[695] İdari ceza tanımlanırken de belirtildiği üzere onun temel özelliği, İdare tarafından araya bir yargı kararı girmesine gerek bulunmaksızın İdare tarafından doğrudan doğruya uygulanmasıdır. Gerçekten de idari ceza İdare tarafından kararlaştırılmakta ve uygulanmaktadır. Bu bağlamda ancak İdare içerisinde yer alan makam ve mercilerin idari işlem niteliğindeki kararları idari ceza sayılır. Bu

belediye, kamu düzenini korumak görevini yerine getirme bağlamında kolluk cezası vermeye yetkilidir.

---

yüzden, yargı organları tarafından ceza muhakemesi kuralları uygulanmasa, hatta salt idare hukuku kuralları uygulansa bile onlar tarafından verilen ceza idari ceza sayılmaz. Süzek, s. 254. İleride anlatılacağı üzere idari cezanın türlerini oluşturan halka yönelik idari ceza ile disiplin cezasını, diğer hukuka aykırı yaptırımlardan, özellikle ceza hukuku cezasından ayıracak öze yönelik bir ölçüt bulunmamaktadır. Gerçekten de ceza hukukunda nasıl ki ceza normunun ihlali durumunda ceza veriliyorsa cezai idari nitelikteki bir normun ihlali durumunda da idari ceza verilmektedir. Bu bağlamda ceza hukuku normunun ihlali ile idari ceza normunun ihlali arasında doğası gereği bir fark bulunmamaktadır. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 123. Daha açık bir deyişle, ceza hukukunun kapsamına giren cezalarla cezai idare hukukunun kapsamına giren cezalar doğası veya özüne bakılarak birbirinden ayırt edilememektedir. Çünkü idari cezada da ceza hukuku cezasında olduğu gibi cezalandırma niteliği bulunmaktadır. Delmas M.M. ve Teitgen C.C. Punir Sans Juger?, Economica, Paris 1992, s. 99. İdari ceza, diğer hukuka aykırı fiil ve yaptırımlardan yalnızca "organik" (şekli) ölçüt çerçevesinde ayrılmaktadır. Gerçekten de idari cezanın temel niteliklerini; idari işlemin cezalandırma amacının bulunması, içeriğinin ceza olması, bir başka deyişle, uygulanan kişiye eza vermesi, hukuka aykırılıktan dolayı bu cezanın uygulanması ve cezayı veren organın "idari" nitelik taşıması oluşturur. Krş. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 77. Bu bağlamda idarenin, idare hukuku özellikle idari usulleri uygulayarak idari işlemle verdiği cezalandırmalar idari ceza sayılmaktadır. Bu bağlamda, yargıcın verdiği ceza isterse idari bir nitelik taşısın hiçbir zaman idari ceza sayılamaz. Buna karşın, idari bir merciin vermiş olduğu cezaya karşı yargı organlarına başvuru yolu açık olsa bile bu ceza her zaman için idari ceza sayılır. Krş. Önder, A. Sulh Ceza Hâkiminin Ceza Kararnamesi, İÜHFY No: 257, İstanbul, 1966, s. 10. Zira mahkeme, verilmiş olan idari ceza kararını "itiraz mercii" sıfatıyla incelemektedir. Ersoy, Y. Belediye Cezaları ve Belediye Zabıtası, AÜSBFD, Cilt: XXII, No: 1, Mart-1967, s. 140. Bu yüzden, ancak İdare içerisinde yer alan makam ve mercilerin idari işlem niteliğindeki cezalandırıcı kararları idari ceza sayılır. Krş. Süzek, İş Güvenliği Hukuku, s. 254. İdari cezanın tanımı içerisinde geçen "idare" kavramı tanım bakımından kilit bir rol oynadığı için her şeyden önce söz konusu kavram üzerinde durulması gerekir. İdare kavramı tanımlanırken hemen şunu belirtmek gerekir ki "idare" kavramı ile "yasama" ve "yargı"nın birbirinden ayrılması pek fazla bir güçlü doğurmaz. Yine "idare" ile "yürütme" kolaylıkla birbirinden ayrılmasına rağmen uygulamada kimi zaman bu ikisi birbirine karıştırılmaktadır. Bu açıdan bahsedilen son konu üzerinde biraz durmak uygun olacaktır. Yürütme organın içerisinde, "siyasi yürütme" veya "çekirdek yürütme" olarak nitelendirilebilecek organlar (örneğin başkanlık sisteminde başkan, parlamenter sistemde hükümet gibi) yanında "bürokrasi" veya "idare" olarak adlandırılan organlar da bulunmaktadır. Bu bağlamda temel olarak, bakanlıkların altında örgütlenen idare, yasama organının yasalarla belirlediği ve çekirdek yürütmenin aldığı kararlarla somutlaştırdığı siyasa (policy) ve politikaları yaşama geçirmekle görevlidir. İdareye örnek olarak, il ve ilçe milli eğitim müdürlükleri, çeşitli kamu hizmetlerini yürüten ve bazılarının karar organları yerel halk tarafından seçilen "il özel idaresi", "*belediye*", "köy" ile "üniversite", "kamu iktisadi teşebbüsleri", "TRT", "barolar", "kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları" gösterilebilir. (Bkz. Gönenç, Siyasi İktidarın Denetlenmesi Dengelenmesi ve Anayasalar, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı (TEPAV), Ankara, 2010, s. 4. Zaten İdare kavramı sözlükte; kamu sektörüne dâhil daireler, kamu iktisadi kuruluş ve teşebbüsleri, il özel idareleri, belediyeler, döner sermayeler, ofis, banka, fon, birlik, sandık gibi her türlü kamu kurum ve kuruluşları ile özel kanunlarla veya kanunların verdiği yetki ile kurulmuş bulunan tüzel kişilikli kurum ve kuruluşlar ile burada sayılanların bir kısmının iştiraki ile kurulmuş bulunan tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar anlamına gelmektedir. Bkz. Ünal E., F. Duyguluer, Z. E. Bolat, İmar Terimleri, TODAİE, Ankara, 1998, s. 50). Ancak, yürütme ile İdare arasında yapılan bu ayrım idari ceza açısından pek fazla bir önem taşımaz. Bu bağlamda, idare tarafından verilen her ceza idari ceza niteliği taşıdığı gibi yürütme tarafından verilen her ceza da "idari ceza" niteliğini taşır.

[696] 5393 sayılı Kanunun 14. maddesine bkz.

[697] 5393 sayılı Kanunun 15. maddesine bkz.

Türkiye'de belediyelerin vermiş olduğu kolluk suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesi uygulanmamaktadır.[698] Bunun iki kanıtı bulunmaktadır. Bunun ilk

[698] Anayasa Mahkemesinin belediye suç ve cezalarında kanunilik ilkesini irdeleyen bir kararına rastlayamadık. Bununla birlikte söz konusu mahkemenin ilk defa 1970 yılında belediye suç ve cezaları temelinde idari suç ve cezayı anayasal temele oturttuğunu belirtmek gerekir. Bu anayasal temel, idari cezanın hukuksal olarak varlığı açısından yaşamsal bir önem taşımaktadır. Zira Portekiz ve İspanya Anayasalarında idarenin ceza vermek yetkisi açıkça tanınmış olmasına (Fazla bilgi için bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 170-175) karşın, Türk Anayasalarında söz konusu yetki açıkça tanınmamıştır. (1982 Anayasasının 38. maddesinin 10. fıkrasında, idarenin, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağı belirtilerek İdarenin idari ceza verme yetkisi dolaylı bir şekilde tanınmıştır. 1961 Anayasasında ise idarenin ceza verme yetkisi konusunda böyle dolaylı bir hüküm bile bulunmamaktadır). Bu yüzden Türk Anayasa Mahkemesi özellikle 1961 Anayasası döneminde cezalandırma yetkisine yalnızca yargının tekelci sahip olduğu gerekçesiyle idari suç ve cezaya anayasal bir engel koyabilirdi. Bu yüzden Anayasa Mahkemesinin, idari suç ve ceza konusunda "öncü" (pioneering) bir nitelik taşıyan söz konusu kararından ayrıntılı olarak bahsetmek uygun olacaktır. Belediye yasaklarına aykırı davranışı ileri sürülerek düzenlenen tutanak üzerine belediye encümenince 1608 sayılı Kanunun 3764 sayılı Kanunla değişik 1. maddesi gereğince hafif para cezasına çarptırılan bir yurttaşın bu cezaya karşı Kütahya 1. Sulh Ceza Mahkemesine itiraz etmesi üzerine, söz konusu mahkeme, Umuru Belediyeye Müteallik Ahkâmı Cezaiye Hakkındaki Kanunun bazı maddelerini değiştiren 1608 sayılı Kanunun 3764 sayılı Kanunla değişik 1. maddesinin, 1961 Anayasasının 7. 8. 31. ve 32. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali için somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Kütahya 1. Sulh Ceza Mahkemesi, iptal istemi gerekçesinde; bir çekişme veya uyuşmazlığın çözümlenmesinin yargı yetkisinin kullanılması kapsamına giren bir işlem olduğu, bir uyuşmazlığın söz konusu olduğu her durum ve yerde yargı yetkisinin de söz konusu olduğunu, bir suçun kovuşturulmasının, suçluyu saptama ve suç delillerini toplama anlamına gelip yargı alanı dışında kalacağını, ancak suçlunun cezalandırılmasının yargı yetkisinin kullanılması olduğu, Belediye Encümeninin hafif para cezası vererek yargı yetkisini kullandığını, oysa yargı yetkisinin sadece mahkemelerce kullanılacağı, söz konusu para cezasına itirazın mahkemeye getirilmiş olmasının belediyenin kullandığı yetkinin hukuki niteliğini değiştirmeyeceğini, kaldı ki, itirazı inceleyen mahkemenin yetkisinin sınırlı bir yetki olduğu, esas yargı yetkisinin belediye encümeni veya şube müdürlerine tanınmış olduğu, dolayısıyla söz konusu hükmün Anayasanın yukarıda sayılan maddelerine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 6.1.1970 tarih ve E.1969/46, K. 1970/2 sayılı kararıyla; Kütahya 1. Sulh Ceza Mahkemesinin anayasaya aykırılık savına katılmamış, sanığa yükletilen hukuka aykırı davranışın, belediyenin pazar yerinin düzenini korumak için vermiş olduğu bir karara aykırılık niteliğini gösterdiğini ve uygulanan yaptırımın, hafif para cezası adını taşıdığını, böylelikle ceza kanunundaki para cezaları ile bunun arasında bir benzerliğin söz konusu olduğunu, ancak İdarenin, halkın tedirgin olmasını önlemek ereği ile yasaların kendisine tanıdığı yetkiler çerçevesi içinde vereceği kararlarla birtakım tedbirler alabileceği ve yasaklar koyabileceğini, konulan yasakların kolluk kurallarının sınırlarını aşmamak ve uygulanan yaptırımlar bunlara özgü idari yaptırımlar niteliğinde bulunmak üzere idarenin yetkileri içinde sayılabileceğini, bu olayda pazar yerinin belediyece öngörülen düzenini korumak ereği ile belediyenin koyduğu yasaklara ilişkin idari nitelikte bir yaptırımın idarece uygulanmasının söz konusu olduğunu, bundan ötürü olayda genel anlamda ceza yasalarına aykırı davranmış olan bir kişinin ceza yasalarınca öngörülen bir cezaya çarptırılması söz konusu olmadığı için yargı yetkisinin kullanılmasından da söz edilemeyeceğini, kolluk kurallarına aykırılık nedeni ile idarece uygulanan yaptırımlarla bir ceza davası dolayısıyla ceza mahkemelerince uygulanan yaptırımlar maddi sonuç açısından birbirlerine belli bir ölçüde benzeseler bile hukuki sonuç açısından birbirlerinden farklı konular olduğunu, burada yaptırıma temel olan hukuka aykırı davranışın, yalnızca kolluk işleri sınırı içinde ve uygulanan yaptırım ise idari nitelikte bulunduğundan, yasanın böyle bir yaptırımın idarece uygulanmasını öngörmüş olmasının yargı yetkisinin kullanılması olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. 15.12.1970 tarih ve 13695 sayılı Resmi Gazete. Anayasa Mahkemesinin bu davada vermiş olduğu kararın sonucuna katılmakla birlikte gerekçesine katılamamaktayız. Zira idari ceza da doğası gereği "ceza" niteliğini taşımakta olduğundan Anayasa Mahkemesinin bunu ceza olarak kabul etmeyip "yaptırım" olarak kabul etmesi isabetli değildir. Gerçekten de ileride ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere idari suç ve ceza ile diğer hukuka eylemler

kanıtı, belediyelerin idari ceza verme yetkisini gösteren temel kanun niteliğindeki 15.5.1930 tarih ve 1608 sayılı Umuru Belediyeye Müteallik Ahkâmı Cezaiye Hakkında 16 Nisan 1340 Tarih ve 486 Numaralı Kanunun Bazı Maddelerini Muaddil Kanundur. Bu kanunun 1. maddesinin 1. fıkrasında; belediye meclis ve encümenlerinin kendilerine kanun, tüzük ve yönetmeliklerin verdiği görev ve yetki çerçevesinde aldıkları kararlara aykırı davrananlarla belediye kanun, tüzük ve yönetmeliklerinin men veya emrettiği fiilleri işleyenlere veya yapmayanlara belediye encümenince Kabahatler Kanununun 32. maddesi hükmüne göre idari para cezası ve yasaklanan faaliyetin menine karar verileceği, bu kararda ilgili kişiye bir süre de verilebileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere bu maddenin suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı olarak tüzük ve yönetmeliklerin ihlali idari suç olarak kabul edilerek "suçta kanunilik" ilkesine aykırı davranılmıştır.

Belediye suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin benimsenmediğinin bir başka kanıtını, belediye meclisinin yönetmelik yapma yetkisi oluşturmaktadır. 5393 sayılı

---

birbirinden ancak organik ve şekli ölçütle ayrılabileceğinden terminolojik olarak "idari yaptırım" yerine "idari ceza" kavramının kullanılması gerekirdi. Öte yandan yine ileride anlatılacağı üzere "yaptırım" ve "ceza" birbirinin özdeşini oluşturmamaktadır. Yaptırım bir küme olarak kabul edilirse ceza onun alt kümesini oluşturmaktadır. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin, idari suç ve cezaya onay verirken Fransız AK'nin yaptığı gibi erkler ayrılığı veya başka anayasal ilkelerin İdarenin ceza verme yetkisini engellemediğini açıkça belirtseydi söz konusu cezanın anayasal temele oturtulması bakımından büyük fayda sağlamış olurdu. Anayasa Mahkemesinin idari cezanın verilmesini yargı yetkisinin kullanılması olarak görmeyen tutumu da doğru değildir. İşin doğrusu idari ceza verilirken yargı yetkisi kullanılmaktadır. Ancak bu yetkinin kullanılması iki açıdan Anayasaya aykırı bulunmamaktadır. Bunlardan ilki gerek 1961 gerekse 1982 Anayasasında ceza verilmesini salt yargıya özgü olduğunu belirten herhangi bir Anayasa hükmünün bulunmamasıdır. Bu yüzden ceza verme işleminin idari organlara bırakılması olanaklıdır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin bu kararı verdiği dönemde yürürlükte olan 1961 Anayasasının 7. maddesindeki; (1982 Anayasasının 9. maddesindeki) yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı hükmünün de ceza verme işlemlerinde mahkemeye başvurunun engellenemeyeceği ve mahkemenin söz konusu işlemlerde yargısal sonul denetim mercii olarak kabul edilmesi gerektiği şeklinde anlaşılması gerekirdi. İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasasının 114. maddesinin 1. fıkrasının 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde ifade edilen; İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz hükmü gereğince idari işlem kimliğine bürünen idari ceza işlemine karşı yargı yolunun açılmasının şart olduğunu ifade etmesi gerekirdi. Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararında bu hususlara temas edilmemesi idari suç ve cezanın anayasal temellerinin sağlam bir şekilde oluşturulmasına katkı sağlamamıştır.

Belediye Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasının (m) bendinde; belediye meclisinin yönetmelik çıkarmak yetkisi olduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda bir belediye örneğin suç ve ceza öngören bir genel sağlık yönetmeliği çıkartarak orada belirtilen emir ve yasaklara aykırı hareketleri tanımlayabilir ve ceza öngörebilir. Bu durumun kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesini âdeta ortadan kaldıracağı açıktır. Zira bu hükümle, suç yaratmak yetkisi belediyeye devredilecek, daha açık bir deyişle, belediye organlarınca çıkarılacak yönetmelik veya alınacak kararlara aykırılık için cezai yaptırım öngörülebilecektir.[699]

5. İdari Çevre Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Çevrenin günümüzde kavuştuğu yaşamsal önemi ve onun korunmasında[700] idare hukukuna önemli roller düşmektedir. Gerçekten de biyosferin ve dünyanın taşıma kapasitesinin sınırlı yetisi dikkate alınarak çevre konusunda yeni idari kavramların konulması, işbirliği, pazarlık ve teknik kurallar üzerinde yoğunlaşma gerekmektedir. Ancak uygulama ihmal edilerek salt söz konusu kavramların konulması ve yoğunlaşmanın sağlanmasının çevreyi koruma konusunda yetersiz olduğu anlaşılmıştır. Bu bağlamda çevrenin etkin bir şekilde korunması için kuralların konulması yanında hatta ondan daha ziyade uygulama dizgesinin daha önemli olduğu ortaya çıkmıştır.[701]

---

[699] Aslında bu durum Anayasanın suç ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 38. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Zira idari daire niteliğinde olsa da Danıştay Birinci Dairesinin 25.11.1998 tarih ve E.1998/335, K.1998/357 sayılı kararında; mahalli idare birliklerinin ceza yönetmeliği çıkarma yetkisinin bulunup bulunmadığı yolunda sorulan bir soruya, yerel yönetimlerin kurdukları birliklerin hangi eylemlere ne kadar ceza verebileceklerini gösteren bir ceza uygulaması yapmalarını öngören herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmadığı, Anayasanın 38 inci maddesinin üçüncü fıkrasında ifadesini bulan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin bir gereği olarak, yasaların açıkça düzenleme yapmadığı bir konuda, başka ceza hükümlerinin kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı, bu yüzden yerel yönetim birliklerinin ceza yönetmeliği çıkarmak ve buna aykırı davrananlara herhangi bir ceza uygulaması yapmak yetkisinin bulunmadığı yanıtı haklı olarak verilerek (Bkz. DD, Yıl:29, Sayı: 100, Yıl:1999, s. 36-40) salt yönetmelikle ceza verme yetkisi öngörülmesinin Anayasanın söz konusu ilkesine aykırı olduğu örtük olarak savunulmuştur.

[700] Çevrenin önemi ve korunmasında hukuka düşen rol konusunda bilgi için bkz. Toroslu, N. Doğal Çevrenin Kirletilmesi ve Ceza Hukuku in Prof. Dr. Akif Erginay'a 65 inci Yaş Armağanı, AÜHFY No. 460, Ankara, 1961, s. 149-150.

[701] Westerlund, S. The Effect of Administrative Law on the Shape and the Application of Environmental Offences in Criminal Law and the Environment, Editörler; Hans-Jörg Albrecht and Seppo Leppä, HEUNI, Helsinki, 1992, s. 162.

Çevrenin korunması bağlamında tek başına ne ceza hukuku ve ne de idare hukuku yaptırımları yeterlidir. Her iki hukuk dalının yaptırımları işbirliği içerisinde ve etkin bir şekilde uygulanmalıdır. Çevre yaptırımları bağlamında ceza hukuku ve idare hukukunun arasında doğan ilişkinin en az üç türlü yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, çevre konusunda öngörülen cezai ve idari yaptırımların çoğunun arasında, hangisinin gerçek anlamda cezai, hangisinin ise idari yaptırım oluşturacağına ilişkin keskin bir sınır bulunmamasıdır. İkincisi, çevre hukuku yaptırımları konusundaki bazı ceza hukuku normlarının açık ceza normu niteliği taşıması ve kuralın hüküm kısmının idare hukukuna ait işlemlerle doldurulacağının öngörülmesidir.[702] Son olarak ise çevre konusunda cezai sorumluluk doğabilmesi için gerekli koşulun, bir başka deyişle, ön şartının idari sorumluluğa karar verilmiş olmasının aranmış olmasıdır.[703]

Yukarıda çevresel bir ereğe etkin bir şekilde ulaşabilmek için cezai ve idari yaptırımların her ikisinin birden kullanılmasının gerekli olduğu ifade edilmişti. Ancak, çevrenin korunmasında ceza hukuku yaptırımlarının etkinliği sınırlı olduğu unutulmamalıdır. Bu bağlamda çevre güvenliği için öngörülen kanun ve düzenlemelere aykırı davranılması halinde daha çok idari yaptırımlar öngörülmektedir.[704] Daha açık bir deyişle, köklü temelleri ve yaşamsal önemde ilkeleri bulunmasına karşın, çevrenin korunmasında ceza hukukunun etkinliği yetersizdir. Çevrenin korunması bağlamında ceza hukuku yaptırımları, birel olarak büyük zarar veren veya hasara yol açan olaylarda veya "tehlikeli atıkların gizlice boşaltılması" (midnight dumping of hazardous wastes) gibi konularda devreye girmelidir. Çünkü böyle bir fiil kendi başına büyük bir tehlike doğurduğundan ceza hukuku yaptırımının sınırlı etkisi olmasına karşın o burada başvurulacak en son çıkar yoldur. Bununla birlikte, cezai yaptırımların hiçbir zaman tek başına uygulanması da etkin olamamakta, çevre koruması bağlamında etkin bir sonuç alabilmek için cezai

[702] Yukarıda ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulduğu üzere bir normun kural kısmı somut ve güncel değilse o norma açık ceza normu denilir. Krş. Antolisei F. ve Conti L. Manuale Di Diritto Penale Parte Generale, Quattordicesima Edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1997, s. 71.
[703] Naumov, A. Administrative and Penal Sanctions in the Field of the Environmental Crime in Criminal Law and the Environment, Editörler; Hans-Jörg Albrecht and Seppo Leppä, HEUNI, Helsinki, 1992, s. 186-187.
[704] Delmas ve Teitgen, s. 20.

yaptırımlar yanında; "temizleme zorunluluğu", "zararın ödenmesi" gibi özel hukuk yaptırımlarının da devreye sokulması gerekmektedir.[705]

Öte yandan çevrenin bozulmasına, bir değil birden çok fiil yol açtığından bu fiillerden birisinin çevreye toplam etkisi çok küçük olabilir ve o fiil için cezai yaptırımlara başvurmak doğru olmaz. Bu yüzden çevre ihlallerinde ceza hukuku yaptırımları yanında, idare hukuku yaptırımlarına başvurmak en doğru yoldur. İdari yaptırımlara başvurulurken ise değişik alanlarda kural konulmasına ve bir takım idari eylemlerde bulunulması gerekir. Örneğin,[706] lisans ve gözetim yoluyla kanunların bulunabilen en iyi teknolojinin kullanılmasını gerektirdiği veya çevreyi "maliyet etkin" (cost effective) bir şekilde iyileştirmek için kirletenler arasında gönüllü veya zorunlu olarak uygulama yapılmasının arandığı durumlarda yapılan ihlaller idari ceza yoluyla cezalandırılmalıdır.[707]

Çoğu ülkelerin çevre hukuklarında cezai veya idari yaptırımlar birlikte kullanılmaktadır. Bununla birlikte, genel olarak ülkeler yaptırımları çevreye aykırı suçlardan "yalıtılmış" (soyutlamış) bir şekilde öngörmekte ve onları da etkin bir şekilde uygulamamaktadır. Daha somut bir deyişle, çevreye aykırı eylem, ceza veya idare hukukunun yaptırımlarını davet edecek olsa bile söz konusu eylemin işlenilmesine göz yumulmaktadır.[708]

Ülkeler tarafından çevre suçlarının işlenilmesine göz yumulması dışında söz konusu suçlar için oldukça ayrıksı durumlarda hürriyeti bağlayıcı cezanın öngörüldüğünü belirtmek gerekir. Bu durum ülkelerin çevreyi korumak konusunda çifte standartlarının bulunduğunu göstermektedir. Daha açık bir deyişle, kural koyucular, çevresel nedenlerle bir kısım faaliyet ve eylemleri yasaklasalar veya sınırlandırsalar bile çevre suçu işleyen failin maruz kalacağı yükümlülük oldukça nadir durumlarda hürriyeti bağlayıcı ceza olarak öngörülmekte, bunun yerine genel olarak para cezası ve/veya tazminatın ödenmesi yaptırımı öngörülmektedir. Hâlbuki etkin bir şekilde çevrenin korunmasını sağlayabilmek için hürriyeti bağlayıcı ceza yanında idari cezaların da çeşitlendirilmesi, daha açık bir deyişle, para cezası veya tazminat dışında kalan diğer idari cezaların da öngörülmesine gereksinim

[705] Westerlund, s. 170.
[706] Bu konuda çok sayıda örnek için bkz. Westerlund, s. 171.
[707] Westerlund, s. 171.
[708] Westerlund, s. 174.

bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, çevre konusundaki kanun, kural ve kararlara etkin bir şekilde uyum sağlayabilmek bakımından çevreyi kirletici faaliyet veya eylemin durdurulması şeklinde bir yaptırımın da öngörülmesi gerekir.[709] Hatta cezai veya idari yaptırımlar, "faaliyetin durdurulması" yaptırımına nazaran ikinci derecede önem taşımaktadır. Zira cezai veya idari yaptırımın uygulanmasına rağmen çevreyi kirletici faaliyet veya eyleme devam edilmesi, failin para kazanması veya artırması veya başka türlü çıkar elde etmesine yarar. Hâlbuki çevreyi kirletici faaliyet veya eylemin durdurulması üzerine failin o işten elde edeceği kazanç sıfıra düşer. Bu durum, çevrenin etkin bir şekilde korunması bakımından diğer idari yaptırımların önemini yalın ve somut bir şekilde ortaya koymaktadır.[710] Hatta çevre konusunda öngörülen idari yaptırımların merkezini ve en etkin olanını hukuka aykırı bir şekilde çevreyi kirletici olarak yürütülen faaliyetin derhal durdurulması oluşturur.[711]

9.8.1983 tarih ve 2872 sayılı Çevre Kanununda da çevreyi koruma konusunda cezai ve idari yaptırımlara birlikte yer verildiğini belirtmek gerekir. Söz konusu kanunun 20. maddesinde "idari nitelikteki cezalar" ayrıntılı bir şekilde düzenlenerek çevreyi ihlal eden fiillerin ezici bir çoğunluğu idari nitelikteki cezaların kapsamı içerisine konulmuş, "adli ceza"ya ise yalnızca 26. maddede yer verilmiştir. Üstelik bu maddede sadece bildirim ve belge yükümlülüğüne aykırı olarak yanlış ve yanıltıcı bilgi verenler hakkında hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüş, yanlış ve yanıltıcı belge düzenleyenler ile kullananların fiilleri için 5237 sayılı TCK'nın "belgede sahtecilik" suçuna ilişkin hükümlerine yollama yapılmıştır. Bu tutumu doğru olarak kabul etmiyoruz. Zira kanımızca, kötü niyetli veya hileli yollarla çevreyi kirletenler hakkında ceza hukukunun kapsamına giren cezai yaptırımlar öngörülmeden etkin bir şekilde çevreyi koruyabilmek oldukça zordur.

Türk pozitif hukukunda idari çevre suçlarının önemli bir kısmında kanunilik ilkesi uygulanmamaktadır. Örneğin, 2872 sayılı Çevre Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; hava kirliliği yönünden önemli etkileri nedeniyle kurulması ve işletilmesi "yönetmelikle" izne tabi tutulan tesisleri, yetkili makamlardan izin almadan kuran ve işleten veya iznin iptal edilmesine rağmen kurmaya ve işletmeye

[709] Nitekim 9.8.1983 tarih ve 2872 sayılı Çevre Kanununun 15. maddesinin 2. fıkrasında çevre ve insan sağlığı yönünden tehlike yaratan faaliyetlerin süre verilmeksizin durdurulacağı ifade edilerek böyle bir yaptırım öngörülmüştür.
[710] Krş. Westerlund, s. 174.
[711] Westerlund, s. 175.

devam eden veya bu tesislerde izin almaksızın sonradan değişiklik yapan veya yetkili makamların gerekli gördükleri değişiklikleri tanınan sürede yapmayanlara idari para cezası verileceği, bu tesislerde "emisyon" (sürüm) miktarları "yönetmelikle" belirlenen sınırları aşıyorsa idari para cezasının artırılacağı, izne tâbi tesisleri, aldıkları izin belgesinde veya "yönetmeliklerde" belirlenen emisyon standartlarına ve sınırlamalarına aykırı olarak işletenlere idari para cezası verileceği ifade edilmiştir. Kanunun 20. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde ise hava kirliliği yönünden kurulması ve işletilmesi izne tabi olmayan tesislerin işletilmesi sırasında "yönetmelikle" belirlenen standartlara aykırı emisyona neden olanlara idari para cezası verileceği ifade edilmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasının (v) bendinde ise bu kanunda ve ilgili "yönetmeliklerde" öngörülen yasaklara veya sınırlamalara aykırı olarak tehlikeli atıkları toplayan, ayıran, geçici ve ara depolama yapan, geri kazanan, yeniden kullanan, taşıyan, ambalajlayan, etiketleyen, bertaraf eden ve ömrü dolan tehlikeli atık bertaraf tesislerini kurallara uygun olarak kapatmayanlara değişir oranlı idari para cezası verileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere burada suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı olarak "yönetmelikle" idari suçun saptanması yoluna gidilerek söz konusu ilke ihlal edilmiştir.[712]

[712] Ancak gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Danıştay'ın idari çevre suç ve cezaları bakımından "kanunun tekelciliği" alt ilkesine gerekli özeni göstermediğini belirtmek gerekir. Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin, 18.6.2009 tarih ve E.2008/52, K.2009/89 sayılı kararında çevre düzeniyle ilgili idari suç ve cezalarda "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanmasına gerek bulunmadığı örtük olarak savunulmuştur. Mahkemenin vermiş olduğu bu kararın konusunu; 9.8.1983 tarih ve 2872 sayılı Çevre Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde "(h)ava kirliliği yönünden özel önem taşıyan bölgelerde veya kirliliğin ciddi boyutlara ulaştığı zamanlarda ve yerlerde veya kritik meteorolojik şartlarda yönetmeliklerle öngörülen önlemleri almayan, yasaklara aykırı davranan ya da mahalli çevre kurullarınca bu konuda alınan kararlara uymayanlara **bu maddenin (b) ve (c) bentlerinde öngörülen cezalar bir kat artırılarak verilir.**" şeklinde kalın harflerle ifade edilen hükmün Anayasanın 38. maddesindeki "suç ve cezaların kanuniliği" ilkesine (ve Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine) aykırı olduğu savını oybirliğiyle reddetmiştir. Mahkeme, bu kararının gerekçesinde, 2872 sayılı Kanunun 20. maddesinin 1. fıkrasının (b), (c) ve (d) bentlerinde hava kirliliği ile ilgili idari para cezalarının yer aldığı, bu bağlamda (b) bendinde izne tabi tutulan tesisler, (c) bendinde izne tabi olmayan tesislerle ilgili idari para cezalarının düzenlendiği, (d) bendinde ise hava kirliliği yönünden özel önem taşıyan bölgelerde veya kirliliğin ciddi boyutlara ulaştığı zamanlarda ve yerlerde veya kritik meteorolojik şartlar gözetilerek yönetmeliklerle öngörülen önlemleri almayan, yasaklara aykırı davranan ya da mahalli çevre kurullarınca bu konuda alınan kararlara uymayanlara bir kat daha ağır ceza verilmesi öngörüldüğü, dolayısıyla, (d) bendiyle yapılan yollamada, uygulanacak para cezası miktarında bir karışıklık ve belirsizlik bulunmadığı, hava kirliliği yönünden özel önem taşıyan bölgelerde veya kirliliğin ciddi boyutlara ulaştığı zamanlarda ve yerlerde veya kritik meteorolojik şartlarda bu konudaki yönetmelik hükümlerine ve mahalli çevre kurullarınca alınan kararlara aykırı davrananlara (b) ve (c) bentlerinde esas alınacak idari para cezalarının bir kat artırılarak verilmesinin öngörülmesinin Anayasanın 38. maddesine (ve Anayasanın 2. maddesine) aykırı bir yönünün bulunmadığını (Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi bu kararında konuyu suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesi bakımından irdelememiştir. Hâlbuki bu

İdari çevre suçlarında yalnızca kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" ihlal edilmekle kalınmamış, bunun yanında, "kanunun açıklığı" alt ilkesi de ihlal edilmiştir. Örneğin 2872 sayılı Kanunun 20. maddesinin (c) bendinin 2. paragrafında; bu kanunun ek 9. maddesine[713] aykırı davrananlara idari para cezası verileceği ifade edilmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasının (n) bendinin ilk paragrafında ise bu kanunun 9. maddesi[714] uyarınca belirlenen koruma esaslarına aykırı olarak içme ve kullanma suyu koruma alanlarına, kaynağın kendisine ve bu kaynağı besleyen yerüstü ve yer altı sularına, sulama ve drenaj kanallarına atık boşaltanlara idari para cezası verileceği belirtilmiştir. Burada suç ve cezayı düzenleyen norm tek bir maddede düzenlenmesi yerine parçalı bir şekilde düzenlendiği için yukarıda anlatılan suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı davranılmıştır.

İdari çevre cezaları bakımından da kanunilik ilkesine uyulmamaktadır. Gerçekten de 2872 sayılı Çevre Kanununun 20. maddesinin 3. fıkrasında; bu maddede öngörülen ceza miktarlarını on katına kadar artırmaya Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu ifade edilmiştir. Bakanlar Kurulunun idari çevre cezaları bakımından öngörülen para cezalarını artırma yetkisine sahip kılınması, cezaların kanuniliği ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırıdır. Çünkü burada öngörülen para cezasının miktarını Bakanlar Kurulu saptamaktadır. Bununla birlikte bu maddenin 2. fıkrasında, örneğin, yukarıda bahsedilen (v) bendinde öngörülen idari para cezasının

---

davaya konu olan olayda söz konusu alt ilkeye açık bir aykırılık bulunmaktadır. Zira ağırlaştırılmış olarak uygulanacak ceza, yönetmelik veya mahalli çevre kurullarınca alınacak kararlara dayandırılmıştır. Bu dayandırma kanunun tekelciliği alt ilkesine aykırıdır. Bu aykırılığın oluşmaması için cezaya yol açan davranışın, kısacası suçun, yönetmelik veya mahalli çevre kurullarınca alınacak karara yollama yapılması suretiyle değil, bizzat kanun tarafından düzenlenmesi gerekirdi) ifade etmiştir. Bkz. 6.10.2009 tarih ve 27368 sayılı R.G. Danıştay ise bazı kararlarında yönetmelik hatta genelgeye dayanılarak idari çevre cezasının verilebileceği görüşünü taşımaktadır. Örneğin DİDDGK'nın 28.4.2005 tarih ve E. 2003/730, K. 2005/284 sayılı kararında, çevrenin korunması konusundaki bir genelgeye dayanılarak idari para cezasının verilebileceği görüşü savunulmuştur. Bkz. DD, Yıl: 36, Sayı: 111, 2006, s. 52-56. Buna karşın Danıştay kimi kararlarında idari çevre suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanması gerektiğini ima etmiştir. Örneğin Danıştay Altıncı Dairesinin 22.10.2002 tarih ve E. 2002/3982, K. 2002/4668 sayılı kararında, çevre cezası hesaplanırken 98/11415 sayılı Bakanlar Kurulu kararına dayanılarak cezanın beş kat artırılmasında mevzuata uyarlığın bulunmadığı belirtilmiştir. Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 27.9.2011. (Ayrıca bu kararda, daha sonraları failin lehine olarak yasada yapılan değişiklikten davacı şirketin yararlanacağı sonucuna da ulaşılmıştır).

[713] Kanunun ek 9. maddesinde; kokuya sebep olan emisyonların yönetmelikle belirlenen sınır değerlerin üzerinde çevreye verilmesinin yasak olduğu, kokuya sebep olanların, koku emisyonlarının önlenmesine ilişkin tedbirleri almakla yükümlü oldukları, buna ilişkin idari ve teknik usul ve esasların Çevre, Orman ve Şehircilik Bakanlığınca çıkartılacak yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiştir.

[714] Kanunun "(ç)evrenin korunması" başlıklı 9. maddesinde çevrenin korunmasına yönelik çeşitli hükümlere yer verilmektedir.

kurum, kuruluş ve işletmelere üç katı olarak verileceğinin belirtilmesinde kanunilik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır. Zira buradaki para cezasını münhasıran Kanunun kendisi saptamıştır.

6. İdari Orman Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Türk pozitif hukukunda ormanları korumak amacıyla yasaklanan ve idari cezaya bağlanan fiiller, idari orman suç ve cezalarını oluşturmaktadır. 31.8.1956 tarih ve 6831 sayılı Orman Kanununda 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce orman suç ve cezaları ağırlıklı olarak ceza hukukunun kapsamına giren suç ve ceza niteliği taşımaktaydı. Kanunda yapılan bu değişiklikten sonra idari nitelikteki orman suç ve cezalarında büyük bir artış olmuştur. 6803 sayılı Orman Kanunu, idari cezayı uygulayacak mercii de göstermiştir. Gerçekten de, Kanunun 111/a maddesinde; bu kanunda mercii belirtilmemiş idari yaptırım kararlarının orman işletme şefleri tarafından verileceği ifade edilmiştir. İdari nitelikteki orman suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin nasıl uygulandığı konusunu incelemeden önce bu orman suçlarına öngörülen yaptırımlarda ilginç durumlara kısaca temas etmek uygun olacaktır.

6831 sayılı Orman Kanununun 97. maddesinde, hem idari hem adli para cezasının uygulanacağı haller ayrı ayrı gösterilmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasında; devlet çekici ile damgalanan ağaçları keserken bu damgayı orman idaresince tespit edilen şekilde dip kütükte bırakmayanlarla damgalı ağaçları tespit edilen hadde nazaran daha yüksekten kesenlere kesilen her ağaç için altmış Türk lirası idari para cezası verileceği belirtilerek idari cezanın uygulanacağı bir hal gösterilmiştir. Bu maddenin 2. fıkrasında ise yazılı damga çekiçlerini taklit edenler veya taklit fiiline iştirak etmeksizin kullananların TCK'nın 202. maddesinin 2. fıkrasına[715] göre cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, bu fıkrayla da ormanları korumak bakımından ceza hukuku niteliğinde bir suç ve cezaya yer verilmiştir.

[715] Mühürde sahtecilikle ilgili TCK'nın 202. maddesinin 2. fıkrasında; kamu kurum ve kuruluşlarınca veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca kullanılan onaylayıcı veya belgeleyici mührü sahte olarak üreten veya kullanan kişinin hapis cezası ile cezalandırılacağı ifade edilmiştir.

İleride ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere tazminat[716] bir özel hukuk yaptırımı oluşturmasına karşın, bu konuya 6803 sayılı Orman Kanunu "V. Ceza Hükümleri" başlıklı kısmında yer verilmiştir. Gerçekten de Kanunun 112. maddesinde; bu kanunla yasaklanan; dikiliden ağaç kesilmesi dışındaki fiillerin işlenmesi nedeniyle meydan gelen zarar için ayrıca genel hükümlere göre hukuk mahkemesinde gerçek zarar üzerinden tazminat talebinde bulunulabileceği ifade edilerek gerçek zararın hesaplanması yöntemlerine yer verilmiş ve tazminata esas olan birim değerlerin bir cetvel halinde tespit ve tanzim edileceğini ve tazminatın hesaplanmasında bu cetvellerin dikkate alınacağını ifade etmiştir. Kanunun 113. maddesinde, bu kanunla yasaklanan fiilin dikili yerden ağaç kesilmesine ilişkin olması halinde ağaç müsadere edilmiş olsa bile talep halinde hükmolunacak tazminatın mahalli rayice göre hesaplanacağı belirtilmiş, mahalli rayicin hesaplanması yöntemine de yer verilerek onun cetvelle saptanacağı ifade edilmiştir. 6803 sayılı Kanunun 114. maddesinde ise her türlü orman suçları ile tahrip olunan veya yakılan sahalar için, bu kanunda yazılı tazminattan başka ayrıca, ağaç cinsine göre cari yıl içerisindeki mahalli saha ağaçlandırma gideri esas tutularak ağaçlandırma masraflarına da hükmolunacağı, söz konusu masrafların da cetvelle belirleneceği vurgulanmıştır. Bu maddede ayrıca, tazminata ve ağaçlandırma giderine ilişkin davaların hukuk mahkemesinde görüleceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere tazminat ve ağaçlandırma masraflarının ödenmesi özel hukuk yaptırımlarını oluşturmasına karşın, bunların "Ceza Hükümleri" başlığı altında düzenlenmesi oldukça garip olmuştur.

Orman Kanununda "maktu" nitelikte idari para cezası öngörüldüğü[717] gibi değişir miktarlı idari para cezaları da öngörülmüştür. Gerçekten de örneğin, 6831 sayılı Orman Kanununun 95. maddesinde çeşitli ölçütlere göre değişik miktarlı idari cezalar öngörülmüştür. Daha somut bir deyişle, bu maddede ormanlara izinsiz hayvan sokanlarla, ormana başıboş hayvan girmesine sebep olanlara beher kıl keçi için altı Türk Lirası, büyükbaş hayvanların beheri için üç Türk Lirası, küçükbaş hayvanların beheri için bir Türk Lirası idari para cezası verileceği, bu suretle verilecek, idari para cezasının yirmi Türk lirasından az olamayacağı, ormanlara izinsiz hayvan sokma fiilini fiilin işlendiği zaman orman içi köy nüfusuna kayıtlı ve

[716] ve "ağaçlandırma masraflarının ödenmesi".
[717] Örneğin 6803 sayılı Kanunun 96. maddesine bkz.

fiilen bu köyde oturanlar dışındaki kişiler tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki cezaların iki kat artırılacağı, yanmış orman sahaları ile genel gençleştirme sahalarına, gençleştirmeye ayrılma tarihinden itibaren on beş sene içinde hayvan sokulması veya başıboş bırakılmak yüzünden girmesi halinde maddede bahsedilen tüm cezaların iki kat olarak uygulanacağı belirtilmiştir.

İdari orman suç ve cezalarında kanunilik ilkesine aykırı birçok düzenleme bulunmaktadır. Bu konuda Orman Kanunundan çeşitli örnekler vermek uygun olacaktır. 6831 sayılı Orman Kanununun 96. maddesinde, Kanunun 20. ve 21. maddelerinde[718] yazılı hükümlere aykırı hareket edenlere idari para cezası verileceği belirtilmiştir. Yine, Kanunun 99. maddesinde, Kanunun 37. maddesi[719] gereğince verilen izinlerde gösterilecek tedbir ve şartlara uymayanlara idari para cezası verileceği ifade edilmiştir. Kanunun 110. maddesinin 1. fıkrasında ise 76. maddenin (a) bendinde[720] belirtilen fiili işleyenlere idari para cezası verileceği ifade edilmiştir. Bu hükümlerde görüldüğü üzere suç ve ceza normu parçalı olarak düzenlenmiş, üstelik ceza normunun yollama yaptığı hükümlerde herhangi bir suç düzenlenmemiş, bu hükümler "ceza normu dışı" (extra-poenam) niteliğini taşımıştır. Bu durum kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.[721]

Bununla birlikte şu iki durum idari orman suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Bunlardan ilki, değişik miktarlı idari para cezasını öngören yukarıda incelenen 6831 sayılı Kanunun 95. maddesidir. Bu maddede öngörülen idari para cezasının, hayvan sayısına göre değişmesi veya orman

[718] Kanunun 20. maddesinde devlet ormanları içinde bulunan yaylak, kışlak ve otlaklarla sulama yerlerinde hakları olanlardan buralara hayvanlarıyla yahut hayvansız olarak girip çıkmak isteyenler, bu yerlere orman idaresinin göstereceği yollardan geçmeye ve ormanlara zarar vermemeye yönelik tedbirlere uymaya mecbur oldukları ifade edilmiş, 21. maddede ise devlet ormanlarındaki otlaklara dışarıdan toplu olarak veya sürü halinde hayvan sokulup otlatılması, tanzim olunacak planlara göre orman idaresinin iznine bağlı olduğu, planların otlak zamanından önce tanzim ve orman işletme müdürlüklerince tasdik edileceği ifade edilmiştir.

[719] Kanunun 37. maddesinde; devlet ormanlarından yıllık üretim programına alınmış orman ürünlerinin dışındaki her nevi orman ürün ve artıklarını tayin olunacak yer ve süreler içinde toplayıp çıkartmak için kimlere izin verilebileceği hususu düzenlenmektedir.

[720] Kanunun 76. maddesinin (a) bendinde devlet ormanlarında; Orman İdaresince belirlenen konak yerlerinden başka yerlerde gecelemenin yasak olduğu ifade edilmektedir.

[721] Ayrıca bu durum kanunilik ilkesinin "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesi bakımından da sorunlar doğurmaktadır. Zira ceza normları tarafından extra-poenam nitelikteki kendisine gönderme yapılan ya da bütünleyici normlardaki değişikliklerin izlenmesi de oldukça güçtür. Bu değişiklikler dolayısıyla cezai korumanın sınırları genişlemiş olsa da söz konusu değişikliklerin takip edilmesinin güç olduğu durumlarda geçmişe uygulama yasağının işletilmesi yerinde olur. Gerçekten de failin fiili işlediği tarihte, davranışının ceza hukuku ile çeliştiğini bilemeyecek durumda olduğu bu gibi durumlar, "örtülü geçmişe uygulama" faaliyetine veya "görünüşte geçmişe uygulama yasağının örnekleridir. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 253.

içi köy nüfusuna kayıtlı ve fiilen bu köyde oturanlar dışındakiler tarafından işlenmesi durumunda artırılacağının öngörülmesi kanunilik ilkesine aykırı değildir. Zira hayvan sayısı ve köy nüfusuna kayıtlı olmak ve orada oturmak "nesnel" olarak saptanabilir bir husus olduğundan "kanunilik" ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi zarar görmez.

İkincisi, yine yukarıda incelenen 6831 sayılı Kanunun 97. maddesinin 1. fıkrasıdır. Daha açık bir deyişle, bu fıkrada "Devlet çekici ile damgalanan ağaçları keserken bu damgayı orman idaresince tespit edilen şekilde dip kütükte bırakmayanlarla damgalı ağaçları tespit edilen hadde nazaran daha yüksekten kesenlere kesilen her ağaç için" idari para cezasının verilmesi kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesini ihlal etmez. Daha açık bir deyişle, orman idaresinin yaptığı damgaya muhalefet, kanun tarafından suçun bir unsuru olarak saptandığı için kanunilik ilkesinin söz konusu alt ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.[722]

7. İdari İmar Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

İnsanların çeşitli ereklerle inşa ettiği yapılar ile bunların kullanım düzenleri bazı hukuksal düzenlemelere konu olmakta ve bu yüzden imar[723] hukukunun temel inceleme konuları arasında bulunmaktadır. Bu çerçevede, bir yandan imar planlarıyla il, ilçe, kasaba gibi yerleşim yerlerindeki arazi parçalarının hangi amaçlar için kullanılabileceği planlanarak düzenlenmekte, diğer taraftan ise söz konusu planlarda hangi alanlara ne tip yapıların yapılabileceği gösterilmektedir. İmar hukukuyla

---

[722] Orman idaresinin yaptığı damgaya muhalefet edenler için ceza öngörülmesinin suçta kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesini ihlal etmediği sonucuna İtalyan hukukçusu Virga'nın görüşünün irdelenmesiyle de ulaşabilmek olanaklıdır. Virga, "genel işlemler" (atti generali) ile "düzenleyici işlemler" (provvedimenti regolamentari) arasında bir ayrım yapmaktadır. Yazar, bu konuda bir örnek de göstererek bir belediyenin trafik konusunda yayımlamış olduğu yönetmeliği "düzenleyici işlem" olarak kabul etmekte, buna karşın belediye görevlisi trafik zabıta memurunun el işaretleri veya ışıklar aracılığıyla verdiği komutları "genel işlem" olarak nitelendirmektedir. Virga iki işlem arasında fark olduğunu, daha somut bir deyişle, düzenleyici işlemin kaldırılıncaya kadar sürdüğü ve sayısız kez uygulanabilir bir nitelik taşıdığını, buna karşın genel işlemin bir veya belirli sayıda uygulama ile tükendiğini ve "sonraki" (aposteriori) kimselere yöneldiğinin bilindiğini ifade etmektedir. Bkz. Virga, P. Il provvedimenti amministrativo, Milano-Giuffré 1971, s. 144'den nak., Özay, İdari Yaptırımlar, s. 81 dn. 214. Görüldüğü üzere Virga'nın görüşleri doğrultusunda orman idaresinin ağaca yaptığı damgayı "düzenleyici işlem" yerine "genel işlem" olarak kabul etmek ve suçta kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine bir aykırılık görmemek olanaklıdır. Zira söz konusu alt ilkeye aykırılık oluşabilmesi için düzenleyici bir işlemle suç konulması gerekir.

[723] Zaten "imar" (development) kavramsal olarak; bir yerin yapı düzenini sağlamak, orayı geliştirip güzelleştirmek, yaşama koşullarını uygunlaştırmak, iyileştirmek ve bayındır durumuna getirmek şeklinde tanımlanır. Bkz. Ünal-Duyguluer-Bolat, s. 52.

ayrıca, bireylerin yapı ve kullanım faaliyetlerinin izin usulü ve denetime tabi tutulması yoluyla yapılaşmanın, plan, fen, sağlık ve çevre koşullarına uygun şekilde oluşturulması sağlanmaya çalışılmaktadır.[724]

Bu çerçevede söz konusu görevleri yerine getirmekle yükümlü kamu organları da imar mevzuatı ve imar planlarıyla oluşturulan imar düzenini korumak ve geliştirmek ereğiyle kişi ve toplulukların imar sınırları içerisinde sahibi bulundukları arsa ve araziler üzerinde yapı kurma veya mevcut yapılarda değişiklik ve ilaveler yapabilme haklarının kullanımına ilişkin faaliyetlerini gözetim ve denetim altında tutmakta ve gerekli önlemleri alabilmek için bu tür faaliyetleri "izin" (ruhsat) usulüne tabi tutmaktadır.[725]

Türk hukukunda imar düzeninin sağlıklı işleyebilmesi için ceza hukukuna tabi yaptırımlar[726] ile idari yaptırımlara birlikte yer verilmiştir. İdari yaptırımlar ise üçe ayrılmış, bu bağlamda idari tedbir, idari icra ve idari ceza yaptırımlarına yer verilmiştir. Burada yalnızca idari imar suç ve cezaları ile onlarda kanunilik ilkesinin uygulanması hakkında açıklamalara yer verilecektir.

İdari imar suç ve cezalarının bir örneğini "yapı ruhsatının iptali" oluşturur. Bu bağlamda, yapı yapımı için gerekli olan yapı ruhsatı[727] 3194 sayılı İmar Kanununda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve söz konusu izin alınmadan veya izne aykırı olarak yapılan yapılar hakkında cezai idari hukukuna özgü yaptırımlar konulmuştur. Somut olarak, yapı ruhsatının iptali şeklindeki idari ceza, 3194 sayılı İmar Kanununun 32. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede; ruhsat alınmadan yapıya başlanıldığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece ve fenni mesulce saptanması ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma "muttali olunması" (öğrenilmesi) üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumunun tespit edileceği, yapının mühürlenerek inşaatın durdurulacağı; durdurmanın, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılacağı, bu tebligatın bir nüshasının da muhtara bırakılacağı, bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibinin yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat

[724] Ayanoğlu, T. İmar Hukukunda Yapı Ruhsatı ve Yapı Kullanma İznine Aykırılıkların Yaptırımı in Uğur Alacakaptan'a Armağan 2, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 103. s. 103.
[725] Ayanoğlu, s. 103-104.
[726] 5237 sayılı TCK'nin 184. maddesine bkz.
[727] Yapı ruhsatı; ruhsat sahibine yapımı için ruhsat verilen yapının yapımına (inşaatına) başlama ve yapma (inşa etme) hak ve yetkisi sağlayan idari işleme denilir. Fazla bilgi için bkz. Ayanoğlu, s. 105.

alarak, belediye veya valilikten mührün kaldırılmasını isteyeceği, ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu inceleme sonucunda anlaşılırsa, mührün, belediye veya valilikçe kaldırılacağı ve inşaatın devamına izin verileceği belirtilmiş, son fıkrasında ise aksi takdirde "ruhsatın iptal edileceği" ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere burada norm ihlalinden kaynaklanan yapı ruhsatının iptali cezasıyla karşılaşılmaktadır.

Bir başka idari imar cezasını "yıkım"[728] olarak saptamak gerekir. Bununla birlikte, "yıkım"ı idari ceza olarak nitelendirebilmek için bu yaptırımın norm ihlalinden dolayı uygulanması gerekir.[729] Türk pozitif hukukunda bu cezanın örneklerine rastlanılmaktadır. Örneğin, 20.7.1966 tarih ve 775 sayılı Gecekondu Kanununun 18. maddesinde; bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten[730] sonra, belediye sınırları içinde veya dışında belediyelere, Hazineye, özel idarelere, katma bütçeli dairelere ait arazi ve arsalarda veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde yapılacak daimi veya geçici bütün izinsiz yapıların, inşa sırasında olsun veya iskân edilmiş bulunsun, hiçbir karar alınmasına lüzum kalmaksızın, belediye veya Devlet zabıtası tarafından derhal yıktırılacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere bu maddede söz konusu arazi ve arsalarda yapılan izinsiz yapı bir norm ihlali olduğu değerlendirilmekte ve bu yapıların ceza olarak yıkımı öngörülmektedir.

İdari imar suçları bakımından diğer idari cezaları; "idari para cezası" ve "yapı müteahhidinin yetki belgesinin iptali" oluşturur. Bu cezalar temel olarak 3194 sayılı Kanunun 42. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin 1. fıkrasında; bu maddede belirtilen ve imar mevzuatına aykırılık teşkil eden fiil ve hallerin saptandığı tarihten itibaren on iş günü içerisinde ilgili idare encümenince sorumlular hakkında, üstlenilen her bir sorumluluk için ayrı ayrı olarak bu maddede belirtilen müeyyidelerin uygulanacağı, 2. fıkrasında, ruhsat alınmadan veya ruhsata veya ruhsat eki etüt ve projelere veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine veya aykırılığı altı iş günü içerisinde idareye bildirmeyen ilgili fenni mesullere yapının mülkiyet durumuna, bulunduğu alanın özelliğine, durumuna, niteliğine ve sınıfına, yerleşmeye ve çevreye etkisine, can ve mal

[728] Yıkım; hukuka aykırı yapının ortadan kaldırılması anlamını taşır. Bkz. Akıllıoğlu, T. Yıkma Kararlarında Yöntem Sorunları, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 12, Sayı 4, Aralık 1979, s. 41.
[729] Akıllıoğlu, T. Yıkma Kararlarında Yöntem Sorunları, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 12, Sayı 4, Aralık 1979, s. 41.
[730] Kanun, Resmi Gazetede yayım tarihi olan 30 Temmuz 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

güvenliğini tehdit edip etmediğine ve aykırılığın büyüklüğüne göre 500 Türk lirasından az olmamak üzere, Bayındırlık Bakanlığınca belirlenen yapı sınıflarına ve gruplarına göre yapının inşat alanı üzerinden hesaplanmak üzere mevzuata aykırılığın her bir metrekaresi için değişik idari para cezası verileceği öngörülmüş ve bu cezaların her takvim yılı başından itibaren geçerli olmak üzere VUK'un mükerrer 298. maddesi uyarınca tespit ve ilan olunan yeniden değerleme oranında artırılarak uygulanacağı, mevzuata aykırılığı yapı inşaat alanı üzerinden hesaplanmasına olanak olmayan, yapının cephelerini ve diğer yapı elemanlarını değiştiren veya yapı malzemesi için öngörülen gereklere aykırı bulunan uygulamalar için Bayındırlık Bakanlığınca yayımlanan ve aykırılığa konu imalatın tespiti tarihinde yürürlükte bulunan birim fiyat listesine göre ilgili İdarece belirlenen bedelin %20'si kadar idari para cezası kesileceği ifade edilmiş, hesaplanan para cezalarına ilave olunacak çeşitli durumlara yer verilmiştir.

Bu maddenin 3. fıkrasında, İmar Kanununun 18, 28, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40 ve 41. maddelerinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen veya bu maddelere aykırı davranan yapı veya parsel sahibine, harita, plan, etüt ve proje müelliflerine, fenni mesullere, yapı müteahhidine ve şantiye şefine, ilgisine göre ayrı ayrı olmak üzere idari para cezası verileceği, bu fillerin çevre ve sağlık şartlarına aykırı olması ile can ve mal güvenliğini tehdit etmesi halinde farklı idari para cezasının uygulanacağı ifade edilmiştir.

Bu maddenin 4. fıkrasında; yapıldığı tarih itibarıyla plana ve mevzuata uygun olmakla beraber, mevcut durumuyla veya öngörülen bir afet tehlikesi karşısında can ve mal güvenliğini tehdit ettiği veya edeceği ilgili idare veya mahkeme kararı ile tespit olunan yapılara, ilgili idarenin yazılı uyarısına rağmen idarece tanınan süre içerisinde takviyede bulunmayan veya bu yapıları yıkmayan yapı sahibine idari para cezası verileceği belirtilmiştir. Maddede, idari imar cezasını gerektiren fiil ve hallerin, yapının inşa edilmesi süreci içerisinde tekrarı halinde, idari para cezalarının bir kat artırılarak uygulanacağı, tahsil olunan idari para cezalarının, TCK'nın 184. maddesinde belirtilen "imar kirliliğine neden olma" suçundan mahkûm olanlara faizsiz olarak iade edileceği de belirtilmiştir.[731]

[731] Görüldüğü üzere 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 15. maddesinin 3. fıkrasında belirtildiği üzere bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir

Bu maddenin son fıkrasında ise yapı müteahhidinin yetki belgesinin iptali şeklinde bir idari ceza öngörülmüştür. Bununla birlikte, söz konusu belgenin iptali yalnızca idari ceza olarak değil idari tedbir olarak da öngörülmüştür. Daha somut bir deyişle, fıkranın (a) bendinde, yapım işinin ruhsata ve ruhsat eki etüt ve projelere aykırı olarak gerçekleştirilmesi ve verilen süre içerisinde aykırılığın giderilememesi halinde beş yıl, (b) bendinde ise yapım işinde ruhsat eki etüt ve projelere aykırı olarak gerçekleştirilen imalatın can ve mal güvenliğini tehdit etmesi halinde on yıl iptal edileceğini belirten hüküm idari ceza niteliğindedir. Yine bu fıkrada yapı müteahhidinin yapım işlerinden doğan vergi ve sigorta borçlarını ödememesi ve diğer sorumluluklarını yerine getirmemesi hallerinde yetki belgesinin bir yıldan az olmamak üzere iptal edileceğini belirten hüküm de idari ceza niteliğindedir. Buna karşın, Bayındırlık Bakanlığınca olumsuz kayıt değerlendirmesi yapılan hallerde bir yıl süreyle müteahhidin yetki belgesinin Bakanlıkça iptal edileceğini belirten hüküm idari tedbir niteliğindedir. Zira idari cezanın söz konusu olduğu hallerde bir yükümlülüğün ihlali nedeniyle belge iptal edilirken bu son durumda tedbir amaçlı olarak belgenin iptali yoluna gidilmektedir. Bu durum yaptırımın doğasına bakılarak idari ceza ve idari tedbir arasında bir ayrım yapılamayacağını somut bir şekilde ortaya koymaktadır.

İdari imar suç ve cezaları bakımından temel normu oluşturan 3194 sayılı İmar Kanununun 42. maddesinde kanunilik ilkesine aykırı düzenlemeler bulunmaktadır.[732]

---

ilkesine uygun olarak TCK'nin 184. maddesinden mahkûmiyet halinde idari para cezasının uygulanmayacağı, bu ceza tahsil edilmişse iade edileceği ifade edilmiştir.

[732] Anayasa Mahkemesinin 17.4.2008 tarih ve E. 2005/5, K. 2008/93 sayılı kararına konu olan olayda, 3.5.1985 tarih ve 3194 sayılı İmar Kanununun idari yaptırımlarla ilgili 42. maddesinin 1. fıkrasındaki "...500 000 TL. dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir" bölümü "hukuk devleti" ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Mahkeme bu kararında; idari makamların, kanunun belirlediği sınırlar arasında cezanın takdirinde esas alacakları nesnel ölçütlerin yasada gösterilmediğini, kanunla imar para cezasının alt ve üst sınırlarının gösterilmiş olmasına karşın, bu alan içerisinde cezayı uygulama yetkisi olan idarenin hangi ölçütü esas alacağının açık, belirgin ve somut olarak yasada yer almadığını, yasa kuralının bu anlamda belirli ve öngörülebilir olmadığını, alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir yetkisinin geniş, sınırsız ve ölçüsüz olduğunu, cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliğinin, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek nitelikte olduğunu, yasa koyucunun, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, "cezaların yasallığı" ve "hukuksal güvenlik" ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve nesnel ölçütleri yasada göstermesi gerektiğini vurgulayarak kararda bir takım ölçütlere yer vermiştir. Mahkeme, bu kararında ayrıca, bu tür idari işlemlere karşı yargı yolu açık olmakla birlikte, bu güvencenin uygulama aşamasından sonra ve ancak itiraz yoluyla ortaya çıkacağı göz önüne bulundurulduğunda, yasa kurallarının yürürlükte olacağı sürece keyfiliği ortadan

Daha somut bir deyişle, 3194 sayılı Kanunun 42. maddesi iki bakımdan cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesini ihlal etmektedir. Bunlardan ilki, 3194 sayılı Kanunun 42. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendi hükmüdür. Bu bentte; mevzuata aykırılığı yapı inşaat alanı üzerinden hesaplanması olanaklı olmayan, yapının cephelerini ve diğer yapı elemanlarını değiştiren veya yapı malzemesi için öngörülen gereklere aykırı bulunan uygulamalar için Bayındırlık Bakanlığınca[733] yayımlanan ve aykırılığa konu imalatın tespiti tarihinde yürürlükte bulunan birim fiyat listesine göre ilgili İdarece belirlenen bedelin %20'si kadar idari para cezası kesileceği belirtilmiştir. Bu hükümle, idari cezanın miktarı, kanunun tekelciliği alt ilkesine aykırı olarak kanun tarafından değil, Bayındırlık Bakanlığı tarafından yayımlanan fiyat listesi[734] ve ilgili İdarenin belirlediği bedele oranlanarak saptanmaktadır ki bu tutumun kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırılık oluşturduğu açıktır.

3194 sayılı İmar Kanununun 42. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi de kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesini ihlal etmektedir. Bu bentte; Bayındırlık Bakanlığınca belirlenen yapı sınıflarına ve gruplarına göre yapının inşat alanı üzerinden hesaplanmak üzere mevzuata aykırılığın her bir metrekaresi için öngörülen değişik miktarda idari para cezalarının her takvim yılı başından itibaren geçerli olmak üzere VUK'un mükerrer 298. maddesi uyarınca tespit ve ilan olunan

---

kaldırmaya yetmeyeceğini, hukuk kurallarının, yargının yorumuna gereksinim göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilecek ölçüde açık ve belirgin olması gerektiğini ve uygulayıcılara güvence vermek zorunda olduğunu belirterek söz konusu kuralı Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı görerek iptal etmiştir. Kararın metni için 5.11.2008 tarih ve 27045 sayılı Resmi Gazeteye bkz. Mahkemenin bu kararı son derece yerindedir. Gerçekten de her ne kadar kanun tarafından öngörülse bile cezanın alt ve üst sınırları arasındaki oldukça büyük fark âdeta hukuk devletinin açıklığı ilkesi ile cezaların kanuniliği ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesini tahrip edici boyuta ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararına rağmen 3194 sayılı Kanunun 42. maddesinde 9.12.2009 tarih ve 5940 sayılı Kanunla değişiklik yapılırken az sonra anlatılacağı üzere kanunilik ilkesine uygun bir şekilde düzenleme yapılamamıştır.

[733] 3.6.2011 tarih ve 636 sayılı Çevre, Orman ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (8.6.2011 tarih ve 27958 mükerrer sayılı R.G.) ile Bayındırlık Bakanlığı kaldırılarak, Bakanlığın yürüttüğü görevlerin Çevre, Orman ve Şehircilik Bakanlığı tarafından yerine getirilmesi öngörülmüştür.

[734] Bu maddenin gerekçesinde; Bayındırlık Bakanlığınca her yıl Mimarlık ve Mühendislik Hizmet Bedellerinin Hesabında Kullanılacak Yapı Yaklaşık Birim Maliyetleri Hakkında Tebliğin yayımlandığı, bu tebliğde mimarlık hizmetlerine esas olan yapı sınıflandırmaları yapılarak ve bir yapı sınıfı kendi içerisinde gruplara ayrılarak yapı yaklaşık birim maliyetlerinin (TL/m^2) belirlendiği ifade edilmektedir. Bkz. Uğur, H. İmar Kanununun 42. Maddesi Hakkında Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı ve Sonrasında Oluşan Hukuksal Durum, Terazi, Sayı: 49, Eylül 2010, s. 175 dn. 25. Görüldüğü üzere yapı birim maliyetleri bir tebliğ ile belirlenmektedir. İdarenin bir iç işlemini oluşturması gereken ve hiçbir şekilde düzenleme sayılamayacak olan tebliğ ile yapı birim maliyetinin belirlenmesi kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesi adeta ortadan kaldırılmaktadır.

yeniden değerleme oranında artırılarak uygulanacağı belirtilmiştir. İdari para cezasının miktarındaki artışın bizzat kanun tarafından öngörülmeyerek bir yürütme organı olan Maliye Bakanlığı tarafından yapılacak olan "yeniden değerleme" oranına göre hesaplanması ve bu maddeyle bağlantılı olarak VUK'un mükerrer 414. maddesi gereği Bakanlar Kuruluna yeniden değerleme suretiyle belirlenen maktu ve nispi cezaların had ve miktarlarında artırma veya eksiltme yetkisinin tanınması, daha önce belirtildiği üzere kanunsuz ceza olmaz kuralının "kanunun tekelciliği" alt ilkesini ihlal etmektedir.[735] Gerçi idari para cezası miktarının yeniden değerleme oranına göre hesaplanacağı kanunda belirtildiği için söz konusu alt ilkeye aykırı bir durumun olmadığı savlanabilir. Ancak kanımızca bu sav isabetsizdir. Kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine uygun davranılabilmesi için kanunun idari para cezasındaki artış miktarını yürütme organının takdirine bırakmayarak bizzat kendisinin saptaması gerekir.

3194 sayılı İmar Kanununun 42. maddesinde kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı bir düzenleme de bulunmaktadır. Daha somut bir deyişle, yukarıda aktarıldığı üzere bu maddenin 3. fıkrasında öngörülen idari para cezası, kanunun diğer maddelerine yollama yapılarak o maddelerde öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesine bağlanmıştır. Böyle bir düzenleme suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesini ihlal eder. Zira cezai normu oluşturan suç, İmar Kanununun "cezai olmayan normlarına" (extra pénal) aykırılık olarak saptanmaktadır ki az sonra ayrıntılı olarak belirtileceği üzere bu şekilde

[735] Anayasa Mahkemesi aksi görüştedir. Gerçekten de Mahkemenin 17.6.2004 tarih ve E. 2000/24, K. 2004/82 sayılı kararında; ceza hukukunun kapsamına giren cezalarda bile yeniden değerleme oranının öngörülmesinin kanunilik ilkesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme bu kararında; daha önce yasalarda var olan para cezalarının ve bunların alt ve üst sınırları ile bir günün karşılığı olan para cezası miktarının Türkiye İstatistik Kurumu tarafından bilimsel verilere dayalı olarak saptanıp VUK'un 298. maddesi gereğince her yıl Aralık ayında Maliye Bakanlığınca Resmi Gazetede ilan edildiğini, böylelikle, keyfi ve takdiri uygulamalara yol açmayacak biçimde çerçevesi yasa koyucu tarafından çizilerek kanunla düzenlendiğini, kaldı ki yeniden değerleme oranına göre yapılan artırmanın yasama organı tarafından kanunla düzenlenmiş olan para cezaları üzerinden yapıldığı ve suç işlendiği zaman o suç için öngörülen cezanın, suç gününden önce belirgin hale geldiği, dolayısıyla Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesine aykırı bir durumun olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. 1.3.2005 tarih ve 25742 sayılı R.G. Anayasa Mahkemesinin bu kararı ceza hukukunun kapsamına giren cezalar hakkında olsa da gerekçe dikkate alınırsa idari cezalar bakımından da geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Hâlbuki bu karara karşı oy yazısı yazan üyelerden Fazıl Sağlam ve A. Necmi Özler'in isabetli olarak belirttikleri üzere, yeniden değerleme oranıyla ceza, kanun tarafından değil, yürütme organı tarafından saptandığı için kanunilik ilkesine ve yasama yetkisinin devredilmezliğini öngören Anayasanın 7. maddesine aykırılık bulunmaktadır. Bundan da öte, Anayasa Mahkemesi kararının hiçbir yerinde VUK'un mükerrer 298. maddesiyle bağlantılı mükerrer 414. maddesinden bahsedilmemesi kanımızca büyük bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

yollama suretiyle idari suçun saptanması söz konusu alt ilkeye açıkça aykırılık oluşturur.

Her ne kadar mevzuatta idari imar suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından bir özensizlik bulunsa da Danıştay kararları bakımından aynı şey söylenemez. Tersine bir deyişle, Danıştay kararlarında idari imar suç ve cezalarında kanunilik ilkesine yeterince özen gösterildiği belirtmek gerekir. Örneğin Danıştay Altıncı Dairesinin 21.1.1974 gün ve E. 1973/1967, K. 1974/226 sayılı kararında; yapının işgalinden sonra yürürlüğe giren 1605 sayılı Kanunun getirdiği para cezası hükmünün, önceki bir olaya uygulanamayacağı sonucuna varılmış,[736] bu dairenin 19.2.1975 tarih ve E. 1973/3545, K. 1975/1070 sayılı kararında ise İmar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılan ek inşaata söz konusu kanunun öngördüğü belediye hizmetlerinin kestirilmesi yaptırımının uygulanamayacağı görüşünü savunmuştur.[737] Görüldüğü üzere bu kararlarında Danıştay suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesine uygun olarak cezanın muhatabının aleyhine olan idari imar ceza normlarının geriye yürümeyeceği esasını benimsemiştir.

8. İhale Düzeniyle İlgili İdari Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

İhale yolsuzluklarına[738] karşı salt ceza hukuku cezaları öngörülmemiş, bunun yanında idari cezalar da öngörülmüştür. Gerçekten de 2886 sayılı Kanunun 83 ila 86. maddeleri arasında, kamu ihalelerinde yolsuzluğu önlemek için öngördüğü yasak fiil ve davranışlar ile bunların idari cezaları düzenlenmiş, söz konusu cezalara 4.1.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 58 ila 61. maddelerinde ve 5.1.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 25 ila 29. maddelerinde yer verilmiştir.

Türk hukukunda ihale düzenini koruyabilmek için öngörülen idari suç ve cezalardan idari cezalarda kanunilik ilkesi uygulanmasına karşın, idari suçlarda kanunilik ilkesi uygulanmamaktadır. Çeşitli defalar belirtildiği üzere suç ve ceza

[736] Danıştay Altıncı Daire Kararları Birinci Kitap (1965-1977), Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No. 27, Ankara 1979, s. 110.
[737] Bkz. Danıştay Altıncı Daire Kararları Birinci Kitap (1965-1977), s. 98.
[738] İhale yolsuzlukları ve alınması gereken önlemler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. Kamu İhalelerinde Yolsuzluğa Karşı Öngörülen İdari ve Cezai Yaptırımlara Genel Bir Bakış, Kamu-İş, Cilt: 10, Sayı: 1, 2008, s. 183-226.

birbirinden ayrılması olanaksız bir olgu olduğundan ve bunların birisinde kanunilik ilkesinin uygulanmaması, diğerinde de söz konusu ilkenin uygulanmaması anlamını taşıdığından ihale düzeniyle ilgili idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmadığını savlayabilmek olanaklıdır.

İhale düzeniyle ilgili idari cezalarda kanunilik ilkesinin uygulandığından kastedilen husus, cezaların ilgili kanunlarda gösterilmesi ve kanunda gösterilenler dışında başka bir cezanın öngörülememesidir. İhale düzeniyle ilgili idari cezalarda en fazla dikkat çeken cezayı kanımızca "kamu harcama ihalesine katılmaktan yasaklanma"[739] cezası oluşturmaktadır. Kamu harcama ihalesine katılmaktan yasaklama; ihaleyi yapan İdarenin ihaleye katılanı ihale sürecinden dışlamasıdır.[740] Yasaklama kararı norm ihlali nedeniyle verilirse cezai bir idari işlem niteliğini taşır. Bu cezanın sonucunda kamu ekonomisinden piyasa ekonomisine doğru bir ödeneğin harcanarak aktarılması niteliğindeki ihale ve bu ihale sonucunda başlayan sözleşme sürecinde; mal, hizmet ve yapım işi sunanların hakları temelden etkilenmekte ve ihale isteklilerinin ihaleye katılma hakları belirli bir süre ellerinden alınmaktadır.[741]

Yukarıda belirtildiği üzere ihale düzenine aykırı fillere karşı öngörülen idari cezalar ilgili kanunlarda gösterilmiş olmasına karşın, idari suçlar, kanunilik ilkesinin gereklerine uygun bir şekilde gösterilememiştir. Daha açık bir deyişle, ihale düzenini sağlam bir şekilde oluşturabilmek için bu düzenin ihlaline karşı öngörülen suçlarda "kanunilik" ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı davranılmıştır. Bu konuda çok sayıda örnek[742] verebilmek olanaklı olmasına rağmen çalışmanın oylumunu büyütmek için iki örnekle yetinilecektir.

Bunlardan ilki, ihale düzenine karşı öngörülen bir suçun başka bir maddeye yollama yapılması suretiyle belirlenmesidir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun "yasak fiil veya davranışlar" başlıklı 17. maddesinde; ihalelerde; hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, isteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak

[739] Bu idari ceza hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Taşdelen, A. Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma, AÜHFD, C.55, Sayı 1, 2006, s. 293-320.
[740] Taşdelen, s. 293.
[741] Krş., Taşdelen, s. 294.
[742] Bu örnekler için bkz. Dursun, Kamu İhalelerinde Yolsuzluğa Karşı Öngörülen İdari ve Cezai Yaptırımlara Genel Bir Bakış, s. 204-221.

veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak, sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek, alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek ve 11. maddeye göre[743] ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak şeklindeki fiil veya davranışların yasak olduğu ifade edilmiş ve bu yasağın idari yaptırımları ise 4734 sayılı Kanunun 58 ila 61. maddeleri arasında gösterilmiştir.

4734 sayılı Kanunun "ihalelere katılmaktan yasaklama" başlıklı 58. maddesinin 1. fıkrasında; 17. maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre hapis, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında yine hapis cezası öngörülmüş, ayrıca 4734 sayılı Kanunun kapsamında olmasa bile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği şeklinde bir idari ceza öngörülmüş, katılma yasağı kararını vermeye yetkili makamlar ise ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı olarak ifade edilmiştir. Bu maddenin 3. fıkrasında ise bir başka idari ceza öngörülerek, ihale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenlerin, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilemeyecekleri ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere, 4734 sayılı Kanunun 58. maddesinde belirtilen ihaleye katılmaktan yasaklanma şeklindeki idari cezayı oluşturan suçun unsuru, 4734 sayılı Kanunun 17. maddesine yapılan yollamayla saptanmaktadır. Yapılan bu düzenleme sonucunda suçun tanımlayan metinlerle idari cezayı öngören metin parçalanmış, çok sakıncalı bir yollama düzeneği oluşturulmuştur. Kısacası, suçu tanımlamaya çalışan hükümle idari cezayı içeren yaptırım kısmı ikiye bölünmüş ve ayrı maddeler halinde düzenlenmiştir. Bu durum, Erman'ın belirttiği üzere, hızlı bir şekilde kanun koymaya

[743] 4734 sayılı Kanunun 11. maddesinde ihaleye katılamayacak olanlar sayılmaktadır.

yarasa da iyi bir kanun yapmaya olanak vermez. Çünkü yaptırım içeren maddede, düzenleyici hükme yollama yaparken bir takım unutmalarla karşılaşılabilir.[744] İkinci olarak, 4734 sayılı Kanunun 58. maddesi 17. maddeye yollama yaparak kanun koyucuya "açık çek" vermektedir. İleride, 4734 sayılı Kanunun 17. maddesi değiştiği takdirde bu değişikliklerle getirilen hükümlere aykırılık 58. madde yüzünden kendiliğinden "ihalelere katılmaktan yasaklanma" idari cezasını doğuracaktır ki bunun ne kadar büyük bir sakınca doğuracağı ortadadır. Üçüncü olarak, 4734 sayılı Kanunun 58. maddesinin cezai nitelikte olmayan 17. maddeye yollama yapması suçun tanımı açısından da sorun doğurur. Gerçekten de Erman'ın belirttiği üzere, bu tip yollama, suçun tanımı açısından çeşitli kuşkulara yol açar, çünkü kendisine yollama yapılan ve cezai nitelikte olmayan, dolayısıyla extra-poenam nitelik taşıyan metinler, suç ve cezada kanunilik sistemine bağlı bir dizgenin gerektirdiği açık ve kesinlikle kaleme alınmış olmaz ve durum uygulama ve yorum açısından çeşitli güçlükler doğurur.[745]

Türk ihale düzenine aykırı idari suçlarda kanunilik ilkesinin uygulanmadığı sonucuna Ancel'in görüşlerine başvurarak da ulaşabilmek olanaklıdır. Ancel'in belirttiği üzere, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin gereklerine uygun davranabilmek açısından, suç haline getirilen her fiil için bütün ana unsurların saptanması gerekir. Yazar, bu esasa rağmen, birçok hallerde, kanun koyucunun, yeni bir suç normu oluştururken söz konusu ilkeyi ihlal ederek, herhangi bir kimsenin özel bir kanunun filanca maddesinin ihlali halinde şu cezanın verileceğini belirtmekle yetindiğini, uygulamada bu durumla çok sık karşılaşıldığını, öyle ki çağcıl kanun koyucunun ilkel toplumlar zihniyetine üzülerek karşılanacak bir geriye dönüş ile her gün biraz daha salt özel hukuk kurallarını ceza ile yaptırıma tabi tutmaya ve cezaya dar anlamda uygulanmasının gerektirdiği ayrıksı durumlarda başvurulması gerektiği yönündeki karakterini kaybettirmeye eğilimli olduğunu belirtmektedir. Yazar, bu

[744] Konu hakkında fazla bilgi ve örnek için bkz. Erman, S. Ticari Ceza Hukuku I-Genel Kısım, 3. Baskı, İstanbul, 1982, s. 42 vd.

[745] Erman, s. 223-224. Katoğlu ise kural kısmının gösterilmeyip yaptırım kısmı gösterilen normların eksik norm niteliğini taşıdığını, Türk hukukunda çok sayıda kanunda eksik norm tekniğine başvurulduğunu, bu yöntem yaygın olarak kullanılsa ve pratik gibi görünse de emredilen ya da yasaklanan fiilin içeriğinin belirlenmesi bakımından sıkıntılar yaratabildiğini, açıklık unsurunun güvence altına alınmaması dolayısıyla kanunilik ilkesinin ihlalinin söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 23.

yöntemin, yalnızca cezai yaptırım kavramını zafiyete düşürmekle kalmayıp, suç ve cezada kanunilik ilkesini de ihlal edeceğini belirtmektedir.[746]

İdari ihale suçlarında kanunilik ilkesinin uygulanmadığı konusunda verilecek ikinci örnek, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunundan seçilmiştir. Bu kanunun 29. maddesinde bilgi ve belgeleri açıklama yasağı düzenlenerek; bu kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanların yüklenicilerin iş ve işlemlerine, teknik ve mali yapılarına ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri açıklayamayacakları ve kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamayacakları ifade edilmiş, aksine hareket edenler hakkında da ilgisine göre 26.[747] veya 28. maddede[748] belirtilen yaptırımların uygulanacağı ifade edilmiştir.

4735 sayılı Kanunun 29. maddesinde yapılan düzenlemeler "kanunilik" ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesini ihlal etmektedir. Her şeyden önce maddede "gizli kalması gereken bilgi ve belgeler" şeklinde bir ibareye yer verilmektedir ki bu ibareyle kastedilen hususun ne olduğu belli değildir. Gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin somut bir şekilde gösterilmemesi yüzünden bir ibareyle kastedilen husus, kişilerin keyfi yorumuna bağlı olacağı gibi zamana ve mekâna göre de değişiklikler gösterecektir. Kısacası, bu ibareyle kastedilen hususun anlamı gizli ve kapalı olacaktır ki kanunilik ilkesinin söz konusu alt ilkesi açıkça tahrip edilmiş olunacaktır.

9. İdari Vergi Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Vergi suçları, devlet hazinesine karşı işlenen ekonomik suçlardır. Daha açık bir deyişle, bazı fiillerin vergi suçu olarak kabulünde ihlal edilen menfaati "hazine zararı" oluşturmaktadır. Vergi suçlarında, "hazine yararı" ve korunan hukuki menfaat olarak "kamu yararı" özdeşleşmektedir. Vergi suç ve cezaları ile izlenen amaç, vergi yasalarının gereklerinin zamanında ve kurallara uygun bir biçimde yerine getirilmesidir. Vergi cezalarıyla vergi borçlarının zamanında ve eksiksiz ödenmesini gerçekleştirilerek bir yandan hazinenin vergi kaybı önlenmekte, öte yandan, kamu

[746] Ancel, M. Muasır Mevzuatta "Kanunsuz ceza olmaz" Kaidesi, Adliye Ceridesi, Yıl: 29, 1938, s. 1339-1340.
[747] Kanunun 26. maddesinde "ihalelere katılmaktan yasaklama" idari cezası düzenlenmektedir.
[748] Kanunun 28. maddesinde "ihale görevlilerinin ceza sorumluluğu" düzenlenmektedir.

hizmetlerinin finansmanı için gerekli fonlar yeterli ölçüde toplanmak suretiyle en genel amaç olan kamu yararı sağlanmış olmaktadır.[749]

Vergi cezaları[750] geleneksel idari yaptırımları oluşturmaktadır. Bununla birlikte, ileride ayrıntılı bir şekilde görüleceği üzere idari vergi yaptırımlarının tümü idari vergi cezası olarak kabul edilemez. Daha somut bir deyişle, idari vergi yaptırımlarının bir kısmı doğası gereği cezalandırıcı, bir kısmı ise bu nitelikte değildir. Bu bağlamda, örneğin bir vergi muafiyet veya istisnasının kaldırılması idari ceza niteliğini taşımamaktadır. Bunlar, idari vergi tedbiri niteliğinde bulunmamaktadır.[751] Yine bunun gibi ileride ayrıntılı bir şekilde görüleceği üzere gecikme zam ve faizi de vergi cezası niteliği taşımayan yaptırımlardır. Gecikme zam ve faizin öngörülmesinde ana amaç cezalandırma değil vergi alacağının güvence altına alınmasıdır.[752]

Öte yandan cezalandırıcı bir nitelik taşıyan vergi cezalarının salt idari vergi cezalarından ibaret olduğu düşünülmemektedir. Daha açık bir deyişle, vergi normlarının ihlal edilmesi durumunda salt idari vergi cezaları öngörülebildiği gibi idari ve ceza hukuku normları birlikte devreye girebilmekte, kimi durumda ise salt ceza hukuku yaptırımları öngörülebilmektedir.[753] Biz burada çalışmanın konusu açısından yalnızca idari vergi suç ve ceza normları ile bu normlarda kanunilik ilkesinin uygulanması irdelemekle yetineceğiz.

Türkiye'de idari vergi suç ve cezalarının yalnızca Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) düzenlendiği gibi bir algı[754] bulunmakta, üstelik vergi suç ve cezaları

---

[749] Öncel M. Kumrulu A. Çağan, N. Vergi Hukuku, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 209.

[750] Gölcüklü vergi cezasını haklı olarak, yurttaşların kamu giderlerine katılmasını sağlamakla görevli makamlar tarafından uygulanan ve mükellefin mali mevzuata aykırı davranışlarına uygulanan yaptırımlar şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Gölcüklü, s. 138. Buna karşın Waline, vergi cezalarını; hazine çıkarlarına yasa dışı yollarla zarar veren bir vergi yükümlüsü veya vergi kanunlarıyla belirli bir hususu yapmaya zorunlu tutulan bir kimsenin davranışını yaptırıma tabi tutmaktan ibaret bulunan bir takım önlemler şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Waline, M. Vergi Cezalarının Hukuki Niteliği (Çeviren; Tahsin Yağmurlu), Danıştay Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 34-35, 1979, s. 76. Biz Waline'nin bu görüşüne tam olarak katılamayacağız. Zira bir yaptırımın "vergi cezası" kimliğini taşıyabilmesi için bir vergi hukuku normunun ihlal edilmesi ve bu ihlal karşılığında cezalandırıcı bir yaptırımın uygulanması gerekir. Bu iki unsur olmadan bir yaptırımın ceza olarak adlandırılması bizce doğru değildir.

[751] Delmas ve Teitgen, s. 18.

[752] Krş. Delmas ve Teitgen, s. 18.

[753] Krş. Delmas ve Teitgen, s. 19.

[754] Bu algı son derece yanlıştır. Zira bir vergi suçunu vergi yükümlülerinin vergi normlarını icrai veya ihmali hareketle ihlal etmeleri, vergi cezasını ise vergi normlarının ihlal edilmesi durumunda vergi idaresinin idari işlemle cezalandırma amacıyla uyguladığı yaptırımlar oluşturmaktadır. Bu bağlamda bir vergi suç veya cezasının oluşabilmesi için vergi normunun isminin önemi bulunmamaktadır.

konusunda yapılan incelemelerde de daha çok VUK'da düzenlenen vergi suç ve cezalarının incelenmesi yoluna gidilmektedir. Hâlbuki vergi suç ve cezaları, VUK'un yanında, diğer bazı kanunlarda, örneğin, gümrük vergisiyle ilgili olarak 27.10.1999 tarih ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu ve bu kanunla bağlantılı olan[755] 21.3.2007 tarih ve 5607 Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda düzenlendiğini belirtmek gerekir. Şunu hemen belirtmek gerekir ki gerek 4458 sayılı Kanun gerekse 5607 sayılı Kanunda gümrük vergisi bakımından öngörülen idari suç ve cezalar, ceza hukuku suç ve cezasından daha fazla sayıdadır. Hâlbuki çağcıl ülkelerdeki eğilim, gümrük suç ve cezalarının cezai idare hukukuna tabi olmasından ziyade ceza hukukunun kapsamına giren suç ve ceza şeklinde düzenlenmesidir.[756]

Türk pozitif hukukunda idari gümrük suç ve cezalarında kanunilik ilkesine uygun hareket edilmemiştir. Örneğin 4458 sayılı Gümrük Kanununun 241. maddesinin 1. fıkrasında, bu kanunda ayrı bir ceza tayin edilmiş haller saklı kalmak üzere, 4458 sayılı Kanuna ve Kanunda tanınan yetkilere dayanılarak çıkarılan ikincil düzenlemelerle getirilen hükümlere aykırı hareket edenlere söz konusu düzenlemelerde öngörülmüş olması kaydıyla para cezası niteliğinde usulsüzlük cezasının uygulanacağı belirtilmiş, maddenin devamında ise usulsüzlük cezasının katlarıyla uygulanacağı durumlara yer verilmiştir.

5607 sayılı Kanun ise idari gümrük suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmayacağını âdeta haykırmaktadır. Kanunun 3. maddesinin 10. fıkrasında, genel düzenleyici idari işlemlerle ithali yasaklanan eşyayı ithal eden kişiye, eşyanın gümrüklenmiş değerinin dört katı idari para cezası verileceği, 13. fıkrasında ise, genel düzenleyici idari işlemlerle ihracı yasaklanan eşyayı Türkiye'den ihraç eden kişiye, eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere gerek 4458 sayılı Kanun gerekse 5607 sayılı Kanunun söz konusu maddelerinde idari gümrük suçları bakımından kanun yerine "İdarenin

[755] Bu kanunlar birbiriyle bağlantılıdır. Gerçekten de 4458 sayılı Gümrük Kanununun 231. maddesinde, bu kanun hükümlerinin uygulanması bağlamında, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda yer alan suç ve kabahatlere ilişkin hükümlerin saklı olduğu, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda suç veya kasten işlenen kabahat olarak tanımlanan fiillerin ancak taksirle işlenmeleri halinde, bu kanun hükümlerine göre idari para cezası verilebileceği (a.b.ç.) ifade edilmiştir. Kanunun bu maddesinin oldukça garip olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü bir ceza normu, kural olarak emredici olduğundan olasılık belirten bir ibare keyfiliğe yol açacağı için normda bulunması doğru değildir.

[756] Delmas ve Teitgen, s. 19.

düzenleyici işlemleri"ne yollama yapıldığı için kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı davranılmıştır. Yukarıda bahsedildiği üzere suçlarda kanunilik ilkesinin benimsenmediği bir durumda cezada da kanunilik ilkesinin benimsendiğinden bahsedilemeyeceğine göre idari gümrük suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin benimsenmediği açıktır.

VUK'da düzenlenen idari vergi suç ve cezalarına gelince, bu incelemeye başlamadan önce tüm dünyada vergi ile ilgili kanunların karmaşık, girift ve keyfi olduğu yönünde bir algının bulunduğunu[757] belirtmek gerekir. Cezai vergi normları da "vergi kanunu" kapsamına girdiğine söz konusu normlar bakımından da böyle bir algının olduğu açıktır. Ancak hemen şu hususu belirtmek gerekir ki böyle bir algının bulunması, vergi ceza normlarının kanunilik ilkesine aykırı bir şekilde düzenlenmesine olanak sağlamaz. Zira bu alanda kanunilik ilkesi yaşamsal bir önem taşımakta ve bu algının tersine olarak düzenleme yapmak parlamentonun bir yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Bu açıdan her şeyden önce vergi ceza hukuku bakımından kanunilik ilkesinin önemi üzerinde kısaca durmak faydalı olacaktır.

Vergi suç ve cezalarında yasallık ilkesi sert ve belirgin bir biçimde kendisini göstermekte ve kıyas yasağı da bu alanda daha açık bir anlam kazanmaktadır.[758] Aslında vergi ve verginin kapsamına giren vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği tarihsel olarak sloganlarla ifade edilmiştir. Gerçekten de "temsilsiz vergi olmaz" veya "rızasız vergi olmaz" şeklindeki ilkeler, yükümlü temsilcilerinden oluşan parlamentoların onayı veya izni bulunmaksızın vergi alınamayacağını, aksi halde, söz konusu vergilere halkın rıza göstermemiş sayılacağını, kısacası kanunilik ilkesini ifade eder.[759]

Bundan başka vergide ve bu arada vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesi öyle önem taşımıştır ki çağcıl ülkeler bunu anayasalarına koyma gereği duymuşlardır. Örneğin, Türk Anayasasının 73. maddesinin 2. fıkrasında; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı ifade edilerek vergi ve bunun kapsamına giren vergi suç ve cezasında kanunilik ilkesinin uygulanacağı anayasal olarak ortaya konulmuştur.

---

[757] Fazla bilgi için bkz. Gordon R.K. Law of Tax Administration and Procedure, Editör Victor Thuronyi, International Monetary Fund, 1999, s. 96.
[758] Öncel-Kumrulu-Çağan, s. 209.
[759] Öncel M. Kumrulu A. Akkaya M. Uygulamalı Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 6.

Burada Anayasanın 73. maddesinin 4. (son) fıkrasının vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından ayrıksı bir duruma yer verip vermediği sorusu sorulabilir. Bu fıkrada; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilebileceği ifade edilmiştir. Anayasanın bu hükmünde vergi cezaları bakımından Bakanlar Kuruluna değişiklik yapma yetkisi verilmediğine göre Bakanlar Kurulu söz konusu cezalar bakımından bir değişiklik yapamaz. Bu bağlamda, söz konusu hükmün, kanımızca, vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin mutlak bir şekilde uygulanmasına ayrıksı herhangi bir yönü bulunmamaktadır. Gerçi kimi durumlarda vergi cezasının miktarı vergi alacağına bağımlı kılındığından vergi oranları, indirim ve istisnaları ile muafiyetlerine ilişkin hususlarda yapılacak bir değişiklik vergi cezası miktarını da etkileyebilir. Kanımızca böyle bir durumu da idari vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesine getirilen ayrıksı bir hal olarak kabul etmemek gerekir. Zira bu şekilde vergi cezasının etkilenmesi dolaylı bir nitelik taşımaktadır. Bu açıklamalardan sonra VUK'da düzenlenen idari vergi suç ve cezalarının ve onlarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının incelenmesi uygun olacaktır.

Vergi Usul Kanununun düzenlediği suç ve cezaların bir kısmı yalnız idari vergi hukukunu ilgilendirmekte olup bunlarda fiil ve yaptırım idari usullerle saptanmakta, vergi dairesi tarafından suç olarak saptanan fiil için hiç bir yargısal karara gerek olmadan yine vergi dairesince, bir başka deyişle idari bir merci tarafından ceza kesilmektedir.[760]

Türk vergi hukukunda iki tür idari vergi suçu bulunmaktadır. Bunlardan ilki vergi ziyaı suçudur. Vergi ziyaı suçu, 4.1.1961 tarih ve 213 sayılı VUK'un 344. maddesinin 1. fıkrasında dolaylı bir şekilde tanımlanmıştır. Bu hükme göre "341'inci maddede yazılı hallerde vergi ziyaına sebebiyet verildiği takdirde mükellef veya sorumlu hakkında ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında vergi ziyaı cezası kesilir". 341. maddede ise vergi ziyaı tanımlanmıştır. Buna göre, vergi ziyaı, mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden verginin zamanında tahakkuk

[760] Krş. Öncel-Kumrulu-Çağan, s. 209.

ettirilmemesini veya eksik tahakkuk ettirilmesini ifade eder. Şahsi, medeni haller veya aile durumu hakkında gerçeğe aykırı beyanlarla veya diğer şekillerle verginin eksik tahakkuk ettirilmesine veya haksız yere geri verilmesine sebebiyet vermenin de vergi ziya olduğu yine 341. maddede belirtilmiştir.

VUK'da vergi ziyaı suçuna yol açacak kimi hareketler belirtilmişse de esas itibarıyla "sonuç" odaklı bir tanım yapılmış ve kanunda öngörülen sonuçları ortaya çıkaran herhangi bir hareket "idari suç" olarak kabul edilmiştir. Kısacası, vergi ziyaı idari suçu, serbest hareketli suç[761] olarak düzenlenmiştir. Vergi ziyaı suçunun oluşabilmesi için üç tür sonucun bulunması aranmış ve bunlardan birisinin varlığı söz konusu suçun varlığı için yeterli sayılmıştır. Bunlar; VUK'un yukarıda belirtilen 341. maddesinde düzenlendiği üzere, vergi tahakkukunun zamanında gerçekleşmemesi, tahakkukun eksik gerçekleşmesi ve tahsil edilen verginin haksız yere iadesinin sağlanmış olmasıdır.[762]

Bu sonuçlardan "tahsil edilen verginin haksız yere iadesi" sonucunun ne zaman doğduğunu saptamak kolaydır. Daha açık bir deyişle, gerçeğe aykırı beyan ve/veya işlemlerle tahsil edilen verginin iadesine yol açıldığı anda bu sonuç doğmuştur. Ancak diğer iki sonuçta dikkat edilmesi gerek nokta "tahakkuk"un esas alınmış olmasıdır. Bu bağlamda, tahakkukun zamanında gerçekleşmemesi veya eksik gerçekleşmesi sonuçlarından birisinin doğması vergi ziyaı suçunun oluşabilmesi için yeterli olacaktır. VUK'un 22. maddesinde, tahakkuk; tarh ve tebliğ edilen bir verginin ödenmesi gereken bir aşamaya gelmesi olarak tanımladığına ve bu aşamayı tahsil aşaması takip ettiğine göre yasa koyucu, vergi ziyaı suçunu, verginin tahsilindeki gecikme ya da eksikliğe değil verginin tahsilinden önceki aşamanın geciktirilmesine ya da eksik gerçekleştirilmesine bağlamıştır. Bu yüzden, VUK'un 341 ile 344. maddesinin 1. fıkralarında belirtilen "vergi ziyaı" ibaresini, verginin hazineye geç ödenmesi veya eksik ödenmesi şeklinde anlamamak gerekir. Bir başka deyişle, vergi bir kez hukuka uygun olarak tahakkuk etmişse, verginin geç veya eksik tahsil edilmesi, hatta tahsil edilememesi bile vergi ziya suçunu oluşturmaz.[763]

---

[761] Serbest hareketli suç konusunda bilgi için bkz. Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 37 vd.

[762] Krş. Başaran, F.Y. Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Vergisel Kabahat ve Yaptırımlar in İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2009, s. 289.

[763] Bkz. Başaran F.Y. Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Vergisel Kabahat ve Yaptırımlar, s. 289.

Vergi ziyaı suçunda, "verginin zamanında tahakkuk etmemesi" sonucu dışında, diğer iki sonucun herhangi bir şekilde meydana gelmiş olması, söz konusu suçun oluşması için yeterlidir. Çünkü VUK'un 344. maddesinde "341'inci maddede yazılı hallerle vergi ziyaına sebebiyet verildiği takdirde" ibaresine yer verilmekte, 341. madde ise yalnızca "verginin zamanında tahakkuk etmemesi" sonucu için bu sonuca yol açacak hareketlerle ilgili bir çerçeve sunarak mükellef ya da vergi sorumlusu tarafından "vergilendirme ile ilgili ödevlerin zamanında yerine getirilmemesi ya da eksik yerine getirilmesi" nedeniyle verginin zamanında tahakkuk etmemesini aramaktadır. Buna karşın, verginin eksik tahakkuk etmesi ya da haksız vergi iadesi her türlü hareketlerle işlenebilir. Çünkü her ne kadar VUK'un 341. maddesinin 1. fıkrasında "vergilendirme ile ilgili ödevler" denilmek suretiyle "serbest" hareketin değil de "vergilendirmeyle ilgili bir ödeve ilişkin hareket" ile tahakkukun zamanında gerçekleşmemesine ya da eksik gerçekleşmesine yol açmak aranmışsa da VUK'un 341. maddesinin 2. fıkrasında "sair suretlerle" ibaresine yer verilerek[764] aslında her türlü hareketle vergi ziyaı suçunun işlenebilmesine olanak tanınmıştır.[765]

Yukarıda belirtildiği üzere, VUK'un 341. maddesinin 3. fıkrasında; verginin sonradan tahakkuk ettirilmesi veya tamamlanması veya haksız iadenin geri alınmasının vergi ziyaı cezasının uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, vergi kaybının gerçekleştiği anda vergi ziyaı suçu gerçekleşmektedir. Buna karşın, Danıştay ve öğreti, tahakkuktaki gecikmeye rağmen vergi ödemesinin vadesinde yapılmış olması halinde, veri ziyaı suçunun doğmadığını kabul etmektedir ki[766] bu tutum Kanuna aykırıdır.

Türk vergi hukukunda ikinci idari vergi suçunu, "usulsüzlük suçu" oluşturmaktadır. Bu suç, 213 sayılı VUK'un 351. maddesinde, vergi kanunlarının şekle ve usule yönelik hükümlerine uyulmaması şeklinde tanımlanmıştır. Aşağıda anlatılacak olan ister genel isterse özel usulsüzlük suçu olsun, söz konusu suçlar VUK'da belirtilen hukuka aykırı davranış gerçekleştirildiği anda işlenmiş,

[764] Aslında "sair suretlerle" ibaresine yer verilmesi suretiyle yukarıda anlatılan kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı davranılmıştır.
[765] Başaran, F.Y. Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Vergisel Kabahat ve Yaptırımlar, s. 289-290.
[766] Bkz. Başaran, F.Y. Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Vergisel Kabahat ve Yaptırımlar, s. 290 ve özellikle dn. 15.

dolayısıyla sonucunu doğurmuş olmakta, zararın meydana gelip gelmediğine bakılmamaktadır.[767]

VUK, tek tip bir usulsüzlük suçu kabul etmemiş, usulsüzlük suçlarını genel usulsüzlük ve özel usulsüzlük olmak üzere ikiye ayırmıştır. Bundan da öte, genel usulsüzlük cezaları da 1. ve 2. derece olmak üzere derecelere ayırmıştır. Gerçekten de Kanunun 352. maddesinde kanun koyucu, işlenen fiillerin ağırlığını değerlendirerek usulsüzlük suçunu 1. ve 2. derece olarak belirlemiştir. VUK'un ekinde yer alan cetvelde ise I. ve II. derece usulsüzlükler için tayin edilen cezalar ayrı ayrı gösterilmiştir. Bu cetvelin incelenmesi sonucunda I. derece usulsüzlükler için saptanan cezanın II. derece usulsüzlüklere göre daha ağır olduğu anlaşılmaktadır. Bundan başka, VUK'un 352. maddesinin 1. fıkrasında; usulsüzlük fiilinin re'sen vergi takdirini gerektirdiği durumlarda, ekli cetvelde gösterilen cezaların iki kat uygulanacağı ifade edilmiştir.

VUK'un 352. maddesinde I. derece usulsüzlük suçunu oluşturan fiiller; vergi ve harç beyannamelerinin süresinde verilmemesi, tutulması zorunlu olan defterlerden herhangi birisinin tutulmaması, defter kayıtlarının ve bunlarla ilgili vesikaların doğru bir vergi incelemesi yapılmasına olanak vermeyecek derecede noksan, usulsüz veya karışık olması, Kanunun 245. maddesi hükmüne göre muhtar ve ihtiyar heyetlerince yapılan davete çiftçilerin icabet etmemesi, Kanunun 215 ila 219. maddelerindeki belirtilen kayıt düzenine ait hükümlere uyulmaması, işe başlamanın zamanında bildirilmemesi, tasdiki zorunlu olan defterlerden herhangi birisinin tasdik işleminin yaptırılmamış olması, diğer ücretler üzerinden salınan Gelir Vergisinde tarh zamanı geçtiği halde verginin tarh ettirilmemesi, veraset ve intikal vergisi beyannamesinin süresinin sonundan başlayarak Kanunun 342. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen süre içinde verilmiş olması şeklinde sayılmıştır.

VUK'un 352. maddesinde, II. derece usulsüzlük oluşturan fiiller de sayılmıştır. Buna göre, veraset ve intikal vergisi beyannamesinin süresinin sonundan başlayarak Kanunun 342. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen süre içinde verilmiş olması, işe başlamayı bildirme hariç vergi kanunlarında yazılı bildirimlerin zamanında yapılmamış olması, vergi karnesinin süresinin sonundan başlayarak 15 gün geçtiği halde alınmamış olması, tasdiki zorunlu olan defterlerden herhangi

[767] Krş. Başaran, F.Y. İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları in Danıştay Başkanlığı 138. Yıl Sempozyumu, Danıştay Matbaası, Ankara, 2008, s. 175.

birisinin tasdik işleminin süresinin sonundan başlayarak bir ay içinde yaptırılmış olması, vergi beyannameleri, bildirimler, evrak ve vesikaların kanunen belli şekil ve içeriği ve ekleri ile bunlarla ilgili olarak yapılan diğer düzenlemelere ilişkin hükümlere uyulmamış olması, hesap veya işlemlerin doğruluk veya açıklığını bozmamak koşuluyla bazı evrak ve vesikaların bulunmaması veya ibraz edilmemesi II. Derece usulsüzlük fiillerini oluşturur.

Bundan da öte, 213 sayılı VUK'da özel usulsüzlük cezasını gerektiren ihlaller de belirlenmiştir. Daha somut bir deyişle, VUK'da üç grup fiil özel usulsüzlük olarak saptanmıştır. Birinci grubu, Kanunun 353. maddesinde düzenlenen fatura ve benzeri evrak verilmemesi ve alınmaması ile diğer şekil ve usul hükümlerine uyulmaması, ikinci grubu ise Kanunun 355. maddesinde düzenlenen damga vergisindeki özel usulsüzlükler oluşturur. Üçüncü grup usulsüzlükler ise Kanunun mükerrer 355. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre bilgi vermekten çekinenler ile Kanunun 256, 257 ve mükerrer 257. madde hükmüne uymamak özel bir usulsüzlük suçu olarak saptanmıştır. Özel usulsüzlük suçlarını grup şeklinde düzenleyen söz konusu maddelerde özel usulsüzlüklerin cezaları da her bir grup için farklı olmak üzere ayrı ayrı gösterilmiştir.

VUK'un, hem genel hem özel usulsüzlük suçlarını düzenleyen maddelerinde suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin VUK'un II. derece usulsüzlüklerle ilgili 352. maddesinin 2. fıkrasının 7. bendinde; vergi beyannameleri, bildirimler, evrak ve vesikaların kanunen belli şekil ve içeriği ve ekleri ile bunlarla ilgili olarak yapılan diğer düzenlemelere ilişkin hükümlere uyulmamış olması, 8. bendinde ise hesap veya işlemlerin doğruluk veya açıklığını bozmamak koşuluyla bazı evrak ve vesikaların bulunmaması veya ibraz edilmemesinin II. derece usulsüzlük olarak saptanması suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Zira 7. bentte "diğer düzenlemeler" ibaresiyle kanun dışında örneğin bir genelge ile konulan yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi durumunda bu suç oluşacaktır ki bu durum kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine, 8. bendinde ise "bazı evrak ve vesikaların bulunmaması veya ibraz edilmemesi" şeklinde bir ibareye yer verilerek kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı davranılmıştır.

VUK'un özel usulsüzlük suç ve cezalarını düzenleyen maddelerinde de kanunilik ilkesine aykırı düzenlemeler bulunmaktadır. Gerçekten de, örneğin özel usulsüzlük suç ve cezasının düzenlendiği VUK'un 355. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde; "Maliye Bakanlığınca düzenlenme zorunluluğu getirilen belgelerin; düzenlenmediğinin, kullanılmadığının, bulundurulmadığının", 4. bendinde; "Maliye Bakanlığınca tutulma ve günü gününe kayıt edilme mecburiyeti getirilen defterlerin; işyerinde bulundurulmaması, bu defterlere yazılması gereken işlemlerin günü gününe deftere kayıt edilmemesi veya yoklama ve incelemeye yetkili olanlara istendiğinde ibraz edilmemeleri ile vergi kanunlarının uygulanması bakımından levha bulundurma veya asma zorunluluğu bulunan mükelleflerin bu zorunluluğa uymamaları",[768] 6. bendinde; "Bu kanuna göre belirlenen muhasebe standartlarına, tek düzen hesap planına ve mali tablolara ilişkin usul ve esaslar ile muhasebeye yönelik bilgisayar programlarının üretilmesine ve kullanılmasına ilişkin kural ve standartlara uymayanlara",[769] 7. bendinde; "Bu Kanunun 8'inci maddesinin son fıkrası uyarınca getirilen mecburiyete uymaksızın işlem yapanlara",[770] 9. bendinde; "4359 sayılı Kanun uyarınca işlemlerinde vergi kimlik numarası kullanma zorunluluğu getirilen kurum ve kuruluşlardan yaptıkları işlemlere ilişkin bildirimleri Maliye Bakanlığının belirleyeceği standartlarda, araçlarla (yazı, manyetik ortam, disket, mikro film, mikro fiş gibi) ve zamanlarda yerine getirmeyenler" ibarelerine yer verilerek düzenleme konusunda yetkili organ Maliye Bakanlığı olarak saptanmış, böylelikle kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı davranılmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere, özel usulsüzlük suç ve cezasını düzenleyen bir diğer madde, VUK'un mükerrer 355. maddesidir. Bu maddede de suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı düzenlemeler bulunmaktadır. Gerçekten de, bu maddede VUK'un 86, 148, 149, 150, 256 ve 257. maddelerinde yer alan zorunluluklar ile mükerrer 257. maddesinde öngörülen zorunluluğa uymayanlara özel usulsüzlük

[768] VUK'un mükerrer 257. maddesinin 1. fıkrasının 5. bendinde, Maliye Bakanlığının, vergi kanunlarının uygulanmasıyla ilgili olarak levha kullandırma ve asma zorunluluğu getirmeye ve kaldırmaya yetkili kılınmıştır.

[769] Bu bentte her ne kadar "Bu kanuna göre belirlenen" ibaresine yer verilmişse de VUK'un 175. maddesinin son fıkrasında ve mükerrer 257. maddesinde, 6. bentte bahsedilen konularda tek yetki Maliye Bakanlığına verilmiştir.

[770] VUK'un 8. maddesinin son fıkrasında; Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunan her gerçek kişi ile tüzel kişiye bir vergi numarası verileceği, bu hükmün uygulanmasına ilişkin usul ve esasları tespit etmeye ve vergi numarasının kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerce yapılacak işlemlerle ilgili kayıtlarda ve düzenlenecek belgelerde kullanılması mecburiyetini getirmeye Maliye Bakanlığının yetkili olduğu ifade edilmiştir.

cezaları öngörülmektedir. Bu şekildeki bir düzenleme iki açıdan kanunilik ilkesini ihlal etmektedir. Bunlardan ilki, çeşitli defalar belirtildiği üzere yollama yapılması suretiyle suçun saptanmasıdır ki bu durum kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı düşmekte, diğer yandan, yukarıda belirtilen VUK'un mükerrer 257. maddesinde Maliye Bakanlığına önemli düzenleme yetkileri tanındığından söz konusu ilkenin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırılık bulunmaktadır.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, VUK'un mükerrer 355. maddesinin, Anayasanın suç ve cezada kanunilik ilkesinin düzenleyen 38. maddesine aykırı olduğu savını reddetmektedir. Mahkeme, 13.1.2011 tarih ve E. 2009/21, K. 2011/16 sayılı kararında; 213 sayılı Kanunun mükerrer 355. maddesinin 1. fıkrasında, bu kanunun mükerrer 257. maddesi uyarınca getirilen zorunluluklara uyulmaması durumunda kesilecek olan özel usulsüzlük cezalarına yer verildiğini, kuralda cezaların belirlendiğini, cezaya tabi tutulan eylemlerin ise mükerrer 257. maddeye göre getirilen zorunluluklara uymama olarak gösterildiğini, mükerrer 257. maddede Maliye Bakanlığının hangi konularda düzenleme yapacağının belirlendiğini, Maliye Bakanlığına yetkinin kanunla verildiğini, bu yetkiye dayanılarak genel nitelikte olan tebliğlerle yapılan düzenlemelerin Resmi Gazetede yayımlanarak mükelleflere hangi zorunlulukların getirildiğinin duyurulduğunu ve güvence sağlandığını, suç sayılan eylem ve cezasının kanunda gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda önlemler alınması amacıyla yürütme organına yetki vermesinin, suçun idari düzenlemelerle konulması anlamına gelmeyeceği ifade edilerek Anayasanın 38. maddesine aykırılık savı reddedilmiştir.[771]

[771] Bkz. 2.4.2011 tarih ve 27893 sayılı R.G. Bu karar da oyçokluğu ile alınmıştır. Bu karara karşıoy gerekçesi yazan F. KANTARCIOĞLU ve F. OTO, Anayasanın 38. maddesinde belirtilen suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin, suç oluşturan eylemlerin ve bunların cezalarının kuşku ve duraksamaya yol açmayacak biçimde, açık, net ve anlaşılabilir biçimde yasa ile düzenlenmesini gerektirdiğini, kamu organlarının keyfi uygulamalarına karşı, kişi güvenliğinin sağlanmasındaki üstün hukuki yararın da böyle bir düzenlemeyi zorunlu kıldığını, söz konusu mükerrer 257. madde uyarınca, mükelleflerin uyması gereken zorunlulukları belirleyecek olan Maliye Bakanlığının, bunlara ilişkin kuralları ne zaman getireceği, değiştireceği veya kaldıracağı belli olmadığından suç oluşturan eylemin yasaya bakarak saptanmasının olanaklı olmadığını, İdare tarafından suçun, tebliğ gibi düzenleyici tasarruflarla belirlenmesinin ise kanunilik ilkesinin içerdiği temel güvenceleri sağlamayacağını ifade etmişlerdir. Bu karara karşı bir başka karşıoy gerekçesi yazan M. ERTEN, 213 sayılı Kanunun mükerrer 355. maddesinin 1. fıkrasının yollama yaptığı mükerrer 257. maddede uyulması gereken zorunlulukların gösterilmediğini, bu konuları düzenleme yetkisinin Maliye Bakanlığına bırakıldığını, böylelikle, Maliye Bakanlığınca belirlenecek zorunlu hallere uymamanın suç teşkil edeceği ve Anayasa uyarınca kanunla konulması gereken ve suç sayılan fiiller ile aynı sonuçları doğuracağını, bu durumun ise Anayasanın 38. maddesinde belirtilen "suçta kanunilik" ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Nihayet, söz konusu karara bir başka karşıoy gerekçesi yazan Z.A. PEKTAŞ ise 213

VUK'un öngördüğü genel usulsüzlük cezaları ile özel usulsüzlük cezaları bakımından da kanunilik ilkesine aykırı davranılmıştır. Gerçekten de, VUK'un mükerrer 414. maddesinin son fıkrasında; bu kanunda yer alan maktu hadler ile asgari ve azami miktarları belirtilmiş olan para ile ödenecek ceza miktarlarının her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak belirlenen yeniden değerleme oranında artırılmak suretiyle uygulanacağı, Bakanlar Kurulunun bu suretle saptanan had ve miktarları yarısına kadar artırmaya veya indirmeye, nispi hadleri ise iki katına kadar artırmaya veya yarısına kadar indirmeye veya tekrar kanuni seviyesine getirmeye yetkili olduğu ifade edilmiştir. VUK'un mükerrer 298. maddesinin (B) bendinde; yeniden değerleme oranının, yeniden değerleme yapılacak yılın Ekim ayında (Ekim ayı dâhil) bir önceki yılın aynı dönemine göre Türkiye İstatistik Kurumunun Toptan Eşya Fiyatları Genel Endeksinde meydana gelen ortalama fiyat artış oranı olduğu, bu oranın Maliye Bakanlığınca Resmi Gazete ile ilan edileceği belirtilmiştir.[772] Bu hükümler gereği usulsüzlük cezalarının miktarı da yeniden değerleme oranında

---

sayılı Kanunun mükerrer 355. maddesinin 1. fıkrasında cezaların belirlendiğini, cezaya tabi tutulan eylemin "mükerrer 257. maddeye göre getirilen zorunluluklara uymama" olarak gösterildiğini, mükerrer 257. maddede öngörülen "zorunluluklar"ın ise Maliye Bakanlığı tarafından yapılan düzenlemelerle belirleneceğinin anlaşıldığını, böylelikle, öngörülen cezaların hangi suç ya da eyleme bağlı olarak uygulanacağının kanun ile belirgin olarak düzenlenmediği, bir başka deyişle, Maliye Bakanlığınca getirilen zorunluluklar kapsamında belirlenmesine bırakıldığının açık olup, bu haliyle VUK'un mükerrer 355. maddenin 1. fıkrasında yer alan "mükerrer 257 nci madde uyarınca getirtilen…" ibaresi ile "zorunluluklar ile" sözcüklerinin Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ve 38. maddede düzenlenen suç ve cezaların yasallığı ilkesine aykırı olduğunu savunmuştur. Görüldüğü üzere karşıoy yazan üyelerin ulaşmış olduğu sonuç uygun olmasına karşın gerekçeleri tam olarak doğru değildir. Gerekçelerinin tam olarak doğru olabilmeleri için suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinden bahsetmeleri gerekirdi. Bu olayda, VUK'un mükerrer 355. maddesinin 1. fıkrasının kendisine yollama yaptığı mükerrer 257. maddesinde düzenleme yetkisi bütünüyle Maliye Bakanlığına bırakıldığına ve Bakanlığın yapacağı düzenlemenin asgari bir çerçeve sınırı bile çizilmeyip salt düzenleme yapılacak konular ismen belirtildiğine göre söz konusu usulsüzlük suçunu koymak bakımından tek yetkili Maliye Bakanlığı olmakta, bu durum ise "kanunilik" ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Kanunilik ilkesinin ihlal edilmemesi için söz konusu ilkenin yukarıda bahsedilen üç alt ilkesinin eşanlı olarak bulunması gerektiğinden ve bu alt ilkelerin birisinin bile bulunmaması kanunilik ilkesinin bütünüyle ihlal edilmesi anlamını taşıdığından, Anayasa Mahkemesinin bu davada, VUK'un mükerrer 355. maddesinin 1. fıkrasında yapılan düzenlemenin kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasanın 38. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen "suçta kanunilik" ilkesine aykırılık nedeniyle iptal kararı vermesi gerekirdi. Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin bu kararında çoğunluk görüşünde ifade edilen ve genel tebliğlerle yapılan düzenlemelerin Resmi Gazetede yayımlanmasının mükelleflere güvence sağladığı ve yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda yürütme organına yetki vermesinin suçun idari düzenlemelerle ortaya konulması anlamına gelmeyeceği savı da isabetsizdir. Zira suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine uygun davranabilmek için suçun asli veya kurucu unsurlarının yalnızca kanunla yapılması, bu konuda İdareye düzenleme yapma yetkisinin tanınmaması gerekir.

[772] Bu hüküm uyarınca, Maliye Bakanlığının 401 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile yeniden değerleme oranı örneğin 2010 yılı için %7,7 olarak tespit edilmiştir. Bkz. 12.11.2010 tarih ve 27757 sayılı R.G.

artırılacaktır. Burada usulsüzlük cezalarının miktarının "yeniden değerleme" oranında artırılması, kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı olduğu gibi VUK'un mükerrer 414. maddesinde belirtilen Bakanlar Kuruluna, yeniden değerleme oranında artırılmak suretiyle uygulanan maktu hadler ile değişik miktarlı para cezalarının alt ve üst sınırlarını "artırma veya indirme" yetkisinin tanınmış olması da kanunilik ilkesine, daha açık bir deyişle, kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırılık oluşturur. Aslında Bakanlar Kuruluna böyle bir yetkinin tanınması, suç ve cezada kanunilik ilkesi bir yana, doğrudan Anayasanın 73. maddesinin 4. fıkrasına aykırıdır. Zira Anayasanın 73. maddesinin 4. fıkrasında; yalnızca vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilebileceği ifade edilmekte, vergi cezaları bakımından Bakanlar Kuruluna böyle bir yetki tanınmamaktadır.[773]

VUK'da idari vergi suçları bakımından suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı düzenlemeler bulunduğu gibi Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın içtihatlarında da söz konusu ilkenin gereklerine yeterince özen gösterilmediğini

[773] Ancak Anayasa Mahkemesi aksi görüşü savunmaktadır. Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin 19.3.1987 tarih ve E.1986/5, K. 1987/7 sayılı kararında; 213 sayılı VUK'a eklenen mükerrer 414. maddenin (b) bendinde ifade edilen; bu kanunda yer alan maktu hadler ile asgari ve azami miktarları belirtilmiş para ile ödenecek ceza miktarlarını on katına, nispi hadleri ise iki katına kadar ayrı ayrı artırmaya ve bunları kanuni seviyesine indirmeye Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu hükmünün Anayasanın 73. maddenin 4. fıkrasına aykırı olduğu savı kabul edilmeyerek, Anayasanın 73. maddesinin 4. fıkrasında vergi cezalarına açıkça yer vermese de Anayasanın; kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde kalmak şartıyla; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisna ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde değişiklik yapmak gibi geniş ve önemli bir yetkiyi Bakanlar Kurulu'na vermiş olduğunun tartışma götürmeyeceği, mükerrer 414. madde ile getirilen düzenlemenin Anayasanın söz konusu fıkrasında Bakanlar Kuruluna tanınan yetki içerisinde kaldığının açık olduğunu ifade etmiştir. Zira mahkemeye göre Bakanlar Kuruluna verilen yetki, "Vergi Usul Kanununda yer alan maktu hadler ile asgari ve azami miktarları belirtilmiş para ile ödenecek ceza miktarlarını on katına, nispi hadleri ise iki katına kadar ayrı ayrı artırmak ve bunları kanuni seviyesine indirmek" yetkisidir. Mahkeme, bu yetkinin, her şeyden önce VUK'da belirlenen suçları işleyen mükelleflere ceza mahkemeleri veya vergi daireleri tarafından verilecek cezalara dayalı bir yetki olduğunu, Anayasanın 38. maddesinde öngörülen suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılığın olmadığını belirtmektedir. Mahkeme, Bakanlar Kurulunun bu yetkisini genel bir düzenleme şeklinde kullanacağını, mükellefler arasında ayrıma gitmeyeceğini, ayrıca para cezalarının zaman içerisinde enflasyon nedeniyle önemini ve ceza niteliğini kaybettiğinin bilindiğini, bu düzenleme ile para cezalarının caydırıcı niteliğini korunmasının da sağlanmış olduğunu, bunda da önemli bir kamu yararının bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. 12.11.1987 tarih ve 19632 sayılı R. G. Görüldüğü üzere mahkeme burada "yerindelik" (opportunité) denetimi yoluyla anayasal denetim yapmaktadır. Hâlbuki burada açıkça cezada kanunilik ilkesine aykırı bir durum bulunmaktadır. Zira yukarıda ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulduğu üzere vergi para cezası miktarının Bakanlar Kurulu kararıyla saptanması, suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine açıkça aykırıdır.

belirtmek gerekir. Daha açık bir deyişle gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Danıştay idari vergi suçları bakımından suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanmasının gerekli olmadığı görüşünü örtük olarak savunmaktadır.[774] Gerçi Anayasa Mahkemesi kimi kararlarında, Danıştay ise bütün

[774] Bundan başka Anayasa Mahkemesinin her ne kadar idari vergi suç ve cezaları bakımından "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesi bakımından doğrudan bir kararı bulunmasa da vergide kanunilik ilkesine aykırı olarak geriye yürümeyi tasvip eden kararlarının bulunduğunu belirtmek gerekir. Konu hakkında mahkemenin simge niteliğindeki kararını, 6.7.1995 tarih ve E. 1995/6, K. 1995/29 sayılı karar oluşturmaktadır. Bu karara konu olan 4.5.1994 tarih ve 3986 sayılı Ekonomik Denge İçin Yeni Vergiler İhdası ile Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 1993 yılında elde edilen gelir ve kurumlar vergisine tabi kazançlar için %10 ek vergi yükü getirilmiştir. 3986 sayılı Kanunun bu hükmünün iptali için Gaziantep Vergi Mahkemesince somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuş, mahkeme ise yukarıda belirtilen kararıyla bu başvuruyu reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi bu olayda Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin "kanun hükümlerinin geçmişe yürütülemeyeceği" unsuru bakımından bir aykırılık görmeyerek, hukuk devleti ilkesinin, kazanılmış haklara saygı duyulmasını da içerdiğini, ancak kazanılmış bir haktan bahsedilebilmesi için bu hakkın yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla eylemli biçimde elde edilmiş olmasının aranacağını, vergide adaletin de bu anlamda kazanılmış haklara dokunulmamasını gerektirdiğini, vergi hukukunda geriye yürümenin söz konusu olup olmadığının saptanabilmesi için vergiyi doğuran olayın tanımının yapılmasının gerekli olduğunu, VUK'un 19. maddesine göre, vergi alacağının, vergi yasalarının vergiyi bağladıkları olayın meydan gelmesi veya hukuksal durumun oluşması ile doğacağını, vergiyi doğuran olayın meydan geldiği anda yürürlükte olan yasanın uygulanacağını, vergiyi doğuran olay tamamlandıktan sonra, bu olaya ilişkin vergi yükünün arttırılması geriye yürüme olarak nitelendirilebileceğini, 3986 sayılı Yasa'nın 2. maddesine göre ekonomik denge vergisinin, 1993 yılı kazançlarına ilişkin olarak 1994 takvim yılında verilmesi gereken beyannamelerde yer alan matrahlar üzerinden alınacağını, maddede geçen ücret gelirlerinin 1993 yılında elde edilen ücretler olduğunu, götürü usule tabi gelir vergisi yükümlüleri yönünden ise 1994 yılına ilişkin götürü matrahlar ekonomik denge vergisinin de matrahı sayıldığını, ancak ekonomik denge vergisinin ekonomik koşulların gerektirdiği finansman ihtiyacını karşılamak için Devletin egemenlik gücüne dayanarak koyduğu yeni bir vergi olduğunu, bu anlamda gelir ve kurumlar vergisine ek olmayıp başlı başına bir vergi niteliğini taşıdığını, bir yıl önceki kazançlara ilişkin matrahlar üzerinden alınmasının, geriye dönük vergi koyma anlamına gelmeyeceğini, bu vergide vergiyi doğuran olayın, beyannamenin verilmesi, 1994 yılına ilişkin götürü matrahın belirlenmesi, ücretlerde belirli miktara ulaşılması olduğunu, böyle olunca, geriye yürümeden söz edilemeyeceğini (Anayasa Mahkemesi bu kararında vergi kanunlarının aleyhe geriye yürüme yasağına tabi olmadığı sonucunu örtük bir şekilde benimsemiştir. Mahkemenin nasıl bir hata yaptığını anlayabilmek için konu hakkında kısa bir bilgi vermek uygun olacaktır. Vergi kanunlarının geçmişe yürümezliği ilkesi bağlamında "gerçek geçmişe yürüme" (echte Rückwirkung) ile "gerçek olmayan geçmişe yürüme" (unechte Rückwirkung) arasında açık bir ayrım yapılır. Gerçek geçmişe yürüme, bir vergi kanunun, önceki kanun döneminde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş hukuki durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Buna karşın gerçek olmayan geçmişe yürüme, bir kanunun önceki kanun yürürlükte iken başlamakla birlikte henüz sonuçlanmamış hukuki durum, ilişki ve olaylara uygulanması anlamını taşır. Bu bağlamda kural olarak gerçek geçmişe yürüme hukuka aykırı, ancak gerçek olmayan geriye yürüme hukuka uygun olarak kabul edilir. Bkz. Karakoç, Y. Türk Hukuku'nda Vergi Kanunlarının Anayasa'ya Uygunluğunun Denetimi in Anayasa Yargısı 13, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No.: 32, Ankara 1996, s. 314. VUK'un 19. maddesinin 1. fıkrasına göre vergi alacağı, vergi kanunlarının vergi bağladıkları olayın gerçekleşmesi veya hukuki durumun tamamlanması ile doğar. Bu hüküm dolayısıyla Türk hukukunda vergi borcunun doğuş zamanı bakımından verginin tarh ve tahakkuku değil, "vergiyi doğuran olay" ölçüt olarak kabul edilmiştir. Çağan, N. Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1982, s. 185-186. Bu örnekte "gerçek geriye yürüme" olgusu bulunmaktadır. Gerçekten de 3986 sayılı Kanun ile öngörülen "ekonomik denge vergisi", 1993 yılında elde edilen gelir ve kurumlar vergisine tâbi olan kazançlar üzerine %10 ek vergi yükü getirmiştir. Yine bu kanunun ikinci bölümünde yer alan ve seçenekli bir servet ve muamele vergisi niteliğinde

kararlarında idari vergi cezaları bakımından söz konusu alt ilkenin uygulanmasının gerekli olduğunu ileri sürse de çeşitli defalar belirtildiği üzere "suç" ve "ceza" arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisinin bulunması nedeniyle söz konusu savın bir anlamı bulunmamaktadır. Şimdi sırasıyla Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın vermiş olduğu kararlardan bazı örnekler verilmesi uygun olacaktır.

-Anayasa Mahkemesinin 25.5.1993 tarih ve E.1993/20, K. 1993/3 sayılı kararında; idari vergi suç ve cezaları bakımından Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen "kanunilik" ilkesinin, daha açık bir deyişle, "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin geçerli olmadığı sonucuna örtük bir şekilde ulaşılmıştır. Mahkemenin bu kararı vermesine yol açan olayda, Maliye Bakanlığınca yayımlanan 164 sıra numaralı Gelir Vergisi Genel Tebliği'nin 4 numaralı bendi ile yapılan düzenlemenin iptali için Ankara Ticaret Borsasınca Danıştay'a dava açılmış, açılan bu davada davacı, söz konusu düzenlemeye olanak veren 3418 sayılı Kanunun 30. maddesi ile VUK'un 11. maddesine eklenen fıkranın Anayasaya aykırılığını ileri sürmüş, davaya bakan Danıştay Dördüncü Dairesi de VUK'un söz konusu fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu savını benimseyerek iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. VUK'un 11. maddesine eklenen fıkrada şu hükme yer verilmiştir: "Maliye ve Gümrük Bakanlığı zirai ürünlerin (işlenmiş olanlar dâhil) alım ve satımına aracılık eden kuruluşlar ile Ticaret Borsalarını bu mahsullerin satın alınması sırasında yapılacak vergi tevkifatından müteselsilen sorumlu tutmaya, söz konusu ürünlerin satışı dolayısıyla yapılacak vergi tevkifatının hangi safhada yapılacağını her bir ürün için ayrı ayrı belirlemeye yetkilidir. Maliye ve Gümrük Bakanlığı tarafından belirlenen safhadan önceki safhalarda tevkif yoluyla alınan vergiler iade edilmez ve süresinde ilgili vergi dairesine yatırılır".

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, VUK'a eklenen fıkranın Anayasanın 6. 7. ve 8. maddeleri ile 38. maddesine aykırı olmadığına oybirliğiyle, 73 ve 124. maddelerine aykırı olmadığına ise oyçokluğuyla karar vermiştir. Mahkeme, VUK'un 11. maddesine eklenen fıkranın Anayasanın 38. maddesine aykırı olmadığına karar verirken, vergi hukukunda, vergi suç ve cezalarının; mali ve idari

---

olan "net aktif vergisi" de 1993 yılındaki gayrisafi hasılatı, bir diğer deyişle, "ciro"yu vergilendirerek Kanunun vergi yükü getiren hükümlerini gerçek anlamda geriye yürütmüştür. Bkz. Karakoç, s. 314. Bu olgulara rağmen Anayasa Mahkemesinin söz konusu kanunun ilgili hükmü hakkında iptal kararı vermemesi anlaşılabilir bir husus değildir.) ifade etmiştir. Bkz. 10.2.1996 tarih ve 22550 sayılı R.G.

suç ve cezalar ile ceza hukuku alanındaki suç ve cezalar olarak iki kategoriye ayrıldığını, mali ve idari nitelikteki suç ve cezalarda eylem ve yaptırımın, idari yöntemlerle sağlandığını, vergi idaresince suç olarak saptanan fiiller için yargı kararına gerek olmadan, vergi idarelerince ceza verildiğini, bu tür suçların yaptırımının mali ve idari olduğunu, Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasındaki "idare kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz." kuralından da idari ve mali nitelikteki vergi suç ve cezaları ile maddi ceza hukuku anlamındaki vergi suç ve cezalarının birbirinden farklı kurumlar olarak öngörüldüğünün anlaşıldığı şeklinde bir gerekçe ileri sürmüştür. Mahkeme bu kararında ayrıca, müteselsil sorumluluğun ceza hukuku anlamında bir suç olmadığını, bu sorumluluğun, çeşitli vergi kanunlarında düzenlenen sorumluluk kurumunun bir türü olduğunu, vergi yasalarında bu konuda özel bir kural bulunmazsa müteselsil sorumluluğun tanımlanmasında ve uygulanmasında, borçlar hukuku kurallarının göz önünde tutulacağını,[775] dolayısıyla söz konusu fıkranın Anayasa'nın 38. maddesiyle bir ilgisinin olmadığı[776] ifade edilmiştir.[777]

---

[775] Müteselsil sorumluğun saptanmasında vergi yasalarında özel bir kural olmazsa özel hukuk ve bu bağlamda borçlar hukuku kurallarının uygulanacağının ifade edilmesi düşüncesi, "vergi hukukunun özerkliği" kavramına ters düşmektedir. Gerçekten de vergi hukuku özerk olup ancak diğer hukuk dallarının kurallarına yollama yapması halinde yollama yapılan hukuk kolunun kavram ve kuralları vergi hukukunda geçerli olabilecektir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. Yeni Ticaret Kanununun Vergi Hukukuna Etkileri, XII Levha, İstanbul 2011, s. 11-12. Bu yüzden Anayasa Mahkemesinin konu hakkındaki düşüncesi doğru değildir.

[776] Yukarıda kanununun tekelciliği alt ilkesi hakkında yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere müteselsil sorumluluğun Anayasanın 38. maddesiyle ilgisi olmadığı savı doğru değildir. Kanımızca, kanunun tekelciliği alt ilkesi, bütün ceza hukuku yönünden geçerli ve gerekli olan bir ilkedir. Daha açık bir deyişle, söz konusu alt ilke, yalnızca özel suç ve ceza normlarının öngörülmesinde değil, cezalandırılabilen davranışların belirlenmesi, sorumluluk, nedensellik, hukuki konu, ihlal, suça iştirak, içtima gibi suç kuramına dâhil diğer alanlarda da geçerli olan bir ilkeyi oluşturur. Krş. Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 53-54. Bu itibarla yalnızca kanunla düzenlemesi gereken "müteselsil sorumluluğun", Maliye Bakanlığının çıkartacağı Gelir Vergisi Genel Tebliğine bırakılması kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine aykırılık oluşturduğu ortadadır. Anayasa Mahkemesinin idari vergi suçları bakımından kanunun tekelciliği alt ilkesinin aranmayacağını örtülü olarak ifade eden 1991 yılında vermiş olduğu başka bir kararda daha da vahim hatalara yer verilmiştir. Daha açık bir deyişle, 213 sayılı VUK'un mükerrer 257. maddesinin 3239 sayılı Kanunla değişik 1. fıkrasında, "Maliye ve Gümrük Bakanlığı, mükellef ve meslek grupları itibariyle muhasebe usul ve esaslarını tespit etmeye, bu Kanuna göre tutulacak defter ve düzenlenecek belgelerin tutulması ve düzenlenmesi mecburiyetini kaldırmaya, vergi kayıp ve kaçağını önlemek amacıyla tutulmakta olan defter ve belgelere ilaveten tutulması veya düzenlenmesini uygun gördüğü defter ve belgelerin mahiyet, şekil ve ihtiva edeceği hususları belirlemeye, bunlarda değişiklik yapmaya, bunlar için tasdik, muhafaza ve ibraz mecburiyeti koymaya ve kaldırmaya, bedeli mukabilinde basıp dağıtmaya veya üçüncü şahıslara bastırıp dağıttırmaya, bunların kayıtlarını tutturmaya ve makineli kasa kullandırmaya ve vergi ziyaının önlenmesi, vergi ödemeyi teşvik bakımından, vergi kanunlarının uygulanmasıyla ilgili olarak levha kullandırma ve asma mecburiyeti getirmeye ve kaldırmaya yetkilidir." hükmünü dayanak göstererek Maliye Bakanlığı 191 sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği çıkartmıştır. Bu tebliğ; özel muayenehane, özel poliklinik, özel hastane sahibi veya buralarda çalışan hekimlerce (diş hekimi dâhil)

-6.12.1984 tarih ve 3100 sayılı Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanun'un mükerrer 8. Maddesinin 2. paragrafında yer alan; Maliye Bakanlığınca belirlenip açıklanan usul ve esaslara uymayan, üretici veya ithalatçı kuruluşlar, bunların satış, bakım-onarım servislerinde görevli elemanları ile ödeme kaydedici cihazları kullanma mecburiyeti bulunan mükellefler hakkında; her bir tespit için ayrı ayrı olmak üzere, Vergi Usul Kanunu'na bağlı usulsüzlük cezalarına ait cetvelde yer alan birinci derece usulsüzlük cezalarının beş katı uygulanır hükmüne dayanarak Maliye Bakanlığı 27 seri numaralı tebliğ çıkarmış, aldıkları ödeme kaydedici cihazları alış faturasının düzenlendiği tarihten itibaren on beş gün içerisinde vergi dairesine kaydetme zorunluluğu getirmiştir. Tebliğ ile getirilen bu zorunluluğa uymayan mükellefe Ankara Kızılbey Vergi Dairesi Müdürlüğünce usulsüzlük cezası kesilmiştir. İlgili mükellef, söz

---

özel muayene ve tedaviler için düzenlenen reçeteleri, VUK uyarınca düzenlenmesi zorunlu belgeler kapsamına almış ve uyulacak usul ve esasları açıklamıştır. Bu hükümlere dayanılarak, özel muayenede çalışan bir hekime reçete düzenlemediği için usulsüzlük cezası verilmiş ve konunun idari yargıya taşınması üzerine Danıştay Üçüncü Dairesi uyuşmazlığı somut norm denetimi yoluyla VUK'un mükerrer 257. maddesinin 1. fıkrasının Anayasanın 6., 7., 8., ve 124. maddesi ile kanunilik ilkesinin düzenlendiği 38. ve vergide yasallığı düzenleyen 73. maddesine aykırı olduğu savıyla Anayasa Mahkemesine iletmiştir. Anayasa Mahkemesi, 15.10.1991 tarih ve E. 1990/29, K. 1991/37 sayılı kararında; bu savlara itibar etmemiştir. Mahkeme, konuyu Anayasanın 38. maddesi bağlamında irdelerken, vergi kayıp ve kaçağını önlemek amacıyla VUK'un mükerrer 257. maddesinin 1. fıkrasının, Maliye Bakanlığına yetki vermekle kanunsuz suç oluşturmaya olanak vermediğini, dolayısıyla Anayasanın 38. maddesine bir aykırılık bulunmadığını ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca, vergi idarelerince verilen para cezalarının teknik anlamda ceza niteliğinde olmadığı, idari birer yaptırım niteliğinde olduğu hususundaki düşünceler de gözetildiğinde belge düzenine ilişkin idari düzenlemelere aykırı davranışın suç değil, birer disiplin suçu, hatta bir tür mali kolluk önlemi olarak değerlendirilebileceğini, bu durumda kanunsuz suçtan söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. 5.2.1992 tarih ve 21133 sayılı R.G. Görüldüğü üzere, Mahkeme bu kararıyla ne idari cezanın ne de kanunilik ilkesinin doğasına uygun bir görüş ileri sürebilmiştir. Çeşitli defalar belirtildiği üzere idari suçun temel niteliklerinden birisini "yükümlülüğe aykırılık" oluşturur. Bu yükümlülüğün nereden kaynaklandığının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin bu görüşünün aksine idari düzenlemelere aykırı davranış da idari suçu oluşturur. Öte yandan, mahkemenin bu olayda idari düzenlemelere aykırı davranışı "disiplin suçu" olarak nitelendirmesi de son derece isabetsizdir. Çünkü disiplin suçunun oluşabilmesi için idare ile ilgili kişi arasında özel bir bağın bulunması gerekir. Hâlbuki bu olayda, idari düzenlemelere aykırı davranan vergi mükellefi ile vergi idaresi arasında özel bir ilişki bulunmamaktadır. Bu davaya konu olan olayda, mali kolluk önlemi de bulunmamaktadır. Çünkü kolluk önleminden söz edilebilmesi için "cezalandırıcı" bir amacın bulunmaması gerekir. Hâlbuki bu olayda yükümlülüğe aykırı bir davranıştan dolayısıyla cezalandırıcı bir amaç bulunduğundan idari, daha doğru bir deyişle, halka yönelik idari suçtan bahsetmek gerekir. Halka yönelik idari suç olarak kabul edilmesi gereken bir durumun disiplin suçu, hatta mali kolluk önlemi olarak kabul edilmesi vahim bir hatadır. Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin görüşünün aksine, burada disiplin suçu veya mali kolluk önleminin olduğunu kabul etsek kanunilik ilkesine uyulması gerekli bulunmaktadır. Zira aşağıda belirtileceği üzere disiplin suç ve cezalarında tam, idari tedbir veya önlemler bakımından esnek kanunilik ilkesi geçerli bulunmaktadır. Mahkemenin bu olayda kanunilik ilkesinin ihlal edilmediği şeklindeki savı da isabetli değildir. Zira burada suçun unsurlarını yasa değil, bir yürütme organı olan Maliye Bakanlığı saptamakta, bu durum ise kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine açık bir aykırılık oluşturmaktadır.

[777] Bkz. 28.11.1995 tarih ve 22477 sayılı R.G.

konusu cezanın kaldırılması için Ankara İkinci Vergi Mahkemesine dava açmış, mahkeme ise konuyu somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine iletmiştir. Anayasa Mahkemesi ise 29.1.1997 tarih ve E. 1996/11, K. 1997/4 sayılı kararıyla, 3100 sayılı Kanunun ilgili hükmünün Anayasaya aykırı olmadığını savlamıştır. Mahkeme bu görüşüne gerekçe olarak; Maliye Bakanlığınca belirtilen süre içerisinde, ödeme kaydedici cihazı vergi dairesine kaydettirmeyen davacı hakkında usulsüzlük cezası verilmesini öngören yasa kuralında, Anayasanın suçta kanunilik ilkesini öngören 38. maddesinin 1. fıkrası ile sekizinci fıkrasının ilk tümcesine aykırılık bulunmadığı, zira mükelleflerin ödeme kaydedici cihazları bulundurma ve vergi dairesine kaydettirme konusunda Kanun ile Bakanlığın yetkili kılındığı, bu gereğe uymayanlar hakkında da usulsüzlük cezasının öngörüldüğünü, Anayasanın 38. maddesinin 8. fıkrasında yer alan, İdarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir yaptırım uygulayamayacağı şeklindeki kuraldan açıkça anlaşılacağı üzere yasayla yetkili kılındığı sürece idare tarafından para cezasının verilebileceği, nitekim bu kural uyarınca birçok konuda re'sen idari para cezasının uygulandığı ifade edilmiştir.[778]

-Danıştay Vergi Dava Dairelerinin 24.9.1999 tarih ve E.1999/23, K. 1999/393 sayılı kararında, dayanağını genel tebliğde bulan, ödeme kaydedici cihazın mali hafızasının değiştirilmeden satılması nedeniyle kesilen 1. derece 5 kat usulsüzlük cezasında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.[779]

Yukarıda belirtildiği üzere Danıştay kararlarında genellikle idari vergi cezaları bakımından suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesinin uygulanacağı görüşü örtük[780] olarak savunulmaktadır. Şimdi bu kararlardan bazı örnekler verilmesi uygun olacaktır.

-Danıştay Vergi Dava Dairelerinin 22.1.2010 tarih ve E. 2009/436, K. 2010/16 sayılı kararına konu olan olayda, 12.4.2007 tarih ve 26491 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 48 sayılı Damga Vergisi Genel Tebliği ile 488 sayılı Damga

[778] Bkz. 30.6.2001 tarih ve 24448 sayılı R.G. Hâlbuki bu olayda açıkça Anayasanın 38. maddesinin 1. fıkrasına, daha açık bir deyişle, suçta kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine aykırılık bulunmaktadır. Zira 3100 sayılı Kanunun ilgili maddesiyle suçun unsurlarını saptama yetkisi Maliye Bakanlığına bırakılmış, böylelikle suçu yasa değil, idare belirlemiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararına karşıoy gerekçesi yazan Y. G. ÖZDEN ve A.N. SEZER'in görüşlerine bkz.

[779] DBB, Erişim Tarihi, 26.11.2009.

[780] Anayasa Mahkemesi gibi Danıştay da suç ve cezada kanunilik ilkesini, alt ilkeleri temelinde irdelememektedir.

Vergisi Kanununun 27. maddesi uyarınca vergi ve vergi cezalarının uygulanması bağlamında, ilgili noterlerce, kendilerine tasdik edilmesi veya suret çıkarılması için getirilen kâğıtlara ilişkin damga vergisi ve cezasının tam olarak ödenip ödenmediğinin araştırılması zorunluluğuna uyulmaması durumunda vergi yükümlülerinden bu kâğıtlara ait damga vergisi ile cezasının aranmasının yanı sıra, noterlerden de "kâğıdın mükelleflerinden alınması gereken ceza tutarı kadar bir cezanın" aranması gerektiği belirtilmiştir.

Davayı inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi, 27.1.2009 tarih ve E. 2007/2358, K. 2009/499 sayılı kararıyla 488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 27. maddesinde noterlerce yapılan, onaylama ve suret çıkarılması işlemlerinde damga vergisinin hiç alınmaması veya noksan alınması sebebiyle noterler adına yalnızca özel usulsüzlük cezası kesilebileceği, bu cezayı aşan miktardaki cezadan dolayı noterlerin sorumlu tutulamayacağı, bu gibi hallerde, söz konusu damga vergisi ve gerektirdiği cezanın 213 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde mükellefinden alınacağı, noter hakkında yalnızca 488 sayılı Kanunun öngördüğü cezanın uygulanabileceği, Anayasanın 2. maddesi ve 38. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemelerden dolayı idareye tanınan hiçbir yetkinin sınırsız olmadığı ve hukuk kurallarına uygun olarak kullanılması gerektiği, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceği, ceza niteliğindeki yaptırımların idari metinlerle konulması veya bu konuda düzenleme yapmak üzere Bakanlar Kuruluna yasayla yetki vermenin olanaklı olmadığı, Genelgenin söz konusu hükmünün, 488 sayılı Kanunun 27. maddesine ve Anayasanın bahsedilen kurallarına açık aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. Danıştay Yedinci Dairesinin bu görüşü Vergi Dava Dairelerinin bahsedilen kararıyla onaylanmıştır.[781]

- Danıştay Dördüncü Dairesinin 17.12.1996 tarih ve E.1996/2603, K.1996/5672 sayılı kararında; kanunda öngörülmeyen bir cezanın idari düzenlemeyle getirilmesinin "cezanın kanunla konulması" genel kuralının bir ihlali olduğu, bu bağlamda, tebliğle getirilen bir bildirim yükümlülüğüne uyulmaması durumunda bir idari vergi cezası öngörülmesinin cezanın kanuniliği ilkesine aykırı olduğu gibi kanunda öngörülmeyen bir cezanın idari düzenlemeyle konulması sonucunu

[781] Karar metni için bkz. DD, Yıl: 41, Sayı: 126, 2011, s. 84-86.

doğuracağı, bu durumun idari cezalar için de geçerli olan "cezanın kanunla konulması" genel kuralının ihlali anlamını taşıyacağı ifade edilmiştir.[782]

-Ayrıca, Danıştay Dördüncü Dairesinin 20.4.2000 tarih ve E. 1999/4358, K. 2000/1636 sayılı kararında; 173 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği uyarınca ambar tesellüm fişinde öngörülen bilgilere yer verilmemesi halinde, VUK'da bu konuda bir düzenleme bulunmadığı için özel usulsüzlük cezasının kesilemeyeceğine karar verilmiştir. Daha açık bir deyişle bu kararında Danıştay, VUK'da ambar tesellüm fişinin, düzenlenmesi zorunlu belgeler arasında yer almadığı, ambar tesellüm fişi düzenleme ve kullanma zorunluluğunun VUK'un mükerrer 257. maddesindeki yetkiye dayanılarak Maliye Bakanlığınca yapılan düzenlemeyle getirildiği, ambar tesellüm fişinin eksik düzenlenmesi veya hiç düzenlenmemesi durumunda ceza kesileceği hakkında kanunda herhangi bir düzenlemenin yapılmadığı ve idari düzenlemelerle özel usulsüzlük cezası tayininin hukuken mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.[783]

-Danıştay Üçüncü Dairesinin, 30.12.1999 tarih ve E. 1999/2073, K. 1999/4996 sayılı kararında ise tebliğle idari vergi cezası konulamayacağı belirtilmiştir. Daha açık bir deyişle bu kararda, 213 sayılı VUK'un 227. maddesinin hiç düzenlenmemiş saydığı belge için özel usulsüzlük cezası kesilemeyeceği, VUK'un 227. maddesinin 3. fıkrasında, kullanma mecburiyeti bulunan belgelerin, bu belgelerde yer alması zorunlu bilgileri taşımaması halinde, vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılacağı yolunda konulmuş olan hükmün, bu tür belgelerin mükelleflerce tevsik edici belge olarak kullanılamayacağı anlamını taşıyacağı, olayda da kullanılması mecburiyeti olan bir belge düzenlenmiş olmakla birlikte, taşıması zorunlu bilgilerin bir kısmını taşımadığının saptandığı, VUK'un 227. maddesinde bu tür bir belge için herhangi bir cezai yaptırım öngörülmediği gibi aynı kanunun 353. maddesinde de bir cezai yaptırımın öngörülmediği, ceza uygulanmasını öngören esasların kanunla belirlenmesinin zorunlu olduğu, bu nedenle tebliğ hükmü ile cezai yaptırım öngören düzenlemelerin getirilmesinin olanaklı bulunmadığı belirtilmiştir."[784]

---

[782] DBB, Erişim Tarihi, 26.11.2009.
[783] DBB, Erişim Tarihi, 26.11.2009. Bu görüş, Danıştay Dördüncü Dairesinin 31.12.2010 tarih ve E. 1999/4358, K. 2000/1636 sayılı kararında da tekrarlanmıştır. Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 26.11.2009.
[784] DBB, Erişim Tarihi, 26.11.2009.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen 6.1.2005 tarih ve E. 2001/3, K. 2005/4 sayılı kararı ile Danıştay'ın bu kararlarında idari vergi cezalarında kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesinin uygulanmasının örtük olarak aranmasının kanımızca fazla bir önemi yoktur.[785] Zira mahkemelerin idari vergi suçlarında kanunilik ilkesinin aranmayacağı şeklindeki kararlarıyla "suç" ile "ceza" arasında bulunan ayrılmaz bütünlük ilişkisi parçalanmıştır. Çeşitli defalar belirtildiği üzere "suç" ve "ceza" kavramları birbirinden ayrılmaz kavramlar olduğundan birisinde kanunilik ilkesinin benimsenmemesi diğerinde de benimsenmediği anlamını taşır. Bu bağlamda suçta kanunilik ilkesinin kabul edilmemesi, cezada da kanunilik ilkesinin kabul edilmediği anlamını taşıyacağından Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın idari vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesini gerçekte benimsemediğini savlamak hatalı olmayacaktır.

Vergi ve bu arada cezai vergi normlarında kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği Anayasal koruma altına alınmış[786] ve vergi idaresi, yükümlü ya da sorumlunun lehine oldukça az hata yaptığı, buna karşın aleyhlerine oldukça fazla hata yaptığı için vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin aranması mutlak bir zorunluluk oluşturmasına karşın[787] idari vergi suçlarından usulsüzlük suçlarında[788]

---

[785] Bunun gibi az sonra belirtilecek gerekçeyle Danıştay'ın yalnızca idari vergi cezalarında kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesini benimsemesinin de fazla bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin DİBK'nin 16.2.1989 tarih ve E. 1988/1, K. 1989/1 sayılı kararında; "ikmalen cezasız tarhiyat yapılır" hükmünün 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 111. maddesine 484 sayılı Kanunla eklendiği, 2361 sayılı Kanunla maddeden çıkartıldığı, vergi idarelerince, Vergi Usul Kanunu hükümlerine dayanılarak kesilen para cezalarının teknik anlamda ceza niteliğinde bulunduğu ve Anayasanın 38. maddesi, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini getirdiğinden, "cezada kanunilik ilkesi"nin esas olduğu, bunun da cezai yaptırımın yasama organı tarafından tereddüt yaratmayacak biçimde düzenlenmesi, suçu oluşturan fiili gerçekleştiren kişiye uygulanacak cezanın cinsi, miktarı, alt ve üst sınırlarının belirlenmesini zorunlu kıldığı, yargı yerlerinin genişletici yoruma ve kıyas yoluna başvurmamalarını gerektirdiğini, aksi halde kıyas yoluyla ceza yaratılmış olunacağını, söz konusu hükmün maddeden çıkarılmış olmasının, Vergi Usul Kanununa göre kusur suçu sayılmayan bir fiilin mahkemelerce yorum yoluyla suç kapsamına alınmasına ve mükelleflerin cezalandırılmasına hukuken geçerli neden olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. DBB, Erişim Tarihi, 26.11.2009. DİDDGK'nın 25.1.2007 tarih ve Yürütmenin Durdurulması İtiraz No: 2006/1460 sayılı kararında da benzer görüşler savunulmuştur. Nak. Karabulut, M. İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 119 ve dn. 22.

[786] Anayasanın 73. maddesinin 3. fıkrasına bkz.

[787] Krş., Vaillant, D. Réflexion sur l'action administrative et sa sanction, AJDA, 20 Octobre 2011 spécial,s. 7.

[788] İdari vergi suçlarından vergi ziyaı suçunun düzenlenmesinde daha önce suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı düzenleme yapılmış, ancak bu düzenleme Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmiştir. Daha somut bir deyişle, Anayasa Mahkemesinin 6.1.2005 tarih ve E. 2001/3, K. 2005/4 sayılı kararına konu olan olayda; Ordu İdare Mahkemesi, 4.1.1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 4369 sayılı Yasa ile değişik 344. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "... bu ceza ziyaa uğratılan verginin bir katına, bu verginin kendi kanununda belirtilen normal vade tarihinden cezaya

söz konusu ilkeyi ihlal edici düzenlemelere yer verilmesi ve Anayasa Mahkemesi ile Danıştay'ın idari vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesini gerçekte benimsememesi tasvip edilemez.[789]

10. Regülatif İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Dünyada 1980'li yıllardan itibaren artan bir hızla görülen liberalleşme ve 1990'lı yıllardan itibaren görülen küreselleşme akımlarının etkisiyle çağcıl ülkelerde regülatif idari kurum kurmak adeta bir moda halini almıştır. Anglosakson hukukuna tabi olan Amerika Birleşik Devletlerinde regülatif idari kurumların oldukça köklü bir

---

ilişkin ihbarnamenin düzenlendiği tarihte kadar geçen süre için, bu kanunun 112 nci maddesine göre ziyaa uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının hesaplanmasıyla bulunur" bölümünün, vergi ziyaına bağlı olarak verilen vergi ziyaı cezasının miktarının hesabında esas alınan gecikme faizi oranının 6183 sayılı Yasa'nın 51. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından belirlendiği, bu oranların vergilendirme ve tahsil dönmeleri itibariyle değişebildiği, ceza ve ceza yerine geçen tedbirlerin yasayla konulabileceği, vergi ziyaı suçunu işleyenler için öngörülen vergi ziyaı cezası miktarının yasama organı yerine yürütme organı olan Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen gecikme faiz oranı esas alınması nedenleriyle Anayasanın değişik maddelerine aykırılığı savıyla iptal isteminde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi de kuralda düzenlenen vergi ziyaı cezasının, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük karakteri taşımayan, ancak vergi ziyaı suçu işleyenlere öngörülen bir yaptırım olduğunu, bu yüzden cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan oranların yasayla belirlenmesi gerektiğini, ziyaa uğratılan verginin bir katına eklenecek olan cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan gecikme faizi oranının Bakanlar Kurulu tarafından ne zaman belirleneceğinin bilinmemesi ve bu durumun sonuçta öngörülecek ceza miktarında belirsizliğe yol açacak olması nedenleriyle Anayasa'nın 38. maddesinin 3. fıkrasındaki ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağını belirten hükmü ile 2. maddesindeki "hukuk devleti" ilkelerine aykırılık oluşturduğunu ifade ederek hükmü iptal etmiştir. Bkz. 20.10.2005 tarih ve 25972 sayılı R.G. Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararından sonra vergi ziyaı suçunun düzenlenmesinde suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık olmamasına karşın vergide kanunilik ve eşitlik ilkelerine aykırı düzenleme yapılmıştır. Bu konuda şöyle bir örnek verilebilir. Beyannamelerini zamanında vermemek suretiyle 2008 takvim yılına ait 100.000 TL'lik gelir vergilerinin zamanında tahakkuk etmemesine yol açan ve böylece aynı tarihte vergi ziyaı suçunu işleyen iki mükelleften birisine 31.3.2009'da, diğerine ise 31.3.2010'da 100.000 TL'lik vergi ziyaı cezası kesilmesi durumunda 2009 yılındaki 100.000 TL ile 2010 yılındaki 100.000 TL gerçek (reel) olarak aynı değere sahip olmadıklarından, her iki mükellefe fiilen farklı ceza uygulanmış olmakta, çeşitli nedenlerle vergi idaresince daha geç fark edilen mükellef daha az cezaya çarptırılmakta, böylece o kişi adeta ödüllendirilmektedir. Bu nedenle, söz konusu düzenleme eşitlik ilkesine aykırıdır. Ayrıca, para değerindeki erime dikkate alınmadığı için bu düzenleme vergide kanunilik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır. Kanunilik ve eşitlik ilkelerine uygun olarak para değerindeki erimeyi dikkate alan bir düzenlemenin yapılması kaçınılmaz gözükmektedir. Krş.. Başaran, F.Y. Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Vergisel Kabahat ve Yaptırımlar, s. 290-291.

[789] Bununla birlikte, N.B. Feyzioğlu farklı bir düşünce savunmaktadır. Yazar, idari vergi suçlarında kanunilik ilkesinin uygulanmasında önemli bir hususa dikkat edilmesi gerektiğini, daha açık bir deyişle, idari vergi suçları bakımından sorumluluk doğurucu olguların takdir edilmesi hususunda ne sadece "sıkı" (stricte) kanunilik ilkesinin istediği hukuki sertlik (la rigueur juridique) ne de verginin ifa etmesi istenilen iktisadi işlevlerin gerektirdiği takdir serbestîsinin vergi hukukuna hâkim olması gerektiğini, bu bağlamda, vergi hukukunun, bu iki zıt kutup arasında daima uygun bir denge oluşturmaya çalışmak suretiyle en isabetli bir yolu bulması ve sorumluluk doğuran olguları ona göre saptamasının zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Feyzioğlu, B.N. Mükellefiyet Doğurucu Vakıa, AÜSBFD, Cilt: VII, Sayı:1-4, Yıl:1952, s. 63. Feyzioğlu'nun bu görüşüne katılmıyoruz.

tarihi bulunmasına karşılık adli-idari yargı ayrılığı rejiminin kökenini oluşturan Fransa'da bu kurumların tarihi oldukça yenidir. Bağımsız İdari Otorite (BİO) olarak adlandırılan bu kurumlar Fransa'da özellikle 1980'li yıllardan itibaren kurulmaya başlamıştır.[790]

Türkiye'de BİO'lar ağırlıklı olarak 1990'lı yılların sonundan itibaren kurulmaya başlanmıştır. Günümüzde Türkiye'de sekiz adet BİO bulunmaktadır. Gerçekten de 10.12.2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun eki (III) sayılı cetvelde, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), Rekabet Kurumu (RK), Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK), Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK), Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK), Kamu İhale Kurumu (KİK) ve Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu (TAPDK) olmak üzere toplam 8 adet bağımsız idari otorite (BİO)[791] sayılmıştır.

Aralarında kesin çizgiler bulunmasa da "eğitim-öğretim" (didactique) açısından bağımsız idari otoriteler faaliyet konularına[792] göre temel hak ve özgürlükler alanında faaliyet gösterenler ile ekonomik alanlarda faaliyet gösterenler olmak üzere ikiye ayrılabilir.[793] Temel hak ve özgürlükler alanında faaliyet gösterenlere RTÜK örnek olarak gösterilebilirken, ekonomik alanda faaliyet gösterenlerin örnekleri olarak RK, BDDK, EPDK ve TAPDK sayılabilir.[794]

BİO'ların temel özelliklerinden birisini, işlevsel ve organik bağımsızlığa sahip bulunmaları, bu bağlamda, yürütmenin veya başka bir organın hiyerarşik denetimine tabi bulunmamaları oluşturur.[795] Daha açık bir deyişle, BİO'lar, bağımsız

---

[790] Regülatif idari kurumların Fransa'daki durumları ve yetkileri için bkz. Sauvé, s. 18.

[791] 5018 sayılı Kanunda bu organlar, düzenleyici ve denetleyici kurum olarak adlandırılsa da böyle bir adlandırmayı doğru bulmamaktayız. Gerçekten de, Ulusoy'un belirttiği üzere, terim olarak Türkçede tam bir karşılığı bulunmayan "regülâsyon" işlevi, belirli bir faaliyete ilişkin olarak oyunun kurallarının belirlenmesi "düzenleme", bu kurallara uyumun sağlanması "denetim" ve sektörü veya bir alanı düzgün bir rekabet ortamına ve çok düze (plüralist) bir yapıya doğru yöneltmesi "yönlendirme" olarak tanımlanabilir. Bkz. Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 21. Regülâsyon kavramının "yönlendirme" unsurunu bünyesinde taşımadığı için "düzenleyici ve denetleyici kurum" ibaresi eksiktir. Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, s. 2 dn. 1'de belirtildiği üzere bu organların özel ve özgün kimliğini vurgulamak üzere "bağımsız idari otorite" denilmesi daha isabetli olacaktır.

[792] BİO'ların işlevi ile görev ve amacı hakkında bilgi için bkz. Duran, L. Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 30, Sayı 1, Mart 1997, s. 4-5, Delmas ve Teitgen, s. 17.

[793] Krş., Delmas ve Teitgen, s. 16.

[794] Bkz. Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, s. 13, Duran, L. Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 30, Sayı 1, Mart 1997, s. 5.

[795] Delmas ve Teitgen, s. 17.

olarak teşkilatlandırıldıklarından ve özel yetki ile görevlere sahip kılınmalarından dolayı gerek organik (şekli) gerekse işlevsel yönlerden gerçek birer bağımsız otorite olarak ortaya çıkarlar. Bu bağlamda BİO'lar, devlet teşkilatı dışında teşkilatlandırılmayıp merkezi veya genel idare içerisinde ayrı bir konumda örgütlendirilmekte ve devlet adına idari işlem ve eylemler yapmaktadırlar. Bununla birlikte, söz konusu organlar üzerinde ne hiyerarşik ne de vesayet denetimi bulunmakta, bunların tasarrufları doğrudan doğruya "icrai" niteliğe ve gücüne sahip bulunmakta, tasarrufları yalnızca yargısal denetime tabi tutulmaktadır.[796]

Türkiye'de BİO'ların gerek organik gerekse işlevsel olarak bağımsızlıkları konusunda derin sorunlar bulunmaktadır.[797] Ancak şu hususu hemen belirtmek gerekir ki BİO'lar organik ve işlevsel açılardan tam bağımsız bir konuma getirilseler bile yargı organları olarak kabul edilemezler. Zira bu organların bazı kararları "çekişmeli" (nizalı) bir sürece tabi olarak verilse ve yaptırım içerse bile yargısal işlem niteliğinde sayılmazlar. Diğer yandan, BİO'ların kurul üyeleri ne kadar sağlam bir güvenceye sahip olursa olsun söz konusu üyeler yargıç statüsünde bulunmadığından onların yargıç olarak kabul edilmeleri de mümkün değildir.[798]

İdari yaptırımlar, BİO'lar sayesinde hızla artmaktadır. Çünkü günümüzde devletler ekonomiye doğrudan müdahale etmekten kaçınmakta, buna karşın, ekonomiyi düzenleme yetkisinden de vazgeçmek istememektedir. Ancak, bu düzenlemeyi bizzat kendisinin yapması yerine bu alanda özerk bir BİO kurarak ona yaptırmak yoluna gitmektedirler.[799]

Bu bağlamda bir BİO; hukuk normu çıkarma, hukuku uygulama, ikna etme, öneride bulunma ve idari ceza verme yetkisine sahiptir.[800] Ancak, BİO'ların ikna ve teklif etme yetkisi yanında idari ceza verme yetkisiyle donatılması, ikna ve teklif ile cezanın doğasının birbiriyle uyumsuz olması nedeniyle bir "çelişki" (paradoxe) olarak gözükmektedir.[801] Öte yandan BİO'lar kendi bulgularına dayalı olarak idari ceza verebilmekte, daha açık bir deyişle, idari ceza verirken hem sav hem karar

[796] Duran, Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler, s. 4.
[797] Konu hakkında bilgi için bkz. Duran, Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler, s. 3.
[798] Duran, Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler, s. 4.
[799] Delmas ve Teitgen, s. 24.
[800] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 141.
[801] Delmas ve Teitgen, s. 17-18.

makamını oluşturmaktadırlar ki bu durum kişi hak ve özgürlükleri açısından son derece tehlikeli bir duruma yol açmaktadır.[802]

BİO'lar iki türlü idari ceza vermektedirler. Daha somut bir deyişle, regülatif idari suç ve cezaların ilkinde, BİO ile cezanın muhatabı arasında herhangi bir bağ bulunmamakta, dolayısıyla bu tür cezalar "halka yönelik idari cezalar" grubuna girmektedir.[803] Buna karşın, ikinci tür cezada, BİO ile cezanın muhatabı arasında "özel bir bağ" (a special hardship) bulunmakta, dolayısıyla bu tür cezalar ilerde anlatılacak olan "disiplin cezaları" grubuna dâhil edilmektedir. Gerçekten de kanun kimi zaman düzenleme, kimi zaman da gelir sağlama ereğiyle bazı faaliyetlerin yürütülmesini BİO'dan "izin" alma koşuluna bağlamıştır. Bu bağlamda bahsedilen faaliyetler BİO'nun izni olmadan yürütülememekte, izin koşullara uyulmamış olması halinde de izin geri alınmakta veya iptal edilmektedir. Bu iptal veya iznin geri alınması durumları cezalandırma amacıyla uygulandıklarından ve ilgiliyi bir menfaatten yoksun bırakmaları yüzünden disiplin cezaları grubuna girmektedir.[804] Bu açıklamalardan sonra regülatif idari suç ve cezalar hakkında genel bir bilgi vermek yerinde olacaktır.

Regülatif idari suç denilince bağımsız idari otoritelerin faaliyet gösterdiği alanlarda işlenen ve idari ceza ile yaptırıma bağlanan fiiller anlaşılır. Regülatif idari suçlara çok sayıda örnek vermek olanaklıdır. Bu bağlamda, 15.2.2011 tarih ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunun[805] "(y)ayın hizmeti ilkeleri" başlıklı 8'inci maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi gereği,

---

[802] Delmas ve Teitgen, s. 21.

[803] Aslında regülatif idari cezalardan halka yönelik idari cezalar grubuna giren türünü bir tür idari kolluk olarak kabul etmek olanaklıdır. Gerçekten de günümüzde idari kolluğun görevleri gittikçe genişlemekte, piyasaya müdahale, temel hak ve özgürlüklerin korunması, çevrenin korunması gibi alanlarda da İdarenin müdahale yetkisi kabul edilmekte olup, idari kolluğun korumak zorunda olduğu kamu düzeni kavramı gittikçe genişleyerek esenlik, güvenlik ve sağlık gibi klasik unsurların dışına taşmaktadır. Krş. Kıratlı, s. 34.

[804] Regülatif idari cezalardan disiplin grubuna girenler salt iznin geri alınması veya "ruhsatın" (lisansın) iptali ile sınırlı değildir. BİO ile cezanın muhatabı arasında özel bir bağ bulunduğu durumlarda verilen her türlü ceza "disiplin cezası" kategorisine girer. Örneğin RTÜK ile yayıncı kuruluş arasında özel bir bağ bulunduğu için onun söz konusu kuruluşa vermiş olduğu para cezası dâhil her ceza disiplin cezası kategorisine girer. Buna karşın Rekabet Kurumu ile teşebbüsler arasında özel bir bağ bulunmadığı için Rekabet Kurulunun vermiş olduğu her ceza halka yönelik idari cezalar grubuna girer. BİO'ların vermiş olduğu disiplin cezaları halka yönelik idari cezalardan daha fazla olmasına rağmen regülatif idari cezaları "halka yönelik idari cezalar" bağlığı altında incelememizin temel nedenini, BİO ile cezanın muhatabı arasında özel bir bağ bulunmadan BİO tarafından ceza verilebilmesinin halka yönelik idari cezanın nirengi noktasını oluşturması ve regülatif cezaların "kendisine özgü" (sui generis) bir yapıya sahip bulunması oluşturur.

[805] Bkz. 3.3.2011 tarih ve 27863 sayılı R.G.

terörü öven ve teşvik eden, terör örgütlerini güçlü veya haklı gösteren, terör örgütlerinin korkutucu ve yıldırıcı özelliklerini yansıtıcı nitelikte olan, terör eylemini, faillerini ve mağdurlarını terörün amaçlarına hizmet eder şekilde sunularak yayın yapılması regülatif bir idari suç oluşturur.

Regülatif idari suçlar konusunda bir başka örnek, 20.2.2001 tarih ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunundan verilecektir. Bu kanunun "Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu ve Kurul Başkanlığı" başlıklı 5. maddesinin 7. fıkrasının (l) bendinde; bu kanun hükümlerine, çıkarılacak yönetmelik hükümlerine, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından onaylanan tarife ve yönetmeliklere, lisans hüküm ve şartlarına ve Kurul kararlarına aykırı davranılması, regülatif idari suç oluşturur.

Regülatif idari ceza ise BİO tarafından idare hukuku özellikle idari usul kuralları uygulanarak idari işlemle verilen cezayı ifade eder. Regülatif idari cezanın genel olarak idari para cezası ve diğer idari ceza olmak üzere iki türü bulunmaktadır.[806] Regülatif idari cezanın söz konusu türleri hakkında bir takım örnekler vermek uygun olacaktır.

[806] Regülatif idari cezaların; idari para cezaları ve diğer idari cezalar olmak üzere iki türe ayrılmasının büyük önemi bulunmaktadır. Çünkü ayrıksı durumlar dışında kanunlar; regülatif idari para cezasının uygulanacağı durumlarda genellikle "ihtar koşulu"nu öngörmemekte, buna karşın, diğer idari cezaların uygulanmasında öncelikle "ihtar" verilmesini şart koşmaktadırlar. Buradaki "ihtar" işlemi Erkut'un belirttiği üzere "yaptırım tehdidi" (menace de sanctions) niteliğindedir. Daha somut bir deyişle, bu kategorideki işlemler, kişileri belirli bir yönde davranma konusunda yaptırım tehdidi ile uyaran zorlayıcı nitelikte işlemlerdir. Bu tür işlemler, zorlayıcı, emredici bir nitelik taşıdığı, dolayısıyla icrai olduğu için kural olarak iptal davasına konu olabilir. Fazla bilgi için bkz. Erkut, C. İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No: 51, Ankara 1990, s. 145-146. Bununla birlikte, "ihtar işlemi" her ne kadar kural olarak iptal davasına konu olsa da "cezai" nitelik taşımaz. İhtar işleminin regülatif idari cezaların uygulanması sürecinde büyük bir önemi bulunmaktadır. Bu konuda verilecek bir örnek söz konusu önemi somut bir şekilde ortaya koymaktadır. 3.1.2002 tarih ve 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 8. maddesinin 6. fıkrasında; bu kanun ile 8.6.1942 tarih ve 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisar Kanununa veya bu kanunlara göre yürürlüğe konulmuş yönetmeliklere ya da Kurumca verilen belgelerde yer alan şartlara uyulmadığının saptanması halinde, ilgili gerçek ve tüzel kişilerin uyarılacağı ve aykırılığın giderilmesi için uygun bir süre verileceği, her işlem için verilecek sürenin Kurumca belirleneceği, verilen süre sonunda aykırılığın devam etmesi halinde veya aykırılığın giderilmesinin olanaklı olmadığı hallerde süre verilmeksizin Kurumca verilen belgelerin iptal edileceği ifade edilmiştir. Bu örnekte belirtilen "ihtar" (uyarı) işlemi ve ihtara uyulmadığı durumlarda verilen belge iptali şeklindeki idari ceza "zincir işlem" (zincir işlemi; belirli ve sonul (nihai) bir sonucu doğurmak amacıyla birbirini takip eden ve tamamlayıcı bir dizi işlemler şeklinde tanımlamak olanaklıdır. Bkz. Erkut, s. 122) niteliğini taşımaktadır.

Regülatif idari cezalardan en fazla yaygın olanı ve her geçen gün artan oranda kullanılan türünü idari para cezası oluşturur.[807] Regülatif idari para cezalarından bir kısmının alt ve üst sınırları gösterilerek saptanmakta, bir kısmı ise nispi para cezası niteliğini taşımaktadır. Örneğin, 28.7.1981 tarih ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 47/A maddesinin 1. fıkrasına göre bu kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket ettiği tespit edilen gerçek ve tüzel kişilere gerekçesi belirtilmek suretiyle Kurul tarafından alt ve üst sınırları gösterilen idari para cezasının verileceği belirtilmiştir.

Nispi para cezaları konusundaki örnek ise 7.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanundan seçilmiştir. Bu kanunun 17. maddesinde, yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması durumunda Rekabet Kurulu tarafından[808] her gün için ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan, bunun hesaplanması olanaklı olmazsa karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin[809] on binde beşi oranında idari para cezası verileceği belirtilerek nispi bir idari para cezası öngörülmüştür.[810]

Regülatif idari cezalardan para cezası dışındaki diğer türünü oluşturan cezalardan birisini "faaliyetten men cezası" olarak ifade etmek olanaklıdır. Örneğin 15.2.2011 tarih ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunun 32. maddesinin 1. fıkrasında; bu kanunun 8. maddesinin 1. fıkrasının (a), (b), (d), (g), (n), (s) ve (ş) bentlerindeki yayın hizmeti ilkelerine aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara, ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak idari para cezası verileceği, ayrıca, idari tedbir![811] olarak ihlale konu programın yayının beş defaya kadar

[807] Delmas ve Teitgen, s. 23.

[808] İlginçtir, Fransa'da önceleri Rekabet Konseyinin kendisinin idari para cezası verme yetkisi bulunmamaktaydı. Daha açık bir deyişle, rekabet ihlalinin bulunduğu durumlarda Rekabet Konseyinin tavsiyesi üzerine Ekonomi ve Maliye Bakanlığı idari yaptırım ve bu arada idari ceza verme yetkisini kullanmaktaydı. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 23.

[809] Buradaki idari para cezası gelire oranla bulunduğu için nispi para cezası olarak adlandırılır.

[810] Aslında, 4054 sayılı Kanunda 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, Rekabet Kurulu tarafından verilen bütün idari para cezaları nispi idari para cezasına çevrilmiştir.

[811] Aslında bu hükümle "ceza" ile "tedbir" kavramı birbirine karıştırılmıştır. Aşağıda idari ceza ile idari tedbir arasındaki ayrım kısmında üzerinde durulacağı üzere, bir yükümlülüğün ihlal edilmesi

durdurulmasına, isteğe bağlı yayın hizmetlerinde ihlale konu programın katalogdan çıkarılmasına karar verileceği, ayrıca, RTÜK'ün ihlalin niteliğini göz önünde bulundurarak, idari para cezası ile birlikte idari tedbire karar verebileceği gibi sadece idari para cezasına veya tedbire karar verebileceği belirtilmiştir.[812]

Regülatif idari cezaların para cezası dışındaki diğer türünü oluşturan bir başka cezayı, idare hukukunda ruhsat iptali olarak adlandırılan lisans iptali oluşturur. Örneğin 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunun 32. maddesinin 5. fıkrasında; Kanunun 8. maddenin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki ilkelere aykırı yayın yapılmasını müteakip verilecek yaptırım kararının tebliğinden itibaren bir yıl içinde aynı ihlalin tekrarı halinde, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayınının on güne kadar durdurulmasına, tekrarı halinde ise yayın lisansının iptaline karar verileceği belirtilmiştir.[813]

---

durumunda İdare tarafından uygulanan yaptırım "ceza" adını alırken, yükümlülük ihlal edilmeden, örneğin, kamu düzeninin korumak için İdarenin uyguladığı yaptırım "tedbir" ismini alır. 6112 sayılı Kanunun 32. maddesinin 1. fıkrasında bahsedilen "ihlale konu yayının beş defaya kadar" durdurulması ve "isteğe bağlı yayın hizmetlerinde ihlale konu programın katalogdan" çıkarılması, adından da anlaşılacağı üzere bir ihlal sonucu uygulandığından bunların idari ceza olduğu açıktır.

[812] Kanun her ne kadar "tedbir" kavramını kullansa da bahsedilen yaptırımların tümü idari ceza olup burada ayrıca RTÜK'e bu seçimlik cezaları verme yetkisi tanınmıştır. Şu hususu burada hemen vurgulamak gerekir ki İdareye cezanın uygulanıp uygulanmaması veya cezalardan birisini seçme veya her ikisini birden uygulama konusunda takdir hakkı tanınması, kanımızca cezaların kanuniliği ilkesinin "cezaların açık ve kesin olması" alt ilkesini ihlal etmez. Bu alt ilkeye uygun davranabilmek için cezanın uygulanması bakımından İdareye salt bağlı yetki (bir kısım konularda hukukun İdareye belirli koşul ve durumların gerçekleşmesi halinde belirli bir çözüm şeklini uygulama ödevini yüklemesine bağlı yetki denilir. Bkz. Balta, s. 84.) tanınması da gerekmez. Krş. Delmas ve Teitgen, s. 84. 6112 sayılı Kanunun yukarıda bahsedilen 32. maddesinin 1. fıkrasında İdareye idari para cezası veya yayın durdurma (isteğe bağlı yayın hizmetlerinde programın katalogdan çıkartılmasına) cezalarından birisini seçmek veya her ikisini birden uygulamak konusunda takdir hakkı tanınarak cezaların açık ve kesin olması ilkesine aykırı davranılmamıştır. Çünkü Radyo ve Televizyon Üst Kuruluna tanınan takdir yetkisi kanun tarafından öngörülmüştür. Nitekim Fransa'da da sigorta konusunda faaliyet gösteren BİO'ya kanunda öngörülen altı tür cezadan birisini seçme yetkisi verilmiştir. İşte bu gibi durumlarda İdarenin cezayı seçmede takdir yetkisine sahip olması olağan karşılanmaktadır. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 85.

[813] Bu maddenin 6. fıkrasında, yayın lisansı verilmesi için bu kanunda aranan şartlardan birisinin kaybedilmesi halinde, ilgili medya hizmet sağlayıcı kuruluşa bu şartı yerine getirmesi için otuz günlük süre verileceği, verilen süreye rağmen şartı yerine getirmeyen kuruluşun yayınlarının üç ay süreyle durdurulacağı, bu süre içerisinde şartın yerine getirilmemesi halinde ise ilgili kuruluşun yayın lisansının iptal edilerek kanal ve frekans kullanımına son verileceği ifade edilmiştir. Bu maddenin 7. fıkrasında ise yayın lisansının iptal edileceği başka bir duruma yer verilerek; yayın lisansının verilmesi için gerekli şartlara uygunluğu hile ile elde ettiği tespit edilen kuruluşun yayın lisansının iptal edileceği belirtilmiştir. Bu fıkralarda ifade edilen yayın lisansının iptali yaptırımı "idari ceza" olarak kabul edilemez. Zira her iki durumda da bir yükümlülüğün ihlal edilmesi nedeniyle değil, başka nedenlerden dolayı yayın lisansı iptal edilmektedir. Daha somut bir deyişle, birinci durumda yükümlülüğün ihlal edilmesinden dolayı değil koşulların kaybedilmesi, ikinci durumda ise hile ile şartlara uygunluk sağlandığı, böylelikle daha yükümlülük doğmadan yayın lisansının iptali yaptırımıyla karşılaşılmaktadır. Bu iki durumda öngörülen yaptırımı ileride ayrıntılarıyla anlatılacak olan idari tedbir olarak görebilmek olanaklıdır.

Türk pozitif hukukunda regülatif idari suç ve cezalarda ağırlıklı olarak kanunilik ilkesi uygulanmamaktadır. Bu bağlamda her şeyden önce suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine uyulmadığını belirtmek gerekir. Örneğin, 20.2.2001 tarih ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 3. maddesinin 6. fıkrasında; üretim tesisi yatırımını ilgili mevzuat çerçevesinde belirlenen süreler içinde gerçekleştiremeyen tüzel kişilerin ilgili lisansının iptal edileceği belirtilmiştir. Burada "mevzuat çerçevesinde belirlenen süreler içinde gerçekleştiremeyen tüzel kişilerin ilgili lisansının iptal edileceği" şeklinde bir hüküm öngörüldüğüne göre örneğin, yönetmelik, hatta genelgeyle verilen bir sürede yatırımını gerçekleştiremeyen tüzel kişiye lisans iptali şeklinde bir idari ceza verilebilecektir ki bu durum kanunilik ilkesinin söz konusu alt ilkesiyle bağdaştırılamaz.

Regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine uyulmaması konusundaki diğer bir örnek, 3.1.2002 tarih ve 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanundur. Bu kanunun "(c)ezai hükümler" başlıklı 8. maddesinin 5. fıkrasının (m) bendinde; tütün mamulleri veya alkollü içkilerin kullanımını ve satışını özendirici veya teşvik edici kampanya, özendirme, reklam ve tanıtım yapılmasını önlemek amacıyla Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından bu kanun uyarınca yapılan düzenlemelere aykırı hareket edenlere idari para cezası verileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere bu bent hükmü gereği Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumunun düzenleyeceği örneğin kendisinin çıkarttığı bir yönetmelik hükmüne dayalı olarak regülatif bir idari suç konulabilecektir ki bu durum suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine uyarlı değildir.

Türk mevzuatı regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine yeterince özen göstermemesine karşın Anayasa Mahkemesi bu özeni göstermektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesinin 19.1.2006 tarih ve E.2005/99, K. 2006/8 sayılı kararında regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesinin uygulanacağı görüşü ima edilmiştir. Mahkeme bu kararında; 3.1.2002 tarih ve 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğünün Yeniden Yapılandırılması ile Tütün ve Tütün Mamullerinin Üretimine, İç ve Dış Alım ve Satımına, 4046 Sayılı Kanunda ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 8.

maddesinin 2. fıkrasının "ruhsat harcının on katı tutarında ağır para cezası ile cezalandırılır" kısmını, Anayasanın ve suç ve cezaların kanuniliği ilkesiyle ilgili 38. maddesine[814] aykırı görerek iptal etmiştir.

Mahkeme söz konusu kararında; kanunsuz suç olmaz ilkesiyle birlikte gelişen kanunsuz ceza olmaz ilkesinin, çağcıl ceza hukukunun temellerinden birisini oluşturduğunu, kişilerin yaşamları, özgürlükleri ya da malları üzerindeki en etkili kısıtlamaya yol açacak cezaların, kanunlarla belirlenmesi gereğini ifade eden cezada kanunilik ilkesinin, bireysel özgürlüklerin teminatı olduğu kadar toplumsal düzenin ve barışın sağlanmasında ve devamında da etkili olduğu, bu ilkenin suçlara uygulanacak yaptırım tür ve ölçülerinin hangi sınırlar içinde uygulanacağını yasayla belirlemeyi zorunlu kıldığını, 4733 sayılı Kanunun 8. maddesinin 2. fıkrasında, satış belgesi olmadan satış yapanlar için öngörülen "ruhsat harcının on katı tutarında ağır para cezası ile cezalandırılır" hükmü uyarınca, ceza miktarının saptanmasında ölçü olarak alınan ruhsat harcının, Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmeliğe göre belirlenmesinin Anayasanın 38. maddesindeki cezanın yasallığı ilkesi ile bağdaşmadığını ifade etmiştir.[815]

Bununla birlikte Danıştay'ın regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" uygulaması bakımından vermiş olduğu kararlarda istikrar bulunmamaktadır. Daha somut bir deyişle, Danıştay kimi kararlarında örtük olarak, regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" ilkesinin uygulanması gerektiği görüşünü savunurken, kimi kararlarında aksi bir tutum izlemiştir. Aşağıda Danıştay'ın her iki tür kararlarından örnekler verilecektir. Öncelikle mahkemenin regülatif idari suç ve cezalarda söz konusu alt ilkenin aranması gerektiği yönünde tutum takındığı kararlarından örnekler verilecektir.

-Danıştay Onüçüncü Dairesinin 28.6.2005 tarih ve E. 2005/1034, K. 2005/3309 sayılı kararında, regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanacağı ima edilmektedir. Danıştay bu kararında, 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğünün Yeniden Yapılandırılması ile Tütün ve Tütün Mamullerinin Üretimine, İç ve Dış Alım ve Satımına, 4046 Sayılı Kanunda ve 233 Sayılı Kanun

[814] ve hukuk devletiyle ilgili 2. maddesine.
[815] Karar için bkz. 26.7.2006 tarih ve 26234 sayılı R.G.

Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda "satış belgesi bedeli" ve "ruhsat harçları" ibarelerine ayrı ayrı yer verilmesinden, "bedel" ve "harç" kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğunun anlaşıldığını, Kanunun 8. maddesinin 2. fıkrasında, satış belgesi olmadan satış yapanların, ellerindeki mamulâta el konulmakla birlikte ruhsat harcının on katı tutarında ağır para cezasıyla cezalandırılacağı hükmünden, cezanın hesaplanmasında ruhsat harcının esas alındığının anlaşıldığını, 4733 sayılı Kanunda satış belgesi bedelinden söz edilmemesine karşın, Tütün Mamulleri, Alkol ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmeliğin[816] 16. maddesinin 1. fıkrasında, satış belgesi olmadan satış yapanların, satış belgesi bedelinin[817] on katı tutarında ağır para cezasıyla cezalandırılacağına ilişkin hükmün Anayasada yer alan cezaların yasallığı ilkesine aykırı olduğunu, dolayısıyla bu fıkradaki "satış belgesi bedeli" ibaresinin iptali gerektiği sonucuna varmıştır.[818]

-Danıştay Onüçüncü Dairesi, bir diğer kararında da halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanacağını örtük olarak savunmuştur. Gerçekten de bu dairenin 25.12.2006 tarih ve E.2005/9375, K. 2006/4919 sayılı kararında; yasal düzenleme ile Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumuna idari yaptırım uygulanması konusunda bir yetki verilmediğini, Yönetmelikle Kuruma idari idari yaptırım niteliğinde doğrudan satış belgesinin askıya alınması veya iptali yetkisinin verilmesinin dayanağının yasaya ve hukuka aykırı olduğu görüşüne yer verilmiştir.

Danıştay Onüçüncü Dairesinin bu kararında; Tütün Mamulleri, Alkol ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin[819] 7. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "...Kurum, gerekli gördüğü hallerde yazılı uyarı yapmaksızın doğrudan satış belgesinin askıya alınması veya iptaline[820] karar verebilir." hükmünün alt çizilen kısımlarının birer idari yaptırım teşkil ettiğini, suç ve cezaların, Anayasaya uygun olarak yasayla konulabileceğini, bir hukuk devletinde, cezai niteliği haiz olan idari yaptırımın dayanağının da yasayla düzenlenmesinin gerekli olduğu, yukarıda

[816] Yönetmelik metni için bkz. 31.12.2002 tarih ve 24980 sayılı R.G.
[817] a.b.ç.
[818] Kararın tam metni için bkz. DD, Yıl:36, Sayı:111, 2006, s. 415 (405-415).
[819] 24.8.2005 tarih ve 25916 sayılı Resmi Gazeteye bkz.
[820] a.b.ç.

bahsedilen 4733 sayılı Kanun hükümleri uyarınca Kuruma idari yaptırım uygulama konusunda bir yetkinin verilmediği, idarenin yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi düzenleme yetkisi çerçevesinde bu konuda kural koymasının hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyeceği, yönetmeliğin söz konusu düzenlemesinin 4733 sayılı kanuna aykırı olduğunu ve iptal edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.[821] Buna karşın, az önce belirtildiği üzere Danıştay regülatif idari suç ve ceza konusunda verdiği kimi kararlarında söz konusu alt ilkenin uygulanmaması gerektiğini örtük olarak savunmaktadır. Bu konuda iki örnek verilecektir.

-Danıştay Onüçüncü Dairesinin 5.11.2010 tarih ve E. 2010/3202 sayılı kararına konu olan olayda, Rekabet Kurulu, çıkarmış olduğu Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik[822] ile Kanunla kendisine verilmiş olan rekabet ihlali yapan firmaların bir önceki yıl cirosunun %0,1'inden %10'una kadar idari para cezası verme yetkisini nesnel olarak daha somutlaştırabilmek adına bir takım ölçütler belirlemiş, cironun %3'ünü temel ceza olarak belirleyerek, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenleri bu temel cezaya uygulamak suretiyle Kanunda belirlenen %10'luk tavanı aşmamak koşuluyla daha öngörülebilir bir cezalandırma dizgesi kurmaya çalışmıştır. Yönetmeliğin geçici 1. maddesiyle de söz konusu yeni uygulamanın Yönetmeliğin yürürlük tarihinden önce başlamış ancak sonuçlandırılmamış soruşturma ve ihlaller için de uygulanacağı öngörülmüştür. Bu geçici maddeye karşı açılan iptal davasında, anılan maddenin suç ve cezaların geçmişe yürütülememesi ilkesine aykırı olduğu savlanmıştır. Yine Kanunda cironun %0,1'inden %10'una kadar takdir sınırı öngörüldüğü halde idari bir düzenleme ile bu payın sınırlandırılmasının hukuka aykırı olacağı, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin önceden sabitlenmesinin somut olayda şirketlere yönelik daha fazla hafifletici neden takdir edilmesini engelleyeceği ve ayrıca "temel ceza" olarak keyfi biçimde %3'lük bir oran belirlenmesinin hiçbir kanuni dayanağı olmadığı, böyle bir "temel oran" olarak keyfi biçimde %3'lük böyle bir temel oran belirlendiğinde bunun uygulamadaki etkisinin %3'ün altında "temel ceza" verilmemesi şeklinde olacağı ve bunun da Rekabet Kurulunun takdirini hafifletici yönde değil genellikle ağırlaştırıcı

[821] DBB, Erişim Tarihi, 13.9.2010.
[822] Bkz. 15.2.2009 tarih ve 27142 sayılı R.G.

yönde kullanması sonucunu doğuracağı bu durumun idare hukukundaki kanunilik ilkesine, idarenin düzenleme yetkisine ilişkin temel ilke ve kurallar ile suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olacağı iddiaları ileri sürülmüştür. Danıştay Onüçüncü Dairesi söz konusu kararında bu iddialara ve suç ve cezaların geçmişe yürütülememesi ilkesine herhangi bir aykırılığın olmadığını savlamıştır.[823]

Görüldüğü üzere Danıştay bu kararında, idari cezanın miktarı kanunen cironun alt sınırı %0,1 olarak saptanmış iken bunun yönetmelikle %3 olarak saptanmasını ve yönetmelikteki oranın sonuçlandırılmamış soruşturma ve ihlaller için uygulanmasını hukuken uygun bulmuştur. Kanunen saptanan alt sınırın yönetmelikle değiştirilerek daha üst oranda bir sınır saptanması suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine açık bir aykırılık oluşturur. Zira bu alt ilkeye aykırılık oluşamaması için yönetmeliğin kanunla çizilen çerçeveyi hiçbir zaman aşmaması gerekirdi. Üstelik yönetmelikle saptanan alt sınırın kanunen saptanan orandan daha yüksek, bir başka deyişle aleyhe olması ve bu oranın bitmemiş soruşturma ve ihlaller için de uygulanması suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesini ihlal eder.[824]

---

[823] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 67-68, 96 ve dn. 117.

[824] Bu gerçeğe karşın Ulusoy, Danıştay'ın söz konusu kararını isabetli bulmaktadır. Yazar idari ceza tür ve miktarının kanunen belirlenmesinin zorunlu olduğunu, belirlenen alt ve üst sınırlar arasında cezayı takdir etme yetkinin yine Kanunla Rekabet Kuruluna verildiğini, idarenin, kanunla kendisine tanınmış olan takdir yetkisini nasıl ve hangi ölçütlere göre kullanacağını idari düzenlemelerle önceden nesnel olarak belirleyebileceğini, idarenin bu belirlemeyi yaparak ve halkın bilgisine sunarak idari faaliyetlerdeki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine uygun davrandığını, "temel ceza" olarak belirlenen %3'lük oranın ölçülü olduğunu, bu oran örneğin %7 olsaydı ölçüsüz olacağını, idari düzenlemelerin mutlaka tüzük veya yönetmelik şeklinde olmasının gerekli olduğunu, tebliğ, genelge yönerge gibi yönetmelik altındaki idari düzenlemelerle bu belirlemenin yapılamayacağını zira bunların Resmi Gazete ile yayımlanmasının zorunlu olmadığını, ancak somut ve esas düzenleme ile belirlemelerin tüzük veya yönetmeliklerle yapılması kaydıyla ayrıntıya dair bazı düzenlemelerin tebliğ, yönerge gibi daha alttaki idari düzenlemelere bırakılmasının olanaklı olduğunu ifade etmektedir. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 97-98. Yine yazar, bu yönetmeliğin Kanunun ceza öngören hükümlerini ağırlaştırma gibi bir amaç taşımadığını, Rekabet Kurulunun yalnızca mevcut kanun hükümlerinin, cironun %0.1 ile %10'u arasında idari para cezası verme yetkisini önceden kendisini de bağlayarak nesnel kullanmaya yönelik daha somut kurallar koymadığı ereklediğini belirtmektedir. Yazar, Rekabet Kurulunun belirlediği %3'lük "temel ceza" nın usul hukuku, maddi hukuk, hatta hem usul hukuku hem de maddi hukuka ait bir norm olarak kabul edilebileceğini, ne olarak kabul edilirse edilsin hukuken sonucun değişmeyeceğini, daha açık bir deyişle, ceza usul hukukunda geleneksel olarak ayrıksı durumlarda geçici maddelerle geçmişe etkili norm konulmaması ve mevzuat değişikliklerinde "lehe kanun" ilkelerinin uygulanması bakımından esnek yaklaşıldığını, Yönetmeliğin mevcut ceza normunun içeriğini başkalaştırmadığı ve değiştirmediği için "maddi hukuk" açısından da burada suç ve cezaların geçmişe yürütülmesinin söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 69-70. Yazarın bu görüşlerine katılmamaktayız. Zira yönetmelik hiçbir zaman kanunen çizilen alt sınırın dışına çıkamayacağından temel ceza ancak cironun %0.1 olarak saptanabilir. Yine idari suç ve cezalar bakımından kanunilik ilkesinin uygulanmasında esnek yaklaşım diye bir şey söz konusu olamaz. Zira Anayasanın suç ve cezada

-Danıştay Onüçüncü Dairesinin 18.2.2011 tarih ve E. 2008/2271, K. 2011/681 sayılı kararında, İstanbul'un ilçelerinde faaliyet gösteren kuyumcular arasında fiyat birliğini sağlamaya yönelik savlar karşısında Rekabet Kurulu tarafından yapılan soruşturmanın 30.11.2006 tarihinde açıldığı dikkate alınarak, bir önceki mali yıl olan 2005 mali yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi geliri üzerinden cezalandırılması gerektiğinden, davacı kuyumcu odasına 1.4.2005-31.12.2005 tarihleri arasında uygulanan 2005/2 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca asgari ceza olan miktardaki idari para cezası verilmesi gerekirken karar tarihinde yürürlükte bulunan 2007/1 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca X miktardaki idari para cezası verilmesinde hukuka uygunluğun bulunmadığı ifade edilmiştir.[825]

Öte yandan, regülatif idari suçlarda, kanunilik ilkesinin "kanunların açık ve kesin olması" alt ilkesinin gereklerine de uygun davranılmadığı konusunda çok sayıda örnek bulabilmek olanaklıdır. Çalışmanın oylumunu büyütmemek için bu konuda bir örnek verilmesiyle yetinilecektir. 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunun 8. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; yayın hizmetlerinin ırk, dil, din, cinsiyet, sınıf, bölge ve mezhep farkı gözeterek toplumu kin ve düşmanlığa tahrik etmesi veya toplumda nefret duyguları oluşturması regülatif bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu bentte geçen "toplumu kin ve düşmanlığa tahrik" etmek veya "toplumda nefret duyguları" oluşturmak kavramlarının içeriği nesnel olarak belirlenemeyeceğinden ve söz konusu kavramların anlamı Radyo ve Televizyon Kurulu Üst Kurulu üyelerinin ve uyuşmazlık durumunda yargıçların öznel değerlendirmelerine bağlı olduğundan bu hükmün kanunilik ilkesinin "kanunun açık ve kesin olması" alt ilkesinin gereklerine uygun olarak kaleme alındığı söylenemez.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kanunun "açıklığı" alt ilkesinin uygulanmasına yeterli özen göstermemektedir. Konu hakkında bir örnek vermek uygun olacaktır. 13.4.1994 tarih ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun

---

kanunilik ilkesini düzenleyen 38. maddesinde adli-idari ceza ayrımı yapılmadığına göre idari suç ve cezalar bakımından da kanunilik ilkesinin katı bir şekilde aranması gerekir. Üstelik yönetmelikle temel cezanın %3 olarak saptanması bir maddi hukuk normu olduğundan burada aleyhe geriye yürüme yasağı da ihlal edilmiştir.

[825] Bkz. DD, Sayı: 127, Yıl: 41, 2011, s. 451 (447-451). Görüldüğü üzere bu kararda cezanın verilmesine dayanak olarak "kanun" değil, "tebliğ" hükümleri esas alınarak suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesi ihlal edilmiştir.

kimi maddelerini değiştiren 15.5.2002 tarih ve 4756 sayılı Kanunun bazı maddelerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine bir iptal davası açılmıştır. Bu iptal davasında, 4756 sayılı Kanunun 3984 sayılı Kanunun 4. ve 33. maddesinde yapılan değişikliklerden az sonra kalın harflerle gösterilecek kısımların Anayasaya aykırı olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Daha açık bir deyişle, 3984 sayılı Kanunun değişik 4. maddesinde radyo, televizyon ve veri yayınlarında uyulması gereken yayın ilkeleri benimsenmiştir. İptal başvurusunda, bu maddenin 2. fıkrasının (b) bendindeki; "Toplumu şiddete, teröre, etnik ayrımcılığa sevk eden veya halkı sınıf, ırk, dil, din, mezhep veya bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik eden **veya toplumda nefret duygularını oluşturan** yayınlara imkân verilmemesi", (k) bendindeki; "Suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimsenin suçlu ilan edilmemesi veya suçluymuş gibi gösterilmemesi; kişileri suç işlemeye yönlendirecek **veya korku salacak** yayın yapılmaması" şeklindeki hükümler ile 33. maddesinin 5. fıkrasındaki "4 üncü maddenin ikinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerindeki[826] ilkelere aykırı yayın yapılması halinde **uyarı yapılmaz ve yayın kuruluşunun yayını bir ay durdurulur. İhlalin tekrarı halinde yayın süresiz olarak durdurulur ve yayın lisans izni iptal edilir.**" hükmünde bahsedilen 4. maddede yapılan düzenlemelerin soyut ve içeriği belirgin olmayan, kişisel anlayış ve takdire göre değişen nitelikte olduğu, bu belirsizliğin radyo ve televizyonların doğru ve yansız yayın yapmalarını, yurt ve dünya gerçeklerinin halka duyurmasını engelleyeceği belirtilerek bunun Anayasanın 38. maddesine de aykırı olacağı savı ileri sürülmüştür. İptal başvurusunda 3984 sayılı Kanunun 33. maddesindeki kalın ibareler bakımından ise yeterli açıklıkta düzenlenmeyen, öngörülebilirlik unsuru taşımayan ve siyasi ortama göre her yöne çekilebilecek ilkelere aykırılık ileri sürülerek bir yayın kuruluşunun uyarı yapılmaksızın önce bir ay, sonra süresiz olarak yayınını durdurma ve yayın iznini iptal etmenin idari nitelikteki bir kurula basın ve haber alma özgürlüğünü kısıtlayıcı yetki vermek ve yargı alanına giren konularda

[826] Bu bentlerde; Türkiye Cumhuriyeti Devletinin varlık ve bağımsızlığına, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Atatürk ilke ve inkılaplarına aykırı yayın yapılması, toplumu şiddete, teröre, etnik ayrımcılığa sevk eden veya halkı sınıf, ırk, dil, din, mezhep ve bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik eden veya toplumda nefret duyguları oluşturan yayınlara imkân verilmemesi, yayıncılığın gerek yayın organı gerekse hisse sahipleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve sıhrî hısımları veya bir başka gerçek veya tüzelkişisinin haksız çıkarları doğrultusunda kullanılmaması ilkelerine aykırı yayın yapılması halinde uyarının yapılmayacağı ve yayın kuruluşunun yayınının bir ay durdurulacağı, ihlalin tekrarı halinde yayının süresiz olarak durdurulacağı ve yayın lisans izninin iptal edileceği belirtilmiştir.

idareyi yetkilendirmek olduğu, böyle bir düzenlemenin keyfiliğe yol açacağı, eylemle önlem arasında bulunması gereken adil dengenin bozulduğu, yayın lisans izninin iptal edilmesinin basın ve haber alma özgürlüğünün kısıtlanması anlamına geldiği belirtilerek kuralın Anayasanın 2. 5. 10. 13. 15. 26. 28. 29. 30. ve 38. maddelerine aykırılığı iddia edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 21.9.2004 tarih ve E.2002/100, K. 2004/109 sayılı kararında bu savlara itibar etmemiştir. Mahkeme 4. madde bakımından; radyo, televizyon ve veri yayınları ile büyük halk kitlelerinin istenilen doğrultuda yönlendirilebileceğini, nefret duygularını oluşturan veya korku salan yayınlara imkân verilmesi halinde toplumun huzur ve düzeninin etkileneceğini, sürekli değişen toplumsal olaylar karşısında insanlar arasında nefret duygularını oluşturan veya korku salan yayınların neler olduğunun önceden yasa koyucu tarafından belirlenmesindeki güçlük göz ardı edilemez ise de bu kavramlara zaman içinde öğreti ve yargı kararlarıyla içerik ve anlam kazandırıldığının gerçek olduğunu, bu nedenle, dava konusu kuralların belirsizliğinden bu bağlamda Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmadığı gibi toplumda nefret duygularını oluşturan veya korku yaratacak yayınların kamu düzeni ve kamu güvenliği ile yakından ilgili olduğu, bunların korunması amacıyla da iptali istenilen kurallarla önlemler getirildiğini, dava konusu kuralla yasaklanan yayınlara izin verilmesi halinde bunların kamu düzeni ve kamu güvenliği bakımından yaratabileceği ağır sonuçlar gözetildiğinde, yapılan düzenlemenin demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmadığını, bu çerçevede, Anayasa'nın düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasına ilişkin 26. Maddesi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili 13. maddesine aykırılığın bulunmadığını, öte yandan, dava konusu ibarelerle ilgili uyuşmazlıklarda, yargı yoluna başvurma olanağının bulunmasının, kişilerin yanlış uygulamalardan etkilenmelerini önleyeceğini ve yeterli güvenceyi oluşturduğu,[827] konunun suç ve cezada kanunilik ilkesiyle ilgili Anayasa'nın 38. maddesiyle bir ilgisinin olmadığı ifade edilmiştir.

[827] Mahkemenin bu görüşü de hatalıdır. Zira yargının elinde denetlemeye olanak verecek nesnel ölçütlerin bulunmaması durumunda yapılacak olan yargısal denetimin fazla bir anlamı bulunmamaktadır. Tersine bir deyişle, ancak suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine uygun bir düzenleme yapıldığı takdirde yargısal denetimin bir anlam ve önemi bulunur.

Anayasa Mahkemesi bu kararında, 3984 sayılı Kanunun 33. maddesi bakımından ise idarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasayla verilen yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle doğrudan doğruya idari yaptırım uygulayabileceğini, yasa koyucunun, toplumsal gereksinmelerin zorunlu kıldığı düzenlemeleri yaparken, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımların türü ile nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahip olduğunu, bu yetkinin idari yaptırımlar için de geçerli olduğunu, dava konusu kuralla getirilen yaptırımların, belirsizlik içerdiği için farklı yorumlanabilecek yayın ilkelerine aykırılık nedeniyle uygulanacağının, yayın ilkelerinin içeriğinin, öğreti ve yargı kararlarıyla[828] belirlendiğini, düzenlemenin Anayasa'nın 38. maddesine[829] aykırı olmadığını[830] ifade etmiştir.[831]

---

[828] Anayasa Mahkemesi bu görüşüyle suç ve cezada kanunilik ilkesine, özellikle söz konusu ilkenin "açıklık" alt ilkesine açıkça aykırı davranmıştır. Zira yukarıda anlatıldığı üzere bu alt ilke açık bir şekilde düzenleme yapılarak yargıcın keyfiliğinin önlenmesine çabalar. Bu yüzden yayın ilkelerinin içeriğinin yargıç tarafından belirlenmesi, kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesine aykırıdır.

[829] ve Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine.

[830] Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi bu kararında iptali istenilen ibarelerin Anayasanın 38. maddesi ile bir ilgisinin bulunmadığı veya o maddeye aykırı olmadığını savlamaktadır. Mahkemenin bu savından, onun, iptali istenilen ibareleri "idari suç" ve "idari ceza" olarak görmediği sonucu çıkartılabilir. Mahkemenin ulaşmış olduğu bu sonuç hatalıdır. Gerçekten de 3984 sayılı Kanunun 4. maddesinde; radyo, televizyon ve veri yayınlarında uyulması gereken yayın ilkeleri düzenlenmiş, söz konusu yayın ilkelerine uyulmaması halinde öngörülen idari cezalar ise Kanunun 33. maddesinde gösterilmiştir. Bu maddelerde idari suç ve idari ceza düzenlendiğine göre Anayasa Mahkemesinin konuyu suç ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 38. madde bağlamında irdelemesi gerekirdi. Eğer Anayasa Mahkemesi bu irdelemeyi yapabilseydi, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 4. maddesi ile 33. maddesindeki iptali istenilen ibarelerin suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı olduğu sonucuna varması gerekirdi. Gerçekten de 3894 sayılı Kanunun 4. maddesinde iptali istenilen "veya toplumda nefret duyguları oluşturan", "veya korku salacak" ibareleri muğlak bir nitelik taşımaktadır. Ne kadar çaba gösterilirse gösterilsin söz konusu ibarelerin nesnel bir şekilde anlamı belirlenemeyeceğinden kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırılık bulunduğu ortadaydı. Öte yandan 3984 sayılı Kanunun 33. maddesinin 5. fıkrasında iptali istenilen ibareler de suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı düşmektedir. Gerçekten de "uyarı yapılmaksızın" Kanunun 4. maddesinin 2. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerindeki ilkelere aykırı yayın yapılması durumunda yayın lisans izninin iptaline gidilebilmesi söz konusu alt ilkeye aykırıdır. Zira yayın ilkelerinde örneğin "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü", "toplumu şiddete sevk etmek" gibi muğlak ve açıklıktan yoksun ibarelere dayanılarak ilgili yayıncıya ceza verilmesi "açıklık" alt ilkesini bütünüyle tahrip eder. Eğer ilgili yayıncıya idari ceza uygulanmadan önce uyarı yapılması öngörülseydi bu durum söz konusu alt ilkeye hizmet ederdi. Çünkü cezanın muhatabı olacak yayıncı, kanunda kullanılan muğlak ve nesnel olarak anlamı bilinmeyen ibarelerin en azından RTÜK tarafından nasıl anlaşıldığı konusunda bir fikir edinebilir ve açıklık alt ilkesinin gereği doğrultusunda davranışlarını bilinçli bir şekilde kararlaştırma olanağına kavuşabilirdi. Görüldüğü üzere kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine uygun düzenleme yapılmaması durumunda "uyarı", söz konusu alt ilkeyi gerçekleştirmeye hizmet etmektedir. Ayrıca bu kararda aksi bir tutum takınılmış olsa bile "suç" ile "ceza" arasında çeşitli defalar belirtilen "ayrılmaz bütünlük" ilişkisinin doğru olduğu somut bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Zira 3984 sayılı Kanunun 4. maddesinde belirtilen yayın ilkeleri muğlak ve azami

Regülatif idari suç ve cezalarda kanunun açıklığı alt ilkesinin uygulanması konusundaki Danıştay içtihatları istikrar kazanamamıştır. Örneğin DİDDGK'nın 16.1.2013 tarih ve E. 2008/1824 sayılı kararında; 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 9. maddesinin 7. fıkrasında özel olarak ve yalnızca "istasyon dışında" akaryakıt satışı idari suç olarak sayılmasına, istasyon sınırları içinde ancak pompa haricinde satış yapmak Kanunda suç olarak öngörülmemesine karşın, Kanundaki "istasyon dışı satış" ibaresini "pompa harici satış" şeklinde yorumlayarak söz konusu satışlar için verilen idari para cezalarını hukuka uygun bulunarak[832] söz konusu alt ilkeye aykırı davranılmıştır.

Ulusoy haklı olarak, Danıştay'ın bu kararında, kanundaki açık hükmü suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı biçimde ve kişiler aleyhine yorum yoluyla genişleterek idari cezalarda kişi hak ve özgürlükleri yönünden daraltıcı bir tavır takındığını, yargıcın neyi ifade ettiği açık ve net olmayan kanun hükümlerini yorumlamak suretiyle belirli sonuçlara ulaşmasının son derece doğal olduğunu, ancak anlamı açık ve kesin olmasına karşın, hâkimin kendi kişisel düşüncesine göre "yerinde" bulunmayan kanun hükümlerini kişiler aleyhine yorumlamasının yalnızca ceza hukuku mantığıyla değil, idare hukuku mantığıyla da bağdaşmadığını ifade etmektedir.[833]

Danıştay Onüçüncü Dairesi ise regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" ve "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanmayacağını örtük bir şekilde savunmuştur. Gerçekten de Onüçüncü Dairenin 30.5.2012 tarih ve E. 2008/12824, K. 2012/1351 sayılı kararına konu olan olayda; Elektronik Haberleşme Kanununun 60. maddesinde telekomünikasyon alanındaki regülasyon kurumu olan BTK'nın verebileceği idari cezalar belirlenmiş, söz konusu cezaların verilebileceği fiiller ise BTK kararları dâhil telekomünikasyon mevzuatına aykırı tüm fiiller şeklinde oldukça soyut ve genel bir cümle ile belirtilmiştir. Davacılar, bu kanun hükmünün oldukça genel ve soyut olduğu, cezalandırılacak idari suçları veya bunların çerçevesini tam olarak belirleyemediği ve bu nedenle suç ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğu

---

açıklıktan yoksun olduğu için bu ilkelerin ihlaline uygulanan idari cezalar da açıklıktan yoksun kalmaktadır.

[831] Karar için bkz. 4.8.2006 tarih ve 26249 sayılı R.G.

[832] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 94 ve dn. 146.

[833] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 94.

savında bulunmuşlardır. Onüçüncü Daire, söz konusu kararında, Kanundaki bu hükmü, ceza verilecek fiillerin çerçevesinin çizilmemiş olması nedeniyle ileri sürülen Anayasaya aykırılık savını ciddi bulmamış ve konuyu Anayasa Mahkemesine taşımamış, ceza verilecek fiillerin tümüyle yönetmelik tarafından belirlenmesini de hukuka uygun bulmuştur.[834]

Yine Danıştay Onüçüncü Dairesinin 30.5.2012 tarih ve E. 2008/12824, K. 2012/1351 sayılı kararına konu olan olayda; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Yönetmelikte yetkilendirme ücretini geç ödemenin yaptırımı olarak "lisans iptali" cezası öngörülmesine karşın, Kanundaki "mevzuat ihlallerine karşı cironun %3'üne kadar idari para cezası uygulanabileceğine" yönelik hüküm uyarınca, yetkilendirme ücretini geç ödediği gerekçesiyle X şirketine cirosunun binde 5'i oranında idari para cezası uygulamıştır. Bu cezaya karşı açılan davada X şirketi, Kanunda yetkilendirme ücretinin geç ödenmesine idari para cezası uygulanacağına dair bir hüküm bulunmaması nedeniyle bu cezanın suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüş, Kurum ise savunmasında, bu para cezasının lisans iptaline göre daha hafif olması nedeniyle hukuka uygun olduğunu savunmuştur. Onüçüncü Daire söz konusu kararında; cironun %3'üne kadar idari para cezası öngörülmesini "cezanın kanuniliği" ilkesine, "telekomünikasyon mevzuatını ihlal etmek" şeklindeki son derece belirsiz ve muğlak idari suç tanımını "suçun kanuniliği" ilkesine uygun bulmuştur.[835]

Danıştay Onüçüncü Dairesinin bu kararından iki önemli sonuca ulaşmak olanaklıdır. Bunlardan ilki, regülatif idari organların regüle ettikleri sektör veya alana yönelik olarak "o sektör veya alandaki mevzuatı ihlal etmek" şeklinde son derece belirsiz ve muğlak "idari suç" belirlemesinin, Anayasanın 38. maddesindeki "suçun kanuniliği" ilkesine aykırı görülmemesi, ikincisi ise yönetmelikte bir fiil için daha somut bir idari suç ve ceza saptanmasına karşın kanundaki genel olan daha lehteki belirlemenin doğrudan uygulanmasının olanaklı görülmesidir.[836]

---

[834] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 87 ve dn. 136.

[835] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 91-92 ve dn. 142.

[836] Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 92. Danıştay'ın bu kararı hatalıdır. Her şeyden önce "o sektör veya alandaki mevzuatı ihlal etmek" şeklinde son derece belirsiz ve muğlak "idari suç" belirlemesinin suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği ve kanunun açıklığı alt ilkesini ihlal eder. Bu alt ilkelere uygun davranabilmek için suç ve cezanın yalnızca kanunla ve açık ve kesin olarak konulması

Buna karşın DİDDGK'nın 12.12.2012 tarih ve E. 2012/461 sayılı kararında suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesine uygun davranılmıştır. Bu kararda; Petrol Piyasası Kanununun, bulundurduğu akaryakıt teknik düzenlemelere uygun olmasına karşın, marker seviyesi uygun olmayan bayilere idari para cezasının uygulanıp uygulanmayacağına dair uyuşmazlıkta DİDDGK, kanunun metnini dikkate alarak, idari ceza verilebilmesi için marker seviyesinin uygun olmaması ile birlikte akaryakıtın teknik düzenlemelere uymaması şartının da birlikte bulunmasını zorunlu görmüş; yalnızca marker seviyesinin uygun olmaması halinde ceza verilemeyeceğini çünkü kanunda "ve/veya" bağlacı değil sadece "ve" bağlacı bulunmasının iki şartın birlikte aranması şeklinde yorumlanmasını zorunlu kıldığını, aksi yorum için kanuni değişiklik yapılmasının gerekli olduğunu haklı olarak[837] belirtmiştir.[838]

Danıştay regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesine de gerekli özeni gösterdiği söylenemez. Yukarıda belirtildiği üzere Danıştay, Rekabet Kurulunun saptadığı, cironun %3'ü şeklindeki firmaların aleyhine olan cezayı temel cezanın mevcut soruşturma ve ihlaller için uygulanmasını hukuka uygun bularak örtük bir şekilde söz konusu alt ilkeyi ihlal etmiştir.

Bu konuda bir başka özensizliği Danıştay Onuncu Dairesinin, 23.10.2002 tarih ve E. 2001/2834, K. 2002/4024 sayılı kararı oluşturmaktadır. Bu kararda, dava konusu işleme neden olarak gösterilen davacının eylemlerinin, 4487 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 18.12.1999 tarihinden önce işlenmiş ve o dönemde ceza hukukunun kapsamına giren bir suç olmakla birlikte, 4487 sayılı Kanun ile davalı Sermaye Piyasası Kuruluna idari para cezası uygulanması yetkisi verildiği, dava konusu kararın alındığı tarihte yürürlükte olan yasal düzenleme gereğince davacı adına verilen idari para cezasının hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.[839] Her ne kadar karar metninde belirtilmese de Danıştay bu kararında suç olmaktan çıkarılan

---

gerekir. Öten yandan yönetmelikle bir fiil için idari suç ve ceza saptanması doğru olmadığı gibi böyle bir saptama durumunda leh veya aleyhte olsun kanundaki hükmün doğrudan uygulanması gerekir.

[837] Suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesine uygun davranılabilmesi için yukarıda belirtildiği üzere kanun metninin hiçbir zaman çerçevesi dışına çıkılmaması gerekir. Bu nedenle Danıştay söz konusu kararında kanımızca isabetli bir tutum takınmıştır. Buna karşın Ulusoy, Danıştay'ın bu kararını eleştirerek "ve" bağlacının amaçsal yorumla "ve/veya" şeklinde yorumlanmasının daha yerinde olacağını belirtmektedir. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 84-85.

[838] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 84 ve dn. 134.

[839] Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 27.9.2011.

bir eylem için idari para cezasının lehe olduğu gerekçesiyle uygulanabileceğini savunmaktadır ki[840] bu durum aleyhe bir ceza normunun örtük olarak geriye yürütülmesi anlamını taşır.[841] Aleyhe geriye yürümenin olmaması için muhataba herhangi bir cezanın verilmeyeceğinin belirtilmesi gerekirdi.

Danıştay'ın regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesini tamamlayan "lehe kanunun geçmişe uygulanılırlığı" esası konusundaki görüşlerinin istikrar kazanamadığını belirtmek gerekir. Bu bağlamda Danıştay kimi kararlarında regülatif idari suç ve cezalarda "lehe kanunun geçmişe uygulanılırlığı" esasını benimsememektedir. Örneğin, Danıştay Onuncu Dairesinin 4.6.2004 tarih ve E.2003/6196, K.2004/5330 sayılı içtihadında, Radyo Televizyon Üst Kurulu'nun (RTÜK) 4756 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce almış olduğu idari ceza niteliğindeki dava konusu kararın, 3984 sayılı yasanın uygulama imkânı kalmadığı gerekçesiyle iptal edilemeyeceğini, zira suç ve cezaların yasallığı ilkesinin bu sonuca engel olacağı![842] ifade edilmiştir.[843]

---

[840] Yalnızca Danıştay değil Yargıtay da ceza hukuku suçunun idare hukuku suçuna dönüştürülmesini lehe kanun olarak kabul etmektedir. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 281 ve dn. 412.

[841] Zira fiilin suç olmaktan çıkarılması halinde uygulanacak ceza kanunlarının zaman yönünden uygulanması ilkeleri açısından, bir fiilin bütünüyle hukuka uygun olarak kabul edilmesi ile ceza hukuku kapsamındaki suç olmaktan çıkarılıp idari suça dönüştürülmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Yine ceza yaptırımını izleyen idari yaptırımın geçmişe uygulanabilmesine ilişkin açık ve kanuni bir düzenleme bulunmaması durumunda salt idari müeyyidenin ceza müeyyidesine göre lehe olduğu gerekçesiyle fiil tarihine yürütülerek geçmişe uygulanması olanaklı değildir. Kuşkusuz çoğu durumlarda idari yaptırımların ceza yaptırımlarına göre hafif olması olanaklıdır. Ancak, fiil işlendikten sonra yürürlüğe giren kanunlardan lehe olanın uygulanması, birbirini izleyen kanunların ceza hukukunun kapsamına giren kanun olmaları halinde mümkündür. İdari ceza öngören bir kanun, ceza hukukunun kapsamına girmediği, salt idare hukukunun kapsamına girdiği, dolayısıyla cezai yaptırımdan daha hafif olduğu için geçmişe uygulaması kabul edilemez. Bu bağlamda depenalisation kanunlarında geçiş dönemi bakımından açık bir düzenleme olmadığı müddetçe geçmişe uygulama yasağı dikkate alınmak zorundadır. Böyle bir düzenleme olmadığı sürece depenalisation kanunu, fiili suç olmaktan sonraki ceza kanunu ile aynı etkiye sahip olacak, failin ceza hukuku veya idare hukuku cezası ile cezalandırılması olanaklı olmayacaktır. Bu gibi durumlarda, depenalisation kanunundan önce kesinleşen cezai yaptırımın infaz veya icrası duracak, bütün cezai sonuçlar da ortadan kalkacaktır. Krş. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 108, 279.

[842] Danıştay'ın bu tutumu suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesi temelinde hatalıdır. Zira söz konusu alt ilke, yalnızca cezanın muhatabı olan kişinin aleyhine olarak ceza normunun geriye yürütülmesini engellemekte, lehe olan kanunun geriye yürütülmesine en küçük bir engel çıkartmamakta, hatta kanunilik ilkesinin "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesini tamamlamaktadır. Aslında yalnızca lehe olan kanunun geriye yürümesi esasının kabul edilmesinden aksi ile kanıt yöntemi gereği aleyhe olan ceza normunun geriye yürümeyeceği esasını örtülü olarak çıkarmak olanaklıdır. Zira salt bir normun lehe olarak geriye yürümesi esasının kabul edilmesi, aleyhe olan normun geriye yürümeyerek fiilin işlendiği sırada geçerli olan ceza normunun uygulanması anlamını taşır.

[843] Bkz. DKD, Yıl: 3, Sayı: 6, 2005, s. 265-268.

Buna karşın Danıştay kimi kararlarında regülatif idari suç ve cezalarda "lehe kanunun geçmişe uygulanılırlığı" esasını benimsemektedir. Örneğin Danıştay Onüçüncü Dairesinin 19.10.2009 tarih ve E. 2007/1055, K. 2009/9212 sayılı kararına konu olan olayda, Rekabet Kurulu, aralarında davacı şirketin de bulunduğu teşebbüslerin Ege Bölgesi torbalı çimento pazarında uyumlu eylem halinde fiyat tespiti yaparak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" başlıklı 4. maddesini ihlal ettiğini saptamış ve söz konusu teşebbüslere Kanunun 16. maddesinin 2. fıkrasındaki; bu kanunun 4 ve 6. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Rekabet Kurulu kararıyla sabit olanlara, belirli bir miktardan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verileceği hükmüne dayanarak ceza vermiştir. Bu cezanın iptali istemiyle dava açılmış ve davanın Danıştay'da görülmesi aşamasında 4054 sayılı Kanunun 16. maddesinin 2. fıkrası, bu kanunun 4, 6 ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması olanaklı olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Rekabet Kurulu tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verileceği şeklinde değiştirilmiştir.

Danıştay Onüçüncü Dairesi bu kararında; 5326 sayılı Kabahatler Kanununun "Genel Kanun Niteliği" başlıklı 3. maddesinde; bu kanunun idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, diğer genel hükümlerinin, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı, "Zaman Bakımından Uygulama" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasının göndermede bulunduğu 5237 sayılı TCK'nın 7. maddesinin 2. fıkrasında ise suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümlerinin farklı olması durumunda fail lehine olan kanunun uygulanacağının belirtildiğini, bu yasal düzenlemeler uyarınca 4054 sayılı Kanunun 16. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişikliğin davacı lehine sonuç doğurup doğurmadığının

incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Danıştay Onüçüncü Dairesi bahsedilen kararında somut karşılaştırmayı da kendisi yaparak, 4054 sayılı Kanunun 16. maddesinin 2. fıkrasında daha sonra yapılmış olan değişikliğin davacı şirketin lehine bir durum yaratmadığını saptayarak Rekabet Kurulunun söz konusu kararını onaylamıştır.[844]

III. DİSİPLİN SUÇ ve CEZALARINDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

Disiplin cezaları öğretide çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Moderne, disiplin cezalarını, İdare ile kişi arasında özel bir ilişki bulunduğu durumlarda ve İdareye ceza verme yetkisinin daha önceden tanındığı durumlarda verilen cezalandırıcı işlem şeklinde tanımlamakta,[845] Gölcüklü ise disiplin cezalarını; memurların memuriyet görevleriyle ilgili olarak işledikleri kusurları veya memuriyet sıfatına veya görevine etki edebilecek kusurlu davranışları cezalandırmak için konulmuş bulunan müeyyideler olarak tanımlamaktadır.[846] Kanımızca bu tanımlardan Gölcüklü'nün yapmış olduğu tanım dar kapsamda bulunmakta ve disiplin cezalarının karakteristik özelliklerini yansıtmamaktadır. Söz konusu tanımlardan Moderne'in yaptığı geniş ölçekli tanım isabetlidir. Zira yazarın da belirttiği gibi disiplin cezalarının nirengi noktasını, İdare ile kişi arasında özel bir ilişkinin bulunması ve idareye ceza verme yetkisinin daha önceden, başka bir deyişle, disiplin ihlalinden önce tanınması oluşturur.

Bu bağlamda ileride ayrıntılarıyla anlatılacağı üzere disiplin cezası Gölcüklü'nün ifade ettiği gibi salt kamu görevlileri hakkında uygulanmaz.[847] Bunun yanında mahkûm, öğrenci, asker gibi kamu hizmetini kullanan çeşitli kesimlerle

---

[844] Danıştay Onüçüncü Dairesinin bu kararının tam metni için bkz. DD, Yıl:40, sayı:123, 2010, s. 455-462.

[845] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 158.

[846] Gölcüklü, s. 156.

[847] Hatta disiplin cezası yalnızca kamu kesiminde değil özel kesimde de uygulanır. Uygulamada disiplin dizgesinin yalnızca kamu çalışanlarına özgü olduğu şeklinde bir yanlış algı bulunmaktadır. Hâlbuki disiplin dizgesi yalnızca kamu hizmetlerini yürüten kamu çalışanlarına özgü bir husus olmayıp her türlü organizasyonda geçerli olan bir dizge niteliğini taşımaktadır. Bkz. Fougère, L. Civil Service Systems Essays and Texts (Fransızca Özgün Adı: La fonction publique: Etudes et choix de textes commentés; İngilizce'ye çevirenler: Ruth Murphy ve Robert North), Unesco, Brussels 1967, s. 315. Camerlynck ve Lyon-Caen'in daha açık deyişleriyle; disiplin otoritesinin dayandığı temel, ister kapitalist, ister sosyalist isterse diğer bir model olsun organizasyonun başarılı bir şekilde faaliyet yürütebilmesinden sorumlu olan en üst düzey yöneticiye, disiplin yetkisinin verilmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur. Bu bağlamda disiplinin amacı, ait olduğu topluluğa ait görevini ihlal eden çalışanın cezalandırılmasıdır. Zira disiplin ihlalleri kurum düzenini bozmakla eşanlı olarak kurumun işlevine de büyük zarar vermektedir. Bkz. Camerlynck, G.G. ve Lyon-Caen, G. Précis de Droit du Travail, Paris, Dalloz, 1965, s. 269'dan nakleden Fougère, s. 315.

idare arasında özel bir hukuki ilişki içerisinde bulunulan her durumda disiplin cezası uygulanır.

Bazıları "idari ceza" kavramından bahsedebilmek için idare ile cezanın muhatabı kişi arasında özel bir bağ veya hukuki ilişkinin bulunması gerektiğini, daha somut bir deyişle, yalnızca disiplin cezaları ve "ruhsat" (lisans) iptali gibi cezaların idari ceza olarak adlandırılacağını, İdareyle ilgili kişi arasında bir bağın bulunmadığı ve yurttaşların statülerini etkileyen cezaların idari ceza olarak kabul edilemeyeceğini ifade ederek, temel hak ve özgürlüklere yalnızca yargıçların müdahale edebileceği görüşünü benimsemektedirler.[848]

İdari cezadan yalnızca idare ile ilgili kişi arasında özel bir bağın veya ilişkinin bulunduğu durumlarda bahsedilebileceğini savunan bu görüş kanımızca hatalıdır. Zira yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere idare ile ilgili kişi arasında özel bir bağ veya ilişkinin bulunmadığı durumlarda İdare tarafından verilen ceza da idari ceza niteliğini taşımakta ve "halka yönelik idari ceza" ismini almaktadır. Bu bağlamda halka yönelik idari ceza ile disiplin cezası birlikte idari cezayı oluşturmaktadır.

Öte yandan, bir cezanın idari ceza olarak nitelendirilebilmesi için ileride anlatılacağı için tekrarlama pahasına olsa da belirtmek gerekir ki iki hususun eşanlı olarak bulunması gerekir. Bunlar; İdarenin, idare hukuku, özellikle idari usul kurallarını uygulayarak cezalandırma amacıyla bir işlem yapması ve cezanın verilmesinin dayanağı olarak bir yükümlülüğün ihlal edilmesi gerekir. Bu iki unsur eşanlı olarak bulunmadan isterse konusu disiplin olsun İdarenin vermiş olduğu bir yaptırım kararı idari ceza olarak adlandırılamaz.[849] Görüldüğü üzere idari cezanın karakteristik özelliğini söz konusu iki unsur oluşturmakta ve bu unsura sahip her ceza idari ceza niteliğini taşımaktadır. Bu çerçevede disiplin cezaları "idari ceza" grubuna girdiği gibi halka yönelik idari cezalar da söz konusu gruba girmektedir. Daha açık bir deyişle, İdare ile aralarında "statüter" bir ilişkiden kaynaklanan disiplin cezaları ile böyle bir ilişkin bulunmadığı durumlarda uygulanan halka yönelik idari cezalar idari cezaları oluşturur.[850] Bu genel nitelikteki açıklamalardan sonra belli

[848] Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 36-37.
[849] Krş. Delmas ve Teitgen, s. 37-38.
[850] Krş. Özay, İdari Yaptırımlar, s. 107-108.

başlı disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulamasının irdelenmesi faydalı olacaktır.

1. Kurumsal Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

İdari kurum ve kuruluşların personeline ve öteki mensuplarına verilen disiplin cezalarına kurumsal disiplin cezaları denilir.[851] Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı kurumsal disiplin suç ve cezaları, kurumun kendi düzenini ve işlevini koruması için kabul edilmiştir.[852] Aşağıda belirli başlı kurumsal disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin nasıl uygulandığı irdelenecektir.

a. Kamu Görevlileriyle İlgili Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Bu kısımda kamu görevlilerinin[853] örneklerinden olan devlet memurları, Kamu İktisadi Teşebbüsü (KİT) personeli ve yükseköğretim personeliyle ilgili disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesinin uygulaması üzerinde durulacaktır.

aa. Devlet Memurlarıyla İlgili Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Disiplin cezaları, İdare ile kişi arasında "özel ilişki" (sujétion spéciale) durumunda verildiğine göre bu durumun en eski ve yaygın örneğini, İdare ile memur arasındaki disiplin ilişkisi sonucu verilen disiplin cezaları oluşturur.[854] Bu bağlamda devlet memurları hakkındaki disiplin cezaları onları uyarı, ıslah, ya da tasfiye amacıyla konulurlar.[855]

Yukarıdaki tanımdan anlaşılacağı üzere bir disiplin suçunun oluşabilmesi için bir norm ihlalinin bulunması gerekmekte ve disiplin cezası da norm ihlalini yapan davranışı bastırmak için uygulanmaktadır. Bu yüzden memurun mesleki

---

[851] Balta, s. 202.
[852] Krş. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 158.
[853] Kamu görevlisi kavramının önemi konusunda bilgi için bkz. Özyörük, M. Devlet Memurlarının Hürriyetleri, AÜHFY No: 100, Ankara, 1956, s. 4-5, kamu görevlisinin tanımı için bkz. Günday, İdare Hukuku, 2003, s. 221.
[854] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 158.
[855] Bkz. Tanilli, S. Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş, İÜHFY No.: 637, İstanbul, 1981, s. 449.

yetersizliğini oluşturan yetersiz ya da verimsiz çalışma, bir norm ihlaline yol açmadığı için kanımızca disiplin suçu sayılmayacağı gibi bu durumun karşılığında uygulanan yaptırımlar da disiplin cezasını oluşturmaz.[856] Bu savımızı "suç" tanımı da desteklemektedir. Gerçekten de suç; icrai veya ihmali bir hukuka aykırı davranışla işlenen bir fiil olduğuna göre memurun memurluk görevi için genel olarak yetersiz bulunması halinde uygulanan yaptırım disiplin cezası olarak kabul edilemez.[857]

Türkiye'de kamu görevlilerinden 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olan personele uygulanacak disiplin cezaları bakımından "suç ve cezada kanunilik" ilkesi tam olarak geçerli bulunmadığı gibi disiplin suçları bakımından da söz konusu ilkeye tam olarak uyulamamaktadır. Gerçekten de her şeyden önce disiplin suçları bakımından "kanunun tekelciliği" alt ilkesi uygulanmadığını belirtmek gerekir. Konuyu biraz açmak gerekirse, 657 sayılı Kanunun 124. maddesinin 2. fıkrasında; kanun, tüzük ve yönetmeliklerin devlet memuru olarak emrettiği hususların yurt içinde veya dışında yapılmaması, uyulmasını zorunlu kıldığı hususların yapılmaması ve yasakladığı işlediği yapılmasının disiplin suçunu oluşturacağı örtülü bir şekilde ifade edilmiştir. Bir başka deyişle bu fıkrada, disiplin suçunun kaynağını salt kanunun değil, bunun yanında, tüzük ve yönetmeliğin de oluşturacağı ifade edilmiştir. Hâlbuki kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine uygun davranabilmek için disiplin suçunun kaynağını sadece kanun oluşturabilir.

Öte yandan, 657 sayılı DMK'da disiplin suçları bakımından kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı çok sayıda düzenleme de bulunmaktadır. Hatta bu alt ilkeye aykırılık öyle yoğundur ki hemen her çeşit disiplin suçu bakımından örnek gösterebilmek olanaklıdır. Örneğin, DMK'nın 125. maddesinde; devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmanın uyarma cezasını, görev sırasında amire hal ve hareketi ile saygısız davranmanın kınama cezasını, görev sırasında amirine sözle saygısızlık etmenin aylıktan kesme cezasını, amirine veya emri altındakilere karşı küçük düşürücü veya aşağılayıcı fiil ve hareketler yapmanın kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını, yurt dışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek fiili işlemenin en ağır disiplin cezası olan "devlet memurluğundan çıkarma" cezasını gerektireceği ifade edilmiştir. Kanunilik ilkesinin "kanunların açıklığı" alt ilkesine uyum

[856] Aksi görüş için bkz. Tanilli, s. 449.
[857] Krş. Gölcüklü, s. 162.

sağlayabilmek için yukarıda görüldüğü üzere en üst açıklığı sağlayabilmek için gayret gösterilmesi ve kanunda yapılan düzenlemenin "nesnel" (objectif) bir anlam taşıması gerekir. Örnek olarak sayılan söz konusu disiplin suçlarını oluşturan fiil ve hallerin en üst açıklıkla düzenlenmesi yönünde kanunda bir çaba gösterilmediği gibi bahsedilen davranışların nesnel bir anlamı da bulunmamaktadır. Örneğin, disiplin cezalarının en ağırını oluşturan "devlet memurluğundan çıkarma" cezasını gerektiren "yurt dışında Devletin itibarını düşürme veya görev haysiyetini zedeleme" ibaresi belirsiz bir nitelik taşıdığı gibi anlamı da nesnel bir şekilde belirlenemez. Bir başka deyişle, yurt dışında Devletin itibarını düşürme veya görev haysiyetini zedeleme tipine uyan davranış, zamana göre değişebileceği gibi bu konuda disiplin cezası verecek İdarecilerin öznel görüşüne göre de değişebilir. İşte bu durum, suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesini derinden yaralar.

Aslında, işlenen bir fiilin disiplin suçu oluşturup oluşturmayacağı idarecilerin öznel görüş ve düşüncelerine bırakılan bu durumlarda, yukarıda anlatılan kanunilik ilkesinin "ceza normunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesine de uygun davranılanamaz.[858] Çünkü örneklerde gösterilen fiillerin nesnel bir anlamı bulunmadığı için bir idareci döneminde disiplin suçu olarak kabul edilmeyen bir fiil onun yerine gelen başka bir idareci tarafından disiplin suçu olarak kabul edilerek söz konusu alt ilke kolaylıkla ihlal edilmiş olunur.

Memurların işleyebilecekleri disiplin suçları bakımından "kanunilik" ilkesinin tam olarak uygulanmadığının bir başka kanıtını, 657 sayılı DMK'nın 125. maddesinin 4. fıkrası oluşturur. Gerçekten de bu fıkrada, yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezalarının verileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere bu hükümle disiplin suçlarında "aleyhe kıyas"ın olanaklı olduğu örtük bir şekilde belirtilmektedir. Yukarıda görüldüğü üzere suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesinin gereklerine uyabilmek bakımından "aleyhe kıyas"ın mutlak bir şekilde yasaklanması gerekir. Bu yasağın olmadığı durumlarda söz konusu alt ilkenin benimsendiğinden bahsedilebilmesi oldukça güç olduğundan DMK'nın 125. maddesinin 4. fıkrasında yapılan düzenlemeyle disiplin suçları bakımından kanunilik ilkesi âdeta tahrip edilmiştir.

[858] Krş. Gölcüklü, s. 162.

Devlet memurlarına uygulanan disiplin cezalarına gelince, 657 sayılı DMK'nın 125. maddesinde memura uygulanacak disiplin cezaları hafiften ağıra doğru "uyarma", "kınama", "aylıktan kesme", "kademe ilerlemesinin durdurulması" ve "devlet memurluğundan çıkarma" olmak üzere teker teker sıralanmış ve bunların tanımları yapılmış olduğundan söz konusu cezalar bakımından kanunilik ilkesinin uygulandığı sonucuna varmak olanaklıdır. Ancak disiplin cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması, bir başka deyişle, İdarenin 657 sayılı DMK'nın 125. maddesinde gösterilmeyen bir disiplin cezası verememesi olgusunun pek fazla bir önemi bulunmamaktadır. Her şeyden önce disiplin cezalarında kanunilik ilkesinin bir önem taşıyabilmesi için söz konusu cezaların hangi suçlara karşılık geldiğinin açık bir şekilde gösterilmesi gerekir.[859] Yukarıda belirtildiği üzere 657 sayılı DMK'nın 125. maddesinin 4. fıkrasında, disiplin suçları bakımından kıyasa olanak verildiği ve kıyas durumunda da bir disiplin suçunun hangi disiplin cezasını gerektirdiği açıkça saptanamayacağından devlet memurlarının disiplin cezaları bakımından kanunilik ilkesinin kabul edilmesinin fazla bir önemi yoktur. İkinci olarak, çeşitli defalar belirtildiği üzere suç ile ceza arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda suç veya cezanın birisinde kanunilik ilkesinin benimsenmemesi, diğerinde de benimsenmediği anlamını taşır. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere disiplin suçlarında kanunilik ilkesinin benimsenmediği açık olduğuna göre disiplin cezaları bakımından söz konusu ilkenin kabul edilmesinin fazla bir anlamı yoktur. Bu çerçevede 657 sayılı DMK'nın devlet memurlarının disiplin suç ve cezalarında kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralının uygulanmasında kararsız bir tutum gösterdiği, hatta tam olarak benimsemediği söylenebilir.[860]

---

[859] Krş. Gölcüklü, s. 164.

[860] Türk öğretisinde de devlet memurlarının disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması gerekliliği bakımından bir uzlaşının olmadığını belirtmek gerekir. Disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulaması bağlamında Türk öğretisinde üç farklı düşünce bulunmaktadır. İlk grubu oluşturan yazarlar, hem disiplin cezaları hem de bu cezaların hangi hallerde verileceği hususunun kanunlarda açıkça gösterilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bu yazarlar, aksine bir durumun keyfiliğe yol açacağını, memurun, hangi davranışının ne tür disiplin cezasını davet edeceğini önceden bilmesi gerektiğini, disiplin aykırılıklarının tespiti işinin idarenin takdirine bırakılmasının, farklı ve keyfi uygulamalara yol açacağını, disiplinin, memur statüsünün önemli bir unsuru olması dolayısıyla, memur statüsünü düzenleyen temel hukuk ne ise disiplin işlerinin de o hukuk kaynağı tarafından düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bu görüşün tam aksini savunan ikinci grup yazarlar; disiplin hukuku ile ceza hukukunun birbirinden farklı şeyler olduğunu, bu ikisi arasında amaç, kapsam, temel ilke, uygulama ve sonuç yönünden önemli farkların bulunduğunu, ceza hukukunun amacının kamu düzeninin korumak ve toplumu savunmak olduğunu, buna karşın, disiplin cezalarında amacın, devlet memurları için meydana getirilmiş çalışma düzenini

korumak ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak olduğunu, sonuç yönünden de aralarında farklılık bulunduğunu, ceza hukukuna göre verilen cezaların daha ağır olup, kişinin temel hakları üzerinde derece derece kısıtlamalar getirdiğini, disiplin cezalarının ise, kişinin memuriyet ve meslek yaşamıyla ilgili olduğunu, temel ilke yönünden ceza hukukunda geçerli olan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin disiplin hukukunda yerinin olmaması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu yazarlar, uygulama yönünden, ceza hukukunun yargıç tarafından, disiplin hukukunun ise memurluk hiyerarşisi içinde bulunan disiplin amirleri tarafından uygulandığını, bütün bu özelliklerin, disiplin hukukunun farklı bir şekilde düzenlenebileceğini gösterdiğini, disiplin konusunda bütün disiplin aykırılıklarının ayrıntılarıyla kanunlarda gösterilmesi ve bunların karşısında her zaman ve her kurum için geçerli cezaların konulmasının ne doğru ne de olanaklı olduğunu, bu nedenle disiplin yaptırımlarının genel çizgilerle kanunlarda belirtilmesi gerektiğini, ancak disiplin aykırılıkları ile disiplin yaptırımları arasındaki nedensellik bağının kurulması işinin İdareye bırakılması gerektiğini belirtmektedirler. Bu görüş sahipleri; İdarenin, bu alandaki yetkisini disiplin yönetmelikleri çıkarmak suretiyle kullanabileceğini, bu tür düzenlemenin hem idarenin hem memurun lehine olacağını, böylece, idareye karar vermede esneklik ve etkinlik kazandırılırken, memura da savunma sırasında cezanın tartışılması olanağının verileceğini, nihayet bu düzenlemede, İdarenin, bir yandan yargı denetimi, öte yandan, disiplin cezalarının verilmesinde kurulacak kademeli bir yetki düzeni ile keyfiliğe kaymasının önemli ölçüde önlenebileceğini ifade etmişlerdir. Bkz. Bkz. Tutum, C. Türkiye'de Memur Güvenliği, TODAİE Yayınları No. 132, Ankara 1972, s. 42-43. Karma görüş mensupları ise ceza hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesinin idare hukukunda esnek bir şekilde uygulanabileceğini, hatta kimileri kanunilik ilkesinin disiplin suçlarında değil, ancak disiplin cezalarında uygulanabileceğini ifade etmişlerdir. Şimdi, sırasıyla bu görüşleri ayrıntılı bir şekilde incelemek uygun olacaktır. İlk gruba giren yazarlardan Şen, öğretide ileri sürülen disiplin cezasının hürriyeti bağlayıcı nitelikte olmadığı, belirli bir kesim ve meslek grubu hakkında uygulanacağı ve disiplin cezalarını yargı organlarının değil, o kesimin ve meslek grubunda bulunan disiplin amirlerinin veya disiplin kurullarının vereceklerini ve bu nedenle kanunilik ilkesine bağlı kalınmaması gerektiği, çünkü disiplin suç ve cezalarında önemli olanın toplumsal düzen olmayıp, belirli bir kesimde ve meslek grubunda bulunanlar ve çalışanlar arasında olması gereken düzenin, meslek şeref ve haysiyetinin ve iş disiplinin korunması olduğu türündeki düşünceleri eleştirerek, bu düşüncelerin kanunilik ilkesinin disiplin suç ve cezalarında göz önüne alınmaması için ciddi bir neden teşkil edemeyeceğini ifade etmektedir. Bu çerçevede yazar, devletin cezalandırma yetkisini kullanması veya Devlete bağlı ya da kanunla düzenlenmiş ve kurulması öngörülmüş organların iç ilişkide çalışanlarına ceza vermesi ve bu nedenle kişi hak ve özgürlükleri üzerinde sınır getiren veya uyarma ve kınama cezası gibi kişiyi isnat altında bırakan her yerde, idarenin keyfiliğine yer verilmemesi ve önceden suç ve cezaların neler olduğunun kanun koyucu tarafından belirlenmesi gerektiğini, örneğin, devlet memurlarını, devletin sözleşmeli personelini, kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekküllerini ve dolayısıyla çalışanlarını ilgilendiren disiplin suç ve cezalarının kanun koyucu tarafından düzenlenmesinin yerinde olacağını, böylece, bu yerlerde çalışanların önceden hangi hareketlerinin disiplini bozacağını ve ne tür bir disiplin cezasına muhatap olacağını ve bunların keyfi olarak tespit edilip uygulanamayacağını bilmelerinin olanaklı olacağını ifade etmektedir. Şen, E. 1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s. 205-206. Şen, disiplin cezasında kanunilik ilkesinin, bir başka deyişle, bu cezaların kanunda gösterilmesi gerektiği esasının Türk hukukuna yerleştiğini, ancak bu duyarlılığın disiplin suçları açısından gösterilmediğini ifade etmektedir. Şen, disiplin suç ve cezaları yönünden de suç ve cezaların türü bakımından herhangi bir ayrım yapmayan Anayasanın 38. maddesine sadık kalınması gerektiğini ve kanun koyucunun disiplin suç ve cezalarını ve hangi suçlara ne cezanın uygulanabileceğini açık bir şekilde göstermesi gerektiğini, kanun koyucunun gösterdiği suçların, bir meslek grubunda çalışanların fiilleri ve görevi ifa sırasındaki emir ve talimatların hukuka uygunluğuna göre belirleneceğinin, bir başka deyişle, somut durum dikkate alınarak saptanacağının kuşkusuz olduğunu belirtmektedir. Bundan başka yazar, Anayasanın 129. maddesinin 2. fıkrasında; memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensupları hakkında disiplin cezasının uygulanabileceğinin belirtildiğini, bu çerçevede, söz konusu fıkrada sayılan tüm kişiler hakkındaki disiplin suç ve cezaları bakımından da Anayasanın 38. maddesinde öngörülen esaslara ve bu çerçevede "suç ve cezada kanunilik" ilkesine uyulması gerektiğini belirtmektedir. Şen, s. 207-209. İlk gruba giren diğer bir yazar Giritli'dir. Giritli; 1961 Anayasasının 117. maddesinin 2. fıkrasında, (1982 Anayasasının 128. maddesinin 2. fıkrası) memurların nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve

diğer özlük işlerinin kanun ile düzenleneceğinin belirtildiğini, disiplin işlerinin de memurun belli başlı garantilerinden ve özlük işlerinden olduğuna göre, bu konunun olanaklar ölçüsünde kanun ile düzenlenmesi gerektiğini, bu itibarla Devlet Memurları Kanununun Anayasanın bu konuda "memur teminatı" yönünde öngördüğü usule uydurulması gerektiğini ifade etmektedir. Giritli, İ. Devlet Memurları Kanunu Tasarısı ve Bazı Eksiklikleri, İÜHFM, Cilt 30, Sayı 1-2, 1964, s. 8- 9. Bu gruba giren diğer yazar Örücü'dür. Örücü, disiplin ceza hukukunun "kanunilik" ilkesine uygun olarak tasarlanmasının, 1961 Anayasasının 33. maddesi (1982 Anayasasının 38. maddesi) ışığında bir zorunluluk olduğunu vurgulamaktadır. Daha açık bir deyişle yazar, her ne kadar tekrarlanan ya da devamlı suçlarda ya da görev standartlarının devamlı düşmesi hallerinde amirin hangi cezanın uygulanacağına 657 sayılı Kanunda belirlenen daha geniş seçme olanağıyla karar verebilmesi olanaklı olsa da ceza yaratma yetkisine kanun koyucundan başka hiç kimsenin yetkili olmaması gerektiğini belirtmektedir. Örücü, E. Disiplin Cezaları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi, İÜHFM, Cilt: 32, Sayı: 2-4, 1967, s. 801. İkinci gruba giren yazarlardan Alacakaptan, kanunilik ilkesinin disiplin suçlarında kesin bir anlam taşımadığını, suçlar ceza kanunlarında teker teker ve açıkça gösterildikleri halde, disiplin suçlarının her zaman açık bir formüle bağlanamayacaklarını, örneğin, "üniversite öğrenciliği vasıf ve karakterine aykırı hareketlerde bulunmak" gibi ibarelere disiplin yönetmeliklerinde sık sık rastlanılabileceğini ifade etmektedir. Yazar, aynı hususun, disiplin suçlarına verilecek cezalar bakımından da söylenilebileceğini, daha somut bir deyişle, ceza hukukunda olduğu gibi her suçun cezası ayrı ayrı gösterilmeyip, disiplin amir ve komisyonlarının, fiilin ağırlığını göz önüne almak şartıyla uygun gördükleri herhangi bir cezayı vermekte serbest olduklarını ifade etmektedir. Bkz. Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 17. Bu gruba giren diğer yazar Gölcüklü ise memuriyet yükümlülüklerinin memur statüsünü düzenleyen genel ve özel kanunlarda öngörülmüş olmakla birlikte bunların eksiksiz bir sayımının maddi olarak olanaksız olduğunu, zira memurun meslek yaşamı yanında özel yaşamının da bu açıdan bir düzenlemeye tabi tutulduğunu, bu yüzden memurluk yükümlülükleri konusunda pozitif hukukun boşluklarının memurluk görevinin genel espri ve özellikleri göz önünde bulundurularak doldurulacağını ifade etmektedir. Yazar, disiplin hukukunda suçların kanuniliği ilkesine uyulmasının olanaksız olduğunu, zira disiplin yetkisinin kaynağını oluşturan hiyerarşi gücünün çoğu zaman takdir hakkına dayanması ve İdare içerisinde etkin bir disiplin kurma zorunluluğunun memurluk görevi gereklerini ihlal sayılacak halleri "sınırlayıcı" (numerus clauses) bir şekilde saptamasını mümkün kılmayacağını ifade etmektedir. Gölcüklü, Türk hukukunda memurluk statüsüyle ilgili genel ve özel kanunların disiplin suçlarını olanaklar nispetinde "sınırlayıcı" (tahdidi) olarak saptadıklarını, ancak bu hallerde dahi "suçların kanuniliği" ilkesinin tam olarak uygulama alanı bulamadığını ifade etmektedir. Yazar, bu bağlamda ilk olarak disiplin suçunun "nitelendirilmesinde" (vasıflandırılmasında) idarenin sahip olduğu geniş takdir yetkisinin söz konusu ilkenin doğal sonuçlarını önemli ölçüde ortadan kaldırdığını, öte yandan, idari mercilerin tasarruflarında daha ziyade meslek menfaat değerlendirmeleriyle hareket ettiklerini belirtmektedir. Yazar, ikinci olarak, meslek yükümlülüklerine veya menfaatlerine aykırı hareketin önceden açık bir şekilde saptanmasının olanaksız oluşunun da kanunilik ilkesinin etkisini disiplin hukukunda bir hayli azalttığını, bir fiilin disiplin suçu olarak nitelendirilmesinin yer ve zaman içerisinde kolayca değişebildiğini ifade etmektedir. Gölcüklü, s. 160, 162. Üçüncü grubu oluşturan yazarlar, suç ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin suç ve cezalarında belirli ölçüde veya esnek olarak uygulanacağı görüşünü savunmaktadırlar. Aslında bu grubun görüşü, ikinci gruba giren yazarların düşüncesi ile aynı hukuki sonuca çıkmaktadır. Zira esnek veya gevşek kanunilik, kanunilik ilkesinin hiç veya gerekli olduğu ölçüde benimsenmediği anlamını taşır. Bu gruba giren yazarlardan Yüce, disiplin hukukunda "kanunilik" ilkesinin uygulanması gerektiğini, ancak bu ilke uygulanırken disiplin hukukunun kendisine özgü düzenleme tarzına uyulması gerektiğini, disiplin hukukundaki suç "kalıplarının" (tiplerinin) ceza hukukuna nispetle daha genel ve esnek olabileceğini, aralıklı cezalarda cezanın "alt sınırı ile üst sınırı" (taban ile tavanı) arasındaki mesafenin daha geniş olabileceğini ifade etmektedir. Bundan başka yazar, disiplin cezalarının seçenekli, daha açık bir deyişle, bir suç için bir kaç ceza çeşidi (örneğin; kınama veya meslekten çıkarma) şeklinde öngörülebileceğini, bu çerçevede, örneğin, cinsel bir taciz dolayısıyla faile bir "kınama" cezası verilebileceği gibi olayın ve hizmetin özelliğine göre meslekten çıkarma cezasının da verilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. Yüce, T. T. Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili, Danıştay Dergisi, Yıl: 24, Sayı: 88, 1994, s. 9-10. Bu gruba giren diğer bir yazar Gözler'dir. Gözler, disiplin ceza hukukunda kanunilik ilkesinin geçerli olup olmadığını incelerken disiplin suç ve cezaları arasında bir ayrım yapmaktadır. Yazara göre, disiplin suçlarında kanunilik ilkesi geçerli değildir. Yazar; disiplin hukukunda hangi fiilin "disiplin suçu" (faute disciplinaire) oluşturduğunu, hangi fiilin

disiplin suçunu oluşturmadığını saptamanın o kadar kolay olmadığını, çünkü disiplin hukukunda kanunsuz suç olmaz ilkesinin geçerli olmadığını ifade etmektedir. Yazar, bu ilkenin, disiplin hukukunda geçerli olmamasının çeşitli nedenlerinin bulunduğunu, bir kere, disiplin suçu oluşturacak bütün fiillerin eksiksiz bir listesini yapmanın olanaksız olduğunu, ikinci olarak, disiplin hukukunda kanunilik ilkesi geçerli olursa, kanunla öngörülmemiş ancak kurumun düzenini bozan fiillerin disiplin cezasıyla cezalandırılmasının mümkün olamayacağını, üçüncü olarak ise disiplin hukukunda kanunilik ilkesi geçerli olursa, kıyas yoluyla disiplin suçunun yaratılamayacağını ifade etmektedir. Gözler, 657 sayılı Kanunun 125. maddesinde her ne kadar disiplin suçu teşkil eden fiillerin ayrıntılı bir listesi yapılsa da kanunun disiplin suçu alanında kanunilik ilkesini kabul etmediğini, tam aksine bu maddenin 4. fıkrası hükmünden kıyas yoluyla disiplin suçu yaratılmasına olanak sağlandığını ifade etmektedir. Gözler, disiplin suçları alanında kanunilik ilkesi geçerli olmadığına göre, İdarenin, somut bir fiilin disiplin suçu oluşturup oluşturmadığına karar verebileceğini, bundan başka, İdarenin disiplin suçlarını bir düzenleyici işlemle, örneğin, yönetmelikle belirleyebileceğini ifade etmektedir. Yazar, idarenin disiplin suçlarını, bir düzenleyici işlemle belirlediği takdirde sahip olduğu takdir yetkisini nesnelleştirmiş olacağını, keza, kanunun kendisinin disiplin suçlarını belirlemeyip bu işi örneğin bir yönetmeliğe bırakmasının olanaklı ve hukuka uygun olduğunu, nitekim bunun Türkiye'de örneklerinin de olduğunu ifade etmektedir. Yazar, Anayasanın 38. maddesinde yer alan suç ve cezaların kanuniliği ilkesine ilişkin hükümlerin disiplin suçları (faute disciplinaire) için değil, ceza hukuku anlamında suçlar (infraction pénale) için geçerli olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte Gözler, disiplin suçları alanında kanunilik ilkesinin uygulanacağı çeşitli ayrıksı durumların bulunduğunu da ifade etmektedir. Fazla bilgi için bkz. Gözler, İdare Hukuku Cilt II, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003, s. 683-685. Gözler, disiplin suçları alanında kanunilik ilkesinin geçerli olmamasına karşın, disiplin cezalarında, kanunilik ilkesinin geçerli olduğunu savlamaktadır. Bu çerçevede yazar, disiplin cezası vermeye yetkili makamın sadece kanun tarafından öngörülmüş olan disiplin cezalarından birisini verebileceğini, öngörülmemiş bir cezaya hükmedemeyeceğini belirtmektedir. Yazar, 657 sayılı DMK'nın beş tür disiplin cezasını öngördüğünü, İdarenin bu beş tür cezadan başka bir disiplin cezasına karar veremeyeceğini ifade etmektedir. Gözler ayrıca, disiplin cezalarının kanuniliği ilkesinin, disiplin cezalarının idarenin düzenleyici işlemleriyle örneğin yönetmelikle değil "kanun" ile öngörülmesini gerektirdiğini, dolayısıyla kural olarak yönetmelikle disiplin cezasının ihdas edilemeyeceğini belirtmektedir. Bununla birlikte yazar, bu ilkenin anayasal veya kanuni değil, "içtihadî" nitelikte bir ilke olduğunu, kısacası, anayasa veya kanundan değil yargı kararlarından kaynaklandığını belirtmektedir. Yazar, bu ilkenin tersinin kanunla öngörülebileceğini, daha açık bir deyişle, kanunun, belirli bir alandaki disiplin cezalarının yönetmelikle düzenlemesini öngörebileceğini, bu durumda hukuka aykırılığın bulunmayacağını öne sürmektedir. Gözler, bu konuda bir örnek de vererek, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun, yükseköğretim personelinin disiplin cezalarını kendisinin belirlemediğini, bu cezaların Yükseköğretim Kurulunca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenmesinin öngörüldüğünü (md. 53, md. 65/a-9), Yükseköğretim Kurulunun da Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğiyle bu disiplin cezalarını düzenlediğini, dolayısıyla bu yönetmeliğin "kanunsuz disiplin cezası olmaz" (nulla poena sine lege) ilkesine aykırı olduğunu, ancak bu aykırılığın kanunla öngörüldüğü için burada hukuka aykırı bir durumun bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. Gözler, İdare Hukuku Cilt II, s. 678. Biz bu gruplardan ilk gruba giren, daha somut bir deyişle, disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin titiz bir şekilde uygulanması gerektiğini öne süren yazarların düşüncelerine katılmaktayız. Zira Anayasanın suç ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 38. maddesinde adli suç ve ceza-idari suç ve ceza arasında bir ayrım yapılmadığına göre idari suç ve cezanın bir türünü oluşturan disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği anayasal bir norm seviyesine yükseltilmiştir. Bu bağlamda ikinci veya üçüncü gruba giren yazarların düşüncelerinin benimsenmesine Anayasanın 38. maddesi engel oluşturmaktadır. Öte yandan disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmaması veya esnek uygulanması gerektiğini ileri sürerek ikinci veya üçüncü gruba giren yazarlar zannımızca özellikle disiplin suçlarının kanunda teker teker saptanmasının olanaksız veya oldukça güç olduğunu dikkate alarak böyle bir eğilim taşımaktadırlar. Bu eğilim doğru değildir. Gerçekten de disiplin suçlarını açık ve kesin bir şekilde kanunla saptamak oldukça kolaydır. Bu bağlamda de Visscher haklı olarak, disiplin suçlarının kanunla teker teker sayılmasında doğabilecek zorluğun şu şekilde doldurulabileceği kanısını taşımaktadır: "Ceza işlerinde olduğu gibi disiplin işlerinde de, suçun açık ve kesin bir şekilde tanımlanması ve önceden bilinmesi bana daha uygun gelmektedir... Bazıları, disiplin suçlarının "mesleki ahlak" (moral) yükümlülüklerinin ihlali olduğunu, bu yüzden ceza hukukunda olduğu gibi disiplin suçlarının açık ve

Yalnızca 657 sayılı DMK değil, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay da devlet memurlarının disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmasına yeterince özen göstermemişlerdir. Anayasa Mahkemesi kararlarından işe başlamak gerekirse mahkemenin, devlet memurlarına uygulanan disiplin suç ve cezalarında "kanunun açıklığı" alt ilkesinin uygulaması bakımından verdiği kararların istikrarsız bir seyir izlediğini belirtmek gerekir. Örneğin, Anayasa Mahkemesinin 19.4.1988 tarih E.1987/16, K.1988/4 sayılı kararında, devlet memurlarının disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesinin uygulanacağı ima edilmiştir. Mahkemenin bu kararının konusunu, 7.5.1987 tarih ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun kimi hükümlerinin Anayasaya aykırılığı dolayısıyla açılan iptal davası oluşturmuştur. İptali istenen hükümlerden birisini de bu kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendi teşkil etmiştir. Bu bentte, katılmakla yükümlü olduğu hizmet içi eğitim programlarına uymayan veya bu programlarda başarılı olamayan sağlık personeline; kamu kuruluşlarında çalışanlar için ilgili Bakanlığın, serbest çalışanlar için kayıtlı olduğu kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşü alınmak suretiyle Sağlık Bakanlığınca geçici veya daimi

---

kesin bir şekilde tanımlanamayacağını savlamaktadırlar. Bu sav, bana temelsiz gelmektedir. Disiplin bir "kavram" (concept) olduğundan onun içeriği ve gerekleri mükemmel bir şekilde tanımlanabilir. Nitekim bazı ülkelerin disiplin kodlarının bulunması da bu görüşü doğrulamaktadır. Bundan da öte ceza hukukunda suçların açık ve kesin bir şekilde tanımlanması yönündeki kuralın derecesi de fazla abartılmamalıdır. Çok önceleri, ceza yargıcının görevi, mekanik bir nitelik taşıyordu. Daha somut bir deyişle, bu dönemde suç oluşturan eylemin unsurları ve cezası açık bir şekilde ceza normunda tanımlanmakta ve yargıç yalnızca kişinin suçlu olup olmadığını belirlemekteydi. Günümüzde, ceza yargıcının görevi artan bir oranda daha insancıl ve sosyal bir nitelik taşımaktadır. Daha açık bir deyişle, günümüzde kanun suçu belirlemiş olsa bile, ceza yargıcı, artan oranda, en son çare olarak "ahlakilik" (morality) veya "ahlaki" (moral) yükümlülük ölçütüne başvurmaktadır. Bu konuda bir örnek vermek uygun olacaktır. Fransa'da 23 Aralık 1934 yılında çıkartılan 55 sayılı Kraliyet Kararnamesi, ticari işlerde dürüstlük kuralına aykırı davranan veya rakiplerinin müşterilerini çalmaya çalışan kişilere karşı tedbir alınması ve ceza verilmesi açısından ceza yargıcına yetki tanımıştır. Yine, 19 Temmuz 1926 tarihli Kraliyet Kararnamesi, Devletin itibarını tehlikeye sokacak ve Frank'ın[860] güvenilirliğini azaltan bilgileri yasaklama konusunda mahkemelere görev ve yetki vermiştir. Son olarak, işaret etmem gerekir ki, ceza hukuku anlamındaki suçlar ile ahlaki yükümlülüğü ihlal arasındaki öze yönelik bir ayrım açık olmaktan oldukça uzaktır ve günümüzde kamu görevini yürütürken yapılan birçok ihlaller Ceza Hukukunun II. Kitabının Dördüncü Bölümünde ceza hukuku bakımından da cezalandırılmakta ve kimi durumlarda faile hem ceza hukuku bakımından ceza, hem de disiplin cezası verilmektedir. Disiplin suçlarına "nullum crimen" prensibinin tam olarak girmesinin sağlanabilmesi için dizgesel açıdan yoğun bir çaba verilmesi gerektiğini itiraf etmeme rağmen, diğer ülkelerin yaptığı gibi disiplin suçları bakımından "kanunsuz suç olmaz" ilkesinin getirilmesinin hayal gücümüzün ötesinde olduğuna inanmıyorum." Bkz. de Wisscher, P. Faut-il juridictionnaliser la fonction disciplinaire?, Recueil de jurisprudence du droit administratif et du Conseil d'Etat, Brussels, Larcier, No.4, 1962, s. 246'dan nak. Fougère, s. 321-322.

meslekten uzaklaştırma cezası vereceği, katılmakla yükümlü olduğu hizmet içi eğitim programına uymayan veya bu programlarda başarılı olamayan yardımcı sağlık personelinin meslekten geçici veya daimi uzaklaştırma cezasının doğrudan yine aynı bakanlıkça verileceği ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu hükmü, Anayasanın çeşitli hükümlerine aykırı bularak iptal etmiştir. Daha açık bir deyişle mahkeme, katılmakla yükümlü olduğu hizmetiçi eğitim programlarına uymayan veya bu programlarda başarılı olamayan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline meslekten geçici ya da sürekli uzaklaştırma cezasının verilmesini kamu görevlilerinin hak ve yükümlülükleri ile ilgisi bulunması, bir ölçüt konulmadan yasa yerine yönetmelikle düzenleme yapılacağının öngörülmesini[861] ve takdirin Sağlık Bakanlığına bırakılmasını, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine, 13. maddesinde belirtilen hak ve özgürlük sınırlamasının demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağına, 56. maddesinde belirtilen çalışma özgürlüğüne ölçülü sınırlama getirilebileceğine ve 128. maddesi gereği kamu görevlilerinin özlük haklarının ancak kanunla düzenlenebileceği esaslarına aykırı[862] bulmuştur.[863]

Mahkeme bunun yanında söz konusu düzenlemeyi, Anayasanın 38. maddesinde belirtilen suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt

[861] 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri temel Kanununun 3. maddesinin (g) bendinde; hizmetiçi eğitim programının ne şekilde ve hangi sürelerle yapılacağının Sağlık Bakanlığınca çıkartılacak yönetmelikle saptanacağı ifade edilmiştir.

[862] Mahkeme kanımızca söz konusu hükmü Anayasanın 128. maddesine aykırı bularak da suç ve cezada kanunilik ilkesini doğru yorumlamıştır. Gerçekten de mahkeme incelen kuralı Anayasanın 128. maddesi bakımından değerlendirirken; meslekten çıkarma koşul ve ölçütünün yönetmelikle saptanmasına olur veren yasa kuralının, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olduğu savının, (h) bendinde yer alan <<Katılmakla yükümlü olduğu>> sözcüklerinin anlamının açıklığa kavuşturulmasıyla karşılanmış olacağını, maddenin (g) bendiyle birlikte değerlendirme yapılınca, hizmetiçi eğitime katılmanın tüm sağlık ve yardımcı sağlık personeli için zorunluluk oluşturduğunu, yükümlülüğün de eğitim programına çağrılanları kapsamına aldığının anlaşıldığını, bu tür bir yükümlülüğün Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen yükümlülük olmadığının belli olduğunu, ancak, düzenlemenin, yükümlü personeli mesleğinden yoksun bırakma yanında, kamu görevlisi sıfatıyla sahip bulunduğu özlük haklarının sona erdirilmesine de yol açtığını, bu konuda yönetime tanınan ve yasadaki belirsizliği kaldırmaya yönelik takdir yetkisinin, yasa koyucunun genel kuralları koyup bunlara uygun biçimde ayrıntıyı düzenlemeyi yönetime bırakması türünden olmadığını, kamu görevlilerinin özlük haklarını da etkileyen bent, bu durumuyla Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının öngördüğü, yasayla düzenleme buyruğuna aykırı olduğunu ifade etmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere suç ve cezada kanunilik ilkesi gereği, suç ve/veya cezanın temel unsurlarının kanunla düzenlenip ayrıntıların İdarenin düzenleyici işlemlerine bırakılması uygun değildir. Böyle bir usul, suç ve/veya ceza konusu dışında kalan hususlar bakımından olanaklı olmasına karşın bu konuda mümkün değildir.

[863] Anayasa Mahkemesi, haklı olarak, idarenin ceza verme yetkisini, Anayasanın yargı bağımsızlığını düzenleyen 9. maddesine aykırı olarak görmemektedir. Zira bu madde çeşitli defalar belirtildiği üzere idarenin ceza verme yetkisine engel teşkil etmemektedir.

ilkesine de örtük olarak aykırı görmüştür. Bu bağlamda mahkeme, İdarenin, idare ilişkisi nedeniyle yönetilenler hakkında yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğunu, disiplin hukukunun kaynağını oluşturan bu yetkinin, Anayasa çerçevesi içinde yasalarla düzenlenen alanlarda, yine yasalarla belirlenen koşullarda kullanılacağını, düzenleyici işlemlerle belirlenen türleri, yöntemleri, uygulama nedenleri, sonuçlarıyla genelde bir disiplin cezası niteliğini taşıyan yaptırımlar için İdarenin kural işlemlerle yetkili kılınacağını, İdarenin, yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamayacağını, idari yaptırımların, idarenin karar ve işlemlerinin denetimi en zorunlu olanlarından olduğunu, suç ve cezaların Anayasa'ya uygun olarak yasayla konulabileceğini, İdarenin kendiliğinden suç ve ceza yaratamayacağını, bir disiplin cezası sayılabilecek meslekten geçici ve sürekli uzaklaştırma cezasında programa uymama ya da başarılı olamama eylemleri belirlenmişse de "uymama"nın tanımının yapılmadığını, hangi eylemlerin "uymama" sayılacağı açıklanmadığını, içeriği çok geniş ve değişik biçimde yorumlanmaya elverişli "uymamak" kavramının, buna bağlı disiplin cezalarının uygulanmasında anlayış, yorum ve değerlendirme ayrılıklarına dayalı olarak eşitsizlik, çelişki, haksızlık doğurabileceği gibi yönetime, her an keyfiliğe dönüşmesine olanak verecek geniş bir takdir yetkisi tanıdığını, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımının yapılması ve suçların kesin biçimde ortaya konulmasının gerekli olduğunu, anılan ilkenin özünü, yasanın ne tür eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirtmesi ve buna göre cezanın da yasayla saptanması olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, incelenen yasanın <<Hizmetiçi eğitim programına uymamak>> gibi içeriği belirsiz bir eyleme yaptırım getirerek Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık yaratmakla kalmadığını, cezalardan hangisinin hangi durumlarda verileceğini belirtmeyip yönetime çok geniş takdir yetkisi vererek Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasına da aykırı düştüğünü belirtmiştir.[864]

Buna karşın Anayasa Mahkemesinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesinin uygulanmayacağını örtük bir şekilde savunan bir kararı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin 20.10.2011 tarih ve E.

[864] Bkz. 23.8.1988 tarih ve 19908 sayılı R.G.

2010/28, K. 2011/139 sayılı kararında; 657 sayılı DMK'nın 125. maddesinin 1. fıkrasının (D) bendinin "Belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak" biçimindeki (j) alt bendini, Anayasanın 2. maddesindeki "hukuk devleti" ve 38. maddesindeki "suç ve cezaların kanuniliği" ilkesine aykırı olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme bu kararında, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin kişilerin yasak eylemleri önceden bilme düşüncesine dayandığını, söz konusu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının amaçlandığını, Anayasanın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından disiplin cezalarının da bu maddede öngörülen ilkelere tabi olduğunu vurgulamıştır. Daha somut bir deyişle mahkeme, 657 sayılı Kanunda yer alan "(b)elirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak" eyleminin disiplin suçu olarak kabul edilerek bu suçun unsurları ve şartlarının yollama yapılan 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununda düzenlendiğini ve bu eylem nedeniyle verilecek disiplin cezasının açıkça belirlenmiş olduğunu, gerek suçun gerekse yaptırımın kanunla düzenlenmiş olması karşısında söz konusu kuralda bir belirsizlik ve öngörülemezlikten söz edilemeyeceğinden suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılığın bulunmadığını ifade etmiştir.[865]

[865] Bkz. 7.2.2012 tarih ve 28197 sayılı R.G. Mahkemenin ulaşmış olduğu bu sonucu isabetli olarak göremiyoruz. Zira yukarıda çeşitli defalar belirtildiği üzere bir suçun unsurlarının başka bir mevzuata yollama yapılarak belirlenmesi suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırıdır. Gerçekten de 657 sayılı DMK'nın 125. maddesinin 1. fıkrasının (D) bendinin (j) alt bendinde belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak fiili "kademe ilerlemesinin durdurulması" cezasını gerektirmesine karşın fiilin unsurları söz konusu alt bentte düzenlenmemiş, başka bir mevzuatta, daha somut bir deyişle, 19.4.1990 tarih ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununda düzenlenmiştir. Suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi gereği hangi durumlarda ve hangi sürede mal bildiriminde bulunulacağının başka kanunlarda değil ceza normunun düzenlendiği madde içerisinde yer alması gerekir. Bu bağlamda cezayı gerektiren fiil veya davranışın oluşup oluşmadığının ya da hangi hallerde oluştuğunun açıklığa kavuşması için ilgililerin yoğun bir şekilde mevzuatı araştırma gereği duyduğu durumlarda söz konusu ceza maddesinin açık ve kesin olduğundan söz edilemez. Öte yandan, 3628 sayılı Kanunda her durum bakımından hangi hallerin mal edinme sayıldığı ve hangi tarihte mal edinmenin gerçekleştiğinin tespiti noktasında bir açıklık bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu kararı vermesine yol açan olay **(**somut olarak bu olayda Diyarbakır Çocuk Hastalıkları Hastanesinde Teknik İşler ve Satın Alma Memuru olarak görev yapan bir kişiye, banka kredisiyle alınan bir aracı 1 ay içerisinde ek mal bildiriminde bulunmaması nedeniyle 1 yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmiştir.) temelinde konu irdelenirse kredi ile alınan dolayısıyla rehinli olan aracın rehin kalktığı zaman mı yoksa tescil tarihinde mi malın edinmiş sayıldığı hususu 3628 sayılı Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Hâlbuki suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesinin gereklerine uyulabilmesi için bu durumların Kanunda açık ve kesin olarak düzenlenmesi, ilgililerin hukuksal yorumu ve bilgisine bırakılmaması gerekmekteydi. Yine 3628 sayılı Kanunda; hisse senedi, tahvil, bono, gayrimenkul gibi malvarlığının kapsamına giren unsurların hangi hallerde edinilmiş sayılacağı ve buna göre de hangi tarihte mal edinmenin gerçekleştiğinin saptanması da ilgililerin hukuki yorum ve bilgisine bırakılmaktadır. Hâlbuki her bir

Danıştay da devlet memurlarına uygulanan disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmasına yeterli bir şekilde özen göstermemekte, üstelik bu özensizlik "kanunun tekelciliği" ve "kanunun açıklığı" şeklindeki alt ilkeler bakımından da geçerli bulunmaktadır.

Gerçi Danıştay'ın disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanacağını ima eden oldukça nadir de olsa kararlarına rastlanılmaktadır. Örneğin Danıştay Beşinci Dairesinin 17.10.1970 tarih ve E. 1969/1092, K. 1970/4461 sayılı kararında; disiplin cezalarının ancak kanunların gösterdiği hallerde verilebileceği belirtilerek söz konusu cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin egemen olduğu anlayışı örtük olarak savunulmuştur. Bu kararla; disiplin cezalarının ancak Kanunun gösterdiği hallerde verilmesinin gerekli olduğu, senelik iznini kullanmakta iken yurt dışına çıkan davacının bu yoldaki fiilinin 788 sayılı Memurin Kanununun 31. maddesinde belirtilen <<bir ayda yedi ve bir senede toplam 20 günden fazla mazeretsiz ve mezuniyetsiz vazifeye devam etmemek" haline girmemesi nedeniyle kanuna aykırı olarak tesis olunan 3 ay kıdem tenzili cezası ile ilgili işlem iptal edilmiştir.[866]

Bununla birlikte mahkemenin son yıllarda vermiş olduğu kararlarında devlet memurlarına uygulanan disiplin suç ve cezaları bakımından "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanmayacağı görüşü örtük olarak egemen olmuştur. Örneğin DİDDGK'nın 27.5.2010 tarih ve E. 2009/111, K. 2010/1048 sayılı kararında; Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü ile disiplin suç ve cezası konulması irdelenmeden bu tüzüğün 8. maddesinin 1. fıkrasının 22. bendinde "kaçakçılarla ilişki kurmak" fiilinin kaçakçılık yapan kişi ya da kişilerle mesleğin gerekleri dışında kurulan her türlü ilişkinin yaptırıma bağlandığı anlamını taşıyacağı, bu hüküm uyarınca "meslekten çıkarma cezası" verilebilmesi için bu ilişkinin ayrıca kaçakçılık yapma amacını taşımasına gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.[867]

---

mal çeşidine göre edinme ve gerçekleşmenin saptanması ve buna göre mal beyanı için geçerli olan sürenin hangi tarihte başlayacağının ceza maddesinde açık ve kesin olarak belirtilmesi gerekmekteydi. Bu çerçevede 657 sayılı Kanunun söz konusu (j) bendi açık olmadığı için Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ve 38. maddedeki suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık taşımaktadır. 657 sayılı DMK'nın söz konusu hükmünü somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine ileten Diyarbakır 1. İdare Mahkemesinin başvuru gerekçesine bkz.

[866] Bkz. AİD, Cilt 4, Sayı 4, Aralık 1971, s. 236.

[867] Bu karar oyçokluğu ile alınmıştır. Karara karşı yazılan karşı oy gerekçelerinde ise kanunilik ilkesinden bahsedilmemiştir. Bu gerekçelerden birisinde, tipiklik ilkesinden örtük bir şekilde bahsedilerek, davacıya verilen cezanın nitelik ve ağırlığı dikkate alınınca soruşturma konusu eylemin

Yine DİDDGK'nın 30.1.2013 tarihinde vermiş olduğu bir kararla, devlet memurlarının disiplin suç ve cezaları bakımından kanuniliği ilkesine uyulmasının mutlak olarak gerekli olmadığı yönünde sonuca ulaşılmıştır.[868]

Danıştay, kararlarında nadiren de olsa devlet memurlarına uygulanan disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesinin uygulanacağı görüşünü örtük olarak savunsa da ağırlıklı olarak söz konusu alt ilkeyi dikkate almamaktadır. Danıştay'ın devlet memurlarının disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesinin uygulanacağı görüşünü örtük olarak savunan bulabildiğimiz tek kararını, DİDDGK'nın 22.2.1985 tarih ve E. 1984/124, K. 1985/5 sayılı kararı oluşturmaktadır. Bu kararda, 1702 sayılı özel kanun varken, 657 sayılı Kanunda yer alan disiplin hükümlerinin öğretmenler için uygulanmayacağı ifade edilerek[869] suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesinin gereklerine uygun davranılmıştır. Zira bu alt ilke gereği kişi disiplin suç ve cezaları bakımından hangi kanuna tabi olduğunu duraksamaksızın bilmek zorundadır.

Az önce belirtildiği üzere Danıştay, devlet memurlarına uygulanan disiplin suç ve cezalarında vermiş olduğu kararlarda ağırlıklı olarak suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesini örtük olarak, dikkate almamaktadır. Bu kararlardan çeşitli örnekler verilmesi faydalı olacaktır.

-Danıştay Onuncu Dairesinin 25.11.1987 tarih ve E.1985/2824, K.1987/1891 sayılı kararında; disiplin cezası verilmesi gereken hallerde memurun işlediği fiilin karşılığı olarak tabi olduğu özel kanunda bir düzenleme bulunmadığı hallerde genel kanun niteliğinde olan 657 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.[870]

---

yeterince araştırılmasının ve toplanan delillere göre kesin sonuca ulaşılmasının ve gerçekleştiği delillerle ortaya konulması gereken eylemin Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğünde tanımlanan biçimde vasıflandırılmış olmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bkz. DD, Yıl: 40, Sayı: 125, 2010, s. 33-35. Görüldüğü üzere karşı oy yazısında bile kanunilik ilkesinin "kanunilik alt ilkesi" gereği tüzük ile disiplin suç ve cezası verilemeyeceğinden bahsedilmediğine göre DİDDGK'nın oybirliğiyle, disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesini benimsemediği sonucunu çıkartmak olanaklıdır.

[868] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 88 ve dn. 138.

[869] Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 6.5.2012.

[870] Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 30.4.2009. Onuncu Dairenin bu görüşüyle suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine iki bakımından aykırı davranılmıştır. Bir kere özel kanununda kişiye uygulanacak disiplin cezası belirlenmemişse, o kişiye ceza verilmesi doğru değildir. Zira bir kişiye uygulanacak disiplin cezası özel kanununda belirlenmişse o kişiye hiçbir zaman genel kanun uygulanamaz. Bu durum aynı zamanda genel bir hukuk ilkesidir. Zira hukukta sürgit bir şekilde "özel kanun genel kanuna tercih edilir" (lex specialia generalibus derogat) ilkesi geçerlidir. Böyle bir

-Bir olayda, çarşı ve mahalle bekçisi olan davacı, İçişleri Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu tarafından "devlet memurluğundan çıkarma" cezası ile cezalandırılmıştır. Açılan davada, Antalya İdare Mahkemesi; yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerin neler olduğunun, hangi fiillerin memuriyet sıfatıyla bağdaşmadığı konusunda yasalarda belirli bir hükmün bulunmadığı, 657 sayılı DMK'nın 48. maddesinin (A) fıkrasının 5. bendinde sayılan fiillerden dolayı hapis cezasına mahkûm olmamanın devlet memuru olabilmek için zorunlu görüldüğü, bu bentteki "gibi" sözcüğünün bu suçlar dışında kalan zina, iffete saldırı, küçükleri baştan çıkarma, fuhşiyata tahrik vesaire suçları da yüz kızartıcı suçlardan sayma olanağı verdiği, davacının da anlaştığı kişilerle para karşılığında, evinde kadın temin ettiğinin belirlendiği, bu yüzden de DMK'daki hüküm uyarınca devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı, davacının yapılan yargılama sonunda beraatine karar verilmiş ise de ceza mahkemesinin kararında davacının eyleminin memuriyet şeref ve haysiyeti ile bağdaşmayan bir durum olduğu ve disiplin suçu teşkil edeceğinin belirlendiği gerekçesiyle davayı ret kararının verildiği belirtilmiştir. Bu ilam, Danıştay Onuncu Dairesinin 29.12.1986 tarih ve E. 1986/1946, K. 1986/2547 sayılı kararıyla onanmıştır.[871]

Danıştay'ın devlet memurlarına uygulanan disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı davranırken kullandığı diğer bir yöntem, söz konusu suç ve cezalarda aleyhe kıyas yasağının bulunmadığı anlayışını benimsemesidir. Çeşitli defalar belirtildiği üzere "aleyhe kıyas yasağı" esasının geçerli olmadığı bir durumda, suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun

---

durumda kişiye salt özel kanunun uygulanmaması, suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesine de aykırıdır. Danıştay genel olarak bu esasa uygun hareket etmemektedir. Örneğin DİDDGK'nın 31.1.2003 tarih ve E. 2000/770, K. 2003/53 sayılı kararında, 657 sayılı DMK'nın 6. ve 7. maddelerine aykırı davranışların, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa tabi öğretim üyesi sıfatı ile bağdaşmayacak şeref ve haysiyet kırıcı suç olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 6.5.2012. Bu sonuca yorum sonucu ulaşıldığı ve kişi önceden böyle bir suçun olduğunu bilemeyeceği için söz konusu alt ilkenin gereklerine aykırı davranıldığı ortadadır. İkinci olarak, yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere 657 sayılı DMK'da suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesine aykırı çok sayıda düzenleme bulunmaktadır. Bu bağlamda kişinin disiplin suç ve cezaları bakımından DMK'ya tabi tutulması âdeta tek başına suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesini tahrip eder.

[871] DD, Yıl: 17, Sayı: 66-67, 1987, s. 445-446. Görüldüğü üzere Danıştay bu kararıyla, disiplin suç ve cezaları bakımından "gibi" sözcüğü nedeniyle kanunun açıklığı alt ilkesine aykırı bir düzenleme öngören DMK'daki ilgili hükmü kararına dayanak alarak söz konusu alt ilkeyi ihlal etmiştir.

açıklığı ilkesi daha baştan yok edilmiş olur. Bu konuyla ilgili bir örnek verilmesi uygun olacaktır.

- Danıştay Onuncu Dairesinin 25.3.1992 tarih ve E. 1991/1471, K.1992/518 sayılı kararına konu olan olay şu şekilde gelişmiştir: Çarşı ve mahalle bekçisi olarak görev yapan bir kişi, bir başka çarşı ve mahalle bekçisinin görev yaptığı yere giderek önce tartışmış, daha sonra ise bu kişiyi sırtından bıçaklayarak yaralamıştır. Bunun üzerine, müessir fiil failine, adli yargı yerince yapılan yargılama sonucunda 17 ay 23 gün hapis cezası verilmiş, ayrıca, aynı eylemi nedeniyle 657 sayılı kanunun 125. maddesinin (E) bendinin (f) alt bendi uyarınca "Devlet memurluğundan çıkarılma" cezası uygulanmıştır.

Diğer iş arkadaşını yaralan kişi kendisine uygulanan disiplin işlemine karşı dava açmış ve İzmir 1. İdare Mahkemesi de 11.4.1989 tarih ve E.1989/35, K.1989/230 sayılı kararıyla dava konusu disiplin işlemini iptal etmiş, davacının ilişiğinin kesildiği günden göreve başlatılacağı güne kadar geçen dönemdeki maaş ve diğer parasal hakların tazminine karar vermiştir.

İzmir 1. İdare Mahkemesinin kararının temyiz edilmesi üzerine, Danıştay Onuncu Dairesi, ilk derece mahkemesinin kararını, 657 sayılı DMK'nın 125. maddesinin (E/F) bendinde, ast ve üstlerine karşı saldırıda bulunmak[872] eyleminin Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılacak eylemler arasında sayıldığını, maddenin (E/k) bendinden sonra gelen üçüncü fıkrasında da yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren eylem ve durumlara nitelik ve ağırlık olarak benzer eylemlerde bulunanlara aynı türden disiplin cezaları verileceği belirtildiğini, saldırıda bulunan kişinin, eylemin ast ve üst konumundaki kişilere karşı yapılmış olması durumunda cezalandırılıp, aynı konumdaki iş arkadaşlarına karşı yapılması durumunda cezasız bırakılmasının düşünülemeyeceğini, Kanunun 125. maddesinin (E/f) bendinde, iş arkadaşlarına yapılan saldırının yer almamış olmasını, yasa koyucunun böyle bir davranışı cezasız bırakmak istediği şeklinde yorumlamanın doğru olmadığını, nitekim 125. maddede, benzer eylemlerde bulunanlara aynı cezaların uygulanacağı belirtilmekle maddede tek tek sayılmayan aynı nitelik ve ağırlıktaki eylemlerin de cezalandırılmasının amaçlandığı, bu durumda, davacının

[872] a.b.ç.

eylemine uyan devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçeleriyle bozmuştur.[873]

Bununla birlikte Danıştay'ın disiplin suç ve cezaları bakımından aleyhe olan normların geriye yürütülemeyeceği esasını örtük bir şekilde kabul ettiğini belirtmek gerekir.[874] Örneğin Danıştay Onuncu Dairesinin 12.6.1984 tarih ve E. 1984/958, K.

[873] Bkz. DD, Yıl:23, Sayı: 86, 1993, s. 421-423. Görüldüğü üzere bu kararda Danıştay kanun koyucunun yapmış olduğu eksiklikleri aleyhe kıyas yöntemiyle gidererek! suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesini açıkça ihlal etmiştir.

[874] Ancak Danıştay suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesini tamamlayıcı nitelikte olan lehe ceza normlarının, bu bağlamda disiplin suç ve ceza normlarının geriye yürütülmesi konusunda vermiş olduğu içtihatlar tutarsızlık göstermektedir. Örneğin Danıştay Onuncu Dairesinin 25.9.1986 tarih ve E. 1986/1600, K. 1986/1645 sayılı kararında, kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezalarında "lehe olan kanun hükümlerinin geriye yürüyeceği" ilkesi benimsenmiştir. Danıştay'ın söz konusu ilkeyi benimsemesine yol açan olayda, gümrük muhafaza memuru olan davacı, 657 sayılı DMK'yı değiştiren 2670 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 16.5.1982 tarihinden önce işlediği suçlar nedeniyle 657 sayılı Kanunun 131 ve 1920 sayılı Kanunun 1. maddesi uyarınca "memuriyetle ilişiğinin kesilmesi" cezasıyla cezalandırılmıştır. Açılan davada Adana İdare Mahkemesi; 657 sayılı Kanunun 2670 sayılı Kanunla değişik 127. maddesinin (b) bendinde, memurluktan çıkarma cezasında altı ay içerisinde disiplin kovuşturmasına başlanmadığı takdirde disiplin cezası verme yetkisinin zamanaşımına uğrayacağı, bu maddenin son fıkrasında da disiplin cezası gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren en geç 2 yıl içerisinde disiplin cezası verilmediği takdirde ceza verme yetkisinin zaman aşımına uğrayacağı hükmüne yer verildiğini, 2670 sayılı Kanunun geçici 4. maddesinin (a) bendinde; kanunun yayımından önce işlenmiş fiil ve hareketlere ilişkin işlemlerin Kanunun yayımı tarihinden itibaren iki yıl içerisinde, aynı maddenin (b) bendinde ise Kanunun yayımı ile disipline ait hükümlerin yürürlüğe girdiği tarih arasında işlenen fiil ve hareketlere ilişkin işlemlerin bu fiil ve hareketlerin işlendiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde sonuçlandırılacağının hüküm altına alındığı, dosyanın incelenmesinden, davacının 20.9.1982 tarihinde gözaltına alındığı, işlediği suçların tümünün bu tarihten önceki zamana uzanan eylemlere ilişkin olduğu, disiplin kararının 11.10.1984 tarihinde verilmesi yüzünden 2670 sayılı Kanunun geçici 4. maddesi nedeniyle olayda ceza verme yetkisi yönünden zamanaşımı bulunduğu ve cezanın yasal dayanağının olmadığı ifade edilmiştir. Mahkeme ayrıca, cezanın 1920 sayılı Kanunun 1. maddesine göre verildiği ve bu yasada da zamanaşımının söz konusu olmadığı yönündeki davalı idarenin savının geçerli olmadığı, gerek yapılan soruşturmanın 657 sayılı Kanuna dayandırılması gerekse 657 sayılı Kanunda ceza verme zamanaşımının özel disiplin cezalarını da kapsayıcı nitelikte olması ve cezalandırmada lehte hükümlerin uygulanacağının hukukun genel prensiplerinden olması nedeniyle davacının 1920 sayılı Kanunun 1. maddesine göre cezalandırılmasının, 657 sayılı Kanunun genel hükümlerinden yararlanmasına engel teşkil etmediğini belirtmiştir. Adana İdare Mahkemesi, bu gerekçelerle söz konusu disiplin cezasını iptal etmiş, ilk derece mahkemesinin söz konusu ilamı ise Danıştay Onuncu Dairesinin bahsedilen kararı ile oybirliğiyle onanmıştır. Bkz. DD, Yıl: 17, Sayı: 66-67, 1987, s. 449-450. Ancak Danıştay kimi kararlarında lehe olan disiplin ceza normlarının geriye yürütüleceği esasını kabul etmemektedir. Örneğin Danıştay Sekizinci Dairesinin 26.2.1992 tarih ve E. 1991/1524, K. 1992/346 sayılı kararında, disiplin cezasına yol açan olaya, "olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan mevzuatın uygulanacağı" (tempus regit actum) gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu sonuca ulaşılmasına yol açan olayda, Ziraat Bankasında şube müdürü olduğu sırada bazı usulsüz ödemelere neden olduğu gerekçesiyle davacının görevine son verilmiş, davacı da uyuşmazlığı ilk derece idare mahkemesine taşımıştır. Adana 1. İdare Mahkemesi, 31.10.1989 tarih ve 1057 sayılı kararıyla, olay günü yürürlükte bulunan T.C. Ziraat Bankası personel yönetmeliğinde zamanaşımı ile ilgili bir kural bulunmadığı, 657 sayılı DMK'nın disiplinle ilgili kurallarının banka personeline uygulanamayacağı gerekçesiyle göreve son verme işlemini iptal etmiştir. Bu kararın temyiz edilmesi üzerine Sekizinci Daire bahsedilen kararında Adana 1. İdare Mahkemesinin kararını; Ziraat Bankasının kamu iktisadi teşebbüsü olduğu, yasal düzenlemeler ve buna ilişkin 8.1.1975 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Banka Personel Yönetmeliğinde disiplin suç ve cezaları konusunda getirilen kurallar arasında zamanaşımı ile ilgili olarak herhangi bir kurala yer verilmediği,

1984/1262 sayılı kararında, memurlar hakkında uygulanan disiplin suç ve cezalarında aleyhe geriye yürüme yasağının bulunduğu görüşü savunulmuştur. Bu kararla, meydana geldiği tarihte hukuki koşullara uygun olarak, daha açık bir deyişle, Resmi Gazetede yayımlanmadığı için yürürlüğe konulmuş sayılamayan bir disiplin yönetmeliğine dayanılarak ceza uygulamasına olanak bulunmayan eylemlerin, sonradan yürürlüğe konulan bir disiplin yönetmeliğine göre disiplin cezasına tabi tutmanın hukukun genel ilkeleriyle bağdaşmayacağı gerekçesiyle davacıya uygulanan disiplin cezası iptal edilmiştir.[875]

bb. KİT Personeline Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

22.1.1990 tarih ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. maddesinin (a) bendinde; kamu iktisadi teşebbüs ve bağlı ortaklıklarında hizmetlerin, memur, sözleşmeli personel ve işçiler[876] eliyle görüleceği ifade edilmiştir. Bunlardan işçiler

---

16.10.1990 günü yayımlanarak yürürlüğe giren yeni yönetmeliğin 44. maddesi ile bu konuda kural konulmuş ise de, bu kuralın bu konuda uygulanamayacağı gerekçeleriyle söz konusu idare mahkemesinin kararını oybirliğiyle bozmuştur. Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 6.5.2012. Yine Danıştay Onuncu Dairesi 4.12.1984 tarih ve E. 1984/1626, K. 1984/2040 sayılı kararıyla, lehe kanunun geriye yürümesi esası benimsenmeyerek disiplin cezasına konu eylemin vuku bulduğu tarihteki mevzuatın uygulanacağı esası benimsenmiştir. Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 3.2.2013.

[875] Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 27.9.2011. Danıştay'ın bu kararında disiplin cezaları bakımından aleyhe geriye yürüme yasağına uyulmuş olsa da kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine uyum sağlanamamıştır. Zira kararda, Resmi Gazetede yayımlanan bir yönetmeliğe dayanarak disiplin cezası verilebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Çeşitli defalar belirtildiği üzere, kanunun tekelciliği alt ilkesine uygun davranabilmek için disiplin suç ve cezalarının yalnızca kanunla düzenlemesi gerekir.

[876] KİT ve bağlı ortaklıklarında istihdam edilen işçiler arasında "kapsam dışı personel" şeklinde bir başka uygulama bulunmaktadır. Kapsam dışı personel; işçi ve işveren tarafının anlaşarak toplu iş sözleşmesinden yararlanamayan personel olarak tanımlanır. Bu personel, sendika üyesi olsa ve sendikaya dayanışma aidatı ödese bile toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz. Bu yüzden, toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçilere "kapsam içi", yararlanamayan personele de "kapsam dışı" denilmektedir. Uygulamada; müdür, şef, vardiya amiri (mühendis), teknik müdür, personel müdürü, müşavir, muhasebe müdürü ve büro personeli gibi görevlilerin yer aldığı kapsam dışı personel, işverenle olan ilişkilerini bireysel iş sözleşmeleriyle düzenlemektedir. Bkz. Demir, F. Sorularla Toplu İş Hukuku, 2. Cilt, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, s. 284. Yine uygulamada, kimi KİT'lerin (örneğin, Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. Genel Müdürlüğü "BOTAŞ", Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. Genel Müdürlüğü) yönetim ve denetim görevlerinde bütünüyle "kapsam dışı personel" istihdam edilmekte ve bunların kamu görevlisi olduğu ima edilmektedir. Ancak kamu görevlisi oldukları ima edilen bu personelin disiplin işleri suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olarak yönetmeliklerle düzenlenmektedir. Örneğin, Türkiye Elektromekanik Sanayi A.Ş. (TEMSAN) Genel Müdürlüğü, Kapsam Dışı Personelin Disiplin ve Sicil Yönetmeliği (Bkz. 17.6.2002 tarih ve 24788 sayılı R.G.) adlı özel bir yönetmelik çıkartarak çalıştırdığı kapsam dışı personelin disiplin suç ve cezalarını yönetmelikle düzenlemiştir.

İş Kanununa tabi olarak çalışmakta ve kamu görevlisi olarak kabul edilmemektedir.[877]

KİT personelinden işçilerin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi uygulanmaz. Zira işçi, statü hukukuna tabi olarak değil bireysel veya toplu hizmet sözleşmesine göre çalıştığına ve bu sözleşmede disiplin suç ve cezaları kararlaştırıldığına göre ona uygulanan disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi uygulanmaz.

KİT personelinden sözleşmeli personele gelince, 399 sayılı KHK, sözleşmeli personeli "kamu görevlisi" olarak değerlendirmektedir. Böyle bir değerlendirme yapmasına karşın söz konusu KHK sözleşmeli personelin disiplin işlerinde az sonra anlatılacağı üzere, tam olarak kamu hukuku rejimini ve bu arada suç ve cezada kanunilik ilkesini" egemen kılamamıştır.[878] Bunun çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki, KİT sözleşmeli personelinin istihdam statüsünü ve bu arada disiplin suç ve cezalarını düzenleyen metnin kanun değil KHK olmasıdır. Yukarıda ayrıntılarıyla anlatıldığı üzere disiplin suç ve cezalarının kanun dışında düzenleyici işlemler ve bu arada KHK ile düzenlenmesi kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırılık oluşturur. Bu bağlamda bizatihi 399 sayılı KHK'nin kendisi söz konusu alt ilkeye aykırılık oluşturmaktadır.

İkinci olarak, sözleşmeli personelin disiplin suç ve cezaları temelinde irdeleme yapıldığı takdirde de disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesine uyulmadığı gözlemlenmektedir. Örneğin, 399 sayılı KHK'nin 45. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde, "(b)u Kanun Hükmünde Kararname ile sözleşme

[877] Nitekim 399 sayılı KHK'nin 3. maddesinin (e) bendinde, işçilerin bu KHK'ye tabi olmadığı açıkça belirtilmiştir.

[878] Aslında sözleşmeli personelin disiplin suç ve cezaları bakımından kamu hukuku rejimi ve bu arada suç ve cezada kanunilik ilkesinin egemen kılınamaması işin doğası gereğidir. Zira metalaşma veya esnek istihdam yöntemlerinden olan sözleşmeli personel ve taşeronlaşma yollarıyla kamu görevlilerinin statü hukuku, bir diğer deyişle, yasayla düzenleme esasının gevşetilmesi ereklenir. Gerçekten de dünyada ve Türkiye'de 1980'li yıllardan itibaren artan oranda görülen neo-liberal akımlar sonucu kamu görevlilerinin statü hukuku, sözleşmeli istihdam ve taşeronlaşma yollarıyla metalaştırılmış veya esnek istihdama dönüştürülmüş, böylelikle kamu organlarında istihdam edilen taşeron eleman ve sözleşmeli personelin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulaması esnetilmiş veya yok edilmiştir. Kamu görevlilerinin statü hukukunun, sözleşmeli istihdam ve taşeronlaşma yollarıyla "metalaşması" (esnek istihdam) sonucu zayıflatılması hakkında Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık ile Almanya ve Fransa'daki durum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan, O.E., Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri, TODAİE Yayınları, Ankara 2006, s. 52, 108-111. Türkiye'deki durum için bkz. Dursun, KİT'lerde Çalışan Sözleşmeli veya Kapsam Dışı Personel Uyuşmazlıkları İdari Yargıda Çözümlenir mi?, s. 50 vd.

hükümlerine aykırı davranışlarda bulunmak" fiilinin sözleşmeli personelin sözleşmesinin feshini gerektiren bir eylem olduğu ifade edilmiştir. KHK veya sözleşme hükümlerine aykırılık ibaresi belirsiz olduğu ve kesinlik göstermediği için böyle bir hükümle "kanunilik" ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı davranıldığı ortadadır.

Sözleşmeli personele uygulanacak disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesine uyulmadığının bir başka kanıtını 399 sayılı KHK'nin 44. Maddesi oluşturur. 399 sayılı KHK'nin 44. maddesinde, kamu iktisadi teşebbüs veya bağlı ortaklıklarında hizmetlerin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla sözleşmeli personelin görevleri ile ilgili kusurlu hareketleri, iş yerinde veya dışında teşebbüs ve bağlı ortaklıkla ilgili mevzuata aykırı davranışları nedeniyle kademe ilerlemesinin durdurulması hariç, verilmesi gereken disiplin cezaları ile disiplin cezası vermeye yetkili merciler ve disiplin kurulları hakkında bu KHK'de hüküm bulunmayan hallerde teşebbüs veya bağlı ortaklık memurlarının tabi olduğu hükümlerin uygulanacağı, ancak, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiiller için sözleşme ücretinden kesme cezasının aylıktan kesme cezası esaslarına göre yapılacağı ifade edilmiştir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere sözleşmeli personel hakkında 657 sayılı DMK'da öngörülen "kademe ilerlemesinin durdurulması" disiplin cezası kaldırılmakta, kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı olarak söz konusu disiplin cezası yerine KHK ile "sözleşme ücretinden kesme" disiplin cezası öngörülmektedir.

Öte yandan, 399 sayılı KHK ile sözleşmeli personel için "sözleşmenin feshi" disiplin cezası öngörülmektedir.[879] Gerçekten de söz konusu KHK'nin 49. maddesinde; sözleşmenin feshini gerektiren disiplin cezasının kesinleşmesi; teşebbüs veya bağlı ortaklık yönetim kurullarının kararına bağlı olduğu ifade edilerek, söz konusu feshin bir disiplin cezası olduğu açıkça ortaya konulmuştur. KİT'lerde çalışan sözleşmeli personel hakkında "sözleşmenin feshi" şeklinde bir disiplin cezası KHK ile konulduğuna göre kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı davranıldığı açıktır. Bu bağlamda, KİT'lerde çalışan sözleşmeli personel

[879] Nitekim DİDDGK'nın 12.12.2012 tarih ve E. 2009/721 sayılı kararında; 399 sayılı KHK uyarınca idari hizmet sözleşmesiyle çalışan kişinin mazeretsiz olarak on gün işe gelmemesi nedeniyle sözleşmesinin idare tarafından feshi "disiplin cezası" olarak görülmüştür. Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 161 ve dn. 215.

hakkında öngörülen disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesine uyulmadığı ortadadır.[880]

KİT'lerde çalışan memurlar hakkında öngörülen disiplin suç ve cezaları bakımından da kanunilik ilkesine tam olarak uyulmamıştır. Zira 399 sayılı KHK'nin 3. maddesinin (b) bendinin 2. paragrafında, KİT'lerde çalışan memurlar hakkında bu KHK'de hüküm bulunmayan hallerde 657 sayılı DMK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. KİT'lerde çalışan memurların disiplin işleri hakkında 399 sayılı KHK'de bir hüküm yer almadığına göre bu konuda bütünüyle 657 sayılı DMK hükümleri uygulanacaktır. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde görüldüğü üzere devlet memurlarının disiplin suç ve cezalarında katı bir şekilde kanunilik ilkesi uygulanmadığına göre KİT'lerde çalışan memurların disiplin suç ve cezaları bakımından da kanunilik ilkesine tam olarak uyulamayacağı açıktır.

399 sayılı KHK, KİT'lerde çalışan sözleşmeli personelin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin gereklerine uygun hareket edememesine karşın, Anayasa Mahkemesi söz konusu personelin disiplin suç ve cezaları bakımından katı bir şekilde kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin 4.4.1991 tarih ve E.1990/12, K.1991/7 sayılı kararında, KİT sözleşmeli personelinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine uyulması gerektiği ima edilmiştir. Mahkemenin bu sonuca ulaşmasına yol açan kararının konusunu, 399 sayılı KHK'nın bütün maddelerinin Anayasanın bazı maddelerine aykırılığı savıyla iptal istemi oluşturmuştur. Bu KHK'nin 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55 ve 56. maddelerinde KİT'lerde ve bağlı ortaklıklarda çalıştırılacaklara verilecek disiplin cezaları, disiplin cezası niteliğinde sözleşmenin feshine neden olacak eylemler ve disipline ilişkin diğer düzenlemelere yer verilmiştir. Mahkeme, söz konusu maddeleri; disiplin cezalarının

[880] Kamu görevlisi olarak kabul edilen sözleşmeli personel ile devlet memurlarının disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesine uyulmaması Anayasanın 38. maddesine aykırı olmak dışında Anayasanın 128. maddesine de aykırıdır. Gerçekten de Anayasanın 128. maddesinin 2. fıkrasında; memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin (zat işleri olarak da adlandırılan özlük işleri; görevlilerin, çalışmalarını, yükselmelerini, disiplin durumlarını gösteren işler anlamını taşır. Bkz. Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s. 532. Görüldüğü üzere, özlük işleri; disiplin işlerini de bünyesine alan geniş bir kavramdır) kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Bu çerçevede sözleşmeli personel ile devlet memurunun disiplin işlerinin yönetmelikle düzenlenmesi Anayasanın 128. maddesinin 2. fıkrasına açıkça aykırıdır.

kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olarak benimsendiğini, Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığını, buna göre, disiplin cezalarının da Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında olduğunu, KHK'nin 60. maddesinde, cezalara ilişkin düzenlemelerin KHK'nin yasalaştığı tarihte yürürlüğe gireceğinin hükme bağlandığını, bu maddede açıkça 44. 45. 46. 47. 48. 49. ve 50. maddelerden söz edilmese de cezalara ilişkin düzenlemelerin, KHK'nin bu maddelerinde yer aldığını, bu yüzden anılan maddelerin yürürlüğünün KHK'nin yasalaşma tarihine bırakıldığının anlaşıldığını, bu hükümlerin anayasal denetime bağlı olduğunu, Anayasa'nın "suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesinin, İkinci Kısmının İkinci Bölümü'nde yer aldığını, bu bölümde yer alan hak ve ödevlerin Anayasa'nın 91. maddesi uyarınca KHK ile düzenlenemeyecek konular kapsamına girdiğini,[881] bu yüzden, KHK'nın disiplin cezaları ile ilgili hususları düzenleyen 44., 45., 46., 47., 48., 49. ve 50 maddelerinin, Anayasa'nın 91. maddesine aykırı olduğunu, görevden uzaklaştırma ile ilgili konuları düzenleyen 51. 52. 53. 54. 55. ve 56. maddelerin de disiplin cezası niteliğinde düzenlemeler olmasından dolayı Anayasa'nın 91. maddesine aykırı olduğunu belirterek bu maddeleri oy çokluğu ile iptal etmiştir.[882]

---

[881] Anayasa Mahkemesi, yalnızca idari suç ve cezaların değil, ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezaların da KHK ile düzenlenemeyeceği konusuna özel bir duyarlılık göstermektedir. Örneğin mahkeme, iptal davası yoluyla 22.1.1990 tarih ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin TCK'ya yollama yapan maddelerini 4.4.1991 tarih ve E. 1990/12, K. 1991/7 sayılı kararıyla iptal etmiştir. Bkz. 13.8.2001 tarih ve 20959 sayılı R.G.

[882] Karar için bkz. 13.8.1991 tarih ve 20959 sayılı R.G. Karara E. CANSEL, Y. NAZAROĞLU ve H. KILIÇ karara karşı muhalif kalmışlardır. Bu üyelerin "karşıoy yazısı"nda disiplin suç ve cezalarının kanuniliği konusunda şu görüşler öne sürülmüştür. "Suçun birinci unsuru, yapılan hareketin kanundaki tarifine uygun olmasıdır. Bu sonuca varabilmek için suçlar kanunda teker teker gösterilir ve tarif edilir. Disiplin cezalarında ise, bu kural geçerli olmayabilir. Yani, ceza hukukunda suçu belirleyen hükümler suçta kanunilik ilkesine tabi olduğu halde disiplin cezasını gerektiren fiiller hakkında kanunilik ilkesi uygulanmaz. Nitekim örneğin Avukatlık Kanununun 2/C maddesi "meslek, şeref ve haysiyetini ihlal eden fiiller"i disiplin cezasını gerektiren fiiller olarak tanımlamış, fakat bu fiillerin hangileri olduğunu belirtmemiştir. Bununla beraber kanun koyucu bazen disiplin suçlarına da ceza hukukunun ilkelerini uygulayabilmektedir. Disiplin soruşturmasında da failin savunmasının alınması (Anayasa madde 129, fıkra 2; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, madde 130); disiplin cezalarında hafifletici sebeplerin kabulü (21.8.1982 tarih ve 17789 sayılı R.G. de yayımlanmış olan Yükseköğretim Disiplin Yönetmeliği, md 16) gibi. Bir de, 657 sayılı Kanunun 125. maddesini değiştiren 30 Aralık 1972 tarihli (R.G. 14407) 2 numaralı Kanun Hükmünde Kararname disiplin suçlarını teker teker saymak suretiyle bu tür suçlara ceza hukukundaki kanunilik ilkesini uygulamıştır. Disiplin suçlarına bazı ceza hukuku ilkelerinin uygulanması aslında suç ile disiplin suçlarının ayrı kavramlar olduğunu ve aynı kurallara tâbi olmadığını göstermektedir. Özellikle, Anayasa'nın 38. maddesindeki "suç ve cezaların kanunla düzenlenmeleri" ilkesi disiplin suçları bakımından da doğru olamaz. Nitekim yukarıda andığımız, 30 Aralık 1972 tarihli, 2 sayılı KHK (R.G. 14407) disiplin

KİT'lerde çalışan sözleşmeli personelin disiplin suç ve ceza işleri bakımından kanunilik ilkesinin uygulanmasında Anayasa Mahkemesi gerekli ve yeterli özeni göstermesine karşın Danıştay aynı özeni göstermemektedir. Daha açık bir deyişle Danıştay, kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı olarak salt idari hizmet sözleşmesine uygun olarak disiplin cezası verilebileceği görüşünü taşımaktadır. Örneğin Danıştay Sekizinci Dairesinin 22.5.1998 tarih ve E.1996/920, K.1998/1846 sayılı kararında; bir KİT olan TRT Genel Müdürlüğünde sözleşmeli personel olarak görev yapan davacıya disipline aykırı tutum ve davranışları nedeniyle davalı kurumun disiplin işlerine ilişkin yasal düzenleme yapılıncaya kadar İdare ile kendisi arasında imzalanan sözleşme ekindeki disiplin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.[883]

cc. Yükseköğretim Personeline Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Yükseköğretim kurumları yönetici, öğretim elemanı ve memurlarının disiplin işleri bütünüyle kanunilik ilkesine aykırı olarak düzenlenmiştir. Her şeyden önce, sayılan bu kamu çalışanlarının disiplin işleri "kanunilik" ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı olarak yönetmelikle düzenlenmiştir. Daha açık bir deyişle, bahsedilen personele uygulanacak disiplin suç ve cezaları, Yükseköğretim

---

suçlarını düzenlemektedir. Bu tarihte 1961 Anayasası yürürlükte idi ve 1982 Anayasası'nın 91. maddesindeki "sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümünde yer alan temel haklar ve kişi hakları ve ödevleri... KHK.lerle düzenlenemez" hükmü eski Anayasada da aynen yer almıştı (md.64 Son bent). Yine 1961 Anayasası'nda da cezaların kanunla düzenleneceğine dair hüküm aynen mevcuttu (md. 33). Bu hükümler göz önünde iken kanun koyucunun disiplin suçlarını ve cezalarını KHK ile düzenleyerek bunları suç ve cezaların kanuniliği ilkesini koyan 1961 Anayasası'nın 33. maddesinin kapsamında görmemesi dikkat çekici ve savunduğumuz görüşü doğrulayıcı niteliktedir. Diğer taraftan, 1982 Anayasası memurların ve kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekkülleri mensuplarının disiplin kovuşturmaları ile ilgili savunma hakkını ve usulünü düzenleyen; uyarma ve kınama cezaları hariç disiplin kararlarının yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamayacağını hükme bağlayan 129. maddesi, 91. maddesinin, kanun hükmünde kararname çıkarılmasını önlediği ikinci kısmın birinci ve ikinci bölümleri ve dördüncü bölümü dışında bulunmakta; üçüncü kısmın ikinci bölümünde yer almaktadır. Bu bakımdan da disiplin suçları ve cezaları KHK ile düzenleneme yasağı dışında bulunmaktadır." Görüldüğü üzere bu görüş, hatalı olarak, kamu görevlilerinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesini bütünüyle reddetmektedir.

[883] Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 22.4.2009. Danıştay'ın bu tutumu KİT dışındaki kamu kurum ve kuruluşları açısından da sürdürülmüştür. Örneğin Danıştay Onbirinci Dairesinin 15.6.2007 tarih ve E. 2006/9345, K. 2007/6043 sayılı kararında; bir kamu tüzelkişisi olan TÜBİTAK ile bu kurumda koruma ve güvenlik grup şefi olarak çalışan davacı arasında imzalanan sözleşmenin bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olduğu, sözleşmenin düzenleme ve yürütme biçiminin özel hukuk esaslarından çok, kamu hukuku esaslarına uygun olması nedeniyle idari bir sözleşme olduğu, sözleşmeye dayalı olarak yapılan sözleşmenin feshinin geçerli olduğu belirtilmiştir. Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 6.5.2012.

Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde[884] düzenlenmiştir.

Aslında, söz konusu personelin disiplin işlemlerinin yönetmelikle düzenlenmesi Anayasanın çeşitli maddelerine aykırılık oluşturmaktadır. Her şeyden önce yükseköğretim kurumlarında çalışan yönetici ve memur ya "memur" ya da "diğer kamu görevlisi" kapsamına girmekte ve bu personel 657 sayılı DMK'ya tabi bulunmaktadır.[885] Memur ya da diğer kamu görevlisinin disiplin işlerinin yönetmelikle düzenlenmesi Anayasanın 128. maddesinin 2. fıkrasına aykırıdır. Yukarıda belirtildiği üzere Anayasanın bu fıkrasında memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği ifade edildiğine göre "özlük işleri" kavramına giren disiplin işlerinin "kanun" yerine "yönetmelik" ile düzenlenmesi Anayasanın bu hükmüne aykırıdır.

Gerçi denilebilir ki söz konusu yönetmeliğin hukuki dayanak kısmında 4.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Kanununun 53. maddesi ile 65. maddesinin 1. fıkrasının (9) numaralı bendi gösterildiğinden yönetmeliğin hukuki dayanağının bulunduğu ve kanunla düzenleme şartının yerine getirildiği savlanabilir. Kanımızca böyle bir sav isabetsizdir. Zira 2547 sayılı Kanunun söz konusu maddeleri, bu yönetmelik için yeterli bir hukuksal dayanak oluşturamamaktadır. Gerçekten de 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinde "disiplin ve ceza işleri" bakımından birtakım usul hükümlerine yer verilmekte, 2. fıkrasında ise üniversite öğretim elemanları, memur ve diğer personelin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri, devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre Yükseköğretim Kurulunca düzenleneceği ifade edilmektedir. Yönetmeliğe hukuksal dayanak olarak gösterilen 2547 sayılı Kanununun 65. maddesinin 1. fıkrasının (9) numaralı bendinde ise öğretim elemanları, memur ve diğer personel ile öğrencilerin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri ve disiplin kurullarının teşkili ve çalışması ile ilgili hususların Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmiştir. Çeşitli defalar belirtildiği üzere "kanun ile düzenleme" koşulunun

[884] Bkz. 21.8.1982 tarih ve 17789 sayılı R.G.

[885] 14.7.1965 tarih ve 657 sayılı DMK'nın 1. maddesinin üçüncü (son) fıkrasına göre, üniversitelerin öğretim üye ve yardımcıları bu kanuna tabi değildirler. Bu hükümden, üniversitelerin öğretim üye ve yardımcıları dışında kalan personelinin 657 sayılı DMK'ya tabi olduğu sonucunu çıkartabilmek olanaklıdır.

yerine getirildiğinden bahsedilebilmesi için kanunun, suç ve cezanın asli veya maddi unsurlarının tümünü düzenlemesi gerekir. Hâlbuki 2547 sayılı Kanunda söz konusu personelin disiplin suç ve cezalarında herhangi bir asli veya maddi unsur düzenlemesi yapılmamış, söz konusu düzenlemenin yapılması bütünüyle yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu durumun Anayasanın 128. maddesinin 2. fıkrasına aykırılık oluşturduğu açıktır.

Öte yandan, yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının disiplin işlerinin yönetmelikle düzenlenmesi, Anayasanın 130. maddesinin 9. fıkrasına da aykırılık oluşturur. Bu fıkrada; yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri, öğretim elemanı yetiştirme, üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkileri, öğretim düzeyleri ve süreleri, disiplin ve ceza işleri, mali işler ve özlük haklarının kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Anayasanın söz konusu hükmünde üniversite öğretim elemanlarının disiplin işlerinin kanunla düzenleneceği belirtildiğine göre disiplin suç ve cezalarının tüm unsurlarının kanunla düzenlenmesi gerekir. 2547 sayılı Kanunun 53 ve 65. maddelerinde yapıldığı gibi üniversite öğretim elemanlarının disiplin işlemlerinin yönetmelik ile düzenleneceğinin belirtilmesi, Anayasanın aradığı "kanunla düzenleme" koşulunun yerine getirildiğini göstermez. Bir diğer deyişle, 2547 sayılı Kanunda öğretim elemanlarının disiplin işlemleri şeklinde salt konudan bahsedilerek düzenleme işinin yönetmeliğe bırakılması hiçbir şekilde kanunla düzenleme yapıldığı anlamını taşımaz. Bu bağlamda, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği açıkça Anayasanın 128. maddesinin 2. fıkrası ile 130. maddesinin 9. fıkrasına aykırıdır. Konu oldukça önemli olduğundan üzerinde biraz daha durulması uygun olacaktır.

Anayasanın söz konusu maddelerinde belirtilen "kanun ile düzenleme ilkesi"; kamu görevlilerinin hizmete alınmasından disiplin işlerine kadar tüm istihdam koşullarının nesnel, genel ve soyut hukuki düzenlemelerin konusu olmasını içerir. Bu bağlamda, yasama organının yetkisinde bulunan kanun; memur veya diğer kamu görevlisinin tüm bileşenlerini düzenler. Kanunun düzenleme alanı ise konusuna göre değişkenlik gösterir. Kamu görevlilerinin disiplin suç ve cezaları dışındaki diğer alanlarda kanun istihdam statüsünün tüm öğelerini düzenleyebileceği gibi yalnızca

asli unsurları düzenleyip tali ve uzmanlık gerektiren hususları yürütmenin düzenleyici işlemlerine bırakabilir ve bu tutum kanuni idare ilkesi ile Türk idare hukukunda geçerli olan kanunilik türü olan "uygunluk ilişkisi" açısından sorun doğurmaz.[886] Ancak disiplin suç ve cezaları bakımından kanun, tüm asli veya maddi öğeleri düzenlemek zorundadır. Daha somut bir deyişle, disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin gereklerine uyabilmek için söz konusu suç ve cezanın unsurları kanunda düzenlenmeli, kamu görevlisi, ancak kanunda öngörülen disiplin suçunu işlediği gerekçesiyle yine kanunda öngörülen disiplin cezasına maruz kalabilmelidir. Hatta söz konusu suç ve cezalar bakımından yalnızca asli veya maddi unsurlar düzenlenip ayrıntılı ve uzmanlık gerektiren konular yürütmenin düzenleyici işlemlerine bırakılır ve söz konusu düzenleyici işlemlerle suç veya ceza konulursa suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin gereği yerine getirilmiş olunmaz. Zira yukarıda görüldüğü üzere suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesi, disiplin suç ve cezaları dâhil bütün ceza normlarının özünün kanun tarafından belirlenmesini gerektirir.

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği, Anayasanın yukarıda belirtilen hükümlerine aykırı olduğu gibi bizatihi kendisi de suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırıdır. Zira söz konusu personelin disiplin suç ve cezaları bütünüyle yönetmelik tarafından düzenlenmiştir. Yukarıda anlatıldığı üzere suç ve cezada kanunilik ilkesinin benimsendiğinden bahsedilebilmesi için kanunilik ilkesinin tüm alt ilkeleriyle birlikte eşanlı olarak benimsenmesi gerekmektedir. Bunlardan birisinin bile benimsenmediği durumlarda kanunilik ilkesi bulunmaz. Burada da kanunun tekelciliği alt ilkesi benimsenmediği için yükseköğretim personelinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin mevcut olmadığı sonucunu çıkartabilmek olanaklıdır. Ancak salt bir fikir verebilmek açısından söz konusu personelin disiplin suç ve cezalarının kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi bakımından da irdelenmesi faydalı olacaktır.

Burada hemen belirtmek gerekir ki yönetmelikte Yükseköğretim Kurulunun söz konusu personelinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine de uyulmamıştır. Daha açık bir deyişle, bu aykırılık disiplin

[886] Krş., Aslan, O.E. s. 98.

suçları bakımından somut bir şekilde gözükmektedir. Bu aykırılık öyle yoğundur ki her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve hal bakımından örnek vermek olanaklıdır. Örneğin, Yönetmelikte, "(u)sulsüz müracaat veya şikâyette bulunmak",[887] öğretim elemanlarının "öğrencilerle olan ilişkilerinde, Devlet memurluğu ve öğretim elemanı saygınlığına aykırı davranışlarda bulunmak"[888] davranışları "uyarma" cezasını, "(g)örev sırasında amire hal ve hareketi ile saygısız davranmak"[889] "kınama" cezasını, "(y)önetimi ile sorumlu olduğu yerde verimli veya huzurlu çalışmayı sağlamak için gerekli önlemleri almamak veya huzuru bozacak hareketlere göz yummak veya bu çeşit hareketleri tahrik, teşvik etmek veya desteklemek"[890] "yönetim görevinden ayırma" cezasını, "(g)örev sırasında amirine sözle saygısızlık etmek"[891] "aylıktan kesme" cezasını, "görevi ile ilgili olarak her ne şekilde olursa olsun çıkar sağlamak" "kademe ilerlemesinin durdurulması" cezasını, "(a)çıklanması yasaklanan bilgileri açıklamak"[892] "kademe ilerlemesinin durdurulması" cezasını, "(i)zinsiz veya geçerli bir mazereti olmaksızın tayin edildiği göreve 15 gün içinde başlamamak"[893] "görevinden çekilmiş sayılma" cezasını, "(b)ir başkasının bilimsel eserinin veya çalışmasının tümünü veya bir kısmını kaynak belirtmeden kendi eseri gibi kullanmak"[894] "üniversite öğretim mesleğinden çıkarma" cezasını, "(y)etki almadan gizli belgeleri açıklama(nın)"[895] "kamu görevinden çıkarma" cezasını gerektireceği ifade edilmiştir. Burada sadece örnek olarak gösterilen ve daha çok

[887] 5. maddenin 1. fıkrasının (d) bendi.
[888] 5. maddenin 1. fıkrasının (ı) bendi.
[889] 6. maddenin 1. fıkrasının (c) bendi.
[890] 7. maddenin 1. fıkrasının (c bendi.
[891] 8. maddenin 1. fıkrasının (e) bendi.
[892] 9. maddenin 1. fıkrasının (k) bendi.
[893] 10. maddenin 1. fıkrasının (b) bendi. İzinsizlik durumunun saptanması kolay olmasına karşın, "geçerli bir mazeret" kavramının içeriğini nesnel olarak belirlemek kolay değildir. Bu durumun kanunilik ilkesinin "açıklık" alt ilkesini ihlal ettiği ortadadır.
[894] 11. maddenin 1. fıkrasının 3. bendi. Burada şunu belirtmek gerekir ki bir başkasının bilimsel eseri veya çalışmasının tümünü kaynak belirtmeden kendi eseri gibi göstermenin nesnel olarak saptanabilmesi kolaydır. Ancak, eser veya çalışmanın bir kısmını kendi eseri gibi göstermek fiilini saptayabilmek kolay değildir. Aslında, bir başkasının çalışmasında veya eserinde gösterilse bile kamuya mal olmuş bilgiler kişinin çalışmasına veya eserine aktarılırken kaynak gösterilmesi gerekmez. İktibas yapılacak bilginin bir başkasının şahsi bilgi ve deneyimini yansıtması gerekir. Yine, bu bent hükmü yüzünden bir başkasının çalışma veya eserinden bir cümlenin alınması durumunun "bir kısım" kavramına altlandırılıp altlandırılamayacağı belli değildir ki bu durum da kanunilik ilkesinin "açıklık" alt ilkesine aykırıdır.
[895] 11. maddenin 1. fıkrasının (b) bendinin 7. alt bendi. Burada yetkinin kimden alınacağı belirli olmadığı gibi nesnel bir şekilde gizli belgenin ne olduğu da saptanamaz.

sayıda örnek olarak verilebilecek fiil ve hallerde[896] kanunilik ilkesinin alt ilkesi olan "kanunun açıklığı veya belirliliği" esasına uyum sağlamak hedeflenmemiş, söz konusu ibareler özensiz veya belirsiz bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu durumların da kanunilik ilkesini derin bir şekilde ihlal ettiği kuşkusuzdur.

Danıştay da yerleşik içtihatlarında yükseköğretim personelinin disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı görüşünü savunmuştur. Daha açık bir deyişle Danıştay, yerleşik içtihadında, üniversite öğretim elemanlarına verilecek disiplin cezalarında, cezayı gerektirecek davranışların kanunla düzenlenmeyip yönetmelikle düzenlenmesini "suçun kanuniliği" ilkesine aykırı görmediği gibi gerek 2547 sayılı Kanun gerekse 657 sayılı Kanunda öngörülmeyen disiplin cezalarına (yönetim görevinden ayırma, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma gibi) yönetmelikte yer verilmesini de cezaların kanuniliği ilkesine aykırı görmemiştir.[897] Bu konuda Danıştay'ın kararlarından iki örneğe yer verilecektir.

- Danıştay Onuncu Dairesinin 21.1.1986 tarih ve E.1985/169, K.1986/31 sayılı kararına yol açan olayda; Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Ana Bilim Dalı Başkanı olan davacıya, işlediği öne sürülen disiplin suçu nedeniyle Yükseköğretim Kurumları, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 4. maddesinin (b) bendi ile 6. maddesinin (a) ve (j) bentleri uyarınca Rektörlük tarafından kınama cezası verilmiştir. İlgili, Rektörlüğün bu kararına karşı Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığına itiraz etmiş, ancak yapılan itiraza cevap verilmemek suretiyle zımni ret işlemi yapılmıştır. İlgili zımni ret işlemi ile uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan söz konusu yönetmeliğin 48. maddesinin 3. fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Danıştay'a dava açmıştır.

Danıştay Onuncu Dairesi bu davada; Anayasanın 129. maddesindeki uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı yolundaki hükmün, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği anlamını taşımakla, hak arama hürriyetine ilişkin Anayasanın

[896] Örneğin, Yönetmeliğin 11. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinin 6. alt bendinde; kamu hizmeti veya öğretim elemanı sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmanın en ağır disiplin cezası olan "kamu görevinden çıkarma" cezasıyla cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Burada bahsedilen "yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler" kavramının içeriğinin nesnel olarak doldurulabilmesi oldukça zor olduğundan kanunilik ilkesinin "açıklık veya belirlilik" alt ilkesine aykırı davranıldığı ortadadır.

[897] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 89.

36. maddesine özel bir sınırlama getirdiğini, ancak bu sınırlamanın yalnızca yasama organı tarafından getirilebileceği, idari makamlarca yürürlüğe konulan düzenleyici tasarruflarla böyle bir sınırlama getirilmesinin Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması ile ilgili 13. maddesi karşısında mümkün olamayacağı, öte yandan, Anayasanın 130. ve 131. maddelerinin, kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümlerden ayrı olarak, yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşları ile ilgili farklı düzenleme getirdiğini, 130. maddede, yükseköğretimle ilgili hangi hususların kanun ile düzenlenmesi gerektiğini belirlerken bunların arasında disiplin ve ceza işlerinin de sayıldığını, bu kurala uygun olarak yürürlükte bulunan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (b) bendinde, öğretim elemanları, memur ve diğer personel disiplin işlemlerinin, disiplin amirlerinin yetkilerinin devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre Yükseköğretim Kurulunca düzenleneceğinin belirtildiğini, aynı kanunun 65. maddesinin 9. bendinde de bu düzenlemenin yönetmelik şeklinde olmasının hükme bağlandığını, ancak, söz konusu kanunda uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurma hakkını engelleyen herhangi bir kurala yer verilmediğini, burada, kanunun idareye tanıdığı yetkinin, sadece, disiplin suç ve cezalarına, devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre, paralel hükümler getirilmesine yönelik olup dava açma hakkını kısıtlamak amacıyla kullanılamayacağını, dava konusu olan Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 48. maddesinin 3. fıkrasında ise bu yetkinin aşıldığı ve Anayasanın 13. maddesi ile ancak kanunla hak arama hürriyetine getirilebilecek olan sınırlamaya yönetmelik hükmünde yer verildiğinin anlaşıldığını ileri sürerek, uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı mercilerine başvurma hakkını engelleyen Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Diğer Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 48. maddesinin 3. fıkrasını, Anayasanın 13. maddesine ve 2547 sayılı Kanuna aykırı olarak düzenlendiği gerekçeleriyle iptal etmiştir.[898] Görüldüğü üzere Danıştay bu kararında yükseköğretim personelinin

[898] Bkz. DD, Yıl:17, Sayı: 64-65, 1987, s. 410-414. Bu karar oyçokluğu ile alınmıştır. Karara karşı yazılan ayrışık oyda ise 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin (b) fıkrasında, öğretim elemanları, memurları ve diğer personelin disiplin işlemleri ile disiplin amirlerinin yetkilerinin devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre Yükseköğretim Kurulunca düzenleneceği ve aynı kanunun 65. maddesinde bu düzenlemenin söz konusu kurulca yönetmelik şeklinde yapılacağı belirlendikten sonra, bu hususların yönetmelikle düzenlenmesinde Anayasaya aykırılık olmadığı gibi, devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre, söz konusu yönetmeliğin 48. maddesi 3. fıkrası

disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin gereğini, "yönetmelikle yargı yoluna başvurulmasının kapatılamayacağı" olarak algılamaktadır.[899]

- Danıştay Onuncu Dairesinin 7.10.1986 tarih ve E. 1985/1879, K. 1986/1724 sayılı kararında, disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği alt ilkesinin uygulanmayacağı görüşü ima edilmiştir. Bu karara konu olan olayda, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesinde araştırma görevlisi olan davacının, 28.12.1983 tarihinde girmiş olduğu "Mezhepler Tarihi" dersinde Şii mezhebini övücü sözler sarf ettiği, kendi görüşlerini ders konuları ile bağdaştırarak öğrencilere sözlü propaganda yaptığı, İran'daki rejimi övdüğü, Türkiye'deki rejimi ve büyükleri kötülediği ve küçük düşürmeye çalıştığı ileri sürülerek ilgili Rektörlükçe soruşturma açılmış ve konunun üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezası şeklinde en ağır ceza niteliğinde görülmesi nedeniyle dosya Yükseköğretim Kurulu (YÖK) Yüksek Disiplin Kuruluna gönderilmiş, söz konusu kurul ise Rektörlükçe yapılan soruşturmanın usulüne uygun yapılmadığı gerekçesiyle konunun Yükseköğretim Denetim Kurulu tarafından soruşturulmasına karar verilmiştir. Yükseköğretim Denetim Kurulu, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve

---

ile uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulamayacağının belirlenmesinde Anayasaya ve 2547 sayılı Kanuna aykırı bir yönün olmadığı görüşü savunulmuştur.

[899] Danıştay'ın disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin gereğini yönetmelikle yargı yoluna başvurulmasının kapatılamayacağı şeklinde algıladığı başka kararları da bulunmaktadır. Örneğin, DİDDGK'nın 17.6.1994 tarih ve E. 1993/61, K. 1994/327 sayılı kararında, İdarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, Anayasa ve kanun ile öngörülmeyen bir sınırlamanın yönetmelikle düzenlenemeyeceği görüşü savunulmuştur. Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 6.5.2012. Yine DİDDGK'nın 23.10.1992 tarih ve E.1989/496, K.1990/176 sayılı kararının çoğunluk görüşünde, Resmi Gazetede yayımlanması koşuluyla yönetmelikle disiplin suç ve ceza normunun konulabileceğini ifade etmiş, yalnızca uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yerlerine başvurma hakkını kısıtlayan yönetmelik hükmünün kanunilik ilkesine aykırı olduğu görüşü savunulmuştur. Bu karardaki karşıoy gerekçesinde ise daha da ileri gidilerek yayım şartına hatta yönetmeliğin bile bulunmasına gerek olmaksızın disiplin suç ve cezalarının verilebileceği görüşü savunulmuştur. Bkz. DD, Yıl: 23, Sayı: 87, 1993, s. 95-99. Danıştay disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesini, en fazla, disiplin yönetmeliğinin Resmi Gazetede yayımlanıp yayımlanmadığı noktasına odaklanarak (daha doğru bir deyişle, eğer Danıştay, 3011 sayılı Kanun gereği yönetmeliğin Resmi Gazetede yayım zorunluluğu bulunmuyorsa söz konusu yönetmeliğin anılan gazetede yayımlanmasının zorunlu olmadığı sonucuna varmaktadır. Örneğin, Danıştay Onikinci Dairesinin 28.11.2007 tarih ve E. 2005/5668, K. 2007/5549 sayılı kararında, EGO Genel Müdürlüğünde şef olarak görev yapan davacının, aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işleminin, EGO Genel Müdürlüğünün yürürlükte bulunan yeni yönetmelik dikkate alınarak çözümlenmesi gerektiği, söz konusu yönetmeliğin Resmi Gazetede yayım zorunluluğunun bulunmadığı ifade edilmiştir. Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 6.5.2012) ihlal etmektedir. Hâlbuki bir yönetmeliğin Resmi Gazetede yayımlanıp yayımlanmadığı hususunun söz konusu alt ilke bakımından bir kıymeti bulunmamaktadır. Daha açık bir deyişle, bir disiplin yönetmeliği Resmi Gazetede yayımlansa hatta bütün ülkede ilan edilse bile suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesi bakımından değeri yoktur. Zira müteaddit defalar belirtildiği üzere bu ilke bakımından önemli olan husus, disiplin suç ve ceza kurallarının yalnızca kanunla düzenlenmesidir.

Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 11. maddesinin (a) ve (b) bentleri gereğince söz konusu araştırma görevlisine üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezası verilmesini teklif etmiş, YÖK ise teklifi benimseyerek ilgiliye üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezası vermiştir. Bu cezaya karşı Danıştay Onuncu Dairesine ilk derece mahkeme sıfatıyla dava açılmıştır.

Danıştay Onuncu Dairesi bahsedilen kararında; Yükseköğretim Denetleme Kurulu tarafından yapılan soruşturma sırasında dinlenilen tanık ifadelerinden davacının, Mezhepler Tarihi Dersinde şikâyete konu olan anlatım biçiminin, bahsedilen yönetmeliğin 11. maddesinin (a) bendinde ifade edilen "ideolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozmak" olarak altlandırılamayacağını, ayrıca, davacının fiilinin aynı yönetmeliğin 11. maddesinin (b) bendinde ifade edilen "sözlü ideolojik propaganda yapmak" olarak da nitelendirilemeyeceğini belirtilerek, öğretim mesleğinden çıkarma cezasına yönelik işlemin iptali gerekeceğini[900] ileri sürmüştür.[901]

Yukarıda belirtildiği üzere Danıştay istikrarlı bir şekilde yükseköğretim personelinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmasının gerekli olmadığı görüşünü savunmuştur. Bununla birlikte, Danıştay son zamanlarda farklı bir görüş geliştirerek bu personelin disiplin suçlarında kanunilik ilkesini benimsememiş, ancak disiplin cezalarında söz konusu ilkeyi benimsemiştir. Örneğin DİDDGK'nın 5.11.2012 tarih ve E. 2011/2486 sayılı kararında; disiplin cezasını gerektirecek davranışların yönetmelikle düzenlenmiş olması "suçun kanuniliği" ilkesine aykırı görülmemekle birlikte "yönetim görevinden ayırma" cezasının kanunda öngörülmemesi "idarenin kanuniliği" ilkesine aykırı bulunmuş,[902] yönetmeliğin söz konusu cezayı öngören hükmünün iptal edilmesi gerektiğine ve bu yönetmelik

[900] Ceza işleminin iptalinden Danıştay Onuncu Dairesinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesini benimsediği sonucu çıkartılmamalıdır. Danıştay'ın buradaki temel kaygısı suçun yönetmelikteki tanıma girip girmediği, kısacası, tipe uygunluk veya tipiklik unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğidir.
[901] DD, Yıl: 17, Sayı: 66-67, 1987, s. 451-453.
[902] Görüldüğü üzere "yönetim görevinden ayrılma" cezası suç ve cezada kanunilik ilkesine değil, hatalı bir şekilde idarenin kanuniliği ilkesine aykırı bulunmuştur.

hükmüne göre verilen disiplin cezasının bahsedilen nedenle hukuka aykırı olacağına hükmedilmiştir.[903]

Yine DİDDGK'nın 20.9.2012 tarih ve E. 2007/1815 sayılı kararında; Ege Üniversitesi Edebiyat fakültesinde öğretim üyesi olan davacıya "bilimsel aşırma" (intihal) yaptığı gerekçesiyle YÖK Disiplin Yönetmeliği hükümleri uygulanarak verilen üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezasını uygun bulan Danıştay Sekizinci Dairesinin kararı bozularak, kanunda böyle bir ceza öngörülmediği için yönetmelikle ceza verilemeyeceği ve bu nedenle verilen cezanın hukuki dayanağı bulunmadığı gerekçesiyle işlem hukuka aykırı bulunmuştur.[904]

Ancak çeşitli defalar belirtildiği üzere suç ve ceza arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunduğundan ve birisinde kanunilik ilkesinin benimsenmemesi, diğerinde de söz konusu ilkenin benimsenmediği sonucunu doğuracağından Danıştay'ın son zamanlarda geliştirdiği bu görüşün fazla bir önemi bulunmamaktadır. Konu hakkında çeşitli defalar açıklama yapıldığı için burada ayrıntıya girmekten kaçınılacaktır.

b. Öğrencilere Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Öğrenci disiplin suçlarını, eğitim ve öğretim kurumlarının düzenine aykırı davranışlar olarak tanımlanması olanaklı iken, öğrenci disiplin cezalarını, söz konusu kurumların düzenine aykırı davranışta bulunan öğrencilere verilecek disiplin yaptırımları olarak tanımlayabilmek olanaklıdır.[905]

Bu kısımda ortaöğretim öğrencileri ile yükseköğretim öğrencileri hakkında öngörülen disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi uygulamasının irdelemesi yapılacaktır. Bu irdelemeye geçmeden hemen şu hususu belirtmek gerekir ki öğrencilerin gerek disiplin suçlarında, gerekse disiplin cezalarında "kanunilik" ilkesine uyulmamakta, söz konusu suç ve cezalar yönetmeliklerle düzenlenmektedir. Bu konuda çok sayıda örnek vermek olanaklı olsa da çalışmanın oylumunu büyütmemek için yalnızca ortaöğretim kurumları ile yükseköğretim kurumları

[903] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 89 ve dn. 139.
[904] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 90 ve dn. 140.
[905] Krş., Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 149.

öğrencilerinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin nasıl ihlal edildiğini gösteren örneklerle yetinilecektir.

aa. Ortaöğretim Öğrencilerine Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Bu kısımda Milli Eğitim Bakanlığına bağlı resmi ve özel örgün eğitim-öğretim veren ortaöğretim kurumlarındaki öğrencilerin disiplin işlemleri ile Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezleri Kanunu gereğince Adalet Bakanlığına bağlı olarak kurulan eğitim merkezlerindeki infaz ve koruma öğrencilerine uygulanan disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin nasıl ihlal edildiği anlatılacaktır.

Milli Eğitim Bakanlığına bağlı resmi ve özel örgün eğitim-öğretim veren ortaöğretim kurumlarında disiplin işlemleri, genel nitelikli[906] Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinde[907] düzenlenmiştir. Gerçekten de, Yönetmeliğin 163. maddesinde disiplin cezaları, 164. maddesinde ise disiplin cezasını gerektiren davranışlar teker teker sayılmıştır. Bu yönetmeliğin suç ve cezaların kanuniliği ilkesine uygun olmadığı 3. maddesinden açıkça anlaşılmaktadır. Daha açık bir deyişle bu maddede, Yönetmeliğin, 5.1.1961 tarih ve 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu, 14.6.1973 tarih ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu, 17.3.1981 tarih ve 2459 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun, 5.6.1986 tarih ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu, 30.5.1997 tarih ve 573 sayılı Özel Eğitim Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 8.2.2007 tarih ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ve 25.8.2011 tarih ve 652 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye dayanılarak hazırlandığı ifade edilmiştir. Bu kanunlarda disiplin suç ve cezalarının maddi unsurları düzenlenmediği halde Yönetmelikle disiplin suç ve cezalarının düzenlenmesi kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine açıkça aykırı düşer.[908]

---

[906] Genel nitelikli diyoruz zira Yönetmelik salt disiplin işlerini düzenlemek amacıyla çıkartılmamıştır. Gerçekten de Yönetmeliğin 2. maddesinde; bu yönetmeliğin, Milli Eğitim Bakanlığına bağlı resmi ve özel örgün ortaöğretim kurumlarının eğitim, öğretim, yönetim ve işleyişine ilişkin usul ve esasları kapsamına aldığı ifade edilmiştir.

[907] 7.9.2013 tarih ve 28758 sayılı R.G.'ye bkz.

[908] Aslında bu yönetmelik, Anayasanın 124. maddesine de aykırıdır. Gerçekten de, Anayasanın 124. maddesinin 1. fıkrasında; başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin kendi görev alanlarını

Diğer yandan söz konusu yönetmelik, kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine de uygun bir şekilde hazırlanmamıştır. Bu konuda çok sayıda örnek vermek olanaklı olmasına rağmen çalışmanın oylumunu büyütmemek için tek bir örnekle yetinilecektir. Yönetmeliğin 164. maddesinin 5. fıkrasında; yukarıda belirtilenlerin dışında ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara suça uygun cezaların verileceği belirtilmektedir. Görüldüğü üzere bu fıkradan, yukarıda anlatılan "aleyhe kıyas"ın olanaklı olduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere aleyhe kıyasın olanaklı olduğu bir durumda kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesinden bahsetmek eski bir deyişle "abesle iştigal" etmek demektir. Bu bağlamda söz konusu yönetmeliğin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine de aykırılık taşıdığı ortadadır.

Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezleri Kanunu gereğince kurulan eğitim merkezlerindeki infaz ve koruma öğrencilerinin disiplin işlemlerinde de kanunilik ilkesinin gereklerine uyulmamıştır. Gerçekten de söz konusu öğrencilerin disiplin işlemleri, Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezleri Öğrenci Disiplin, Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde[909] düzenlenmiştir. Daha somut bir deyişle, Yönetmeliğin 33. maddesinde, eğitim merkezleri öğrencilerine verilebilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller, kısacası disiplin suç ve cezaları ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir. Disiplin suç ve cezaları kanun yerine yönetmelikle düzenlendiği için yukarıda çeşitli defalar belirtildiği üzere "kanunilik" ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı davranılmıştır.

Gerçi, söz konusu yönetmeliğin 3. maddesinde, yönetmeliğe dayanak olarak 29.7.2002 tarih ve 4769 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezleri Kanununun 18. maddesi gösterilmiştir. 4769 sayılı Kanunun 18. maddesinde ise eğitim merkezlerinin teşkilat, görev, çalışma, disiplin ve denetimi ile

---

ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabileceği ifade edilmiştir. Bu fıkrada, yönetmeliğin, kanuna aykırı olmayacağından bahsedilmesi, kanımızca, düzenlenecek konunun hiç olmazsa ana esaslarının önceden kanunla düzenlenmesi gerektiğini açıkça şart koşar. Bu bağlamda, Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinin kanuna aykırı olabilmesi olasılığı yoktur. Çünkü Yönetmeliğin dayanak olarak gösterildiği kanunların hiç birisinde disiplin suç ve cezaları düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, ikincil nitelikte norm koyması gereken yönetmelikle asli nitelikte norm konulması Anayasanın 124. maddesine aykırılık oluşturur.

[909] Bkz. 5.8.2004 tarih ve 25554 sayılı R.G.

eğitim ve öğretime ilişkin esas ve usuller ile eğitim görenlerin tabi olacakları disiplin kurallarının Adalet Bakanlığınca hazırlanacak yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, 4769 sayılı Kanunun 18. maddesinde söz konusu merkezlerde eğitim-öğretim gören öğrencilerin disiplin suç ve cezalarının unsurları düzenlenmemiş, konu bütünüyle yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu bağlamda, Yönetmelikte konuyla ilgili yer alan hükümlerin tümü asli ve ilkel bir niteliğe sahip kılınmıştır. Bu durumun az önce belirtildiği üzere kanunilik ilkesinin alt ilkesini oluşturan "kanunun tekelciliği" ilkesine aykırılık oluşturduğu ortadadır.

Öte yandan Yönetmeliğin 34. maddesi incelendiği zaman "kanunilik" ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin nasıl büyük boyutlarda ihlal edildiği kendisini açıkça göstermektedir. Bu maddede, Öğrenci Tutum ve Davranış Yönergesinde gösterilen hususlara aykırı hareket edilmesi hâlinde, eylemin ağırlığı ve sonucuna göre bu yönetmelikte öngörülen disiplin cezalarından birisinin uygulanacağı belirtilmektedir. Bir disiplin suç ve cezası kanun dışında İdarenin düzenleyici işlemleriyle örneğin, yönetmelik veya tüzükle düzenlenmesi yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesini ihlal eder. Yönergeyle disiplin suçunun düzenleneceğine dair böyle bir hükme yer verilmesi, kanunilik ilkesinin ihlal edilmesinde ne kadar aşırıya gidildiğini gösterdiği gibi Yönergenin doğasına da aykırı bir tutum oluşturmaktadır. Çünkü idarenin iç işlemlerinden birisini oluşturan "yönerge" ile bırakınız disiplin suçu, icrai işlem bile yapılamaz.[910]

bb. Üniversite Öğrencilerine Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Üniversite öğrencileri hakkında öngörülen disiplin suç ve cezaları bakımından suç ve cezalarda kanunilik ilkesine uyulmamaktadır. Gerçekten de üniversite öğrencilerinin disiplin işlemleri, kanun yerine yönetmelikle, daha somut bir deyişle, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği[911] ile düzenlenmiştir. Bu yönetmeliğin 5. maddesinde disiplin cezaları, 6 ila 10. maddelerinde ise disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller teker teker sayılmıştır.

[910] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, Noterlikler Ortak Cari Hesabından Elde Edilen Kazançların Serbest Meslek Kazancı Olarak Değerlendirilmesi Hukuka Aykırıdır, s. 52 vd.
[911] Bkz. 13.1.1985 tarih ve 18634 sayılı R.G.

Çeşitli defalar belirtildiği üzere yönetmelikle disiplin suç ve cezalarının düzenlenmesi kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırılık oluşturur.

Gerçi denilebilir ki söz konusu yönetmeliğin 3. maddesinde; Yönetmeliğin hukuki dayanağı olarak 4.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 54. maddesi ile 65. maddesinin (a) bendinin (9) numaralı alt bendi gösterildiğinden kanunilik ilkesine aykırı bir durumun olmadığı savlanabilir. Böyle bir sav isabetsiz olacaktır. Zira 2547 sayılı Kanunun 54. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde; yükseköğretim kurumları içinde veya dışında yükseköğretim öğrenciliği sıfatına, onur ve şerefine aykırı harekette bulunan, öğrenme ve öğrenme hürriyetini, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükûn, huzur ve çalışma düzenini bozan, boykot, işgal ve engelleme gibi eylemlere katılan, bunları teşvik ve tahrik eden, yükseköğretim mensuplarının şeref ve haysiyetine veya şahıslarına tecavüz eden veya saygı dışı davranışlarda bulunan ve anarşik veya ideolojik olaylara katılan veya bu olayları tahrik ve teşvik eden öğrencilere; eylem başka bir suçu oluştursa bile ayrıca, uyarma, kınama, bir haftadan bir aya kadar veya bir veya iki yarıyıl için kurumdan uzaklaştırma veya yükseköğretim kurumundan çıkarma cezalarının verileceği ifade edilmekte, bu kanunun 65. maddesinin (a) bendinin (9) numaralı alt bendinde ise öğrencilerin disiplin işlemlerinin Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere 2547 sayılı Kanunda üniversite öğrencilerinin bütün disiplin suçları düzenlenmemiş, kısmi bir düzenleme yapılmıştır. Zira yönetmelikle söz konusu kanunda öngörülmeyen disiplin suçlarına yer verilmiştir. Kanunda öngörülmeyen disiplin suç ve cezalarının yönetmelikle öngörülmüş olması, suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine uyulmadığının somut bir kanıtını oluşturur. Örneğin, 2547 sayılı Kanunun yukarıda bahsedilen 54. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde bir disiplin suçu olarak düzenlenmediği halde, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 10. maddesinin 1. fıkrasının (m) bendinde "(g)üvenlik kuvvetleri tarafından aranılan kişileri saklamak veya barındırmak" fiilinin en ağır disiplin cezası olan "yükseköğretim kurumundan çıkarılma" cezasıyla cezalandırılması öngörülmüştür. Görüldüğü üzere Yönetmelikle asli bir disiplin suçu normu konulmuştur. Kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği"

alt ilkesi gereği, suç veya ceza içeren bir norm ancak kanunla düzenlenir. Yönetmelikle suç veya ceza içeren bir normun konulması söz konusu alt ilkeye açıkça aykırıdır.[912]

Aslında 2547 sayılı Kanunda üniversite öğrencilerinin tüm disiplin suçları düzenlense bile kanunilik ilkesinin gereklerine uygun davranılmış olunmazdı. Bunun iki nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yukarıda belirtildiği üzere kanunilik ilkesinin gereklerine uygun hareket edilebilmesi için hangi disiplin cezasının hangi fiil ve davranışlar için uygulanacağının açıkça gösterilmesi gerekir. Hâlbuki söz konusu kanunda bu yapılamamıştır. Daha açık bir deyişle, 2547 sayılı Kanunun yukarıda bahsedilen 54. maddesinde, maddede sayılan fiillerden birisini işleyenlere en hafif ceza olan "uyarma" cezası verilebileceği gibi en ağır ceza olan "yükseköğretim kurumlarından çıkarma" cezası da verilebilecektir.[913] Her bir disiplin

[912] Bu arada yukarıda ayrıntılarıyla anlatılmış olsa da yeri gelmişken ifade etmek gerekir ki kanun, biri şekli diğeri maddi olmak üzere iki anlamda kullanılır. Carré de Malbreg tarafından savunulan şekli kanun anlayışında; kanunun içeriği ve kapsamı önemli değildir. Kanun, onu yapan organa göre nitelendirilir. Bu bağlamda Carré de Malbreg, yasama organınca kanun yapma şekline göre alınan her kararın kanun olduğunu belirtmiştir. Buna karşın, maddi kanun anlayışı, kanunun yalnızca içeriğini araştırır. Bu bağlamda, eğer herhangi bir metin veya hüküm "genel", "soyut" ve "kişisel olmayan" (gayri şahsi) nitelikte ise kanundur, bu niteliklere sahip değilse idari bir işlemdir. Devlet tarafından hukuk kuralının formüle edilmesinden ibaret olan maddi anlamda yasama fonksiyonu; onun tarafından emredici bir şekilde konulan nesnel, soyut ve gayri şahsi her metin veya hükmü yasama işlemi olarak kabul eder. Bir başka deyişle, maddi anlamda kanun anlayışına göre, bütün kural işlemler yasama işlemleridir. Kanunun bu iki anlamda kullanımı konusunda fazla bilgi için bkz. Teziç, E. Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İÜHFY No: 384, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, s. 33-43. Ancak, Balta'nın isabetli olarak belirttiği üzere, maddi kanunilik anlayışının kanunu bu şekilde genişletmesi "kanun"un hukuk kaynakları arasında sahip olduğu özel ve üstün değere uymadığı gibi pratik gereksinimlere de uygun düşmez. Bundan ötürü maddi kanunu; şekli kanunla konulan hukuk kuralları ile bunlara eş kurallar anlamında kabul etmek daha doğrudur. Bkz. Balta, s. 112.

[913] Öte yandan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller sayılırken yeterli farklılaştırma yapılamamıştır. Örneğin yönetmeliğin, uyarma cezasını gerektiren fiil ve halleri sayan 6. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde "(ö)ğrencilik sıfatının gerektirdiği *vekara* (sic.) (vakara olması gerek!) yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak" uyarma cezasını gerektiren bir davranış olarak saptanmıştır. Buna karşın yönetmeliğin, kınama cezasını gerektiren fiil ve halleri sayan 7. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde "(ö)ğrencilik sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak" hükmüne yer verilmiştir. Şimdi, bu iki davranışı birbirinden ayırabilecek nesnel ve doğru bir ölçüt olmadığından aynı davranış hem uyarma hem de kınama cezasının kapsamı içerisine sokulabilecektir. Aslında, gerek uyarma cezasını gerektiren davranış, gerekse kınama cezasını gerektiren davranış kanunla nesnel ve doğru bir ölçütle birbirinden farklılaştırılabilseydi bile "kanunilik" ilkesinin gereği yerine getirilmiş olmazdı. Yine yukarıda ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulduğu üzere kanunilik ilkesinin bir başka alt ilkesi "açıklık" (certainty) ilkesidir. Bu alt ilke gereği olanakların tüm sınırları zorlanarak normun açık bir şekilde konulması gerekir. Hâlbuki yönetmeliğin 6. maddesinde ifade edilen; öğrencilik sıfatının gerektirdiği vakara uymayan tutum ve davranış, 7. maddesinde belirtilen; öğrencilik sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranış ibareleri belirsiz ve esnek ibarelerdir. Zira söz konusu ibareler, belirtilen disiplin cezalarını uygulayacak kişilerin anlayışına göre farklılık kazanacağı gibi zamana göre de farklılık kazanacaktır. Bu ibarelerin konuna konulması bile suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturur.

suçunun cezasının ayrı ayrı gösterilmesi, kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesinin bir gereğidir. İkinci olarak, 2547 sayılı Kanunda suçta kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine uygun düzenleme de yapılamamıştır. Örneğin Kanunun 54. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde; "yükseköğretim kurumları içinde veya dışında[914] yükseköğretim öğrenciliği sıfatına, onur ve şerefine aykırı harekette" bulunmak şeklinde muğlak ifadeli bir disiplin suçu belirtilmiştir. Bu suçun açık ve kesin bir şekilde düzenlenmemesi, bir başka deyişle, muğlak düzenlemesi kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırılık oluşturur.

Öte yandan, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin kendisi de kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesini ihlal etmektedir. Örneğin Yönetmeliğin "Kınama Cezasını Gerektiren Disiplin Suçları" başlıklı 7. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde "(ö)ğrencilik sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak" şeklinde muğlak ve esnek ifadeli bir disiplin suçuna yer verilmiştir. Bu şekilde muğlak veya kaypak ifadeli hükümlerle disiplin suçu konulması kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesini açıkça ihlal eder.

Yükseköğretim öğrencilerinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine uyulmadığının bir başka kanıtını, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 11. maddesi oluşturur. Gerçekten de bu maddede; yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezalarının verileceği belirtilerek açıkça "aleyhe kıyas serbestîsi"ne yer verilmiştir. Yukarıda görüleceği üzere, kanunilik ilkesinin alt ilkesini oluşturan "kanunun açıklığı" ilkesinin bir gereğini "kıyas yasağı" (lex scripta) oluşturur. Aleyhe kıyas serbestîsine kanunla izin verilse bile kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı hareket edilmiş olunur.

Mevzuat yanında Danıştay da üniversite öğrencilerinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin gereklerine aykırı davranmıştır. Örneğin Danıştay Sekizinci Dairesinin 19.10.2010 tarih ve E. 2008/989, K. 2010/5334 sayılı kararında; üniversite öğrencisi olan davacıya kopya yaptığından bahisle 6 ay süre ile

[914] Çeşitli defalar belirtildiği üzere, kurumsal disiplin suçlarını, kurum düzenini bozan davranışlar oluşturur. Hâlbuki burada "yükseköğretim kurumları dışında" yapılan fiillere de disiplin cezası öngörülmektedir ki bu durumun disiplin suçlarının doğasına aykırı bir hâl oluşturduğu ortadadır.

yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma cezası verilmiş ise de Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde böyle bir cezanın bulunmadığı, kaldı ki bir veya iki yarıyıl süre ile uzaklaştırma cezası verme yetkisinin de disiplin kurullarına ait olduğu, bu nedenle meslek yüksekokulu müdürü tarafından verilen disiplin cezasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu idari işlemi iptal eden Hatay İdare Mahkemesi kararı oybirliğiyle onanmıştır.[915] Görüldüğü üzere Danıştay Sekizinci Dairesi bakımından disiplin işlerinde "yönetmelik" kilit konumda bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle bu daire, yönetmelikte yer alması koşuluyla disiplin suç ve cezalarına cevaz vermektedir.

c. Mahkûm ve Tutuklularla İlgili Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Mahkûm, öğrenci, psikiyatrik serviste kalan hastalar gibi kamu hizmetini kullanan çeşitli kesimler, idare ile özel bir hukuki ilişki içerisinde bulunmakta ve bu yüzden sıkı disiplin kurallarına tabi olmak durumunda kalmaktadırlar.[916]

Türk pozitif hukukunda cezaevi düzeninin sağlanabilmesi için mahkûmlar ve tutuklular hakkında bir takım disiplin suç ve cezaları öngörülmüştür. Gerçekten de 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda gerek çocuk gerekse yetişkin hükümlü ve tutuklular için uygulanacak disiplin cezaları ve bu cezaları gerektiren disiplin suçları teker teker gösterilmiş, 20.3.2006 tarih ve 2006/10218 sayılı Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzükte ise 5275 sayılı Kanunda yer alan disiplin suç ve cezalarına mükerrer bir şekilde yer verilmiştir.

Gerek erişkin gerekse çocuk hükümlü ve tutuklular bakımından öngörülen disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesine tam olarak uyulmadığını belirtmek gerekir.[917] Bunun en büyük kanıtı, 5275 sayılı Kanunun 37. maddesinin 1.

---

[915] DD, Yıl: 40, Sayı: 125, 2010, s. 273-274.

[916] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 158.

[917] Mahkûm ve tutuklular hakkında öngörülen disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesini ayrıntılı olarak irdelemeye geçmeden önce önemli bir hususa parmak basmak gerekir. Gerçekten de erişkin mahkûm ve tutuklular hakkında uygulanan "hücreye koyma" disiplin cezası ile çocuk mahkûm ve tutuklular hakkında uygulanan kapalı ceza infaz kurumuna iade ve odaya kapatma şeklindeki disiplin cezaları Anayasanın 38. maddesinin 10. fıkrasına aykırı bulunmaktadır. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 38 ila 46. maddeleri arasında çocuk ve yetişkin hükümler için uygulanacak disiplin cezaları ve disiplin cezalarını gerektiren suçlar teker teker gösterilmiştir. Kanunun 38. maddesinde; yetişkin hükümlüler için uygulanacak disiplin cezaları; kınama, bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma, ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma ve hücreye

fıkrasıdır. Bu fıkrada; hükümlü hakkında kurumda, düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması bakımından kanun, tüzük, yönetmelikler ile idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları, kusurlu olarak ihlal ettiğinde, eylemin niteliği ile ağırlık derecesine göre Kanunda belirtilen disiplin cezalarının uygulanacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere bu hükümle tüzük, yönetmelik veya idarenin emir veya düzenlemelerine aykırılık

koyma şeklinde saptanmış, 46. maddesinde ise çocuk hükümlüler hakkında uygulanabilecek disiplin cezaları; uyarma, kınama, onarma, tazmin etme ve eski hale getirme, harcamalarına sınır koyma, bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma, teşvik esaslı ayrıcalıkları geri alma, iznin ertelenmesi, kapalı ceza infaz kurumuna iade ve odaya kapatma şeklinde dokuz tür olarak sayılmıştır. Gerek hücreye koyma, gerekse kapalı infaz kurumuna iade ve odaya kapatma şeklindeki disiplin cezaları "özgürlüğü bağlayıcı ceza" niteliğini taşımaktadır. Gerçekten de 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 44. maddesinde; hücreye koyma cezası, hükümlünün eylemlerinin nitelik ve ağırlığına göre bir günden yirmi güne kadar, açık havaya çıkma hakkı saklı kalmak üzere geceli ve gündüzlü bir hücrede tek başına tutulması ve her türlü temastan yoksun bırakılması şeklinde tanımlanmış, yine bu maddede bir günden on güne kadar hücreye koyma cezasını gerektiren eylemler ile on bir günden yirmi güne kadar hücreye koymak cezasını gerektiren eylemler teker teker sayılmıştır. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 46. maddesinde "kapalı infaz kurumuna iade" ve "odaya kapatma" disiplin cezaları tanımlanmıştır. Bu maddenin 8. fıkrasında, kapalı cezaevi kurumuna iade; çocuğun, eyleminin nitelik ve ağırlığına çocuk kapalı ceza infaz kurumlarına, bulunmadığı hallerde kapalı ceza infaz kurumlarının çocuklara ayrılan bölümlerine altı ay süre ile iadesi şeklinde tanımlanmış, çocuğun, bu fıkra dışında işlenen disiplin suç ve cezalarından dolayı çocuk kapalı infaz kurumuna iade edilemeyeceği belirtilerek kapalı ceza infaz kurumuna iadeyi gerektiren eylemler birer birer sayılmıştır. Bu maddenin 9. fıkrasında ise çocuk hakkında odaya kapatma disiplin cezasına yer verilmiştir. Fıkrada, bu maddenin sekizinci fıkrasında belirtilen kapalı infaz kurumunda bulunan çocuğun, aynı fıkrada belirtilen eylemlerde bulunması halinde, beş güne kadar açık havaya çıkma hakkı saklı kalmak üzere, gece ve gündüz tek başına bir odada tutulması odaya kapatma cezası olarak tanımlanmış, bu cezanın çocuğun kurum görevlilerine istediği zaman ulaşmasına engel olunmayacak şekilde uygulanacağı, çocuğun cezanın infazı öncesinde, sırasında ve sonrasında doktor kontrolünden geçirileceği, cezanın infazı sırasında çocuğun; ailesi, avukatı ve yasal temsilcisiyle görüşmesine izin verileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere gerek hücreye koyma, gerekse kapalı infaz kurumuna iade ve odaya kapatma şeklindeki disiplin cezaları özgürlüğü bağlayıcı niteliktedir. Üstelik bu disiplin cezaları idari ceza niteliği (Gerçekten de 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 47. maddesinde; uyarma, kınama ve bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezalarının kurumun en üst amiri tarafından verileceği ve uygulanacağı, diğer disiplin cezalarının ise cezaevi disiplin kurulu tarafından verileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere mahkûmlar için uygulanan tüm disiplin cezaları idari nitelik taşımaktadır.) taşıdığı için Anayasanın 38. maddesinin 10. fıkrasına aykırı bulunmaktadır. Gerçekten de Anayasanın 38. maddesinin 10. fıkrasında; askeri idari cezalar dışında İdarenin, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağı belirtilmiştir. Gerçi denilebilir ki mahkûm veya tutuklu olan kişi zaten özgürlüğünden yoksun bırakılan kişi olduğundan onun için verilen söz konusu disiplin cezaları "hürriyeti bağlayıcı" bir nitelik taşımaz. Kanımızca böyle bir sav isabetsiz olacaktır. Zira özgürlüğün kısıtlanması bir derece farkı olduğundan yalnızca kişinin cezaevine konulması değil, cezaevinde bulunan kişiye derece daha ağır olan örneğin "hücreye koyma" disiplin cezası verilmesi de onun özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğurur. Bu yüzden söz konusu cezanın idari ceza olarak uygulanması Anayasanın söz konusu fıkrasına açıkça aykırı düşecektir. Öte yandan, cezaevi gibi kapalı bir kurumun disiplin sağlama ödevi ve yükümlülüğü bulunduğundan, onun hücreye koyma, kapalı ceza infaz kurumuna iade ve odaya kapatma dışındaki disiplin cezalarını verme yetkisi makul bir nitelik taşımasına karşın (Krş., Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 148) söz konusu üç disiplin cezasını verebilmesini makul karşılamaya olanak yoktur. Zira söz konusu cezalar, özgürlüğü derin bir şekilde sınırlandırdıkları için bunların hak ve özgürlüklerin bekçisi olduğu kabul edilen yargıçlar dışında idari organlar tarafından verilmesi makul karşılanamaz.

disiplin suçunu oluşturabilecektir. Bu durum, suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

5275 sayılı Kanunda mahkûm ve tutuklular için öngörülen disiplin suç ve cezaları belirlenirken de suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin Kanunun 39. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinde "(h)ükümlü ve tutuklulara karşı edep ve nezakete aykırı şekilde konuşmak veya davranışlarda bulunmak" fiiline "kınama", 40. maddesinin 2. fıkrasının (e) bendinde "(k)urum görevlilerine karşı uygunsuz söz sarf etmek veya davranışta bulunmak" fiiline "bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma", 41. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendinde "(i)şte gerekli özeni göstermemek veya işin gereği olan özeni göstermemek" fiiline "ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakmak", 42. maddesinin 2. fıkrasının (e) bendinde "(g)ereksiz,[918] olarak marş söylemek veya slogan atmak" fiiline "haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama", 43. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendinde, "(k)urumda korku, kaygı veya panik yaratabilecek biçimde söz söylemek veya davranışta bulunmak" filine ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma" fiiline disiplin cezaları öngörülmüştür. Bu fiillerin anlamı açık ve kesin bir şekilde saptanamayacağından, bir başka deyişle, anlamı, kişi ve zamana göre değişebileceğinden suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı davranıldığını belirtmek gerekir.

Hükümlü ve tutuklular hakkında uygulanan disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesini en fazla tahrip eden hususu 5275 sayılı Kanunun 48. maddesinin 1. fıkrası oluşturmaktaydı. Bu fıkrada; 37 ila 46. maddelerde yer alan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan eylemlerin, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddelerdeki disiplin cezaları

[918] Burada kullanılan "gereksiz" ibaresi muğlak, dolayısıyla anlamı kişi ve zamana göre değişebileceğinden suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı davranılmıştır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi bu görüşü paylaşmamaktadır. Daha somut bir deyişle Anayasa Mahkemesinin 26.12.2013 tarih ve E. 2013/67, K. 2013/164 sayılı kararında; "gereksiz" ibaresinin Kanunun 37. maddesindeki hükümle birlikte değerlendirildiğinde, cezaevindeki güvenliği veya disiplini bozacak ya da cezaevindeki düzenli yaşamın sürdürülmesini önleyecek şekilde marş söylenmesi veya slogan atılmasını karşıladığı ve ancak bu nitelikteki eylemlerin söz konusu disiplin suçunu oluşturacağının anlaşıldığını, bu niteliği taşımayan marş söyleme ve slogan atma eylemlerinin cezalandırılmasının Kanun gereği mümkün olmadığı, Kanunda cezai yaptırımın bağlandığı eylemin açık, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olarak belirlendiği, idarenin bu konudaki yetkisinin sadece somut fiilin kanundaki suç tanımına uyup uymadığını belirlemekten ibaret olduğu, dolayısıyla "belirlilik" ve "suçun kanuniliği" ilkesine aykırı bir yönün bulunmadığı ifade edilmiştir. Bkz. 27.3.2014 tarih ve 28954 sayılı R.G.

ile karşılanacakları ifade edilerek "aleyhe kıyas" serbestisine izin verilmekteydi. Çeşitli defalar belirtildiği üzere bu serbestinin bulunduğu bir durumda kanunilik ilkesinin benimsendiğinden bahsedilmesi bile yanılgı oluşturur. Anayasa Mahkemesi, haklı olarak, 3.10.2013 tarih ve E.2013/28, K. 2013/106 sayılı kararıyla 5275 sayılı Kanunun 48. maddesinin 1. fıkrasını, Anayasanın suç ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 38. maddesine aykırı görerek iptal etmiştir. Mahkeme bu kararında; ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun "açıkça" suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin şekli bakımdan kanun biçiminde çıkarılmasının yeterli olmadığı, onların içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalarının gerektiği, bu bağlamda kanun metninin, bireylerin hangi somut fiil ve olguya ne tür hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikle öngörebilmelerine olanak verecek düzeyde kaleme alınmış olmasını gerektirdiğini, bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, ceza infaz kurumlarında uygulanacak disiplin yaptırımlarının da aynen diğer ceza yaptırımları gibi belirlilik ve kanunilik ilkelerine uygun şekilde düzenlenmesinin, bir başka ifadeyle, bu kurumlarda bulunan hükümlü ve tutukluların hangi fiillerinin disiplin suçu oluşturduğunu açık olarak bilmeleri gerektiğini ifade etmiştir.

Mahkeme bu kararında, ayrıca, 5275 sayılı Kanunun 37 ila 46. maddelerinde yer almayan fiillerle ilgili olarak da disiplin cezasının uygulanabileceğinin öngörülmesinin belirsizliğe neden olduğunu, çünkü ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutukluların hangi fiilleri işlerlerse haklarında disiplin cezası uygulanabileceği konusunda duraksamaya sevk edildiklerini, bu şekilde bir belirsizliğin kabul edilmesinin ise hukuk devletinin hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmadığını belirtmiştir. Öte yandan mahkeme, gerçekleşen fiilin suç olarak tanımlanmadığı, buna karşın Kanunda belirlenmiş diğer fiillere uydurulabilmesi imkânını veren kuralın, uygulayıcıyı kıyas yapmaya yönlendirdiğini, bu yüzden Kanunda tanımlanmayan bir fiilin, benzeri bir fiille karşılaştırarak kıyas yapmak suretiyle ceza tayinine olanak sağladığını, bu durumun suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturduğunu, bu nedenlerle 5275 sayılı Kanunun 48. maddesinin

1. fıkrasının Anayasanın hukuk devleti ilkesinin düzenleyen 2. maddesi ile suç ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 38. maddesine aykırı olduğunu da vurgulamıştır.[919]

d. Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarının Verdikleri Disiplin Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına düzenleme erki ile cezalandırma yetkisi verilmesi işin doğası gereğidir.[920] Bu bağlamda kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının idari ceza verme yetkisine sahip olmasına şaşılacak bir durum bulunmamaktadır. Gerçekten de kamu hizmeti gören ve kamu gücünü kullanan her kamu idaresi ceza verme yetkisine sahip kılınmalıdır. Daha açık bir deyişle, bir kamu organına ceza verme yetkisi tanınırken onun kamu hizmetini görmesi ve kamu gücünü kullanması belirleyici bir nitelik taşır.[921] Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bu iki ölçütü de bünyelerinde taşıdıklarına göre onların idari ceza verme yetkileri konusunda garipsenecek bir durum bulunmamaktadır.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının özel olarak disiplin cezası verme yetkisine gelince, hemen belirtmek gerekir ki söz konusu kuruluşlar etik veya mesleki görevlerini koruyabilmek için disiplin cezası verme yetkisiyle donatılmışlardır. Bu bağlamda söz konusu kuruluşlar; mesleki faaliyetin geçici veya sürekli olarak durdurulması dâhil çeşitli disiplin cezaları verebilmektedirler.[922]

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının vermiş olduğu disiplin cezalarının idari ceza olarak kabul edilmesi konusunda bir duraksama yaşanmamalıdır. Gerçekten de çeşitli defalar belirtildiği üzere, idari ceza; *idari organ* tarafından, idare hukuku kuralları, özellikle idari usul uygulanarak idari işlemle verilen bir yaptırım olduğuna göre, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının tümü "idari organ" tabiri içerisine girmektedir. Aslında, Özyörük'ün belirttiği üzere, yapısal anlamda idare; yasama ve yargı dışındaki tüm devlet kuruluşlarını oluşturur.[923] Bütün kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kanunla

[919] Bkz. 18.1.2014 tarih ve 28886 sayılı R.G.
[920] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 254-255.
[921] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 147.
[922] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 159.
[923] Özyörük, M. İdare Hukuku Dersleri (Teksir), Ankara, 1972-1973, s. 48.

kurulduğuna ve kendilerine "kamu tüzel kişiliği" niteliği[924] verildiğine göre kendilerinin "idare" kavramının içerisine gireceği ortadadır. Bu bağlamda, ister barolar ve Türkiye Barolar Birliği, ister Türk Eczacılar Birliği, ister Türk Veteriner Hekimleri Birliği, kısacası hangi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olursa olsun onların tümü "devlet kuruluşu" niteliğini taşır, dolayısıyla onların vermiş oldukları disiplin cezası da "idari ceza" niteliğinde bulunur.

Biz burada, çalışmanın oylumunu artırmamak üzere yalnızca baroların avukatlara verdiği disiplin cezalarında kanunilik ilkesi uygulamasını irdeleyeceğiz. Bu cezaların üzerinde durulmasının bir başka nedenini ise baroların avukatlara disiplin cezası verirken büyük ölçüde kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezası verilmesi yöntemine benzer bir yöntemi takip etmeleri oluşturur. Örneğin, 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunun 136. maddesinin 2. fıkrasında; beş yıllık bir dönem içerisinde iki veya daha fazla disiplin cezasını gerektiren davranışta bulunan avukata her yeni suç için bir öncekinden daha ağır ceza uygulanacağı belirtilmektedir ki bu hükmün DMK'daki hükümle benzerliği ortadadır. Gerçekten de 657 sayılı DMK'nın 125. maddesinin 2. fıkrasında; disiplin cezası verilmesine neden olmuş bir fiil veya halin cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içerisinde tekerrüründe bir derece ağır cezanın uygulanacağı, aynı derecede cezayı gerektiren ancak ayrı fiil veya haller nedeniyle verilen disiplin cezalarının üçüncü uygulamasında ise bir derece daha ağır ceza verileceği ifade edilmiştir.

1136 sayılı Kanunun 134. maddesinde; avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu kanunda yazılı disiplin cezalarının uygulanacağı belirtilmiştir. Kanunun 135. maddesinde ise avukata uygulanacak disiplin cezaları gösterilmiştir. Bu maddede disiplin cezaları beşe ayrılarak; uyarmanın, avukatın mesleğinin icrasında daha dikkatli davranması gerektiğinin kendisine bildirilmesi olduğu, kınamanın, mesleğinde ve davranışında kusurlu sayıldığının avukata bildirilmesi olduğu, para cezasının, alt ve üst sınırları gösterilen bir miktar olarak uygulanacağı, işten çıkarmanın, avukatın veya avukatlık ortaklığının üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere mesleki faaliyetlerinin

[924] Anayasanın 135. maddesinin 1. fıkrasına bkz.

yasaklanması olduğu, meslekten çıkarmanın ise avukatlık ruhsatnamesinin geri alınarak avukatın adının baro levhasından silinmesi ve avukatlık unvanın kaldırılması, avukatlık ortaklığı içinse baro avukatlık ortaklığı sicilinden silinmesi olduğu ifade edilmiştir.

1136 sayılı Kanunun 136. maddesinde ise avukatların işleyebilecekleri disiplin suçları gösterilmiştir. Gerçekten de maddede; bu kanunun avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama, tekrarında, davranışın ağırlığına göre, para veya işten çıkarma cezası ve 5. maddenin (a) bendinde yazılı bir suçtan kesin olarak hüküm giyme halinde meslekten çıkarma cezasının uygulanacağı, üçüncü (son) fıkrasında ise bir defa işten çıkarılan bir avukatın, beş yıllık dönem içerisinde bu kanunun altıncı kısmındaki kurallara aykırı davranışta bulunursa meslekten çıkarılacağı ifade edilmiştir.

1136 sayılı Kanunun 136. maddesinde görüldüğü üzere maddede sadece kınama cezası, para ve işten çıkarma cezası ile meslekten çıkarma cezasının uygulanacağı hallere yer verilmiş, "uyarma" cezasının hangi hallerde uygulanacağından bahsedilmemiştir. Bu çerçevede, U. Ersoy'un belirttiği üzere kanun koyucu bu düzenlemeyle uyarma suçunun cezasını belirlemiş ancak suçun ana unsurlarını belirtmeyerek, bunu ilgili baro disiplin kurulunun takdirine bırakmıştır. Bu yüzden avukat hakkında hangi durumlarda uyarma cezasının uygulanacağı konusunda barolara çok geniş yetkiler tanınarak bu ceza bütünüyle takdiri ve keyfi bir görünüm kazanmış ve kanunilik ilkesi zedelenmiştir. Nitekim uygulamada da baro disiplin kurulları avukatlar hakkında en çok uyarma cezası verme yoluna gitmiştir. Zira bu hüküm, içi boş olup deyim yerindeyse "torba hüküm" niteliğinde bulunmaktadır.[925]

Salt uyarma suçu bakımından değil, avukatlar hakkında öngörülen diğer disiplin suçları bakımından da kanunilik ilkesine aykırılıklar bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere 1136 sayılı Kanunun 136. maddesinde, bu kanunun avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymayanlar hakkında uyarma cezası dâhil tüm disiplin cezaları uygulanabileceği ifade edilmiştir. Kanunun 6. Kısmında, daha somut bir deyişle, 34 ila 65. maddeleri arasında "avukatın hak ve ödevleri" düzenlenmiştir. 1136 sayılı Kanunun 34. maddesinde;

[925] Ersoy, U. Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesinin Uygulanabilirliği in Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı Cilt II, AKDTK, Ankara, 2008, s. 776.

avukatların, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içerisinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun bir biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Avukatlık Meslek Kuralları,[926] Türkiye Barolar Birliği'nin (TBB) 8-9 Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurul toplantısında kabul edilmiş ve 26 Ocak 1971 tarih ve 5 sayılı TBB Bülteninde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Avukatlık Meslek Kurallarının kimi hükümleri 1136 sayılı Avukatlık Kanununda yer almakla birlikte bazı hükümleri yer almamaktadır. Avukatlık Meslek Kurallarından, 1136 sayılı Avukatlık Kanununda yer almayan hükümlere dayalı olarak avukat hakkında disiplin cezalarından herhangi birisinin tayini yoluna gidilmesi kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırılık oluşturur.[927]

Aslında, Avukatlık Meslek Kurallarının tümü 1136 sayılı Avukatlık Kanununda yer almış olsaydı bile kanunilik ilkesine uyum sağlanmış olmaz ve amaca uygun hareket edilmiş olunmazdı. Çünkü 1136 sayılı Kanunun 136. maddesinin yollama yaptığı altıncı kısımda suçla ilgisiz hükümlere yer verildiği gibi kanunilik ilkesinin yukarıda anlatılan olan "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı hükümlere de yer verilmiştir. Örneğin, 1136 sayılı Kanunun Altıncı Kısmının 44. maddesinde; avukatların, mesleki çalışmalarını aynı büroda birlikte veya avukatlık ortaklığı şeklinde de yürütebilecekleri ifade edilerek suçla ilgisiz bir hükme yer verilmiştir. Şimdi avukata seçimlik bir hak olarak tanınmış bulunan bu maddenin nasıl ihlal edileceğinin açıkta kaldığını belirtmek gerekir. Öte yandan, 1136 sayılı Kanunun Altıncı Kısmının 36. maddesinin 1. fıkrasında avukatların kendilerine tevdi edilen hususları açığa vurmalarının yasak olduğu ifade edilmiş, bir başka deyişle, avukatın sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Ancak sırrın somutlaştırılmaması ve unsurlarının gösterilmemesi, bir başka deyişle, açık ve kesin olarak düzenlenmeyen "sır" kavramına yollama yapılması, suçun tanımı açısından da sorun doğurmaktadır.[928] Gerçekten de çeşitli defalar belirtildiği üzere bu tip yollama, suçun

[926] Avukatlık Meslek Kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erem, F. Meslek Kuralları (Şerh), Güncelleştirilmiş Yeni Bası, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009.
[927] Krş., Ersoy, U. s. 777.
[928] Daha açık bir deyişle, zaten tanımlanamamış olan sırrın içeriğine nelerin dâhil olduğu konusundaki kuşkuları daha da artırmaktadır. Bu durum bütünüyle sakıncalıdır. Çünkü ana unsurları saptanmayarak avukatın sır saklama yükümlülüğünden bahsedilmesi sonucu kanunilik ilkesi ihlal edilmiş ve cezai

tanımı açısından çeşitli kuşkulara yol açar, çünkü kendisine yollama yapılan ve cezai nitelikte olmayan, dolayısıyla, extra-poenam nitelik taşıyan metinler, suç ve cezada kanunilik sistemine bağlı bir dizgenin gerektirdiği kesinlikle kaleme alınmış olmaz ve durum uygulama ve yorum açısından çeşitli güçlükler doğurur.[929]

Bu bağlamda, avukatlar hakkında öngörülen disiplin suçlarının kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" veya "kanunların açık ve kesin olması" alt ilkelerini ihlal ettiği kolaylıkla söylenebilir. Bu ilkelerden birisinin ihlal edilmesi avukatlar hakkında öngörülen disiplin suçlarında kanunilik ilkesinin uygulanmadığının somut bir kanıtıdır. Yukarıda çeşitli defalar belirtildiği üzere suçta kanunilik ilkesinin uygulanmadığı bir durumda cezada kanunilik ilkesinin uygulanmasından da bahsedilemeyeceğinden avukatlar hakkında öngörülen disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesine uyulmadığını savlayabilmek olanaklıdır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu, avukatlara yönelik disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesine gerekli özeni göstermemesine karşın, Anayasa Mahkemesi avukatlara verilecek disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik

---

yaptırımlara ancak ayrıksı durumlarda başvurulması gerektiği (çünkü cezanın uygulanması kişiler açısından olduğu kadar devlet açısından da büyük bir "külfet" doğurur) yolundaki temel ceza politikasına da aykırı davranılmıştır. Avukatın sır saklama yükümlülüğünün ihlaline cezai yaptırım öngörülmesi kanunilik ilkesinin "kanunların açık ve kesin olması" alt ilkesini ihlal etmektedir. Bu alt ilkeye uygun hareket edebilmek için suç haline getirilen fiilin unsurlarının belirtilmesi, bir diğer deyişle, o fiilin tanımlanması, daha açıkçası, kanun koyucunun norm yaratırken cezai yönden meşru olan ile olmayanın kesin olarak ortaya konulması için kanuni tipi açık ve belirgin bir biçimde tespit etmesini ifade eder, aksi takdirde "kanunilik" ilkesine aykırı hareket edilmiş olunur. Fazla bilgi için bkz. Erman, Ticari Ceza Hukuku I-Genel Kısım, s. 37, Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 52. 1136 sayılı Kanunda avukatın sır saklama yükümlülüğünün unsurları yeterli açıklıkta saptanamamış, dolayısıyla kanunilik ilkesinin kanunun açık ve kesin olması alt ilkesi ihlâl edilmiştir. Çünkü bu alt ilke gereği, suçun yasal unsurunun yaratıcı yoruma meydan vermeyecek ölçüde açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi gerekir.

[929] Bkz. Erman, Ticari Ceza Hukuku I- Genel Kısım, s. 42. Aslında az önce belirtildiği üzere ister ceza hukukunun isterse cezai idare hukukunun kapsamına giren bir cezai yaptırımın uygulanması; ilgili kişi açısından bir "külfet" (burden) oluşturduğu gibi devlet açısından da bir külfet oluşturur. Bu açıdan bir fiili cezai yaptırıma tabi tutarken oldukça dikkatli davranılmalı ve diğer yaptırımların işe yaramaz olduğu durumlarda son çare olarak (the last resort) cezai yaptırıma başvurulmalıdır. Bu yüzden sır ihlaline bağlanan cezai yaptırımların kaldırılarak konunun özel hukuktaki tazminat sorumluluğu çerçevesinde çözümlenmesi uygun olacaktır. Ayrıca hangi tür sır olursa olsun sır saklama yükümlülüğünün ihlaline cezai yaptırım öngörmek, kanımızca, İdarenin yapmış olduğu görevin doğasına da aykırıdır. Çünkü söz konusu sırlar özel hukuk kavramlarıdır. Daha açık bir deyişle, söz konusu sır saklama yükümlülüğünü ihlal eden davranışları cezalandıran Türk pozitif hukuk kuralları söz konusu özel hukuk kavramlarını ihlal eden fiilleri blok halinde cezalandırmaktadır. Böyle bir metin çerçevesinde İdarenin (bu bağlamda baronun) rolü, yalnızca ceza normlarını uygulamak ile yükümlü bir yorumcu konumundan çıkmakta ve adalet ile hakkaniyet çerçevesinde karar veren adalet dağıtımına görevli bir kimse rolüne dönüşmektedir. Böylelikle, İdare, sır teşkil ettiği savlanan bazı olayları kendi kişisel kanısına göre cezalandırmak veya bunları cezası bırakmakta özgür hale gelmektedir. Bu tutumu, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralı ile bağdaştırabilmek kolay değildir. Krş. Ancel, s. 1341.

ilkesinin katı bir şekilde uygulanması gerektiği görüşünü savunarak bu özeni göstermektedir. Gerçekten de mahkemenin 28.2.2013 tarih ve E. 2012/116, K. 2013/32 sayılı kararında; 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde ifade edilen "Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak" durumunun avukatlık mesleğine kabul edilmeye engel oluşturacağı hükmünü; "avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlar" ile söz konusu tutum ve davranışların "çevresince bilinmesi" kavramlarının muğlak ve nesnellikten uzak olduğu, hükümde, avukat adaylarının hangi tutum ve davranışlarının avukatlık ile bağdaşmayacağına ve bunların çevrece bilinmesinin ne demek olduğunun belirtilmediğini, bu yüzden avukat adaylarının mesleğe kabulünde barolara sınırları belirli olmayan geniş bir takdir yetkisinin verildiği, dolayısıyla, avukatlık mesleğine kabul edilmeme sonucunu doğuran nedenlerin saptanması noktasında barolara geniş bir takdir yetkisi tanıyan kuralın, avukat adayları için öngörülebilir olmadığı gibi baroların keyfi yorum ve uygulamalarına karşı da yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığından Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin hukuki güvenlik ve belirlilik esaslarına aykırı olduğu belirtilmiştir.[930]

Anayasa Mahkemesinin gösterdiği bu özenin Danıştay tarafından da gösterildiği söylenemez. Bir başka deyişle Danıştay, avukatlara verilecek disiplin cezaları bakımından "suçun kanuniliği" ilkesinin aranmayacağı görüşünü savunmaktadır. Gerçekten de Danıştay Sekizinci Dairesinin 11.3.2008 tarih ve E. 2007/9224, K. 2008/1793 sayılı kararında; başlıklı kâğıtlarında yurt dışında bulunan kimi avukatlık bürolarını "irtibat bürosu" olarak gösteren avukatlara verilen kınama cezasına karşı açılan davada, yurt dışında bulunan avukat ofislerinin irtibat ofisi olarak gösterilmesinin kanunda yasaklanmadığı halde yönetmelikle böyle bir yasağın öngörülmesinin ve ayrıca, kanunda kınama cezası verilecek davranışlar arasında böyle bir fiilin sayılmamış olmasının suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olduğuna yönelik savlara itibar edilmemiş ve disiplin suç ve cezalarında suçun kanuniliği ilkesinin mutlak uygulanması zorunluluğunun bulunmadığı teyit edilmiştir.[931]

[930] Bkz. 13.8.2013 tarih ve 28734 sayılı R.G.

[931] Bkz. Ulusoy, A. İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 88 ve dn. 137. Ancak Danıştay'ın kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının vermiş oldukları cezalar bakımından

e. Askeri Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Kurumsal disiplin suç ve cezalarından en ilginç olanını, askeri disiplin suç ve cezaları oluşturmaktadır. Gerçekten de askeri disiplin hukuku, daha doğru bir deyişle, asker kişinin disiplin amiri tarafından ve disiplin yolu ile cezalandırılması, askerlik hizmeti bakımından çok önemli bir yer tutmakta[932] ve askeri disiplin, emirlerin derhal yerine getirilmesinin temellerinden birisini oluşturmaktadır.[933] Bu durumu son derece doğal olarak karşılamak gerekir. Bir kere, askeri kurumlarda hiyerarşi ilişkisi güçlü olduğu için disiplin işlevi de oldukça güçlüdür.[934] İkinci olarak, emirlere uymak askeri disiplin açısından yaşamsal bir önem taşımaktadır. Nitekim emirlere uymanın önemi bir Latin atasözünde de açıkça ifade edilmiştir. Gerçekten de bu atasözünde "nullum crimen majus est inobedentia" (hiçbir suç emirlere uymamaktan daha büyük değildir)[935] denilerek emirlere uymanın önemi açık bir şekilde vurgulanmıştır.

Askeri disiplin suç ve cezaları, 31.1.2013 tarih ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile oldukça köklü bir değişikliğe uğramıştır. Bu kanun ile askeri disiplin cezalarını gerektiren fiilleri yalnızca disiplin suçları oluşturmuştur.[936] İkinci olarak, 6413 sayılı Kanun ile disiplin suç ve cezalarıyla

---

sürgit bir şekilde suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin aranmayacağı şeklinde görüşe sahip olduğu düşünülmemelidir. Bu konuda Danıştay içtihatlarında istikrarsızlık gözlenmektedir. Örneğin DİDDGK'nın 19.11.2012 sayılı kararında; ilgili kanunda "tahdidi olarak" (numerus clauses) olarak sayılan disiplin suçlarına kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğince yönetmelikle eklemeler yapılamayacağı sonucuna varılmış (Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 93-94 ve dn. 145) buna karşın, DİDDGK'nın 9.12.2004 tarih ve E. 2002/784, K. 2004/1958 sayılı kararında; Makine Mühendisleri Odasınca çıkarılan ve makine mühendisliği hizmetleri üreten kişi veya kuruluşlara büro tescil belgesi verilmesini, serbest müşavirlik ve mühendislik hizmetlerinin yapılmasında uygulanacak kuralları ve cezai yaptırım ve uygulamaları düzenleyen yönetmeliğin, Resmi Gazetede yayımlanması gereken yönetmeliklerden olduğu, yayımlanmaması nedeniyle hukuken geçerli düzenleyici işlem niteliğinde bulunmadığı, yönetmeliğe dayalı ücret tarifesinin iptaline ve bu tarife uyarınca davacıdan alınan belge bedelinin iadesi sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 27.9.2011. Danıştay'ın bu kararından, bir kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan Makine Mühendisleri Odasınca çıkartılan disiplin suç ve cezasını düzenleyen bir yönetmeliğin Resmi Gazetede yayımlanması koşuluyla hukuken geçerli düzenleyici işlem niteliğini taşıyacağı ve bu yönetmeliğe dayalı olarak disiplin cezası verilebileceği anlamı çıkmaktadır ki bunun kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı olduğu ortadadır.

[932] Nitekim kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak itaat ile ast ve üstün hukukuna riayete disiplin denileceği şeklinde bir tekerleme Türk ordusu içerisinde sık sık dile getirilmektedir.

[933] Erman, S. Askeri Ceza Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1974, s. 286.

[934] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 158.

[935] Bkz. Black's Law Dictionary, s. 963.

[936] 6413 sayılı Kanundan önce, askeri disiplin cezasını gerektiren fiiller üç gruptu. Bunları, disiplin kabahatleri, disiplin suçları ve disiplin tecavüzleri olarak saymak olanaklıydı. Bunlardan ilkini

askeri ceza mahkemesi arasındaki her türlü ilişki kesilmiştir. Üçüncü olarak, 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile 477 sayılı Kanunun 1. maddesinde değişiklik yapılarak disiplin mahkemelerinin yalnızca savaş zamanında kurulacağı belirtilmiş ve "disiplin mahkemeleri", "disiplin kurulu"na dönüştürülmüştür. Bu bağlamda Türk hukukunda artık barış döneminde "disiplin mahkemesi" bulunmamakta, yalnızca savaş döneminde bulunmaktadır. Ancak az sonra ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere disiplin suçlarından dolayı disiplin amirleri ve disiplin kurulları ile savaş döneminde disiplin mahkemeleri olarak adlandırılsa da gerçekte

---

oluşturan disiplin kabahatler "askeri kabahat" kavramından yola çıkılarak belirlenmişti. Askeri kabahat, 22.5.1930 tarih ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun (ACK) mülga 162. maddesinin 1. fıkrasının (B) bendinde tanımlanmıştı. Buna göre, ACK'nın mülga 18. maddesinde yazılı olan fiillerin hafif halleri, askeri kabahatleri oluşturmaktaydı. ACK'nın mülga 18. maddesinde ise bu kanunda yazılı olan bir cezanın ancak bir mahkemenin kararıyla infaz olunacağı, buna karşın Kanunun bazı maddelerinde yazılı kısa hapis cezalarının disiplin cezalarıyla cezalandırılabileceği (Görüldüğü üzere, 6413 sayılı Kanundan önce disiplin suçu ile ACK'ya giren suçlar kimi zaman özdeş hale gelebilmekte ve aynı suç bazen disiplin amirleri, bazen de disiplin mahkemeleri tarafından cezalandırılabilmekteydi) ifade edilmişti. 1632 sayılı Kanunun mülga 162. maddesinin 2. fıkrasında, askeri kabahatin disiplin amiri tarafından bizzat disiplin cezasıyla cezalandırılabileceği gibi amir tarafından askeri mahkemeye de tevdi edilebileceği belirtilmişti. İşte, askeri kabahatlerden amirler tarafından disiplin cezasıyla cezalandırılabilen bu fiiller disiplin kabahatlerini oluşturmaktaydı. Askeri disiplin hukukunun ikinci grubunu disiplin suçları oluşturmaktaydı. İşlenen disiplin suçlarından dolayı verilecek cezayı bizzat disiplin amiri tayin edebileceği gibi amir cezanın verilmesini disiplin mahkemesinden de isteyebilmekteydi. Gerçekten de 16.6.1964 tarih ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunun 7. ve 14. maddelerinde bu kanunda yazılı disiplin suçlarından dolayı disiplin amirinin oda veya göz hapsi verebileceği gibi konuyu disiplin mahkemelerine de yollayabileceği ifade edilmiştir. 6413 sayılı Kanundan önce, askeri disiplin suçlarının üçüncü (son) grubunu disiplin tecavüzleri oluşturmaktaydı. Daha açık bir deyişle, 1632 sayılı ACK'nın mülga 162. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendinde disiplin tecavüzü; askeri terbiyeyi, disiplini bozan ve Askeri Ceza Kanununun hiç bir maddesine uymayan fiiller ve "kayıtsızlıklar" (tekâsüller) olarak tanımlanmıştı. 6413 sayılı Kanunla askeri disiplin suçları barış döneminde yalnızca disiplin suçları olarak saptanmış olsa da bu kanundan önce disiplin kabahati, disiplin suçu ve disiplin tecavüzü şeklinde üçe ayrılan askeri disiplin suçlarının kanunilik ilkesi bakımından aralarında bulunan farka temas etmek uygun olacaktır. (Bu farklılıkların anlaşılması pozitif hukuk bakımından da büyük önem arz etmektedir. Zira askeri kabahatler her ne kadar kaldırılmış olsa da 477 sayılı Kanun savaş döneminde geçerli olacağından ve bu kanunda disiplin tecavüzlerine yer verilmiş olduğundan savaş döneminde olsa bile disiplin suçlarıyla disiplin tecavüzleri arasındaki farkın bilinmesi büyük önem taşımaktadır). Somut bir deyişle, kanunlarda disiplin kabahati ve disiplin suçları gösterilmiş olmasına karşılık, disiplin tecavüzü gösterilmemişti. Gerçekten de az önce belirtildiği üzere, disiplin kabahatleri 1632 sayılı ACK'da, disiplin suçları ise 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunda gösterilmiş olduğu hâlde, disiplin tecavüzü hiç bir kanunda gösterilmemişti. Bu bağlamda disiplin tecavüzü bariz bir şekilde suç ve cezada kanunilik ilkesinden bağışık tutulmuştu.

idari kurul niteliğinde olan bu mahkeme! tarafından verilen her ceza, disiplin cezası dolayısıyla askeri idari cezayı oluşturmaktadır.

Askeri disiplin suçlarını oluşturan davranışlar, 6413 sayılı Kanunun ise 15 ila 20. maddeleri arasında teker teker sayılmıştır. Askeri disiplin suçlarına verilecek disiplin cezaları ise 6413 sayılı Kanunun 11., 22. ve 25. maddelerinde asker kişilerin konumuna göre faklı türlere ayrılmıştır. Gerçekten de 6413 sayılı Kanunun 11. maddesinde, subay, astsubay, uzman jandarma ve uzman erbaşlar ile sözleşmeli erbaş ve erler hakkında verilebilecek disiplin cezaları ağırlık sıralaması bakımından; uyarma, kınama, hizmete kısmi süreli devam, aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme, oda hapsi ve Silahlı Kuvvetlerden ayırma olarak sayılmıştır. 6413 sayılı Kanunun 22. maddesinde askeri öğrencilere disiplin amirleri tarafından verilebilecek disiplin cezaları; kınama ve izinsizlik olarak saptanmış, 25. maddesinde ise erbaş ve erlere disiplin amirleri tarafından verilebilecek cezalar; izinsizlik, ilave hizmet yükleme, oda hapsi ve hizmetten men olarak belirtilmiştir. 6413 sayılı Kanun Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli devlet memurları bakımından özel bir disiplin suç ve cezası öngörmemiş, dolayısıyla bu memurların genel hükümlere tabi olduğu örtük bir şekilde belirtilmiştir.

Disiplin cezalarının tanımı 6413 sayılı Kanunda yapılmış bulunmaktadır. Daha somut bir deyişle, 6413 sayılı Kanunun 12. maddesinde uyarma cezası; personele, görevinin icrasında veya hâl ve hareketlerinde daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesi,[937] kınama cezası; personele, görevinin icrasında veya hâl ve hareketlerinde kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesi,[938] hizmette kısmi süreli devam cezası; disiplin cezası verilen personele mesai sonrasında günde üç saati ve her hâlde saat 24.00'ü geçmeyecek şekilde, kadro görevinde veya kadro görevi dışında statüsüne uygun askeri hizmetin yaptırılması,[939] aylıktan kesme cezası; disiplin cezası verilen personelin, sosyal güvenlik mevzuatına göre hesaplanan prime esas kazanç tutarından ekli (1) sayılı çizelgede belirtilen oranlarda kesinti yapılması,[940] hizmet yerini terk etmeme cezası; personelin mesai bitiminden sonra görev yaptığı yerden ayrılmayıp resmi daire, kışla, eğitim alanları ile sair yerlerdeki

[937] 6413 sayılı Kanunun 12. maddesinin 1. fıkrasına bkz.
[938] 6413 sayılı Kanunun 12. maddesinin 2. fıkrasına bkz.
[939] 6413 sayılı Kanunun 12. maddesinin 3. fıkrasına bkz.
[940] 6413 sayılı Kanunun 12. maddesinin 4. fıkrasına bkz.

hizmetine devam etmesi,[941] oda hapsi cezası;[942] odalarının kapısında nöbetçi bulundurularak bu amaçla tahsis edilen hapis odasında yerine getirilen ceza şeklinde tanımlanmıştır.[943] 6413 sayılı Kanunun 13. maddesinde ise Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası tanımlanmıştır. Buna göre, personelin tabi olduğu mevzuat hükümlerine göre Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişiğinin kesilmesi veya durumuna göre sözleşmesinin feshedilmesi Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasıdır.[944]

6413 sayılı Kanun disiplin cezalarını verecek disiplin birimlerini farklılaştırmıştır. Gerçekten de 6413 sayılı Kanunun 11. maddesinin 2. fıkrasında; uyarma, kınama, hizmete kısmi süreli devam ve aylıktan kesme cezalarının disiplin amirleri, hizmet yerini terk etmeme ve oda hapsi cezalarının disiplin kurulları ve disiplin amirleri,[945] Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasının ise yüksek disiplin kurulları tarafından verileceği ifade edilmiştir.[946]

6413 sayılı Kanun askeri disiplin suç ve cezalarında köklü değişiklik öngörmüş olsa da söz konusu suç ve cezalarda kanunilik ilkesini egemen kılamamıştır.[947] Bir kere 6413 sayılı Kanun, uyarma, kınama, hizmete kısmi süreli

---

[941] 6413 sayılı Kanunun 12. maddesinin 5. fıkrasına bkz.

[942] 6413 sayılı Kanunun 6. maddesinin 6. fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre oda hapsi cezası seferberlik ve savaşta disiplin amirleri ve disiplin kurulları veya barışta yalnızca Türk karasuları dışındaki gemilerde işlenen suçlarda gemi komutanı tarafından verilebilmektedir.

[943] 6413 sayılı Kanunun 12. maddesinin 6. fıkrasına bkz.

[944] 6413 sayılı Kanunun 13. maddesinin 1. fıkrasına bkz.

[945] AİHM'in Engel ve diğerleri davasında vermiş olduğu kararın **(**Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun 1976 yılında vermiş olduğu bu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tülen, H. Disiplin Amirlerince Verilebilen Oda Hapsi Cezalarına Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında Bir Bakış in Ergun Özbudun'a Armağan Cilt II Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 664-667, Mole N. ve Harby C. Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz (Council of Europe, 2001), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005s. 17-18) gereğinin yerine getirilebilmesi için "hizmet yerini terk etmeme" şeklindeki disiplin cezasının özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğurduğu için kaldırılması gerekmektedir. Çünkü bu ceza, AİHM'in söz konusu kararında şart koştuğu yargı organı tarafından verilmesi esası yerine disiplin kurulları şeklindeki idari organlar tarafından verilmektedir.

[946] Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını verecek yüksek disiplin kurulunun oluşum tarzı hakkında 6413 sayılı Kanunun 13. maddesinin 2. fıkrasına bkz.

[947] 6413 sayılı Kanundan önceki dönemde de askeri disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi egemen kılınamamıştı. Her şeyden önce disiplin tecavüzlerinde kanunilik ilkesi uygulanmamıştı. Zira yukarıda belirtildiği üzere disiplin tecavüzleri hiçbir kanunda öngörülmemişti. Disiplin amirleri ve disiplin mahkemeleri tarafından verilen askeri kabahat ve disiplin cezaları bakımından da kanunilik ilkesine uyulmamıştı. Zira her iki organın verdiği disiplin cezalarına karşı yargı yolu kapalı bulunmaktaydı. Aşağıda ayrıntılı olarak belirtileceği üzere verilen bir cezaya karşı yargı yolunun kapalı tutulması durumunda "kara delikler" (black holes) oluşmakta ve suç ve ceza kanunla ne kadar ayrıntılı ve açık olarak düzenlenirse düzenlensin kanunilik ilkesine uyulduğundan bahsedilemez. Çünkü kanunilik ilkesine uyulup uyulmadığını gerçek anlamda denetleyecek organ "yargı organı" olduğundan yargının denetiminde olmayan bir işlem için kanunilik ilkesinin uygulanmasından söz edilemez. Konu oldukça önemli olduğundan ayrıntılı bir bilgi vermek uygun düşecektir. 6413 sayılı Kanundan önce öncelikle askeri disiplin amirleri tarafından verilen disiplin cezalarında kanunilik

devam ve hizmetten men cezalarına karşı yargı yolunu kapayarak suç ve cezada kanunilik ilkesini ihlal etmiştir.[948] Daha somut bir deyişle, 6413 sayılı Kanunun 45.

---

ilkesi uygulanmamaktaydı. Zira 4.7.1972 tarih ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunun 6413 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki 21. maddesinin 3. fıkrasında, disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirleri tarafından verilecek cezaların yargı denetimi dışında olduğu belirtildiğine göre söz konusu amirler tarafından verilen cezalarda "kanunilik" ilkesine uyulmadığı ortadaydı. 6413 sayılı Kanundan önce askeri disiplin mahkemeleri tarafından verilen disiplin cezaları bakımından da "kanunilik" ilkesine uyulmamaktaydı. Zira ismi "disiplin mahkemeleri" olsa da biz bu organları "mahkeme" olarak nitelendirmeyerek idari bir organ olarak görmekteyiz. Bu bağlamda kanımızca, söz konusu organların verdiği disiplin cezalarını da "idari ceza" olarak kabul etmek gerekir. Disiplin mahkemelerinin "mahkeme" değil "idari kurul" olduğu sonucuna söz konusu mahkemelerin kararlarına karşı AYİM'de temyiz yoluna gidilememesi ve Anayasaya aykırılık bulunması gerekçeleriyle ulaşabilmek olanaklıdır. Çalışmanın oylumunu büyütmemek için burada kısaca disiplin mahkemelerinin Anayasaya aykırılığı üzerinde durmak faydalı olacaktır. Anayasanın 145. maddesinin 1. fıkrasında askeri yargının askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütüleceği belirtilmiş, bu maddenin son fıkrasında ise askeri yargı organlarının mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Ayrıca Anayasanın 9. maddesinde yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiş, 138. maddesinin 1. fıkrasında da yargıçların görevinde bağımsız oldukları belirtilerek mahkeme bağımsızlığının yargıç bağımsızlığı yoluyla sağlanacağı örtülü olarak ifade edilmiştir. Disiplin mahkemelerinde görev yapanlar yargıç niteliğinde bulunmadığı gibi gerekli bağımsızlık statüsüne de sahip olmadıklarından bu organların yargı mercii olduğu söylenemez ve bu yüzden vermiş oldukları kararlar yargı kararı niteliğinde olamaz. Fazla bilgi ve krş., Ersoy, U. s. 437. (Bununla birlikte, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM), disiplin mahkemelerini yargı organı olarak kabul etmektedir. Gerçekten de, söz konusu mahkemenin 2. Dairesinin 15.1.2003 tarih ve E.2003/25, K.2003/12 sayılı kararında; disiplin mahkemelerince verilen kararlar idari işlem olarak değil, yargısal işlem olarak değerlendirilmiş ve bu işlemlerin yargı denetimine tabi olmadığı ifade edilmiştir. Daha açık bir deyişle kararda; Disiplin Mahkemesi kararlarına karşı ancak 477 sayılı Kanunun 31. maddesi uyarınca üst disiplin mahkemesine itiraz edilebileceğinin belirtildiği, yargı kararlarına karşı iptal davası açılamayacağı, davacı hakkında amire saygısızlık suçundan Disiplin Mahkemesince verilen 15 günlük oda hapsi cezası kararı ile itiraz üzerine üst disiplin mahkemesince itirazın reddine ilişkin kararın iptal davasına konu olamayacağı, bu nedenle inceleme yetisi bulunmayan davanın reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Karar için bkz. http:www.msb.mil.tr/ayim/AYİM_karar_detay.asp?IDNO=318&ctg=000001000023, Erişim Tarihi, 19.10.2009). Kanımızca, Mahkemenin bu görüşü isabetsizdir. Çünkü disiplin mahkemesi, Anayasanın 145. maddesindeki gereklere uygun olarak kurulamadığından bir yargı organı niteliğini taşımamaktadır. Artık disiplin mahkemelerinin "mahkeme" değil "idari kurul" olduğu 6413 sayılı Kanunla iyice perçinlenmiştir. Zira bu kanunla disiplin mahkemeleri, artık barış döneminde kaldırılmıştır. Bu mahkemeler, 6413 sayılı Kanunla savaş döneminde muhafaza edilse bile savaş dönemindeki disiplin mahkemelerini de disiplin kurulu olarak kabul etmek gerekir. Çünkü Anayasanın 145. maddesinin son fıkrasında, askeri yargı organlarının mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği belirtilirken barış ve savaş dönemi arasında bir ayrım yapılmamış, her durumda bu mahkemelerin söz konusu esaslara göre kurulacağı örtük olarak ifade edilmiştir. Savaş döneminde kurulacak olan disiplin mahkemelerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarını taşıyamayacağı ortadadır. 6413 sayılı Kanundan önceki durumu özetlemek gerekirse, gerek disiplin amirleri tarafından disiplin tecavüzü ve disiplin suçlarından dolayı verilen disiplin cezaları, gerekse disiplin mahkemeleri tarafından verilen disiplin cezaları "askeri idari ceza" niteliğini taşımıştır. Bu cezalara karşı herhangi bir yargısal başvuru yolunun bulunmaması yüzünden söz konusu cezalar bakımından "kanunilik" ilkesine aykırı davranılmıştır.

[948] Askeri disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılmasının anayasal dayanağını Anayasanın 129. maddesinin 4. fıkrası oluşturmaktadır. Gerçekten de Anayasanın 129. maddesinin 3. fıkrasında, disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı belirtildikten sonra 4. fıkrasında, Silahlı Kuvvetler mensupları hakkındaki hükümlerin saklı olduğu belirtilerek disiplin yoluyla asker kişilere

maddesiyle 4.7.1972 tarih ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21. maddesinin 3. fıkrası değiştirilerek; Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şuranın kararları ile disiplinsizlik nedeniyle verilen disiplin cezaları ve diğer idari yaptırımların yargı denetimi dışında olduğu, ancak, Yüksek Askeri Şuranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişki kesme kararına ve askeri disiplin ile ilgili kanunlarda yargıya açık olduğu belirtilmiş olan disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiştir. 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanununun 11., 41.[949] 42.[950] ve 43. maddelerinin[951] yorumlanması sonucunda disiplin amirleri tarafından verilen uyarma, kınama, izinsizlik ve hizmete kısmi süreli devam cezaları ile disiplin kurulları tarafından verilen hizmetten men cezasına[952] karşı yargı yoluna başvurulamayacağı anlaşıldığına göre bir kere bu cezalar bakımından "kanunilik" ilkesine uyulmadığı ortadadır.

6413 sayılı Kanunla kimi askeri disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açılmış olması bile yargı yolu açılan disiplin cezaları bakımından kanunilik ilkesine uyulduğu anlamını taşımamaktadır. Gerçekten de 6413 sayılı Kanun yargı yolunu açtığı bazı disiplin cezaları hakkında yapmış olduğu çeşitli düzenlemelerle söz konusu ilkeyi ihlal etmiştir. Bu konuda bazı örneklerin verilmesi uygun düşecektir. 6413 sayılı Kanunun 8. maddesinin 2. fıkrasında, bu kanunda belirlenmiş olan disiplinsizliklere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemde bulunanlara adli veya askeri suç teşkil etse bile aynı neviden disiplin cezalarının verilebileceği, kısacası "aleyhe kıyas serbestisi" olduğu ifade edilerek suç ve cezada kanunilik ilkesinin "açıklık" alt ilkesi ihlal edilmiştir. Yine Kanunun aylıktan kesme cezasını gerektiren disiplinsizlikleri düzenleyen 18. maddesinin (g) bendinde, maiyetinde çalışan

---

verilecek bazı cezalara karşı herhangi bir yargı yoluna başvurulamayabileceği örtülü bir şekilde ifade edilmiştir.

[949] Bu maddede disiplin amirleri tarafından verilen cezalara karşı üst disiplin amirine idari bir itiraz yolu öngörülmüş ve üst disiplin amirinin vereceği kararın kesin olduğu ifade edilmiştir.

[950] Bu maddede disiplin kurulu kararlarına karşı bir üst komutanlığın disiplin kuruluna itiraz yolu öngörülmüş ve üst disiplin kurulunun vereceği kararın kesin olduğu ifade edilmiştir.

[951] 6413 sayılı Kanunun 43. maddesinin 1.fıkrasında; yüksek disiplin kurulları tarafından verilen Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezaları ile subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş ile sözleşmeli erbaş ve erler hakkında disiplin amirleri veya disiplin kurulları tarafından barış zamanında verilmiş olan aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme ve oda hapsi cezalarına karşı Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde dava açılabileceği ifade edilmektedir. Bu hükmün karşıt anlamından disiplin amirlerinin vermiş olduğu uyarma, kınama, izinsizlik ve hizmete kısmi süreli devam cezasına karşı yargı yoluna başvurulamayacağı anlaşılmaktadır.

[952] 6413 sayılı Kanunun 36. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendine bkz.

personel tarafından verilen makul bir seviyenin üstünde maddi değeri olan bir hediyeyi kişisel menfaat amacıyla kabul etmek denilmiş, "makul değerin üstü" kavramı belirsiz ve muğlak olduğu için "açıklık" alt ilkesine aykırı davranılmıştır. Yine bu maddenin (ğ) bendinde, mesai içerisinde veya hizmete ilişkin durumlarda siyasi içerikli konuşmalar yapmak fiiline yer verilerek söz konusu alt ilkeye aykırı davranılmıştır. Zira "siyasi içerikli konuşma" yapmanın anlamını nesnel bir şekilde kestirebilmek zordur. Çünkü neredeyse günlük yaşamda karşılaşılan ve gelecekte de karşılaşılabilecek olan her olay bir bakıma siyaset ile ilintili bulunmaktadır.

6413 sayılı Kanunla yargı yolunun açık olduğu belirtilen "hizmet yerini terk etmeme" cezası bakımından da suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı davranılmıştır. Gerçekten de Kanunun hizmet yerini terk etmeme cezasını gerektiren disiplinsizlikler"i düzenleyen 19. maddesinin (ğ) bendinde; çalıştığı mesai ortamında söz veya fiilleri ile hizmetin yerine getirilmesini olumsuz yönde etkilemek fiiline söz konusu cezanın uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu hükümde yer alan "hizmetin yerine getirilmesini olumsuz yönde etkilemek" kavramının nesnel bir anlamını saptayabilmek olanaksız değilse bile oldukça zor olduğundan suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı davranıldığı ortadadır.

Askeri disiplin cezalarından en ağırını oluşturan "Silahlı Kuvvetlerden ayırma" cezası bakımından bile 6413 sayılı Kanunda suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizlikleri düzenleyen Kanunun 20. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; görevine, sosyal ve aile yaşantısına zarar verecek derecede menfaatine, içkiye, kumara düşkün olmak veya Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını sarsacak şekilde yüz kızartıcı, utanç verici veya toplumun genel ahlak yapısına aykırı fiillerde bulunmanın Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektireceği ifade edilmiştir. Burada ifade edilen "görevine, sosyal ve aile yaşantısına zarar verecek derecede menfaatine, içkiye, kumara düşkün olmak", "Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını sarsacak şekilde yüz kızartıcı, utanç verici veya toplumun genel ahlak yapısına aykırı fiillerde bulunmak" fillerinin nesnel bir şekilde anlamını saptayabilmek neredeyse olanaksız olduğundan suç ve cezada kanunilik ilkesinin "açıklık" alt ilkesine aykırı davranıldığı ortadadır.

En ağır askeri disiplin cezasını oluşturan Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası bakımından suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olarak yapılan bir başka düzenleme, 6413 sayılı Kanunun 20. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendidir. Bu bentte, Devletin ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarına zarar verecek nitelikte tutum ve davranışlarda veya ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiillerde bulunmak Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren askeri bir disiplin suçunu oluşturan fiil olarak kabul edilmiştir. Bu hükmün tümü belirsiz ve muğlak olduğundan örneğin, Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarına zarar vermenin nesnel anlam ve kapsamı belirlenemeyeceğinden kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesine aykırı davranıldığı barizdir.[953] Bu maddenin (ç) bendinde de suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı hükümlere yer verilmiştir. Gerçekten de bu bentte; yetkisi olmadığı halde, devletin güvenliği ile iç ve dış siyasi yararlarına ilişkin elde ettiği gizli bilgileri yetkisiz kişi ve kuruluşlara vermek, ulaştırmak veya açıklamak fiiline Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası öngörülmektedir. Burada yer verilen "devletin güvenliği", "iç ve dış siyasi yararlar" ve "gizli bilgi" ibarelerinin nesnel bir şekilde anlamını saptayabilmek oldukça zor olduğundan suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırı davranıldığı ortadadır.

6413 sayılı Kanunun 20. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinde, suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı oldukça ilginç bir hükme yer verilmiştir. Bu hükümle; iffetsizliği anlaşılan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağını devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulunduran kişilere Silahlı Kuvvetlerden

[953] Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmün hukuk devletinin açıklık veya belirlilik esası ile suç ve cezada kanunilik ilkesini ihlal etmediği kanısını taşımaktadır. Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin 28.11.2013 tarih ve E. 2013/46, K. 2013/140 sayılı kararında; hizmete engel davranışlardan olan fiillerin, Devletin ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarına zarar verecek tutum ve davranışlardan kaynaklı olmasının gerektiği, bu durumda ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiillerin çerçevesinin belli olmadığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinden ayırma cezası sonucunu doğuran fiillerin saptanması noktasında idarenin sınırları belli olmayan geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunun söylenemeyeceğini, ağır suç veya disiplinsizlik fiillerinin tümüyle muğlak, nesnellikten uzak ve belirsiz kavramlar olmayıp, belirlenen çerçeve içinde idarenin keyfi yorum ve uygulamalarına karşı yeterli koruma sağladığından hukuk devleti ilkesinin belirlilik esasına aykırılığın olmadığı belirtilmiştir. Kararda devamla; Devletin ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarına zarar verecek nitelikte olan ağır suç ve disiplinsizlik fiillerinin, zamana, yere, işlendiği kişiye veya yarattığı etkiye göre farklı sonuçlar doğurabildiği, ceza hukuku bakımından aynı hukuki yaptırıma tabi tutulan fiillerin disiplin hukuku bağlamında yarattığı etki ve sonuçlar farklı olabildiğinden söz konusu fiilleri sabit bir tanıma bağlamak mümkün olmadığı gibi tek tek saymanın da mümkün olmadığı, kanun koyucu tarafından disiplinsizlik sayılacak tutum, davranış ve fiillerin, Devletin ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarına zarar vermesi şeklinde nitelendirilmesinden sonra, cezanın kanunda açıkça Silahlı Kuvvetlerden ayırma şeklinde belirlenmesinin suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. 27.3.2014 tarih ve 28954 sayılı R.G.

ayırma cezasının verileceği öngörülmektedir. Burada kullanılan "iffetsiz" ibaresinin anlamını saptayabilmek oldukça güçtür. Türk Dil Kurumu "iffetsiz" sözcüğünün anlamını, cinsel konularda ahlak kurallarına bağlı olmayan, "silisiz" (temiz olmayan), namussuz şeklinde verse de[954] bu tanımda geçen ibarelerin örneğin "namussuz" ibaresinin anlamını nesnel olarak saptayabilmek oldukça zor olduğundan kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesinin ihlal edildiği açıktır.

Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası bakımından suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı durumlar, salt bu cezayı gerektiren disiplinsizlikleri düzenleyen 6413 sayılı Kanunun 20. maddesi bakımından görülmemekte, disiplin ceza puanına bağlı olarak ayırma cezası verilmesini düzenleyen 21. madde bakımından da görülmektedir. Bu maddede disiplin ceza puanına bağlı olarak, kısacası nesnel koşullarla Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasının verilmesi öngörüldüğü için suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bir durumun olmadığı düşünülebilir. Hâlbuki bu düşünce yanıltıcıdır. Gerçekten de bu maddede sözleşmeli subay ve astsubaylar hariç subaylar, astsubaylar ve uzman jandarmaların; en son alınan disiplin cezasının kesinleştiği tarihten geriye doğru son bir yıl içinde on sekiz disiplin cezası puanı veya en az iki farklı disiplin amirinden toplam on iki defa veya daha fazla disiplin cezası almak ile en son alınan disiplin cezasının kesinleştiği tarihten geriye doğru son beş yıl içinde otuz beş disiplin cezası puanı veya en az iki farklı disiplin amirinden toplam yirmi beş defa veya daha fazla disiplin cezası almaları durumlarının disiplinsizliği alışkanlık hâline getirme olarak kabul edileceği ve haklarında ayırma cezasının verileceği, ceza puanlarının ekli (2) sayılı çizelgeye göre yapılacağı ifade edilmiştir. Kanunun ekinde yer alan (2) sayılı çizelgede aleyhine karşı yargı yoluna başvurulamayan "uyarma" cezasının 1, "kınama" cezasının 1,5, "hizmete kısmi süreli devam" cezasının 2 ceza puanı gerektireceği ifade edilmiştir. Bu cezalara karşı yargı yoluna başvurulamaması, az önce belirtildiği üzere kara bir delik meydan getirerek suç ve cezada kanunilik ilkesine açık bir aykırılık oluşturmaktadır.

[954] www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi, 11.6.2013.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
HUKUKA AYKIRI DAVRANIŞLAR ve ÇEŞİTLİ KAVRAMLARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULAMASI

Bu kısımda idari suç ve cezaların kendisiyle en çok karıştırılan diğer hukuka aykırı eylemler ve çeşitli kavramlarda kanunilik ilkesinin uygulaması üzerinde durulacaktır. İleride ayrıntılı bir şekilde görüleceği üzere kanunilik ilkesinin idari suç ve cezaların kendisiyle en çok karıştırılan bazı hukuka aykırı eylemler ve çeşitli kavramlarda benimsenmesi veya katı bir şekilde benimsenmesi gerekmez. Ancak bu irdelemeyi yapabilmek için öncelikle idari suç ve ceza ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve çeşitli kavramlar arasındaki ayrımın sağlam ve doğru bir şekilde ortaya konulması gerekir.[955] İdari suç ve cezaların ilişkili olduğu çeşitli kavramlarda kanunilik ilkesinin uygulaması üzerinde durulurken bilinmeyeni bir başka bilinmeyenle açıklama yapma yerine öncelikle o kavramın anlamı üzerinde durulacaktır. Bu yapılırken İkinci Bölümde olduğu gibi konu ikiye ayrılacak, bu

[955] Bu ayrımın yapılması kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından büyük önem taşır. İleride üzerinde durulacağı üzere, idari suç ve ceza ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve ceza ve diğer haksız fiiller arasında ayrımı yapmaya yarayan öze yönelik sağlam bir ölçüt bulunmamaktadır. Bu bağlamda, kanun koyucu, aynı fiili, idari suç, cezai suç, hatta özel hukuk bakımından haksız fiil olarak düzenleyebilir. Bundan başka, bir fiil aynı zamanda hem idari suç hem ceza hukuku suçu hem de özel hukuk haksız fiilini oluşturabilir. Örneğin, demiryollarında "işaretçi" (signalman) olarak çalışan bir kamu görevlisi, tren geçerken uykuya daldığı için bariyeri kapatmayı unutur ve bir aracın trenle çarpışıp kişilerin ölmesine yol açarsa bu fiilden dolayı üç tür sorumluluğu doğar. Bunlardan birincisi, taksirle adam öldürmeye neden olmaktan dolayı cezai sorumluluktur. (5237 sayılı TCK'nin 85. maddesinde "taksirle öldürme" suç ve cezası düzenlenmiştir). İkincisi, olayda "ölüm" gerçekleştiği için ölen kişilerin desteğinden yoksun kalan kişiler, Demiryolları İdaresinden tazminat elde edebilirler ve tazminatı ödeyen Demiryolları İdaresi, özel hukuk hükümleri çerçevesinde kusurlu kamu görevlisine "rücu" eder. (Anayasanın 40. maddesinin 3. (son) fıkrası ile 657 sayılı DMK'nın 12. ve 13. maddelerine bkz.). Söz konusu işaretçinin sorumluluğu burada bitmemekte, onun idari bakımdan da sorumluluğu bulunmaktadır. Bu bağlamda, ilgili kamu görevlisi ya sözleşmeye aykırı davrandığı için "sözleşmenin feshi" (eğer kamu görevlisi sözleşmeli bir statüde çalışıyorsa) veya ("veya" sözcüğü bilinçli bir şekilde kullanılmıştır. Zira bir suçtan dolayı iki ceza verilmez "Ne (non) bis in idem" kuralı gereğince bir fiile, ceza hukuku cezaları bakımından olduğu gibi idari cezalarda, bu bağlamda disiplin cezaları alanında da iki farklı ceza verilemez. Bu kuralın konumuzla doğrudan ilgisi bulunmadığı için üzerinde durulmasına gerek bulunmamaktadır. Ne bis in idem ilkesi hakkında bilgi için bkz. Çağlayan, R. İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu), Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara 2006, s. 42-45) 657 sayılı DMK'nın 125. maddesinin (B) bendinin (a) alt bendinde ifade edilen; verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında kusurlu davranmak hükmü gereğince "kınama" cezası verilir. Krş. Williams, G. Learning the Law, Eleventh Edition, Stevens and Sons, London 1982, s. 2-3. Bu örnek, idari suç ile diğer haksız fiiller arasındaki ayrımın yapılmasının kolay olmadığını, çünkü örnekteki ne yapılması veya yapılmamasını gösteren davranışın her bir durumda bahsedilen hukuk dalları bakımından aynı olduğunu, ortaya koymaktadır. Ancak bu zorluk yüzünden kanunilik ilkesinin uygulaması bağlamında idari suç ile diğer haksız fiiller arasında ayrım yapılması çabalarından vazgeçilemez. Zira ileride ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere ceza veya idare hukuku suçlarından kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanması gerekirken, özel hukuk haksız fiillerinde söz konusu ilke uygulanmaz.

bağlamda halka yönelik idari suç ve cezalar ile disiplin suç ve cezalarının diğer hukuka aykırı eylemler ve kendileriyle yakın ilişki içerisinde bulunduğu çeşitli kavramlarda kanunilik ilkesinin uygulaması üzerinde durulacaktır.

I- HALKA YÖNELİK İDARİ SUÇ ve CEZALAR ile DİĞER HUKUKA AYKIRI EYLEMLER ve ÇEŞİTLİ KAVRAMLARDA KANUNİLİK İLİŞKİSİNİN UYGULAMASI BAĞLAMINDA İLİŞKİLER

İdari cezayı, kanunların yetki verdiği durumlarda araya bir yargı kararı girmeden İdarenin idare hukukuna, özellikle idari usul hükümlerine göre kamu yararını korumak amacıyla norm ihlali yüzünden cezalandırıcı nitelikteki idari işlemi olarak tanımlamak olanaklıdır.[956] İdare, kamu düzeni ve güvenliğini, genel huzur ve asayışı, halkın sağlığı ve esenliğini, ulusal servetleri, kısacası kamu yararını gerçekleştirmekle yükümlüdür.[957] İşte idari ceza, İdarenin söz konusu yükümlülüklerini yerine getirebilmesini sağlayan gerekli araçları oluşturur.[958] Daha açık bir deyişle İdare, kendi faaliyet ve iş görüsüyle ilgili emir ve yasaklara yönetilenlerin uymasını sağlamak ereğiyle idari cezaya başvurur.[959]

Hukuka aykırı eylemler ve çeşitli kavramlar bakımından kanunilik ilkesi uygulamasını doğru bir temele oturtabilmek için yalnızca halka yönelik idari suç ve cezaların tanımının yapılması yeterli değildir, bunun yanında onların diğer hukuka aykırı davranışlardan ve çeşitli kavramlardan ayırt edilmesi gerekmektedir. Zira bu ayrım yapılmadan "idari suç ve cezalar"ın[960] tam olarak kavranması olanaklı olmayacak, günümüzde olduğu gibi tam bir terminoloji keşmekeşine boğulunulacaktır. Bu çerçevede her şeyden önce halka yönelik idari suç ve ceza ile ceza hukuku suç[961] ve cezası arasındaki ayrımın ortaya konularak bu son suç ve cezalarda kanunilik ilkesi uygulaması üzerinde durmak faydalı olacaktır.

---

[956] Krş. Süzek, S. İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1985, s. 253.
[957] Gölcüklü, s. 119; Süzek, İş Güvenliği Hukuku, s. 253.
[958] Süzek, İş Güvenliği Hukuku, s. 253.
[959] Gölcüklü, s. 117.
[960] Çalışmanın bu kısmında da sürgit bir şekilde "halka yönelik" ibaresinin kullanılmasından kaçınılarak "halka yönelik idari suç ve ceza/cezalar" yerine kimi durumlarda "idari suç ve ceza/cezalar" ibaresi kullanılmıştır.
[961] Ceza hukuku suçunun ne olduğu ve tanımları konusunda bilgi için bkz. Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 1-6.

1. Halka Yönelik İdari Suç ve Cezalarda Olduğu Gibi Ceza Hukuku Suç ve Cezalarında da Kanunilik İlkesi Katı Bir Şekilde Uygulanır

Halka yönelik idari suç ve cezalar ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar arasındaki ilişkiler sürgit bir şekilde öğretiyi meşgul etmektedir. Bu zihin meşguliyetinin temel nedenlerinden birisini, bireylerin ve toplulukların hukuka aykırı olan davranışlarının hem idari ceza hem de ceza hukukunun kapsamına giren bir cezayı gerektirebilmesi oluşturur.[962]

İdari suç ve cezalar ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar ayrımında ölçüt sorunu yalnızca öğretiyi meşgul etmekle kalmamakta, uluslararası kongrelerde de tartışılan bir konu niteliğini taşımaktadır. Örneğin 1989 yılında Viyana'da yapılan XIV. Uluslararası Ceza Kongresinde idari suç ve ceza ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve ceza ayrımında ölçüt sorunu tartışılmıştır.

Bu kongrede, halka yönelik idari suç ve cezanın[963] yaygınlaşması ve giderek önem kazanmasının iki temel gelişmeye dayandığı, bunlardan ilkinin, devlet müdahalesinin giderek daha çok alana yayılması sonucu idari ceza içeren normların artmasına yol açması, ikincisinin ise sosyal önemi az olan ihlalleri genel ceza hukukundan uzaklaştırmaya yönelik uluslararası hareketin yasama organlarını, bu tür ihlalleri idari ihlaller olarak tanımlamaya yönelmesi olduğu ifade edilmiştir.[964] Görüldüğü üzere Kongre sosyal önemi az olan ihlallerin idari ceza ile yaptırıma tabi tutulduğunu ifade ederek, söz konusu iki suç ve ceza arasında niteliksel bir ayrım yapmaya eğilimli gözükmektedir.

Kongre "depenalisation" akımına da değinmekte ancak söz konusu akımın belirli ölçüler içerisinde kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Daha açık bir deyişle, Kongre'de, ihlalleri ceza hukuku suçu olmaktan çıkararak idare hukukunun kapsamına giren suça dönüştürmenin ceza hukukunun tamamlayıcılık ilkesiyle uyum içinde bulunduğu, bu nedenle de memnuniyetle karşılandığı, ancak cezai idare hukuku[965] enflasyonunun da istenilen bir durum olmadığı belirtilmiştir. Zira Kongre,

---

[962] Krş. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 214.

[963] Kongre'de açıkça halka yönelik idari suç ve ceza ibaresi kullanılmamaktadır. Ancak disiplin suç ve cezaları Kongre'de idari suç ve cezaların kapsamı dışında tutulduğu için Kongre'nin kullandığı "idari suç ve ceza" ibaresinin "halka yönelik idari suç ve ceza" olarak betimlenebileceği kanısındayız.

[964] Centel, N. XIV. Uluslararası Ceza Kongresi Kararları (1-7 Ekim 1989 Viyana), Argumentum, Sayı: 1, Ağustos 1990, s. 6.

[965] Kongrede her ne kadar "idari ceza hukuku" ibaresi kullanılsa da biz bu ibareyi yanlış bulduğumuzdan bunun yerine "cezai idare hukuku" ibaresini kullanmaktayız.

ceza hukukuna "almaşık" (alternatif) olan idari cezada saf idare hukuku nitelikli önlemlerin öngörüldüğünü, bununla eşanlı olarak, yasama organları ve hukuk biliminin cezai idare hukukunun sınırları ile temel ilkelerini tanımlama hususunda daha fazla gayret göstermesi gerektiği düşüncesini taşımıştır.[966]

Az önce Kongrenin idari ceza ile ceza hukuku arasında özsel bir ayrım yapmaya eğilimli olduğu ifade edilmişti. Bununla birlikte, Kongrenin kendisi bu konuda bir ölçüt vermekten kaçınarak bu işi ülkelerin yasama organlarına bırakmıştır. Daha somut bir deyişle Kongre, belirli bir hareketin ceza hukuku veya cezai idare hukuku nitelikli araçlardan hangisiyle yaptırıma tabi tutulmasının genel olarak belirlenemediğini, bu yüzden, bu ayırımı yapmanın çoğu durumda yasama organlarına düştüğünü, bu konuda yasama organlarının özellikle söz konusu hareketin ihlal ettiği hukuki menfaatin karşı karşıya kaldığı tehlikenin veya bu menfaate yapılan tecavüzün ağırlığı kadar, failin kusurunun türü ile ölçüsü ölçütlerini de göz önünde bulundurması gerektiğini ifade etmiştir.[967]

Az önce idari suç ve cezalar ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar ayrımında ölçüt sorununun öğretiyi sürgit bir şekilde meşgul ettiği ifade etmişti. Bu bağlamda, kimi yazarların bahsedilen iki suç ve ceza arasında bir fark olmadığı esasını benimsediklerini belirtmek gerekir. Daha açık bir deyişle bu yazarlar, halka yönelik idari cezalar ile ceza hukuku cezaları arasında gerek öz, gerek şekil gerekse sonul amaç bakımından herhangi bir fark olmadığı görüşünü savunmaktadırlar.[968] Halka yönelik idari suç ve cezalar ile ceza hukuku suç ve cezaları arasında gerek öz, gerek şekil gerekse sonul amaç bakımından herhangi bir fark olmadığını savunan bu görüşü geçerli olarak kabul etmek oldukça güç gözükmektedir. Zira idari suç ve ceza, ceza hukukunun bir kolunu oluşturan "idare ceza hukuku" kavramının içerisine girseydi bu görüş bütünüyle doğru olacaktı. Hâlbuki yukarıda Giriş kısmında ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere idari suç ve ceza, ceza hukukunun değil, idare hukukunun bir dalını oluşturan "cezai idare hukuku" kavramının içerisine girer. Söz konusu görüş, idari suç ve cezayı yanlış bir

[966] Centel, s. 6.
[967] Centel, s. 6.
[968] Bu yazarların görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zanobini, G. İdari Müeyyideler (Çeviren; H.Yılmaz Günal), AÜSBFY No. 175-157, Ankara 1964, s. 16-17, Krş. Moderne, F. La Sanction Administrative (éléments d'analyse comparative), RFDA, Mai-Juin 2002, s. 485, Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 11 ve dn. 15-16.

mecraya soktuğu için büyük oranda hatalıdır. Daha açık bir deyişle, ceza hukuku cezası ile idari ceza arasında öz açısından bir fark görmeyen düşünceler temelde doğru olsa bile hukuk düzeninde idari ceza ve adli ceza bulunduğu gerçeğini açıklamakta yetersiz kalmakta olduklarını belirtmek gerekir. Üstelik bu görüşler, hukukun günümüzde idari ceza ve ceza hukuku cezası şeklinde iki ayrı türde oluşan zenginliği göz ardı etmektedirler. Zira söz konusu görüşler bütün cezaları ceza hukukunun kapsamına sokmakta, bir başka deyişle, ceza hukuku cezalarına indirgemektedir.[969]

Buna karşın öğretide Alman[970] ve İtalyan bir grup yazar halka yönelik idari suç ve cezalar ile ceza hukukundaki suç ve cezalar arasında niteliksel (öze yönelik) açıdan fark olduğu görüşünü savunmuşlardır.[971]Ancak Moderne'in ifade ettiği gibi idari suç ve ceza ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve ceza arasında öze

[969] Zanobini, s. 17.

[970] Türk hukukunda E. Yurtcan da kanımızca Alman yazarlardan etkilenerek idari suç ile ceza hukuku suçu arasında "öze yönelik" (maddi) ayrım yapılabileceği görüşünü ileri sürmektedir. Gerçekten de Yurtcan, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 2. maddesini yorumlarken maddenin tanım maddesi olduğunu, kabahat fiilinin "haksızlık" olarak tanımlanmasının doğru olmadığını, haksızlığın kabahatin bir niteliğini oluşturduğunu, ancak, kabahatin, 5326 sayılı Kanunun 1. maddesinde belirtildiği üzere, toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla cezalandırılan bir fiil olduğunu, kabahatin özelliğinin, ceza hukukunun kapsamına giren suçlara oranla ikinci derece önem taşıması olduğunu, bu nedenle gerek yaptırım, gerek yöntem gerekse başvuru yolları ve infazda farklı normların öngörüldüğünü, ancak maddedeki tanımda yer alan "haksızlık" ibaresi yerine "fiil" ibaresinin kullanılmasının daha doğru olacağını ifade etmiştir. Yurtcan, s. 3. Yurtcan'ın bu görüşü doğru değildir. Bir kere "birinci derece önem taşımak", "ikinci derece önem taşımak" gibi kavramların anlamı nesnel olarak belirlenemeyeceği gibi önemler arasında sağlıklı ve doğru bir ayrım yapılması da oldukça zordur. İkinci olarak böyle bir ayrım yapılsa bile Yurtcan'ın görüşünün aksine idari suçların ikinci derece önem taşıdığı savı da doğru değildir. Zira idari suçlar da hukuken korunan varlık veya menfaatleri ihlal emekte, bu yüzden de kanun tarafından söz konusu ihlaller için ceza öngörülmektedir. Yine kanımızca Alman düşünürlerden etkilenerek Günday da idari cezalar ile genel cezaların amaç ve hukuki dayanak bakımından birbirinden öze yönelik olarak farklı olduğunu ifade etmektedir. Yazar, idari cezaların, idari düzene aykırı davranışlar için uygulanan cezalar olduğunu ve idari düzenin sağlanmasına yönelik bulunduklarını, buna karşın, genel cezaların, toplum düzeninin korunması ve sağlanmasına yönelik olduklarını belirtmektedir. Bkz. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 214. Hâlbuki idari suç ve cezaların türleri kısmında anlatılanlardan ortaya çıktığı gibi idari cezalar yalnızca idari düzeni korumak için değil toplumsal düzen dâhil her türlü düzeni korumak için öngörülebilirler.

[971] Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi ve eleştirileri için bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 11-12 ve dn. 22, 44 – 45, 126-128 ve dn. 184, 191, Moderne, La Sanction Administrative (éléments d'analyse comparative), s. 485, Zanobini, s. 9-16 ve dn. 6-7, 21, Cadoppi ve Veneziani s. 63, Antolisei ve Conti, s. 62, Hafızoğulları, Z. Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni (Kısaltılmışı, Ceza Normu), Seçkin Kitabevi, Ankara 1987, s. 221-222 dn. 16, Mahmutoğlu, F.S. Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1995, s. 59-64, 67-75, 84-85, Mantovani, s. 15, Bkz. Tosun, Ö. Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları, İÜHFM, Cilt: XXVIII, Sayı: 3-4, 1962, s. 621-624, Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 2-4 ve dn. 2, 7.

yönelik bir ayrım yapmanın gerekli olduğunu ileri süren yazarların düşüncelerinin hiçbirisi ikna edici değildir[972] ve kabul edilebilir bir nitelik de taşımamaktadır.[973]

Kanımızca gerek halka yönelik idari ceza gerekse ceza hukuku cezasının özü içerik olarak özdeştir. Gerçekten de Hafızoğulları'nın isabetli olarak belirttiği üzere, cezanın altında yatan düşünce ödetme olup özünde ödetme olmayan bir cezanın imgelenmesi olanaksızdır. Bu özden dolayı ceza, bir normu ihlal edene karşı verilen bir acı ve elemdir. Bu bağlamda cezanın asıl niteliği acı ve elem vermektir. Acı ve elem verici olmayan bir ceza gerçekte çelişki olup bunun "soğuk ateş" veya "karanlık ışık" gibi kendi içerisinde çelişki olan kavramlardan bir farkı bulunmaz.[974] Bununla birlikte, cezanın özüne ilişkin olan bu özellik yalnızca ceza hukukunun kapsamına giren cezalara ait bulunmamakta, hangi adla anılırsa anılsın diğer cezalara da ait bulunmaktadır. Bu yüzden cezayı özünden, bir başka deyişle, "varlık nedeninden" (raison d'état) hareketle diğer cezalardan ayırmak kolay değildir. Bu durum, cezanın özündeki bu özelliğin tüm ceza türlerine ait olduğunu somut bir şekilde ortaya koymaktadır.[975] Bu bağlamda ister ceza hukukunun isterse idare hukukunun kapsamına, kısacası hangi hukuk dalına girerse girsin "ceza", sonul olarak kişinin ya bizzat şahsına veya malvarlığına verilen bir zarar veya kötülük oluşturduğu gibi bizzat devlet tarafından verilen bir zarar veya kötülüğü de oluşturur.[976]

Bundan da öte, idari ceza ile ceza hukuku cezası arasında öze yönelik bir ayrım yapmanın olanaksız olduğunu savunan yazarlar,[977] söz konusu ayrımcıları eleştirerek, doğası gereği bir fiilin ceza hukuku suçu veya idari suç olarak belirlenemeyeceğini, bu ayrımı sağlayacak etik veya sosyo-kültürel bir ölçüt bulunmadığını, başkasının malvarlığı haklarına saldırının ceza hukuku, idari çıkarlarına zarar veren fiillerin idari cezayı oluşturduğunu ileri sürmenin anlamsız

[972] Zira tüm bu çabalara karşın, suç ile idari suç arasında öze yönelik bir içerik farkı bulunamamıştır. Bu yüzden günümüzde yaygın kanı, suç denilen hukuka aykırı fiilin gerçekte haksız fiilden başka bir şey olmadığı yönündedir. Bkz. Hafızoğulları, Ceza Normu, s. 223-224.
[973] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 129.
[974] Hafızoğulları, Ceza Normu, s. 216.
[975] Hafızoğulları, Ceza Normu, s. 216-217.
[976] Bu konularda geniş bilgi için bkz. Hafızoğulları, Ceza Normu, s. 217-219.
[977] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 131 dn. 207'deki yazarlar.

olduğunu, her ikisinin de bir değer ve etiksel anlayışa uygun olarak farklı bir şekilde tanımlandığını ifade etmişlerdir.[978]

Günümüzde artık idari suç ile ceza hukuku suçu arasında öze yönelik bir ayrım yapmak neredeyse olanaksız hale gelmiştir. Gerçekten de "hukuka aykırılık" unsuru her iki suç bakımından da ortak bulunmaktadır. Zira her ikisinde de işlenilen fiile hukuk düzeni tarafından izin verilmemiştir. Öte yandan, idari suç ile ceza hukuku suçunun oluşabilmesi bakımından her ikisinde de "suçun maddi unsurları" (actus reus) ve "suçun manevi unsuru"nun (mens rea) bulunması gereklidir. Zira söz konusu iki suç da sosyal düzeni ihlal etmekte ve bahsedilen suçları oluşturan davranışlarda suçun maddi ve manevi unsuruna rastlanmaktadır. Ancak idari suç ile ceza hukuku suçunun birbirine bu şekilde yaklaşması oldukça faydalıdır zira bu sayede her ikisine de özdeş hukuki garantiler sağlanmaktadır.[979]

Kanımızca, adli cezalar ile idari cezalar "yaptırım" (müeyyide) unsuru bakımından da öz[980] veya nicelik bakımından birbirinden ayrılamamaktadırlar.[981] Gerçekten de 5237 sayılı TCK'nın 45. maddesinde, suç karşılığında uygulanan cezaların hapis ve adli para cezası olduğu ifade edilmiştir. Yukarıda çeşitli defalar belirtildiği üzere evrensel olarak kabul görmüş olan husus, idari ceza ile ceza hukuku cezası arasında hukuki rejim bakımından en önemli farkı; idari ceza ile özgürlüğü bağlayıcı bir ceza verilememesi, özgürlüğü bağlayıcı cezanın yalnızca mahkeme tarafından verilmesi esası oluşturur. Hâlbuki yine yukarıda belirtildiği üzere Türkiye'de cezaevi yönetimi ile askeri idari organlar tarafından hürriyeti bağlayıcı

[978] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 131.
[979] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 132-133.
[980] İtalyan öğretisinde kim yazarlar yaptırımın türüne göre idari ceza ile ceza hukuku cezası arasında öze yönelik bir ayrım yapılabileceği görüşünü savunmaktadırlar. Daha açık bir deyişle kimi İtalyan yazarlar, idari cezanın öğretide genellikle kabul edilen iki özelliğine, somut olarak idare tarafından ve idare hukuku usullerine göre kararlaştırılmaları ve uygulanmalarına, idari yaptırımın niteliğinin değişik olması şeklinde bir üçüncü özellik ekleyerek örtük bir şekilde bu özellik sayesinde her iki ceza arasında öze yönelik bir ayrım yapılabileceğini savunmaktadırlar. Bkz. Özay, İdari Yaptırımlar, s. 36 ve özellikle dn. 56-57. Çeşitli defalar belirtildiği üzere yaptırımın türü veya cinsine bakılarak idari suç ve ceza ile ceza hukuku suç ve cezası arasında öze yönelik bir ayrım yapılması oldukça güç olduğundan İtalyan öğretisindeki söz konusu yazarların görüşü hatalıdır.
[981] Bununla birlikte, idari ceza ile ceza hukuku cezasında "yaptırım" unsuru açısından "şekli" ve "organik" bir ayrım yapabilmek olanaklıdır. Gerçekten de 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 45. maddesinde suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezaların, hapis ve adli para cezaları oldukları ifade edilmiştir. Bu çerçevede, kişinin şahsına veya malına verilen her halka yönelik zarar veya kötülük değil, 45. maddede belirtilen hapis ve para cezaları "cezai yargı" organlarınca ceza muhakemesi çerçevesinde verilen halka yönelik zarar veya kötülük "ceza"dır. Daha açık bir deyişle, ceza hukuku anlamındaki "ceza"; kanunun bir emrini ihlal edene kanun tarafından ismen tayin edilen ve kendisine özgü bir usulle adli yargı, somut bir ifadeyle, cezai yargı organları tarafından verilen bir zarar veya kötülük olarak tanımlanabilir. Bkz. Hafızoğulları, Ceza Normu, s. 228.

ceza verilebilmektedir. Bu bağlamda, Türkiye'de özgürlüğü bağlayıcı ceza bile idari ceza ile adli ceza arasında hukuki rejim bakımından bir fark oluşturamamaktadır.

Öte yandan, para cezası da adli ceza ile idari cezayı nitelik açısından birbirinden ayıramamaktadır. Zira adli para ceza ile idari para cezası öz bakımından birbiriyle özdeştir. Yalnızca söz konusu para cezalarını veren organ ve usul bakımından farklılık bulunmakta ve her biri için farklı terminoloji kullanılmaktadır. Daha açık bir deyişle, para cezalarından mahkeme tarafından verilenler için "adli para cezası", idare tarafından verilenlere "idari para cezası" denilir. Terminoloji farklılığının ise adli ceza ile idari cezayı öz bakımından birbirinden ayırmada yeterli bir ölçüt oluşturamayacağı ortadadır. Bu bağlamda, az sonra anlatılacağı üzere adli ceza ile idari ceza salt organik ve şekli bir ölçüt çerçevesinde birbirinden ayrılabilmekte olduğundan her birisinin kendi özgün terminolojisini kullanmak gerekmektedir.

Öğretide bir kısım yazar ise ceza hukuku suç ve cezaları ile halka yönelik idari suç ve cezalar arasında ayrımı yapabilecek öze yönelik bir ölçütün bulunmadığını, ikisi arasında yalnızca ağırlık, bir başka deyişle, nicelik farkının bulunduğunu, bu bağlamda birincilerin daha ağır olduğunu ileri sürmektedirler.[982]

Söz konusu iki suç ve ceza arasında nicelik farkının bulunduğu anlayışı Türk pozitif hukukunu da etkilemiştir. Gerçekten de idari suç ve ceza konusunda genel bir kanun niteliğini taşıyan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, ceza hukuku suç ve cezalarıyla (idari) kabahat[983] arasında bir nicelik farkının bulunduğu anlayışını benimsemiştir. Daha somut bir deyişle Kanunun 2. maddesinde, kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlığın anlaşılacağı ifade edilmiş, maddenin gerekçesinde ise, maddede genel olarak kabahate ilişkin bir tanımın yapıldığını, bu tanımlamada, suç gibi kabahatin de bir haksızlık oluşturduğu, esas itibarıyla haksızlık oluşturan bir fiilin suç veya kabahat olarak tanımlanmasında izlenen suç politikasının etkili olduğu, haksızlıklar arasında bu yönde yapılan sınıflandırmada, hukuka aykırı olan fiilin ifade ettiği haksızlığın içeriğinin esas alındığı, aslında, hukuka aykırı olan ve haksızlık ifade eden fiiller

[982] Bu gruba giren Alman yazarların görüşleri ve eleştirisi için bkz. Mahmutoğlu, s. 77-79.
[983] Bizim tercih ettiğimiz bir deyimle "idari suç ve cezalar".

arasında *suç veya kabahat olarak bir ayrım yapılmasının bir nitelik farkı oluşturmadığı, haksızlıklar arasındaki nicelik farkına dayandığı* ifade edilmiştir.[984]

Ceza hukuku cezaları ile idari cezalar arasında ağırlık, bir başka deyişle nicelik farkı olduğu yönündeki görüşlere de katılmak olanaksızdır. Gerçi kanımızca özgürlüğün değeri parasal olarak ölçülemeyecek kadar büyük kıymeti olduğundan, özgürlüğü bağlayıcı nitelik taşıyan "hapis" cezasının devlet için külfetli olduğu gibi kişinin de başlıca menfaat ve varlıklarını ihlal ettiği için yaptırımların en ağırı olduğu düşüncesini[985] benimsemekteyiz. Ancak, yukarıda belirtildiği üzere Türkiye'de yalnızca mahkeme tarafından değil askeri idari organlar ile mahkûm ve tutuklular hakkında cezaevi yönetimi tarafından özgürlüğü bağlayıcı cezaya karar verilebilmektedir. İkinci olarak cezaların ağırlığının nesnel bir şekilde değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır. Örneğin özgürlüğü bağlayıcı nitelik taşıyan hapis cezası kanımızca yaptırımların en ağırını oluştururken bir başkası açısından en ağır yaptırımı oluşturmaz. Bu çerçevede yaptırımların ağırlığını saptamak bakımından öznel görüşler de büyük önem taşımaktadır. Örneğin, idari bir cezayla işyeri kapatılan ve bu suretle iflas eden bir işadamına seçim hakkı tanınsa söz konusu işadamı bu ceza yerine hapis cezasına çarptırılmayı tercih edebilir.

Öte yandan para cezalarının miktarına bakılarak da adli para cezası ile idari para cezası arasında nicelik veya ağırlık farkı olduğu, daha somut bir deyişle, birincisinin daha ağır, ikincisinin daha hafif olduğu savlanamaz. Bu konuda bir örnek vermek uygun olacaktır. 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesinde, adli para cezasının beş günden az ve kanunda aksine hüküm olmadıkça 739 günden fazla olmayacağı ve günlük miktarının ise en az 20, en fazla 100 TL'si olacağı ifade edilmiştir. Adli para cezasını en üst miktardan hesaplarsak kural olarak bu cezanın azami miktarı 73.900 TL olacaktır. Bu miktarı, idari para cezasının aşabilmesi olanaklıdır. Gerçekten de 7.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16. maddesinin 3. fıkrasında, bu kanunun 4, 6 ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin sonul karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması olanaklı olmazsa sonul karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan

[984] Bkz. Yurtcan, s. 3.
[985] Toroslu, N. Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, AÜHFY No. 273, Ankara 1970, s. 26.

ve Rekabet Kurulu tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerin yüzde onuna kadar idari para cezası verileceği ifade edilecektir. Bu çerçevede ceza verilecek bir teşebbüsün mali yılsonunda veya Rekabet Kurulu tarafından saptanacak gayri safi gelirinin 10 Milyon TL olduğunu düşünelim. Burada söz konusu teşebbüse 1 Milyon TL idari para cezası uygulanacaktır ki bu miktarın verilebilecek her türlü adli para cezasından daha ağır olacağı ortadadır.

Öğretide son olarak görüşleri incelenecek olan bir grup yazar ise halka yönelik idari suç ve cezalar ile ceza hukuku suç ve cezaları arasında "organik" ve "şekli" bir ölçütle ayrım yapılabileceği görüşünü savunmaktadırlar. Bu yazarlar, ceza hukukunun kapsamına giren cezalar ile idari cezaları gerektiren fiiller arasında fiilin doğasına bakılarak ayrım yapılamayacağını, bir başka deyişle içerik farkının bulunmadığını, yalnızca bunların uygulanma usulü bakımından bir farkın bulunduğu, daha somut bir deyişle, eğer ceza, ceza muhakeme usulünün koyduğu esaslar çerçevesinde uygulanıyorsa bu cezayı gerektiren fiilin ceza hukukunun kapsamına giren bir suç olduğunu, buna karşın, cezanın, idare hukuku özellikle idari usul yoluyla takip edilirse idari suçu oluşturacağı görüşünü savunurlar. Yine bu yazarlar, normal koşullar altında; ceza muhakemesi ve idari usul süreçlerini birbirlerinden ayırmanın oldukça kolay olduğunu zira bunların her birisinde süreç, hukuksal sonuç ve kullanılan terminolojinin birbirinden oldukça farklı olduğunu vurgularlar.[986]

Halka yönelik idari suç ve ceza ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezaların organik ve şekli ölçüt çerçevesinde birbirinden ayrılabileceği esasını Anayasa Mahkemesi ile kısmen Uyuşmazlık Mahkemesi de kabul etmektedir. Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin 23.10.1997 tarih ve E. 1997/19, K. 1997/66 sayılı kararında; ceza hukukunun kapsamına giren cezalarla idari ceza arasında öze yönelik bir ayrımın bulunmadığı, organik ve şekli ölçütle bir ayrım yapılacağı örtük olarak belirtilmiştir. Bu kararda mahkeme, idari para cezalarının, idari makamların kararlarıyla oluştuğu, itiraz halinde yargının vereceği kararın onun bu niteliğini değiştirmediği, sonuçları belirli ölçüde ceza hukukunun para cezalarına benzese de tümüyle idari işleme dayalı bir yaptırım olduğu, yargı organlarının müdahalesi olmadan doğrudan idarece kararlaştırıldığı ve uygulandığı, idari para cezaları ile kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi ve toplumda disiplinin sağlanmasının

[986] Gölcüklü, s. 133 dn. 16, Zanobini, s. 19-21, 25-28, Krş. Williams G., s. 3,

amaçlandığı ifade edilmiştir. Yine bu kararda, para cezalarına ilişkin olarak yargı ve yürütme arasındaki yetki sınırlarının belirlenmesinde tek başına ceza miktarının ölçüt olarak kullanılmasının yeterli görülmediği, Türk Ceza Kanununda kimi para cezalarının az veya yetersiz olmasının, bunların yargısal niteliğini etkilemediği gibi vergi yasalarındaki kimi para cezalarının çok yüksek olmasının da bu cezaların idari niteliğini değiştirmediği ifade edilmiştir.[987]

Yine, Uyuşmazlık Mahkemesinin 11.7.1988 tarih ve E. 1988/1, K. 1988/1 sayılı ilke kararında da kısmen[988] idari suç ve ceza ile cezai suç ve ceza arasında salt organik ve şekli açıdan birbirinden ayrılabileceği esası benimsenmiştir. Gerçekten de bu ilke kararında; idari cezanın, uygulama alanı itibarıyla, idarenin kamu düzeninin sağlanması ve korunması görev ve yükümlülüğünün yerine getirilmesine amacına yönelik bir müeyyide olduğu ve bu müeyyidenin teknik anlamda İdareye tanınan öznel bir hak teşkil edeceği, bu tanımın, esas ve şekil bakımından idari cezayı hukuki müeyyideden ve adli cezadan ayırabileceği, aslında hukuki müeyyidenin gerçek anlamda bir ceza olmadığı, adli ceza uygulamasının İdare için öznel bir hak teşkil etmediği, İdarenin, adli bir suçta suçun mağduru olarak da kabul edilemeyeceği, adli suçların, ceza hukuku bakımından kanunun gayrimeşru olarak belirttiği fiiller olduğu ve bu ceza uygulamasının devlet için yargılama yetkisini kullanma görevinden ibaret olduğu, İdarenin idari cezayı kendi organları eliyle kararlaştırıp uyguladığı, adli cezanın ise devlet adına yargı organı tarafından uygulandığı belirtilmiştir. Söz konusu ilke kararında devamla; adli ceza ile idari ceza arasında pratik bir ölçü olarak "uygulanması idari organlara bırakılan cezaların adli değil, idari ceza" olmasının esas alındığı, kanunun öngördüğü bir ceza İdarenin bir organı tarafından uygulanabiliyorsa bunun genel ceza hukukunun değil, idare hukukunun bir müeyyidesi olduğu, cezanın salt bu niteliğe sahip olmasının idari ceza olarak sayılması için yeterli olduğu, idari cezanın uygulanan usul yönünden de adli cezadan ayrıldığı, idare organlarının ceza müeyyidesini uygularken ceza yargıcının tabi olduğu yargılama usulünü değil, idari usulleri kullanmak durumunda olduğu belirtilmiştir.[989]

---

[987] Bkz. 19.1.1999 tarih ve 23585 sayılı R.G.

[988] Kısmi diyoruz zira bu kararda idari ceza ile adli cezanın öz bakımından da birbirinden ayrılabileceği belirtilmiştir.

[989] Bkz. 13.10.1988 tarih ve 19958 sayılı R.G. Uyuşmazlık Mahkemesinin bu kararı kısmi olarak isabetlidir. Zira bu kararda idari ceza ile adli cezanın öz bakımından da birbirinden ayrılabileceği

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere halka yönelik idari suç ve cezalarla ceza hukuku anlamındaki suç ve cezalar arasında öze yönelik bir ölçüte dayalı olarak ayrım yapılabileceğini savunan görüş hatalı olduğu gibi nicelik ölçütüne göre de ayrım yapılabileceğini görüş de hatalıdır. Bunun gibi söz konusu suç ve cezaların özdeş olduğunu savunan düşünce de isabetsizdir. Aslında idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezaları nitelik veya nicelik ölçütüne göre ayrıştırma çabalarına girişilerek veya ikisi arasında bir özdeşlik kurularak boşuna bir enerji harcanmaktadır. Bu enerjinin harcanmasından vazgeçilmesi daha uygun olacaktır. Bu bağlamda halka yönelik idari suç ve cezalarla ceza hukuku suç ve cezalarını birbirinden ayırmaya yarayan elimizde sağlam ölçüt olarak "şekli" ve "organik" ölçüt kalmaktadır ki söz konusu ölçüt çerçevesinde bu ayrımın doğru bir şekilde yapılabilmesi olanaklıdır. Bu çerçevede idari ceza, idari makamlar tarafından idari işlemlerle ve idari usuller uygulanarak verilirken, adli cezalar bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından yargılama usulleri uygulanarak verilir.[990]

---

belirtilmiştir. Bu ilke kararının aksine, az önce belirtildiği üzere söz konusu cezalar, birbirinden esas yönünden ayrılamaz. İdari ceza ile adli ceza salt organik ve şekli ölçüt çerçevesinde birbirinden ayrılabilir. Yine ilke kararında, idari cezanın kamu düzeninin sağlanması ve korunması görev ve yükümlülüğünün yerine getirilmesine amacına yönelik bir müeyyide olduğu belirtilmektedir ki bu görüş doğru değildir. Zira idari cezalar, kamu düzeninin korunması ve sağlanması için değil bir yükümlülüğün ihlal edilmesi nedeniyle uygulanır. Öte yandan, ileride ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere kamu düzeninin sağlanması ve korunması bakımından idari ceza yerine daha çok idari tedbire yer verilir. Zira bir yükümlülüğün ihlal edildiği durumlarda idari ceza verilmekte, buna karşın bir yükümlülük ihlal edilmeden salt kamu düzeninin korunması ve sağlanması için uygulanan yaptırımlar idari tedbiri oluşturmaktadır. Yine Uyuşmazlık Mahkemesinin söz konusu kararının aksine bir cezanın idari bir ceza sayılabilmesi için onun salt idari bir organ tarafından verilmiş olması yetmemekte, bununla eşanlı olarak kendisiyle uygulandığı usulün ise idare hukuku, daha somut bir deyişle, idari usul olması gerekmekte ve "cezalandırıcı" bir amacın güdülmesi gerekmektedir. Krş. Hafızoğulları, Ceza Normu, s. 227. Nitekim idari usul kurallarına uyulmuş olsa bile İdare tarafından verilen bir "idari tedbir" kararı veya "idari icra" işlemi hiçbir zaman idari ceza sayılmazlar. Zira bu yaptırımlarda "cezalandırıcı" amaç unsuru eksik bulunmaktadır. Ayrıca Uyuşmazlık Mahkemesinin söz konusu ilke kararında, idari cezanın İdareye tanınan öznel bir hak olduğundan bahsedilmektedir. Hâlbuki kamu hukukunda, özel hukukta olduğu gibi "hak" kavramına yer verilmez, bunun yerine "yetki ve/veya görev" kavramlarına yer verilir. Bu bağlamda, idari ceza, İdareye verilen bir yetki ve/veya görevdir. Son olarak bu kararda, İdarenin adli bir suçun mağduru olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir ki bu görüş de bütünüyle hatalıdır. Çünkü İdarenin mağdur konumunda bulunduğu birçok adli suç bulunmaktadır. Nitekim 5237 sayılı TCK'nin Dördüncü Kısmının "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı Birinci Bölümünde (247 ila 266. maddeler) yer alan tüm suçlarda başlığından anlaşılacağı üzere suçların mağduru konumunda İdare bulunmaktadır. Örneğin TCK'nin 247. maddesinde düzenlenen "zimmet" suçunda mağdurun İdare olduğu konusunda bir kuşku bulunmamaktadır. Bütün bu anlatılanlar adli ceza ile idari ceza arasında ayrımı tam olarak sağlayacak öze yönelik bir ölçüt bulmanın olanaksız değilse bile oldukça güç olduğunu somut bir şekilde ortaya koymaktadır.

[990] Krş. Ulusoy, s. İdari Yaptırımlar, s. 46, Süzek, s. 254, Gölcüklü, s. 120, 135.

Daha açık bir deyişle, eğer bağımsız ve nesnel bir mahkeme tarafından yargılama süreci uygulanarak kesin hüküm niteliğini taşıyan bir cezanın söz konusu olduğu durumda adli ceza ve dolayısıyla adli cezayla cezalandırılan ihlaller adli suçu, idari bir makam tarafından idari usul uygulanarak idari işlem niteliğinde bir cezanın verildiği durumlarda ise halka yönelik idari ceza ve idari cezayla cezalandırılan fiiller ise halka yönelik idari suçu oluşturur.[991] Bu çerçevede, cezalandırma yetkisi ceza mahkemesine/yargıcına verilen bir suç, ceza hukuku anlamında suç olmaktan çıkarılıp idare hukuku anlamında suç haline getirildiği, kısacası, "depenalize" edildiği durumda teknik olarak ceza hukuku anlamında bir suç ve ceza olmaktan çıkarak idare hukuku anlamında bir suç ve cezaya dönüşmekte, daha açık bir deyişle, bu suç için verilecek ceza "değişim" veya "başkalaşım" geçirerek "idari işlem" kimliğine bürünmektedir. Dolayısıyla halka yönelik idari suça dönüşmüş fiillere bundan böyle kural olarak yalnızca idare hukuku ilke ve prensipleri uygulanacak ve bunlar idari işlem statüsüne girerek idare hukuku rejimine tabi olacaklardır.[992]

Halka yönelik idari suç ve cezalar ile ceza hukuku suç ve cezaları doğru bir şekilde organik ve şekli ölçütle birbirinden ayrılsa da suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından her iki suç ve cezanın anayasal olarak özdeş ilkelere tabi tutulduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten de Anayasanın 38. maddesinin 1. fıkrasında; "Kimse, … kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz…" denilerek "suçun kanuniliği", 3. fıkrasında ise "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." denilerek "cezaların kanuniliği" ilkesi öngörülmüştür. Anayasanın bu maddesinin kenar başlığı "Suç ve

[991] Krş. Ulusoy, A. Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi, Danıştay Başkanlığı 140. Yıl Sempozyumu, Ankara 2008, s. 24. İdari suç ve ceza ile ceza hukuku suç ve cezası ancak organik ve şekli ölçüt çerçevesinde doğru olarak birbirinden ayrıldığına göre her birisinin kendisine özgü terminolojisinin kullanılması gerekmektedir. Türkiye'de gerek öğreti gerekse yargı organlarının söz konusu terminolojiyi özenli bir şekilde kullandıkları söylenemez. Şu hususu belirtmek gerekir ki ancak terminolojinin özenli bir şekilde kullanılması sonucunda söz konusu ayrımı sağlam ve doğru bir şekilde yapacak şekli ve organik ölçüt gerçek gücüne kavuşabilir.

[992] Ulusoy, Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi, s. 24. Az önce Günday'ın idari ceza ile ceza hukuku cezası arasında amaç ve hukuki dayanak bakımından öze yönelik ayrım yaptığı ifade edilmişti. Bunun yanında yazar iki ceza arasında organik ve şekli ölçütle de ayrım yapmaktadır. Gerçekten de yazar, haklı olarak, idari cezaların idari mercilerce ve idari işlem ile verilirken, genel cezaların yargı mercilerince ve yargı işlemleri ile verildiğini belirtmektedir. Bkz. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 214

cezalara ilişkin esaslar" ismini taşımakta ve adli suç ve cezalar[993] ile idari suç ve cezalar arasında bir ayrım yapmamaktadır. Bu ayrımın yapılmadığının en büyük kanıtı, Anayasanın 38. maddesinin 10. fıkrasıdır. Bu fıkrada, idari ceza ile kişi özgürlüğünün kısıtlanmasının olanaklı olmadığı, ancak askeri idari cezaların bu yasak kapsamında olmadığı ifade edilmiştir. Eğer Anayasanın 38. maddesinde adli suç ve cezalar ile idari suç ve cezalar arasında kanunilik ilkesi dâhil genel esaslar bakımından bir ayrım yapılmış olsaydı, 10. fıkranın konulmasına gerek kalmazdı. Zira 10. fıkra ile idari cezalara özgü özel bir yasak düzenlemesi yapılmıştır.

Görüldüğü üzere Anayasanın 38. maddesi gereği gerek adli suç ve cezalarda gerekse idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerekir. Burada Anayasanın 38. maddesinin gerekçesinde yer alan bir hükmün suçlarda kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından ayrıksı bir duruma yol açıp açmadığı konusunda kuşkuyu davet edip etmediğini irdelemek gerekir. Gerçekten de Anayasanın 38. maddesinin ilk fıkrasının gerekçesinde; kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralının kanun koyucunun "açık suç hükmü" koymasına, bir başka deyişle, örneğin Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanunun yaptığı gibi fiili bildirmeden suç

[993] 2004 yılına kadar adli suç ve cezaların içerisine "cüce cürüm", "dürüst insanların suçu" ve "ceza hukukunun üvey kızı" gibi adlar verilen (Toroslu, Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Eğilimler, s. 140-141) kabahatler de girmekteydi. Gerçekten de çeşitli ülkeler 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunundan esinlenerek suçları; cinayet, cünha (=cürüm) ve kabahat olarak üçe ayırmasına karşılık, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, kaynak İtalyan Ceza Kanununun yaptığı şekilde ikili ayrımı benimseyerek suçları iki gruba ayırmıştı. Bunlar; cürüm ve kabahattir. Daha açık bir deyişle 1.3.1926 tarih ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabında cürümler, Üçüncü Kitabında ise kabahatler düzenlenmekteydi. 765 sayılı Türk Ceza Kanununun Üçüncü Kitabında kabahatler düzenlenirken tek tip bir kabahat düzenlemesi yapılmamış, kabahatler hukuki konularına göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştu. Bu bağlamda Üçüncü Kitabın Birinci Babında Kamu Düzenine, İkinci Babında Kamunun Selametine, Üçüncü Babında Genel Ahlaka, Dördüncü Babında ise Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Kabahatlere yer verilmişti. Bununla birlikte, 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, 765 sayılı Kanunda suçlar açısından yapılan cürüm-kabahat ayrımına yer verilmemiş, sadece suçlara yer verilmiştir. Halka yönelik idari suç ve cezalar ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar arasındaki organik ve şekli ölçütle yapılabilecek ayrım ile her iki suç ve ceza arasında kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından özdeşlik kabahatler bakımından da geçerlidir. Bu gerçeğe karşın öğretide aksi görüşlere rastlanılmaktadır. Örneğin Chapman, idari suç ve cezanın bir türünü oluşturan disiplin suç ve cezası ile kabahat arasında öze yönelik bir ayrım yapmanın oldukça kolay olduğunu, bir diğer deyişle, disiplin suçları ile kabahatin maddi bir ölçüt çerçevesinde birbirinden kolaylıkla ayırt edilebildiğini ifade etmektedir. Yazar kabahat durumunda bir ceza kanununun ihlali olgusuyla karşılaşıldığını, buna karşın disiplin suçunun öne çıkan özelliğinin kurum bünyesinde işlenmiş olması olduğunu belirtmektedir. Yazar, disiplin suçunu oluşturan fiilin, kanunu ihlal ettiği için cezalandırılmadığını, idarenin iç kural ve normlarına aykırı olduğu için cezalandırıldığını, kabahatler ile disiplin suçları arasındaki ayrımın, sırasıyla "kanunilik" ile "uygunluk" arasındaki fark olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Chapman, B. The Profession of Government, Second Impression, George Allen Unwin Ltd., Great Britain 1963, s. 158. Ceza hukukunun kapsamına giren kabahatler ile cürümler özdeş ilkelere tabi olduğundan ve disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmasının gerekliliği konusunda ileride açıklama yapılacağı için yazarın bu görüşüne katılmadığımızı belirtmek isteriz.

konusunu gösterip bunun yaptırımını belirtmesine engel olmadığı, bu gibi hallerde yasama yetkisinin devredilmezliği ve "kanunsuz suç olmaz" ilkelerinin ihlal edilmediği ifade edilmiştir.[994] Can'ın belirttiği üzere bu gerekçeye katılmak doğru değildir. Yazar, sonuçları oldukça ağır olan ve toplumsal düzenin sıradanlık boyutlarını aşar düzeyde bozulması karşısında, ayrıksı olarak öngörülen bir yaptırım gerektiren fiilin suç olarak nitelendirilme yetkisinin hiçbir istisna öngörülmeksizin soyut, genel, nesnel, belirli yasa koyma yoluyla yasama organına verildiğini, Anayasanın 38. maddesinin açık anlam ve amacı karşısında, gerekçeden yürütmenin suç yaratabileceğine ilişkin aksi yönde bir sonuç çıkarmanın normun anlam ve amacına aykırı olduğunu belirtmiştir. Yazar, tarihsel yorum dâhil olmak üzere tüm yorum kurallarının sınırını "lafzın" (metnin) oluşturduğunu ve metinde ayrıksı bir durum öngörülmez iken gerekçeden ayrıksı durum çıkarmanın Anayasanın 11. maddesi[995] karşısında kabul edilemez bir durum olan "kanuna karşı" (contra legem) hukuk yaratma anlamına geleceğini ifade etmiştir. Can, Anayasanın 38. maddesinin gerekçesinde belirtilen söz konusu ifadelerin 38. maddenin lafzı, anlamı, amacı, Anayasanın sistematiği ve anlam bütünlüğünün ulaştığı sonuca aykırı bir sonuç doğurmasının anayasal hermenetik kurallarına uymadığını vurgulamıştır.[996]

2. Halka Yönelik İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi Katı Bir Şekilde Uygulanırken Özel Hukuk Haksız Fiillerinde Bu İlke Uygulanmaz

Fiil ile hukuk düzeni arasındaki çelişme gösteren[997] veya hukuk düzeni tarafından onaylanmayan fiiller hukuka aykırı fiiller olarak adlandırılır.[998] Bir üst kavram olan hukuka aykırı fiillerin[999] hukuki ve cezai bir takım sonuçları

---

[994] Bkz. Şakar, M. 1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1989, s. 50-51.

[995] Anayasanın 11. maddesinde; Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu ve kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

[996] Can, s. 105.

[997] Bkz. Katoğlu, T. Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2003, s. 19.

[998] Kılıçoğlu, A. Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, AÜHFD, Cilt 29, Sayı 1-2, 1972, s. 185.

[999] Hukuka aykırılık bir üst kavramdır. Zira hukuka aykırılık iki türlüdür. Bunlardan ilki "nesnel" (objective) hukuka aykırılık, diğeri ise sözleşmeye aykırılıktır. Nesnel hukuka aykırı fiiller de yaptırımlarına göre tek başkalarına veya diğerlerine ek olarak yaptırımları ceza olan suçlar ile yaptırımı münhasıran cezanın dışında bulunanlar, kısacası, suç benzerleri veya haksız fiiller olmak üzere ikiye ayrılırlar. Haksız fiiller de işlenen fiilin aykırı olduğu hukuk dalına göre medeni haksız fiil, idari haksız fiil, usuli haksız fiiller gibi çeşitli kısımlara ayrılmaktadır. Bu bağlamda suç

bulunmaktadır. Bu bağlamda, cezai idare hukukunda suç oluşturan bir fiil, özel hukukta tazminat veya tazminattan başka bazı hukuki sonuçlar doğurabilir. Ancak, cezai idare hukukunun kapsamına giren her hukuka aykırı fiil, aynı zamanda özel hukukta haksız fiil[1000] oluşturmaz. Kısacası, idari suçun her zaman haksız fiile yol açacağı savı doğru değildir.[1001]

---

benzerlerine de geniş anlamda suç denilmesi olanaklı olup medeni suç, idari suç gibi kavramlardan bahsedilmesi olanaklı hale gelmektedir. Bkz. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İÜHFY: No. 130, İstanbul 1954, s. 9.

[1000] Özel hukukta hukuka aykırı veya haksız fiiller temel olarak ikiye ayrılırlar. (Bununla birlikte Eren, hukuka aykırılığın üç türlü olduğunu ifade etmektedir. Yazar, TBK'nın 49. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen "hukuka aykırılık" ibaresinin dar anlamda hukuka aykırılık olduğunu, bunun dışında hukuka aykırılığın, "geniş anlamda hukuka aykırılık" ve "en geniş anlamda hukuka aykırılık" olmak üzere diğer iki türünün de bulunduğunu, en geniş anlamda hukuka aykırılığın bir hukuk kuralının ihlali olduğunu, bu bağlamda, örneğin, emredici bir hukuk kuralına aykırı olarak yapılan bir işlemin hukuka aykırı olduğunu ifade etmektedir. Yazar, geniş anlamda hukuka aykırılık kavramının ise, belirli bir biçimde davranışı zorunlu kılan bir hukuk kuralının ihlali olduğunu, bu anlamda, örneğin, karayolunda yolun solundan giden bir sürücünün söz konusu davranışının hukuka aykırı olduğunu, çünkü karayolu trafik normlarına göre, sürücülerin yolun sağından gitmek zorunda olduklarını belirtmektedir. Eren, daha açık bir deyişle, geniş ve genel anlamda hukuka aykırılığın, bir insan davranışının, yasak ve emir koyan bir hukuk kuralıyla çatışması olduğunu, buradaki davranışın hukuk düzeninin yasak ve emir koyan soyut ve genel bir normunu ihlal etmekte ise normun koruduğu menfaat veya varlığın zarara veya tehlikeye maruz bırakılıp bırakılmadığına bakılmaksızın hukuka aykırılık unsurunun doğmuş olacağını vurgulamaktadır. Bkz. Eren, F. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, 2. Bası, "S" Yayınları, Ankara 1988, s. 128-129. (Bununla birlikte Eren'in bu görüşlerine katılamamaktayız. Zira "geniş anlamda hukuka aykırılık" ve "en geniş anlamda hukuka aykırılık" kavramlarını birbirinden ayırabilecek nitelikte sağlam ölçütler bulunmamakta ve gereksiz bir karmaşaya yol açılmaktadır. Öte yandan, bir hukuka aykırılığın geniş anlamda veya en geniş anlamda hukuka aykırı olup olmadığından ziyade akdi veya akit dışı olup olmadığı daha önemlidir). Bunlardan ilki, sözleşmenin ihlali veya işlemin failiyle diğer taraf arasındaki hukuki bir ilişkiden, örneğin, vesayetten, hısımlıktan, vekâleti olmadan başkasına adına tasarruftan doğan borçların yerine getirilmemesi gibi fiillerden oluşur. Bu fiiller, "nispi surette haksız fiiller" olarak adlandırılır. Zira işlemin faili, kendisini diğer tarafa karşı özel borçlarla bağımlı kılan hukuki bir bağ ile bağlı olmasaydı, söz konusu işlemler hukuka aykırı olmayacaktı. Hukuksal olarak "sözleşmeye muhalefet" denilen ve 11.1.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 112 ve devamı maddelerinde düzenlenen nispi surette haksız fiillerde ilk borcun yerini, zararı tazmin etmek borcu almakta, kimi durumlarda ise fesih, fesih ihbarı gibi hukuki ilişkiye son vermek yetkisi doğmaktadır. Bkz. Von Tuhr, Borçlar Hukuku 1-2, (Çeviren, Cevat Edege), Yargıtay Yayınları No:15, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983, s. 361 ve dn. 2. Sözleşmeye muhalefet denilen bu tür haksız fiillerde dikkat edilmesi gereken nokta; sözleşmenin resmi bir sözleşme olmasının gerekmediği gibi yazılı bir sözleşme olmasına da gerek bulunmamasıdır. Kişiler örneğin pazardan sebze veya meyve alırken veya otobüse binerken de her gün yüzlerce sözleşme yapmaktadırlar. Bkz. Williams, G. Learning the Law, s. 9. İşte "sözlü" (vicahi) bir şekilde yapılan bu sözleşmelere muhalefet de haksız fiili oluşturmaktadır. [Bununla birlikte, "sözleşme benzeri sorumluluk" (quasi-contractual obligation) denilen durumlarda görülen ihlaller haksız fiile yol açmaz. Örneğin, bir başka kişiye 100 TL borçlu olduğumu düşünerek ödeme yaparsam ve o kişi paramı geri germezse haksız fiil işlemiş sayılmaz. Bu kişiyle aramda bir sözleşme olmadığından sözleşmeye dayanarak hatalı olarak ödediğim parayı geriye isteyemem ancak kanun veya mahkeme böyle bir durumu sözleşme benzeri olarak görmekte ve sözleşmeden dönmüş gibi ödeme zorunluluğu getirmekte, bu yüzden karşı taraf borcu ödemek zorunda kalmaktadır. Bkz. Williams, G., s. 10-11. Gerçekten de 6098 sayılı TBK'nın 78. maddesinin 1. fıkrasında; borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimsenin, bunu ancak kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebileceğini belirterek karşı taraf için geri ödeme zorunluluğu öngörülmüştür]. Sözleşmeden doğan borçlara uymamanın haksız veya hukuka aykırı fiil oluşturmasında garipsenecek bir durum bulunmamaktadır. Zira Petrocelli ve Kunter'in isabetli bir şekilde belirttikleri üzere, borca

Bu yüzden hukuka aykırı fiilleri doğurdukları hukuki veya cezai sorumluluğa göre üçlü bir sınıflandırmaya tabi tutmak uygun olacaktır. Bunlardan ilkini, haksız fiiller oluşturmasına karşılık, cezai idare hukukunda suç teşkil etmeyen fiiller oluşturur. Daha açık bir deyişle bu fiiller, özel hukukta hukuka aykırı bir fiil olarak değerlendirildikleri halde, cezai idare hukukunda suç oluşturmazlar. Örneğin, kasta dayanmayan haksız rekabet halleri veya haklı bir nedene dayanmaksızın nişanın bozulması yalnızca özel hukuk açısından sonuç doğurur.[1002] Özel hukuk açısından haksız fiil oluşturan her fiilin idari suç oluşturmaması son derece doğaldır. Zira bir idari suçun işlenebildiğinden bahsedilebilmesi için kanunilik, tipiklik, maddi unsur, manevi unsur gibi çok değişik koşulların bir araya gelmesi gerekir. Bunlardan birisi yoksa özel hukuk ihlal edilse bile cezai idare hukuku ihlal edilmiş sayılmaz.[1003]

İkinci grup fiilleri; idari suç teşkil ettikleri halde haksız fiil sayılmayan hukuka aykırı fiiller oluşturur. Bu bağlamda, kimi fiiller, yalnızca idari suç oluşturmasına karşın, özel hukuk açısından herhangi bir sonuç doğurmaz. Örneğin, tramvaydan atlamak, kırmızı ışık yandığı halde karşıya geçmek, hız sınırına uymadan araba kullanmak gibi fiiller yalnızca idari suç oluşturmasına karşın haksız

---

uyulmasını sağlamak da normlardan gücünü almaktadır. Bkz. Kunter, Kanuni Unsurlar, s. 124 ve dn. 213. İkinci grup haksız fiiller ise TBK'nın 49 ve devamı maddeleri anlamındaki haksız fiillerdir. Bu anlamdaki haksız fiiller, kanunun herkese yüklediği görevlerin ihlalini oluşturmaktadır. Bu görev ihlalinde, haksız fiilin faili ile zarar gören üçüncü şahıs arasında önceden hiçbir hukuki bağlantı bulunmamakta, ancak söz konusu göreve aykırı davranılması üzerine bu iki kişi arasında tazmin yükümlülüğü tarzında bir borç bağlantısı doğmaktadır. Haksız fiil, zarar ve ziyan alacağından başka, tecavüzü ortadan kaldırmak veya tekerrürüne engel olmak hakkını da doğurabilmektedir. Bkz. von Tuhr, s. 361-362. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere haksız fiil hem akit içi, hem de akit dışı sorumluluğu içermektedir. [İngiliz hukukunda "güven ihlali" (breach of trust) denilen bir başka haksız fiil türü bulunmaktadır. Türk hukukunda uygulaması bulunmayan bu haksız fiil türü hakkında bilgi için bkz. Williams, G. s. 10]. Bununla birlikte, dar anlamda haksız fiil yalnızca akit dışını konu edinmekte, akdi sorumluluk bu anlamda haksız fiilin dışında kalmaktadır. Alman, Avusturya ve İsviçre hukukçuları haksız fiil denilince genellikle dar anlamda haksız fiili anlamaktadırlar. Krş. Eren, s. 3. Aslında, dar anlamda haksız fiil denilince anlaşılması gereken husus, akit dışı, bir başka deyişle, bir hukuki ilişkinin bulunmadığı durumlarda işlenen fiillerdir. Bu bağlamda, bir kişinin, diğer bir kişiye zarar verici hukuka aykırı fiiline haksız fiil denilir. İnan, A. N. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, AÜHFY No: 479, Ankara 1984, s. 253. Bu bağlamda TBK'nın 49. maddesinin 1. fıkrasından hareket etmek suretiyle dar anlamda haksız fiil şu şekilde tanımlanabilir: "Haksız fiil, bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu fiilleriyle başkasına zarar vermesidir." İnan, s. 253.

[1001] Krş. Kılıçoğlu, 185.

[1002] Krş. Kılıçoğlu, s. 185.

[1003] Krş. Larguier, s. 17.

fiilin oluşum koşullarından birisini oluşturan "zarar"[1004] unsurunun doğmaması yüzünden haksız bir fiil oluşturmaz.[1005]

Hukuka aykırı fiillerin çoğunluğunu oluşturan üçüncü gruptaki fiiller ise özel hukuka göre haksız bir fiil oluşturduğu gibi cezai idare hukuku bakımından da haksız fiil oluşturur. Daha açık bir deyişle, kimi durumlarda, cezai idare hukukunun yasakladığı fiiller, söz konusu hukukun güvence altına aldığı varlık veya menfaatleri ihlal ederken, özel hukuk açısından tazmini gerektiren bir fiil nitelik ve karakterini de taşır.[1006]

Haksız veya hukuka aykırı fiiller ile idari suç ve cezalar arasında az önce görüldüğü üzere yoğun ilişkiler bulunmaktadır. Bu kadar yoğun ilişkisi bulunan haksız fiiller ile idari suç ve cezalar arasında ayrım yapmaya yarayan sağlam bir ölçütün bulunup bulunmadığı haklı olarak sorulabilir. Burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki idari suç ve ceza ile özel hukuk haksız fiili arasında doğru bir şekilde ayrımı yapabilecek tek ölçüt "organik" ve "şekli" ölçüttür.[1007] Bu bağlamda

---

[1004] Buradaki "zarar" kavramından kastedilen husus hem maddi hem de manevi zarardır. Bu konuda fazla bilgi için bkz. Eren, s. 143-144.

[1005] Krş. Kılıçoğlu, s. 185-186.

[1006] Krş. Kılıçoğlu, s. 186.

[1007] Öğretide özellikle idari suç ve cezalar ile haksız fiiller arasında niteliksel veya niceliksel ölçütle bir ayrım yapılabileceği konusunda bir görüşe rastlayamadık. Doktrin genellikle ceza hukukunun kapsamına giren suçlarla haksız fiiller arasında niteliksel veya niceliksel ölçütle ayrım yapılabileceği görüşünü ileri sürmektedir. Niteliksel ölçütü esas alan düşünürlerden bir kısmı, suçlarla haksız fiiller arasında maddi unsur bakımından, bir kısmı manevi unsur bakımından, bir kısmı ise hukuka aykırılık unsuru bakımından öze yönelik" (maddi) ayrım yapılabileceği görüşünü savunmaktadırlar. Suçlarla haksız fiiller arasında maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsuru bakımından öze yönelik ayrım yapılabileceğini ileri süren bu görüşlerin tümünün hatalı olduğu ortaya çıkmıştır. Çalışmanın oylumunu genişletmemek için bu görüşler ile eleştirileri üzerinde durmayacağız. Bu görüşler ve eleştirileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kunter Kanuni Unsurlar, s. 115-125, Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 28-33. Ayrıca suçlarla haksız fiiller arasında maddi unsur bakımından fark olduğunu savlayanlardan Rocco'nun suçun toplumsal düzen bakımından büyük tehlike doğurduğu ancak haksız fiillerin doğurmadığı görüşü ve bu görüşün eleştirisi için bkz. Mantovani, s. 15. Yine suçlarla haksız fiiller arasında manevi unsur bağlamında kusurluluk bakımından öze yönelik fark olduğu görüşünün eleştirisi için bkz. Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 150-151. Öğretide bir kısım yazarlar ise "niceliksel" ölçütle ceza hukuku suçları ile haksız fiil arasında bir ayrım yapılabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüş Türk öğretisinde bir kısım yazarlar tarafından da paylaşılmaktadır. Daha açık bir deyişle Türk hukukunda Kunter (Kunter, toplumsal yaşamı düzenleyen hukuk normlarının, insanların hareketlerini ilgilendiren kurallar koyduğunu, bir insan davranışının bu normlara uymadığı zaman "hukuka aykırı fiil" ile karşılaşıldığını, bu bağlamda; "hukuka aykırı fiil" ibaresi genel ve cins olmasına karşın, suçun buna göre özel ve tür olduğunu, haksız fiilin de hukuka aykırı bir fiil oluşturduğunu, onun da genel olan hukuka aykırı fiilin yaptırımı tazminat olan bir türünü oluşturduğunu, bu açıdan ikisinin arasındaki farkın yalnızca yaptırım bakımından olduğunu savlamaktadır. Kunter, şu veya bu nedenlerle haksız fiil, daha açık bir deyişle, medeni hukuk yaptırımı yeterli gelemeyince, kanun koyucunun daha güçlü koruma için cezai yaptırımlara başvurduğunu, onun, hukuka aykırılıkların bu türlerini cezai yaptırımlarla desteklediğini, onları tipler halinde tanımladığını ve açıklığa kavuşturduğunu nakletmekte ve Carnelutti'nin de belirttiği üzere, suçun ceza yaptırımı ile desteklenmiş bir haksız fiilden ibaret olduğunu savlamaktadır.

özel hukuk haksız fiil yaptırımı ancak yargının "hükmü" (ilamı) sonucu uygulanabildiği halde, idari cezanın uygulanabilmesi için herhangi bir yargı ilamının bulunmasına gerek bulunmamaktadır. Daha açık bir deyişle, haksız fiilin kapsamına giren yaptırımları uygulama yetkisi tarafsız ve bağımsız yargı organına bırakıldığı halde, idari ceza herhangi bir yargı hükmünden bağımsız olarak bizzat İdare tarafından uygulanır. Yine idari ceza verilirken yargısal muhakeme usulleri değil idare hukukuna özgü usuller uygulanırken, haksız fiil yaptırımlarının uygulanmasında hukuk muhakemesi kuralları uygulanır.[1008]

İdari suç ve ceza ile özel hukuk haksız fiilleri arasında ayrım yapılması kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından oldukça önemlidir. Daha açık bir deyişle, idari suç ve cezalarda "kanunilik" ilkesinin uygulanması mutlak bir zorunluluk oluşturmasına karşın söz konusu haksız fiillerde böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Konuyu yukarıda ayrıntılarıyla anlatılan suç ve cezada kanunilik ilkesinin alt ilkeleri temelinde irdelemek uygun olacaktır.

Kunter, psişik ve toplumsal bir fiil olması bakımından suç ile haksız fiil arasında öze yönelik bir fark olmamasının, yaptırımlar arasında fark bulunmasına ve bu yaptırımların ereklerinin de değişik olmasına engel olmadığını, özel hukuk yaptırımlarının ereğinin yakın zararı onarma olduğunu, hâlbuki cezai yaptırımların, kamunun menfaati bakımından toplumsal tehlike göz önünde tutularak yakın zararın değeriyle denk olmayan bir şekilde uygulandığını, aynı fiilin, ayrı ayrı bakımlardan ele alınmasının nedenini, ceza dışı yaptırımların, cezai yaptırımların görevlerini görememelerinde aramak gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Kunter, Kanuni Unsurlar, s. 124-125 ve dn. 224-227), Dönmezer-Erman (Dönmezer-Erman, suçlarla haksız fiil arasındaki en temel farkın "müeyyide" (yaptırım) bakımından bulunacağını, kanunun hukuka aykırı fiiller arasında bazılarını cezalandırmışsa bunların suç olduğunu, ceza müeyyidesi ile karşılanmamışsa ve fiil de başkasına zarar vermişse haksız fiil olduğunu, devlet belirli bir fiili suç haline getirirse suçta kanunilik ilkesi gereği tanımlamak ve bu suretle diğer hukuka aykırı fiillerden ayırmak zorunda olduğunu belirtmektedirler. Dönmezer-Erman, Cilt:1, s. 326) ve Katoğlu (Katoğlu, suçlarla haksız fiil arasında bir nitelik farkı veya ihlaller arasında bünyesel bir fark bulunmadığını, pratik gerekler ile bir ayrım yapılması gerekli ise yaptırım ölçütüne başvurulmasının uygun olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 35-36) suçlarla haksız fiiller arasında yalnızca "yaptırım" (müeyyide) unsuruna bakılarak ayrım yapılabileceğini savunmuşlardır. Kanımızca suç ile özel hukuk haksız fiilleri arasında niceliksel daha açık bir deyişle, yaptırım ölçütüne göre ayrım yapılabileceğini savunan bu görüşler hatalıdır. Zira ileride ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulacağı üzere özel hukukun temel yaptırımını oluşturan "manevi tazminat" cezalandırıcı bir nitelik taşımakta, hatta kimi yazarlar onu bir "medeni hukuk cezası" olarak adlandırmaktadır. Yine tazminat yalnızca özel hukuka ait bir yaptırım niteliğinde bulunmamakta, idare hukukunda da "idari tazminat" şeklinde tazminat yaptırımı da bulunmaktadır. Aslında suçlar ile tazminat arasında niceliksel ölçüte göre ayrım yapılacağını savunanlar tazminat ile idari cezanın ağırlığının, bir başka deyişle, niceliğinin görece farklı olduğunu, bunlardan birincisinin hafif, ikincisinin ise daha ağır olduğunu ima etmektedirler. Bu tutumu doğru olarak benimsemiyoruz. Çünkü uygulamada idari cezadan miktar olarak çok daha fazla olarak maddi veya manevi tazminata hükmedilebilmektedir. Bu bakımdan idari suç ile özel hukuk haksız fiili arasında nicelik, daha açık bir deyişle, yaptırım ve yaptırımın ağırlığına göre ayrım yapmak doğru değildir. Buraya kadar yapılan bu açıklamalar idari suç ile haksız fiil arasındaki ölçüt bakımından da geçerlidir. Bir başka deyişle, idari suç ile haksız fiil de niteliksel veya niceliksel ölçüte göre birbirinden ayrılamaz olup onlar yalnızca organik ve şekli ölçütle birbirinden ayrılabilir.

[1008] Krş. Süzek, s. 254.

Her şeyden önce idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanması, daha açık bir deyişle, idari suç ve cezasının kanunda belirtilmiş olması bir zorunluluk iken, söz konusu haksız fiillerde bu alt ilkeye uyulmaz. Daha somut bir deyişle, pozitif hukuk başkasına zarar veren her hareketi haksız fiil kabul edebileceğinden ne medeni kanun ne borçlar kanunu ne de özel hukuk haksız fiillerini düzenleyen başka bir kanunda, haksız fiil halleri teker teker sayılabilir veya tanımı yapılabilir. Özel hukuk haksız fiillerinin tanımları yapılamadığı özel hukuk haksız fiil sorumluluğunun doğma koşulunu oluşturan zarar"[1009] kavramının da tanımı yapılamaz. Eren'in belirttiği üzere zararın tanımı öğreti ve yargı kararlarına bırakılmıştır.[1010]

[1009] Az önce ifade edildiği üzere idari suçlar bakımından zorunlu olmamasına karşın özel hukuk haksız fiilleri bakımından zararın doğması şarttır. Cezai idare hukukunda bir kanun kuralı, belirli bir davranışı "suç" olarak nitelendirmiş ve bu davranışı "ceza" yaptırımı ile karşılamış olabilir. Maddi veya manevi zararın doğup doğmadığına bakılmaksızın sadece bu yasa kuralının yasakladığı eylemin yapılması hukuka aykırı sayılır. Krş. Hatemi, H. Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İÜHFY No.: 457, İstanbul 1976, s. 13. Hâlbuki özel hukukta haksız fiil sorumluluğunun ve dolayısıyla tazminat borcunun en önemli unsurunu "zarar" oluşturur. Daha açık bir deyişle, özel hukukta "haksız fiil"den söz edilebilmesi için fiil sonucunda kişiye "zarar" verilmiş olması, daha açık bir deyişle, "mağdur"un malvarlığında isteği dışında bir eksilme doğması veya çoğalmanın önlenmesi veya mağdurun "manevi zarar"a maruz kalması, bu bağlamda onun ıstırap, elem duyması, bunalıma girmesi gerekir. Bkz. Hatemi, s. 13. Çünkü zararın olmadığı bir yerde hukuksal sorumluluk bulunmaz. Yine, sorumluluk hukuku bakımından salt tehlike sorumluluk doğurmadığı gibi salt zarar vermeye teşebbüs de tazminat borcunu doğurmaz. Bkz. Eren, s. 123. Bu bağlamda örneğin, A'nın açtırdığı çukurun yanına işaret koymaması, geniş anlamda hukuka aykırı olmakla birlikte, özel hukuktaki sorumluluk hukuku bakımından hukuka aykırı değildir. Ancak, B, böyle bir işaretin olmaması yüzünden çukuru görmeyerek içine düşer ve vücut bütünlüğü ihlale uğrarsa A'nın bu davranışı tazminat borcu doğurur. Eren, s. 133. Hâlbuki cezai ihlal, salt zararı değil, bunun yanında zarar tehlikesini de kapsar. Örneğin, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 33. maddesinde düzenlenen "dilencilik" suçunun oluşabilmesi için zararın fiilen doğması gerekmemekte, bir başka deyişle, dilencinin yurttaşlardan "sadaka" alarak bir zarara yol açması gerekmemekte, kişinin yalnızca dilenmesi durumunda bile suç işlenmiş olmaktadır. Daha somut bir deyişle, kişinin dilenmesinden herhangi bir zarar doğmasa bile fail cezalandırılmaktadır. (Aslında genel bir kural olarak, idari suç ve ceza öngören normlara aykırı hareket hiçbir zarar doğurmamış olsa bile idari suçu oluşturacağını savlamak olanaklıdır. Örneğin, hız sınırı gösterilmiş bir yolda o hız sınırından daha hızlı araç süren veya polisten izinsiz bir otel açan kimse hiçbir zarara yol açmamış olsa bile söz konusu normları ihlal ettiğinden dolayı idari cezaya çarptırılır. Zira örnekteki idari kuralların ereği kamu düzenini tehdit eden tehlikeleri gidermek olup bu kurallara aykırı hareketler, daima kamu düzenine karşı gizilgüç bir tehlike oluşturmaktadır. Krş. Kıratlı, s. 37-38). Çünkü o fiiliyle fail bir zarar tehlikesi doğurmuştur. Krş. Keyman, Hukuka Giriş, s. 112. Bunun gibi, kimi durumlarda, cezai idare hukuku bakımından verilecek cezalar, tehlikenin gerçekleştiği anda verilmekte, zararın gerçekleşmesini ayrıca beklemeye gerek bulunmamaktadır. Örneğin, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 43. maddesinde; yetkili makamlardan ruhsat almaksızın kanuna göre yasak olmayan silahları park, meydan, cadde veya sokaklarda görünür bir şekilde taşıyan kişiye kolluk tarafından idari para cezası verileceği öngörülmüştür. Kanımızca bu maddenin konulmasındaki temel amaç halka açık yerlerde silah taşınmasından dolayı kişilerin korku veya endişeye kapılma tehlikesini önlemektir. Burada, cezai bakımdan hukuka aykırılığın doğup ilgili kişiye ceza tayin edilebilmesi için silah taşınmasından dolayı kişilerin korkuya veya endişeye kapılmasını beklemeye gerek yoktur. Salt silahın taşınmasından dolayı tehlike doğmakta ve bu durum ceza verebilmek için yeterli bulunmaktadır. Krş. Keyman, Hukuka Giriş, s. 113.

Özel hukuk haksız fiillerinde söz konusu "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanmamasının temel nedenini "kanun" kavramının özel hukukta kanun kavramının farklı anlam taşıması oluşturur. Yukarıda üzerinde durulduğu üzere idari suç ve ceza bağlamında kanun kavramı salt yasama organının yaptığı hukuki işlemi oluşturmasına karşın özel hukukta kanunun kapsamı, ceza hukukundaki kanunun kapsamından daha fazla bir şeyi oluşturur. Gerçekten de özel hukukta örneğin, Anayasanın 115. maddesinin tanıdığı sınırlar içerisinde bir tüzük veya 124. maddesi anlamında bir yönetmelik çıkartılmış ise tüzük veya yönetmeliğin emredici kurallarına aykırılık da "kanuna aykırılık" anlamını taşır. Zira özel hukukta maddi ölçüt uygulandığından bu kurallar da "şekli anlamda değil", "maddi anlamda kanun" kuralı[1011] olarak nitelendirilirler.[1012] Yine bunun gibi özel hukukta hukuk düzenine aykırılık, tüzel kişiler için "statüler"in ihlalini de içerir. Zira ortaklık senedi, ortaklığın en üst kanunudur.[1013]

Yine Türk pozitif hukuku biçimsel kanunilik anlayışını benimsediğinden kanunun tekelciliği alt ilkesine uygun olarak ceza hukukunda kanuna aykırılık = hukuka aykırılık olarak kabul edilirken,[1014] özel hukukta "kanuna aykırılık" yerine "hukuka düzenine aykırılık"[1015] kavramı kullanılır ve bununla kanun,[1016] tüzük ve

---

[1011] Bu anlamda özel hukukta kanuna aykırılık ile yukarıda anlatılan maddi kanunilik ilkesi özdeşleşmektedir. Zira tanımı gereği suç, ceza hukukuna aykırı bir fiil olduğundan ceza hukuku, hukuka aykırılığı biçimsel veya maddi anlayışı benimsediğine göre kaynak olarak ya yalnızca ceza kanununu kabul eder ya da kanun dışında kalan kaynakları da kabul eder. Bkz. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 37.

[1012] Krş. Hatemi, s. 56. Eren'in ifadesiyle tüzük ve yönetmeliklerde öngörülen davranış kuralına aykırılık da özel hukuk bakımından hukuka aykırılık niteliğini taşır. Bkz. Eren, s. 130-131.

[1013] Hatemi, s. 130 dn. 2.

[1014] Bkz. Hatemi, s. 35.

[1015] Ceza hukukunda kanuna aykırılık hukuka aykırılığı ifade ettiğinden "hukuka aykırılık" kavramının kullanılması sakınca taşımamasına rağmen, özel hukukta "hukuk düzenine aykırılık" teriminin kullanılması daha doğrudur. Zira pozitif hukuk yasakladığı ahlak kuralına yollama yapıp (Örneğin 11.1.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin 1. fıkrasında; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu ifade edilerek ahlak kurallarına yollama yapılmaktadır) yaptırıma bağlamakla onları "iktibas" etmiş, kendi çerçevesi içerisine almıştır. Bu bağlamda özel hukukta "hukuk düzenine aykırılık" terimi, örneğin TBK'nın 81. maddesi (TBK'nın 81. maddesinde; hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla şeyin geri istenemeyeceği, ancak açılan davada yargıcın, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebileceği ifade edilmiştir) anlamında hukuka ve ahlaka aykırılık kavramlarının her ikisini birden ifade eder. Bkz. Hatemi, s. 32.

[1016] Şekli anlamda kanuna aykırılığın anlamı bile özel hukuk ile cezai idare hukukunda birbirinden farklıdır. Özel hukukta kanuna aykırılık; temel koruma normlarının, kişilerin diğer menfaatlerini koruma amacını güden özel koruma normlarının ihlallerini ve TBK'nın 49. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ahlaka aykırı bir fiille kasten başkasına zarar vermeyi ifade eder. Ancak bu normların

yönetmelikler yanında yazılı olmayan davranış kurallarının ihlalinden de hukuka aykırılığın oluşabileceği esasını benimsenir. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 1. maddesi, yazılı olmayan kuralları da hukukun kaynağı olarak kabul ettiğine göre bu sonucu doğal karşılamak gerekir.[1017] Bu bağlamda örf ve adet kurallarına, hukukun genel ilkelerine, TMK'nın 2. maddesinde düzenlenmiş bulunan doğruluk ve dürüstlük kurallarına, bir başka deyişle, objektif iyiniyet kurallarına, TMK'nın 24. ve TBK'nın 58. maddesinde hükme bağlanmış kişilik hakkının hukuka aykırı olarak ihlali ve TBK'nın 49. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen genel ahlak kurallarının kasıtlı olarak ihlali de özel hukukta hukuka aykırılığın kaynağını oluşturur.[1018] TBK'nın 49. maddesinin 1. fıkrasında hukuka aykırı fiille başkasına zarar veren kişinin bu zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtildiğine ve hukuka aykırılığın tanımı yapılmadığına göre örneğin hukuka aykırılık kavramının içerisine giren "örf-adet kurallarının ihlali" durumu da özel hukuk haksız fiilini oluşturacaktır ki bunun kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı olduğu ortadadır.

Öte yandan, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi, daha somut bir deyişle, idari suç ve cezanın mutlaka kanunda açık ve kesin bir

---

sayısı özel hukukta oldukça azdır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 134-138, 142-144 ve dn. 369. Buna karşılık, idari suç ve cezalarla uğraşan cezai idare hukukunun neredeyse tüm normları, daha açık bir deyişle, cezai idare hukukunda ayrıksı nitelik taşıyan tanım, yorum veya açıklayıcı normlar dışındaki tüm normlar temel koruma normlarını oluştururlar. Ancak burada kısaca belirtmek gerekir ki bazılarının iddia ettiği gibi ceza hukukunda kanuna aykırılık saptanırken davranışın kanuna yalnızca şeklen aykırı olmasının yeterli olacağı görüşü, buna karşın özel hukukta davranış normunun içeriğine bakılacağı görüşü isabetli değildir. Örneğin Hatemi, ceza hukukunda yasa kuralının yasakladığı eylemin yapılması ile o kurala aykırı davranılmış olacağını, böylelikle kuralın "ihlal" koşulu gerçekleştiğinden "şekli" anlamda bir hukuka aykırılığın gerçekleştiğini, fiilin eşanlı olarak bu kuralın koyduğu kişi veya toplum menfaati veya varlığına zarar verdiği veya tehlikeye düşürdüğü için "maddi" anlamda da hukuka aykırı olduğunu, ceza hukuku alanında "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi gereğince, "maddi anlamda hukuka aykırılık" esasının başlı başına fiilin suç sayılması ve cezalandırılmasının yeterli olmadığını ifade etmektedir. Yazar, ihlal edilen kuralın koruduğu korunmaya değer bir menfaatin bulunmadığı ileri sürülerek kural "de lege lata" (olması gereken hukuk) açısından eleştirilse bile fiilin ceza hukuku bakımından şekli anlamda "hukuka aykırı" dolayısıyla suç sayılacağını ve cezalandırılacağını belirtmektedir. Hatemi, s. 13 dn. 5. Hatemi'nin bu görüşü kabul edilemez. Zira ceza hukuku bakımından kanuna aykırılık, dış görünüşü bakımından fiil ile kanun arasındaki bir çatışmaya işaret ederken, maddi içeriği bakımından norma aykırı davranışla hukuki varlık veya menfaatlerin ihlali anlamını taşır. Keyman, Hukuka Giriş, s. 112. Bu bağlamda hukuka aykırılık unsuru bakımından aranan gerek söz konusu dış görünüş gerekse maddi içerik cezai idare hukuku bakımından geçerli olduğu gibi özel hukuk bakımından da geçerlidir. Bütün hukuk dalları bakımından geçerli olan hukuka aykırılığı, bir davranış ile hukuk düzeni arasındaki bir çatışma, bir başka deyişle, insan fiili ile bir hukuk normunun ihlal edilmesi şeklinde tanımlamak olanaklıdır. Zira hangi hukuk dalında olursa olsun hukuka aykırılık özünde aynı olup sadece değişik hukuk dallarına göre hukuka aykırılığın hüküm ve sonuçlarına ilişkin farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Krş., Keyman, Hukuka Giriş, s. 109.

[1017] Keyman, Hukuka Giriş, s. 112.

[1018] Eren, s. 131.

biçimde belirtilmiş olması zorunluluk iken, söz konusu haksız fiillerde bu alt ilkeye uyulmaz. Gerçekten de yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere, cezai idare hukukunda kıyas yoluyla muhakeme yasağı bulunduğu için İdare cezalandırılan olayla ilgili veya benzer bir olay için kanun metnini genişletemez. Hâlbuki özel hukukta öngörülen hukuka aykırılıkları kıyas yoluyla genişletmek olanaklıdır.[1019] Aleyhe kıyasın olduğu yerde kanunilik ilkesinin söz konusu alt ilkesinin benimsendiğinden bahsedilemeyeceğine göre medeni hukuk haksız fiilleri bakımından "kanunun açıklığı" alt ilkesine uyulamayacağı açıktır.

Özel hukuk haksız fiilleri bakımından "kanunun açıklığı" alt ilkesine uyulmadığının bir başka kanıtını özel hukukta kullanılan yorum yöntemleri oluşturur. Yukarıda anlatıldığı üzere yorum yöntemleri ile kanunilik ilkesinin söz konusu alt ilkesi arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Bu bağlamda cezai idari normlar ile özel hukuk normları arasında yorum yöntemleri birbirinden farklıdır. Yine yukarıda görüldüğü üzere, idari ceza normları dâhil bütün cezai normlar bakımından "dar yorum"[1020] ve "kuşkunun fail lehine yorumlanması" yöntemleri geçerlidir. Bu yöntemler, özel hukuktaki haksız fiiller bakımından geçerli olmayıp söz konusu haksız fiiller bakımından her türlü yorum yöntemi geçerlidir. Öte yandan, cezai idari normların açık ve kesin olduğu durumlarda İdarenin takdir yetkisi bulunmayıp bağlı yetkisi bulunur. Ancak, özel hukuktaki haksız fiiller bakımından açık ve kesin bir düzenleme yapılsa bile yargıcın "hakkaniyet"[1021] kavramına başvurması engellenemez.[1022]

Özel hukuk haksız fiillerinde suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" ve "kanunun açıklığı" alt ilkeleri uygulanmamasına karşın "aleyhe kanunların geriye yürümezliği" alt ilkesi uygulanır.[1023] Bu bağlamda haksız fiilin

---

[1019] Krş. Larguier, s. 21.

[1020] Dar yorum yönteminden kanunun daraltıcı bir şekilde yorumlanması değil, kanunun yorumunda metnin dışına çıkılmaması anlaşılır. Örneğin, bir kanun belirli bir yaştan aşağı olan kimselere içki satışını yasaklıyorsa o kişiye içki grubuna giren "şarap" da satılamaz. Bkz. Larguier, s. 20.

[1021] Nitekim 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 4. maddesinde; kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda yargıcın hukuka ve hakkaniyete göre karar vereceği ifade edilmiştir. Maddeden anlaşılacağı üzere, kanun açık ve kesin düzenleme yapsa bile "durumun gerekleri" veya "haklı sebepler"e yollama yaptığı durumlarda yargıç hukuka ve hakkaniyete uygun olarak söz konusu düzenlemenin dışında da karar verebilecektir ki bu durumun cezai idari normlar bakımından geçerli olmadığı ortadadır.

[1022] Krş. Larguier, s. 20.

[1023] Ancak bu uygulamayı suç ve cezada kanunilik ilkesinin aleyhe kanunların geriye yürümezliği alt ilkesi olarak değil de her kanunun sadece geleceği etkileyeceği şeklindeki genel hukuk ilkesine dayandırmanın daha isabetli olacağını düşünmekteyiz.

oluşumu ve sonucu bakımından yapıldıkları tarihteki kanuna bakılır.[1024] Örneğin, yürürlükteki kanuna uygun olarak yapılan bir hukuki işlem daha sonra çıkartılan bir başka kanunla geçmişe yürütülerek haksız fiil olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, aleyhe kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesini tamamlayıcı nitelikte olan lehe kanunun geçmişe uygulanması yöntemi bakımından idari suç ve ceza normları ile özel hukuk haksız fiil normları arasında farklılık bulunmaktadır. Örnek olarak, hizmet sözleşmesinin yapılması sırasındaki mevzuatın işçinin 10 yıl boyunca sözleşmeden dönmesini yasakladığını düşünelim. Eğer yeni bir kanun işçiye sözleşmeden dönme hakkı tanıyorsa, bundan daha önce yapılmış olan hizmet sözleşmeleri de faydalanır. Çünkü o sözleşmelerin etkisi sürmektedir. İşveren işçiye bu hakkı tanımazsa haksız bir fiil işlemiş olur ve zarara uğrayan işçi, işverene karşı dava açarak tazminat isteyebilir. Görüldüğü üzere özel hukukta yapılan geriye yürüme adeta "derhal etki" niteliği taşımaktadır. Buna karşın, idari suç ve ceza normlarında failin lehine olan değişiklikler yukarıda görüldüğü üzere geçmişe etki ederek işlenen o fiili etkilemekte veya ortadan kaldırmaktadır.[1025]

3. Çeşitli Yaptırımlarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması

Bu kısımda idari ceza ile çok karıştırılan çeşitli yaptırımlar, bu bağlamda "idari tedbir", "idari icra", "gecikme zam ve faizi" ile "özel hukuk yaptırımları"nda kanunilik ilkesinin uygulaması irdelenecektir. Burada şu hususu hemen belirtmek gerekir ki "yaptırım" (müeyyide) kavramı tam olarak kavranmadan bu irdeleme sağlıklı bir şekilde yapılamaz. Bu yüzden öncelikle "yaptırım" (müeyyide) kavramı üzerinde durmak faydalı olacaktır.

Yaptırım sözcüğü genel hukuk kuramında ve felsefede geniş ve genel anlamda; kanun koyucunun her ne suretle olursa olsun bir kuralın etkinliğini sağlama aracı anlamında kullanılır. Bununla birlikte, daha dar ve teknik anlamda yaptırım; yasa koyucunun, bir normu davranışıyla ihlal eden kimsenin bu fiilinin karşılığı ve hukuk düzeninde meydana getirdiği bozukluğu düzeltme aracı olarak kullanılır. Bu bağlamda daha kuralın ihlaline olanak vermeden etkisini göstereceği ve hukuk kuralının doğrudan doğruya gerçekleşmesi düzeneğini oluşturduğu için "butlan", "zamanaşımı", "hakkın düşmesi" (hakkın sükûtu) halleri, bir kuralın etkinliğini

[1024] Bkz. Keyman, Hukuka Giriş, s. 64.
[1025] Bkz. Kıratlı, s. 37-38, Krş. Larguier, s. 22.

sağlayacak gerçek yaptırım niteliği taşımazlar.[1026] Buna karşın, teknik ve dar anlamda yaptırım sürgit bir şekilde dolaylı olup yasa koyucunun koymuş olduğu kanuna dolaylı olarak uyulmasını sağlar. Daha açık bir deyişle, dar ve teknik anlamda yaptırım, normun ihlaline engel olunamadığı durumlarda nereye kadar kanuna uymanın sağlanarak hukuki dengenin tesisinin olanaklı olacağı ereği gerçekleştirmeye çalışır. Bunu sağlamak için yaptırım psikolojik bir korkutma aracı kullanılır ki tek olmamakla birlikte bu aracın tipik şeklini ceza oluşturur.[1027]

Bu bağlamda "yaptırım" (müeyyide) kavramı; hukuk kuramının en önemli kavramlarından birisini oluşturmaktadır. Çünkü hukuk kuralının uygulanması, aynı kuralda veya başka bir kuralda öngörülen bir yaptırım hükmüyle sağlanmaktadır. Yaptırım kavramı özü itibarıyla ceza ve cebir unsurunu içerdiğinden, hukuk kuralının yürürlüğü yaptırım olmaksızın sağlanamayacağı gibi hukukun emredici bir düzen sayılması da yaptırımın, daha özelinde cebrin, onun temellerinden birisi olmasını zorunlu kılar. Yaptırım, hukuk kuralının öngördüğü olumlu emrin yerine getirilmemesi veya onun kabul ettiği yasağın çiğnenmesi halinde uygulanır bir nitelik kazanmaktadır. Bu bağlamda Austin, yaptırımı şarta bağlı olarak kişiye cebir kullanılması biçiminde nitelendirmektedir.[1028]

Yaptırım kavramının tarihsel kökeni bakımından geniş ve genel olarak anlaşılmasının daha uygun olduğunu düşünmekteyiz. Gerçekten de Roma hukukunda yaptırım karşılığı olarak kullanılan "sanctio" sözcüğü; bir kuralın öngördüğü cezayı

[1026] Özel hukuk normlarının birçoğu belirli bir sonucun elde edilebilmesi için belirli koşulların yerine getirilmesini aramışlar ve koşulların yerine getirilmemesi durumunda mahrumiyetler öngörmüşlerdir. Bu mahrumiyetler ceza veya zorlayıcı süreç niteliğinde olmadığı için yaptırım olarak kabul edilemez. Örneğin, özel hukukta bir vasiyetname veya kimi hukuki işlemlerin yapılması için yazılı şekil şartı aranmakta, bu şarta uyulmadığı durumda, şartın zorla yerine getirilmesini sağlamak yerine işlemin geçersizliğine karar verilmektedir. Lloyd, D. The Idea of Law, Penguin Books, Baltimore-Maryland 1964, s. 184-185. Bu konuda Türk hukukundan bir örnek verilmesi uygun olacaktır. 4721 sayılı TMK'nın 538. maddesinin 1. fıkrasında; el yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar miras bırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere bu hüküm, el yazılı vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için zorlayıcı bir takım hükümler öngörmemekte, sadece söz konusu vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için bir takım koşullar saptamaktadır. Bu bağlamda, el yazılı vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için vasiyetnamenin başından sonuna kadar miras bırakanın el yazısını içermesi gerekmektedir. Bu koşulları taşımayan el yazılı vasiyetname "geçersiz" (batıl, butlan, nullità) olacaktır. Burada geçersiz olan el yazılı vasiyetnameyi bir yaptırım olarak nitelendirmek kanımızca hatalıdır. Zira bir yaptırımdan söz edilebilmesi için öncelikle bir hukuk normunun ihlal edilmesi gerekmektedir. Hâlbuki bu örnekte bir hukuk normu ihlal edilmemekte, sadece kanunun el yazılı vasiyetname için aradığı koşullar yerine getirilmemiş olduğundan işlem yapılmamış sayılmaktadır.

[1027] Zanobini, s. 1.

[1028] Bkz. Güriz, A. Hukuk Başlangıcı, Üçüncü Baskı, AÜHFY No: 495, Ankara 1992, s. 43

veya sözü geçen kuralın ihlali halinde uygulanacak zorlamayı[1029] ifade etmektedir. Bu bağlamda "sanctio" sözcüğünün ceza ve zorlama unsurlarını içerdiği açıktır.[1030]

Yaptırım (müeyyide), kuralı ihlal edene dışarıdan yönelen acı verici bir tepki olup daha çok normu ihlal eden üzerinde uygulanan psikolojik ve maddi baskılar şeklinde görülmektedir. İhlale karşılık gelen bu tepki, normun bağlayıcı ve zorlayıcı niteliğinin bir göstergesidir. Bu bağlamda zorlayıcılık, niteliği ve niceliği önceden belirlenmiş ve ihlali izleyen yaptırım ile gerçekleşebileceği gibi bizzat normun zorla uygulanmasıyla da yaşama geçirilebilir. Nitekim kendi isteği ile borcunu ödemeyen kimse, mahkeme tarafından bunu ödemeye mahkûm edilmekte, borçlu, mahkeme kararına da uymazsa zorla uygulama yapılarak borçlunun bir kısım malları haczedilmekte ve borç bununla karşılanmaktadır. Yine, TBK'nın 26. ve 27. maddeleri gereği, bir kimsenin konusu itibarıyla ahlaka aykırı olarak yaptığı bir sözleşme hükümsüz olup yerine göre mahkeme tarafından hukuki yaptırım uygulanarak hükümsüzlüğüne veya iptaline karar verilmekte veya ceza hukukunda bir şey çalan kimseye özgürlüğü bağlayıcı cezai yaptırım uygulanmaktadır.[1031]

Yaptırım, her hukuk düzeninin yapıcı, daha açık bir deyişle temel unsurlarından birisidir. Bu bağlamda, yaptırımsız bir hukuk düzeni düşünülemez. Bu yüzden belirli bir hukuk dizgesinin arkasında daima belirli bir devlet vardır. Çünkü hukukun öngördüğü yaptırımı uygulayan temel siyasi teşkilat devlettir.[1032]

Buraya kadar anlatılan hususlardan anlaşılacağı üzere yaptırım (müeyyide); hukuk kurallarının etkinliğini sağlamak ereğiyle, devletin emir verme gücüne dayanarak yasalarla tanıdığı hukuki ve maddi yetkilerin tümü şeklinde tanımlanabilir.[1033] Bu tanımdan anlaşılacağı üzere yaptırım kavramı, ceza kavramını

[1029] Zorlama kavramının "yaptırım" olarak adlandırılması kanımızca son derece isabetlidir. Örneğin özel hukuk işlerinde "zorlama", daha çok borçlunun malvarlığına yönelik bir ceza uygulamasına gidilmesi olmayıp, yargısal kararla hüküm altına alınan borcun ödenmemesi durumunda borçlunun menkul ve gayrimenkullerini haciz etmek ve haczedilen malın satışından elde edilecek bedelle borcun ödenmesi veya bedelin borcu karşılayamadığı durumlarda borçlunun iflasına karar vererek onun malvarlığı ve gelirine el koyarak alacaklının alacağına kavuşmasını ifade eder. Görüldüğü üzere, "yaptırım" kavramının hukukta oldukça geniş bir anlamı bulunmakta ve hukukun iradesini en son çare olarak gerçekleştirmek üzere mahkeme hükmü veya emrine uymayan sanığı veya borçluyu "zorlayıcı" bir sürece de işaret etmektedir. Bkz. Lloyd, s. 184.

[1030] Güriz, s. 43.

[1031] Keyman, Hukuka Giriş, s. 36.

[1032] Eroğul, C. Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi), AÜSBF Yayınları No:371, Ankara, 1974, s. 2.

[1033] Göğer, E. Hukuk Başlangıcı Dersleri, Dördüncü Bası, AÜHFY No. 387, Ankara 1976, s. 39.

da içerisine alan daha geniş kapsamlıdır.[1034] Tersine bir deyişle, cezanın yaptırımdan daha dar anlamı bulunmaktadır. Gerçekten de ceza; suç işlediğinden dolayı bir kimsenin yaşam, hürriyet, mal veya şahsı üzerinde devletin bunları sınırlayıcı ve kısıtlayıcı nitelikte almış olduğu ve uyguladığı tedbirler anlamını taşır.[1035]

Yaptırım, günümüzde ilkel topluluklarda olduğu gibi yalnızca cezadan ibaret değildir. Müeyyidenin değişik türleri toplum yaşamındaki gelişmelerle birlikte ortaya çıkmaktadır.[1036] Bu yüzden yaptırım türlerinin gruplandırılması gerekmektedir. Yaptırım türleri çok çeşitli ölçütlere göre gruplandırılabilmektedir. Örneğin dayanılan kaynaklar bakımından müeyyideler; salt hukuki, cezai, uluslararası, toplumsal, ekonomik ve mali yaptırımlar şeklinde gruplandırılabilir.[1037] Bu açıklamalardan sonra çeşitli yaptırımlarda kanunilik ilkesi uygulamasının irdelenmesi faydalı olacaktır.

a. İdari Tedbirlerde Kanunilik İlkesinin Uygulaması Özgün Nitelik Göstermektedir

Yukarıda idari suç ve cezalar ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar arasındaki ayrımın ancak şekli ve organik ölçüt yardımıyla bulunabildiği ve bu bağlamda idari cezanın temel özelliğinden birisini bireysel "idari işlem" kimliğine sahip olmasının oluşturduğu ifade edilmişti. Ancak idari cezanın bireysel bir idari işlem kimliğine sahip olduğunu ifade etmekle onun diğer bireysel idari işlemlerden farkı ortaya konulmuş olmamaktadır. Bu bağlamda, yine bir bireysel işlem türü olan "idari tedbir"[1038] ile "idari ceza" farkının ortaya konulması gerekmektedir. Bu farkı

[1034] Yaptırım kavramı ceza kavramından geniş kapsamda olsa da gerek ceza gerekse "yaptırım" (sanction) ibaresi ortak bir şekilde olumsuz bir çağrışımı yansıtmaktadır. Bkz. Sauvé, s. 17.

[1035] Türk Hukuk Lûgatı, 4. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1998, s. 49. Cezanın bir de özel hukuk bakımından anlamı bulunmaktadır. Bu anlamda ceza; şarta bağlanan ve ertelenen bir duruma işaret eder. Örneğin, "X taciri buraya gelirse şu altını satmaya seni vekil tayin ettim" denirse şarta bağlı ve belirsiz olan vekâlet "ceza" anlamını gelir. Bu anlamda ceza, şartın doğumuna bağlı olan bir durumdur. Türk Hukuk Lûgatı, s. 49. Ancak bu çalışmada kullanılan "ceza" kavramı şarta bağlı ve belirsiz bir vekâleti ifade etmez.

[1036] Aksi görüş için bkz. Çeçen, A. Hukuk'ta Norm ve Adalet, AÜHFD, Cilt 32, Sayı 1-4, Yıl 1975, s. 81. Yazar burada, yaptırımların sayısı ve şiddetinin uygarlıkla ters orantılı olduğunu, uygarlaşmış toplumlarda yaptırımların sayı ve şiddetinin giderek azaldığını, ne var ki uygar toplumlarda bile hukuk dışı davranışlara rastlanıldığı için yaptırımların zorunluluk kazandığını ifade etmektedir. Yazarın bu görüşü tarihsel gerçeklerle çelişmektedir. Zira ilkel toplumlardan günümüze kadar yaptırım çeşitlenerek sürgit bir şekilde gelişim göstermiştir.

[1037] Göğer, s. 41.

[1038] "İdari tedbirler" ile "emniyet tedbirlerini" birbirine karıştırmamak gerekir. Her ne kadar, 15.4.1987 tarih ve 3352 sayılı Emniyeti Umumiye İdaresinin Nezareti Altında Bulundurulma Ceza ve Tedbirlerinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanunla "emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulmak tedbiri" yürürlükten kaldırılsa da, Türk hukukunda "emniyeti umumiye nezareti

altında bulundurulmak tedbiri" (yeni ismiyle denetimli serbestlik) dâhil çeşitli emniyet tedbirleri, 5237 sayılı TCK ile tekrar konulmuştur. Gerçekten de 5237 sayılı TCK'nın, örneğin, 57. maddesinde akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri düzenlenmiş, 58. maddesinde ise mükerrir ve özel tehlikeli suçlular hakkında denetimli serbestliğin uygulanması yönünde bir güvenlik tedbirine yer verilmiştir. Gerçi, Hafızoğulları'nın belirttiği üzere, emniyet tedbirleri, idari tedbirler gibi özünde cezaya benzese bile bir ceza yaptırımı değildir. Bundan başka, bir bastırma değil sadece bir önleme tedbiridir. (Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Hafızoğulları, Ceza Normu, s. 253). Bu benzerliğe rağmen, idari tedbirler ile emniyet tedbirleri arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Emniyet tedbirleri, ceza hukukunda, cezanın uygulanamadığı, hatta uygulansa bile yeni suçları önlemede yetersiz sayıldığı hallerde, geleneksel ceza sistemini tamamlayan hukuki koruma vasıtalarıdır. Bkz. Hafızoğulları, Ceza Normu, s. 241. Daha açık bir deyişle, emniyet tedbirleri, nesnel ve öznel olarak suç oluşturan bir fiilin veya hiç olmazsa yalnız nesnel veya sadece öznel olarak suç oluşturan bir fiilin gerçekleştirilmesini gerektiren; onu izleyen, ondan sonra gelen tedbirlerdir. Bu nedenle, emniyet tedbirleri, her zaman gerçekleşmiş münferit bir suç tarafından gerek suçun mağduruna gerekse topluma verilen zarar veya tehlikelerden sonraki aşamada alınan tedbirlerdir. Bu bağlamda, emniyet tedbirlerinin varlık nedeni (raison d'état) kişideki tehlikelilik durumu olduğundan yalnızca toplumsal bakımından tehlikeli kimselere uygulanır. Bu yüzden, tehlikeli kimselerin isnat veya cezalandırılma yeterliliğine sahip olup olmaması, tedbirin türünü tayin etmek dışında bir anlam taşımaz. Emniyet tedbirlerinin zorunlu şartı, failin nesnel ve öznel olarak veya yalnızca nesnel veya yalnızca öznel olarak suç teşkil eden dolayısıyla tehlikeliliğin göstergesi ve kanıtı olan bir fiili işlemiş olması ve böylece onun toplum bakımından tehlikeli sayılabilecek, bir başka deyişle, suç teşkil eden yalnız olanaklı değil olası yeni fiilleri gelecekte işleyeceğine hükmedilecek şahsi bir durum veya statüde bulunmuş olmasıdır. Bkz. Hafızoğulları, Ceza Normu, s. 243-244. Emniyet tedbirleri özü itibarıyla "idari tedbir" niteliğinde olduğundan ikisi arasında niteliksel ve niceliksel bir ayrım yapılamaz. Kanımızca emniyet tedbirleri ile idari tedbirler arasında organik ve şekli ölçütle ayrım yapılabilir. Bu bağlamda emniyet tedbirleri "yargı işlevi"ne aitken, idari tedbirler "idari işlev"e aittir. Hafızoğlu'nun isabetli bir şekilde açıkladığı üzere, yargı işlevi; hukuk düzeninin nesnel olarak korunmasına yönelik bir faaliyeti ifade eder. Devletin yargı işlevinin ayırt edici asıl niteliğini, "tarafsızlık" oluşturmaktadır. Bu ölçüt dikkate alındığında yargıç, emniyet tedbiri uygulanan faaliyetlerde, ne kendisine ait bir menfaatin taşıyıcısıdır, ne de hüküm veya kararlarla müdahale ettiği ilişkilerin ilgili tarafıdır. Daha açık bir deyişle yargıç, emniyet tedbiri uyguladığı faaliyetlerde taraf olmayıp yalnızca tarafsız bir organdır. Bu yüzden, tehlikelilik halinin saptanması ve sonunda emniyet tedbirine hükmedilmesi kadar hükmün yerine getirilmesi de devletin "yargı" (kaza) gücünün yerine getirilmesidir. Bkz. Hafızoğulları, Ceza Normu, s. 262. Emniyet tedbirleri bakımından uygulanan kanunilik ilkesi, söz konusu tedbirlerin doğası gereği cezalara nazaran birtakım farklılıkları bünyesinde taşır. Örneğin, emniyet (güvenlik) tedbirleri bakımından, kanunilik ilkesinin alt ilkeleri olan geçmişe yürümezlik ile kanunun açıklığı alt ilkeleri tam olarak uygulanmaz. Buna karşın bu tedbirler bakımından kanunilik ilkesinin ""kanunun tekelciliği" alt ilkesi tam olarak geçerlidir. Nitekim Anayasanın 38. maddesinin 3. fıkrasında; ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilerek güvenlik tedbirlerinde kanunilik ilkesinin sadece "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanacağı ima edilmiştir. Krş. Larguier, s. 24. Az önce güvenlik tedbirlerinin geriye yürüyebileceği belirtilmişti. Ancak burada dikkat edilmesi gereken noktalar bulunmaktadır. Gerçekten de öğretide güvenlik tedbirlerinin geriye yürüyeceği esasını benimsese de Cadoppi ve Veneziani'nin isabetli olarak belirttikleri üzere işlendiği zaman suç olarak benimsenmeyen bir fiil daha sonra güvenlik tedbiri olarak kabul edilip geriye yürütülemez. Yine, gizli suç ve ceza niteliğini taşıyan bir güvenlik tedbiri de asla geriye yürütülemez. Bkz. Cadoppi ve Veneziani, s. 80. Bu anlatılanlardan anlaşılacağı üzere, "nullum crimen sine lege" (kanunsuz suç olmaz) ilkesi ile "nulla periculositas sine lege" (kanunsuz tehlike hali olmaz) ilkesi arasında bir doku uyuşmazlığı bulunmakta ve her ikisinin ortak paydasını sadece "kanunun tekelciliği" alt ilkesi oluşturmaktadır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Vassali, G. İtalya'da Emniyet Tedbirleri Deneyi (Çeviren, Süheyl Donay), İÜHFM, Cilt: XXXVI, Sayı: 1-4, 1971, s. 526 vd. Ancak Katoğlu bu görüşü benimsemeyerek, güvenlik tedbiri öngören kanunların zaman bakımından uygulanması açısından genel esaslardan ayrılmanın olanaklı olmadığını, zira Anayasanın 38. maddesinin güvenlik tedbirleri açısından da kanunilik ilkesini öngördüğünü, kanunilik ilkesinin kurucu unsurlarından ya da sonuçlarından birisinin geçmişe uygulama yasağı olduğunu, bu yasağın, fiil tarihinden sonraki kanun ile getirilen daha ağır bir güvenlik tedbirinin uygulanmasının önünde engel teşkil ettiğini belirtmektedir. Bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 216-217. Biz bu görüşü paylaşmamaktayız. Zira Anayasanın 38. maddesinin 3. fıkrasında güvenlik

ortaya koyabilmek kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından yaşamsal bir önem taşımaktadır. Zira idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin katı ve sert bir şekilde uygulanması gerekli olmasına karşın, idari tedbirlerde bu ilkenin uygulanması bakımından böyle bir katılık ve sertliğe gerek yoktur. İdari tedbirlerde kanunilik ilkesinin uygulamasına az sonra değinilecektir. Bu incelemeye geçmeden önce idari cezanın kendisiyle en çok karıştırılan idari tedbirden hangi ölçüt veya ölçütler ile ayrılabileceği üzerinde durulması faydalı olacaktır.

Bazıları halka yönelik idari cezanın "bastırıcı", buna karşın idari tedbirin "önleyici" olduğu ölçütüne dayanılarak ikisi arasında öze yönelik bir ayrım yapılabileceği görüşünü savunmaktadırlar. Daha açık bir deyişle, bu görüş sahipleri, idari tedbirin daha çok polis tarafından kamu düzenini veya özel düzenleri korumak üzere önleyici olarak verildiği görüşünü savunmaktadırlar. Bu görüş tam olarak doğru kabul edilemez. Zira yukarıda anlatıldığı üzere idari cezaların da "önleyicilik" niteliği bulunmaktadır. Daha somut bir deyişle, bütün cezaların olduğu gibi idari cezaların da ikili özelliği bulunmaktadır. Bunlar; bastırıcılık ve önleyiciliktir. Bu bağlamda idari ceza kamu gücü kullanılarak verildiği için hem fail hem de üçüncü kişiler üzerinde "önleyici" (caydırıcı) etki yapmaktadır.[1039]

İdari ceza ile idari tedbir, yaptırımın türü bakımından da kural olarak[1040] birbirinden ayrılamaz. Örneğin, inşaatın durdurulması veya arabanın bağlanması, ruhsat iptali veya işyerinin kapatılması yaptırımları kimi zaman idari ceza kimi zaman ise idari tedbir olarak kabul edilir. Örneğin, hiçbir yükümlülüğü ihlal etmeden sarhoş bir kişinin arabasının trafikten men edilmesi idari tedbir olarak kabul edilirken, trafik normlarını ihlal etmesi yüzünden kişinin aracının trafikten

---

tedbirleri yönünden kanunilik ilkesinin yalnızca "kanunun tekelciliği" alt ilkesi düzenlenmiş, "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" düzenlenmemiştir. Kamufle suç veya ceza niteliği taşımadıkça güvenlik tedbirlerinin geçmişe yürütülebileceğinin olanaklı olduğunu düşünmekteyiz.

[1039] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 96.

[1040] Kural olarak diyoruz zira idari tedbir olarak normalde idari para cezasının uygulanması olanaklı değildir. İdari para cezanın verildiği her durumda idari ceza kavramıyla karşılaşılmış olunur. Bununla birlikte bu esasın bazı ülkelerde örneğin Almanya ve İspanya'da ayrıksı bir durumu bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, söz konusu ülkelerde idari cezanın icrasını kolaylaştırmak veya etkinliğini sağlamak açısından idari para cezası öngörülmektedir. Böyle bir durumda öngörülen para cezasını ileride anlatılacağı üzere idari icra olarak kabul etmek gerekir. Zira bu para cezası idari cezanın ayırt edici özelliklerinden birisini oluşturan yükümlülük ihlali nedeniyle değil, verilen idari cezanın tahsilini kolaylaştırmak için öngörülmektedir. Bu ayrıksı durum dışında verilen tüm idari para cezalarını "idari ceza" olarak kabul etmek gerekir. Bir başka deyişle, Türk hukukundan uygulaması bulunmayan söz konusu ayrıksı durum dışında idari para cezası, daima idari cezadır.

alıkonulması idari ceza olarak kabul edilir.[1041] Bunun gibi idare tarafından uygulanan "yazılı veya görsel basında ilan etme" yaptırımı da duruma göre idari ceza veya idari tedbir olarak nitelendirilir.[1042] Daha açık bir deyişle, söz konusu yaptırım İdare tarafından bir yükümlülük ihlali nedeniyle uygulanıyorsa "idari ceza",[1043] buna karşın bir yükümlülük ihlal edilmeden örneğin, kamuoyunda vergi yüzsüzleri olarak adlandırılan vergi borçlularının vergi borçlarını ödemelerini sağlamak için uygulanıyorsa "idari tedbir" kimliğini taşır.

İdari ceza ile idari tedbir arasında yaptırımların niceliği, bir başka deyişle, ağırlığı bakımından da ayrım yapılamaz. Daha açık bir deyişle, idari cezanın ağır, idari tedbirin hafif olduğu ileri sürülemez.[1044] Nitekim en ağır yaptırımlardan birisini oluşturan "sınır dışı edilme" işlemi, Fransa ve ABD'de kanımızca isabetsiz[1045] olsa da daima "idari tedbir" olarak değerlendirilmektedir. Gerçekten de Fransız AK, Danıştay ve Yargıtay'ı sınır dışı etme işlemini daima idari tedbir olarak değerlendirdiği[1046] gibi ABD Federal Temyiz Mahkemesi de 1896 yılında Wong Wing-Birleşik Devletlere karşı davasında vermiş olduğu kararda onu idari tedbir olarak nitelendirmiştir. Federal Temyiz Mahkemesi bu kararında; Kongre tarafından yetki verilmek şartıyla İdarenin kamu yararı için öngörülmüş düzenlemeleri ihlal edenleri tutuklama ve gözaltına alma yetkisinin olduğunu, ancak idari organların bu işi ceza olarak uygulamayacağını, ceza uygulama yetkisinin salt mahkemelere özgü olduğunu, bu bağlamda, yine Kongre tarafından yetki verilmek koşuluyla İdarenin yabancıları sınır dışı etmeye ve gözaltına almaya yetkili olduğunu, kısacası, sınır dışı etme işleminin idari tedbir olduğunu ifade etmiştir.[1047]

İdari ceza ile idari tedbirin her ikisi de İdare tarafından verildiği için ikisi arasında organik bakımdan da bir ayrım yapılamaz. İşte idari ceza ile idari tedbir

---

[1041] Krş. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 97-100.

[1042] Ancak ilan masrafları ilgiliden tahsil edilmek üzere İdare tarafından verilen yazılı veya görsel basında "ilan etme yaptırımı" büyük bir olasılıkla idari ceza niteliğini taşır. Zira ilan masraflarının ilgiliden tahsil edilmesi, büyük olasılıkla bir yükümlülüğün ihlal edildiğinin göstergesini oluşturur. Krş. Delmas ve Teitgen, s. 82-83.

[1043] Bununla birlikte, Delmas ve Teitgen, s. 83'de isabetli olarak basında ilan etmek suretiyle idari cezanın uygulanmasını kişiyi damgaladığı için doğru bir hareket tarzı olarak kabul etmemektedirler.

[1044] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 100.

[1045] İsabetsiz diyoruz zira eğer sınır dışı etme işlemi yabancının bir normu ihlal etmesinden dolayı veriliyorsa idari ceza, güvenlik, esenlik barış ve sağlık gibi nedenler yüzünden kamu düzenini korumak açısından uygulanıyorsa idari tedbir olarak kabul edilmek gerekir.

[1046] Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 99 ve dn. 92-94.

[1047] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 100.

arasında ayrım yapılması bakımından görülen bu karmaşa sürgit bir şekilde yazarları ve yargı organlarını da meşgul etmiş ve onlar çeşitli ölçüt bulma çabalarına girişmişlerdir.

Bu yazarlardan Moderne, idari cezanın idari tedbirden "içerik" ve "ihlal" unsuru bakımından ayrılabileceği görüşünü savunmaktadır. Daha açık bir deyişle yazar, idari cezanın içeriğinin üzüntü, azap veya acı verici olduğunu ve ayrıca bir normun ihlalinin bulunması gerektiğini, söz konusu normun kaynağının; yasa, idari düzenleme veya sözleşme olmasının önemli olmadığını ifade etmektedir.[1048]

Moderne, idari ceza ile idari tedbir arasındaki ayrım konusunda Fransız AK'nin kararlarından bazı örnekler de vermektedir. Bu bağlamda Konsey 29 Aralık 1989 tarihinde vermiş olduğu kararda bir vergi muafiyetinin kaldırılmasını idari ceza olarak kabul etmemiş[1049] ve buna gerekçe olarak da yasa koyucunun söz konusu muafiyeti soyut bir şekilde ortadan kaldırdığını, bununla hukuka aykırı davranışları cezalandırma amacını gütmediği sonucuna ulaşmıştır.[1050]

Moderne, idari yaptırım süresinin, işlemin "idari tedbir" veya "idari ceza" olarak belirlenmesinde öneminin bulunmadığını ifade etmektedir.[1051] Bununla birlikte yazar, hukuk düzenini yeniden tesis etmeye çalışan bir işlemin kural olarak idari ceza olmadığını belirtmektedir.[1052] Yazar bu konuda İspanya Anayasa Mahkemesinin 23 Eylül 1987 yılında vermiş olduğu bir kararı görüşüne dayanak olarak göstermektedir. Bu kararda; hukuka aykırılıklar nedeniyle hukuk düzeninin bozulduğu veya bu düzeni bozan faillerin somut olarak davranışlarının kanıtlanamadığı durumlarda idarenin hukuk düzenini tesis etmek için yaptığı işlemlerin tedbir niteliğinde olup idari ceza kimliğini taşımadığı, nitekim hukuk düzenini tesis etmek için idarenin radyo kapatmasının idari ceza olarak kabul

[1048] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 119.
[1049] Buna karşın AK, 10-11 Ekim 1984 tarihinde vermiş olduğu kararda, 1789 yılında yayımlanan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin (İHEB) 11. maddesinde, düşüncenin açıklanması özgürlüğüne açıkça vurgu yapıldığını, posta ve basın organlarına sağlanan vergi bağışıklığının kaldırılmasının Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmıştır. AK, söz konusu kararına gerekçe olarak posta ve basın organlarına sağlanan vergi bağışıklığının kaldırılmasının sansürle eş olduğunu, bu durumun ayrıca idarenin düzenlemelerine uymayan kişilere yönelik vergi bağışıklığının kaldırılması yoluyla idari ceza uygulaması yöntemine yol açacağını, ancak hiçbir idari cezanın sansür niteliğinde olamayacağını ifade etmiştir. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 120 ve dn. 169.

[1050] Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 120 ve dn. 168.
[1051] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 121.
[1052] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 121.

edilemeyeceği ifade edilmiştir. Mahkeme söz konusu kapatma işleminin, İdarenin "kendi kendisini koruma erki" (pouvoir administratif d'autoprotection) niteliğinde bir tedbir olduğunu belirtmiştir.[1053]

Moderne bu konuda son olarak, idari tedbirin idari ceza gibi "yaptırım" kavramı içerisine girse de idari cezadan farklı olarak ihlal yapılmadan önce uygulanacağını, idari cezanın ise daima bir yükümlülüğün ihlal edilmesinden sonra uygulanacağını belirtmektedir.[1054]

İdari ceza ile idari tedbir arasında ayrıma olanak sağlayan ölçüt veya ölçütler bulmak konusunda çabalayan diğer yazarlar ise Delmas ve Teitgen'dir. Yazarlar idari ceza ile idari tedbir arasında ayrımı sağlayacak iki ölçütün bulunduğunu işaret etmektedirler. Yazarlar, idari cezanın temel olarak bir yükümlülüğün ihlaline karşılık olarak verilmesine karşın idari tedbirin bir yükümlülük ihlali olmadan uygulandığını belirtmektedirler.[1055] Delmas ve Teitgen, ikinci olarak, idari cezanın temel özelliğinin idari usul kurallarının uygulanarak verilmesi olduğunu, bu bağlamda, idari cezanın verilmesini gerektiren suçun işlenip işlenmediği saptanırken, daha açık bir deyişle, araştırma veya soruşturma yapılırken belirli bir usulün uygulanması gerektiğini, işte bu "idari usul" ölçütünün, idari cezayı idari tedbirden ayıran temel ölçütü oluşturduğunu ifade etmektedirler.[1056]

Delmas ve Teitgen, idari cezayı diğer yaptırımlardan ayırmak için ileri sürülen "cezalandırma" amacının bir ölçüt olamayacağını savlamaktadırlar. Yazarlar, idari cezada cezalandırma amacı bulunduğu gibi bazı durumlarda idari tedbir halinde de cezalandırma amacının bulunduğunu ifade etmektedirler.[1057]

Öte yandan Delmas ve Teitgen, idari ceza ile polis tedbiri arasında öze yönelik bir ayrımın yapılmasının oldukça güç olduğunu, kesin bir ölçüt verilemese de işlemin amacı ve doğasına bakılarak ikisi arasında ayrımı sağlayabilecek bazı kılavuz ilkelerin bulunabileceği görüşünü savunmaktadırlar. Bu bağlamda yazarlar, belirli kişi veya kişileri hedef tutmayan nesnel önlemlerin her zaman için idari tedbir

[1053] Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 121-122 ve dn. 177-179.
[1054] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 96.
[1055] Daha açık bir deyişle Delmas ve Teitgen, idari cezanın yükümlülük ihlali nedeniyle uygulandığını, buna karşın idari tedbirin yükümlülük ihlali olmaksızın kamu düzeninin sağlanması ereklenerek uygulandığını belirtmektedirler. Bu bağlamda yazarlar, vergi kaçırılması yüzünden işyeri kapatılması işleminde idari cezanın söz konusu olduğunu, zira bu işlemde vergi kaçırılması sonucu bozulan kamu düzeninin onarılması ereğinin bulunmadığını ifade etmişlerdir. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 46.
[1056] Delmas ve Teitgen, s. 43-44.
[1057] Delmas ve Teitgen, s. 44.

olarak nitelendirileceğini, ancak tersine durumun geçerli olmadığını ifade etmektedirler. Daha somut bir deyişle yazarlar, kimi durumlarda, belirli kişileri hedef alsa da bazı işlemlerin idari tedbir olarak nitelendirildiğini, bu bağlamda, sınır dışı etme işleminin sık sık polis tedbiri olarak kabul edildiğini belirtmektedirler.[1058]

Delmas ve Teitgen son olarak, idari ceza ile idari tedbir arasında ayrım yapılmasının oldukça güç olduğunu, ancak kimi durumlarda uygulanan yaptırım işleminin amacına göre idari ceza veya idari tedbir arasında ayrıma olanak verecek ipuçlarının bulunabileceğini ifade etmektedirler. Gerçekten de yazarlar, örneğin çevreyi koruyucu tesislerin yapılmamasının hem bir norm ihlali hem de kamu düzenine aykırılık oluşturacağını, böyle bir durumda uygulanacak yaptırımın görünümü dikkate alınarak idari ceza veya idari tedbir olarak adlandırılabilmesinin olanaklı olduğunu belirtmektedirler. Bununla birlikte yazarlar, uygulanan yaptırım işleminin amacına bakılarak idari ceza veya idari tedbir olarak adlandırılmasının daha doğru olacağını ifade etmektedirler.[1059] Daha açık bir deyişle yazarlar, uygulanan yaptırım işleminin amacında hangi unsur baskınsa ona göre yaptırımı nitelendirmenin isabetli olacağını belirtmektedirler.[1060]

Yukarıda belirtildiği üzere idari ceza ile idari tedbir arasında ayrımı sağlayacak nitelikte ölçüt bulma çabasına giren bir yargı organı, Fransız Danıştay'ıdır. Fransız Danıştay'ı çeşitli ölçütler yardımıyla idari ceza ile idari tedbir arasında ayrım yapılabileceği görüşünü benimsemektedir. Danıştay'ın benimsediği ilk ölçüt, idari işlemin içeriğidir. Daha açık bir deyişle Danıştay, kimi durumlarda işlemin içeriğine bakılarak idari ceza ile idari tedbir arasında bir ayrım yapılabileceği görüşünü savunmaktadır. Bu bağlamda Danıştay 4 Kasım 1942 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, idari para cezasının doğası gereği idari ceza olduğunu, çünkü bu cezanın verilmesi durumunda kamu düzenini koruma ereğinin bulunmadığını ifade etmiştir.[1061]

[1058] Delmas ve Teitgen, s. 46.

[1059] Ancak yazarlar, "amaç" ölçütünün BİO'lar tarafından uygulanan yaptırımların idari ceza veya idari tedbir olarak nitelendirilmesinde yeterli olmadığını savlamaktadırlar. Delmas ve Teitgen, BİO'lar tarafından uygulanan yaptırımlarda durumun karışık olduğunu, her somut olaya göre ayrı bir değerlendirme yapılmasının uygun olacağını ifade etmektedirler. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 48. Yazarların bu görüşü yerinde değildir. Zira her somut olayda değerlendirme yapmak yerine çeşitli defalar belirtildiği üzere ihlalin ve cezalandırma amacının bulunduğu durumlarda idari ceza olgusuyla karşılaşılacağı açıktır.

[1060] Delmas ve Teitgen, s. 47.

[1061] Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 46 ve dn. 2.

Fransız Danıştay'ı, 30 Eylül 1960 ve 26 Temmuz 1975 tarihlerinde vermiş olduğu kararlarda ise "yaptırımın süresinin" idari ceza ile idari tedbir arasındaki ayrım bakımından bir ölçüt oluşturabileceği görüşünü savunmaktadır. Daha açık bir deyişle Danıştay, sonul (nihai) veya ara işlemin süresinin "önceden" (apriori) olarak belirlendiği durumların prensip olarak idari ceza olduğunu, buna karşın, işleminin süresinin önceden belirlenemediği durumlarda yapılan işlemin idari bir polis tedbiri olduğunu belirtmiştir. Zira mahkemeye göre kamu düzeninin ne kadar süre içerisinde sağlanacağı belirli olmadığından süresi belirli olmayan işlemleri polis tedbiri olarak kabul etmek gerekir.[1062]

Bunların yanında, Fransız Danıştay'ı yasanın amacına bakılarak da idari ceza ile idari tedbir arasında bir ayrım yapılabileceği görüşünü benimsemektedir. Bu bağlamda Danıştay, 15 Temmuz 1957 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, izin veya ruhsat (lisans) verilmesinin reddedilmesinin ilke olarak idari ceza oluşturmayacağı zira bu durumda bir yükümlülüğün ihlalinden söz edilemeyeceğini, buna karşın, izin veya ruhsat (lisans) iptalinin söz konusu olduğu hallerin bir yükümlülük ihlalini gerektirdiği için ilke olarak idari ceza oluşturduğunu ifade etmiştir.[1063]

Fransız Danıştay'ının idari ceza ile idari tedbir arasında ayrım niteliğinde kilometre taşı niteliğini taşıyan görüşünü 1995 yılında yayımlamış olduğu bir rapor oluşturmuştur. Bu raporda idari cezanın[1064] temel olarak iki belirleyici özelliğinin bulunduğu ifade edilmiştir. Bunlardan ilki, bir kamu organı tarafından "kamu gücü ayrıcalığı" (prérogatives de puisance publique) kullanılarak yapılan tek taraflı bir idari işlem olması, ikincisi ise yasal veya idari düzenlemelerin ihlalinden dolayı cezalandırma amacıyla verilen bir yaptırım niteliğini taşımasıdır.[1065] Bu açıklamalardan sonra halka yönelik idari cezalarla idari tedbirler arasında ayrımı ortaya koyma yönünde Fransız Danıştay'ının verdiği kararlardan bazı örnekler vermek uygun olacaktır.

[1062] Delmas ve Teitgen, s. 46 ve dn. 3.
[1063] Delmas ve Teitgen, s. 46 ve dn. 4.
[1064] Fransız Danıştay'ı ve yazarlar "idari ceza" kavramını ifade etmek üzere "administrative sanction" ibaresini kullanmaktadırlar. Gerçi Fransızca "sanction" sözcüğü "yaptırım, müeyyide" anlamına geldiği gibi "ceza" anlamına da gelir. Bkz. Saraç, T. Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, Adam Yayınları, İstanbul 2005, s. 1266. Ancak biz Danıştay ve yazarların "administrative sanction" ibaresini "idari ceza" anlamında kullandığını düşünüyoruz. Zira Fransızlar ceza hukukunun kapsamına giren "ceza" için "punition", idare hukukunun kapsamına giren "ceza" için "sanction" sözcüğünü kullanmaktadırlar.
[1065] Les Pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, Conseil d'Etat, La Documentation française, Paris 1995, s. 35-36. Ayrıca, bkz. Casetta, s. 336.

Danıştay, kamu sağlığına aykırı olduğu gerekçesiyle özel ilaç üreten bir eczaneye verilen iznin iptal edilmesini (25 Mayıs 1958 tarihli Soc. Laboratoires Geigy davası), aynı gerekçeyle bir tedavi kurumunun kapatılmasını (27 Haziran 1982 tarihli Prat-Flottes davası), kamu düzenini korumak ereğiyle polis önlemleri bağlamında bir derneğin feshedilmesini (21 Temmuz 1970 tarihli Krivine ve Frank davası), aynı erekle bir barın kapatılmasını (16 Haziran 1975 tarihli Dme Canu davası), ticari faaliyetten menini (16 Ekim 1981 tarihli Matteuci davası), pazar yerinde verilen satış izninin iptalini (9 Ekim 1994 tarihli Tigrini davası) "idari ceza" yerine "idari tedbir" olarak kabul edilmiştir.[1066]

Bu kararlarında Fransız Danıştay'ı, bir yükümlülüğün ihlali, bir kusurun veya bir ihmalin cezalandırılmasını idari ceza, kamu düzenini sağlamak veya önleyici nitelik taşıyan işlemlerin idari tedbir olduğu esasını benimsemiştir. Bu bağlamda Danıştay, yasa ve düzenlemelere aykırı olduğu için bir barın kapatılmasını idari ceza olarak kabul ederken, kamu düzeni, genel sağlık veya genel ahlakı koruyabilmek için barın veya başka bir işyerinin kapatılmasını idari tedbir olarak nitelendirmiştir.[1067] Öte yandan yine Fransız Danıştay'ının istikrar kazanmış içtihatlarıyla; kamu görevlisinin açığa alınması, rekabete aykırı davranışın durdurulması, sarhoş araba kullanılmasının önlenmesi durumları idari ceza olarak değil, idari tedbir olarak nitelendirilmiştir. Zira Danıştay haklı olarak bu tip durumlarda mevzuattan doğan bir yükümlülüğün ihlal edilmediğini, sonradan telafisi imkânsız durumların önlenmesinin amaçlandığı sonucuna varmıştır.[1068]

Fransız Danıştay'ının idari tedbir ile idari ceza arasında ayrıma olanak sağlamak üzere son derece yerinde ölçütler bulmasına karşın kanımızca temel bir nedenden[1069] dolayı Fransa'da idari tedbir ile idari ceza arasında ayrım, kimi

[1066] Bkz. Chapus, Tome 1, s. 1121.
[1067] Delmas ve Teitgen, s. 45.
[1068] Delmas ve Teitgen, s. 44.
[1069] Fransa'da idari ceza ile idari tedbir arasında sağlam bir şekilde ayrım yapılamamasının başka nedenleri de bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Danıştay'ın söz konusu ayrıma "dizgesel" (sistematik) bir şekilde yaklaşamamasıdır. (Bunun yanında, Fransa'da bir idari yaptırımın idari ceza veya idari tedbir olarak adlandırılması bakımından yüksek yargı organları arasında da uyuşmazlık bulunmaktadır. Örneğin, ehliyetin geçici olarak alınması işlemi, Danıştay'ın 29 Mayıs 1987 tarihinde vermiş olduğu kararda idari ceza olarak adlandırılmasına karşın, söz konusu işlem Yargıtay'ın 4 Kasım 1988 tarihinde vermiş olduğu kararda "polis ve kamu düzeni tedbiri" veya "geçici güvenlik tedbiri" gibi bir idari tedbir olduğu, daha somut bir deyişle, burada yolu kullananların güvenliğinin sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 47 ve dn. 4) Örneğin Danıştay, 6 Mart 1970 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, amacı cezalandırma olsa ve yükümlülük ihlalinden kaynaklanmış olsa bile emekliye ayrıma işleminin idari ceza olmadığına hükmetmiştir. Bkz. Delmas ve Teitgen, s.

durumlarda isabetli olarak yapılamamaktadır. Daha açık bir deyişle, idari tedbirin önleme[1070] işlevinin bulunması, buna karşın idari cezanın baskın olarak bastırma işlevinin bulunması gerçeğine aykırı olarak kendisine idari tedbir yaptırımı uygulanan kimsenin bunu idari ceza olarak kabul edebilmesidir. Örneğin, idari tedbir niteliğinde olan zabıtanın kamu sağlığını gelecekte koruyabilmek için bir laboratuvar kapatması, bu yaptırımın muhatabı tarafından farklı bir şekilde algılanabilir. Daha somut bir deyişle, laboratuvarı kapatılan kişi söz konusu yaptırımın geçmiş davranışları nedeniyle yapıldığını, dolayısıyla ortada bir idari cezanın bulunduğunu algılayabilmektedir. Bu algı farklılıklarını son derece normal olarak karşılamak gerekir. Nitekim Danıştay da laboratuvarın kamu sağlığına tehlike oluşturması yüzünden kapatılmasını her zaman idari tedbir olarak değerlendirse de başka nedenler yüzünden yapılan söz konusu kapatma işlemini kimi durumlarda idari ceza, kimi durumlarda ise idari tedbir olarak kabul etmektedir.[1071]

Buraya kadar anlatılan hususlardan anlaşılacağı üzere idari tedbir ile idari ceza arasında ayrım yapmak oldukça zordur. Zira her ikisi de İdare tarafından uygulanmakta, yükümlendirici[1072] ve bireysel idari işlem kategorisine dâhil

---

46-47 ve dn. 1. Yine Danıştay, 2 Temmuz 1958 yılında vermiş olduğu bir kararda; ilgili kişinin gerekli yükümlülükleri yerine getirmemesi nedeniyle mali veya parasal bir destek veya yardımın kesilmesini idari tedbir olarak kabul etmiştir. Delmas ve Teitgen, s. 47 ve dn. 3. Hâlbuki Danıştay konuya dizgesel bir şekilde yaklaşsaydı söz konusu yaptırımları "idari ceza" olarak nitelendirmesi gerekirdi. Fransa'da idari ceza ile idari tedbir arasında ayrımın istikrarlı ve doğru bir şekilde yapılamamasının başka bir nedenini yasa koyucunun tutumu oluşturmaktadır. Örneğin Fransız Orman Kanununda önceleri ağaç dikme emrinin ihlali için uygulanan yaptırım idari ceza olarak kabul edilirken, daha sonra söz konusu kanunda yapılan değişiklikle idari tedbir olarak kabul edilmiştir. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 45. Aynı tutumu Türk kanun koyucusu da göstermektedir. Örneğin, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 16. maddesinin 2. fıkrasında; idari tedbirlerin, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olduğu ifade edilmektedir. Dikkat edileceği üzere burada yaptırımın tipine bakılarak, somut bir deyişle, "mülkiyetin kamuya geçirilmesi" yaptırımının doğrudan "idari tedbir" olduğu ifade edilmektedir. Bu tutum hatalıdır. Zira çeşitli defalar belirtildiği üzere idari ceza ile idari tedbir arasında öze yönelik temel fark norm ihlalinin bulunup bulunmaması ile "cezalandırma" amacının olup olmadığıdır. Bu bağlamda mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı norm ihlali ile cezalandırma amacıyla uygulanıyorsa idari ceza, bu koşullar olmadan engelleme, ihlali durdurma gibi önleme amacıyla uygulanıyorsa idari tedbir durumuyla karşı karşıya kalınır. Bu yüzden mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının "görünüşüne" (per se) bakılarak doğrudan onun idari tedbir olduğu söylenemez.

[1070] İdari tedbir durumunda ileride aynı olayların tekerrürünün önlenmesi ereği bulunmaktadır. Degoffe, s. 31.

[1071] Degoffe, s. 30.

[1072] Söz yükümlendirici işlemlerden açılmışken bu işlemler hakkında genel bir bilgi vermek uygun düşecektir. Zira gerek idari ceza gerekse idari tedbir "yükümlendirici işlem" kategorisine girmekte ve bu yüzden ikisi arasındaki farkı ortaya koymak oldukça zorlaşmaktadır. Bu bağlamda irade açıklamasının yöneldiği hukuki sonucun niteliğine, bir başka deyişle, ilgilisinin hukuki hareket alanını sınırlaması ya da genişletmesine göre idari işlemler yükümlendirici veya yararlandırıcı olabilir. Bkz. Akyılmaz, B. İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000,

bulunmakta ve bu yaptırımlar uygulanırken idari usul kurallarına uyulması[1073] gerekmektedir. Ancak kanımızca Fransız Danıştay'ının 1995 yılında yayımladığı raporda idari cezadan söz edilebilmesi için aranılan ikinci özellik, idari ceza ile idari tedbiri birbirinden ayırmak bakımından oldukça sağlam bir ölçüt oluşturmaktadır. Bu ölçüt, yukarıda belirtildiği üzere idari cezanın yükümlülük ihlali nedeniyle uygulanması ve amacının cezalandırma olmasıdır.[1074] Bu bağlamda, cezai düzenlemeyi öngören bir mevzuata dayalı olmadan kamu düzenini sağlayabilmek için alınan önlemler, muhatabı açısından olumsuz sonuçlar doğursa bile "idari tedbir" sayılır. Nitekim Fransız Danıştay'ı polis önlemlerini haklı olarak idari tedbir olarak kabul etmiştir.[1075] Daha açık bir deyişle, halka yönelik idari ceza durumunda bir mevzuata dayalı olarak hatalı bir fiili cezalandırmak ereği bulunmakta, buna karşılık idari tedbir durumunda hatalı bir davranışı cezalandırmak yerine genel kamu düzenini korumak hedeflenmektedir. Kuşkusuz, İdarenin uyguladığı tedbir durumunda da bir mevzuat bulunmaktadır. Ancak, söz konusu mevzuat, cezalandırma ereğini gütmemekte, güvenlik, dirlik-esenlik ve kamu sağlığından oluşan kamu düzenini korumayı hedeflemektedir.[1076] İdari ceza verilebilmesi için gerekli olan "mevzuat ihlali" ve "cezalandırma" ereği, onunla idari tedbir arasındaki "öze yönelik" (maddi) farkı kanımızca somut bir biçimde ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte Türk Danıştay'ı, idari ceza ile idari tedbir arasındaki farkı ortaya koyma yönünde bir çaba içerisinde bulunmadığı gibi kimi kararlarında idari tedbir ile idari cezayı birbirinden doğru bir şekilde ayıramamaktadır. Örneğin, Danıştay Onuncu Dairesinin 16.12.1998 tarih ve E. 1996/4349, K. 1998/6771 sayılı

---

s. 55. Daha açık bir deyişle, bir idari işlem, bir hak tanıyarak, hakkı güçlendirerek veya bir yükümlülüğü kaldırarak kişinin hukuki hareket alanını genişletiyorsa yararlandırıcı idari işlem, buna karşın, var olan bir hakka müdahale edilmek ya da korunmasını engellemek yoluyla bireylerin hukuki durumlarını sınırlandıran, onlara yapmak, katlanmak, kaçınmak yükümlülüğü yükleyen işlemlere yükümlendirici idari işlem denilir. Akyılmaz, s. 55-56. Bu bağlamda, bütün emredici ve yasaklayıcı işlemlerle, ceza ve tedbir işlemleri ile vergisel işlemler yükümlendirici idari işlemlerdir. Krş. Akyılmaz, s. 56. Yükümlendirici işlemin yapılabilmesi için idarenin özel bir yetki kuralı ile yetkilendirilmesi gerekirken, yararlandırıcı işlemler için mutlaka özel bir kanunun bulunmasına gerek yoktur. Akyılmaz, s. 56. Görüldüğü üzere idari ceza ile idari tedbirin ikisinin de yükümlendirici işlem olması ikisi arasındaki ayrımı güçleştirmektedir.

[1073] İdari tedbirler bakımından daha dar kapsamlı olarak idari usul kurallarına uyulsa da.

[1074] Aslında "idari tedbir" ile "idari ceza" arasındaki ayrımı oluşturacak ölçütü, "ceza" kavramının doğasına bakarak da bulmak olanaklıdır. Gerçekten de ceza, doğası gereği acı verici nitelik taşımakta ve bir "ihlal"in bulunmasını gerektirmektedir. Bu yüzden hiçbir tedbir ceza niteliğini taşıyamamaktadır. Bu bağlamda normun ihlalinden önce alınan önleyici bir tedbir ceza olmadığı gibi koruyucu bir tedbir de ceza sayılamaz. Krş. Casetta, s. 336.

[1075] Chapus, Tome 1, s. 1121.

[1076] Krş. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 175.

kararında; sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunulmasına izin vermek yetkisi bulunan Sermaye Piyasası Kurulunun, gerek bu iznin verilmesi için aranılan koşulların kaybedilmesi, gerekse Yasanın amacına aykırı eylemlerin belirlenmesi halinde verdiği izni geri almak ya da izin verdiği kurumun faaliyetlerini durdurmak yetkisine de sahip olduğu, bunun, idare hukukunun temel ilkelerinden birisi olan "usulde paralellik" ilkesinin doğal sonucu olduğu ifade edilmiştir.[1077] Görüldüğü üzere Danıştay bu kararında "iznin geri alınması" yaptırımının idari tedbir veya idari ceza olarak belirlenmesinde bir çabaya girişmemiştir ki bunu büyük bir eksiklik olarak kabul etmekteyiz.[1078] Hâlbuki bu irdelemenin yapılarak, izin koşullarının ihlali ile cezalandırma amacının bulunması durumunda iznin geri alınması yaptırımını idari ceza, bu iki şartın eşanlı olarak bulunmadığı durumda ise söz konusu yaptırımın idari tedbir olarak nitelendirilmesi gerekir.[1079]

Az önce belirtildiği üzere Türk Danıştay'ı kimi kararlarında idari ceza ile idari tedbir arasında ayrımı doğru bir şekilde ortaya koyamamıştır.[1080] Örneğin DİDDGK'nın 3.6.2013 tarih ve E. 2009/3058 sayılı kararında; Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünün Slot Uygulama Prensipleri Talimatı ve Devlet Hava Meydanları Genel Müdürlüğünün Konma ve Konaklama Tarifesinde yer alan ve slot almayan veya slotuna uymayan uçaklara zamlı konaklama ücreti uygulamasına yönelik

[1077] Karar için bkz. DBB, Erişim tarihi, 11.12.2009.

[1078] Krş. Gözübüyük Ş. ve Tan T. İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt I, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 758.

[1079] Krş. Guyomar, M. La Compétence du pouvoir réglementaire autonome pour retirer une carte professionelle à titre de sanction, RFDA, Septembre-Octobre 2004, s. 914. Danıştay'ın olayda idari ceza veya idari tedbir mi olduğu sorununu incelemesi gerekirken "usulde paralellik" ilkesi gereği iznin geri alınacağı veya faaliyetin durdurulacağından bahsetmesi bize tuhaf gelmektedir.

[1080] Bununla birlikte Danıştay kimi kararlarında "idari ceza" ile "idari tedbir" arasındaki ayrımı doğru bir şekilde ortaya koymuştur. Örneğin DİDDGK'nın 8.11.2012 ve 14.3.2013 tarihli kararlarında ilgili kanunda bu yönde açık bir hüküm bulunmamasına karşın, görevlerini gereği gibi yapmadıkları saptanan müfettişlerin müfettişlik görevinden alınarak başka idari görevlere atanmasına olanak sağlayan kısacası "müfettişliğe son verme" yaptırımını öngören yönetmelik hükmünü kanunilik ilkesine aykırı görmeyerek hukuka uygun bulmuş, müfettişliğe son verme yaptırımını ise "idari ceza" değil "idari tedbir" olarak nitelendirmiştir. Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 22. Ulusoy, kariyer görevlerinin en üst kategorisinde bulunan müfettişlik görevine son verilmesi sonucunu doğuran böyle bir yaptırımın cezalandırma boyutu ağırlıkta olduğundan "idari tedbir" olarak değil "idari ceza" kabul edilmesinin ve böylelikle suç ve cezada kanunilik ilkesinin titiz bir biçimde aranmasının yerinde olacağını savlamaktadır. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 22 ve dn. 42. Az sonra anlatılacağı üzere idari tedbirlerde suç ve cezada kanunilik ilkesinin yalnızca "kanunun tekelciliği" alt ilkesi sıkı bir şekilde uygulanacağından ve kanunda öngörülmeyen "müfettişliğe son verme" yaptırımının yönetmelikle konulması söz konusu alt ilkeye aykırılık oluştursa da Danıştay'ın olayı idari tedbir olarak nitelendirmesini doğru buluyoruz. Zira burada "müfettişin görevini gereği gibi yapamaması" bir norm ihlali niteliğini taşımadığı ve "cezalandırma" amacı bulunmadığı için uygulanan yaptırım "idari tedbir" niteliğini taşımaktadır.

hükümler, hizmetin düzgün işlemesini teşvik eden bir önlem niteliğinde görülerek "idari tedbir" olarak yorumlanmış ve bu nedenle söz konusu yaptırım için suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin uygulanmasına ve söz konusu konaklama ücreti için açık yasal düzenlemenin olmasına gerek bulunmadığına karar verilmiştir.[1081] Hâlbuki burada "slot alınmaması" veya "slota uyulmaması" şeklinde bir yükümlülük ihlal edilmiş ve ihlalde bulunan kişiyi cezalandırma ve uslandırma amacı ağır basmış olduğundan uygulanan yaptırımın "idari tedbir" olarak değil "idari ceza" olarak görülmesi daha isabetli bir hareket tarzı olurdu.[1082]

DİDDGK'nın 13.12.2012 tarihli kararında ise petrol dağıtım şirketlerinin kanunla öngörülen yıllık 60 bin ton beyaz ürün satamaması nedeniyle lisanslarının EPDK tarafından iptal edilmesini idari tedbir olarak değil idari ceza şeklinde görülerek soruşturma yapılmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir.[1083] Kanımızca, yıllık 60 bin ton beyaz ürün satılamaması bir yükümlülük ihlali niteliği taşımadığından ve lisans iptali yaptırımı "cezalandırma" yerine "önleme" amacıyla uygulandığından olayın "idari tedbir" olarak değerlendirilmesi daha uygun olurdu.

Yine DİDDGK'nın 18.3.2013 tarih ve E. 2012/557, 18.3.2013 ve E. 2012/740 sayılı kararlarında; sağlık kuruluşlarında reklam yasağına uymayanlara Özel Hastaneler Yönetmeliğinde bir gün, Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte on beş gün süreyle geçici kapatma yaptırımı idari tedbir olarak kabul edilmiş ve suç ve cezada kanunilik ilkesi aranmamıştır.[1084] Ulusoy bu olayda Danıştay'ın "nicelik" açısından konuyu değerlendirerek yaptırımın tedbir özelliğini ön plana çıkardığını, hâlbuki sağlık kuruluşu için öngörülen geçici kapatmanın süresi kısa görünse de "nitelik" yönünden bu yaptırımda telafi etme veya mevzuat ihlalini durdurma amacından çok cezalandırma ve tedip etme amacının ön plana çıktığını çünkü burada mevzuat ihlalini oluşturan hususun "reklam yapma" olduğunu, yaptırımın amacı yalnızca bu ihlali durdurma ve engelleme olsaydı işletmenin kapatılması yerine yapılan reklamın durdurulmasının gerekeceğini, buradaki yaptırımın "önlem" boyutunu aştığının son derece açık olduğunu, Danıştay'ın yaptığı gibi salt nicelik açısından bakılsa bile

[1081] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 24 ve dn. 47.
[1082] Krş. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 24.
[1083] Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 22-23.
[1084] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 21 ve dn. 41.

büyük bir özel hastanenin bir gün dahi kapatılmasının mali yönden çok ağır sonuçlarının olacağını, bu tür yaptırımların idari ceza olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.[1085]

Günümüzde halka yönelik idari ceza ile idari tedbir arasındaki farklılıklar azalmış ve daha önceleri "idari ceza" olarak kabul edilen hususlar "idari tedbir" olarak benimsenmiş olsa da onların her birisi farklı hukuki rejimlere tabi olduğundan ikisi arasındaki ayrımı yapabilmenin pozitif hukuk, özellikle kişi hak ve özgürlüklerinin temel güvencesini oluşturan "suç ve cezada kanunilik" ilkesinin uygulama yoğunluğu bakımından büyük önem taşıdığını belirtmek gerekir.[1086] İdari suç cezalarda kanunilik ilkesinin bütün alt ilkeleriyle birlikte sıkı bir şekilde uygulanması gerekli olmasına karşın, idari tedbirler bakımından yalnızca kanunun tekelciliği alt ilkesinin sıkı olarak uygulanması, diğer alt ilkelerin ise esnek bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Gerçekten de yükümlülük doğrucu bütün idari işlemlerin ve bu arada idari tedbirlerin kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine tabi olarak alınması gerekir.[1087] Daha açık bir deyişle, İdare, ancak kanuna dayanması ve ona uygun olması koşuluyla idari tedbir alabilir.[1088]

[1085] Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 21-22. Biz bu olayda mevzuat ihlali ve cezalandırma amacı bulunduğu için değişik gerekçeyle Ulusoy'un görüşüne katılmaktayız.

[1086] Krş. Delmas ve Teitgen, s. 45. İdari ceza ile idari tedbir arasındaki ayrımı ortaya koymanın usul ve şekil kurallarının uygulanması ve "ceza"nın ne zaman devreye girmesi bakımından da önemi bulunmaktadır. Gerçi Chapus'un belirttiği üzere, idari tedbir de her şeyden önce o tedbir için öngörülen yetki, şekil ve usul kurallarına uygun bir şekilde alınması gerekse de (Bkz. Chapus, Tome 1, s. 724) Ulusoy'un haklı olarak vurguladığı üzere, eğer idari bir karar, idari ceza olarak kabul edilirse o işlemin yapılış sürecinde diğer idari kararlara göre farklı idari usul ve şekil kurallarının uygulanması (örneğin, Anayasanın 129. maddesinin 2. fıkrası gereği disiplin cezalarında "savunma" hakkına uyulması mutlak bir zorunluluk iken, disiplin tedbirlerinde böyle bir zorunluluğun bulunmaması), gerekecek, buna uyulmadığı durumlarda işlem "şekil" açısından hukuka aykırı olacaktır. Bkz. Ulusoy, Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi, s. 24. Ayrıca Chapus'un belirttiği üzere, idari tedbirler ve bu arada polis tedbirleri, AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen "cezai veya hukuki işler" kapsamına girmediğinden bu maddede öngörülen usuli güvencelerin söz konusu tedbirler bakımından uygulanmasına gerek bulunmamaktadır. Bkz. Chapus, Tome 1, s. 725. İdari ceza ile idari tedbir arasında ayrım yapılması "ceza"nın ne zaman devreye gireceğini saptamak açısından da önem taşımaktadır. Daha açık bir deyişle, "tedbir" salt önleyici niteliği bulunduğu için "ceza" sayılmaz, ancak böyle bir tedbire uyulmaması durumunda "ceza" devreye girer. Krş. Gölcüklü, 129.

[1087] Krş. Chapus, Tome 1, s. 724. Yazar, buradaki açıklamalarını polis tedbirleri bağlamında yapmaktadır.

[1088] Chapus, Tome 1, s. 725. Bunun gibi idari cezalar bakımından da suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine uyulması gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 23.10.1997 tarih E.1997/19, K. 1997/16 sayılı kararında; İdareye idari ceza uygulama yetkisinin verilebilmesi için kanuna gereksinim bulunduğu savunularak kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine idari cezalar bakımından da uyulacağı örtük bir şekilde ifade edilmiştir. Karar için bkz. 19.1.1999 tarih ve 23585 sayılı R.G.

Bununla birlikte Danıştay kural olarak idari tedbirler bakımından suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanmayacağı görüşünü savunmaktadır.[1089] Bu konuda Danıştay kararlarından çok sayıda örnek yukarıda verilmişti. Konuyla ilgili olarak başka örnekler de verilebilir. Örneğin DİDDGK'nın 3.6.2013, E. 2009/1961 sayılı kararında; İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Tebliğ uyarınca Ekonomi Bakanlığınca Çin'den ithal edilen granitlere anti-damping önlemi olarak 90$ vergi konulmasını "idari tedbir" niteliğinde görerek kanunilik ilkesine uyulmasının gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır.[1090] Yine DİDDGK'nın 19.6.2013 tarihli kararında; açık bir kanuni hüküm olmamasına karşın, önceden silah ruhsatı bulunan bir kimsenin ceza mahkemesinde yargılanması halinde yargılama sonuçlanana kadar yeni silah ruhsatı alamayacağına ve silahının idarece emanete alınacağına dair Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Yönetmeliği hükmü, bu yönde açık bir kanuni hüküm bulunmamasına rağmen hukuka uygun bulunmuştur.[1091]

Az önce belirtildiği üzere idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin tüm alt ilkelerine uyulması mutlak bir zorunluluk oluştururken idari tedbirler bakımından kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine sıkı bir şekilde uyulması gerekmez. Gerçekten de idari tedbirler doğası bakımından kanunun açıklığı ve kesinliği esasına tam olarak uygun bir şekilde düzenlenemez. Ancak yasada idari tedbirlerin alınacağı durumlar bakımından belirsiz kavramların kullanılmış olması, İdarenin keyfi bir şekilde idari tedbir alabileceği anlamını taşımaz. Daha açık bir deyişle İdare "kamu düzeni", "milli güvenlik" gibi belirsiz kavramlara dayalı olarak idari tedbir alırken söz konusu kavramları somutlaştırmak zorundadır. Nitekim Günday isabetli olarak; kanunların "milli güvenlik" ve "kamu düzeni" gibi hangi

[1089] Ancak az sayıdaki Danıştay kararlarında idari tedbirlerde "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanacağı ima edilmiştir. Örneğin DİDDGK'nın 29.5.2013 tarih ve E. 2009/987 sayılı kararında; 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre emanet usulü yöntemi ve Dünya Bankası kredisi ile yapılan bir karayolu kavşağı yapım işine ilişkin olarak müteahhide verilen "ihaleden yasaklanma kararı"nın söz konusu kanunda emanet usulünün ihale türleri arasında sayılmamış olması ve bu yüzden Kanunda ihale türü olarak açıkça belirlenmemiş bir usule aykırılığın ihaleden yasaklanma sebebi sayılmasının suç ve cezada kanunilik ilkesiyle bağdaşmayacağı gerekçesiyle oy çokluğu ile hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 92 ve dn. 143.

[1090] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 24-25 ve dn. 48.

[1091] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 98 ve dn. 151, s. 184 ve dn. 228. Danıştay'ın idari tedbirlerde suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanmayacağını ima eden bu kararlarını isabetli olarak değerlendirmediğimizi belirtmek isteriz. Zira az önce belirtildiği üzere yükümlendirici nitelik taşıyan idari tedbirlerin mutlaka yasaya dayanması şarttır.

maddi olayları kapsadıkları ve hangilerini kapsamadıkları her zaman kesin olarak belirlenemeyen belirsiz kavramlar kullansa bile yine de söz konusu kavramların belirli ve nesnel bir anlamlarının bulunduğunu, çünkü bu kavramların sürgit bir şekilde uygulanmalarından dolayı belli ve objektif bir anlam kazandıklarını, ayrıca, toplumun da bunlara belirli bir anlam verdiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda yazar, hiç olmazsa bazı olayların bu kavramlara altlanabileceği, bazı olayların ise altlanamayacağının belirli olduğunu, bu yüzden idari işlemin sebebini göstermek için kullanılan söz konusu kavramlar belirsiz olsa bile belirli bir nesnel anlam ve öze sahip olduklarını belirtmektedir.[1092]

Günday, kolluk idari tedbirleri bakımından bir örnek vererek, kanunda, kamu düzenini tehdit eden veya tehlikeye sokan bir eylem veya durumun ortaya çıkması durumunda kolluk tedbirinin alınacağının öngörülmesi halinde, buradaki "kamu düzeni" ibaresi belirsiz bir kavram olmakla birlikte, nesnel bir anlam ve öze sahip olduğunu, daha açık bir deyişle, toplumun dış ve maddi düzeni anlamına gelen kamu düzeninin; toplumun güvenlik, dirlik-esenlik ve sağlık içinde yaşamasını ifade ettiğini belirtmektedir. Yazar, böyle bir durumda, İdarenin ancak, toplumun dirlik, esenlik, güvenlik ya da genel sağlığına aykırı eylem ve durumlar ortaya çıktığında bir kolluk tedbiri alabileceğini ifade etmektedir.[1093]

Günday, vermiş olduğu örneği daha da açarak, idari işlemin sebebinin belirsiz bir kavram ile gösterildiği durumda, idarenin o belirsiz kavram ile ifade edilmiş sebebin hangi somut olayda gerçekleşmiş olduğunu ortaya koymak, bir başka deyişle, İdarenin belirli somut ve maddi olaylara dayanmak zorunda olduğunu belirtmektedir. Yazar ayrıca, İdarenin tedbir işlemini yaparken dayandığı somut olayların söz konusu belirsiz kavrama altlanabilir türden olması gerektiğini,[1094] bir başka deyişle, İdarenin, dayandığı olayların hukuki "nitelendirmesini" (tavzifini) doğru bir biçimde yapmak zorunda olduğunu ifade etmektedir. Günday, İdarenin hiçbir somut olaya dayanmamış olmasının yapacağı işlemin sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olması sonucunu doğuracağını, ayrıca, İdarenin bazı maddi olayları belirtmesine karşın, bu olayların gerçekleşmediği veya onların hukuki

[1092] Günday, İdare Hukuku, 2003, s. 78-79, Ayrıca, bkz. Chapus, Tome 1, s. 727.
[1093] Günday, İdare Hukuku, 2003, s. 79.
[1094] Konuyu yukarıda anlatılan ceza hukuku kavramıyla ifade etmek gerekirse "tipiklik" veya "tipe uygunluk" unsurunun gerçekleşmiş olduğunu.

nitelendirmesini yanlış yaptığı durumlarda yine tesis olunan işlemin sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olacağını belirtmektedir.[1095]

Yukarıda görüldüğü üzere biçimsel kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi ile "yorum" ilkeleri arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Daha somut bir deyişle, söz konusu alt ilke gereği ceza normunun failin lehine, sınırlayıcı veya dar yorum ilkelerine tabi tutulması gerekir. Bu bağlamda idari ceza normunun da ceza hukuku normu gibi failin lehine, sınırlayıcı veya dar yorum ilkelerine tabi olması esası geçerli olmasına karşın, idari tedbiri düzenleyen normun bu yorum ilkelerine tabi tutulmasına gerek bulunmamaktadır.[1096]

İdari cezaların aksine idari tedbirler bakımından suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesi uygulanmaz. Nitekim Danıştay Onuncu Dairesi'nin 13.10.1986 tarih ve E. 1986/1771 K. 1986/1754 sayılı kararında, idari tedbirlerin aleyhe geriye yürütülebileceği örtük olarak benimsenmiştir. Gerçekten de bu kararda; davacılara, 1983 yılında içkili yer ruhsatı verilmesi yolundaki davalı idare işleminin, 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanununun 61. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında öngörülen mesafe unsuruna açıkça aykırı olduğunun anlaşılması karşısında, bu işlemin İdare tarafından her zaman geri alınabileceği[1097] ve kanuna açıkça aykırılık halinde davacıların kazanılmış haklarından bahsedilmesinin olanaklı olmadığı görüşü savunulmuştur.[1098]

İdari tedbirlerde "kanunun geriye yürümezliği" alt ilkesini tamamlayan "lehe olan kanunun geçmişe yürürlüğü" ilkesinin uygulanmasında özgün durumlar bulunmaktadır. Gerçekten de idari tedbir durumunda, idari cezanın aksine, tedbirin alındığı esnada yürürlükte bulunan mevzuat uygulanmakta, önceki mevzuat failin lehine olsa bile uygulanmamaktadır. Daha da ilginç olan durum, tedbir kararının alındığı sırada yürürlükte olan yasanın uygulanmasının kamu düzenine zarar vereceği

[1095] Günday, İdare Hukuku, 2003, s. 79.
[1096] Krş. Chapus, Tome 1, s. 1178.
[1097] Buradaki içkili yer ruhsatı iptali yaptırımı kişinin davranışı nedeniyle değil, kanuna nesnel olarak aykırılıktan dolayı uygulanmaktadır. Bu yüzden idari cezanın temel koşulunu oluşturan norm ihlali kişinin davranışıyla oluşmadığından bu yaptırım idari ceza olarak nitelendirilemez. İdari cezanın temel koşulunu oluşturan norm ihlalinin kişinin davranışıyla oluşması gerekir.
[1098] Karar için bkz. DD, Yıl: 17, Sayı: 66-67, 1987, s. 443-445. Bu kararda her ne kadar "kazanılmış hak" kavramından bahsedilmiş olsa da daha önce hukuka uygun olarak verilen içkili lokanta ruhsatının iptali şeklindeki bir idari tedbirin daha sonra çıkan bir kanun dayanak gösterilerek verilebileceği, böylelikle kanunun ihlali durdurmayı erek edinen idari tedbirlerde aleyhe yürüme yasağının olmadığı ima edilmiştir.

düşünülüyorsa önceki yasanın uygulanmasına da izin verilmektedir.[1099] Tersine bir deyişle, idari cezanın aksine idari tedbirin alınmasına yol açan olayın olduğu tarihin herhangi bir önemi bulunmamaktadır.[1100] Ancak idari tedbiri öngören yasada daha sonra tedbirin muhatabı lehine yasal değişiklik yapılırsa bu muhatap lehe olan düzenlemeden faydalanmaktadır.[1101]

İdari ceza ile idari tedbir arasında kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından ortaya çıkan bu farklılıklardan idari tedbirler bakımından kanunilik ilkesinin "kanun açıklığı" ile "kanunun geriye yürümezliği" alt ilkelerinin sürgit bir şekilde göz ardı edilebileceği sonucu çıkartılmamalıdır. Zira günümüzde idari tedbirler, özellikle polis tedbirlerinin kişisel özgürlükleri idari ceza gibi ağır ölçüde sınırladığı için gittikçe artan oranda suç ve cezada kanunilik ilkesinin tüm alt ilkelerine uyulmasına büyük önem verilmektedir. Aslında bu durumu son derece olağan olarak karşılamak gerekir. Zira idari tedbirlerde kanunilik ilkesinin bütün alt ilkelerine önem verilmesi, toplumun gelişmişliğinin somut bir göstergesini oluşturmaktadır.[1102]

b. İdari İcrada Kanuni İdare İlkesi Uygulanır

İdarenin kendiliğinden icra yetkisi de[1103] denilen idari icra, İdarenin idare hukukuna bağlı işlemlerini kendisinin uygulaması ve idare hukukuna bağlı alacaklarını kendisinin tahsil etmesi usulüdür.[1104] Ancak bu tanımın yapılmasıyla idari icra ile idari ceza arasındaki fark ortaya konulmuş olmamaktadır. Bu farkı ortaya koyabilmek kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından büyük bir önem taşımaktadır. Çünkü idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin titiz bir şekilde uygulanması gerekli olmasına karşın, idari icrada kanuni idare ilkesi uygulanır. İdari

[1099] Fransız Danıştay'ı Yargıtay'ın bu doğrultudaki kararları için bkz. Chapus, Tome 1, s. 725.
[1100] Chapus, Tome 1, s. 724.
[1101] Gerçekten de Danıştay Onüçüncü Dairesinin 25.12.2012 tarih ve E. 2011/4274, K. 2012/4033 sayılı kararında, 6359 sayılı Kanunla yapılan düzenleme ile haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle, yargılama sonuna kadar kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacak durumda olanların, 4734 sayılı kanunun 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkartılmış olması karşısında, "idari yaptırım" niteliğinde olan ihalelere katılmaktan yasaklanma kararının dayanağı kuralda lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerektiği bu yüzden davacıların Bursa Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından yapılan ihaleye katılabileceği görüşü savunulmuştur. Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 11.11.2013.
[1102] Krş. Waline, J. Droit administratif, 22^{e} èdition, Éditions Dalloz, Paris 2008, s. 335.
[1103] İdarenin icra yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re'sen İcrası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 72, Eylül/Ekim 2007, s. 247-275.
[1104] Balta, s. 204.

icrada kanuni idare ilkesinin nasıl uygulanacağını incelemeye geçmeden önce kimi zaman birbiriyle karıştırılan idari ceza ile idari icranın[1105] hangi ölçüt veya ölçütler ile birbirinden ayrılabileceği üzerinde durulması faydalı olacaktır.

İdari ceza ile idari icra arasında iki ölçüt çerçevesinde "öze yönelik" (maddi, niteliksel) fark bulunmaktadır. Bu ayrımı yapacak ilk ölçüt "amaç" bakımındandır. Daha somut bir deyişle, idari cezanın cezalandırma amacı olmasına karşın, idari icranın cezalandırma amacı bulunmamaktadır.[1106] Gerçekten de idari cezanın aksine idari icranın cezalandırma amacı bulunmamakta, onun amacını, zorlayıcı önlemler yoluyla norm, işlem veya sözleşmeye uyumu İdarenin sağlattırması oluşturmaktadır.[1107] Bu bağlamda idari cezanın özünde acı ve elem verme, ödetme,

[1105] Kimi durumlarda idari ceza ile idari icranın birbirine karıştırılmasında çeşitli unsurlar yol açmaktadır. Bunlardan ilki, bazı durumlarda idari ceza ile idari icranın birbirini tamamlaması ve aralarında bütünleyici parça ilişkisi şeklinde oldukça yakın ilişkiler bulunmasıdır. Daha açık bir deyişle, idari işlem etiketine bürünen idari ceza verildikten sonra muhatabı tarafından gereği yerine getirilmediği durumda (örneğin idari para cezasının muhatabı tarafından gönüllü olarak ödenmediği durumda) icra yoluna başvurulmazsa verilmiş olan idari cezanın bir anlamı yoktur. Bu durumda cebri icra yoluna başvurulmak yoluyla idari ceza bir anlam kazanabilmektedir. Krş. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 85. Görüldüğü üzere, idari ceza ile idari icra bu bağlamda birbirini tamamlamakta, birbirinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. İkinci olarak gerek idari ceza gerekse idari icranın öngörülmesindeki temel erek, toplumsal, sosyal, idari, ekonomik ve kültürel düzen gibi geniş anlamında düzeni korumak veya bozulan düzeni getirmektir. Bu bağlamda söz konusu düzeni korumak veya geri getirmek için idari ceza öngörüldüğü gibi İdare de düzenin ağır şekilde tahrip edildiği veya acele hallerde, kamu düzenini tehdit eden veya tehlikeye sokan davranış ve tutumları kendiliğinden davranarak, bir başka deyişle, re'sen icra yetkisini kullanarak önler, durdurur ve bozulan düzeni geri getirir. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 273. Üçüncü olarak, gerek idari ceza gerekse idari icra kararları yükümlendirici bireysel işlem kategorisine dâhildir. Yine, gerek idari ceza gerekse idari icra cezai idare hukukunun konularını oluşturur. Bu hususta ayrıntılı bilgi ve karşılaştırma için bkz. Kunter, Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 14, 19. Son olarak, idari icra ile idari cezanın birbirine karıştırılmasında Yargıtay'ın tutumunun da yol açtığını belirtmek gerekir. Gerçekten de Yargıtay İkinci Ceza Dairesinin 10.12.1937 tarih ve E. 1937/11666, K. 1937/12238 sayılı kararında; Fuhuşla Mücadele Nizamnamesinin 22. maddesinde genel kadınların hafta muayenesine veya tedaviye gelmelerinin öngörüldüğünü, 42. maddesinde ise hafta muayenesine veya tedaviye gelmeyen genel kadınların zorla getirileceği ve cebri tedavi ve tecride tutulma yaptırımının öngörüldüğü, dolayısıyla, bu yaptırıma tabi tutulmuş kişiye, ayrıca, (mülga) TCK'nın 526. maddeye göre ceza verilmesinde kanuni isabet olmadığı ifade edilmiştir. Nak. Gölcüklü, s. 129 dn. 12. Yargıtay'ın söz konusu kararı kanımızca, isabetsizdir. Zira idari icra niteliğinde olan genel kadınların zorla hafta muayenesine veya tedaviye getirilmesi yaptırım kavramının içerisine girse de "ceza" kavramının içerisine girmez. Bu yüzden zorla icra kararının etkinliğini sağlayabilmek için o kişiye bir de TCK'nın 526. maddesindeki emre aykırı davranış suçundan ceza verilmesi gerekir. Zira "ceza" kavramında bir şeyin yaptırılması için maddi güç kullanılmasını aşan, zorla icranın üstüne eklenebilen bir unsur bulunmaktadır. Kısacası, "ceza" durumunda "zorla riayet ettirme" değil, gerçekleşen ihlali cezalandırma amacı, tehdit ve bastırma ön planda bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, "tedbir" salt önleyici niteliği bulunduğu için "ceza" sayılmaz, ancak böyle bir tedbire uyulmaması durumunda "ceza" devreye girer. Bunun gibi idare tarafından uygulanan zor kullanımında da bir emir veya yasağa karşılık oluşturan özerk bir davranıştan ziyade bizzat bu emir veya yasağın zorla yerine getirilmesi söz konusu olduğundan zor kullanma da "ceza" sayılmaz, idari icra sayılır. Krş. Gölcüklü, 129.

[1106] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 84, 87.

[1107] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 85.

kısacası, cezalandırma amacı bulunmaktadır. Buna karşın idari icra, hatta "cebir yoluyla yapılan icra" (esecuzione forzata amministrativa) bu öze sahip değildir. Gerçi cebir yoluyla yapılan icraya muhatap olan kimse öznel olarak bu durumu cezanın özünü oluşturan acı ve elem veya ödetme olarak kabul edebilir. Böyle bir durumda bile zorla yapılan icra, ceza olarak kabul edilemez. Zira cezanın özünü oluşturan acı ve elem veya ödetmenin nesnel olarak saptanması gerekir.[1108]

İdari ceza ile idari icra arasında maddi ayrımı yapacak bir başka ölçüt, mevzuat ihlali bakımındandır. Çeşitli defalar belirtildiği üzere idari cezanın verilebilmesi için bir norm ihlaline gereksinim bulunmaktadır. İdari ceza durumunda fiil hukuka aykırı bir nitelik taşıyarak bir yükümlülüğün ihlal edilmesi olgusuyla karşılaşılmaktadır. Buna karşın ister cebir kullanılarak isterse cebir kullanmaksızın yapılan icra işlemlerinin uygulanabilmesi için norm ihlaline gereksinim bulunmamaktadır. Zira idari icra, idari cezanın verilmesi durumundan farklı olarak kişiye kendiliğinden tahakkuk ettirilmesi gereken şeyin tahakkuk ettirilmesi anlamını taşımakta, bir başka deyişle, kamu hizmetinden yararlananların idari işleme uymasını sağlayabilmek için İdare tarafından alınan önlemleri oluşturmaktadır.[1109]

İdari ceza ile idari icra arasında yapılan bu ayrımın kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından büyük önemi bulunmaktadır.[1110] Zira idari suç ve cezalarda

---

[1108] Krş. Zanobini, s. 2, Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 86.

[1109] Krş. Zanobini, s. 2, Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 86.

[1110] Bundan başka söz konusu ayrımın pozitif hukuk bakımından önemli olduğu başka durumlar da bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kimi durumlarda idari ceza yolunun öngörülmesinin idari icranın yapılmasına engel olmasıdır. Gerçekten de Duran'ın isabetli olarak belirttiği üzere, İdare, her kararını re'sen icra etmeye yetkili olmayıp bu bağlamda, yalnızca kanunun izin verdiği veya uygulanmasını sağlamak için ceza hukuku cezası veya idari ceza öngörmediği ve acele hallerde söz konusu icra yetkisini kullanabilmektedir. Bunların dışında yapılan idari icra durumları usul ve şekil kurallarına aykırılık nedeniyle ya "fiili yol" (voie de fait) veya haksız fiil sayılır. Bkz. Duran, L. İdare Hukuku Meseleleri, İÜHFY No: 230, İstanbul 1964, s. 380. Öte yandan, idari ceza verildiği durumlarda hemen idari icraya başvurulmamakta, cezanın muhatabının cezayı kendiliğinden yerine getirmesi beklenmektedir. İlgili kişi cezayı gönüllü olarak yerine getirmediği durumlarda onu pişman etmek için gerektiğinde cebir kullanılarak idari icraya başvurulmaktadır. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 86. İdari ceza ile idari icra arasında yapılan ayrımın pozitif hukuk bakımından bir başka önemi, idari para cezasının hukuksal niteliğini saptayabilmek bakımından ortaya çıkmaktadır. Çeşitli defalar belirtildiği üzere idari para cezası, kural olarak, idari ceza niteliğini taşır. Ancak oldukça ayrıksı durumlarda idari para cezası "idari icra" niteliğini taşımaktadır. Gerçekten de Türk pozitif hukukunda yer almasa da Almanya ve İspanya'da yurttaşların idari ceza kararına etkin bir şekilde uymalarını sağlamak için karara uymayan kişilere karşı İdarenin para cezası vermesi usulü öngörülmüştür. Bu ülkelerde yurttaşın idari ceza kararına direncini kırmak için öngörülen bu para cezası, idari icra olarak kabul edilir. Zira bu para cezasının öngörülmesindeki erek idari icranın kolay bir şekilde yerine getirilmesini sağlamaktır. Nitekim İspanya Anayasa Mahkemesi de 1988 yılında vermiş olduğu bir kararda, yurttaşın idari ceza kararına karşı direncini

"suç ve cezada kanunilik" ilkesi uygulanırken "suç" veya "ceza" niteliği taşımadığı için idari icrada bu ilkenin uygulanmasına gerek yoktur. İdari icrada "kanuni idare ilkesi", daha açık bir deyişle, bu ilkenin "kanuni dayanak" boyutu uygulanır. Bundan da öte idari icrada kanuni idare ilkesinin kanuni dayanak boyutunun uygulanmadığı ayrıksı durumlar da bulunmaktadır.

İdari icrada ayrıksı durumlar dışında kanuni idare ilkesine uyulması bir zorunluluktur. Zira "icra" olgusu kişi özgürlüğü veya malvarlığını ilgilendiren bir konu olduğundan İdare düzenleyici bir işlem yaparak "icra" kararı veremez.[1111] Öte yandan, idari icra işlemlerinde kanuni idare ilkesine uyulmayarak idarenin düzenleyici veya bireysel işlemleri ile idari icranın yapılabileceği esasını benimsemek, idari icra yaptırımı ile devletin emir gücünü özdeş hale getirir. Yaptırımı, devletin emir gücünü düzeyine yükselten anlayışın hukuk devletinde yeri bulunmamaktadır. Daha açık bir deyişle, yaptırım ile devletin emir verme gücünü eş görmek, hukuk normlarının zorlama hükmü öngörmediği durumlarda bile devletin emir erkinden söz ederek icraya başvurmak anlamını taşır. Böyle bir durum ise kanunda hüküm bulunmamasına rağmen keyfiliğe yol açar ki bu durum hukuk devleti ilkesine ters düşer.[1112]

Az önce idari icra bakımından kanuni idare ilkesinin uygulanmadığı ayrıksı durumların olduğu belirtilmişti. Gerçekten de yasal bir dayanağı olmasa bile acil, zorunlu veya olağanüstü durumlarda İdarenin cebri icra yetkisine sahip olduğu duraksamasız bir şekilde kabul edilmektedir. Nitekim bu durumu, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 1902 tarihli Société immobilière de Saint-Just kararında Hükümet Komiseri Jean Romieu, "ev yanıyorsa, ona itfaiye göndermek için yargıçtan izin istenmez" (quand la maison brûle, on ne va pas demander au juge

---

kırmak için öngörülen para cezasının idari icra niteliğinde olduğunu hükme bağlamıştır. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 87.

[1111] Waline, J., s. 403. Cebre dayalı olsun veya olmasın idari icrada "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanması gerektiği, kanuni idare ilkesinin "kanuni dayanak" esasının da sonucudur. İdari icra, birey ve toplulukların hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğini taşıdığı için hukuk devleti ve onun bir gereği olan kanuni idare ilkesi uyarınca, yasal bir dayanağa gereksinim gösterir. Böyle bir yasal izin veya dayanak olmadan İdarenin kararını icra etmesi olanaklı değildir. Günday, İdare Hukuku, 2003, s. 107, ayrıca bkz. Dursun, İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re'sen İcrası, s. 255-258. İdarenin almış olduğu bir kararı icra etmesi konusunda yetkisi yoksa yapmış olduğu işlemlerini yürütebilmek için koşulları mevcutsa idari para cezasını 6183 sayılı AATUHK uyarınca vergi idaresine tahsil ettirmesi veya koşulları mevcut değilse İcra ve İflas Kanunu uyarınca o idarenin adli yargı ve adli icraya başvurmak yoluyla o cezayı tahsil ettirmesi gerekir. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 234.

[1112] Krş. Göğer, s. 39.

l'autorisation) şeklinde dile getirmiştir.[1113] İdarenin, acil, zorunlu ve olağanüstü durumlarda kanuni dayanak olmaksızın cebri icra yetkisine sahip olduğu Türk hukukçuları tarafından da duraksamasız bir şekilde kabul edilmektedir.[1114]

c. Gecikme Zam ve Faizi Vergide Kanunilik İlkesine Tabidir

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulduğu üzere halka yönelik idari suç ve cezaların bir türünü "idari vergi suç ve cezaları" oluşturmaktadır. İşte uygulamada en çok karıştırılan nokta, idari vergi cezaları ile gecikme zammı ve faizinin özdeş olarak kabul edilmesidir. Hâlbuki idari vergi cezaları ile gecikme zam ve faizi birbirinden farklı olgulardır. Bu ayrımı yapmak kanunilik ilkesinin uygulaması bağlamında oldukça büyük önem taşımaktadır. Zira idari vergi cezalarında suç ve cezada kanunilik ilkesi titiz bir şekilde uygulanırken gecikme zam ve faizinde vergide kanunilik ilkesi uygulanır. Bu bağlamda öncelikle gecikme zammı ve gecikme faizi üzerinde kısaca durmak faydalı olacaktır.

Gecikme zammı, 21.7.1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da (AATUHK) düzenlenmiştir. 6183 sayılı Kanunun "gecikme zammı, nispet ve hesabı" başlıklı 51. maddesinde; kamu alacağının ödeme müddeti içerisinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı %4 (%1,40)[1115] oranında gecikme zammı[1116] uygulanacağı, gecikme zammının; 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre uygulanan vergi ziyaı cezalarında bu madde uyarınca belirlenen oranda, mahkemeler tarafından verilen ve ceza niteliğinde olan kamu alacaklarında ise bu oranın yarısı ölçüsünde uygulanacağı, bunların dışındaki ceza niteliğinde olan kamu alacaklarına gecikme zammının uygulanmayacağı, Bakanlar Kurulunun gecikme zammı oranlarını aylar itibarıyla topluca veya her ay için ayrı ayrı, yüzde onuna kadar indirmeye, gecikme zammı oranı ile gecikme zammı asgari tutarını iki katına kadar artırmaya, ayrıca gecikme zammı oranını aylar itibarıyla farklı olarak belirlemeye ve gecikme zammını bileşik

[1113] Bkz. Chapus, Tome 1, s. 1179, Waline, J., s. 403.
[1114] Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Dursun, İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re'sen İcrası, s. 264.
[1115] 2010/965 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla. Bkz. 19 Ekim 2010 tarih ve 27734 sayılı R.G.
[1116] Kamu alacaklarını güvence altına almak için yalnızca "gecikme zammı" uygulaması bulunmamakta, bunun yanında, "tecil faizi" uygulaması da bulunmaktadır. Gerçekten de 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48. maddesine göre tecil ve taksitlendirilen kamu alacaklarına uygulanacak yıllık tecil faiz oranının Maliye Bakanlığınca saptanacağı belirtilmiş, Bakanlık da 2 Sıra No'lu Tahsilât Genel Tebliğiyle yıllık %19 olarak uygulanmakta olan tecil faiz oranını 21 Ekim 2010 tarihinden itibaren yıllık %12 olarak belirlemiştir. Bu konuda bkz., 21 Ekim 2010 tarih ve 27736 sayılı R.G.

faiz usulüyle aylık, üç aylık, alt aylık veya yıllık olarak hesaplatmaya yetkili olduğu ifade edilmiştir.

Gecikme faizi ise VUK'da[1117] düzenlenmiştir. Daha somut bir deyişle, VUK'un 112. maddesinin 3. bendinde; ikmalen, re'sen veya İdarece yapılan tarhiyatlarda; dava konusu yapılmayan vergilere, normal vade tarihinden son yapılan tarhiyatın tahakkuku tarihi arasında, daha somut bir deyişle, olağan vade tarihi ile vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması süresi olan 30 günün bitimi arasında, dava konusu yapılan vergilerin ödeme yapılmamış kısmına normal vade tarihinden yargı organının kararının tebliği arasında, uzlaşılan vergilerde ise uzlaşılan vergi miktarına verginin normal vade tarihi ile uzlaşmanın imzalandığı tarih arasında gecikme faizinin uygulanacağı belirtilmiştir. Gecikme faizinin gecikme zammı oranında olacağı yine bu bentte belirtilmiştir.

Amaç bakımından birbiriyle özdeş olsa da gecikme zammı ile gecikme faizi birbirinden farklı kavramlardır. Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin 24.6.1993 tarih ve E. 1992/29, K. 1993/23 sayılı kararında belirtildiği üzere, vergi borcunun zamanında ödenmemesinden dolayı alınan gecikme zammı, asıl alacağa bağlı olarak ortaya çıkan "yan" (fer'i) nitelikte belirli oran ve miktarlardaki ek yükümlülüklerdir. Bu kararda, gecikme zammının, kamu alacağının süresinde ödenmeyen bölümü için vade gününü izleyen aylara göre belirli oranlarda alındığı, buna karşın gecikme faizinin, vergiyi doğuran olayın sonradan öğrenilmesi nedeniyle olağan dışı yapılan vergilendirme işlemlerinde uygulanan ve gecikme zamanında ayrıca tahsil edilen miktar olduğu ifade edilmiştir. Kararda, gerek gecikme zammı gerekse gecikme faizinin amacının özdeş olduğu, daha açık bir deyişle, gecikme zammı ile gecikme faizinin amacının, verginin zamanında ödenmesini sağlamak ve ödenmemesi durumunda hazinenin kaybını önlemek olduğu vurgulanmıştır.[1118]

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 3.7.1989 tarih ve E. 1988/5, K. 1989/3 sayılı kararında ise gecikme zammı ile gecikme faizinin ilişkisi ayrıntılı bir şekilde incelenmiş ve bunların vergi cezası olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Kararda;

[1117] Az önce belirtildiği üzere gecikme faizi dışında bir başka faiz türü olan "tecil faizi" 6183 sayılı Kanunda düzenlenmiştir. Çalışmanın oylumunu artırmamak için "tecil faizi" üzerinde durulmayacaktır. Tecil faizi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, Ç. Kamu (Amme) Alacaklarında Gecikme Zammı ve Faiz in Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 422-434.

[1118] Bkz. 23.12.1999 tarih ve 23915 sayılı R.G.

tahakkuk ettiği halde vadesinde ödenmeyen kamu alacaklarına, bu tarihten itibaren uygulanması öngörülen ve bu haliyle kamu alacaklarının zamanında ödenmemesinin bir yaptırımı olan ve bir tür temerrüt faizi sayılabilecek olan "gecikme zammı" ile mükellefin tespiti ve vergi alacağının miktar itibarıyla tayini ve bu hususların yazı ile mükellefe bildirilmesini ifade eden tebliğe ilişkin idari işlemlerin yapılmadığı dönemlere ilişkin olarak tahsil edileceği öngörülen "gecikme faizi"nin nitelik itibarıyla birbirinden farklı kurumlar olduğu ifade edilmiştir. Daha açık bir deyişle, verginin miktar itibarıyla hesaplanıp mükelleften istenmediği, diğer deyişle, vadesinin henüz belirlenmediği dönemler için borçlunun temerrüdünden söz edilemeyeceğinden bu dönemler dâhil olmak üzere hesaplanıp istenilen "gecikme faizi"nin hiçbir şekilde gecikme zammı olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir.

Kararda, aslında gecikme faizinin faiz olarak nitelendirilmesinin bile doğru olmadığı, zira "gecikme faizi" durumunda İdare ile vergi mükellefi arasındaki hukuki ilişki kamu hukuku alanında olduğundan bunun bir özel hukuk kurumu olan "faiz" olarak kabul edilmesine olanak bulunmadığı, yine, VUK'un 112. maddesinin düzenleniş tarzı itibarıyla mükellefin tayini ve verginin miktar olarak saptanması konusunda idareye tanınan yetkilerin kullanılmasındaki gecikmelerin bedelinin mükelleflere yüklenmesinin, önceden gereksiz ya da gerekenin üzerinde tahsil edilen vergilerin iadesinde mükellefler lehine faiz tahakkukunun öngörülmemesinin "gecikme faizi"nin "faiz" olarak kabulüne diğer engelleri oluşturduğu vurgulanmıştır.

Bu içtihadı birleştirme kararında, gecikme faizinin, VUK'un 112. maddesinde açıkça belirtildiği üzere ancak "ikmalen, re'sen ve idarece yapılan tarhiyatlar" nedeniyle söz konusu olabildiği, bu usulün, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi veya eksik tahakkuk ettirilmesi nedeniyle söz konusu olabildiği, gecikme faizinin kural olarak "vergi cezası" olarak kabul edilemeyeceğinin açık olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte, gecikme faizinin uygulanmasını gerektiren halin, vergi mükellefi veya sorumlusunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden uygulanıyorsa VUK'un 341. maddesi gereğince olayda "vergi ziyaı" bulunduğu kabul edildiği ve mükellefin bu fiilinin kanunda öngörülen cezalarla cezalandırıldığı, ancak gecikme faizinin, kural olarak vergi yükümlülerinin vergi ziyaına yol açan fiillerine

dayandırılmadığından bir vergi cezası olarak nitelendirilmesinin doğru olmadığı belirtilmiştir.

Danıştay'ın söz konusu içtihadı birleştirme kararında; ikmalen, re'sen ve idarece yapılan tarhlarda, büyük ölçüde İdarenin gecikmesinden veya yargı yerlerinde uyuşmazlığın karara bağlanması ve uzlaşma görüşmelerinin yapılabilmesinin belirli sürelerin geçmesine bağlı olmasından kaynaklanan gecikmelerin, mükelleflerin fiil ve davranışına bağlanamayacağından gecikme faizinin ceza olarak nitelendirilemeyeceği, tersine bir deyişle, gecikme faizinin, kanunda belirli koşulların gerçekleşmesi ile ortaya çıkan, İdarenin kamu hukuku alanında tek yanlı işlemlerine dayalı bir kamu alacağını teşkil ettiği ve bu haliyle mali yüküm niteliği taşıdığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca kararda, mali yüküm oluşturan gecikme faizinin üzerinden hesaplandığı ve birlikte tahsil edildiği vergiden ayrı düşünülmesi olanaksız olduğundan tarh edilen vergiye ek fer'i nitelikte bir kamu alacağı olmasından kuşku duyulamayacağı, bu niteliği itibarıyla gecikme faizinin bağlı olduğu verginin tabi olduğu hukuksal rejime göre işlem görmesi ve onun akıbetine bağlı olmasının da kaçınılmaz olduğu belirtilmiştir.[1119]

Mali yüküm niteliğini taşıyan gecikme zammı ve gecikme faizi ile idari vergi cezası, birbirinden farklı olgulardır. Bu bağlamda gerek Anayasa Mahkemesinin gerekse Danıştay'ın söz konusu kararlarında vurgulandığı üzere gecikme zammı ile gecikme faizi hiçbir şekilde "ceza" olarak kabul edilemez. Bunlar mali yüküm niteliğini taşımaktadır. Bir başka deyişle, idari vergi cezası ile gecikme zammı ve gecikme faizi arasında "amaç" ölçütü bakımından öze yönelik bir ayrım yapmak olanaklı olup bunlardan ilkinde cezalandırma amacı olmasına karşın, sonuncularında cezalandırma amacı bulunmamaktadır.[1120] İlgiliden gecikme zam veya faizi alınmasındaki asıl amaç, hazinenin zararını telafi etmek, bir başka deyişle,

[1119] Karar için bkz. 27.10.1989 tarih ve 20325 sayılı R.G.

[1120] Daha somut bir deyişle gecikme zammı ve gecikme faizinin amacı, kamu alacaklarının zamanında ödenmemesinden dolayı hazinenin uğradığı zararı karşılamak iken vergi cezalarının amacı, vergi suçları işleyenleri cezalandırmaktır. Bu cezalar, vergi idareleri tarafından idari usullerle ve yargı kararı olmaksızın uygulanan idari ve mali nitelikli cezai sonuçlar olabileceği gibi yargı organlarınca ceza muhakeme usulleri uygulanarak uygulanan özgürlüğü bağlayıcı ve diğer adli cezalar da olabilmektedir.

karşılamaktır. Bu zam veya faizin herhangi bir kusur olmadan da alınması, onların ceza olmadığının somut bir kanıtını oluşturmaktadır.[1121]

Gecikme zam veya faizinin makul ölçüde yüksek bir oranda saptanması bile cezalandırma amacı bulunmadığı için onları idari vergi cezasına dönüştürmez.[1122] Nitekim Fransız Danıştay'ı tarafından 10 Mayıs 1952 tarihinde verilmiş olan bir kararda; ödenmeyen vergi için öngörülen %10 oranında yüksek miktarda bir gecikme zammının idari ceza olarak kabul edilemeyeceği görüşü savunulmuştur. Zira Danıştay'a göre, gecikme zammı idari ceza gibi yükümlünün davranışını "tenkil etme" (bastırma) amacını taşımadığı gibi borcun ödememesi nedeniyle onu cezalandırma amacını da taşımamaktadır. Gecikme zammı işleminde amaç; az önce belirtildiği üzere hazinenin çıkarını korumak ve kamu alacağının bir türünü oluşturan vergi alacağını güvence altına almaktır.[1123] Delmas ve Teitgen de haklı olarak, gecikme zam veya faizinin yüksek oranda saptanıp saptanmamasının onlarla cezayı birbirinden ayırmada ölçüt oluşturamayacağı fikrini savunmaktadırlar. Yazarlar, vergi işlerinde uygulanan idari para cezalarının daima idari ceza oluşturduğunu, bu bağlamda, kast veya ihmalle vergi ödevinin yapılmamasından ötürü verilen parasal cezalarda hazinenin zararını gidermek amacının ön planda olmadığını, bunların idari ceza olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmekte ve bu konuda Fransız mahkemelerinin kararlarından örnekler vermektedir.[1124]

Gecikme zam ve faizi ile idari vergi cezası arasında öze yönelik ayrım yapılması kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından büyük önem taşımaktadır. Zira idari vergi cezalarında suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanması mutlak gerekli olmasına karşın,[1125] ceza niteliği taşımayan ve "mali yükümlülük" kavramının içerisine giren gecikme zam ve faizinin suç ve cezada kanunilik ilkesine

[1121] Krş. Eren, s. 369-370.
[1122] Gerçi yasa koyucu kimi durumlarda gecikme zammı ve faizine kamu alacağını güvence altına alma dışında cezalandırıcı bir amaç da biçmektedir. Ancak gecikme zammında amaç ağırlıklı olarak kamu alacağını güvence altına almak olduğundan ve cezalandırıcı işlev ikincil bir amaç olduğu için söz konusu amaç zam ve faizi cezaya dönüştürmez. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 93.
[1123] Delmas ve Teitgen, s. 48 ve dn. 2.
[1124] Fazla bilgi için bkz. Delmas ve Teitgen, s. 49 ve dn. 5-8, s. 50 ve dn. 1-8.
[1125] Nitekim Fransız AK'nin 1982, 1987 ve 1989 yıllarında vermiş olduğu kararlarda İdare tarafından verilen vergi cezalarının cezai nitelik taşıması koşuluyla ceza hukuku cezalarıyla aynı hukuki ilkelere ve bu arada kanunilik ilkesine uyması gerektiği ifade edilmiştir. Fazla bilgi için bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 90.

değil,[1126] Anayasanın 73. maddesinin 3. fıkrası[1127] gereğince vergide kanunilik[1128] ilkesine tabi tutulması gerekir.

Nitekim Danıştay da kararlarında ağırlıklı olarak vergide kanunilik ilkesi gereği gecikme zammı ve gecikme faizinin ancak kanunla öngörülebileceği görüşünü savunmaktadır. Örneğin, Danıştay Üçüncü Dairesinin 2.12.2005 tarih ve E.2005/391, K. 2005/2639 sayılı kararında, 2001 yılına ilişkin olarak verdiği gelir vergisi beyannamesine ek olarak elde ettiği menkul sermaye iradı yönünden 2004 yılında verdiği gelir vergisi üzerinden gecikme faizinin tahakkuk ettirilemeyeceğini, mükelleflerin pişmanlık dilekçesi vermeden beyannamelerini süresinden sonra vermeleri halinde bu beyanname üzerinden tahakkuk ettirilen gelir vergisi için 213 sayılı VUK'un 344. maddesi gereği vergi ziyaı cezası kesilmesi ve 6183 sayılı Kanunun 51. maddesi uyarınca gecikme zammı uygulanması gerekirken, 213 sayılı VUK'un 112. maddesi uyarınca gecikme faizi tahakkuk ettirilemeyeceğini, gecikme faizi ile uygulanması gereken gecikme zammı tutarının aynı olduğu gerekçesiyle gecikme faizi tahakkuk ettirilmesinde hak ve nesafet kurallarına aykırılık olmadığı savının ileri sürülemeyeceği, verginin yorumla değil, kanunla alınabileceği, VUK'un 112. maddesinin 3. bendinin kapsamına girmeyen, daha açık bir deyişle, ikmalen, re'sen veya idarece yapılmış bir tarhiyat bulunmaksızın tahakkuk ettirilen gecikme faizinin, vergilendirmede kanunilik ilkesine aykırı olduğu görüşü savunulmuştur.[1129]

Danıştay Dördüncü Dairesinin 2.2.2006 tarih ve E.2005/771, K. 2006/87 sayılı kararında; 213 sayılı VUK'un 112. maddesinin 3. bendinde; ikmalen, re'sen veya idarece yapılan tarhiyatlarda dava konusu yapılmaksızın kesinleşen vergilere, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili olduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden, son yapılan tarhiyatın tahakkuk tarihine kadar geçen süreler için 6183 sayılı Kanuna göre tespit edilen gecikme zammı oranında gecikme faizinin uygulanacağının belirtildiğini, 1999 yılında elde ettiği menkul sermaye iradını 2004

[1126] Nitekim AK'nin 30 Aralık 1982 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, gecikme zam ve faizinin ceza olmadığı için geriye yürümezlik ilkesine tabi olmadığı belirtilmiştir. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 94 ve dn. 79.

[1127] Anayasanın 73. maddesinin 3. fıkrasında; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı ifade edilmektedir.

[1128] Vergide kanunilik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güneş, G. Verginin Yasallığı İlkesi, Güncellenmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2008.

[1129] Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 1.12.2013. Danıştay Yedinci Dairesinin 27.12.1999 tarih ve E. 1999/221, K. 1999/4348 sayılı kararında da kanunda böyle bir hüküm olmadığı için vergide tarhiyatın beyan üzerine yapılması durumunda gecikme faizinin hesaplanamayacağı ifade edilmiştir. Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 1.12.2013.

yılında beyan eden davacı adına gecikme faizinin tahakkukunun doğru olduğunu zira VUK'un 30. maddesinin 4. fıkrasında, vergi beyannamesini kanuni süresi geçtikten sonra vermiş olanlara bu beyannamede gösterdikleri matrah üzerinden re'sen vergi tarhı yapılacağının belirtildiğini, re'sen vergi tarhiyatının VUK'un 112. maddesinin 3. bendinin kapsamına girdiği ifade edilerek[1130] gecikme faizinin örtülü olarak vergide kanunilik ilkesine tabi olduğu ifade edilmiştir.

Danıştay Onbirinci Dairesinin 18.11.1999 tarih ve E. 1999/2956, K. 1999/4341 sayılı kararında ise 6183 sayılı AATUHK'nın 3505 sayılı Kanunla değişik 51. maddesinin 2. fıkrasında; içinde bulunulan yılsonuna kadar ödenmemiş olan gecikme zammının aslı gibi addolunmasının belirtildiği, bu şekildeki gecikme vergi aslının hukuki rejimine tabi olduğu, 6183 sayılı Kanunun 51. maddesindeki düzenlemeye göre gecikme zammının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kamu alacağına vadenin bitim tarihinden hesaplanıp uygulandığına göre kamu alacağının vadesinde ödenmemesinin yaptırımını oluşturduğunu ve bu alacağın tahsil aşamasıyla ilgili olması nedeniyle üzerinden hesaplandığı kamu alacağının aslını doğuran olayla bir ilgisinin bulunmadığı, vergi aslı üzerinden hesaplanarak asla dönüştürülen gecikme zammı dolayısıyla yeni bir vergi alacağının doğduğu ifade edilmiştir.[1131] Görüldüğü üzere bu kararında Danıştay gecikme zammı bakımından daima kanun hükümlerini esas alarak gecikme zammının vergide kanunilik ilkesine tabi olduğunu örtük olarak savunmuştur.

Bununla birlikte, Danıştay'ın gecikme zammı bakımından kanunilik ilkesini uygulamadığı kararının da bulunduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten de DİDDGK'nın 20.9.2012 tarih ve E. 2007/1660 sayılı kararında, kanunun, 6183 sayılı Kanuna göre tahsilini öngörmediği bir idari para cezası için 6183 sayılı Kanunda öngörülen gecikme zammına *Tebliğ* ile yollama yapılabileceği görüşü savunulmuştur.[1132] Mali yükümlülük niteliği taşıyan gecikme zammının vergide kanunilik ilkesine aykırı olarak tebliğle yapılan yollamayla alınabileceğini ifade eden bu görüşün isabetsiz olduğu ortadadır.

[1130] Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 1.12.2013.
[1131] Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 1.12.2013.
[1132] Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 241 ve dn. 309.

d. Özel Hukuk Yaptırımlarında Kural Olarak Kanunilik İlkesi Uygulanmaz

Özel hukukun temel yaptırımını "tazminat" oluşturmaktadır. Haksız fiil veya sözleşmeye aykırı hareket sonucu olarak doğan zararın giderilmesine tazminat denilir.[1133] Daha açık bir deyişle tazminat, verilen maddi veya manevi zararın giderilmesi için başvurulan bir özel hukuk yaptırımıdır.[1134] Tazminatın maddi veya manevi zararın giderilmesi yöntemi olmasından onun iki türlü olduğu anlaşılmaktadır. Bunlar maddi ve manevi tazminattır.

Bunlardan maddi tazminat zarara göre tanımlanmaktadır. Gerçekten de maddi zarar, bir kimsenin rızasının aksine zarar verici olay sonucunda malvarlığında (mamelekinde) meydan gelen bir eksilmeyi ifade ettiğine göre, bu eksilmenin telafi edilmesi (giderilmesi) ereğiyle zarardan sorumlu olan kimse tarafından yerine getirilmesi gereken edaya maddi tazminat adı verilir.[1135]

Maddi tazminat yaptırımı, zarar verici olayın kişinin mamelekinde oluşturduğu eksilmeyi ortadan kaldırmaya ve bir derece kadar mameleki eski hale getirmeye hizmet eder. Malvarlığında azalmayı ifade eden maddi zarar, bir diğer deyişle, zarar verici olaydan önceki mamelekin durumu ile o olaydan sonraki durumu arasındaki fark "aynen" veya "nakden" olmak üzere iki şekilde telafi edilmektedir. Bunlardan aynen tazminde; mamelekin eski hale iadesi sağlanmakta veya nitelikçe aynı olan bir eda yerine getirilmektedir. Örneğin, haksız alınan malın ürünüyle birlikte iadesi eski hale getirmeye, kırılan camın yenisinin takılması nitelikçe aynı olan maddi tazminata örnek olarak gösterilebilir. Nakden tazmin ise, mamelekin zarar verici olaydan sonraki hali ile ondan önceki hali arasındaki farkın para ile telafi edilmesidir. Zararın tazmini ile güdülen ereği en iyi şekilde aynen tazmin yöntemi gerçekleştirmekle birlikte, birçok durumlarda söz konusu tazmin yöntemi olanaksız olduğu için nakden tazmin yöntemine başvurulmaktadır. Örneğin, bir inek haksız yere öldürülmüşse ölen ineğin yeniden yaşama döndürülmesi olanaksız olduğundan doğacak maddi zararın nakden tazmin yöntemiyle giderilmesi gerekir.[1136]

[1133] Bkz. von Tuhr, s. 80-81.
[1134] İnan, s. 319. Daha açık bir deyişle, tazminat; ister kişiye isterse idari tazminat olarak adlandırılan idareye ödenmesi gereken giderim olsun onu bir medeni veya özel hukuk yaptırımı olarak betimlemek gerekir. Bkz. Casetta, s. 336.
[1135] İnan, s. 319-320.
[1136] Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnan, s. 320 vd.

Tazminatın ikinci türünü oluşturan manevi tazminat ise zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin, bir başka deyişle, manevi zararın giderilmesi, tazmin veya telafi edilmesi anlamını taşır.[1137] TBK ve TMK'da çoğu zaman "manevi tazminat" (genugtung) adıyla nakdi bir edada bulunulması emredilmektedir. Söz konusu nakdi eda, mağdurunun malvarlığını çoğaltmakta ve mağdur bu çoğalmayı maddi veya manevi gereksinimlerine özgüleyebilmektedir. Mağdurun bu durumdan duyduğu memnuniyet ve paranın failden alınmış olması keyfiyeti, tecavüzün acılığını hafifletmek ve medeniyete rağmen günümüz insanlarında bile mevcut olan intikam duygusunu bir dereceye kadar gidermek ereğine yönelmiştir.[1138]

Bu açıklamalardan sonra hemen şu hususu belirtmek gerekir ki maddi tazminat ile idari ceza kanımızca "öze yönelik" bir ölçütle birbirinden ayrılabilir. Gerçekten de idari ceza cezalandırma amacıyla uygulanmasına karşın, maddi tazminat zararın giderilmesi amacıyla uygulanır. Tazminatın temel işlevi giderimdir. Daha açık bir deyişle, tazminat yoluyla zarar verenin, zarar görene verdiği zarar telafi edilir. Bu bağlamda, hangi tür durumlar olursa olsun öngörülen maddi tazminat, hiçbir zaman gerçek zarar miktarını geçemez.[1139] Kişinin malvarlığının azalmasının değişik yollarla oluşması, daha açık bir deyişle, "mameleki azaltan zarar" (damnum emergens) ile "kâr kaybı" "mamelekin çoğalmasına engel olan zarar" (lucrum cessans) şeklinde oluşma hallerini[1140] gidermek bakımından öngörülen tazminat da bu esasta bir değişiklik olmaz. Malvarlığı hangi yollarla azalırsa azalsın öngörülecek maddi tazminatın giderim[1141] işlevi bulunmakta ve oluşacak zararı aşmaması gerekmektedir.

Bununla birlikte, idari ceza ile maddi tazminat arasındaki öze yönelik bu ayrım ölçütü kimi durumlarda "ilk bakışta" (per se) geçerli olmayabilmektedir.

[1137] Bkz. Eren, s. 364.
[1138] von Tuhr, s. 116.
[1139] Krş. İnan, s. 319.
[1140] Fazla bilgi için bkz. von Tuhr, s. 78.
[1141] Giderimin bir türünü oluşturan tazmin edici veya gerçek giderim, verilen genel ve özel zararları giderir. Genel zararlar, hukuka aykırı fiil veya oluşumdan kaynaklanan doğal, zorunlu ve olağan sonuçları ifade ederken, özel zararlar, hukuka aykırı fiilin zorunlu ve kaçınılmaz sonucu olmayan zararları ifade eder. Black's Law Dictionary, s. 352. Aslında, özel hukukta tazminat denilince akla tazmin edici giderim gelir. Bu tazmin türünde, diğer bir kişiye haksız bir fiil sonucu verilen zarar, kayıp veya masrafın tümü veya onun yerini tutan eşdeğer bir miktarın tazmin edilmesi sağlanır. Kısacası, bu tazmin türünde hakkı ihlal edilmiş kişi eski konumuna getirilir. Black's Law Dictionary, s. 256.

Özellikle hukuka aykırı fiilin İdareye zarar verdiği durumlarda İdare tarafından uygulanan cezalarda hem tazminat hem cezalandırma amacı birlikte bulunabilmektedir. Daha doğru bir deyişle, özellikle hukuka aykırı fiilin İdareye zarar verdiği veya zararın miktarının belirli olmadığı durumlarda İdarenin halkın çıkarını koruyabilmek için verdiği cezalarda söz konusu amaçlar daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır.[1142] Günümüzde özellikle hukuka aykırı fiilden failin yararlandığı durumlarda zararın hesaplanıp tazminat alınması yerine idari ceza verilmesi yönünde bir eğilim bulunmaktadır. Bu bağlamda verilen idari ceza ekonomik veya mali nitelik taşımakta ve failin elde ettiği kârın tümünü veya bir kısmını alacak şekilde büyük miktarda[1143] saptanmaktadır.[1144] Örneğin günümüzde yüksek miktarda saptanan gümrük cezaları, ceza ve tazminatı ortak bir şekilde[1145] bünyesinde barındırabilmektedir.[1146] Kanımızca böyle bir durumda her somut olay bakımından değerlendirme yapılarak hangi amaç baskınsa ona göre yaptırımın türü hakkında bir karar verilmesi gerekir. Bu bağlamda tazmin amacının baskın olduğu durumlarda "tazminat", cezalandırma amacının baskın olduğu durumlarda "idari ceza" olduğu sonucuna varılması gerekir.

[1142] Krş. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 88.

[1143] Bir şeyin ceza olabilmesi için kişiye yaptırım yoluyla verilen zararın, kişinin o suçtan elde edeceği faydadan büyük olması gerekir. Zira ceza ödetici bir yaptırımdır. Daha açık bir deyişle ceza, doğası ve işlevi gereği yüksek nitelikte cezalandırıcıdır. Bu yüzden fail veya sorumlu tarafından idari cezayı gerektiren fiilin işlendiği açıkça kanıtlanmazsa o kişiye ceza verilmez. Bkz. Casetta, s. 335. Bu bağlamda örneğin, kaçak bir inşaattan dolayı verilen para cezası inşaatın rayiç değeri karşısında düşük kaldığında uygulanan para cezasına "ceza" denilemez. Özay, İdari Yaptırımlar, s. 108-109 dn. 320.

[1144] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 89.

[1145] İdari cezada ceza ve tazminin aynı anda bulunabildiği durumda nasıl hareket edileceğini Fransız Danıştay'ı çözüme kavuşturmuştur. Daha açık bir deyişle, Fransız Danıştay'ının 26 Ocak 1972 ve 10 Kasım 1980 tarihinde vermiş olduğu kararlarda, bu sorunun yanıtı verilmiştir. Danıştay bu kararlarında, iki amacın eşanlı olarak bulunduğu durumlarda hangi amacın baskın olduğuna göre karar verileceğini bildirmiştir. Daha açık bir deyişle Danıştay, hazinenin zararını gidermek amacının baskın olduğu her durumda idari tazminden bahsedilmek gerekeceğini, cezalandırıcı amacın baskın olduğu durumlarda ise idari cezanın bulunduğu sonucuna varmıştır. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 49 ve dn. 3'de bahsedilen kararlar. Devletin mali menfaatlerine zarar vermiş bir fiil için para cezasının konulması durumunda duraksama olmaksızın onun "ceza" olduğunu söyleyebilmek olanaklıdır. Ancak İdare tarafından uygulanan nispi para cezaları bakımından sorunun çözüme kavuşturulması bu kadar kolay olmamaktadır. Nitekim İtalyan Anayasa Mahkemesinin 1962 ve 1971 yıllarında vermiş olduğu kararlarda, nispi para cezasının özel hukuktaki tazminat yaptırımının alternatifi olarak görülebileceğini, söz konusu cezanın "cezalandırıcı" niteliği hakkında bazen kuşkuya düşülebileceğini, onların gerçekte tazmin edici ve cezalandırıcı niteliğini "karma olarak" (mixte) taşıyacağı ifade edilmiştir. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 115.

[1146] Krş. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 90.

Buna karşın, kanımızca, idari ceza ile manevi tazminat arasında öze yönelik bir ayrım yapılamaz. Gerçi kimi yazarlar manevi tazminatın bir ceza niteliği taşımadığını ileri sürmüş[1147] olsalar da bu görüşlere itibar edilmeyerek onun cezalandırıcı bir giderim olduğunu kabul ederek "cezalandırıcı" bir nitelik taşıdığını kabul etmek gerekir. Aslında "giderim, tazminat" (damages) salt tazmin edici bir nitelik taşımamaktadır. Gerçekten de giderim, kasıt, ihmal veya kusur ile malvarlığı veya hakları kayba veya zarara uğramış kişilere mahkeme kararıyla verilmesi gereken tazminat veya mali bir ödeme olduğuna ve bu ödeme, haksız fiil vasıtasıyla hakları ihlal edilmiş olan kişiye yapıldığına[1148] göre "tazmin edici" (compensatory) veya "cezalandırıcı, ibretlik, intikamcı" (punitive, exemplary, vindictive) bir nitelik taşıyabilir. Giderim eğer çekilen gerçek zarara göre hesaplanıyorsa tazmin edici, buna karşın, mütecaviz hareketleri cezalandırarak, gelecekte olabilecek ihlalleri önlemeyi hedefliyorsa cezalandırıcı giderim olur. Genel olarak cezalandırıcı, ibretlik veya intikamcı giderim, tazmin edici veya gerçek kaybı karşılayıcı giderimin üstüne ilave olarak konulan miktardan oluşur.[1149] Görüldüğü üzere cezalandırıcı, ibretlik

[1147] Örneğin bu yazarlardan von Tuhr, manevi tazminatın para cezası gibi malvarlığının azalmasına yol açsa da onun faile yükletilmiş bir ceza niteliğini taşımayacağını, bu bağlamda, manevi tazminatın ereğinin, tecavüz eden kimseye bir zarar yüklemek değil, tecavüze uğrayan kişinin malvarlığında bir çoğalma oluşturmak olduğunu, bu yüzden manevi tazminat adıyla bir para ödemek yükümlülüğünün maddi tazminattaki zarar ve ziyanı önlemek yükümlülüğü gibi miras yolu ile intikal edeceğini ifade etmektedir. Bkz. von Tuhr, s. 116. Türk öğretisinde Eren de manevi tazminatın "ceza" niteliğini taşımadığını ileri sürmektedir. Yazar, öğretide bazı yazarların, para olarak ödenen manevi tazminatta zarar göreni cezalandırma işlevi gördüklerini, manevi tazminat parasının ödenmesiyle zarar görenin intikam duygusunun tatmin edildiğini, zarar verenin malvarlığındaki azalmanın zarar göreni psikolojik olarak memnun ettiğini, keza öğretide bazı yazarların manevi tazminatın tatmin işlevi yanında kısmen de olsa ceza işlevini kabul ettiklerini, ilk zamanlarda manevi tazminatın cezai nitelik taşıdığının duraksamaksızın kabul edildiğini, şimdi de bu görüşte olan yazarların bulunduğunu, ancak günümüzde manevi tazminatın cezai nitelikten uzak, özel hukuk kurumu olarak kabul edildiğini, manevi tazminatın amacının uğranılan manevi zararı aynen veya nakden telafi etmek olduğunu belirtmektedir. Bkz. Eren, s. 369-370 ve dn. 209-212. Kanımızca gerek von Tuhr gerekse Eren'in görüşleri kabul edilemez. Bir kere yazarlar manevi tazminat istemini sıradan bir alacak hakkı gibi görmektedirler ki bu tutum hatalıdır. Zira duyulan manevi acı öznel bir durum olduğu için manevi tazminat talebi de kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardandır. Nitekim 4721 sayılı TMK'nın 25. maddesinin 4. fıkrasında; manevi tazminat isteminin, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemeyeceği, "miras bırakan" (muris) tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmeyeceği ifade edilerek, manevi tazminat talebinin kural olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu açıkça belirtilmiştir. Öte yandan von Tuhr ve Eren'in görüşlerinin aksine, manevi tazminatta "cezalandırma", daha açık bir deyişle, "cezalandırıcı giderim" (punitive damage) özelliği bulunmaktadır. Bu bağlamda manevi zarar verilmesini caydırıcı nitelikte failin veya üçüncü kişilerin bir daha aynı fiili tekrar etmesini önleyecek yükseklikte tazminata hükmedilebilmesi, manevi tazminatın temel özelliklerinden birisini oluşturmaktadır. Krş. Karayalçın, Y. Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme, Genişletilmiş 4. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1994, s. 91-92.

[1148] Black's Law Dictionary, s. 351-352.

[1149] Black's Law Dictionary, s. 352.

veya intikamcı giderim niteliğini taşıyan manevi tazminat, gerçek kaybı karşılayacak giderimin üstündeki bir miktardan oluşacağına göre söz konusu tazminatın "cezalandırıcı" bir nitelik taşıyacağı ve onunla idari ceza arasında öze yönelik bir ayrım yapılamayacağı ortaya çıkmaktadır.[1150]

Yukarıda anlatılanlardan anlaşılacağı üzere idari ceza ile özel hukukun temel yaptırımlarını oluşturan manevi tazminat[1151] arasında öze yönelik, kısacası niteliksel bir ayrım yapmak olanaklı değildir. Zira sayılan bu yaptırımların tümü "cezalandırma" amacıyla verilmekte, bir başka deyişle "ceza" niteliğini taşımaktadır. Bunun gibi söz konusu yaptırımlar arasında ayrımı yapacak "ağırlık", diğer deyişle "niceliksel" ölçüt de bulunmamaktadır. Zira manevi tazminat idari cezadan daha fazla bir şekilde saptanabileceği için bununla idari ceza arasında ayrıma elverişli niceliksel bir ölçüt bulabilmek de kolay değildir. Manevi tazminatı idari cezadan ayıracak tek ölçüt kanımızca "organik" ve "şekli" ölçüttür. Bu bağlamda mahkeme tarafından hukuk muhakemesi usulü uygulanarak verilen manevi tazminat özel veya medeni hukuk cezasını oluştururken, İdare tarafından idari usulle verilen cezalar idari cezayı oluşturur.

Maddi ve manevi tazminat ile idari ceza arasında ayrım yapılması, kanunilik ilkesinin uygulaması bağlamında büyük bir önemi bulunmaktadır. Her şeyden önce şu hususu belirtmek gerekirse özel hukuk ilişkileri bakımından ister tazmin edici nitelikteki maddi tazminat isterse "cezai" nitelik taşıyan manevi tazminat olsun bu yaptırımların "suç ve cezada kanunilik" ilkesine tabi olması gerekmez. Zira suç ve

[1150] Manevi tazminatın ceza olduğu hakkındaki bu yerinde görüşler, tazminatın bütün türlerinin tazmin edici nitelikte olduğu yönündeki savı çürütmektedir. Özel hukukta manevi tazminat dışında "cezai şart" da kanımızca cezalandırıcı bir nitelik taşımaktadır. Cezai şart; borçlunun borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde önceden kararlaştırılmış bir edada bulunmayı alacaklıya karşı taahhüt etmesine denilir. İnan, s. 426. Az önce belirtildiği üzere cezai şart, tazmin edici giderim niteliğinde değil "ceza" niteliğinde bulunmaktadır. Gerçekten de cezai şartın en önemli ve temel ereğini, alacaklı ile borçlu arasındaki esas borcun güçlendirilmesi ve "teminata" (güvenceye) bağlanması oluşturur. Bu bağlamda cezai şart önceden mevcut olan asıl borcun kapsamını genişletmek veya ona eklenmek suretiyle borçlu üzerinde manevi bir baskı yapmakta ve bu şekilde "medeni ceza" (Vertragsstrafe) niteliğini kazanmaktadır. Nitekim cezai şartın ceza olma gayesi TBK'nın 180. maddesinin 1. fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Gerçekten de bu fıkrada, alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile kararlaştırılan cezanın ifasının gerekeceği belirtilmiştir. Eğer cezai şart bir "ceza" niteliğini taşımasaydı, bir başka deyişle, ona yalnızca tazmin veya giderim niteliği tanınmış olsaydı zarar olmasa bile cezai şartın ödenmesi gerektiğini belirten bu hüküm bir çelişki oluştururdu. Krş. İnan, s. 427-428. Öte yandan çeşitli defalar belirtildiği üzere cezanın özünü muhatabına elem, acı veya ıstırap vermesi oluşturur. Bu öz, manevi tazminat ve cezai şartta da bulunmaktadır.

[1151] Buna karşın maddi tazminat ile idari ceza arasında öze yönelik ayrımı yapabilecek bir ölçüt bulunmaktadır. Bu çerçevede maddi tazminatta erek zararın giderilmesi iken idari cezada amaç idari suçu işleyen kişinin cezalandırılmasıdır.

cezada kanunilik ilkesi devletin faaliyetlerinde kişilere güvence sağlama amacına yöneldiğinden kişiler arasında özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan tazminat talepleri söz konusu ilkeye tabi olmaz.[1152] Hatemi haklı olarak, "kanunda fiili yasaklayan açık bir kural yoksa başkasına zarar verilmiş olsa bile faile tazmin borcu yüklenemez" şeklindeki esasın, özel hukuk bakımından somut olaylarda adaletsizliklere yol açabileceğini, ceza hukukunda kişiyi kamu gücünü elinde tutanların keyfi hareketlerine karşı koruyan "nullum crimen nulla poena sine lege" ilkesinin bu şekli ile özel hukuka aktarılamayacağını, özel hukukta "verilen zararlar giderilmelidir" ilkesinin daha adil sonuçlar doğuracağını belirtmektedir.[1153]

Buna karşın İdareye ödenmesi gereken maddi veya manevi tazminat, kişinin malvarlığında bir azalmaya yol açacağı, dolayısıyla onun temel bir hak ve özgürlüğünü oluşturan malvarlığı hakkının sınırlandırılması niteliğini taşıyacağından Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesi gereğince ancak kanunla öngörülebilir.[1154] Daha açık bir deyişle, Anayasanın 13. maddesi anlamında temel hak ve özgürlüklere sınır çizecek, bir başka deyişle, bu hak ve özgürlüklere herhangi bir biçimde müdahaleye ortam hazırlayacak hukuksal düzenlemenin biçimsel olarak Parlamento tarafından çıkarılan genel, soyut, sürekli, nesnel, kişiye özgü olmayan nitelikte bir yasayla yapılması gerekir.[1155] Bu bağlamda Anayasanın 13. maddesinde ifade edilen "kanun" ile sınırlama koşulunun yerine getirilebilmesi için İdareye ödenecek maddi ve manevi tazminatın asli unsurlarının söz konusu niteliklere sahip yasayla yapılması gerektiği açıktır.

II- DİSİPLİN SUÇ ve CEZALARI ile CEZA HUKUKU SUÇ ve CEZALARI ve ETİK ARASINDA KANUNİLİK İLİŞKİSİNİN UYGULAMASI BAĞLAMINDA İLİŞKİLER

Disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi uygulamasını doğru bir temele oturtabilmek için yalnızca disiplin suç ve cezalarının tanımının yapılması yeterli

[1152] Manevi tazminatın "cezalandırıcı" amaç taşıması bu esasta bir değişiklik oluşturmaz. Zira manevi tazminat cezalandırıcı nitelik taşısa bile nihayetinde bir özel hukuk yaptırımıdır.
[1153] Hatemi, s. 16-17, dn. 11.
[1154] Nitekim yukarıda idari orman suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin irdelemesi kısmında belirtildiği orman idaresine verilecek tazminat ve ağaçlandırma masraflarının ödenmesi şeklinde özel hukuk yaptırımları, 6831 sayılı Orman Kanunun 112 ve 114. maddelerinde gösterilmiştir.
[1155] Can, s. 107.

değildir, bunun yanında onların ceza hukuku suç ve cezaları ile etikten ayırt edilmesi gerekmektedir. Zira bu ayrım yapılmadan "disiplin suç ve cezaları"nın[1156] tam olarak kavranılması olanaklı olmayacak, günümüzde olduğu gibi tam bir kavram ve terminoloji keşmekeşine boğulunulacaktır. Bu çerçevede her şeyden önce disiplin suç ve cezası ile ceza hukuku, özellikle kamu yönetimine karşı işlenen suç ve cezası arasındaki ayrımın ortaya konularak disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin niçin titiz bir şekilde uygulanması gerektiği daha iyi bir şekilde anlaşılacaktır.

1. Ceza Hukuku Suç ve Cezalarında Olduğu Gibi Disiplin Suç ve Cezalarında da Kanunilik İlkesinin Titiz Bir Şekilde Uygulanması Gerekir

Çalışmanın oylumunu genişletmemek açısından burada yalnızca kamu görevlileri hakkında öngörülen disiplin suç ve cezaları[1157] ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar arasındaki ayrım üzerinde durulacaktır. Bu iki tip suç ve ceza arasındaki yakın ilişki söz konusu ayrımın kolay bir şekilde yapılmasını güçleştirmektedir. Zira disiplin cezaları, hizmet ve memur statülerine, daha açık bir deyişle, nesnel hukuk kuralları ile saptanan davranış kurallarına aykırı davranılması ve bunların ihlali halinde uygulanan korkutucu ve bastırıcı, zorlayıcı önlem ve

---

[1156] Çalışmanın oylumunu genişletmemek açısından burada yalnızca kamu görevlileri hakkında öngörülen disiplin suç ve cezaları üzerinde durulacaktır.

[1157] Disiplin cezaları ile disiplin tedbirlerini birbirine karıştırmamak gerekir. Gerçekten de "disiplin cezası" ile "disiplin tedbiri" özdeş kavramlar değildir. Bu bağlamda Fransız Danıştay'ı, "kamu görevlisinin şahsı dikkate alınsa" veya "kişiyle ilgili nedenlerden dolayı uygulansa" (kişiyle ilgili nedenlerden dolayı uygulanan disiplin tedbirine Türk hukukundan bir örnek vermek uygun olacaktır. 657 sayılı DMK'nın 137. maddesinde; görevden uzaklaştırmanın, Devlet kamu hizmetlerinin gerektirdiği hallerde, görevi başında kalmasında sakınca görülecek Devlet memurları hakkında alınan ihtiyati bir tedbir (a.b.ç.) olduğu, görevden uzaklaştırma tedbirinin disiplin soruşturmasının herhangi bir aşamasında alınabileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere görevden uzaklaştırma bizzat kanun metni tarafından doğru bir şekilde "tedbir" olarak nitelendirilmiştir) bile bazı disiplin yaptırımlarını disiplin cezası olarak kabul etmemekte, onları disiplin tedbiri olarak nitelendirmektedir. Danıştay'a göre, söz konusu kişisel önlemler, kamu hizmetinin daha iyi yürütülmesi için alındığı ve bunların alınması için "norm ihlali" koşulu bulunmadığı için ceza niteliğini taşımazlar. Örneğin, yetersiz performans nedeniyle kamu personelinin görevine son vermek, (657 sayılı DMK'nın 56. maddesinde adaylık devresi içinde, 57. maddesinde ise adaylık süresi sonunda başarısızlık nedeniyle aday memurların görevine son verilebileceği esası benimsemiştir. Bu yaptırımlar disiplin cezası olarak kabul edilemez. Zira söz konusu yaptırımlar norm ihlali yüzünden cezalandırma amaçlı olarak uygulanmamakta, yetersiz performans yüzünden önleyici amaçla uygulanmaktadır.) birisine iş bulması için önel vermek, personelin başka bir işte görevlendirilmesi, bir görevlinin uluslararası bir kuruluşta çalışma iznini yenilememek disiplin cezası değil, disiplin tedbiridir. Ancak Fransız Danıştay'ı kamu hizmetinin iyi yürümesi için alınan bu tedbirlerden olumsuz olarak etkilenen kişinin başvuru üzerine kamu organının söz konusu tedbiri ne için aldığını bildirmek zorunda olduğunu, böylelikle "kamu görevinin iyi yürümesi" maskesi altına saklanarak bir kamu görevlisine gizli bir disiplin cezasının verilmesinin önüne geçilmiş olunacağı esasını benimsemiştir. Bkz. Chapus, Tome 1, s. 1123.

yaptırımlardan ibaret bulunmaları nedeniyle ceza kanunlarının koymuş olduğu cezalarla yakın bir ilişki içerisinde bulunmaktadır.[1158]

Söz konusu ilişki özellikle Türk pozitif hukuku dikkate alınırsa daha da yakınlaşmaktadır. Gerçekten de sınırlı bir işleve sahip olsa da kamu görevlisinin bazı davranışları Türk pozitif hukukunda ceza mahkemelerinin denetimine tabi tutulmuştur. Daha açık bir deyişle, kamu görevlisinin görevini yaparken göstereceği bazı davranışlar, ceza hukukunun kapsamına girmiştir. Bu durumu, kamu görevlisinin görevinden ötürü alacağı "risk cezası" (rischio penale) olarak adlandırmak olanaklıdır.[1159]

Gerçekten de kamu görevlisinin görevini yürütürken veya görevi dışında ceza hukukunu ihlal ederek işlemiş olduğu bazı fiillerden dolayı cezai sorumluluğunun olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu konuda, 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı TCK'dan çeşitli örnekler vermek uygun olacaktır. Kanunun 257. maddesinde "görevi kötüye kullanma" suçu düzenlenerek; kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisinin cezalandırılacağı, kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisinin cezalandırılacağı, irtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisinin cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Yine Kanunun "göreve ilişkin sırrın açıklanması" konusundaki 258. maddesinde; görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklayan veya yayınlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisinin cezalandırılacağı, kamu görevlisi sıfatı erdikten sonra da bu fiilleri işleyen kimseye de aynı ceza verileceği belirtilmiştir.

[1158] Krş. Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt: II, Üçüncü Bası, İsmail Aygün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1188.

[1159] Petrone, M. Attività amministrative e controlle penale Scritti, Dott. A.Giuffrè Editore, S.p.A. Milano, 2000, s. 143-144.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere TCK, kamu görevlilerinin profesyonel yükümlülüklerine uygun davranmamasını cezai yaptırımlara tabi tutmuştur. Aslında bu hükümler olmasaydı bile disiplin süreçleriyle cezai süreçler arasında bazı bağıntı noktaları bulunacaktı. Gerçekten de ilk olarak, kamu görevlisinin yapmış olduğu bir eylem hem cezayı hem de disiplin suçunu gerektirebilmektedir. Örneğin, üstlerine veya astlarına saldıran bir kamu görevlisinin davranışı, hem Türk Ceza Kanununun 86 ve devamı maddelerinde düzenlenen "yaralama" (müessir fiil) suçunu, hem de disiplin suçunu[1160] oluşturur. İkinci olarak, yargıç ve disiplin makamı türdeş yaptırımları uygulayabilir. Örneğin hem İdare hem yargı para cezası veya benzer cezaları türdeş olarak uygulayabilir. Sonul olarak, çoğu ülkelerde disiplin kurallarının ceza hukuku normları taklit edilerek "disiplin normu" şekline dönüştürüldüğünü belirtmek gerekir.[1161]

Ceza hukuku suç ve cezaları ile disiplin suç ve cezaları arasındaki bu yakın ilişki yüzünden bu iki suç ve ceza birbirinden nitelik[1162] veya nicelik[1163] ölçütüne

[1160] 657 sayılı DMK'nın 125. maddesinin (E) bendinin (f) alt bendine göre kamu görevlisinin amirlerine, "astlarına" (maiyetindekilere) ve iş sahiplerine fiili tecavüzde bulunması "devlet memurluğundan çıkarma" şeklindeki en ağır disiplin cezasını oluşturmaktadır.

[1161] Krş. Fougère, s. 317.

[1162] Manzini, Pergola, Von Liszt, Bettiol ve Grispigni ceza hukuku cezalarıyla disiplin suç ve cezaları arasında çeşitli ölçütler yardımıyla ayrım yapılabileceği görüşünü savunmaktadırlar. Bu yazarların görüşü için bkz. Dönmezer-Erman, Cilt:1, s. 327-328. Türk hukukunda da bu görüşte olan yazarlar bulunmaktadır. Bu yazarların ortak hareket noktasını ceza hukuku cezasının genel düzeni korumaya, buna karşın disiplin cezasının kısmi bir düzeni korumaya yönelik olduğunu savunmaları ve böylelikle iki suç ve ceza arasında "niteliksel" (öze yönelik) bir ayrım yapılabileceğini sonucuna ulaşmalardır. Bkz. Dönmezer-Erman, Cilt:1, s. 328, Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 15, Gölcüklü, s. 159. Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt: II, s. 1188. Ceza hukuku suç ve cezaları ile disiplin suç ve cezaları arasında öze yönelik fark olduğunu ileri süren yazarların görüşlerinin geçersiz olduğu Zanobini'nin fikirleri incelenirse kolaylıkla görülebilir. Zanobini, disiplin cezalarının devlet veya kamu tüzel kişilerine özel bir bağ ile bağlı bulunarak orada görev yapan kamu görevlileriyle ilgili olduğu fikri doğru olmasına karşın söz konusu cezaların günümüz hukukunda kamu organizasyonlarının iç düzen işlemleri olmaktan ziyade hukuki düzenleme ve kanun kuralları olduğunu ifade etmektedir. Yazar, ileri sürmüş olduğu bu savından disiplin cezalarının yalnızca özel üstünlük gücü altında bulunan yurttaşı ilgilendiren özel bir düzene ait olmadığını, bununla eşanlı olarak genel düzenle genel hukuk erkinin de etkisi altında olduğu sonucunun çıkartılabileceğini ileri sürmektedir. Yazar, sorumluluk ve yaptırımın niteliğini saptamak için yükümlülüğün idari niteliğinin belirlenmesinin yeterli olmadığını, idari düzeni ilgilendiren değişik yükümlülüklerin idari sorumluluğa olduğu kadar cezai sorumluluğu da yol açtığını ifade etmektedir. Daha açık bir deyişle yazar, kimi memuriyet yükümlülüklerinin, bir başka deyişle tipik özel üstünlük ilişkisi yükümlüklerinin yerine getirilmemesi halinde yalnızca disiplin cezasının değil, ceza kanununa özgü gerçek cezai yaptırım ile cezalandırmanın da söz konusu olduğunu belirtmektedir. Zanobini, s. 79. Yazar bu konuda Ceza Kanunundan çeşitli örnekler vermektedir. (Yazarın 765 sayılı TCK'nın iktibas edildiği 1889 tarihli İtalyan (Zanardelli) Ceza Kanunundan vermiş olduğu örnekler, 5237 sayılı TCK'ya uyarlanmıştır.) Bu bağlamda yazar, 5237 sayılı TCK'nın Dördüncü Kısmının Birinci Bölümünde (247 ila 266. maddeleri arasında) "Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" kısmında yer alan "zimmet", "irtikâp", "rüşvet", "görevi kötüye kullanma" gibi suçların disiplin cezaları yanında, memuriyet yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde karşılaşılacak ceza hukuku yaptırımları olduğunu

ifade etmektedir. Zanobini, s. 79 dn. 10. Bu açıklamalara ilave olarak şu görüşleri de ilave etmek mümkündür. İki suç ve ceza arasında maddi ölçütle ayrım yapılacağını ileri süren görüşlerin aksine regülatif idari suç ve cezalardan cezanın muhatabı ile idare arasında özel bir bağın bulunmasından dolayı verilen disiplin cezaları herhangi bir topluluğa bağlılıktan doğmadığı gibi ceza hukuku suç ve cezalarını oluşturan rüşvet, zimmet gibi suçlar devlet ülkesinde yaşama olayından doğan genel bir itaat yükümünden değil, kamu yönetiminin güvenilirliğine ve işleyişine, kısacası dürüst bir şekilde işlemesi gerektiği esasına dayanır. Yine ceza hukuku kısmı düzen denilen kamu yönetimi aleyhine işlenen suçlara kayıtsız kalmadığı gibi disiplin cezalarının bir türünü oluşturan askeri idari disiplin cezalarının kısmi bir düzeni koruduğu da savlanamaz. Zira bu cezalar, sosyal düzeni veya genel nitelikli idari düzeni de korumaktadırlar. Söz konusu iki suç ve ceza arasında örtük olarak niteliksel ayrımın geçersizliği konusunda ayrıca bkz. Zanobini, s. 80-82, 85-86.

[1163] Kimi yazarlar da niceliksel ölçüt bir başka deyişle yaptırımın ağırlığına göre ceza hukuku suç ve cezaları ile disiplin suç ve cezalar arasında ayrım yapılabileceği görüşünü savunmaktadır. Örneğin Onar, ceza hukukunun, toplumsal düzene karşı işlenen fiillere uygulanacak önlemleri içerdiği için yaptırımlarının daha ağır olduğunu, bu yaptırımların, kişinin yaşamına, özgürlüğüne, malına, toplumsal durumuna ve kişiliğine bağlı haklara etki yapacağını, buna karşılık, disiplin cezalarının, sadece mesleki yaşam ve mesleki haklar üzerinde etki doğuracağını ifade ederek niceliksel ölçütle ceza hukuku cezası ile disiplin cezası arasında ayrım yapılacağı görüşünü de savunmaktadır. Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt: II, s. 1189. Benzer şekilde bkz. Bkz. Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 15. Zanobini de örtük olarak iki suç ve ceza arasında niceliksel ölçütle ayrım yapılabileceği kanısını taşımaktadır. Yazar, özel ilişkilerden doğan yükümlülüklerin ihlalinin disiplin cezaları dışında ceza hukuku cezalarıyla da cezalandırılabileceğini, bu takdirde yaptırımın türüne göre iki yaptırım arasında ayrım yapılabileceğini ifade etmektedir. (Bu görüş salt Zanobini tarafından ileri sürülmemekte, bunun yanında İtalyan Virga tarafından da ileri sürülmektedir. Daha açık bir deyişle Virga, idari cezanın temel özelliklerinden birisinin de yaptırımın vasfının değişik olması olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Özay, İdari Yaptırımlar, s. 36 ve dn. 57). Daha somut bir deyişle yazar, Ceza Kanununun kapsamına girmeyen yaptırımların disiplin cezası, daha genel olarak idari ceza olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, yaptırımı uygulayacak organın belirtilmemesinin cezanın idari veya cezai olup olmadığını niteleme bakımından öneminin bulunmayacağını, yaptırımın türünün bu noktada belirleyici olduğunu belirtmektedir. Zanobini, s. 86. Yazarın yaptırımı uygulayacak organın kim olduğuna değil de yaptırımın türüne ağırlık veren bu görüşünden onun söz konusu suç ve cezalar arasında örtük olarak "niceliksel" (ağırlık) ölçütünü benimsediği sonucunu çıkartmak olanaklıdır. Suç ve cezalarla disiplin suç ve cezalarının ağırlık ölçütüne göre ayrım yapılacağını ileri süren bu görüş de hatalıdır. Zira bu görüş sahipleri yaptırımın türünün, ayrım konusunda nirengi noktasını oluşturduğunu ifade etmektedirler. Bir kere idari cezayla özgürlüğü bağlayıcı ceza verilemeyeceği esası dışında yaptırım türü bakımından iki suç ve ceza arasında ayrım yapılamaz. Üstelik çeşitli defalar belirtildiği üzere Türkiye'de cezaevi idaresi veya askeri idari cezayla özgürlüğü bağlayıcı ceza bile verildiğinden yaptırımın türü bakımından yapılacak bir ayrım bütünüyle geçerliliğini yitirmektedir. Öte yandan niceliksel ayrımı savunanlar, açık veya örtülü bir şekilde, disiplin suç ve cezalarının ceza hukuku suç ve cezalarına nispetle daha hafif olduğu görüşünü benimsemektedirler. Bu görüş de doğru değildir. Bir kere bir cezanın daha ağır veya daha hafif olduğu ancak aynı tür ceza içerisinde saptanabilir. Bu bağlamda örneğin disiplin cezalarından "uyarma" şeklindeki bir disiplin cezasının "kademe ilerlemesinin durdurulması" cezasından daha hafif olduğu söylenebilir. Buna karşın "kademe ilerlemesinin durdurulması" şeklindeki bir disiplin cezasının, ceza hukuku cezalarından örneğin "adli para cezası"na nispetle daha hafif olduğu söylenemez. Zira nasıl ki matematikte elma ile armut birbiriyle kıyaslanamazsa farklı türleri oluşturan ceza hukuku cezaları ile disiplin cezalarının da birbiriyle kıyaslanması doğru değildir. Öte yandan bir cezanın "ağır" veya "hafif" oluşu göreceli olduğundan nesnel olarak belirlenmesi oldukça zordur. Bu çerçevede bir cezanın ağır veya hafif olduğunu saptayabilmek açısından öznel değerlendirmelerin de dikkate alınması kaçınılmazdır. Örneğin bir kişi "devlet memurluğundan çıkarma" şeklindeki disiplin cezasını "medeni ölüm" (civil dead) şeklinde algılayarak onun yerine en ağır adli para cezasını, hatta hapis cezasını bile tercih edebilir. Bu açıdan disiplin cezası ile ceza hukuku cezasının ağırlık, başka deyişle, niceliksel açıdan birbirinden farklı olduğu görüşünü isabetli bulamamaktayız.

göre değil "organik" ve "şekli" ölçüte göre ayırt edilebilmektedir.[1164] Daha açık bir deyişle, yargıç[1165] veya mahkeme tarafından ceza muhakemesi kuralları uygulanarak verilen cezalar ceza hukuku cezasını, buna karşın İdare tarafından idare hukuku özellikle idari usul kuralları uygulanarak İdareye özel bir bağ ile bağlı bulunanlara verilen cezalar disiplin cezasını oluşturur.[1166]

Ceza hukuku suç ve cezalarından ancak organik ve şekli ölçütle ayrılabilen disiplin suç ve cezaları, Anayasanın 38. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen "suçta kanunilik" ile 3. fıkrasında belirtilen "cezada kanunilik" ilkesine tabi bulunmaktadır. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklamalarda bulunulduğu üzere Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezada kanunilik ilkesine tabi olmak bakımından adli-idari suç ve ceza ayrımı yapılmadığına göre idari suçların bir türünü oluşturan disiplin suç ve cezalarının da kanunilik ilkesine tabi olduğunu duraksamaksızın söyleyebilmek olanaklıdır. Bir başka deyişle, disiplin suç ve cezalarının kanunilik ilkesine tabi olmadığı şeklinde bir düşünce ileri sürülmesine, Anayasanın 38. maddesi engel oluşturmaktadır. Konu hakkında yukarıda ayrıntılı olarak açıklama yapıldığı için burada tekrardan kaçınılacaktır.

2. Etik Kurallar Suç ve Cezada Kanunilik İlkesine Tabi Değildir

Aşağıda ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulacağı üzere etik kurallar suç ve cezada kanunilik ilkesine tabi değildir. Zira etik kurallar disiplin suç ve cezası değildir ki suç ve cezada kanunilik ilkesine tabi olsun. Öte yandan etik kurallar bakımından idare hukuku anlamında kanunilik ilkesinin benimsenmesinin de oldukça güç olduğunu belirtmek gerekir. Konuyu tam olarak kavrayabilmek için öncelikle etiğin anlamı ve kendisiyle karıştırılan diğer kavramlara temas edilmesi uygun olacaktır.

[1164] Nitekim disiplin suç ve cezaları ile ceza hukuku suç ve cezalarının niteliksel veya niceliksel ölçütle birbirinden ayrılacağını savunan Onar ve Alacakaptan bile söz konusu ayrımın organik ve şekli ölçütle de yapılabileceğini ifade etmektedirler. Onar, ceza hukukunda öngörülen cezaların yalnızca hâkim tarafından uygulanacağını, hâlbuki disiplin cezalarının yalnızca idari makamlar tarafından uygulanacağını ifade ederek, organik ve şekli ölçütle ceza hukuku cezası ile disiplin cezası arasında ayrım yapılacağı görüşünü örtük olarak savunmaktadır. Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt: II, s. 1189. Benzer şekilde bkz. Bkz. Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 16.

[1165] Veya savcı.

[1166] Ceza hukuku suç ve cezaları işle disiplin suç ve cezaları arasında ancak organik ve şekli ölçütle ayrım yapılabileceğini ileri süren Carnelutti'nin görüşü ile krş. Dönmezer-Erman, Cilt:1, s. 328.

Belirli bir meslek mensupları arasında geçerli olan adet ve gelenekler, etik kavramının sözlük anlamını oluşturmaktadır. Bunun yanında, söz konusu meslek mensuplarının birbirlerine, müşterilerine ve iş sahiplerine karşı "ahlaki" (moral) ve profesyonel görevleri de bu kavramın içerisine girmektedir.[1167] Kamu yönetimi açısından etik, doğru ve yanlışlığı ayrıştırmak ve doğru bir şekilde idari tasarrufta bulunabilmeyi ifade etmektedir.[1168]

Felsefenin bir dalı olan etik, temel olarak moral değer ve faaliyetlerle uğraşmaktadır. Etiğin tam olarak kavranabilmesi için her şeyden önce "moralin" (ahlakın) ne olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Moral; yanlış veya doğru olan prensipler veya faaliyetlerle ilgilenir; bunun yanında, belirli bir çevrede geçerli olan kural ve değer yargılarını da inceler. Bu açıdan, bir toplumun, siyasi dizgenin veya bir kamu kurumunun moralinden bahsedilirken söz konusu gruplar tarafından yanlış veya doğru olarak kabul edilen şeyler anlaşılır. Bir başka deyişle, moral kavramıyla grup üyelerinin önemli olarak kabul ettiği değer yargıları ve bu değer yargılarına dayanan kurallar, normlar, düzenlemeler, politikalar ve süreçler kastedilir. Moral faaliyet ile de grubun moral değerleri ile uyumlu eylem, bir diğer deyişle, grubun neyi yanlış neyi doğru olarak kabul ettiği en temel değerlere uyumlu davranış kastedilir.[1169] Bu bağlamda "etik" ise kişisel ve sosyal "moral" (ahlaki) deneyimlere ussallığın sistematik bir şekilde uygulanarak insan davranışlarını yönetecek kuralların belirlenmesini ifade eder. Etik, temel olarak, doğru ve yanlışı açıklığa kavuşturma süreci ve doğru olana göre davranma tarzıyla ilgilenir; bunun yanında etik, doğru hareket tarzını bulabilmek için ussallığın kullanılmasını da içerir. Kısaca etik, moral standartları araştırma olarak tanımlanabilir.[1170]

Etik, moral standartları araştırma şeklinde tanımlansa da çoğu durumlarda "etik" ve "moral" kavramlarının birbirinin yerine kullanıldığı gözlemlenmektedir. Bu bağlamda, sık sık, bir eylemin moral veya ahlaki olarak doğru olan bir hareket tarzının etik olarak da doğru olduğundan bahsedilmektedir. Bunun gibi sıklıkla "ahlaki kod" ile "etik kod"un aynı olduğu varsayılmaktadır. Bununla birlikte "etik" ve "moral" kavramları birbirinden farklıdırlar. Bu farklılığın bilincine varmanın salt

[1167] Black's Law Dictionary, s. 804.
[1168] Denhardt, R.B. Public Administration An Action Orientation, Brooks/Cole Publishing Company, California 1991, s. 131.
[1169] Denhardt, s. 101.
[1170] Denhardt, s. 101.

felsefi açıdan önemi bulunmamakta, bunun yanında pratik faydası da bulunmaktadır. Çünkü etik kavramı üzerine odaklanılarak kişinin moral olarak doğru hareketi aramadaki etkin katılımı vurgulanır. Bu bağlamda etik; etken katılımı, usa vurumu, analiz etmeyi, doğru hareket tarzı için kılavuzluk aramayı gerektirmektedir.[1171]

Öte yandan, "etik" kavramıyla "faydacılık" (utilitarianism) ve "deontoloji" (deontology) kavramlarını da birbirine karıştırmamak gerekir. Faydacılık ile deontoloji bir idari işlem veya eylemin, kısacası, idari bir tasarrufun etik olup olmadığı konusundaki yaklaşımlardır.[1172] Bunlardan faydacılık, idari tasarrufun sonuçlarına odaklanmakta, eğer idari bir tasarruf, diğer idari tasarruflarla karşılaştırıldığı zaman en çok sayıdaki insan için en büyük faydayı sağlıyor veya asgari olarak en düşük zarar veriyorsa o idari tasarrufun doğru olduğuna inanır. Faydacılık taraftarları, idari bir tasarrufun doğru veya haklı olduğunu saptayacak evrensel standartların bulunmadığını, daha ziyade idari tasarrufun maliyet ve faydalarını hesaplayarak onun "ahlaki" (moral) veya gayri ahlaki (immoral) olduğunun belirlenebileceği görüşünü savunurlar.[1173]

Buna karşın deontoloji yaklaşımı, yararcılık yaklaşımının tersine, bir idari tasarrufun ahlaki olup olmadığının genel kural veya ilkelerle belirlenebileceği görüşünü benimser. Daha somut bir deyişle deontolojik yaklaşım, doğruluk ve yanlışlığın genel prensiplerle belirlenebileceğini ve bu prensiplerin belirli bir idari tasarrufun sonucuna göre belirlenemeyeceği görüşünü savunur. Bu yaklaşım, daha çok kamu görevlisinin görev veya sorumlulukları üzerine odaklanır.[1174] Basit bir şekilde ifade etmek gerekirse deontolojik yaklaşım taraftarları, bir kamu görevlisinin yapacağı tasarrufun sonuçlarına bakmaksızın ahlaken doğru olan şeyleri yapmak, doğru olmayan şeylerden ise kaçınmak yükümlülüğü olduğu esasını benimserler. Böylelikle deontolojistler, hak veya adalet gibi kavramların içerisinde saklı olan doğru ve yanlışın evrensel ilkeleri üzerine odaklanma eğilimini taşırlar.[1175]

Deontolojik yaklaşımı benimseyen bir kamu görevlisi, dürüstlük veya yardımseverlik gibi genel olarak kabul edilmiş ahlaki öncüllere uygun bir şekilde

[1171] Denhardt, s. 101.
[1172] Gerek faydacılık gerekse deontoloji bir yaklaşım olduğu için suç ve cezada kanunilik ilkesine tabi olmadığı ortadadır.
[1173] Denhardt, s. 103.
[1174] Nitekim Yunanca bir kelimeden türetilen "deontoloji" kavramı, görev anlamını taşımaktadır. Bkz. Denhardt, s. 104.
[1175] Denhardt, s. 104.

davranmaya çalışır. Bu bağlamda bir kamu görevlisinden, örneğin, doğruyu söylemek, sözünü tutmak, kişilerin onuruna saygı göstermesi beklenir. Kamu görevlisinin söz konusu hususları mevzuatta veya etik kodda bulunduğu için değil genel olarak kabul edilmiş ahlaki ilkelere uygun olduğu için yapması gerekir. Özel bazı durumlarda, yöneticinin yapacağı idari tasarruf bir kurumun veya toplumun genel yararlarına aykırı olabilir, ancak söz konusu tasarruf yaygın olarak kabul edilmiş ahlaki duyguya uygunsa kamu görevlisinin söz konusu duyguya uygun bir şekilde hareket etmesi gerekir.[1176]

Kamu görevlilerinin uyması gereken etik kurallar, genellikle, kamu görevlisinin bulunduğu ülkenin sosyal normlarının bir yansımasıdır. Örneğin, ırkçılığı veya cinsel tacizi önleme anlayışı birçok ülkede ön plana çıkmaya başlamış ve söz konusu değer yargıları, kamu görevlilerinin uymaları gereken etik kuralların içerisine yansıtılmıştır. Bundan da öte birçok ülkede, kamu görevlilerinin etik kuralları, özel sektör çalışanlarının etik kurallarına benzer şekilde düzenlenmiştir.[1177]

[1176] Denhardt, s. 104. Deontoloji kuramının günümüzdeki en seçkin temsilcisi John Rawls'tır. Rawls, yöneticilerin kararlarında adillik veya hakkaniyet esasının temel olması gerektiğini düşünmektedir. Rawls'ın bu konudaki fikirleri hakkında bilgi için bkz. Denhardt, s. 104.

[1177] Edes, B.W. Promoting Integrity In The Public Sector: The Contribution Of The OECD in Responding Corruption, UNICRI, No. 63, Rome/Milan, 2000, s. 162. Ancak kamu görevlilerinin uymaları gereken etik kuralların kaynağı ne olursa olsun yapılacak düzenlemede; usuli (procedural), "öze yönelik" (maddi), dizgesel (systematic) ve kişisel olmak üzere dört etik türüne hitap edilmesi gerekmektedir. Bu etik türlerinin arasında hemen her konuda bağlantı bulunmakta ve söz konusu bağlantının doğası gereği de aralarında uyuşmazlık bulunmaktadır. Krş. Johnson, W.C. Public Administration Partnerships in Public Service, Third Edition, Waveland Press Inc., USA 2004, s. 350. Bunlardan usuli etik; kamu görevlisinin kararları nasıl alacağını ve hangi şekilde bir eylem tarzında bulunulacağını düzenler. Bu etik türü tüm demokratik süreci kapsamına alarak insanların idari tasarrufun yapılmasına katılımının şeklini düzenlemekte ve "insanların istemlerini en üst hukuk" olarak kabul etmektedir. Öte yandan etiğin bu türü, usul ve şekil kurallarına uygunluğu yalnızca ceza muhakemesi sürecinde değil resmi bütün süreçlerde de ciddi bir şekilde dikkate alınmasını salık verir. Bu bağlamda idari bir kararın içeriği ne kadar güzel olursa olsun usule uyulmadan alınması durumunda usuli etik açısından kabul edilebilir bir yönü yoktur. Öze yönelik veya maddi etik; idari kararın nasıl alındığı yerine, "ne yapılmalı" ve "ne yapılmamalı" konusu üzerine odaklanır. Kısacası bu tür etik; içerik olarak kamuya faydalı ve etkili bir şekilde hizmet vermek üzerine yoğunlaşır. Öze yönelik veya maddi etik, her bir kişi veya topluluğun gereksinimlerini dikkatli bir şekilde inceleyerek onların haklarının neler olduğunu saptamakta ve çoğunlukla "dağıtıcı adalet" (distributive justice) üzerine odaklanmaktadır. Usuli etik kurallarının aksine, maddi etik, yöntemine uygun olarak yapılan işlem ve eylemlerden de etik açısından uygun olmayan davranışların doğabileceği esasını kabul etmektedir. Örneğin, II. Dünya Savaşının ilk günlerinde Japon-Amerikalıların Batı Kıyılarından sürgün edilerek yeni bir yerleşime tabi tutulması işlemi, bu işlemden kısa bir süre sonra Federal Temyiz Mahkemesi tarafından hukuka uygun olarak kabul edilmesine karşın maddi etik tarafından doğru bulunmamıştır. Dizgesel etik; idari politika ve uygulamaların toplamına bütünsel bir açıdan bakmakta ve onların olanaklar elverdiği ölçüde topluma etkisinin nasıl olabileceğini kestirmeye çalışmaktadır. Burada dikkate alınan değer, söz konusu politika ve uygulamaların gelecek nesiller dâhil uzun erimde toplumun menfaatine hizmet edip etmediğidir. Bu bağlamda liderlik konumunda bulunan kişiler, arzu edilen "geleceği öngörmeli" (vizyon sahibi olmalı) ve ulusu o doğrultuda yönlendirecek siyasi yol haritasını çizmelidirler. Örneğin, 1940'lı yıllarda Başkan Harry S. Truman

Etik kurallara uyum, disiplin kurallarına uyuma nazaran daha üst bir ahlaki gelişimi temsil etmektedir. Daha doğru bir deyişle, disiplin kurallarına bilinçsiz bir şekilde uyulması olanaklı olduğu halde,[1178] etik kurallara uyum ahlaki gelişimin sonul aşamasını oluşturur. Zira etik kurallara uygun davranabilmek için mutlaka bilinçli bir seçim yapılmakta, bu da ahlaki gelişimin sonul aşamasını[1179] oluşturmaktadır.

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere etik normlar ile disiplin normları içerik olarak birbirinden farklılık göstermektedir.[1180] Bun gibi etik ile

---

insan haklarını Amerikan ulusunun gündemine sokmuştur. İnsan hakları alanında Birleşik Devletlerde 1960'lı yıllara kadar gerçek bir ilerleme olmasa da daha sonraları bu alanda hızlı bir gelişme yaşanmıştır. Hatta günümüzde bile Amerikan toplumu Truman'ın bu alandaki liderlik uzak görüşlülüğünden kaynaklanan hasadı toplamaktadır. Bu bağlamda mevcut konumda dizgesel etik, dünyadaki insan hakları sorununa dikkati çekmekte ve bir ulusun iyiliğinin adalet ve eşitliğin küresel bir şekilde gelişmesine bağlı olduğunun farkına varmış bulunmaktadır. Son etik türünü oluşturan kişisel etik ise, kişinin davranış tarzını kapsayan fazilet ve değerleri içermekte ve kamu görevlilerinin yukarıda bahsedilen üç tür etiğe dürüst bir şekilde uymalarını sağlayacak "rehberlik" (kılavuzluk) işlevi görmektedir. Bu etik türü, kişinin yalnızca günlük işlerinde etik kurallara uygun davranmasını istemekle kalmamakta, bunun yanında, yaşam boyunca gerçekleştirilen en derin güdü ve erekleri de kapsamaktadır. Bkz. Johnson, s. 350.

[1178] Kuşkusuz disiplin kurallarına uyum da bilinçli bir şekilde yapılabilir. Ancak disiplin kurallarına bilinçli bir şekilde uyulması zorunlu olmayıp kişinin sadece başkalarının beklentilerini tatmin etmek için söz konusu kurallara uyması yeterli bulunmaktadır.

[1179] Ahlaki gelişimin aşamaları konusunda psikolog Lawrence Kohlberg'in açıklamaları için bkz. Denhardt, s. 104-106.

[1180] Ancak bu savdan etik ile disiplin normlarının birbirinden yalıtılmış veya kopuk olduğu düşünülmemelidir. Her şeyden önce hukuk kuralının temel kaynağını oluşturma bakımından etik ile disiplin kuralları arasında bir ilişki bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, hukukun doğuşu ve doğal kaynağını toplumsal dayanışma esası oluşturmaktadır. Bu bağlamda hukuk kuralının iki temel kaynağı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, söz konusu dayanışma esasına uygunluğunun toplumca tanınmış, ona bir değer verilmiş olmasını ifade eden "etik" unsur, ikincisi de ona maddi bir varlık vererek, onu uyulması zorunlu bir norm haline getiren "güç" unsurudur. Toplumun normal döneminde hukuk kuralının bu iki unsuru özdeş seviyede görünse de kimi durumlarda söz konusu unsurlar arasındaki denge bozulabilmektedir. Daha somut bir deyişle, gücü eline geçiren şahıs veya grup, toplumun belirli bir zamandaki değer hükümlerine uymayan, bundan dolayı da etik unsuru bulunmayan bir takım davranış kalıplarına, cebir yaptırımını katarak o kalıba şeklen ve fiilen hukuk kuralı niteliği verebilmektedir. Gerçekte bir kuralın etik unsurunun bulunup bulunmadığı çoğunlukla onun maddi ve şekli görünüşünden, bir başka deyişle, toplumun gücü ile desteklenmesinden çıkarılır. Bu bağlamda, zilyetlik mülkiyet için bir karine oluşturduğu gibi toplumun yetkili organlarının kamu gücüyle sağladıkları ve destekledikleri kural da onun hukuk kuralı olduğuna bir karine oluşturur. Böyle bir durumda, hukuk kuralının maddi unsurunun daha öncelikli ve esaslı olduğu kabul edilebilir. Ancak bu şekli bir görünüştür. Etik unsurundan yoksun veya bu unsuru zayıf olan bir hukuk kuralı önce itiraz ve eleştiriye uğramakta daha sonra da bunlara dayanamayarak yıkılmaktadır. Görüldüğü üzere, bir hukuk kuralının etik unsuru, gerçekte maddi unsurdan, bir başka deyişle, güç veya yaptırım unsurundan daha esaslı bir nitelik taşımaktadır. Bu bağlamda, toplumda insan öldürme yasağı, yalnızca ceza yaptırımı ile yasak edildiği için değil, öldürme fiilinin toplumun vicdanına da aykırı olmasından ve bu yüzden söz konusu yasak kuralının etik unsurunun değerinden ileri gelir. Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt I, s. 263-264. Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere bir hukuk kuralı niteliğini taşıyan disiplin normunun hem etik hem de yaptırım unsurunu bünyesinde taşıması mutlak bir zorunluktur. Etik normlara uygun olmayan bir disiplin kuralının er ya da geç ortadan kalkacağı kaçınılmazdır. Bu bağlamda bir disiplin kuralının salt zorlayıcı veya yaptırım unsuruna ağırlık

disiplin normları arasında kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından da önemli farklılıklar bulunmaktadır.[1181] Daha açık bir deyişle, disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmasının gerekli olmasına karşın etik açısından böyle bir gereksinimin bulunmamasıdır. Aslında etik ilkeler bakımından kanunilik ilkesine tam olarak uyulması işin doğasına da uygun değildir. Bu durumun çeşitli nedenleri bulunmaktadır.

Etik bakımından kanunilik ilkesine uyulamamasının temel bir nedenini, disiplin kuralları ile etik kuralların kaynağının farklı olması oluşturur. Gerçekten de disiplin kurallarını yaratan kaynağı devlet oluşturmasına karşın, etik kuralları yaratan kaynak, kural olarak, devlet örgütünden bağımsız bir topluluktur. Gerçi kamu görevlilerinin etik kuralları, resmi sıfatı taşıyan kamu görevlileri grupları tarafından yaratılır. Ancak burada etiği oluşturan ilişkinin süjeleri, kendi statülerini düzenleyen kurallar dışındaki davranışlarıyla etik kurallarını yaratmaktadırlar. Bu durumda, sonradan etik norm haline gelen davranışlarla resmi sıfatı haiz kişilerin hukuksal görevleri arasında bir amaç-araç ilişkisi ortaya çıksa da etik normlar devletten özerk olarak belirmektedir. Bu bağlamda, kendiliğinden ve bilinçsizce tekrarlanan etik davranışlar kuşaktan kuşağa geçmekte ve kamu görevlilerinin vicdanında yerleşmektedir.[1182]

---

verilerek bastırıcı bir düzen kurulması yerine "idari" (yönetsel) etiğin gelişmesi ve yerleşmesine katkı sağlayarak önleyici bir tutum takınılması ve disiplin kuralında da etik unsuruna ağırlık verilmesi daha isabetli bir yol olacaktır. Krş. Tanilli, s. 451. Disiplin kurallarının bazı durumlarda etik kuralların ihlaline yaptırım öngörmesi nedeniyle de söz konusu kurallarla etik normları arasında bir ilişki bulunmaktadır. Gerçekten de disiplin kurallarının tümü mesleki kuralların tamamını açıklayıcı ve onların ihlali halinde yaptırım uygulanmasını gerektirici bir niteliğe sahip bulunmamaktadır. Kimi durumlarda disiplin hukuku, mesleğin bünyesine ilişkin temel "ahlaki" (moral) yazılı veya yazılı olmayan önemli etik kurallarının ihlaline ilişkin bir yaptırım olarak gözükebilmektedir. Krş. Sancakdar, O. Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetim, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 141.

[1181] Etik ile disiplin sözlük anlamları ve yöneldikleri amaç bakımından da birbirinden farklılık göstermektedir. Gerçekten de sözlük anlamı olarak "disiplin" (discipline); talimat, bilgi ve tecrübenin iletilerek kavranması, kural ve emirlere uygun davranmak ve onlara saygı göstermek için eğitime tabi tutmak, düzeltme, şiddetli cezalandırma, cezalandırma, ceza, kural ve düzenlemeler anlamını taşımasına (Bkz. Black's Law Dictionary, s. 417) karşın etiğin sözcük anlamı bunlardan hiçbirini bünyesinde barındırmamaktadır. Bunlar arasında amaç bakımından da farklılık bulunmaktadır. Gerçekten de günümüzde çağcıl ülkelerin kamu yönetimlerinde gittikçe artan ölçüde etik kurallara yer verildiği görülmektedir. Bu kurallarla devletin karar alma sürecinde nesnelliğinin ve tarafsızlığının sağlanarak yurttaşların korunması ve onların devlete güveninin sağlanması amaçlanmıştır. Bkz. Roberts, R. History of the Legalization of Executive Branch Ethics Regulation, Public Integrity, vol. 9, no. 4, Fall 2007, s. 313. Buna karşın, kamu görevlileri hakkında öngörülen disiplin suç ve cezalarında kurum düzeni ve disiplinin korunması amaçlanmıştır.

[1182] Krş., Keyman, Hukuka Giriş, s. 86.

Etik kurallarda kanunilik ilkesinin uygulanamamasının bir başka nedenini, "düzenleme unsuru"nun farklılığı oluşturur. Gerçekten de ne kadar ayrıntılı bir düzenleme yapılırsa yapılsın kamu görevlilerinin uymaları gereken etik ilke ve kuralların hepsi etik normuna dönüştürülememekte,[1183] yalnızca etikle ilgili önemli bazı konular etik normuna dönüştürülebilmektedir. Zira etik kamu görevlisinin öznel değerlendirmesini gerektirdiği gibi kamu yönetiminin günlük uygulamalarında da her gün yeni bir etik ilke veya kural doğabilmekte, dolayısıyla onların norm haline getirilerek dondurulması mümkün olmamaktadır. Buna karşın disiplin suç ve cezalarının tümünün norm haline getirilmesi olanaklı bulunmaktadır. Esasında yapılacak ayrıntılı bir düzenleme ile bütün disiplin suç ve cezalarının norm haline getirilmesinin pek fazla zorluğu da bulunmamaktadır. Örneğin kamu görevlilerinin kurum disiplin ve düzenini bozabilecek hareketlerinin neler olduğu ayrıntılı bir çalışmayı gerektirse de kolaylıkla saptanabilmekte ve bu çerçevede disiplin suç ve cezalarının tümü "kanun" ile öngörülebilmektedir.

Düzenleme unsuru bağlamında etik ile disiplin normları arasındaki bir diğer farklılığı, düzenleme alanlarının değişik olması oluşturur. Her şeyden önce etik kuralların içerisinde yer alan deontolojik kurallar, bir başka deyişle, mesleki kuralların bir kısmı, disiplin normu olarak nitelendirilemez. Bu kurallar daha ziyade mesleki özgürlükleri savunma, mesleki dayanışma ve mesleği geliştirmeye yönelik normlardır.[1184] Bu normların yasal düzenlemeye kavuşturulması olanaksız değilse bile oldukça güçtür.

Yine etiğin kapsamının, disiplinin kapsamından daha geniş olması yüzünden de etik kurallarda kanunilik ilkesinin benimsenmesi güçleşmektedir. Zira yalnızca kamu çalışanlarının uymaları gereken etik kurallar bulunmamakta, bunun yanında,

[1183] Gerçekten de değişik ve birbiriyle uyumsuz standartlarla yüz yüze kalındığı için kamu kurum ve kuruluşlarında etik standartların saptanıp uygulamaya geçirilmesi oldukça büyük sorunlara yol açmaktadır. Örneğin şehir planlaması, her birisinin farklı amaçları bulunan çok sayıda kişiyi ilgilendirmekte ve bu alanda birbiriyle yarışan siyasi güçler bulunmaktadır. Kişilerin şehir planlaması konusundaki etik ölçütlerini karşılayacak ve onların her birisini memnun edecek tarzda etik kural koymak oldukça güçleşmektedir. Krş. Johnson, s. 350. Yine kamu yönetiminde etik değer ve normların bir kısmını hukuk kuralı haline getirebilen ülkeler genellikle her bir kamu kurum veya kuruluşunda bir kişiyi etik görevlisi saptamakta ve o kişi söz konusu kurum veya kuruluşta etik uygulamaları ve eğitiminin denetlenmesinden sorumlu bulunmaktadır. Bütün etik değerler mevzuata dönüştürülemediği için ülkeler genellikle etik görevlisinin etik kurallara aykırı bulduğu davranışları da idari yaptırımlara tabi tutmaktadırlar. Etik görevlisinin etik kurallara aykırı davranışları saptarken kendi öznel değerlendirmesini katması gerekeceğine göre etik işlerinde kanunilik ilkesinin uygulanmasının oldukça zor olduğu ortadadır. Krş. Roberts, s. 318.

[1184] Krş. Sancakdar, s. 142.

devletin ve kamu organizasyonlarının da sahip olduğu veya olması gereken bir takım etik normlar bulunmaktadır. Bunun gibi az önce belirtildiği üzere kamu görevlisinin kamu yönetimi bakımından etik kurallara uygun davrandığından bahsedilebilmesi için salt yazılı etik kurallarına uyum sağlaması yetmemekte, bunun yanında, yazısız etik normlarına da uyum sağlaması gerekmektedir. Buna karşın, bir kamu görevlisinin salt yazılı disiplin kurallarına uyum sağlaması halinde onun disipline uygun bir şekilde hareket ettiğini söyleyebilmek olanaklı olmaktadır.[1185]

Ayrıca kimi etik ihlallerinin yapılması için kusur şartının bulunmasının gerekmemesi yüzünden de etik bağlamında kanunilik ilkesinin benimsenmesi oldukça güçleşmektedir. Gerçekten de "etik" ve "hesap verilebilirlik" (accountability) konusundaki geleneksel standartlar, kamu görevlilerinin bütün koşulları ve onun olası sonuçları hakkında yeterli bilgi sahibi olduğu varsayımıyla hareket etmektedir. Bununla birlikte, kamu görevlilerinin sık sık sınırlı bir bilgiyle hareket ettikleri ve hareketlerinin sonuçlarını doğru bir şekilde kestiremedikleri de bir gerçektir. Bundan başka uygulamada karşılaşılan sorunların bir kısmı öyle karmaşık ve berbat bir nitelik göstermektedir ki bu sorunları basit bir etik kodunun çözümleyebilmesi oldukça güç olmaktadır. Bu nedenlerle oldukça iyi düşünülmüş tercihlerin bile istenmeyen ve zararlı sonuçlar doğurması olasıdır. Örneğin karar alırken bir kamu görevlisinin karşı tarafı bilgilendirmemesinin etiğe aykırı bir tarafı bulunmamaktadır. Bununla birlikte kamu görevlisi, karşı tarafın bilgilendirilmeye gereksinim duyduğunun farkına varır ve bu bilginin karşı tarafa iletilmesinde ihmal gösterirse etik kural ihlali yapmış sayılır. Karşı tarafın bilgilendirilmeye gereksinim duyduğu hallerin hukuk kuralıyla teker teker saptanması olanaksız olduğundan bu örnek bile etik bağlamında kanunilik ilkesinin benimsenmesinin oldukça güç olduğunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır.[1186]

Kişi ve kurumların etik seçimlerinin, sık sık onların denetimi dışında bulunması yüzünden de etikte kanunilik ilkesi uygulanamamaktadır. Bu bağlamda sık sık görülen davranış tarzları, hukuk, bulunabilen mali kaynaklar, kurumsal "siyasalar" (policies), kurumun paydaş veya ortakları, üst yöneticiler veya önceki yönetim tarafından etik seçimler dikte edilebilmektedir. Bu durum, örneğin bir sosyal

[1185] Krş. Roberts, s. 322, 327.
[1186] Krş. Johnson, s. 352.

çalışmacı veya müfettişin etik kılavuzluk standart veya kuralları takip etmesini önleyebilmektedir.[1187]

Kimi durumlarda kamu görevlisinin kişisel menfaatinin etik seçiminden ayrılabilmesinin zorluğu da kanımızca etik işlerinde kanunilik ilkesinin benimsenmesini zorlaştırmaktadır. Bundan da öte en kutsal söylemlerden birisi olan "benim için iyi olan nedir" ile "hepimiz için en iyi olan nedir" ifadeleri harmanlansa bile hiç bir şey saf olarak "özgeci" (altruistic) bir nitelik taşımamaktadır. Bu bağlamda örneğin yanlış ve doğru davranışlar konusunda keskin etik standart veya normlara sahip olan bir polis memuru veya sosyal çalışmacı, söz konusu standartlar konusunda daha hoşgörülü olan meslektaşına oranla daha fazla zorluklarla karşılaşmaktadır. Bu durumda her iki tip polis veya sosyal çalışmacı aynı kurallara tabi olmasına karşın, bunlardan özgeci olanı kendi ahlaki standartlarını yerine getirebilmek için kuralları daha sıkı bir şekilde yorumlayacaktır.[1188]

Kamu siyasasının bulunduğu her alanda ideal ile gerçeklik arasında daima bir boşluğun bulunması da etik işlerinde kanunilik ilkesinin benimsenmesini zorlaşmaktadır. Özellikle acil sorunlarda tam ideal durumdan uzak olunsa bile bazı iyileşmeyi, bir başka deyişle, "şimdilik yeterli ölçüde iyiyi" sağlayacak şekilde davranılması gerekmektedir. Örneğin bir temel afetle karşılaşıldığı zaman, alınacak tedbirler istenildiği ölçüde etik olarak iyi tasarlanmış olmasa bile afet teşkilatı acil bir şekilde tedbir almak zorundadır. Çünkü böyle durumlarda, acele bir şekilde harekete geçmek, gecikmiş bir şekilde olaya müdahale etmekten daha faydalı olmaktadır. Yine örneğin kolluk işleri göz önüne alınırsa, suçun tam olarak ortadan kaldırılması mümkün olmadığı gibi her bir polis görevlisinin dürüst, şerefli ve etkin olabilmesi de mümkün değildir. Bu yüzden polisi denetlemek ve gözetlemek konumunda bulunanlar, çalkantılı bir kent yaşamında polisin sağlayabileceği başarının sınırını dikkate alması gerekir. Bu bağlamda polisin başarısız olduğu alanlardan bazılarının bizzat polisin ahlaksız olmasından veya etik ölçülere uygun hareket etmemesi yüzünden gerçekleşmediğini hatırdan uzak tutmamak gerekir.[1189]

Etik konusunda başarılı olabilmek için ortak bir şekilde hareket edilmesi zorunluluğu da kanımızca etik işlerinde kanunilik ilkesinin kabulünü

[1187] Krş. Johnson, s. 352.
[1188] Johnson, s. 352.
[1189] Krş. Johnson, s. 352.

zorlaştırmaktadır. Gerçekten de etik konusunda dikkat edilmesi gereken temel nokta; kişisel etik seçiminin önemli olması kadar, işbirliğine dayanan günümüz "yönetişimlerinde" (governances) etik davranışın ortak olmasının da gerekli olmasıdır. Günümüzdeki demokratik ve katılımcı süreçte farklı görüş ve çıkarlar hoş karşılanabilmesine rağmen etik ilkelere uygun bir şekilde tasarruf yapabilmek için yukarıda belirtilen usuli, öze yönelik ve dizgesel etik konularında belirli bir ortak anlayış çerçevesinde hareket edilmesi gerekmektedir. Örneğin Birleşik Devletler, büyük bir olasılıkla, başka bir hiç bir ülkede görülmeyen ve iyi okullara girilmesi oldukça güç olan yarışmacı bir eğitim dizgesine sahip bulunmaktadır. Bu dizgenin benimsediği esaslardan birisini "hiç bir çocuk geri kalmasın" (no child left behind) ideali oluşturmaktadır ki bu idealin gerçekleştirilebilmesi için uygulamaya yönelik diğer birçok alanlarda etik seçim yapılması gerekmektedir. Üstelik bu seçimin yapılması da söz konusu idealin gerçekleştirilmesini garanti edememektedir. Diğer yandan söz konusu seçim, toplumu sayısız yollarla da etkilemektedir. Sonuç olarak işbirliğine dayalı yönetişim sürgit bir şekilde etik açısından sorun oluşturmaktadır.[1190]

İşte doğası gereği etikte idare hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesinin tam olarak uygulanması oldukça güç olduğundan dünyada hiçbir ülke, etik norm ihlallerinde söz konusu ilkeyi uygulamamaktadır. Hatta bu güçlük yüzünden bazı ülkeler söz konusu ihlallere herhangi bir yaptırım da öngörmemektedir. Daha açık bir deyişle kimi ülkeler, örneğin, Türkiye, etik kurallar konusunda "dürüstlüğe dayalı etik kod" (integrity-based ethics code) esasını uygularken,[1191] bazı ülkeler, örnek

[1190] Johnson, s. 352-353.

[1191] Türk pozitif hukuku bakımından etik kurallara aykırılığın herhangi bir yaptırımı bulunmamaktadır. Zira etik bir norma aykırılığın yaptırım doğurabilmesi için normlarda bu hususun açıkça belirtilmesi gerekir. Normlarda belirtilmediği müddetçe etik kuralların ihlal edilmesi disiplin veya başka bir sorumluluk türü doğurmaz. Bu bağlamda normlarda belirtilmediği müddetçe, etik kuralların ihlali, disiplin ceza hukukunu ilgilendirmez. Krş. Judiciary Liability in the Italian System, s. 4. Bkz. http://medel.bugiweb.com/usr/judiciary%20liability%20italy.pdf, Erişim Tarihi, s. 10.12.2010. Pozitif hukukta etik kurallara aykırılığın yaptırımı bulunmadığı gibi bütün dünyada olduğu gibi Türkiye'de de etik işlerinde kanunilik ilkesi uygulanmamaktadır. Zira kamu görevlilerinin uyması gereken etik ilkeler, 25.5.2004 tarih ve 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda değil Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (Bkz. 13.4.2005 tarih ve 25785 sayılı R.G.) ve Denetim Görevlilerinin Uyacakları Mesleki Etik Davranış İlkeleri Hakkında Yönetmelik (Bkz. 14.9.2010 tarih ve 27699 sayılı R.G.) ile düzenlenmiştir. Bu ilkelerin kanun yerine yönetmeliklerde düzenlenmesi Türk idare hukukunda geçerli olan kanunilik türlerinden "uygunluk ilişkisi"nin gereğinin yerine getirildiği anlamını taşımaz. Bu bağlamda söz konusu ilişkinin gereğinin yerine getirilebilmesi için kanunun etik kuralların asli unsurlarını düzenlemesi gerekirdi.

olarak Amerika Birleşik Devletleri "kurala veya uyuma dayalı etik kod" (rule or compliance-based ethics code) esasını uygulamaktadır. Bu esaslar arasında temel fark, birincisinde, kuruma kılavuzluk yapacak değerler saptanmakta, etiğe uygun davranışları destekleyecek bir ortam yaratılıp kamu çalışanları arasında paylaşılmış bir şekilde "hesap verilebilirlik" (accountability) unsuruna vurgu yapılırken, ikincisinde etik kural ihlallerini cezalandırarak ve denetimi artırarak hukuka aykırı davranışları önlemeye vurgu yapılmaktadır.[1192]

[1192] Bkz. http://answers.yahoo.com/question/index?qid=20090126080403AAv8630, Erişim Tarihi, 10.1.2012. Birleşik Devletlerde etik kural ihlalleri için yaptırım öngörülmesinden bu ülkede etik işlerinde kanunilik ilkesine uyulduğu sonucu çıkartılmamalıdır. Bu ülkede etik normlar genellikle "kanun" ile değil idarelerin çıkarttığı "kılavuz ilkeler" ile saptanmaktadır. Ayrıca Denhardt'ın belirttiği üzere eyaletlerin ezici bir çoğunluğunda ve çoğu yerel yönetimlerde etik davranışlara uyumu gözetlemek için etik komisyonları oluşturulmuştur. Bu komisyonlar etik kural ihlalini saptayarak ihlalci kamu görevlilerine çoğunlukla idari para cezası vermektedirler. Bkz. Dendardt, s. 121. Aslında yasayla saptanması şöyle dursun, etik kuralların tümünün kılavuz veya rehber ilkelerle saptanması bile oldukça güçtür. Bu bağlamda ülkelerin yalnızca bazı etik değer ve normları yazılı şekle dönüştürülebildiğini belirtmek gerekir. Zira yaşamın karmaşık olması yüzünden çıkartılacak etik kurallarda boşluk veya ayrıksı durumlar bulunmakta, bu durum ise etikte "hileyle yönlendirmeye" (manipulation) yol açmaktadır. Yine etik hakkında ayrıntılı kurallar konuldukça kuralların birbiriyle çelişmesi görülmekte ve çelişme durumunda nasıl hareket edileceği belirsizlik olmaktadır. Bkz.(http://www.carroll.edu/msmillie/bioethics/problemswrule.htm, Erişim Tarihi, 10.1.2012).

SONUÇ

Türkiye'de idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin derinlemesine ve ayrıntılı bir analizi şöyle dursun, idari suç ve ceza konusunda yapılan kuramsal çalışmalar bile neredeyse "cenin" (infant) aşamasında bulunmakta ve bu iş de çoğunlukla ceza hukukçularının çalışma alanına bırakılmış bulunmaktadır. Ancak idari suç ve cezalar "cezai idare hukuku"nun kapsamına girmekte, bu hukuk ise "idare hukuku"nun bir bölümünü oluşturmaktadır.

Çalışmanın Birinci Bölümünde suç ve cezada kanunilik ilkesinin anlamı ile ceza hukuku tarihçesi boyunca birbirleriyle sürekli savaşım içerisinde bulunan ve söz konusu ilkenin türlerini oluşturan "biçimsel kanunilik ilkesi" ile "maddi kanunilik ilkesi" üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmuştur. Maddi kanunilik ilkesinin, otoriter rejimlerde veya sosyalist rejimlerin ilk dönemlerinde uygulanan ayrıksı bir durum niteliğini, buna karşın, biçimsel kanunilik ilkesinin neredeyse evrensel olarak bütün modern ülkeler tarafından kabul gördüğünü belirtmek gerekir.

Günümüzde "kanunilik" ilkesi, bir başka deyişle, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralı alanında yaşanan bir gelişme; çağcıl ceza hukukunun diğer ilkeleri benimsenmediği müddetçe, söz konusu kuralın benimsenmesinin bir anlamının olmadığının ortaya çıkmasıdır. Çünkü çağcıl ceza hukukunun bütün ilkeleri, örneğin "kusursuz sorumluluk olmaz" anlayışı benimsenmediği müddetçe kanunilik ilkesinin kişi hak ve özgürlükleri için bir "güvence" (teminat) oluşturmayacağı anlaşılmıştır. Bunun en açık örneğini Hitler ve Mussolini dönemleri oluşturmuştur. Daha açık bir deyişle, Mussolini'nin iktidarda olduğu dönemde yürürlükte olan 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununda sürgit bir şekilde ve Hitler'in iktidarında yürürlükte bulunan Alman Ceza Kanununda belirli bir dönem "kanunilik" kuralı bulunmasına karşın, yaygın bir şekilde keyfi cezalandırma ve yargısız infaz olaylarıyla karşılaşılmıştır.[1193] II. Dünya Savaşından sonra Mussolini ve Hitler dönemine duyulan tepkinin sonucu olarak "kanunilik" kavramının çağcıl ceza hukukunun diğer ilkeleriyle ayrılmaz bir

[1193] Zira biçimsel kanunilik ilkesinin temelinde pozitivist anlayışın etkileri bulunsa da hukuki pozitivizmin yansızlık adına devletçi olabilmesi karşısında bireyler için büyük öneme sahip olan biçimsel güvence erozyona uğramış, bu bağlamda tarafsızlık adına kanun koyucunun tercihlerinin sorgulanamadığı ve devleti amaç olarak kabul eden görüşler önem kazanmaya başlamış, özellikle Nasyonal Sosyalist rejim, bir tür devletçi anlayışın katkıları ile serpilmiştir. Bkz. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 43.

birlikteliğe sahip olduğu esası benimsenmiş, insan hakları[1194] evrensel düzeyde kurumsallaşmış, anayasa ve ceza yasalarında bireysel hak ve özgürlükleri garanti altına alıcı düzenlemeler yapılmış ve bireysel güvencelerin ihlalini önlemeye yönelik ulusal ve ulus-üstü denetim dizgeleri oluşturulmuştur.[1195]

Gerçekten de kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini ifade eden kanunilik esası, klasik anlamında, 1789 Fransız İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin erkler ayrılığı ilkesine dayanmakta ve suç ile cezayı yaratmak açısından yalnızca İdarenin sınırlanmasıyla uğraşmaktadır. Hâlbuki çağcıl yasallık ilkesi, ceza hukuku alanında yasama, yargı ve İdareyi sınırlayan kurallara da yer vermiştir. Kısacası, günümüz, kanunilik ilkesi salt "kanunsuz suç ve ceza olmaz" deyişini taşan bir anlama kavuşmuştur. Bu bağlamda "salt kanun" anlayışı benimsenerek İdareye, olağan durumlarda ceza veya idari ceza normu koyarak ceza veya cezai idare hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanı yaratmak yetkisi tanınmamıştır. İnsan haklarının korunması ve bireyin anayasal hak ve özgürlüklerini ihlal etme olasılığı bulunan eylemlerin cezai veya idari suç olarak tanımlanması yasama organının görevi sayılmıştır. Bu çerçevede, Faşizmin ve Nazizm'in tarihsel uygulamalarından ders alınarak yasamanın ceza veya idari ceza koymak görevi "sıkı veya katı kanunilik" ile çağcıl ceza hukukunun diğer ilkelerini oluşturan "dış dünyada oluşan davranışın hukuksal varlık veya menfaati ihlale uygunluğu" ve "ceza sorumluluğunun kişiselliği" ilkeleriyle sınırlandırılmış ve anayasal yargı denetimine konu olmuştur.[1196] Bir başka deyişle, biçimsel (kanuni) hukuka aykırılığı kabul eden yazarlar bile biçimsel ve maddi hukuka aykırılık ayrımından yararlanabilmekte, bu yazarlara göre, maddi hukuka aykırılık kavramı, hukuki konunun ihlalini ifade

[1194] Gerçekten de günümüzde cezalandırma sebebi değişmiştir. Daha açık bir deyişle, ceza normunun bir fiili suç olarak tanımlaması siyasi gücün iktidarını veya toplumsal savunmayı sağlamak amacına yönelmediği gibi etik değerleri korumak veya failin tehlikeliliğini önlemek amacına da yönelmemiştir. Çağcıl ceza hukukunun amacı, özgürlükçü bir demokratik düzende, kişilerin sahip olduğu hak ve özgürlüklerin ihlalini önlemektir. Bu açıdan, ceza sorumluluğunun konusunu "fail" değil, "hukuksal varlık veya menfaatin ihlali" oluşturmaktadır. Günümüzde siyasal güç, insancıl bir ceza hukuku oluşturmakla yükümlü bulunmakta, daha açık bir deyişle, ceza sorumluluğunun kurallarını veya cezayı belirlerken, suç tanımını yaparken, muhakeme yöntemlerini saptarken veya cezaların infazına yönelik kuralları oluştururken keyfi ve öznel bir yetkiye sahip olmayıp, insan haklarıyla sınırlı bir görev yapmak durumunda bulunmaktadır. Özek, Ç. "1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler, İÜHFM, Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na Armağan Sayısı, Cilt: LVI, Sayı: 1-4, Yıl: 1998, s. 27. Bütün bu anlatılanların idari suç ve cezalarla uğraşan cezai idare hukukunu da etkilemesi kaçınılmazdır.

[1195] Krş. Özek, s. 28.

[1196] Krş. Özek, s. 26-27.

etmektedir. Bu bağlamda davranış, kanunun bir hükmünü ihlal ettiğinde biçimsel, hukuken korunan varlık ya da menfaati ihlal ettiğinde ise maddi anlamda hukuka aykırı olmaktadır.[1197]

Az önce belirtildiği üzere günümüzde "kanunilik" ilkesi, çağcıl ceza hukukunun diğer ilkeleriyle bir bütünlük oluşturmuştur. Gerçekten de günümüzde salt kanunilik ilkesi ve bu ilkenin kanunun, tekelciliği, açıklığı ve geriye yürümezliği alt ilkelerinin benimsenmesinin kişilere güvence sağlanması bakımından fazla bir önemi bulunmamaktadır. Zira ceza ve bu arada cezai idare hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılığın "salt kanun" ile yaratılabilmesi yanında başka ceza hukuku ilkelerinin de benimsenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda idari ceza sorumluluğunun anayasal kurallara aykırı olarak, örneğin, kusursuz sorumluluk esasına dayalı olarak bir idari ceza normu yaratılamaması gerekir.[1198] Bunlardan başka, korunan hukuksal yararın "ihlale elverişli" olması esasının da benimsenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, demokratik ve insan haklarına dayalı olan siyasi dizgelerde herhangi bir idari ceza normu insan haklarını ihlal eden suç tiplerini tanımlayamayacağı gibi korunan hukuksal yararı ihlale uygun olmayan eylemi de suç sayamaz.[1199] Yine dış

[1197] Bkz. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 40.

[1198] İşte bu noktada Anayasa Mahkemesi yanılarak manevi unsur, bir başka deyişle, "kusurluluk" unsuru olmadan da idari suç niteliğindeki idari trafik suçunun işlenebileceği görüşünü savunmaktadır. Hâlbuki halka yönelik idari bir suçun, kusurluluğun türlerini oluşturan kast veya taksir olmadan işlenebilmesini çağcıl anlayış (Nitekim bu anlayışa uygun olarak idari suç ve cezalar bakımından genel nitelikli hükümler taşıyan 5326 sayılı Kanunun 9. maddesinde de "kusurluluk" esası benimsenmiştir.) kabul etmemektedir. (Zira ceza hukuku doğası itibarıyla hukuka aykırı fiiller disiplinini oluşturur. Bu hukuk dalında kusurlu sorumluluk esas olup kusursuz sorumluluk kalıntıları hukuk düzenlerinden temizlenmektedir. Özel hukuk alanında ise zarar gören menfaati tazmini amacı esas olup, kusurlu ve "kusursuz" (objektif) sorumluluk türleri bir arada bu amaca hizmet etmektedir. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 100). Bu gerçeğe karşın Anayasa Mahkemesi çağdaş anlayış ve hukukun kabul etmediği kusursuz sorumluluk şeklinde ortaya çıkan plakaya ceza verilmesini öngören düzenlemeleri Anayasaya uygun bulmaktadır. Örneğin, Anayasa Mahkemesinin 6.1.2005 tarih ve E. 2001/487, K. 2005/2 sayılı kararında, plaka sahibine özel usulsüzlük cezası verilmesini öngören norm Anayasaya uygun bulunmuştur. Mahkeme bu kararında, 213 sayılı VUK'un 353. Maddesinin 10. fıkrasında yer alan; bu kanunun 127. maddesinin (c) bendi uyarınca Maliye Bakanlığının özel işaretli görevlisinin ikazına rağmen durmayan aracın sahibi adına özel usulsüzlük cezası kesileceği yönündeki hükmü, ancak plâkası ile araç sahibine ulaşılabileceği, aracın çalınması, zor kullanılarak ele geçirilmesi gibi durumlar dışında, durmayan aracın sürücüsü ile sahibi arasında hiçbir bağlantının bulunmadığının da söylenemeyeceğini, kaldı ki, araç sahibi olmayan sürücünün, dur ikazına uymayarak suç işlemesi halinde, adına ceza kesilen araç sahibinin sürücüye rücu etme olanağının bulunduğu da göz ardı edilemeyeceği gerekçesiyle Anayasaya aykırı görmemiştir. Bkz. 27.10.2005 tarih ve 25979 sayılı R.G.

[1199] Katoğlu'nun belirttiği üzere hukuka aykırılığı, fiilin hukuk normları ile çatışmasından ibaret görüp bu çatışmanın içeriğini ihmal eden salt biçimsel yaklaşımlar isabetsizdir. Yazar, biçimsel anlayışın yerine getirdiği güvence işlevi vazgeçilmez olmakla birlikte, biçimsel hukuka aykırılığın, hukuki varlık ya da menfaatlerin ihlaline karşılık gelen bir içerik ile tamamlanmasının zorunlu olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 44. Yine Katoğlu'nun belirttiği

dünyada değişiklik yaratmayan bir eylem idari ceza sorumluluğu yaratamaz. Bu çerçevede çağcıl ceza hukuku ilkeleri, yasamanın cezai idare hukukunu ilgilendiren "hukuka aykırılık alanı" yaratmak konusunda sınırlı ve denetlenen bir görev gördüğünü, öznel bir takdir yetkisinin olmadığı anlamını taşır.[1200]

Bu bağlamda yapılan açıklamaları özetlemek gerekirse, günümüzde insan hakları ve çağcıl anayasal kurallarla bağımlı demokratik ceza sorumluğu; katı veya sıkı bir kanunilik kuralının ve bu kuralın kapsamındaki uygulama kurallarının varlığına,[1201] iradi bir hareketle dış dünyada değişiklik yaratılmasına, eylemin

---

üzere ceza hukukunda hukuka aykırılık, Nazi Almanya'sında olduğu gibi yalnızca maddi boyutu ile alınmasının yanı sıra içerikten müstakil bir kabul olarak benimsenmesi halinde de fiilin ihlal edici boyutunu görmezden gelebilecek baskıcı, otoriter rejimlere zemin hazırlanmış olacaktır. Yazar, "biçimsel" ifadesinin biçimin önemine işaret etmekle birlikte, içerikten yoksunluk anlamına gelmediğini, "hukuk insanlar içindir" (hominum causa constitutum est) deyişinin de ifade ettiği gibi ceza hukukunun da koruma işlevini yerine getirirken bunu varlık ve menfaatleri esas almak suretiyle yapacağını belirtmektedir. Yazar, "maddi" sözcüğü kullanılmak istenmiyor ise "gerçek" sözcüğünün kullanılabileceği bir içeriğin söz konusu olduğunu, varlık ya da menfaatlerin, doğal gerçeklik içinde tehlikeye maruz bırakılması ya da zarara uğratılmasının, bir başka deyişle, maddi ya da gerçek anlamda bir zararın bulunmasından söz edilmesi gerektiğini, bununla birlikte, suçun varlığı için yalnızca bir zararın meydana gelmesinin yeterli olmadığını, kanun koyucunun da bu zarar bakımından bazı hüküm ve sonuçlar doğurması gerektiğini ifade etmektedir. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 74-75. Nitekim Florian'ın belirttiği üzere, hukuka aykırılık, fiile ilişkin bir toplumsal değerlendirme olarak ortaya çıkmakta, bu değerlendirmenin somutlaştığı yeri ise suçun hukuki konusu oluşturmaktadır. Nak. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 75 dn. 346.

[1200] Krş., Özek, s. 28.

[1201] İdari suç ve ceza normları bağlamında sıkı veya katı kanunilik ilkesinin nasıl uygulanması gerektiğini incelemek faydalı olacaktır. İdare, idari ceza normunun uygulanması konusunda yetkisini kullanırken "dar yorum" esasına uymak ve ayrıksı durumlarda verilen takdir yetkisini kullanırken de söz konusu normun "sebep ve amaç" unsuruna riayet etmek, bir başka deyişle, idari ceza normu açısından fiilin "hukuka aykırılık bağı" bulunması kuralıyla sınırlandırılmıştır. Bu açıdan ceza veya cezai idare hukuku bakımından yorumun tek özelliği sanıldığı gibi sadece "kıyas yoluyla muhakeme yasağı" değildir. Bunun yanında, "fail lehine yorum" yapması ile "dar yorum" kuralı çerçevesinde, İdarenin cezai idare hukuku sorumluluğunu genişletecek ölçüde yorum yapmaması esası geçerlidir. Yine idare, "hukuka aykırılık bağı"na, daha açık bir deyişle, somut olayda fiilin korunan hukuksal varlık veya menfaati ihlal etmeye uygunluğunu dikkate almak zorundadır. Bu bağlamda İdare, idari ceza normunun koruduğu hukuki varlık veya menfaati ihlal edeceğini öngörerek ihlalini önlemek için suç saydığı eylemle sınırlı olarak karar vermek zorundadır. Daha açık bir deyişle İdare, somut olayda, işlenen eylemin hukuksal varlık veya yararı ihlal etmeye uygunluğunu denetleyerek karar vermek zorundadır. Zira günümüzde cezai hukuk kişileri "cezalandırma hukuku" olmaktan çıkmış, bunun yerine kişilerin haklarını koruyan ve onlara güvence sağlayan bir hukuk kimliğine kavuşmuştur. Daha açık bir deyişle, özellikle 1975 yılından itibaren gelişmeye başlayan çağcıl cezai hukuk, geleneksel yaklaşımları hızla eskitmiştir. Örneğin, gelenekse yaklaşıma göre "suç" biçimsel olarak, ceza normunun tanımladığı "fiil" olarak kabul edilmesine karşın, çağcıl yaklaşım "öz (maddi) suç" anlayışını esas almış, bu çerçevede, ceza normunun koruduğu varlık veya menfaati ihlal eden somut davranışı suç olarak kabul etmiştir. Bu uygunluk, özellikle tehlike idari suçlarında aranmaktadır. Daha açık bir deyişle, önlenmek istenilen tehlikeyi yaratmaya elverişli olmayan bir davranış "tipik fiil" olarak kabul edilmemektedir. Nitekim çağcıl ceza hukuku öğretisinde "işlenemez suç" deyimi, salt teşebbüs açısından değil korunan hukuksal varlık veya menfaati ihlale elverişli olmayan bütün fiiller açısından geçerli olarak kabul edilmektedir. İdari cezada yasallık konusunda değinilmesi gereken bir başka husus, İdarenin ceza normunu uygularken "kanunilik" kuralı ile sınırlı bir hüküm verebileceğidir. Daha açık bir deyişle, İdare, idari ceza normunda hukuka aykırılığın somut olayda

korunan hukuksal varlık veya menfaati ihlali uygunluğuna[1202] ve kusurluluk[1203] ilkelerine dayanmaktadır. Bu ilkeleri, Latince olarak şu şekilde ifade etmek olanaklıdır: (Nullum crimen sine lege, actione, iniura, culpa).[1204]

Günümüzde "suç ve cezada kanunilik" ilkesi konusunda yaşanan bir başka gelişme, söz konusu ilke ile "kanun önünde eşitlik" ilkesi arasında ayrılmaz bir "bütünlük" ilişkisinin bulunduğunun kavranmasıdır. Bu bağlamda, idari suç ve cezalar bakımından "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi ne kadar titiz olarak kabul edilirse edilsin eğer "kanun önünde eşitlik" ilkesi tam olarak sağlanamıyorsa "kanunilik" ilkesinin benimsenmesinin fazla bir önemi bulunmamaktadır. Bu durum idari suç ve cezalar bakımından esnek veya yetersiz olarak kanunilik ilkesini benimsemiş olan Türkiye açısından "evleviyetle" (argumentum a fortiori) geçerli bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, "kanun önünde eşitlik" ilkesinin uygulamada tam olarak benimsenmemesi, idari suç ve cezalarda zaten gevşek veya yetersiz olarak kanunilik ilkesini adeta "hiç" konumuna indirgemiştir. Nitekim Tosun'un isabetli olarak belirttiği üzere Türkiye'de ceza kanunlarında hükümler bulunmasına karşın,

---

gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmekle görevlidir. Bu bağlamda idari ceza normu, korunan hukuksal varlık veya yararı ihlale uygun davranışı idari suç olarak tanımlamakta İdare de somut olaydaki eylemin korunan hukuksal varlık veya menfaati ihlale uygunluğunu saptadığı zaman ceza verebilmektedir. Bir başka deyişle İdare, ancak eylem ile hukuka aykırılık bağının bulunması durumunda ceza tayin etme yetkisine sahip bulunmaktadır. İdarenin "takdir yetkisinin sınırlılığı" ve cezai idare hukukunda geçerli olan "dar yorum" kuralları da kanuniliğin güvencesini oluşturmaktadır. Krş. Özek, s. 26-28.

[1202] Krş. Özek, s. 26.

[1203] Ancak yalnızca kusurluluk ile suçun açıklanması doğru değildir. Zira sübjektivistler, ceza hukuku ile etiği karıştırmışlar, kişilerin iç dünyasına müdahale etmeye çalışmışlardır. Hâlbuki Beling'in belirttiği üzere hukuk, erdemin bekçisi değil, topluluk halinde birlikte yaşayanların dış dünyalarını düzenleyen bir kurallar bütünü olarak ortaya çıkar. Bu bağlamda yazar, hukuk düzeninin öncelikle bir menfaatler düzeni olduğunu ve insanların iç dünyası ile ilgilenmediğini belirtmektedir. Bkz. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 113.

[1204] Özek, s. 26. Katoğlu'nun isabetli olarak belirttiği üzere manevi unsuru öne çıkaran sübjektif ya da maddi unsura dayanan objektif yaklaşım artık ceza hukukunda itibar görmemektedir. Bu bağlamda hukuk salt fiile indirgenemeyeceği gibi sübjektif boyuttan da ibaret değildir. Günümüzde "kanuna aykırılık" manevi unsurun da bulunması kaydıyla suç ile hukuk düzeni arasındaki çatışma ilişkisidir. Kısacası, suç bütünü bakımından değerlendirildiğinde kanuna aykırılık ne objektif ne de sübjektif olabilir. Buna karşın, bir bütün olarak suç ile hukuk düzeni arasındaki çatışmayı ifade eder. Bkz. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 112. Bir başka deyişle, nesnel ve öznel unsurlar, bir paranın iki yüzü arasındaki ilişki gibi bir bütün arz etmektedir. Bu bağlamda suç, davranış ile gerçekleştirilen ihlal iken, hukuka aykırılık fiil üzerindeki olumsuz bir yargıdır. Kısacası fiil, nesnel ve öznel unsurların bir bireşimidir. Bkz. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 112. Bir başka deyişle, objektif kanuna aykırılık olarak adlandırılan bir varlık ya da menfaatin zarara uğraması ya da tehlikeye maruz bırakılması, kanuna aykırılığın içeriğidir. Krş. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 136. Aslında hukuka aykırılık, fiil ile norm arasındaki çatışma ilişkisidir. Daha açık bir deyişle fiil, normdan kaynaklanan yükümlülüğün yanında norm ile korunan varlık veya menfaat ile de çatışma halindedir. Bu aykırılık içinde ödeve aykırılık ile korunan varlık veya menfaate aykırılık da bulunmaktadır. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s. 113.

zengin veya nüfuzlu kimseler cezadan kurtulabilmektedir.[1205] Bu durum, suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulamada neredeyse bütünüyle kalkma eğiliminde olduğunun en temel göstergesini oluşturmaktadır.[1206]

Günümüzde suç ve cezada kanunilik ilkesi bağlamında görülen bir başka gelişme, söz konusu ilkenin yalnızca maddi hukuk normlarında kabul edilmesinin yeterli olmadığı, bunun yanında, şekil ve usul normları bakımından da benimsenmesinin şart olduğudur. Gerçekten de devletin özellikle yararlandırıcı işlemlerinde usul ve şekil kurallarına uyulması o kadar önem taşımamasına karşın, idari ceza ve cebri icra işlemleri gibi idari yaptırımların uygulanmasında bir takım sıkı usul ve şekil kurallarına tabi olunması bir zorunluluktur. Nitekim çağcıl anlayış, ceza hukuku cezalarının uygulanması bakımından gerekli olan muhakeme normları kadar yoğun olmasa bile cezai idare hukuku normlarının uygulanması bakımından bir takım şekil ve usul kurallarına uyulması gerektiği esasını aramaktadır.[1207] Zira her idari ceza az veya çok kişi özgürlüklerini sınırlandırdığı için bu kuralların olmadığı, uygulanmadığı veya hatalı olarak uygulandığı durumlarda, suç ve cezada kanunilik ilkesi, ereklediği kişi hak ve özgürlüklerine güvence sağlanması işlevini gerekli ölçüde yerine getirmede oldukça zorlanmaktadır.[1208]

Kanunilik ilkesi bağlamında "idari usul ve şekil" konusu yaşamsal derecede önem taşımaktadır. Gerçekten de özellikle Anglosakson hukukuna tabi ülkelerde,

---

[1205] Bkz. Tosun, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s. 61.

[1206] Türkiye'de idari suç ve cezalar bakımından "kanun önünde eşitlik" ilkesine uyulmadığı konusunda bir örnek verilmesi uygun olacaktır. İçişleri Bakanlığı, 25 Şubat 2005 tarihinde ülke genelindeki polis ve jandarma teşkilatlarına gönderdiği genelgede, bundan böyle milletvekilleri ve Yargıtay üyeleri, hâkim ve savcılara trafik cezası kesilmeyeceği, ceza makbuzu yerine tespit tutanağının tutulması gerektiği bildirilmiştir. Genelgede, yargıç ve savcılara ceza tutanağı düzenlenmesi sırasında bazı sürtüşmelerin yaşandığı ve bu sorunların Bakanlığa yansıtıldığı hatırlatılarak tutulan tespit tutanağında hâkim ve savcıların imzası alınmadan Yargıtay üyeleri için Yargıtay Başkanlığına, yargıç ve savcılar için ilgilinin görev yerine en yakın Ağır Ceza Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına, merkez kuruluşlardaki yargıç ve savcılar için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına, milletvekilleri için ise valilikler aracılığıyla TBMM Başkanlığına gönderilmesi istenmiştir. Genelgenin metni için bkz. (http://forum.memurlar.net/konu/37911, Erişim Tarihi, 12.7.2011). Bazı kişileri cezadan istisna tutan bu uygulama, idari trafik cezaları bakımından kanunilik ilkesinin açık bir şekilde tahrip edildiğini somut olarak göstermektedir.

[1207] Krş. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 133.

[1208] Nitekim Moderne'in isabetli olarak belirttiği üzere idari usul ve şekil normları bulunmadığı takdirde suç ve cezada kanunilik ilkesi, kişi özgürlüğünü garanti edici işlevini tam olarak yerine getiremez. Gerçekten de cezai hukuk, ününü, kişinin yaşamı ve özgürlüğünü koruyucu nitelikte "usuli" (process) süreçlere borçludur. Bu bağlamda, depenalizasyon süreci sonunda idari suç ve cezalara dönüşen fiiller bakımından usuli ve şekli bir takım garantiler olmazsa kişi hak ve özgürlüklerinin ihlal riski artar. Bu bağlamda 2-7 Aralık 1989 tarihinde Viyana'da yapılan XIV. Ceza Hukuku Kongresinde idari cezalarda usuli süreçlere büyük önem verilmesi gereğinin altı çizildiğini belirtmek gerekir. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 295- 296.

idari suç ve cezalarda "kanunilik" esasının kabul edilmesinin yeterli olmadığı, bunun yanında, idari usul konusunda genel nitelikli bir kanunun kabul edilmesi gerektiği anlayışı egemendir. Bu çerçevede nasıl ki ceza usulünün hatalı veya eksik olarak düzenlendiği bir ülkede ceza hukukunun iyi bir şekilde düzenlenmesinin bir anlamı bulunmamaktaysa, kanımızca, genel nitelikli idari usule ilişkin bir kanunun olmadığı durumda da cezai idare hukukunda, bir başka deyişle, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin katı ve sert bir şekilde düzenlenmesinin de fazla anlamı bulunmamaktadır. Zira suç ve cezada kanunilik ilkesi yurttaşa güvence vermesi işlevini yalnızca idari usul kurallarının doğru ve tam bir şekilde düzenlendiği durumda yerine getirebilmektedir.[1209]

Çalışmanın Birinci Bölümünde, ayrıca, suç ve cezada kanunilik ilkesi ile diğer kavramlar arasındaki ilişkiler ortaya konulmuştur. Bu kısımda suç ve cezada kanunilik ilkesi ile tipiklik ve idari hukukunda geçerli olan kanunilik türleri ve kanuni idare kavramları arasındaki ilişkiler üzerinde durulmuştur. Bu ilişkinin üzerinde durulması, Türk hukuku bakımından bir zorunluluktur. Zira bu alanda tam

[1209] Ceza usulü kadar, yeryüzünde insanları ilgilendiren başka bir şey yoktur. Nitekim ceza usulünün kusurlu olduğu bir ülkede huzur bulunamaz. Zira Garraud'un belirttiği gibi, ceza kanununu ihlal etmemek elimizdedir ancak kimse, haksız yere takibata uğramayacağından emin olamaz. Bkz. Erem, F. Ceza Usulü Hukuku, Üçüncü Bası, AÜHFY No.: 274, Ankara 1970, s. 52 ve dn. 69. Cezai idare hukuku bakımından da özdeş esaslar geçerlidir. Gerçekten de idari bir suçu işlememek elimizdedir, ancak doğru ve tam bir nitelikte idari usul kurallarının olmadığı bir durumda kimse soruşturmaya uğramayacağı konusunda bir güvenlik içerisinde bulunamaz. Bu yüzden Türkiye açısından genel bir idari usul kanununa olan gereksinim oldukça büyüktür. Türkiye'de idari usul konusunda genel nitelikli bir kanuna gereksinim büyük olmasına rağmen bu konuda hazırlanan kanun tasarısı taslağı yıllardır Başbakanlığın raflarında bekletilmektedir. 1.6.2014 tarihi itibarıyla bu taslak hala TBMM'ne gönderilememiştir. Aslında genel nitelikli bir idari usul kanunu, idari cezaya meşruiyet kazandırabilmek açısından da büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda idari işlemlerin ve bu arada idari ceza işlemlerinin usul ve şekil kurallarına tabi tutulması idari cezaya karşı ileri sürülen çok önemli bir itirazı ortadan kaldırdığını belirtmek gerekir. Gerçekten de idari cezaya yöneltilen itirazlardan birisini İdarenin tarafsızlık ve bağımsızlık teminatına sahip olamaması ve onun bir üst merci veya başkalarınca özellikle siyasiler tarafından etki altına alınabileceği savıdır. Bu itiraz önemli ölçüde doğru olsa da söz konusu itirazı gidermede idari ceza işlemleri konusunda öngörülen usul ve şekil kurallarının büyük bir rol oynayacağını belirtmek gerekir. Nitekim idari bir ceza konulunca, bunun uygulanma şekli ve usulleri idari usul yoluyla açıkça saptanmaktadır. Bu bağlamda kendi özgün niteliğini korumak koşuluyla idari usul-şekil kuralları ceza muhakemesi normlarına benzetilerek oluşturulması gerekir. İdari usul ve şekil kurallarından özellikle "audi alteram partem" (ilgiliyi dinleme hakkı) kuralı uyarınca ilgililerin dinlenebilmesi ve kendilerini savunabilmesi kurallarına büyük önem verilerek söz konusu kurallara uyulmadan idari ceza verilebilmesi olanağının bulunmaması gerekir. Yine idari suç olarak kabul edilen fiillerin tanımı ve sayılması, eylemin tespiti, cezanın asgari ve azami sınırının tayini, el koyma, tebliğ, idari cezaya karşı itiraz şekil ve yollarının belirtilmesi gibi usul ve şekil ilkeleri, idari suç ve cezaya daha fazla açıklık getirmekte ve cezanın muhataplarını İdarenin keyfiliğinden önemli ölçüde kurtarmaktadır. Krş. Sürbehan, S. İdari Müeyyide ve İdari Ceza Hukuku, Türk İdare Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 328, Ocak-Şubat 1971, s. 144. Bu bağlamda idari ceza verilirken söz konusu kurallara aykırılık şekil bozukluğu olarak kabul edilmeli ve böylelikle bahsedilen gölgeden kaynaklanan sakıncalar önemli ölçüde giderilmelidir. Krş. Soyaslan, s. 143-144.

anlamıyla bir terminoloji ve kavram kargaşa ve keşmekeşi yaşanmaktadır. Bu kısımda ayrıntılı bir şekilde gösterildiği üzere suç ve cezada kanunilik ilkesi ile tipiklik birbirinden farklı kavramlar olsa da aralarında birbirini tamamlama ve bütünleme ilişkisi bulunmaktadır. Öte yandan suç ve cezada kanunilik ilkesi ile idare hukukunda geçerli olan kanunilik türleri ve kanuni idare ilkesinin birbirinden farklı hususları ifade ettiğini belirtmek gerekir. Bu bağlamda suç ve cezanın temel unsurlarının kanunla belirlenip ayrıntı ve teknik nitelikteki hususların İdarenin düzenleyici işlemlerine bırakılması idare hukukunda geçerli olan kanunilik türlerinden bağdaşırlık ilişkisi ile uygunluk ilişkisine ve kanuni idare ilkesine uygun olmasına karşın suç ve cezada kanunilik ilkesine uygun değildir. Zira suç ve cezada kanunilik ilkesine uygun davranabilmek için idari suç ve cezanın bütün unsurlarının kanun tarafından düzenlenmesi gerekir. Ancak suç ve cezada kanunilik ilkesi ile idare hukukundaki kanunilik türleri ve kanuni idare ilkesi birbirinden kopuk değildir. Gerçi idare hukukunda geçerli olan kanunilik türlerinden bağdaşırlık ilişkisi, suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık taşımasına rağmen Türk hukukunda geçerli olan uygunluk ilişkisinden açık ceza normlarının güncel hale getirilmesinde yararlanılabilir ve kanuni idare ilkesi de suç ve cezada kanunilik ilkesi gibi yurttaşların hak ve özgürlüklerini güvence altına almayı erekler.[1210]

[1210] Suç ve cezada kanunilik ilkesinin yurttaşların hak ve özgürlüklerini güvence altına alınmasını ereklemesi, hemen bu ilke ile hukuk devleti arasındaki ilişikleri çağrıştırmaktadır. Zira hukuk devletinin de temel hedefi kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktır. Ancak ikisi arasındaki ilişki başlı başına bir inceleme konusu olduğu için bu çalışmada incelenmemiştir. Burada kısaca belirtmek gerekir ki günümüzde tek tip bir hukuk devleti anlayışı bulunmamakta, genel olarak üç tip anlayış bulunmaktadır. Bunları, "pozitivist", "şekli" (formal) ve "maddi" (substantive) hukuk devleti anlayışları olarak ifade etmek olanaklıdır. Bu üç anlayış da kişilerin iradesiyle değil, hukuk kurallarıyla yönetilen bir toplum idealinin örneklerini temsil etmektedir. [Hukuk devletinin bu anlayışları hakkında bilgi için bkz. Neuman, G.L. Amerika'da Anayasal Bir Kavram Olarak Rule of Law ve Alman Anayasasının Rechtsstaat İlkesi ("The US Constitutional Conception of the Rule of Law and Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz" Columbia Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper No: 5, 1999'dan Çeviren Ali Rıza Çoban) in Hukuk Devleti, Adres yayınları, Ankara, 2008, s. 558-559.] Hukuk devletinin bu anlayışlarından şekli anlamda hukuk devleti ilkesi, kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralıyla yakın ilişki içerisinde bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, şekli hukuk devleti anlayışında, hukuk normu olduğu ileri sürülen bir kuralın gerçekten hukuk olup olmadığını belirlemeye yarayan bazı şekli sınırlamalarının bulunduğu varsayılmaktadır. Bu bağlamda, kanunilik ilkesinin ceza normunun geçmişe yürürlüğü yasağı alt ilkesini ihlal eden, tek bir kişiye yöneltilmiş veya söz konusu ilkenin "kanunun açıklığı" alt ilkesini ihlal eden, bireylerin ne istendiğini anlayamayacakları kadar muğlâk olan kurallar hukuk normu olarak kabul edilemez. Bu anlayış, hukuk normunun belirtilen şekli sınırlamalara uyması ve bireylerin de gerçek hukuk kurallarına uyması durumunda hukuk devletinin yaşama geçirileceğini, söz konusu şekli sınırlamaların bireylerin hukuka uygun olarak yaşama çabalarında onların özerkliğini koruyacağı esasını benimsemiştir. Neuman, s. 559, Krş. Barak, A. Begin and the Rule of Law, Israel Studies, Volume 10, Number 3, Fall 2005, s. 10-11. Bu bağlamda şekli anlamda hukuk devleti ilkesi temel olarak bireylerin güvenliğini sağlamaya

çalıştığına göre aynı ereğe yönelen kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralıyla yakın bir ilişki içerisinde olacağı ortadadır. Daha açık bir deyişle, çeşitli defalar belirtildiği üzere "kanunsuz suç olmaz" (nullum crimen sine lege) ve "kanunsuz ceza olmaz" (nulla poena sine lege) şeklindeki özdeyişleriyle özetlenen kanunilik ilkesi, kişi güvenliğinin sağlanması ile temel hak ve özgürlüklerin korunması için hukuk devleti ilkesinin "olmazsa olmaz" (conditio sine qua non) koşulunu oluşturmaktadır. Bu yüzden hukuk devletinin temel koşulunu oluşturan suç ve cezada kanunilik ilkesine, Anayasanın 38. ve AİHS'nin 7. maddesinde yer verilmiştir. İçel, s. 266. Bunun tersi de doğrudur. Daha açık bir deyişle, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ancak hukuk devletinin yeşermesi durumunda kök salabilir. Gerçekten de kanunilik ilkesinin yerleşmesinin iki temel ortamı bulunmaktadır. Bunlardan ilki toplumun gelişmesi, ikincisi ise hukuk devleti anlayışındaki ilerlemedir. Bossis, G. L'évolution du régime disciplinaire des militaires entre volonté du législateur et contrôle du juge, RFDE, Juillet-Août 2005, s. 783. Bu çerçevede, toplumun ve hukuk devleti anlayışının kökleşmesiyle doğrusal olarak "kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin de toplumda yerleşip kökleşeceğini söyleyebilmek olanaklıdır. Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere suç ve cezada kanunilik ilkesi kabul edilmediği müddetçe hukuk devleti ilkesi göstermelik kalacaktır. Nitekim AİHM'in 22 Kasım 1995 tarihli S.W. ve C.R-Birleşik Krallığa karşı davasında vermiş olduğu kararda, suç ve cezada kanunilik ilkesinin, hukuk devleti ilkesinin en önemli unsuru olarak görülmüş, Sözleşmede tanınan hakların "askıya alınmasına" (derogation) ilişkin 15. maddede, savaş ya da herhangi bir olağanüstü durumda bile suç ve cezada kanunilik ilkesinden sapılamayacağının belirtilmesinin, en büyük kanıtını oluşturduğu ifade edilmiştir. Nak., İçel, Suç Politikasının Ana İlkeleri bağlamında Hukuka Bağlı Devlet İlkesi, s. 266. Bundan da öte, Birleşik Devletlerde hukuk devleti ilkesinin karşılığını oluşturan "hukuka uygunluk" (due process) [Amerika Birleşik Devletlerinde hukuka uygunluk; "usuli hukuka uygunluk" (procedural due process) ve "maddi hukuka uygunluk" (substantial due process) şeklinde iki unsurdan oluşmaktadır] esasının bir kolunu oluşturan usuli hukuka uygunluk, ister en dar anlamında ceza muhakemesini idare eden teknik bir kavram olarak anlaşılsın özünü "kanunilik" ilkesi oluşturmaktadır. Dripps, D. A. The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule, California Law Review, Vol. 75: 1665, 1987, s. 1681-1682 dn. 87. Gerçekten de hukuk devleti ilkesi haksız yere cezalandırılmayı önlemek için tasarlandığından, onun kalbini kanunilik ilkesinin oluşturacağı açıktır. Zira hukuk devleti ilkesinin kalbi veya motorunu suç ve cezada kanunilik ilkesi oluşturmakta ve bu ilke benimsenmediği müddetçe hukuk devletinin diğer ilkelerinin benimsenmesinin de bir anlamı bulunmamaktadır. Bu çerçevede kanunilik ilkesini benimsemeyen bir ülkenin hukuk devleti olabilmesi oldukça zordur. Nitekim Lloyd, hukuk devlet ilkesi bakımından suç ve cezada kanunilik ilkesine özel bir önem vererek hukuk devletinin, hiç kimsenin işlediği zaman yürürlükte bulunan bir kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamayacağı esasını içereceğini belirtmiştir. Bkz. Lloyd, s. 162. Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, hukuk devleti prensibini uygulamaya geçirebilmek açısından yaşamsal bir önem taşımaktadır. Kanunilik ilkesi hukuk devletinin yaşama geçirilmesi bakımından öyle önemlidir ki Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi haklı olarak, kanunilik ilkesinin salt maddi ceza normları bakımından benimsenmesini yeterli görmemekte, muhakeme normları bakımından da söz konusu ilkeye uyulması gerektiği görüşünü savunmaktadır. Gerçekten de Federal Temyiz Mahkemesi, alt derece mahkemelerinin kararını değerlendirirken hem usuli hukuka uygunluk, hem de maddi hukuka uygunluk koşulunun yerine getirilip getirilmediğine bakmıştır. Bu bağlamda Temyiz Mahkemesi, alt derece mahkemelerinin baktığı davalarda verilen hükümleri usuli hukuka uygunluk koşulu bakımından değerlendirirken söz konusu mahkemelerin hatalı mahkûmiyet kararlarını en alt bir seviyeye düşürebilmek için belirli bir takım süreçleri takip etmeleri gerektiği görüşünü savunmuştur. Mahkeme, söz konusu irdelemede, kanunilik ilkesinin gerçekleştirilmesini öngören somutlaştırılmış usul kurallarının hukuk devleti ilkesinin temel garantisi olduğunu ve mutlak bir şekilde uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Fazla bilgi için bkz. Dripps, s. 1685 ve dn. 103-104. İşte şekli anlamda hukuk devleti ilkesinin gereği olarak suç ve cezada kanunilik ilkesi dâhil hukuk kuralları bakımından getirilen bu sınırlamalar kanımızca bir hukuk dizgesinin zalim bir lider tarafından yönetilen bir çeteden farkını somut bir şekilde ortaya koymaktadır. [Nitekim kanun koyucunun yasa koyarken hukuk devleti ilkesinin sınırları çerçevesinde hareket etmesi hukuk dizgesinin bir eşkıyalık dizgesinden farkını somut bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, yasa koyucunun istediği normu koymakta özgür olmaması, daha açık bir deyişle, yasa koyucunun yayımlamadığı bir kanunu yürürlüğe koyamaması, yasayı oluştururken muğlak ve geniş içerikli kavramlara yer verememesi, cezai bir normu geriye yürütememesi, bundan daha da önemli olarak, geleneksel yasama işleminin hukuk devleti ilkesinin temel yönleriyle uyum içerisinde olması, bu bağlamda, kanunun, kişinin

özgürlüğünü, diğer kişilerin özgürlüğü ve toplumun gereksinimleriyle uygun bir denge sağlamadan kısıtlayamaması, yasanın kişinin özgürlüğü ve şerefini, kişinin şeref ve özgürlüğünü sağlayan sosyal yapının korunması için gerekli olma dışında sınırlandıramaması, yine kanun koyucunun kamu yararı amacı olmadan ve ölçülü miktardan daha fazla olarak kişinin haklarına zarar verememesi hukuk dizgesi ile çete veya eşkıyalık dizgesi arasındaki farkı açıkça ortaya koymaktadır. Krş. Barak, s. 21.] Nitekim Fuller; bir hukuk dizgesinin çete düzeneğinden farklı olabilmesi için hukuk normunun genel, bilinir ve yayımlanmasının gerektiğini, normun açık ve detaylı olmasının şart olduğunu, hukukun istikrarlı olması ve normun geriye yürütülmesinin yasaklanması gerektiğini, hukukun çelişki taşıyamaması ve fiziksel olarak yapılması olanaksız olan bir şeyin yapılmasını hukukun talep etmemesi gerektiğini ve hukuku uygulayan devlet yetkililerinin sorumluluğunu düzenleyen etkin bir uygulama dizgesinin bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Rawls da, bir hukuk devletinin gerekleri konusunda oldukça uzun bir liste yayınlamıştır. Bu listede kanunilik ilkesine de yer verilmiştir. Daha somut bir deyişle Rawls, hukuk devletinin gereğinin yerine getirilebilmesi için ilk olarak yapılan yasaklamaya uyulmasının olanaksız olmaması gerektiğini, ikinci olarak hukuk önünde eşitlik ilkesinin yaşama geçirilmesi gerektiğini, üçüncü olarak kanun tarafından tanımlanmadığı takdirde bir cezai fiilin işlenebileceğinin düşünülmemesi gerektiğini, kanunun bilinir ve yayınlanmış olmasının şart olduğunu, mevzuatın geriye yürürlüğünün yasaklanmış olmasını, hukuk normunun açık ve anlaşılabilir olmasının şart olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Barak, s. 11. Bu açıklamalar, hukuk devleti ilkesinin kalbini oluşturduğu için hukuk devletinin suç ve cezada kanuniliği gerçekleştirmek için bir takım düzenekler oluşturacağını açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Gerçekten de suç ve cezada kanunilik ilkesinin alt ilkeleri, hukuk devletinin esaslarından birer birer doğmaktadır. Suç ve cezada kanunilik kanunun tekelciliği alt ilkesinden başlamak gerekirse, Moderne'in belirttiği gibi bir ülkenin Anayasasında hukuk devleti ilkesi açıkça benimsenirse o ülkede ceza normu bakımından kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" (riserva de legge) alt ilkesinin mutlak bir şekilde uygulanacağını söyleyebilmek olanaklıdır. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 207. Suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesini sağlayıcı nitelikte hukuk devletinin öne sürmüş olduğu birden fazla koşul bulunmaktadır. Bu koşullar hukuk devletinin tanımından kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Yukarıda tanımlandığı üzere, hukuk devleti= Genel, soyut, önceden bilinebilen ve anlaşılabilen hukuk kurallarından oluşan bir hukuk dizgesi + Hukukun üstünlüğü anlamını taşır. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesini sağlayıcı ilk koşul "kanunun genelliği"dir. Ceza kanunu da diğer kanunlar gibi genel, soyut ve kişilik-dışı bir şekilde yapılmalı ancak elden geldiği kadar en üst açıklık esasına uyulması gerekir. İşte kanunların genel olması hukuk devleti ilkesinin yaşama geçirilmesi bakımından da büyük bir önem taşımaktadır. Kanunun genelliğinin hukuk devlet bakımından önemi konusunda bkz. Schmitt, C. Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı ("Der rechtsstaatliche Bestandteil der modernen Verfassung" verfassungslehre, 8. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1993'den çeviren Bilal Canatan) in Hukuk Devleti, Adres Yayınları, Ankara, 2008, s. 144-145, Marmor, A. Hukuk Devleti ve Sınırları (The Rule of Law and Its Limits, Law and Philosopy, 23, 2004, 1-43'den çeviren Sevda Gültekin Göktolga) in Hukuk Devleti, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 173, 177-182. Kanun genel olmalı ancak muğlak olmamalıdır. Muğlaklık hukuk devleti açısından büyük bir sorun oluşturur. Konu hakkında bilgi için bkz. Marmor, s. 180 dn. 180, Endicott, T.A.O. Vagueness In Law, Oxford University Press, New York 2000, (Reprinted 2003), s. 191-192. Suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı alt ilkesini sağlayıcı hukuk devletinin ikinci düzeneğini "kanunun belirliliği" esası oluşturur, Kanunun belirliliği esası hakkında bilgi için bkz. Marmor, s. 174, 181-184, 186, 193-194, Raz, J. Hukuk Devleti ve Erdemi ("The Rule of Law and Its Virtue", in Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford University Press, 1979'dan Çeviren Bilal Canatan) in Hukuk Devleti, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 153. Hukuk devletinin suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesini sağlayıcı koşulları da bulunmaktadır. Zira hukuk normlarının geçmişe yürüyemeyeceği kuralı hukuk devletinde geçerli olan hukuksal güvenlik ilkesinin açık bir gereğini oluşturmaktadır. Bilgi için bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 256. Öte yandan geçmişe yürürlü kanunların, hukuk devletinin insan davranışını yönlendirme ereğini [Hukuk devletinin bileşenini oluşturan hukukun uygulamada insan davranışlarına yol gösterici niteliğinin bulunması hakkında bilgi için bkz. Marmor, s. 171, 173-175, Raz, s. 151-152] yerine getiremeyeceği hakkında bilgi için bkz. Raz, s. 153, Marmor, s. 186-187, 199.

Çalışmanın İkinci Bölümünde idari suç ve cezalar; halka yönelik idari suç ve cezalar ile disiplin suç ve cezaları adı altında iki büyük başlığa ayrılarak her bir başlığın altında çok değişik türde idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin alt ilkeleri bağlamında uygulaması irdelenmiştir. Aslında bu araştırmada türleri anlatılan halka yönelik idari suç ve cezalar ile disiplin suç ve cezaları "sınırlı sayıda" (numerus clauses) bulunmamakta, tersine bir deyişle, "sayma" (tadadi) bir nitelik taşımaktadır. Zira İdare tarafından verilmek koşuluyla İdareyle cezanın muhatabı arasında "özel bağ" bulunmayan her durumda öngörülen suç ve ceza halka yönelik idari suç ve ceza, söz konusu bağın olduğu durumlarda verilen suç ve ceza ise disiplin suç ve cezası niteliğini taşır.[1211]

Çalışmanın İkinci Bölümünde yapılan incelemelerden anlaşılacağı üzere Türkiye'de gerek halka yönelik idari suç ve cezalarda gerekse disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi titiz veya sert bir şekilde olarak uygulanmamakta, tersine bir deyişle, gevşek veya esnek olarak uygulanmaktadır. Bu durumun ana

[1211] Gerek Anayasa Mahkemesi, gerekse Danıştay idari suç ve cezaları bu şekilde iki büyük başlık altında inceleyemediği gibi bu suç ve cezaları kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin alt ilkeleri temelinde de irdeleyememişlerdir. Üstelik mahkemeler halka yönelik idari suç ve cezaları idari düzene aykırı suç ve cezalar, disiplin suç ve cezalarını kurumsal disiplin suç ve cezaları olarak dar bir çerçevede kabul etmişlerdir. Örneğin Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen 4.4.1991 tarih ve E. 1990/12, K. 1991/7 sayılı kararında; disiplin cezalarının kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olduğu ifade edilmektedir. Bu ifadeden Anayasa Mahkemesinin disiplin suç ve cezalarını, kurumsal disiplin suç ve cezaları olarak kabul ettiği sonucunu çıkartmak olanaklıdır. Mahkemenin, örtük olarak, kurum ve meslek düzenini sağlamaya yönelik kuralları ihlal eden davranışı disiplin suçu, kurum ve meslek düzenini sağlamaya yönelik kuralları ihlal eden kişilere İdare tarafından idari işlemle verilen cezayı ise kurumsal disiplin cezası olarak kabul ettiği söylenebilir. Zira çeşitli defalar belirtildiği üzere disiplin suç ve cezaları bakımından anahtar konumunda bulunan ölçüt, İdare ile cezanın muhatabı arasında "özel bir bağ" (special hardship) bulunmasıdır. Bu bağlamda örneğin yayın lisansı aldığı için İdare ile arasında özel bir bağ bulunan ve yayın ilkelerine aykırı davranan yayıncı kuruluşa RTÜK tarafından verilen bir ceza "disiplin cezası" veya daha genel çerçevede regülatif idari ceza kavramına altlanılır. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın böyle altlandırma yaptığı tek bir kararı bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasını sağlıklı ve doğru bir temele oturtabilmesi için İdare ile cezanın muhatabı arasında özel bir bağın olmadığı durumda yapılan ihlalleri halka yönelik idari suç, İdare tarafından verilen cezayı halka yönelik idari ceza, bir bağın olduğu her durumda yapılan ihlalleri disiplin suçu, İdare tarafından verilen cezayı ise "disiplin cezası" olarak kabul etmesi ve idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesini alt ilkeleri temelinde irdelemesi gerekirdi. Zira Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezada kanunilik ilkesi, kanunun tekelciliği, kanunun açıklığı ve kanunun geçmişe uygulanmazlığı şeklindeki alt ilkelerin tümünü kapsamaktadır. Yine mahkemeler, Anayasanın 38. maddesinde adli-idari ceza arasında bir ayrım yapılmadığı için hangi tür idari suç ve ceza olursa olsun onlar bakımından kanunilik ilkesinin her bir alt ilkesini büyük bir özenle uygulaması gerekirdi. Mahkemelerin ağırlıklı olarak kararlarında idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı şeklinde ulaşmış oldukları sonucun bu ayrımlara dikkat edilmemesinden kaynaklandığını düşünmekteyiz.

sorumluluğunu, kanun koyucu ile Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın tutumları oluşturmaktadır. Kişi hak ve özgürlüklerine güvence sağlamayı erek edinen suç ve cezada kanunilik ilkesinin idari suç ve cezalarda uygulanması bakımından son derece titiz davranması gereken Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın kararlarının genel bir değerlendirmesini yapmak faydalı olacaktır.[1212]

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusundaki kararlarının doğru ve isabetli olduğu savlanamaz. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay idari suç ve cezaları türleri temelinde incelemediği gibi söz konusu suç ve cezaları kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralının alt ilkeleri temelinde de irdelememişlerdir.[1213] Yine bu mahkemeler kimi kararlarında idari suç ve cezaların türlerini oluşturan halka yönelik idari suç ve cezalar ile disiplin suç ve cezalarında "kanunun tekelciliği" [1214] ve "kanunun açıklığı" [1215] alt ilkelerine[1216] gerekli ve yeterli özeni göstermeyerek suç ve cezada kanunilik ilkesini uygulamamışlardır.

[1212] Yapılacak bu değerlendirme, Türk yasa koyucusu bakımından da geçerli bulunmaktadır.

[1213] Yukarıda ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulduğu üzere Türk hukukunda geçerli olan biçimsel kanunilik ilkesinin üç alt ilkesi bulunmaktadır. Bunları; kanunun tekelciliği, kanunun açıklığı ve kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkeleri oluşturmaktadır. Bu alt ilkelerin birisinin ihlali bile suç ve cezada kanunilik ilkesinin kabul edilmediği anlamını taşır. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın yukarıda alıntılanan hiçbir kararında kanunilik ilkesi söz konusu alt ilkelere göre analiz edilmemiştir.

[1214] İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanması bağlamında Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın bazı kararlarında yapılan temel bazı hatalara dikkat çekilmesi uygun olacaktır. Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen bazı kararlarında, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine aykırı olarak kanunlarda idari suçların belirlenmesinde yürütme veya idareye geniş bir yetki verilmesi öngörülmesine rağmen, söz konusu kanunları (az sonra anlatılacak bir şartla) Anayasanın 38. maddesinde ifade edilen suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı görülmemiştir. (Anayasa Mahkemesinin bu tutumu (mahkemenin az sonra anlatılacak olan şartı da göz ardı edilerek) öğretide Günday, Feyzioğlu ve Özay tarafından da desteklenmektedir. Günday, genel cezaların, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi uyarınca mutlaka kanunla konulacaklarını, oysa idari cezaların, korudukları düzenin kanun konusu olması halinde kanunla konulacaklarını, bunun dışında idari cezaların düzenleyici idari işlemler (tüzük, yönetmelik gibi) ile konulmasının da olanaklı olduğunu ifade etmektedir. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 214. Feyzioğlu ise idari suç ve cezaların kendisine özgü nedenleri ve gerekleri nedeniyle idari suç ve cezalarda, ceza hukuku anlamında kanunilik ilkesinin geçerli olmadığını ifade etmektedir. Feyzioğlu, görüşünü, kanunilik ilkesinin üç alt ilkesini dikkate alarak daha da somutlaştırmaktadır. Yazar, kanunilik ilkesinin ilk alt ilkesi olan kanunun tekelciliğinin, ceza hukukunda belirli sınırlar dâhilinde idarenin düzenleyici işlemler ile suç yaratabileceği olarak kabul edilse de düzenleyici işlemlerle ceza konulmasının kesinlikle olanaklı olmadığı anlamına geldiğini, buna karşın, idari suç ve cezaların, kanunla izin verilmek ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ile kamu yararına aykırı olmamak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemleriyle belirlenebileceğini ifade etmektedir. Buna karşılık yazar, kanunilik ilkesinin diğer alt ilkeleri olan kanunların açık ve kesin olması ve geçmişe uygulanmaması ilkelerinin idari suç ve cezalarda bütünüyle geçerli olduğunu belirtmektedir. Daha somut bir deyişle, yazar, idari suç ve cezaların da açık ve kesin olması ve geçmişe uygulanmaması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, açık ve kesin olmayan ya da fiil işlendiği zaman yürürlükte bulunmadığı halde uygulanan idari suç ve cezaların, başta demokratik toplum düzeninin gerekleri olmak üzere, hukuk devleti ilkesine, kamu yararına ve hatta suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olacağını ifade etmektedir. Feyzioğlu, M. İşyeri Kapatma Cezası ve Anayasa Karşısındaki Konumu, Türkiye

Barolar Birliği Dergisi, 1993/1, s. 15-17. Özay ise kanunun tekelciliği alt ilkesini ima ederek, bu ilkenin idare hukuku ve idari yaptırımlar alanında ceza hukukundaki kadar kesin çizgilerle belirlenmemiş ve belirlenmesinde de zorunluluk olmayan bir kural olduğunu ifade etmektedir. Özay, İdari Yaptırımlar, s. 60). Mahkeme, söz konusu kanunları Anayasanın 38. maddesine uygun bulurken aradığı şart, yürütme veya idare tarafından yapılacak düzenlemeler aleyhine yargı yoluna gidilebilmesinin öngörülmesi durumudur. (Anayasa Mahkemesinin söz konusu tutumu "anayasa yargısı" kavramıyla da bağdaşmamaktadır. Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin idarenin işlemlerine ve bu arada idari ceza işlemlerine karşı yargı yolunun gösterilmesinin Anayasaya aykırılıkları önleyeceği yönündeki görüşü, "anayasa yargısı" kavramıyla bağdaşmaz. Çünkü bu tutumuyla Anayasa Mahkemesi, kendi görevini bir yerde idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yoluna başvurulmasını düzenleyen Anayasanın 125. maddesinin korunmasına özgülemektedir. Hâlbuki Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden farklı olarak, olaylardan soyut bir biçimde kanunun anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli bulunmaktadır. Bkz. Teziç, s. 98. Aslında Teziç'in isabetli olarak belirttiği üzere, idarenin işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması başka bir konu, kanunun Anayasaya uygun olup olmadığının denetlenmesi ise başka bir konudur. Bu ayrım yapılmadığı takdirde anayasa yargısının bir anlamı kalmaz. Kısacası Anayasa Mahkemesi, menfaat uyuşmazlıklarını çözümlemekle görevli olmayıp, Anayasaya uygunluğun denetimiyle görevli bir organ kimliğini taşıması gerekir. Teziç, s. 98-99 özellikle dn. 133). Bu bağlamda idari ceza işlemlerine karşı yargı yolunun öngörülmesi, suç ve cezada kanunilik ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesi anlamını taşımamaktadır. Zira idari ceza işlemlerine karşı idari yargı yoluna başvuru yolu öngörülse bile eğer suç ve cezada kanunilik ilkesinin alt ilkelerinden birisine aykırılık varsa bu durum Anayasanın suç ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 38. maddesine aykırı düşer. Danıştay'ın bazı kararlarında ise idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine değil Anayasanın kanunilikle ilgili başka hükümlerine dayanılmıştır. Örneğin aşağıdaki olayda Danıştay, idari cezayı iptal ederken suç ve cezada yasallık ilkesine aykırılıktan değil, Anayasanın 6. maddesinin son tümcesindeki; hiçbir kimse veya organın, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağı hükmüne dayanmıştır. Bu davaya konu olan olayda Marmaris Kaymakamlığı, davacıya ait teknede yapılan denetimde, işyerinde çalışanlardan birisinin "hanutçuluk" (dükkâncılık) yaptığını saptamış, bu durumun Kaymakamlığın çıkarttığı Hanutçuluk ile Mücadele Yönergesine aykırı olduğu gerekçesiyle teknenin 5 gün süreyle kapatılmasına karar vermiş, davacı bu işlem üzerine Muğla İdare Mahkemesine iptal davası açmıştır. Muğla İdare Mahkemesi, 28.2.2002 tarih ve E.2001/1469, K. 2002/81 sayılı kararıyla iptal istemini reddetmiş, temyiz istemiyle dosyanın Danıştay'a gelmesi üzerine, Danıştay Onuncu Dairesi, 16.12.2005 tarih ve E.2002/5890, K. 2005/7806 sayılı ilamında, söz konusu idare mahkemesinin kararını, Anayasanın 6. maddesi gereği, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisinin hiç bir kimse veya organ tarafından kullanılamayacağı, idarenin, yasal boşluk bulunduğunu öne sürerek kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayıcı nitelikte idari düzenleme yapamayacağı, hukuka aykırı şekilde çıkarılan Yönergeye dayanılarak tesis edilen işlemde hukuka uyarlığın bulunmadığı nedenleriyle bozmuştur. Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 12.11.2009. Danıştay'ın burada suç ve cezada yasallık ilkesine aykırılıktan değil, Anayasanın 6. maddesinin son tümcesindeki; hiçbir kimse veya organın, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağı hükmüne dayanması sonucu itibariyle doğrudur. Zira idarenin düzenleyici işlemleriyle hatta düzenleyici bir işlem sayılamayacak olan yönergeyle İdarenin suç ve ceza koymasının, kaynağını Anayasadan almayan bir yetkinin kullanılması yasağını ihlal ettiğini söyleyebilmek olanaklıdır. Zira ayrıksı durumlar dışında (örneğin olağanüstü hal kararnamesi gibi) Anayasanın hiçbir yerinde İdareye suç ve ceza normu koyma yetkisi tanınmamıştır. Ancak idari suç ve ceza normunda kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından genel nitelikli olan Anayasanın 6. maddesinin son tümcesine dayanılması yerine yönergeyle idari ceza verildiği için özel hüküm niteliğindeki Anayasanın suç ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 38. maddesine dayanılması gerekirdi. Zira özel hükmün genel hükümden önce uygulanacağı esası hukukun bir genel ilkesini oluşturmaktadır. Danıştay bazı kararlarında, idari suçlar bakımından "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanmayacağını ima ederken ise İdarenin idari suç koyma konusunda takdir yetkisinin olduğunu ve bu yetki doğrultusunda istediği bir şekilde hareket edebileceğini örtük olarak savunmaktadır. Mahkemenin bu görüşü doğru değildir. Zira takdir yetkisi istenildiği veya keyfi bir şekilde kullanılacak bir yetki olmayıp hukuk devleti ilkesinin sınırları çerçevesinde doğru bir şekilde kullanılması gereken bir yetki niteliğini taşımaktadır. Takdir yetkisinin doğru kullanımından kastedilen husus ise İdarenin takdir yetkisi kullandığı bütün durumlarda bu yetkiyi kanunun

Bundan başka Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, ağırlıklı olarak kararlarında, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralını "kanunsuz suç olmaz" ve "kanunsuz ceza olmaz" şeklinde ikiye parçalamış ve bunlardan birincisi bakımından "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin, dolayısıyla kanunilik ilkesinin uygulanmayacağını, tersine bir deyişle, söz konusu alt ilkenin yalnızca "kanunsuz ceza olmaz" esası bakımından uygulanacağı görüşünü savunmuşlardır.[1217] Hâlbuki "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralı arasında "bütünleyici parça"[1218] ilişkisi bulunmakta ve birisinin olmadığı durumda diğerinin de bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu bağlamda "kanunsuz suç olmaz" kuralının benimsenmediği bir durumda "kanunsuz ceza olmaz" ilkesi ne kadar benimsenirse benimsensin "suç ve cezada kanunilik" ilkesinin

---

öngördüğü koşullara veya amaca uygun bir şekilde kullanmasıdır. Daha somut bir deyişle, takdir yetkisinin doğru kullanılması; idarenin, kendisine takdir yetkisi veren yasa kuralında kullanılan belirsiz kavramın nesnel anlamı ve kanun koyucunun amacı doğrultusunda takdir yetkisini kullanmasını ifade eder. Günday, M. 1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları in I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı, 1-4 Mayıs Ankara, Danıştay Matbaası, Ankara 1991, s. 147. Görüldüğü üzere takdir yetkinin kullanılmasında hareket noktasını daima kanun metni oluşturur. Yoksa ortada kanun olmadan takdir yetkisinin kullanılması gerekçesiyle idari düzenleme yapılamaz.

[1215] Anayasa Mahkemesinin suç ve cezada kanunilik ilkesi bağlamında yaptığı bir başka hatayı, Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezada kanunilik ilkesini, yalnızca "kanunun açıklığı" olarak kabul etmesi oluşturur. Üstelik mahkeme, kararlarında genellikle, kanunun açıklığından kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olarak da bahsetmemekte, söz konusu alt ilke ile ilkeyi özdeşleştirmektedir. Yukarıda suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi kısmında örnek olan verilen mahkeme kararlarında görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile "açıklık" alt ilkesini özdeşleştirmektedir. Hâlbuki bu tutum hatalıdır. Zira müteaddit defalar belirtildiği üzere suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin kanunun tekelciliği, açıklığı ve geçmişe uygulanmazlığı şeklinde üç alt ilkesi bulunmakta ve kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirildiğinden bahsedilebilmesi için alt ilkelerin tümünün gereklerinin yerine getirilmesi gerekmektedir. Matematiksel bir ifadeyle suç ve cezada kanunilik ilkesi "küme" olarak kabul edilirse alt ilkeler onun alt kümesini oluşturur. Bu bağlamda suç ve cezaların kanuniliği ilkesini "açıklık" alt ilkesiyle özdeşleştirmek, mantık hatasına yol açar (zira önce kanunun tekelciliği ilkesine uyulup uyulmadığına bakılacaktır ki daha sonra açıklık ilkesine uyulup uyulmadığına bakılabilsin) ve küme ile alt kümeyi özdeş olarak kabul etmek anlamını taşır. (Küme ile alt kümeyi özdeş olarak kabul etmek matematiksel açıdan fahiş bir hata oluşturur). Bu hata Danıştay kararlarında da gözlenmektedir.

[1216] Ayrıca, Danıştay bazı kararlarında, yukarıda belirtildiği üzere halka yönelik idari suç ve cezaların bir çeşidini oluşturan regülatif idari cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesinin uygulanmasında da gerekli ve yeterli özeni gösterememiştir.

[1217] Danıştay'ın bu genel eğiliminden ayrıldığı izlenimini veren bir kararı bulunmaktadır. Gerçekten de DİDDGK'nın 25.4.2013 tarih ve E. 2012/2702 sayılı kararında; Kanunda internet ortamında belge sunmayanlar için idari para cezası öngörülmediği halde Sosyal Güvenlik Kurumunun yönetmelik düzenlemesiyle söz konusu fiili suç haline getirmesi, suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 93 ve dn. 144.

[1218] Eskiden mütemmim cüz olarak adlandırılan bütünleyici parça; bir nesnenin esaslı bir unsurunu oluşturmak üzere o nesne ile birleştirilen ve bu nesne telef veya tahrip yahut niteliği değiştirilmeksizin bu nesneden ayrılması olanaklı olmayan eşyalara denilir. Bu bağlamda, örneğin bir otomobil ile motoru, ev ile çatısı arasındaki ilişki, asıl eşya-bütünleyici parça ilişkisi olarak betimlenir. Bkz. Ertaş, Ş. Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2002, s. 8.

benimsendiğinden bahsedilememektedir.[1219] Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın ağırlıklı olarak gerek halka yönelik idari suç ve cezalar gerekse disiplin suç ve cezaları bakımından "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesini kural olarak benimsemediklerini[1220] savlamak olanaklıdır.[1221]

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın ağırlıklı olarak idari suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulamasını kabul etmemeleri söz konusu mahkemelerin "hukukilik" denetiminden ziyade "yerindelik" denetimi yaptıklarının bir karinesini oluşturur. Çünkü "kanunilik" ilkesinin düzenlendiği Anayasanın 38. maddesinde, ceza hukuku suç ve cezaları ile cezai idare hukukunun kapsamına giren idari suç ve cezalar arasında bir ayrım görülmemiş, her iki tür suç ve cezaların da kanunilik ilkesine tabi olduğu örtük bir şekilde belirtilmiştir.[1222] Anayasa Mahkemesi ve

---

[1219] Suç ve cezada kanunilik ilkesinin benimsenmediği bir durum, kuşkusuz son derece tehlikeli bir durum olan İdarenin otoriter ve anarşik bir eğilime kaymasına yol açar. Kanunsuz suç olmaz ilkesinin benimsenmediği bir durumda "kanunsuz ceza olmaz" ilkesinin benimsenmesinin de bir anlamı bulunmadığı için bu son ilkeden de sapmaların görülmesi kaçınılmaz olmaktadır. Nitekim yukarıda yükseköğretim personeline verilen disiplin suç ve cezaları kısmında yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere "kanunsuz ceza olmaz" kuralından da sapma görülmüştür.

[1220] Zira çeşitli defalar belirtildiği üzere, suç ve cezada kanunilik ilkesinin alt ilkeleri birbirinden ayrılmaz ölçüde birbirilerine bağımlı olduklarına göre onlardan birisinin bile kabul edilmemesi söz konusu ilkenin benimsenmediği sonucuna ulaştırır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesini gerçekte benimsemedikleri ifade edilebilir.

[1221] Aslında ideal olan Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın kişi hak ve özgürlüklerini tam olarak güvence altına alabilmek için idari suç ve ceza konusunda örneğin suç ve cezada kanunilik ilkesi gibi maddi ilkeler ile usuli ilkeleri geliştirmeleridir. Nitekim çağcıl ülkelerin mahkemeleri, idari cezanın hukuka uygun bir şekilde kullanılması için gerekli olan maddi ve usuli ilkeleri göstermiş ve geliştirmişlerdir. Zira söz konusu mahkemeler ancak bu yolla kişi hak ve özgürlüğünün tam olarak korunabileceği anlayışını benimsemişlerdir. Krş. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 328. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay idari suç ve ceza konusunda bırakınız anayasal temelli maddi ve usuli nitelikte ilkeleri geliştirmeyi Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen kanunsuz suç ve ceza olmaz şeklindeki maddi ceza hukuku ilkesini bile idari suç ve cezalarda doğru bir şekilde uygulayamamıştır. Gerek Anayasa Mahkemesinin gerekse Danıştay'ın söz konusu tutumlarını onaylamamaktayız. Gerçekten de idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusunda söz konusu mahkemeler gerekli özeni gösteremediği için kanunilik ilkesinin kişi hak ve özgürlüklerini koruyucu işlevi gerçekleşememiş, yurttaşların söz konusu hak ve özgürlükleri büyük bir tehlike altına girmiştir. Bundan da öte Moderne'in belirttiği üzere çağcıl ülkelerde anayasa mahkemeleri idari ceza dizgesini iyileştirici kilit bir rol oynamışlar ve bu rolün oynanmasını söz konusu mahkemelerden beklemek yurttaşların en doğal hakkını oluşturmuştur. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 329. Buna karşın Türk Anayasa Mahkemesi bırakınız söz konusu rolü oynamayı idari ceza dizgesinin mevcut anayasal konumunu bile koruyamamıştır. Zira yukarıda ayrıntılı bir şekilde görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezada kanunilik ilkesini başarılı bir şekilde idari suç ve cezalara uygulayamamıştır.

[1222] Zira Anayasanın 38. maddesinde "suç", "ceza" ve "ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri" ifadeleri kullanılmış, "idari suç ve ceza" veya idari suç ve cezaların türlerini oluşturan, "halka yönelik idari suç ve ceza" ve "disiplin suç ve cezaları" diye ayrı bir kategori gösterilmemiştir. Anayasada böyle bir ayrı kategori gösterilmediğine göre anayasal rejim açısından idari suç ve cezaların, ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarından farklı bir hukuksal düzene tabi olduğu savlanamaz. Krş. Ersoy, U. s. 777-778.

Danıştay'ın, ağırlıklı olarak idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı şeklindeki örtük görüşleri, Anayasanın başta 38. maddesine aykırı olduğu[1223] gibi çeşitli defalar anlatıldığı üzere ceza ve idare hukukunun temel ilke ve esaslarıyla birçok nokta bakımından da çelişki içerisinde bulunmaktadır.[1224] Kanımızca mahkemeleri bu kadar ciddi ve büyük yanlışların içerisine iten nedenlerin temelini, onların "yerindelik" (opportunité) anlayışıyla hareket etmesi oluşturur.[1225]

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın, ağırlıklı olarak idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı şeklindeki örtük görüşleri, Anayasanın suç ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 38. maddesi dışında, başka hükümlerine de aykırılık oluşturmaktadır. Bu hükümlerin başında Anayasanın hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2. maddesi gelmektedir. Her şeyden önce şu hususu belirtmek gerekir ki idari ceza normlarının yeterli açık ve kesinlikte düzenlenmemesi, hukuk devleti

[1223] Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen "suç ve cezada kanunilik" ilkesinin yalnızca ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar için geçerli olduğu, idari suç ve cezalar, özellikle halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından geçerli olmadığı yönündeki görüşlerin hukuksal olarak geçerliliği yoktur. Gerçekten de Şen'in belirttiği üzere idari suç ve cezalar, temelde, kişileri belirli bir şeyi yapmaya veya yapmamaya zorladıkları için Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerinden olan "suç ve cezada kanunilik" ilkesine ters düşemez. Şen, s. 195. Şen, 1982 Anayasasının 38. maddesinin 1 ve 3. fıkralarının suç ve cezalar arasında ayırım yapmaksızın tümünün kanun koyucu tarafından konulmasını emrettiğini, "suç ve cezada kanunilik" ilkesinin, kişi hak ve özgürlüklerinin ve özellikle serbest bir şekilde hareket edebilme hürriyetinin siyasi otorite karşısında güvenceye alınması amacıyla kabul edildiğini, ister adli, ister idari ve isterse disiplin cezası olsun, tüm cezaların kişinin şu veya bu şekilde hak ve hürriyetini kısıtladığını, bir başka deyişle, onun üzerinde bir şekilde olumsuz değişiklik meydana getirdiği göz önüne alındığında, bir ceza olan disiplin cezası için bile kanunilik ilkesine sadık kalmanın gerekli olduğunu ifade etmektedir. Şen, s. 205. Yazar, kanun koyucunun, suç ve cezaların kanunla konulması hususunda Anayasanın 38. maddesindeki esaslara bağlı kalmak kaydıyla gerekli gördüğü alanlarda bir takım fiilleri yasak kapsamına alabileceği ve karşılığında ceza öngörebileceğini, suç ve cezalara ilişkin prensiplerden en önemlisinin Anayasanın 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında ve TCK'nın 2. maddesinde de belirtildiği üzere "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi olduğunu, kanun koyucunun yalnızca adli anlamda suç ve ceza koymak zorunda olmadığı, gerekli gördüğü alanlarda idari veya disiplin nitelikli suç ve cezaları da ortaya koyabileceğini ve karşılığında yetkili makamca ceza uygulanmasını kanunda gösterebileceğini, ancak burada suç ve cezanın ne olduğunun ve hangi idari makamca suçun tespit edilip cezasının uygulanabileceğinin yasada açıkça gösterilmesinin şart olduğunu ifade etmektedir. Şen, s. 209.

[1224] İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı esasının benimsenmesi, örneğin idare hukukunda geçerli olan "yükümlendirici işlem" ile "yararlandırıcı işlem" arasındaki ayrımın da yeterli ölçüde yapılamadığının göstergesini oluşturur. Yukarıda belirtildiği üzere idari ceza işlemleri, yükümlendirici işlem kategorisine girmektedir. Üstelik idari ceza işlemleri insan hakları alanında doğrudan sonuç doğurmakta ve kişinin temel hak ve özgürlüklerini etkilemektedir. Fisher'in belirttiği üzere insan hakları alanında sonuç doğuran işlemler ile kişi hak ve özgürlüklerini ihlal eden idari işlem ve eylemlerde kanunilik ilkesi geçerli bulunmakta, buna karşın kişiye yarar sağlayan idari tasarruflarda söz konusu ilkeye uyulması zorunlu bulunmamaktadır. Bkz. Fisher, A. Le contrôle juridictionnel de la légalite de l'action administrative en République fédérale d'Allemagne, RFDP, No 30, Avril Juin 1984, s. 192.

[1225] Krş. Tanör, s. 211.

ilkesinin belirlilik esasına aykırılık oluşturur.[1226] Zira hukuk devleti ilkesinin bir alt ilkesi olan "hukuksal güvenlik"[1227] esasıyla doğrudan bağlantılı olan belirlilik ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Bir başka deyişle, belirlilik ilkesi çerçevesinde bireyin, kanundan belirli bir kesinlik içerisinde hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırım veya sonucun bağlandığını, bunların devlete ait hangi müdahale yetkisini doğurduğunun anlayabilmesi gerekir. Ancak böyle bir durumda birey kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilmekte ve davranışını ona göre ayarlayabilmektedir.[1228] Hukuk devletinin belirlilik esasına uygun olmayan bir kanunun kişi özgürlüklerine Anayasanın meşru saymadığı bir müdahale anlamına geleceği açıktır.[1229]

İdari suç ve ceza normunda kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine uyulmaması, dolayısıyla suç ve ceza kanunilik ilkesinin benimsenmemesi "yasama yetkisinin devredilmezliği" ile ilgili Anayasanın 7. maddesine aykırılık oluşturur. Anayasanın 7. maddesinde "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Buna göre, Anayasada yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir.[1230] Bu nedenle,

[1226] Aslında hukuk devleti ilkesi ile suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi arasında yoğun bir ilişki bulunmaktadır. Gerçekten de Can'ın belirttiği Anayasanın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesi benimsenip bu ilkenin gereği olarak bir yasanın belirli olması gerektiği açık olmasına rağmen Anayasanın 38. maddesinde ceza kanunlarının belirliliğinin önemini gösterir şekilde ayrıca yapılan somut düzenleme, bir ceza normunun belirliliğiyle diğer kanunların belirliliği arasında nitelik, oran ve işlev bakımından farklılık olduğu sonucuna götürür. Açıklık alt ilkesinin Anayasanın İkinci Bölümündeki klasik özgürlükler kısmında düzenlenmiş olması da Anayasanın temel tercihini yansıtmakta, yasa koyucu ve yasa uygulayıcısına yönelik temel bir ödevi yansıtmaktadır. Can, s. 95.

[1227] Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin bütün eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde söz konusu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Bkz. Anayasa Mahkemesinin 7.7.2011 tarih ve E. 2010/69, K. 2011/116 sayılı kararı. (21.10.2011 tarih ve 28091 sayılı R.G.).

[1228] Can, s. 93.

[1229] Can, s. 95.

[1230] Bir başka deyişle, yürütmenin düzenleme yetkisi özerk değildir. Görüldüğü üzere idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin, daha açık bir deyişle "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanmaması, Anayasanın 8. maddesinin özü gereği yürütme yetkisinin özerk olmadığı anlaşılan bu maddeye de aykırılık oluştur. Aslında Türkiye Cumhuriyeti hukuk düzeninde yürütme hiç bir zaman özerk bir düzenleme gücüne kavuşmamıştır. Bu esas, yürütmeyi güçlendirmeyi öngören 1982 Anayasası bakımından bile geçerlidir. Gerçekten de, Lütfi Duran'ın belirttiği üzere 1982 Anayasası, önceki anayasalar gibi yasama ve yürütme alanlarını herhangi bir şekilde ayırt etmemiş olduğundan,

Anayasada öngörülen ayrıksı durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı bırakmaması gerekir.[1231]

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın ağırlıklı olarak idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı şeklindeki örtük tutumları, Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi koşullarını düzenleyen 13. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.[1232] Örneğin ruhsat iptali veya devlet memurluğundan çıkarma şeklindeki bir idari ceza Anayasanın 49. maddesinde düzenlenen çalışma hak ve ödevine getirilen açık bir sınırlandırma niteliğini taşır. İşte idari suç ve cezalar, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yol açtığı için Anayasanın 13. maddesi gereği ancak kanunla yapılması gerekir.[1233] Zira Anayasanın bu maddesinde temel hak ve özgürlüklerin yalnızca[1234] kanun tarafından sınırlandırılabileceği ifade edilmiştir. Bu maddede kullanılan kanun tarafından sınırlandırma koşulunun yerine getirilebilmiş sayılabilmesi için idari suç ve cezaların bütün unsurlarının bizzat kanun tarafından konulması, İdareye ise söz konusu suç ve cezaları yalnızca uygulama konusunda yasal yetki veya görevin tanınması gerekir.[1235]

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı yönündeki örtük tutumları işin doğasına da aykırı bulunmaktadır. Gerçekten de kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralı, bir ceza hukuku kavramı olmasına karşın ceza hukuku suç ve cezalarında olduğu gibi idari suç ve

---

yürütmenin özerk bir düzenleme yetkisi bulunmamaktadır. Bundan da öte 1961 Anayasasının gerekçesinde, yurttaşlar üzerinde etkili olacak hükümlerin ancak kanunla öngörülebileceği belirtilerek bir bakıma yasama alanı belirlenmiş olsa da 1982 Anayasasında böyle dolaylı ve ikinci elden bir ayrım da yapılmamış, dolayısıyla, yürütme hiç bir şekilde özerk bir düzenleme yetkisine kavuşmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Duran, L. Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?, İHİD, Yıl 4, Sayı 1-3, 1983, s. 35-36.

[1231] Anayasa Mahkemesinin 7.7.2011 tarih ve E. 2010/69, K. 2011/116 sayı kararı. (Bkz. 21.10.2011 tarih ve 28091 sayılı R.G.).

[1232] Delmas ve Teitgen, s. 80.

[1233] Günümüzde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında salt kanunun çıkartılması da yeterli görülmemektedir. Bu bağlamda örneğin bir kanun, temel hak ve özgürlüğün özüne dokunarak onu mutlak bir şekilde sınırlandıramaz, ölçülü olarak sınırlandırabilir. Yine Anayasada belirtilen temel hak ve özgürlükler kanun koyucuyu da bağladığından temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunların içerikten yoksun olmaması ve Anayasada belirtilen içeriğin kanun koyucuyu bağlaması gerekir. Krş. Pieroth B. ve Schlink B. Grundrechte Staatsrecht II, 26. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2010, s. 66-67.

[1234] Diğer koşullar yanında.

[1235] Krş. Dursun, İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re'sen İcrası, s. 261.

cezalarda da tam anlamıyla uygulanmaması için hiçbir neden yoktur. Hatta idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin tam olarak uygulanması işin doğası gereğidir. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde görüldüğü üzere, evrensel bir ilke olarak idari cezayla özgürlüğü bağlayıcı ceza verilemez.[1236] Bu sınırlama dışında idari ceza ile ceza hukuku cezası arasında hukuki rejim açısından bir fark bulunmamakta ve ceza hukuku cezası gibi idari ceza da devletin "cezalandırma yetkisi"nden (jus puniendi) doğmaktadır.[1237] İdari suç ve ceza ile ceza hukuku suç ve cezası aynı hukuki rejime tabi olduğuna göre, söz konusu rejimin içerisinde bulunan kanunilik ilkesinin ceza hukuku cezası ve idari cezada özdeş olması gerekmektedir. Bu bağlamda Sauvé'nin belirttiği üzere, idari suç ve cezada kanunilik ilkesinden hiçbir şekilde vazgeçilemez.[1238]

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusundaki özensiz tutumları, uluslararası gelişmelere de aykırı bulunmaktadır. Gerçekten de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İdari Yaptırımlar Konusunda Üye Devletlere (91) 1 Sayılı Tavsiye Kararında,[1239] idari cezalar[1240] bakımından kanunilik ilkesinin kabul edilmesi gereken bir ilke olduğu ifade edilmiştir. Gerçekten de Tavsiyenin 1. maddesinde; uygulanacak idari ceza ve koşullarının kanun tarafından konulması gerektiği açıkça belirtilmiştir.[1241] Bu maddenin yorum kısmında ise söz konusu ilkenin "kanunilik" prensibinin bir uygulaması olduğu, demokratik bir toplumda, İdarenin, idari suçun tipleştirmesini, ihlal durumunda uygulanacak cezayı saptamayı ve bunların uygulanmasını kanun olmadan belirleyemeyeceği ifade edilmiştir. İdari suçun tipleştirme unsuru ile idari

[1236] Çeşitli defalar belirtildiği üzere Türkiye'de söz konusu evrensel kurala riayet edilmeyerek örneğin askeri idari cezalar ve cezaevlerinde uygulanan disiplin cezalarıyla özgürlüğü bağlayıcı ceza verilebilmektedir.

[1237] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 118-119.

[1238] Sauvé, s. 24.

[1239] Tavsiye Kararının İngilizce tam metni ve yorumu için bkz. http://www-coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/administrative_law_and_justice/Texts_&_Documents/ConV_Rec_Res/Recommendation(91)1.asp., Erişim Tarihi, 28.4.2009).

[1240] Sözleşmenin yorum kısmında, sözleşmede kullanılan "idari yaptırım" kavramından anlaşılması gereken hususun "idari ceza" olduğu ifade edilmiştir.

[1241] Tavsiyenin 2. maddesinde idari suç ve cezada kanunilik ilkesi ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda maddenin 1. fıkrasında, kimseye işlendiği zaman kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı idari ceza uygulanmayacağı, kimseye idari suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu maddenin 2. fıkrasında ise genel bir hukuk ilkesine temas edilerek, idari ceza uygulandıktan sonra cezanın muhatabının lehine olan değişikliklerin geçmişe yürümesinin göz önüne alınmasının yerinde olacağı belirtilmiştir.

cezanın saptanması ve uygulanmasında kanunun gerekli olduğu, kanunun en azından uygulanacak cezai yaptırımların ölçüsünü, o kanuna uyulmasını gözlemleyebilmek için idari organların böyle cezaları uygulama yetkisini ve temel hakların kullanılmasını sınırlayan idari cezaları tanımlamasının şart olduğu ifade edilmiştir.

Bundan başka, XIV. Uluslararası Ceza Kongresi Kararlarının Birinci Bölümünde; idari suçların da idari ceza yaptırımları gibi kanunilik ilkesine uyularak belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.[1242]

İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi bakımından da zorunludur.[1243] Bu bağlamda Türk iç hukukunun bir parçası haline gelen söz konusu sözleşmede "suç" sözcüğünün "idari suç"ları da kapsadığı ifade edilmiştir. Gerçekten de sözleşmenin "tanımlar" başlıklı 1. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, "suç" kavramından; hem ceza kanununa aykırı olan eylemler, hem de idari bir makam yetkili kılınmışsa, ilgilinin işi bir yargılama makamı önüne getirmesi olanağı bulunması koşuluyla bu sözleşmenin II sayılı ekinde gösterilen kanuna aykırılıkların da anlaşılacağı ifade edilmiştir. Sözleşmenin II sayılı ekinde 5326 sayılı Kabahatler Kanununun esin kaynağı olan Almanya'nın 24.5.1968 tarihli "Düzen Kurallarına Aykırılıklar Kanunu" (Gesetz über Ordnunwidrigkeiten) ile öngörülen muhakeme usulü uygulanan kanuna aykırı tutumlar nedeniyle işlenen suçların, ceza kanunlarının cezalandırdığı suçlarla bir tutulacağı belirtilmiştir.

Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesinde idari suç ve cezalar bakımından başka hükümler de bulunmaktadır. Gerçekten de, sözleşmenin 1. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde müeyyide; bir kişiye bir suç işlediği için bir Avrupa ceza yargısı ile veya bir ceza kararnamesi ile uygulanan her türlü ceza ve tedbir şeklinde tanımlanmış, (g) bendinde ise ceza kararnamesi; sözleşen devletlerden birinde verilen ve sözleşmenin III sayılı ekinde gösterilen kararları belirtmek için kullanılmıştır. Sözleşmenin III sayılı ekinde ise Türkiye'de idari makamların verdikleri cezaları içeren bütün kararların "ceza kararnamesi"

[1242] Krş. Centel, s. 7.

[1243] Avrupa Konseyi üyeleri arasında 26 Haziran 1974 tarihinde Strazburg'da imzalanan Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesinin onaylanması, 1.3.1977 tarih ve 2081 sayılı Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesinin Onaylanması ve Uygulanması Hakkında Kanun (Bkz. 13.3.1977 tarih ve 15877 sayılı R.G.) ile uygun bulunmuş, Sözleşme, Bakanlar Kurulunun 19.9.1977 tarih ve 7/14157 sayılı kararıyla da onaylanmıştır. Sözleşme metni için bkz. 14.12.1977 tarih ve 16139 sayılı R.G.

olduğu ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere sözleşme, idari organların verdiği cezaları, ceza mahkemelerinin verdiği cezalarla bir tutmuştur. Bu sözleşme gereği Avrupa Konseyi üyesi olan devletlerarasında ceza yargılarının yerine getirilmesi şart olduğu gibi idari ceza kararlarının da yerine getirilmesi şarttır. Bu kadar önemi büyük olan idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmayacağını savunmak, Türk iç hukukunun bir parçası haline gelen Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesinin "ruhuna" (özüne) aykırı bulunmaktadır.[1244]

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı sonucuna ulaşan tutumları, konu hakkındaki uluslararası eğilimlere de ters düşmektedir. Gerçekten de 1990'lı yıllardan itibaren ceza hukukunun standart ve ilkeleri, idare hukukunda uygulama alanı bulmaya başlamıştır. Bunun temel nedenini, 1980'li yılların sonundan itibaren özellikle ceza hukuku suç ve cezalarının yerlerini artan bir oranda cezalandırıcı idari yaptırımlara bırakmış olması oluşturmuştur. Bu gelişme nedeniyle günümüzde yargı organları; önceleri ceza hukukunun ilkelerini oluşturan, örneğin, "suç ve cezada kanunilik", "masumiyet karinesi" ve "hiç kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlamaya zorlamaya suçlanamaması" (nemo tenetur) prensiplerini idari suç ve cezalarda da uygulamaya başlamışlardır.[1245]

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın özü itibarıyla idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanamayacağı şeklinde bulmuş oldukları sonuç, kanımızca yalnızca bir yanılsamadan ibarettir. Gerçekten de idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı görüşünü savunanlar bu cezayı İdarenin verdiği gerçeğinden hareketle söz konusu suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmayacağını, İdarenin kendi tasarruflarıyla suç ve ceza verebileceğini düşünmektedirler. Bu düşünce, tam anlamıyla bir yanılsamadır. Zira idari cezaların ceza hukuku cezasından farklı olarak İdare tarafından verilmesi iki ceza arasında salt bir organik ve şekli ayrımın gereğini oluşturmakta, yoksa ikisinin farklı hukuki rejimlere bağlı olduğunu göstermemektedir. Daha açık bir deyişle, idari cezanın İdare tarafından verilmesi olgusu, suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun

[1244] Bu sözleşme hakkında bilgi için bkz. Kunter, N. Ana Çizgileriyle Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi, İÜHFM, Cilt: XXXVI, Sayı: 1-4, 1971, s. 79-92.
[1245] Widdershoven, R. Encroachment of Criminal Law In Administrative Law In Netherlands, s. 450 (445-466) (http://www.ejcl.org/64/art64-25.pdf, Erişim Tarihi, 19.11.2009), s. 450.

tekelciliği" alt ilkesinin ihlal edilip söz konusu cezanın İdarenin düzenlemesiyle verilmesi sonucunu doğuramaz. Zira kanunilik ilkesinin söz konusu alt ilkesi bu duruma engel oluşturmaktadır.[1246]

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın bu hatalı tutumları bağlayıcı nitelik taşıyan AİHS hükümlerine ve AİHM içtihatlarına da aykırı düşmektedir. Türkiye'nin AİHS hükümleri ve AİHM içtihatlarının gereğini harfiyen yerine getirmesi gerekmektedir. Zira her şeyden önce Türkiye, AİHS'i imzalayarak[1247] söz konusu sözleşmenin tarafını oluşturduğundan onun gereğini yerine getirmek Türkiye'nin en temel bir yükümlülüğünü oluşturmaktadır.[1248] Öte yandan AİHS'in tarafı olan Türkiye açısından söz konusu mahkemenin içtihatları da bağlayıcı bir nitelik taşır. Gerçekten de belirli bir konunun uluslararası hukukta nasıl ele alındığı incelenirken salt ilgili uluslararası antlaşma metnine bakılması yeterli olmayıp söz konusu antlaşma çerçevesinde oluşturulmuş olan denetim düzeneği organlarının içtihatlarının da dikkate alınması gerekmektedir. Aksi durumda, sıkça kısa veya kapalı anlatımlar içeren antlaşma metinlerinden sağlıklı bir sonuca ulaşmak oldukça zor olabilmektedir. Ayrıca AİHS'in 46. maddesinin 1. fıkrası[1249] gereğince Sözleşmeye taraf devletler, tarafı oldukları davalarda AİHM'in kesinleşmiş kararlarına uymak zorundadırlar. Bu çerçevede Sözleşmeye asıl ruhunu veren AİHM içtihatlarının[1250] taraf devletlerce dikkate alınması bir zorunluluktur.[1251]

Aslında AİHS[1252] ve AİHM içtihatlarının gereğinin yerine getirilmesi anayasal bir yükümlülük niteliğini taşımaktadır. Gerçekten de Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına, 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunun 7. maddesiyle bir ek cümle eklenerek; usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin

---

[1246] Krş., Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 133.
[1247] Bkz. 19.3.1954 tarih ve 8662 sayılı R.G.
[1248] Krş. Delmas ve Teitgen, s. 162.
[1249] 14 Numaralı Protokolün 16. maddesi ile değiştirilen bu maddenin 1. fıkrasında, Yüksek Sözleşen Tarafların taraf oldukları her davada Mahkemenin kesin kararlarına uymayı yükümlenecekleri ifade edilmiştir. Bkz. T.C. Anayasası, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 204.
[1250] Gerçekten de AİHS'in kapsamının anlaşılması ve değerlendirilmesi öncelikle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve bunun yerini alan AİHM'in içtihatlarıyla olanaklı hâle gelmiştir. Bu içtihatlar AİHS'in can damarını oluşturmakta ve alınan her karar hangisinin davalı devlet konumunda olduğuna bakılmaksızın Sözleşmeye taraf tüm ülkelere uygulanacak standart ve normları içermektedir. Bu bağlamda AİHS düzeneğinde, içtihada verilen değerin, meclisler tarafından benimsenen yasalarla eşit olduğu bir karma hukuk sistemi uygulanmaktadır. Reidy, A. İşkencenin yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz (2002), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, s. 6.
[1251] Tülen, s. 669-670.
[1252] ve onayladığı diğer milletlerarası antlaşmaları.

milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda, kısacası ikisinin hükümleri arasında çatışma bulunması durumunda uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda insan haklarıyla ilgili konularda AİHS ile Türk iç hukuku hükümlerinin çatışması durumunda öncelikle Sözleşme uygulanacaktır. Bundan da öte, AİHS maddeleri çok kısa ve özet hükümler olduğundan sözleşmenin maddeleri ve söz konusu maddeler kapsamında teminat alınan haklar AİHM içtihatlarına göre yorumlanacaktır.[1253]

Burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki AİHS'de hak ve özgürlükler dar ve somut tutulmuştur. Buna rağmen AİHM, insan hak ve özgürlüklerini sürgit bir şekilde genişletici bir şekilde yorumlamıştır. Bu çerçevede AİHM içtihatlarının özünü kavrayabilmek, dolayısıyla onların gereğini tam olarak yerine getirebilmek için Türk yargısı da aynı tutumu izlemek zorundadır. Kanımızca AİHM'in hak ve özgürlükleri genişletici bir şekilde yorumlamasına verilebilecek en somut örneği, idari cezaların bir türünü oluşturan halka yönelik idari cezalar teşkil eder. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere Türk hukukunda halka yönelik idari cezalara ağırlıklı olarak "ceza" şeklinde yaklaşılmamakta, onlara daha ziyade "idari yaptırım" çerçevesinde yaklaşılarak genel olarak suç ve cezada kanunilik ilkesinin gereklerine uyulmamaktadır. AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen "herhangi bir suçlamanın karara bağlanması" ibaresi de ilk bakışta yalnızca ceza hukukunu çağrıştırabilir.[1254] Hâlbuki çeşitli AİHM içtihatlarından anlaşılacağı üzere söz konusu mahkeme Türk hukukunda "ceza" olarak kabul edilmeyen birçok idari yaptırımı "cezai" olarak kabul etmiştir. Bir yaptırımın, iç hukuk kurallarıyla idari yaptırım olduğu belirtilmesinin AİHM açısından pek fazla bir önemi bulunmamaktadır. Zira AİHM, iç hukukta ne olarak kabul edilirse edilsin bir yaptırımın cezai nitelikte

[1253] Bkz. Kilkelly, U. Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, (Council of Europe, 2001), Türkçe olarak çoğaltan Türkiye Barolar Birliği, İnsan hakları el kitapları, No.1, Ankara 2005, s. 3.

[1254] Gerçekten de AİHS metninin içerisinde idari yaptırımlardan, daha özelde, idari suç ve cezadan açıkça bahsedilmemektedir. Bu yüzden anlaşma bakımından nihai mercii olan AİHM'in söz konusu suç ve cezayı anlaşma dışı bıraktığı, dolayısıyla içtihatlarına konu etmediği düşünülebilir. Ancak bu düşünce doğru değildir. Zira Moderne'in belirttiği gibi idari cezanın "cezalandırıcı" niteliğinin ceza hukuku cezasına benzemesi ve AİHS tarafından korunan temel hak ve özgürlükleri etkilemesi yüzünden AİHM, bu cezalarla ilgilenmek durumunda kalmıştır. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 56-57.

olduğunu saptar ise[1255] o yaptırım hakkında çeşitli güvencelerin[1256] uygulanması gerektiğini belirtmektedir. İşte bu güvencelerden birisini "suç ve cezada kanunilik" ilkesi oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay örneğin halka yönelik idari cezalardan "mesleki yasaklama" cezalarını basit bir idari yaptırım olarak görerek kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanması gerektiğini aramaz iken, AİHM, Huber-Avusturya'ya karşı davasında[1257] geçici mesleki yasaklama cezalarını AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "cezai" olarak kabul etmektedir. AİHM'in "cezai" olarak kabul ettiği bir yaptırım hakkında AİHS'in 7. maddesinde belirtilen suç ve cezada kanunilik ilkesinin tüm alt ilkeleriyle birlikte uygulanması gerekir.[1258]

Ayrıca AİHM, AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında ceza hukukunun kapsamına soktuğu[1259] idari cezalarda yalnızca maddi ceza hukukunun kanunilik

---

[1255] Aslında şu hususu hemen belirtmek gerekir ki AİHM'in günümüze kadar verdiği içtihatlarla idari suç ve cezanın kendi gelişimini tam olarak tamamladığını söyleyebilmek olanaklı değildir. Bu yüzden konu hakkında AİHM'in verdiği içtihatları sürekli bir şekilde takip etmek gerekmektedir. Bonichot, s. 80.

[1256] Bu güvenceler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan, s. 27-28.

[1257] Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun 1971 yılında vermiş olduğu bu karar hakkında bilgi için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 214-215.

[1258] Kısaca ifade etmek gerekirse AİHS'in suç ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 7. maddesi ile "adil yargılanma hakkı" veya "adil yargıya ulaşma" hakkı ile ilgili 6. madde arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunmaktadır. Adil yargılanma hakkı ile suç ve cezada kanunilik arasındaki bütünlük ilişkisi Evik tarafından açık bir şekilde gösterilmiştir. Yazar bu konuda şu hususları ileri sürmektedir: "Hukuk devleti olmanın dolayısıyla adil yargılanma hakkının işlerliğini sağlamak açısından zorunlu bir ilke de suçta ve cezada kanunilik ilkesidir. Bireylerin özgürlük alanına en derin müdahalelerde bulunan ceza hukukunun siyasi güç tarafından kötüye kullanılmasını engelleyen en önemli ve vazgeçilemez güvence şüphesiz suçta ve cezada kanunilik ilkesidir. Bu ilkenin içeriği ve sonuçları olarak kabul edilen suçları ve cezaları belirleyen kanun hükümlerinin ancak yasama organı tarafından yapılabilmesi, kanun hükümlerinin açık ve belirgin olması; örnekseme (kıyas) yasağı, geçmişe uygulama yasağı, lehe kanunun geçmişe uygulanması ilkeleri de bu kapsamdadır. Bu ilkeler sayesinde toplumda yaşayan bireyler neyin serbest olduğunu önceden öğrenebilmekte ve iradeleriyle yasağı veya serbest olanı seçebilmekte ve bunun sonuçlarına razı olmaktadırlar. "Kimse işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz… Ceza ve ceza yerine geçen tedbirler ancak kanunla konulur" denilmek suretiyle bu ilke gerek Anayasamızda gerekse Ceza Kanunumuzda düzenlenmiştir. Sonuç olarak, kanunda açıkça suç olarak öngörülmemiş olan bir fiilden dolayı yargılama, adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturacaktır." Bkz. Evik, V. S. Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı in Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. A.Ş., Ankara 2004, s. 287.

[1259] AİHS'in 7. maddesinin uygulanmasında Sözleşmenin 6. maddesi, özellikle onun 1. fıkrasının dikkate alınması bir zorunluluktur. Gerçekten de 6. maddenin 1. fıkrasında; herkesin gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili anlaşmazlıkların çözümlenmesi, gerek kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusunda, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içerisinde adil ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir (Resmi adı İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme olan AİHS'in güzel bir Türkçe çevirisi için bkz. Kapani, M. İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Üçüncü Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara 1996.s. 150-169). Bu fıkradan anlaşılacağı üzere

ilkesinin bulunmasını yeterli görmemekte, bunun yanında "usuli kanunilik" esasının bulunması gerektiğini de aramaktadır. Kısacası AİHM, cezai nitelik taşıyan idari yaptırımlarda devletin "usuli hukuka uygun davranma" (procedural due process) yükümlülüğü altında bulunduğunu da belirtmektedir.[1260] Aslında AİHM usuli hukuka uygun davranma yükümlülüğünü keyfi bir şekilde ortaya atmamaktadır. Gerçekten de AİHS'in 6. maddesi, cezai yaptırıma tabi tutulacak olan kimseye bir takım usuli güvencelerin sağlanması gerektiğini öngörmüştür. İşte idari ceza bağlamında AİHS'in 6. maddesinin öngördüğü usuli koşullara uyum sağlayabilmek için idari cezanın verilmesi ve uygulanması bağlamında uygulanacak süreçlere, bir başka deyişle, idari usule gereksinim bulunmaktadır.[1261] Bu gereksinimi karşılayabilmek için genel idari usul konusunda mutlaka bir kanunun çıkartılması ve söz konusu kanunda idari cezaların verilmesi ve uygulanmasında, örneğin "idari bildirim", "dinlenilme hakkı", "makul sürede savunma hakkı" gibi temel usul ilkelerine yer verilmesi gerekir.[1262] Ayrıca söz konusu kanunda usul ilkelerine uyulmaması halinde İdare için öngörülecek yaptırımların da gösterilmesi gerekir.[1263]

---

gerek medeni gerekse cezadan kaynaklanan uyuşmazlıklarda herkes adil yargılanma hakkına sahiptir. Bu bağlamda AİHS'in 7. maddesinde belirtilen suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanabilmesi için fiilin 6. maddenin 1. fıkrası kapsamında "suç veya ceza" olarak betimlenmesi bir koşuldur. Ancak burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki eğer bir idari suç veya ceza, AİHM tarafından "medeni hak ve yükümlülük" kavramına altlandırılırsa orada kanunilik ilkesinin düzenlendiği 7. madde uygulama alanı bulamaz. Tersine bir deyişle, AİHS'in 7. maddesi yalnızca 6. maddenin 1. fıkrası gereğince "suç veya ceza" olarak betimlenen işlerde uygulama alanı bulur.

[1260] Krş. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 141.

[1261] Gerçekten de Delmas ve Teitgen'in isabetli olarak belirttikleri üzere idari ceza verilirken AİHS'in 6. maddesinde belirtilen usul kurallarına uyulmaması, AİHS'in 6. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu bağlamda yazarlar, AİHM'in, AİHS'in 6. maddesinde uygulanan garantilerin idari cezalar bakımından da uygulanması eğilimini taşıdığını belirtmektedirler. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 162-163.

[1262] Zira temel hak ve özgürlüklere güvence getirmeyi amaçlayan suç ve cezada kanunilik ilkesi ancak usul ve şekil kurallarıyla birlikte idari suç ve cezalarda uygulanarak söz konusu güvenceyi tam bir işlevsellikle yerine getirebilmektedir. Krş. Gölcüklü, s. 161. Nitekim Fransız AK ve "Danıştay'ı" (Conseil D'Etat) haklı olarak, idari usul ve şekil kurallarının, suç ve cezada kanunilik ilkesinin yurttaş hak ve özgürlükleri açısından sağlamak istediği güvenceyi oluşturmak bakımından vazgeçilmez nitelikte ve tamamlayıcı bir özelliğe sahip olduğu gerçeğiyle idari suç ve cezalarda salt kanunilik ilkesinin benimsenmesinin kişi hak ve özgürlüklerinin gereği gibi korunabilmesi açısından yeterli olmadığını, bunun yanında, söz konusu korumanın tam olarak gerçekleştirilebilmesi için idari ceza uygulanırken idari usul ve şekil kurallarına uyulmasının da gerekli olduğu sonucuna ulaşmışlardır. Türkiye'de Anayasa Mahkemesinin konuyla doğrudan ilgili bir kararı bulunmamakta, Danıştay'ın kararlarında ise istikrarsızlık görülmektedir. Örneğin Danıştay Onüçüncü Dairesinin yukarıda incelenen 23.10.2009 tarih ve E. 2007/9328, K. 2009/9333 sayılı kararında, yasada öngörülmese bile ilgiliye regülatif idari ceza verilirken savunma hakkına uyulması gerektiği sonucuna varılmıştır. Yine Danıştay Onüçüncü Dairesinin 19.4.2005 tarih ve E.2005/161, K. 2005/2120 sayılı kararında; davacı şirketin, "dağıtıcılarıyla" (distribütörleriyle) imzaladığı sözleşmelerin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun geçici 2. maddesi gereğince, 5.5.1998 tarihine kadar Rekabet Kurumuna bildirim yükümlülüğü olduğundan bahisle 4054 sayılı Kanunun 16. maddesinin 1.

AİHM'in görüşlerine tam anlamıyla uyulmasından söz edilebilmesi için idari cezalarda maddi ceza hukuku anlamında kanunilik ilkesinin benimsenmesi ve genel bir idari usul kanunun çıkartılması da yetmemektedir. Bütün çabası kişi hak ve özgürlüklerine maddi ve usul güvencesini sağlamak olan AİHM'in içtihatlarına en üst bir değer tanınarak, İdare ve yargı organları yorum faaliyetinde, yasama organı ise yapacağı reformlarda AİHM'in idari ceza ve kanunilik konusundaki görüşlerini bütünüyle dikkate alması gerekmektedir.[1264]

Bunlardan başka AİHM, Alman Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanuna dayanılarak yapılan soruşturmalar ile disiplin soruşturmalarında önemsiz ihlallerin idari bir organ tarafından sözlü yargılama yapmaksızın da cezalandırılabileceği esasını bir koşulla kabul etmektedir. Bu koşul, idari cezaya karşı kapsamlı denetimin ve karar yetkisini haiz bir mahkemeye başvurulabilmesinin olanaklı olmasıdır.[1265] AİHM'in ulaşmış olduğu bu sonuçtan, tıpkı Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun gibi idari suç ve cezalar hakkında genel hükümler taşıyan 5326 sayılı Kabahatler Kanununa göre verilen halka yönelik idari cezalar ile disiplin cezalarına karşı kapsamlı denetimin ve karar yetkisini haiz bir mahkemeye başvurulabilmesinin olanaklı olmasının şart olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Türkiye'de askeri idari cezalar bağlamında yukarıda görüldüğü üzere bazı disiplin cezaları bakımından yargı organlarına başvuru olanağı öngörülmemiştir. Bu durum, AİHM'in az önce belirtilen tutumuna aykırıdır. Hangi tür veya önem derecesi ne olursa olsun bütün idari ceza

---

fıkrasının (c) bendi uyarınca, idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, sözleşmelerin kanunun anladığı anlamda henüz rekabet ihlaline neden olan bir anlaşma olarak değerlendirilmesinin olanaklı olmadığı, bunun saptanılmasının ancak 4054 sayılı Kanunda öngörülen idari usul (a.b.ç.) kurallarının uygulanarak soruşturma sonucunda verilecek "sonul" (nihai) kararla olanaklı olacağı ifade edilmiştir. Bkz. DD, Yıl:35, Sayı:110, 2005, s. 384-389. Buna karşın, DİDDGK'nın 5.12.2012 tarih ve E.2012/1099, 10.4.2013, E. 2009/2705, E.2009/2402, K. 2009/881 sayılı kararları ile Onüçüncü Dairenin E.2006/335, K. 2088/3664 sayılı kararında idari usul ve şekil kuralları göz ardı edilerek soruşturma yapılmadan ve savunma alınmadan EPDK tarafından idari ceza verilmesi hukuka uygun bulunmuştur. Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 50-51 ve dn. 95-96.

[1263] Krş. Bonichot, s. 75.

[1264] Krş. Delmas ve Teitgen, s. 164.

[1265] Bkz. Ladewig, H.M. Adil Yargılanma Hakkı-II (Çeviren Hakan Hakeri) in Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. A.Ş., Ankara 2004, s. 88. Bu esas Fransız Yargıtay'ı tarafından da benimsenmektedir. Gerçekten de idari organların verdiği idari ceza bakımından AİHS'nin 6. maddesinin gereğinin yerine getirildiğinden söz edilebilmesi için Fransız Yargıtay'ının 18 Haziran 1996 tarihli M. Pierre Conso c/Agent judiciaire du Trésor et la Commisssion des opérations de Bourse kararında; yargıya başvuru olanağının getirilmesinin mutlak bir zorunluluk olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Degoffe, s. 32.

işlemlerine karşı yargıya başvuru yolunun öngörülmesinin AİHM içtihatlarının özü doğrultusunda bir zorunluluk olduğunun düşünülmesi yerinde olacaktır.[1266]

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın konu hakkındaki içtihatları, yalnızca halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından değil, idari suç ve cezaların diğer bir türünü oluşturan disiplin suç ve cezaları bakımından da AİHS hükümlerini ve onları yorumlayan AİHM içtihatlarının gereklerine aykırıdır. Gerçekten de AİHM'in ister halka yönelik isterse disiplin suç ve cezalarında, bir başka deyişle idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusundaki içtihatları, ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda söz konusu ilkenin uygulanması konusundaki içtihatlarından farklılık[1267] göstermez. Zira yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere mahkeme eğer idari cezayı "ceza" olarak kabul ederse AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen "ceza hukuku"nun kapsamına sokmaktadır. Yine yukarıdaki açıklamalardan çıkarsanacağı üzere AİHM kimi idari cezaları ya "medeni hukuk" kapsamında görmekte ya da ne ceza ne de medeni hukukun kapsamına

[1266] İdarenin işlemlerine ve bu arada ceza işlemlerine karşı yargı yolunun kapatılması kara bir delik oluşturarak suç ve cezada kanunilik ilkesinin inkârı, bu yolun zayıflatılması ise gri bir delik oluşturarak söz konusu ilkenin içerisinin boşaltılması anlamını taşır. Böyle bir durum hukuk devleti ilkesi bakımından da geçerlidir. Daha açık bir deyişle, İdarenin işlemlerine, bu bağlamda ceza işlemlerine karşı yargı yolunun kapatılması "kara delik" (black hole) yaratılması veya "hukuk serbest bölgesi" (law-free zones) oluşturulması anlamını taşıyarak hukuk devletine açık bir düşmanlığı gösterir. Yargı denetimini etkinsizleştirme veya İdarenin keyfiliğine olanak verilmesi ise "gri delik" (grey holes) yaratılması anlamını taşıyarak hukuk devleti ilkesinin "zayıf" (thin) düşmesine yol açar. [Hukuk devleti normalde "yoğun" (thick) olmak durumundadır]. Hukukta gri bölge yaratılması durumunda hukuk devleti ilkesine uyuluyor görüntüsü verilse de gerçekte ona uyulmamaktadır. Gri delikler, siyah deliklerden daha fazla olarak suç ve cezada kanunilik ilkesi ile hukuk devleti ilkesine zarar verir. Zira siyah delik durumunda suç ve cezada kanunilik ilkesi ile hukuk devleti esasına düşmanlık açık olduğundan önlem alınması kolaydır. Buna karşın gri delik, hukuk devleti ilkesinin sinsi bir düşmanı olduğundan önlem alınması oldukça zordur. Gri bir deliğin suç ve cezada kanunilik ilkesi ile hukuk devleti ilkesine özde uyarlı olmadığını göstermek için bir örnek verilmesi uygun olacaktır. 25.10.1983 tarih ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 33. maddesinde; bu kanun ile İçişleri Bakanına, Olağanüstü Hal Bölge Valisine, il valilerine tanınan yetkilerin kullanılmasıyla ilgili idari işlemlere karşı açılacak davalarda, yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği belirtilmiştir. Bu bağlamda sayılan makamlarda oturan kişilerin vermiş olduğu bir idari ceza işlemine karşı yürütmenin durdurulması yoluna gidilemeyecektir. İdari cezaya muhatap olan kişinin yürütmenin durdurulması yoluna gidememesi, onu bütünüyle korumasız bırakır. Türk hukukunda yürütmenin durdurulmasının normal koşulları (Anayasanın 125. maddesinin 4. fıkrası ile İYUK'un 27. maddesine bkz.) bile oldukça ağır iken, (Bu koşulların ağır olması kanunilik ilkesine ağır bir zarar verdiği gibi kişilerin hak ve özgürlüklerinin yargısal yollardan etkili bir şekilde korunması esasına da büyük zarar vermektedir.) 2935 sayılı Kanunda yürütmenin durdurulması yolunu kapatan bu hüküm tam anlamıyla bir gri delik oluşturur. Bu deliğin bulunduğu bir durumda suç ve cezada ilkesinin tam olarak uygulandığından bahsedilemez. İşte böyle bir durumda bir gri bölge oluşturulduğu için suç ve cezada kanunilik ilkesi ile hukuk devletinin gereklerine uyulması sözde kalmaktadır. Krş. Vermeule, A. Our Schmittian Administrative Law, Harvard Law Review, Vol. 122: 1095, 2009, s. 1101-1102.

[1267] Zira AİHM, idari ceza olarak nitelendirdiği olaylarda "cezalandırıcı" bir yön bulunduğu anlayışından hareketle ceza hukuku ilkelerinin burada da geçerli olduğu görüşünü savunmaktadır. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 159.

gireceğine işaret etmektedir. İşte bu tip idari cezalarda AİHS'in 7. maddesinde belirtilen suç ve cezada kanunilik ilkesi uygulanmaz.[1268] Zira çeşitli defalar belirtildiği üzere AİHS'in 7. maddesinin uygulanabilmesi için bir yaptırımın 6. maddenin 1. fıkrasında belirtilen "cezai işler" kapsamına girmesi zorunlu bir koşuldur. Bu bağlamda idari suç ve cezaların diğer bir alt kümesini oluşturan disiplin suç ve cezalarından kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezalarının AİHM tarafından "cezai işler" kapsamında görülmediğini, "medeni hak ve yükümlülükler" olarak kabul edildiğini belirtmek gerekir.[1269]

[1268] Bunun gibi idari tedbirler ile güvenlik tedbirleri bakımından da AİHS'in 7. maddesi uygulanmamaktadır. (Aksi görüş için bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, s. 212). Daha doğru bir deyişle AİHM, AİHS'in 7. maddesinin önleyici nitelikteki mevzuat açısından geçerli olmadığı görüşünü savunmaktadır. Gerçekten de AİHM, 1.7.1961 tarihli Lawless-İrlanda'ya karşı davasında sözleşmenin 7. maddesinin uygulama alanını somut bir şekilde açıklamıştır. Bu kararda, mahkeme şu düşünceyi ileri sürmüştür: "Dava kayıtları, İrlanda Hükümetinin G.R. Lawless'i 1940 tarihli (Değişik) Devlete Karşı İşlenmiş Suçlar Kanununa göre, sadece kamu huzurunun ve düzeninin ya da devletin güvenliğinin korunmasını tehlikeye atacak faaliyetlerde bulunmasını önlemek için gözaltına aldığını gösterdiğinden; Lawless'in önleyici bir tedbir olarak gözaltına alınmasının, Sözleşmenin 7. maddesi anlamında suçlu bulunmuş olmasından dolayı olduğu söylenemeyeceğinden; bu nedenle 7. maddenin G.R. Lawless davasıyla ilgisi olmadığından; İrlanda Hükümeti G.R. Lawless'i 1940 tarihli Kanun uyarınca gözaltına alarak AİHS'in 7. maddesi uyarınca yükümlülüklerini ihlal etmemiştir. Mahkeme bu görüşünü serserilikle ilgili olarak 18.6.1971 tarihinde De Wilde, Ooms ve Versyp davası kararında da tekrarlayarak 7. maddenin önleyici tedbirleri içeren mevzuat bakımından geçerli olmadığı görüşünü tekrarlamıştır. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 271. Kısacası AİHM, Sözleşmenin 7. maddesinin yalnızca ceza mevzuatı için geçerli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bununa birlikte mahkeme, ülkelerin kendilerine göre bir tedbiri önleyici olarak tanımlayarak 7. maddenin uygulanmasından kaçınmalarına izin vermemektedir Gerçekten de 9.2.1995 tarihinde Welch-Birleşik Krallığa karşı davasında şu görüşler ileri sürülmüştür: "Bu hükümdeki "ceza" kavramı, 6. maddenin 1. fıkrasındaki "medeni haklar ve yükümlülükler" ve "cezai alanda yöneltilen suç" kavramları gibi özel bir Sözleşme kavramıdır...7. maddede sağlanan korumanın etkili olabilmesi için, Mahkemenin alınan bir tedbirin bu maddenin anlamı çerçevesinde esas itibarıyla bir "ceza" teşkil edip etmeyeceğini, görünümlerin ötesine giderek kendi başına değerlendirebilme olanağına sahip olması gerekmektedir...7. maddenin 1. fıkrasının ikinci cümlesindeki ifadeden, bir cezanın ağırlığının değerlendirilmesinde başlangıç noktasının, söz konusu tedbirin "suç" ile ilgili bir mahkûmiyetten sonra uygulanıp uygulanmadığına bakılması olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda ilgili diğer ölçütler arasında tedbirin doğası ve amacı; ulusal hukukta nitelendiriliş şekli; tedbirin konması ve uygulanması aşamasında var olan usuller ve tedbirin ağırlığı yer alır. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 271-272. Mahkemenin söz konusu özerk yorumunu kanımızca anlayışla karşılamak gerekmektedir. Gerçekten de AİHM, 22.6.2000 tarihinde Coëme ve diğerleri-Belçika'ya karşı davasında "(u)ygulanabilir ve etkin bir şekilde hakların korunması amacını güden AİHS'nin amacı göz önüne alındığında, (Mahkeme) kamu yararı ve bireylerin temel hakları ile demokratik devletlerde halen geçerli olan kavramları dengeleme gereksinimini göz önünde tutar..." şeklinde bir ifadeye yer vererek (Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 272) bu gereksinime işaret etmiştir.

[1269] AİHM, 19 Nisan 2007 tarihinde vermiş olduğu Eskelinen davasındaki kararıyla kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezalarını "medeni hak ve yükümlülük" olarak kabul etmiştir. Bu kararından önce mahkeme disiplin cezalarını medeni hak ve yükümlülük olarak kabul etmemekteydi. Ancak mahkeme mevcut durumda bile kamu görevlilerine verilen disiplin cezasını ceza hukukunun kapsamında görmemektedir.

Ancak kamu görevlilerine uygulanan disiplin suç ve cezalarının AİHM tarafından "cezai" olarak kabul edilmeyip belirli koşullar altında "medeni hak ve yükümlülük" olarak kabul edilmesi olgusundan, Türk mevzuat koyucusu, Anayasa mahkemesi veya Danıştay'ın tutumunun aksine AİHM tarafından bütün disiplin suç ve cezalarının AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında ceza hukuku kapsamında görülmediği sonucu çıkartılmamalıdır. Çeşitli defalar belirtildiği üzere disiplin suç ve cezaları yalnızca kamu görevlilerine özgülenemez. İdare ile cezanın muhatabı arasında "özel bağ" (special hardship) bulunan her durumda verilen ceza, disiplin cezası niteliğini taşır. Bu bağlamda AİHM'in, çeşitli disiplin cezalarını, AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "cezai" olarak gördüğünü belirtmek gerekir.

Gerçi AİHM'in bu zamana kadar verdiği kararlarından onun sabit ve istikrarlı bir "halka yönelik idari ceza", "disiplin cezası" hatta "idari ceza" kavramını benimsediği söylenemez. Bu kavram AİHM tarafından zaman içerisinde geliştirilecek olsa da mahkemenin verdiği kimi kararlardan nelerin idari ceza olarak kabul edildiği konusunda bir ipucu elde edebilmek olanaklıdır. Bu bağlamda mahkeme, BİO veya İdare tarafından verilen bazı halka yönelik idari cezaları AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasındaki "cezai işler" kapsamına soktuğu gibi asker, mahpus, psikiyatri hastaları gibi kişiyle İdare arasında "özel bir bağ" bulunan hallerde verilen özgürlüğü bağlayıcı disiplin cezaları[1270] ile trafik polisi tarafından verilen trafik cezalarını "cezai işler" kapsamına sokmaktadır. AİHM'in hangi tür yaptırımları "ceza" olarak kabul ettiği konusunda önceden hazır bir liste vermek zor olsa da bahsedilen cezalara benzer cezaları, hatta kapsamını genişleterek başka yaptırımları da AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasının kapsamına soktuğu veya sokabileceğini söylemek olanaklıdır.[1271]

İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasına salt Anayasa Mahkemesi ve Danıştay önem vermemekle kalmamakta, bunun yanında, kanun

[1270] İlginçtir AİHM, asker, mahpus, psikiyatri hastaları gibi kişiyle İdare arasında "özel bir bağ" bulunan hallerde verilen özgürlüğü bağlayıcı yaptırımı "ceza" olarak kabul etmesine karşın Fransız AK'nin 28 Temmuz 1989 tarihli kararında bu yaptırımlar ceza, daha somut bir deyişle, "idari ceza" olarak kabul edilmemektedir. Bundan daha da ilginç olan husus ise AK'nin bu tutumunun Fransız öğretisinde kimi yazarlar tarafından desteklenmesidir. Gerçekten de bu yazarlar, kişi ile İdare arasında özel bir bağın bulunması durumunun doğal olarak idari organın otoritesini artırdığı ve yurttaşa sağlanan garantileri ve bu arada kanunilik ilkesinin etkisinin azaltılmasına yol açtığını belirtmektedirler. Ancak Moderne'in isabetli olarak belirttiği üzere özel bağ bulunan bu hallerde de verilen idari cezaların "cezalandırıcı" niteliği bulunduğu için bu görüş isabetsizdir. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 160-161.

[1271] Krş. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 63.

koyucu da gerekli önemi vermemektedir. Üstelik 5326 sayılı Kabahatler Kanununun temel esin kaynağını oluşturan[1272] Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun[1273] 3. ve 4. maddelerinde suç ve cezada kanunilik ilkesi bir bütün halinde geçerli olduğu açıkça belirtilmiş olmasına karşın, 5326 sayılı Kanunda yalnızca cezada kanunilik ilkesinin benimsenmesi, buna karşın, suçta kanunilik ilkesi benimsenmemesi anlaşılabilir bir husus değildir. Daha açık bir deyişle, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrasında suçta kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine uyulmayabileceği hükmü getirilerek suçta kanunilik ve dolayısıyla "suç ve cezada kanunilik" ilkesine aykırı[1274] bir tutum takınılması vahim bir hata oluşturmuştur.

Kabahatler Kanununun "suç ve cezada kanunilik" ilkesi konusunda yapmış olduğu bu düzenleme AİHS'e de aykırılık oluşturmaktadır. Gerçekten de AİHM, Öztürk kararında,[1275] Almanya'da halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından genel nitelik taşıyan Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunu, kapsamının genel olması ve cezalandırıcı nitelik taşımasından dolayı AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "cezai" nitelik taşıdığını belirtmiştir. Yine yukarıda belirtildiği üzere mahkeme bir yaptırımı "cezai" olarak görürse AİHS'in 7. maddesinde ifade edilen kanunilik ilkesinin Kıta Avrupası hukuk dizgesine sahip olan ülkeler bakımından tüm alt ilkeleriyle birlikte uygulanması gerektiğini de belirtmiştir.[1276] Bu bağlamda halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından genel nitelikli hükümler taşıyan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu da AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "cezai" bir nitelik taşımakta ve kanunilik ilkesinin bütün alt ilkeleriyle birlikte benimsenmesi gerekmektedir.

İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin benimsenmemesi, daha somut bir deyişle 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrası, Anayasanın 38. ve 91. maddelerine açık bir aykırılık oluşturur. Çeşitli defalar belirtildiği üzere

---

[1272] Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun değişik açılardan idari suç ve cezalar konusunda genel hükümler taşıyan 5326 sayılı Kabahatler Kanununa temel esin kaynağı olmaya elverişli bulunmaması hakkında bilgi için bkz. Dursun, Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış, s. 3428-3431.

[1273] Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun orijinal metni için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/owig-1968/gesamt.pdf, Erişim Tarihi, 13.4.2012).

[1274] Çeşitli defalar belirtildiği üzere "suç" ve "ceza"nın birbirinden ayrılması olanaksız olduğundan birisinde kanunilik ilkesinin benimsenmemesi diğerinde de benimsenmediği anlamını taşır.

[1275] AİHM'in 1984 yılında vermiş olduğu Öztürk kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mole ve Harby, s. 17, Delmas ve Teitgen, s. 159.

[1276] Bu konuda AİHM'in Kokkinakis davasında verdiği karar örnek olarak gösterilmiştir.

Anayasanın 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında suç ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenirken ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar ile cezai idare hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar arasında bir ayrım yapılmamış, her ikisinde de suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği örtük bir şekilde ifade edilmiştir. Öte yandan olağan kanun hükmünde kararnamelerle suç ve ceza yaratılması Anayasanın 91. maddesine aykırıdır. Zira suç ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin Anayasanın 38. maddesi, Anayasanın İkinci Kısmının İkinci Bölümünde yer aldığına, dolayısıyla kanun hükmünde kararname ile düzenleme yasağı kapsamına girdiğine göre kanun hükmünde kararnamelerle yaratılmasına olanak bulunmayan idari suç ve cezaların, bu güçte olmayan Bakanlar Kurulu Kararnamesi, tüzük ve yönetmeliklerle konulabileceğini ileri sürmek en temel yorum kurallarına aykırı düşer. Zira idari suç ve cezaların kanun hükmünde kararnamelerle yaratılmasına izin vermeyen Anayasa, ondan daha düşük derecede bulunan bir takım düzenleyici işlemlerle idari ceza normu yaratılmasını kabul edemez, tam aksine çoğunu yasaklamış olan Anayasa azını da yasaklamıştır.[1277]

Çalışmanın Üçüncü (son) Bölümünde ise idari suç ve cezalar ile diğer hukuka aykırı fiiller ve çeşitli kavramlarda kanunilik ilkesinin uygulaması bağlamında ilişkiler üzerinde durulmuştur. Bu bölümde açıklandığı üzere, hukukçuları en fazla meşgul eden konuyu idari suç ve cezalar ile ceza hukukunun kapsamına suç ve cezalar arasında "niteliksel" (öze yönelik) veya "niceliksel" (ağırlık) ölçüt bulma çabaları oluşturmuştur. Şu hususu hemen belirtmek gerekir ki idari suç ve cezaların türlerini oluşturan gerek halka yönelik idari suç ve cezalar gerekse disiplin suç ve cezaları ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar arasında farkı doğru bir şekilde ortaya koyacak "maddi" (öze ilişkin) ölçüt bulmak kolay değildir. Gerçi kimileri disiplin suçlarının "özel" (hardship) bir itaat yükümlülüğünün ihlalini oluşturmasına karşın, ceza hukukunun kapsamına giren suçların böyle bir özellik göstermeyerek genel itaat yükümünün ihlali olduğu görüşünü savunsalar da bu savı doğru olarak benimsememekteyiz. Gerçekten de genel itaat yükümünün ihlali şeklinde disiplin suçları bulunduğu gibi özel itaat yükümünün ihlali niteliğinde ceza hukuku suçları da bulunmaktadır. Öte yandan yukarıda anlatıldığı üzere bu bağlamda

[1277] Krş. Erman, Ticari Ceza Hukuku I-Genel Kısım, s. 38. Erman, bu eserinin s. 34-37'de ayrıca, İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratılmasını savunmanın hukukilik yerine yerindelik görüşü olduğunu ileri sürerek bu görüşe karşı haklı bir takım eleştiriler yöneltmektedir.

öğretiyi en çok meşgul eden konulardan birisini halka yönelik idari suç ve cezalar ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar arasında farkı ortaya koyucu ölçüt bulma çabaları oluşturmuştur. İtiraf etmek gerekir ki öğreti tarafından bu konuda ortaya atılan ölçütlerden hiçbirisi yeterli olamamış, ortaya atılan her ölçütün, öze yönelik olarak halka yönelik idari suç ve cezalar ile ceza hukuku suç ve cezaları arasında ayrımı ortaya koymaya elverişli olmadığı anlaşılmıştır.

İdari suç ve cezalar ile ceza hukukunun düzenlediği suç ve cezaları birbirinden ayırmaya yarayan "maddi" (öze yönelik) bir ölçüt bulunmadığı gibi "niceliksel" (ağırlık) bir ölçüt de bulunmamaktadır. Bu bağlamda ceza hukukunun kapsamına giren cezanın ağır bir nitelik taşıdığı, buna karşın, idari cezanın hafif bir özellik gösterdiği savlanamaz.[1278] Gerçekten de örneğin Rekabet Kurumunun vermiş olduğu idari para cezası, mahkemenin vermiş olduğu adli para cezasından belki de yüzlerce kat fazla olabilmektedir. Bunun gibi yükümlülüğe aykırı davranış nedeniyle "ruhsat iptali" şeklinde uygulanan idari bir ceza, mahkemenin vermiş olduğu adli para cezasından daha ağır bir hukuki sonuç doğurabilmektedir. Bu yüzden idari ceza ile ceza hukuku cezası arasında ayrımı ortaya koyacak niceliksel bir ölçüt bulmak oldukça zordur.

İdari suç ve ceza ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar arasında ayrımı ortaya koyacak niteliksel veya niceliksel bir ölçüt bulunamadığına göre geriye sadece organik ve şekli ölçüt kalmaktadır. Bu bağlamda idari ceza, İdare tarafından idare hukuku kuralları uygulanarak idari işlemle verilen ceza olmasına karşın, ceza hukuku kapsamına giren ceza, yargıç tarafından ceza muhakemesi normları uygulanarak "hüküm" (ilam) ile verilen cezayı oluşturur. Organik ve şekli[1279] ölçüt, salt idari ceza ile ceza hukuku cezası arasında ayrımı ortaya koymak bakımından yararlı bulunmamakta, bunun yanından söz konusu cezalardan birincisi ile özel hukuk haksız fiilleri arasındaki farkı ortaya koymak bakımından da yararlı

[1278] Nitekim Moderne'in isabetli olarak belirttiği üzere, idari ceza da ceza hukuku cezası gibi faili bir haktan mahrum etmekte veya ona yükümlülük yüklemektedir. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 101.

[1279] Ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar ile idari suç ve cezalar birbirinden ancak organik ve şekli ölçütle ayrıldığına göre şekli ölçütün gereği olarak terminolojinin özenle kullanılması gerekmektedir. Ancak gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Danıştay kararlarında bu özene riayet etmemektedirler. Örneğin "idari ceza" kavramının kullanılması gereken yerlerde mahkemeler "idari yaptırım" kavramını kullanmaktadır. Hâlbuki idari cezanın ceza hukuku cezasından farkını gösterebilmek için şeklen "idari ceza" kavramının kullanılması daha yerinde olurdu.

olabilmektedir. Bu bağlamda idari ceza ile özel hukuk haksız fiilleri arasındaki farkı ortaya koymak bakımından organik ve şekli ölçüte başvurmak gerekmektedir. Bu çerçevede özel hukuk haksız fiillerinin yaptırımı ancak yargının "hükmü" (ilamı) sonucu uygulanabildiği halde, idari cezanın uygulanabilmesi için herhangi bir yargı ilamının bulunması gerekmez. Daha somut bir deyişle, özel hukuk haksız fiillerinin yaptırımlarını uygulama yetkisi bağımsız ve tarafsız yargı organına bırakıldığı halde, idari ceza herhangi bir yargı hükmünden bağımsız olarak bizzat idare tarafından uygulanır. Yine idari ceza verilirken idare hukukuna özgü usuller uygulanırken özel hukuk haksız fillerinin yaptırımlarında muhakeme usulü uygulanır. Ancak şu husus hiçbir şekilde unutulmamalıdır ki idari suç ile diğer hukuka aykırı eylemleri doğası gereği birbirinden ayırabilecek bir ölçüt bulunmamaktadır.[1280] Bu bağlamda kanun koyucu, bir fiil veya davranışı idari suç olarak öngörebileceği gibi ceza hukuku suçu veya özel hukuk haksız fiili olarak da öngörebilir.[1281]

İdari suç ve cezalar ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezaları birbirinden ayırmanın suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından bir önemi bulunmasa da[1282] bunlardan birincisi ile özel hukuk haksız fiilleri arasında yapılacak bir ayrım söz konusu ilkenin uygulanması bakımından büyük önem taşır. Bu bağlamda idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin sert ve katı bir şekilde uygulanması gerekirken özel hukuk haksız fiillerinde söz konusu ilke uygulanmaz.

İdari suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulamasını tam olarak kavrayabilmek açısından söz konusu suç ve cezaların diğer hukuka aykırı fiillerden farkının ortaya konulması dışında kendisiyle en çok karıştırılan diğer kavramlarla farkının da ortaya konulması gerekmektedir. Gerçekten de "yaptırım" kavramının türlerini oluşturan halka yönelik idari ceza ile idari tedbir, idari icra, gecikme zam ve

[1280] Bu yüzden de enerjimizi bu ayrım için boşuna harcamamamız gerekir.

[1281] Ancak Moderne, yasa koyucunun bir eylemi ceza hukuku suçu veya idari suç olarak belirlemesinde pozitif hukuk açısından olmasa da işin doğası gereği bir sınır bulunduğu şeklinde ilginç bir görüş ileri sürmektedir. Yazar, sosyal değerleri açıkça etkilemeyen, sosyal bir etikete tabi tutulmayan, idarenin görev alanında karşılaşılan ihlallerin karşılığında idari cezanın öngörülmesi gerektiğini, zira İdare bağımsız veya tarafsız bir kimliğe sahip olmadığı için sosyal etikete tabi tutulan veya sosyal değerleri etkileyen eylemler konusunda nesnel bir şekilde karar verebilmesinin olanaksız değilse bile oldukça güç olduğunu, örneğin "edebe aykırı fiil" kavramı bir sosyal değeri ifade ettiğinden böyle bir fiili idari ceza ile cezalandırmak doğru olmadığını, bu nedenle söz konusu fiilin ya suç olmaktan çıkartılması, suç olmaktan çıkartılmayacaksa ceza hukuku suçu olarak korunması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 105 ve özellikle dn. 109.

[1282] Zira her ikisinde de suç ve cezada kanunilik ilkesinin titiz bir şekilde uygulanması gerekir.

faizi ve idari tazminat ile idari suç ve cezaların diğer türünü oluşturan disiplin suç ve cezaları ile etik kavramı uygulamada yoğun bir şekilde birbirine karıştırılmaktadır.[1283] Halka yönelik idari ceza ile bahsedilen diğer yaptırımlar arasında şekli ve organik ölçüte göre ayrım yapılamamakta, bunlar arasında yalnızca "maddi" (öze yönelik) ayrım yapılabilmektedir. Çalışmanın bu bölümünde ayrıntılı bir şekilde ortaya konulduğu üzere, halka yönelik idari cezalarda "cezalandırma" amacı bulunmasına karşın, diğer yaptırım türlerinde böyle bir amaç bulunmaz. Daha açık bir deyişle, idari tedbirde kamu düzeninin sağlanması,[1284] idari icrada cezai nitelik taşısın veya taşımasın yaptırım niteliğindeki idari işlemlerin yürütülmesi, gecikme zam ve faizinde Hazinenin alacağının güvence altına alınması, idari tazminatta ise temel olarak İdareye verilen zararın giderilmesi erekleri ön plana çıkmaktadır. Gerçi idari idari tazminat yaptırımının bünyesinde kimi durumlarda "tazmin" ve "cezalandırma" karakterinin birlikte bulunabilmesi yüzünden idari ceza

[1283] Bu karışıklık yasama organının tutumundan kaynaklandığı gibi yargı organlarının tutumundan da kaynaklanmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen 19.3.1987 tarih ve E.1986/5, K. 1987/7 sayılı kararında; hakları kısıtlayan yaptırımlar grubuna giren ve Türk mevzuatında tatil, men, memnuiyet, mahrumiyet, kapatma gibi terimlerle ifade edilen bu tür yaptırımların teknik anlamda "ceza" niteliğini taşımayıp çoğu kez bir "tedbir" niteliğinde olduğu belirtilmekte, sonuçları itibarıyla birbirlerine çok benzeyen, "ceza", "güvenlik tedbiri", "idari ceza", "disiplin cezası" veya "kolluk müeyyideleri"ni birbirinden ayıran en önemli ölçütün yasa koyucunun iradesi olduğu belirtilmektedir. Mahkemenin bu görüşü temel olarak hatalıdır. Bu hata, mahkemenin, tatil, men, kapatma gibi yaptırımları çoğu kez "tedbir" niteliğinde olduğunu kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu görüşüyle yaptırımın kendisine bakılarak onun "tedbir" veya "diğer bir yaptırım" olarak ayrıştırılabileceğini ima etmektedir. Hâlbuki çeşitli defalar belirtildiği üzere özgürlüğü bağlayıcı ceza ölçütü dışında yaptırım türlerine bakılarak yaptırımın ne olduğuna karar verilemez. Hatta yine yukarıda belirtildiği üzere bu ölçüt Türk pozitif hukuku bakımından işe de yaramamaktadır. Zira idari ceza, örneğin hizmet yerini terk etmeme şeklindeki askeri idari ceza veya cezaevi idaresinin vereceği bazı cezalarla (örneğin, hücreye kapatma) yoluyla kişi özgürlüğünün kısıtlanması olanaklı bulunmaktadır. Çalışmanın ilgili kısımlarında ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere, idari ceza ile idari tedbir birbirine en fazla karıştırılan kavramlardır. İdari ceza ile idari tedbir arasında amaç bakımından farklılık dışında, idari cezada ister kanun, isterse düzenlemeden kaynaklansın bir yükümlülüğün ihlal edilmesi olgusuyla karşılaşılmakta, buna karşın, idari tedbirde daha yükümlülük ihlal edilmeden önlem alınmaktadır. Bu gerçeğe rağmen Danıştay kimi kararlarında "idari ceza" ile "idari tedbir" arasında doğru bir ayrım yapamamaktadır. Bu konuda yukarıda çok sayıda Danıştay kararından örnek verilmişti. Başka bir örnek ise Danıştay Onuncu Dairesinin 31.5.1995 tarih ve E.1993/5052, K. 1995/2724 sayılı kararıdır. Bu kararda; Anayasayla teminat altına alınan yurt dışına çıkma özgürlüğünün İdarece genel güvenlik bakımından sakınca bulunması nedeniyle kısıtlanması, suç karşılığı ceza uygulaması olarak görülmüştür. Bkz. DBB, Erişim Tarihi, 7.9.2009. Daha açık bir deyişle Danıştay'ın bu kararında ilgiliye pasaport verilmemesini "idari ceza" olarak betimlenmiştir. Hâlbuki bu olayda "idari ceza" değil tam anlamıyla "idari tedbir" yaptırımı bulunmaktadır. Zira ilgili kişiye pasaport verilmemesi yaptırımında ne kişinin cezalandırılması ne de o kişinin bir yükümlülüğü ihlal etmesi olgusu bulunmaktadır.

[1284] Çalışmanın ilgili kısımlarında ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere, idari ceza ile idari tedbir birbirine en fazla karıştırılan kavramlardır. İdari ceza ile idari tedbir arasında amaç bakımından farklılık dışında, idari cezada ister kanun, isterse düzenlemeden kaynaklansın bir yükümlülüğün ihlal edilmesi olgusuyla karşılaşılmakta, buna karşın, idari tedbirde daha yükümlülük ihlal edilmeden önlem alınmaktadır.

ile idari tazminin öze yönelik olarak birbirinden ayrılması zorlaşabilmektedir. İşte böyle bir durumda idari tazminin bünyesindeki "tazmin" ile "cezalandırma" karakterine bakılarak hangisi baskınsa ona göre sonuca ulaşılması gerekir.[1285]

İdari suç ve ceza ile diğer yaptırımlar arasında ayrım yapılması suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından yaşamsal bir önem taşımaktadır. Her şeyden önce şu hususu belirtmek gerekir ki diğer yaptırımlar "suç" ve "ceza" niteliği taşımadığı için idari tedbirler dışındaki bu yaptırımlarda suç ve cezada kanunilik ilkesi uygulanmaz. Bu bağlamda idari icrada kanuni idare ilkesi, gecikme zam ve faizinde vergide kanunilik ilkesi,[1286] idari tazmin durumunda temel hak ve

[1285] İdari tazminin bünyesindeki "tazmin" karakteri baskınsa yaptırımın "idari tazminat", "cezalandırma" karakteri baskınsa "idari ceza" olduğu sonucuna varılması gerekir.

[1286] Vergide kanunilik ilkesi de suç ve cezada kanunilik ilkesi gibi kişi hak ve özgürlüklerini koruyucu bir güvence oluşturur. İnsanoğlunun uzun kazanımları sonucu elde verginin kanuniliği ilkesi (verginin kanuniliği ilkesinin tarihçesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kumrulu, G. A. Vergi Hukukunun Birkısım Anayasal Temelleri, AÜHFD, Cilt 36, Sayı 1-4, Yıl 1979, s. 147-150), çağcıl demokratik ülkelerde "erkler ayrılığı" veya "erkler dengesi" ilkeleri çerçevesinde, vergilendirme yetkisine yalnızca parlamentonun sahip olması anlamını taşır. Daha açık bir deyişle bu ilke, kanun koyma yetkisine sahip olan organın vergilendirme yetkisini kullanması anlamını taşır. Bu bağlamda yasama organı cebrilik unsuru taşıyan mali yükümlülükleri, kısacası geniş anlamda vergiyi veya vergi muaflık ve istisnalarını mutlaka kanunla düzenlemek zorundadır. Nitekim Latince ifadesiyle "nullum tributum sine lege" (kanunda yazılı olmadan vergi alınmaz) kuralı birçok devletin anayasasında hükme bağlanmıştır. Bkz. Karakoç, s. 321. Öte yandan verginin kanuniliği ilkesinin, "hukuki güvenlik ilkesi"nin gerçekleştirilmesine hizmet ettiğini belirtmek gerekir. Daha açık bir deyişle, vergisel işlerde hukuki güvenlik, her şeyden önce kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği ve kanunun açıklığı alt ilkelerine uyulması sonucu gerçekleştirilebilir. Bu bağlamda kanunun tekelciliği alt ilkesine uygun olarak vergi normunun kaynağını yalnızca "kanun" oluşturmalıdır. Vergi normunun kaynağını yalnızca kanunun oluşturması da yetmemektedir. Kanunun açıklığı alt ilkesinin gereklerine uygun bir şekilde vergi kanununun kesin, açık, yalın, net ve anlaşılabilir bir nitelik taşıması gerekmektedir. Yine bu ikinci alt ilke bağlamında vergi kanunlarının kıyas yöntemi ile yorumlanmasına izin verilemez. Zira bu yönteme izin verilmesi, idare veya yargı organlarının yeni vergi doğuran olay yaratmaları veya vergi yükünü artırmaları olasılığının görülebilmesi anlamını taşır. Bu bağlamda kıyas, vergi hukukunda yorumun sınırını oluşturur. Vergi hukukunda uygulamasında görülen kanun boşlukları kıyas veya genişletici yorumla doldurulamaz, söz konusu boşlukların mutlaka yasama organı tarafından doldurulması gerekir. Krş. Çağan, N. Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme, AÜHFD, Cilt 37, Sayı 1-4, Yıl 1980, s. 141. Kanunilik ilkesinin "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesi de hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir. Bu bağlamda söz konusu ilke gereği vergi kanunlarının geçmişte oluşan vergiyi doğuran olaylara uygulanmaması gerekmektedir. Çünkü kişiler gelecekle ilgili planlarını yürürlükteki vergi kanunlarına göre yapmaktadırlar. Sonradan çıkartılan kanunlarla geçmiş dönemler için vergi yükünün artırılması, yükümlülerin devlet ve hukuk düzenine olan güveni zedelemekte, ekonomik ve ticari yaşamda bulunması gereken istikrar ve belirlilik bundan oldukça olumsuz bir şekilde etkilenmektedir. Çağan, Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme, s. 141. Yukarıda örneği gösterilen Anayasa Mahkemesi kararında, geçmişte oluşan vergiyi doğuran olaylara uygulanmasını öngören vergi kanunu Anayasaya uygun bulunmuştur. Bu durum, vergi yükümlülerinin devlet ve hukuk düzenine olan güvenlerini zedelemiş, ekonomik ve ticari yaşamda bulunması gereken istikrarı ve belirliliği önemli ölçüde tahrip etmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu tutumu yüzünden kanımızca yurttaşların temel hak ve özgürlükleri büyük bir tehlike altına girmiştir. Zira verginin kanuniliği ilkesinin Batı demokrasilerinin temel esaslarından birisini oluşturmasının nedenini, verginin kişi temel hak ve özgürlükleriyle yakından ilişkili olması ve söz konusu hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmını doğrudan doğruya sınırlandırması oluşturur. Çağan, Vergilendirme Yetkisi, s. 94.

özgürlüklerin sınırlanmasında geçerli olan kanunilik esası uygulanır. Ancak idari suç ve ceza gibi kişi özgürlüklerini ağır bir şekilde sınırlandıran idari tedbirlerde, suç ve cezada kanunilik ilkesi, idare hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesiyle harmanlanarak özgün ve esnek bir şekilde uygulanır.[1287]

İdari suç ve ceza ile diğer yaptırımların karşılaştırılmasından idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının işin doğası gereği olduğu kolaylıkla anlaşılmaktadır. Zira her idari ceza, kişi hak ve özgürlüğünü ihlal etmektedir. Gerçekten de Fransız "Danıştay'ının" (Conseil d'Etat) 1981 yılında vermiş olduğu bir kararda, nitelendirilmesi ve türü ne olursa olsun her idari cezanın kişi özgürlüğünü ihlal edeceği belirtilmiştir. Danıştay'a göre kişi ile devlet arasındaki ilişki nasıl olursa olsun idari ceza, kişinin temel hak ve özgürlüklerini etkilemektedir çünkü idari ceza kamu gücü ve ayrıcalığıyla verilmektedir.[1288] İdari ceza kişi hak ve özgürlüğüne bir sınırlandırma getirdiğine göre idari suç ve/veya ceza alanında katı bir şekilde kanunilik ilkesinin uygulanması kaçınılmazdır. Bu bağlamda Fransız AK'nin içtihatlarında sürgit bir şekilde vurgulandığı üzere İdare, idari ceza yoluyla kişi özgürlüğüne müdahale etmekte, bu yüzden ceza hukukunun genel prensiplerinin ve bu arada suç ve cezada kanunilik ilkesinin idari cezalar bakımından da sıkı bir şekilde uygulanması gerekmektedir.[1289] Fransız AK'nin bu tutumu kanımızca son derece isabetlidir.[1290] Zira idari ceza doğası gereği yurttaşların hak ve özgürlüklerini

---

[1287] Disiplin suç ve cezasıyla karıştırılan etik işlerinde ise yalnızca suç ve cezada kanunilik ilkesi değil idare hukukunda geçerli olan kanunilik esası da uygulanmaz.

[1288] Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 57 ve dn. 58.

[1289] Fazla bilgi için bkz. Delmas ve Teitgen, s. 28-29.

[1290] Ağırlıklı olarak kararlarında idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı sonucuna varan Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın tutumunu ise yereceğiz. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın ağırlıklı olarak idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının şart olmadığını ima eden görüşleri, suç ve cezada kanunilik ilkesinin kişi hak ve özgürlüğü ile onun korunmasının en önemli güvencesini oluşturması temelinde doğru bir yaklaşım değildir. Zira herkes, sadece işlenmesine izin verilen ve verilmeyen fiilleri önceden açık ve kesin olarak bilebildiği takdirde hareketlerinde özgür olabilir. Kuşkusuz kişinin hak ve özgürlükleri "saltık" (mutlak) değildir, bu bağlamda toplumun menfaati, düzeni ve gayesine zarar verecek fiillerin işlenmemesi için hak ve hürriyetlere bir takım sınırlandırmaların getirilmesi gerekir. Bununla birlikte, işlenmesine izin verilen veya verilmeyen fiiller kanunlarda gösterilmek ve herkesin önceden bilip öğrenerek ona göre hareket etmesi olanaklı kılınmak yoluyla hak ve özgürlüklerin çerçevesi çizilir ve yasaklanan fiillerin dışında kalanları işleyip işlememek konusunda herkes özgür bulunur. Bu bağlamda suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, herhangi bir kişinin, kanunda yazılı olmayan bir fiilden dolayı eleştirilmesine engel olmakta ve bu sayede kişi hak ve özgürlükleri güvence altına alınmış olmaktadır. Krş. Taner, T. Dördüncü Beynelmilel Ceza Hukuku Kongresi, İÜHFM, Yıl:111, Sayı:12, 1937, s. 410. Aslında Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından idari suç ve cezalarda "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin uygulanmayacağı şeklinde ulaşılan örtük sonuç, kanunda açıkça gösterilmemiş olan, ancak, toplumsal yaşama zarar veren fiillerden dolayı İdarecilerin ceza verebilmeleri, bir başka deyişle, yöneticilerin yalnızca kanunları uygulamak değil, bununla eşanlı olarak, hukuku yaratmak ve kanunun boşluklarını

etkileyebilecek nitelikte bulunduğundan İdarenin ceza verebilmesi için ancak bu yetkinin kanun ile İdareye sıkı koşullar altında tanınmış olması gerekmekte, ona bu alanda bir serbestinin verilmemesi gerekmektedir.[1291]

İdari suç ve ceza alanında sıkı veya katı bir şekilde kanunilik ilkesinin uygulanması gerekliliği, kanunun kişi hak ve özgürlüklerine güvence sağlaması niteliğinden kaynaklanmaktadır. Ancak kanunun bu güvenceyi sağlayabilmesi için bir takım niteliklere sahip olması gerekmektedir. Gerçekten de kanunla bir düzenin kurulması, insanları, başkalarının keyfi hareket etmesi tehlikesinden kurtarmakta, ancak niteliksiz kanunlar bazen kişileri, kanun koyucunun keyfi hareketlerine maruz bırakabilmektedir. Bu durumdan inanılmaz bir felaket doğmaktadır ki Erem'in naklettiği bir yazar, bu olguyu "silahlı haksızlık" olarak betimlemiştir.[1292] Bu bağlamda idari suç ve ceza alanında öngörülen kanunların, ancak insan hak ve özgürlüklerine saygılı olması ve hukuk devletinin aradığı usuli ve maddi sınırlamalara[1293] uygun olması koşuluyla kişi hak ve özgürlüklerine güvence sağlayacağı açıktır.

---

doldurmak suretiyle kanun koyucunun taraflı yardımcısı olmaları, kanunun ibresine açıkça giren fiilleri göz önünde tutarak, bu fiillere benzeyen davranışları da kıyas yoluyla cezalandırabilmeleri, "kanunsuz suç olmaz" kuralıyla onun sonucu ve ayrılmaz bir parçasını oluşturan "kanunsuz ceza olmaz" kuralının ve bu kuralın açıklık alt ilkesinin bir gereği olan "cezada aleyhe kıyas geçerli değildir" esasının ortadan kaldırılarak bunların yerine yalnızca "cezasız suç olmaz-nullum crimen sine poena" yönünde bir kuralın konulması şeklindeki sakat bir anlayışı ortaya koyar. Krş. Taner, s. 406-407. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın bu tutumları yüzünden kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından büyük tehlikelerle karşılaşılmaktadır. Zira söz konusu hak ve özgürlüklerin en önemli güvencelerinden birisini oluşturan suç ve cezada kanunilik ilkesinin mahkemeler tarafından gerçek anlamda benimsenmemesi yüzünden İdare de bu ilkeye riayet etmemiş, tersine bir deyişle, son derece tehlikeli bir şekilde İdarenin otoriter ve anarşik bir eğilime kayması olgusuyla karşılaşılmıştır. Mahkemeler bu tutumuyla adeta kendi varlık nedenlerini de inkâr etmişlerdir. Zira yurttaşların hak ve özgürlüklerine en büyük tehlike ve tehdit İdareden gelmekte ve İdarenin saldırılarını engellemek veya durdurmak Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın varlık nedenlerini oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın bu tutumlarından doğan sakıncalar idari suç ve cezaların türlerini oluşturan halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından geçerli olduğu gibi disiplin suç ve cezaları bakımından da geçerlidir. Hatta özellikle Türk Danıştay'ının disiplin suçlarında "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin uygulanmayacağı yönündeki tutumu, kamu görevlilerinin aleyhine ek bir sakınca oluşturmuştur. Gerçekten de Fougère'nin isabetli bir şekilde belirttiği üzere, kamu görevlisinin bilmediği bir yükümlülüğü ihlal etmesinden dolayı ona ceza verilmesi, kamu görevlisini oldukça büyük bir tehlike içerisine atar. Fougère, s. 321. Zira böyle bir tutum, İdarenin keyfiliğini ve gelişigüzel davranışını artırmak için uygun bir zemin oluşturur.

[1291] Krş. Süzek, s. 254.

[1292] Erem, Hürriyet ve Suç, AÜHF Yayınlarından, Ankara 1952, s. 1.

[1293] Hukuk devleti ilkesinin kanunlar için öngördüğü biçimsel ve maddi sınırlamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Marmor, s. 169-207.

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, T. Yıkma Kararlarında Yöntem Sorunları, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 12, Sayı 4, Aralık 1979, s. 41-55.

----------. İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku: Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü, www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm (11 Ağustos 2004), Erişim Tarihi, 31.5.2012.

Akipek, J. **Türk Medeni Hukuku Cilt I Cüz I**, AÜHFY No. 314, Ankara 1966.

Akyılmaz, B. **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

Alacakaptan, U. **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, Ankara 1958.

----------. **Suçun Unsurları**, AÜHFY No. 372, Ankara, 1975.

Allen, C.K. **Law In The Making**, Oxford University Press, London 1958.

Ancel, M. Muasır Mevzuatta "Kanunsuz ceza olmaz" Kaidesi, **Adliye Ceridesi**, Yıl: 29, 1938, s. 1326-1351.

Antolisei F. ve Conti L. **Manuale Di Diritto Penale Parte Generale**, Quattordicesima Edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1997.

Arslan, Ç. Kamu (Amme) Alacaklarında Gecikme Zammı ve Faiz in **Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 397- 436.

Ashworth, A. **Principles of Criminal Law**, Fourth Edition, Oxford University Press, New York 2003.

Aslan, O.E. **Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri**, TODAİE Yayınları, Ankara 2006.

Austry, S. Les Sanctions administratives en matière fiscale, **AJDA**, 20 Octobre 2001 spécial, s. 51-59.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2007.

Ayanoğlu, T. İmar Hukukunda Yapı Ruhsatı ve Yapı Kullanma İznine Aykırılıkların Yaptırımı in **Uğur Alacakaptan'a Armağan 2**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 103-113.

Ayoğlu, T. Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9 ve 61. Maddelerinin Bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 3.1.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Cilt: 8, s. 23-37.

Balta, T.B. **İdare Hukukuna Giriş**. TODAİE Yayınları No:117, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

Barak, A. Begin and the Rule of Law, **Israel Studies**, Volume 10, Number 3, Fall 2005, s. 1-28.

Başaran, F.Y. İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları in **Danıştay Başkanlığı 138. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Matbaası, Ankara 2008, s. 138-178.

----------. Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Vergi Kabahat ve Yaptırımlar **in İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu**, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2009, s. 285-297.

Başgil, A.F. Türkiye Teşkilat Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tabi Olduğu Hukuki Rejim in **Cemil Bilsel'e Armağan**, İstanbul 1939, s. 17-100.

Beccaria, C. **Suçlar ve Cezalar Hakkında** (Dei delitti e delle pene, 1764), İtalyanca Aslından Türkçeye Çeviren Sami Selçuk, İmge Yayınevi, Ankara 2004.

Bentham, J. **The Works of Jeremy Bentham, vol. 5** (Scotch Reform, Real Property, Codifiacation Petitions), 1843, (The Online Library of Liberty: http://files.libertyfund.org/files/1996/Bentham_0872-05_EBk_v5.pdf, Erişim Tarihi, 2.2.2010).

Black's Law Dictionary, Fifth Edition, West Publishing Co., USA 1979.

Blackstone, S.W. **Commentaries on the Laws of England in Four Books, vol. 1,** 1753 (The Online Library of Liberty: http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v5.pdf, Erişim Tarihi, 3.2.2010).

Bonichot, J.C. Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme, **AJDA**, 20 octobre spécial, s. 73-80.

Bossis, G. L'évolution du régime disciplinaire des militaires entre volonté du législateur et contrôle du juge, **RFDE**, Juillet-Août 2005, s. 778-786.

Bricola, F. **Scritti Di Diritto Penale Opere Monografiche**, Dott.A.Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2000.

Buhmann, K. Reforms of Administrative Law in the PRC and Vietnam: The Possible Role of the Legal Tradition, **Nordic Journal of International Law**, 72, 2003, s. 253-290.

Builly, P. La Sanction administrative en matière de sécurité rouitère, **AJDA**, 20 Octobre 2001 spécial, s. 34-37.

Cadoppi, A. Nulla Poena Sine Lege And Scots Criminal Law: A Continental Perspective, **The Juridical Review**, Part 2, 1998, s. 73-88.

Cadoppi A. ve Veneziani P. **Manuale Di Diritto Penale Parte Generale e Parte Speciale**, Terza edizione, Cedam-Padova 2007.

Centel, N. XIV. Uluslararası Ceza Kongresi Kararları (1-7 Ekim 1989 Viyana), **Argumentum**, Sayı: 1, Ağustos 1990, s. 6-7.

Çağan, N. Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme, **AÜHFD**, Yıl 1980, Cilt 37, Sayı 1-4, 129-151.

----------. **Vergilendirme Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1982.

Çağlayan, R. **İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)**, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara 2006.

Can, O. Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış, **AÜEHFD**, C. IX, S. 1-2 (2005), s. 89-125.

Casetta, E. **Manuale di Diritto Amministrativo**, Decima Edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano 2008.

Çeçen, A. Hukuk'ta Norm ve Adalet, **AÜHFD**, Yıl 1975, Cilt 32, Sayı 1-4, s. 71-115.

Chapman, B. **The Profession of Government**, Second Impression, George Allen Unwin Ltd., Great Britain 1963

Chapus, R. **Droit administratif général Tome 1**, (Kısaltılmışı, Tome 1), 15^{e} édition, Montchrestien, Paris 2001.

Chapus, R. **Droit administratif général Tome 2**, (Kısaltılmışı, Tome 2), 15^{e} édition, Montchrestien, Paris 2001.

Clavier, S. M. **Perspectives on French Criminal Law**, Paris France and San Francisco, California, July 1997

(http://userwww.sfsu.edu/~sclavier/research/frenchpenalsystem.pdf. Erişim Tarihi, 8.4.2009).

Danıştay Altıncı Daire Kararları Birinci Kitap (1965-1977). Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No. 27, Ankara 1979.

Degoffe, M. L'ambiguïté de la sanction administrative, **AJDA**, 20 Octobre 2001 spécial, s. 27-33.

De Laubadère, A., J.C. Venezia ve Y. Gaudemet. **Traité De Droit Administratif Tome 1**, 12^{e} Édition, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris 1992.

Delaure, J.M. Actualité de la problématique de la sanction administrative, **AJDA**, 20 octobre 2001 spécial, s. 13-15.

Delmas M.M. ve Teitgen C.C. **Punir Sans Juger?**, Economica, Paris 1992.

De Asua, L.J. Le Principe <<Nullum Crimen Sine Lege >> Et La Question De L'Analogie, **Revue de Droit Pénal et de Criminologie**, Seizième Année, N^{o} 3, Mars 1936, s. 237-262.

Denhardt, R.B. **Public Administration An Action Orientation**, Wadsworth, Inc., Belmont, California 1991.

Demir, F. **Sorularla Toplu İş Hukuku**, 2. Cilt, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006.

Donay, S. İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler, **İÜHFM**, Cilt: XXXVIII, Sayı: 1-4, 1972, s. 411-427.

Dönmezer, S. Tazminat Kabilinden Para Cezaları ve Amme Para Cezaları, **İBM**, Sayı: III, Yıl: XVII, Mart 1943, s. 129-144.

----------. C.K. nunun 526 ıncı maddesine nazaran cezalandırılabilecek yükümler, **İÜHFM**, Cilt XI, Sayı 3-4, 1945, s. 428-434.

Dönmezer S. ve Erman S. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 1**, 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985.

Dripps, D.A. The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule, **California Law Review**, Vol. 75: 1665, 1987, s. 1665-1718.

Duran, L. **İdare Hukuku Meseleleri**, İÜHFY No: 230, İstanbul 1964.

----------. İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları, **İÜHFM**, C. XXX, Sayı:3-4, 1965, s. 466-491.

----------. **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

----------. Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?, **İHİD**, Yıl 4, Sayı 1-3, 1983, s. 33-42.
----------. Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 30, Sayı 1, Mart 1997, s. 3-10.
Dursun, H. **Türk Yargısında Davaların Uzamasının Nedenleri ve Çözüm Önerileri**, DPT Yayınları, Ankara 1994.
----------. İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re'sen İcrası, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 72, Eylül/Ekim 2007, s. 247-275.
----------. Kamu İhalelerinde Yolsuzluğa Karşı Öngörülen İdari ve Cezai Yaptırımlara Genel Bir Bakış, **Kamu-İş**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2008, s. 183-226.
----------. Noterlikler Ortak Cari Hesabından Elde Edilen Kazançların Serbest Meslek Kazancı Olarak Değerlendirilmesi Hukuka Aykırıdır, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, Sayı: 137, 15 Şubat 2008, s. 49-65.
----------. Kamulaştırmada İdare Adına Tescil Çıkmazı, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 34, Sayı:1-2, Ocak-Nisan 2008, s. 133-142.
----------. Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 70, Ekim 2008, s. 3393-3433.
----------. Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı, Türkiye Barolar Birliği Faruk Erem Ödülü, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 80, Ocak-Şubat 2009'dan Ayrı Bası.
----------. **Nasıl Bir Yargı Reformu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
----------. Başbakanlık, Bakanlık ve Kamu Tüzel Kişileri Dışındaki Merciler Yönetmelik Çıkartabilir mi?, **Türk İdare Dergisi**, Yıl: 81, Sayı: 465, Aralık 2009, s. 59-87.
----------. İmtiyaz Sözleşmesinin Kanuna Aykırı Hale Gelen Mali Hükmü Tazminatsız Bir Şekilde Ortadan Kalkar mı?, **Terazi**, Yıl: 5, Sayı: 51, Kasım 2010, s. 115-136.
----------. **Muhakemede Diyalektik ve Silahların Eşitliği**, Adalet Yayınları, Ankara 2010.
----------. İdari İşlemlerin İcrailiği (II), **Terazi**, Yıl: 6, Sayı: 58, Haziran 2011, s. 74-81.

----------. KİT'lerde Çalışan Sözleşmeli veya Kapsam Dışı Personel Uyuşmazlıkları İdari Yargıda Çözümlenir mi?, **Terazi**, Yıl: 6, Sayı: 61, Eylül 2011, s. 42-53.

----------. Mahkeme Kararlarının Gerekçesi Bağlayıcı mıdır?, **Terazi**, Yıl: 6, Sayı: 64, Aralık 2011, s. 45-57.

----------. **Yeni Ticaret Kanununun Vergi Hukukuna Etkileri**, XII Levha, İstanbul 2011.

Edes, W. B. Promoting Integrity In The Public Sector: The Contribution Of The OECD in **Responding Corruption**, UNICRI, No.63, Rome/Milan 2000, s. 159-182.

Eisenmann, M. C. Le droit Administratif et le principe de légalité, **EDCE**, 1957.

Elliott, M. The Ultra Vires Doctrine In A Constitutional Setting: Still The Central Principle of Administrative Law, **Cambridge Law Journal**, 58 (1), March 1999, s. 129-158.

Endicott, T.A.O. **Vagueness In Law**, Oxford University Press, New York 2000, (Reprinted 2003).

Endicott, T. Constitutional Logic, **University of Toronto Law Journal**, 53, 2003, s. 201-216.

Erem, F. **Hürriyet ve Suç**, AÜHF Yayınlarından, Ankara 1952.

----------. **Ceza Usulü Hukuku**, Üçüncü Bası, AÜHFY No.: 274, Ankara 1970.

----------. **Ceza Usulü Hukuku**, Beşinci Bası, AÜHFY No. 427, Ankara 1978.

----------. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: I**, Seçkin Kitabevi, Ankara 1984.

----------. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II,** Onikinci Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985.

----------. **Meslek Kuralları (Şerh)**, Güncelleştirilmiş Yeni Bası, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009.

Eren, F. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 2. Bası, "S" Yayınları, Ankara 1988.

Erkut, C. **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları No: 51, Ankara 1990.

Erman, S. **Askeri Ceza Hukuku**, Genişletilmiş 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1974.

----------. **Ticari Ceza Hukuku I-Genel Kısım**, 3. Baskı, İstanbul, 1982.

Eroğul, C. **Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi)**, AÜSBF Yayınları No. 371, Ankara 1974.

Ersoy, U. Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesinin Uygulanabilirliği, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı Cilt II**, AKDTK, Ankara 2008, s. 769-778.

Ersoy, Y. Belediye Cezaları ve Belediye Zabıtası, **AÜSBFD**, C: XXII, No: 1, Mart-1967, s. 135-149.

Ertaş, Ş. **Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2002.

Evik, V. S. Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı in **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2004, s. 283-318.

Faugère, J.P. la Pratique des sanctions administratives dans le domaine des installations classées, **AJDA**, 20 Octobre 2011 spécial, s. 48-50.

Feyzioğlu, M. İşyeri Kapatma Cezası ve Anayasa Karşısındaki Konumu, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1993/1, s. 5-22.

Feyzioğlu, N.B. Mükellefiyet Doğurucu Vakıa, **AÜSBFD**, Cilt: VII, Sayı:1-4, Yıl:1952, s. 52-89.

Feyzioğlu, T. Kanuna Aykırı Tüzükler Karşısında Mahkemelerin Durumu, **AÜHFD**, Cilt: 6, Sayı: 2-4, 1949, s. 27-61.

Fisher, A. Le contrôle juridictionnel de la légalite de l'action administrative en République fédérale d'Allemagne, RFDP, No 30, Avril Juin 1984, s. 185-195.

Forges, J.M.De. **Droit administratif**, Presses Universitaires de France, Paris 1991.

Fougère, L. **Civil Service Systems Essays and Texts** (Fransızca Özgün Adı: La fonction publique: Etudes et choix de textes commentés; İngilizce'ye çevirenler: Ruth Murphy ve Robert North), Unesco, Brussels 1967.

Furtun, A. **John Austin'in Hukuk ve Devlet Teorisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.

Giritli, İ. Devlet Memurları Kanunu Tasarısı ve Bazı Eksiklikleri, **İÜHFM**, Cilt 30, Sayı 1-2, 1964, s. 3-12.

Goffaux, P. **Dictionnaire Élémentaire De Droit Administratif**, Bruylant, Bruxelles 2006.

Gordon, R.K. Law of Tax Administration and Procedure in **Tax Law Design and Drafting**, Editör Victor Thuronyi, IMF 1996, s. 95-134.

Göğer, E. **Hukuk Başlangıcı Dersleri**, Dördüncü Bası, AÜHFY No. 387, Ankara 1976.

Gölcüklü, F. <<İdari Ceza Hukuku>> ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki, **AÜSBFD**, C. 18, Haziran 1963, s. 115-182.

Gönenç, L. Siyaset Bilimi ve Anayasalar, **AÜSBFD**, Cilt 54, Sayı 3, 1999, s. 96-131.

----------. **Siyasi İktidarın Denetlenmesi Dengelenmesi ve Anayasalar**, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı (TEPAV), Ankara 2010, s. 3-4.

Gözler, K. **İdare Hukuku Cilt I**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003.

----------. **İdare Hukuku Cilt II**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003.

Gözübüyük Ş. ve Gölcüklü F. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

Gözübüyük Ş. ve Kili S. **Türk Anayasa Metinleri**, 2. Bası, AÜSBFY No: 496, Ankara 1982.

Gözübüyük Ş. ve Tan T. **İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt I**, Turhan Kitabevi, Ankara 1998.

----------. **İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt I**, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

Grgić A. Mataga Z. Longar M. ve Vilfan A. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı** (Türkçe'ye çevirenler; Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya), Avrupa Konseyi, Ankara 2007.

Guyomar, M. La Compétence du pouvoir réglementaire autonome pour retirer une carte professionelle à titre de sanction, **RFDA**, Septembre-Octobre 2004, s. 913-922.

Güller N. ve Zafer H. **Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı**, Gustav-Stresemann Institut e.V.-European Academy Bonn (GSI), Bonn, Germany 2006.

Gülmez, M. Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 21, Sayı 4, Aralık 1998, s. 25-44.

Günday, M. 1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları in **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı**, 1-4 Mayıs Ankara, Danıştay Matbaası, Ankara 1991, s. 139-148.

----------. İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları in **Anayasa Yargısı**, 14, Anayasa Mahkemesi Yayınları No.: 36, Ankara 1997, s. 347-358.

----------. Devlet Memurları Personel Rejimi in **Kamu Personel Rejimi ve Reformu Çalışmaları Semineri**, 8 Şubat 2002, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Ankara, 2002, s. 50-58.

----------. **İdare Hukuku**, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2003.

----------. **İdare Hukuku**, 9. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara 2004.

Güneş, G. **Verginin Yasallığı İlkesi**, Güncellenmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2008.

Güneş, T. **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Ankara 1965.

Güran, S. **İfade Hürriyeti Üzerinde İdare'nin Yetkileri**, İÜHFY No.: 289, İstanbul 1967.

Güriz, A. **Hukuk Başlangıcı**, Üçüncü Baskı, AÜHFY No: 495, Ankara 1992.

----------. **Hukuk Felsefesi**, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999.

Hafızoğulları, Z. Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları in **Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1977 Cilt I**, AÜHFY No. 406, Ankara 1977, s. 193-211.

----------. **Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni** (Kısaltılmışı, Ceza Normu), Seçkin Kitabevi, Ankara 1987.

Hall, J. Nulla Poena Sine Lege, **Yale Law Journal**, 47, December, 1937, s. 165-193.

Harlow, C. Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values, **EJIL**, Vol. 17, No. 1, 2006, s. 187-214.

Hart, H.L.A. **Hukuk, Özgürlük ve Ahlak** (Çeviren; Erol Öz), Dost Kitabevi, Ankara 2000.

----------. **The Concept of Law**, Oxford University Press, Great Britain, 1961 (Reprinted 1986).

Hatemi, H. **Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İÜHFY No.: 457, İstanbul 1976.

Hobbes T. **Leviathan** (Çeviren; Semih Lim), 7. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2008.

İçel, K. Suç Politikasının Ana İlkeleri bağlamında Hukuka Bağlı Devlet İlkesi, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, **Hukuk Devleti I**, Ankara 2004, s. 225-269.

İçel K., F. Sokullu-Akıncı, İ. Özgenç, A. Sözüer, F.S. Mahmutoğlu, Y. Ünver. **Yaptırım Teorisi**, İkinci Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2002.

İçel K. ve Yurtcan E. Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu, **İÜHFM**, Cilt: XXXVI, Sayı: 1-4, 1971, s. 439-482.

İnan, A.N. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, AÜHFY No:479, Ankara 1984.

Johnson, W.C. **Public Administration Partnerships in Public Service**, Third Edition, Waveland Press Inc., USA, 2004.

Kaboğlu, İ.Ö. **Özgürlükler Hukuku**, Genişletilmiş 4. Baskı, AFA Yayıncılık, İstanbul 1998.

Kapani, M. **Kamu Hürriyetleri**, Beşinci Baskı, AÜHFY No.32, Sevinç Matbaası, Ankara 1976.

----------. **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, Üçüncü Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara 1996.

Karabulut, M. **İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

Karakoç, Y. Türk Hukuku'nda Vergi Kanunlarının Anayasa'ya Uygunluğunun Denetimi in **Anayasa Yargısı** 13, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No.: 32, Ankara 1996, s. 249-373.

Karayalçın, Y. **Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme**, Genişletilmiş 4. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1994.

Katoğlu, T. **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2003.

----------. **Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2008.

Keyman, S. **Ceza Muhakemesinde Savcılık**, AÜHFY No. 266, Ankara, 1970.

----------. Tipiklik ve Ceza Hukuku, **AÜHFD**, Cilt 37, Sayı 1-4, Yıl 1980, s. 59-106.

----------. **Hukuka Giriş**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

Kılıçoğlu, M. A. Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, **AÜHFD**, Cilt 29, Sayı 1-2, Yıl 1972, 185-225.

Kıratlı, M. **Koruyucu İdari Hizmetler**, TODAİE Yayınları No: 135, Ankara 1973.

Kilkelly, U. **Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı**, (Council of Europe, 2001), Türkçe olarak çoğaltan Türkiye Barolar Birliği, İnsan hakları el kitapları, No.1, Ankara, 2005.

Köni, B. **İdari Ceza Hukuku Ders Notları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1959-1960.

Kumrulu, A.G. Vergi Hukukunun Birkısım Anayasal Temelleri, **AÜHFD**, Cilt 36, Sayı 1-4, Yıl 1979, s. 147-162.

Kunter, N. **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İÜHFY No: 94, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949.

----------. **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İÜHFY: No. 130, İstanbul 1954.

----------. Ana Çizgileriyle Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi**, İÜHFM**, Cilt: XXXVI, Sayı: 1-4, 1971, s. 79-92.

----------. **Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Dokuzuncu Bası, Beta Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş., İstanbul 1989.

Kuru, B. **İçtihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar**, AÜHFY No. 415, Konferanslar Dizisi No.1, Ankara 1977.

Ladewig, H.M. Adil Yargılanma Hakkı-II (Çeviren Hakan Hakeri) in **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. A.Ş., Ankara 2004, s. 87-108.

Larguier, J. **Le Droit Pénal**, 4e édition, Presses Universitaires De France, Paris 1972.

Les Pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions. Conseil d'Etat, La Documentation française, Paris 1995.

Lloyd, Dennis. **The Idea of Law**, Penguin Books, Baltimore-Maryland 1964.

Locke, J. **Hükümet Üzerine İkinci İnceleme** (Çeviren; Fahri Bakırcı), Babil Yayıncılık, Ankara 2004.

Mahmutoğlu, F.S. **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, Kazancı Yayıncılık, İstanbul 1995.

Mantovani, F. **Diritto Penale Parte generale**, V edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Cedam-Padova 2007.

Manzini. Ceza Kanunlarının Tefsiri (Çeviren; Atıf Akgüç), **Adliye Ceridesi**, Sayı: 17, Mayıs 1936, s. 1099-1113.

Marmor, A. Hukuk Devleti ve Sınırları (The Rule of Law and Its Limits, Law and Philosopy, 23, 2004, 1-43'den çeviren Sevda Gültekin Göktolga) in **Hukuk Devleti**, Adres Yayınları, Ankara, 2008, s. 169-207.

Metin, Y. Avrupa Birliği'nde Hukuk Devletinin Unsurları in **Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal**, Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 577-628.

Moderne, F. **Sanctions administratives et justice constitutionelle**, Economica, Paris 1993.

----------. La sanction administrative (éléments d'analyse comparative), **RFDA**, Mai-Juin 2002, s. 483-495.

Mole N. ve Harby C. **Adil Yargılanma Hakkı**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz (Council of Europe, 2001), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005.

Mokhtar, A. Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects, **Statute Law Review**, Volume 26, Issue 1, 2005, s. 41-55.

Naumov, A. Administrative and Penal Sanctions in the Field of the Environmental Crime in **Criminal Law and the Environment**, Editörler; Hans-Jörg Albrecht and Seppo Leppä, HEUNI, Helsinki 1992, s. 186-190.

Nazaroğlu, Y. Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 14-15, 1974, s. 96-109.

Neuman, G.L. Amerika'da Anayasal Bir Kavram Olarak Rule of Law ve Alman Anayasasının Rechtsstaat İlkesi ("The US Constitutional Conception of the Rule of Law and Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz" Columbia Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper No: 5, 1999'dan Çeviren Ali Rıza Çoban) in **Hukuk Devleti**, Adres Yayınları, Ankara, 2008, s. 557-574.

Nuhoğlu, A. Kanunilik İlkesi Işığında 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, **Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alkın Yayınları, İstanbul 2003, s. 677-696.

Nuvolene, P. **Il Sistema Del Diritto Penale**, Seconda Edizione, Cedam, Padova 1982.

Onar, S.S. **İdare Hukukunun Umumi Esasları I. Cilt**. Üçüncü Bası, İsmail Aygün Matbaası, İstanbul 1966.

----------. **İdare Hukukunun Umumi Esasları II. Cilt**. Üçüncü Bası, İsmail Aygün Matbaası, İstanbul 1966.

----------. **İdare Hukukunun Umumi Esasları III. Cilt**. Üçüncü Bası, İsmail Aygün Matbaası, İstanbul 1966.

Ovacık, M. **İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü**, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1986.

Öncel M., A. Kumrulu ve M. Akkaya. **Uygulamalı Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

Öncel M., A. Kumrulu ve N. Çağan. **Vergi Hukuku**, Turhan Yayınları, Ankara 2006.

Önder, A. **Sulh Ceza Hâkiminin Ceza Kararnamesi**, İÜHFY No: 257, İstanbul, 1966.

Örücü, E. Disiplin Cezaları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi, **İÜHFM**, Cilt: 32, Sayı: 2-4, 1967, s. 782-823.

Özay, İl Han. **İdari Yaptırımlar**, İÜHFY No.: 691, İstanbul 1985.

Özbudun, E. **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

Özek, Ç. "1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı"na İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na Armağan Sayısı, **İÜHFM**, Cilt: LVI, Sayı: 1-4, Yıl: 1998, s. 21-68.

Özman, A. **İnsan Hakları ile İlgili Temel Metinler**, Birleşmiş Milletler İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Sağlama ve Koruma Türk Grubu, Ankara 1967.

Öztürk B ve Erdem M.R. **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2008.

Özyörük, M. **Devlet Memurlarının Hürriyetleri**, AÜHFY No: 100, Ankara 1956.

----------. **İdare Hukuku Dersleri (Teksir)**, Ankara, 1972-1973.

Perfetti, L.C. **Corso di Diritto Amministrative**, Cedam-Padova 2006.

Petrone, M. **Attività amministrative e controlle penale Scritti**, Dott.A.Giuffrè Editore, S.p.A. Milano 2000.

Pieroth B. ve Schlink B. **Grundrechte Staatsrecht II**, 26. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2010.

Rassat, M.L. **Droit pénal général**, 2e édition, Ellipses Édition Marketing S.A., Paris 2006.

Raz, J. Hukuk Devleti ve Erdemi ("The Rule of Law and Its Virtue", in Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford University Press, 1979'dan çeviren Bilal Canatan) in **Hukuk Devleti**, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 149-166.

Reidy, A. **İşkencenin yasaklanması**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz (Council of Europe, 2002), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005.

Roberts, R. History of the Legalization of Executive Branch Ethics Regulation, **Public Integrity**, vol.9, no.4, Fall 2007, s. 313-332.

Rousseau, J.J. **Toplum Sözleşmesi** (Çeviren; Vedat Günyol), II. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2007.

Sampford, C. **Retrospectivity and the Rule of Law**, Oxford University Press, New York 2006.

San, C. **Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri**, AİTİAY No: 85, Ankara 1974.

Sancakdar, O. **Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.

Saraç, T. **Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük**, Adam Yayınları, İstanbul 2005.

Sarıca, R. **Türkiyede İcra uzvunun tanzim salâhiyeti**, Türk Hukuk Kurumu Telif ve Tercüme Serisi No. 14, İstanbul 1943.

Savcı, B. **İnsan Hakları (Kanunilik Yolu ile Korunması)**, AÜSBFY No. 32-14, Ankara 1953.

Sauvé J.M. Les sanctions administratives en droit public français, **AJDA**, 20 octobre 2001 spécial, s. 16-24.

Schmitt, C. Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı ("Der rechtsstaatliche Bestandteil der modernen Verfassung" verfassungslehre, 8. Auflage, Ducker & Hublot, Berlin, 1993'den çeviren Bilal Canatan) in **Hukuk Devleti**, Adres Yayınları, Ankara, 2008, s. 119-145.

Soler, S. La formulation actuelle du principe <<Nullum Crimen >>, **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**, No 1, Janvier-Mars, 1952, s. 11-33.

Soyaslan, D. **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları No. 77, Ankara 1990.

Sürbehan, S. İdari Müeyyide ve İdari Ceza Hukuku, **Türk İdare Dergisi**, Yıl: 42, Sayı: 328, Ocak-Şubat 1971, s. 128-152.

Sylvia R. D. ve Meyer, C. K. **Public Personnel Administration**, Second Edition, Harcourt College Publishers, Florida 2002.

Süzek, S. **İş Güvenliği Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara 1985.

Şakar, M. **1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1989.

Şen, E. **1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 1998.

Taner, T. Dördüncü Beynelmilel Ceza Hukuku Kongresi, **İÜHFM**, Yıl:111, Sayı:12, 1937, s. 395-431.

Tanilli, S. **Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş**, İÜHFY No.: 637, İstanbul 1981.

Tanör, B. << Anayasa ile Temel Hak ve Hürriyetler İlişkisi >> Üstüne İki Sorun ve Bir Örnek Olay, **İÜHFM**, Cilt: XXXVI, Sayı: 1-4, 1971, s. 189-211.

Taşdelen, A. Mali Sonuçlu Bir İdari yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma, **AÜHFD**, C.55, Sayı 1, 2006, s. 293-320.

Tezcan, D. AİHS Açısından Vergi Cezaları ve Adil Yargılanma Hakkı, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 138. Yıl Sempozyum**, Ankara, 11-12 Mayıs 2006, s. 17-31.

Teziç, E. **Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı**, İÜHFY No: 384, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.

Toroslu, N. **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, AÜHFY No. 273, Ankara 1970.

----------. Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler in **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği**, İÜHFY No.: 511, İstanbul 1977, s. 114-154.

----------. Doğal Çevrenin Kirletilmesi ve Ceza Hukuku in **Prof. Dr. Akif Erginay'a 65 inci Yaş Armağanı**, AÜHFY No. 460, Ankara 1981, s. 149-190.

----------. **Nasıl Bir Ceza Kanunu**, V Yayınları, Ankara 1987.

----------. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Savaş Yayınevi, Ankara 2006.

Toroslu N. ve Feyzioğlu M. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beşinci Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2006.

Tosun, Ö. Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir, **İÜHFM**, Cilt: XXVIII, Sayı 1, 1962, s. 20-59.

----------. Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, **İÜHFM**, Cilt: XXVII, Sayı: 1, 1962, s. 45-61.

----------. Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları, **İÜHFM**, Cilt: XXVIII, Sayı: 3-4, 1962, s. 620-632.

----------. Suçların Kanuniliği Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku, **İÜHFM**, Cilt: XXX, Sayı 1-2, 1964, s. 21-28.

Tutum, C. **Türkiye'de Memur Güvenliği**, TODAİE Yayınları No. 132, Ankara 1972.

Tülen, H. Disiplin Amirlerince Verilebilen Oda Hapsi Cezalarına Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında Bir Bakış in **Ergun Özbudun'a Armağan Cilt II Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 647-673.

Türk Hukuk Lügatı. 4. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1998.

Türmen, R. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Uyuşmazlıklar, Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl Sempozyum**, 11 Mayıs 2009, Danıştay Yayınları, Ankara 2009, s. 41-50.

Uğur, H. İmar Kanununun 42. Maddesi Hakkında Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı ve Sonrasında Oluşan Hukuksal Durum, **Terazi**, Sayı: 49, Eylül 2010, s. 165-178.

Ulusoy, A. **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Yayınevi, Ankara 2003.

----------. Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi, **Danıştay Başkanlığı 140. Yıl Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 21-35.

----------. **İdari Yaptırımlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Ünal E., F. Duyguluer, Z. E. Bolat, **İmar Terimleri**, TODAİE, Ankara 1998.

Vaillant, D. Réflexion sur l'action administrative et sa sanction, AJDA, 20 Octobre 2011 spécial, s. 7-12.

Vassali, G. İtalya'da Emniyet Tedbirleri Deneyi (Çeviren; Süheyl Donay), **İÜHFM**, Cilt: XXXVI, Sayı: 1-4, 1971, s. 509-528.

Vermeule, A. Our Schmittian Administrative Law, **Harvard Law Review**, Vol.122, 2009, s. 1095-1149.

Von Tuhr, A. **Borçlar Hukuku 1-2**, (Çeviren; Cevat Edege), Yargıtay Yayınları No:15, Olgaç Matbaası, Ankara 1983.

Yarsuvat, D. Trafik Suçları, Cezaları ve Yargılamasında Yeni Sorunlar, **İÜHFM**, Cilt L, Sayı: 1-4, 1984, s. 153-177.

Yücel, T. **La Fontaine Masalları**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2007.

Yüzbaşıoğlu, N. **Anayasa Hukukunun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

Zanobini, G. İdari Müeyyideler, (Çeviren, Yılmaz Günal), Ankara 1964.

Waline, J. **Droit administratif**, 22^{e} èdition, Éditions Dalloz, Paris 2008.

Waline, M. Vergi Cezalarının Hukuki Niteliği (Çeviren; Tahsin Yağmurlu), **Danıştay Dergisi**, Yıl:9, Sayı: 34-35, 1979, s. 76-81.

Westerlund, S. The Effect of Administrative Law on the Shape and the Application of Environmental Offences in **Criminal Law and the Environment**, Editörler; Hans-Jörg Albrecht and Seppo Leppä, HEUNI, Helsinki 1992, s. 157-175.

Widdershoven, R. Encroachment of Criminal Law In Administrative Law In Netherlands (s. 445-466) **(http://www.ejcl.org/64/art64-25.pdf, Erişim Tarihi, 19.11.2009**).

Williams, G. **Learning the Law**, Eleventh Edition, Stevens and Sons, London 1982.

Williams, G.L. **Criminal Law The General Part**, Second Edition, Gaunt, Inc., USA 1998.

Yılmaz, E. **Hukuk Sözlüğü**, 2'nci Baskı, Yorum Matbaacılık-Yayıncılık, Ankara 1982.

Yurtcan, E. **Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, Beta Yayınları, İstanbul 2005.

Yüce, T. T. Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 24, Sayı: 88, 1994, s. 5-13.

Zanobini, G. **İdari Müeyyideler** (Çeviren; H.Yılmaz Günal), AÜSBFY No. 175-157, Ankara 1964.

Dursun, Hasan, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Doktora Tezi, Danışman: M. Ayhan Tekinsoy, 456 s.

ÖZET

Kanun olmadan suç veya cezanın olamayacağını kabul eden kanunilik ilkesi Latince olarak nullum crimen nulla poena sine lege olarak adlandırılmakladır. Bu ilkenin üç temel direği bulunmaktadır. Bunlar ceza normlarının yalnızca kanun tarafından düzenlenmesi, kanunun açık olması ve kanun geriye yürümeyeceğidir. Çalışmanın İlk Bölümünde kanunilik ilkesi ayrıntılı bir şekilde tanımlanmıştır.

Çalışmanın İkinci Bölümünde idari suç ve cezaların türlerini oluşturan halka yönelik idari suç ve cezalar ile disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulaması analiz edilmiştir. Bu analiz sonucunda; kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasına gerekli özeni göstermediği anlaşılmıştır. Bu olgu, diğer şeyler yanında, temel olarak Anayasanın 38. maddesine aykırıdır. Anayasanın 38. maddesinde ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar ile idare hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar arasında bir ayrım gözetilmemekte, her tür suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir.

Çalışmanın Son Bölümünde suç ve cezada kanunilik ilkesinin yalnızca her tür suç ve ceza türlerinde uygulanacağı analiz edilmiştir. Bu bağlamda özel hukuk haksız filleri, idari icra, gecikme faizi, gecikme zammı ve etik kurallarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerekli değildir. Bununla birlikte idari tedbirlerde kanunilik ilkesi özgün bir şekilde uygulanır.

Suç ve cezada kanunilik ilkesinin amacı kişi hak ve özgürlüklerine güvence sağlamaktır. Bu yüzden idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması, ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda uygulanmasından daha önemlidir. Çünkü yargının aksine idare ne bağımsız ne de tarafsızdır.

Dursun, Hasan, Legality Principle Regarding the Administrative Crime and Punishments, PhD's Thesis, Advisor: M. Ayhan Tekinsoy, 456 p.

ABSTRACT

The principle that there is no crime or punishment except in accordance with law, finds its Latin expression as nullum crimen nulla poena sine lege. The maxim has three important bases: Penal statues must be strictly construed only by law, all law to be clear, and non-retroactive. The legality principle has been defined elaborately in the First Chapter.

In the Second Chapter the application of legality principle on publicly targeted and discipline crime and punishments that constitutes the type of administrative crime and punishments are analyzed. It is shown that in Turkish law, Law maker, Constitution Court and State Council do not care much about aforementioned principle on the administrative crime and punishments. Among other things, that fact is basically against to the Article 38 of Turkish Constitution of the Republic of Turkey. The Article 38 does not differentiate between criminal law and administrative law crime and punishments and requires that in all the crime and punishments legality principle must be applied.

In the Last Chapter it is analyzed that the maxim is applied solely to any type of crimes and punishments. Within this context it is not necessary to apply the legality principle on tort, administrative execution, default interest, late charge and ethics. However, for administrative measures, aforementioned principle is applied genuinely.

The aim of legality principle is to protect personal rights and freedoms. So legality principle is more necessary in administrative crime and punishments than criminal law. Because contrary to justice, administration is neither independent nor impartial.