

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BİLİM DALI**

**CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA SUÇTA VE CEZADA
KANUNİLİK İLKESİ**

**Hazırlayan
Burak KÜPELİOĞLU**

**Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ**

Yüksek Lisans Tezi

**Temmuz 2020
KAYSERİ**

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKU BİLİM DALI**

**CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA SUÇTA VE CEZADA
KANUNİLİK İLKESİ**

(Yüksek Lisans Tezi)

**Hazırlayan
Burak KÜPELİOĞLU**

**Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ**

**Temmuz 2020
KAYSERİ**

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Adı-Soyadı: Burak KÜPELİOĞLU

İmza :



T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Başlığı: Ceza Hukuku Bağlamında Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Giriş, b) Ana bölümler ve c) Sonuç kısımlarından oluşan toplam sayfalık kısmına ilişkin,/...../20..... tarihinde **Turnitin** intihal programından aşağıda belirtilen filtreleme uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre, tezimin benzerlik oranı: % dır.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Giriş dahil
- 2- Ana Bölümler dahil
- 3- Sonuç dahil
- 4- Alıntılar dahil/hariç
- 5- Kapak hariç
- 6- Önsöz ve Teşekkür hariç
- 7- İçindekiler hariç
- 8- Kaynakça hariç
- 9- Özet hariç
- 10- Yedi (7) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez İntihal Raporu Uygulama Esaslarını inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini, aksinin tespit edileceği muhtemel durumlarda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini bilgilerinize arz ederim./...../.....

Adı Soyadı: Burak KÜPELİOĞLU
Öğrenci No : 4031531850
Anabilim Dalı: Kamu Hukuku
Bilim Dalı: Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
Program Adı: Yüksek Lisans

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ

Öğrenci
Burak KÜPELİOĞLU

YÖNERGEYE UYGUNLUK

Ceza Hukuku Bağlamında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi adlı Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazma Yönergesi'ne uygun olarak hazırlanmıştır.

Tezi Hazırlayan
Burak KÜPELİOĞLU

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ

Kamu Hukuku ABD Başkanı
Doç. Dr. Cengiz GÜL

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ danışmanlığında **Burak KÜPELİOĞLU** tarafından hazırlanan “**Ceza Hukuku Bağlamında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi**” adlı bu çalışma jürimiz tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında **yüksek lisans** tezi olarak kabul edilmiştir.

..... / /

JÜRİ:

Danışman :

Üye :

Üye :

ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulunun tarih ve sayılı kararı ile onaylanmıştır.

..... / /

.....
Enstitü Müdürü

ÖNSÖZ

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi kanunda suç olmayan fiillerden dolayı kişilerin cezalandırılmayacağı ve ceza kanunlarının geçmişe yürütülerek cezalandırmanın mümkün olmaması anlamına gelmektedir. Bu özelliğiyle kişilere kanunun çizdiği çerçevede bir hareket serbestisi tanımakta, aynı zamanda kişilere bu noktada bir güvence sağlamaktadır. Ceza hukukunun hürriyeti sınırlayıcı özelliği de dikkate alındığında bu güvencenin önemi bir kat daha artmaktadır. Bu nedenle suçta ve cezada kanunilik ilkesi ceza hukukunun en temel ilkelerinden birisini oluşturmaktadır. Aynı zamanda ilke uluslararası metinlerde de kendisine yer bulmuştur.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçları ise belirlilik ilkesi, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağı, kıyas yasağı, örf ve adet hukukuyla suç ve ceza konulması yasağı ve geçmişe yürüme yasağıdır. Çalışmamızda bu konular ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

Öncelikle tez çalışmamda bana yol gösteren, tezin gelişimine yardımcı olan danışmanın Dr. Öğretim Üyesi Ahmet Hulusi Akkaş'a, tezimi başarılı bulan değerli jüri üyeleri Doç Dr. Olgun değirmenci ve Doç. Dr. Fatih Birtek'e teşekkür ederim. Gerek tez yazım sürecinde gerekse mesleki anlamda bana yardımcı olan beni teşvik eden hocalarım Öğr. Gör. Emrah Özdemir'e, Arş Gör. Şenel Sarsıkoğlu'na, tezin anayasa hukukuyla kesiştiği noktalarda bana yardımcı Dr. Abdülkadir Saka'ya ve asistan arkadaşlarım Arş Gör. Eren Akpınar ve Arş Gör. Numan Doğan'a yardımlarından dolayı teşekkür ederim. Son olarak ise bu günlere gelmemde desteklerini esirgemeyen aileme teşekkür ederim.

CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

Burak KÜPELİOĞLU

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,

Yüksek Lisans Tezi, 2020

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ

ÖZET

Bu çalışma suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçları ve uygulamasının incelenmesini amaçlamaktadır. Çalışma üç bölüme ayrılmaktadır. İlk bölüm kanunilik ilkesine ilişkin kavramlar, ilkenin tarihsel gelişimi ve ilkeye ilişkin görüşlerden oluşmaktadır. Ayrıca uluslararası metinlerde kanunilik ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla incelenecektir.

İkinci bölümde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçları incelenmektedir. Bu sonuçlar belirlilik ilkesi (*Lex Certa*), idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağı, örf ve adet hukukuyla suç ve ceza konulması yasağı (*Lex Scripta*), kıyas yağı (*Lex Scricta*) ve geçmişe yürüme yasağıdır. Bu sonuçlar yüksek mahkeme kararları ve doktrindeki görüşlerle birlikte açıklanacaktır. Üçüncü bölümde ise kanunların zaman bakımından uygulanması ve geçmişe yürüme yasağı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kanunilik, kıyas, suç, ceza,

THE LEGALITY PRINCIPLE IN CRIME AND PUNISHMENT CONTEXT OF CRIMINAL LAW

Burak KÜPELİOĞLU

**Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,
Yüksek Lisans Tezi, 2020**

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ

ABSTRACT

This study aims to examine consequences and procedure of the legality principle in crime and punishment. The study divided into three parts. The first chapter consist of concepts of the legatity principle, historical development of principle and opinion about principle. In addition, the principle of legality in international texts was examined with the decisions of the European Court of Human Rights.

In the second chapter the consequences of legality principle in crime and punishment are examined. These consequences are the priciple of certainty (*Lex Certa*), the prohobition of create crime and punishment with the regulary actions of administration, the prohibition of create crime and punishment with customery law (*Lex Scripta*), the prohibition of analogy (*Lex Sriccta*) and the prohibition of application to the past (*Lex Praevia*). These consequences are explained with high court decisions and opinions in the doctrine. In the third part, the application of laws in terms of time and prohibition of application to the past are evaluated.

Key Words: Legality, Analogy, Crime, Punishment

İÇİNDEKİLER

CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK.....	i
TEZ İNTİHAL FORMU	ii
YÖNERGEYE UYGUNLUK.....	iii
ONAY	iv
ÖNSÖZ.....	v
ÖZET.....	vi
ABSTRACT	vii
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

I. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNE İLİŞKİN KAVRAMLAR, İLKENİN KAPSAM VE ANLAMI	5
A. “Kanun” ve “Kanunilik” Kavramları	5
1. “Kanun” Kavramı	5
2. “Kanunilik” Kavramı	7
B. Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesinin Kapsamı.....	11
C. Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anlamı	14
1. Kanunsuz Suç Olmaz (<i>Nullum Crimen Sine Lege</i>)	15
2. Kanunsuz Ceza Olmaz (<i>Nulla Poena Sine Lege</i>)	18
II. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ	19
A. Genel Olarak	19
B. Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesinin Batı Hukukundaki Tarihsel Gelişimi	20
1. 18.yy Öncesinde Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Batı Hukukundaki Tarihsel Gelişimi	21
2. 18. Yy.’dan İtibaren Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Batı Hukukundaki Tarihsel Gelişimi	24
C. Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesinin Türk Hukukundaki Tarihsel Gelişimi	26
1. İslamiyet Öncesi Dönemde Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi	26
2. İslam Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi	27
a. İslam Hukukunun Kaynakları ve Suçlar	27

b. İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesine İlişkin Görüşler	30
3. Osmanlı Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi	33
4. Türkiye Cumhuriyeti Döneminde Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi	36
III. İLKENİN LEHİNDE VE ALEYHİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER	39
A. İlkenin Lehinde İleri Sürülen Görüşler	39
B. İlkenin Aleyhinde İleri Sürülen Görüşler	41
C. Görüşümüz	46
IV. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ.....	49
V. ULUSLARARASI METİNLERDE SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ	65
A. Genel Olarak	65
B. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi.....	65
C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	66
D. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme.....	72
E. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi.....	73
F. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi.....	74

İKİNCİ BÖLÜM

SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNİN SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK.....	76
II. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNİN KANUN KOYUCU BAKIMINDAN SONUÇLARI.....	77
A. Belirlilik İlkesi (<i>LEX CERTA</i>)	77
1. İlkenin Anlamı.....	77
2. Suçlar Bakımından Belirlilik İlkesi	82
3. Yaptırımlar Bakımından Belirlilik İlkesi	91
B. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç Ve Ceza Konulması Yasağı	98
1. Genel Olarak.....	98
2. İlkenin Anlamı.....	99
a. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulması Yasağı Kapsamında Beyaz Hüküm	100
b. Olağan Dönemlerde İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza İhdası.....	111
c. Olağanüstü Dönemlerde İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza İhdası	115
III. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULAMA BAKIMINDAN SONUÇLARI.....	118
A. Örf ve Adet Hukukuyla Suç ve Ceza Konulması Yasağı (<i>Lex Scripta</i>).....	118

1. Örf ve Adet Kavramı	118
2. İlkenin Anlamı.....	121
B. Kıyas Yasağı (<i>Lex Stricta</i>).....	125
1. Kıyas Kavramı.....	125
2. İlkenin Anlamı.....	128
3. Kıyas Yasağının Sınırları	133

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KANUNLARIN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

I. GENEL OLARAK.....	138
II. GEÇMİŞE YÜRÜME YASAĞI VE SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ (<i>LEX PRAEVIA</i>)	138
A. Genel Olarak	138
B. Ceza Kanunlarının Yürürlüğe Girmesi Ve Yürürlükten Kaldırılması.....	141
1. Ceza Kanunlarının Yürürlüğe Girmesi.....	141
2. Ceza Kanunlarının Yürürlükten Kalkması	143
C. Suçun İşlendiği Zaman	146
1. Sırf Hareket Suçları	146
2. İhmali Hareketle İşlenen Suçlar	147
3. Neticeli Suçlar	148
4. Mütemadi Suçlar	149
5. Zincirleme Suçlar	151
6. Objektif Cezalandırma Şartı İçeren Suçlarda Zaman Bakımından Uygulama.....	152
D. Lehe Kanunun Geçmişe Yürümesi	154
1. Genel Olarak.....	154
2. Lehe Kanunun Tespiti	158
II. ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMADA ÖZELLİK ARZ EDEN HALLER...	162
A. Güvenlik Tedbirlerinin Zaman Bakımından Uygulanması.....	162
B. Zamanaşımında Zaman Bakımından Uygulama	164
C. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararlarının Zaman Bakımından Uygulanması	166
D. İçtihadı Birleştirme Kararlarının Zaman Bakımından Uygulanması	168
E. İnfaz Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması	169
SONUÇ.....	172
KAYNAKÇA	177
ÖZ GEÇMİŞ.....	190

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
Hız.	: Hazreti
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
K.	: Karar
KK	: Kabahatler Kanunu
KNSNİMHK	: Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun
m.	: madde
M.Ö.	: Milattan Önce
s.	: Sayfa
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
ss.	: Sayfa Aralığı
T.	: Tarih
t.y.	: Tarih Yok
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TFF	: Türkiye Futbol Federasyonu
TMK	: Terörle Mücadele Kanunu
vd.	: Ve diğerleri
y.y.	: Yayınevi Yok
YCD	: Yargıtay Ceza Dairesi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
yy.	:Yüzyıl

GİRİŞ

Özgür hareket edebilmek insanoğlu için en önemli haklardan birisi olup, insanları birey haline getirmektedir. Ancak özgürlük insanların istedikleri gibi hareket edebilecekleri anlamına gelmemektedir. Hukuk kuralları, insanların özgürlüklerini sınırlayan en önemli şeydir¹. Bu hukuk kuralları içerisinde kişi hürriyetini sınırlayıcı yaptırımları bünyesinde barındıran ceza hukuku ön plana çıkmaktadır. Çünkü bir kişi hakkında haksız bir mahkumiyete hükmedilmesi, hürriyetin haksız yere sınırlandırılması, geri dönüşü olmayan sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Bu durum ise adalete olan güveni zedelemektedir.

Ceza hukuku yaptırımlarının ağırlığı ve kişi hürriyetlerinin önemi, suçta ve cezada kanunilik ilkesini ortaya çıkarmıştır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, kanunda düzenlenmiş suç tipleri haricinde kimsenin cezalandırılmayacağını ve kişilerin kanundaki cezalardan daha ağır yaptırımlara maruz bırakılmayacağını ifade etmektedir. Buna göre normlar hiyerarşisinde kanunlardan alt seviyede bulunan hukuki metinlerle örneğin yönetmelikle suç ve ceza ihdas edilemez. Çünkü kanunlar ancak kanun koyucu tarafından çıkarılabilmektedir. Ceza hukukunun ağır yaptırımlarının da ancak en üstün irade olan kanun koyucu tarafından düzenlenmesi gerekmektedir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, cezalandırılabilir fiillerin ve bunun karşılığı yaptırımların sınırlarının kesin bir şekilde çizilerek, bireylerin hangi fiillerinin suç oluşturabileceğini öğrenerek, serbest hareket etmelerini amaçlamaktadır. Bu durum hukuk güvenliği olarak adlandırılmaktadır. Aksi takdirde, kişilerin hangi fiillerinin cezalandırılabileceğini öngörememeleri durumunda serbest hareket etmeleri

¹ Baron de La Brède et de **Montesquieu**, *Kanunların Ruhu Üzerine*, (Çev: Berna Güven), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, s. 237.

beklenemez. Ayrıca yargılamalardaki keyfilik önüne geçilmesi ilkenin amaçları arasındadır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi aydınlanma dönemi düşünürlerinin bir eseri olarak, öncelikle Cesare Beccaria ve Montesque gibi düşünürler tarafından ifade edilmiştir. Daha sonra Anselmo Feuerbach da ilkeyi latince şekilde formüle etmiş, suçta ve cezada kanunilik ilkesine önemli katkılar sağlamıştır. Bu düşünürlerin fikirleri 18. yy ve sonrasında etkisini göstermiştir.

Günümüzde ulusal ve uluslararası mevzuatta kendisine yer bulan, ceza hukuku bakımından vazgeçilemez kabul edilen ilkenin yaygınlaşması, 1789 Fransız İhtilali ve sonrasındaki döneme rastlamaktadır. Fransız İhtilali sonrasında mutlak monarşiler yıkılmaya başlamış, bünyesinde parlamentoya yer veren yönetim biçimleri yaygınlaşmaya başlamıştır. Mutlak monarşilerde kanun koyucu hükümdardır. Hükümdar her ne kadar kanunda düzenlenmemiş suçlar için cezalandırılmayacağı yönünde kişilere güvence verse de hükümdarı sınırlayan herhangi bir irade bulunmaması, kanunların keyfi bir biçimde yapılması nedeniyle, ilke amacına ulaşamayacaktır. Ayrıca hukuk devleti ilkesi bu durumda hayata geçirilemeyeceği için, suçta ve cezada kanunilik ilkesi de anlamını yitirecektir. Parlamenter sistemlerde ise halkın seçtiği kişilerin kanunları yapması nedeniyle, toplumun iradesi kanunlara yansiyacak, hukuk devleti ilkesi sağlanabilecektir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi hukuk devleti ilkesini gerektirmektedir. Hukuk devleti ise hukukun kişiler ve kurumlarda üstün olduğu sistemi ifade etmektedir. Hukuk devleti ilkesi ile kuvvetlerin tek elde toplandığı yönetim biçimleri yapı itibariyle birbiriyle bağdaşmamaktadır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kanun koyucuya ve uygulamaya yönelik beş tane önemli sonucu bulunmaktadır. Bunlar belirlilik ilkesi, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağı, örf ve adet hukukuyla suç ve ceza konulması yasağı, kıyas yasağı ve geçmişe yürüme yasağıdır. Belirlilik ilkesi ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağı ilkenin kanun koyucuya yönelik sonuçlarıdır. Başka bir ifadeyle kanun koyucu, kanunu belirlilik ilkesi ile idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağına uygun şekilde hazırlamalıdır. Örf ve adet hukukuyla suç ve ceza konulması yasağı ve kıyas yasağı ise ilkenin uygulamaya yönelik sonuçlarındandır. Yargı mercileri kanunları uygularken bu ilkeleri dikkat etmelidir.

Geçmişe yürüme yasağı ise ilkenin hem kanun koyucuya hem de uygulamaya yönelik sonucudur.

Çalışmamızın birinci bölümünde suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin kavramlar ve ilkenin tarihsel gelişimi ele alınacaktır. Bu kapsamda ilk olarak kanun, kanunilik, suç ve ceza kavramları açıklanacaktır. İlkenin tarihsel gelişimi bakımından ise hem batı hukukundaki hem de Türk ve İslam hukukundaki gelişimiyle birlikte, ilkenin lehine ve aleyhine görüşlere yer verilecektir. Ayrıca suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer ver uluslararası metinle incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçları, uygulamaya ilişkin örneklerle somutlaştırılarak incelenecektir. İlkenin sonuçları kanun koyucuya ve hukuk uygulayıcısına yönelik olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Konun koyucuya yönelik sonuçlar kapsamında belirlilik ilkesi ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağı açıklanacaktır. İlkenin uygulama bakımından sonuçları kısmında ise örf ve adet hukukuyla suç ve ceza konulması yasağı ile kıyas yasağı ele alınacaktır. Geçmişe yürüme yasağı ise ilkenin hem uygulamaya hem de kanun koyucuya yönelik sonucu olarak değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

I. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNE İLİŞKİN KAVRAMLAR, İLKENİN KAPSAM VE ANLAMI

A. “Kanun” ve “Kanunilik” Kavramları

1. “Kanun” Kavramı

Kanun, eski Yunancada kaide anlamına gelen “canon” kökünden gelmekte² olup Arapçadan dilimize geçmiştir³. Kanun, sözlükte “geçerli olan kural” şeklinde tanımlanmış olup “yasa” kelimesi ile eşanlamlıdır⁴. Hukuki anlamda ise kanun, Anayasa ile belirlenen yetkili organ tarafından kabul edilerek yürürlüğe konulan, parlamento kararına nispetle daha yaygın ve genel bir yasama işlemi türüdür⁵.

Kanun, öğretide şekli anlamda ve maddi anlamda kanun olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şekli anlamda kanunda, kanunun içeriği ve kapsamı önem taşımazken; yetkili organ tarafından usulüne uygun olarak yürürlüğe konulması önem taşımaktadır⁶. Maddi anlamda kanunda ise kanunun hangi organ tarafından yapıldığı dikkate alınmazken; kanun metninin içeriği, genel, soyut ve kişisel olmayan kurallar içermesi önem taşımaktadır⁷. Başka bir ifadeyle maddi anlamda kanunda içerik ön plandayken, şekli anlamda kanunda ise kanunu ortaya çıkaran organ ve kanunun yürürlüğe konuluş şekli ön plandadır.

² Doğan **Soyaslan**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 237.
³ Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 237.

⁴ <https://sozluk.tdk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 20.04.2020

⁵ Erdoğan **Teziç**, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, 13. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 12;
Kemal **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 28. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 250.

⁶ Teziç, s. 13.

⁷ Abdullah Batuhan **Baytaz**, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 51; Teziç, s. 14.

Maddi anlamda kanun da geniş anlamda maddi kanun ve dar anlamda maddi kanun olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Geniş anlamda maddi kanun, kaynağı ne olursa olsun, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemleri de kapsamına alan bütün hukuk kurallarıdır⁸. Dar anlamda maddi kanun ise yasama organı tarafından, belirli usullere uygun olarak çıkarılan ve yürürlüğe konulduğu andan itibaren uygulanması zorunlu olan genel, soyut ve sürekli kanunlardır⁹. Türk Ceza Kanunu ve Türk Medeni Kanunu dar anlamda maddi kanuna örnek olarak gösterilebilir.

Ceza hukukunda kanun kavramının, düzenlendiği kanuna ve kanun maddesine göre farklı anlamlara geldiği görülmektedir. Örneğin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 24/1'deki “*Kanun hükmünü yerine getiren kişiye ceza verilmez*” şeklindeki düzenlemeyle bir hukuka uygunluk sebebi öngörülmüştür. Buradaki kanun kavramından, salt şekli anlamda kanunların değil, herhangi bir yazılı hukuk kuralının anlaşılması gerektiği görüşü savunulmaktadır¹⁰. Bu durumda TCK m. 24/1'deki kanun kavramı geniş anlamda maddi kanun şeklinde değerlendirilmelidir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen TCK m. 2'de ise “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz*” hükmü yer almaktadır. Madde gerekçesinde, bireyin maddi ve manevi varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suçların tanımlanmasının ve ceza hukuku yaptırımları konulmasının, ancak yasama organı vasıtasıyla yapılabileceği belirtilmiştir.

TCK m. 24/1'deki düzenlemedeki kanun kavramı daha geniş bir anlam taşıırken; TCK m. 2'deki kanun kavramı daha dar bir çerçeveyi ifade etmektedir. Düzenlemelerin içeriğinden ve amacından, kavramın anlamı anlaşılmakla beraber; aynı kanun içinde aynı ifadeye farklı anlamlar yüklenmesinin “hukuk düzeninin birliği ilkesi” açısından tutarsızlık oluşturduğu kanaatindeyiz. Hukuk düzeninin birliği, bütün hukuk düzeninde uyumun sağlanması için, farklı hukuk disiplinlerinin arasında bağlantı bulunmasını

⁸ Yavuz **Atar**, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 203.

⁹ Atar, s. 203.

¹⁰ Mahmut **Koca** ve İlhan **Üzülmez**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 274.

ifade etmektedir¹¹. Hukuk düzeninin birliği aynı şekilde kullanılan kavramların aynı anlama gelmesi gerekliliğini ortaya çıkartmaktadır¹².

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin konusunu oluşturan kanundan anlaşılması gereken, anayasal düzen açısından teknik anlamda kanun niteliğine sahip yasama tasarruflarıdır¹³. Teknik anlamda kanun ise parlamento kararı niteliği taşımayan yasama işlemleri anlamına gelmektedir¹⁴. Bu nedenle kanunilik ilkesindeki kanun kavramı dar yorumlanmalıdır.

Kanunilik ilkesindeki kanun kavramının diğer düzenleyici işlemleri de içine alacak derecede geniş yorumlanması halinde, sadece yasama organının sahip olduğu suç ve cezaları belirleme yetkisine, idare ve diğer yetkili organlar da sahip olacaktır. Ayrıca suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaması yasağından bahsetmenin de bir anlamı kalmayacaktır. Böyle bir durumda ise ilkenin bireye sağladığı güvence fonksiyonundan bahsedilemeyecektir. Sonuç olarak suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında inceleyeceğimiz kanun kavramından anlaşılması gereken, sadece yasama organı tarafından çıkarılan ve kanun sıfatını haiz düzenleyici işlemlerdir.

2. “Kanunilik” Kavramı

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından kanunilik, suç ve cezaların kanunlara dayanması şartını ifade etmektedir. Bu açıdan değerlendirecek olursak kanunilik kavramının amacına ulaşabilmesi için kanunları kuvvetli hale getirecek, kanunların sınırlarının dışına çıkılmasını engelleyecek, üstün bir güce ihtiyaç vardır. Bu nedenle de kanunilik ilkesinin temelinde hukuku üstün tutan, kanunları bağlayıcı hale getiren hukuk devletinin bulunması gerekmektedir.

Kanunilik ilkesi ceza hukukunun hukuk devletine uygunluğunun bir garantisidir. Hukuk devletinin temelini oluşturan hukukun bağlayıcılığı ve hukukun en üstün güç olduğu

¹¹ Ahmet Hulusi **Akkaş**, *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbiri Üzerine Etkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 7.

¹² Akkaş, *Yargı Mercileri Kararlarının Birbiri Üzerine Etkisi*, s. 8.

¹³ İzzet **Özgenç**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 123.

¹⁴ Faruk **Turinay**, *Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri*, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 21.

anlayışı kanunilik olarak tanımlanabilir¹⁵. Kanunilik ve hukuk devleti kavramlarının anlam kazanabilmesi için bir arada bulunmaları bir nevi zorunluluktur. Çünkü kanunilik ilkesiyle yargı makamlarının kanuna bağlılığı sağlanmakta, hukuk devleti ilkesiyle de kararlar ve kanunlar denetlenmektedir.

Hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hakları güçlendiren, eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleyen, hukuk güvenliğini sağlayan, anayasayla bağlı, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, anayasanın ve kanun koyucunun dahi üstünde temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincindeki devlettir¹⁶. Hukuk devleti ilkesi, devletin keyfi işlem ve eylemlerini önlemeyi amaçlamaktadır¹⁷. Hukuk devleti kavramı, devletin tüm eylem ve işlemlerinde hukuka uygun hareket etmek zorunda olduğu anlamına gelmektedir¹⁸. Devletin hukuka uygun hareket etme zorunluluğunun bulunmasından, devletin karar ve işlemlerinin yargı denetimine tabi tutulması anlaşılmalıdır.

Hukuk devleti, suçu önlemek için gerekli uygun araç ve metotlar belirlemenin yanında, cezalandırma görevini ölçsüz ve keyfi bir şekilde yerine getirmeyeceğini kesin ve belirli kanunlarla tespit etmelidir¹⁹. Ayrıca hukuk kuralları insan haklarına dayalı ve demokratik bir şekilde düzenlenmelidir²⁰. Bu, aynı zamanda hukuk güvenliğinin gereğidir. Hukuk güvenliği gereğince hukuk kuralları muhataplarına açık ve belirli bir çerçeve oluşturmalı, kişilerin fiillerinin sonuçlarını öngörebilmesini sağlamalıdır²¹. Hukuk güvenliğinden bahsedilebilmesi için öncelikle hukukun kendisi güven altında olmalıdır.

Hukuk güvenliğinin ölçütü olarak belirli ilkeler kabul edilmektedir. İlk olarak hukuk kuralları konusunda muhatapların bilgilendirilmesi gerekmektedir²². Bu açıdan hukuk kurallarının yazılı ve anlaşılır olmasının yanında, hukuk kurallarının halka ilan edilmesi

¹⁵ Andreas Von **Arnault**, “Hukuk Devleti”, (Çev: Arslan Topakkaya), *Anayasa Teorisi* Ankara, 2014, s. 724.

¹⁶ Cengiz **Otacı**, “Öngörülebilirlik Bağlamında Ceza Hukuku İçtihatları ve İçtihatların Sağlaması Gereken Hukuki Güvenlik”, *Hukuk Felsefe ve Sosyoloji Arkivi*, 27. Kitap, 2016, s. 278.

¹⁷ Cengiz **Gül**, *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 195.

¹⁸ Hakan **Hakeri**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 10.

¹⁹ Yener **Ünver**, “Türk Yargı Kararlarının Kanunilik İlkesi ve Sonuçları Açısından Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi- Alman ve Türk Ceza hukukuna İlişkin Araştırmalar*, Cilt: 3, 2014, s. 15.

²⁰ Timur **Demirbaş**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 59.

²¹ Akkaş, *Yargı Mercileri Kararlarının Birbiri Üzerine Etkisi*, s. 50; Otacı, s. 278.

²² Arnault, s. 725.

önem taşımaktadır. 10 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 4 gereğince ülkemizde hukuk kurallarının ilanı Resmi Gazete vasıtasıyla yapılmaktadır²³.

İkinci olarak hukuk kurallarının etkin bir şekilde uygulanabilmesi için mevcut hukuk kuralları herkese eşit şekilde uygulanmalı, kişiye göre muamele yapılmamalıdır²⁴. Zira Anayasa m. 10'da kanun önünde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre, “*Herkes, dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*”. Bu madde eşitlik ilkesinin anayasal teminat altına alındığını göstermektedir.

Üçüncü olarak ise hukuk kuralları öngörülebilir olmalı ve çağın değişikliklerine uyum sağlamalıdır²⁵. Hukuk kuralları belirlenirken, toplumsal değişimler, teknolojik gelişmeler dikkate alınmalı, kanuni düzenlemeler bu doğrultuda yapılmalıdır. Aynı şekilde suç ve cezalar belirlenirken de toplumun değer yargılarındaki değişimler dikkate alınmalıdır.

Hukuk güvenliğinin temel esasları öngörülebilirlik, güvenilirlik ve tanınabilirliktir²⁶. Öngörülebilirlik, yasal düzenlemelerin gerek kişiler gerekse de idare bakımından, tereddüte yer vermeyecek şekilde açık, net ve anlaşılır olmasını, kişilerin fiillerinin sonuçlarını öngörebilmelerini ifade etmektedir²⁷. Güvenilirlik, toplumun hukuk kurallarının doğru bir şekilde uygulandığı yönünde, devlete karşı duyduğu güveni ifade

²³ **10 Numaralı CBK Madde 4** “- (1) Resmî Gazete’de; a) Kanunlar, b) TBMM İçtüzüğü ve Başkanlık Divanınca Resmî Gazete’de yayımlanması istenen Türkiye Büyük Millet Meclisi kararları, c) Milletlerarası antlaşmalar ve sözleşmeler, ç) Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanlığınca Resmi Gazete’de yayımlanması uygun görülen karar ve genelgeler, d) Özel kanunlarında Resmî Gazete’de yayımlanması öngörülen mahkeme kararları, e) 24/5/1984 tarihli ve 3011 sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanunda belirtilen yönetmelikler, f) Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakan atanması, görevine son verilmesi veya istifasına dair işlemler, g) Cumhurbaşkanına vekâlet etme işlemleri, ğ) Bağlı, ilgili veya ilişkili olunan kurum değişikliklerine dair kararlar, h) Yüksek yargı organlarının üyeliğine seçilme kararları, ı) Cumhurbaşkanınca yapılan seçme ve atamalar ile göreve son vermeler, i) Sınır tespit kararları, idari bağılılık değişikliğine dair kararlar, belediye kurulmasına dair kararlar, yer adlarının değiştirilmesine dair kararlar, j) Özel kanunlarında Resmi Gazete’de yayımlanması belirtilen diğer işlemler, yayımlanır.”

²⁴ Hamide **Zafer**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 47; Arnauld, s. 725.

²⁵ Arnauld, s. 725.

²⁶ Akkaş, *Yargı Mercileri Kararlarının Birbiri Üzerine Etkisi*, s. 51.

²⁷ Otacı, s. 282.

etmektedir²⁸. Tanınabilirlik ise kuralların ulaşılabilir olmasını, açık net ve anlaşılabilir olmasını ifade etmektedir²⁹.

Hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz şartı ise devletin otorite ve ağırlık merkezi olmaktan ziyade, özgürlük ve güvenlik arasında arabulucu olduğu bir demokrasidir. Kanunilik ve kuvvetler ayrılığı prensipleri bu nedenle birbirleriyle akraba gibidir. Hukuk devletinde kuvvetlerin tek bir elde toplanması durumunda sorumluluklar karmaşık hale gelecek, böyle bir durumda da devletin kontrol edilebilmesi zorlaşacaktır³⁰. Bu nedenle kuvvetler ayrılığının olmadığı bir ülkede hukuk devleti ve kanunilik kavramları sadece kanun maddesi olarak kalacak; uygulamada ise bu ilkenin pozitif etkileri görülemeyecektir.

İktidarın keyfi biçimde davranmasına zemin hazırlayan, iktidarın yetki alanını önemli derecede genişleten ülkelerde hukuk devleti ilkesi etkisiz olacaktır³¹. Mutlak monarşilerde yahut otoriter ve totaliter devletlerde hukuk devletinin varlığından söz edilemeyecektir³². Böyle bir durumda suçta ve cezada kanunilik ilkesine kanunlarda yahut anayasada yer verilmesinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Kanunilik kavramı genel hatlarıyla belirttiğimiz şekilde olmakla birlikte; öğretide kanunilik kavramını biçimsel kanunilik ve öze ilişkin kanunilik şeklinde ayıran görüşler de bulunmaktadır³³. Biçimsel kanunilik, işlendiği zaman kanunda açıkça suç olarak tanımlanmayan bir fiilden dolayı failin cezalandırılmayacağını ve kanunda belirlenen cezadan daha ağır bir cezaya hükmedilemeyeceğini ifade etmektedir³⁴. Biçimsel kanunilik ilkesi aslında günümüzdeki anlamda suçta ve cezada kanunilik ilkesine karşılık gelmektedir.

Öze ilişkin kanunilik ise kanunda açıkça suç olarak öngörülmemiş olsa dahi anti-sosyal karakterdeki fiillerin suç olarak değerlendirilmesi ve bu fiillerin cezalandırılması gerektiği anlamına gelmektedir³⁵. Öze ilişkin kanunilik ilkesine göre, kanunda suç

²⁸ Otacı, s. 278.

²⁹ Akkaş, *Yargı Mercileri Kararlarının Birbiri Üzerine Etkisi*, s. 51.

³⁰ Arnauld, s. 728.

³¹ Gül, *İktidarın Sınırlandırılması*, s. 196.

³² Gül, *İktidarın Sınırlandırılması*, s. 196.

³³ Nevzat **Toroslu** ve Haluk **Toroslu**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 45.

³⁴ Toroslu, s. 46.

³⁵ Toroslu, s. 39.

olarak tanımlanıp tanımlanmadığına bakılmaksızın, salt fiilin anti-sosyal karakterine göre failin cezalandırılabilmesi sonucuna ulaşılmaktadır. Kanunilik ilkesinin amacı, bireye kanunda suç olarak düzenlenmeyen bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı yönünde bir güvence vermek ve yargılamalarda keyfiliğin önüne geçmektir. Öze ilişkin kanunilik ilkesinin uygulanması durumunda, hem yargılamalarda keyfilik ortaya çıkacak hem de fail, fiil kanunda suç olarak düzenlenmese dahi cezalandırılabilir. Böyle bir durumda, suçta ve cezada kanunilik ilkesinden dahi bahsedilemeyecek olması nedeniyle, bu şekilde bir ayrıma gerek olmadığı kanaatindeyiz.

B. Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesinin Kapsamı

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kapsamının belirlenebilmesi için öncelikle “suç” ve “ceza” kavramlarının izah edilmesi gerekmektedir. Suç kavramının tanımlanmasında doktrinde yazarların benimsedikleri görüş doğrultusunda farklı tanımlamalar yaptıkları görülmektedir.

Alacakaptan suç kavramını “*İsnad yeteneğine sahip bir kişinin kusurlu iradesinin yarattığı icrai veya ihmali bir hareketin meydana getirdiği yasada yazılı tipe uygun, hukuka aykırı ve yaptırım olarak bir cezanın uygulanmasını gerektiren bir eylem*” olarak tanımlamıştır³⁶. Dönmezer/Erman, suçu “*Diğer hukuk dallarına göre ağır derecede zarar veren veya gerçekte zarar vermemiş olsalar bile, ağır derecede zarar verme tehlikesini bünyelerinde taşıyan hukuki ihlaller*” şeklinde tanımlamıştır³⁷. Hakeri, suçu, karşılığında ceza yaptırımı öngörülmüş haksızlık olarak tanımlarken, suçtan bahsedilebilmesi için kanundaki tipe uygun, hukuka aykırı ve kasten veya taksirle işlenmiş bir fiilin varlığını şart koşmaktadır³⁸. Özgenç ise suç kavramını “*Toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından hukuki değerleri korumaya matuf kurallara aykırılık niteliği taşıyan insan davranışları*” olarak tanımlamaktadır³⁹. Koca/Üzülmez, suçu “*insanların*

³⁶ Uğur **Alacakaptan**, *Suçun Unsurları*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 6.

³⁷ Sulhi **Dönmezer** ve Sahir **Erman**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt:1*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 5.

³⁸ Hakeri, s. 53.

³⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 174.

toplum içinde birlikte yaşamalarının temini, toplumsal düzenin devamı için korunması gereken hukuki değerleri ihlal eden belli insan davranışları” olarak tanımlamaktadır⁴⁰.

Doktrindeki yazarların görüşleri dikkate alındığında suçu diğer haksız fiillerden ayıran en önemli hususun haksızlık içeriğinin ağırlığı olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kapsamını oluşturan suçların belirlenebilmesi için haksızlığın ağırlığı ve buna karşılık kanunda öngörülen yaptırımların ağırlığının esas alınması isabetli olacaktır. Ceza hukuku haksızlık ve yaptırımları özellikleri itibariyle diğer haksızlık türlerinden ayrılmaktadır.

Bir fiilin ceza hukuku yaptırımıyla karşılanması için söz konusu fiil cezaya layık olmalıdır. Bir fiilin yasaklanarak veya emredilerek ceza hukuku yaptırımı altına alınması gerekiyor ve kanun koyucunun da buna yetkisi varsa bu fiilin cezaya layık olduğundan söz edilebilir⁴¹. Bununla birlikte bir fiilin cezaya layık olması ceza yaptırımı altına alınması gerekliliğini doğurmamaktadır. Aynı zamanda bu fiilin ceza yaptırımı altına alınması ihtiyacının da bulunması gerekmekte, bu durum cezaya muhtaçlık olarak ifade edilmektedir⁴².

Nihayetinde kanun koyucu bir fiili suç olarak düzenlerken fiilin cezaya layık olup olmadığını ceza hukukunun amaçlarını dikkate alarak değerlendirmeli, daha sonra ise cezaya layık olduğunu düşündüğü fiilin cezalandırılması gerekliliği hususunda değerlendirme yapmalıdır. Eğer fiilin hem cezaya layık olduğunu, hem de diğer hukuki yaptırımların yetersiz olduğunu düşünüyorsa son çare olarak ceza hukuku yaptırımlarını uygulamalıdır.

Ceza hukuku yaptırımları idari yaptırımlardan ayrılmaktadır. İdari yaptırımlar, idarenin doğrudan doğruya kendine özgü usullerle uyguladığı yaptırımlardır⁴³. İdari yaptırımlar, ceza yaptırımlarından nitelik olarak farklıdır⁴⁴. Ceza yaptırımları bakımından mahkeme kararı gerekirken, idari yaptırımlar herhangi mahkeme kararına gerek bulunmaksızın,

⁴⁰ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 41.

⁴¹ Yener **Ünver**, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuki Değer*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 681.

⁴² Ünver, *Hukuki Değer*, s. 681.

⁴³ Yasin **Aslan**, “İdari Yaptırımlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 22, Sayı: 85, 2009, s. 177.

⁴⁴ Burcu **Erdinç**, “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2012-2, 2012, s. 247.

doğrudan idarenin iradesiyle uygulanabilmektedir⁴⁵. Ayrıca idari yaptırımlar ile hürriyeti bağlayıcı cezalar verilemeyecektir. Bu nedenle ceza hukukundaki haksızlıklar, idare hukukundaki haksızlıklardan ayrılmaktadır.

Kabahatler, idari düzeni ihlal eden haksızlık türüdür⁴⁶. Suçlar ve kabahatler arasındaki temel farklılık, öngörülen cezalar noktasında ortaya çıkmaktadır. 765 sayılı mülga TCK, suçlar ve kabahatlere aynı kanun içinde yer vermiştir. 5237 sayılı TCK’da suçlar ve kabahatler ayrılarak sadece suç teşkil eden haksızlıklar ceza kanununun kapsamına alınmış; kabahatler ise Kabahatler Kanunu⁴⁷’nda düzenlenmiştir.

TCK m. 45’te suçlar için öngörülen yaptırımlar, Kabahatler Kanunu m. 16’da ise kabahatler için öngörülen yaptırımlar düzenlenmiştir. TCK m. 45’teki düzenlemeye göre suç karşılığı olarak öngörülen cezalar, hapis ve adli para cezasıdır. Kabahatler karşılığı öngörülen yaptırımlar ise idari para cezası ve idari tedbirlerdir. Bu ise suçlar ve kabahatlerin birbirlerinden ayırt edilmesini kolaylaştırmaktadır.

Ceza hukuku haksızlıkları, özel hukuktaki haksızlıklardan da ayrılmaktadır. Öncelikle özel hukuka ilişkin haksızlıkların içeriği, ceza hukuku haksızlıklarından daha hafiftir. Ayrıca ceza hukuku haksızlıkları kamuyu ilgilendirirken, özel hukuk haksızlıkları kişiler arasındaki uyuşmazlıklara ilişkindir. Ceza hukuku haksızlıkları karşılığında hürriyeti bağlayıcı cezalar ve adli para cezası öngörülebilirken, özel hukuka ilişkin haksızlıklarda tazminat sorumluluğu ortaya çıkmakta, hürriyeti bağlayıcı nitelik göstermemektedir.

Sonuç olarak bir fiilin suç sayılabilmesi için öncelikle ceza kanununun özel kısmında veya özel ceza kanunlarında yer alan belli bir maddedeki tanıma uygun olması gerekmektedir⁴⁸. Bunun haricinde, hapis ve/veya adli para cezasının yaptırım olarak öngörülmesi gerekmektedir. Buna göre ceza kanunu haricindeki kanunlarda dahi olsa, yaptırım olarak hapis ve adli para cezası öngörülen hükümler suç olarak tanımlanacaktır.

⁴⁵ Aslan, s. 177; Erdinç, s. 266.

⁴⁶ Erdinç, s. 278.

⁴⁷ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu 30.03.2005 tarihinde kabul edilmiş ve 31.03.2005 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

⁴⁸ Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, s. 8.

C. Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anlamı

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin günümüzdeki anlamı, ceza hukukunun esasının sadece kanun olduğudur⁴⁹. Bir fiilin açıkça suç oluşturup oluşturmadığının anlaşılabilmesi için kanuna bakmanın yeterli olması gereklidir⁵⁰. Buna göre suçun işlendiği tarihte, ceza kanunlarında açıkça suç olduğu gösterilmeyen fiillerden dolayı kimseye ceza ve güvenlik tedbirleri uygulanamayacaktır⁵¹.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi bireylerin, yasak fiiller hakkında önceden bilgi sahibi olarak, hareketlerini kanuna uygun bir şekilde yönlendirmeleri amacını taşımaktadır⁵². Böylelikle toplum ve birey arasındaki menfaatler dengelenmiş olacaktır⁵³. Kanunilik ilkesi, aynı zamanda kanunlardan bağımsız ve keyfi bir şekilde kişilerin cezalandırılmasını da önlemektedir. Kişiler kanunda açıkça düzenlenmemiş fiiller bakımından cezalandırılmayacağı gibi, kanunda suç olarak düzenlenmekle birlikte cezası belirlenmemiş fiiller nedeniyle de cezalandırılmayacaktır⁵⁴.

Günümüzde kanunilik ilkesi kişilerin kanunda düzenlenmeyen suçlar nedeniyle cezalandırılmayacağının teminatını oluşturmaktadır. İlke güvence fonksiyonunun yanında kanun koyucuya, insan hakları ve demokratik anayasal hakları ihlal eden düzenlemeler yapılmaması için bir yükümlülük de getirmektedir⁵⁵.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin amacını yerine getirebilmesi için bazı doğal sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçlar şunlardır; belirlilik ilkesi (*lex certa*), örf ve adet hukukuyla suç ihdas etme ve cezayı ağırlaştırma yasağı (*lex scripta*), kıyas yasağı (*lex stricta*), idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağı ve geçmişe yürüme yasağı (*lex praevia*)dır. Kanunilik ilkesi ve sonuçları hukuk devleti için büyük

⁴⁹ Faruk **Erem**, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler Cilt: I*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993, s. 1.

⁵⁰ Uğur **Alacakaptan**, *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1958, s. 6.

⁵¹ Mehmet Emin **Artuk**, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, *Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi- Alman ve Türk Ceza hukukuna İlişkin Araştırmalar*, Cilt: 3, 2014, s. 39; Hüseyin **Ertuğrul**, “Kaçakçılık Fiilleri Bağlamında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 26, 2008, s. 66.

⁵² Fatih **Birtek**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 41.

⁵³ Dönmezer ve Erman, s. 17.

⁵⁴ Muhammet Emre **Tulay**, “Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 2715; Alacakaptan, *İngiliz Ceza Hukukunda*, s. 6.

⁵⁵ Alacakaptan, *İngiliz Ceza Hukukunda*, s. 46.

önem arz etmektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin belirtmiş olduğumuz bu sonuçları çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, kanunsuz suç olmaz ve kanunsuz ceza olmaz şeklinde iki unsurdan oluşmaktadır⁵⁶.

1. Kanunsuz Suç Olmaz (*Nullum Crimen Sine Lege*)

Kanunsuz suç olmaz ilkesi suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir unsurunu oluşturmaktadır. Suç, insan hürriyetini sınırlama özelliğine sahip emir ve yasaklar anlamına gelmektedir⁵⁷. Kanunsuz suç ihdas edilememesinin doğal anlamda geçmişe yürüme yasağı, örf ve adet ile ceza konulamaması yasağı ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç düzenlenememesi şeklinde sonuçları bulunmaktadır.

Kanunsuz suç olmaz ilkesine göre, kişilerin fiillerinden dolayı cezalandırılabilmesi için, öncelikle bu hareketlerin kanunda suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir⁵⁸. Bu tanım geçmişe yürüme yasağının bir yönüne işaret etmektedir. Geçmişe yürüme yasağı, işlendiği zaman kanunlarda cezalandırılmayan bir fiilin daha sonra çıkarılan bir kanunun geçmişe yürütülerek cezalandırılmayacağı anlamına gelmektedir. Aksi takdirde fiillerin işlenmesinden sonra suç ihdas edilerek geçmişe dönük cezalandırma ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda ise kanunilik ilkesinin bireye sağladığı güvenceden bahsedilemeyeceği gibi, yargılamalarda da keyfiyet ortaya çıkacaktır.

“Kanunsuz suç olmaz” prensibi AY m. 38/1’de “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz...*” şeklinde ifade edilmiştir. Fiil, kişinin iradi olarak belirli bir amacı gerçekleştirmek amacıyla, dış dünyada etki doğuran davranıştır⁵⁹. Kişilerin cezalandırılabilmesi için fiilin işlendiği zaman esas alınmış olup, kişilerin fiilinin suç teşkil edip etmediği, o anki yürürlükteki

⁵⁶ Olgun **Değirmenci**, “Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 29, 2015, s. 19.

⁵⁷ Dönmezer ve Erman, s. 19.

⁵⁸ Veli Özer **Özbek**, Koray **Doğan** ve Pınar **Bacaksız**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 66; Bahri **Öztürk** ve Mustafa Ruhan **Erdem**, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 44; Değirmenci, s. 19.

⁵⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 179.

kanuna göre belirlenecektir⁶⁰. Ancak cezaya layık haksızlık teşkil eden fiiller ceza hukukunun alanına girmektedir.

AY m. 38/1, kanunlarda açık bir şekilde düzenlenmedikçe suç ihdas edilememesinin anayasal dayanağını oluşturmaktadır. TCK m. 2’de ise aynı şekilde kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağı düzenlenmiş olup, kıyas ve kıyasa varacak derecede genişletici yorum yoluyla suçun kapsamının genişletilmesi de önlenmiştir. Kanaatimizce suçta ve cezada kanunilik ilkesinin hem Anayasa’da hem de Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmesi çifte bir güvence sağlaması nedeniyle önemlidir.

Kanunsuz suç ihdas edilememesi nedeniyle hakim örf ve adet hukukuna dayanarak suç oluşturamayacaktır. Bu nedenle hakim karar verirken diğer hukuk dallarındaki hakimler gibi ihtiyaç duyduğu takdirde örf ve adet hukukunu uygulayamayacak, sadece kanun ile bağlı kalacaktır⁶¹. Örf ve adet hukuku kimi durumlarda kanunun yapmış olduğu atıflar nedeniyle, Türk Medeni Kanununda doğrudan kaynak olarak değerlendirilebilmektedir. Ceza hukuku bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Ancak hakim somut olayı değerlendirirken yardımcı kaynak olarak örf ve adetten yararlanabilecektir. Örneğin; örf ve adet kuralları hukuka uygunluk sebebi olabilecektir.

Ceza hukukunun özgürlükleri kısıtlayıcı yapısı ve son çare olması dikkate alındığında, suç yaratma yetkisi ancak egemenliği temsil eden kanun koyucuya tanınabilir⁶². Bu da hangi fiillerin suç oluşturduğunun ancak yasama organı tarafından belirlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Aksi durumda yürütme gücüne bu yetkinin tanınması suiistimalleri ortaya çıkaracak, yargı gücüne bu yetkinin tanınması ise yargının tarafsızlığını ortadan kaldıracaktır⁶³.

Kanun koyucu suç teşkil eden fiillerin tespitinde toplum düzeni ve ihtiyaçları dikkate almalı, bu doğrultuda sosyoloji, kriminoloji gibi bilimlerden yararlanmalıdır. Örneğin suç teşkil eden fiilleri işleyen kişiler hakkında uygulanacak yaptırım ve tedbirler konusunda kriminolojik bilgilerden yararlanmalıdır⁶⁴. Ayrıca kanun yapımında kişilerin suç işleme sebepleri gibi hususlar ceza hukukunun genel ve özel önleme amacı

⁶⁰ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 72.

⁶¹ Alacakaptan, *İngiliz Ceza Hukukunda*, s. 6.

⁶² Dönmezer ve Erman, s. 18.

⁶³ Dönmezer ve Erman, s. 18.

⁶⁴ Füsün Sokullu **Akıncı**, *Kriminoloji*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 64.

doğrultusunda dikkate alınmalıdır. Çünkü ancak bu şekilde cezalandırılması gereken fiiller ve yaptırımlar topluma faydalı olacak şekilde tespit edilebilir.

İlkenin amacına ulaşabilmesi için uygulandığı ülkenin siyasal yapısı da önem arz etmektedir. Kuvvetler birliği ilkesinin hakim olduğu ülkelerde hem güç sahibinin iradesiyle suç koyulabilecek hem de kuralların uygulanması aynı kişi tarafından yapılacaktır. Böyle bir durumda ise ilkenin kişilere sağladığı güvence fonksiyonu işlevsiz kalacak, aynı zamanda da kanunların koyulması ve uygulanmasında keyfiyet ortaya çıkacaktır.

Kuvvetler ayrılığı prensibinin hakim olduğu ülkelerde, kanunsuz suç olmaz ilkesi kanunların koyulması ve uygulamasının farklı organlar tarafından yapılması kişiye güvence sağlamaktadır⁶⁵. Bununla birlikte şekli olarak kanunilik ilkesinin sağlanması kanunların adil olduğu anlamına gelmemektedir. Örneğin demokratik sistemlerde belirli çoğunluğu sağlayan partilerin akıl ve adaletle bağdaşmayan kanunlar çıkartma ihtimali bulunmaktadır⁶⁶. Bu durumda adalet ve hukuk güvenliğinin çatışması söz konusudur⁶⁷. Kanunların adalet karşısında tahammül edilemez derecede haksızlık oluşturması durumunda bu kanunların uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁸. Kanunlar ve adalet tahammül edilemez sınırın eşitlik ilkesinin bilinçli bir şekilde reddedilmesi durumunda aşılabacağı belirtilmiştir⁶⁹. Nihayetinde kanunilik ilkesinin sağlanabilmesi için kanun koyucu hukuk devletinin temel değerlerine uygun şekilde adil kanunlar çıkarmalı, yargı makamları ise kanunları bağımsız bir şekilde uygulamalıdır⁷⁰.

Suçların kanunla konulabilmesi aynı zamanda kişinin serbest hareket edebileceği özgürlük alanını da belirleyecektir. Çünkü ilkedan, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilin meşru olduğu sonucu da çıkmaktadır. Böylelikle bireyler kanunda suç olarak düzenlenmeyen hareketlerinden dolayı cezalandırılma korkusu olmadan rahat bir şekilde hareket edebileceklerdir.

⁶⁵ Bernd, **Heinrich**, *Ceza Hukuku Genel Kısım-I*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 17.

⁶⁶ Carl **Schmidt**, *Kanunilik ve Meşruiyet*, (Çev: Mehmet Cemil Ozansü), İthaki Yayınları, 2016, s. 32.

⁶⁷ Gustav **Radbruch**, “Hukuksal Güvenlik ve Yasa Üstü Hukuk”, (Çev: Sevtap Metin, Altan Heper), *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, 2018, s. 91.

⁶⁸ Radbruch, s. 91.

⁶⁹ Radbruch, s. 91.

⁷⁰ Schmidt, s. 23.

2. Kanunsuz Ceza Olmaz (*Nulla Poena Sine Lege*)

Kanunsuz ceza olmaz ilkesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin diğ er bir unsurunu oluşturmaktadır. Ceza, kanunda düzenlenmiş suçlar için ö ngörülen yaptırımlardır⁷¹. TCK m. 2’de yer verilen “*Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz*” ve AY m. 38’de düzenlenen “*Kimse, işlendiğ i zaman yürürlükte bulunmayan bir suçtan dolayı cezalandırılmaz. Kimseye suçu işlediğ i zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*” hükümleri kanunsuz ceza olmaz ilkesinin kanuni ve anayasal dayanaklarını oluşturmaktadır.

AY m. 38’deki “*Kimse, işlendiğ i zaman yürürlükte bulunmayan bir suçtan dolayı cezalandırılmaz*” ifadesi hem kanunsuz ceza olmaz ilkesini hem de geçmiş e yürüme yasağ ını bünyesinde bulundurması nedeniyle eleştirilmiş , bu iki ilkenin ayrı ayrı hükümlerde düzenlenmesinin daha doğru olacağı ifade edilmiştir⁷². Bunun yanında AİHS m.7’de de kanunsuz suç ve ceza konulamayacağı ifade edilmiştir⁷³. Kanunilik ilkesinin bir sonucu olan kıyas yasağ ı da kanunsuz ceza olmaz ilkesinin kapsamına girmektedir⁷⁴. Kanunsuz ceza olmaz ilkesi gereğince suç işlenmesi dolayısıyla verilecek ceza ve tedbirlerle, cezaya mahkumiyetin hukuki sonuçları ve suça ilişkin yaptırımların süre ve miktarları kanunla düzenlenmelidir⁷⁵.

Ceza miktarının hakim tarafından tayini konusunda farklı sistemler bulunmaktadır. Birinci sistem, hakime ceza tayin ederken keyfiyete varacak derecede yetki veren hudutsuz serbesti sistemidir⁷⁶. Bu sisteme benzer şekilde failin tehlikeli halini dikkate alarak, hakime geniş yetkiler veren kanuni düzenlemelerin söz konusu olduğ u ö lkelerde

⁷¹ Hüsamettin Uğ ur, “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karş ısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar”, *Türkiye Barolar Birliğ i Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 91, 2010, s. 303.

⁷² Faruk Erem, Ahmet Danış man ve Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 93.

⁷³ *AİHS Madde 7- “Hiç kimse işlediğ i zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Keza hiç kimse suç işlendiğ i zaman tertibi gereken cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılmaz.”*; Osman Yaş ar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* Cilt:1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 7.

⁷⁴ Erem, Danış man ve Artuk, s. 93.

⁷⁵ Yaş ar, Gökcan ve Artuç, s. 6; Mustafa Ö zen, *Öğreti ve Uygulama Işığ ında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 83; Öztürk ve Erdem, s. 44; Değirmenci, s. 20.

⁷⁶ Burhan Köni, “Cezanın Tayininde Suçlunun Şahsiyeti”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 3, 1956, s. 52.

kanunilik ilkesi genel kabul gören anlamından uzaklaşmaktadır⁷⁷. İkinci sistem, hakime hiçbir takdir yetkisi tanımayan, adeta hakimi kanunun sözcüsü konumuna getiren dar bir kanunilik sistemidir⁷⁸. Üçüncü sistem ise kanun koyucu tarafından cezaların alt ve üst sınırlarının belirlenerek, bu aralıklar bakımından hakime cezanın şahsileştirmesini temin edecek şekilde takdir yetkisi tanıyan sistemdir⁷⁹.

Kanunumuzun genel itibariyle bu sistemlerden üçüncüsünü benimsediğini söylemek mümkündür. Çünkü kanunumuzda cezaların bireyselleştirilmesi konusunda TCK m. 61 düzenlemesi bulunmakta, bunun yanında da özel suç tiplerinde cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak alt ve üst sınırlar belirtilmiş bulunmaktadır. TCK m. 61’de cezanın bireyselleştirilmesinde hangi kriterlerin esas alınacağı ve nasıl bir yöntem uygulanacağı açık bir şekilde düzenlenmektedir. Aynı maddenin son fıkrasında ise kanunda açıkça düzenlenmemiş olmadıkça cezaların arttırılıp azaltılamayacağı ifade edilmiştir. Buna göre hakim cezaları belirlerken kanunilik ilkesinin zaruri bir sonucu olarak, kanun koyucunun cezanın arttırılmasını veya azaltılmasını emrettiği haller haricinde, cezanın miktarı üzerinde herhangi bir değişiklik yapamayacaktır⁸⁰.

II. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Genel Olarak

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi insanoğlunun tarih içindeki tecrübelerinin ve fikirlerin neticesinde ortaya çıkmıştır. İlke her ne kadar günümüzde ceza hukuku için vazgeçilmez bir nitelikte olsa da günümüzdeki anlam ve sonuçlarının ortaya çıkması 18. yy’ın sonlarında olmuştur. Bu nedenle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin tarihçesi çok yakın bir geçmişe dayanmaktadır.

Günümüzdeki anlamıyla kanunilik ilkesi ilk olarak Montesquieu tarafından ifade edilmiş olup, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin 7. ve 8. maddelerinde kendisine yer bulmuştur⁸¹. İlkeyi “*Nullum crimen sine lege*” ve “*Nulla poena sine*

⁷⁷ Danışman, Erem ve Artuk, s. 93.

⁷⁸ Köni, s. 52.

⁷⁹ Ayhan **Önder**, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 57; Köni, s. 52.

⁸⁰ Köni, s. 49.

⁸¹ Dönmezer ve Erman, s. 17; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 12; Artuk vd. s. 151.

lege” şeklinde formüle eden kişi ise *Anselmo Feuerbach*’tır⁸². Ancak ilkenin Fauerbach’tan 15 yıl önce *Immanuel Kant* tarafından kullanıldığı da ileri sürülmektedir⁸³.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin anayasal bir metin şeklinde ilk görünümü 1776 Maryland Anayasası’dır⁸⁴. 1789 Amerikan Anayasasının 1. maddesi de geriye yürüme yasağı ilkesine uygun olarak suçun işlenmesinden sonra çıkan ve geriye dönük uygulanabilen kanunların çıkarılmasını yasaklamıştır⁸⁵. Yine aynı süreç içinde 1787 Avusturya Ceza Kanunu, 1791 ve 1793 Fransız Anayasası ve 1810 Fransız Ceza Kanununda (m. 4) suçta ve cezada kanunilik ilkesi, pozitif hukukta kendisine yer bulmuştur⁸⁶.

B. Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesinin Batı Hukukundaki Tarihsel Gelişimi

V. Listz tarafından “Suçluların Magna Cartası” olarak ifade edilen ilkenin batı hukukundaki köklerinin 1215 Magna Carta Libertatum’da olduğu söylenmektedir⁸⁷. Ancak günümüzdeki anlamıyla kanunilik ilkesine ilişkin anayasal ve kanuni düzenlemeler, 18. yy. itibariyle ortaya çıkmaya başlamıştır. İlkeyi tarihsel gelişimi açısından değerlendirecek olursak; en eski dönemlerde dahi suç ve cezaları tespit eden kanunların mevcut olduğunu söyleyebiliriz. Sistematik kanuni düzenlemeler yapılması, kanunilik ilkesinin sonuçlarından belirlilik ilkesinin varlığı şeklinde değerlendirilebilecektir. Bu nedenle her ne kadar ilke, 18. yy’da ortaya çıkmış olsa da, geçmiş dönemlerde de ilkenin sonuçlarına ve ilkenin amaçlarına uygun hukuki düzenlemelere rastlanması mümkündür.

Kanunilik ilkesinin gelişimi ve yaygınlaşması açısından 18.yy büyük önem taşımaktadır. Bu dönemde meydana gelen Fransız İhtilali, siyasal sonuçlarının yanında suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kanunlarda ve anayasalarda kendine yer bulması ve

⁸² Yüksel **Ersoy**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 21; Heinrich, s. 16; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 121; Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 66; Demirbaş, s. 113.

⁸³ Sharon **Bryd** ve Joachim **Hruschka**, “Das Recht Zum Kriege und Der Rechtliche Zustand im Verhältnis der Staaten zu Ainander”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Vol: 94, No: 1, 2008 s. 960’dan naklen Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 66.

⁸⁴ Önder, s. 57; Demirbaş, s. 113; Artuk vd. s. 151.

⁸⁵ Dönmezer ve Erman, s. 20.

⁸⁶ Tahir **Taner**, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953, s. 133; Önder, s. 58.

⁸⁷ Zeki **Hafizoğulları** ve Muharrem **Özen**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 22.

lkeler arasında yaygınlaşması açısından büyük önemi haizdir. 18.yy’ın ilke için önemi nedeniyle batı hukukunda ilkenin gelişimini incelerken 18.yy öncesi ve sonrası arasında ayırım yaparak bir inceleme yapacağız.

1. 18.yy Öncesinde Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Batı Hukukundaki Tarihsel Gelişimi

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi 18. yy. itibariyle ortaya çıkmıştır. Bu nedenle 18.yy öncesi hukuki metinlerde açık bir şekilde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin varlığından söz edilemeyecektir. Ancak bu dönemde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin amaçlarıyla ve ilkenin sonuçlarıyla bağdaşan düzenlemelere rastlamak mümkündür.

Kanunilik ilkesinin ilk izlerine M.Ö 18.yy’da düzenlenen ve içinde 70’den fazla suç ve ceza içeren Hammurabi Kanunları’nda rastlandığı ifade edilmektedir⁸⁸. Hammurabi kanunlarında suç sayılan fiillerin belirtildiği, suçun ağırlığının yanında, suçlunun ve mağdurun hürriyetleri de dikkate alınarak cezaların belirlendiği görülmektedir. Bu kanun, dönemindeki kanunlara nispetle daha anlaşılır bir dille, ayrıntılı ve sistematik bir şekilde ele alınmıştır. Bu nedenle Hammurabi Kanunları kişilerin hangi fiillerinden dolayı cezalandırılacaklarını öngörebilmeleri bakımından önem taşımaktadır.

Batı hukukunun temelleri Roma Hukuku’na dayanmaktadır. Roma Hukuku’nun ilk dönemlerinde yargılamayı yapan kişi önem taşımakta, yazılı ceza kanunları bulunmamaktadır⁸⁹. Roma Hukuku’nda bilinen ilk kanunlaştırma hareketi M.Ö 5. yy’da gerçekleşen On İki Levha Kanunları’dır⁹⁰. Roma Hukuku’nda, On İki Levha Kanunları’na kadar yazılı hukuk kuralları mevcut değildi⁹¹. On İki Levha Kanunları’nın içeriğinde ceza hukukuna ilişkin hükümlerin de yer aldığı dikkate alınırsa, kanunların yazılı hale getirilmesi suç ve cezaların bireyler tarafından öğrenilme ihtimalini

⁸⁸ Aly, **Mokhtar**, “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects”, *Statute Law Review* Cilt: 26, Sayı: 1, 2005, s. 42; “Hammurabi kanunlarına göre bir kimse diğerini esir eder ve onu köle ilan eder fakat bunu kanıtlayamazsa o zaman esir eden kişi ölümle cezalandırılacaktır” Baytaz., s. 11.

⁸⁹ Halide Gökçe **Türkoğlu**, *Roma Hukukunda Suç ve Ceza*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 134.

⁹⁰ Bülent **Tahiroğlu** ve Belgin **Erdoğmuş**, *Roma Hukuku Dersleri*, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 43.

⁹¹ Sadri Maksudi **Arsal**, *Umumi Hukuk Tarihi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1948, s. 284.

arttırmaktadır. Bu kanunlar, kanunlaştırma hareketleri içerisinde önemli bir yer tutmaktadır.

On İki Levha Kanunları ceza hukuku açısından önemli hükümler barındırmaktadır. Kanunda, devlete karşı suçlar ve kişilere karşı suçlar ayrımı yapılmaktadır. Ayrıca işkencenin kaldırılması, kişiler arasında eşitliğin olduğunun, cezaların herkes için aynı olduğunun ve hiç kimsenin hüküm olmadan öldürülemeyeceğinin belirtilmesi, günümüz hukukuna paralel hükümler içermesi açısından dikkate değerdir⁹². On İki Levha Kanunları'nda başkasının arazisinde gece hayvan otlatanların asılarak öldürülmesi, başkasının ambarını kasten yakanların yakılarak cezalandırılması gibi ceza hukuku düzenlemeleri bulunmaktadır⁹³. Hiç kimsenin hakkında hüküm olmadan öldürülememesi, hükmün kanuna dayanması gerekliliği şeklinde değerlendirilebilir.

Kanunun dili basit ve ilkel olmakla beraber kesin bir ifadeye sahiptir⁹⁴. Kanuna göre kasten adam öldürmenin cezası idam olarak düzenlenmiş olup, idam mahkumuna halka başvuru hakkı verilmiştir⁹⁵. Ancak idam hükmünün infazı için halkın onayı aranmaktadır⁹⁶. İdam hükmünün infazını zorlaştırması ve yargılama yetkisinin sınırlandırılması bakımından bu hüküm önem taşımaktadır.

Roma İmparatoru Tiberius, suçların mutlaka ceza kanunlarında düzenlenmesi gerektiğini, suçların cezalarının ancak mahkeme kararlarıyla verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁷. Yine Romalı hukukçu Cicero da cezaların kanuniliği ilkesinin önemini vurgulayarak, jüri üyelerinin intikam veya kırgınlıkla değil, hakkaniyetle davranması ve kanunları uygulaması gerektiğini ifade etmiştir⁹⁸. Bununla birlikte Roma Hukuku'nda iktidarın durumuna göre değişen bir sistemin bulunması, sabit hükümlerin bulunmaması nedeniyle kanunilik ilkesinin uygulanmadığı ifade edilmektedir⁹⁹.

Kanunilik ilkesi açısından önem taşıyan hukuki metinlerden birisi Magna Carta Libertatum'dur. Magna Carta 1215 yılında İngiliz Kralı John tarafından ilan edilmiş bir fermanıdır. Bu fermanı, döneminden ayıran iki özelliği bulunmaktadır. Bu

⁹² Tahiroğlu ve Erdoğan, s. 47.

⁹³ Türkoğlu, s. 133.

⁹⁴ Tahiroğlu ve Erdoğan, s.47.

⁹⁵ Arsal, s. 288.

⁹⁶ Arsal, s. 285.

⁹⁷ Türkoğlu, s. 134.

⁹⁸ Türkoğlu, s. 134.

⁹⁹ Türkoğlu, s. 135.

özelliklerinden ilki, sadece belirli bir toplumsal sınıfın değil; krallıkta yaşayan tüm özgür kişilerin haklarının tanınmasıdır¹⁰⁰. İkinci önemli özelliği ise kralın da bu hak ve özgürlükler çerçevesinde bağlı bulunduğunu beyan etmesi nedeniyle, hukukun üstünlüğü fikrine yer vermiş olmasıdır¹⁰¹.

Kanunilik ilkesinin ilk izlerinin, Magna Carta'nın 39. maddesinde bulunduğu ileri sürülmektedir¹⁰². Söz konusu 39. madde "*Eşitlerin kanuni bir hükmü veya bir memleket kanunu olmadan hiçbir hür kişi tefkif veya hapis edilemeyecek, haklarından mahrum bırakılamayacak, kanun dışı edilemeyecek, sürülemeyecek, herhangi başka bir kötü muameleye maruz bırakılamayacaktır. Hiçbir hür kişiye zor kullanmayacağız ve başkalarının zor kullanmasını istemeyeceğiz*" şeklindedir¹⁰³. Buna göre, yöresel bir kanun bulunmadığı müddetçe, hiçbir özgür insanın cezalandırılmayacağı yönünde bir teminat verilmektedir¹⁰⁴.

Kanaatimizce 39. maddenin usuli bir güvence olarak kabul edilmesi daha isabetli olacaktır. Magna Carta kişilerin hürriyetlerinin sınırlandırılmasına ilişkin bir kararın, ancak kanunlara uygun bir muhakeme süreci neticesinde verilebileceğini garanti etmektedir¹⁰⁵. Çünkü metinden hangi kanunların suç teşkil ettiğine ilişkin ayrıntılı bir düzenlemeden ziyade, mahkeme kararı olmadan kişilerin söz konusu cezalara çarptırılmayacağı anlamı çıkmaktadır¹⁰⁶. Ancak feodal sistemin hüküm sürdüğü bir bölgede, davaların kralın arzularına göre değil de kanunlara uygun bir muhakeme süreci neticesinde karara bağlanacağını belirtmesi¹⁰⁷ ve günümüzdeki ilkelere temel olması nedeniyle Magna Carta'nın önemli bir hukuki değeri bulunmaktadır.

¹⁰⁰ Ersan İlal, "Magna Carta", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 34, Sayı: 1-4, 1968, s. 210.

¹⁰¹ İlal, s. 210.

¹⁰² Demirbaş, s. 114; Erem, Danışman ve Artuk, s. 94; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2018, s. 99.

¹⁰³ İlal, s. 220.

¹⁰⁴ İçel, s. 109.

¹⁰⁵ Baytaz, s. 14.

¹⁰⁶ Artuk, "Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi", s. 41; Alacakaptan, *İngiliz Ceza Hukukunda*, s. 3.

¹⁰⁷ İlal, s. 233.

2. 18. Yy.'dan İtibaren Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Batı Hukukundaki Tarihsel Gelişimi

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi Montesque, Beccaria gibi düşünürlerin katkılarıyla ortaya çıkmış, Fransız İhtilali sonrasında ise gerek anayasal gerekse de kanuni metinlerde kendisine yer bulmuştur. Bununla birlikte suçta ve cezada kanunilik ilkesinin asıl tarihsel kaynağı olarak 1776 tarihli Amerikan Virginia ve Maryland Anayasaları gösterilmektedir¹⁰⁸. Maryland Anayasası'nın 15. maddesinde “*ex post facto law*” yani geçmişe yürüme yasağına yer verilerek, kişilerin fiilin işlendiği zaman kanunda suç olarak düzenlenmeyen bir fiilden dolayı cezalandırılmaları yasaklanmıştır¹⁰⁹.

Avrupa kıtasında suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer veren ilk anayasal metin 1787 tarihli Avusturya Ceza Kanunu'dur (Josephina)¹¹⁰. Söz konusu kanunun 1. kısmının 1. paragrafında “*Mevcut ceza kanunu tarafından ancak kanuna aykırı olarak ilan edilen hareketler cürüm olarak sayılır ve muamele görürler*” ifadesi yer almaktadır¹¹¹.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, 1789 Fransız İhtilali neticesinde meydana getirilen 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi m. 8'de¹¹² de ifade edilmiştir. Söz konusu 8. madde “*Kanun ancak muhakkak surette ve münhasıran lüzumlu olan cezaları vazetmelidir. Suçun işlenmesinden evvel vaz ve ilan edilerek usulen tatbik olunan bir kanun hükmüne dayanmadıkça hiçbir kimse cezalandırılmaz*” şeklindedir¹¹³. Buna göre, kanunda ancak cezalandırılması zorunlu olan cezaların düzenlenmesi gerekmektedir. Aynı zamanda 8. maddedeki “*Suçun işlenmesinden evvel vaz ve ilan edilerek usulen tatbik olunan bir kanun hükmüne dayanmadıkça hiçbir kimse cezalandırılmaz.*” ifadesinden kişilerin ancak işlendiği zaman kanunda suç olarak düzenlenen fiillerinden dolayı cezalandırılabileceği anlaşılmaktadır.

Kanunilik ilkesi, daha sonra düzenlenen 3 Eylül 1791 Fransız Anayasası'nda da kendisine yer bulmuştur¹¹⁴. 24 Haziran 1793 Fransız Anayasası'nın 14. maddesinde¹¹⁵

¹⁰⁸ Demirbaş, s. 113; İçel, s. 100; Önder, s. 57.

¹⁰⁹ İçel, s. 9; Artuk, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, s. 41.

¹¹⁰ Demirbaş, s. 114; Artuk, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, s. 42; Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 67.

¹¹¹ Artuk, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, s. 42.

¹¹² Taner, s. 132.

¹¹³ Ersoy, s. 22; Taner, s. 132.

¹¹⁴ Demirbaş, s. 67.

¹¹⁵ 1794 Fransız Anayasası madde 14 “*Suçun işlenmesinden evvel neşrolunmuş bir kanunda tasrih edilmiş olmadıkça kimse muhakeme edilemez ve cezalandırılmaz. Tanzim edilmezden evvel*

ise geçmişe yürüme yasağı katı bir şekilde ifade edilerek, kanunların geçmişe yürümesinin zulüm ve cinayet olduğu sert bir şekilde belirtilmiştir¹¹⁶. İlerleyen süreçte 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun 4. maddesinde¹¹⁷ kendisine yer bulan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, birçok ülkenin anayasasında ve ceza kanunlarında düzenlenmiş ve günümüzde hukuk devletinin vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir.

1815 tarihli Hollanda Anayasası m. 89'da hükümet kararnamelerine ilişkin düzenlemede "*Cezaların yer aldığı düzenlemeler, kanuna uygun olduğu sürece hükümet kararnamelerinde yer alabilir. Uygulanacak cezalar kanun ile belirlenir*" ifadesi yer almaktadır¹¹⁸. Bu düzenleme, 1815 Hollanda Anayasası'nı, günümüzde hala yürürlükte bulunan, aynı zamanda suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer veren en eski anayasal metinlerden biri haline getirmektedir¹¹⁹.

Görüldüğü üzere suçta ve cezada kanunilik ilkesi özellikle Fransız İhtilali'nin diğer ulusları da etkilemesiyle, batı ülkelerinde yaygınlaşmış ve günümüzde küresel çapta ceza hukuku için olmazsa olmaz bir ilke haline gelmiştir. 1937 yılında gerçekleştirilen Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresinde, kanunilik ilkesi bağlamında suç sayılan fiillerin, cezalarının ve ağırlaştırıcı sebeplerinin keyfiyete yer vermeyecek şekilde düzenlenmesi, ayrıca ilkenin cezanın yanında güvenlik tedbirlerine ilişkin olarak da uygulanması yönünde kararlar alınmıştır¹²⁰.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan uluslararası metinlerde de suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin açıklamalara rastlamak mümkündür. 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 11/2 "*Hiç kimse işlendiği sırada ulusal yada uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*"¹²¹ şeklinde düzenlenirken; Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 15 ise "*Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya*

işlenmiş fiilleri cezalandıracak olan kanun zulüm ve istibdattır. Böyle bir kanunu geçmişe teşmil etmek zulüm ve cinayettir." Taner, s. 132.

¹¹⁶ Demirbaş, s. 113; Artuk, "Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi", s. 42.

¹¹⁷ **1810 Fransız Ceza Kanunu Madde 4:** "*İşlenmelerinden evvel kanun tarafından ilan edilmemiş cezalarla hiçbir kabahat, cünha, cürüm cezalandırılmaz*" Artuk, "Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi", s. 43.

¹¹⁸ Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 67.

¹¹⁹ Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 67.

¹²⁰ Baytaç, s. 19.

¹²¹ http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rights_turkce.pdf, Erişim Tarihi: 20.04.2020

*uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir fiil veya ihmalden ötürü, suçlu bulunamaz. Hiç kimseye işlendiği zaman verilebilecek cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suçun işlenmesinden sonra, bir suça daha hafif bir ceza öngören bir yasa değişikliği yapıldığı takdirde, fail yapılan bu değişiklikten yararlanır”*¹²² şeklinde düzenlenmiştir. Her iki düzenlemede de hiç kimsenin, işlendikleri sırada ulusal veya uluslararası hukuka göre suç sayılmayan fiil veya ihmalleri nedeniyle mahkum edilemeyeceği, yine hiç kimseye suçun işlendiği zaman uygulanmakta olan cezadan daha ağır bir ceza uygulanamayacağı ifade edilmiştir¹²³. Bu iki uluslararası metin de benzer şekillerde içeriğinde suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer vermiştir.

C. Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesinin Türk Hukukundaki Tarihsel Gelişimi

1. İslamiyet Öncesi Dönemde Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

İslamiyet öncesindeki Türk hukukuna ilişkin yeterli ve sağlıklı bilgilerin bulunmadığını öncelikle belirtmek gerekir¹²⁴. Ancak Çin kaynaklarına dayanan belgelerin incelenmesi neticesinde ilk dönem Türk boyları ve devletlerinde “şahsi öç” usulünün geçerli olduğu tahmin edilmektedir¹²⁵. İlerleyen süreçte ise cezalandırma yetkisinin devlete geçerek kişilerin şahsi öç alma hak ve yetkisinin ortadan kaldırıldığı görülmektedir¹²⁶.

İslamiyet öncesi Türkler’de suçlar, idam yahut uzun süreli hapis cezası sonucunu doğuran ağır suçlar ile “kün” olarak adlandırılan ve mali tazminat veya kısa süreli hapisle cezalandırılan hafif suçlardan oluşmaktadır¹²⁷. Örneğin Göktürklerde devlete isyan, hayata kast, evli kadına tecavüz gibi suçlar ağır suçlar olarak kabul edilmiş ve cezası ölüm olarak belirlenmiştir¹²⁸. Dövme, yaralama, hırsızlık gibi suçlar ise hafif suç olarak kabul edilerek maddi tazminat ile cezalandırılmıştır¹²⁹.

¹²² <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>, Erişim Tarihi: 20.04.2020

¹²³ Hasan **Dursun**, “Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Düşünsel Tarihçesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 33, 2017, s. 217.

¹²⁴ Fatih Selami **Mahmutoğlu**, *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda Yaptırımlar Rejimi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1995, s. 42.

¹²⁵ Mahmutoğlu, s. 43.

¹²⁶ Mehmet Akif **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 15.

¹²⁷ Halil **Cin** ve Gül **Akyılmaz**, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınevi, 4. Baskı, Konya, 2011, s. 31.

¹²⁸ Coskun **Üçok**, Ahmet **Mumcu** ve Gülnihal **Bozkurt**, *Türk Hukuk Tarihi*, 21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 31.

¹²⁹ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, s. 31.

Bu dönemde suçların ve cezaların şahsiliği ilkesi açısından önemli adımlar atıldığını söyleyebiliriz¹³⁰. Ancak bu dönemde cezanın bazen suçluya değil de suçlunun yakınına uygulandığına ilişkin örnekler, cezanın her alanda şahsileştirilmemiş olduğunu göstermektedir¹³¹. Örneğin, kavgada birini yaralayan veya gözünü kör eden kişi, kızını mağdurla evlendirmek zorundaydı¹³². Cezaların tam anlamda kişiselleşmemiş olması da o dönemde kızlar, oğullar ve eşlerin doğrudan doğruya ev başkanının velayeti altında olması nedeniyle, bu kişilere uygulanan cezaların ev başkanına uygulanmış kabul edilmesinden kaynaklanmaktaydı¹³³.

Sonuç olarak İslamiyet öncesi döneme ilişkin Türkler hakkındaki mevcut bilgilerle, bu dönemde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin mevcut olduğu söylenemeyecektir. Türk toplumunun yerleşik yaşam sürmemesi, bu döneme ait yazılı kaynakların azlığı gibi durumlar dikkate alındığında, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

2. İslam Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

a. İslam Hukukunun Kaynakları ve Suçlar

Türklerin Müslümanlığa geçmeleri hem Türkler hem de Müslümanlar açısından büyük önem taşımaktadır¹³⁴. Müslümanlığın kabulünden sonra Türkler ve Müslüman diğer devletler arasında karşılıklı bir etkileşim meydana gelmiştir. Bu durum hukuk alanını da doğal olarak etkilemiştir. Selçuklu, Osmanlı ve Gazneli devletleri Müslüman-Türk devletlerine örnek olarak gösterilebilir¹³⁵.

İslam ceza hukukunda kanunilik ilkesinin varlığına ilişkin değerlendirme yapabilmek için öncelikle İslam hukukunun kaynaklarına ve İslam ceza hukukundaki suç ve cezalara değineceğiz. Bu aşamadan sonra, İslam ceza hukukunda kanunilik ilkesine ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapmak mümkün olabilecektir.

¹³⁰ Cin ve Akyılmaz, s. 31.

¹³¹ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, s. 31.

¹³² Aydın, s. 15.

¹³³ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, s. 31.

¹³⁴ Aydın, s. 25.

¹³⁵ Aydın, s. 25.

“*Edille-i Şer-‘iye*” olarak adlandırılan kaynaklar İslam ceza hukukunun asli kaynaklarıdır¹³⁶. Bu kaynaklar Kur’an, icma, sünnet ve kıyas olmak üzere dört tanedir¹³⁷. Bu kaynaklar arasında kuvvetlilik ve sağlamlık ölçüleri dikkate alınarak Kur’an, sünnet, icma ve kıyas şeklinde sıralama yapılmıştır¹³⁸. Yani uyumsuzluğun çözümünde ilk kaynak olarak Kur’an’a başvurulur, çözüm bulunamazsa sırayla sünnet, icma ve kıyasa başvurulması gerekmektedir¹³⁹. Aksi takdirde ortaya çıkan hüküm İslam hukuku açısından geçersiz sayılacaktır¹⁴⁰.

İslam ceza hukukunda suçlar hadd ve ta’zir, cezalar ise kısas ve diyet olmak üzere ayrılmaktadır. Suçların çoğunluğunun hem Allah’a hem de kişiye karşı işlenmiş olduğunun kabul edilmesi nedeniyle, suçtan zarar görenin suçluyu cezalandırmak istemesi durumunda hakim cezayı vermekle yükümlüdür¹⁴¹.

İslam hukukunda hayata ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçların cezası kısas ve diyettir¹⁴². Kasten veya taksirle, öldürme yaralama gibi fiillerde kısas ve diyet cezaları uygulama alanı bulmaktadır. Kısas, hayata ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçların faillerinin de mümkünse işledikleri suçla aynı şekilde cezalandırılması anlamına gelmektedir¹⁴³. Kısas cezası mahkemece verilmiş bir hüküm bulunmadığı takdirde uygulanmadığı gibi, bu cezanın ancak suçu işleyen kişiye karşı uygulanması prensip olarak kabul edilmiştir¹⁴⁴.

Diyet cezası, kasten adam öldürme ve yaralama suçlarında mağdur veya yakınlarının kısas isteminden vazgeçmesi yahut kısasın herhangi bir sebeple uygulanamaması durumunda söz konusu olabilir¹⁴⁵. Diyet durumunda fail işlediği fiilin karşılığı olarak belirli bir meblağ ödemek zorundadır. Taksirle adam öldürme, yaralama suçlarında ise

¹³⁶ Bayram **Demir**, *İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*, Hiper Yayın, İstanbul, 2018, s. 81; Cin ve Akyılmaz, s. 51.

¹³⁷ Şenel **Sarsıkoğlu**, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer suçlarla Karşılaştırılması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.14; Cin ve Akyılmaz, s. 51; Demir, s. 82.

¹³⁸ Yaşar **Yiğit**, *İslam Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlüğü*, Sistem Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 20. Yiğit, s. 20.

¹³⁹ Yiğit, s. 20.

¹⁴⁰ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, s. 85.

¹⁴¹ Mustafa **Avcı**, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler 1*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 23.; Cin ve Akyılmaz, s. 270.

¹⁴² Üçok, Mumcu ve Bozkurt, s. 85.

¹⁴³ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, s. 86.

¹⁴⁴ Aydın, s. 201.

diyet her durumda uygulanmakta ve diyet olarak belirlenen para cezasının ödenmesi gerekmektedir¹⁴⁶.

Kur'an'da kısas ve diyet cezalarına dayanak olarak açık ifadeler bulunmaktadır¹⁴⁷. Bu bağlamda örneğin *“Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında size kısas farz kılındı. Hüre karşı hür, köleye karşı köle, kadına karşı kadın kısas edilir. Ancak öldüren kimse, kardeşi (öldürülenin vârisi, velisi) tarafından affedilirse, aklın ve dinin gereklerine uygun yol izlemek ve güzellikle diyet ödemek gerekir”*¹⁴⁸ ifadesiyle kısas ve diyete yer verilmiştir. Bu bağlamda örneğin *“Bir mü'minin bir mü'mini öldürmesi olacak şey değildir. Ancak yanlışlıkla olması başka. Kim bir mü'mini yanlışlıkla öldürürse, bir mü'min köleyi azad etmesi ve bağışlamadıkları sürece ailesine diyet ödemesi gerekir. (Öldürülen kimse) mü'min olur ve düşmanınız olan bir topluluktan bulunursa, mü'min bir köle azad etmek gerekir. Eğer sizinle kendileri arasında antlaşma bulunan bir topluluktan ise ailesine verilecek bir diyet ve mü'min bir köle azad etmek gerekir. Bunlara imkân bulamayanın, Allah tarafından tövbesinin kabulü için iki ay ard arda oruç tutması gerekir. Allah, hakkıyla bilendir, hüküm ve hikmet sahibidir.”*¹⁴⁹ düzenlemesinde ise taksirle öldürme suçunun yaptırımının diyet olduğu görülmektedir.

Hadd suçları, yaptırımı kanun koyucu tarafından belirlenmiş, kamuya karşı işlenmiş ve yaptırımın türü ve miktarı Kur'an ve hadislere dayanan suçlardır¹⁵⁰. Hadd suçları; zina, zina iftirası, içki içmek, hırsızlık, yol kesme ve yağma, dinden dönmek, siyasi suç işlemek suçlarından oluşmaktadır¹⁵¹. Hadd suçları konusunda cezaların neler olduğu genel olarak belirlidir. Örneğin hırsızlık suçunun cezası ellerin kesilmesi¹⁵², dinden dönmenin cezası ölüm¹⁵³ olarak belirlenmiştir. Yağma suçunun cezası ise ölüm, sağ el

¹⁴⁶ Aydın, s. 201.

¹⁴⁷ Abdulkadir Udeh, *Seküler Ceza Hukuku Müesseseleriyle Kıyaslamalı İslam Ceza Hukuku*, (Çev: Ali Şafak), 2. Baskı, Kayıhan Yayınevi, Ankara, 2012, s. 150.

¹⁴⁸ Bakara, 2/178.

¹⁴⁹ El- Nisa 4/92

¹⁵⁰ Avcı, s. 35.

¹⁵¹ Alpaslan Balcı, “Örfi Hukukun Mahiyeti ve Osmanlı Ceza Tatbikatı Yönünden İncelenmesi”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, Yüksek Lisans Tezi, s. 70; Sarsıkoğlu, s. 15; Udeh, s. 147.

¹⁵² El-maide 5/38.

¹⁵³ Muvatta, Akdiye 15.

ve sol ayakların çaprazvari kesilmesi veya sürgün olarak belirlenmiştir¹⁵⁴. Ayrıca hadd suçlarında hakime hiçbir takdir yetkisi tanınmamıştır¹⁵⁵.

İslam Hukukunda değinilmesi gereken bir diğer husus ise tazir gerektiren suçlardır. Ta'zir, hadd ve cinayet suçları dışında kalan, yasaklılığı Kur'an ve sünnette belirlenmekle birlikte, ceza miktarının takdir ve tayini yetkili mercie bırakılmış, kişilerin yahut kamunun menfaati için uygulanması gereken suçlardır¹⁵⁶. Ayrıca ta'zir gerektiren suçlarının kapsamı sadece Kur'an ve hadislerle sınırlı olmamakta, yetkili merciin kamu düzeninin sağlanması için yapmış olduğu hukuki düzenlemeler de bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁵⁷.

b. İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesine İlişkin Görüşler

İslam ceza hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanma etkisi suç ve ceza gruplarına göre değişmektedir¹⁵⁸. Kanunilik ilkesinin uygulanmasında hadd suçları ve kısas gerektiren suçlarda, ilke ile daha yakın bir ilişkinin olduğu, tazir gerektiren suçlarda ise kıyas yapılabildiği ifade edilmektedir¹⁵⁹.

Hadd suçları ve kısas gerektiren suçlar açısından fiillerin ayet ve hadislerde açık ve ayrıntılı bir şekilde ifade edilmiş olması, yaptırımın türü ve miktarı hususunda ayet ve hadislerde açıklık bulunması nedeniyle, kanunilik ilkesinin geçerli olduğu ifade edilmiştir¹⁶⁰. Tazir gerektiren suçlar ise hadd, kısas ve diyet gerektiren suçların aksine, ayet ve hadislerle açık bir şekilde ifade edilmemiş ve yaptırıma ilişkin olarak da kesin sınırlar konulmamıştır¹⁶¹. Ayrıca tazir gerektiren suçlarda fiilin tespitinin yöneticilerin tasarrufuna bırakılması nedeniyle suçların genişletilebilmesi, devlet başkanına af yetkisi verilmesi ve kıyasa imkan tanınması gibi özellikler dikkate alındığında, tazir gerektiren

¹⁵⁴ El-maide 5/ 33.

¹⁵⁵ Avcı, s. 36; Udeh, s. 149.

¹⁵⁶ Sami Ergin, "İslam Hukukunda Tazir Suçları", Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya, 2017 (Yüksek Lisans Tezi), s. 9; Sarsıkoğlu, s. 16; Yiğit, s. 119; Müge **Vatansever Öztürk**, "Tazir Suçları Bakımından Klasik Osmanlı Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 2, 2018, s. 198.

¹⁵⁷ Demirbaş, s. 115; Yiğit, s. 119; Avcı, s. 24.

¹⁵⁸ Udeh, s. 147.

¹⁵⁹ Avcı, s. 35.

¹⁶⁰ Sarsıkoğlu, s. 15; Avcı, s. 35.

¹⁶¹ Udeh s. 154.

suçlar için suçta ve cezada kanunilik ilkesinin tam anlamıyla uygulama alanı bulunduğunu söylemek pek mümkün görünmemektedir¹⁶².

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sınırlama fonksiyonu yani suç teşkil eden fiillerin belirlenerek, diğer fiillerin hukuka uygun olduğuna ilişkin teminata da ayetlerde rastlamak mümkündür. “Allah yasakladığı şeyleri size tek tek açıklamıştır”¹⁶³, “Yasaklananlar dışındakiler size helal kılınmıştır”¹⁶⁴ ayetleri bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bu ayetler Kur’an’da yasaklanan fiillerin açıkça belirtilmiş olduğunu göstermektedir. Buna göre kişilerin sorumlulukları, kendilerine yasaklanan fiilleri yapmalarından kaynaklanmakta olup, yasaklanmamış fiillerinden ise herhangi bir sorumlulukları bulunmamaktadır¹⁶⁵.

Kur’an’da geçmişe yürüme yasağına ilişkin ayetlere de rastlamak mümkündür. Kur’an’da “Biz (doğruyu yanlıştan ayırt etmek için) bir elçi göndermedikçe kimseyi cezalandıracak değiliz.”¹⁶⁶ ifadesine yer verilmiştir. Bu ayetten yasak fiillerin elçiler vasıtasıyla insanlara bildirildiği, elçiler tarafından yasaklanmamış fiillerden dolayı kişilerin cezalandırılmayacağı anlaşılmaktadır. Bu ayette sözü edilen cezalandırmanın sadece ahiret değil, bu dünyadaki cezalandırma da olduğu ve aksi durumun yani elçi göndermeden kişilerin cezalandırılmasının Allah’ın adaletine aykırı olduğu ağırlıklı olarak kabul görmektedir¹⁶⁷. Kur’an’ın tüm insanlığa indirilmiş bir kutsal kitap olduğu dikkate alındığında bu ayetin muhatabı bütün insanlıktır. Ayrıca “Allah geçmişte affetmiştir. Fakat kim de bu suçu tekrarlarsa, Allah ondan intikamını alır. Allah daima galiptir, intikam sahibidir.”¹⁶⁸ ayeti de İslam Hukuku’nda geçmişe yürüme yasağının delillerindendir¹⁶⁹. Ayetlerde görüldüğü üzere hiç kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilinden cezalandırılmayacağı anlamına gelen geçmişe yürüme yasağı İslam hukuku bakımından da geçerlidir.

¹⁶² Demirbaş, s. 113.

¹⁶³ En’am, 6/119

¹⁶⁴ Nisa, 4/24

¹⁶⁵ Cevat Akşit, *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, Edebiyat Fakültesi Matbaası, İstanbul, 1976, s. 68.

¹⁶⁶ El-İsra 15 nakleden Muhammed Munir, “İslam Ceza Hukuku Sisteminde Kanunilik Prensibi”, (Çev: Burak Çağ), *İslam Ceza Hukuku*, Cilt: 1, 2017, s. 671.

¹⁶⁷ Munir, s. 671.

¹⁶⁸ Maide, 5/95

¹⁶⁹ Demir, s. 88.

İslam Hukuku'nda kıyas Kur'an, sünnet ve icma'dan yorum yoluyla çıkarılmaktadır¹⁷⁰ İslam ceza hukukunda kıyas yasağı konusunda kıyasın mümkün olduğu görüşünün yanında, bu görüşe karşıt fikirler de bulunmaktadır¹⁷¹. Kıyası savunanlar bunu islamın temel kaynaklarından birisini kıyasın oluşturmaya dayandırmaktadır¹⁷². Diğer dayanaklar ise Hz. Peygamber (s.a.v) ve Hz. Ali zamanındaki bazı olaylardır. Buna göre *"Hz. Peygamber (s.a.v), Muaz b. Cebel'e, "Ne ile hükmedeceksin diye sorduğunda Muaz "Allah'ın kitabıyla, ondan bulamazsam Allah Rasulünün sünnetiyle, onda da bulamazsam, içtihat ve görüşümle" demiş, Rasulullah'ın Muaz'ın "İctihad ve görüşümle" ifadesini onaylaması kıyasın kabulü anlamına gelmektedir¹⁷³. Diğer olay ise "Sahabe, içki içenin cezası hususunda danışmalarda, istişarede bulunduklarında Hz. Ali şöyle demiştir: "İçerse sarhoş olur, sarhoş olursa akılsızca konuşur, akılsızca konuşursa iftira ede. Binaenaleyh o sarhoş kişiye iftira atanın cezasını verin" demiştir."*¹⁷⁴. Hz. Ali'nin içki içmek ile iftirayı kıyaslaması kıyasın kabulü olarak yorumlanmaktadır.

Kıyasın yasak olduğu görüşünün ilk gerekçesi, hadd ve keffaretlerde yaptırımın Allah tarafından belirlenmesi nedeniyle bu yaptırımların gerekçelerinin insan aklıyla anlaşılamayacağı, hata yapılma ihtimalinin bulunması, bu nedenle bu hükümlerde kıyas yapılamayacağı şeklindedir¹⁷⁵. İkinci gerekçe ise Kur'an'da hırsızlık için el kesme cezası konulmasına rağmen, daha ağır bir fiil kabul edilen kafirlerle İslam ve Müslümanlar aleyhine mesajlaşma için böyle bir ceza konulmamasıdır¹⁷⁶. Daha ağır görünen konularda el kesme gibi cezalara gerek duyulmaması, İslam hukukunda kıyasın mümkün olmadığı şeklinde yorumlanmaktadır¹⁷⁷. Ayrıca İslam Ceza Hukuku'nda kıyasın yanında genişletici yorumun da yasak olduğu ifade edilmiştir¹⁷⁸. Uygulamada ise ceza ve infaz açısından kıyasa başvurulduğu görülmektedir¹⁷⁹.

¹⁷⁰ Akşit, s. 29.

¹⁷¹ Cüneyt **Toraman**, "Ceza Hukukunda "Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz" Prensibinin Müslüman Toplumlarında İzdüşümü", *İslam Ceza Hukuku*, Cilt: 2, 2017, s. 145.

¹⁷² Toraman, s. 145.

¹⁷³ Udeh, s. 209.

¹⁷⁴ Udeh, s. 209.

¹⁷⁵ Akşit, s. 29; Vatansever Öztürk, s. 209; Udeh, s. 210.

¹⁷⁶ Udeh, s. 210.

¹⁷⁷ Udeh, s. 210.

¹⁷⁸ Akşit, s. 82.

¹⁷⁹ Udeh, s. 212.

Sonuç olarak İslam ceza hukukunda hadd suçları bakımından suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bulunduğu söylenebilir¹⁸⁰. Çünkü hadd suçları Kur'an'a dayanmakta ve yaptırımları kanunda tespit edilmiş bulunmaktadır. Tazir gerektiren suçlarda ise cezaların takdiri devlet adamlarına ve kadılara bırakılmıştır¹⁸¹. Ancak tazir gerektiren suçlar bakımından üst sınır hadd cezasını aşmamak şeklinde belirlenmiş olup, herhangi bir alt sınır belirlenmemiştir¹⁸². Hadd cezasını aşmamak suretiyle azami sınır belirlenmiş görünse de tazir için öngörülebilen yaptırımlara bakıldığında kınama, maddi para cezasından ölüme kadar uzanan geniş bir yelpaze karşımıza çıkmaktadır¹⁸³. Ceza hukuku bakımından devlet adamına ve hakime verilen bu geniş takdir yetkisi belirlilik ilkesiyle uyuşmamaktadır. Ayrıca tazir suçlarının tümü için kesin hüküm bulunmaması nedeniyle cezalar keyfi olarak eksiltilip arttırılabilmektedir¹⁸⁴. Bu nedenle kanaatimizce İslam Hukuku'nda tazir gerektiren suçlar bakımından suçta ve cezada kanunilik ilkesi söz konusu değildir.

3. Osmanlı Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Osmanlı ceza hukukunun kaynaklarının kanunnameler ve şer'i hukuktan oluşan ikili bir sistemden oluşmaktadır¹⁸⁵. Osmanlı ceza hukukunda Tanzimat dönemine kadar İslam ceza hukuku merkeze alınmış, bu dönemle kanun koyucu yasama yetkisini ta'zir suçlarıyla sınırlı olarak kullanmıştır¹⁸⁶. Hadd ile kısas gerektiren suçların fiil ve yaptırımları belirli olması nedeniyle kanunnamelerde, ceza hukukuna ilişkin emir ve fermanlarda bu konularda ayrıntılı düzenlemelere gidilmemiştir¹⁸⁷. Tazir gerektiren suçlar ise genellikle kadıların takdirine bırakılmayıp kanunnamelerle düzenlenmiştir¹⁸⁸.

Tanzimat'a kadar olan dönemde Fatih Sultan Mehmet, Kanuni Sultan Süleyman ve 4. Mehmet tarafından suç ve cezalara ilişkin önemli düzenlemeler yapılmıştır¹⁸⁹. Ancak bu yasalarda hangi fiillerden dolayı tazir cezalarının uygulanacağı ve cezaların hangi

¹⁸⁰ Sarsıkoğlu, s. 15.

¹⁸¹ Vatansever Öztürk, s. 198; Ergin, s. 9.

¹⁸² Ergin, s. 9; Vatansever Öztürk, s. 198.

¹⁸³ Esra Yakut, "Tanzimat Dönemine Kadar Osmanlı Hukukunda Tazir'i Gerektiren Suçlar ve Cezaları", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 2006, s. 28-29; Vatansever Öztürk, s. 203.

¹⁸⁴ Yakut, s. 26.

¹⁸⁵ Önder, s. 58; Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 98.

¹⁸⁶ Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 98.

¹⁸⁷ Yakut, s. 30.

¹⁸⁸ Vatansever Öztürk, s. 199; Avcı, s. 53; Yakut s. 35; Demir, s. 125

¹⁸⁹ Demirbaş, s. 94.

derecede uygulanacağı konusunda açıklık bulunmamaktadır¹⁹⁰. Ayrıca padişahlar “*siyaseten katl*” denilen, fermanlarla ölüm dahil her türlü cezayı verme yetkisi bulunmaktadır¹⁹¹. Devlet başkanlarının devletin ve milletin dirliği bakımından tehlikeli gördüğü kişileri öldürtmesi siyaseten katl olarak tanımlanmaktadır¹⁹². Kardeş katli uygulaması siyaseten katle örnek gösterilebilir¹⁹³. Siyaseten katl yetkisi padişaha mutlak ve keyfiyete varacak derecede geniş bir yetki vermektedir. Bu nedenle Tanzimat dönemine kadar tam anlamıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesinin varlığından söz edilemeyecektir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine temas edilen ilk metin 1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayunu yani Tanzimat Fermanı’dır¹⁹⁴. Söz konusu metinde “ *Eshabı cünhanın davaları kavanini şer’iye iktizasınca alenen berveçhi tetkik görülüp hükmolunmadıkça, hiç kimse hakkında hafî ve celi idam ve tescim muamelesi icrası caiz olmamak ve hiç kimse tarafından diğerinin ırz ve namusuna tasallut vuku bulmamak ve herkes emval ve emlakine kemali serbesti ile malik ve mutasarrıf olarak ana bir taraftan müdahale olunmamak ..*” denilmiş ve yine aynı hatta “ *her kim olursa olsun kavanini şer’iye muhalif hareket edenlerin kabahati sabitlerine göre tedibatı lakayıklarının hiç rütbeye ve hatıra ve gönüle bakılmayarak icrası zammında ceza kanunnamesi dahi tanzim ettirilmesi*” hususları ayrıca açıklanmıştır¹⁹⁵. Bu düzenlemelerle kişilerin güvenliğine ilişkin bir taahhütte bulunulmakta, ayrıca ceza kanunu yapılacağı ifade edilmektedir¹⁹⁶.

Tanzimat Fermanı’nı müteakip çıkarılan 1256 (1840) tarihli Ceza Kanunnamesi’nde suçların derecesine göre cezalar gösterilmiş, ayrıca padişah fermanı olmadıkça kimsenin kısasen yahut siyaseten idam edilememesi hususundaki hükümlere yer verilmiştir¹⁹⁷. Kanunda herkesin eşit olduğu ve keyfî uygulamalara son verileceği belirtilmiş; suçların cezaları sabit olarak belirlenmiş olup hakime takdir yetkisi bırakılmamıştır¹⁹⁸. Bir

¹⁹⁰ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 118.

¹⁹¹ Vatansever Öztürk, s. 200; Yakut, s. 35.

¹⁹² Balcı, s. 81.

¹⁹³ Balcı, s. 81.

¹⁹⁴ Dönmezer ve Erman, s. 30; Artuk, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, s. 43.

¹⁹⁵ Rabia Beyza Candan, “1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 2015, 71; Dönmezer ve Erman, s. 30.

¹⁹⁶ Candan, s. 71.

¹⁹⁷ Taner, s. 148.

¹⁹⁸ Said Nuri Akagündüz, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları”, *Abant İzzet Baysal İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 8, 2016, s. 7.

görüŖe göre, bu Kanunname suçların ve yaptırımların gösterilmesi, padiŖah fermanı olmadıkça kimsenin kısasen veya siyaseten idam edilemeyeceğinin ifade edilmesi gibi sebeplerle, zımni olarak suçların kanuniliğİ prensibine yer veren ilk kanun olarak ifade edilmektedir¹⁹⁹. Ayrıca kamu görevlilerinin işleyebileceğİ suçlar ve yaptırımları açık bir şekilde gösterilmiş, bu suçlardan başkasıyla cezalandırılmayacakları ifade edilmiştir²⁰⁰. Bu düzenleme belirli kişiler bakımından da olsa suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kabulü olarak değerlendirilmektedir²⁰¹.

1840 tarihli ceza kanunundan 11 sene sonra 1267 (1851) tarihli Kanuni Cedit adıyla yeni bir ceza kanunu çıkarılmıştır²⁰². 1267 tarihli Kanuni Cedit, 43 maddeden oluşmaktadır²⁰³. Bu kanunda 1256 Kanunnamesine eklemeler yapılmış suç ve karşılığı olarak cezalar düzenlenmiştir. Kanun 1840 tarihli Kanun’a göre daha sistematik olmak ve hakime takdir yetkisi vermekle birlikte; iki kanunname arasında köklü bir farklılık bulunmamaktadır²⁰⁴. Bazı suçlar açısından verilecek ceza ve yapılacak taziri kanun açıkça belirlememiş, bu hususları hakimlerin takdirine bırakmıştır²⁰⁵. Bu nedenle bu Kanun’da suçta ve cezada kanunilik ilkesinin varlığından söz edilemeyecektir.

1851 tarihli Kanuni Cedit’ten 7 sene sonra ise 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Humayunu çıkarılmış, bu ceza kanunu 52 sene yürürlükte kalmıştır²⁰⁶. 1274 tarihli ceza Kanunname-i Hümayunu’nun 1. maddesi ile suçta kanunilik, aynı kanunun 2,3,4, ve 5. maddeleriyle de cezada kanunilik ilkesinin kabul edildiğİ ifade edilmiştir²⁰⁷. Söz konusu 1. madde “ .. *tayin ve icrası Ŗer’an ülülemre ait olan tazirin tayini derecatını işbu kanunname mütekeffil ve mutazammındır*” şeklindedir²⁰⁸. 2-5. maddeler arasında ise suçların cinayet, cünha ve kabahat olmak üzere üçe ayrıldığİ belirtilmektedir²⁰⁹. Bu düzenleme ile tazir suçlarının kanuna dayanması gerektiğİ belirtilmiştir. Söz konusu Kanun’un 5. maddesinde ise “*Her cinayet cünha ve kabahatin tarafı-ı hükümetten*

¹⁹⁹ Taner, s. 148.

²⁰⁰ Akagündüz, s. 7; Candan, s. 68.

²⁰¹ Candan, s. 68.

²⁰² Mustafa Şentop, “Tanzimat Dönemi Kanunlaştırm Hareketleri Litaratürü”, *Türkiye Araştırmaları literatür Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 5, 2005, s. 653.

²⁰³ Akagündüz, s. 7.

²⁰⁴ Şentop, s. 653; Akagündüz, s. 8.

²⁰⁵ Taner, s. 149.

²⁰⁶ Şentop, s. 658.

²⁰⁷ Dönmezer ve Erman, s. 31; Artuk, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, s. 43.

²⁰⁸ Dönmezer ve Erman, s. 31.

²⁰⁹ Akagündüz, s. 10.

zahire ihraç olunduğu veya müddaisi zuhur ettiği zamanda mer'i olan kanun ve nizam ile tedibi icra olunup muahhar olan kanun ile mücazâtı icra olunmaz" ifadesine yer verilmiştir²¹⁰. Bu düzenleme ile geçmişe yürüme yasağına yer verilmiştir²¹¹. Suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilk yer veren düzenleme bu kanunname²¹². Ancak bu kanunnamede prensibin açık olmadığı da belirtilmiştir²¹³.

Osmanlı Devleti'nin ilk Anayasası olan 1293 (1876) Kanun-i Esasi, suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından önem taşımaktadır. 1293 (1876) Kanuni Esasi'de suçta ve cezada kanunilik ilkesi kendisine açık bir şekilde yer bulmuştur²¹⁴. Kanuni Esasinin 10. maddesinde *"Hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile mücazat olunamaz"*²¹⁵ şeklindeki düzenleme ile suçta ve cezada kanunilik ilkesi ifade edilmiştir. Ancak Kanuni Esasi'nin 113. maddesindeki padişaha istediği kişiyi sürgün etme yetkisi tanıyan düzenleme, ilkenin mutlak anlamda uygulanmasını engellemektedir²¹⁶. Padişaha sürgün yetkisi veren 113. madde 1907 tarihindeki değişiklikle kaldırılmıştır²¹⁷.

4. Türkiye Cumhuriyeti Döneminde Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

1921 Anayasası 20 Ocak 1921 tarihinde kabul edilmiş olup suçta ve cezada kanunilik ilkesine vermemiştir. Bununla birlikte 10. maddede Kanuni Esasi'nin 1921 Anayasasıyla çelişmeyen hükümlerinin yürürlükte olduğu belirtilmiştir²¹⁸. Bu nedenle 1876 Kanuni Esasi için belirtmiş olduğumuz hususlar 1921 Anayasası içinde geçerlidir.

1924 Anayasasında²¹⁹ suçta ve cezada kanunilik ilkesini açıkça belirten bir hüküm bulunmamaktadır²²⁰. 1924 AY m. 68'deki *"Hukuku tabiiyeden olan hürriyetin herkes için hududu, başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun mahiyetiyle takdir edilir"*, 1924 AY m. 72'deki *"Kanunda yazılı hal ve şekillerden başka türlü kimse*

²¹⁰ Avcı, s. 66.

²¹¹ Avcı, s. 66.

²¹² Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 54.

²¹³ Önder, s. 58; Taner, s. 133.

²¹⁴ Turinay, s. 216; Taner, s. 132; Artuk, "Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi", s. 43.

²¹⁵ Önder, s. 58; Turinay, s. 216; Taner, s. 132.

²¹⁶ Baytaç, s. 22.

²¹⁷ Baytaç, s. 22.

²¹⁸ **1921 Anayasası Madde 10** *"Kânûn-i Esâsî'nin bu maddelere aykırı düşmeyen hükümleri eskisi gibi yürürlükte."*

²¹⁹ 1924 Anayasası TBMM tarafından 20.04.1924 tarihinde kabul edilmiş ve 24.04.1924 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²²⁰ Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 72.

yakalanamaz ve tutulamaz”²²¹ şeklindeki düzenlemelerin, kişi özgürlüklerinin sınırlandırılmasını ifade etmeleri nedeniyle, suçta ve cezada kanunilik ilkesini de kapsadığı, ilkeyi anayasal bir prensip halinde getirdiği yönünde görüşler bulunmaktadır²²².

Kanaatimizce bu düşünce isabetli değildir. Söz konusu 72. maddede yakalama ve tutulma kelimelerine yer verilmiştir. Benzer bir düzenleme yasama dokunulmazlığına ilişkin 1982 AY m. 83’de “*Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz.*” ifadeleriyle yer almaktadır. Yasama dokunulmazlığına ilişkin bu ifadeler dokunulmazlık süresince, milletvekilleri hakkında söz konusu maddedeki muhakeme işlemlerinin yapılmasını engellemektedir. 1924 AY m. 72 de benzer şekilde, kanunda düzenleme olmadığı müddetçe, kişilerin yakalanamayacağı ve tutulamayacağı yönünde bir güvence sağlamaktadır. Bu nedenle bu düzenlemenin suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin olmaktan ziyade, usuli bir güvence olduğu kanaatindeyiz. Yine 1924 AY m. 68’deki ifadeden de kişi hürriyetinin ancak kanun ile sınırlanabileceği ifade edilse de suçta ve cezada kanunilik ilkesinin anlamından uzaktır. Çünkü geçmişe yürüme yasağı, kıyas yasağı gibi suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin temel ilkelere yer verilmemiştir. Bu temel ilkelerden yoksun bir düzenlemenin kişiye güvence sağlama konusunda herhangi bir anlamı bulunmamaktadır.

1.03.1926 kabul tarihli 765 sayılı Türk Ceza Kanunu²²³,nun 1. maddesi “*Kanunun sarahaten cezalandırmadığı fiil için kimseye ceza verilemez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılamaz*” şeklinde düzenlenmiştir²²⁴. Söz konusu kanunun 2. maddesi ise “*İşlendiği zamanın kanununa göre cürüm veya kabahat sayılmayan fiilden dolayı kimseye ceza verilemez. İşlendikten sonra yapılan kanuna göre cürüm veya kabahat sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılamaz. Eğer böyle bir ceza hüküm olunmuşsa icrası ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar*” ifadesine yer vermiştir. Bu iki düzenlemeyle suçta ve cezada kanunilik ilkesine 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda açık bir şekilde yer verilmiştir.

²²¹ Taner, s. 133.

²²² Önder, s. 58; Dönmezer ve Erman, s. 31.

²²³ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu TBMM tarafından 01.03.1926 tarihinde kabul edilmiş ve 13.03.1926 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

²²⁴ Baytaç, s. 23.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmesine karşılık, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin anayasal bir ilke haline gelmesi 1961 Anayasası²²⁵ ile olmuştur. 1961 AY m. 33 şu şekildedir, *“Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur. Kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”*. Bu düzenlemeyle birlikte suçta ve cezada kanunilik ilkesi hem Anayasa ile hem de Türk Ceza Kanunu ile güvence altına alınmış olmaktadır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi 1982 Anayasasının 38. maddesinde de 1961 Anayasasındaki düzenlemeye benzer bir şekilde kaleme alınmıştır. Söz konusu düzenleme *“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz. Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”* şeklindedir. 1982 Anayasasıyla 1961 Anayasası arasında suçta ve cezada kanunilik ilkesinin düzenlenişi bakımından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

26.09.2004 kabul tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme *“(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”* şeklindedir. 1982 Anayasası'ndan farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağına da yer verilmiştir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin Türkiye Cumhuriyeti dönemindeki gelişimini değerlendirecek olursak, 1926 tarihinden itibaren ilke kendisine mevzuatta yer

²²⁵ 1961 Anayasası TBMM tarafından 09.07.1961 tarihinde kabul edilmiş ve 20.07.1961 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

bulmuştur. İlke 1961 Anayasasıyla birlikte Anayasal güvence altına alınmış, bu durum 1982 Anayasası döneminde de korunmuştur. Nihayetinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer verilerek, ilkenin hukukumuzdaki yeri sağlamlaştırılmıştır.

III. İLKENİN LEHİNDE VE ALEYHİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

A. İlkenin Lehinde İleri Sürülen Görüşler

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin lehinde ileri sürülen görüşlerin ilki birey için sağladığı güvence fonksiyonudur. Birey bakımından kanunda suç olarak düzenlenmemiş herhangi bir fiilden dolayı kamu davası açılması imkanı ve yargıca failin tahmin edemeyeceği bir cezaya hükmetme yetkisi tanınırsa kişi özgürlüğü tehlikeye girer²²⁶. Çünkü işlediği fiilin suç olup olmadığı ve cezayı gerektirip gerektirmediğini öngöremeyen birey, hareketlerinde özgür olamaz. Beccaria kanunlara dayanmadan kişilerin cezalandırılmasını zorbalık olarak tanımlamıştır²²⁷.

Kanunilik ilkesi sayesinde birey, hangi fiillerinin suç teşkil edebileceğini, işlemiş olduğu suç nedeniyle hangi cezaya çarptırılacağını önceden bileceği için hareketlerini yönlendirme konusunda serbest hareket edebilir. Kuralı ilk olarak ortaya atan Montesquieu da devletin gücü ile bireyin özgürlüğü arasındaki sınırın ancak kanun tarafından çizilebileceğini, bu nedenle kıyas ve yorumun yasak olması gerektiğini ifade etmiştir²²⁸. Bu görüşü geliştiren Beccaria da yargıcın yorum yapma yetkisine sahip olmadığını, yargıcın görevinin sadece kanuna aykırı fiilin işlenip işlenmediğinin tespitinden ibaret olduğunu, şayet yargıca yorum yetkisi tanınırsa cezalandırmanın hakimnin değer yargılarına göre değişebileceğini ifade etmiştir²²⁹. Beccaria yorum yapma yetkisinin ancak iradeleri temsil eden kanun koyucu tarafından yapılabilmesini belirtmektedir²³⁰.

Ceza normlarının doğru bir şekilde uygulanabilmesi için yorum yapılması bir nevi zorunluluktur. Çünkü kanun hükmü ne kadar açık olursa olsun, soyut nitelikte bulunan

²²⁶ Artuk vd. s. 149.

²²⁷ Cesare **Beccaria**, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Çev, Sami Selçuk), İmge kitabevi, Ankara, 2018, s. 39.

²²⁸ Erem, Danışman ve Artuk, s. 94.

²²⁹ Beccaria, s. 35.

²³⁰ Beccaria, s. 36.

hükümlerin somutlaştırılması ancak yorum yoluyla mümkündür²³¹. Bu itibarla kanun koyucunun somutlaştırmaya elverişli ifadeler kullanması gerekmektedir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ortaya çıktığı dönemde yönelim, ilkenin katı bir şekilde uygulanması şeklindedir. Buna göre, kanun koyucu olmaması nedeniyle, hakimin kanunları yorumlama ve kıyas yapma yetkisi yoktur²³². Ancak belirtmek gerekir ki hakimin yorum yapma yetkisine sahip olmadığı bir yargılamanın ne kadar adil olacağı tartışmaya açıktır. Çünkü hakim yargılama yaparken kanunu yorumlamak zorundadır. TCK m. 3/2 “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinde kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler kıyasa yol açacak şekilde yorumlanamaz*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere günümüzde, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak kıyas yasağı hala mevcutken, hakimin kıyasa yol açmayacak şekilde yorum yapmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır²³³.

İlkenin gerekçelerinden bir diğeri ise ceza hukukunun amaçladığı genel önleme fonksiyonunu sağlamasıdır²³⁴. Failin cezalandırılması şayet diğer insanların suç işlemesini önleyecekse, insanların neden cezalandırıldıklarını bilmeleri gerekir²³⁵. Kanunda açıkça suç ve cezaların yer alması, yargıcın keyfi bir şekilde cezalandırma yetkisine sahip olduğu bir sisteme göre, kişileri konusu suç teşkil eden fiili işleme noktasında daha fazla düşünmeye sevk edecektir²³⁶.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince kanunda suç olarak düzenlenmemiş fiillerden dolayı kişiler cezalandırılmayacağı gibi kanunda düzenlenenden daha ağır bir cezaya da hükmedilemeyecektir²³⁷. Bu durumda kişiler hangi fiillerinden dolayı cezalandırılacaklarını öngörebilecek, aynı zamanda kanunda düzenlenmemiş fiillerden dolayı cezalandırılmayacakları yönünde bir güvenceye kavuşacaklardır.

²³¹ Ünver, Hukuksal Değer, s. 848.

²³² Beccaria, s. 35.

²³³ *Ceza hukukunda genişletici yorum yapılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Kıyasa yol açacak yorum ifadesiyle anlatılmak istenen ise genişletici yorum adı altında kıyas yapılmasıdır.* Koca ve Üzülmüş, s. 66.

²³⁴ Haydar **Metiner** ve Ahsen **Koç**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri: I. Cilt, y.y., Ankara, 2008, s. 15.

²³⁵ Heinrich, s. 16.

²³⁶ Önder, s. 58; Artuk vd., s. 149.

²³⁷ Artuk vd., s. 150; Özbek vd., s. 65.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin genel önleme fonksiyonunu yerine getireceği görüşü Feuerbach tarafından ileri sürülmüştür²³⁸. Feuerbach, ilkenin genel önleme amacını yerine getirmesinin ancak suçların ve cezaların birey tarafından açık bir şekilde bilinmesiyle mümkün olduğunu belirtmiştir²³⁹. Bu nedenle kanunlar herkes tarafından anlaşılabilir şekilde belirli olmalı, kıyas, suç ve cezanın belirlenebilmesini engellemesi nedeniyle yasak olmalı, ayrıca örf ve adet hukukuna dayanılarak bireye herhangi bir ceza verilmemelidir²⁴⁰.

Suç ve karşılığında verilecek olan ceza arasında orantı bulunması gerektiğini belirten klasik okul taraftarlarına göre; suçta ve cezada kanunilik ilkesi bireye özgürlüğünü ve cezalandırma gücünün kanundan gelmesini sağlamaktadır²⁴¹. Ayrıca kefarete esasına dayanan bir adaletin sağlanabilmesi için de ilkenin varlığı zorunlu bulunmaktadır²⁴².

Sonuç olarak ilkenin lehinde ileri sürülen görüşler, ilkenin bireye sağladığı güvence fonksiyonu ile cezanın genel önleme amacının sağlanması bakımından suçta ve cezada kanunilik ilkesinin varlığının bir anlamda zaruret olduğu noktasında toplanmaktadır. İlke, suç ve cezalarla koyduğu sınırlarla hem bireyin hareket alanını belirsizliğe yer bırakmayacak şekilde belirlemekte hem de bireylerin hangi fiillerinin suç oluşturduğunu bilmeleri sayesinde genel önleme fonksiyonunu yerine getirmektedir.

B. İlkenin Aleyhinde İleri Sürülen Görüşler

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilk eleştiri ilkenin genel önleme amacını gerçekleştiremeyeceğine yönelik olmuştur. Pozitivist okul mensupları, ilkeyi hukuki bir kural olarak kabul etmemekte, suçlunun suç işlemeyi önce neticeleri hesaplayan normal bir insan olmadığını, suçun özgür iradeyle gerçekleştirilmediğini, bu nedenle ilkenin genel önleme amacını gerçekleştirme noktasında etkili olmadığını ifade etmektedirler²⁴³. Bu durumda da ilkenin sadece özel önleme amacının mevcut olabileceğini ve amacın toplumu korumak olduğunu belirtmişlerdir²⁴⁴.

²³⁸ Heinrich, s. 16.

²³⁹ Erem, Danışman ve Artuk, s. 95.

²⁴⁰ Metiner ve Koç, s. 12; Erem, Danışman ve Artuk, s. 95.

²⁴¹ Erem, Danışman ve Artuk, s. 95.

²⁴² Erem, Danışman ve Artuk, s. 95.

²⁴³ Önder, s. 59; Erem, Danışman ve Artuk, s. 96; Artuk vd, s. 155.

²⁴⁴ Artuk, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, s. 46.

İlke aleyhine ileri sürülen ikinci eleştiri ceza hukukunun amacının sadece genel önleme fonksiyonu olduğu, ceza hukukunun bireyi korumak gibi bir amacının olmadığı şeklindedir. Aşırı pozitivist yazarlar ceza hukukunun tek amacının toplumsal koruma olduğunu, zaten toplum için tehlike teşkil eden bireye güvenceler verilmesine gerek olmadığını belirtmişlerdir²⁴⁵.

İlkeye yönelik üçüncü eleştiri kanun koyucunun kanunu düzenlerken; toplumun düzen ve intizamını bozabilecek, ahlaken kötülük oluşturan fiillerin hepsini önceden tahmin edemeyeceği şeklindedir²⁴⁶. Böyle bir durumda failin, topluma zarar verecek nitelikteki fiilinin kanunda suç olarak düzenlenmemiş olması ve herhangi bir ceza öngörülmemiş olması nedeniyle faile herhangi bir ceza verilemeyecektir²⁴⁷.

İlkeye yönelik bir diğer eleştiri, ceza kanunlarının suçu tamamıyla açık ve belirli bir şekilde tanımlamadığı; belirsiz ölçütler kullandığı veya aksi şekilde ilkenin sonucu olarak yapılan dar tanımların suçla mücadeleyi etkisiz hale getirdiği şeklindedir²⁴⁸. Kanunların belirsiz ölçütler kullandığı eleştirisi dikkate alındığında, kanun koyucu düzenlemiş olduğu suçun uygulama alanını geniş tutabilmek için muğlak kavramlar kullanabilmektedir. Bu durum umumilik sistemi olarak adlandırılmaktadır²⁴⁹. Böyle bir durumda ise belirlilik ilkesinden taviz verilmiş olmakta ve kanun hükmünün uygulanması ve kanun hükmünün yorumu zorlaşabilmektedir.

Kanun koyucu kanunu yaparken belirli sistemler takip etmektedir. Birinci sistem suçların kazuistik bir şekilde ayrıntılı olarak düzenlemesidir. İkinci sistem emsal gösterme yöntemidir ki bu durumda kanunda “gibi” ifadesi kullanılarak hakime geniş takdir yetkisi tanınmaktadır²⁵⁰. Üçüncü sistem olan umumilik sistemi ise suçun uygulama alanının geniş tutulabilmesi için muğlak kavramlar kullanılmasıdır²⁵¹. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin etkili olabilmesi için kazuistik bir düzenlemeden ziyade anti-sosyal karakterli fiilleri kapsamına alan bir düzenlemenin kabulü isabetli olacaktır.

²⁴⁵ Önder, s. 59; Erem, Danışman ve Artuk, s. 96.

²⁴⁶ Öztekin **Tosun**, "Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 27, Sayı: 1-4, 1962, s. 54; Soyaslan, s. 243; Taner, s. 139; Önder, s. 59.

²⁴⁷ Artuk vd., s. 155.

²⁴⁸ Artuk, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, s. 46.

²⁴⁹ Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhinde Cereyan”, s. 55.

²⁵⁰ Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhinde Cereyan”, s. 54.

²⁵¹ Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhinde Cereyan”, s. 55.

Çünkü kazuistik bir düzenleme, bazı fiillerin cezasız kalması sonucunu doğurabilecektir.

İlkeye yönelik dördüncü eleştiri, ilkenin sadece biçimsel adaleti sağlayacağı, kişilerin kanunu dolanarak ceza almayacakları şeklindedir²⁵². Nitekim kanunda düzenlenmiş suçlara tamamen uymamakla birlikte; etkileri ve faildeki ahlaki kötülüğü ifade etmesi bakımından, suçtan farkı bulunmayan fiiller de bulunmaktadır²⁵³. Başka bir ifadeyle ahlaki olarak toplum değerlerine ters düşen, cezalandırılması gerektiği düşünülen fiiller suçta ve cezada kanunilik ilkesi nedeniyle cezasız kalabilecektir. 765 sayılı kanun döneminde telefon hattından haksız yararlanma fiiline ilişkin tartışma bu duruma örnek olarak gösterilebilir²⁵⁴. 765 sayılı kanun döneminde elektriğin taşınır mal olmaması ve bu fiile karşılık gelen herhangi bir suç tipi bulunmaması nedeniyle Yargıtay kıyas yaparak telefon hattından karşılıksız yararlanması nedeniyle faili cezalandırmıştır. Ancak kıyasın yasak olması nedeniyle failin cezalandırılmaması gerekirdi. Bunun gibi kanunda suç olarak tanımlanmamış fiilleri işleyenler cezasız kalabilmektedir. Yargıtay'ın bu fiili cezalandırma sebebi toplum değerlerine aykırı olması ve fiilin cezalandırılması gerektiği düşüncesidir.

Ceza hukukunun amaçlarından birisi suçlunun tehlikeli halinin ortadan kaldırılarak ıslah edilmesi ve suçlunun yeniden topluma kazandırılmasıdır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince de suçlular hakim tarafından, kanun çerçevesinde haklarında hükmedilen cezayı çekmekte ve cezasının tamamlanmasını müteakip toplumun arasına yeniden katılmaktadır. Ancak suç işlememiş olmasına rağmen; toplum için tehlikeli hal gösteren ve haklarında emniyet tedbirlerine hükmedilmesi gereken kişiler olduğu gibi, suç işlemiş olmaları nedeniyle kendileri hakkında uygulanan cezaları çekmelerine rağmen, toplum için oluşturdukları tehlikenin ortadan kalkmadığı kişiler de mevcuttur²⁵⁵. Bir görüşe göre, bu kişiler hakkında hükmolunan ceza veya tedbirin süresi

²⁵² Zafer, *Genel Hükümler*, s. 62.

²⁵³ Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 243; Artuk vd., s. 155.

²⁵⁴ “Ceza Genel Kurulu’na intikal eden diğer bir olayda ise sanıkların kendi evlerinde kurdukları özel telefon santralleri ile Tarabya santrallerini kullanarak kaçak milletlerarası konuşmalar yapılmasını sağlamaları söz konusu edilmiştir. Bu olayların Türk toplumunun değer yargılarına tamamen ters düştüğü, ahlaka ve hukuka aykırı sonuçlar doğurduğu tartışmasızdır. Türk Ceza Kanununun 491. maddesinin ilk fıkrasındaki unsurlar genişletici yoruma tabi tutulduğunda yukarıda özetlenen eylemleri kapsamına aldığı kabulü gerekli görülmüştür. Zira yorumda toplumun değer yargıları ve teknolojinin gerisinde kalınmaz.” **YİBGK T. 06.04.1990, E. 1989/2, K. 1990/3**, <http://www.kazanci.com/> Erişim Tarihi: 05.02.2020

²⁵⁵ Artuk vd., s. 155.

belirli olmamalı, bu kişiler tehlikelilik halleri ortadan kalkıncaya kadar cezalandırılmalıdır²⁵⁶.

Bir diğer eleştiri ise suçta ve cezada kanunilik ilkesinin hakime tanımış olduğu yetkiler noktasındadır. İlkeye göre; daha önce de belirttiğimiz üzere kıyas yasaktır. Özellikle ilkenin ortaya çıktığı ve yayılmaya başladığı dönemlerde, hakimin kanunu yorumlama yetkisinin dahi olmadığı şeklinde görüşler ileri sürülmüştür²⁵⁷. Bu durum da ilkenin eleştirilen noktalarındandır. Eleştiriye göre, hakim kanunun tarafsız bir savunucusu olmaktan çıkmalı, fiili mücadeleye katılmalı, toplumun düşüncelerinin, istek ve kininin sadık bir yansıtıcısı olmalıdır²⁵⁸. Hakimin toplumun savunucusu olması için geniş yetkilere sahip olması gerekir. Bu nedenle hakimin yetkilerini sınırlayan kıyas yasağı kaldırılmalı ve hakim kanun boşluklarını doldurma yetkisine sahip olmalıdır²⁵⁹.

İlkenin 1789 Fransız İhtilali döneminde önem arz ettiği, günümüz için ise işlevini tamamlamış olduğu da savunulan görüşler arasındadır²⁶⁰. Buna göre, Fransız İhtilali öncesindeki keyfi cezalandırmalara son vermek amacıyla hakimlerin suç yaratamayacakları, sadece kanunu uygulayacakları kabul edilmiştir²⁶¹. Ancak daha sonraki süreçte hakimlere cezanın alt ve üst sınırları hakkında takdir yetkisi tanınması, kanuni metinlerde hakimin takdir yetkisini genişleten ifadelerle yer verilmesi gibi durumlar, suçta ve cezada kanunilik ilkesini işlevsiz hale getirmiştir²⁶².

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine bir diğer itiraz yönetmelik, kararname gibi düzenleyici işlemlerle yürütme organlarına suç ve ceza yaratmasına yönelik yetkiler verilmesinin, kanunilik ilkesinin etkili bir şekilde uygulanmasını zorlaştırdığı ve ilkeden ayrılmayı zorunlu kıldığı şeklindedir²⁶³. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza düzenlenemeyecektir. Çünkü idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza düzenleyebilmesi, suç ihdas etme yetkisinin kanun koyucudan idareye devredilmesi anlamına gelmektedir. Bu durum da suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza

²⁵⁶ Artuk, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, s. 42.

²⁵⁷ Beccaria, s. 35.

²⁵⁸ Önder, s. 59; Dönmezer ve Erman, s. 27; Erem, Danışman ve Artuk, s. 97.

²⁵⁹ Erem, Danışman ve Artuk, s. 97.

²⁶⁰ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 62; Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhinde Cereyan”, s. 53.

²⁶¹ Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhinde Cereyan”, s. 53.

²⁶² Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhinde Cereyan”, s. 54.

²⁶³ Dönmezer ve Erman, s. 27.

yaratabilmesi, kanunilik ilkesi gereğince yasaktır; ancak beyaz hüküm²⁶⁴ olarak adlandırılan durum tartışmalıdır. Bu konu idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağı bölümünde ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

İlkeye yönelik olarak belirtebileceğimiz son eleştiri ise ilkenin özgürlük ile ilişkisinin mutlak olmadığı²⁶⁵ ve kıyas yasağının kişisel hak ve özgürlüklerle ilişkisinin olmadığı şeklindedir²⁶⁶. Bu duruma örnek olarak ise suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin herhangi bir kanun hükmü bulunmamasına rağmen, İngiltere'nin özgür bir ülke olduğu noktasında tereddüt bulunmaması gösterilmektedir²⁶⁷. İngiltere'de mahkemelerin neredeyse ahlak zabıtası görevi görmekte ve gerektiği takdirde yeni suçlar oluşturma yetkisine de sahip olduğu ifade edilmiştir²⁶⁸. Bunun aksine mahkemelerin yeni suç ve ceza ihdas etme yetkisinin bulunmadığı da ifade edilmektedir²⁶⁹. Ancak belirtmek gerekir ki İngiltere her ne kadar özgür bir ülke olarak ön plana çıksa da kanunların belirsizliği, hakimin geniş yetkiye sahip olması gibi hususlar kendi içinde de tartışmalıdır²⁷⁰. Yine İngiltere'ye benzer şekilde temel hak ve özgürlükler konusunda ileri olmasına rağmen; hakimin kıyas yapmasına izin veren Danimarka gibi ülkeler de bulunmaktadır²⁷¹.

Hak ve özgürlükler ile kanunilik ilkesi ilişkisine İngiltere'nin aksi yönünde örnekler vermek de mümkündür. Başka bir ifadeyle suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer vermesine rağmen, hak ve özgürlükler bakımından gelişmemiş örnekler de mevcuttur. Örneğin Sovyetler birliğinde 1959 yılından itibaren suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer verse de²⁷² temel hak ve özgürlükler konusunda gelişmiş olduğunu söylemek mümkün değildir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesini reddeden yazarların vardığı sonuç;

²⁶⁴ “Kanun koyucunun, idarenin yapacağı işlemle suçu belirlemesine, yani idarenin yasayı doldurmasına izin vererek, yaptırımı kendisinin belirlemesi beyaz hüküm olarak adlandırılmaktadır.” Bkz. Artuk vd., s. 157.

²⁶⁵ Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhinde Cereyan”, s. 52.

²⁶⁶ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 62; Dönmezer ve Erman, s. 27.

²⁶⁷ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 62.

²⁶⁸ Roderick **Munday**, “İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi” (Çev: Zeynel T. Kangal), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 61, Sayı: 1-2, 2003, s. 443.

²⁶⁹ David Ormerod, Smith And Hogan's Criminal Law, 13. Edition, Oxford University Press, New York, 2011, s. 17.

²⁷⁰ Munday, s. 448.

²⁷¹ Dönmezer ve Erman, s. 26.

²⁷² Öztekin **Tosun**, “Suçların Kanuniliği Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 30, Sayı: 1-2, 1964, s. 21.

suçta ve cezada kanunilik ilkesinin tamamen kaldırılması yahut kıyasın kabul edilerek hakimın kanun boşluklarını doldurmasına izin verilmesi şeklindedir²⁷³.

C. Görüşümüz

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine yönelik eleştirilerin kısmen haklılık payları bulunmakla birlikte, ilkenin ortadan kaldırılması, kıyasa izin verilmesi ve ilkenin sonuçlarının ortadan kaldırılması durumunda, ilkenin mevcut olduğu duruma göre daha olumsuz sonuçlar ortaya çıkacaktır. İlkeye yer verilmez ise kişiler hakimlerin keyfi iradesiyle cezalandırılabilir. Kişilerin kanunda düzenlenmemiş fiillerinden dolayı yahut normlar hiyerarşisinde kanundan daha alt seviyede yer alan tüzük yönetmelik gibi idarenin düzenleyici işlemleriyle cezalandırılması söz konusu olacaktır. Yine kıyas yasağının olmaması durumunda, hakimler kıyas yoluyla kanunda suç olarak düzenlenmemiş bir fiilden dolayı kişileri cezalandırabilir. Böyle bir durumda ise hukuki güvenlik ortadan kalkacak, adalete olan güven azalacak dolayısıyla da toplum düzeni bozulacaktır.

Suçlunun, özgür iradeyle hareket yeteneğine sahip olmaması nedeniyle, ilkenin genel önleme amacını gerçekleştiremeyeceği ileri sürülmüştür. Bu eleştirinin temelinde pozitivist okulun suçluyu merkeze alan, hatta kişileri doğuştan suçlu kabul eden anlayışı bulunmaktadır²⁷⁴. Ancak suç işleyen kişilerin özellikleri değişiklik göstermektedir. Herhangi bir hukuka aykırı fiili olmamasına rağmen, bireyi peşinen suçlu kabul eden bu görüş isabetli değildir. İstisnai durumlar haricinde insanlar özgür iradeleriyle hareket etmekte ve hukuka aykırı fiillerinden dolayı da sorumlulukları bulunmaktadır. Örneğin kleptomani hastası kişinin basit hırsızlık suçu bakımından iradesinin bulunmadığı kabul edilse de, yaralama suçunu işlemesi durumunda irade yeteneğinin bulunmadığından bahsedilemeyecektir²⁷⁵. Kişinin bu hastalığı nedeniyle genel önleme amacı öne sürülerek, hürriyetinin uzun süre sınırlanması adil kabul edilemez.

TCK'nın 1. maddesinde ceza kanununun amacı “..kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir” şeklinde belirtilmiştir. Ceza kanunları suç

²⁷³ Taner, s. 140.

²⁷⁴ Taner, s. 38.

²⁷⁵ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 325.

işlenmesini önlemek için bazı hukuki değerleri suç olarak tanımlayarak koruma altına alır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince de bireyler ancak kanunda suç olarak tanımlanmış fiillerden dolayı cezai olarak sorumlu tutulabilecek, hukuka uygun hareketlerinden dolayı cezalandırılmayacaktır. İlke sayesinde bireyler, hangi fiillerden dolayı cezalandırılacaklarını bilecekleri için; bu fiilleri yapmaktan kaçınacak, böylece de genel önleme fonksiyonu gerçekleşmiş olacaktır.

Ceza hukukunun tek amacının genel önleme olduğu, bireylere güvenceler verilmesine gerek olmadığı görüşü de isabetli değildir. Çünkü bireyler toplumu oluşturmaktadır. Hangi fiillerinin suç oluşturacağını bilmeyen bireylerden serbest hareket etmeleri beklenemez. Bu durumda bireylerin hak ve özgürlükleri kısıtlanmış olacaktır ki, dolaylı yoldan toplum da bundan zarar görecektir.

Tehlikeli kişilerin suç işlemelerinden önce cezalandırılması düşüncesi, tehlikelilik halinin ölçütünün ne olduğu ve bu tehlikelilik halini kimin belirleyeceği sorununu ortaya çıkarmaktadır²⁷⁶. Tehlikelilik halinin belirlenmesi yetkisi hakim veya idareye verilirse keyfilik ortaya çıkarken, kanun koyucuya bu yetkinin verilmesi ise tehlikelilik halinin açık ve net şekilde belirlenmesi zorunluluğunu getireceği için kanunilik ilkesi anlamını kaybedecektir²⁷⁷. Bu nedenle kanunilik ilkesi muhafaza edilmelidir.

Suçların ve cezaların düzenlenmesi, egemenliği temsil eden kanun koyucu tarafından, yılların getirdiği tecrübelerden faydalanılarak ve fiillerin zarar verici niteliklerine göre yapılmalıdır²⁷⁸. Kanun koyucu bu doğrultuda ağır derecede ve önemli zararlar veren fiilleri öncelikle cezalandırır, bu fiillerin haricinde kalan fiiller ise zarar verici niteliğe sahip olup olmadığı bile şüpheli olan fiillerdir²⁷⁹. Bu durumda cezalandırılması gerektiği düşünülen fiillerin kanunda suç olarak düzenlenmemiş olma ihtimali düşüktür. Şayet böyle bir durumun varlığında derhal bir kanun yapılarak o fiiller suç olarak düzenlenerek, kanunun yapılmasından sonra işlenen fiiller cezalandırılır²⁸⁰. Nitekim fiilin cezalandırılması gerektiği mutlaksa milletin iradesini temsil eden meclisin de bu konuda uzlaşması gerekmektedir. Aynı zamanda günümüz şartlarında teknolojinin de etkisiyle meclis hızlı bir şekilde kanun çıkarabilecektir.

²⁷⁶ Artuk vd., s. 156.

²⁷⁷ Artuk vd., s. 157.

²⁷⁸ Dönmezer ve Erman, s. 27.

²⁷⁹ Dönmezer ve Erman, s. 27.

²⁸⁰ Taner, s. 142.

Kanun koyucunun suçları düzenleme şeklinden dolayı, bireyin ahlaken cezalandırılması gereken hareketinin, kanuni tipe uymaması nedeniyle cezasız kalacağı eleştiri olarak yöneltmiştir. Ancak bireyin fiilleri kanuni tipin dışında kalıyorsa, bu durumda kanun koyucunun bu fiili cezalandırmaya layık görmediği sonucunu çıkartabiliriz. Ayrıca suç teşkil eden fiillerin belirli olduğu bir toplumda, ahlaka aykırı hareket eden bazı kişilerin fiillerinin cezasız kalması; suç teşkil eden fiillerin belirsiz olduğu, insanların özgür hareket edemediği bir topluma göre daha olumlu bir durum ortaya çıkaracaktır.

Hakime verilen yetkiler noktasında ise ilkenin ilk ortaya çıktığı dönemdeki hakime takdir yetkisi tanımayan oluşum, süreç içerisindeki tecrübelerle değişikliğe uğramıştır. Her suç açısından tek ve sabit bir ceza vermenin doğru bir yöntem olmadığına tespiti, suçluya verilecek cezalar konusunda hakime belli sınırlar arasında yetki tanınmasına yol açmıştır²⁸¹. Kanaatimizce de doğru olan sistem belirli sınırlar arasında hakime takdir yetkisi verilmesidir. Çünkü ceza davasının konusunu oluşturan her somut olay kendi içinde değişiklik göstermektedir. Hakimin yapması gereken de somut olayın özelliklerini dikkate alarak ceza tayin etmesidir. Ayrıca üst derece mahkemeleri tarafından yargı kararlarının denetlenmesi de ilk derece mahkemelerinin kararlarında belirli bir standart belirlenmesini sağlamakta ve cezaların tayininde belirsizliğin ortaya çıkmasını önlemektedir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin Fransız İhtilali sırasında önemli olduğu; günümüzde ise işlevini yitirdiği görüşüne de katılmıyoruz. Çünkü ihtilal dönemleri hukuk boşluklarının ortaya çıktığı, hukukun bir nevi askıya alındığı dönemlerdir. Bu boşluktan ihtilali yapan gruplar da konumlarını güçlendirmek için yararlanmaktadır. Nitekim Fransız İhtilalinin giyotinle özdeşleşmiş olması buna örnektir. Bu dönemlerde iktidar sahipleri hukuk boşluğundan yararlanarak, keyfi bir şekilde kişileri öldürmüşlerdir. Eğer daha sonraki süreçte de suçta ve cezada kanunilik ilkesi uygulanmazsa bu keyfiyet devam edecek, toplumun adalete olan güveni azalacaktır. Toplumun devamlılığı için ise adalete güven zorunludur. Bu nedenle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin her zaman için uygulanması gerekmektedir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin temel hak ve özgürlükler ile ilişkisinin mutlak olmadığı görüşüne kısmen katılıyoruz. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kanunlardaki

²⁸¹ Artuk vd., s. 157.

varlığı tek başına temel hak ve özgürlükleri güvence altına almayacaktır. Çünkü kanunda suç ve cezaların adil bir şekilde belirlenmemesi, haksızlık içeriği düşük suçlar için ağır yaptırımlar belirlenmesi durumunda da suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bireye güvence sağlama amacı gerçekleşmeyecektir. Yine ilkeye yer vermeyen bir ülkede temel hak ve özgürlüklerin daha geniş olması söz konusu olabilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki suçta ve cezada kanunilik ilkesinin olduğu bir sistem ilkenin olmadığı bir sisteme göre daha olumludur. Çünkü suç ve cezaların belirli olması bireyin hareketlerinin sınırlarını belirlemektedir. Bireye hareket özgürlüğünün bulunduğu bir alan tanınmaktadır. Bireyin hareketlerinin sınırlarını bildiği bir ortam, hareketlerinin sonuçlarını öngöremediği bir ortama göre daha iyidir.

IV. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

Anayasa Mahkemesi'nin suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin vermiş olduğu kararlar konunun anlaşılabilmesi için önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarında suçta ve cezada kanunilik ilkesi “*Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan 'suçta ve cezada kanunilik' ilkesiyle, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır*”²⁸² şeklinde açıklanmaktadır. Bu başlık altında Anayasa Mahkemesi'nin suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin kararları incelenecektir. Anayasa Mahkemesi'nin öncelikle belirlilik ilkesine ilişkin kararları değerlendirilecektir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin inceleyeceğimiz ilk karar TCK m. 188'in 27.03.2015 tarihli ve 6638 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle değiştirilen 4 numaralı fıkranın b bendindeki “ ... ve sosyal amaçlı bulunulan bina ve tesisler” ibaresinin AY

²⁸² AYM T. 25.2.2010 E. 2008/55 K. 2010/41 <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 08.05.2020

m. 38'e aykırılığına ilişkindir. Başvuru “ ... ve sosyal amaçlı bulunulan bina ve tesisler” ifadesinin yorumu açık olması nedeniyle farklı değerlendirmelere sebebiyet verebileceği, mahkemelerin benzer olaylarda cezanın arttırılması yahut arttırılmaması yönünde farklı kararlar verebileceği gerekçesiyle yapılmıştır²⁸³.

Söz konusu madde TCK m. 188/3'teki²⁸⁴ fiillerin nitelikli hallerini düzenlemektedir. 188/4-b'de “b) Üçüncü fıkradaki fiillerin; okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve tesisler ile bunların varsa çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen sınırlarına iki yüz metreden yakın mesafe içindeki umumi veya umuma açık yerlerde işlenmesi, hâlinde verilecek ceza yarı oranında arttırılır.” şeklinde uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin ruhsata aykırı olarak satılması, nakledilmesi, depolanması, satın alınması, kabul edilmesi, bulundurulması fiillerinin nitelikli hali düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi söz konusu başvuruyu Anayasaya herhangi bir aykırılık bulunmadığını belirterek reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi gerekçesinde ilk olarak ceza arttırımı için öncelikle suçun işlendiği toplu bulunulan bina ve tesislerin genel veya herkesin serbestçe girebileceği bir yer olması gerektiğini, örnekleme suretiyle sayılan yerlere 200 metreden yakın mesafede bulunan yerlerde suçun işlenmesinin cezanın

²⁸³ “Madde fıkrasında sözü edilen “... ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve...” nelerden ibaret olduğu açık ve net bir şekilde ifade edilmediği, uygulamada görevi gereği uyuşturucu madde suçlarına bakmakta olan dairemize gelen dosyalarda görülen çok değişik yorumlara ve mahkemelerin farklı uygulamalarına rastlanıldığı, aynı eylem nedeni ile yargılanan sanıklardan bazıları hakkında sözü edilen yasa maddesi uygulanmak suretiyle fazla ceza tayin edildiği halde bazıları hakkında ise maddenin uygulanmaması sonucu daha az ceza aldıkları bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olduğu kanısını uyandırmaktadır. Nitekim davaya konu dosyamızda eylemin gerçekleştirildiği “Bursa Valiliği Yıldırım Belediyesi” ilk derece mahkemesi tarafından sözü edilen yasa maddesi ve fıkrası kapsamında görülerek sanık hakkında tayin olunan cezanın 1/2 oranında arttırılmasına karar verildiği, dairemize intikal eden çok sayıda dosyada ise benzer olaylarda çok daha farklı yerlerin anılan yasa maddesi ve fıkrası kapsamında değerlendirildiği, bazı mahkemeler tarafından ise bahsi geçen yerlerin bu yerler kapsamında görülmediği, bu şekilde yapılan uygulamaların bir kısmı denetime tabi olanağına sahipken bir kısım uygulamaların ise süresi içerisinde istinaf edilmemeleri nedeni ile mevcut halleri ile kesinleştiklerinin görüldüğü anlaşıldığından, madde fıkrasına ilişkin farklı türdeki uygulamaların Anayasanın kanun önünde eşitlik, kanuniliğin öngörülebilirlik ve keyfiliğe kapalılık ilkelerine aykırı olduğu kanaatini oluşturmaktadır.” **AYM T. 08.11.2018 E. 2017/179 K. 2018/106** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 26.04.2020

²⁸⁴ **TCK Madde 188** “(3) Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satışa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulunduran kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve bin günden yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.(1)(2) Ancak, uyuşturucu veya uyarıcı madde verilen veya satılan kişinin çocuk olması hâlinde, veren veya satan kişiye verilecek hapis cezası on beş yıldan az olamaz” <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 26.04.2020

ağırlaştırılmasına sebebiyet vereceğini belirtmiştir²⁸⁵. İkinci olarak kanun koyucunun sosyal amaçla toplanılabilecek binaları tek tek saymasının ve kanun koyucunun bunu öngörebilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. “.. ve sosyal amaçlı bulunulan bina ve tesisler” ibaresi ile ilgili olarak suçun işlendiği yer ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak mahkemelerin karar vermesi gerektiği, bu nedenle belirlilik ve kanunilik ilkesine herhangi bir aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır²⁸⁶.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi’nin kararı isabetlidir. Söz konusu düzenlemelerde okul, hastane kışla gibi ifadesine yer verilmesi nitelikli halin uygulanmasına sebebiyet verebilecek yerlerin sayımın sınırlı olmadığı, “gibi” ifadesinin örneklendirme amacıyla kullanıldığı anlamına gelmektedir²⁸⁷. Bununla birlikte söz konusu yerlere 200 metre mesafede suçun işlenmesi durumunda bu nitelikli halin uygulanması, sınırlayıcı bir düzenleme getirmektedir. Ayrıca suçun umuma açık yerlerde işlenmesi durumunda bu nitelikli halin uygulanabileceği belirtilmiştir. Umumi “genel” anlamına gelmekte olup, umuma açık ifadesi herkesin serbestçe girip çıkabilecekleri yer anlamına gelmektedir²⁸⁸. Bu nitelikli halin uygulanmasında 200 metrelik mesafenin açık bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir²⁸⁹. Sosyal amaçlı bulunulan ifadesi geniş bir anlama gelse de yeterli sınırlayıcı ifadelerle düzenlemeye yer verilmiştir. Nitekim kanun koyucunun bu yerlerin hepsine kanun maddesinde yer vermesi mümkün değildir. Söz konusu

²⁸⁵ “İtiraz konusu ibareyi de içeren 5237 sayılı Kanun’un 188. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (b) bendine göre ceza artırımı için öncelikle suçun işlendiği toplu bulunulan bina ve tesislerin genel veya herkesin serbestçe girebileceği yer olması, bu bina ve tesislerin örnekleme suretiyle sayılan okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla kullanılması gerekir. Ayrıca bu bina ve tesislerin değişik şekillerde belirlenen sınırlarına iki yüz metreden yakın mesafede bulunan yerlerde de suçun işlenmesi cezanın ağırlaştırılmasına sebep olacaktır.” **AYM T. 08.11.2018 E. 2017/179 K. 2018/106** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 26.04.2020

²⁸⁶ “16. Umumi veya umuma açık yerler kapsamına giren farklı sosyal amaçlarla toplanılacak bina ve tesislerin özellikle ekonomik, kültürel, sosyal ilişkilerin çeşitlilik gösterdiği çağımızda tek tek sayılması ve kanun koyucu tarafından önceden öngörülmesi mümkün değildir. Kanun koyucu sadece tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve tesislerin okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi yerler olabileceğini belirterek bu bina ve tesislere örnekler vermiştir. Esasa ilişkin incelemenin konusunu oluşturan “...ve sosyal...” ibaresinin soyut bir kavram olması belirsizlik taşıdığı anlamına gelmemektedir. İtiraz konusu “...ve sosyal...” ibaresi ile ilgili olarak suçun işlendiği yerin, somut olayın özellikleri dikkate alınıp kuralda sayılan örnekler de gözetilerek sosyal amaçla bulunulan bir bina ve tesis olup olmadığı yargı organlarınca tespit edilecek ve kural bu suretle uygulanacaktır. Dolayısıyla itiraz konusu ibarenin belirlilik ve kanunilik ilkelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.” **AYM T. 08.11.2018 E. 2017/179 K. 2018/106** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 26.04.2020

²⁸⁷ Veli Özer **Özbek**, Koray **Doğan**, Pınar **Bacaksız**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 786; Birsen **Elmas**, *Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 108.

²⁸⁸ Elmas, s. 107.

²⁸⁹ Elmas, s. 109.

düzenlemenin sınırlarının belirli olması nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesine herhangi bir aykırılık bulunmamaktadır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin ikinci karar TCK m. 268’de “İşlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanan kimse, iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır” şeklinde düzenlenen başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılmasına ilişkindir. İtirazda TCK m. 268’de uygulanacak yaptırımlar konusunda iftira suçuna atıf yapılmasının, belirlilik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir. İtirazın gerekçesi olarak TCK m. 268’e iftira suçunun hükümlerinin nasıl uygulanacağını açık olmadığı, örneğin Yargıtay içtihatlarında etkin pişmanlık hükümleri uygulansa da, söz konusu düzenlemeden kişilerin bunu öngöremeyeceği belirtilmiştir²⁹⁰.

Anayasa Mahkemesi bu itirazı haklı görmemiştir. Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun suçun cezasını başka bir suça gönderme yapmak suretiyle belirlemesinin, takdir yetkisi kapsamında olduğunu belirtmiştir. Ayrıca kanun koyucun cezalandırma konusunda başka bir hükme gönderme yapması durumunda, cezayı ağırlaştıran ve hafifleten hallerle, etkin pişmanlık hükümlerinin cezalandırmaya ilişkin hükümler olması nedeniyle başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçuna

²⁹⁰ “Dolayısıyla iftira suçuna ilişkin hükümlerin, başkalarına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanma suçuna ne şekilde uygulanacağını yasada açıkça düzenlenmediği anlaşılmaktadır. (Bir sonraki paragrafta da belirtildiği üzere, doktrinde bir kısım yazar, iftira suçunun nitelikli hallerinin başkalarına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanma suçunda uygulanmayacağını belirtmektedir.) Bunun sonucu olarak, başkalarına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanma suçundan hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan, hukuki bilgisi olmayan, hukuki yardım alma zorunluluğu da bulunmayan sadece kanunu bilmekle yükümlü olan şüpheli veya sanığın, hakkında uygulanacak olan suçun düzenlendiği TCK 268. maddesine baktığı zaman, kendisi hakkında öngörülen yaptırımı hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde anlayabilmesi ve öngörülen yaptırıma göre kendisini savunabilmesi hukuken mümkün görünmemektedir.” AYM T. 22.05.2014 E. 2014/3 K. 2014/95 <http://kararlariyeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 29.04.2020

uygulanabileceğini belirtmiştir²⁹¹. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu suç için etkin pişmanlık hükümlerinin dikkate alınması gerektiği şeklindedir²⁹².

Söz konusu düzenlemenin iftira suçunun özel bir işleniş şekli olduğu ifade edilmektedir²⁹³. Suç başkasına ait kimlik bilgilerini kullanma veya başkasının kimliğini kullanmak suretiyle işlenebilecektir²⁹⁴. Kanun koyucunun suçun yaptırımını iftira suçuna atıfla düzenlemesi, bu iki suçun koruduğu hukuki değeri eşdeğer gördüğü anlamına gelmektedir. Bu durumda iftira suçunun hükümlerinin nasıl uygulanacağı sorunu gündeme gelebilecektir. TCK m. 268'in iftira suçuna genel bir atıfta bulunması, aynı kanunda düzenlenmesi ve bu suçun iftira suçunun özel bir işleniş şekli olması nedeniyle iftira suçuna ilişkin hükümler ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerle birlikte uygulanabilecektir. Yargıtay uygulaması da bu şekildedir. Burada önemli olan husus yargı kararlarında birliğin sağlanmasıdır. Benzer düzenleme intihara yönlendirme suçu bakımından da bulunmaktadır²⁹⁵.

Bu doğrultuda kanaatimizce bu şekilde suç teşkil eden fiil hakkında bazı suç tiplerine ilişkin düzenlemelerin uygulanacağını ifade edilmesi belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Çünkü TCK 268 iftira suçuna atıfta bulunarak, iftira suçuna ilişkin ağırlaştırıcı ve hafifletici hallerin de uygulanacağını ifade etmektedir. Aksi takdirde iftira suçuna ilişkin düzenlemelerin TCK m. 268 bakımından da ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir. Bu durumun da kanun yapma tekniği bakımından pek isabetli olduğunu söylemek mümkün değildir. Belirtmek gerekir ki bu durum suç teşkil eden fiillerin gösterilerek yaptırımlar bakımından başka bir kanun maddesinin uygulanacağına ilişkin düzenlemelerden ayrılmaktadır. Çünkü TCK 268 bakımından atıf yapılan suç tipine

²⁹¹ *"İftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır" biçimindeki ibareyle, cezalandırmayla ilgili bütün hükümler yönünden iftira suçuna gönderme yapılmaktadır. Dolayısıyla cezayı ağırlaştıran ve azaltan hâller de cezalandırmayla ilgili hükümler kapsamında olduğundan iftira suçu için geçerli olan nitelikli hâller ile etkin pişmanlık hükümlerinin başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçu yönünden de uygulanacağına bir tereddüt bulunmamaktadır."* **AYM T. 22.05.2014 E. 2014/3 K. 2014/95** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 29.04.2020

²⁹² *"Sanığın eyleminden kendiliğinden dönmediği, parmak izi incelemesiyle gerçek kimliğinin belirlendiği, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma şartları oluşmadığı gözetilmeden, başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçu sebebiyle kurulan hükümde TCK'nun 269/1. maddesinin tatbiki ile eksik ceza tayini"* **Y11CD. T. 17.04.2018 E. 2016/2271 K. 2018/3575**

²⁹³ Mustafa İberya Arıkan, "Başkasına Ait kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 1063.

²⁹⁴ Arıkan, s. 1077.

²⁹⁵ **TCK m. 84/4** *"İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar."*

ilişkin düzenlemelerin ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerle uygulanması söz konusuysa, diğer halde sadece fiil ve yaptırımların ayrı kanun maddelerinde düzenlenmesi söz konusudur.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin üçüncü kararın konusunu TCK m. 250/4'teki *“İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.”* ifadesi oluşturmaktadır. İtirazda söz konusu düzenlemedeki menfaatin ekonomik değerinin tespitinin mümkün olduğu ancak mağdurun ekonomik değerinin hangi kriterlere göre belirleneceği ve hükmün nasıl uygulanacağını belirsiz olduğu belirtilmiştir²⁹⁶. Bu durumun suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu itirazı yerinde bulmamıştır. Gerekçesinde düzenlemenin hakimlerin keyfi uygulamalarının önüne geçmeyi amaçladığı, kanun koyucunun meblağın azlığı ve çokluğu konusunda önceden belirleme yapmasının mümkün olmadığı ve düzenlemenin her somut olayın özelliklerine göre uygulanacağı belirtilmiştir²⁹⁷.

Bu nitelikli halin uygulamasında sadece irtikaba konu menfaatin miktarıyla yetinilmemeli, mağdurun ekonomik durumu da dikkate alınarak nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı belirlenmelidir²⁹⁸. İrtikaba konu menfaatin ekonomik değeri ve mağdurun ekonomik durumu belirlenebilir hususlardır. Çünkü gerek menfaatin değeri gerekse de mağdurun ekonomik durumu uzman kişilerin yardımıyla

²⁹⁶ “Her somut olayda şartlara göre değişmekle beraber zaten ekonomik durumu iyi olmayan mağdurlardan menfaat temin edilmesi zor bir ihtimal olarak karşımıza çıkacaktır. Bu durum suç ve cezaların belirliliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir. İrtikap edilen menfaatin değerinin tespiti ve objektif ve hakkaniyete uygun olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ancak mağdurun ekonomik durumundan murad edilen nedir' Mağdurun ekonomik durumunun tespitinin ne şekilde yapılacak ve yapılan tespit neticesinde cezadan indirim yapılırken ne şekilde değerlendirilecektir” **AYM T. 08.04.2014 E. 2014/38 K. 2014/80** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 29.04.2020

²⁹⁷ “İtiraz konusu kural uyarınca, hâkim, suçtan elde edilen menfaatin değeri ile mağdurun ekonomik durumunu birlikte dikkate alarak, sanığın cezasından indirim yapıp yapılmayacağına karar verecektir. Bu bağlamda, itiraz konusu ibarenin hâkime, sanığa vereceği cezayı kişiselleştirirken keyfi hareket etmesinin önüne geçmek ve böylece ortaya çıkabilecek belirsizliği önlemek amacıyla getirilmiş bir kriter olduğu açıktır. Söz konusu kriter, soyut bir kavram olmakla birlikte, her bir olayın mağduruna göre bu kavramın içeriği cezanın kişiselleştirilmesi ve belirlenmesi yoluyla somutlaştırılacaktır.” **AYM T. 08.04.2014 E. 2014/38 K. 2014/80** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 29.04.2020

²⁹⁸ Mahmut **Koca** ve İlhan **Üzülmez**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 958; Özbek vd., *Özel Hükümler*, s. 1088.

tespit edilebilecektir. Ekonomik durum mağdurun mesleği, malvarlığı gibi kriterlerle tespit edilebilir. Ancak söz konusu düzenlemede mağdurun ekonomik durumunun iyi olması durumunda mı yoksa kötü olması durumunda mı indirip yapılacağı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır²⁹⁹. Kanaatimizce bu düzenleme menfaatin değerinin, mağdurun durumunda göre az olması durumunda uygulanmalıdır. Bununla birlikte düzenlemenin hakime geniş bir takdir yetkisi vermesi de dikkate alındığında, hükmün hangi durumlarda uygulanabileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin dördüncü kararın konusunu Askeri Ceza Kanunu m. 137'deki *“Vazife veya hizmette tekasül dolayısıyla bir gemi veya tayyarenin veya esliha ve harb malzemesinden birinin mühimce hasara uğramasına sebep olan üç seneye kadar hapsolunur”* ifadesi oluşturmaktadır. Söz konusu düzenlemedeki *“tekasül”* kelimesinin belirsiz olduğu, ifadenin taksir şeklinde anlaşıldığı, mala zarar verme suçunun taksirle işlenememesi nedeniyle bu ifadenin AY m. 38'e aykırı olduğu belirtilmiştir³⁰⁰.

Anayasa mahkemesi ise itirazı yerinde bulmamıştır. Gerekçesinde ise tekasül kelimesinin tembellik, üşenmek gibi anlamlara geldiği, uygulamada yargı kararları çerçevesinde değerlendirildiği belirtilmiştir³⁰¹. Bu nedenle suçta ve cezada kanunilik ilkesine herhangi bir aykırılık bulunmadığı ifade edilmiştir.

“Tekasül” kelime anlamı olarak *“üşengeçlik”* anlamına gelmektedir³⁰². Tekasül kelimesinin üşengeçlik olarak değerlendirilmesi durumunda kişilerin herhangi bir harekette bulunmaması, geç harekette bulunması veya harekette bulunmasına rağmen

²⁹⁹ Birtek, s. 49.

³⁰⁰ *“İptali istenen kanun maddesindeki tekâsül kelimesi taksir şeklinde anlaşılmakta ve bu da Anayasada yer alan hukuk devletiyle uyumlayan sonuçlar doğurmaktadır. Ceza kanunlarının açık olması gereklidir, çünkü suç ve cezada kanunilik ilkesi ceza hukukunun temel ilkesidir. Mala karşı suçlarda taksirle sorumluluğunun kaldırıldığı, taksirle görevde ihmalin olmayacağı yönündeki güncel ve çağdaş düzenlemeler karşısında, asker kişilerin büyük mağduriyetine neden olan bu suç tipinin Anayasada yer alan hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılması mümkün değildir.”* **AYM T. 16.01.2014 E. 2013/103 K. 2014/7** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 29.04.2020

³⁰¹ *“‘tekasül dolayısıyla esliha ve harb malzemesinden bir şeyin hasara uğramasına sebep olmak’ eylemi suç olarak kabul edilerek, bu suçun unsurları ve bu eylem nedeniyle verilecek ceza itiraz konusu kuralla açıkça belirlenmiştir. Başvuru kararında her ne kadar ‘tekasül’ kelimesinin muğlak olduğu ileri sürülmüş ise de bu kelimenin ‘üşenmek’, ‘gevşeklik’, ‘ihtimamsız davranmak’, ‘kayıtsızlık’ ve ‘tembellik’ anlamına geldiği, uygulamada ise yargı kararları çerçevesinde değerlendirildiği gözetildiğinde kuralın belirsiz olduğundan söz edilemeyeceğinden dolayı kanunilik ilkesine de bir aykırılık bulunmamaktadır.”* **AYM T. 16.01.2014 E. 2013/103 K. 2014/7** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 29.04.2020

³⁰² <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 5.05.2020

zararın meydana gelmesi gibi durumlar üşengeçlik kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu durum belirlilik ilkesine aykırı olmamakla birlikte, tekasül yerine daha anlaşılır bir ifadenin kullanılması isabetli olacaktır. Örneğin TCK m. 257’de³⁰³ düzenlenen görevi kötüye kullanma suçundaki gibi ayrıntılı bir şekilde hangi icrai ve ihmali hareketlerin suçu oluşturacağı düzenlenebilir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin beşinci kararın konusunu 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun m. 4 ve 15 oluşturmaktadır. Söz konusu 4. madde “*Ülke içinde kama, hançer, saldırma, şişli baston, sustalı çakı, pala, kılıç, kasatura, süngü, sivri uçlu ve oluklu bıçaklar, topuz, topuzlu kamçı, boğma teli veya zinciri, muşta ile salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel nitelikteki benzeri aletlerin yapımı yasaktır*” şeklinde düzenlemişken; söz konusu 15. madde “*Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak 4 üncü maddede yazılı olan bıçak veya diğer aletleri veya benzerlerini satanlar, satmaya aracılık edenler, satın alanlar, taşıyanlar veya bulunduranlar hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis ve yirmibeş günden az olmamak üzere adli para cezasına hükmolunur*” şeklinde düzenlenmiştir. İtirazda kanun maddesinde düzenlenmiş olan aletlerin ismen belirtilmekle birlikte fiziksel ve teknik özelliklerinin neler olması gerektiğine değinilmediği, söz konusu 15. maddedeki “veya benzerleri” ifadesinin belirsizliği sebebiyet verdiği belirtilmiştir³⁰⁴. Anayasa Mahkemesi başvuruyu söz konusu düzenlemelerin belirlilik ilkesine aykırı olmadığı, kanun koyucunun tüm durumları öngörmesinin mümkün olmadığı, “veya benzerleri” ifadesini kullanmasının da bu durumdan kaynaklandığı gerekçesiyle reddetmiştir³⁰⁵.

³⁰³ **TCK Madde 257** “(1) 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 menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) 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 görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

³⁰⁴ “Yasada bıçak, kama, saldırma, hançer, pala, kılıç, kasatura, süngü, sivri uçlu ve oluklu bıçak, boğma teli, muşta isim olarak belirtilmiş, ancak fiziki ve teknik özellikleri ortaya konmamış, başkalarından ayıracak, kuşku yaratmayacak şekilde nitelikleri belirtilmemiştir. Belirsiz olarak bırakılmış, nitelikleri ve biçimsel özellikleri, ne olmaları gerektiği konusunda açıklama veya nerede tanımının olduğu hükmü konmamıştır.” **AYM T. 14.03.2019 E. 2018/54 K. 2019/11** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 05.05.2020

³⁰⁵ “İtiraz konusu kuralın sayma yoluyla belirttiği aletler, kişiler ve hukuk uygulayıcıları yönünden tereddüde yer bırakmayacak şekilde açık, anlaşılabilir ve uygulanabilir şekilde belirlenmiştir. Kuralda “...ile salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel nitelikteki benzeri aletlerin...” ibaresine yer verilmesi ise kanun yapma tekniğinin doğasından kaynaklanmaktadır. Zira kanun hükümlerinin genel ve soyut olması, somut olayın özelliğine göre değişebilecek tüm çözümleri

Kanaatimizce söz konusu düzenlemenin kapsamı salt saldırı ve savunma amaçlı kullanılan aletler oluşturmaktadır. Bu aletlerin tek tek sayılması elbette ki mümkün değildir. Söz konusu 15. maddedeki veya benzerleri ifadesinden salt savunma veya saldırıda kullanılmak amacıyla üretilen aletler anlaşılmalıdır. Pala, kılıç, süngü gibi ifadelere yer verilmesi ise saldırı ve savunma amaçlı silahların örneklendirilmesini amaçlamaktadır. Söz konusu hükmün kapsamının belirlenebilmesi nedeniyle belirlilik ilkesine aykırılık bulunmamakla birlikte, “veya benzerleri, gibi” ifadeleri kıyasa yol açma ihtimali bulunması nedeniyle mümkün mertebe tercih edilmemelidir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin altıncı kararın konusunu SPK m. 110 oluşturmaktadır. Söz konusu düzenlemede güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Tartışmanın konusunu SPK m. 110/1-b’deki *“Yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak”* ifadesi oluşturmaktadır. İtirazda maddede kullanan gibi ifadesi nedeniyle, hangi örtülü işlemlerin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağının anlaşılamadığı, bu durumun belirlilik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi itirazı yerinde bulmuş ve “gibi” ifadesinin kaldırılmasına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi kararın gerekçesinde, gibi ifadesinin kullanılmasıyla hangi fiillerin örtülü işlem olarak değerlendirileceğinin belirsiz olduğunu, ayrıca söz konusu düzenlemenin somutlaştırmaya elverişli olmadığını belirtmiştir³⁰⁶. Bu nedenle düzenlemenin belirli ve öngörülebilir olmadığı, kanunilik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir³⁰⁷.

kuralın bünyesinde barındırma, bir başka ifadeyle kuralın amaca uygun sonuca ulaştıracak herhangi bir çözümü dışlamasını önleme ihtiyacından ileri gelmektedir.” **AYM T. 14.11.2013 E. 2013/24 K. 2013/33** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 05.05.2020

³⁰⁶ “Örtülü işlemlerin kapsamı belirlenirken “gibi.” ibaresi kullanılmak suretiyle, hangi eylemlerin gerçekleşmesi hâlinde örtülü kazanç aktarımı suçunun oluşacağı yani hangi eylemlerin yasaklandığı gösterilmemekte, böylece ceza yaptırımı uygulanmasını sağlayacak eylemler belirsiz kılınmaktadır. Kaldı ki, iptali istenilen ibarenin bulunduğu kuralda yer alan “emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunma” fiili, somutlaştırmaya elverişli de değildir. Bu nedenle, söz konusu ibare, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun kanuniliği ilkesine de uygun değildir.” **AYM T. 14.11.2013 E. 2013/24 K. 2013/33** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 05.05.2020

³⁰⁷ Baytaz, s. 82.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin kararı isabetlidir. Örtülü işlem olarak değerlendirilecek fiillerin neler olduğu kanun maddesinden tam olarak anlaşılamamaktadır³⁰⁸. Madde metninde gibi ifadesine yer verilmesi suçun fiil unsurunu genişletmekte, aynı zamanda belirsiz hale getirmektedir. Ayrıca söz konusu düzenlemede suçun fiil unsurunu sınırlayıcı herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu nedenle düzenleme suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin incelemiş olduğumuz kararları belirlilik ilkesine ilişkindir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararları doğrultusunda mahkemenin belirlilik ilkesine ilişkin kriterleri tespit edilebilir. Anayasa Mahkemesi'nin ilk kriteri düzenlemede kullanılan ifadelerin anlamına ilişkindir. Kanunlarda kullanılan ifadeler birden çok anlama gelecek şekilde olmamalı, kıyasa izin vermemeli, kapsamı belirsiz olmamalıdır. İkinci olarak, düzenlemelerde sınırlayıcı ifadeler yer verilmesi önem taşımaktadır. Üçüncü olarak, kanun koyucunun kullandığı ifadelerin somutlaştırılmaya elverişli olup olmadığı değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme yapılırken kanun koyucunun düzenlemeyle koruma altına aldığı hukuki değer dikkate alınmaktadır. Dördüncü olarak, öngörülebilirlik değerlendirilmektedir. Kişilerin fiillerinden dolayı cezalandırılacaklarını öngörmeleri gerekmektedir. Son olarak ise düzenlemeye ilişkin yerleşik içtihatların bulunması dikkate alınmaktadır.

Anayasa Mahkemesi idari suçların değerlendirmesinde adli suçlara göre daha esnek davranmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu durumu “*Korunan hukuki değer ile ihlalin neden olduğu hukuki sonuçların aynı olmaması ise idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasındaki temel farklılığı oluşturmaktadır. Adli para cezalarından daha yüksek miktarlarda idari para cezalarının verilebilmesine olanak tanıyan düzenlemeler de bulunmakla birlikte adli suçlar için öngörülen cezaların idari suçlar için öngörülen cezalardan genellikle daha ağır olması, hürriyeti bağlayıcı cezaların kural olarak adli suçlar yönünden geçerli olması, idari suçlarda kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir hukuki değer ihlal edilmesi ve öngörülen yaptırımın da genellikle idari bir makam tarafından idari usuller izlenerek uygulanması nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanması, işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda, yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve*

³⁰⁸ Ümit Kocasakal, “Anayasa Mahkemesinin Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesine İlişkin Bir Kararının İncelenmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 108, 2015, s. 34.

teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir.” şeklinde ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin bu yaklaşımı, adli suçlarla korunan hukuki değer ve yaptırımların, kabahat oluşturan fiillerin koruduğu hukuki değer ve yaptırımlara nispetle daha ağır olmasından kaynaklanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin bir diğer kararı ise idari makamlara verilen yetkilere ilişkindir. İtirazın konusunu TCK m. 203’teki *“Kanun veya yetkili makamların emri uyarınca bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için konulan mühür kaldırarak veya konuluş amacına aykırı hareket eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”* ifadesi oluşturmaktadır. Söz konusu düzenlemedeki *“veya yetkili makamların emri”* ifadesinin kapsamının belirsiz olduğu hangi makamların hangi şartlarda mühürleme yapabileceği hususlarının belirsiz olduğu ifade edilmiştir³⁰⁹.

Anayasa Mahkemesi bu itirazı yerinde görmemiştir. Gerekçede ise mühür koyma yetkisinin kanun veya yetkili makamların emrinden kaynaklandığı, yetkili makamların emir verme yetkisinin de kanundan kaynaklandığını belirtmiştir³¹⁰. Dolayısıyla yetkili makamlar kanunlar tarafından belirlendiği için Anayasaya aykırılık bulunmadığına hükmetmiştir.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi’nin kararı isabetlidir. Mühürleme yetkisi kanundan kaynaklanmaktadır³¹¹. Ayrıca kamu kurum ve kuruluşlarına mühürleme yetkisi kanunlar tarafından verilmekte, özel hukuk tüzel kişilerin suçun faili olması söz konusu

³⁰⁹ “Çünkü yasada hangi yetkili makamın, hangi şartlarda, nerelerde, nasıl, hangi amaçla mühürleme yapabileceğinin belirtilmesi gerekirken bu hususlar belirtilmeksizin salt yetkili makamın emri şeklindeki düzenleme kanunilik ilkesine aykırıdır.” **AYM T. 22.05.2013 E. 2012/77 K. 2013/66** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 29.04.2020

³¹⁰ “Mühür, kanun veya yetkili makamların emri uyarınca bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için konulmaktadır. Mühürleme, kanun ya da yetkili makamların emri uyarınca yapılmaktadır. Kanunlarda, 'bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için' mühür konulması şeklinde bir düzenlemeye yer verilmesi durumunda, kanunun emriyle konulan mühür söz konusu olmaktadır. Bunun yanında idari organlar kanunlarla, bir iş veya işlemin yerine getirilmesi konusunda yetkili kılınabilirler. Kanunla verilen bu yetkiyi kullanan organlar, 'bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için' mühür konulması emrini verebilirler. Burada mühürleme emrini verme yetkisi dayanağını yine kanundan almaktadır.” **AYM T. 22.05.2013 E. 2012/77 K. 2013/66** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 29.04.2020

³¹¹ Hüsamettin Uğur, “Özelleştirme Uygulamalarının Mühür Bozma Suçuna Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 100, 2014, s. 556.

olmamaktadır³¹². Kanun koyucunun mühürleme yetkisine sahip kamu kurumları tek tek saymasının söz konusu olmadığı, yetkili kurumların kanunlarla sınırlandığı dikkate alındığında yetkili makamların emri ifadesi belirlilik ilkesine uygundur.

Anayasa Mahkemesi kanun hükmünde kararnamelerle suç düzenlenemeyeceğini kararlarında belirtmiştir. İtirazın konusunu 24.06.1995 günlü 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9,11 ve 61/A maddeleri oluşturmaktadır. Söz konusu 9.³¹³ ve 61.³¹⁴ maddelerde suç teşkil eden fiiller, 61/A maddesinde ise “ 61 inci maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltı milyara kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine,” şeklinde bu fiillerin yaptırımı düzenlenmiştir. İtirazın gerekçesinde temel hak ve özgürlüklerin kanun hükmünde kararnamelerle sınırlanamayacağı, kanun hükmünde kararnamelerle suç düzenlenmesinin Anayasaya aykırı olduğu belirtilmiştir³¹⁵.

³¹² Uğur, “Özelleştirme Uygulamalarının”, s. 556.

³¹³ **MKHKHK Madde 9** “Aşağıda belirtilen hallerde, marka sahibinin, izni alınmadan markasının kullanılmasının önlenmesini talep etme yetkisi vardır: a) Markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması, b) Tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması, c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetlerde kullanılması halinde, tescili istenen işaretin kullanılmasıyla tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması. Aşağıda belirtilen durumlar, birinci fıkra uyarınca yasaklanabilir. a) İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması, b) İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması”

³¹⁴ **MKHKHK Madde 61** “Aşağıda yazılı fiiller marka hakkına tecavüz sayılır: a) 9 uncu maddenin ihlali, b) Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek, c) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak, e) (a) ile (c) bendlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak, f) Kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak.”

³¹⁵ “Yargılamaya konu olayda uygulanması söz konusu olan 556 sayılı KHK'nin 61/A-c maddesinde cezalar, bu madde atfı dolayısıyla da 61 ve 9. maddelerde ise suç olarak kabul edilen eylemler düzenlenmektedir. Suç ve cezalara ilişkin ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesi, ikinci kısmının ikinci bölümünde bulunmakla, bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararnamelerle gerçekleştirilmesi mümkün değildir ve aksi hal açık bir Anayasaya aykırılık oluşturur.” **AYM T. 03.01.2008 E. 2005/5 K. 2008/2** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/ErişimTarihi: 05.05.2020>

Kanun hükmünde kararnamelere ilişkin bir diğer itiraz 24.06.1995 tarih ve 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 24³¹⁶. maddesine ilişkindir³¹⁷. Söz konusu 24. maddenin (a) ve (c) bentlerinde coğrafi işaret hakkına tecavüz sayılan fiiller belirtilmiş, bu fiillerin yaptırımı aynı kararnamenin 24/A maddesinin (c) bendinde “24 üncü maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltı milya liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine” şeklinde gösterilmiştir. Bu düzenlemelere karşı kanun hükmünde kararnamelerle suç düzenlenemeyeceği, bu durumun AY m. 38’e aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne itiraz edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu iki başvuruda da itirazı yerinde bularak benzer gerekçelerle düzenlemelerin iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, kararın gerekçesinde temel hak ve özgürlüklerin olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerle sınırlanamayacağını, kanun hükmünde kararnamelerle suç düzenlenmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir³¹⁸. Suç ve ceza düzenlenmesine ilişkin esasların AY m. 38’de yer aldığı, bu maddenin Anayasanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin ikinci kısmın ikinci bölümünde yer aldığı, bu konularda kanun hükmünde kararnameler ile düzenleme

³¹⁶ **Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Madde 24** “ Tescil edilmiş coğrafi işaretler, bunların kullanım hakkına sahip olmayan üçüncü kişiler tarafından aşağıda yazılı biçimde kullanımları coğrafi işaret hakkına tecavüz sayılır: a) Tescilli adın ününden herhangi bir biçimde yarar sağlayacak kullanımlar veya tescil kapsamındaki ürünleri andıran yada çağrıştıran ürünlerle ilgili olarak tescilli adın dolaylı veya dolaysız olarak ticari amaçlı kullanımı c) Ürünün iç veya dış ambalajında, tanıtım ve reklamında veya ürünle ilgili herhangi bir yazılı belgede doğal veya esas nitelik ve özellikleri ile menşei konusunda yanlış veya yanıltıcı herhangi bir açıklama veya belirtiyeye yer verilmesi, Coğrafi işaret başvurusu bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 uncu maddesine göre yayınlandığı takdirde, başvuru sahibi, coğrafi işarete vaki tecavüzlerden dolayı hukuk ve ceza davası açmaya yetkilidir.”

³¹⁷ **AYM T. 12.03.2009 E. 2009/16 K. 2009/46** Kanun hükmünde kararnamelerle suç düzenlenmesine ilişkin bezer bir karar için bkz. **AYM T. 5.02.2009 E. 2005/57 K. 2009/19** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 10.05.2020

³¹⁸ “Anayasa’nın 38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür. 556 sayılı KHK’nin itiraz konusu 9. ve 61. maddelerinde belirtilen eylemlere, 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 61/A maddesinde ceza yaptırımı öngörülmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığı gibi, bu eylemlere ceza öngören maddenin yasayla düzenlenmesi de bu sonucu değiştirmez.” **AYM T. 03.01.2008 E. 2005/5 K. 2008/2** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 05.05.2020

yapılamayacağı, kararnamelerdeki eylemlerin cezasının kanunlarda öngörülmesinin de bu yasağı etkilemeyeceği belirtilmiştir³¹⁹.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin kararı isabetlidir. Olağan dönem kanun hükmünde kararnameler ile suç ihdas edebilmesi mümkün değildir. Bu durum öncelikle idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağına da aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca AY m. 38'de "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*" ifadesiyle cezaların ancak kanun ile konulabileceği, AY m. 13'te ise "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*" ifadesiyle temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Suç ve cezaların ancak kanun ile belirlenebileceği dikkate alındığında, olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerle suç düzenlenmesi mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin bir diğer kararında ise geçmişe yürüme yasağı değerlendirilmektedir. İtiraz 6750 sayılı Ticari İşletmelerde Taşınır Rehni Kanunu geçici m. 1'deki "*Bu Kanun, yürürlüğe girdiği tarihte görülmekte olan dava ve takiplere uygulanmaz.*" ifadesine ilişkindir. Söz konusu kanunda suç düzenlemeleri de yer almaktadır³²⁰. Bu nedenle düzenleme ceza hukukunu da ilgilendirmektedir. İtirazın gerekçesi söz konusu düzenlemenin lehe kanunun geçmişe yönelik uygulanmasına engel oluşturduğu için Anayasaya aykırı olduğudur. Çünkü söz konusu düzenleme nedeniyle kanun lehe olsa dahi devam eden davalara uygulanamayacaktır.

Anayasa Mahkemesi incelemesini "...dava..." ifadesiyle sınırlı olarak yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa m. 38'de lehe kanunun geçmişe yürütülmesine ilişkin açık bir hükmün bulunmadığını, ancak aksi bir düzenlemenin de bulunmadığını belirtmiştir³²¹. Bununla birlikte ceza davalarında lehe kanunun geçmişe yürütülmesinin

³¹⁹ "Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığı gibi, bu eylemlere ceza öngören maddenin yasayla düzenlenmesi de bu sonucu değiştirmez." AYM T. 12.03.2009 E. 2009/16 K. 2009/46 <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 10.05.2020

³²⁰ **TİTRK Madde 16** "1. ...hâllerinde alacağını tamamen veya kısmen tahsil edemeyen rehin alacaklılarının şikayeti üzerine güvence altına alınan borç tutarının yarısını geçmemek üzere adli para cezası uygulanır. 2. ilgili kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bir taşınırı rehin almak suretiyle ödünç para verme işini devamlı yapan kişi, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 241 inci maddesine göre cezalandırılır."

³²¹ "Aleyhe kanunun geçmişe uygulanması yasağından farklı olarak lehe kanunun uygulanması ilkesine ilişkin bir hükme Anayasa'nın 38. maddesinde açıkça yer verilmemiştir. Bununla birlikte

anayasal bir zorunluluk olduğu belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemenin, lehe kanunun geçmişe yürütülmesine engel oluşturduğu kanaatine ulaşan mahkeme, düzenlemede yer alan “...dava...” ifadesinin iptaline karar vermiştir³²².

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi’nin kararı hakkaniyet bakımından isabetlidir. Çünkü TCK m. 7/2³²³’de, lehe kanunun geçmişe yürütülebileceği açık bir şekilde düzenlenmekle birlikte, Anayasa’da bu konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece AY m. 38’de³²⁴ fiilin işlendiği sırada kanunda suç olarak düzenlenmeyen fiillerden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte lehe kanunun bazı kişiler bakımından geçmişe uygulanabilirken, bazı kişiler için uygulanamaması adil değildir. Ayrıca suçta ve cezada kanunilik ilkesi aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından birisi de lehe kanunun geçmişe yürütülebilmesidir. Bu nedenle lehe kanunun geçmişe yürütülmesine engel teşkil eden söz konusu hüküm suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bununla birlikte Anayasada lehe kanunun geçmişe yürütülebileceğine ilişkin herhangi bir ifadenin bulunmaması önemli bir eksikliktir. Bu nedenle Anayasaya lehe kanunun geçmişe yürütülebileceğine ilişkin açık bir hükmün getirilmesi isabetli olacaktır.

Geçmişe yürüme yasağına ilişkin bir diğer itiraz ise 12.12.2009 tarihli ve 5941 sayılı Çek Kanunu’nun 5. maddesine ilişkindir. Çek Kanunu m. 5/1’de “Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin

aynı maddede suç için mutlaka fiilin işlendiği zaman yürürlükte olan kanunun öngördüğü cezanın verilmesi yönünde bir kural da bulunmamaktadır.” **AYM T. 11.04.2019 E. 2019/9 K. 2019/27** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 29.04.2020

³²² “Kural, hukuk ve ceza normu ayrımı yapmaksızın Kanun’un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla görülmekte olan davalara Kanun hükümlerinin uygulanmamasını öngörmektedir. Bu durum ceza hükümlerinin uygulanması bakımından farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu çerçevede kural 6750 sayılı Kanun’un yürürlük tarihinden önce işlenen ve ceza davası açılmış bir suç yönünden bu Kanun’un ceza hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle kural, mülga Kanun döneminde işlenmiş ve anılan Kanun yürürlükte iken ceza davası açılmış suçlar hakkında önceki ve sonraki kanun hükümlerinden lehe olanın tespitine ve sonraki Kanun hükümlerinin lehe olması durumunda bunların uygulanmasına imkân vermemektedir. Bu durum suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında olan lehe kanunun uygulanması ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.” <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 29.04.2020

³²³ **TCK madde 7/2** “Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.”

³²⁴ **AY m. 38** “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükümlenir.” ifadelerine yer verilmiştir. İtirazda kuralın yürürlüğe girdiği tarihte çok sayıda ileri tarihli keşide edilmiş çek bulunduğu, bu ileri tarihli çeklerin kuralın yürürlüğe girmesinden sonra karşılıksız çıkması durumunda kişilerin çekin düzenlendiği tarihte suç olarak düzenlenmemiş fiillerinden dolayı cezai yaptırıma maruz kalacakları belirtilmiştir³²⁵.

Anayasa Mahkemesi bu düzenlemenin AY m. 38’e aykırı olmadığına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde çekin yazılı düzenlenme tarihine göre süresi içinde bankaya ibraz edilip, karşılıksız işleminin uygulanmasıyla tamamlanacağı belirtilmiştir³²⁶. Söz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden sonra çekin karşılıksız çıkmasına sebebiyet verenlerin cezalandırıldığı, bu durumun da geçmişe yürüme yasağını ihlal etmediği belirtilmiştir.

Karşılıksız çek keşide etme suçunun oluşabilmesi için geçerli bir çekin süresi içinde bankaya ibraz edilmiş olması, ibraz edilen bedelin kısmen veya tamamen karşılığı bulunmaması nedeniyle ödenememiş olması gerekmektedir³²⁷. Kişilerin cezalandırılabilmesi için çekin karşılıksız çıkması şarttır³²⁸. Suç söz konusu çekin bankaya ibraz edildiği sırada oluşmakta, hesapta çekin karşılığının bulunmamasıyla tamamlanmaktadır³²⁹. Buradan hareketle suçun karşılıksız çekin ibraz edilmesiyle ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Burada aslında kişilere çekin ibraz tarihinde bankaya yeterli miktarda para bulundurma yükümlülüğü getirilmekte, bu yükümlülüğün ihmali suçu oluşturmaktadır. Suçun çekin ibraz edildiği sırada karşılığının bulunmamasıyla oluşması nedeniyle, Anayasa Mahkemesi’nin kararı isabetlidir. Çünkü suç kuralın

³²⁵ “Kuralın yürürlüğe girdiği 9.8.2016 tarihinden önce piyasada çok sayıda ileri tarihli keşide edilmiş çek bulunduğu, kuralın yürürlüğe girmesiyle birlikte bir geçiş süreci öngörülmediğinden, 9.8.2016 tarihinden önce vadeli olarak keşide edilen çeklerin karşılıksız çıkması durumunda çek sahiplerinin çek imza ettikleri tarihte suç olmayan eylemlerinden dolayı cezai yaptırım ile karşı karşıya kalacakları belirtilerek kuralların Anayasa’nın 2., 5., 13., 19 ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.” **AYM T. 26.07.2017 E. 2016/191 K. 2017/131** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 11.05.2020

³²⁶ ““Karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu, neticesi harekete bitişik bir suç olup üzerinde yazılı düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibraz edilip karşılığının olmadığına dair işlemin yapılması ile tamam olur. İtiraz konusu kuralla, kuralın yürürlüğe girdiği tarihten sonra çekle ilgili karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verenlerin cezalandırılması öngörülmekte olup geçmişe yönelik bir cezalandırma söz konusu değildir.” **AYM T. 26.07.2017 E. 2016/191 K. 2017/131** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 11.05.2020

³²⁷ Alev Deniz **Dursun**, *Karşılıksız Çek Keşide Etmenin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 99.; İzzet **Özgenç**, *Çek Kanunu*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 84.

³²⁸ Dursun, *Karşılıksız Çek*, s. 109.

³²⁹ Özgenç, *Çek Kanunu*, s. 85.

yürürlükte olduğu dönemde işlenmiş olmakta, kuralın yürürlüğe girmesinden önce çekin düzenlenmesi tek başına suçu oluşturmamaktadır.

V. ULUSLARARASI METİNLERDE SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

A. Genel Olarak

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine uluslararası metinlerde kendisine yer bulmuştur. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi içeriğinde suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer veren, insan hakları bakımından önem taşıyan uluslararası belgelerdir. Bu başlık altında bu uluslararası metinlerde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin hükümlere yer verilmektedir.

B. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer veren ilk uluslararası insan hakları belgesidir³³⁰. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 10 Aralık 1948 günü Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 217A8 (III) sayılı kararıyla kabul edilmiştir³³¹. Türkiye tarafından, 6 Nisan 1949 tarih ve 91119 sayılı bakanlar kurulu kararıyla, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin Resmi Gazete’de yayınlanmasına karar verilmiş olup, beyannamenin Türkçe metni 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır³³².

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi kabul edildiği şekli ile giriş ve 30 maddeden oluşmaktadır³³³. Bu 30 maddenin temel ve medeni haklar ile sosyal haklar şeklinde iki başlığa ayrılarak incelenmesi mümkündür³³⁴. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde yer verilen ilkelerin, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’ne göre “*Hukukun uygar uluslarca tanınmış genel ilkeleri*”nden olduğu yahut beyannamenin uluslararası teamül

³³⁰ Baytaç, s. 24.

³³¹ Rona **Aybay**, *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006, s. 1.

³³² <https://www.tbmm.gov.tr/komisyoin/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> Erişim Tarihi: 02.05.2020

³³³ Alpay **Hekimler**, “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin Kabul Edilişinin 60. Yıldönümünde Taşıdığı Anlam ve Önemi”, *Sosyal Bilimler Metinleri Dergisi*, Cilt: 2009, Sayı: 1, 2009, s. 8.

³³⁴ Hekimler, s. 8.

hukukundan sayılması şeklindeki görüşlerle ilkeye bağlayıcılık kazandırılmaya çalışılsa da beyanname sadece tavsiye niteliğindedir³³⁵.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 11. maddesi “1. Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılama sonunda, yasaya göre suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır. 2. Hiç kimse işlendiği sırada ulusal yada uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”³³⁶ şeklinde düzenlenmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin bu maddeden anlaşıldığı üzere hiç kimse fiilin işlendiği zaman ulusal yahut uluslararası hukuka göre suç olarak düzenlenmemesi durumunda cezalandırılmayacaktır. Aynı zamanda suçun işlendiği zaman kanunda belirlenmiş cezadan daha ağır bir cezaya hükmedilemeyecektir. Aynı maddenin ilk fıkrasında ise adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir.

C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa'nın ilk siyasi kuruluşu olan Avrupa Konseyi, 1949 yılında kurulmuş olup, insan haklarının ve temel özgürlükleri geliştirmek ve korumak Konsey'in amaçları arasındadır³³⁷. Avrupa Konseyi'ne ilişkin statü on devlet tarafından 5.05.1949 tarihinde Londra'da imzalanmış ve 3.08.1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir³³⁸. Türkiye bu statüye kurucu ülke olarak 5456 sayılı kanun ile 12.12.1949 tarihinde üye olmuştur³³⁹.

İnsan haklarını koruma amacını gerçekleştirebilmek amacıyla hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi'ne üye devletler tarafından, 4.11.1950 tarihinde

³³⁵ Beyanname Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca oylama sonucunda kabul edilmiş olması nedeniyle tavsiye niteliğindedir. Aybay, s. 2.

³³⁶ http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rights_turkce.pdf Asıl metin için bkz. **İHEB Madde 11** “(1) Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence. (2) No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.” <http://dergi.neu.edu.tr/public/journals/7/sayi/NEU-Journal-of-Social-Science-Vol-I-No-1.pdf#page=7> Erişim Tarihi: 02.05.2020

³³⁷ Şeref Ünal, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 144.

³³⁸ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 31.

³³⁹ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s. 31.

Roma’da imzalanmıştır³⁴⁰. Sözleşme 03.09.1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁴¹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye tarafından 1952 tarihinde imzalanmış olup, 1954 tarihinde onaylanmasıyla birlikte yürürlüğe girmiştir³⁴².

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 7’de suçta ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme “(1) Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Yine hiç kimseye suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanundan daha ağır bir ceza verilemez. (2) Bu madde işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.” şeklindedir³⁴³.

Bu düzenlemede açık bir şekilde cezai yaptırımın işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre yapılması ve failin durumunun aleyhe bir uygulamayla ağırlaştırılmaması gerektiği ifade edilmektedir³⁴⁴. Görüldüğü üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 7. maddesi açık bir şekilde suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer vermiştir³⁴⁵.

Burada dikkat çeken husus maddenin orijinal metninde “kanun” kavramının karşılığı olan “code” veya “statute” yerine, “hukuk” kavramının karşılığı olan “law” kavramına yer vermiş olmasıdır³⁴⁶. 7. maddedeki “law” kavramından anlam olarak “kanun” kavramının anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir³⁴⁷. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8/2, 9/2,10/2’de de “law” ifadesine yer verilerek “kanun” kavramı kastedilmektedir³⁴⁸. Ancak sözleşmeden anlaşılan kanun, gerek yasama tarafından çıkarılan hukuki metinleri, gerekse de içtihatları, erişilebilirlik ve öngörülebilirlik şartlarını sağlamak şartıyla kapsamına almaktadır³⁴⁹. Bu çerçevede ifadenin kapsamına yasa altı düzenleyici işlemler girebileceği gibi yazılı olmayan kurallar da

³⁴⁰ Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 10; Ünal, s. 144.

³⁴¹ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 10.

³⁴² Baytaç, s. 26.

³⁴³ Ümit Sade, “Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 7. Maddesi Işığında Suçta ve Cezada kanunilik İlkesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007 (Yüksek Lisans Tezi), s. 35.

³⁴⁴ Sade, s. 36.

³⁴⁵ Metiner ve Koç, s. 14.

³⁴⁶ Baytaç, s. 27.

³⁴⁷ Sade, s. 36; Baytaç, s. 27.

³⁴⁸ Baytaç, s. 27.

³⁴⁹ Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli kararlar*, Legal Yayınevi, Ankara, 2012, s. 858.

girebilmektedir³⁵⁰. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için AİHM kararları çerçevesinde değerlendirilme yapılması isabetli olacaktır.

AİHM'in inceleyeceğimiz ilk kararı 25.03. 1993 tarih 14307/88 başvuru nolu *Kokkinakis v. Yunanistan* davasına ilişkindir. Söz konusu davada Yehova şahidi olan Kokkinakis 1986 yılında din propagandası yapmak suçundan adli para cezasına çevrilebilen 4 ay hapis çarptırılmıştır³⁵¹. Kokkinakis iç hukuk yollarını tükettikten sonra suçlu bulunduğu düzenlemenin belirlilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle AİHS m. 7'nin ihlal edildiğini belirtmiştir.. AİHM *"Sözleşmenin 7/1. Fıkrası, ceza kanunlarının sanık aleyhine geriye yürümezliği ile sınırlı olmayıp, bu madde daha genel olarak bir suç ve cezanın sadece yasa tarafından tanımlanması ilkesi ile ceza kanunlarının sanığın aleyhine, örneğin kıyas yoluyla genişletilememesi ilkesini getirmektedir. Buna göre bir suçun yasada açıkça tanımlanması gerekir. Bir kimsenin kendisini sorumlu kılan ilgili yasa hükmünü gerekirse mahkemelerin yorumuyla birlikte bilebilir durumda olması halinde, bu şart yerine getirilmiş sayılır. Olayda bu şartlar yerine getirilmiş olduğundan, kanunsuz ceza olmaz ilkesinin ihlal edilmediği sonucuna varılmalıdır."* şeklinde karar vermiştir.

Benzer konudaki bir diğer karar 20.11.1995 tarih 20190/92 başvuru nolu *S.W v. Birleşik Krallık* davasıdır³⁵². Olayda başvuru ve mağdur evli olmakla birlikte boşanma aşamasındadır. Bununla birlikte ailevi problemler nedeniyle mağdur aile konutunu terk ederek anne babasının evine gitmiştir. Dava konusu olay 12 Kasım 1989 tarihinde akşam 9'da meydana gelmiştir. Başvurucu zorla mağdurun evine girerek mağdurun boğazını sıkarak cinsel saldırıya teşebbüste bulunmuştur. İngiliz hukukundaki 1736 tarihli bir ceza davasındaki kocanın eşine tecavüzden suçlu bulunamayacağına ilişkin düzenleme tartışma oluşturmıştır. Başvurucu cinsel saldırıya teşebbüs ve kasten yaralamadan 3 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Bu süreçte Birleşik Krallıkta hukuk komisyonu tarafından kocanın eşine cinsel saldırıda bulunamayacağına ilişkin hükmün değiştirilmesi, eşe cinsel saldırının da suç olarak kabul edilmesi yönünde düzenlemeler bulunmaktadır.

³⁵⁰ Doğru ve Nalbant, s. 858.

³⁵¹ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2214307/88%22\],%22itemid%22:\[%220015-7827%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2214307/88%22],%22itemid%22:[%220015-7827%22]}) Erişim Tarihi: 09.05.2020

³⁵² [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22tabview%22:\[%22document%22\],%22itemid%22:\[%22001-57955%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-57955%22]}) Erişim Tarihi: 09.05.2020

Söz konusu davada başvuru o dönemdeki Birleşik Krallık Hukuku'na göre bir eşin diğerine tecavüz suçuyla mahkum edilemeyeceğini, hukukun mütecaviz eşe dokunulmazlık sağladığını, bu nedenle cezalandırmanın öngörülemez olduğunu, son dönemde kocanın eşine cinsel saldırıda bulunmasına ilişkin çalışmaların geçmişe uygulanamayacağını ifade etmiştir. Mahkeme ise Birleşik Krallık hukukunun evlilik içi tecavüze ilişkin dokunulmazlığı kaldırma yöneliminde olduğu, bu nedenle başvuru fiili nedeniyle cezalandırılabilirliğini öngörebileceği gerekçesiyle itirazı yerinde bulmamıştır.

Kokkinakis v. Yunanistan ve *S.W v. Birleşik Krallık* davasındaki kararlar dikkate alındığında AİHM'in, sadece kanunu değil diğer iç hukuk düzenlemelerini de dikkate aldığı anlaşılmaktadır. Mahkeme kanunların yanında diğer hukuki metinleri de dikkate almaktadır. Değerlendirme sonucunda failin, fiilin cezalandırılabilirliğini öngörüp öngöremeyeceği hususunda bir kanaate ulaşarak karar vermektedir. Eğer fail tüm hukuk düzeni dikkate alındığında cezalandırılabilirliğini öngörebiliyorsa suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edilmediği; fail cezalandırılabilirliğini öngöremiyorsa ilkenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktadır. Ancak bunun için içtihat veya diğer düzenleyici işlemler erişilebilir olmalıdır.

08.07.199 tarih ve 25536/94 başvuru nolu *Başkaya ve Okçuğlu v. Türkiye* davası kararı da önem taşımaktadır³⁵³. Söz konusu davada Fikret Başkaya'nın "*Batılılaşma, Çağdaşlaşma, Kalkınma-Paradigmanın İflası/ Resmi İdeolojinin Eleştirisi*" isimli kitabı Selim Okçuoğlu'nun sahibi olduğu Doz yayınevi tarafından 1991 yılında yayınlanmıştır. Söz konusu kitaptaki bazı ifadeler nedeniyle Fikret Başkaya ve Selim Okçuoğlu İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından Terörle Mücadele Kanunu m. 8/1-2³⁵⁴ gereği devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propagandadan suçlu

³⁵³

³⁵⁴

<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-120623%22%5D%7D> Erişim Tarihi: 09.05.2020
TMK Madde 8 "[1] Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş kullanılan yöntem veya amaca bakılmaksızın, yapılamaz. Yapanlar hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis ve elli milyon liradan yüz milyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur. [2] Birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun 5680 sayılı Basın Kanununun 3' üncü maddesinde belirtilen mevkateler vasıtası ile işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de mevkute bir aydan az süreli ise, bir önceki ay ortalama satış miktarının veya suçun mevkateler haricinde basılı malzemeleri içermesi veya mevkutenin yeni açılmış olması durumunda en büyük tiraja sahip olan günlük gazetenin bir önceki ay ortalama satış miktarının yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilir. Ancak, bu para cezaları yüz milyon liradan az olamaz. Bu mevkatelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek para cezasının yarısı uygulanır ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezası hükmolunur"

bulunmuştur. Başkaya 2 yıl 6 ay hapis ve adli para cezasına çarptırılırken, Okçuoğlu 6 ay hapis ve adli para cezasına çarptırılmıştır. Başkaya söz konusu düzenlemenin yeterli açıklıkta olmadığı gerekçesiyle, Okçuoğlu ise söz konusu düzenlemede sadece para cezasına mahkumiyetin düzenlendiği, hapis cezası verilemeyeceği gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur.

AİHM Başkaya bakımından AİHS m. 7'nin ihlal edilmediğine karar verirken, Okçuoğlu bakımından ihlal kararı vermiştir. Okçuoğlu'nun cezalandırıldığı Terörle Mücadele Kanunu m. 8/2 *"Birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun 5680 sayılı Basın Kanununun 3' üncü maddesinde belirtilen mevkuteler vasıtası ile işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de mevkute bir aydan az süreli ise, bir önceki ay ortalama satış miktarının veya suçun mevkuteler haricinde basılı malzemeleri içermesi veya mevkutenin yeni açılmış olması durumunda en büyük tiraja sahip olan günlük gazetenin bir önceki ay ortalama satış miktarının yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilir. Ancak, bu para cezaları yüz milyon liradan az olamaz. Bu mevkutelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek para cezasının yarısı uygulanır ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezası hükmolunur"* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme Basın Kanunu m. 3³⁵⁵'e atıf yaparak suçun "mevkute" olarak tanımlanan yayınlarla işlenmesi durumunda yayınevi sahibinin de adli para cezası ile cezalandırılacağını, müdürlere ise hapis cezası verilebileceği ifade etmektedir. Basın Kanunu m. 3'de mevkute *"Gazetelere, haber ajansları neşriyatına ve belli aralıklarla yayınlanan diğer bütün basılmış eserlere bu Kanunda "mevkute" denir"* şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca Terörle Mücadele Kanunu m. 8/2'de yayınevi müdürüne hapis cezası öngörülürken, yayınevi sahibi bakımından sadece para cezası öngörülmüştür. AİHM Terörle Mücadele Kanunu m. 8/2'deki propaganda suçunun basılı eserlerle işlenmesi durumunda yayınevi sahibi olan Okçuoğlu'na verilen hapis cezasının, aynı fıkradaki sorumlu müdürler hakkındaki hapis cezasının kıyas yoluyla geniş yorumlanması sonucu verildiği gerekçesiyle, kararın *"kanusuz ceza olmaz"* ilkesiyle bağdaşmadığına hükmetmiştir.

355

Basın Kanunu Madde 3 *"Gazetelere, haber ajansları neşriyatına ve belli aralıklarla yayınlanan diğer bütün basılmış eserlere bu Kanunda "mevkute" denir. Basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde gösterilmesi veya asılması veya dağıtılması veya dinletilmesi veya satılması veya satışa arzı 'neşir' sayılır. Fiilin ayrıca suç teşkil etmesi hali müstesna olmak üzere, basın suçu neşir ile vücut bulur."*

2005 tarihli *Camilleri v. Malta* davası suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile adil yargılanma hakkı arasındaki yakın ilişkiyi göstermektedir. Söz konusu davada John Camilleri, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHS m. 6'ya dayanarak ihlal başvurusunda bulunur³⁵⁶. AİHM ise başvuruyu AİHS m. 7 çerçevesinde değerlendirmiş, 7. maddenin keyfi soruşturmaya ve mahkumiyete izin vermediğini, dava konusu kanuni düzenlemenin öngörülebilirlik şartını ve keyfi cezalandırmaya karşı yeterli teminatı karşılamadığını belirterek AİHS m. 7'nin ihlal edildiğine karar vermiştir³⁵⁷.

Son karar ise geçmişe yürüme yasağına ilişkindir. *Zeyrek ve Ecer v. Türkiye* davasında 1991 yılında yürürlüğe giren Terörle Mücadele Kanunu'nun 1988 ve 1989'da işlenen fiillere uygulanması nedeniyle AİHM, AİHS'in 7. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir³⁵⁸. Başvuranlar Mehmet Zeyrek ve Abdüllaziz Ecer 2.09.1993 tarihinde Şırnak'ta PKK terör örgütüne yardım ve yataklıktan dolayı yakalanmışlardır. Bu kişiler ilk sorgularında 1988 yılından beri terör örgütü üyesi olduklarını, örgüte erzak taşıdıklarını itiraf etmişler; ancak mahkeme önünde bu itiraflarını reddetmişlerdir. Bu kişiler 1994 tarihinde 1988 ve 1989'daki PKK'ya yardım etmeleri nedeniyle yargılanmış 3 yıl 9 ay hapis ve 3 yıl süre ile kamu hizmetlerinden men cezası almışlardır. Bu kişilerin cezalandırılmasında ilk önce 765 sayılı TCK m. 169³⁵⁹ gereğince üç yıl hapis cezası öngörülmüş, bu ceza 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu m. 4 ile yarı oranda arttırılmıştır.

Başvurucular Terörle Mücadele Kanunu m. 5'in kendilerine uygulanmasının AİHS m. 7'nin geriye yürüme yasağının ihlali anlamına geldiği gerekçesiyle AİHM'e başvuruda bulunmuştur³⁶⁰. Hükümet savunmasında suçun mütemadi özellik arz ettiğini bu nedenle yakalandıkları tarihteki kanunun uygulanabileceğini belirtmiştir. AİHM yerel mahkemenin başvuruçuları 1988 ve 1989 tarihindeki suçlar bakımından yargıladığını,

³⁵⁶ Turinay, s. 212.

³⁵⁷ Turinay, s. 212.

³⁵⁸ [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-121068%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-121068%22]}) Erişim Tarihi: 09.05.2020

³⁵⁹ **765 sayılı TCK Madde 169** “Her kim, böyle bir cemiyete ve çeteye hal ve sıfatlarını bilerek barınacak yer gösterir veya yardım eder yahut erzak veya esliha ve cephane veya elbise tedarik eder ve- ya her ne suretle olursa olsun hareketlerini teshil ederse üç seneden beş seneye kadar ağır hapis ile cezalandırılır”

³⁶⁰ Doğru ve Nalbant, s. 861.

suçun süreklilik arz ettiğine dair ifadelere rastlanmadığını belirtmiştir³⁶¹. AİHM, 1991 tarihli kanunun suçun işlendiği tarihe göre daha ağır ceza öngördüğü, bu durumun başvuruçuların durumunu ağırlaştırması nedeniyle geçmişe yürüme yasağına aykırı olduğu, AİHS m.7'nin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır³⁶².

AİHS 15. maddesi “1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir. 2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez. 3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bildirir.”³⁶³ şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin askıya alınabileceği halleri düzenleyen bu maddeye göre suçta ve cezada kanunilik ilkesi olağanüstü hallerde dahi vazgeçilemeyecek bir ilkedir. Bu düzenleme ilkenin ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.

D. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş olup 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmıştır³⁶⁴. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiş olup Türkiye

³⁶¹ “Bu bağlamda Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemesi Başsavcısı’nın iddianamede başvuranları “1988 ve 1989 yılları arasında işlenen suçlarla” suçladığını gözlemlemiştir. Ayrıca, Devlet Güvenlik Mahkemesi 12 Mayıs 1994 tarihli kararında başvuranların 1988 ve 1989 yılları arasındaki fiillerinden dolayı suçladığını belirtmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi verdiği kararın hiçbir yerinde başvuranları 1989’dan sonra işlenen fiillerden dolayı suçlamamıştır. Mahkeme (ADHM), bu verilerden yola çıkarak başvuranların 1988 ve 1989 yıllarında veya iki tarih arasında işlendiği iddia edilen suçlardan dolayı yargılandıklarını gözlemlemiştir. Hükümet’in iddialarının aksine Mahkeme, 1988 ve 1989 yıllarının söz konusu fiillerin gerçekleşmeye başladığı tarih olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir.”
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-121068%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-121068%22]}) Erişim Tarihi: 09.05.2020
 Doğru ve Nalbant, s. 861.

³⁶³ <https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf> Erişim Tarihi: 09.05.2020

³⁶⁴ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/content/117-medeni-ve-siyasi-haklara-iliskin-uluslararası-sozlesme/> Erişim Tarihi: 10.05.2020

Sözleşme'yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır³⁶⁵. Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 4 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun, 18 Haziran 2003 tarih ve 25142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır³⁶⁶.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 15/1 suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer vermiştir³⁶⁷. Söz konusu düzenleme “1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir fiil veya ihmalden ötürü, suçlu bulunamaz. Hiç kimseye işlendiği zaman verilebilecek cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suçun işlenmesinden sonra, bir suça daha hafif bir ceza öngören bir yasa değişikliği yapıldığı takdirde, fail yapılan bu değişiklikten yararlanır” şeklindedir³⁶⁸.

Buna göre hiç kimse işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç teşkil etmeyen eylem ve ihmallerinden sorumlu tutulamayacaktır³⁶⁹. Kişiler işlediği zaman suç sayılmayan fiillerinden dolayı kendi ülke mahkemelerinde yargılanamayacağı gibi, uluslararası ceza mahkemelerinde de yargılanamayacaktır. Bir suça işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanundan daha ağır bir ceza verilemeyecek, fiilden sonra yürürlüğe giren kanun failin lehineyse sonradan yürürlüğe giren kanun uygulanacaktır³⁷⁰.

E. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi

Amerikan Devletleri Örgütü İkinci Dünya Savaşı sırasında Amerika kıtasındaki devletler tarafından kurulmuştur³⁷¹. Amerika Devletleri Örgütü tarafından hazırlanan Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi 25 devletin imzasıyla 22 Kasım 1969'da San Jose Kosta Rika'da kabul edilmiştir³⁷². Arjantin, Kolombiya, Uruguay, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ni onaylayan ülkeler ülkeler arasında yer almaktadır³⁷³. Bununla

³⁶⁵ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/117-medeni-ve-siyasi-haklara-iliskin-uluslararası-sozlesme/> Erişim Tarihi: 10.05.2020

³⁶⁶ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/117-medeni-ve-siyasi-haklara-iliskin-uluslararası-sozlesme/> Erişim Tarihi: 10.05.2020

³⁶⁷ Gülşah Bostancı, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012 (Yüksek Lisans Tezi), s. 24

³⁶⁸ <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf> Erişim Tarihi: 10.05.2020

³⁶⁹ Bostancı, s. 24.

³⁷⁰ Bostancı, s. 24.

³⁷¹ Volkan Arslan, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2, 2012, s. 263.

³⁷² Arslan, s. 268.

³⁷³ Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 59.

birlikte Amerika Birleşik Devletleri Sözleşme'yi 01.06.1977 tarihinde imzalamış olmasına rağmen onaylamamıştır.

Amerika İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkindir³⁷⁴. Söz konusu düzenleme “*Hiç kimse, işlendiği zaman yürürlükte olan kanun uyarınca bir suç teşkil etmeyen herhangi bir eyleminden ya da ihmalinden ötürü mahkum edilmeyecektir. Suç işlendiği zaman uygulanabilir olandan daha ağır olan bir ceza verilmeyecektir. Suçun işlenmesinden sonra çıkarılan kanun daha hafif bir ceza verilmesini öngörüyor ise, suçlu kişi bundan yararlanacaktır.*” şeklindedir³⁷⁵. Bu düzenleme ilendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağını belirterek, açık bir şekilde geçmişe yürüme yasağına yer vermiştir. Ancak suçta ve cezada kanunilik ilkesinin diğer sonuçları Sözleşme’de açık bir şekilde yer verilmemiş olması da dikkat çekmektedir.

F. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi

Afrika kıtasında, insan hakları ve temel hürriyetlerin korunması hususunda uzun süre çaba sarf edilmişse de, 23 Mayıs 1963 tarihinde Addis Ababa’da kabul edilen Afrika Birliği Organizasyonunun kurucu antlaşmasına kadar başarılı bir girişim olmamıştır³⁷⁶. Afrika Birliği Organizasyonu tarafından insan haklarını koruyacak bir sözleşme yapılması çabaları neticesinde, organizasyon komisyonu tarafından insan hakları konusunda hazırlanan taslağın Nairobi’de 1981 yılında kabul edilmesiyle, Banjul Sözleşmesi veya Afrika Şartı olarak da bilinen Afrika İnsan ve Halklarının Hakları Sözleşmesi ortaya çıkmıştır³⁷⁷.

Sözleşme 3 kısımdan oluşmakta olup, ilk bölümüyle insan hakları koruma altına alınmaktadır³⁷⁸. İkinci bölümde bireyin aileye, devlete ve topluma karşı görevleri; üçüncü ve son bölümde ise insan haklarına ilişkin genel hükümler düzenlenmiştir³⁷⁹. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi’nin Afrika Organizasyonu bünyesinde

³⁷⁴ Nedim **Bekri**, “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri İle Uluslararası Ceza Hukuku Uygulamalarındaki Durumu”, *Adalet Dergisi*, Sayı: 38, 2010, s. 79.

³⁷⁵ Bekri, s. 79.

³⁷⁶ Turinay, s. 212.

³⁷⁷ Mehmet Semih **Gemalmaz**, “Afrika İnsan ve Halkların Şartı Üzerine Düşünceler”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 7, Sayı: 2, 1987, s. 134.

³⁷⁸ Richard **Gittleman**, “The African Charter of Human and people rights: A Legal Analysis”, *Virginia Journal of International Law*, Cilt: 22, Sayı: 4, 1982, s. 673.

³⁷⁹ Gittleman, s. 674

imzalanması nedeniyle sözleşmenin tarafları Afrikalı devletlerdir³⁸⁰. 21 Ekim 1986 tarihinde yürürlüğe giren sözleşme ilk etapta 26 devlet tarafından onaylanırken, 2019 tarihi itibarıyla 53 ülke tarafından onaylanmıştır³⁸¹.

Sözleşme’de ceza hukukuna ilişkin önemli güvenceler bulunmaktadır. Sözleşme’nin 6. maddesi “*Her birey kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse, kanun tarafından daha önceden düzenlenmiş nedenler ve koşullar hariç, özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Özellikle, hiç kimse keyfi olarak gözaltına alınamaz ya da gözaltında tutulamaz.*”³⁸² şeklinde düzenlenmiş olup açık bir şekilde kanunlarda düzenlenmemiş nedenlerle kişilerin özgürlüğünün sınırlanamayacağı ifade edilmiştir. İlkeden kanunda düzenlenmemiş suçlar ve koruma tedbirleriyle kişilerin cezalandırılmayacağı anlaşılmakta, bu yönüyle suçta ve cezada kanunilik ilkesine atıfta bulunmaktadır.

Sözleşme’nin adil yargılanma hakkına ilişkin 7. maddesi “1. Her birey davasının/(taleplerinin) dinlenmesine hak sahibidir. Bu hak: (a)yürürlükteki sözleşmeler, yasalar, düzenlemeler ve teamül ile tanınan ve güvence altına alınan temel haklarını ihlal eden tasarruflara karşı yetkili ulusal organlara başvurma hakkını; (b) yetkili bir mahkeme yahut yargı yeri tarafından suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılma hakkını; (c) kendi seçeceği bir avukat tarafından savunulması hakkı dahil olmak üzere, savunma hakkını; (d) tarafsız bir mahkeme yahut yargı yeri tarafından makul bir süre içerisinde yargılanma hakkını, kapsar. 2. Hiç kimse, işlendiği zaman yasal olarak cezalandırılabilir bir suç oluşturmayan bir eylem yahut ihmalden ötürü cezalandırılmaz. İşlendiği zaman o hususta herhangi hüküm öngörülmemiş bulunan bir suç için hiçbir ceza verilemez. Cezanın kişisel olması/(şahsiliği) esastır ve ceza sadece suçluya verilebilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Düzenlemenin suçta ve cezada kanunilik ilkesinin adil yargılanma hakkı içindeki yerinin anlaşılması bakımından önemlidir³⁸³. Sözleşme’nin 7. maddesinin 2. fıkrasında suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından geçmişe yürüme yasağına yer verilmiş, bunun yanında suçların ve cezaların şahsiliği ilkesi de maddede kendisine yer bulmuştur.

³⁸⁰ Ahmet **Bahçe** ve Abdullah **Demir**, “Uluslararası belgelerde ifade özgürlüğü”, *Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 2017, s. 26

³⁸¹ https://en.wikipedia.org/wiki/African_Charter_on_Human_and_Peoples%27_Rights Erişim Tarihi: 10.05.2020

³⁸² <http://www.humanrights.se/wp-content/uploads/2012/01/African-Charter-on-Human-and-Peoples-Rights.pdf> Erişim Tarihi: 10.05.2020

³⁸³ Turinay, s. 214.

İKİNCİ BÖLÜM

SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNİN SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kanun koyucuya ve uygulamaya yönelik bazı sonuçları bulunmaktadır. Belirlilik ilkesi ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağı ilkenin kanun koyucuya yönelik sonuçları arasında yer almaktadır. Örf ve adet hukukuyla suç ve ceza konulması yasağı ve kıyas yasağı ise ilkenin kanun uygulayıcısına yönelik sonuçları arasındadır.

Bu bölümün ikinci kısmında öncelikle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kanun koyucuya yönelik sonuçları başlığı altında belirlilik ilkesi, suçlar ve yaptırımlar şeklinde ayrılarak, tartışmalı hususlar ve yüksek mahkeme kararlarıyla birlikte incelenecektir. İlkenin kanun koyucuya yönelik bir diğer sonucu olan idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağı da yine yüksek mahkeme kararlarıyla incelenecektir. Bu başlık altında beyaz hüküm ve Cumhurbaşkanlığına ayrıntılı şekilde yer verilecektir.

Bu bölümün son kısmında ise ilkenin uygulamaya yönelik sonuçları ele alınacaktır. Uygulamaya yönelik bu sonuçlar ise örf ve adet hukukuyla suç ve ceza konulması yasağı ve kıyas yasağıdır. Örf ve adet kavramıyla kıyas kavramı ayrıntılı şekilde açıklanacak, cezai hukukundaki işlevlerine ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından önemine değinilecektir. Örf ve adet hukukuyla suç ve ceza konulması yasağı ve kıyas yasağına ilişkin tartışmalı hususlar irdelenecektir.

II. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNİN KANUN KOYUCU BAKIMINDAN SONUÇLARI

A. Belirlilik İlkesi (*LEX CERTA*)

1. İlkenin Anlamı

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, bir fiili suç haline getirme ve bu fiile karşılık gelen yaptırımı belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir. Kanun koyucu toplum menfaatleri çerçevesinde suç ve cezaları belirleme yetkisine sahiptir. AY m. 38/3 “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*” şeklinde düzenlenmiştir. AY m. 87’de kanun koyma yetkisinin TBMM’ye ait olduğu, AY m. 7’de ise yasama yetkisinin TBMM tarafından devredilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde, kanun koyma yetkisinin sadece TBMM’de olduğu, suç ve cezaların da ancak TBMM tarafından düzenlenebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Kanunların çıkarılması, suç ve cezaları belirleme yetkisinin sadece TBMM’ye verilmesi, bunların belirlenmesinde TBMM’nin tamamen serbest olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü TBMM, üstünde bir kuvvet olarak Anayasa ile bağlıdır. Bu nedenle suç ve cezalar belirlenirken Anayasa’da da yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesine riayet edilmelidir. Bu ilkelerden birisi de belirlilik ilkesidir. Nitekim TCK m. 2’de “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbirine hükümlenemez*” ifadesine yer verilmiştir. Bu hüküm kanun koyucuya suçları düzenlerken, açık ifadelerle yer verme yükümlülüğü getirmekte, aynı zamanda da belirlilik ilkesine işaret etmektedir.

Ceza normlarının belirlilik ilkesi çerçevesinde tespiti iki açıdan önem taşımaktadır. Bunlardan birincisi, ceza hukukunun kaynaklarına ilişkin olup, kanun koyucu tarafından belirlilik ilkesi göz önünde bulundurularak, birden fazla anlama gelecek ifadelerin madde metninde yer almaması gerekmektedir³⁸⁴. İkinci olarak kanun koyucunun, normun belirli ve anlaşılır olmasına özen göstermesi gerekmektedir³⁸⁵. Belirlilik ilkesi

³⁸⁴ Ezgi Aygün Eşitli, “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 26, Sayı: 106, 2013, s. 236; Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 70; Önder, s. 60.

³⁸⁵ Toroslu ve Toroslu, s. 58; Özen, *Genel Hükümler*, s. 96; Önder, s. 60; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 132.

kanunların çıkarılması, kanunların ifade edilmesi ve kanun yapma tekniğine ilişkin olması nedeniyle kanunilik ilkesinin kanun koyucuya yönelik sonuçlarından birisidir³⁸⁶.

Belirlilik ilkesi gereğince kanun koyucu suç ve ceza içeren kanunları düzenlerken mümkün mertebe açık ve kesin ifadeler kullanmalıdır³⁸⁷. Bu çerçevede ceza kanunlarında suçun unsurlarının, ceza ve cezayı etkileyen unsurların, yasada açık bir şekilde belirtilmesinin yanında, suç karşılığı hangi cezaya hükmedileceği hususunda tereddüde yer verecek ifadelerin bulunmaması gerekmektedir³⁸⁸.

Belirlilik ilkesinin mantıki esası, ceza hukukunun emredici olma niteliğine ve ceza tehdidinin caydırıcı olma fonksiyonuna dayanmaktadır³⁸⁹. Çünkü ceza hukukunun emredicilik ve caydırıcılık niteliği, ancak yasaklanan davranışların yeterli açıklıkta ifade edilmesi ve normun muhataplarının, normdan kolayca haberdar olabilmesi ile mümkündür³⁹⁰. Aksi takdirde, kişilerin bilgi sahibi olmadıkları, anlayamadıkları bir suçtan çekinmeleri ve suç işleme düşüncesinden vazgeçmeleri söz konusu olmayacaktır.

Belirlilik ilkesi temelde hukuk devleti ilkesiyle yakın ilişki içerisinde. Soyut nitelikteki, somutlaşmaya muhtaç olan hukuk devleti ilkesi, belirlilik ilkesiyle birlikte kanunlarda somutlaşmakta ve etkin hale gelmektedir³⁹¹. Hukuk devleti ilkesinin, belirlilik ilkesine uygun kanunlarla anlamını bulması, aynı zamanda hukukun üstünlüğünün sağlanmasına da hizmet etmektedir.

Belirlilik ilkesi, hukuk güvenliğiyle yakın ilişki içerisinde. Belirlilik ilkesi, hukuk güvenliğinin sonucu olarak yaşam alanlarının korunmasını ve insanların davranışlarının sınırlarını öğrenerek davranışlarını yönlendirebilmesini; normun açık, kesin, anlaşılabilir ve ulaşılabilir olmasını ifade etmektedir³⁹². Suçların ve cezaların belirlenmesinde belirlilik ilkesine aykırı hareket edilmesi, kanunilik ilkesine ve onun güvence fonksiyonuna aykırıdır. Çünkü bireylerin hareket özgürlüğünden

³⁸⁶ Baytaç, s. 73; Dilaver **Nişancı**, “Anayasa Mahkemesi Kararları ışığında Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesi”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 62, 2015, s. 36.

³⁸⁷ Dönmezer ve Erman s. 20; Eşitli, s. 236.

³⁸⁸ Nişancı, s. 36; Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 71; Öztürk ve Erdem, s. 45.

³⁸⁹ Toroslu ve Toroslu, s. 59; Selahattin **Kolcu**, “Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesinin Ön Unsuru Olarak Belirlilik İlkesi”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 76, 2016, s. 15.

³⁹⁰ Eşitli, s. 36; Kolcu, s. 15.

³⁹¹ Osman **Can**, “Belirlilik İlkesine Anayasal Bir Bakış”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1-2, 2005, s. 93; Kolcu, s. 15.

³⁹² Ahmet Tuna **Altınöz**, “Kanunilik İlkesi Üzerine Notlar”, *Bursa Barosu Dergisi*, Yıl: 41, Sayı: 98, 2016, s. 56; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 132.

bahsedilebilmesi için hangi fiillerin suç teşkil edeceğinin bilinmesi gerekmektedir. Bireylerin kanunu anlamaması durumunda ise birey hangi fiillerinin suç teşkil ettiği noktasında tereddüde düşecek, suç teşkil etmediğini düşündüğü bir fiilinden dolayı cezalandırılması söz konusu olabilecektir³⁹³.

Belirlilik ilkesi, yasamanın esaslı kararları kanunlarla almasını sağlaması nedeniyle kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de yakın ilişki içerisinde³⁹⁴. Çünkü kanunların soyut düzenlemelerden oluşması durumunda, kanunların somutlaşması ancak yargı erkiyle mümkün olacak, yargı erkinin yetkilerinin soyut normlarla genişlemesi de yürütme organının yargı tarafından denetlenerek yönlendirilmesi sonucunu doğuracaktır³⁹⁵.

Belirlilik ilkesi son olarak ise temel hak ve özgürlüklere ilişkin temel ilkelerin kanunlarla somutlaşması zorunluluğu nedeniyle, demokratik devlet ilkesiyle de bağlantılıdır³⁹⁶. Belirlilik ilkesinin bu anayasal ilkelerle ilişkisi, ilkenin salt ceza hukuku açısından değil, tüm hukuk düzeni için önemli olduğunu göstermektedir. Ancak ceza hukukunun özgürlükleri kısıtlayıcı özelliği, ceza hukuku açısından belirlilik ilkesinin, diğer hukuk dallarına nispetle daha önemli olması sonucunu doğurmaktadır³⁹⁷. Örneğin kabahatler hukukunda kanunilik ilkesinin uygulanmasında ceza hukukuna nazaran daha esnek davranılmaktadır³⁹⁸.

Ceza hukukunun hürriyetleri kısıtlayıcı özelliği ile suçta ve cezada kanunilik ilkesinin özellikleri, hakimın yetkisinin diğer hukuk dallarına nispetle daha sınırlı olması sonucunu doğurmaktadır. Bu durum belirlilik ilkesinin önemini daha da arttırmaktadır. Çünkü ceza hukukunda hakimın kanun boşluklarını doldurmak gibi bir yetkisi bulunmamakta, kanunu anlamına uygun bir şekilde uygulamak yükümlülüğü bulunmaktadır³⁹⁹. Bu açıdan kanunlarda belirlenmiş suç ve cezaların açık ve tereddüde yer vermeyecek şekilde ifade edilmesi durumunda, hem hakimın kanunları uygulaması kolaylaşacak hem de keyfî yargılamaların önüne geçilecektir.

³⁹³ Baytaz, s. 74; Kocasakal, s. 33.

³⁹⁴ Kolcu, s. 15; Can, s. 93.

³⁹⁵ Can, s. 93.

³⁹⁶ Can, s. 93; Kolcu, s. 15.

³⁹⁷ Coşkun **Özbudak**, “İdari Yaptırımlar Bakımından Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 86, 2013, s. 94.

³⁹⁸ Özbudak, s. 93.

³⁹⁹ Ersoy, s. 22; Dönmezer ve Erman, s. 20.

Belirlilik ilkesinin amacına ulaşabilmesi için suçun unsurlarının, hangi davranışların suç oluşturacağını, açık ve anlaşılır bir şekilde ifade edilmesinin yanında, suç için uygulanacak ceza ve güvenlik tedbirinin de açık bir şekilde ifade edilmiş olması gerekmektedir⁴⁰⁰. Belirlilik ilkesi sadece özel kısımda yer alan suçlar bakımından değil, iştirak içtima gibi suç teorisine ilişkin diğer hususlar için de geçerlidir⁴⁰¹.

Belirlilik ilkesi açısından suç teşkil eden fiil ve yaptırımların ayrı kanun maddelerinde gösterilmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır⁴⁰². Örneğin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde taksirli iflas suçunun fiil unsurları İcra İflas Kanunu m. 310'da, hileli iflas suçunun fiil unsurları İcra İflas Kanunu m. 311'de düzenlenmişti. Bununla birlikte bu fiillerin yaptırımları Türk Ceza Kanunu'na yollamada bulunularak, 765 sayılı TCK m. 506'da "*Hileli müflisler hakkında iki seneden beş seneye kadar ağır hapis cezası verilir*" ve 765 sayılı TCK m. 507'de "*Taksirli müflisler bir aydan iki seneye kadar hapsolunur*" şeklinde gösterilmişti. Suçun fiil unsurları ve karşılığında öngörülen yaptırım farklı kanunlarda bulunmakta, bu durum da belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmekteydi. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ise bu sorun TCK m. 161⁴⁰³ ve 162⁴⁰⁴'deki düzenlemelerle, hileli ve taksirli iflas suçlarının hem fiil unsuruna hem de yaptırım unsuruna yer verilerek giderilmiştir. Bu konudaki başka bir görüşe göre ise suçun herhangi bir unsurunun yahut yaptırımın başka bir kanuna atıfla düzenlenmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı değildir⁴⁰⁵. Ancak suç sayılan fiilin tespit edilmeksizin başka kanuna genel bir yollamada bulunulması suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal etmektedir⁴⁰⁶.

Belirlilik ilkesi bakımından kanun yapma tekniği büyük önem taşımaktadır⁴⁰⁷. Kanunun ifadesinin soyutluk ve somutluk dereceleri uygulama bakımından önemli farklılıklar

⁴⁰⁰ Kocasakal, s. 30; Metiner ve Koç, s. 12; Kolcu, s. 15.

⁴⁰¹ Toroslu ve Toroslu, s. 59.

⁴⁰² Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 132.

⁴⁰³ **TCK Madde 161** "*Malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması halinde, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

⁴⁰⁴ **TCK Madde 162** "*Tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet veren kişi, iflasa karar verilmiş olması halinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

⁴⁰⁵ Birtek, s. 43.

⁴⁰⁶ Birtek, s. 43.

⁴⁰⁷ Zeynel T. Kangal, "Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 17, 2011, s. 73.

ortaya çıkarmaktadır⁴⁰⁸. Kanunda anlaşılabilen soyut ifadeler yer verilmesinin belirlilik ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır. Ancak belirlilik ilkesi kazuistik bir şekilde, kanundaki suçların en ince ayrıntısına kadar düzenlenmesi şeklinde anlaşılmalıdır⁴⁰⁹. Kazuistik bir şekilde kanunların düzenlenmesi pratik olmayacağı gibi, düzenleme suça ilişkin tüm şartları bünyesinde barındıramayacak ve zaman içindeki toplumsal değişimlere ayak uyduramayacaktır⁴¹⁰. Ayrıca kıyas yasağı nedeniyle kanun metnini muhtemel anlamının ötesinde uygulayamayacak olan hakim, maddi bakımdan benzer olayları farklı şekillerde ele almak zorunda kalacaktır⁴¹¹. Nihayetinde kazuistik yöntemin kullanılması belirlilik ilkesinin sağlanmasında mutlak bir çözüm yöntemi değildir⁴¹².

Değinilmesi gereken bir diğer husus da süreç içinde kanunun dilinin eskimesi ve hala yürürlükte olması durumudur. 24.04.1930 kabul tarihli 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Kanun dönemin diliyle yazılmış olup günümüzde kullanılmayan ifadeler sahiptir. Bu şekilde düzenlenmiş olan kanunları hukuk eğitimi görmüş kişilerin bile anlaması zorken, vatandaşın anlaması mümkün değildir. Bu nedenle kanaatimizce bu şekilde günümüzde anlaşılması zor olan kanunların revize edilerek herkesin anlayabileceği bir hale getirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde kişiler kanunu anlayamayacak, bu durumda da belirlilik ilkesinin varlığından söz edilemeyecektir.

Sonuç olarak kanun koyucu ceza normlarını keyfiyet ortaya çıkarmayacak derecede sınırları çizilmiş, kanun boşluğu yaratmayacak derecede kapsamı geniş şekilde düzenlemelidir⁴¹³. Kanun koyucunun kanun yapma tekniği açısından daha somut bir düzenleme ve daha belirgin bir kavram kullanma olanağı olmamalıdır⁴¹⁴. Yani kanun maddesi, kanun koyucunun koruma altına aldığı hukuki değeri ihlal edebilecek fiilleri kapsamına alacak şekilde açıklayıcı olmalıdır. Kanunda kullanılan ifadeler belirsiz olmamalı, kıyasa varmayacak derecede yorum yöntemleriyle yargı makamları kanun koyucunun iradesini hükümlere yansıtabilmelidir. Kanun koyucunun kullandığı ifadeler,

⁴⁰⁸ Kangal, “Anayasal Güvence”, s. 73.

⁴⁰⁹ Heinrich, s. 18; Baytaz, s. 75.

⁴¹⁰ Baytaz, s. 75.

⁴¹¹ Kangal, “Anayasal Güvence”, s. 74.

⁴¹² Baytaz, s. 75.

⁴¹³ Kocasakal, s. 33; Baytaz, s. 76; Kolcu, s. 15.

⁴¹⁴ Can, s. 102.

kanunun muhatabı olan vatandaşlar tarafından anlaşılabilir olmalıdır⁴¹⁵. Yani kanun koyucunun ifadelerle yüklediği anlam ile vatandaşların bu ifadelerden anladıkları paralel olmalıdır. Belirlilik ilkesine ilişkin örnekler suçlar ve yaptırımlar bakımından ayrı başlıklar altında incelenecektir.

2. Suçlar Bakımından Belirlilik İlkesi

Suçlar bakımından belirlilik ilkesi, kanundaki suç tiplerinin tanımlarının açık ve belirli olmasını ifade etmektedir. Bu konuda gerek doktrindeki tartışmalı hususlar gerekse de yüksek mahkeme kararları belirlilik ilkesi çerçevesinde incelenecektir.

Belirlilik ilkesine aykırılığı öne sürülen suç tiplerinden birisi eziyet suçudur. TCK m. 96'da düzenlenmiş olan eziyet suçu “*Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açan davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar cezalandırılır*” şeklinde tanımlanmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında eziyet suçunu oluşturan fiillerin, işkence suçuna paralel olarak düzenlendiği, fiillerin sistematik olması gerektiği, kasten yaralama, tehdit niteliği taşıyan davranışları da bünyesinde bulundurabileceği anlaşılmaktadır. İşkence suçu ise insan onuruna aykırı olarak, sistematik bir şekilde mağdura uygulanan, bedensel ve ruhsal yönden acı çektiren, algılama ve irade yeteneğini etkileyen ve aşağılamaya yol açan hareketler şeklinde tanımlanmıştır⁴¹⁶.

İşkence suçu sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilirken, eziyet suçu herkes tarafından işlenebilir. Doktrinde kanun yapma tekniği gereği soyut şekilde ifade edilen eziyet suçunun somutlaştırılmadığı, bu durumun da belirlilik ilkesini zedelediği ifade edilmektedir⁴¹⁷. Karşıt görüşe göre ise gerekçede hangi fiillerin eziyet suçunu oluşturabileceği ifade edilmiş olup, işkence suçunu oluşturan fiillerin sivil kişiler tarafından işlenmesi durumunda eziyet suçu oluşacaktır⁴¹⁸. Ancak hükmün işkenceyle bağının madde metninde değil de gerekçede kurulmuş olması hükmün uygulama alanının belirlenmesinde güçlük yaratmaktadır⁴¹⁹.

⁴¹⁵ Kocasakal, s. 33; Birtok, s. 45.

⁴¹⁶ Koca ve Üzülmüş, s. 300.

⁴¹⁷ Durmuş **Tezcan**, Mustafa Ruhan **Erdem** ve Murat **Önok**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 307.; Kolcu, s. 15.

⁴¹⁸ Koca ve Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 300.

⁴¹⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 308.

Ayrıca hükmün maddi unsurunun belirsizliği içtima hususunda değerlendirme yapmak konusunda da güçlük yaratmaktadır⁴²⁰. İşkence suçu kasten yaralama ve hakaret gibi suçların sistematik şekilde işlenmesiyle ortaya çıkan bir suçtur⁴²¹. Eziyet suçu da benzer şekilde yaralama, hakaret, tehdit gibi hareketlerin belirli bir süreç içinde tekrarlanması suretiyle gerçekleştirilebilmektedir⁴²². Eğer eziyet suçunu kasten yaralama suçundan ayıran hususun hareketin sürekliliği olduğu kabul edilecek olursa, özgürlüğünü kısıtladığı kişinin her gün bir parmağını kıran kişinin fiilinin eziyet suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir⁴²³. Ancak bu fiilleri eziyet kabul ettiğimiz takdirde fail sadece eziyet suçundan 2-5 yıl arası hapis cezası alacak, fiiller kasten yaralama suçu kabul edilirse kasten yaralamada zincirleme suç hükümleri uygulanmaması nedeniyle, fail her bir fiilinden dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır⁴²⁴. Diğer bir görüşe göre ise eziyet suçu ile kasten yaralama, tehdit gibi suçlar arasında fikri içtimanın varlığı kabul edilerek, daha ağır suçtan dolayı failin cezalandırılması gerekir⁴²⁵.

Kanaatimizce de eziyet kavramından ne anlaşılması gerektiği tam olarak belirli değildir. Eziyet suçunun işkence suçuna paralel olarak düzenlendiğinin kabulü durumunda dahi işkence suçunun cezası 3-12 yıl arasıyken, eziyet suçunun cezasının 2-5 yıl olması nedeniyle adaletsiz bir durum ortaya çıkmaktadır. Eziyet suçu niteliği itibarıyla kasten yaralama, hakaret gibi suçların sistematik bir şekilde işlenmesinden oluşmaktadır. Bu suçlarla eziyet suçu arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir. Çünkü bu suçlardan bazılarının nitelikli hallerinin eziyet suçundan daha ağır sonuçları bulunmaktadır. Örneğin sivil kişinin sistematik hareketlerle, hakaret suçunu işlemesi ve kasten yaralamanın kemik kırığına neden olması durumunda, failin cezası kasten yaralamanın kemik kırığına neden olunmasının cezasının alt sınırının 5 yıl olması nedeniyle, kasten yaralama suçuna göre verilecektir. Ancak fikri içtima durumunda eziyet suçundan herhangi bir fayda elde edilemeyecektir⁴²⁶. Çünkü bu durumda genellikle eziyet suçundan değil de, sistematik şekilde eziyet suçunu oluşturan diğer suçlardan ayrı ayrı cezalandırma yoluna gidilmesi gerekmektedir.

⁴²⁰ Özbeke vd., s. 290.

⁴²¹ Koca ve Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 301.

⁴²² Koca ve Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 301.

⁴²³ Özbeke vd., *Özel Hükümler*, s. 294.

⁴²⁴ Özbeke vd., *Özel Hükümler*, s. 294.

⁴²⁵ Koca ve Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 303.

⁴²⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 316.

Belirlilik ilkesine dair ikinci husus cinsel taciz suçuna ilişkindir. Cinsel taciz suçu TCK m. 105/1’de “*Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*” şeklinde düzenlenmiştir. Cinsel taciz suçunun tanımının belirsizlik taşıdığı iddia edilerek Anayasa Mahkemesi’nden hükmün iptali talep edilmiştir⁴²⁷. Anayasa Mahkemesi iptal başvurusunu, cinsel taciz suçunun kapsamının TCK m. 102’de düzenlenen cinsel saldırı ve TCK m. 103’de düzenlenmiş olan cinsel istismar boyutuna varmayan, cinsel amaçlı rahatsız etme fiillerinden oluştuğu gerekçesiyle reddetmiştir⁴²⁸. Kanaatimizce kanun koyucunun kanunlarda geçen her türlü terimi tanımlama zorunluluğunun bulunmaması, yorum metoduyla hükmün anlamının anlaşılabilmesi nedeniyle Anayasa Mahkemesi’nin kararı isabetlidir⁴²⁹.

Belirlilik ilkesine ilişkin üçüncü husus reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkindir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu TCK m. 104/1’de “*Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme hem şikayet hakkının kime ait olduğunun belirsiz olması hem de 15 yaşını bitirmiş aynı yaş grubunda bulunan kişilerin rızayla ilişkiye girmelerinin cezalandırılıp cezalandırılmamasının belirsiz olması gerekçeleriyle Anayasa Mahkemesi’nde itiraz

⁴²⁷ “5237 Sayılı TCK. nun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunun maddi unsuru, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etmektir. ‘Cinsel taciz’ sözünün ne anlama geldiği belirsizlik taşımakta ve birbirinden farklı muhtelif tanımlar yapılmaktadır. Bu cümleden olarak bir tanıma göre cinsel taciz, bir kimsenin canını sıkma, rahatını kaçırma, ona sıkıntı verme, onu tedirgin etme anlamındadır. Diğer bir tanıma göre cinsel taciz, bireyin diğer bir bireyi rızası olmadan elle, sözle, gözleri ve bedeni ile cinselliğini hedefleyerek rahatsız etmesidir. Başka bir tanıma göre cinsel taciz, kadınların kendi rızaları dışında ve kendilerine rağmen, bedenlerine ve cinselliklerine yönelik her türlü davranış şeklinde tanımlanmıştır. Başka bir tanıma göre cinsel taciz, birey veya bireylerin cinselliklerine yönelik sözlü veya yazılı ancak bedeni temas içermeyen ve kişiyi rahatsız edici nitelikte hareketlerdir.” AYM T. 25.02.2010 E. 2008/55 K. 2010/41 <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 01.05.2020

⁴²⁸ “İtiraz konusu kuralda hangi tür davranışların ‘cinsel taciz’ sayılacağı açıklanmamış ise de, 5237 sayılı TCK’nın ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’ başlıklı Altıncı Bölümünde yer alan 102. maddesinde cinsel saldırı, 103. maddesinde de çocukların cinsel istismarı düzenlenmiştir. Anılan maddeler ile birlikte 105. maddenin değerlendirilmesinden cinsel taciz suçunun, cinsel saldırı ve cinsel istismar boyutuna ulaşmayan, cinsel amaçlı rahatsız etme fiilleri olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca maddenin gerekçesi ve her olayın kendine özgü şartlarının mahkemece değerlendirileceği açık olduğundan itiraz konusu kuralın belirsizliğinden söz edilemez.” AYM T. 25.02.2010 E. 2008/55 K. 2010/41 <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 01.05.2020

⁴²⁹ Ünver, s. 18.

konusu olmuştur⁴³⁰. Ancak bu itiraz; sanığın cezalandırılması bakımından aynı yaş grubunda yer alması veya reşit olması arasında herhangi bir fark bulunmaması, şikayet hakkı ile fail ve mağdurun belirlenmesinin mevzuat hükümleriyle, somut olayın özellikleri dikkate alınarak yargı organları tarafından çözülebileceği gerekçeleriyle reddedilmiştir⁴³¹.

Yargıtay uygulamalarından şikayet hakkının mağdura ve ailesine ait olduğu anlaşılmaktadır⁴³². Ancak şikayet hakkının kimde olduğunun madde metninden açık bir

⁴³⁰ “Kanun koyucunun hangi hareketin suç teşkil edeceği ve ne gibi cezai yaptırıma bağlanacağını belirleme yetkisinin olduğu tartışmalıdır. Ancak, ceza normları anlaşılır olmalı, suçun unsurları açıkça ifade edilmelidir. Çelişkili düzenlemeler suçun kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği gibi kişiler eylemlerinin bir suç teşkil edip etmediğini bilemeyeceklerdir. Bu nedenle 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesindeki düzenlemede; şikayet hakkının kime ait olup olmadığının açıkça belirlenememesi, reşit olmayan, rıza açıklamaya ehil olan, fiilden önce rızasını açıklayan kişinin TCK 26/2 maddesine göre mağdur sayılamayacağı, reşit olmayan 15 yaşını bitirmiş iki çocuk arasındaki ilişkinin yaptırıma bağlanmış olup olmadığının anlaşılamaması, bu madde ile yaptırıma bağlandığının kabulü halinde suçun mağduru kim, sanığının kim olduğunun nasıl belirleneceği madde metninden anlaşılmamaktadır. Bu düzenlemenin Anayasamızın 38/1. maddesine aykırı olduğu düşüncesiyle T.C. Anayasası'nın 152/1. maddesi gereğince bu kanun hükmünün itiraz yolu ile iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmak gerektiği kanaatine varılmıştır.” **AYM T. 26.02.2009 E. 2006/17 K. 2009/33** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 01.05.2020

⁴³¹ “İtiraz konusu kurala göre suç sayılan fiilin "cebir, şiddet ve hile olmaksızın", bir başka ifadeyle mağdurun rızasıyla işlenmesi gerekmektedir. Bundan, belli yaş grubuna dahil olanların cinsel ilişki konusundaki rızalarının geçerli kabul edilmediği, rızaya dayansa bile onbeş yaşından büyük çocukla cinsel ilişkinin suç sayıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralda sözü edilen rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Türk Medeni Kanunu'nun evlenme ve velayete ilişkin hükümlerinin bu yaş grubu çocuklar açısından değerlendirilmesi de varılan bu sonucu desteklemektedir. Aynı sonuç mağdurun kim olduğuyla şikayet hakkının kime ait bulunduğuna dair iddialar açısından da geçerlidir. Düzenlemenin bu haliyle belirsizlik içermediği, sayılan hususların ilgili mevzuat hükümleriyle somut olayın özelliklerine göre yargı organları tarafından çözülebilmeye elverişli olduğu anlaşılmakla, kuralın Anayasamızın 38. maddesine aykırı bir yönü de görülmemiştir. İtirazın reddi gerekir.” **AYM T. 26.02.2009 E. 2006/17 K. 2009/33** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 01.05.2020

⁴³² “Mağdurun 13.09.2012 tarihli kolluk ifadesinde özetle sanığın kendisi on beş yaşlarında iken ...'le ilişkisini bildiği için nehir kıyısında kandırıp tehdit ederek zorla ilişkiye girdiğini beyan etmesine rağmen kovuşturmada alınan 16.07.2013 tarihli anlatımında bir kez yalnız kaldıklarında ...'in ilişki için ısrarcı olması ve kendisinin de alkollü olması sebebiyle kabul etmek zorunda kaldığını ve iki kez ilişkiye girdiklerini belirtmesi, sanığın da 2009 yılında beraber içtiklerinde sarhoş olduğunu, bu sırada yalnız kaldıklarını ve ilişkiye girdiyse de hatırlamadığını savunması karşısında, eylemlerin mağdurun on beş yaşını doldurduğu 06.04.2008 tarihinden önce ve zorla gerçekleştiğine dair bir anlatım bulunmadığı nazara alınıp bu haliyle anlatılan eylemlerin 5237 Sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında kaldığı ve mağdurun 16.07.2013 tarihli ifadesinde şikayetçi olmadığını beyan ettiği nazara alınarak değişen vasfa göre şikayet yokluğu sebebiyle bu suçtan görülen kamu davasının düşmesi ile kanuni unsurları itibarıyla oluşmayan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyet hükümleri kurulması, ” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. **Y14CD. T. 12.03.2018 E. 2018/1505 K. 2018/1779** <https://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 01.05.2020

“Sanıkların, mağdurenin kendisine karşı gerçekleştirilen eylemlerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmadığını bildiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği, buna göre sanıkların mağdureye yönelik gerçekleştirdikleri eylemin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı, söz konusu suçun kovuşturulmasının şikayete tabi

şekilde anlaşıldığını söylemek mümkün değildir. Mağdurun hem cinsel ilişkiye rıza gösterip hem de şikayetçi olması durumun hakkın suiistimali durumu ortaya çıkmaktadır⁴³³.

Bu suçtaki bir diğer nokta ise madde başlığının reşit olmayanla cinsel ilişki suçu şeklinde düzenlenmesine rağmen madde metninde 15 yaşını doldurmuş çocuk ifadesinin kullanılmasıdır⁴³⁴. TCK m. 6/1-b’de çocuk ifadesinden 18 yaşını doldurmamış kişinin anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir⁴³⁵. Ancak 18 yaşından küçük kişiler mahkeme kararıyla ergin kılınabilmektedirler. Bu noktada madde metni dikkate alındığında 17 yaşında mahkeme kararıyla ergin kılınmış bir kişi çocuk olması nedeniyle suçun mağduru olabilirken, madde başlığındaki reşit olmayan ifadesi dikkate alındığında bu kişiler suçun mağduru olamamaktadır⁴³⁶.

Kanaatimizce 18 yaşından küçük çocuk, mahkeme kararıyla ergin kılınması durumunda suçun mağduru olamayacaktır⁴³⁷. Bu durumda madde başlığı dikkate alınarak normun yorumlanması gerekmektedir. Çünkü hükmün konuluş amacı 15-18 yaş arasındaki çocukların cinsel ilişkinin sonuçların kavrayamayacakları temeline dayanmaktadır⁴³⁸. Çocukların mahkeme kararıyla ergin kılınması ise kişinin cinsel ilişkinin anlam ve sonuçlarını algılayabileceği anlamına gelmektedir. Ancak bu durum madde başlığı ile madde metni arasındaki çelişkiyi ortadan kaldırmamaktadır. Her ne kadar madde başlığı bağlayıcı olmasa da madde metni ile uyumsuzluk içermektedir. Normun daha doğru bir şekilde yorumlanabilmesi için bu uyumsuzluğun giderilmesi gerekmektedir.

TCK m. 305⁴³⁹,’te temel milli yararlar karşı faaliyetinde bulunmak için yarar sağlama suçu düzenlenmiştir. Buna göre temel milli yararlar karşı fiillerde bulunmak amacıyla

olduğu ve mağdure ile annesi müşteki sanıklardan şikayetçi olmadıklarını ifade etmeleri hususu gözetilerek, sanıklar haklarında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan açılan kamu davalarının düşmesi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ise beraat kararı verilmesi gerekir.” Y. 14.CD. T. 15.06.2017 E. 2017/ 985 K. 2017/1351 <https://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 01.05.2020

⁴³³ Kolcu, s. 18; Ünver, s. 17.

⁴³⁴ Halil Polat, “Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu”, *Ceza hukuku dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 13, 2010, s. 192.

⁴³⁵ **TCK Madde 6/1-b** “Çocuk deyiminden; henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır.”

⁴³⁶ Polat, s. 192.

⁴³⁷ Koca ve Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 373; Polat, s. 13.

⁴³⁸ Koca ve Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 373.

⁴³⁹ **TCK Madde 305** “(1)Temel millî yararlar karşı fiillerde bulunmak maksadıyla veya bu nedenle, yabancı kişi veya kuruluşlardan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kendisi veya başkası için maddi yarar sağlayan vatandaşa ya da Türkiye’de bulunan yabancıya, üç yıldan on yıla kadar

yabancı kişi veya kuruluşlardan menfaat sağlayan kişiler cezalandırılacaktır. Temel milli yarar ifadesi muğlak bir ifadedir. TCK m. 305/4'te temel milli yarar ifadesinden bağımsızlık, toprak bütünlüğü, milli güvenlik ve Cumhuriyetin Anayasa'da belirtilen temel ilkelerinin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Bu açıklamadaki toprak bütünlüğü harici kavramlar belirsiz ve çok geniş anlamlara gelebilecek ifadelerdir⁴⁴⁰. Bu kavramların soyut ve belirsiz olması da hakime kendi dünya görüşü çerçevesinde değerlendirme olanağı vermektedir⁴⁴¹. Bu durum da belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

TCK m. 233/1 *“Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikayet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddeye hangi fiillerin bakım, eğitim ve destek olma yükümlülüğü kapsamında gireceğinin belirli olmaması nedeniyle itiraz edilmiştir. İtirazda suç teşkil eden fiillerin tespitinde Medeni Kanunun esas alınması durumunda, Medeni Kanun'un kaynakları olan örf ve adet kuralları ve kıyasın da bu kapsama gireceği, bunu suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir⁴⁴². Çünkü suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince örf ve adet hukukuna dayanılarak ve kıyas yapılarak suç ve ceza düzenlenemez. Anayasa Mahkemesi ise aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin gerekçede Medeni Kanunda atıf yapılarak düzenlenmesi nedeniyle somutlaştırılmaya elverişli olduğu, bu nedenle belirlilik ilkesine aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle itirazı reddetmiştir.⁴⁴³

hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir. Yarar sağlayan veya vaat eden kişi hakkında da aynı cezaya hükmolunur. (2) Fiilin savaş sırasında işlenmiş olması hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (3) Suç savaş hali dışında işlendiği takdirde, bu nedenle kovuşturma yapılması Adalet Bakanının iznine bağlıdır. 4) Temel milli yararlar deyiminden; bağımsızlık, toprak bütünlüğü, milli güvenlik ve Cumhuriyetin Anayasada belirtilen temel nitelikleri anlaşılır.”

⁴⁴⁰ Kolcu, s. 15; Hakeri, s. 15.

⁴⁴¹ Kangal, “Anayasal Güvence”, s. 76.

⁴⁴² “5237 sayılı TCK.nın 233/1. fıkrasının düzenleniş şekli, Kanunun gerekçesi, uygulama doğrultusu dikkate alındığında içeriğinin ve hangi eylemlerin bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceğinin açıkça ortaya konmadığı, bu konuda Türk Medeni Kanununa atıf yapmakla yukarıda sayılan Türk Medeni Kanununun ilk maddelerinin uygulanmasına olanak sağladığı, bu maddelerin ise Ceza Hukuku ve suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile bağdaşmadığı, hakim takdir yetkisi ile, örf, adet kurallarının uygulanması ile, tümevarım veya evveliyat ilkelerinin uygulanması suretiyle suç yaratmanın mümkün olmadığı, aksi halde Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezaların kanunilik ilkesine aykırı davranılacağı açıktır. Bu nedenlerle Anayasa'nın 38. maddesine açıkça aykırılık teşkil eden 5237 sayılı TCK.nın 233/1. fıkrasının yüksek mahkemenizce iptali gerekmektedir.” AYM T. 24.05.2012 E. 2011/129 K. 2012/81 <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.05.2020

⁴⁴³ “İtiraz konusu kuralla, 'aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi' eylemi suç olarak kabul edilerek, bu suçun unsurları ve şartları açısından

Öncelikle bu suç tipi bakımından aile hukukundan kaynaklanan tüm yükümlülüklerin ihlali değil, bakım, eğitim ve destek olma yükümlülüklerinin ihlali suç oluşturacaktır⁴⁴⁴. Bu yükümlülükler, Medeni Kanunun örf ve adet hukukunu da kapsayan tüm kaynakları dikkate alınarak belirlenecektir⁴⁴⁵. Ceza Kanununda soyut bir şekilde eğitim, bakım ve destek yükümlülüğünden bahsedildiği, Medeni Kanunda ise eşlerin birbirine ve çocuklarına karşı yükümlülüklerinden bahsedildiği, bu nedenle kanunda “aile hukukundan doğan” ifadesine yer verilmesinin karışıklık doğurabileceği ifade edilmiştir⁴⁴⁶. Uluslararası hukuktan ve yabancı kanunlardan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlalinin bu suçun unsurlarını oluşturup oluşturmadığının belirsiz olduğu ifade edilmiştir⁴⁴⁷. Ayrıca kanun metninde belirli bir kanun hükmüne değil aile hukukunun tamamına atıf yapılmaktadır⁴⁴⁸. Aile hukuku kavramının kapsamı geniştir. Bu kapsam içerisinde örf ve adet, hakim hukuk yaratması, yazılı ve yazısız kaynaklar da bulunmaktadır⁴⁴⁹. Ceza hukukunda hakim hukuk yaratması ve örf ve adet hukukuna dayanılarak suç yaratılmasının yasak olması nedeniyle düzenlemenin belirlilik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir⁴⁵⁰.

Kanaatimizce düzenleme suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı değildir. Çünkü aile hukukundan kaynaklanan tüm yükümlülüklerin ihlali değil, bakım eğitim ve destek olma yükümlülüklerinin ihlali bu suçu oluşturmaktadır⁴⁵¹. Bu ifadelerin anlamları gerek Medeni Kanun gerekse de taraf olunan uluslararası sözleşmeler dikkate alınarak somutlaştırılabilecektir. Bu fiillerle bir sınırlama yapılmış olmaktadır. Bu maddede Türk Medeni Kanunu’na madde metninde atıf yapılmamakta, gerekçede atıf yapılmaktadır.

aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülükleri, düzenlemenin gerekçesinde atıf yapılan 4721 sayılı Kanun'da düzenlenmiş ve bu eylem nedeniyle verilecek ceza itiraz konusu kuralla açıkça belirlenmiştir. İtiraz konusu kural ve gerekçesinde yer verilen unsurlar itibariyle, aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüklerinin somutlaştırılmaya elverişli olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu kuralda bir belirsizlik bulunduğu söz edilemeyeceği gibi suç ve cezaların kanuniliği ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır.” AYM T. 24.05.2012 E. 2011/129 K. 2012/81

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.05.2020

⁴⁴⁴ Hamide **Zafer**, *Genel Hükümler*, “Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali Suçu”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 2, 2009, s. 125.

⁴⁴⁵ Aysun **Altunkaş**, “Türk Ceza Hukukunda Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 2, 2017, s. 22; Zafer, “Aile Hukukundan”, s. 125; Ayşe **Nuhoğlu**, *Aile Düzenine Karşı Suçlar*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 149.

⁴⁴⁶ Nuhoğlu, s. 149.

⁴⁴⁷ Nuhoğlu, s. 149.

⁴⁴⁸ Altunkaş, s. 20.

⁴⁴⁹ Ünver, s. 23.

⁴⁵⁰ Ünver, s. 23.

⁴⁵¹ Zafer, “Aile Hukukundan”, s. 125.

Madde gerekçesinin bağlayıcı olmadığı dikkate alındığında, Türk Medeni Kanunu'nda normun yorumunda faydalanılmaktadır. Türk Ceza Kanununun, Medeni Kanuna atıf yapması durumunda örf ve adet hukukundan yararlanılmaktadır. Ancak bu durumda örf ve adet hukuku doğrudan kaynak değil dolaylı kaynak işlevi görmektedir. Örf ve adet hukukundan dolaylı kaynak olarak yararlanılması da suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı değildir.

TCK m 135⁴⁵², 136⁴⁵³ ve 138⁴⁵⁴,de kişisel veri kavramına yer verilmiştir. Bu maddelerde bahsi geçen kişisel veri kavramının belirsiz olduğu, kapsamının geniş olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmıştır⁴⁵⁵. Anayasa Mahkemesi kişisel veri kavramının teknolojik gelişmelere paralel olarak değişebilmesi nedeniyle tek tek sayılmasının imkansız olması, ulusal ve uluslararası mevzuat ve yargı içtihatlarına göre kişisel veri kavramının bir kişiye ilişkin bütün bilgiler şeklinde tanımlandığı gerekçeleriyle bu itirazı reddetmiştir⁴⁵⁶.

Türkiye'nin de taraf olduğu 28.01.1981 tarihli Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme 17.03.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmış, 1.09.2016 tarihinde Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir⁴⁵⁷. Söz konusu Sözleşme m. 2/a'da kişisel veri "*Kişisel nitelikteki veriler, kimliği belirli veya belirlenebilen bir gerçek kişi hakkındaki tüm bilgileri ifade eder.*" şeklinde tanımlanmıştır⁴⁵⁸. Aynı ifadeye 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması

⁴⁵² **TCK Madde 135** "(1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir."

⁴⁵³ **TCK Madde 136** "(1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"

⁴⁵⁴ **TCK Madde 138** "(1) Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir."

⁴⁵⁵ **AYM T. 12.11.2015 E. 2015/32 K. 2015/102** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.05.2020

⁴⁵⁶ "13. Kuralda yer alan "kişisel veri" kavramı teknolojik gelişmelere bağlı olarak çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden bu kapsama giren tüm verilerin kanun koyucu tarafından önceden öngörülebilmesi ve tek tek sayılabilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte gerek ulusal ve uluslararası mevzuat gerekse yargı içtihatları çerçevesinde "kişisel veri" kavramının, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade ettiği kabul edilmektedir." **AYM T. 12.11.2015 E. 2015/32 K. 2015/102** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.05.2020

⁴⁵⁷ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/157-kisisel-verilerin-otomatik-isleme-tabi-tutulmas-karssnda-bireylerin-korunmas-sozlesmesi/> Erişim Tarihi: 02.05.2020

⁴⁵⁸ **Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme Madde 2/1-a** "*Kişisel nitelikteki veriler, kimliği belirli veya belirlenebilen bir gerçek kişi hakkındaki tüm bilgileri ifade eder.*"

Kanunu⁴⁵⁹ m. 3/1-d’de “*Kişisel veri: Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi*” şeklinde yer verilmiştir⁴⁶⁰. Suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygunluk bakımından kişisel veri kavramının kanun ve uluslararası sözleşmede tanımlanmasının isabetli olduğu belirtilmektedir⁴⁶¹.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi’nin kararı isabetlidir. Kişisel veri kavramı kanun ve uluslararası sözleşmelerde tanımlanarak, kişilere gerekli cezai koruma sağlanmıştır⁴⁶². Kişisel veri kavramı değişime ve dönüşüme açık bir kavramdır. Kanun koyucunun bu kavramı tek tek sayarak düzenlemesi beklenemeyecektir. Böyle kazuistik bir düzenleme hukuk boşluğu ortaya çıkaracaktır. Nitekim cezalandırılan husus kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesidir. Yani tipikliği oluşturan husus sadece kişisel verilerin ele geçirilmesi değil, bu verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesidir. Bu nedenle suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

TCK m. 123 “*Sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde, mağdurun şikayeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir*” şeklinde düzenlenmiştir. TCK m. 123’teki hukuka aykırı başka bir davranış ifadesinin belirlilik ilkesine aykırı olduğu öne sürülmüştür⁴⁶³. Buna göre “*hukuka aykırı bir davranışta bulunulması*” ifadesi filin sınırlarını belirsiz hale getirmekte ve hükmün uygulama alanını önemli ölçüde genişletmektedir⁴⁶⁴. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemenin huzur ve sükunu bozucu hukuka aykırı davranışları ifade ettiği, suçu oluşturan fiillerin başka hareketlerle yapılabilmesinin

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/03/29/KisiselVerilerinOtomatikIslemeTabiTutulmasiKarsisindaBireylerinKorunmasiSozlesmesi.pdf> Erişim Tarihi: 02.05.2020

⁴⁵⁹ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 24.03.2016 tarihinde kabul edilmiş ve 7.04.2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

⁴⁶⁰ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf> Erişim Tarihi:02.05.2020

⁴⁶¹ Durmuş **Tezcan**, “Özel Hayat Açısından Kişisel Verilerin Korunması”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 1, 2017, s. 22.

⁴⁶² Tezcan, s. 24.

⁴⁶³ “İtiraza konu fıkra da yer alan hüküm hangi davranışların hukuka aykırı davranış olduğunu ilişkin hakime geniş bir takdir hakkı ve yetkisi tanınmaktadır. Genel ceza normu incelendiğinde cezai hükümler içeren normların açık, hareket unsurunu yalın bir şekilde ortaya koyar ve hangi hareketin karşılığının hukuka aykırı bir eylem olduğunu ve eylemin cezasını gerektirdiğini açıklar nitelikte olması gerekmektedir.” **AYM T. 07.09.2016 E. 2016/44 K. 2016/153** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.05.2020; Meral **Ekici Şahin**, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 23, 2013, s. 28.

⁴⁶⁴ Ekici Şahin, s. 29.

belirlilik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır⁴⁶⁵. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin kararı isabetlidir. Çünkü hukuka aykırılık unsuru hukuk düzeni dikkati alınarak tespit edilebilir. Bu durum belirlilik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilemez.

Bankacılık Kanunu m. 151⁴⁶⁶ suçun yaptırımını göstermekle birlikte tamamen Bankacılık Kanunu m. 61'e atıfta bulunmaktadır. Buna göre Bankacılık Kanunu m. 61'deki fiillerin ihlali halinde yaptırım aynı kanunun 151. maddesine göre belirlenecektir⁴⁶⁷. Bu şekilde tipiklik ile yaptırım düzenlemelerinin tamamen farklı maddelerde düzenlenmesi belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır⁴⁶⁸.

TCK m. 219/4'de *“Bunlardan biri dini sıfatından istifade ederek, birinci fıkrada yazılı fiillerden başka bir cürüm işlerse altıda bir miktarı çoğaltılmak şartıyla o cürüm için kanunda yazılı olan ceza ile mahkûm olur.”* ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadenin anlaşılabilir olduğu söylenemez. Çünkü ceza arttırımının hangi suç için yapılacağı belirsizlik taşımaktadır. Kullanılan ifadelerin karmaşık olması nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır⁴⁶⁹.

3. Yaptırımlar Bakımından Belirlilik İlkesi

Belirlilik ilkesi, bireylerin hangi fiillerinin, hangi yaptırımlarla karşılaşacağını açık bir şekilde öngörebilmesini amaçlamaktadır. Bu kapsamda bireyin hangi fiilinin suç olduğunu açıkça anlayabilmesinin yanında, fiillerinin yaptırımının neler olabileceğini de açıkça öngörebilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde suç teşkil eden fiilin yaptırımının belirsiz olduğu hükümler, kanunilik ilkesine uygun değildir⁴⁷⁰. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunu sağlayabilmesi, suç teşkil eden fiilin

⁴⁶⁵ “Zira kanun metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve maddeyle korunmak istenen hukuki yarar da göz önüne alındığında, itiraz konusu kuralın huzur ve sükûnu bozucu nitelik taşıyan hukuk düzenine aykırı davranışları ifade ettiği anlaşılmaktadır. Suç olarak düzenlenen fiilin, farklı hareket biçimleriyle işlenebilir olması, belirsiz olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla itiraz konusu kuralın “belirlilik” ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.” **AYM T. 07.09.2016 E. 2016/44 K. 2016/153** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.05.2020

⁴⁶⁶ **TCK Madde 151** “Bu Kanunun 61 inci maddesi hükmüne aykırı davranışları altı aydan iki yıla kadar hapis ve beşyüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

⁴⁶⁷ Baytaç, s. 79.

⁴⁶⁸ Kangal, “Anayasal Güvence”, s. 76.

⁴⁶⁹ Birtek, s. 47.

⁴⁷⁰ Öztürk ve Erdem, s. 46.

unsurlarının açık bir şekilde kanunda tanımlanmasına ve suç teşkil eden fiilin cezasının kanunda açıkça gösterilmesine bağlıdır⁴⁷¹.

AY m. 38 “Kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” ifadesi yaptırımlar bakımından da kanunilik ilkesinin uygulanacağını ifade etmektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olarak yaptırımlar bakımından da belirlilik ilkesinin uygulanması gerekmektedir⁴⁷². Cezalar bakımından kanunilik ilkesinin varlığı, bir kimsenin cezasının arttırılabilmesinin yahut azaltılabilmesinin kanunda açıkça düzenlenmiş hükümlere dayanmasını zorunlu kılmaktadır⁴⁷³. Bu nedenle kanun koyucu cezanın belirlenmesi konusunda hakime yeterli somut kriterleri açıklamalıdır.

Belirlilik ilkesi cezaların yanında güvenlik tedbirleri bakımından da geçerlidir⁴⁷⁴. Bu nedenle ceza ve güvenlik tedbirlerinin türlerinin, alt ve üst sınırlarının kanunda açık bir şekilde gösterilmesi gerekmektedir⁴⁷⁵. Suç tipleri bakımından nasıl kanunda açıkça düzenlenme olmadığı takdirde cezalandırma mümkün değilse, cezaların belirlenmesinde de kanundaki düzenlemelerin açık ve belirlenebilir olması gerekir. Yani kişiler kanuna baktığı zaman, hangi fiilin suç teşkil edeceğinin yanında, hangi yaptırımla karşı karşıya kalacağını öngörebilmelidir.

Ceza yaptırımlarında belirlilik ilkesi bakımından doktrinde TCK m. 49 ve m. 52 hükümleri, alt ve üst sınırlar arasındaki farkın fazla olması nedeniyle, belirlilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴⁷⁶. TCK m. 49 süreli hapis cezasına ilişkin olup “(1) süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, 20 yıldan fazla olamaz. (2) hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. TCK m. 52’de ise adli para cezası düzenlenmiş olup “(1) Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz yirmi günden fazla olamaz ...” şeklinde ifade edilmiştir.

⁴⁷¹ Kolcu, s. 15; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 55; Öztürk ve Erdem, s. 46.

⁴⁷² Baytaz, s. 72; Kolcu, s. 15.

⁴⁷³ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 55.

⁴⁷⁴ Kangal, “Anayasal Güvence”, s. 78.

⁴⁷⁵ Kangal, “Anayasal Güvence”, s. 78.

⁴⁷⁶ Baytaz, s. 88.

Adli para cezaları suç karşılığı öngörülen hapis cezasından bağımsız bir yaptırım türüdür⁴⁷⁷. Adli para cezası neticesinde fail takdir edilen miktarı devlet hazinesine ödemektedir⁴⁷⁸. TCK m. 52 gereğince kanunda adli para cezası öngören suçlar bakımından aksi belirtilmediği müddetçe alt sınır 5 gün üst sınır 730 gün olarak kabul edilecektir. Yine göçmen kaçakçılığı suçu bakımından ayrıca üst sınır belirtildiği için adli para cezası on bin güne kadar verilebilirken, alt sınır bulunmaması nedeniyle alt sınır 5 gün kabul edilecektir⁴⁷⁹. Alt sınırın belirtilip üst sınırın belirtilmemesi durumunda ise üst sınır 730 gün olarak kabul edilecektir. Örneğin TCK m. 117/2⁴⁸⁰, de düzenlenen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu bakımından alt sınır 100 gün olarak belirtilmiş üst sınır belirtilmemiştir. Bu durumda üst sınır 720 gün olarak kabul edilecektir. Aksine düzenleme olmaması nedeniyle muhafaza edilmek üzere kendisine teslim edilen malın taksirle kaybolması veya bozulması durumunda adli para cezası 5 gün ile 720 gün arasında verilebilecektir⁴⁸¹. Ayrıca adli para cezasının seçimlik yaptırım olarak öngörüldüğü suçlarda TCK m. 61/9⁴⁸² hükmü gereğince adli para cezası bakımından alt ve üst sınırlar o suçun hapis cezasının alt ve üst sınırları paralelinde belirlenecektir. Örneğin kasten yaralama suçunun basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekli bakımından adli para cezasının alt ve üst sınırları dört ay ve bir yıl arasında olacaktır⁴⁸³.

⁴⁷⁷ Ali Burak Uğur, “Adli Para Cezası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 62, 2011, s. 40.

⁴⁷⁸ Uğur, “Adli Para Cezası”, s. 40.

⁴⁷⁹ **TCK Madde 80** “İnsan ticareti Madde 80- (1) çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir”

⁴⁸⁰ **TCK Madde 117/2** “Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağılılığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılan kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezası verilir.”

⁴⁸¹ **TCK Madde 289/3** “Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan malın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle kaybolmasına veya bozulmasına neden olan kişi, adli para cezası ile cezalandırılır.”

⁴⁸² **TCK Madde 61** “(9) (Ek: 6/12/2006 – 5560/1 md.) Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.”

⁴⁸³ **TCK Madde 86** “kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2)Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”

Adli para cezasının hesaplanma şekli değinilmesi gereken bir diğer husustur. Adli para cezasının hesaplanmasına yönelik klasik genel olarak para cezası sistemi ve gün para cezası hesaplanması şeklinde iki sistem bulunmaktadır⁴⁸⁴. Klasik para cezası sisteminde suç karşılığında sabit bir miktar öngörülmesi, para cezasının alt ve üst sınırlarının belirlenerek yargıca takdir yetkisi verilmesi ve suçtan kaynaklanan yararların para cezasının tespitinde dikkate alınması şeklinde üç yöntem bulunmaktadır⁴⁸⁵. Gün para cezası sisteminde ise kanunda suç tipi için öngörülen gün ve gün karşılığı öngörülen para miktarı suçlunun kusuru ve ekonomik durumu dikkate alınarak tespit edilir⁴⁸⁶. Bundan sonra suç tipine göre tespit edilen gün ve gün karşılığı tespit edilen miktar çarpılarak adli para cezası miktarı hesaplanır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde klasik para cezası sistemi uygulanmışken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda gün para cezası sistemi benimsenmiştir⁴⁸⁷.

TCK m. 49’u değerlendirecek olursak ilgili madde gereğince süreli hapis cezası aksine düzenleme olmadığı müddetçe bir aydan az yirmi yıldan fazla olamayacaktır. Yani kanunda alt sınır belirlenmeyen hallerde alt sınır bir ay olarak kabul edilecekken, üst sınır belirlenmeyen suçlar bakımından ise üst sınır yirmi yıl olarak kabul edilecektir. Örneğin akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali suçu bakımından⁴⁸⁸ alt sınır açıkça belirlenmemesi nedeniyle alt sınır bir ay olarak kabul edilecekken, atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme suçu bakımından⁴⁸⁹ ise üst sınır belirlenmemesi nedeniyle üst sınır 20 yıl olarak kabul edilecektir.

Kanun koyucu, özel hükümlerde düzenlenen suçlardan bazılarında madde içerisinde üst sınırı açık bir şekilde göstermişken, kimi suçlar bakımından ise TCK m. 49 ve m. 52’ye atıf yapmakla yetinmiştir⁴⁹⁰. Doktrinde TCK m. 49 ve m. 52’de hapis ve para

⁴⁸⁴ Ali Rıza Çınar, “Adli Para Cezasının Bireyselleştirilmesinde Bir Gün Karşılığı Para Miktarından Kaynaklanan Sorunlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 118, 2016, s. 30.

⁴⁸⁵ Çınar, s. 30; Uğur, “Adli Para Cezası”, s. 43.

⁴⁸⁶ Uğur, “Adli Para Cezası”, s. 43; Çınar, s. 30.

⁴⁸⁷ Çınar, s. 30.

⁴⁸⁸ **TCK Madde 175** “Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde ihmal eden kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır”

⁴⁸⁹ **TCK Madde 173** “(1) Atom enerjisini serbest bırakarak bir patlamaya ve bu suretle bir başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığı hakkında önemli ölçüde tehlikeye sebebiyet veren kişi, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Yukarıdaki fıkra tanımlanan fiilin taksirle işlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”

⁴⁹⁰ “Gerçekten TCK’nun 102/5, 103/6, 117/2, 173/1, 188/1, 188/7 ve 288/1 maddelerinde kanun koyucu alt sınırı açık bir şekilde kaleme almış ise de, üst sınırı ilgili düzenlemede belirlemeyerek

cezasının alt ve üst sınırı belirli olmakla birlikte, belirlilik ilkesi gereğince alt ve üst sınırların genel hükümlerde değil özel hükümlerde düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹¹. Hukuk eğitimi almamış olan bireylerden TCK m. 49 ve m. 52'ye bakmalarının beklenemeyeceği, bu durumun da yaptırımın öngörülememesi nedeniyle, belirlilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği gerekçe olarak gösterilmektedir⁴⁹².

Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Adli para cezaları ve hapis cezaları bakımından özel hükümlerdeki bazı suçların yaptırımlarının genel hükümlere atıfla düzenlenmesi, belirlilik ilkesi açısından problem oluşturmamaktadır. Kanun yapma tekniği bakımından özel suç tiplerine uygulanacak ortak hususlar, genel hükümler kapsamında düzenlenmektedir. Nitekim kanun koyucudan her suç tipi bakımından genel hükümlerdeki düzenlemeleri ayrıca belirtmesi beklenemeyecektir. Yaptırımın belirlenmesi noktasında özel hüküm ve genel hükümlerdeki ilgili maddeler kollektif bir şekilde değerlendirilerek sonuç cezaya ulaşılmaktadır.

Özel hükümdeki maddeler, genel hükümlerdeki maddelerle birlikte değerlendirildiğinde hukuk eğitimi almış kişilerle, hukuk eğitimi almamış kişilerin ortak noktada buluşacağı aşıkardır. Hukuk eğitimi almamış kişiler de herhangi bir özel hükmü incelerken adli para cezası ifadesini gördükleri takdirde, TCK m. 52'ye bakarak aradıkları sorunun cevabını bulacak ve karşı karşıya oldukları ceza miktarı somutlaşacaktır. TCK m. 49 bakımından da benzer şeyleri söylemek mümkündür. TCK m. 47'de ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, TCK m. 48'de müebbet hapis cezası, TCK m. 49'da ise süreli hapis cezası kavramları tanımlanmıştır. Herhangi bir birey özel hükümlerde bu ifadelerle karşılaştığı takdirde, anlamlarını ilgili maddelere bakarak kavrayabilecektir.

TCK m. 52'de belirlenmiş olan adli para cezasının alt ve üst sınırı arasındaki farkın fazla olduğu, bu durumun hakime geniş bir takdir yetkisi verdiği, bu nedenle belirlilik ilkesinin zedelendiği ifade edilmiştir⁴⁹³. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Adli

TCK'nun 49. Maddesinde yer alan üst sınırın bu düzenlemeler bakımından atfen uygulanması sonucunu doğurmuştur.", "Zira kanun koyucu TCK'nun 83/3, 99/3, 304/1, 313/1, 323/2 ve 328/1 maddelerinde 20 yıllık üst sınırı açık bir şekilde madde metninde düzenlerken, TCK'nun 102/5, 103/6, 117/2, 173/1, 188/1, 188/7 ve 288/1 maddelerinde açık bir şekilde 20 yıllık üst sınırı düzenlemek yerine, TCK'nun 49. Maddesine bırakmıştır.", Baytaç, s. 90.

⁴⁹¹ Baytaç, s. 88.

⁴⁹² Baytaç, s. 91.

⁴⁹³ "TCK'nunda alt ve üst sınırlar arasındaki makasın olması gerekenden daha geniş olduğu düzenlemeler ne yazık ki mevcuttur. Öncelikle 52. Maddede belirtilen aksi belirtilmemesi halinde uygulanacak olan ali para cezası 5 günden az 730 günden fazla olamaz şeklindeki düzenleme, bu

para cezasına ilişkin TCK m. 52/2⁴⁹⁴, de hesaplanmaya esas alınan para miktarının alt ve üst sınırı 20 TL ve 100 TL arasında belirlenmiştir. TCK m. 52/1⁴⁹⁵, de ise adli para cezasına esas alınacak gün sayısının aksine hükümler haricinde 5 gün ile 730 gün arasında tespit edileceği belirtilmiştir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde sonuç ceza 100 TL ve 73000 TL arasında değişmektedir. Bu iki rakam arasında önemli bir fark bulunmaktadır.

Bununla birlikte sonuç adli para cezasının belirlenmesinde failin kişisel durumları da dikkate alınmaktadır. TCK 52/4⁴⁹⁶, de adli para cezasının belirlenmesinde failin ekonomik ve şahsi durumunun dikkate alınacağı, gerektiği takdirde adli para cezasının taksitler şeklinde de ifa edilebileceği belirtilmektedir. Ayrıca TCK m. 61/8⁴⁹⁷, deki *“Adli para cezası belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle ödenir”* hükmündeki ödeyebileceği ifadesi de adli para cezasının belirlenmesinde failin kişisel durumunun dikkate alınacağını göstermektedir. Ekonomik durum kişiden kişiye değişmekte, maddi durumu kötü olan birisi için yüksek olan bir meblağ, zengin birisi için çok cüzi bir miktar olabilecektir. Bu durumda da maddi durumu kötü olan birisi için caydırıcı olan meblağ, zengin birisi için caydırıcı olmayacaktır. Ayrıca hapis cezasına kıyasla adli para cezası daha hafif bir yaptırımdır. Bu farklılıklar da aralığın bu kadar açık olması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenlerle 100 TL ve 73000 TL arasında adli para cezasının belirlenmesinin hakkaniyete uygun olduğu, TCK m. 52’nin belirlilik ilkesine aykırı olmadığı kanaatindeyiz.

anlamda belirlilik ilkesini zedelemektedir. Görüldüğü üzere, üst sınır alt sınırın 146 katı olarak hesaplanmıştır. Gün para cezasının 100 TL olarak hesaplanması durumunda verilecek adli para cezası 500 TL’den 73000 TL’ye kadardır. Alt ve üst sınırlar arasındaki bu fark hakime çok geniş takdir yetkisi vermektedir. Ali para cezası gerektiren birçok suçta öngörülen bu oran belirlilik ilkesini zedelemektedir.” Baytaç, s. 96.

⁴⁹⁴ **TCK Madde 52/2** “En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir”

⁴⁹⁵ **TCK Madde 52/1** “Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.”

⁴⁹⁶ **TCK Madde 52/4** “Hakim, ekonomik ve şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir.”

⁴⁹⁷ **TCK Madde 61/8** “Adli para cezası hesaplanırken, bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur.”

Doktrinde bir suçun cezasının alt ve üst sınırlarının makul düzeyde olması gerektiği, alt ve üst sınırlar arasındaki farkın fazla olmasının belirlilik ilkesini zedeleyeceği savunulmaktadır⁴⁹⁸. Bu duruma TCK m. 94/1'deki işkence suçunun cezası “3 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası verilir.” ve TCK m. 85/2'deki “Fiil birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise kişi 2 yıldan 15 yıla kadar cezalandırılır.” şeklindeki düzenlemeler örnek olarak verilebilir⁴⁹⁹. İşkence suçunun basit halinde soyut cezanın belirlenmesi noktasında hakime geniş bir takdir yetkisi verildiği açıktır⁵⁰⁰. Ancak hakim cezayı belirlerken TCK m. 61 ve TCK m. 3/1'deki “Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olarak ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur” ifadesini de dikkate alarak hüküm verecektir⁵⁰¹. Yani diğer kanun maddeleri de dikkate alındığında hakkaniyetli bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Kanaatimizce soyut cezanın alt ve üst sınırları arasındaki farkın fazla olması durumunda suçun koruduğu hukuki değerın önemi ve kanun maddesinin kapsamının genişliği de dikkate alınmalıdır. Başka bir ifadeyle alt ve üst sınırlar arasındaki aralığın fazla olmasının belirlilik ilkesiyle ilişkisi her suç tipi için özel olarak değerlendirilmelidir. TCK m. 85/2'deki düzenleme hem taksirle 1 kişinin öldüğü 1 kişinin yaralandığı bir olayda, hem de taksirle 50 kişinin ölüp 50 kişinin yaralandığı bir olayda uygulama alanı bulacaktır. İlk durum için 15 yıllık ceza fazla iken; ikinci durum için az bile kabul edilebilecektir. Nitekim bu durumda failin suç işleme kastıyla hareket etmemesi, kişisel durumu da cezanın belirlenmesinde etkili olacaktır. Bu hususlar da dikkate alındığında TCK m. 85/2'nin belirlilik ilkesine aykırı değildir.

Alt ve üst sınır arasındaki farkın fazlalığı noktasında TCK m. 181/4⁵⁰² de değerlendirilmelidir. İlgili maddede 5 yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmedileceği ifadesi, aynı zamanda bu suçun üst sınırının 20 yıl olarak değerlendirileceği anlamına gelmektedir. Ancak bu suç tipi açısından 5 yıldan 20 yıla

⁴⁹⁸ Kangal, “Anayasal Güvence”, s. 78.

⁴⁹⁹ Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 71.

⁵⁰⁰ Murat Önok, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 500.

⁵⁰¹ Önok, s. 500.

⁵⁰² **TCK Madde 181/4** “Bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin, insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi halinde, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına ve bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”

kadar geniş bir düzenleme yapmayı gerektirecek tehlikenin ortaya çıkması pek mümkün değildir⁵⁰³. Bu nedenle hakime 15 yıllık takdir yetkisi veren somut bir düzenleme yerine suç tipine somut kriterler eklenmesi daha isabetli olacaktır⁵⁰⁴.

B. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç Ve Ceza Konulması Yasağı

1. Genel Olarak

İdari işlem, “*idari otoriteler tarafından yapılan, rızaları olmaksızın ilgililerin hakları ve hukuk düzeni üzerinde etkili olan hukuki işlemlerdir.*”⁵⁰⁵. Bu doğrultuda idari işlemin unsurlarını; hukuki işlem olması, idari otoriteden kaynaklanması, hukuk düzenini etkilemesi olarak belirtebiliriz⁵⁰⁶. İdari işlemin organik ögesini işlemin idareye dahil bir kuruluş, organ veya makam tarafından yapılması oluştururken; maddi ögesini işlemin idare hukukunda yürütülen bir faaliyete dair olması oluşturmaktadır⁵⁰⁷.

İdari işlemler öncelikle “*tek yanlı idari işlemler*” ve “*iki yanlı idari işlemler*” olarak ikiye ayrılmaktadır⁵⁰⁸. Tek yanlı idari işlemlere kamulaştırma kararı, disiplin cezası verme kararı örnek olarak verilebilirken; iki yanlı idari işlemlere idari sözleşmeler örnek olarak verilebilir⁵⁰⁹. Maddi bakımdan idari işlemler ise “*düzenleyici işlemler*” ve “*birel-bireysel işlemler*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁵¹⁰. İdarenin düzenleyici işlemleri bu ayrımda, tek taraflı ve düzenleyici işlemler kapsamında yer almaktadır.

İdarenin düzenleyici işlemleri; düzenleme getiren, bir konuyu düzenleyen, kurala bağlayan veya kuralı kaldıran yahut değiştiren, soyut genel objektif nitelikli, uygulamakla tükenmeyen idari işlemlerdir⁵¹¹. İdarenin düzenleyici işlemleri, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelik gibi Anayasa’da da zikredilen idari

⁵⁰³ Baytaz, s. 94.

⁵⁰⁴ Baytaz, s. 94.

⁵⁰⁵ Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku*, 2. basım, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s. 254.

⁵⁰⁶ Yaşar, s. 254.

⁵⁰⁷ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, 10. baskı, Turhan kitabevi, Ankara, 2014, s. 363.

⁵⁰⁸ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015, s. 274.

⁵⁰⁹ Gözler ve Kaplan, s. 275.

⁵¹⁰ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 315.

⁵¹¹ Yaşar, s. 264; Çağlayan, s. 316.

işlemler ve yönerge, genelge, genel emir, tebliğ gibi isimler taşıyan kural içerikli adsız düzenleyici işlemlerden oluşmaktadır⁵¹².

İdarenin düzenleyici işlemleri Anayasadan veya kanundan kaynaklanabilir⁵¹³. Başka bir ifadeyle Anayasa veya kanunlar tarafından idareye düzenleyici işlem yapma yetkisi verilmiş olabilir. Örneğin 1982 Anayasası idareye Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik çıkarma yetkisi vermiştir⁵¹⁴. Yasama organının belirli bir alanı ayrıntılı bir şekilde kanunda düzenlemek yerine, temel ilkeleri belirterek cumhurbaşkanına, bakanlara düzenleyici işlemler yapma yetkisi vermesi düzenleyici işlemin kanundan kaynaklanmasına örnek olarak verilebilir⁵¹⁵.

TCK m. 2'deki “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz” ifadesiyle, yönetmelik gibi hukuki metinler çıkartan idarenin suç ve ceza koyması yasaklanmıştır. İdareye suç ve ceza ihdas etme yetkisi verilmesi durumunda, suçların ve cezaların ancak kanunla konulabileceği kuralı ihlal edilmiş olacak, idarenin düzenleyici işlemleriyle de suç konulabileceği sonucuna ulaşılabacaktır. Ancak suç ve ceza koyma yetkisi tek başına ve devredilemez bir şekilde yasama organına aittir. Bu nedenle idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza içeren hükümlere yer vermesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır.

2. İlkenin Anlamı

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince suç ve cezalar ancak kanun ile konulabilir. Yürütme organı ve idari makamlar, kural koyma yetkisinin doğal bir sonucu olarak daimi soyut ve objektif genel hükümler meydana getirmekte, bunun sonucu olarak yönetmelikler, kararnameler ortaya çıkartmaktadır.

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağına ilişkin kuralın dayanağına TCK'nda rastlamak mümkündür. TCK m. 2/2 “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.” ifadesine yer vererek açık bir şekilde idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağını belirtmiştir. AY m. 38/9'da ise

⁵¹² Çağlayan, s. 316.

⁵¹³ Saniye Kılıçarslan, “Disiplin Hukukunda Takdir Yetkisinin Kanunilik İlkesi Çerçevesinde Yargısal Denetimi”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 62, 2015, s. 21; Gözler ve Kaplan, s. 417.

⁵¹⁴ Gözler ve Kaplan, s. 418.

⁵¹⁵ Gözler ve Kaplan, s. 418.

“İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.” ifadesiyle idarenin düzenleyici işlemleriyle hürriyeti kısıtlayıcı yaptırımların uygulanamayacağını belirtmiştir. AY m. 13’te *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”* ifadesine yer verilerek, temel hak ve özgürlüklerin ancak Anayasa’ya bağlı olarak kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Kanun çıkarma yetkisinin yasama organında olduğu ve bu yetkinin TBMM aracılığıyla kullanıldığı dikkate alındığında, idarenin suç ve ceza koyma yetkisine sahip olmadığı anlaşılmaktadır.

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratılması Fransız Hukuku’nda uzun bir geçmişe sahiptir⁵¹⁶. Fransız Hukuku’nda belirli sınırlar çerçevesinde yürütmeye suç yaratma yetkisi tanınmasının yanında, kanun hükmünde kararnameler ile de suç ve ceza konulması kabul edilmektedir⁵¹⁷. Alman Hukuku’nda ise kanunun verdiği yetkiler çerçevesinde yürütme organı düzenleyici işlemleriyle suç yaratabilmektedir⁵¹⁸. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması bakımından idareye belirli çerçevelerde suç koyma yetkisi veren beyaz hüküm ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri önem taşımaktadır.

a. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulması Yasağı Kapsamında Beyaz Hüküm

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasak olmakla birlikte, kanun koyucu bazı durumlarda suç teşkil eden fiili açık bir şekilde göstermeyip, onun belirli sınırlar çerçevesinde tespitini idari makamlara bırakabilmektedir⁵¹⁹. Kanun koyucunun bu şekilde suçun cezasını belirleyerek suç teşkil eden fiilin belirlenmesini idari makamlara bıraktığı haller doktrinde *“beyaz hüküm”*, *“açık ceza normu”*, *“çerçeve kanun”* şeklinde adlandırılmaktadır⁵²⁰.

⁵¹⁶ İçel, s. 124.

⁵¹⁷ İçel, s. 125.

⁵¹⁸ İçel, s. 125.

⁵¹⁹ Kılıçarslan, s. 22; Demirbaş, s. 117.

⁵²⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 125; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 67.

İdarenin beyaz hüküm kapsamındaki emir ve yasaklar koyan düzenleyici işlemlerle suç oluşturan fiilin içeriğini belirlemesinin kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği, 1961 ve 1982 Anayasaları bakımından tartışma konusu olmuştur. Bu sorunun ortaya çıkmasının sebebi, Anayasada suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer verilmekle birlikte, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı yönünde açık bir anayasal düzenleme bulunmamasıdır⁵²¹.

1961 Anayasası, doktrindeki genel kabüle göre⁵²² yasama organının yetkilendirdiği sınırlar içerisinde, yürütme organı ve idarenin suç tipini belirlemesine engel değildir⁵²³. Çünkü her ne kadar 1961 Anayasası ile suçta ve cezada kanunilik ilkesine Anayasada açıkça ilk kez yer verilmişse de, yasama yetkisinin devredilmezliği konusunda 1924 ve 1961 Anayasaları arasında herhangi bir farkı yoktur⁵²⁴.

1961 Anayasasına göre kanun suç koyma konusunda yürütmeye yetki vermiş ise yürütme ancak tüzük ve yönetmelik ile suç ihdas edebilir⁵²⁵. Bunun gerekçesi olarak ise 1961 AY m. 107'deki *"Bakanlar kurulu kanunun uygulanmasını göstermek veya kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak şartıyla ve Danıştay'ın incelemesinden geçirilerek tüzükler çıkarılabilir"* ve AY m. 113'teki *"Bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Yönetmelikler Resmi Gazete'de yayınlanır"* ifadeleri gösterilmektedir⁵²⁶. Buna göre 1961 Anayasası tüzük ve yönetmeliklerle idareye suç ihdas etme yetkisi verirken, örf ve adet hukuku çerçevesinde tamim, tebliğ, sirküler gibi düzenleyici işlemlerle suç ihdas etme yetkisini kaldırmıştır⁵²⁷.

Beyaz hükümlerle suç konulabilmesinin gerekçesi olarak ise cezalandırılması gereken bütün fiillerin kanunlarla düzenlenmesinin zorluğu, bölgeden bölgeye değişen anlayış

⁵²¹ Duygun **Yarsuvat**, "Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 29, Sayı: 3, 1963, s. 556.

⁵²² Öztekin **Tosun**, "Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 28, Sayı: 2, 1962, s. 351; Sulhi **Dönmezer**, "İcranın Tanzim Tasarrufları İle Suç İhdası: Anayasaya Aykırılık Halinde Verilmesi İcab Edilen Karar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 28, Sayı: 1, 1962, s. 244; Yarsuvat, s. 558.

⁵²³ Önder, s. 63; Tosun, "Yürütme Organlarının", s. 351.

⁵²⁴ Tosun, "Yürütme Organlarının", s. 350.

⁵²⁵ Dönmezer, "İcranın Tanzim", s. 244.

⁵²⁶ Dönmezer, "İcranın Tanzim", s. 243.

⁵²⁷ Dönmezer, "İcranın Tanzim", s. 245.

farklılığı nedeniyle cezalandırılması gereken hareketin değişebileceği ve yasama organına göre idari makamların hızlı hareket edebilmesi gösterilmektedir⁵²⁸. Ancak beyaz hüküm ile idarenin suç tipini belirlemesi için bazı şartların sağlanmış olması gerekmektedir. Bunlar kanun koyucunun yasayla idareye vermiş olduğu yetkinin sınırlarını açıkça belirlemesi ve cezanın sınırlarını kanunda açıkça göstermiş olmasıdır⁵²⁹.

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratılamayacağına ilişkin görüşe göre, suçlar ve cezalar ancak kanunlarla konulabilecektir. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması durumunda kuralların sık sık değişmesi nedeniyle takibi zorlaşacak, bu da güvencesiz bir ortam doğuracaktır⁵³⁰. Bazı durumlarda belirli fiillerin derhal suç olarak düzenlenmesi gereği ortaya çıksa dahi, bireyin hak ve özgürlükleri bu gereksinimden daha önceliklidir⁵³¹. Ayrıca yürütme organının beyaz hükümle suç ve ceza ihdas edebilmesi, yasama organının kanunla suç ihdas etme yetkisini yürütmeye verdiği anlamına gelmektedir⁵³².

Beyaz hüküm sorununun en tipik örneğini 1930 tarih ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun oluşturmaktaydı⁵³³. Söz konusu Kanun'un 1. maddesi "*Türk parasının kıymetinin korunması zımında kararlar ittihatına Bakanlar kurulu salahiyyetlidir*" şeklinde düzenlenmişken, 3. maddesi "*Bakanlar kurulunca 1'nci maddeye göre alınan kararlara aykırı hareket eden veya bu kararlarda belirlenen yükümlülüklerini yerine getirmeyen gerçek ve tüzel kişilerin*" ağır para cezasıyla cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştı⁵³⁴. Söz konusu düzenleme suç teşkil eden fiilin tespitini bakanlar kuruluna bırakmaktaydı.

Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanuna ilişkin bu düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılık olmadığına hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde yasama organının ağır işlemesi nedeniyle günlük değişimlere hızlı bir şekilde uyum sağlamanın zor olduğunu, bu nedenle yasama organının belirli çerçeveleri belirlemek kaydıyla idareye

⁵²⁸ Önder, s. 63; Tosun, "Yürütme Organlarının", s. 352; Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 72.

⁵²⁹ Dönmezer ve Erman, s. 143; Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 72; Önder, s. 63.

⁵³⁰ Özbek, vd., *Genel Hükümler*, s. 72.

⁵³¹ İçel ve Donay, s. 111.

⁵³² Önder, s. 64.

⁵³³ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 67.

⁵³⁴ Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 73; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 67.

yetki vermesinin de yasama yetkisi kapsamında olduğunu belirtmiştir.⁵³⁵ Aynı kararda suçun unsurlarının Kanun'un 1. maddesinde belirtildiği, bu Kanunun Resmi Gazete'de yayınlanarak topluma duyurulması nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesine herhangi bir aykırılık bulunmadığına hükmedilmiştir⁵³⁶. Söz konusu 1567 sayılı kanunun 3. maddesi 24.12.2008 tarihli ve 5287 sayılı kanunla değiştirilerek, "*Bakanlar kurulunun bu kanun hükümlerine göre yapmış bulunduğu genel ve düzenleyici işlemlerdeki yükümlülükler aykırılık*" oluşturan fiiller suç olmaktan çıkarılarak, idari para cezası gerektiren kabahat olarak tanımlanmıştır⁵³⁷.

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası dönemindeki görüşünü 1982 Anayasası'yla birlikte kısmen de olsa değiştirmiştir. 7.1.1932 günlü, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunun 25. maddesi⁵³⁸, nin 5.6.1985 günlü, 3217 sayılı Kanunla değişik ikinci fıkrasında yer alan "*...İthalat ve ihracat rejimi kararlarıyla yasaklanmış olması*" ibaresinin Anayasaya aykırılık oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde 1982 Anayasasının 91. maddesine göre bakanlar kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verildiğini, kanun hükmünde kararname ile istisnalar haricinde temel hak ve özgürlüklere dokunulamayacağını, suç düzenlemelerinin de dokunulamaz alanda olduğunu belirtmiştir. Ayrıca kanun

⁵³⁵ "Yasama organı, herhangi bir sahayı Anayasaya uygun olması şartı ile düzenleyebilir. Bu düzenlemede bütün ihtimalleri gözönünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de tesbit etmek yetkisini haiz ise de; zamanın gereklerine göre sık sık tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konulmasına lüzum görülen hallerde, yasama organının, yapısı bakımından, ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler almasının güçlüğü karşısında esaslı hükümleri tesbit ettikten sonra ihtisasa ve idare tekniğine taallük eden hususların düzenlenmesi için Hükümeti görevlendirmesi de yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Şu hale göre; bu durumu yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı anlamına almak doğru olamaz." **AYM T. 18.10.1963 E. 1963/4 K. 1963/71** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.05.2020

⁵³⁶ 1567 sayılı kanunun 3. maddesi ise; "*İcra Vekilleri Heyetince*" 1. maddeye istinaden ittihaz edilen kararlara aykırı hareket edenlere ceza tâyin etmiştir. Bu hükümle; suçun kanunî unsuru "*İcra Vekilleri Heyetinin*" 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı harekette bulunmaktır. Şu halde suçun ne olduğu kanunla belirtilmiştir. Kaldığı Bakanlar Kurulu kararı, daha önce Resmi Gazete'de neşredilmek suretiyle kişilere hangi fiillerin yasaklandığı duyurulmakta ve böylece kişinin teminatı sağlanmakta ve ceza da kanunda gösterilmekte olmasına göre mücerret kararname ile suç ihdası söz konusu olamayacağından bu konuya ilişkin itiraz yerinde görülmemiştir" **AYM T. 18.10.1963 E. 1963/4 K. 1963/71** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.05.2020

⁵³⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 126.

⁵³⁸ **Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun Madde 25** "*Yukarıdaki fıkra dışında kalan ve bu Kanunda ayrıca cezası bulunmayan her nevi kaçakçılık suçlarının failleri, gümrük kaçağı eşyanın gümrüklenmiş değerinin tekel kaçağı maddeler için CIF değeri ile birlikte özel kanunlarında yazılı para cezasının veya resminin birer misli ağır para cezası ile cezalandırılır ve mal veya eşyanın müsaderesine karar verilir. Mal veya eşyanın, tekele tabi olması veya memlekete ithalinin veya ihracının özel kanunlarla veya ithalat ve ihracat rejimi kararlarıyla yasaklanmış olması durumunda fail hakkında ayrıca bir seneden beş seneye kadar hapis cezasına da hükmolunur.*"

hükmünde kararnamelemler ile dahi suç düzenlemesi yapılamazken, normlar hiyerarşisinde daha alt seviyede bulunan tüzük yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerle suç düzenlenemeyeceğini belirtmiştir⁵³⁹.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında Anayasa'daki değişikliklerin de etkili olduğunu söylemek mümkündür. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırmasına ilişkin AY m. 13 2001 yılında değiştirilmiştir. Değişiklikten önceki düzenleme *“temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile sınırlandırılabilir”* şeklindeyken, 2001 yılı değişikliğiyle *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* şeklinde düzenlenmiştir. Düzenlemenin ilk halinde Anayasa'da sayılmış sebeplere dayanılarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırması mümkündür⁵⁴⁰. Bununla birlikte 2001 değişikliğinden sonra ise her temel hak ve özgürlük bakımından ayrı sınırlama sebepleri öngörülmüş, ancak bu özel sınırlama sebepleriyle hürriyetlerin sınırlandırabileceği belirtilmiştir⁵⁴¹. Bu değişikliğin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırmasını zorlaştırması idari makamların temel hak ve özgürlüklere müdahalesini de zorlaştırmıştır.

TCK m. 297/2'de düzenlenen infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak suçu da Anayasa Mahkemesi tarafından kanunilik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Söz konusu TCK m. 297/2 *“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*

⁵³⁹ “Anayasa'nın 91. maddesinde TBMM'nce Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilebileceği öngörülmekte ve KHK ile düzenlenemeyecek konular sayılmaktadır. “Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlığını taşıyan 38. maddesi, kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyecek yasak alan kapsamına girmektedir. Yürütme organının KHK ile suç oluşturmaya Anayasa'da izin verilmez iken düzenleme olanakları ve biçimleri KHK'lere göre çok daha kolay olan ve hukuk kuralları hiyerarşisinde daha sonra gelen idarî düzenlemelerle kimi eylemlerin suç sayılması açıklanan Anayasa kurallarına aykırı düşer.” **AYM T. 6.7.1993 E. 1993/5 K. 1993/25** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.05.2020

⁵⁴⁰ Kemal **Gözler**, “3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:9, 2002, s. 318; Atar, s. 140

⁵⁴¹ Gözler, *Anayasa Değişikliği*, s. 320.

kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklindeydi. İtirazda yasak eşyaları belirleme yetkisinin yetkili makamlara bırakıldığı, bu durumun da kanunilik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir⁵⁴². Anayasa Mahkemesi bu itirazı haklı bulmuş, TCK m. 297/1’de suça konu eşyaların tek tek sayılmasına karşın, 2. fıkrada böyle bir nitelik belirlemesi yapılmadığı, idari makama söz konusu eşyaların belirlenmesinde geniş bir yetki verildiği ve eşyaların tespitinde hangi kriterlerin esas alınacağına açık ve belirli olmaması nedeniyle düzenlemenin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir⁵⁴³. Söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi’nin kararıyla iptal edilmiş olup, yeniden düzenlenen TCK m. 297/2⁵⁴⁴, de yasak eşyalar daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Burada dikkat çeken husus Anayasa Mahkemesi’nin iptal gerekçesinin düzenlemenin idareye yetki vermesi nedeniyle değil de yetkinin sınırlarının belirlenmemiş olması nedeniyle verilmiş olmasıdır. Bu durum da aslında Anayasa Mahkemesi’nin “beyaz hüküm” ile suç konulabilmesini kabul ettiği; ancak idareye verilen yetkinin sınırlarının belirli olması gerektiği şeklinde yorumlanabilir.

⁵⁴² “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 297. maddenin 1. fıkrasında infaz kurumuna veya tutuk evine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracının sokulması ve bulundurulmasının suç olarak tanımlandığı ve yasak eşyanın tek tek sayıldığı, ancak somut olayda uygulanması talep edilen aynı maddenin 2. fıkrasında yasak eşyanın tek tek sayılması yerine hangi eşyaların yasak olduğunu belirleme yetkisi yetkili makamların takdirine bırakılmış ve Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifleri Genel Müdürlüğü’nün 22/01/2007 tarih 45/1 sayılı genelgesinin, ‘Güvenlik’ bölümünün 2. fıkrasında TCK’nın 297/2. maddesine göre dokuz madde halinde yasak listesi belirlenmiştir. İddianamede sanığın cezalandırılması talep edilen ‘kumar oynanmasına olanak sağlayan eşya ve malzeme’ yetkili makamlarca belirlenen yasaklar arasında sayılmaktadır. Buna göre yukarıda yer verilen ilkelere aykırı olarak idareye düzenleyici işlemle hangi eşyaların infaz kurumundan bulundurulmasının yasak olduğunu belirleme ve suç tanımlama yetkisi veren 5237 sayılı TCK’nın 297. maddesinin 2. fıkrası 1982 Anayasası’nın 2., 7., 11. ve 38. maddelerine aykırıdır.” **AYM T. 07.07.2011 E. 2010/69 K. 2011/116** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.05.2020

⁵⁴³ “297. maddenin (1) numaralı fıkrasında suça konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına karşın, itiraz konusu kuralda böyle bir nitelik belirlemesi yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir.” **AYM T. 07.07.2011 E. 2010/69 K. 2011/116** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.05.2020

⁵⁴⁴ **TCK Madde 297/2** “Birinci fıkra kapsamı dışında kalan; a) Firarı kolaylaştırıcı her türlü alet ve malzemeyi, b) Her türlü saldırı ve savunma araçları ile yangın çıkarmaya yarayan malzemeyi, c) Alkol içeren her türlü içeceği, d) Kumar oynanmasına olanak sağlayan eşya ve malzemeyi, e) 188 inci maddede tanımlanan suçlar saklı kalmak üzere, yeşil reçeteye tabi ilaçları, f) Kurum idaresince incelenmek üzere alınanlar hariç, mahkemelerce yasaklanmış veya suç örgütlerini temsil eden yayın, afiş, pankart, resim, sembol, işaret, doküman ve benzeri malzemeler ile örgütsel haberleşme araçlarını, g) Yetkili makamlarca izin verilenler hariç, ses ve görüntü almaya yarayan araçları, ceza infaz kurumuna veya tutukevine sokan, buralarda bulunduran veya kullanan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Anayasa Mahkemesi 21.07.1983 tarihli, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65. maddesini⁵⁴⁵ suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Söz konusu düzenlemede suç oluşturan eylemin tespiti idari makamlara verilmektedir. Anayasa Mahkemesi idareye suç oluşturan eylemin tespitini idareye bırakan bu düzenlemenin, kurulların aldıkları kararların ilan edilmesi ve taraflara tebliğ edilmesi hususunda herhangi bir koşul bulunmaması nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir⁵⁴⁶.

5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13/4.⁵⁴⁷ maddesi TFF tarafından belirlenen usul ve esaslara aykırı olarak haksız ve

545

TCK Madde 65/1 “a) Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verenler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Bu fiiller, korunması gerekli kültür ve tabiat varlığını yurt dışına kaçırmak maksadıyla işlenmiş ise, verilecek cezalar bir kat artırılır. b) Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşai ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptıranlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. c) Bu Kanuna aykırı olarak yıkma veya imar izni veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. d) Bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idarelerden bu Kanunun 57 nci maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları uyarınca izin almaksızın veya izne aykırı olarak tamirat ve tadilat yapanlar ile izinsiz inşai ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptıranlar altı aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılırlar.”

546

“Öte yandan, koruma bölge kurullarınca tespit edilen koruma alanlarında belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşai ve fizikî müdahale yapan ya da yaptıranların cezalandırılması öngörülmektedir. Burada suç teşkil eden fiilin konusunu koruma bölge kurullarınca belirlenen esaslara aykırı izinsiz inşai ve fizikî müdahaleler oluşturmaktadır. Ancak koruma alanlarında uyulacak şartların neler olduğunu belirleme yetkisi koruma bölge kurullarına tanınmıştır. Herhangi bir sit alanında bulunan korunması gerekli taşınmaza yapılan hangi müdahalelerin suç oluşturacağını belirlemek idari bir organ olan koruma bölge kurullarına verilmiştir. Kanun'un 57. maddesinin, birinci fıkrasının (g) bendinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar alma yetkisi bölge kurullarına verilmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasının son cümlesinde de bu kararların Kanun ve ilke kararlarındaki dayanakları ile bilimsel gerekçelerinin belirtilerek yazılacağı hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde Kanun'un 61. maddesinde Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişilerin uymak zorunda olduğu hükmü yer almaktadır. Ancak Kanun, Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararlarının Resmî Gazetede yayımlanmasını zorunlu tutmakla birlikte koruma bölge kurulları kararları için böyle bir yayım zorunluluğu öngörmemiştir. Alınan kararların ilgili herkesin bilgisine sunulmaması nedeniyle ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik açısından sorunlar çıkması kaçınılmazdır. Hem tescil kararının tebliğ edilmemesi hem de koruma bölge kurulu kararlarının ilgililere duyurulmasını güvence altına alacak bir yasal hükmün bulunmaması karşısında itiraz konusu kurallarda belirtilen cezai yaptırımların bireyler açısından öngörülebilir olmadığı ve suçların kanuniliği ilkesine uymadığı açıktır.” **AYM T. 11.04.2012 E.2011/18 K. 2012/53** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.05.2020

547

TFFKvGHK Madde 13/4 “Futbol müsabakası yayınlarının, TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında haksız ve yetkisiz olarak radyo, televizyon, internet veya herhangi bir yayın veya iletişim aracıyla canlı veya banttan yayınlanması, çoğaltılması, dağıtılması, satılması, izlenmesi

yetkisiz şekilde maçların yayın ve iletişim araçlarıyla çoğaltılması, yayınlanması, dağıtılması, satılması, izlenmesi ve izletilmesini yasaklamakta, bu fiillere cezai yaptırım öngörüldüğünü düzenlemektedir⁵⁴⁸. Bu düzenleme Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş Anayasa Mahkemesi ise suç tipini oluşturan unsurların TFF tarafından belirlenmesi nedeniyle hükümdeki “haksız ve yetkisiz” sözcüklerinin belirsiz kaldığı, bu durumun belirlilik ve öngörülebilirliğe aykırı olduğu gerekçesiyle söz konusu hükmü iptal etmiştir⁵⁴⁹.

TCK m. 203⁵⁵⁰,te düzenlenmiş olan mühür bozma suçu yürütme organına suç ihdas etme yetkisi verdiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemede idari makamların mühür kullanma yetkisinin kanunlardan kaynaklandığını, kanunlarla bu yetkinin hangi makamlar tarafından kullanılacağını, kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık bulunmadığına hükmetmiştir⁵⁵¹.

veya izletilmesi halinde, TFF'nin veya yayıncı kuruluşun şikayeti üzerine 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71 inci maddesindeki cezai hükümler uygulanır.”

⁵⁴⁸ Özge **Apış**, “Anayasa Mahkemesinin, Türkiye Futbol Federasyonu Tasarruflarıyla Suç ve Ceza Yaratılamayacağına İlişkin 2010/19 Esas ve 2011/6 Karar Sayılı ve 06.01.2011 Tarihli Kararının İncelenmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 16, 2011, s. 175.

⁵⁴⁹ “İtiraz konusu kuralda belirtilen suçların işlenmesi halinde TFF veya yayıncı kuruluşun şikayeti üzerine 5846 sayılı Yasa'nın 71. maddesinin birinci fıkrasında, bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasının uygulanacağı öngörülmektedir. Buna göre, suçun ana unsurlarından birini TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında hareket etmek fiili oluşturmaktadır. Kuralda, hangi eylemin gerçekleşmesi halinde suçun oluşacağı yani suçun unsurlarının neler olduğunun belirlenmesi TFF'nun takdirine bırakılmakta, böylece ceza yaptırımı uygulanmasını sağlayacak eylemler Yasa'da belirtilmemekte ve TFF'nun belirlediği usul ve esaslara bağlanmaktadır. Öte yandan, itiraz konusu kuralda suç oluşturan fiiller belirlenmediğinden buna bağlı olarak 'haksız ve yetkisiz' sözcükleri de belirsiz kalmaktadır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi, suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir.” **AYM T. 06.01.2011 E. 2010/19 K. 2011/6** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.05.2020

⁵⁵⁰ **TCK Madde 203** “Kanun veya yetkili makamların emri uyarınca bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için konulan mühürü kaldıran veya konuluş amacına aykırı hareket eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

⁵⁵¹ “İtiraz konusu kuralda yer alan yetkili makamlar, kendilerine kanunlarla verilmiş yetkiye dayanarak mühür koymaktadırlar. Bir başka ifadeyle, bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için kanunla yetkili kılınan makam, bu yetkisini 'mühürleme' yapmak suretiyle kullanmaktadır. Dolayısıyla, mühürleme yetkisinin hangi makamlar tarafından kullanılacağı, kapsamı ve sınırları kanunlarla önceden belirlenmiş olmaktadır. Bu durumda, yetkili makamların emri ile mühür konulması, çerçevesi sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın idarenin düzenlemesine bırakıldığı anlamına gelmez.” **AYM T. 22.05.2013 E. 2012/77 K. 2013/66** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.05.2020

TCK m. 195⁵⁵² de “beyaz hüküm” şeklindeki düzenlemelere örnek olarak verilebilir. Bu madde, bulaşıcı hastalık halinde, yetkili makamlarca alınacak tedbirlere aykırı davranılmasını suç saymıştır. Yetkili makamlar ifadesi idarenin düzenleyici işlemlerine işaret etmektedir⁵⁵³. Suçun konusu kanun tarafından düzenlenmemiş, bu konuda idari makamlara yetki verilmiştir⁵⁵⁴.

TCK m. 195’de düzenlenmiş olan karar almaya yetkili makamlar ise Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile belirlenecektir. Bu kanuna göre gerekli tedbirlerin alınması amacıyla bir kurul oluşturulacaktır. Bu kurul ise mahalli idarelerden oluşmaktadır. Başka bir ifadeyle idari makamlar alınması gereken tedbirleri yani suç oluşturan fiilleri belirlemektedir. Örneğin Covid-19 sürecinde umumi hıfzısıhha kurulu salgını önlemek için tedbirler almakta, kurulun kararlarının ihlal edilmesi ise TCK m. 195’i oluşturmaktadır⁵⁵⁵. Bu düzenleme açık bir şekilde idari makamlara suç teşkil eden fiili belirleme yetkisi vermekte olan bir beyaz hüküm düzenlemesidir. Bu nedenle suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 152⁵⁵⁶’de de beyaz hüküm düzenlemesi söz konusudur. Söz konusu düzenlemede aynı kanunun 68, 69 ve 70. Maddelere atıfla gerekli düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemlerin alınmamasının yaptırımı hapis ve adli para cezası olarak belirlenmiştir⁵⁵⁷. Bu maddelerde ise suç teşkil eden fiiller tahdidi olarak gösterilmemiş, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu bu önlemlerin belirlenmesi konusunda yetkilendirilmiştir⁵⁵⁸. Suç teşkil eden fiilin belirlenmesi idari makamlara bırakılmış olmakta, bu durum da idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza belirlenmesi yasağına aykırılık teşkil etmektedir.

⁵⁵² **TCK Madde 195/1** “Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

⁵⁵³ Özбек vd., *Genel Hükümler*, s. 76.

⁵⁵⁴ Artuk, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, s. 53.

⁵⁵⁵ <http://www.antalya.gov.tr/il-umumi-hifzissihha-kurulu-202031-karari> Erişim Tarihi: 09.07.2020

⁵⁵⁶ **Bankacılık Kanunu Madde 152** “Bankacılık Bu Kanunun 68, 69 ve 70 inci maddelerine ve bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14 üncü maddesine göre, Kurul veya Kurumca alınması istenen önlemleri almayan bankaların bu önlemleri almakla yükümlü olan mensupları, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin günden beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar.”

⁵⁵⁷ Sade, s. 96.

⁵⁵⁸ Artuk, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, s. 53.

Benzer şekilde TCK'nın devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk başlığı altında düzenlenen suçların bazılarının da beyaz hüküm şeklinde düzenlendiğini söyleyebiliriz. Bu başlık altında düzenlenen TCK m. 334⁵⁵⁹, 335⁵⁶⁰, 336⁵⁶¹, 337⁵⁶²'de düzenlenen suç tiplerinde “Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve nitelikleri gereği gizli kalması gereken bilgiler” ifadesi kullanılmaktadır. Bu ifadeden açık bir şekilde hangi bilgilerin açıklanmasının bu suçları oluşturacağının idarenin düzenleyici işlemleriyle belirleneceği sonucu çıkmaktadır. Kanaatimizce cezası on beş yıla kadar çıkabilen bu suçların konusunun idare tarafından belirlenmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır.

İncelemiş olduğumuz kararlarda dikkat çeken husus Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçelerinde idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaması yasağına değil de belirlilik ilkesine atıf yapmış olmasıdır. Bu durum Anayasada idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağına ilişkin açık bir ifadenin bulunmamasından da kaynaklanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, açık bir şekilde, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamamasına atıf yapmazken; önüne gelen başvuruları belirlilik ilkesi çerçevesinde değerlendirmektedir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken bazı kriterleri esas almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin ilk kriteri kanun koyucunun temel kuralları saptaması ve idarenin sadece uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları düzenleyebilmesidir⁵⁶³. Ayrıca idareye verilecek yetkinin kanunda sınırlı, açık ve belirli şekilde tarif edilmesi; idareye verilen yetkinin de yasama yetkisinin devri niteliğinde

⁵⁵⁹ **TCK Madde 334.** “(1) Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri temin eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”

⁵⁶⁰ **TCK Madde 335** “(1) Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri siyasal veya askerî casusluk maksadıyla temin eden kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir.”

⁵⁶¹ **TCK Madde 336** “(1) Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri açıklayan kimseye üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.”

⁵⁶² **TCK Madde 337** “(1) Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri, siyasal veya askerî casusluk maksadıyla açıklayan kimseye on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir.”

⁵⁶³ Baytaz, s. 100.

olmaması gerekir⁵⁶⁴. Son olarak ise yetkinin sübjektif haklara ilişkin olmaması⁵⁶⁵ ve düzenlemenin vatandaşlara ilan edilmesi gerekmektedir⁵⁶⁶.

Kanaatimizce beyaz hüküm niteliğindeki kanunlar ile idareye suç tipinin belirlenmesi konusunda yetki vermek, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaması yasağına ve kanunilik ilkesine aykırıdır. Bu şekildeki düzenlemeler ile suçta ve cezada kanunilik ilkesi dolanılmaktadır⁵⁶⁷. Çünkü suç oluşturan fiillerin idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılması, aslında suç tipinin idare tarafından belirlenmesi anlamına gelmektedir.

Yasama organının yavaşlığı nedeniyle idareye suç düzenleme yetkisi verilmesi, bir nevi idari makamların kanun koyucunun yerine ikame edilmesi anlamına gelmektedir⁵⁶⁸. Nitekim günümüzde yasama organının yavaşlığından söz edilemeyecektir. Çünkü yasama organı teknolojik gelişmelerin de etkisiyle hızlı bir şekilde bir araya gelmekte ve hızlı bir şekilde kanunlaştırma sürecini tamamlayabilmektedir.

İdari makamların suç düzenlemesi noktasında hürriyeti bağlayıcı cezalar, para cezalarına göre daha büyük önem taşımaktadır. Çünkü idareye suç düzenlemesi konusunda yetki verilmesi, dolaylı yoldan kişi hürriyetinin kanun tarafından değil de idari makamlar tarafından kısıtlanması anlamına gelir ki bu kabul edilemez bir durumdur.

İdarenin düzenleyici işlemlerinin Resmi Gazete’de yayınlanması ile toplumun bu durumdan bilgi sahibi olacağı, bunun da düzenlemeyi kanunilik ilkesine uygun hale getireceği de kabul edilemez⁵⁶⁹. Çünkü teorik olarak düzenlemenin Resmi Gazete’de yayınlanması toplumun durumdan haberdar edildiği anlamına gelse de düzenlemenin yayımı aslında hükmün yürürlüğe giriş tarihinin tespitini amaçlamaktadır⁵⁷⁰. Ayrıca suçların ancak kanun ile konulabileceği konusunda topluma güvence verildikten sonra, idari düzenleyici işlemlerle suç teşkil eden fiillerin belirlenmesi kendi arasında bir

⁵⁶⁴ Ersoy, s. 23; Baytaz, s. 100.

⁵⁶⁵ Baytaz, s. 101.

⁵⁶⁶ **AYM T. 18.10.1963 E. 1963/4, K. 1963/71** <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.05.2020

⁵⁶⁷ Ertuğrul, s. 67.

⁵⁶⁸ İçel ve Donay, s. 110.

⁵⁶⁹ İçel ve Donay, s. 113.

⁵⁷⁰ İçel ve Donay, s. 113.

çelişki de barındırmaktadır. Toplumun sürekli idarenin düzenleyici işlemlerini takip etmesi beklenemez.

Beyaz hüküm ile suç düzenlenmesi sorununun çözülebilmesi için öncelikle TCK m. 2/2'deki “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.” hükmü Anayasal bir hüküm haline getirilmelidir⁵⁷¹. Bu durumda yasak anayasal olarak bağlayıcı hale gelecek, idari düzenlemeler dayanak gösterilerek kişi hürriyetinin sınırlandırılmasının önüne geçilmiş olacaktır.

Kanunlarda suç olarak düzenlenmiş ancak sadece para cezası gerektiren düzenlemelerin kabahat haline getirilmesinin de sorunun çözümüne yardımcı olacağı kanaatindeyiz. Çünkü kanunilik ilkesi suçlar bakımından mutlak iken kabahatler bakımından mutlak değildir⁵⁷². Nitekim Kabahatler Kanunu m. 4⁵⁷³ kanunun belirlediği kapsam ve çerçevenin içeriğinin idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulmasına imkan tanımaktadır. Bu durumda hem hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından idarenin takdir yetkisi ortadan kalkacak, hem de beyaz hüküm şeklindeki düzenlemeler kanunilik ilkesine uygun hale gelecektir.

b. Olağan Dönemlerde İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza İhdası

Olağan dönemlerde normlar hiyerarşisinde kanundan alt seviyede yer alan düzenleyici işlemlerle suç düzenlenmesi mümkün değildir⁵⁷⁴. Bununla birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yerinin belirsizliği nedeniyle, bu kararnamelerle suç düzenlenip düzenlenemeyeceği tartışmaya açıktır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri⁵⁷⁵; kanunla düzenlenmemiş ve Anayasa’da kanunla

⁵⁷¹ Baytaz, s. 123.; İçel, s. 129.; Özbek vd., *Genel Hükümler*, 75.

⁵⁷² Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 76.

⁵⁷³ **KK Madde 4** “(1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. (2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.”

⁵⁷⁴ Öztürk ve Erdem, s. 50.

⁵⁷⁵ “Kanun hükmünde kararname, Bakanlar kurulunun Anayasadan doğrudan doğruya aldığı yahut yasama organından yetki devriyle aldığı sınırları belirli yetkiye dayanarak yaptığı, sonradan yasama organının denetimine tabi olan, normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde olan düzenleyici işlemlerdir. Ancak kanun hükmünde kararnameler 11.02.2017 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Referandumla kabul edilmesiyle yürürlükten kaldırılmış yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi getirilmiştir.” Mehmet **Boztepe**, “Olağanüstü Hal Rejiminde Yürütmenin Bir Düzenleyici İşlemi Olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri ile Mukayesesi”, *Uluslararası Yönetim Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 3, 2018, s. 379.

düzenlenmesi öngörülmemiş olmak şartıyla, yürütme yetkisine ilişkin konularda, Cumhurbaşkanının doğrudan Anayasadan kaynaklanan yetkisine dayanarak çıkarttığı, asli nitelikli bir düzenleyici işlemdir⁵⁷⁶.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri AY 104'te “*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle olağan dönemde suç ve ceza konulup konulamayacağını belirlebilmesi için öncelikle kararnamelerin genel özellikleriyle birlikte, normlar hiyerarşisindeki yerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri öncelikle Anayasadan alınan yetkiye dayanılarak, başka bir dayanağa gerek bulunmaksızın, Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan doğruya çıkarılabilir⁵⁷⁷.

Yani kanuna dayanması gerekmemektedir. Ancak kanuna aykırı olmaması gerekmektedir⁵⁷⁸. Bununla birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanunla düzenlenen alanlarda çıkarılamayacaktır⁵⁷⁹. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri genel düzenleyici işlemlere veya bireysel işlemlere yönelik çıkarılabilir⁵⁸⁰. Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ancak yürütme yetkisine ilişkin konularda

⁵⁷⁶ Atar, s. 279.

⁵⁷⁷ Kemal **Gözler**, *Anayasa Hukuku*, s. 321; Özen **Ülgen**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 1, 2018, s. 6.

⁵⁷⁸ Namık Kemal **Öztürk**, *Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 38. Atar, s. 279.

⁵⁷⁹ Murat **Açıl**, “2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 76 Sayı: 2, 2018, s. 731.; Gözler, *Anayasa Hukuku*, s. 322; Cengiz **Gül**, *Başkanlık/ Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Demokratik Değeri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 381.

⁵⁸⁰ Ülgen, s. 6.

çıkarılabilir⁵⁸¹. Ayrıca olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmektedir⁵⁸².

Bir görüşe göre; olağan hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanunların altındadır⁵⁸³. Bu görüşün gerekçelerinden ilki yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereğince, kanunlarla Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılma usullerini düzenlenebilmesidir⁵⁸⁴. İkinci gerekçe ise Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanun hükümlerinin değiştirilememesi veya yürürlükten kaldırılamamasıdır⁵⁸⁵. Çünkü Anayasa m. 104/17’de kanunlarla Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çatışması durumunda kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecek alanların kanunla düzenlenememesi durumunda ise kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında hiyerarşik bir ilişkinin bulunmadığı belirtilmektedir⁵⁸⁶.

Bir diğer görüş ise Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde kanunlardan alt seviyede yer almadığı, kanuna eşdeğer olduğu şeklindedir⁵⁸⁷. Bu görüşün ilk gerekçesi Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin asli yeki kullanımı niteliğinde olması, yani kanuna dayanma zorunluluğunun bulunmamasıdır⁵⁸⁸. Ayrıca Anayasa m. 104/17’deki kanunlarla Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çatışması durumunda kanunların uygulanacağına ilişkin hükmün çatışma kuralı olduğu, normlar hiyerarşisi ifadesi olmadığı belirtilmiştir⁵⁸⁹. Diğer bir gerekçe ise kararnamelerin kanuna bağıllığının denetlenememesi, diğer düzenleyici işlemler gibi kanuna bağıl olmaması ve kararnameler bakımından da buna bağıl yönetmelik çıkarma imkanının bulunmasıdır⁵⁹⁰.

⁵⁸¹ Gül, *Başkanlık Sistemi*, s. 364; Gözler, *Anayasa Hukuku*, s. 322.

⁵⁸² Gözler, *Anayasa Hukuku*, s. 326.

⁵⁸³ Salih **Taşdöğen**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 3, 2016, s. 962; Açıl, s. 738; Lokman **Yeniay** ve Gülten **Yeniay**, “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 36, Sayı: 1, 2019, s. 119; Halit **Yılmaz**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 13, 2019, s. 388; Gözler, *Anayasa Hukuku*, s. 326; Gül, *Başkanlık Sistemi*, s. 381.

⁵⁸⁴ Taşdöğen, s. 962.

⁵⁸⁵ Yeniay ve Yeniay, s. 119; Açıl, s. 738.

⁵⁸⁶ Yeniay ve Yeniay, s. 120.

⁵⁸⁷ Taylan **Barın**, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 34; Atar, s. 280; Ülgen, s. 7.

⁵⁸⁸ Ülgen, s. 34.

⁵⁸⁹ Barın, s. 33.

⁵⁹⁰ Atar, s. 281.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yeri, bu kararnameler ile suç ve ceza ihdasının tespiti konusunda da önem taşımaktadır. Çünkü kanun hükmünde kabul edilirse, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle suç ve ceza düzenlenebileceği söylenebilecektir. Kanaatimizce olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanunların altındadır. Çünkü Anayasa m. 104/17’de Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürütmeye ilişkin hususlarda düzenlenebileceği, sadece kanunla düzenlenebilen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kanunun çelişmesi durumunda kanunun uygulanacağına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir⁵⁹¹. Buradan Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kanunun karşı karşıya geldiği durumlarda kanuna üstünlük tanındığını, bu nedenle kanunların normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerin üstünde yer aldığını söyleyebiliriz.

Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle suç ve ceza düzenlenmesinin söz konusu olmadığı düşüncesindeyiz. Öncelikle Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanunların altındadır. Suç ve cezalar ancak kanunlarla düzenlenebilir. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilir. Suç ve cezaların düzenlenmesi ise yasama yetkisine ilişkin bir konudur. AY m. 104/17’de Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle Anayasa’nın birinci ve ikinci bölümünde yer alan temel haklara ilişkin düzenlemeler yapılamayacağı belirtilmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi de Anayasa’nın 2. bölümünde yer almaktadır. Ayrıca AY m. 13’de temel hak ve özgürlüklerin ancak Anayasa’da belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Suç ve cezaların temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı özelliği de dikkate alındığında, bu alan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yetkisi kapsamına girmemektedir. Tüm bu nedenlerle olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle suç ve ceza düzenlenemez.

591

AY Madde 104/17 “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”

c. Olağanüstü Dönemlerde İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza İhdası

Olağanüstü dönem ifadesi olağanüstü hal şeklinde anlaşılmalıdır. Olağanüstü hal ise *“Olağanüstü yönetim usullerine devletin ve toplumun varlığı ve güvenliği için büyük bir tehlike yaratan, olağan yönetim usullerinin yetersiz kaldığı, durumlarda, bu tehlikeleri gidererek anayasal düzeni korumak ve olaylar karşısında ivedi önlem ve karar alabilme gereksinimi içinde bulunan yürütmenin yetkilerinin arttırılmasını sağlamak amacıyla başvurulduğu yönetim biçimidir”* şeklinde tanımlanmıştır⁵⁹². Olağanüstü hal durumunda idarenin diğer düzenleyici işlemlerinin hukuki rejimi değişmezken, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki rejimi değişmektedir. Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri olağan dönemden farklı olarak kanun hükmündedir⁵⁹³.

Olağanüstü hallerde cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bağlı olduğu rejim AY m. 119’da *“Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir. Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur. Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Olağan ve olağanüstü Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasındaki farklılıklara değinilmesi gerekmektedir. Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından yer ve süre sınırlaması bulunmamakta, TBMM onayı gerekmekte ve TBMM’nin olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında denetim yetkisi bulunmamaktadır⁵⁹⁴. Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise olağanüstü

⁵⁹² Boztepe, s. 381.

⁵⁹³ Gözler, *Anayasa Hukuku*, s. 327; Barın, s. 174; Boztepe, s. 383.

⁵⁹⁴ Ömer **Anayurt**, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara, 2019, s. 327.

halin uygulandığı yer ve süre için geçerliyen, Resmi Gazete’de yayımlanmakla yürürlüğe girmekte ancak yayımlandıktan sonraki 3 ay içinde TBMM tarafından onaylanması gerekmektedir⁵⁹⁵. Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilirken, olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenememektedir⁵⁹⁶.

Olağanüstü hal döneminde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda AY m. 15 dikkate alınacaktır⁵⁹⁷. AY m. 15 “*Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*” şeklinde düzenlenmiştir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suçta ve cezada kanunilik ilkesi noktasında ikili bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Öncelikle Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle suç ve ceza konulup konulamayacağı daha sonra ise bu durumun suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun olup olmadığı değerlendirilmelidir. Kanaatimizce olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle suç ve ceza düzenlenemeyecektir. AY m. 119/6’da⁵⁹⁸ olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, AY m. 104/17’nin ikinci cümlesindeki sınırlamalara tabi olmadan olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceği belirtilmektedir. Söz konusu AY m. 104/17’nin ikinci cümlesi “*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez*” şeklindedir.

Suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin bulunduğu AY m. 38, ikinci kısmın ikinci bölümünde düzenlenen haklardan olduğu dikkate alındığında suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yapılabileceği düşünülebilir. Ancak AY m. 104/17’de “*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*” ifadesine yer vermiştir. Bu durumda

⁵⁹⁵ Anayurt, *Anayasa Hukuku*, s. 327; Gözler, *Anayasa Hukuku*, s. 329.

⁵⁹⁶ Namık Kemal Öztürk, 97; Ülgen, s. 15.

⁵⁹⁷ Boztepe, s. 385; Barın, s. 72

⁵⁹⁸ **AY Madde 119/6** “*Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.*”

kararnameler ancak yürütme alanına ilişkin çıkarılabilecektir. Çünkü Anayasa m. 119/6, AY m. 104/17'nin birinci cümlesini istisna kapsamına almamıştır. Suç ve ceza düzenlemesi ise yasama alanına girmektedir. AY m. 119/5'te⁵⁹⁹ temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma usullerinin kanun ile düzenlenebileceği ifade edilmiştir. Bu durumda kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini sınırlamış olmaktadır. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kanunların çelişmesi durumunda kanunlar esas alınacaktır. Son olarak ise AİHS m. 15'te⁶⁰⁰ olağanüstü hal durumunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceği ifade edilmiş, bu durumda dahi suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edilemeyeceği belirtilmiştir. AY m. 15'te temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda milletlerarası yükümlülüklerin ihlal edilemeyeceği dikkate alındığında, AİHS m. 15 Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle suç ve ceza düzenlenmesini engellemektedir. Bu nedenlerle kanunla düzenlenmiş alanlarda olağanüstü hal dahi olsa Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkartılamaz.

Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, ülkenin sadece belirli bölgelerinde uygulanmak üzere, olağanüstü hali oluşturan nedenlerle ilgili olarak ve belirli süre için çıkarılabilmesi nedeniyle, bu tür kararnamelerle suç ihdas edilmesi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır⁶⁰¹. Son olarak Olağanüstü hal döneminde çıkarılan kararnameler kamu düzeninin tesisi için kural olarak geçmişe yönelik çıkarılmakta istisnaen geleceğe dönük tedbirlere yer vermektedir⁶⁰². Ceza hukukundaki geçmişe yürüme yasağı dikkate alındığında bu kararnamelerle suç ihdas edilse dahi olağanüstü hale sebebiyet veren olaylara uygulanması mümkün değildir⁶⁰³.

⁵⁹⁹ **AY m. 119/5** “Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir”

⁶⁰⁰ **AİHS Madde 15** “1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir. 2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez. 3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bildirir”

⁶⁰¹ Birtek, s. 61.

⁶⁰² Birtek, s. 62.

⁶⁰³ Birtek, s. 62

Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle gerek olağan halde gerekse de olağanüstü halde suç ihdas edilmesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır. Çünkü suçta ve cezada kanunilik ilkesinin amacı yasaların yasama organı tarafından yapılarak keyfiyetin önüne geçilmesidir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise idari makamlara suç ve ceza koyma yetkisi vermektedir. Bu nedenle idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaması yasağına aykırıdır. Aynı zamanda sadece Cumhurbaşkanı tarafından suç ve ceza belirlenmesine imkan tanımaktadır. Tek bir kişinin iradesiyle suç ve ceza konulabilmesi keyfi uygulamalara sebebiyet verecektir. Ayrıca Olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimi de mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanı dışında kalmaktadır.

III. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULAMA BAKIMINDAN SONUÇLARI

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kanun koyucu bakımından sonuçları bulunduğu gibi uygulamaya yönelik sonuçları da bulunmaktadır. Bu sonuçlar örf ve adet hukukuyla suç ve ceza konulması yasağı ile kıyas yasağıdır. Bu sonuçların uygulamaya yönelik olmasının sebebi ise yargı makamlarının bu hususları dikkate alması gerekmesinden kaynaklanmaktadır.

Örf ve adet hukukuyla suç ve ceza konulması kural olarak yasaktır. Bu başlık altında örf ve adet hukukuna ilişkin genel bilgilerle birlikte örf ve adet hukukunun ceza hukukundaki yeri ve ilkenin anlamı ele alınacaktır. Ceza hukukunda normun anlamının dışına çıkılarak kıyas yapılması yasaktır. Bu başlık altında kıyas kavramı, kıyas yasağının anlamı ve sonuçları tartışmalı hususlarla birlikte ele alınacaktır.

A. Örf ve Adet Hukukuyla Suç ve Ceza Konulması Yasağı (*Lex Scripta*)

1. Örf ve Adet Kavramı

Örf ve adet kuralları, hiçbir organik yapı tarafından açıkça konulmamasına ve arkasında herhangi bir otorite bulunmamasına rağmen; süreç içinde kendiliğinden ve dereceli olarak oluşan, toplumsal ilişkileri yöneten ve insanların günlük hareketlerinde etkili

olan sosyal normlardır⁶⁰⁴. Örf ve adet kuralları hukukun yazısız kaynakları arasında olup, bunların yazılı olarak derlenmiş olmaları yazısız kaynak olma niteliğini ortadan kaldırmaz⁶⁰⁵.

Örf ve adet hukuku kurallarını belirli özelliklerine göre sınıflandırmak mümkündür. Mesleği ne olursa olsun herkesi ilgilendiren örf ve adet kurallarına genel örf ve adet kuralları denir⁶⁰⁶. Tarafların sözleşme müzakereleri sonrasında tokalaşmasının sözleşmenin kurulduğu anlamına gelmesi genel örf ve adet kuralına örnektir⁶⁰⁷. Buna karşılık belirli bir mesleğe ilişkin olan, belirli meslek mensuplarınca benimsenip uygulanan kurallar ise özel örf ve adet kuralları olarak adlandırılmaktadır⁶⁰⁸. Örneğin; kuyumcular arasında belirli örf ve adet kurallarının varlığından bahsedilebilir⁶⁰⁹.

Örf ve adet kuralları, uygulandığı bölgeye göre de ayrılmaktadır. Eğer bir örf ve adet kuralı bütün ülkede uygulanmaktaysa genel nitelikte, sadece belirli bölgelerde uygulanması durumundaysa mahalli niteliktedir⁶¹⁰. Örneğin ‘yarıcılık’⁶¹¹ ülke çapında geçerli bir örf ve adet hukuku kuralıyken, balıkçılığa ilişkin örf ve adet kuralları sadece balıkçılığın olduğu bölgelerde geçerli olduğu için mahalli örf ve adet kuralı niteliğindedir⁶¹². Genel nitelikli, ulus çapında bilinen örf ve adet kurallarının herkes tarafından bilindiği kabul edilmekle birlikte, belirli bir yöreye veya mesleğe özgü örf ve adet hukuku kuralları herkes tarafından bilinmemektedir⁶¹³. Örf ve adet kurallarına dayanılarak kişilere yaptırım uygulanabilmesi için söz konusu kuralın kişiler tarafından bilinmesi yahut bilinmesi gerektiği varsayımı şarttır⁶¹⁴. Başka bir ifadeyle kişilerin örf ve adet hukukuna dayanılarak cezalandırılabilmesi için kişilerin örf ve adet kurallarını bilmesi yahut öğrenebilecek durumda olması gerekmektedir.

⁶⁰⁴ Abdullah **Dinçkol**, *Hukuka Giriş: Hukukun Temel Kavramları*, 10. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2014, s. 16.

⁶⁰⁵ Kemal **Gözler**, *Hukuka Giriş*, 16. Baskı, Ekin yayınevi, Bursa, 2019, s. 191; Haluk Hadi **Sümer**, *Hukuka Giriş: Kavramlar ve Kurumlar*, Seçkin yayınevi, Ankara, 2017, s. 72.

⁶⁰⁶ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 194; Sümer, s. 74

⁶⁰⁷ Abdullah **Demir** ve Yahya **Deryal**, *Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013 s. 62.

⁶⁰⁸ Adnan **Güriz**, *Hukuk Başlangıcı*, 10. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005, s. 12.

⁶⁰⁹ Güriz, s. 12.

⁶¹⁰ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 194.

⁶¹¹ *Yarıcılık, odun yarma işçiliği anlamına gelmektedir.*

⁶¹² Sümer, s. 73; Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 194.

⁶¹³ İbrahim **Dülger**, *Hukuka Giriş*, 4. Baskı, Sayram Yayınevi, Konya, 2010, s. 11.

⁶¹⁴ Dülger, s. 11.

Toplumsal davranışları önemli ölçüde etkileyen örf ve adet kuralları etik değerler ve ahlak kuralları ile her zaman bağdaşmayabilir⁶¹⁵. Başka bir ifadeyle bir kuralın örf ve adet kuralı olarak kabul edilmesi, bu kuralın ahlaka uygun olduğu veya hukuk sistemi tarafından da kabul edildiği anlamına gelmemektedir. Örneğin; insan öldürmek hukuka ve ahlaka aykırı olmasına rağmen, örf ve adet olarak kan davalarının kabul gördüğü bölgeler bulunmaktadır⁶¹⁶.

Bir kuralın örf ve adet kuralı olarak değerlendirilebilmesi için belirli özellikleri taşıması gerekmektedir. İlk olarak, örf ve adet kuralları kesin olmalı, yani kuralın anlam ve içeriği konusunda herhangi bir tartışma bulunmamalıdır⁶¹⁷. İkinci olarak, akla uygun olmalı, içeriğinde akıl tarafından kabul edilemez bir davranış modeli olmamalıdır⁶¹⁸. Üçüncü olarak, sürekli olmalı, yani belirli bölgede uzun süredir benimsenerek tekrarlanıyor olmalıdır⁶¹⁹. Süreklilik koşulu örf ve adetin maddi koşulu olarak da ifade edilmektedir⁶²⁰. Dördüncü olarak, örf ve adet kuralları çok eski zamanlardan beri uygulanıyor olmalıdır⁶²¹. Eskilik olarak adlandırılan bu şart, örf ve adet olarak kabul edilen kuralın uzun süredir uygulanmakta olduğunu, hatta kuralın ne zaman ortaya çıktığının unutulduğunu ifade etmektedir⁶²². Son özellik ise örf ve adet teşkil eden davranışa uymanın zorunluluk olarak görülmesini ve davranışın doğruluğuna olan inancı ifade eden zorunluluk inancıdır⁶²³. Zorunluluk inancı, örf ve adetin manevi unsuru olarak da ifade edilmektedir⁶²⁴.

Sadece belirtmiş olduğumuz bu şartları taşıyan ancak hukuk tarafından bağlayıcı olmayan kurallar alelade örf ve adet kuralları; hukuk tarafından bağlayıcı olan kurallar ise örf ve adet hukuku kuralı olarak tanımlanmaktadır⁶²⁵. Düğünlerde hediye götürme, bayram ziyaretleri gibi örf ve adetler alelade örf ve adet kurallarına örnek olarak

⁶¹⁵ Dülger, s. 8.

⁶¹⁶ Dülger, s. 10.

⁶¹⁷ Güriz, s. 10.

⁶¹⁸ Güriz, s. 10.

⁶¹⁹ Demir ve Deryal, s. 62.

⁶²⁰ Ömer Anayurt, *Hukuka Giriş ve Hukukun temel Kavramları*, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 209; Sümer, s. 72; Demir ve Deryal, s. 62.

⁶²¹ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 192.

⁶²² Anayurt, *Hukuka Giriş*, s. 209; Güriz, s. 11.

⁶²³ Baytaz, s. 124; Demir ve Deryal, s. 62; Anayurt, *Hukuka Giriş*, s. 209.

⁶²⁴ Sümer, s. 72; Demir ve Deryal, s. 62.

⁶²⁵ Yasemin Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 58.

gösterilebilir⁶²⁶. Bayram ziyaretleri, düğün ve sünnetlerde hediye götürmek şeklindeki örf ve adetler yıllardan beri uygulanmaktadır. Bu davranışları yerine getirmemenin kınama veya ayıplama gibi toplumsal yaptırımları olmakla birlikte, bu davranışları yerine getirmeyen kişiler hukuk tarafından herhangi bir yaptırıma maruz kalmamaktadır. Hukuk tarafından bu davranışların herhangi bir yaptırımı bulunmaması nedeniyle bu davranışlar alelade örf ve adet kuralları olarak adlandırılmaktadır.

Örf ve adet kurallarının örf ve adet hukuku haline gelebilmesi yani hukuk düzeni tarafından yaptırım altına alınabilmesi için hukukilik şartını sağlaması gerekmektedir. Bu durum, genellikle kanunun örf ve adete yapmış olduğu atıflarla olur⁶²⁷. Örneğin Medeni Kanunun 1. maddesine göre kanunda uygulanabilir hüküm bulunmaması durumunda hakim örf ve adet hukukuna göre karar vermelidir. Bu şekilde kanunların özel olarak atıfta bulunduğu ve yaptırım altına aldığı örf ve adet hukuku kuralları, örf ve adetin bir hukuk kuralı olduğunun kesin belirtisidir⁶²⁸. Eğer bir örf ve adet kuralına hukuk düzeni tarafından herhangi bir atıfta bulunulmamışsa, bu kural alelade örf ve adet kuralı olarak kalır ve hukuki bir örf ve adet kuralına dönüşmez⁶²⁹. Örneğin; ceza hukukunda suçların ancak kanunla konulabilmesi nedeniyle örf ve adet hukukuyla suç yaratılamayacaktır.

Sonuç olarak örf ve adet hukuku, hukukun yazılı olmayan kaynakları arasında yer almakta ve daha ziyade özel hukuk bakımından önem taşımaktadır. Kişilerin temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması sonucunu doğuran ceza hukukunda ise, örf ve adetin etkisi sınırlıdır.

2. İlkenin Anlamı

Kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olarak suçlar ve cezalar ancak kanun ile konulabilecektir. AY m. 13, 71 ve 87 düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde suçların ve cezaların ancak yasama organı tarafından çıkarılabileceği, bu yetkinin de devredilemeyeceği anlaşılmaktadır⁶³⁰. Suçların ve cezaların ancak kanun ile konulabilmesi nedeniyle ceza hukuku bakımından kanunlardan alt seviyede bulunan örf

⁶²⁶ Anayurt, *Hukuka Giriş*, s. 210.; Işıktaç, s. 58.

⁶²⁷ Toroslu ve Toroslu, s. 51; Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 193.

⁶²⁸ Işıktaç, s. 60.

⁶²⁹ Sümer, s. 73; Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 193; Anayurt, *Hukuka Giriş*, s. 210.

⁶³⁰ Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 69.

ve adet hukuku ile suç ve ceza konulamayacaktır⁶³¹. Ancak bu durum örf ve adet hukukunun, ceza hukukuna hiçbir etkisinin olmadığı anlamına gelmemektedir. Örf ve adet kurallarıyla suç ve ceza konulması yasağının muhatabı hakimdir⁶³². Çünkü örf ve adet hukukuna dayanılarak kişilerin cezalandırılması yasaklanmaktadır.

Örf ve adet hukuku ceza hukukunun doğrudan kaynakları arasında olmamakla birlikte, dolaylı kaynak olarak kabulünde herhangi bir engel yoktur⁶³³. Kanunilik ilkesi gereğince örf ve adet hukuku suç tipi yaratamayacağı gibi cezayı da arttıramaz⁶³⁴. Örf ve adet kuralları yazılı hukuk haline getirilip kanun haline gelirse ceza hukukunda doğrudan kaynak işlevi görebilir⁶³⁵. Ancak bu durumda dahi aslında doğrudan kaynak kanun olmakta, örf ve adet hukukundan ise kanun hükmünün yorumlanmasında yararlanılmaktadır.

Örf ve adet hukukunun ceza hukuku bakımından bazı işlevleri vardır. İlk olarak, ceza normunun yorumunda örf ve adet hukukundan yararlanılabilir⁶³⁶. Örneğin TCK m. 125'te düzenlenen hakaret suçunda, failin fiilinin mağdurun onur şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olup olmadığının tespitinde örf ve adet kurallarından yararlanılabilir⁶³⁷.

İkinci olarak, örf ve adet hukuku suç yaratamamakla birlikte, yürürlükteki ceza normunun uygulanmasını engelleyebilir⁶³⁸. Örneğin 1923 tarihli ve 55 sayılı Düğünlerde Men'i İsrifat Kanunu düğünlerde çeyiz sergilemeyi, bir günden çok ziyafet verilmesini, erkeğin iki kattan fazla elbise satın almamasını, köçek oynatılmasını yasaklamış; yasaklara uyulmaması halinde ise altı aya kadar hapis cezası öngörmüştü⁶³⁹. Ancak bu kanun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilinceye kadar

⁶³¹ Kangal, "Anayasal Güvence", s. 79; Önder, s. 61; Özen, *Genel Hükümler*, s. 98; Öztürk ve Erdem, s. 49.

⁶³² Öztürk ve Erdem, s. 49.

⁶³³ Baytaz, s. 126; Önder, s. 38; Kangal, "Anayasal Güvence", s. 79.

⁶³⁴ Tulay, s. 2719; Toroslu ve Toroslu, s. 51.

⁶³⁵ Baytaz, s. 125; Önder, s. 39.

⁶³⁶ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 60.; Toroslu ve Toroslu, s. 52.; Önder, s. 62.

⁶³⁷ Baytaz, s. 127.

⁶³⁸ Toroslu ve Toroslu, s. 52; Önder, s. 39; Kangal, "Anayasal Güvence", s. 81; Baytaz, s. 127.

⁶³⁹ **Düğünlerde Men'i İsrifat Kanunu Madde 1** "Düğünlerde alelittlak cihaz teşhiri, cihazı açıktan nakli, erkek tarafından iki kattan fazla elbise ihdası, düğün günlerine münhası olmak üzere bir günden ziyade çalgı çaldırılması ve ziyafet verilmesi, nişan, çevre merasimi ile ağırlık ve hediye itası ve köçek oynatılması gibi israfat memnurdur."

Düğünlerde Men'i İsrifat Kanunu Madde 3 "İşbu mevad ve talimatnmeler hilafında hareket edenler, mahelli beledilerine ait olmak üzere ellidern yüz liraya kadar cezyi nakdi ita ve bir aydan altı aya kadar hapis ile mücazat olunurlar."

uygulanamamıştır. Anayasa mahkemesi, kanunun çıkarıldığı 1923 yılında ülkenin yeni savaştan çıkmış olması nedeniyle israfın önlenmesi amacıyla bu kanunun çıkarıldığını, günümüz şartlarında böyle bir kısıtlamaya gerek olmadığını ve halkın geleneklerini gereksiz zorlaması nedeniyle hükmün uygulanmadığını belirterek iptal kararı vermiştir⁶⁴⁰. Burada önem taşıyan husus hükmen yürürlükte olan bir düzenlemenin, fiiliyatta uygulanamamasıdır. Uygulanamamasının nedeni ise metruk hale gelmesidir.

Üçüncü olarak, ceza kanunlarının atıf yaptığı hukuk kurallarının kaynakları arasında örf ve adetin bulunması durumunda, ceza hukuku dolaylı olarak örf ve adet hukukundan yararlanmış olmaktadır⁶⁴¹. Örneğin; TCK m. 232/2’de idaresi altında bulunan kişi üzerindeki terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişinin bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Buradaki disiplin yetkisinin sınırlarının aşıp aşılmadığının tespitinde medeni hukuk hükümlerinden yararlanılacaktır⁶⁴². Medeni hukukun kaynaklarından birisinin de örf ve adet hukuku olması nedeniyle, örf ve adet hukuku dolaylı yoldan ceza hukukuna kaynaklık etmiş olmaktadır.

Son olarak, ceza normundaki kavramların açıklanmasında örf ve adet hukuku etkili olmaktadır⁶⁴³. Örneğin TCK m. 225’te düzenlenmiş olan teşhircilik suçu ve TCK m. 226’da düzenlenmiş olan müstehcenlik suçlarında, “teşhircilik” ve “müstehcenlik” kavramlarının açıklanmasında örf ve adet hukukundan faydalanılır⁶⁴⁴. Yargıtay bir kararında Efes Müzesi’nde herkese açık olarak gösterilen ve kartpostallarda da yayınlanan “Tanrı Bes” heykeline ait kartpostalların basılarak dağıtılmasında

⁶⁴⁰ “Kaldı ki sözü geçen kanun hükümlerinin hem halkımızın geleneklerini yersiz olarak zorlaması, hem insan tabiatına uygun olmaması, hem de kabul edildiği zamandaki şartların bugün için tamamıyla yok olmuş bulunması sebepleri ile uygulama kabiliyetini yitirdiğinden sık sık söz edilmekte, daha çok köyler ve küçük kasabalar gibi nüfusu az yerlerde oturan yurtdaşlar hakkında, oradaki idare amirlerinin eğilimlerine göre kâh uygulanıp kâh uygulanmayan bir hüküm olduğu da bilinmektedir. Öte yandan bu kanunun büyük şehirlerde uygulama yeri bulamadığını söylemekte de yanlışlık yoktur.” AYM T. 20.09.1966 E. 1963/136 K. 1966/34 <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.05.2020

⁶⁴¹ Baytaç, s. 125; Toroslu ve Toroslu, s. 52; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 60; Önder, s. 63; Kangal, “Anayasal Güvence”, s. 82; Sade, s. 92.

⁶⁴² Kangal, “Anayasal Güvence”, s. 83; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 61; Baytaç, s. 129.

⁶⁴³ Hakeri, s. 25.

⁶⁴⁴ Baytaç, s. 128; Hakeri, s. 25.

müstehcenlik suçunun unsurlarının bulunmadığı kararını verirken örf ve adet hukukundan yararlanmıştır⁶⁴⁵.

Örf ve adet hukuku ceza hukukunda doğrudan kaynak olamaması yasağının sadece failin aleyhine durumlarda geçerli olduğu, failin lehine olan durumlarda ise örf ve adet hukukunun doğrudan kaynak olarak kullanılabileceği ifade edilmektedir⁶⁴⁶. Bu duruma örnek olarak hukuka uygunluk nedenleri gösterilmektedir⁶⁴⁷. Hukuka uygunluk nedenlerinde “*numerus clausus*” ilkesinin geçerli olmaması nedeniyle, yazılı veya yazısız kurallarla hukuka uygunluk sebebi ortaya çıkabilecektir⁶⁴⁸. Bu nedenle örf ve adet kuralları, failin lehine olarak hukuka uygunluk nedeni oluşturabilir. Örnek olarak ise ağaçtan az miktarda fıstık alınması sebebiyle faile ceza verilmemesinin örf ve adet hukukuna dayandırılması gösterilmektedir⁶⁴⁹. Nitekim Yargıtay birkaç tane elma koparılmasına ilişkin olayda, örf ve adet kurallarınca bahçeden birkaç elmanın alınmasının hoşgörülle karşılanacağını gerekçe göstererek hırsızlık suçunun oluşmadığına karar vermiştir⁶⁵⁰. Belirtmek gerekir ki bu duruma benzer şekilde kişilere ceza verilmemesinin hukuka uygunluk sebebinden değil de hareketin önemsizliğinden kaynaklandığı da ifade edilmektedir⁶⁵¹. Buna göre tipik olmakla birlikte korunan hukuki değer ihlalinin önemsiz olması durumunda fiilin cezalandırılmaması hukuka uygun sebebi olmasından değil de hareketin önemsizliğinden ve sosyal hayata uygunluğundan kaynaklanmaktadır⁶⁵².

Sonuç olarak suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince örf ve adet hukukuna dayanılarak yargı makamları tarafından suç ve ceza yaratılamayacaktır. Örf ve adet

⁶⁴⁵ **YCGK T. 18.03.1974 E. 1973/5-575 K 1974/170** <https://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 28.04.2020

⁶⁴⁶ Heinrich, s. 17; Hakeri, s. 25; Koca ve Üzülmüş, s. 271; Kangal, “Anayasal Güvence”, s. 82; Tulay, s. 2720.

⁶⁴⁷ Tulay, s. 2720.

⁶⁴⁸ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 271.

⁶⁴⁹ Hakeri, s. 24.

⁶⁵⁰ “İncelenen dosya’ya göre; arkadaşlarıyla mağdura ait bahçenin yakınında oyun oynamakta olan sanığın, bahçedeki elma ağacından bir kaç elma koparıp yemesinden ibaret olan eylemin törelere, örf ve adetlere göre süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel hoşgörünün doğal ve olağan bir tezahürü olduğu; bu koşullardaki icrada suça yönelik iradenin varlığından söz edilemeyeceği bu itibarla Özel Daire Kararında vurgulandığı üzere hırsızlık cürmünün oluşması için suçun nicelik yeterliği açısından gereken boyutlara ulaşmadığı neticesine varıldığından direnme bozulmasına karar verilmelidir.” **YCGK T. 26.10.1987 E. 1987/6-406 K. 1987/499** <https://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 28.04.2020

⁶⁵¹ Hakan **Hakeri**, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 69, 2007, s. 94. ss. 55-96.

⁶⁵² Hakeri, *Önemsiz Hareketler*, s. 95

hukuku ceza hukukunda bağlayıcı değildir. Örf ve adet kuralları ancak ceza normu içeren kanunlarda kendisine yer bulması halinde bağlayıcı olabilecek, bu durumda ise bağlayıcı olan örf ve adet kuralı değil kanun olacaktır. Ancak ceza hukukuna yardımcı bir kaynak olarak ceza normlarının yorumlanmasında ve uygulanmasında örf ve adet hukukundan yararlanılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

B. Kıyas Yasağı (*Lex Stricta*)

1. Kıyas Kavramı

Avrupa dillerinde “analogie” ve “analogy” kavramlarıyla ifade edilen kıyas, benzerlik, eşitlik anlamına gelen Yunanca “analogia” kelimesinden gelmektedir⁶⁵³. Türkçedeki kıyas kelimesi ise “denk sayma, bir tutma, karşılaştırma” anlamlarına gelmektedir⁶⁵⁴.

Benzer bir olay için konulmuş olan kurala ait ilkenin, korunan menfaatler bakımından paralellik arz eden ancak lafzi ve şekli olarak öngörülmemiş olan başka bir olaya uygulanması kıyas olarak tanımlanır⁶⁵⁵. Başka bir ifadeyle kanun boşluklarının benzer hukuk kuralları ile doldurulmasıdır⁶⁵⁶. Kıyas olayların birbirine benzetilmesi esasına dayanan, normun uygulama alanını önemli derecede genişleten bir yöntemdir⁶⁵⁷.

On İki Levha Kanunları’nda, dört ayaklı hayvanların vahşi hareketleri ile yaptıklarından sorumlu oldukları düzenlenmiş, iki ayaklı hayvanlara ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır⁶⁵⁸. Devekuşlarının İtalya’ya gelmesi üzerine iki ayaklı hayvanlar bakımından da bu hükmün uygulanıp uygulanamayacağı tartışması ortaya çıkmış, preator kıyas yaparak iki ayaklı hayvanların da verdikleri zarardan sorumlu olacakları sonucuna ulaşmıştır⁶⁵⁹. Bu durum kıyasa örnek olarak gösterilebilir. Burada dört ayaklı hayvanlar için uygulanan hüküm uygulama alanı genişletilerek, benzer durumdaki iki ayaklı hayvanlar için de uygulanmıştır.

⁶⁵³ Hakan **Karakehya**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnamelerin Kaynak Değeri ve Kaynakların Subjektif Yorumu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:8, Sayı: 2, 2013, s. 247, ss. 243-252. Önder, s. 66; Baytaç, s. 307.

⁶⁵⁴ <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 23.04.2020

⁶⁵⁵ Ali Nazım **Sözer**, *Hukukta Yöntembilim*, Beta Yayınevi, İzmir, 2008, s. 130; Doğan **Soyaslan**, “Ceza Hukukunda Kıyas”, *Adalet Dergisi Özel Sayı*, Yıl: 74, Sayı: 5, 1983, s. 950; Önder, s. 66.

⁶⁵⁶ Nişancı, s. 37; Öztürk ve Erdem, s. 48; Değirmenci, s. 31.

⁶⁵⁷ Ertuğrul **Uzun**, *Hukuk Metodolojisi Ders Kitabı*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2014, s. 103.

⁶⁵⁸ Sözer, s. 131.

⁶⁵⁹ Sözer, s. 131.

Kıyas yapılabilmesi için dört unsur mutlaka bulunmalıdır. Bunlar kıyaslanılan şey, kıyaslanan şey, kıyaslanılan şey hakkında hüküm ve kıyaslanan ile kıyaslanılan şey arasında illiyet bağıdır⁶⁶⁰. İlliyet bağı kıyaslanılan ve kıyaslanan şey arasında hükmün konuluş sebep ve amacı bakımından ortaklıktır⁶⁶¹. Örneğin yukarıdaki olaydan dört ayaklı hayvanlar verdikleri zararlardan sorumludur, iki ayaklı hayvanlar da dört ayaklı hayvanlara benzemektedir, o zaman iki ayaklı hayvanlar da verdikleri zarardan sorumludur sonucuna ulaşılmaktadır. Burada kıyaslanılan şey dört ayaklı hayvanlar, kıyaslanan şey iki ayaklı hayvanlar, kıyaslanılan şey hakkındaki hüküm dört ayaklı hayvanların zararlarından sorumluluğudur. İlliyet bağı ise dört ayaklı hayvanların fillerinden sorumlu tutulmalarının nedeni olan topluma verdiği zararın iki ayaklı hayvanlar bakımından da geçerli olması gerekliliğidir.

Kıyas üç adımda yapılır. İlk olarak, kıyas yapılacak olaydaki kişi, hak vs.nin hakkında hüküm bulunan olaya benzerliği ortaya konulur, sonra ilgili hükmün, hakkında hüküm bulunmayan olaya uygulanmasının doğuracağı sosyal etkilerin benzerliği öngörülür, son olarak ise hakkında hüküm bulunmayan olayla hakkında hüküm bulunan olayı benzer muamelelere tabi tutulması gerektiği sonucuna ulaşılır⁶⁶². Bu uygulama “benzerler benzer muamelelere tabi olmalıdır” ilkesiyle gerekçelendirilir⁶⁶³.

Kıyas yapılabilmesi için bazı şartların bulunması gerekmektedir. Öncelikle kıyaslanan şey, kıyaslanılan şeyin benzeri olmalı; kıyaslanan şey hakkında kanunda hüküm bulunmamalı ve kıyaslanılan şey kendine özgü olmamalıdır⁶⁶⁴. Ayrıca istisnai hükümlerde kıyas yapılamaz⁶⁶⁵. İstisnai hükümler nitelikleri gereği dar yorumlanması gerekmektedir. Örneğin; ceza muhakemesi hukukunda kıyas yasağı bulunmamasına rağmen, CMK m. 45⁶⁶⁶,te tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler kıyas yoluyla çoğaltılamaz. Çünkü tanıklık yapmak kural olup, tanıklıktan çekilmek istisnadır.

⁶⁶⁰ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 368.

⁶⁶¹ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 368.

⁶⁶² Uzun, s. 103.

⁶⁶³ Uzun, s. 103.

⁶⁶⁴ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 368-369.

⁶⁶⁵ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 370.

⁶⁶⁶ **CMK Madde 45** “(1) Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir: a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı. b) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi. c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy. 9114 d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları. e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar”

Kıyas yapılırken maddenin amacı dikkate alınarak maddenin kapsamına giren ve girmeyen durumlar değerlendirilirken, normdaki kelimelerin farklı anlama gelecek şekilde anlaşılmaması da önem taşımaktadır⁶⁶⁷. Ayrıca kıyas ile genişletici yorumun birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. Kıyas, kanunun iradesinin dışına çıkılarak kanunda yer almayan bir hususun normun kapsamına sokulması anlamına gelirken, genişletici yorum normun anlamının geniş olarak yorumlanmasıyla kanun koyucunun ortaya çıkarılmasından ibarettir⁶⁶⁸.

Kıyasın hukuki niteliği konusunda, kıyasın bir yorum şekli olduğu ve kıyasın yorumdan ayrı bağımsız bir niteliğe sahip olduğu şeklinde iki görüş bulunmaktadır. Kıyasın yorum şekli olduğunu ileri süren görüş, kıyas yolu ile yeni hüküm ihdas edilmediğini, sadece mevcut hükümlerin keşfedildiğini bu nedenle kıyasın bir yorum şekli olduğunu öne sürmektedir⁶⁶⁹. Kıyasın yorum şekli olmadığı farklı bir niteliğe sahip olduğu görüşünde olanlar ise kıyas yolu ile olmayan bir kuralın yaratıldığını ileri sürmektedirler⁶⁷⁰. Buna göre; somut olay ve normun değerlendirilmesi sırasında ulaşılan sonucun, mevcut kelimelerin kapsamında kalması durumunda yorum, anlamın dışına çıkılması durumunda ise kıyas söz konusu olacaktır⁶⁷¹.

Kanaatimizce kıyasın yorum türü olarak kabul edilmesinden ziyade ayrı bir niteliğe sahip olduğunu kabul etmek daha isabetli olacaktır. Normda kullanılan kelimelerin en geniş anlamına kadar gidilebilmesi yorum kapsamında değerlendirilmelidir⁶⁷². Normda belirtilen koşulların dışında kalan bir olaya yani boşluk bulunan bir duruma normun uydurulması ise kıyas olarak değerlendirilmelidir⁶⁷³. Aradaki fark yorum yapılırken normda dayanak noktası bulunurken, kıyas durumunda normda dayanak noktası bulunmamasıdır⁶⁷⁴.

⁶⁶⁷ Baytaç, s. 308.

⁶⁶⁸ Soner Hamza Çetin, “Türk Öğretisinde Kıyas ve Genişletici Yorum Yasağı”, *Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi- Alman ve Türk Ceza hukukuna İlişkin Araştırmalar*, Cilt: 3, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 256; Baytaç, s. 309.

⁶⁶⁹ Öztekin Tosun, “Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 28 Sayı: 1, 1962, s. 46; Karakehya, s. 247.

⁶⁷⁰ Tulay, s. 2719; Özbek vd, *Genel Hükümler*, s. 69; Tosun, “Ceza Hukukunda Tefsir”, s. 46.

⁶⁷¹ Eşitli, s. 237; Baytaç, s. 311.

⁶⁷² Nişancı, s. 37; Önder, s. 55.

⁶⁷³ Tulay, s. 2719; Önder, s. 55.

⁶⁷⁴ Önder, s. 55.

Kıyas tür olarak kanuni kıyas ve hukuki kıyas şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Kanuni kıyas bir kanunun hakkında boşluk bulunan duruma uygulanması iken, hukuki kıyas genel hukuk prensiplerinin hakkında boşluk bulunan duruma uygulanması olarak tanımlanmaktadır⁶⁷⁵.

2. İlkenin Anlamı

Kıyas yasağı suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından birisidir. Kanunda somut olay, kapsamına alacak bir normun bulunmaması nedeniyle, kanuna dayanılarak başka bir norm ortaya çıkarılması kıyasa yol açmaktadır⁶⁷⁶. Esasen kıyas durumunda hakim, kanunda boşluk bulunduğunu düşündüğü bir durumu hukuk yaratarak kapatmaktadır⁶⁷⁷. Kıyas yasağıyla hakimin konundaki boşlukları keyfi şekilde doldurmasının önüne geçmek amaçlanmaktadır.

Ceza hukukunda boşluk iki şekilde ortaya çıkabilir. İlk olarak kanun koyucu kanun yapımı sürecinde öngörülemeyen nedenlerle boşlukların ortaya çıkması durumunda birinci derece boşluk ortaya çıkmaktadır⁶⁷⁸. Kanunun uygulanma süreci içerisinde değişmesi sonucu ortaya çıkan boşluk ise ikinci derece boşluk olarak tanımlanmaktadır⁶⁷⁹.

Bu boşlukların kıyas yapılarak doldurulması diğer hukuk dallarında mümkün olmakla birlikte ceza hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince mümkün değildir. Ancak bu konuda ikinci derece boşlukların yani sonradan meydana gelen boşlukların, kanunun esas fikrinin, normun uygulanması sırasındaki koşullara göre anlam verilerek doldurulmasının kıyas kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği yönünde bir görüş de ileri sürülmüştür⁶⁸⁰. Boşlukların bu şekilde doldurulmasının kıyas değil, amaçsal yorum olduğu ifade edilmiştir⁶⁸¹. Bu nedenle elektrik enerjisinden sahibinin rızası olmadan yararlanılmasının, hırsızlık olarak değerlendirilmesinin kıyas değil amaçsal yorum olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁸².

⁶⁷⁵ Tosun, “Ceza Hukukunda Tefsir”, s. 47.

⁶⁷⁶ Çetin, s. 257; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 61.

⁶⁷⁷ Eşitli, s. 237; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 61.

⁶⁷⁸ İçel ve Donay, s. 84; Önder, s. 69.

⁶⁷⁹ Önder, s. 69.

⁶⁸⁰ İçel ve Donay, s. 84.

⁶⁸¹ İçel, s. 107.

⁶⁸² İçel ve Donay, s. 84.

Haksızlık oluşturan bazı fiillerin ceza hukukunun cezalandırma alanının dışında kalması kaçınılmaz bir gerçektir. Nitekim kanun koyucunun ileriye dönük olarak her hususu tahmin edebilmesi ve kanun yapımı sürecinde bunları dikkate alması mümkün değildir. Failin boşluklardan yararlanarak hukuk düzenini ihlal etmesi toplumdaki adalet inancına zarar verecektir⁶⁸³. Ancak bu durumda dahi kanunda açıkça suç olarak düzenlenmeyen bir fiilin kıyas yoluyla cezalandırılmaması gerekmektedir.

Kıyas yapılarak failin kanunda suç olarak düzenlenmeyen fiilinden dolayı cezalandırılmaması, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olmasının yanı sıra hukuk devleti ve demokrasi ilkelerinin gereğidir⁶⁸⁴. Çünkü kıyas yasağıyla vatandaşlar hakim iradesine karşı korunarak; hukuk devletinin doğal bir sonucu olarak hukuki güvenlik tesis edilmektedir⁶⁸⁵. Aksi takdirde bireyler kendilerini serbest hissetmeyecekler, kanunda düzenlenmemiş bir hareketin kıyas yapılarak suç sayılması ihtimaliyle karşı karşıya kalacaklardır.

Demokrasi ilkesi ise halkın suç ve ceza koyma yetkisini yasama organı olan meclise vermesi anlamına gelmektedir⁶⁸⁶. Kıyas yasağının uygulanmaması durumunda hakim, yasama organın kendisine vermiş olduğu yetkinin dışına çıkarak, kanunda suç olarak düzenlenmemiş bir fiilden dolayı bireyleri cezalandırabilecektir. Bu durum ise suçta ve cezada kanunilik ilkesine ve demokrasi ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Kıyas yasağının kanuni dayanağını TCK m. 2/3 oluşturmaktadır. Söz konusu hüküm *“Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinde kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler kıyasa yol açacak derecede geniş yorumlanamaz.”* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre kanun koyucunun suç olarak tanımladığı bir fiile benzetmekle birlikte kanunda açıkça suç olarak tanımlanmamış fiiller kıyas yapılarak suç haline getirilemeyecektir⁶⁸⁷. Ancak belirtmek gerekir ki kıyas yasağı maddi ceza hukuku bakımından geçerli olmakla birlikte, ceza muhakemesi hukukunda kıyas serbesttir.

Düzenlemede dikkat çeken hususlardan birisi suç ve ceza içeren hükümler kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanamaz ifadesidir. Burada amaçlanan ceza hukukunda

⁶⁸³ Önder, s. 69.

⁶⁸⁴ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 61.

⁶⁸⁵ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 61.

⁶⁸⁶ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 61.

⁶⁸⁷ Nişancı, s. 37; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 62.

genişletici yorumun yasaklanması değil, genişletici yorum ismi altında kıyas yapılmasının önüne geçmektir⁶⁸⁸. Genişletici yorum, yargı makamları tarafından, kanunda kullanılan kelimelerin amacı doğrultusunda en geniş anlamına göre değerlendirilmesidir⁶⁸⁹. Kanun koyucu kıyas yasağını istisnasız bir şekilde kabul etmekle birlikte, genişletici yoruma izin vermektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda genişletici yorum adı altında kıyas yapılmasının temeli 765 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemindeki telefonda kaçak yararlanmaya ilişkin belirsizliğe dayanmaktadır. Söz konusu belirsizlik bu fiilin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 491/1. maddesinde *"Her kim, diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden alırsa, altı aydan üç seneye kadar hapsolunur"* şeklinde düzenlenen hırsızlık suçunu oluşturup oluşturmadığı üzerinedir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, telefon hattından haksız bir şekilde yararlanmanın hırsızlık suçunu oluşturacağına hükmetmiştir. Gerekçe olarak ise telefon hizmetinden bedelsiz yararlanmanın toplumun değer yargılarına, hukuka ve ahlaka aykırı olması gösterilmiştir. Bu şekilde değerlendirme yapılmasının kıyas olmadığı, genişletici yorumun sınırları içerisinde kaldığı, zamanın ekonomik gelişmeleriyle ekonomik değeri olan her türlü şeyin hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ Eşitli, s. 237; Artuk vd., s. 163.

⁶⁸⁹ Soyaslan, "Ceza Hukukunda Kıyas", s. 961; Önder, s. 55.

⁶⁹⁰ *"Türk Ceza Kanunu'nun 491. maddesinin 1. fıkrasında hırsızlık şöyle tarif edilmiştir: 'Her kim, diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden alırsa, altı aydan üç seneye kadar hapsolunur'. Bu tanım açısından içtihadı birleştirmenin konusu (taşınabilir mal), ve (bulunduğu yerden alma) kavramları yönünden özellik kazanmaktadır. Bu sözler değerlendirilirken kuşkusuz (zilyetlik) ve (mamelek) kavramlarının dikkate alınmaları zorunludur. İctihadı birleştirmeye esas tutulan kararlarda sözü edilen olayların ortak özelliği herhangi bir kişiye ait telefon hattından saplama yapmak suretiyle hat alıp sanığın kendisine ait telefon makinası ile rıza olmaksızın konuşma sağlaması keyfiyetidir. Ceza Genel Kurulu'na intikal eden diğer bir olayda ise sanıkların kendi evlerinde kurdukları özel telefon santralleri ile Tarabya santrallerini kullanarak kaçak milletlerarası konuşmalar yapılmasını sağlamaları söz konusu edilmiştir. Bu olayların Türk toplumunun değer yargılarına tamamen ters düştüğü, ahlaka ve hukuka aykırı sonuçlar doğurduğu tartışmasızdır. Türk Ceza Kanununun 491. maddesinin ilk fıkrasındaki unsurlar genişletici yoruma tabi tutulduğunda yukarıda özetlenen eylemleri kapsamına aldığı kabulü gerekli görülmüştür. Zira yorumda toplumun değer yargıları ve teknolojinin gerisinde kalınmaz. Görüşmeler sırasında Ceza Hukukunda kıyasen caiz olmadığı, toplumun değer yargılarına göre, yasada açıklık olmadığı halde bir eylemin suç sayılamayacağı ileri sürülmüşse de çoğunluk olayda kıyas yoluna başvurulmadığı, yukarıda da açıklandığı üzere genişletici yorum yapıldığı; buna da cezada cevaz bulunduğu; genişletici yorum yoluna başvurulurken toplumun değer yargılarından yararlanılabileceği gerekçeleriyle bu görüşlere katılmamıştır. Buradaki genişletici yorum TCK'nun 491. maddesinin kapsamı dışında kalan bir*

Yargıtay’ın bu içtihadı birleştirme kararı genişletici yorum ismi altında kıyas yapılması nedeniyle eleştirilmiştir⁶⁹¹. Karara ilişkin azınlık görüşünde de taşınabilir mal kapsamına girmeyen “hizmet”in, taşınır mal kabul edilerek hırsızlık suçunun kapsamında alınmasının genişletici yorum değil kıyas olduğu belirtilmiştir⁶⁹². Benzer konularda Almanya İmparatorluk Yüksek Mahkemesi elektrik enerjisinin taşınır bir mal olmaması nedeniyle hırsızlık suçunun oluşmayacağına, aksinin kabulünün kıyas yasağının ihlali anlamında karar verirken; Fransız Yüksek Mahkemesi genişletici yorum yöntemiyle kaçak yoldan enerji tüketilmesinin hırsızlık suçunu oluşturacağına karar vermiştir⁶⁹³.

Kanaatimizce elektrik enerjisinin taşınabilir mal kapsamında değerlendirilmesi genişletici yorum değil kıyastır. Yargıtay elektrik enerjisini taşınabilir eşya kabul ederek, normun anlamının dışına çıkmıştır. Sadece fiilin toplumun değer yargılarına, hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle cezalandırılması kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Çünkü kanunilik ilkesinin amacı kişiye kanunda suç olarak düzenlenmemiş fiillerinden dolayı cezalandırılmayacağı yönünde güvence sağlamaktır. Yargıtay’ın bu kararı kişilerin kanunda suç olarak düzenlenmemiş bir fiilinden dolayı cezalandırılması anlamına gelmekte, bu durum da belirsizlik ortaya çıkarmaktadır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’na 1991 yılında 3756 sayılı kanunla “*Ekonomik değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır.*” ifadesinin eklenmesi de kararın tatmin edici olmadığını göstermektedir⁶⁹⁴. 5237 sayılı TCK m. 163’te karşılıksız

eylemi madde kapsamına dahil etmek anlamında değil; esasen maddenin içinde mündemiç bulunan ve zamanın teknolojik gelişmeleri ile ekonomik değeri olan her türlü şeyin sahibinin rızası dışında kullanılması eylemlerinin de TCK.nun 491. maddesinin kapsamında olduğunu açıklığa kavuşturmadan ibarettir” **YİBGK T. 06.04.1990 E. 1989/2, K. 1990/3**, <https://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 03.05.2020

⁶⁹¹ Çetin, s. 259; Hakeri, s. 31; İzzet **Özgenç**, “Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu”, *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2-3, 2000, s. 105; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 66.

⁶⁹² “TCK.nun 491. maddesinin ilk fıkrasındaki (taşınabilir mal) kavramının anlamı gayet açık olup her türlü kuşku ve duraksamadan uzaktır. “Hukuka aykırı bir fiili cezasız bırakmamak endişesi... v.s.” gibi nedenlerle de olsa (hizmet), yorum yolu ile bu kavrama dahil edilemez. Zira, hizmet’in bu kavramla bir araya gelmesi olanaksızdır. Genişletici yorum sınırsız değildir, onun da bir sınırı vardır; bu sınır Kanunun bizzat kendisidir. Bu tür bir yorum yoluna başvurmak, gerçekte yorum değil, Kıyas’tır” **YİBGK T. 06.04.1990 E. 1989/2, K. 1990/3** <https://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 03.05.2020

⁶⁹³ Çetin, s. 258; Özgenç, “Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu”, s. 102.

⁶⁹⁴ Özgenç, “Ceza hukukunun Güvence Fonksiyonu”, s. 105.

yararlanma suçunun düzenlenmesiyle elektrik enerjisi ve telefon hatlarına ilişkin bu tartışmalar ortadan kalkmıştır⁶⁹⁵.

Yargıtay bir diğer kararında ise yağma suçunun merdiven boşluğunda işlenmesine ilişkin olayda, ilk derece mahkemesinin TCK m. 149/1-d'deki "*Yol kesmek suretiyle ya da konutta, işyerinde*" nitelikli halini uygulamasını, kanun maddesinde eklentiden bahsedilmemesi nedeniyle bozmuştur. Yargıtay eklenti olarak kabul edilen merdiven boşluğunun "*yol kesmek suretiyle ya da konutta, işyerinde*" ifadesinin kapsamında kabul edilmesinin kıyas yasağının ihlali anlamına geleceğini gerekçe olarak belirtmiştir⁶⁹⁶. Kanaatimizce Yargıtay'ın kararı isabetlidir. Türk Medeni Kanunu m. 686/2'de eklenti "*Eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülenen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre merdiven ile bina arasında sürekli özgülleme ve bütünlük bulunmaktadır. Bu nedenle suçun merdivende işlenmesi durumunda söz konusu hüküm uygulanamayacaktır. Nitekim 28.06.2014 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan 6545 sayılı kanunun 64. maddesiyle söz konusu fıkra "*veya eklentilerinde*" ifadesi eklenmiştir.

Yargıtay'ın bu konudaki bir diğer kararı ise taksirle yaralama suçuna ilişkindir. Söz konusu davada mağdur sağ kalça çıkığı meydana gelecek şekilde yaralanmıştır. İlk

⁶⁹⁵ **TCK Madde 163** "(1) Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişi, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (3) Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

⁶⁹⁶ "Nitelikli yağma suçunu yaptırma bağlayan, 5237 sayılı TCY'nın 149.maddesinin 1.fıkrasının (d) bendinde "*Yol kesmek suretiyle ya da konut veya işyerinde*" ibaresine yer verilip ayrıca "*eklentiden*" bahsedilmemesi nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 5237 sayılı TCY'nın 2. maddesinin 3. fıkrasındaki; "*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*" hükmü uyarınca, konut eklentisi sayılan, apartman merdiveninde gerçekleştirilen yağma suçunun, 5237 sayılı Yasanın 149/1-d bendi kapsamında kabulü olanaklı olmadığı gözetilmeden anılan bent ile uygulama yapılması, Bozmayı gerektirmiş, sanık Cihangir D. savunmasının temyiz itirazı bu bakımdan yerinde görülmesi olduğundan, hükmün açıklanan nedenlerle istem gibi BOZULMASINA, 18.06.2009 gününde oybirliği ile karar verildi." **Y6CD. T. 18.06.2009 E. 2008/15705 K. 2009/10825** <https://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 03.05.2020

derece mahkemesi kalça çıkığı nedeniyle TCK m. 89/2-b⁶⁹⁷, düzenlenmiş olan kemik kırığına ilişkin nitelikli hali uygulamıştır. Yargıtay ise çıkığın kanunda nitelikli hal olarak düzenlenmediği, bu nedenle kemik kırığına ilişkin nitelikli halin uygulanamayacağına değinerek, bu durumun temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁹⁸. Kanaatimizce Yargıtay'ın kararı isabetlidir. Çünkü kemik kırığı ve kemik çıkığı farklı kavramlar olup, kırığın tedavisi daha zordur. Kemik çıkığının, kemik kırığı kapsamında değerlendirilmesi, kıyas yasağına aykırılık oluşturmaktadır⁶⁹⁹. Çünkü bu iki kavram birbirinden farklı durumları ifade etmekte olup, çıkığın kırık kapsamında değerlendirilmesi normun anlamının dışına çıkılması sonucunu doğurmaktadır.

Kanunda güvenlik tedbirleri bakımından kıyas yasağının geçerli olup olmadığı hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak buradan kıyas yasağının sadece cezalar bakımından geçerli olduğu, güvenlik tedbirleri bakımından geçerli olmadığı anlaşılmamalıdır⁷⁰⁰. Anayasa m. 38/3'te ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin de ancak kanunla konulabileceği belirtilmiştir. Ayrıca güvenlik tedbirlerinin suçun bir sonucu olduğu dikkate alındığında kıyas yasağının kapsamı dışında kalacağı düşünülemez. Bu nedenle kıyas yasağının hem cezalar hem de ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri bakımından geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir.

3. Kıyas Yasağının Sınırları

Kıyas yasağı TCK m. 2/3'te kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinde kıyas yapılamaz ifadesinden de anlaşılabacağı üzere, öncelikle kanunların suç ve ceza içeren hükümleri bakımından geçerli olacaktır. Maddi anlamda kanun niteliğine sahip olan objektif, sürekli ve genel karakterdeki yazılı hukuk kaynaklarındaki ceza normları bakımından kıyas yasağı uygulama alanı bulacaktır⁷⁰¹. Bu açıdan ceza normunun hangi

⁶⁹⁷ **TCK Madde 89** “2) Taksirle yaralama fiili, mağdurun; a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, b) Vücudunda kemik kırılmasına”

⁶⁹⁸ “5237 sayılı TCK'nın 89/2-b maddesinde kemik kırığının artırım nedeni olarak düzenlendiği ancak çıkığın artırım nedeni olduğuna ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı, belirtilen hususun temel ceza tayinin de dikkate alınması gerektiği ve bu nedenle sanık hakkında TCK 89/2-b maddesi gereğince artırım yapılamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulmak sureti ile sanık hakkında fazla ceza tayini,” **Y12CD. T. 7.01.2013 E. 2012/6906 K. 2013/113** <http://www.kazanci.com/> Erişim Tarihi: 17.05.2020

⁶⁹⁹ Ünver, s. 24.

⁷⁰⁰ Çetin, s. 267; Tulay, s. 2719; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 62.

⁷⁰¹ İçel, s. 108.

kanunda düzenlendiğinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan husus normun içeriğinin maddi ceza hukukuna ilişkin olmasıdır. Bu nedenle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun özel hükümlerinde düzenlenmiş olan suç tiplerinin yanında, diğer muhtelif kanunlardaki suç tipleri bakımından da kıyas yasağının uygulama alanı bulacağına şüphe bulunmamaktadır⁷⁰².

Kıyas yasağının kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinde yani suç tipleri bakımından uygulanacağına şüphe bulunmamakla birlikte⁷⁰³, kıyas yasağının kapsamı konusunda aynı kesin ifadeleri kullanmak mümkün görülmemektedir. Özellikle kıyas yasağının ceza hukukunun genel hükümleri bakımından geçerli olup olmadığı, failin lehine olan durumlarda kıyas yapılıp yapılamayacağı hususları tartışmaya açıktır.

Kıyas yasağının ceza hukuku genel hükümlerini kapsamına alıp almadığı hususunun ele alınması gerekmektedir. Bu konuda ilk görüş, kıyas yasağının genel hükümler bakımından geçerli olmadığı şeklindedir⁷⁰⁴. Bu görüşe göre kıyas yasağı kanunda yer alan suç tanımları bakımından kabul edilmiştir⁷⁰⁵. Suç ve ceza sorumluluğunu oluşturan genel prensipler bakımından kanunda düzenlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın kıyas yasağı söz konusu değildir⁷⁰⁶. Ancak kıyas yapılırken kanun koyucunun iradesine ve kanunun genel sistemine aykırı bir uygulamada bulunmamaya dikkat edilmelidir⁷⁰⁷. Kanunlarda yer alan boşlukların yargı kararları ve doktrin ile doldurulması gerekliliği de bu görüşün gerekçeleri arasındadır⁷⁰⁸.

İkinci görüş ise kıyas yasağının sadece tipikliği değil, suç tipinin öngördüğü bütün unsurları kapsadığı şeklindedir⁷⁰⁹. Buna göre TCK m. 2/3’teki “suç ve ceza içeren hükümler” ifadesi, genel hükümlerin de ceza sorumluluğunu doğrudan etkilemesi nedeniyle, genel ve özel hükümleri kapsar şekilde anlaşılmalıdır⁷¹⁰. Bu nedenle tipikliğin yanında kusurluluk, hukuka aykırılık, cezayı kaldıran şahsi sebep, objektif

⁷⁰² Elvan Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda İçtihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas”, *Türkiye Adalet Akademisi Derğisi*, Yıl: 2, Sayı: 11, 2012, s. 95.

⁷⁰³ Keçelioğlu, s. 95.

⁷⁰⁴ Toroslu ve Toroslu, s. 68; Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 70; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 137; Önder, s. 68.

⁷⁰⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 137.

⁷⁰⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 137; Önder, s. 67.

⁷⁰⁷ Önder, s. 68.

⁷⁰⁸ Baytaç, s. 354.

⁷⁰⁹ Tulay, s. 2719; Birtek, s. 58; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 62.

⁷¹⁰ Çetin, s. 261; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 63.

cezalandırılma şartları ve tüm yaptırımlar bakımından kıyas yasağının geçerli olduğu ifade edilmektedir⁷¹¹.

Kanaatimizce kıyas yasağı hem genel hem de özel hükümler bakımından geçerli olmalıdır. Genel hükümlerde kıyas yasağının bulunmaması gerektiğine ilişkin görüş temel olarak yargı makamlarına hareket imkan tanınmayı amaçlamaktadır. Buna göre genel hükümlere ilişkin tüm hususlar kanunda düzenlenmemiştir. Örneğin nedensellik bağı kanunda düzenlenmemiş, uygulaması içtihat ve doktrine bırakılmıştır⁷¹². Kanun koyucunun genel hükümlerde bilinçli olarak bıraktığı bu boşlukların, kıyas yoluyla doldurulması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak bu durum kıyas yasağının kapsamına girmemektedir. Çünkü kanunda bu hususa ilişkin bir düzenleme olmadığından ve aslında kıyasa dayanak teşkil edecek bir hüküm de bulunmadığından ortada kıyası gerektiren herhangi bir durum bulunmamaktadır⁷¹³.

Kanun koyucunun kanunda düzenlemeyerek içtihat ve doktrine bıraktığı konularda, yargı makamları kanunla çatışmadığı müddetçe serbest hareket edebilecektir. Kıyas yasağı kanun koyucunun genel hükümlerde düzenlediği hususlar bakımından da kabul edilmelidir. Kıyas yasağı TCK m. 2/3'te "*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinde kıyas yapılamaz.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu ifade sadece suçun tipiklik unsuru ve bunun karşılığı olan yaptırımı kapsamına alıyor gibi görünse de ceza sorumluluğunu etkileyen genel hükümler de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Çünkü genel hükümlerdeki düzenlemeler de failin ceza sorumluluğunu etkilemekte, sonuç cezaya özel ve genel hükümler birlikte dikkate alınarak hükmedilmektedir. Örneğin failin akıl hastası olması halinde, TCK m. 32 hükmü dikkate alınarak failin sonuç cezası belirlenecektir. TCK m. 32'de kıyas yapılması ise doğrudan doğruya failin alacağı cezayı etkileyecektir.

Ceza hukukunda kıyas yasağının mutlak olup olmadığı veya ceza kanunlarının her durumda dar yorumlanması gerekip gerekmediği bu doğrultuda failin lehine olan durumlarda kıyasın mümkün olup olmadığı hususunda farklı görüşler ileri

⁷¹¹ Tulay, s. 2719; İçel, s. 109; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 62; Çetin, s. 261.

⁷¹² Baytaç, s. 355.

⁷¹³ Baytaç, s. 356.

sürülmüştür⁷¹⁴. Bu düşüncelerin neticesi olarak doktrinde kıyas failin lehine ve aleyhine olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁷¹⁵.

Bazı yazarlar failin lehine olması durumunda kıyas yapılabileceği kanaatindedir⁷¹⁶. Kıyas yasağının mutlak olmadığını savunanlar hukuka uygunluk nedenlerinin, ceza sorumluluğunu azaltan nedenlerin, yani failin alacağı cezayı azaltan nedenlerin kıyasa açık olması gerektiğini ifade etmiştir⁷¹⁷. Gerekçe olarak ise kıyas yasağının amacının kişiyi korumak olduğu gösterilmiştir⁷¹⁸. Ayrıca TCK m. 7/2’de failin lehine olan yasaların geçmişe uygulanabileceğine ilişkin hükmün, benzer şekilde kıyas yasağında da uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁷¹⁹. Başka bir ifadeyle failin lehine olan durumlarda geçmişe yürüme yasağına esneklik sağlanmasına kanun imkan tanıyorsa, failin lehine olan durumlarda kıyas yasağına da esneklik sağlanmalıdır.

Failin lehine durumlarda kıyasın mümkün olması gerektiği görüşüne karşılık, kıyas yasağının mutlak uygulanması gerektiği, failin lehine olan durumlarda dahi kıyas yasağının ihlal edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir⁷²⁰. İlk olarak, lehe kıyasa imkan tanınmasının hakime hukuk yaratma yetkisi vereceği, bu durumda hakimın kanun koyucunun yerine geçmiş olacağı ve failin lehine aleyhine hususların tespitinin güçlüğü gerekçe olarak ileri sürülmüştür⁷²¹. Ayrıca kanun koyucu kıyasa genel bir yasak getirmiş, lehe aleyhe ayrımı yapmamıştır⁷²².

İkinci olarak, failin lehine kıyasın kabul edilmesi durumunda, kişilerin suç teşkil eden fiillerinin cezasız kalacaklarını düşünecekleri, bu düşünceyle işledikleri suçların da ceza hukukunun genel önleme amacına zarar vereceği ifade edilmektedir⁷²³. Çünkü lehe kıyasın kabul edilmesi durumunda suç işleyecek kişiler, kıyas yoluyla cezalarının hafifletileceği düşüncesiyle hareket edecek, bu durumda da belirsizlik ortaya çıkacaktır.

⁷¹⁴ Soyaslan, “Ceza Hukukunda Kıyas”, s. 959.

⁷¹⁵ Önder, s. 66.

⁷¹⁶ Keçelioğlu, s. 94; Toroslu ve Toroslu, s. 68; Önder, s. 67; Öztürk ve Erdem, s. 49; Soyaslan, “Ceza Hukukunda Kıyas”, s. 961.

⁷¹⁷ Soyaslan, “Ceza Hukukunda Kıyas”, s. 959.

⁷¹⁸ Soyaslan, “Ceza Hukukunda Kıyas”, s. 959.

⁷¹⁹ İçel, s. 112.

⁷²⁰ Çetin, s. 268; Nişancı, s. 37; Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 70; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 64.

⁷²¹ Soyaslan, “Ceza Hukukunda Kıyas”, s. 960.

⁷²² Nişancı, s. 37; Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 70; Çetin, s. 268.

⁷²³ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 64.

Üçüncü olarak, TCK m. 61/10 “*Kanunda açıkça yazılı olmadıkça cezalar ne arttırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu ifadeye göre; hakim ceza öngörürken yani cezanın azaltılmasında da artırılmasında da kanunu dayanak alması gerekmektedir. Cezanın hafifletilmesini öngören sebepler bakımından kanunda açık düzenleme arayan kanun koyucunun, cezayı ortan kaldıran sebepler bakımından bu kanuni dayanağı evleviyetle arayacağı, bu nedenle kıyas yasağının failin lehine aleyhine ayrımı yapılmaksızın geçerli olduğu belirtilmiştir⁷²⁴. Bu görüşe karşılık, TCK m. 61/10’daki ifadenin suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin olmadığı, hükmün amacının keyfi uygulamaların önüne geçmek olduğu ifade edilmiştir⁷²⁵.

Kıyas yasağı failin lehine aleyhine durumlar ayrımı dikkate alınmaksızın uygulanmalıdır. Kıyas yasağının failin lehine olması durumunda uygulanmaması gerektiği görüşü temelde kanunun bireye sağladığı güvenceye ve hükümlerin failin lehine yorumlanması gerektiği görüşüne dayanmaktadır. Ancak TCK m. 2/3’te failin lehine aleyhine ayrımı kabul edilmeksizin kıyasın yasak olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca failin lehine olan düzenlemeler gerek Türk Ceza Kanunu’nda gerekse de ceza muhakemesinde mevcuttur. Buna TCK m. 62’de düzenlenen takdiri indirim nedenleri örnek olarak gösterilebilir⁷²⁶.

Kanunların bireye sağladığı güvence sadece fail bakımından anlaşılmamalıdır. Aynı şekilde kanunlar mağdur bakımından da suç işleyenlerin cezalandırılacağı yönünde güvence oluşturmaktadır. Ceza kanunlarının caydırıcılığı ancak suç işleyen kişilerin kanuna göre cezalandırılmasıyla sağlanabilecektir. Failin lehine kıyasın mümkün kabul edilmesi durumunda ise toplumda suç işlemenin cezasız kalacağı yönünde bir kanaat oluşacak, bu da caydırıcılıktan ziyade suç işlemeye teşvik anlamına gelecektir. Failin lehine kıyası reddeden görüşlerin gerekçelerine de katılarak, failin lehine aleyhine ayrımı yapılmaksızın kıyas yasağının uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

⁷²⁴ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 64.

⁷²⁵ İçel, s. 112.

⁷²⁶ **TCK Madde 62** “(1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir. (2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.”

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KANUNLARIN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

I. GENEL OLARAK

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından birisi de geçmişe yürüme yasağıdır. Geçmişe yürüme yasağı, kanunların zaman bakımından uygulanması kurallarıyla yakın ilişki içerisinde. Çünkü kanunların yürürlüğe girdiği tarih ve fiilin işlendiği tarih esas alınarak geçmişe yürüme yasağına ilişkin bir değerlendirme yapılabilecektir.

Bu bölümün ikinci kısmında geçmişe yürüme yasağına genel olarak değinilecek bu kapsamda kanunların yürürlüğe girişi ve yürürlükten çıkışı ile suçun işlendiği an hususlarına değinilecektir. Yine lehe kanunun geçmişe yürümesi ilkesi çerçevesinde lehe kanunun nasıl tespit edileceği, hangi kanunun lehe kanun olduğu ve nasıl uygulanacağı belirlenecektir. Son kısımda ise infaz kanunları, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları gibi zaman bakımından uygulamada özellik arz eden haller ele alınacaktır.

II. GEÇMİŞE YÜRÜME YASAĞI VE SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ (*LEX PRAEVI*A)

A. Genel Olarak

Geçmişe yürüme yasağı, ceza kanunlarının kişilerin aleyhine bir şekilde geçmişteki eylemlere uygulanamamasıdır. Geçmişe yürüme yasağının, hem kanun koyucuya hem de yargı makamlarına yönelik sonuçları bulunmaktadır. Yargı makamlarının sonradan getirilen ceza normunu geçmişteki eylemler için failin zararına yönelik olarak uygulaması, geçmişe yürüme yasağıyla engellenmektedir⁷²⁷. Kanun koyucu da geçmişe

⁷²⁷ Nişancı, s. 37; İçel, s. 116.

yürüme yasağı nedeniyle, failin durumunu ağırlaştırıcı yeni ceza normlarını geçmişe etkili olacak şekilde yürürlüğe koyamaz⁷²⁸.

Geçmişe yürüme yasağı, işlendiği zaman kanunlarla cezalandırılmayan bir fiilin yeni çıkarılan bir kanunun geçmişe dönük uygulanması suretiyle cezalandırılmayacağı; ayrıca fiilin işlendiği zamanının kanununa göre öngörülen cezadan daha ağır bir ceza türünün kanun değişikliğiyle getirilmesi durumunda, bu kanunun geçmişe yürürlüğü olarak uygulanamayacağı anlamına gelmektedir⁷²⁹. Geçmişe yürüme yasağı, objektif cezalandırma şartları, ceza ve sonuçları da dahil olmak üzere suçun tüm unsurları bakımından geçerlidir⁷³⁰.

Geçmişe yürüme yasağının ortaya çıkmasının ilk nedeni kanunların geçmişe yürürlüğü olarak uygulanmasının suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olmasıdır. Çünkü kanunların geçmişe yürürlüğü uygulanarak kişilerin, fiilin meydana geldiği tarihte suç olarak düzenlenmeyen bir fiilden dolayı cezalandırılması ve bireyin mevcut durumunun haksız yere ağırlaştırılması, suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

İkinci olarak, ceza yaptırımı, ceza normlarına aykırılıkların müeyyidesi olarak öngörülmüştür. Bu durum ise ancak fiilin işlendiği zaman tespit edilebilir. Fiilin işlendiği dönemde, bu fiili cezalandıran herhangi bir norm yoksa, ceza normlarına aykırılık da bulunmamaktadır⁷³¹. Böyle bir durumda cezai yaptırımın herhangi bir anlamı bulunmamaktadır.

Üçüncü olarak ise kanunun geçmişe yürürlüğü olarak uygulanması, ceza kanunlarının suç işlenmesini önleme amacıyla bağdaşmamakta, yeni kanunların geçmişteki fiilleri önlemek gibi bir etkisi bulunmamaktadır⁷³². Ayrıca bir fiilin sonradan suç haline getirilmesi, kanun koyucu tarafından, fiilin kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde ceza normu tarafından korunmaya değer görülmediği anlamına gelmektedir. İşlendiği zaman ceza normuyla korunmayan bir fiilden dolayı kişilerin cezalandırılması mantıklı değildir.

⁷²⁸ Özbek vd, *Genel Hükümler*, s. 71; İçel, s. 116; Nişancı, s. 37.

⁷²⁹ Vatansever Öztürk, s. 209; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 72.

⁷³⁰ Tulay, s. 2720; Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 71; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 74.

⁷³¹ Sade, s. 98; Demirbaş, s. 136.

⁷³² Demirbaş, s. 136.

Geçmişe yürüme yasağı, temel olarak kanunların zaman bakımından uygulanmasını ifade etmektedir. Ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması hususunda AY m. 38 ve TCK m. 7 büyük önem taşımaktadır. AY m. 38 “Kimse, *işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*” şeklinde düzenlenmiştir. Geçmişe yürüme yasağına Anayasada yer verilmesi, hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için önemlidir. Aynı zaman ilkeye anayasal bir güvence sağlamaktadır.

Ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması TCK m. 7’de “*İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanunî neticeleri kendiliğinden kalkar. Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır. Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte bulundukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

AY m. 38 ve TCK m. 7 birlikte değerlendirildiğinde ceza kanunlarının geçmişe yürürlüğü olarak uygulanmasının yasaklandığı anlaşılmaktadır. Ancak bu durum mutlak değildir. Geçici ve süreli kanunların yürürlükte bulundukları süre için uygulanabilmesi ve lehe kanunun geçmişe dönük uygulanabilmesi geçmişe yürüme yasağının istisnalarını oluşturmaktadır. Bunun haricinde infaz kanunları bakımından da istisnalar hariç derhal uygulama kuralı hakimdir.

Kanunların zaman bakımından uygulanması hususunda derhal uygulama, geçmişe yürüme, ve ileriye yürüme şeklinde üç ilke bulunmaktadır⁷³³. Derhal uygulama ilkesi, kanunun failin lehine veya aleyhine sonuç doğurmasına dikkat edilmeksizin, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanmasıdır⁷³⁴. Örneğin ceza muhakemesi

⁷³³ Zeynel T. **Kangal**, “Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9 Sayı: 1, 2010, s. 786.

⁷³⁴ **Cumhur Şahin**, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 46.

hukukunda derhal uygulama ilkesi geçerlidir⁷³⁵. Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki fiillere veya olaylara uygulanması ise geçmişe yürüme ilkesidir⁷³⁶. Failin lehine olan kanunların geçmişteki olaylar bakımından uygulanabilmesi geçmişe yürüme ilkesine örnek olarak gösterilebilir. İleriye yürüme ilkesi ise kanunun yürürlükten kalkmasına rağmen, yürürlükte bulunduğu sırada meydana gelen olaylara uygulanabilmesidir⁷³⁷. Geçici ve süreli kanunların yürürlükte bulundukları sürede meydana gelen olaylara uygulanabilmesi ileriye yürüme ilkesine örnek gösterilebilir.

Geçmişe yürüme yasağının uygulama alanının anlaşılabilmesi için öncelikle kanunların yürürlüğe girmesi ve yürürlükten kaldırılması ile suçun işlendiği zamanın tespiti önem taşımaktadır. Çünkü geçmişe yürüme yasağının ihlalinin tespitinde kanunların yürürlüğe girmesi ve yürürlükten kalkması ile suçun işlendiği zaman belirlenerek, buna göre sonuca ulaşılabacaktır.

B. Ceza Kanunlarının Yürürlüğe Girmesi Ve Yürürlükten Kaldırılması

1. Ceza Kanunlarının Yürürlüğe Girmesi

Ceza kanunlarının yürürlüğe girmesi, ilgili kanun hükümlerinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bütün olaylar ve kişiler bakımından uygulanması mecburiyeti anlamına gelmektedir⁷³⁸. Kanunların yürürlüğe girmeleri ise ancak kanunların devletin resmi yayın organı olan Resmi Gazete’de yayımlanmalarına bağlıdır⁷³⁹. Kanunların Resmi Gazetede yayımlanması zorunluluğu, 10 sayılı Resmi Gazete Hakkındaki Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenmiştir⁷⁴⁰.

Kanunların Resmi Gazete’de yayımlanmaları yürürlüğe girmeleri için zorunlu bir unsur olmakla birlikte, bu unsur yayımlandığı tarihte kanunların yürürlüğe gireceği anlamına

⁷³⁵ Şahin, s. 46.

⁷³⁶ Kerem **Osmanoğlu**, “Ceza Hukukunda Geriye Yürüme Yasağı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 3-4, 2010, s. 91; Kangal, “Zaman Bakımından”, s. 787; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 73.

⁷³⁷ Osmanoğlu, s. 91; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 73; Kangal, “Zaman Bakımından”, s. 787.

⁷³⁸ Dönmezer ve Erman, s. 164; Zafer, *Genel Hükümler*, s. 113.

⁷³⁹ Tuğrul **Katoğlu**, *Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 30; Baytaz, s. 133.

⁷⁴⁰ **Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Madde 4** “(1) Resmî Gazete’de; a) Kanunlar yayımlanır.”

gelmemektedir. İlk olarak kanunda kanunun yayım tarihi yürürlüğe girme tarihi olarak gösterilebilir. Bu durumda kanun yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiş kabul edilir⁷⁴¹.

İkinci durumda, kanun yürürlük tarihini Resmi Gazete’de yayımlanmasından sonraki bir tarih olarak belirlerse, kanun Resmi Gazete’de belirlenen tarihte yürürlüğe girer⁷⁴². Bu durumun gerekçesi kanunların sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesi için gerekli hazırlıkların yapılabilmesidir⁷⁴³. Örneğin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, meclis genel kurulunda 26 Eylül 2004 tarihinde kabul edilmiş, 12 Ekim 2004 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmış, yürürlüğe girme tarihi ise 1 Nisan 2005 olarak belirlendikten sonra yürürlüğe girme tarihi 1 Haziran 2005’e ertelenmiştir⁷⁴⁴.

Üçüncü durumda, kanun metninde yürürlük tarihine ilişkin herhangi bir ifade bulunmayabilir⁷⁴⁵. Bu durumda 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun’un 3. maddesi⁷⁴⁶ gereğince kanun, Resmi Gazete’de yayımlanmasını izleyen günden 45 gün sonra yürürlüğe girecektir. Metnin uzunluğu nedeniyle tek bir Resmi Gazete sayısında yayımlanamayacak derecede uzun olan kanunlar ise en fazla dört sayıda yayımlanarak, kanuna ilişkin son sayının yayımını takip eden günden 45 gün sonra yürürlüğe girecektir⁷⁴⁷. Ancak 15 Kasım 2019 tarihli ve 30949 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 10 numaralı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin 7. maddesinde bu kuralın aksine kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve diğer düzenleyici işlemlerin Resmi Gazete’de ayrıca yürürlük tarihi belirtilmemesi durumunda resmi gazetede yayımlandığı tarihte yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir⁷⁴⁸. 1332 sayılı Kanun’un yürürlükten kalkması nedeniyle bu durumda 10 numaralı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi esas alınacaktır.

⁷⁴¹ Dönmezer ve Erman, s. 160; Baytaç, s. 134; Zafer, *Genel Hükümler*, s. 113.

⁷⁴² Katoğlu, s. 32; Baytaç, s. 134; Sade, s. 98.

⁷⁴³ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 113; Baytaç, s. 134.

⁷⁴⁴ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 114.

⁷⁴⁵ Katoğlu, s. 33; Baytaç, s. 134.

⁷⁴⁶ **KNSNİMTHK Madde 3** “Kanun ve nizamnameler, metinlerinde başka suretle sarahat bulunmadığı takdirde, Resmi Gazete ile neşirini takip eden günün başlangıcından hesap edilmek üzere kırk beşinci günün hitamından itibaren Türkiye’nin her tarafında aynı zamanda mer’i olur.”

⁷⁴⁷ **KNSNİMTHK Madde 4** “Resmî gazetenin bir sayısına derci kabil olmıyan mufassal kanun ve nizamnamelerin ilk maddesinin dercedildiği gün neşir tarihi başlar ve müteakip dört sayısında neşrin tamamlanması mecburidir. Meriyetin hesabında son neşir tarihine itibar olunur.”

⁷⁴⁸ **Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Madde 7** “(1) Kanunlar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve yönetmelikler ile diğer düzenlemeler, ayrıca bir yürürlük tarihi belirtilmemiş ise Resmî Gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girer.”

Kanunların yürürlüğe girebilmesi için gerekli olan yayım şartı, Resmi Gazete'nin internet ortamında herkesin ulaşabileceği bir konuma getirilmesiyle gerçekleşir⁷⁴⁹. Bununla birlikte kanun Resmi Gazete'de yayımlansa dahi insanların bu kanundan hemen haberdar olması pek mümkün görünmemektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin zedelenmemesi için, kanunların yürürlüğe girmesinde, kanunların Resmi Gazete'de yayımından sonra makul bir sürenin geçmiş olması aranmalıdır⁷⁵⁰. Çünkü Resmi Gazete'de yayımlandığı gün kanunların yürürlüğe girmesi durumunda, kişilerin henüz haberdar olma imkanlarının bulunmadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaları söz konusu olabilecektir. Bu durum da suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kişiye güvence sağlama amacıyla bağdaşmamaktadır.

2. Ceza Kanunlarının Yürürlükten Kalkması

Kanunların yürürlükten kalkması için kanun koyucunun bu yönde iradesi gerekmektedir. Süreli kanun olarak isimlendirilen bazı kanunlar yürürlükte kalacağı süreyi kendisi gösterir⁷⁵¹. Örneğin 3419 sayılı Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanunun 7. maddesinde “*Bu kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer ve 1. maddesi hükmü yayımı tarihinden itibaren üç yıl sonra yürürlükten kalkar.*” ifadesine yer verilmiştir⁷⁵². Bu şekildeki süreli kanunlar yürürlük süresinin dolmasıyla birlikte kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır.

Yürürlük süresi belirli bir zamanla sınırlanmakla birlikte, olağan dışı bir durum süresince uygulanan ve bu olağandışı durumun ortadan kalkmasıyla yürürlük süresi sona eren kanunlar ise geçici kanun olarak isimlendirilir⁷⁵³. Olağanüstü hal kanunları geçici kanunlara örnek olarak gösterilebilir. Bu kanunların uygulanışı olağanüstü hal ilan edilen süre ve yöre ile sınırlıdır. Olağanüstü halin ortadan kalkmasıyla bu kanunlar yürürlükten kalkar.

Kanunların yürürlükten kaldırılması sarih, zımni ve iptal kararlarıyla olabilir. Yürürlükteki bir ceza kanununun, daha sonra yürürlüğe giren bir ceza kanunundaki açık

⁷⁴⁹ İçel, s. 150.

⁷⁵⁰ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 114.

⁷⁵¹ Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.138.; Baytaş, s. 153.

⁷⁵² 3419 Sayılı Bazı Suç Faillerine Uygulanacak Hükümlere dair Kanun 25.03.1988 tarihinde kabul edilmiş ve 30.03.1988 tarihin Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷⁵³ Baytaş, s. 153; Akbulut, s. 138; İçel, s. 150.

hükümle ortadan kaldırılması kanunların sarîh olarak kaldırılmasıdır⁷⁵⁴. Örneğin 1926 yılında yürürlüğe giren 765 sayılı Türk Ceza Kanunu 5232 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanun m. 12/1-b’de yer alan “1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu bütün ek ve değişiklikleri ile yürürlükten kaldırılmıştır” ifadesiyle açıkça yürürlükte kaldırılmıştır.

Eski ve yeni kanunun aynı konuyu düzenlemesi ve bu iki kanunun bir arada uygulanma imkanının bulunmaması durumunda, sonraki kanun önceki kanunu zımni bir şekilde ortadan kaldırır⁷⁵⁵. Bu durum zımni ilga olarak adlandırılır. Zımni ilgaya ilişkin ilk durum, her iki kanunun da genel kanun olmasıdır. Bu durumda önceki ve sonraki kanunun genel kanun olması durumunda, sonraki genel kanun önceki kanunu yürürlükten kaldırır⁷⁵⁶. 1858 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Kanunname-i Hümayunûn, 1851 tarihli Ceza Kanunu’nu yürürlükten kaldırması bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁷⁵⁷.

İkinci durum, ise önceki kanunun genel sonraki kanunun özel kanun olması durumudur. Bu durumda ise genel kanunun özel kanun ile çelişen hükümleri örtülü olarak yürürlükten kalkmış kabul edilir⁷⁵⁸. Üçüncü olarak, önceki ve sonraki kanunların her ikisinin de özel kanun olması durumunda, önceki kanunun sonraki kanun ile çelişen hükümlerinin örtülü olarak yürürlükten kalktığı, diğer hükümlerinin ise mevcudiyetini koruduğu kabul edilir⁷⁵⁹.

Sonraki kanunun genel, önceki kanunun ise özel kanun olması durumunda iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, sonraki genel kanunda açık bir düzenleme bulunmadığı müddetçe, önceki özel kanunun zımni ilgasından söz edilemeyecektir⁷⁶⁰. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre; bu durumda, sonradan yürürlüğe giren genel kanun, önceki özel kanunun kendisi ile çelişen hükümlerini zımnen ilga edecektir⁷⁶¹.

⁷⁵⁴ Dönmezer ve Erman, s. 169; Kangal, “Zaman Bakımından”, s. 706; Önder, s. 42; Katoğlu, s. 37; Baytaz, s. 134.

⁷⁵⁵ Baytaz, s. 135; Zafer, *Genel Hükümler*, s. 115; Dönmezer ve Erman, s. 169; Sade, s. 99.

⁷⁵⁶ Baytaz, s. 135; Katoğlu, s. 38; Dönmezer ve Erman, s. 169.

⁷⁵⁷ Erem, Danışman ve Artuk, s. 136; Katoğlu, s. 38.

⁷⁵⁸ Katoğlu, s. 38; Baytaz, s. 135; Erem, Danışman ve Artuk, s. 136.

⁷⁵⁹ Katoğlu, s. 39; Baytaz, s. 135.

⁷⁶⁰ Katoğlu, s. 39; Artuk vd., s. 199.

⁷⁶¹ Baytaz, s. 135.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları da kanunları yürürlükten kaldıran bir diğer hal olarak karşımız çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları AY m. 153'te *"Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez."* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı Resmi Gazete'de yayımlandığı zaman yürürlüğe girecek ve ilgili kanunu yürürlükten kaldıracaktır. Diğer ihtimalde ise Anayasa Mahkemesi iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi belirtebilecektir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe gireceğini belirttiği tarihte kanun yürürlükten kalkacak, ancak belirlenecek süre bir yılı geçemeyecektir. Örneğin Anayasa Mahkemesi cinsel istismar suçuna ilişkin hükmün iptalin karar vermiş, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından altı ay sonra yürürlüğe gireceğini ayrıca belirtmiştir⁷⁶².

İptal kararının daha sonra yürürlüğe girme tarihinin ileri bir tarih olarak belirlenmesiyle yasa koyucuya zaman verilerek hukuk boşluğu oluşmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Ancak bu durum bazı sakıncalar doğurmaktadır. Örneğin iptal kararının verilmesi ile kararın yürürlüğe girmesi arasındaki süreçte hakkında iptal kararı verilen suçu işleyen kişiye iptal kararının herhangi bir etkisi bulunmamaktadır⁷⁶³. Ancak Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesi kararıyla tespit edilen bir hüküm nedeniyle kişilerin cezalandırılması hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkeleriyle bağdaşmamaktadır⁷⁶⁴.

Kanunların yürürlükten kalkması hususunda değinilmesi gereken son hal ise metrukiyet durumudur. Kanunun hukuken yürürlükte bulunmasına rağmen hiç kimsenin kanun hükümlerine uymaması nedeniyle kanunun uygulanmaması metrukiyet olarak adlandırılmaktadır⁷⁶⁵. Bugün yürürlükte bulunmayan pazarlıksız satışın yasaklanmasına

⁷⁶² "...iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE," AYM T. 26.05.2016 E. 2015/108 K. 2016/46 <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 28.04.2020

⁷⁶³ Birtek, s. 97.

⁷⁶⁴ Birtek, s. 97.

⁷⁶⁵ Zafer, Genel Hükümler, s. 116.

ilişkin 3489 sayılı kanun metrukiyet haline örnek olarak gösterilebilir⁷⁶⁶. Metrukiyet hukuksal bir durum değil, fiili bir durumdur⁷⁶⁷. Nitekim metruk hale gelmiş kanunlar genellikle kanun koyucunun iradesiyle yürürlükten kaldırılmaktadır⁷⁶⁸.

C. Suçun İşlendiği Zaman

Suçun işlendiği zamana dair kanunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, suçun işlendiği zamanın tespitinin suçun işleniş şekillerine göre farklılık arz ettiği kabul edilmektedir⁷⁶⁹. Suçun sırf hareket suçu, neticeli suç, mütemadi suç, zincirleme suç veya objektif cezalandırma şartına bağlı suç olması suçun işlendiği zamanın tespiti bakımından önem taşımaktadır.

1. Sırf Hareket Suçları

Hareketin veya ihlalin süreklilik göstermediği icrai hareketin yapıldığı anda suçun işlendiğinin kabul edildiği suçlar sırf hareket suçu olarak tanımlanmaktadır⁷⁷⁰. Örneğin hakaret suçunda hakaret teşkil eden fiilin gerçekleşmesinden sonra ayrıca bir neticenin ortaya çıkması aranmamaktadır. Bu tür suçlarda, suç teşkil eden fiilin yapılmasıyla suçun oluştuğu kabul edilmektedir⁷⁷¹. Ayrıca bu suçlarda fiilin birden fazla hareketten meydana gelmesi durumunda son hareketin yapıldığı anda suç işlenmiş sayılır⁷⁷².

Sırf hareket suçları, icra hareketlerinin kısımlara bölünebilmesi mümkündür. Davranışın kısımlara ayrılabilirdiği durumlarda, bu kısımlardan sonuncusunun gerçekleştirildiği an suçun işlendiği andır⁷⁷³. Örneğin bir kişinin hakaret içeren mektup yazıp muhatabına posta yoluyla göndermesi ancak mektubun muhatabına ulaşmaması durumunda, son icra hareketi olan mektubun posta ile gönderilmesi anının suçun işlendiği kabul edilmelidir. Çünkü failin egemenlik alanı dışındaki durumlar harekete olarak

⁷⁶⁶ Katoğlu, s. 43.

⁷⁶⁷ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 116.

⁷⁶⁸ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 116.

⁷⁶⁹ Baytaz, s. 136.

⁷⁷⁰ Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 133.

⁷⁷¹ Baytaz, s. 137; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 80; Katoğlu, s. 49; İçel, s. 135; Dönmezer ve Erman, s. 224.

⁷⁷² Zafer, *Genel Hükümler*, s. 118.

⁷⁷³ Kangal, "Zaman Bakımından", s. 790; Katoğlu, s. 49.

değerlendirilemez⁷⁷⁴. Muhatabın mektubu aldığı sırada fiilin suç olmaktan çıkarılması failin sorumluluğunu etkilemeyecektir.

2. İhmali Hareketle İşlenen Suçlar

İhmali hareketle işlenen suçlar, kişinin kendisine yüklenen icrai davranış normunu yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkan suçlardır⁷⁷⁵. İhmali suçlar gerçek ihmali suçlar ve gerçek olmayan ihmali suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Gerçek ihmali suçlar, kanunda emredilen normun yerine getirilmemesiyle ortaya çıkan suçlardır⁷⁷⁶. Gerçek olmayan veya görünüşte ihmali suçlar ise kanunda icrai hareketle işlenebilen bir suçun, ihmali hareketle gerçekleştirilmesinin de cezalandırıldığı suçlardır⁷⁷⁷.

İhmali suçların failin icrai harekette bulunması gerekirken bulunmadığı anda işlendiği kabul edilmektedir⁷⁷⁸. Gerçek ihmali suçlar aynı zamanda sırf hareket suçu olup, failin icrai harekette bulunmadığı anda gerçekleştirilmiş olmaktadır⁷⁷⁹. Sırf hareket suçlarıyla aynı şekilde değerlendirilecektir. Gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından failin yükümlülüğü yerine getiremeyecek duruma soktuğu an veya icrai davranışın gerçekleştirilebileceği nihai anın suçun işlendiği zaman olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁸⁰.

Kanaatimizce gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından neticenin gerçekleştiği anın suçun işlendiği an olarak kabul edilmesi gerekir. Çünkü failin ihmalin sebebiyet vereceği neticeye yönelik iradesinden söz edilemez⁷⁸¹. Bu nedenle failin ihmali suçlara teşebbüsten sorumlu tutulmaması gerekir⁷⁸². Failin ihmali hareketinin cezalandırılabilirliği, bu durumda neticenin gerçekleşmesine bağlıdır. Ayrıca failin yükümlülüğünü yerine getiremeyeceği an veya icrai hareketin gerçekleştirebileceği anın

⁷⁷⁴ Katoğlu, s. 49.

⁷⁷⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 231.

⁷⁷⁶ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 387; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 235-236.

⁷⁷⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 236; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 387.

⁷⁷⁸ Hakeri, s. 83.

⁷⁷⁹ Kangal, "Zaman Bakımından", s. 790; Hakeri, s. 83.

⁷⁸⁰ Katoğlu, s. 50.

⁷⁸¹ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 434.

⁷⁸² Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 518; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 434; Karşıt görüş için bkz. "Nasıl ki icrai suç tiplerinde neticenin meydana getirilmesi için harekete geçilip de neticenin meydana gelmemesi halinde teşebbüsten söz ediliyorsa; aynı şekilde ihmali suç tipleri bakımından da neticenin meydana getirilmesi için hareketsiz kalınması ancak neticenin gerçekleşmemesi halinde ihmali suçlara teşebbüsten söz etmek mümkündür." Hakeri, s. 505.

tespiti zordur. Bu nedenlerle neticenin gerçekleştiği anın suçun işlendiği zaman olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

3. Neticeli Suçlar

Suçun kanuni tarifinde suç teşkil eden hareketin yapılmasından sonra, suçun oluşabilmesi için ayrıca bir neticenin ortaya çıkmasının arandığı suçlar neticeli suçlar olarak tanımlanmaktadır⁷⁸³. Örneğin mala zarar verme suçunun oluştuğunun kabulü için malın zarar görmesinin aranması bu suçun netice unsurunu oluşturmaktadır.

Neticeli suçlarda hareketin yapılmasıyla neticenin gerçekleştiği suçlar bakımından herhangi bir problem bulunmamaktadır⁷⁸⁴. Hareket ile neticenin farklı zamanlarda gerçekleşmesi durumunda, suçun hareketin yapıldığı zaman mı yoksa neticenin meydana geldiği zamanda mı oluştuğu noktası tartışmalıdır. Bu konuda hareketi esas alan hareket teorisi, neticeyi esas alan netice teorisi ve karma teori olmak üzere üç görüş ileri sürülmüştür.

Hareket teorisine göre; neticeli suçlarda suçun işlendiği zaman, tipik fiilin gerçekleştirildiği andır⁷⁸⁵. Suçun işlendiği zamanın tespitinde neticenin gerçekleştiği zaman dikkate alınmamalıdır⁷⁸⁶. Çünkü fail hareketini icra ettiği anda, kanuna karşı koyma iradesini ortaya koymuş olmaktadır⁷⁸⁷. Suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda ise en son hareketin gerçekleştirildiği zaman suçun işlendiği zaman olarak kabul edilmelidir⁷⁸⁸. Örneğin bir kişinin silahla diğer kişiyi öldürmek amacıyla ateş etmesi mağdurun on gün sonra ölmesi durumunda failin ateş ettiği suçun işlendiği zaman olarak kabul edilmeli o günün kanunları uygulanmalıdır.

Netice teorisinde ise; suçun işlendiği zaman olarak neticenin gerçekleştiği zamanın kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁷⁸⁹. Buna göre eğer suç neticenin meydana gelmesiyle oluşabiliyorsa suçun işlendiği zaman olarak da neticenin meydana geldiği an esas

⁷⁸³ Demirbaş, s. 133.

⁷⁸⁴ Kangal, “Zaman Bakımından”, s. 790; Baytaz, s. 137; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 79.

⁷⁸⁵ Hakeri, s. 82; Kangal, “Zaman Bakımından”, s. 790; Baytaz, s. 138.

⁷⁸⁶ Akbulut, s. 140.

⁷⁸⁷ Baytaz, s. 139; Zafer, *Genel Hükümler*, s. 117.

⁷⁸⁸ Kangal, “Zaman Bakımından”, s. 791

⁷⁸⁹ Katoğlu, s. 46; İçel, s. 155; Dönmezer ve Erman, s. 224.

alınmalıdır⁷⁹⁰. Örneğin kasten öldürme suçu bakımından mağdurun öldüğü tarih kanunları uygulanmalıdır.

Bu konudaki son teori olan karma teori ise; failin lehine olan hangisiyse o anın suçun işlendiği zaman olarak kabul edilmesi şeklindeki karma teoridir⁷⁹¹. Başka bir ifadeyle, suçun hareket anında işlendiğinin kabulü failin lehineyse suçun hareket anında işlendiği, neticenin gerçekleştiği anda suçun işlendiğinin kabulü failin lehineyse netice anında suçun işlendiği kabul edilmelidir⁷⁹². Örneğin; kasten öldürme suçu için failin ateş etmesi ile mağdurun 10 gün sonra ölmesi durumunda kanunlar değişmişse, bu iki kanun karşılaştırılarak failin lehine olan kanun uygulanacaktır.

Kanaatimizce suçun işlendiği zamanın tespitinde hareket teorisinin esas alınması gerekmektedir. Ceza hukukunda suçun oluşması hareketin varlığına bağlıdır⁷⁹³. Failin icrai hareketleri hukuku ihlal etme iradesini hareketiyle ortaya koymaktadır. Örneğin teşebbüs durumunda netice gerçekleşmese dahi fail cezalandırılmaktadır⁷⁹⁴. Teşebbüs aşamasında kalan suçların dahi cezalandırıldığı dikkate alındığında, failin cezalandırılma gerekliliği hareketin yapılmasıyla ortaya çıkmaktadır⁷⁹⁵. Ayrıca netice teorisi esas alındığında, hareket ve neticenin farklı zamanlarda meydana gelmesi bu süreçte cezanın ağırlaştırılması durumunda failin göze aldığından daha ağır bir yaptırımla karşılaşması söz konusu olabilecektir⁷⁹⁶. Bu durum da suçta ve cezada kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonuyla bağdaşmamaktadır. Bununla suçun işlendiği ana ilişkin Türk Ceza Kanunu'nda açık bir düzenlemeye gidilmesi isabetli olacaktır⁷⁹⁷.

4. Müttemadi Suçlar

Suçun kanuni tarifinde belirtilen failin icrasının süreklilik arz ettiği suçlar müttemadi (kesintisiz) suçlar olarak adlandırılmaktadır⁷⁹⁸. Müttemadi suçlarda suçun tamamlanması ile suçun sona ermesi farklı zamanlarda gerçekleşmektedir. Örneğin kişiyi hürriyetinden

⁷⁹⁰ Özbeke vd., *Genel Hükümler*, s. 131.

⁷⁹¹ Demirbaş, s. 133; Zafer, *Genel Hükümler*, s. 118.

⁷⁹² Katoğlu, s. 46.

⁷⁹³ Özbeke vd., *Genel Hükümler*, s. 132.

⁷⁹⁴ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 317.

⁷⁹⁵ Özbeke vd., s. 123.

⁷⁹⁶ Baytaz, s. 138.

⁷⁹⁷ Özbeke vd., s. 123

⁷⁹⁸ Özgeç, *Genel Hükümler*, s. 183.

yoksun kılma suçunda, kişinin hürriyetinin kısıtlanmasıyla suç tamamlanmış olmakta, mağdurun hürriyetine kavuşmasıyla suç sona ermektedir.

Mütemadi suçlar konusunda bir görüşe göre; suçun unsurlarının tamamlandığı an suçun işlendiği zaman olarak kabul edilmelidir. Yani kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından kişinin hürriyetinin kısıtlandığı anın esas alınması gerekmektedir. Buna göre davranışların cezai sonuçlar doğurmaya başladığı ilk anda suç işlenmiş olup suçun sona ermesinin beklenmesine gerek bulunmamaktadır⁷⁹⁹.

Mütemadi suçlara ilişkin bir diğer görüş ise; suçun sona erdiği tarihin suçun işlendiği zaman olarak kabul edilmesi gerektiği şeklindedir⁸⁰⁰. Buna göre temadi süreci için kanunun değişmesi durumunda, değişikliğin lehe veya aleyhe olduğuna bakılmaksızın suçun sona erdiği zamanki kanun uygulanacaktır⁸⁰¹. Çünkü suç yeni kanun zamanında işlenmiştir⁸⁰². Yargıtay'ın bu konudaki görüşü fiilin kesintiye uğradığı an suçun işlendiğinin kabulü şeklindedir⁸⁰³.

Kanaatimizce de mütemadi suçların temadinin gerçekleştiği anda gerçekleşmiş sayılması ve bu suçlar hakkında temadinin gerçekleştiği zamandaki kanun hükümleri uygulanması gerekmektedir⁸⁰⁴. Çünkü failin kanuna karşı çıkma iradesi yeni kanun döneminde de devam etmektedir. Bu durumda fail yeni kanun dönemindeki yaptırımı göze almış olmaktadır⁸⁰⁵. Örneğin fail bir kişiyi hürriyetini kısıtlasa, mağdur hürriyetine kavuşmadan kanunun değişmesi durumunda, fail hakkında mağdurun hürriyetine kavuştuğu tarihteki kanun uygulanmalıdır.

⁷⁹⁹ Katoğlu, s. 55.

⁸⁰⁰ Baytaç, s. 138; İçel, s. 155; Dönmezer ve Erman, s. 224.

⁸⁰¹ Önder, s. 74.

⁸⁰² Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 80.

⁸⁰³ “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 04.12.2017 tarihli, 2017/56071 Sayılı yazı ile “Kesinleşmiş bir karardaki suç tarihini değiştirecek nitelikte verilen İzmir 8. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 24.05.2013 tarihli, 2013/230 değişik iş sayılı kararının yerinde olmadığı, suç tarihinin failin örgüt üyeliği suçunun fiili kesintiye uğradığı tarih olarak kabul edilmesi gerektiği” **Y1CD. T. 4.06.2018 E. 2017/ 3498 K. 2018/ 2688** <http://www.kazanci.com/> Erişim Tarihi: 10.05.2020

⁸⁰⁴ Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 132; Hakeri, s. 82; Demirbaş, s. 134; İçel, s. 155.

⁸⁰⁵ Katoğlu, s. 53.

5. Zincirleme Suçlar

Zincirleme suç, failin bir suç tipini birden fazla kez ihlal etmesine rağmen, hakkında tek bir cezaya hükmedilmesidir⁸⁰⁶. Zincirleme suçlarda fail birden fazla suçu aynı suç işleme kararı çerçevesinde işlemektedir⁸⁰⁷. Bu durumda birden fazla bağımsız suç bulunmasına rağmen fail hakkında normatif olarak tek bir cezaya hükmedilmektedir.

Zincirleme suçlarda suçun işlendiği zamanın tespiti noktasında iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre; zincirleme suçlarda birden fazla hareket ve birbirinden bağımsız suçlar bulunması nedeniyle her suç bakımından ayrı ayrı suçun işlendiği zamanın tespit edilmesi ve yaptırımların buna göre belirlenmesi gerekmektedir⁸⁰⁸. Çünkü zincirleme suç durumunda birden fazla suç söz konusudur⁸⁰⁹. Bu durumda daha sonra yürürlüğe giren kanun lehe düzenleme getiriyorsa bu kanunun uygulanması gerekmektedir⁸¹⁰. Bu görüşe göre; fail aynı kişiye karşı üç kere hırsızlık suçu işlense ve ilk iki suç işlendikten sonra hırsızlık suçunun cezası ağırlaştırılsa, fail ilk iki suç bakımından eski kanuna göre son suç bakımından ise yeni kanuna göre yargılanmalıdır.

Zincirleme suçların işlendiği zamanın tespiti konusunda bir diğer görüş ise zincirin son halkasındaki suçun işlendiği anın suçun işlendiği zaman olarak kabul edilmesi şeklindedir⁸¹¹. Bu görüşe gerekçe olarak TCK m. 66⁸¹², da zamanaşımı zincirleme suçlar bakımından son suçun işlendiği tarihten itibaren başladığının kabul edilmesi gösterilmektedir⁸¹³. Ayrıca fiilin işlendiği tarihte suç olarak düzenlenmeyen bir fiil, sonradan suç olarak düzenlense dahi zincirleme suç kapsamında değerlendirilmeyecektir⁸¹⁴. Buna göre; yukarıdaki hırsızlık örneğinde üç suçun da son kanun zamanında işlendiği kabul edilecek buna göre bir cezaya hükmedilecektir.

⁸⁰⁶ Emrah Özdemir, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Fikri İçtima”, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2012 (Yüksek Lisans Tezi), s. 14.

⁸⁰⁷ Özdemir, s. 15.

⁸⁰⁸ Akbulut, s. 143; İçel, s. 155.

⁸⁰⁹ Baytaç, s. 139; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 81.

⁸¹⁰ Akbulut, s. 143.

⁸¹¹ Artuk vd., s. 214; Hakeri, s. 83; Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 132; Demirbaş, s. 134.

⁸¹² **TCK Madde 66/6** “Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.”

⁸¹³ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 120.

⁸¹⁴ Katoğlu, s. 60.

Yargıtay 1999 tarihinde ilk cinsel saldırıda bulunulmuş, son suçun 2006 tarihinde işlendiği bir olayda son suçun işlendiği tarihteki kanunlara göre hüküm kurulması gerektiği yönünde karar vermiştir⁸¹⁵.

Kanaatimizce zincirleme suçlar bakımından her suça meydana geldiği zamana ilişkin kanunlar uygulanmalıdır. Çünkü zincirleme suç, suçların normatif bir şekilde birleştirilmesi olup her suç kendi içinde bağımsızlığını korumaktadır⁸¹⁶. Bu durumda her suç için işlendiği dönemdeki kanunlar kendi içinde uygulanmalı, şayet sonraki kanun failin lehine düzenlemeler getiriyorsa lehe kanunun geçmişe yürütmesi ilkesi nedeniyle geçmişteki suçlara uygulanabilmelidir. Bu nedenle Yargıtay'ın kararı isabetli değildir.

6. Objektif Cezalandırma Şartı İçeren Suçlarda Zaman Bakımından Uygulama

Objektif cezalandırma şartı, fiilin işlenmesinden önce, sonra veya işlenmesi sırasında söz konusu olan, gerçekleşmediği takdirde kişilerin cezalandırılmasını engelleyen şarttır⁸¹⁷. Objektif cezalandırma şartları, kastın ve haksızlık unsurlarının dışındadır⁸¹⁸. Bu şartların arandığı suçlarda fiil haksızlık teşkil etmekle birlikte, objektif cezalandırma şartı gerçekleşmediği müddetçe fiil suç oluşturmamakta, bu nedenle de fail cezalandırılmamaktadır⁸¹⁹. TCK 125⁸²⁰'de gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesi için aranan üç kişi ile ihtilat halinde işlenme şartı objektif cezalandırma şartına örnek olarak gösterilebilir.

⁸¹⁵ “Sanığın, kızı olan mağdure ile 1999 yılında ilk kez cinsel ilişkide bulunup kızlığını bozmasından sonra bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda eylemlerini zincirleme surette Aralık 2006 yılına kadar sürdürdüğü ve teselsülün son bulduğu suç tarihi itibarıyla sanık hakkında 5237 Sayılı Kanun hükümlerine göre uygulama yapılması gerektiği halde yazılı şekilde hüküm kurulması” **Y5CD. T. 15.9.2008 E. 2008/11068 K. 2008/7752** <http://www.kazanci.com/> Erişim Tarihi: 28.04.2020

⁸¹⁶ Baytaç, s. 40.

⁸¹⁷ Mehmet Emin Artuk ve Mehmet Emin Alşahin, “Objektif Cezalandırma Şartı ve Zamanaşımı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, s. 18.

⁸¹⁸ İlhan Üzülmmez ve Ahmet Hulusi Akkaş, “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2007, s. 72.; Artuk ve Alşahin, s. 18.; Zeynel T. Kangal, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Şartları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 68, Sayı: 1-2, 2010, s. 153.

⁸¹⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 692; Üzülmmez ve Akkaş, s. 72.

⁸²⁰ **TCK Madde 125** “(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.”

Objektif cezalandırma şartları gerçek ve gerçek olmayan objektif cezalandırma şartları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Gerçek objektif cezalandırma şartları, kusurluluğun dışında, sadece cezalandırılabilirliği sınırlayan neden olarak ortaya çıkan şartlardır⁸²¹. TCK m. 340-343 arasında düzenlenmiş yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçların cezalandırmasının mütekabiliyet şartına tabi tutulması gerçek objektif cezalandırma şartlarına örnek olarak gösterilebilir⁸²². Gerçek olmayan objektif cezalandırma şartları ise aslında haksızlığın bir unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olmakla birlikte, şeklen cezalandırılabilme şartı olarak belirlenen koşullardır⁸²³.

Objektif cezalandırma şartının bulunduğu suçlarda suçun işlendiği zaman bakımından iki farklı görüş bulunmaktadır. Bu konuda bir görüşe göre suç objektif cezalandırma şartının gerçekleştiği zaman işlenmiş kabul edilmelidir⁸²⁴. Çünkü fiil ancak objektif cezalandırma şartının gerçekleşmesi halinde, suç oluşturmakta ve cezalandırılabilir hale gelmektedir⁸²⁵. Diğer bir görüşe göre suçun unsurlarının tamamlanmasıyla suç oluşmakta, ancak şart gerçekleşmeden fail cezalandırılmamaktadır⁸²⁶. Bu nedenle suçun unsurlarının tamamlandığı anın suçun işlendiği zaman olarak kabul edilmesi gerektiği şeklindedir. Bu konuda Yargıtay'ın görüşü ise suçun hareketin yapıldığı anda değil de şartın gerçekleştiği anda işlendiği şeklindedir⁸²⁷.

Kanaatimizce objektif cezalandırma şartına bağlı suçlar bakımından şartın gerçekleşme anının suçun işlendiği zaman olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Çünkü daha önce haksızlık teşkil eden fiil şartın gerçekleşmesinden sonra suç teşkil etmekte, ceza hukukunun ilgi alanına girmektedir. Şartın gerçekleşmesiyle haksızlığın suç teşkil etmesi ve cezalandırılabilir hale gelmesi nedeniyle objektif cezalandırma şartının gerçekleştiği zamanın suçun işlendiği zaman olarak kabul edilmesi gerekir. Bununla birlikte objektif cezalandırma şartına bağlı suçlarda zaman bakımından uygulamada

⁸²¹ Üzülmüş ve Akkaş, s. 81.

⁸²² Kangal, "Cezalandırılabilirliğin Objektif Şartları", s. 158; Üzülmüş ve Akkaş, s. 82.

⁸²³ Üzülmüş ve Akkaş, s. 83.

⁸²⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 695; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 375.

⁸²⁵ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 375.

⁸²⁶ Artuk ve Alşahin, s. 19; Demirbaş, s. 211; Zafer, *Genel Hükümler*, s. 478.

⁸²⁷ "Hileli iflas suçunda suçun objektif cezalandırılabilme koşulu ticaret mahkemesince iflas kararı verilmesi olup suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin iflas kararının verilmesinden önce yapılması halinde suç tarihi iflas kararının kesinleşme tarihi olduğundan" **Y11.CD. T. 25.02.2008 E. 2008/352 K. 2008/1731** <http://www.kazanci.com/> Erişim Tarihi: 13.07.2020

sorun yaşanmaması bakımından TCK m. 66 kapsamında Türk Ceza Kanunu'nda açık bir düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁸²⁸.

D. Lehe Kanunun Geçmişe Yürümesi

1. Genel Olarak

Fiilin işlenmesinden sonra failin lehine bir kanunun yürürlüğe girmesi mümkündür. Yeni kanunun fiili suç olmaktan çıkartması yahut daha az ceza öngörmesi durumunda yeni kanun lehe kabul edilerek uygulanacaktır⁸²⁹. Maddi ceza hukukunda kural olarak; suçun unsurlarında, yaptırımlarında ve suçtan kaynaklanan mahkumiyetin kanuni neticelerinde, sonradan yürürlüğe giren kanun ile failin aleyhine değişiklikler yapılması durumunda; bu kanun yürürlük tarihinden önceki fiiller bakımından uygulanamayacaktır⁸³⁰. Yani kural olarak kanunlar yürürlüğe girmesinden sonraki olaylara uygulanabilecek, geçmişe dönük olarak fail cezalandırılmayacaktır.

Geçmişe yürüme yasağı ve kanunların yürürlük tarihinden sonraki olaylara uygulanması kural olmakla birlikte, bu kuralın istisnasını lehe kanunun geçmişe yürümesi ilkesi oluşturmaktadır. Buna göre bir fiil yürürlüğe giren kanun ile suç olmaktan çıkarılmışsa yahut yürürlüğe giren yeni kanun önceki kanuna göre failin lehine düzenlemeler içeriyorsa, bu durumda yeni kanun failin lehine olarak geçmişe yürürlü olarak uygulanabilecektir⁸³¹. Buna lehe kanunun geçmişe yürümesi ilkesi denilir.

Lehe kanunun geçmişe yürümesi ilkesinin hukuki dayanakları TCK m. 7'de bulunmaktadır. TCK m. 7/1 *“İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar”* ifadesine yer vermiştir. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere işlendiği zaman suç olan bir fiilin yeni kanunla suç olmaktan çıkarılması durumunda, kişi hakkında herhangi bir yaptırım uygulanamayacağı gibi, cezası infaz edilmekte olan kişilerin infaz neticeleri de ortadan kalkacaktır⁸³². Örneğin kişi hakkında hak yoksunluğuna hükmedilmişse, bu hak yoksunluğunun neticeleri ortadan

⁸²⁸ Birtok, s. 81.

⁸²⁹ Kangal, “Zaman Bakımından”, s. 800; Zafer, *Genel Hükümler*, s. 122; Baytaç, s. 143.

⁸³⁰ Osmanoğlu, s. 95; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 136.

⁸³¹ Tulay, s. 2721; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 136; Sade, s. 98.

⁸³² Tulay, s. 2728.

kalkacaktır⁸³³. Ancak fiilin suç olmaktan çıkarılması nedeniyle cezasının infazı sona eren kişi, işlemin yapıldığı dönem bakımından hukuka uygun olması sebebiyle, infaz kurumunda kaldığı süre için devletten herhangi bir tazminat veya adli para cezalarını geri isteyemeyecektir⁸³⁴. Ayrıca infazın tamamlanmasından sonra yürürlüğe giren kanun, failin lehine olsa dahi uygulanmayacaktır⁸³⁵. Çünkü bu durumda hüküm infaz edilmiş ve hukuki süreç sona ermiştir⁸³⁶.

TCK m. 7/2’de ise “*Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.*” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadeden de anlaşıldığı üzere yeni kanun fiili suç olmaktan çıkartmasa dahi, eğer kişi hakkında daha az cezaya hükmedilmesini gerektiriyorsa yeni kanunun uygulama alanı bulması gerekmektedir. Failin lehine kanunlar belirlenirken fiilin işlenmesinden sonra yürürlüğe girip, lehe kanun değerlendirilmesinin yapıldığı dönemde yürürlükten kalkan kanunların da lehe kanunun tespitinde dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir⁸³⁷.

Sonradan yürürlüğe giren kanunun failin lehine olması durumu kesin hükümleri de etkilemektedir⁸³⁸. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 98. maddesinin 1. fıkrasına göre⁸³⁹ infaz aşamasında sonradan yürürlüğe giren kanunun failin lehine olması durumunda lehe kanunun belirlenmesi için mahkemeden karar alınması gerekmektedir⁸⁴⁰. Ancak bu konuda sonradan yürürlüğe giren kanunların kesin hükümler için uygulanmaması gerektiği, bu durumun kesin hükmün niteliğiyle bağdaşmadığı da görüş olarak ileri sürülmüştür⁸⁴¹.

Lehe kanun kesin hükme etki etmekle birlikte uzlaştırmaya ilişkin değişiklikler kesin hükümleri etkilememektedir. Uzlaştırma, şüpheli ve mağdur arasında bağımsız bir

⁸³³ Akbulut, s. 123.

⁸³⁴ Akbulut, s. 123.

⁸³⁵ Kangal, “Zaman Bakımından”, s. 800.

⁸³⁶ Kangal, “Zaman Bakımından”, s. 800.

⁸³⁷ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 123.

⁸³⁸ Osmanoğlu, s. 96; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 77; İçel, s. 153; Dönmezer ve Erman, s. 207.

⁸³⁹ **CVGTİHK Madde 98** “(1) Mahkûmiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa, cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilemeyeceği ileri sürülür ya da sonradan yürürlüğe giren kanun, hükümlünün lehinde olursa, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hükmü veren mahkemeden karar istenir”

⁸⁴⁰ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 124.

⁸⁴¹ İçel ve Donay, s. 98.

uzlaştırmacı tarafından yapılan, edimli veya edimsiz barıştırma ve zararı giderme yöntemi olarak tanımlanabilir⁸⁴². Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2007 tarihli bir kararında uzlaştırma konusunda lehe düzenlemelerin geçmişe yönelik uygulanabileceğine, bu uygulamanın devam eden davalar için geçerli olduğunu kesinleşmiş hükümler bakımından uygulanamayacağını belirtmiştir⁸⁴³. Gerekçesinde ise uzlaştırmacının ceza muhakemesi kurumu olmakla birlikte, fail ile devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdirmesi bakımından maddi ceza hukuku kurumu olması gösterilmiştir⁸⁴⁴. Ayrıca hüküm ve infaz aşamasında da uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir⁸⁴⁵. Gerekçe olarak, uzlaştırma kurumunun devlet ile fail arasındaki ceza ilişkisini bitirmesi bakımından maddi hukuka ilişkin yönü bulunması ve lehe kanunun geçmişe yürümesi ilkesi gösterilmiştir⁸⁴⁶.

⁸⁴² Veli Özer **Özbek**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun 6763 Sayılı Kanun Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 32, 2016, s. 22.

⁸⁴³ “5271 sayılı CYY’nin 253-255. maddelerinde düzenlenen uzlaşma kurumu, uygulama yöntemini düzenlemesi ve anılan yasada yer alması nedeniyle usul hukuku kurumu olması dolayısıyla derhal yürürlük ilkesine tabi ise de, fail ile Devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdirmesi bakımından maddi hukuka da ilişkin bulunması nedeniyle yürürlüğünden önceki olaylara uygulanabileceği kural olarak kabul edilmekle birlikte, bu uygulamanın ancak görülmekte olan davalar bakımından geçerli olacağı ve kesinleşmiş kararların lehe değerlendirilmesi amacıyla yapılan uyarılama yargılamasında uzlaşma hükümlerinin uygulanamayacağı anlaşılmaktadır.” **YCGK T. 30.10.2007 E. 2007/4-200 K. 2007/219** www.kazanci.com Erişim Tarihi: 08.05.2020

⁸⁴⁴ **YCGK T. 30.10.2007 E. 2007/4-200 K. 2007/219** www.kazanci.com Erişim Tarihi: 08.05.2020

⁸⁴⁵ “2.12.2016 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6763 Sayılı Kanun’un 35. maddesiyle 5271 Sayılı CMK’nın 254. maddesinin birinci fıkrası; “Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, kovuşturma dosyası, uzlaştırma işlemlerinin 253. maddede belirtilen esas ve usûle göre yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir.” şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler göz önüne alındığında, gerek 5560 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, gerekse 5560 ve 6763 Sayılı Kanunlarla yapılan değişiklikler sonrası uzlaştırma asıl olarak soruşturma evresinde yapılması gereken bir işlem ise de; her ne suretle olursa olsun uzlaştırma usulü uygulanmaksızın dava açılması veya suçun uzlaştırma kapsamında olduğunun ilk defa duruşmada anlaşılması halinde kovuşturma aşamasında da mümkün olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan ceza hukukunda genel kural, suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanunun uygulanmasıdır. Sonradan yürürlüğe giren bir kanunun, yürürlük tarihinden önce işlenen suçlara tatbik edilebilmesi, ancak lehe sonuçlar doğurması durumunda mümkündür. Önceki ve sonraki kanunlara göre hükmedilecek cezalar ve güvenlik tedbirleri aynı ise, suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunun uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. 5237 Sayılı TCK’nın “zaman bakımından uygulama” başlıklı 7. maddesi, 765 Sayılı Kanun’un 2. maddesine benzer şekilde düzenlenmiş olup her iki maddede de; ceza hukuku kurallarının yürürlüğe girdikleri andan itibaren işlenen suçlara uygulanacağına ilişkin ileriye etkili olma prensibi ile bu ilkenin istisnasını oluşturan, “failin lehine olan kanunun geçmişe etkili olması”, “geçmişe etkili uygulama” veya “geçmişe yürürlük” ilkesine de yer verilmiştir. Bu ilke uyarınca, suçtan sonra yürürlüğe giren ve fail lehine hükümler içeren kanun, hükümde ve infaz aşamasında dikkate alınmalıdır.” **YCGK T. 22.10.2019 E. 2018/13-278 K. 2019/619** http://www.kazanci.com.tr/ Erişim Tarihi: 25.04.2020

⁸⁴⁶ “Ayrıntıları yukarıda hukuksal değerlendirme kısmında açıklandığı üzere; uzlaştırma kurumu, fail ile devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdirmesi bakımından maddi hukuka da ilişkin bulunması nedeniyle, 5237 Sayılı Kanun’un 7/2. maddesindeki düzenleme de nazara alınarak kesinleşen ve infaz edilmekte olan hükümlerde de uygulanabilecek ve bu husus infaz aşamasında

Doktrinde uzlaştırma hükümlerinin geçmişe yürütülebilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, uzlaştırmanın maddi ceza hukuku yönünden ziyade muhakemeye ilişkin yönünün ağırlıklı olması nedeniyle kesin hükümler bakımından uygulanamayacağı belirtilmektedir⁸⁴⁷. Bununla birlikte infaz aşamasında ancak kesin hüküm niteliği kazanmamış davalarda, uzlaştırmanın ceza ilişkisini düşürme yönü nedeniyle lehe hükümlerin geçmişe uygulanabileceği ifade edilmektedir⁸⁴⁸. Bu durumun gerekçesi olarak uzlaştırma kurumunun maddi ceza hukuku ve muhakeme hukukunu bünyesinde bulunduran karma nitelikli yapısı gösterilmektedir⁸⁴⁹. Aynı zamanda uzlaştırma yaptırım benzeri bir kurum olarak da ifade edilmektedir⁸⁵⁰.

Kanaatimizce uzlaştırmaya tabi suçlara ilişkin değişikliklerin lehe olarak geçmişe yürütülememesi gerekir. Öncelikle uzlaştırma muhakeme şartı olup, bu şartlar hangi kanunda düzenlendiğine bakılmaksızın derhal uygulama ilkesine tabidir⁸⁵¹. Ayrıca uzlaştırmanın muhakeme hukuku kurumu olması da bu durumun gerekçelerindendir⁸⁵². Uzlaştırmanın devlet ile fail arasındaki ilişkiyi sona erdirmesi geçmişe yürümenin gerekçesi olarak gösterilmekle birlikte, uzlaşmanın gerçekleşeceği kesin değildir⁸⁵³. Muhakeme kuralları bakımından derhal uygulama ilkesi geçerli olup, istisnai olarak kanunda belirtilmediği sürece lehe kanunun geçmişe yürütülmesi mümkün değildir. Uzlaştırma kurumunun hüküm aşamasına kadar yani soruşturma ve kovuşturma aşamasında uygulanabilecek, daha sonraki aşamada ise uygulanamayacaktır. Bu nedenlerle uzlaştırmaya ilişkin değişiklikler tek başına bozma nedeni yapılmamalı, derhal uygulama ilkesi uygulanmalıdır.

gözetilebilecektir. Yerine getirilen hükümler yönünden ise sanığın hukuki yararının bulunması koşuluyla uygulanabilecektir.” Y4CD. T. 08.01.2020 E. 2019/7210 K. 2020/476; Y4.CD T. 5.12.2019 E. 2019/6224 K. 2019/19065; www.kazanci.com Erişim Tarihi: 08.05.2020

⁸⁴⁷ Erdal **Yerdelen**, Mustafa Serdar **Özbek**, Şeyda **Altuntaş**, Burak **Boz**, Dilek Özge **Erdem**, Berna Ayşen **Şahin**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 337; Feridun **Yenisey** ve Ayşe **Nuhoğlu**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 834; **Özbek**, “Uzlaştırma”, s. 22.

⁸⁴⁸ **Özbek**, “Uzlaştırma”, s. 24; **Yerdelen vd.**, s. 338.

⁸⁴⁹ **Yerdelen vd.**, s. 336.

⁸⁵⁰ **Yenisey ve Nuhoğlu**, s. 834.

⁸⁵¹ **Şahin**, s. 46.

⁸⁵² Mustafa **Özen**, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 57; Merak **Ekici Şahin** ve Kürşat **Yemenici**, “6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1, 2018, s. 453.

⁸⁵³ **Ekici Şahin ve Yemenici**, s. 455.

Son olarak lehe kanunun geçmişe yürütmesine ilişkin TCK m. 7/3 “*Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre infaz kanunları bakımından kanunların derhal uygulanması kural olmakla birlikte, hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrür hükümlerinin uygulanması bakımından bu kurala istisna getirilmiştir. Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrüre ilişkin hükümlerde failin lehine değişiklik yapılması durumunda yeni kanun hükümleri uygulanacaktır.

Sonuç olarak lehe kanunun geçmişe yürütmesi, iki durumda söz konusu olacaktır. Bu durumlar sonradan yürürlüğe giren kanunun fiili suç olmaktan çıkarması ve sonradan yürürlüğe giren kanunun failin lehine düzenlemeler içermesidir. Bu durumlarda lehe kanunun uygulanacağı sabit olmakla birlikte, lehe kanunun geçmişe yürütmesinde lehe kanunun nasıl tespit edileceği hususu büyük öneme haizdir.

2. Lehe Kanunun Tespiti

Suç teşkil eden fiili suç olmaktan çıkaran kanunun lehe kanun olduğuna şüphe bulunmamakla birlikte, her zaman lehe kanunun tespiti bu kadar kolay olmayabilir. Bu nedenle öncelikle lehe kanunun tespitinde nasıl bir yöntem izleneceği, daha sonra ise hangi kanunun lehe kanun olduğu belirlenmelidir.

Lehe kanunun belirlenmesinde öncelikle kanun hükümlerinin somut olaya bir bütün olarak uygulanması, ortaya çıkan sonuca göre lehe kanunun tespit edilmesi gerekmektedir⁸⁵⁴. 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli hakkında Kanun’un 9. maddesinin 3. fıkrası “*Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir.*” ifadesine yer vermiştir. Buna göre önceki ve sonraki kanun hükümlerinin somut olaya ayrı ayrı uygulanarak lehe kanun tespit edilecektir. Lehe kanunun tespitinde yaptırımın yanında etkin pişmanlık, tekerrür, kusur teşebbüs gibi hususlar da somut olayla ilişkili olması şartıyla dikkate alınacaktır⁸⁵⁵.

⁸⁵⁴ Osmanoğlu, s. 96; Tulay, s. 2725; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 138.

⁸⁵⁵ Osmanoğlu, s. 98; Akbulut, s. 128; Tulay, s. 2726.

Lehe kanun tespit edilirken önceki ve sonraki kanunların lehe olan hükümlerinin karma bir şekilde uygulanmasıyla cezaya hükmedilmesi mümkün değildir⁸⁵⁶. Örneğin ilk kanunda suç teşkil eden fiil için 3 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası belirlenirken, sonradan yürürlüğe giren kanunun 2 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası belirlemesi durumunda, hakim sonrakı kanunu dikkate alarak alt sınırı 2 yıl, önceki kanunu dikkate alarak üst sınırı 5 yıl belirlemesi mümkün değildir. Bu konuda iki kanunun birlikte değerlendirilmesi suretiyle, failin lehine olan alt ve üst sınırların dikkate alınması gerektiği görüşü de bulunmaktadır⁸⁵⁷. Yargıtay 1938 tarihli bir kararında her iki kanunun lehe hükümlerinin dikkate alınarak cezanın belirlenemeyeceğini, yürürlükten kaldırılan ve yürürlüğe giren kanun hükümlerinin ayrı ayrı olaya uygulanması suretiyle cezanın belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir⁸⁵⁸.

Lehe kanunun belirlenmesinde kanunun hüküm verilinceye kadar geçirdiği değişiklikler kendi içinde bir bütün olarak somut olaya uygulanmalı, İnfaz aşamasına ilişkin kanun hükümleri de ayrı bir şekilde olaya uygulanmalıdır⁸⁵⁹. Başka bir ifadeyle maddi ceza hukukuna ilişkin değişiklikler kendi içinde ayrı bir şekilde değerlendirilirken, infaz hukukuna ilişkin değişiklikler ayrı bir şekilde değerlendirilmelidir. Örneğin hüküm verilinceye kadarki kanuni düzenlemeler dikkate alınarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, cezanın infazı bakımından ise 647 sayılı infaz kanuni dikkate alınarak çapraz bir uygulama yapılabilir⁸⁶⁰.

Lehe kanunun belirlenmesinde uygulanacak yöntemin tespitinden sonra hangi kanunun lehe kanun olduğu tespit edilmelidir. Suçların yaptırımlarını ağırdan hafife doğru müebbet hapis cezası, süreli hapis cezası, güvenlik tedbirleri ve adli para cezası şeklinde sıralamak mümkündür. Lehe kanun belirlenirken bu yaptırımlar dikkate alınarak daha

⁸⁵⁶ Tulay, s. 2725; Koca Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 78; Osmanoğlu, s. 100.

⁸⁵⁷ İçel ve Donay, s. 105.

⁸⁵⁸ “Fiilin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşrolunan kanunun hükümleri birbirinden farklı ise hükümleri maznunun daha lehinde olan kanunun tatbiki lazım geleceğini gösteren Ceza Kanun’un 2. maddesini ihtiva eylediği kat’i esaslar nazara alınarak mütalaa etmek iktiza eyleyeceğine ve metni maddede yazılı fiilin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşrolunan kanunun hükümleri cümlesindeki kanun kelimeleri bütün şümül ve vüs’atı manasıyla hüküm ifade edip yeni ve eski kanun hükümlerinin birbiriyle karıştırılmaması lazım geldiğine ve tatbikat sahasında her iki kanunun mukayesesi yeni kanundan evvel işlenen suçlar hakkında evvela mer’iyetinden kaldırılmış olan kanuna nazaran tatbiki icap edecek ceza tayin ve ondan sonra o fiilin yeni kanunda gösterilen cezası da hesap olunmak suretiyle hasıl olacak neticeye göre hangisi lehte ise onun tatbiki şekliyle mümkün olduğuna..” **YİBK T. 23.02.1938 E. 1937/23 K. 1938/9** <http://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 25.04.2020

⁸⁵⁹ Tulay, s. 2726.; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 139.

⁸⁶⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 140.

hafif olan yaptırım uygulanacaktır. Örneğin hapis cezası yerine adli para cezası yahut hapis cezası ile birlikte adli para cezasını seçimlik ceza olarak öngören kanun lehe kanun olarak somut olaya uygulanacaktır. Yine suçun oluşmasını zorlaştıran, ceza yerine güvenlik tedbiri öngören, cezayı etkileyen halleri iyileştiren kanun lehe kanun olarak kabul edilecektir⁸⁶¹.

Hapis cezalarının alt ve üst sınırlarının önceki ve sonraki kanunda farklılık arz etmesi durumunda farklı ihtimaller ortaya çıkabilir. Öncelikle alt sınırların aynı üst sınırların farklı olması durumudur. Bu durumda yukarı sınırı az olan kanun lehe kanundur⁸⁶². Örneğin eski kanun 1-5 yıl arası hapis cezası öngörürken yeni kanun 1-4 yıl arası hapis cezası öngörüyorsa yeni kanun uygulanacaktır.

Suçun işlendiği dönemli kanunla sonradan yürürlüğe giren kanunun alt ve üst sınırların farklı olmakla birlikte, önceki kanunun alt ve üst sınırlarının failin lehine olması durumunda önceki kanun uygulanacaktır. Yargıtay hırsızlık suçuna ilişkin incelemesinde suçun işlendiği sırada 2 yıldan 5 yıla kadar öngörülen hapis cezasının, suç tarihinden sonra 3 yıldan 7 yıla çıkarılması ve sonradan yürürlüğe giren kanunun uygulanmasına ilişkin olayda isabetli bir şekilde bozma kararı vermiştir⁸⁶³. Gerekçe olarak ise suçun işlediği zamanki kanunun sonradan yürürlüğe giren kanuna göre lehe kanun olması, sonradan yürürlüğe giren kanunla suçun cezasının artırılması gösterilmiştir. Benzer şekilde sonradan yürürlüğe giren kanunun alt ve üst sınırlarının lehe olması durumunda lehe kanun uygulanacaktır.

Eski ve yeni kanunda üst sınırların aynı alt sınırların farklı olması söz konusu olabilir. Bu durumda alt sınırı daha az olan kanun lehe kanun kabul edilecektir⁸⁶⁴. Örneğin eski

⁸⁶¹ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 125; Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 125; Sade, s. 103; Osmanoğlu, s. 96.

⁸⁶² Tulay, s. 2727; Akbulut, s. 130; Hakeri, s. 76; Zafer, *Genel Hükümler*, s. 126.

⁸⁶³ "Suç tarihlerinde yürürlükte bulunan 5237 Sayılı TCK'nın 142/1-a maddesinde düzenlenen suç için 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasının öngörüldüğü, söz konusu maddede, suç tarihinden sonra, 28/06/2014 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 Sayılı Kanun'un 62. maddesiyle yapılan değişiklikle, anılan suç için 3 yıldan 7 yıla kadar hapis cezasının öngörüldüğü; 5237 Sayılı TCK'nın 7/2. maddesinde "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur." şeklinde düzenlenen hüküm uyarınca, sanıklar ..., ... ve ... hakkında, suç tarihinde yürürlükte bulunan 5237 Sayılı TCK'nın 142/1-a maddesinde öngörülen hapis cezasının alt ve üst sınırları nazara alınarak hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden hapis cezasının üst sınırını da aşarak yazılı şekilde hüküm kurulması," **Y2CD. T. 12.12.2019 E. 2019/9283 K. 2019/ 19330** <http://www.kazanci.com/> Erişim Tarihi: 25.04.2020

⁸⁶⁴ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 126; Hakeri, s. 76; Akbulut, s. 130.

kanun 3-7 yıl arası hapis cezası öngörürken yeni kanun 2-7 yıl arası hapis cezası öngörüyorsa yeni kanun uygulanacaktır.

Alt ve üst sınırların birbirinden lehe ve aleyhe olarak farklılık arz etmesi söz konusu olabilir. Örneğin; eski kanunda 2-8 yıl arası hapis cezası öngörülürken yeni kanunda 3-7 yıl arası hapis cezası öngörülmesi durumunda nasıl hareket edilecektir. Bu konuda birinci görüşe göre; her iki kanun hükümlerinin olaya uygulanarak değerlendirme yapılması gerekse de, diğer durumların dikkate alınmadığı hallerde, üst sınırı az olan kanun lehe kanun kabul edilmelidir⁸⁶⁵. İkinci görüşe göre; aşağı sınırı az olan kanun lehe kanundur⁸⁶⁶. Üçüncü bir görüşe göre; her iki kanunun lehe olan hükümleri dikkate alınarak ceza tayin edilmelidir⁸⁶⁷. Bu konuda son görüşe göre ise; her iki kanun ayrı ayrı somut olaya uygulanarak hükmedilecek ceza tespit edilmelidir⁸⁶⁸.

Kanaatimizce bu durumda isabetli olan, her kanunun kendi dönemi içinde somut olaya uygulanarak somut cezanın belirlenmesidir. Yargıtay kararları da her iki kanunun hükümlerinin kendi içinde karşılaştırılması suretiyle somut cezanın belirlenmesi yönündedir⁸⁶⁹. Nitekim daha önce de belirttiğimiz üzere 5252 sayılı Türk Ceza kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9. maddesinin 3. fıkrası karma uygulama yapılmasına izin vermemektedir.

Üst sınırı az olan kanunun lehe kanun kabul edilmesi veya alt sınırı az olan kanunun lehe kanun edilmesi de sağlıklı bir değerlendirme olmayacaktır. Çünkü somut cezanın belirlenmesinde sadece alt ve üst sınırlar dikkate alınmamakta, cezayı etkileyen diğer

⁸⁶⁵ Tulay, s. 2727; Akbulut, s. 130.

⁸⁶⁶ Hakeri, s. 76.

⁸⁶⁷ İçel ve Donay, s. 105.

⁸⁶⁸ Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 126; Zafer, *Genel Hükümler*, s. 126.

⁸⁶⁹ “Onu öldürmeye teşebbüs ettiği anlaşılmakla, 5237 Sayılı Kanun’un 7/2 maddesi uyarınca, 765 Sayılı TCK ve 5237 Sayılı TCK’nin karşılaştırılması suretiyle sanığın cezalandırılması yerine yazılı biçimde TCK’nin 87/4 maddesi uyarınca hüküm kurulması, Y1.CD T. 12.11.2019 E. 2019/2637 K. 2019/4912; 5237 Sayılı TCK’nin 7/2. madde-fikrasındaki “Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur” hükmü gözetilerek lehe olan hükmün, önceki ve sonraki kanunların bütün hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi, her iki kanunla ilgili uygulamanın denetime imkan verecek şekilde kararda gösterilmesi ve hükümden sonra 24.11.2015 günlü, 29542 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi’nin 08.10.2015 gün ve 2014/140 Esas, 2015/85 Karar sayılı ilamı ile 5237 Sayılı TCK’nin 53. maddesi yönünden kısmi iptal kararı verildiğinden, anılan hususlar nazara alınarak yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması” Y13CD. T. 24.10.2019 E. 2015/8659 K. 2019/11957 benzer kararlar için bkz. Y13CD. T. 18.09.2018 E. 2015/15-863 K. 2018/358; Y13CD. T. 1.06.2017 E. 2017/1950 K. 1.06.2017 <http://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 25.04.2020

hususlar da değerlendirilmektedir. Cezayı etkileyen tüm haller değerlendirildiğinde, lehe kabul edilen alt veya üst sınırı az kanunun fail aleyhine sonuçlar doğurması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle her iki kanunun somut olaya ayrı ayrı uygulanması suretiyle ceza tayinine gidilmelidir.

Suçun işlendiği durumda yürürlükte bulunan kanun ile hüküm verildiği tarihteki kanun arasında, bu iki kanundan lehe olan bir kanunun yürürlükte bulunması durumunda nasıl hareket edileceği tartışma konusudur. Bu konuda bir görüşe göre ara dönemdeki lehe kanun fiile uygulanmamalıdır. Çünkü ara kanunun yürürlükte bulunduğu süre içinde herhangi bir hukuki işlem tamamlanmamıştır⁸⁷⁰. Diğer bir görüş ise bu ara yasanın kişi hakkında uygulanması gerektiği şeklindedir. Buna göre fail bir süre için dahi olsa aradaki kanun ile bağlı olduğundan bu ara kanun kazanılmış hak oluşturmaktadır⁸⁷¹.

Kanaatimizce ara kanunun failin lehine olması durumunda uygulanması gerekmektedir. Çünkü TCK m. 7/2’de “*Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.*” ifadesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeden lehe kanunun tespitinde hükmün verildiği sırada mevcut olan kanunun değil sonradan yürürlüğe giren kanunların esas alınması gerektiği anlaşılmalıdır. Bu nedenle ara kanunun failin lehine olması durumunda uygulanması gerekir.

II. ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMADA ÖZELLİK ARZ EDEN HALLER

A. Güvenlik Tedbirlerinin Zaman Bakımından Uygulanması

Güvenlik tedbirleri, genel önlemeyi sağlamak amacıyla, toplum için tehlike oluşturan kişiler hakkında suçun işlenmesinden sonra hükmedilen yaptırımlardır⁸⁷². Suçta ve cezada kanunilik ilkesi güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olup, kanunda yazılı olmadıkça güvenlik tedbiri uygulanamaz⁸⁷³. Suç bakımından herhangi bir değişiklik yapmamakla beraber, suç karşılığı öngörülen güvenlik tedbirinde değişiklik yapan

⁸⁷⁰ Andre Merle **Roger-Vitu**, *Traite de Droit Criminel*, Paris, 1967, s. 169 naklen Artuk vd., s. 210.

⁸⁷¹ Artuk vd., s. 210.

⁸⁷² Mehmet Emin **Artuk**, “Güvenlik Tedbirleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 1-2, 2008, s. 466.

⁸⁷³ Artuk, s. 470.

kanun değişikliklerinin uygulanmasına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır⁸⁷⁴. Güvenlik tedbirleri kural olarak derhal uygulanır⁸⁷⁵.

TCK m. 7/1 “İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.” ifadesine yer vermiş olup geçmişe yürüme yasağının güvenlik tedbirleri bakımından da uygulanacağı anlaşılmaktadır. AY m. 38 ise “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” ifadesine yer vererek kanunilik ilkesinin güvenlik tedbirleri bakımından da uygulanacağını belirtmektedir.

Bu düzenlemeler dikkate alınarak geçmişe yürüme yasağının güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olduğu söylenebilir⁸⁷⁶. Bu nedenle yeni kanunla aleyhe düzenleme getiren güvenlik tedbirleri geçmişe dönük olarak uygulanamayacaktır⁸⁷⁷. Ancak bu noktada güvenlik tedbirleri bakımından lehe kanunun geçmişe dönük olarak uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bir görüşe göre; kusur yeteneği bulunmayan kişiler hakkında hükmedilen güvenlik tedbirlerinin geçmişe yürütmesinde sakınca bulunmazken, kusur yeteneği bulunan kişiler bakımından güvenlik tedbirleri geçmişe yürütülmemelidir⁸⁷⁸. Buna göre; kusur yeteneği bulunan kişiler hakkında hükmedilen güvenlik tedbirleri maddi anlamda ceza niteliği taşımakta, bu nitelikteki güvenlik tedbirlerinin geçmişe uygulanması temel ilkelere aykırılık oluşturmaktadır⁸⁷⁹.

Diğer bir görüşe göre; lehe kanun tespit edilirken güvenlik tedbirleri de dikkate alınmalı, güvenlik tedbirleri failin lehine olması durumunda geçmişe yürütülebilmelidir⁸⁸⁰. Buna göre TCK 7/1’deki düzenleme nedeniyle güvenlik tedbirleri bakımından lehe kanunun geçmişe yürütülmesi mümkündür⁸⁸¹. Ancak güvenlik

⁸⁷⁴ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 127.

⁸⁷⁵ Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 123.

⁸⁷⁶ Artuk, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 474.

⁸⁷⁷ Osmanoğlu, s. 108; Hakeri, s. 76.

⁸⁷⁸ Demirbaş, s. 146.

⁸⁷⁹ Demirbaş, s. 146.

⁸⁸⁰ Akbulut, s. 130; Hakeri, s. 76.

⁸⁸¹ Özbek vd., *Genel Hükümler*, 123; Zafer, *Genel Hükümler*, s. 127.

tedbirlerinin lehe olarak geçmişe yürütülmesinin, bu tedbirlerinin tehlikelilik esasına dayanan niteliğiyle bağdaşmayacağı da ifade edilmiştir⁸⁸².

Kanaatimizce lehe kanunun geçmişe yürütülmesi güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olmalıdır. Hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirlerin kişilerde oluşturduğu olumsuz sonuçlar dikkate alındığında, ceza yaptırımları kadar ağır olabilmektedir⁸⁸³. Örneğin Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 16. maddesinin 1. fıkrası *“Akıl hastalığına tutulan hükümlünün cezasının infazı geriye bırakılır ve hükümlü, iyileşinceye kadar Türk Ceza Kanununun 57 nci maddesinde belirtilen sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınır. Sağlık kurumunda geçen süreler cezaevinde geçmiş sayılır”* şeklinde düzenlenmiştir. Akıl hastalığına ilişkin güvenlik tedbiri altında geçen sürenin, cezaevinde geçen süreden mahsup edilmesi, bunların ağırlığını göstermektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olması nedeniyle, lehe kanunun geçmişe yürütülmesi güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olmalıdır.

B. Zamanaşımında Zaman Bakımından Uygulama

Zamanaşımı kanunda belirtilen sürelerin geçmesiyle dava ve cezanın düşmesidir⁸⁸⁴. Zamanaşımı süresi geçtikten sonra kamu davası açılmayacağı gibi, açılmış olan davaya da devam edilemez⁸⁸⁵. Zamanaşımı devletle şüpheli arasındaki ceza ilişkisini sona erdirmesi ve devlet ve fail arasındaki ceza ilişkisini düşürmesi sebebiyle karma nitelikli bir kurumdur⁸⁸⁶.

Zamanaşımı kurallarının geçmişe yürüme yasağı kapsamında olup olmadığı hususu önem taşımaktadır. Bu konuda AY m. 38/2’den suç ve ceza zamanaşımına ilişkin kurallar bakımından da suçta ve cezada kanunilik ilkesinin geçerli olacağı anlaşılmaktadır. Buradan hareketle zamanaşımına ilişkin kanun değişikliklerinin olması durumunda lehe kanunun geçmişe yürütülerek ceza verilmesi gerektiği söylenebilir⁸⁸⁷.

⁸⁸² Özbek vd., *Genel Hükümler*, s. 123.

⁸⁸³ Artuk, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 476.

⁸⁸⁴ Özgür Köksal, “Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı”, *Bursa Barosu Dergisi*, Cilt: 27, Sayı: 73, 2013, s. 56.

⁸⁸⁵ Köksal, s. 56.

⁸⁸⁶ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 129.

⁸⁸⁷ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 129.

Dava ve ceza zamanaşımı sürelerinin durması ve kesilmesi durumunda lehe kanunun geçmişe yürütmesi noktasında farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerin temelinde ise zamanaşımı sürelerine ilişkin değişikliklerin maddi ceza hukukuna mı yoksa muhakeme hukukuna mı ilişkin olduğu hususu bulunmaktadır. Bir görüşe göre; zamanaşımını kesen ve durduran normlar, maddi ceza hukukundan ziyade muhakeme hukukuna ilişkin olması nedeniyle derhal uygulanmalı; zamanaşımı sürelerinde değişiklik yapan normlar ise lehe olarak geçmişe yürütülebilmelidir⁸⁸⁸.

Diğer bir görüşe göre ise; dava ve ceza zamanaşımına ilişkin sürelerle, bu süreleri kesen veya durduran sebeplere ilişkin kanuni düzenlemeler, maddi ceza hukuku kapsamında kabul edilmelidir⁸⁸⁹. Buna göre; zamanaşımına ilişkin kurallarda meydana gelen değişiklikler failin aleyhine sonuç doğurması durumunda geçmişe yürütülemeyecektir⁸⁹⁰. Failin lehine düzenlemeler getirmesi durumunda geçmişe uygulanabilecektir⁸⁹¹. Zamanaşımı süresinin dolmaması şartıyla zamanaşımının kesilmesini ve durdurulmasını kolaylaştıran kanunlar aleyhe kanun kabul edilirken, sınırlandıran kanunun lehte olduğu kabul edilmelidir⁸⁹². Zamanaşımı süresinin dolması durumunda sürenin yeniden başlatılması söz konusu değildir.

Kanaatimizce zamanaşımı sürelerini değiştiren, zamanaşımının kesilmesi yahut durdurulmasına ilişkin kanun değişikliklerinin lehe olması durumunda geçmişe yürütülmesi gerekmektedir. Çünkü zamanaşımı bakımından suçta ve cezada kanunilik ilkesinin geçerli olduğu Anayasa’da düzenlenmiştir. Anayasa’da, zamanaşımı süreleri, zamanaşımının durması veya kesilmesi şeklinde herhangi bir ayırım yapılmamıştır⁸⁹³. Bu nedenle uygulama zamanaşımına ilişkin tüm durumlarda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği olarak lehe kanunlar geçmişe yürürlü olarak uygulanmalıdır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu zamanaşımı süreleri bakımından lehe kanunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir⁸⁹⁴. Yargıtay’ın zamanaşımının durması ve

⁸⁸⁸ Katoğlu, s. 159.

⁸⁸⁹ Baytaz, s. 156; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 147.

⁸⁹⁰ Osmanoğlu, s. 113; Akbulut, s. 121.

⁸⁹¹ Dönmezer ve Erman, s. 221.

⁸⁹² Demirbaş, s. 146.

⁸⁹³ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 130.

⁸⁹⁴ “1918 sayılı yasanın 27 maddesinde öngörülen ceza türü ve miktarı itibarıyla zamanaşımı süresi 765 sayılı TCK’nın 102/3. maddesi uyarınca 10 yıl olan toplu kaçakçılık suçundan verilen mahkumiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra 4926 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle fiilen uygulanacak yaptırım nedeniyle dava zamanaşımı süresinin 765 sayılı TCK’nın 103/4. maddesi

kesilmesi yönünden de lehe kanunun bir bütün olarak uygulanmasında zamanaşımını dikkate aldığı görülmektedir⁸⁹⁵. Sonuç olarak lehe kanun bir bütün olarak uygulanması gerekmektedir. Lehe kanunun tespitinde dava zamanaşımına ilişkin değişiklikler de dikkate alınmalıdır. Bu nedenle zamanaşımının süresi, durması ve kesilmesi konularında lehe kanunlar geçmişe dönük olarak uygulanabilecek, şayet zamanaşımı dolmuşsa dava veya ceza düşecektir.

C. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararlarının Zaman Bakımından Uygulanması

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği AY m. 153/5'te "*İptal kararları geriye yürümez.*" ifadesiyle belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanmakla veya Anayasa Mahkemesi'nin tespit ettiği tarihte yürürlüğe gireceği, o tarihten sonra işlenen suçlara uygulanmayacağı açıktır⁸⁹⁶.

gereğince 5 yıla düşmesi ve bu sürenin önceki yargılama sırasında ve hükmün kesinleşmesinden önce gerçekleşmiş bulunması durumunda; uyarılama yargılaması sonucunda davanın gerçekleşen zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilmelidir." **YCGK T. 8.4.2008 E. 2008/7-8 K. 2008/77** <http://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 24.04.2020

895

"Sanığa atılı resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin suç tarihinin, suça konu sahte nüfus cüzdanının en son kullanıldığı 06/05/2005 tarihi olduğu dikkate alınarak; sanığa yüklenen "resmi belgede sahtecilik" suçu bakımından, lehe olan 5237 Sayılı TCK'nın 66/1-e ve 67/4. maddelerinde öngörülen 12 yıllık olağanüstü dava zamanaşımının, 06/05/2005 olan suç tarihinden hüküm tarihine kadar geçmiş olduğu anlaşılmakla, 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 Sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca hükmün BOZULMASINA; ancak bu husus yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden aynı kanunun 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak 5271 Sayılı CMK'nın 223/8. maddesi gereğince sanık hakkında açılan kamu davasının zamanaşımı nedeniyle DÜŞMESİNE," E. 2018/6334 K.2019/6942 T. 20.06.2019 "Öte yandan, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Yasasının 342/1, 102/3 ve 104/2 madde ve fıkraları uyarınca bu suça ilişkin kesintili zamanaşımı süresi (15)yıl olup, somut olayda bu süre henüz dolmamıştır. Ancak sanığa yüklenen fiil, hükmünden sonra 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 210. maddesi aracılığı ile 204. maddesinin 1. fıkrasında da suç olarak düzenlenmiş, yaptırımı ise 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir. Öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırına göre bu suça ilişkin asli dava zamanaşımı süresi de, aynı Yasanın 66. maddesinin 1. fıkrasının (e)bendine göre (8)yıldır.Öte yandan, Yasanın 67. maddesinin 2. fıkrasında: dava zamanaşımını kesen nedenler sayılmış,3. fıkrasında: kesici işlemin varlığı halinde, kesilme gününden itibaren, birden çok nedenin bulunması halinde de en son kesilme gününden itibaren zamanaşımının yeniden işlemeye başlayacağı öngörülmüş,4. fıkrasında ise: kesici nedenlerin kanunda belirtilen zamanaşımı sürelerini yarıdan fazla uzatamayacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla sanıklara somut olayda yüklenen suç bakımından, sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasasında öngörülen kesintili zamanaşımının azami süresi (12)yıl olup, suç tarihi ile inceleme tarihi arasında bu süre dolmuş bulunmaktadır.Bu itibarla, suçtan sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasası bütünüyle olaya uygulandığında, dava zamanaşımı gerçekleşmiş bulunduğundan davanın düşürülmesi gerektiği, dolayısıyla 5237 sayılı Yasanın uygulanması suretiyle belirlenen bu sonucun sanıkların lehine olduğu saptanmıştır. O halde, her iki sanık hakkındaki kamu davalarının zamanaşımı nedeniyle düşürülmesine karar verilmelidir." **YCGK T. 15.11.2005 E. 2005/6-100 K. 2005/126** <http://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 25.04.2020

896

Baytaz, s. 157.

Buna göre Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları kesin hüküm niteliğindeki davalara etki etmez⁸⁹⁷.

İptal kararlarının kesin hükümleri de etkilemesi gerektiği, Anayasa'da bu yönde bir değişiklik yapılınca kadar iptal kararlarının yeni deli ve olay kapsamında yargılamanın yenilenmesi sebebi yapılması gerektiği belirtilmektedir⁸⁹⁸. Bununla birlikte bu şekilde bir uygulamanın yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin sınırlı olarak sayılması sebebiyle kıyas yasağının ihlali anlamına geleceği ifade edilmiştir⁸⁹⁹.

İptal kararının yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş olup yargılamasına devam edilen suçlar bakımından kararın uygulanıp uygulanmayacağı hususu problemlidir⁹⁰⁰. Bu duruma 765 sayılı TCK'nun 441. maddesi örnek verilebilir. Anayasa Mahkemesi 23.09.1996 tarihli kararında erkeğin zinasını tanımlayan 765 sayılı TCK'nın 441. maddesini iptal etmiş, 27.12.1996 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan bu kararın bir yıl sonra yani 27.12.1997 tarihinde yürürlüğe gireceğini belirtmiştir⁹⁰¹. Yargıtay ise AY m. 153'te düzenlenmiş olan iptal kararlarının geçmişe yürümeyeceğine ilişkin kuralın hukuk uyuşmazlıkları bakımından söz konusu olduğu, ceza hukuku uyuşmazlıkları bakımından uygulanamayacağı gerekçesiyle, iptal kararını geçmişe yürürlü olarak uygulamıştır⁹⁰².

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin lehe olan iptal kararlarının sanık hakkında geçmişe yürütülebilmesi gerekmektedir⁹⁰³. Çünkü suç oluşturan bir fiilin suç olmaktan çıkarılması söz konusu olup, bu lehe durumdan failin yararlanması gerekmektedir. Ancak bu durum AY m. 153/5'teki Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının geçmişe

⁸⁹⁷ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 135.

⁸⁹⁸ Öztürk ve Erdem, s. 98.

⁸⁹⁹ Birtek, s. 98.

⁹⁰⁰ Baytaz, s. 157.

⁹⁰¹ "İptal nedeniyle oluşan hukuki boşluğun doldurulması için Anayasa'nın 153. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 53. maddeleri gereğince iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine" **AYM T. 23.09.1996 E. 1996/15 K. 1996/34** <http://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 25.04.2020

⁹⁰² "Diğer taraftan Anayasanın 153. maddesinde yer alan ve iptal kararlarının geriye yürümezliğine ilişkin bulunan kural, iptal edilen hükümlere göre kazanılmış olan hakların ortadan kaldırılmasına veya toplum huzurunun bozulmasına yol açacak sonuçları önlemek ve hukuksal işlemlerin geçerliliğini sağlamak amacıyla kabul edilmiştir. Suç ise, hukuksal bir işlem değildir. Bu nedenle korunacak bir hak doğurmaz. İptal kararları, yasa koyucunun bir ceza hükmünü ortadan kaldırması işlemi gibi geçmişe etkili olması gerekir." **Y5CD T. 9.3.1998 E. 1998/82 K. 1998/854** <http://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 25.04.2020

⁹⁰³ Tulay, s. 2730; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 76.

yürümeyeceğine ilişkin hükme aykırıdır. Bu nedenle AY m. 153/5'teki iptal kararlarının geçmişe yürümeyeceğine ilişkin düzenlemeye ekleme yapılarak ceza kanunlarına ilişkin, failin lehine olan iptal hükümlerinin geçmişe uygulanabilmesine imkan verilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁹⁰⁴.

Değinilmesi gereken bir diğer husus ise Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı yürürlüğe girmeden önce kanun koyucunun iptal edilen hüküm hakkında yeni düzenleme yapması durumunda nasıl hareket edileceğidir. Kanaatimizce bu durumda zımni ilga söz konusu olacaktır. Çünkü her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı bulunsa da hala yürürlükte olan bir düzenleme mevcuttur. Bu durumda sonrada yürürlüğe giren düzenlemenin, eski düzenlemeyi zımni olarak yürürlükten kaldırdığı kabul edilmelidir. Daha sonra bu düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe girmesiyle açık bir şekilde yürürlükten kalkacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının sonradan yürürlüğe girmesi kanun koyucunun bu konuda yeni bir düzenleme yapmasını amaçlamaktadır.

D. İçtihadı Birleştirme Kararlarının Zaman Bakımından Uygulanması

Yargıtay'ın daireleri arasındaki içtihat farklılıklarını normu yorumlayarak gideren kararlara içtihadı birleştirme kararları denilir. İçtihadı birleştirme kararlarının kesin hükümler bakımından geçmişe yönelik uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre; içtihadı birleştirme kararları, lehe olması durumunda geçmişe yürütülebilmelidir⁹⁰⁵. Buna göre içtihadı birleştirme kararları cezayı ağırlaştırma anlamına gelmemekte, normun ilk defa doğru bir şekilde yorumlanması anlamına gelmektedir⁹⁰⁶.

Bu konudaki diğer bir görüş ise; içtihadı birleştirme kararlarının failin lehine aleyhine ayrımı yapılmaksızın, geçmişe yürürlü olarak uygulanmaması gerektiği şeklindedir. Buna göre içtihadı birleştirme kararları herhangi bir hukuk kuralı koymamakta, sadece mevcut normun nasıl uygulanacağını saptamaktadır⁹⁰⁷. Bu nedenlerle içtihadı

⁹⁰⁴ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 135; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 151; Koca, Üzülmüş, s. 76; Tulay, s. 2730.

⁹⁰⁵ Önder, s. 86.

⁹⁰⁶ Kangal, "Zaman Bakımından", 796.

⁹⁰⁷ Önder, *Genel Hükümler*, s. 85.

birleştirme kararlarının kesin hükme etkisi bulunmamalıdır⁹⁰⁸. Yargıtay'ın görüşü de içtihadı birleştirme kararlarının geçmişe yürütülemeyeceği şeklindedir⁹⁰⁹.

Kanaatimizce, içtihadı birleştirme kararları bakımından geçmişe yürüme yasağı mutlak olarak uygulanmalı, lehe dahi olsa geçmişe yürütülmemelidir. Çünkü içtihadı birleştirme kararları yorum farklılıklarından ortaya çıkmakta, kanun değişikliği anlamına gelmemektedir⁹¹⁰. Aynı zamanda içtihadı birleştirme kararları sadece Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve mahkemeleri bağlamakta olup, bireyleri veya kanun koyucuyu bağlayıcı herhangi bir etkisi bulunmamaktadır⁹¹¹. Bu nedenle Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararlarındaki değişikliklerin de failin lehine olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁹¹². Ayrıca içtihadı birleştirme kararları normlar hiyerarşisinde kanunlardan alt seviyede yer almaktadır. Bu nedenle kesin hükümler geçmişe yürütülerek, kişilerin cezai sorumlulukları etkilenmemelidir⁹¹³.

E. İnfaz Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması

İnfaz, mahkeme tarafından verilmiş olan cezai kararların uygulanmasını ifade etmektedir. İnfaz kanunlarının zaman bakımından uygulanmasında derhal uygulama ilkesi geçerlidir. TCK m. 7/3'te "*Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır*" ifadesine yer verilerek infaz kanunlarında derhal uygulama ilkesinin uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrüre ilişkin konularda istisna getirmiştir. Buna göre; istisnai durumlarda infaza ilişkin yeni kanunların failin lehine düzenlemeler getirmesi durumunda yeni kanun uygulanacaktır⁹¹⁴.

⁹⁰⁸ Zafer, *Genel Hükümler*, s. 134.

⁹⁰⁹ "Tevhidi içtihat kararlarına dayanılarak daha Önce müstakar bir surette tatbik olunan içtihatlar dairesinde muhkem kaziye teşkil etmiş olan kararlar hakkında karar tashihi yoluna gidilemeyeceğine" YİBGK T. 15.6.1949 E. 1948/4 K. 1949/11 <http://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 25.04.2020

⁹¹⁰ Kangal, "Zaman Bakımından", s. 797.

⁹¹¹ **Yargıtay Kanunu Madde 45/4** "*İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar*"

⁹¹² Tulay, s. 2730.

⁹¹³ Osmanoğlu, s. 103.

⁹¹⁴ Kangal, "Zaman Bakımından", s. 798.

İnfaz kanunları bakımından derhal uygulama ilkesinin kabul edilmesinin gerekçesi yeni kanunun hükümlülerin ıslahında daha olumlu sonuçlar doğuracağına ilişkin inançtır⁹¹⁵. Bununla birlikte infaz kanunlarına ilişkin değişiklikler mahkumiyet süresini etkileyebilmektedir. Yargıtay cezanın infazını değiştiren kanunun, mahkumiyet süresini uzatması veya külfeti arttırması durumunda derhal uygulama kurallarının uygulanmayacağını belirtmiştir. Gerekçe ise infaz kanunu değişikliğinin cezanın niteliğine etki etmesidir⁹¹⁶.

İnfaz kurallarının derhal uygulanması ilkesine istisna getirilen infaz kurumlardan birisi koşullu salıverilmedir. Koşullu salıverilme, infaz sürecini iyi halli geçiren mahkumun belirli şartları sağlaması durumunda cezasını infaz kurumu dışında tamamlaması şeklinde tanımlanabilir⁹¹⁷. Koşullu salıverilme, mahkumun ıslahını amaçlamaktadır⁹¹⁸. Koşullu salıverilme ceza külfetini hafifleten bir kurum olup, kanun değişikliği durumunda lehe kanun uygulanacaktır. Örneğin, Yargıtay koşullu salıverilmede denetim süresine ilişkin bir kararında her iki kanunu ayrı ayrı değerlendirmiş, her iki durumda da aynı sonuca ulaşıldığını belirterek denetim süresinin infaz rejimine ilişkin olması nedeniyle derhal uygulama kararı vermiştir⁹¹⁹.

⁹¹⁵ Baytaz, s. 162; Dönmezer ve Erman, s. 215.

⁹¹⁶ “Ceza infaz rejimini değiştiren hükümlerin derhal uygulanması için hiçbir suretle cezanın niteliğini değiştirmemesi gerekmektedir. Cezanın infaz tarzını değiştiren kanun, mahkûmiyet süresini uzatıyor veya yüklenen külfeti arttırıyorsa cezanın niteliğine etkili sayılması gerekeceğinden derhal uygulanamaz.” **YCGK T. 15.3.2005 E. 2005/4-13 K. 2005/26** <http://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 26.04.2020

⁹¹⁷ Ahmet Hulusi Akkaş, “Koşullu Salıverilme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 1-2, 2008, s. 307.

⁹¹⁸ Akkaş, “Koşullu Salıverilme”, s. 308.

⁹¹⁹ “5237 sayılı TCK'nın 7/2. maddesine göre suçun işlendiği zamanda yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanun hükümlerinin farklı olması halinde hükümlünün lehine olan kanunun uygulanacağı ve infaz olunacağı, aynı maddenin 3. fıkrasına göre infaz rejimine ilişkin hükümlerin derhal uygulanacağı fakat koşullu salıverilmenin, infaz rejimine ilişkin hükümlerin derhal uygulanmasının istisnaları arasında sayıldığı dikkate alındığında; koşullu salıverme ile ilgili olarak da lehe infaz kanununun tespit edilmesi gerektiği; suç tarihinde yürürlükte bulunan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 13. maddesinde bu kanun kapsamına giren suçlardan mahkum olanlar hakkında Terörle Mücadele Kanununun 17. maddesi hükümlerinin uygulanacağı atfının bulunduğu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 18.07.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5532 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki lehe olan 17/1. maddesine göre 647 sayılı Kanunun 19. maddesinin bir ve ikinci fıkraları ile Ek 2. maddesi hükümlerinin uygulanmayacağı ve koşullu salıverilme için hükümlülük süresinin dörtte üçünün iyi halli olarak çekilmesi gerektiği, bu durumda 3713 sayılı Kanunun 5532 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki 17/1. maddesi hükümleri ile sonradan yürürlüğe giren ve yukarıdaki 1. bölümde uygulaması açıklanan 5275 sayılı Kanunun 107/4. maddesi hükümleri arasında yapılacak lehe kanun değerlendirmesinde, her iki durumda da koşullu salıverilme için cezaevinde iyi halli olarak geçirilmesi gereken sürenin hükmedilen süreli hapis cezasının dörtte üçü olacağı bu durumda ise değerlendirmeye konu edilen her iki kanun hükmünün aynı sonucu vermesi ve

İnfaz kurallarının zaman bakımından uygulanmasında ikinci istisna ise hapis cezasının ertelenmesidir. Hapis cezasının ertelenmesi, somut cezanın belirlenmesinden sonra, kanunda belirtilen şartların sağlanması durumunda, cezanın infazının ertelenmesidir⁹²⁰. Hapis cezasının ertelenmesi de mahkumun külfetini hafifletici nitelik göstermekte olup, lehe olarak geçmişe yürütülebilecektir. Yargıtay hapis cezasının ertelenmesine ilişkin bir kararında 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK değerlendirilerek lehe kanunun uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁹²¹.

Tekerrür, ise kişinin bir cezaya mahkum edilip hükmün kesinleşmesinden sonra, yeniden suç işlenmesi durumudur⁹²². Tekerrür, infaz rejimini etki eden bir kurumdur. TCK m. 58/3'de *“Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adlî para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur.”* ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla tekerrür kişinin alacağı cezaya etki etmektedir. Bu durum lehe olarak geçmişe yürütülebilmesinin gerekçelerindendir.

5275 sayılı Kanunun 107. maddesinde öngörülen denetim süresinin infaz rejimine ilişkin olup TCK'nın 7/3. maddesine göre derhal uygulanması gerektiği sonucuna varıldığından;” **Y9CD. T. 2.02.2012 E. 2011/12507 K. 2012/1273** <http://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 10.05.2020

⁹²⁰ Artuk vd., s. 897.

⁹²¹ “647 Sayılı Kanun kapsamında müddetname tanzim edildiği anlaşılmakla, uyuşmazlığın çözümü için suç tarihinde yürürlükte bulunan ve daha sonra yürürlüğe giren 765 Sayılı TCK'nun 2/2 ve 5237 Sayılı TCK'nun 7/3. maddeleri gereğince lehe olan infaz kanunun belirlenmesi gereklidir.” **T. 4.06.2018 E. 2017/3498 K. 4.06.2018**

⁹²² Artuk vd., s. 983.

SONUÇ

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi kişilerin özgür hareket edebilmesi için olmazsa olmaz bir ilkedir. İlkeye göre kimse işlediği zaman yürürlükte olmayan bir suç için cezalandırılmayacaktır. Ayrıca kimseye suçun işlediği zamanki cezadan daha ağır bir ceza verilemeyecektir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi kişilerin hangi fiillerinden dolayı cezalandırılacaklarını öngörerek hareketlerini buna göre yönlendirmelerini amaçlamaktadır. Ayrıca yargı makamlarının mevcut ceza kanunları doğrultusunda hareket etmesini sağlayarak, keyfi yargılamaların önüne geçmek ilkenin amaçları arasındadır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bu amaçlarını gerçekleştirebilmesi için öncelikle hukuk devleti ilkesinin sağlanması gerekmektedir. Hukuk devleti ilkesi, devlet kurumlarının hukuk kuralları ile bağlı olmasını, hukukun en üstün güç olmasını ifade etmektedir. Hukuk devleti ilkesi hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için olmazsa olmaz bir koşuldur. Hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi ise ancak hukuk kurallarının açık ve belirli olduğu, hukuk kurallarının kişilere duyurulduğu bir sistemde mümkündür. Çünkü ancak kanunların açık olması ve kişilere duyurulması durumunda kişiler hangi fiillerinden dolayı cezalandırılacaklarını öngörebilecek, bu doğrultuda hareketlerini yönlendirebilecektir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince cezalandırmasının esasını ancak kanun oluşturabilir. Yani ceza kanunlarında suç teşkil eden fiillerin ve karşılığında öngörülen yaptırımların açık bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca normlar hiyerarşisinde kanundan alt seviyede bulunan tüzük yönetmelik gibi işlemlerle suç ihdas edilemeyecektir. Bu durum aynı zamanda hukuk güvenliğinin de gereğidir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin temelleri aydınlanma döneminde Montesquieu, Cesare Beccaria ve Anselmo Feuerbach gibi düşünürler tarafından atılmış, 18. yy'da ise hukuki metinlerde kendisine yer bulmaya başlamıştır. Bu durumda 1789 Fransız İhtilali

neticesinde mutlak monarşilerin yerini daha demokratik yönetim biçimlerine bırakmasının etkisi büyüktür. Çünkü yasama, yürütme ve yargı erkinin tek elde toplandığı durumda hukuk devleti ilkesi gerçekleştirilemeyecek ve keyfi yargılamalar ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda ise suçta ve cezada kanunilik ilkesinin amacına ulaşması beklenemeyecektir.

18. yy ve 19.yy.'da 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş hakları Beyannamesi, 1815 Hollanda Anayasası, 1851 Prusya Ceza Kanun ve 1848 Albertino Ceza kanunu gibi metinlerde suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer verilmiştir. Osmanlı Devleti döneminde ise ilk olarak 1876 Kanun-i Esasi'de suçta ve cezada kanunilik ilkesine açık bir şekilde yer verilmiştir. Cumhuriyet döneminde ilke ilk olarak 1926 tarihinde çıkarılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunda kendisinde yer bulmuş, 1961 Anayasasında kendisine yer bulmasıyla anayasal bir güvenceye kavuşmuştur.

Uluslararası insan hakları metinlerinde suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer verilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası sözleşme, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi bu metinler arasındadır. Bu metinler İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkmış, insan haklarını koruma altına almayı amaçlayan metinlerdir. Bu metinlerde genel olarak kanunda suç olarak düzenlenmemiş fiillerden dolayı hiç kimsenin cezalandırılmayacağı, Kanunun geçmişe yürütülerek kişilerin cezalandırılmasının mümkün olmadığı hususlarına değinilmiştir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine ceza hukukunun genel önleme amacını yerine getiremeyeceği, hakimlerin yetkisini önemli ölçüde kısıtlaması nedeniyle, cezalandırılması gereken hareketlerin cezasız kalacağı gibi eleştiriler de yöneltilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki suçta ve cezada kanunilik ilkesinin yer aldığı bir hukuk sistemi, yer almadığı bir hukuk sistemine göre daha iyidir. Çünkü suçta ve cezada kanunilik ilkesinin yer aldığı bir toplumda kişiler cezalandırmanın sınırlarını öngörebileceği için özgür olacakken, aksi durumda cezalandırmanın sınırlarının belirsiz olduğu bir toplumda kişilerin özgürlüğünden söz edilemeyecektir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gerek kanun koyucuya gerekse de uygulayıcıya yönelik sonuçları bulunmaktadır. İlkenin kanun koyucuya yönelik sonuçları belirlilik ilkesi (*lex certa*) ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağıdır.

İlkenin uygulamaya yönelik sonuçları ise örf ve adet hukukuyla suç ve ceza konulması yasağı (*lex scripta*) ve kıyas yasağı (*lex stricta*)'dır. Geçmişe yürüme yasağı (*lex praevia*) ise ilkenin hem konun koyucuya hem de uygulamaya yönelik sonucudur.

Belirlilik ilisi kanun koyucunun suç tipini düzenlerken açık ve belirli ifadeler kullanmasını ifade etmektedir. Belirlilik ilkesi suç tipleri bakımından geçerli olduğu gibi, suç tipinin karşılığı olarak öngörülen yaptırımlar ve güvenlik tedbirleri bakımından da geçerlidir. Belirlilik ilkesinin sağlanabilmesi için suç tiplerinin normun koruma altına aldığı hukuki değeri ihlal edebilecek fiilleri kapsamına alacak şekilde düzenlenmelidir. Aynı zamanda muğlak, muhatapları tarafından anlaşılamayan ifadelerin kullanılmamasına dikkat edilmelidir. Ceza normlarına bakan bir kişinin gerekirse hukuki yardım alarak normlardaki ifadeleri anlayabilmesi, hangi fiillerinin suç oluşturabileceğini öngörebilmesi gerekmektedir. Belirlilik ilkesine riayet edilmemesi durumunda ise bireylerin hangi fiillerinin suç teşkil edebileceğini ve yaptırımının ne olduğunu öngörmesi mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda ise suçta ve cezada kanunilik ilkesinin amacına ulaşacağını söylemek pek mümkün değildir.

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağı, suç ve ceza içeren fiilleri ve yaptırımları idarenin belirlemesini yasaklamaktadır. Bu nedenle tüzük yönetmelik gibi normlar hiyerarşisinde kanunlardan alt seviyede bulunan idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilemeyecektir. Bu konuda beyaz hüküm sorunu önem taşımaktadır.

Beyaz hüküm, kanun koyucunun suç teşkil eden fiilin çerçevesini ve yaptırımını kanunda göstererek, bu çerçevenin içeriğinin idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulmasına izin vermesidir. Beyaz hüküm durumunda aslında suç teşkil eden fiili idare kanundan alt seviyede olan düzenleyici işlemleriyle belirlemektedir. Bu durum ise suç teşkil eden fiillerin ancak kanunlar ile düzenlenebileceği anlamına gelen suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Ayrıca TCK m. 2/2'de idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağına yer verilmesine rağmen, Anayasada bu duruma ilişkin açık bir düzenlemenin yer almaması da bu sorunun kaynaklarından birisidir. Anayasa Mahkemesi de bu konuda verdiği iptal kararlarında genellikle idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağına değil, belirlilik ilkesine dayanmaktadır. Kanaatimizce Anayasada bu yasağı açık bir şekilde

yer verilmesi gerekmektedir. Ayrıca çerçeve norm şeklinde düzenlenmiş yaptırımı sadece adli para cezası gerektiren suçların kabahat haline getirilmesinin de bir diğer çözüm yöntemi olabileceği kanaatindeyiz.

İdarenin düzenleyici işlemleri kapsamında giren Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle suç ve ceza konulup konulamayacağı da önem taşıyan bir diğer husustur. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri olağan dönem ve olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri olarak ayrılmaktadır. Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle AY m. 104/17 “*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.*” ifadesi nedeniyle suç ve ceza düzenlenemez. Ayrıca olağan dönem kararnameleri kanun altı seviyede yer almaktadır. Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında AY m. 119’da “*Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.*” ifadesine yer verilmiştir. Ancak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yürütmeye ilişkin konularda çıkartılabilecek olup, suç ve ceza düzenlenmesi yasama organının yetki alanına girmektedir. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle suç ve ceza düzenlenemeyecektir. Nitekim meclisin iradesinden yoksun olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle suç ve ceza konulması suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, keyfiliği önlemek, hukuki güvenliği sağlamak amaçlarıyla bağdaşmamaktadır.

Örf ve adet hukukuyla suç ve ceza konulması yasağı suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından birisidir. Örf ve adet hukuku toplum tarafından süregelen davranışlarla kendiliğinden ortaya çıkan kurallardır. Örf ve adet hukuku yazısız kurallar olup normlar hiyerarşisinde kanunlardan alt seviyede yer almaktadır. Örf ve adet hukuku kuralları ceza hukukunda doğrudan kaynak olarak kabul edilmemekte ve bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu nedenle örf ve adet hukuku kurallarına dayanılarak suç ve ceza yaratılamaz. Ancak ceza hukukunda örf ve adet kurallarından dolaylı kaynak olarak normların yorumunda yararlanılmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Kıyas yasağı suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarındandır. Kıyas kanunda hakkında hüküm bulunmayan bir olaya, kanunda benzer menfaatler taşıyan hükümlerin benzetilerek uygulanmasıdır. Kıyas yoluyla suç ve ceza ihdas edilmesi yasaktır. Çünkü kıyas yapılarak kişilerin cezalandırılması durumunda kanunda açık düzenleme bulunmayan bir fiilden dolayı kişilerin cezalandırılması söz konusu olacaktır. Bu durumda ise kişiler hangi fiillerinden dolayı cezalandırılacaklarını öngörememeleri nedeniyle hukuk güvenliği ihlal edilecektir. Kanaatimizce kıyas yasağı hem genel hükümler hem de özel hükümler bakımından geçerli olmalı, lehe-aleyhe ayrımı yapılmaksızın kıyas yasağı uygulanmalıdır. Çünkü TCK m. 2/2’de “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*” ifadesine yer verilmiştir. Genel hükümlerin de cezalandırmayı etkilemesi nedeniyle kanaatimizce hem genel hem özel hükümler bakımından kıyas yasağı uygulanmalıdır. Ayrıca TCK 61/10’daki “*Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.*” ifadesi de bu görüşü desteklemektedir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin son sonucu ise geçmişe yürüme yasağıdır. Geçmişe yürüme yasağı kişiler hangi fiillerinden dolayı cezalandırılacaklarını öngörebilmelerinin bir gereğidir. Bu ilkeye göre kanunların geçmişe uygulanması suretiyle kişiler cezalandırılmayacaktır. Başka bir ifadeyle kural suçun işlendiği zamanki kanunlar fail bakımından uygulanacak, bu fiilin cezasının ağırlaştırılması fail bakımından aleyhe bir durum oluşturamayacaktır. Ancak daha sonra çıkarılan kanunun failin lehine olması durumunda bu düzenleme fail bakımından uygulanabilecektir. Çünkü lehe kanunun geçmişe yürümesi ilkesi, geçmişe yürüme yasağının istisnasını oluşturmaktadır.

Sonuç olarak suçta ve cezada kanunilik ilkesi hukuk devletinin olmazsa olmaz bir gereği, hukuk güvenliğinin zorunlu unsurudur. Bu ilke olmadan kişilerin serbest hareket edebilmesinde söz edilemeyecektir. Bu durumda ise adalet kavramı içi boş bir kavram olarak, fiiliyatta herhangi bir anlam ifade etmeyecektir. Bu nedenle gerek kanun koyucunun gerekse de yargı makamlarının ilkenin uygulanmasında azami ihtimamı göstermesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Açıl, Murat: “2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 76, Sayı: 2, 2018, s. 725-756.
- Akagündüz, Said Nuri: “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları”, *Abant İzzet Baysal İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 8, 2016, s. 1-16.
- Akbulut, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019
- Akıncı, Füsün Sokullu *Kriminoloji*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020
- Akkaş, Ahmet Hulusi: “Koşullu Salıverilme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 1-2, 2008, s. 305-336. **(Koşullu Salıverilme)**
- Akkaş, Ahmet Hulusi: *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbiri Üzerine Etkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017. **(Yargı Mercileri Kararlarının Birbiri Üzerine Etkisi)**
- Akşit, Cevat, *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, Edebiyat Fakültesi Matbaası, İstanbul, 1976
- Alacakaptan, Uğur: *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1958. **(İngiliz Ceza Hukukunda)**
- Alacakaptan, Uğur: *Suçun Unsurları*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970. **(Suçun Unsurları)**
- Altınöz, Ahmet Tuna: “Kanunilik İlkesi Üzerine Notlar”, *Bursa Barosu Dergisi*, Yıl: 41 Sayı: 98, Aralık 2016, s. 55-62.
- Altunkaş, Aysun: “Türk Ceza Hukukunda Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 2, 2017, s. 15-56.
- Anayurt, Ömer: *Hukuka Giriş ve Hukukun temel Kavramları*, 17. Baskı, Seçkin yayınevi, Ankara, 2017. **(Hukuka Giriş)**
- Anayurt, Ömer: *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara, 2019. **(Anayasa Hukuku)**
- Apiş, Özge: “Anayasa Mahkemesinin, Türkiye Futbol Federasyonu Tasarruflarıyla Suç ve Ceza Yaratılamayacağına İlişkin 2010/19 Esas ve 2011/6 Karar Sayılı ve

- 06.01.2011 Tarihli Kararının İncelenmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 16, 2011, s. 174-179.
- Arıkan, Mustafa İberyâ: “Başkasına Ait kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 1061-1084.
- Arnauld, Andreas Von: “Hukuk Devleti” (çev. Arslan Topakkaya), *Anayasa Teorisi* Lale Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 713-757.
- Arsal, Sadri Maksudi: *Umumi Hukuk Tarihi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1948
- Arslan, Volkan: “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2, 2012, s. 261-296.
- Artuk, Mehmet emin ve Alşahin, Mehmet Emin: “Objektif Cezalandırma Şartı ve Zamanaşımı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, s. 17-44.
- Artuk, Mehmet Emin: “Güvenlik Tedbirleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 1-2, 2008, s. 461-492.
- Artuk, Mehmet Emin: “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, *Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi- Alman ve Türk Ceza hukukuna İlişkin Araştırmalar*, Cilt: 3, 2014, s. 35-61.
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, Mehmet Emin ve Çakır, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Aslan, Yasin: “İdari Yaptırımlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 22, Sayı: 85, 2009, s. 173-188.
- Atar, Yavuz: *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Avcı, Mustafa: *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Aybay, Rona: *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006.
- Aydın, Mehmet Akif: *Türk Hukuk Tarihi*, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.
- Bahçe, Ahmet ve Demir, Abdullah: “Uluslararası belgelerde ifade özgürlüğü”, *Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 2017, s. 18-48.

- Balcı, Alpaslan “Örfi Hukukun Mahiyeti ve Osmanlı Ceza Tatbikatı Yönünden İncelenmesi”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015 (Yüksek Lisans Tezi)
- Barın, Taylan: *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Baytaç, Abdullah Batuhan: *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
- Beccaria, Cesare: *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Çev: Sami Selçuk), İmge kitabevi, Ankara, 2018.
- Bekri, M. Nedim: “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri İle Uluslararası Ceza Hukuku Uygulamalarındaki Durumu”, *Adalet Dergisi*, Sayı: 38, 2010, s. 58-88.
- Birtek, Fatih: *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Bostancı, Gülşah: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007 (Yüksek Lisans Tezi)
- Boztepe, Mehmet: “Olağanüstü Hal Rejiminde Yürütmenin Bir Düzenleyici İşlemi Olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri ile Mukayesesi”, *Uluslararası Yönetim Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 3, 2018, s. 378-395.
- Can, Osman: “Belirlilik İlkesine Anayasal Bir Bakış”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9 Sayı: 1-2, 2005, s. 89-125.
- Candan, Rabia Beyza: “1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 2015, s. 63-81.
- Cin, Halil ve Akyılmaz, Gül: *Türk Hukuk Tarihi*, 4. Baskı, Sayram Yayınevi, Konya, 2011.
- Çağlayan, Ramazan: *İdare Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Çetin, Soner Hamza: “Türk Öğretisinde Kıyas ve Genişletici Yorum Yasağı”, *Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi- Alman ve Türk Ceza hukukuna İlişkin Araştırmalar*, Cilt: 3, 2014, s. 231-277.

- Çınar, Ali Rıza: “Adli Para Cezasının Bireyselleştirilmesinde Bir Gün Karşılığı Para Miktarından Kaynaklanan Sorunlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 118, 2016 s. 28-40.
- Değirmenci, Olgun: “Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 29, 2015, s. 7-37.
- Demir, Abdullah ve Deryal, Yahya: *Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Demir, Bayram *İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*, Hiper Yayın, İstanbul, 2018
- Demirbaş, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Dinçkol, Abdullah: *Hukuka Giriş: Hukukun Temel Kavramları*, 10. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- Doğru, Osman ve Nalbant, Atilla: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli kararlar*, Legal Yayınevi, Ankara, 2012.
- Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku cilt:1*, 14. Baskı, Beta yayınevi, İstanbul, 1997.
- Dönmezer, Sulhi: “İcranın Tanzim Tasarrufları İle Suç İhdası: Anayasaya aykırılık halinde Verilmesi İcab Edilen Karar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 28, Sayı: 1, 1962, s. 237-236. **(İcranın Tanzim)**
- Dursun, Alev Deniz: *Karşılıksız Çek Keşide Etmenin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019. **(Karşılıksız Çek)**
- Dursun, Hasan: “Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Düşünsel Tarihçesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 33, 2017, s. 115-149.
- Dülger, İbrahim: *Hukuka Giriş*, 4. Baskı, Sayram Yayınevi, Konya, 2010
- Ekici Şahin, Meral ve Yemenici, Kürşat: “6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1, 2018, s. 445-507.
- Ekici Şahin, Meral: “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 23, s. 21-52.
- Elmas, Birsen: *Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Erdinç, Burcu: “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2012-2, 2012, s. 239-277.

- Erem, Faruk: *Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler Cilt: I*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993.
- Erem, Faruk; Danışman, Ahmet ve Artuk, Mehmet Emin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin yayınevi, Ankara, 1997.
- Ergin, Sami: *İslam Hukukunda Tazir Suçları*, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya, 2017 (Yüksek Lisans Tezi)
- Ersoy, Yüksel: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Ertuğrul, Hüseyin: “Kaçakçılık Fiilleri Bağlamında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 26, 2008, s. 65-68.
- Eşitli, Ezgi Aygün: “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 26, Sayı:106, 2013, s. 225-246.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: “Afrika İnsan ve Halkların Şartı Üzerine Düşünceler”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 7, Sayı: 2, 1987, s. 131-145.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: *İnsan Hakları Belgeleri*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003.
- Gittleman, Richard: “The African charter of Human and people rights: A Legal Analysis”, *Virginia Journal of International Law*, Cilt: 22, Sayı: 4, 1982, s. 667-714.
- Gözler, Kemal “3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:9, 2002, s. 326-324
- Gözler, Kemal ve Kaplan, Gürsel: *İdare Hukuku dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015.
- Gözler, Kemal: *Hukuka Giriş*, 16. Baskı, Ekin yayınevi, Bursa, 2019. **(Hukuka Giriş)**
- Gözler, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 28. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019. **(Anayasa Hukuku)**
- Gözübüyük, A. Şeref ve Tan, Turgut: *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, 10. baskı, Turhan kitabevi, Ankara, 2014.
- Gözübüyük, Şeref ve Gölcüklü, Feyyaz: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Gül, Cengiz: *Başkanlık/ Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Demokratik Değeri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019. **(Başkanlık Sistemi)**
- Gül, Cengiz: *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010. **(İktidarın Sınırlandırılması)**

- Güriz, Adnan: *Hukuk Başlangıcı*, 10. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005.
- Hafizoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Hakeri, Hakan “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 69, 2007, s. 55-96.
- Hakeri, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Heinrich, Bernd: *Ceza Hukuku Genel Kısım-I*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Hekimler, Alpay: “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin Kabul Edilişinin 60. Yıldönümünde Taşıdığı Anlam ve Önemi”, *Sosyal Bilimler Metinleri Dergisi*, Cilt: 2009, Sayı: 1, 2009, s. 1-24.
- Işıқтаç, Yasemin: *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1997.
- İçel, Kayıhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2018.
- İlal, Ersan: “Magna Carta”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 34, Sayı: 1-4, 1968, s. 210-242.
- Kangal, Zeynel T.: “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 17, 2011, s. 61-106. **(Anayasal Güvence)**
- Kangal, Zeynel T.: “Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1, 2010, s. 785-812. **(Zaman Bakımından)**
- Kangal, Zeynel T.: “Cezalandırılabilirliğin Objektif Şartları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 68, Sayı: 1-2, 2010, s. 151-167. **(Cezalandırılabilirliğin Objektif Şartları)**
- Karakehya, Hakan “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnamelerin Kaynak Değeri ve Kaynakların Subjektif Yorumu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:8, Sayı: 2, 2013, s. 243-252
- Katoğlu, Tuğrul: *Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- Keçelioğlu, Elvan: “Ceza Hukukunda İctihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 11, 2012, s. 77-101.

- Kılıçarslan, Saniye: “Disiplin Hukukunda Takdir Yetkisinin Kanunilik İlkesi Çerçevesinde Yargısal Denetimi”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 62, 2015, s. 20-31.
- Koca Mahmut ve Üzülmaz, İlhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019. **(Genel Hükümler)**
- Koca, Mahmut ve Üzülmaz, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019. **(Özel Hükümler)**
- Kocasakal, Ümit: “Anayasa Mahkemesinin Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesine ilişkin Bir Kararının İncelenmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 108, 2015, s. 24-40.
- Kolcu, Selahattin: “Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesinin Ön Unsuru Olarak Belirlilik İlkesi”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 76, 2016, s. 11-22.
- Köksal, Özgür: “Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı”, *Bursa Barosu Dergisi*, Cilt: 27, Sayı: 73, 2013, s. 56-60.
- Köni, Burhan: “Cezanın Tayininde Suçlunun Şahsiyeti”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 3, 1956, s. 49-58.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami: *Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi ve düzene aykırılıklar hukukunda yaptırımlar rejimi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1995
- Metiner, Haydar ve Koç, Ahsen: *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunları Genel Hükümleri: I. Cilt*, y.y., Ankara, 2008.
- Mokhtar, Aly: “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects”, *Statute Law Review*, Cilt: 26, Sayı: 1, 2005, s. 41-55.
- Montesquieu, Baron de La Brède et de: *Kanunların Ruhu Üzerine*, (Çev. Berna Güven), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017.
- Munday, Roderick: “İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi”, Çev: Zeynel T. Kangal, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 61, Sayı: 1-2, 2003 s. 441-464.
- Munir, Muhammed: “İslam Ceza Hukuku Sisteminde Kanunilik Prensibi”, (Çev: Burak Çağ), *İslam Ceza Hukuku*, Cilt: 1, 2017, s. 668-691.
- Nişancı, Dilaver: “Anayasa Mahkemesi Akraları ışığında Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesi”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 62, 2015, s. 32-41.
- Nuhoğlu, Ayşe: *Aile Düzenine Karşı Suçlar*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009

- Osmanoğlu, Kerem: “Ceza Hukukunda Geriye Yürüme Yasağı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 3-4, 2010, s. 89-116.
- Otacı, Cengiz: “Öngörülebilirlik Bağlamında Ceza Hukuku İçtihatları ve İçtihatların Sağlaması Gereken Hukuki Güvenlik”, *Hukuk Felsefe ve Sosyoloji Arkivi*, 27. kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2016, s. 275-313.
- Önder, Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Önok, Murat: *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Özbek, Veli Özer: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun 6763 Sayılı Kanun Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 32, 2016, s. 7-28. **(Uzlaştırma)**
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019. **(Genel Hükümler)**
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019. **(Özel Hükümler)**
- Özbudak, Coşkun: “İdari Yaptırımlar Bakımından Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 86, 2013, s. 92-95.
- Özdemir, Emrah: *Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Fikri İçtima*, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2012 (Yüksek Lisans Tezi)
- Özen, Mustafa: *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Özen, Mustafa: *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019. **(Genel Hükümler)**
- Özgenç, İzzet: “Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu”, *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2-3, 2000, s. 90-117. **(Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu)**
- Özgenç, İzzet: *Çek Kanunu*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018. **(Çek Kanunu)**
- Özgenç, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019. **(Genel Hükümler)**
- Öztürk, Bahri ve Erdem, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Öztürk, Namık Kemal: *Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Polat, Halil: “Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu”, *Ceza hukuku dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 13, Ağustos 2010, s. 189-195.

- Radbruch, Gustav “Hukuksal Güvenlik ve Yasa Üstü Hukuk”, (Çev: Sevtap Metin, Altan Heper), *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, 2018
- Sade, Ümit: *Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 7. Maddesi Işığında Suçta ve Cezada kanunilik İlkesi*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007 (Yüksek Lisans Tezi)
- Sarsıkoğlu, Şenel: *Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer suçlarla Karşılaştırılması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Schmidt, Carl, *Kanunilik ve Meşruiyet*, (Çev: Mehmet Cemil Ozansü), İthaki Yayınları, 2016
- Soyaslan, Doğan: “Ceza Hukukunda Kıyas”, *Adalet Dergisi Özel sayı*, Yıl: 74 Sayı: 5, 1983, s. 948-963. **(Ceza Hukukunda Kıyas)**
- Soyaslan, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018. **(Genel Hükümler)**
- Sözer, Ali Nazım: *Hukukta Yöntembilim*, Beta Yayınevi, İzmir, 2008.
- Sümer, Haluk Hadi: *Hukuka Giriş: Kavramlar ve Kurumlar*, Seçkin yayınevi, Ankara, 2017.
- Şahin, Cumhur: *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Şentop, Mustafa: “Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Hareketleri Litaratürü”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 5, 2005, s. 647-672.
- Tahiroğlu, Bülent ve Erdoğan, Belgin: *Roma Hukuku Dersleri*, Der yayınları, İstanbul, 2019.
- Taner, Tahir: *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953ç
- Taşdöğen, Salih: “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 3, 2016, s. 937-96,
- Tezcan, Durmuş: “Özel Hayat Açısından Kişisel Verilerin Korunması”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 1, 2017, s. 17-25.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan ve Sancakdar, Oğuz: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

- Teziç, Erdoğan: *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.
- Toraman, Cüneyt: “Ceza Hukukunda “Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz” Prensibinin Müslüman Toplumlarda İzdüşümü”, *İslam Ceza Hukuku*, Cilt: 2, 2017, s. 118-153.
- Toroslu, Nevzat ve Toroslu, Haluk: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- Tosun, Öztekin: "Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 27, Sayı: 1-4, 1962, s. 45-61. **(Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhinde Cereyan)**
- Tosun, Öztekin: “Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 28, Sayı: 1, 1962, s. 20-59. **(Ceza Hukukunda Tefsir)**
- Tosun, Öztekin: “Suçların Kanuniliği Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 30, Sayı: 1-2, 1968, s. 21-28.
- Tosun, Öztekin: “Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 28, Sayı: 2, 1962 s. 349-366. **(Yürütme Organlarının)**
- Tulay, Muhammet Emre: “Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 2715-2736.
- Turinay, Faruk: *Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013
- Türkoğlu, Halide Gökçe: *Roma Hukukunda Suç ve Ceza*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- Udeh, Abdulkadir: *Seküler Ceza Hukuku Müesseseleriyle Kıyaslamalı İslam Ceza Hukuku*, (Çev: Ali Şafak), 2. Baskı, Kayıhan yayınevi, Ankara, 2012.
- Uğur, Ali Burak: “Adli Para Cezası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 62, 2011, s. 40-48. **(Adli Para Cezası)**
- Uğur, Hüsamettin: “Özelleştirme Uygulamalarının Mühür Bozma Suçuna Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 100, s. 555-561. **(Özelleştirme Uygulamalarının)**

- Uğur, Hüsamettin: “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 91, Ankara, 2010, s. 300-335.
- Uzun, Ertuğrul: *Hukuk Metodolojisi Ders Kitabı*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2014.
- Üçok, Coskun; Mumcu, Ahmet ve Bozkurt, Gülnihal: *Türk Hukuk Tarihi*, 21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Ülgen, Özen: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:17, Sayı: 1, 2018 s. 3-39.
- Ünal, Şeref: *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- Ünver, Yener *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuki Değer*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003
- Ünver, Yener: “Türk Yargı Kararlarının Kanunilik İlkesi ve Sonuçları Açısından Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi- Alman ve Türk Ceza hukukuna İlişkin Araştırmalar*, Cilt: 3, 2014, s. 11-35.
- Üzülmez, İlhan ve Akkaş, Ahmet Hulusi: “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırabilme Şartları”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2007, s. 71-87.
- Vatansever Öztürk, Müge: “Tazir Suçları Bakımından Klasik Osmanlı Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 2, 2018, s. 195-212.
- Yakut, Esra: “Tanzimat Dönemine Kadar Osmanlı Hukukunda Tazir’i Gerektiren Suçlar ve Cezaları”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 2006, s. 28-29.
- Yarsuvat, Duygun: “Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 29 Sayı: 3, 1963, s. 540-559.
- Yaşar, Hasan Nuri: *İdare Hukuku*, 2. basım, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin ve Artuç, Mustafa: *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt:1 md 1-44*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

- Yeniay, Lokman ve Yeniay, Gülden: “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 36, Sayı: 1, 2019, s. 105-138.
- Yenisey, Feridun ve Nuhoglu, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.
- Yerdelen, Erdal; Özbek, Mustafa Serdar; Altuntaş, Şeyda; Boz, Burak; Erdem, Dilek Özge; ve Şahin, Berna Ayşen: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Yılmaz, Halit: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 13, 2019, s. 373-392.
- Yiğit, Yaşar: *İslam Ceza hukuku Hükümlerinin Yürürlüğü*, Sistem Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Zafer, Hamide: “Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali Suçu”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 2, 2009, s. 109-149.
- (Aile Hukukundan)**
- Zafer, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- (Genel Hükümler)**

İnternet Kaynakları

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>

<http://www.humanrights.se/wp-content/uploads/2012/01/African-Charter-on-Human-and-Peoples-Rights.pdf> (Erişim Tarihi: 10.05.2020)

<http://www.kazanci.com/>

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf (Erişim Tarihi: 02.05.2020)

https://en.wikipedia.org/wiki/African_Charter_on_Human_and_Peoples%27_Rights (Erişim Tarihi: 10.05.2020)

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2214307/88%22\],%22itemid%22:\[%22001-57827%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2214307/88%22],%22itemid%22:[%22001-57827%22]}) (Erişim Tarihi: 09.05.2020)

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-120623%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-120623%22]}) (Erişim Tarihi: 09.05.2020)

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-121068%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-121068%22]}) (Erişim Tarihi: 09.05.2020)

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22tabview%22:\[%22document%22\],%22itemid%22:\[%22001-57955%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-57955%22]}) (Erişim Tarihi: 09.05.2020)

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/03/29/KisiselVerilerinOtomatikIslemeTabiTutulmasiKarsisindaBireylerinKorunmasiSozlesmesi.pdf> (Erişim Tarihi: 02.05.2020)

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/117-medeni-ve-siyasi-haklara-iliskin-uluslararası-sozlesme/> (Erişim Tarihi: 10.05.2020)

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf> (Erişim Tarihi: 09.05.2020)

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf> (Erişim Tarihi: 02.05.2020)

<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> (Erişim Tarihi: 02.05.2020)

<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf> (Erişim Tarihi: 10.05.2020)

<http://dergi.neu.edu.tr/public/journals/7/sayi/NEU-Journal-of-Social-Science-Vol-I-No-1.pdf#page=7> (Erişim Tarihi: 02.05.2020)

ÖZ GEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı, Soyadı: Burak KÜPELİOĞLU

Uyruğu: Türkiye (TC)

Doğum Tarihi ve Yeri: 20 Ekim 1992, Bodrum

Medeni Durumu: Bekâr

Email: burakkupelioglu@erciyes.edu.tr

EĞİTİM

Derece Kurum Mezuniyet Tarihi

Yüksek Lisans İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli

Yüksek Lisans 2017-2018

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans

2018-

Lisans İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2015

Lise Aydın Sosyal Bilimler Lisesi, Aydın 2011

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Kurum	Görev
2018-	Erü Hukuk Fakültesi	Arş. Gör.

YABANCI DİL

İngilizce

YAYINLAR

-