

T.C.  
İstanbul Üniversitesi  
Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Avrupa Birliği Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ  
BAĞLAMINDA TÜRK CEZA HUKUKUNDA  
SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

Gülşah BOSTANCI  
2501050180

Tez Danışmanı  
Doç. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul 2007

## ÖZ

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi” başlıklı tez çalışmasında, Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Türk Hukukunda düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi incelenmiştir.

Tezimizde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 7. maddesi bağlamında suçta ve cezada kanunilik ilkesi incelenirken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ilkeye ilişkin kararlarından da yararlanılmıştır. Bu kararların, sözleşmeye taraf olan devletlerin ilkeyi yorumlaması ve değerlendirmesi bakımından yol gösterici nitelikte olduğu görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kanunilik ilkesi kapsamında, sadece suç ve ceza içeren hükümlerin açık bir biçimde kanunla belirlenmesi gerekliliğini değerlendirmemektedir. Bu bağlamda, kararlarında, suç ve ceza içeren hükümlerin, fail aleyhine geriye yönelik olarak uygulanmaması ve kıyasa yol açacak şekilde yorumlanmaması gerektiğini de önemle vurgulamaktadır.

Türk Hukuku incelendiğinde, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin 1982 Anayasası’nın Temel Hak Ve Ödevlere İlişkin İkinci Kısımında yer alan 38. maddede ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Temel İlkeler Ve Tanımlar başlıklı Birinci Bölümünde yer alan 2. maddede düzenlendiği görülmektedir. İlke 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndan farklı olarak daha ayrıntılı ele alınmıştır. Özellikle, kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanması bakımından kıyas yapılamayacağı açık bir biçimde madde metninde yer almaktadır. Ayrıca, uzun bir süre doktrinde tartışılan yürütmenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratıp yaratamayacağı konusuna da açıklık getirilmiştir. Tezimizde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin yanı sıra bu ilkeye bağlanan sonuçlar olarak ifade edilen belirlilik ilkesi, kıyas yasağı, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılamayacağı, geriye yürümezlik ilkesi ve istisnaları ele alınmıştır.

## **ABSTRACT**

In this dissertation, on “The Principal of legality was examined in-depth in connection with both the European Convention On Human Rights whereby Turkey also a contracting state and the Turkish Criminal Law.

In respect to the ECHR, we look into consideration the precedents of European Court of Human Rights for clarification and to provide a clear view as to how the European Court of Human Rights actually interprets and applies the principle. Then seen that the approach of the European Court of Human Rights in interpreting the principle has been followed by the contracting states’ jurispedences. The European Court of Human Rights does not merely appraise the principle in a manner that crimes and punishments must be determined under law but states and even emphasises beyond this that criminal and penal provisions must not be interpreted aganist the accused and must not be construed in such a way which would result in analogy.

In respect to the Turkish Law, on the other hand, the principle can be seen in several statues such as Article 38 of Turkish Constitution of 1982 where the Article stipulates Basic Rights and Obligations and Article 2 of New Turkish Criminal Code where Basic Principles and Definitions are explained. Unlike the abolished Turkish Penal Code, the principal is well laid down under the new Turkish Panel Code particularly, where it clearly states that “analogy is not to be used in applying provisions of crime and punishment.

## ÖNSÖZ

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Ceza Hukuku'nun en temel ilkelerinden biridir. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerine keyfi müdahalelerde bulunmayan hukuk devleti olma yolundaki en önemli düzenlemeyi kanunilik ilkesi teşkil etmektedir.

Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de en önemli ilkelerinden biri olan suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde ilkenin kapsamı ve temelinin incelenmiştir. Bu inceleme esnasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat haline gelen kararlarına da yer verilmiştir. Zira, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilkenin içeriğinin belirlenmesi ve anlaşılması açısından yaptığı yorum ve değerlendirmeler büyük öneme sahiptir. Bu bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin suçta ve cezada kanunilik dendiğinde hangi noktalar üzerinde önemle durduğu ve ihlal oluşturabilecek durumların neler olduğunun belirlenmesi yoluna bir ışık tutulmaya çalışılmıştır.

Çalışmamda, Türk hukukunda kanunilik ilkesine ilişkin düzenlemeler incelenirken, Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonraki mevzuatların yanı sıra önceki dönemlere ait mevzuatlara da yer verilmiştir. İlke, Türk Hukuku bakımından sadece ceza kanunları boyutunda değerlendirilmemiş, anayasal boyutta da ele alınmıştır. Özellikle Anayasa Mahkemesi'nin ilkeye ilişkin anayasaya aykırılık iddiaları karşısında yapılan değerlendirmeler ve Yargıtay'ın ilkeye ilişkin yorumları ile ilkenin Türk Hukuku bakımından görünümü değerlendirilmiştir.

Bu çalışmada, suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde bazı sonuçların da ilke kapsamında değerlendirilmesi yapılmıştır. Buna göre, suç ve ceza içeren hükümlerin kanunlarda açık, belirli bir biçimde düzenlenmesi gerekliliği, fail aleyhine yapılan düzenlemelerin geriye yürümezliği, yine suç ve ceza içeren

hükümlerin fail aleyhine kıyasen uygulanamayacağı ve yürütme organının işlemleri ile suç ve ceza içeren hükümlerin konamayacağı ilkeleri ele alınmıştır.

Çalışmanın konusunu, inceleme ve düzenleniş şeklinin belirlenmesini ve tezimin hazırlanmasındaki her aşamasında eşsiz yardımlarını ve desteğini esirgemeyen değerli hocam ve tez danışmanın Doç. Dr. Adem SÖZÜER'e en içten dileklerle teşekkür ederim. Son olarak çalışmanın hazırlanışında maddi ve manevi desteklerini benden hiçbir zaman esirgemeyen aileme çok teşekkür ederim.

## İÇİNDEKİLER

Öz.....	iii
Abstract.....	iv
Önsöz.....	v
İçindekiler.....	vii
Kısaltmalar Listesi.....	xii
GİRİŞ.....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ KAVRAMI, İLKENİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

#### I. KAVRAM VE GELİŞİM

A. Kanunilik Kavramı.....	3
B. Kanunilik İlkesinin Tarihi Gelişimi.....	6
C. Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi İle İlgili Diğer Ülkelerdeki Düzenlemeler Ve Uluslararası Metinlerde Kanunilik İlkesi	12
1. Diğer Ülkelerdeki Düzenlemeler.....	12
2. Uluslararası Metinlerde Kanunilik İlkesi.....	19

#### II. KURALIN TÜRK HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ..... 21

A. Türk Anayasalarında Durum.....	21
1. Cumhuriyet Öncesi Dönem.....	21
2. Cumhuriyet Sonrası Dönem.....	22
a. 1924 Anayasası Dönemi.....	22
b. 1961 Anayasası Dönemi.....	23
c. 1982 Anayasası Dönemi.....	24
B. Türk Ceza Kanunlarındaki Durum.....	25
1. Cumhuriyet Öncesi Dönem.....	25
2. Cumhuriyet sonrası Dönem.....	25
a. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu.....	25
b. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.....	26

#### III. İLKENİN LEHİNDE VE ALEYHİNDEKİ GÖRÜŞLER..... 26

A. İlkenin Aleyhindeki Görüşler.....	26
--------------------------------------	----

B. İlkenin Lehindeki Görüşler .....	29
IV. KABAHAHLER KANUNUNDA KANUNİLİK İLKESİ .....	30

## İKİNCİ BÖLÜM

### AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ.....	35
II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ.....	36
A. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmayacağına İlişkin AİHM kararları.....	36
1. K.H.W. v. Almanya Davası.....	36
a. Mahkeme Kararına Konu Olan Olay, Tarafların İddia Ve Savunmaları.....	36
b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yapılan Değerlendirme .....	39
2. Streletz, Kessler, Krenz v. Almanya Davası .....	42
a. Mahkeme Kararına Konu Olan Olay, Tarafların İddia Ve Savunmaları.....	42
b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yapılan Değerlendirme .....	44
B. Ceza Kanunlarının Geçmişe Yürüyemeyeceğine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları.....	47
1. Welch v. Birleşik Krallık Davası.....	47
a. Mahkeme Kararına Konu Olan Olay, Tarafların İddia Ve Savunmaları.....	47
b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yapılan Değerlendirme .....	49
2. Ecer-Zeyrek v. Türkiye.....	51
a. Mahkeme Kararına Konu Olan Olay, Tarafların İddia Ve Savunmaları .....	51
b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Değerlendirme .....	52
C. Suç ve Cezaların Kanunlarda Belirli Olmasına İlişkin AİHM Kararları .....	54
1. Erdoğan - İnce v. Türkiye .....	54
a. Mahkeme Kararına Konu Olan Olay, Tarafların İddia Ve Savunmaları.....	54

b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yapılan Değerlendirme .....	57
<b>1. Başkaya - Okçuoğlu v. Türkiye.....</b>	<b>59</b>
a. Mahkeme Kararına Konu Olan Olay, Tarafların İddia Ve Savunmaları.....	59
b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yapılan Değerlendirme.....	62
<b>2. C.R. v. Birleşik Krallık.....</b>	<b>64</b>
a. Mahkeme Kararına Konu Olan Olay, Tarafların İddia Ve Savunmaları.....	64
b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yapılan Değerlendirme.....	66
<b>III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE MAHKEMENİN DİĞER KARARLARI İŞİĞİNDE ORTAYA ÇIKAN SONUÇLAR.....</b>	<b>69</b>
<b>A. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmayacağına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının Değerlendirilmesi .....</b>	<b>69</b>
<b>B. Ceza Kanunlarının Geriye Yürüyemeyeceğine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi .....</b>	<b>72</b>
<b>C. Suç ve Cezaların Kanunlarda Belirli Olmasına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi .....</b>	<b>75</b>
<b>IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE DÜZENLENEN KANUNİLİK İLKESİNİN İSTİSNALARI VE 7. MADDE KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMİYEN DURUMLAR.....</b>	<b>81</b>
<b>A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Düzenlenen Kanunilik İlkesinin İstisnaları.....</b>	<b>81</b>
<b>1. Geriye Yürümezlik İlkesinin İstisnası .....</b>	<b>81</b>
<b>2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Fıkrasında Yer Alan İstisna .....</b>	<b>82</b>
a. Maddenin Düzenlenmesinden Önceki Durum Ve Nüremberg Mahkemesi .....	82
b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. maddesinin 2. Fıkrasında Yer Alan Düzenleme .....	84
c. Diğer Uluslararası Ad Hoc Mahkemeler ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Açısından Durum.....	87
(1) Genel Olarak.....	87
(2) Eski Yugoslavya Ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri.....	87
i. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi.....	87



ii. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi.....	89
iii. Uluslararası Ceza Mahkemesi.....	91

<b>B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmeyen Durumlar.....</b>	<b>91</b>
--	-----------

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### TÜRK CEZA HUKUKUNDA SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

<b>I. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ.....</b>	<b>93</b>
<b>II. YORUM VE KIYAS YASAĞI .....</b>	<b>93</b>
<b>A. Ceza Hukuku Kaynaklarının Yorumu.....</b>	<b>93</b>
<b>1. Yorum Türleri .....</b>	<b>95</b>
a. Amaca Göre Yorum .....	95
b. Daraltıcı Yorum.....	96
c. Genişletici Yorum .....	97
<b>B. Genişletici Yorumun Sınırları ve Kıyas Yasağı.....</b>	<b>98</b>
<b>III. BELİRLİLİK İLKESİ .....</b>	<b>107</b>
<b>IV. CEZA HUKUKU KURALLARININ ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI .....</b>	<b>108</b>
<b>A. Ceza Kanunlarının Yapılması, Yayınlanması ve İlan Edilmesi.....</b>	<b>108</b>
<b>B. Ceza Kanunları Bakımından Geriye Yürümezlik İlkesi .....</b>	<b>109</b>
<b>C. Geriye Yürümezlik İlkesinin İstisnası ve Failin Lehine Olan Kanunun Belirlenmesi .....</b>	<b>111</b>
<b>D. Ceza Usul Hukukuna İlişkin Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması .....</b>	<b>114</b>
<b>E. Zamanaşımına İlişkin Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması..</b>	<b>117</b>
<b>F. Ceza İnfaz ve Kabahatler Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması .....</b>	<b>118</b>
<b>G. Sürekli ve Geçici ve Aradaki Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması .....</b>	<b>119</b>
<b>H. Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Zaman Bakımından Uygulanması .....</b>	<b>120</b>
<b>V. YÜRÜTME ORGANININ DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ İLE SUÇ VE CEZA YARATILMASI .....</b>	<b>123</b>
<b>A. Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri.....</b>	<b>123</b>
1. Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi.....	123
2. Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerinin Çeşitleri.....	124

<b>B.</b>	<b>Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç Yaratması.....</b>	<b>128</b>
<b>1.</b>	<b>Genel Olarak .....</b>	<b>128</b>
a.	Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç Yaratmasını Kabul Eden Görüş.....	129
b.	Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç Yaratmasını Kabul Etmeyen Görüş.....	131
<b>2.</b>	<b>Anayasa Mahkemesi Ve Yargıtay'ın Görüşü .....</b>	<b>132</b>
a.	Anayasa Mahkemesi'nin Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç Yaratmasının Mümkün Olduğunu Kabul Ettiği Kararları.....	132
b.	Anayasa Mahkemesi'nin Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç Yaratmasının Mümkün Olamayacağını Kabul Ettiği Kararları.....	137
<b>C.</b>	<b>Yürütmenin Düzenleyici İşlemlerle Ceza Yaratması.....</b>	<b>145</b>
	<b>SONUÇ VE ÖNERİLER.....</b>	<b>146</b>
	<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>153</b>

## KISALTMALAR LİSTESİ

A.e.	: Aynı Eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
b.a.	: Eserin Bütününe Atıf
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
Çev.	: Çeviren
D.	: Daire
DAC	: Demokratik Alman Cumhuriyeti
E.	: Esas
ed	: Edition
FAC	: Federal Alman Cumhuriyeti
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBFD	: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
no.	: numara
prg	: Paragraf
s.	: sayfa
sy	: sayı
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UCM	: Uluslararası Ceza Mahkemesi
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi

t.y. :Basım Tarihi yok  
UCM : Uluslararası Ceza Mahkemesi  
v. :Versus  
vd. :ve devamı  
Vol. :Volume  
YCGK : Yargıtay Ceza Genel Kurulu  
YKD :Yargıtay Kararları Dergisi  
y.y. :Yayım Yeri Yok

## GİRİŞ

Bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almayı amaçlayan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, gerek Türkiye Cumhuriyeti gerekse neredeyse bütün hukuk devleti ilkesini benimsemiş devletler tarafından kabul edilen bir ilkedir. En temel şekli ile suçların ve cezaların bütün unsurları ile birlikte kanun tarafından konulması anlamına gelen suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve buna bağlı diğer ilkeler, günümüzde hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez bir unsuru haline geldiği görülmektedir.

Çalışmamızda, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, kendini oluşturan diğer ilkelerle birlikte ele alınmıştır. Bu ilkelerin ne şekilde yorumlanacağı sorununa gerek Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Bu açıdan, çalışmamızda kanunilik ilkesi üç ana başlık altında incelenmiştir. Öncelikle, sancılı bir gelişim sürecinden sonra kabul edilen ve bugün bir çok uluslararası sözleşmelerde yerini alan ilkenin Dünya’da ve Türkiye’de ne şekilde ortaya çıktığı ve hangi aşamalardan geçtiği belirlenmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ilke, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde ele alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşme’sinin 19. maddesine göre, başvuru olması halinde, sözleşmeyi imzalayan devletlerin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gerçekleştirip gerçekleştirmediklerini, adeta devletin sözleşmeyi içine sindirip sindirmediğini, sözleşme tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklere müdahale edilip edilmediğini inceleme yetkisine sahip olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına yer verilmiştir. Bu bölümde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarına ilişkin değerlendirmelerde de bulunularak kanunilik ilkesinin sözleşmeye taraf devletler tarafından nasıl yorumlanması gerektiği ve hangi durumlarda ihlalin gerçekleştiği ayrıntıları ile ele alınmıştır. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarında, kanunilik ilkesine aykırılıklar incelenirken yalnızca şikayetçi tarafından belirtilen aykırılığın değil somut olayda ilkeyi ilgilendiren diğer durumların da dikkate alındığı görülmektedir.

Çalışmamızın son bölümünde, kanunilik ilkesi, diğer ilkelerle birlikte ele alınmıştır. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf olan Türkiye’nin anayasa ve ceza kanunlarında yer alan kanunilik ilkesinin anlam ve içeriği belirlenmeye çalışılmıştır. İlkenin

Özellikle, kıyas yasağı, belirlilik ve geriye yürümezlik ilkeleri kapsamında değerlendiriliş biğimi ortaya konmuştur. Uzun tartışmaların yaşandığı idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratıp yaratamayacağı sorunu üzerinde durulmuştur. Bu konulara ilişkin Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına yer verilmiş, bu kararlar ışığında Türk Hukuku'nda kanunilik kavramının ne anlama geldiği ve sınırlarının ne olduğu ifade edilmeye ęalıřılmıřtır.

Ęalıřmamızın amacı, yapılan araştırmalar sonucunda kanunilik ilkesinin doğru yorumlanması ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Türkiye aleyhinde açılan davalarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hangi noktalarda ihlal gördüğüne işaret ederek, nasıl bir tutum izlenmesi gerektiğine ışık tutmaktadır.

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

### **SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ KAVRAMI, İLKENİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK**

#### **I. KAVRAM VE GELİŞİM**

##### **A. Kanunilik Kavramı**

Bireylerin temel hak ve özgürlüklerine ağır müdahalelerde bulunma yetisine sahip olan devletin, temel hak ve özgürlüklere yönelik bu müdahaleleri kötü yönde ve keyfi olarak

kullanmasının önüne geçmek için hukuk devleti ilkesi ortaya çıkmıştır. Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü, yargı bağımsızlığı, kanuni hakim güvencesi, idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması, hak arama özgürlüğü, kuvvetler ayrılığı ilkesi, insan haklarına saygılı, yürürlükteki kanunlarının evrensel hukuk kurallarına uygun olduğu devlet olarak nitelendirilmektedir.<sup>1</sup> Hukuk devleti ilkesi, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini yalnızca ceza hukuku aracılığıyla korumakla kalmamakta, aynı zamanda ceza hukukuna karşı da korumaktadır.<sup>2</sup> Hukuk devleti ilkesinin bu anlamda şüphesiz ki en önemli aracı, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesidir. Kimsenin işlediği zaman kanunlarına göre suç sayılmayan bir fiilden ötürü cezalandırılmaması hukuk devleti ilkesinin birey açısından bir güvencesini oluşturmaktadır. Keza ilke sadece bireyin işlendiği zaman kanunlarına göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı cezalandırılmaması şeklinde ortaya çıkmamaktadır. Suçu ve cezayı düzenleyen kuralların açık, anlaşılır, belirli olması, başka bir ifade ile ceza kanunlarının dar yorumlanması, ceza içeren düzenlemelerin de belirsiz olmalarının yasaklanması, hukuki yorumdan kıyasın ayrılarak sınırlandırılması ya da tümünden yasaklanması da ilkenin farklı görünümünü oluşturmaktadır.<sup>3</sup> Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimse cezalandırılmayacağı gibi, kanunun açıkça koyduğu bir cezadan daha ağır bir ceza ile de kimse cezalandırılmayacaktır.<sup>4</sup> Başka bir ifade ile, bu ilke, bireyin, özgürlüğünün sınırlarını önceden bilerek davranışlarının sonuçlarının ne anlama gelebileceği çıkarımını yapmasıdır. Bu çıkarıma göre de davranışlarını şekillendirmesi bakımından ilke bireysel özgürlüğün güvencesi olmaktadır.<sup>5</sup> Bu açılardan ilkenin, ceza hukukunun güvence fonksiyonuna ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Kanunlarla uyulması gereken davranışların gösterilmesi ile, kişinin özgürlüğünün sınırını da bir nevi çizilmekte, diğer davranışlarının da cezalandırılmadığı anlamı ortaya çıkmaktadır. İlke, sadece bireylerin özgürlüklerinin değil, yaşamlarının ya da malvarlıklarının üzerinde kısıtlamada bulunan cezaların da kanunla belirlenmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bunun yanı sıra toplumsal barışın sağlanması ve devamı açısından da ilkenin önemi büyüktür.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Füzuran İkinçioğulları, “Hukuk Devleti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, Sayı 1, Haziran 1997, s. 36.

<sup>2</sup> Roxin'den naklen Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2002, s.43.

<sup>3</sup> Aly Mokhtar, “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Propects”, **Statute Law Review**, Oxford University, 2005, Vol 26(1), s.41.

<sup>4</sup> Faruk Erem/ Ahmet Danişman/ Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14.Bası, Seçkin, 1977, s. 93.

<sup>5</sup> Kayıhan İçel / Süheyl Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, Genel Kısım, 1.Kitap, İstanbul, Beta, 2005, s.75.

<sup>6</sup> Kayıhan İçel/ Füsun Sokullu-Akıncı/ Adem Sözüer/ Fatih S. Mahmutoğlu/ Yener Ünver, **İçel Yaptırım Teorisi**, İstanbul, Beta, 2000, s.6.

Günümüzde, kanunların çok maddeli oluşu, çok çeşitli düzenlemelerin yer alması ve herkes tarafından bu düzenlemelerin bilinmesinin imkansız hale gelmesi de ilkenin önemini arttırmaktadır.<sup>7</sup> Sadece cezaların ya da suçların kanunla düzenlenmesi gerekliliğini değil, temel hak ve özgürlükleri ihlal edici ceza kanunlarının da yapılmaması gerektiği de bu ilke kapsamındadır.<sup>8</sup> Belirtmek gerekir ki; temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelerin sınırlarının ve nedenlerinin önceden belirlenmesi de, suçun ve cezanın açıkça ortaya konulması anlamına gelmektedir. Ayrıca, kanunla suç haline getirilmemiş ve cezalandırılmamış bir fiilden dolayı bireyler hakkında kamu davasının açılması ve yargıca, failin daha önce bir kanun ile suç olarak düzenlenmemiş bir fiilinden dolayı cezalandırma yetkisi tanınması, ceza adaletinin keyfi uygulamalara terk edilmiş olması anlamına gelmektedir.<sup>9</sup> Geçmişte cezalandırma yetkisinin yargıçlara tanınması keyfi uygulamalara neden olmuş ve bu konuda verilen mücadelenin temelini oluşturmuştur. Mücadele sonucunda ilke, yönetenlere kabul ettirilmiştir. Bu uygulama ile sadece yargıçların, bireyi kanunda yer almayan, keyfi olarak cezalandırması engellenmekle kalmamış, yine kanunda yer almayan şekilde cezaların ağırlaştırılmasının da önüne geçilmiştir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, önceden suç olarak belirtilmemiş fiillerin sonradan suç olarak sayılması nedeniyle keyfi cezalandırmaya karşı bir güvence niteliği taşımaktadır.<sup>10</sup> Kanun koyucunun temel hak ve özgürlükleri ihlal eder nitelikteki kanunları yapmaması konusunun vurgulanması da ilkenin amaçlarından birisidir. Ancak kanunilik ilkesinin ifade edildiği biçimde katı uygulanışı halinde, kanun ile tüm suç tipleri öngörülemez ve kanunların uygulanışı neredeyse imkansız hale gelecektir. Bu açıdan, ilkenin katı uygulanışının neden olacağı sorunların, cezanın suçlunun kişiliğine uygun hale getirilmesi, suça verilecek cezalarda alt sınır ile üst sınırın belirtilip suçluya verilecek cezada yargıca takdir hakkı tanınması ayrıca yargıca cezada indirim oranlarındaki takdir hakkının artırılması gibi düzenlemelerle ortadan kaldırılması yoluna gidilmektedir.<sup>11</sup>

Kısaca belirtilen nedenlerden ötürü, demokratik ceza hukukunun kaynağı olarak kabul edilen “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin doğuşu bütün fikir ayrılıklarının üstünde yer

---

<sup>7</sup> Stefan Glaser, “Nullum Crimen Sine Lege”, **Journal Of Comparative Legislation And International Law**, 3rd Ser, Vol. 24, No 1, 1942, s.35.

<sup>8</sup> Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukuku’na Giriş**, 3. Bası, 2005, İstanbul, Beta, s.46.

<sup>9</sup> Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2.bası, Ankara, Turhan, 2006, s.158.

<sup>10</sup> Glaser, **Nullum Crimen Sine Lege** , s.34; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler.**, s.159, Centel/ Zafer/ Çakmut, **Ceza Genel Hukukuna Giriş**, s.49.

<sup>11</sup> Önder, **Ceza Genel Hukuku**, Cilt I, s.106.



alan bir konu olmuştur.<sup>12</sup> Kanunilik ilkesi çalışmamızın 3. bölümünde ayrıntılı olarak değinileceği üzere birtakım temel esaslardan oluşmaktadır. Bu esaslardan ilki, kıyas yasağı (Lex Stricta), aleyhe yasanın geriye etkili olmaması (lex praevia), suç ve cezada belirlilik (lex certa) son olarak da yürütmenin düzenleyici işlemleri ile suç yaratamaması hususlarıdır.

## B. Kanunilik İlkesinin Tarihi Gelişimi

Doktrinde, toplumun usulüne uygun ve şekli nitelikte çıkarılmış kanunların himayesine henüz girmediği dönemlerde ilkeden söz edilemeyeceği yönünde görüşler yer almaktadır. Bunun yanı sıra, suçun karşılığı verilen cezanın toplumu korumak için toplum adına ve toplum yararına verildiğinin bilinmediği dönemlerde de ilkeden söz edilemediği görülmektedir.<sup>13</sup>

İlkenin adı Latince telaffuz edilse de kaynağı Roma Hukuku'na dayanmamaktadır.<sup>14</sup> Roma'nın ilk dönemlerinde hukuk kuralları uzun zamandan beri belirgin olmasına rağmen yazılı olmadığı görülmektedir. Bu durum özellikle de tamamen insan ahlakı üzerine temellenmiş olan ceza hukukunda daha da belirginleşmiştir.<sup>15</sup> Nitekim Romanın ilk hukuk kaynakları örf ve adetler olmuştur. Ortaya çıkan bir anlaşmazlığın çözümünde bunu çözmekle görevli kişinin içinde yaşadığı toplumun adetlerine ve adalet anlayışına göre karar verdiği görülmekle beraber her olayda aynı kararın alınması sonucunda örf ve adet ya da gelenek bir hukuk kuralı haline dönüşmüştür.<sup>16</sup> Örf ve adet hukukunun etkin olduğu bu dönemde kanunilik ilkesinin varlığından bahsetmek pek mümkün olmamaktadır. Bu gelenekçiliğin

<sup>12</sup>Glaser, "Nullum Crimen Sine Lege", s.29.

<sup>13</sup>Bazı yazarlar, ilkeyi biçimsel ve öze ilişkin şeklinde nitelendirmiş ve birtakım sonuçlar bağlamıştır. Biçimsel kanunilik ilkesine göre anti sosyal olsalar bile kanunun açıkça suç saymadığı hareketler cezalandırılmazken ikinci olarak ise kanunun açıkça suç saydığı hareketler, sosyal yönden tehlikeli olmasalar bile cezalandırılacaktır. Biçimsel kanunilik ilkesi ile sadece yazılı olmayan kaynakların değil kanun haricindeki bütün yazılı kaynakların da suç ve ceza yaratamayacağı kabulü olan tekelcilik ilkesinin kabulü sonucunu doğurmaktadır. Bununla birlikte öze ilişkin kanunilik ilkesinde ise kanunda açıkça öngörülmeseler dahi anti sosyal fiillerin suç sayılmaları ve bu fiillere cezaların uygulanması demek olup buna da sonuçlar bağlanmaktadır. Kanun tarafından açıkça suç olarak düzenlenmeseler bile sosyal yönden tehlikeli hareketler cezalandırılabilir buna karşılık kanun tarafından suç sayılsalar bile sosyal yönden tehlikeli olmayan hareketler cezalandırılmaz hareketlerdir. Bu ayrıma yüklenen sonuç ise fiile suç olma özelliğini veren sosyal tehlikelilik olup olmadığıdır. Ayrıntılı bilgi için bakınız Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku**, Ankara, Savaş, 1998, s. 14 vd. Karşı görüş için bakınız İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, s. 94.

<sup>14</sup> Jerome Hall, "Nulla Poena Sine Lege", **The Yale Law Journal**, Vol.47, No.2, 1937, s.165

<sup>15</sup> Thedore Nommsen, **Le Droit Penal Romain**, Tome Premier, Paris, Albert Fontemoing, 1907, s. 146.

<sup>16</sup> Andreas B. Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri**, Çev. Türkan Rado, Cilt 1, 7. bası, İstanbul, Doğan Kardeş, 1965, s. 52-53; Belgin Erdoğan/Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der, 2005, s. 39.; Ziya Umur, **Roma Hukuku-Tarihi Gelişim, Kaynaklar, Umumi Mevhumlar- Hakların Himayesi**, İstanbul, Fakülteler, 1984, s. 156 vd.

sonucu olarak her ailenin kendi içinde neyin suç olduğunu belirleme ve bunlar karşısında cezalandırma hakkına sahip olduğu söylenebilir.<sup>17</sup> Kamu hukukunun etkinlik kazandığı dönemlerde bu düşünce ve yaşayış tarzı değişmeye başlamış, cezalandırma yetkisi “coercitio” denilen magistralara bırakılmıştır. Magistralar, bu yetki ile emirlere karşı gelen kişileri hiçbir yargısal makama başvurmaksızın ve doğrudan cezalandırabilme yetkisine sahip olmuşlardır.<sup>18</sup> Magistraların coertico yetkisi ile bu tarz cezalandırma yoluna gitmesi de kanunilik ilkesinin henüz şekillenmediğini göstermektedir. Roma’da kanuniliğin 12 Levha Kanunları ile başladığı kabul edilir. Bilindiği gibi, 12 Levha Kanunları Roma’daki ilk kanunlaştırma hareketleridir. IX. Ve X. Levha ceza hukuku ile ilgili düzenlemelere yer vermektedir. Bunlar yeni kanun yapmamaktadırlar. Mevcut düzenlemeleri bir araya getirme hareketidir.<sup>19</sup> 12 Levha Kanunlarının ardından M.Ö. 509 tarihinde “Lex Valeria” kanunu kabul edilmiştir. Roma Hukuku döneminde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin temeli bu kanun ile atılmıştır.<sup>20</sup> Cumhuriyet döneminde kanun koyucu olan halk meclislerinin yanı sıra quaestiones denilen sorgu mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemeler suç ve cezanın belirlenmesi konusunda yetkinlik kazanmışlardır.<sup>21</sup> Ancak belirtmek gerekir ki, Roma’da “sıra dışı” suçların yargılanmasında sınırsız bir yargılama söz konusu olmuştur.<sup>22</sup> Bu nitelikte sayılan fiiller bakımından örf ve adet hukuku tekrar uygulanır hale getirilmiştir. Yine de, Hammurabi ve Roma Hukuku bir kısım kanun maddelerinde cezaların kanuniliği esasını belirlediği görülmektedir.<sup>23</sup> Ancak genel olarak Roma Hukuku’nda kıyasın serbest olduğu, Romalı hakimlerin kıyas yoluyla cezalandırma yetisine sahip olduğu, hakimin kendi görüşüne göre bir fiili suç saymasının ve cezalandırabilmesinin doğal olduğu sonuçlarına varılmaktadır.<sup>24</sup>

Antik Roma’da Corpus Iuris Civilis hem geriye yürümezliği hem de geriye yönelik olarak uygulanabilirliği kabul etmektedir. Sadece Antik Roma’da değil Constantine, Anastasius ve Justinian’ın Novellae’sinde ve daha sonraki hukuki düzenlemelerde daha ziyade geriye yürürlük etkisi görülse de bu ikili durum yer almaktadır.<sup>25</sup> İlkenin Roma hukukunda, vatandaşlar için sıkı bir şekilde bağlayıcı hale gelmesi, fiilin işlendiği sırada kanunen tanımlanmış suç ve cezanın verilmesini ısrarla savunan Sulla ile olmuştur.<sup>26</sup> Ceza

<sup>17</sup>Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri**, s. 198.

<sup>18</sup>Umur, **Roma Hukuku**, s. 26.

<sup>19</sup>Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri**, s. 54.; Nurcan İpek, “ XII Levha Kanunu”, **Argumentum**, Yıl 3, Sayı 34, s. 613-614.

<sup>20</sup> Umur, **Roma Hukuku**, s. 125.

<sup>21</sup> Mommsen, **Le Droit Penal Romain**, s. 64.

<sup>22</sup>Jerome Hall, “**Nulla Poena Sine Lege**”, s.165.

<sup>23</sup>Mokhtar, “**Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Propects**”, s.40.

<sup>24</sup> Öztekin Tosun, **Gazetecilik Enstitüsü İçin Suç Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1967, s.39.

<sup>25</sup> Mokhtar, “**Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Propects**”, s.42.

<sup>26</sup> **A.e.**, s.44.

kanunlarının geriye yönelik uygulanmasını yasaklayan Sulla'nın ardından ilke Yunan hukukunda da kabul edilmiştir. İ.Ö. 440'a kadar kanuni temeli olmayan ilke, ancak Augustus zamanında düzenlenen ceza kanunlarında yer bulmuştur.<sup>27</sup> Milattan Önce 18 y.y. Hammurabi Döneminde, 70'den fazla suç ve bunlar için belirlenmiş cezalar oluşturulmuştur. Bununla beraber Eski Mısır'da Horemheb döneminde devlet idaresinde yolsuzluk, rüşvet gibi suçlar için kanun düzenlemiş ve bu suçlara ilişkin cezalar kanunda da öngörülmüştür.<sup>28</sup> Antik Yunan Döneminde ise geriye yürümezlik ilkesinin uygulamalarda yer aldığı görülmektedir.<sup>29</sup> Kaynaklara göre, Antik Yunan ve Roma dönemi haricinde, Germen kabilelerinde oluşturulan ceza kanunlarında da ceza kanunlarının geriye yürümeyeceği ve kanunsuz ceza olmayacağına yer veren ifadeler rastlanmaktadır.<sup>30</sup> Bütün bunlara rağmen kanunilik ilkesinin uzun zaman sonucunda Roma Ceza Hukuku'nun belirli dönemlerinde etkili olduğu görülmektedir.<sup>31</sup>

Sonuç olarak, antik hukuk dönemlerinde de suçun, cezanın ve kimi hukuk sistemlerinde geriye yürümezlik ilkesinin var olduğu açık olarak görülmektedir. Buna ilave olarak her ne kadar ilkeye öncülük eden antik hukuk sistemleri var olsa da kıyas gibi diğer düzenlemeler ilkenin gelişimini engellemiş, zayıflatmış, sektelere uğramasına neden olmuştur.<sup>32</sup> Ancak 18.yüzyıl ve özellikle Fransız İhtilali, ilkenin tüm görünümünün birleştirici bir rol oynamış ve istikrarlı bir şekilde yerel hukuklarda uygulanmasının önünü açmıştır.<sup>33</sup>

İngiliz Hukukunda ilkenin göze çarpan ilk belirtisinin, 1164 tarihli Claredon Anayasasının tekrarı olan 1. Henry Çartırı döneminde olduğu görülmektedir.<sup>34</sup> Kanunilik ilkesinin 1188 yılında İspanya'da Don Alfons zamanında Manga Carta Libertatum'dan çok daha açık ve seçik belirtildiği de kaynaklarda yer almaktadır.<sup>35</sup> Ancak, ilkenin Manga Carta Libertatum'un özgür birisinin cezalandırılmasını yasaklayan 39. maddesinden türediği

---

<sup>27</sup> A.e.

<sup>28</sup> Hall, "Nulla Poena Sine Lege", s.165.

<sup>29</sup> A.e.

<sup>30</sup> Cherif Bassiouni, "Crimes Against Humanity In International Criminal Law", **Kluwer Law International**, 2nd edn, 1999, s.132. Kilise Hukuku'nda da ilke bazı nedenlerden ötürü kabul edilmemiştir. 27 Mayıs 1917 tarihli Corpus Iuris Canonici'nin (ilk kilise kanunu) 5. kitabı 2219. kanun 3. maddesine rağmen, cezalandırmanın mutlaka kanuna dayalı olması kabul edilmemiş, aksine kilisenin, ruhların kurtarılması savunuculuğunu yapan bir kurum olduğundan bahisle sıkı eğitim düzenlerine aykırılıklara istediği şekilde cezalandırma yetkisine sahip olduğu yönünde ifadeler rastlanmıştır.

<sup>31</sup> A.e., s.43.

<sup>32</sup> Mokhtar, "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Propects", s.47.

<sup>33</sup> A.e.

<sup>34</sup> Hall, "Nulla Poena Sine Lege", s.167.

<sup>35</sup> Asua'dan naklen Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, İstanbul, 1991, s.107.

savunulmaktadır.<sup>36</sup> Bu iddiaya karşın, Magna Carta'da yer alan özgür bir bireyin, ancak kanuni bir karar veya kanun gereğince tutuklanacağı ifadelerinden hareketle, maddenin bireyin dokunulmazlığını güvence altına aldığını, bu nedenle de usul hukukuna ilişkin olduğu yönünde ifadeler de sıklıkla dile getirilmektedir.<sup>37</sup>

İlkenin ilk kez kayıtlara geçişi kıtasal bir kongre olan 1774 tarihli Pheledelphia kongresine rastlamaktadır.<sup>38</sup> Daha sonraları çeşitli şekillerde eyaletlerin anayasalarına da girmeyi başarmıştır.<sup>39</sup> 1776 tarihli Amerikan Anayasaları olan Virginia ve Maryland Anayasalarında da ilkenin bulunduğu görülmektedir.<sup>40</sup> Bu Anayasa metinlerinde, kanunların geçmişe yürürlü olarak uygulanması yasaklanmıştır. 1789 Amerikan Anayasası 1. maddesi ex post facto çıkarılan ve eskiden işlenmiş suçlar hakkında uygulanan kanunların çıkarılmasını yasaklayarak, hemen hemen aynı esası kabul etmektedir.<sup>41</sup>

12 Ağustos 1880 tarihli Japon Ceza Kanunu olan "Keiho" "kanunsuz suç olmaz" ilkesini kabul eden bir düzenlemeye yer vermişken, yeni kanun olan "Kaisei-Keiho" bunun aksine, düzenlemeyi madde metinlerinde yansıtmamıştır. Bunun nedeni, söz konusu ilkenin yeni kanunun yayınlanmasından önceki 1933 tarihli Anayasa'da 23. madde ile düzenlenmiş olmasıdır.<sup>42</sup>

18. yüzyıldan çok daha önce, bazı suçları ve cezalarını gösteren kanunlar meydana getirildiği görülmekteyse de bütün bunlara rağmen kanunilik ilkesinin olumlu ve olumsuz yanları ve içeriği ile bir nevi hukuk felsefesi prensibi olarak ortaya çıkabilmesi için 18. yüzyılın sonuna kadar gelmek gerekmiştir. İlkenin 18. yüzyıl sonunda hukuki biçimde açıklanmış bulunmasını hiç şüphesiz o zamana kadar uygulanmakta bulunan ceza usullerinde şiddete ve suiistimallere karşı gösterilen bir tepki şeklinde anlamak gerekir.<sup>43</sup> Kuralın bugünkü anlamını veren fikri gelişim ve açık bir halde ortaya konuşu Montesquieu sayesinde olmuştur. Devlet kudreti ile bireyin özgürlüğü arasındaki sınırın ancak kanun tarafından çizilebileceği, bireyin kanunun yasaklamadığı her şeyi yapabileceği yolundaki görüşü ile Montesquieu, kuralın esasını oluşturan fikri dile getirmiştir. Montesquieu, üç kuvvetin ayrılığı

<sup>36</sup> Glaser, "Nullum Crimen Sine Lege", s.29.

<sup>37</sup> Uğur Alacakaptan, **İngiliz Hukukunda Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi**, Ankara, 1958, s.4.

<sup>38</sup> Glaser, "Nullum Crimen Sine Lege", s.29.

<sup>39</sup> A.e.

<sup>40</sup> İçel/Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s.75; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara, Seçkin, 2006, s.103.

<sup>41</sup> Dönmezer/Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s.20.

<sup>42</sup> Glaser, "Nullum Crimen Sine Lege", s.32

<sup>43</sup> A.e., s.97

kuramı ile kıyaslamayı hatta yorumu reddetmiş, gerek kıyaslamanın gerek yorumun yargıcın kanun koyucuya ait alana ve sonuç olarak özgürlüğünün güvencesine tecavüz demek olduğunu savunmuştur.<sup>44</sup> Montesquieu'ya göre kişi özgürlüğünün güvence altına alınabilmesi, ancak devletin müdahale alanının sınırlarının belirlenmesine bağlıdır yani kişi özgürlüğüne getirilecek sınırlar ancak kanunlarla yapılmalıdır.<sup>45</sup>

Montesquieu'dan sonra Beccaria'nın da aynı fikirleri daha farklı bir yorumla açıkladığı görülmektedir. Beccaria'nın Suçlar ve Cezalar Hakkında isimli kitabının Sonuçlar bölümündeki ifadelerine göre, suçlara ilişkin cezalar yalnızca kanunlarla belirlenebilecektir. Bu otoritenin kaynağını toplumsal sözleşmeyle birleşmiş bütün toplumu temsil eden kanun koyucunun kendisi oluşturmaktadır. Toplumun aynı zamanda bir üyesi olan hakimin, aynı toplumun bir başka üyesini, adalet adına kanun tarafından öngörülmece cezalara çarptıramayacağını savunmuş, kanunlar tarafından saptanmış sınırı aşarak arttırılmış bir cezaya hükmetmesinin de haksız olduğunu ifade etmiştir.<sup>46</sup> Hakimlerin, kanunu yorumlama yetkisine sahip olmadıklarını çünkü kendilerinin kanun koyucu gibi hareket edemeyeceklerini de vurgulamıştır. Beccaria'ya göre, bu tutum kanun tarafından belirlenen cezaya bir başka ceza eklemek demektir. Bu bağlamda, hakimin görevi bir kimsenin kanuna aykırı bir fiil işleyip işlemediğini belirlemekten ibarettir. Bunun dışında, hakimin, kanunu lafzına göre değil ruhuna göre uyarlaması kadar tehlikeli bir şey olamaz. Her insanın başka bir görüşünün olması hatta her insanın görüşü her zaman aynı olmaması karşısında, kanunun ruhu, bir hakimin iyi veya kötü mantığına göre değişecektir. Bu nedenle, ceza kanununa aynen uymadan doğacak bir düzensizlik, yorumdan doğacak düzensizlikten daha az zararlı bir durumdur.<sup>47</sup> Daha sonraları, bu suretle oluşmaya başlayan kuralı Latince bir cümle ile “ Nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege” şeklinde adlandırılan Feuerbach, o zamana kadar daha çok siyaset ve anayasa ilkesi halinde savunulan kuralı tamamıyla hukuki bir esas haline getirmiştir.

### **C. Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi İle İlgili Diğer Ülkelerdeki Düzenlemeler Ve Uluslararası Metinlerde Kanunilik İlkesi**

---

<sup>44</sup> A.e., s. 94.

<sup>45</sup> Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.103.

<sup>46</sup> Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, İstanbul, İmge, 2004, s.31.

<sup>47</sup> Erem/Danışman/Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.95; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.160.

## 1. Diğer Ülkelerdeki Düzenlemeler

İlke, Avrupa'da ilk defa Fransız İhtilali'nden 2 yıl önce, 1787 tarihli Avusturya Ceza Kanunu'nda yer almışsa da<sup>48</sup> ceza hukukuna hakim bir ilke olarak ceza kanunlarına girmesi yolundaki ilk adım, 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin 8. maddesi ile atılmıştır.<sup>49</sup> İlkenin, 1930 İtalyan Kanunu'nun 1. maddesinde, 1998 tarihli Polonya Kanunu'nun 1. ve 3. maddelerinde, 1933 Letonya Kanunu'nun ve 1940 Brezilya Kanunu'nun 1. maddelerinde benimsendiği görülmektedir.<sup>50</sup> İspanya'da modern anlamda 1 Temmuz 1848'de yürürlüğe giren ancak 1870'de değişikliklere uğrayan ceza kanununun en önemli özelliği suçta kanunilik ilkesini ilga etmesi ve sadece lehe kanunun geçmişe etkili olacağını belirtmiş olmasıdır.<sup>51</sup> Ancak 1928 kanununa gelindiğinde, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin benimsendiğini, genişletici yorumla kıyasın yasaklandığını, lehe kanunun ancak sanık itiyadi suçlu olmadığı takdirde geçmişe etkili olması kabul edilmiştir.<sup>52</sup>

İlkenin birçok hukuk sisteminde kabul edilmesine rağmen, buna aykırı hükümler içeren ceza kanunlarının düzenlendiği de görülmektedir. 15 Nisan 1930 tarihinden 1 Ocak 1933 tarihine kadar geçen süreç içerisinde Danimarka Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde kıyas kabul edilmiştir. Madde, kanunun açık olarak belirttiği veya kanunda gösterilen fiillere tamamıyla benzetilebilir nitelikteki hareketlerin yanında Danimarkalı kanun koyucu tarafından öngörülebilir nitelikteki cezalandırılabilir fiillerin de cezalandırılacağını belirterek suçların kıyas yoluyla genişletilebilmesine olanak tanımıştır.<sup>53</sup>

Sovyet Hukukunda da bir dönem kıyas kabul edilmekle beraber daha sonraki düzenlemelerle kıyas yasağı kanunlarda yerini almıştır. 1917 yılı ihtilali ile yıkılan Çarlık Rusya'sından sonra bir müddet Çarlık Rusya'sının kanunları uygulanmaya devam etse de 30 Kasım 1918 tarihli bir kararname ile çarlık devrinin bütün kanunları kaldırılmıştır.<sup>54</sup> 1922

<sup>48</sup> Hakkı Demirel, "Suçların ve Cezaların Kanuniliği Prensibi", **Türkiye Noterler Birliği**, sayı:21, 1979, s.38; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.161.

<sup>49</sup> Dönmezer/Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s.20; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.103; İçel/ Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s.75.

<sup>50</sup> Dönmezer/Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s.25.

<sup>51</sup> Sahir Erman, "İspanyol ve İtalyan Ceza Kanunlarında yenileştirme," **İHFM**, C. 45-46-47, 1979,1980,1981, s.841.

<sup>52</sup> **A.e.**, s.842.

<sup>53</sup> Dönmezer/Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s.24; Glaser, **Nullum Crimen Sine Lege**, s.32; İçel/Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s.77.

<sup>54</sup> Öztekin Tosun, " Suçların Kanuniliği Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku," **İHFM**, C.XXX, 1964, s.23; İçel/Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s.77.

yılında kabul edilen ilk Sovyet Rusya Federe Cumhuriyeti Ceza Kanununun 10. maddesi kıyası kabul etmiştir. Her ne kadar federe devletlere istedikleri şekilde kanun yapmaları imkanı tanınsa da mevcut düzeni koruma amacıyla birtakım önemli konuların bütün federe devletlerde aynı olması yönünde 1924 yılında ceza ve ceza usul hukuku temel prensipleri kabul edilmiştir ve 1936 tarihli ceza kanununda da aynı düzenleme korunmuştur.<sup>55</sup> Kanunun, kıyasa ilişkin 16. maddesinde, sosyal bakımdan tehlikeli fiillerin ceza kanunu tarafından öngörülmemesi halinde dahi, sorumluluğun temelleri ve sınırları gibi sosyal koruma tedbirlerinin de, mahkeme tarafından, içerikleri ve önemleri bakımından benzer suçları öngören ceza kanunu maddelerinin kıyasen uygulanacağını açık bir biçimde düzenlemiştir.<sup>56</sup> Daha sonraki dönemlerde, Sovyet hukukçuların hazırladığı ve kıyası kaldıran 1938 tarihli ceza kanunu projesi çeşitli engeller nedeniyle ancak 25 Aralık 1958 tarihinde kabul edilebilmiş ve 27 Ekim 1960 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Prensipin “suç” başlığı taşıyan ikinci kısmının ilk maddesi olan 7. madde, suç kavramının tanımını yapmış, ceza kanunu tarafından öngörülen sosyal bakımdan devlete ve kişilere zarar veren fiilleri suç saymıştır. Ayrıca, kanunda öngörülmüş kriterlere uymasına rağmen önemsizliği sebebiyle sosyal bakımdan tehlikeli olmayan fiillerin suç olarak kabul edilemeyeceğini de madde metninde yer vermiştir.<sup>57</sup> Ancak ceza kanunu tarafından öngörülen sosyal bakımdan tehlikeli bir fiili kasten veya kastı olmayarak işlemiş olan ve bu nedenle bir suçtan dolayı sorumlu durumuna giren kimsenin ceza sorumluluğunun olabileceği ve cezalandırılabilmesi Rusya Ceza Kanunu’nun 3. maddesinde açık bir biçimde ifade edilmiştir.<sup>58</sup>

Alman Hukukunda ilke, ilk kez Feuerbach’ın 1813 tarihinde hazırladığı Bavarian kanun tasarısında yer almıştır. Ancak, tasarının kanunlaşmaması nedeniyle, 1818 Bavaria ve 1819 Wurthenberg Anayasalarında olduğu gibi, ilkenin ancak eyalet anayasaları ile yürürlüğe girdiği görülmektedir. Daha sonrasında, kanunsuz ceza olmaz kuralı 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu ile 1919 Alman Anayasası’nda yerini almıştır.<sup>59</sup> Ayrıca, 1909, 1913, 1919 ve 1925 Alman Ceza Kanunu tasarıları da kıyas yasağına yer vermektedir.<sup>60</sup> Bu kanunlara göre “suç

---

<sup>55</sup> Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku”, s.23; İçel/Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s.77.

<sup>56</sup> Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku”, s.23.; Glaser, “Nullum Crimen Sine Lege”, s.32.

<sup>57</sup> Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku”, s.26.

<sup>58</sup> Dönmezer/Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s.25.

<sup>59</sup> Hall, “Nulla Poena Sine Lege”, s.169. Her ne kadar, 1794 Prusya Kanunu “hukuk tarafından yasaklanmayan fiili hareketlerin ve ihmallerin suç olarak sayılmayacağı”nı düzenlemişse de buradaki hukuktan kasıt doğal hukuk olarak anlaşılmaktadır.

<sup>60</sup> Hall, “Nulla Poena Sine Lege”, s.169.

işlendiği zamanda konulmamış olan cezalarla kimse cezalandırılmaz.” Bu ifade şekli kanunsuz ceza olmaz kuralı ile ceza kanunlarının geçmişe etkisizliği kuralının bir arada ifade edildiği anlamını taşımaktadır. Bu iki kuralın ceza hukukunun gelişiminde aynı fikri akımdan etkilenmiş olarak ortaya çıktığı açık olmakla beraber teknik yapıları bakımından iki ayrı kural olarak ele alınmaktadır.<sup>61</sup> 1933’den itibaren kanunlar ki özellikle ceza kanunu tamamıyla yeniden düzenlenmiştir.<sup>62</sup> Alman Ceza Kanunu’nun 2. bölüm 2. paragrafına ek olarak, açıkça cezalandırılacağı belirtilmemiş fakat ahlaken uygun olmayıp cezalandırılması adil olan, yargıcın kanundaki başka bir düzenlemeye benzer olan durumlarda cezalandırma yapabileceği, dolayısıyla kıyasın uygulanabileceği hükmü getirilmiştir.<sup>63</sup> 28 Haziran - 1 Eylül 1935 tarihleri arasında kanunda değişikliğe gidilmiştir. Buna göre, kanunen cezalandırılabilen fiillerin yanı sıra ceza hukukunun temel ilkelerine ve sağduyusuna göre cezalandırılmayı hak eden fiiller de cezalandırılmalıdır. Bunun yanında eğer fiil hiçbir kanuna göre doğrudan cezalandırılmıyorsa, fail fiiline en uygun ceza ile cezalandırılacaktır.<sup>64</sup> İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra, Almanya işgali ile Nasyonal-Sosyalist rejim sona erince, Müttefikler Kontrol Komisyonu tarafından düzenlenen 20 Eylül 1945, 30 Ocak 1946 ve 20 Haziran 1947 tarihli kanunlarla Alman Ceza Kanunu değiştirilmiş, söz konusu hükümler de ortadan kalkmıştır.<sup>65</sup> 12 Ocak 1968 tarihli Alman Ceza Kanunu’nun 4. maddesi 3. fıkrasında kanunilik ilkesi benimsenmiş, kanunların geçmişe yürürlük yasağı ve kıyas yasağı açık bir düzenleme ile belirtilmiştir. 13 Kasım 1998 tarihinde Federal Hukuk Gazetesi’nde neşredildiği üzere Alman Ceza Kanunu’nun 1. maddesi kanunilik ilkesine yer vermiş, işlenmeden önce kanunda suç olarak düzenlenmeyen fiillerden ötürü kişinin sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir.<sup>66</sup>

Son dönemlerde kurumsal, anayasal, usuli birtakım değişikliklere tanıklık eden İngiliz Hukuku bakımından, hala eksikliğin hissedildiği noktalardan birisi de Ceza Hukuku’nun ihtiyacı olan modern, kapsamlı, kabul edilebilir, geçerli, genel hükümler içeren, kısaca yazılı

---

<sup>61</sup> Erem/Danışman/Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.93.

<sup>62</sup> Dönemin Prusya Adalet Bakanı olan ve kanunun hazırlanmasında çalışmalarda bulunmuş olan Hans Kerl’in hatıra serisi olarak basılan yazılarında yeni ceza kanununun başlangıç planında ilkenin, sosyal güvenliğin zarara uğraması karşısında sıkı bir şekilde uygulanamayacağı ifadeleri yer almaktadır. Glaser, “**Nullum Crimen Sine Lege**”, s.33.

<sup>63</sup> **A.e.**

<sup>64</sup> **A.e.**

<sup>65</sup> Dönmezer/Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s.26; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.50.

<sup>66</sup> German Criminal Code, (çevrimiçi) <http://www.iuscomp.org/gla>, 3 Ocak 2007.



ceza kanununun eksikliğidir.<sup>67</sup> 20. yüzyılda doktriner gelişimler ve sistematikleştirme eğilimleri, Criminal Justice Act, Malicious Damage Act, Offences Against The Person Act gibi kanunlaştırma hareketlerinin başlamasına neden olmuştur.<sup>68</sup> Bu aşamaya gelmeden önce belirtmek gerekir ki, İngiliz Ceza Hukuku'nda İngiliz hakimi uzun yıllar boyunca yeni suç ihdasında bulunmuştur. Toplum için çok önemli sayılan suçlar hakim kararları ile ortaya konmuştur. Ancak daha sonraları suç ve cezaların kanunlarla düzenlenmesi ve hakimlerin yeni suç kategorileri oluşturma faaliyetlerindeki azalma hatta durma kanunun başlıca kaynak olmasına neden olmuştur.<sup>69</sup> Aynı olay hakkında emsal kararları o kadar artmıştır ki yargıcın yeni bir olayda kıyaslamaya başvurması imkansız hale gelmiştir. 18.yy'ın başından beri İngiltere'de de İngiliz Yargıtay'ının mahkemeleri bağlayıcı kararlar vermesi, hakimlerin yeni suç tipleri ortaya çıkarmasına engel olmuştur.<sup>70</sup> Göreneğe dayanan kuralların resmi bültenlerde (Law reports cox criminal cases) toplandığı ve bunların adeta bir mevzuat görevi gördüğü düşünülürse bu çeşit bir örnek bu çeşit bir görenek hukukunun her türlü keyfi takdiri önleyebileceği anlaşılır. İngiliz gelenek görenek hukukunun yanında her geçen gün gittikçe artan yazılı bir hukuk oluşmakta ve birçok suç açık metinlere de geçmektedir.<sup>71</sup>

Tüm bu yeni gelişmelerin tarihsel kaynağı, 19. yüzyılda başlayan ve doktrin tarafından tartışılan kanunlaştırma hareketlerinde bulunmaktadır. 1818 tarihinde Lordlar Kamarasının İngiltere'deki ceza kurallarının birleştirilmesi amacıyla bir hukuk komisyonunun oluşturulması çabası sonucunda, 1831'de ceza hukukunun kanunlaştırılmasının mümkün olup olmadığını araştırmak için bir komisyon kurulmuştur. 1835 tarihinde ve ardındaki 10 yılda seçilen komisyon tarafından yaklaşık 8 tane rapor düzenlenerek ceza kanunu tasarısı oluşturulsa da daha sonra bu tasarı iptal edilmiştir. 1866 tarihlerinde, Avam Kamarasının başsavcısının "Elbette, herhangi bir konuda hukuku bilmek isteyen birisinin Russel On Crime ya da Archold gibi uzun ve kapsamlı kitaplar yerine, birkaç iyi ve akıllıca düzenlenmiş cümlelerle açıklanmış kanunun ilgili sayfasına dönüp yapacağı araştırmayla aradığını bulması istenen bir durumdur." şeklindeki ifadeleri kanunlaştırma hareketlerinin hızlanmasına

---

<sup>67</sup> By The Rt. Hon. Lord Bingham Of Cornhill, "A Criminal Code: Must We Wait For Ever?" **Criminal Law Review**, 1998, s.694.

<sup>68</sup> David Feldman, **English Public Law**, Oxford English Law, Oxford University Press , chapter 24, prg. 1.

<sup>69</sup> Ancel'den naklen Alacakaptan, **İngiliz Hukukunda Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi**, s.71.

<sup>70</sup> Turhan Tufan Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri**, Manisa, Şafak, 1982, s.56. İngiliz Ceza Hukuku common law, kanunlar ve doktrinden meydana gelmektedir. Kanunlardan önce common law ve doktrin İngiliz Ceza Hukuku'nun yazılı olmayan kısmını oluşturmuşlar, bunların da mahkeme kararları ile tamamlanmasından daha sonra Criminal Justice Act gibi yazılı ceza kanunlarını meydana getirmişlerdir. Bazı suçlar common law, bazı suçlar ise statute law ile belirlenmiştir. Selahattin Atalay, "İngiliz Hukukunda Suç ve Ceza", **Adalet Ceridesi**, C.69, Yıl 1978, s.167.

<sup>71</sup> Alacakaptan, **İngiliz Hukukunda Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi**, s.54.

neden olmuştur.<sup>72</sup> Bunu takiben, 1879’da seçkinlerden oluşan kraliyet komisyonunun 550 maddelik ceza kanunu tasarısı, 1844-1882 tarihleri arasında da bir kanun oluşturma teşebbüsleri başarısızlıklarla sonuçlanmıştır.<sup>73</sup>

1965 yılında, İngiliz ve Galler hukukundaki gelişmeler göz önüne alınarak, ceza hukukunun kanunlaşması gerektiği tekrar tartışma konusu olmuştur. Bunun üzerine 1985 yılında, Prof. Sir John Smith, kanun yapılmasının hukukun bu bölümüne tutarlılık getirebileceğini, kanunlaştırmadan yana olduğunu çünkü nizamsız bir sistemi küçültüp, irrasyonel ayrımları ortadan kaldırıp, hukuku kapsamlı, kabul edilebilir ve mutlak hale getirilmesinin ancak bu yolla mümkün olabileceğini, mantıksız ayrımların adaletsizlik anlamına geldiğini, iki kişi arasında başka başka gösterilen muamelenin adaletsiz bir zemin oluşturduğunu belirtmiştir.<sup>74</sup> Kanunlaştırmanın hukuka mutlaklık kazandıracağı da doktrinde sıklıkla ileri sürülmüştür. Kanunlaşmanın olmadığı durumlarda, kişi, işlemiş olduğu davranışın o esnada uygulamada hiç suç teşkil etmemesine rağmen, yapılan yargılama sonucunda bu davranış nedeniyle suçlu olabilecek, bu da kaçınılmaz olarak adaletsiz bir duruma neden olacaktır.<sup>75</sup> Bu açıklamaların ardından kurulan komisyon tarafından bir kanun yayınlanmış, 1989’da bu tekrar gözden geçirilerek genişletilmiştir. Ancak, tasarı parlamentonun zamansızlığı, kanunun muhtevası ve amacına olan güvensizlik dolayısıyla kanunlaşmamıştır.<sup>76</sup>

Günümüzde yazılan İngiliz kaynaklarında “kanunilik” kavramının ifade edildiği görülmektedir.<sup>77</sup> Yine de, İngiliz hukukunun kanunilik ilkesinin sonucu olan ilkelerden belirlilik ilkesini kabul etmediği gibi diğerleri konusunda da tartışmalı kararlar verildiği görülmektedir.<sup>78</sup> 1996 tarihli Preddy davasında Lordlar Kamarasının 1968 tarihli Hırsızlık Kanunu’nu dar yorumlaması ancak 2001 tarihli Hinks davasında kanunda yer alan tanımın

---

<sup>72</sup> A.e., s.695.

<sup>73</sup> By The Rt. Hon. Lord Bingham Of Cornhill, “A Criminal Code: Must We Wait For Ever?”, s.694.

<sup>74</sup> Codification of the Criminal Law’dan naklen By The Rt. Hon. Lord Bingham Of Cornhill, A Criminal Code: Must We Wait For Ever? , s.695.

<sup>75</sup> A.e., s.696.

<sup>76</sup> A.e., s.697.; Ayrıca, İngiliz Hukukunda Kanunilik İlkesinin Gelişimi için bakınız: Roderick Munday, “İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi”, Çev. Zeynel T. Kangal, İÜHFİM, Cilt LXI, Sayı 1-2, 2003, s. 414 vd.

<sup>77</sup> Michael Jefferson, Criminal Law, Sixth edition, Pearson, Longman, s. 3. Husak yasallık teriminden dört ilkenin türediğini ifade etmektedir. Buna göre, (1)kanunlar belirsiz olmamalıdır. (2)kanuni düzenlemeler failin aleyhine geçmişe yürürlü olamaz. (3) hakimler yeni suç yaratamazlar. (4) Ceza Kanunları dar yorumlanmalıdır.

<sup>78</sup> A.e.

sınırlarını genişleterek adet kıyas yapması uygulamada görülen bir durumdur.<sup>79</sup> Bunun yanı sıra yargıçların ceza sorumluluğunun sınırlarını genişlettikleri de görülmektedir. 1995 tarihli Clegg davasında yargıçların kanunu fail lehine yorumlamaktan imtina ederken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne de konu olan R. Davasında kocanın karısı üzerine işlediği cinsel saldırı fiilini daha önceleri suç olarak kabul edilmemiş ve kanunda düzenlenmemesine rağmen fiilin işlenmesinden sonra suç olarak düzenlenen kanun değişikliği failin aleyhine geriye yürürlü olarak uygulanmış ve sanık suçlu bulunmuştur. Bunun gibi sayısının birçok olduğu yargı kararı bulunmaktadır.<sup>80</sup> Şunu da belirtmek gerekir ki mahkeme kararlarında ceza kanunlarının yürürlüğe girdikten sonraki olaylara uygulanacağı ilkesini koyan bir kanun maddesi olmamasına rağmen mahkemelerce bu yönde uygulanmaktadır. Bununla birlikte lehe kanunun geriye yürüyeceğine ilişkin de bir kural mevcut değildir. Ancak usul kanunlarında mevcut değişiklik aleyhe durum meydana getirirse dahi yeni kanun devam eden usul işlemlerine uygulanması söz konusudur.<sup>81</sup>

İngiltere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne 1951'de taraf olmuş, 1998 İnsan Hakları Kanunu – Human Rights Act- ile iç hukukuna yansıtmıştır. Bu kanun 1 Ekim 2000'de yürürlüğe girmiştir. Bütün bu tarihsel gelişim ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin iç hukuka yansımaları ve bağlayıcı olması nedeni ile yerel mahkemeler kanunların geçmişe yürümezliğini de kapsayan kanunilik ilkesini dikkate almak zorundadırlar.

İlkenin anayasalarda ifade edilmiş olmasının çok önemli sonuçları vardır. Her şeyden önce, Anayasa mahkemeleri, çıkarılan ceza kanunlarını, ihdas edilen suçların tarifleri itibarıyla kontrol edebilecekler ve tariflerin, unsurların açık ve kesin olmadığı kanunu iptal edebileceklerdir.<sup>82</sup> Günümüzde hemen hemen bütün ceza kanunları ve anayasalarda kanunilik ilkesi çeşitli şekillerde ifade edildiği görülmektedir. Yürürlükte olan, Belçika Ceza Kanununun 2. maddesi, Bulgaristan Ceza Kanunu'nun 64. maddesi, Fransız Ceza Kanununun 4. maddesi, İtalyan Ceza Kanunu'nun 2. maddesi, Belçika Anayasası'nın 14. maddesi, Fransa Anayasası'nın 68. maddesi, İtalya Anayasası'nın 25. maddesi, Yunanistan Anayasası'nın 75. maddesi, Hollanda Anayasası'nın 16. maddesi, İspanya Anayasası'nın 25. maddesi, İsveç Anayasası'nın 10. maddesinde ilke açık bir şekilde düzenlenmiştir. Hatta bu anayasalardan

<sup>79</sup> Jefferson, **Criminal Law**, s. 620.

<sup>80</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız: Jefferson, **Criminal Law**, s.621.

<sup>81</sup> Maxwell'den naklen Alacakaptan, **İngiliz Hukukunda Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi**, s.57.

<sup>82</sup> **A.e.**

bazılarının madde başlıkları dahi “nullum crimen sine lege nulla poena sine lege” şeklinde düzenlenmiştir.<sup>83</sup>

## 2. Uluslararası Metinlerde Kanunilik İlkesi

İlke, anayasalar ve kanunların üstünde, devletlerarası hukuka kaynak teşkil eden genel bir ilkedir.<sup>84</sup> Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin 11. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ilkeye göre; hiç kimse, işlediği zaman ulusal ya da uluslararası hukuk çerçevesinde bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem ya da ihmalden ötürü suçlu sayılamayacaktır. Bunun gibi, suçun işlendiği zaman uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza da verilemeyecektir.<sup>85</sup>,  
86

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesinin 1. fıkrasında da ifade edildiği üzere,<sup>87</sup> hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ya da uluslararası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir eylem ya da ihmalden ötürü suçlu bulunamayacaktır. Bir suça, işlendiği zaman verilebilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyecektir. Bir suçun işlenmesinden sonra, yasa ile bu suç için daha fazla bir ceza öngörülür ise, suçlu bundan -daha hafif cezadan- yararlanacaktır.<sup>88</sup>

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin<sup>89</sup> (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) 7. maddesi de kanunilik ilkesini düzenleyerek, ilkenin uluslararası hukuktaki genel prensipler içindeki yerini daha da güçlendirmiştir.<sup>90</sup> Sözleşmenin 7.

<sup>83</sup> Kanun madde metinleri için bakınız: (Çevrimiçi) <http://www.servat.unibe.ch/law/icl>, 15 Mayıs 2007.

<sup>84</sup> Dönmezer/Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s.23.

<sup>85</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, Cilt IV, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi, 2004, s.9.

<sup>86</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10/12/1948 tarih ve 217 A (III) sayılı kararla kabul edilmiştir. Savaş Zamanında Sivil Halkın Korunması Hakkında Cenevre Antlaşmasının 12. maddesi'nde yer alan işgal kuvvetlerince konulan suç ve ceza hükümlerinin ancak işgal olunan devlet halkının kendi dillerinde bu hükümleri öğrenebilmeleri amacı ile yayınlanmaları durumunda yürürlüğe gireceği ve geçmişe uygulanamayacakları belirtilmiştir. (Çevrimiçi) <http://www.un.org/Overview/rights.html>, 9 Haziran 2007.

<sup>87</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16/12/1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararla kabul edilmiştir, 23/03/1976 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. (Çevrimiçi) <http://www.belgenet.com/arsiv>, 9 Haziran 2007.

<sup>88</sup> Gemalmaz,, **İnsan Hakları Belgeleri**, s.79.

<sup>89</sup> 1982 Anayasası 90.maddesi 5.fıkrası ile usulüne göre konulmuş Milletlerarası Antlaşmaları kanun hükmünde saydığından bahisle yukarıda yer alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Evrensel İnsan Hakları Bildirisi ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi Türkiye Cumhuriyeti'nde kanun hükmünde sayılmaktadır.

<sup>90</sup> Sözleşme, 20/03/1950'de Roma'da imzalanmış, 03/09/1952'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi 18/05/1954'de onaylamış ve 19/03/1954' de 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayınlamıştır.

maddesine göre, hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemeyecektir. Yine maddenin devamında, hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilmeyeceği öngörülmüştür.

Ancak, 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.<sup>91</sup>

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>92</sup>'nin 9. maddesi de fiilden sonra yürürlüğe giren kanunların geriye yürümeyeceğini düzenlemiştir. Hiç kimse, işlendiği zaman yürürlükte olan kanun uyarınca bir suç teşkil etmeyen herhangi bir eyleminden ya da ihmalden ötürü mahkum edilmeyecektir. Suç işlendiği zaman uygulanabilir olandan daha ağır olan bir ceza da verilmeyecektir. Suçun işlenmesinden sonra çıkarılan kanun daha hafif bir ceza verilmesini öngörüyor ise, suçlu kişi bundan yararlanacaktır.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı da ilkeyi düzenlemiştir. Şart'ın 7. maddesinin 2. fıkrası, hiç kimsenin işlendiği zaman yasal olarak cezalandırılabilir bir suç oluşturmayan bir eylem ya da ihmalden ötürü cezalandırılmayacağını açıkça ortaya koymuş, işlendiği zaman o konuda herhangi hüküm öngörülmemiş bulunan bir suç için hiçbir ceza verilemez ifadeleri ile cezaların kanuniliğini düzenlemiştir.

## **II. KURALIN TÜRK HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ**

### **A. Türk Anayasalarında Durum**

#### **1. Cumhuriyet Öncesi Dönem**

---

<sup>91</sup> “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, (çevrimiçi) <http://www.belgenet.com>, 19 Ekim 2006.

<sup>92</sup> (Çevrimiçi) [http://www.hrcr.org/docs/American\\_Convention](http://www.hrcr.org/docs/American_Convention), 9 Haziran 2007.

Hukumumuzda kuralın gelişimi, batı hukukuna oranla çok daha yenidir. Dini esas ve kuralların uygulandığı dönemde, ülkemizde bugünkü anlamda kanunilik ilkesinden bahsetmek söz konusu değildir.<sup>93</sup> Cumhuriyet Öncesi dönemde bireylere İslam Ceza Hukuku ilkeleri uygulandığı görülmektedir. Osmanlı kaynaklarında bazı suçların karşılıklarında cezalar gösterilmekle beraber topluma zarar veren her fiilin fıkıhta gösterilmemesine rağmen cezalandırabilmesi, kamu yararına bazı suçların tahsis edilmesi söz konusudur.<sup>94</sup> Ancak, bu uygulamaya karşın Osmanlı Hukuku'nda kanunilik ilkesinin yeri olduğuna dair bazı ifadeler de yer almaktadır. Her ne kadar bütün suçlar bakımından olmasa da bir fiilin suç olarak belirtilmesi ve karşılığında verilecek cezaların da gösterilmesi ve buna ilişkin uygulamada örneklerin rastlanması, kanunilik ilkesinin varlığına işaret ettiği doktrinde savunulan bir görüştür.<sup>95</sup> Osmanlı Devletinin ilerleyen dönemlerinde, kanunlaştırma hareketleri ile birlikte kanunnameler ve fıkıh kitapları yazılı hukuk kaynakları olarak kabul edilmiş, mecelle düzeyinde kanunlaştırma hareketleri görülmüş, cezalara ilişkin hükümler bu kararnamelerde belirlenmiştir. Ayrıca Kur'an-ı Kerim ve sünnetlerde de bazı suçların açıkça yer alması ve yaptırımlarının ne olduğuna ilişkin ifadelerin kullanılması (adam öldürme, hırsızlık, zina, yol kesme, içki içme gibi) kanunilik ilkesine örnek olarak gösterilmiştir.<sup>96</sup> Bu bağlamda, ilkenin içeriğinde bulunan, kanunların açık ve kesin olması ilkesi de irdelenmiş, kıyas Osmanlı Hukukunda genellikle kabul edilmiş, suç ve cezaların geçmişe yürürlü olması ise reddedilmiştir. Ayrıca, failin lehine olan kaynakları geçmişe yürürlü olarak uygulanmasına ilişkin bazı düzenlemelere de rastlanmıştır.<sup>97</sup> İdarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza düzenleyip düzenleyemeyeceği konusunda da kitap ve sünnet bir nevi yasama fiilleri şeklinde ele alınmış, bazı suçlar bakımından ise yargının ve idarenin takdir hakkı bulunduğu belirtilmiştir.<sup>98</sup>

1839 tarihli Gülhane Hattı Hümayun'unda, ilkeye gönderme yapılmak suretiyle ilk kez değinilmiştir.<sup>99</sup> 1876 Anayasası'nın 10. maddesi ile hiç kimsenin kanunun belirlediği sebep ve suretten başka bir neden ile tutuklanamayacağını ve cezalandırılmayacağı ifade edilmek

---

<sup>93</sup> Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, İstanbul, 1991, s.108.

<sup>94</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.163.; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.113.

<sup>95</sup> Bayram Demir, "İslam Ceza Hukuku'nda Kanunilik İlkesi", **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001, s.115.

<sup>96</sup> **A.e.**, s.149.

<sup>97</sup> **A.e.**, s.177.

<sup>98</sup> **A.e.**, s.216.

<sup>99</sup> Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.113.

suretiyle ilkeye ilk kez açık bir düzenlemede yer verilmişse de 1909 değişikliği ile maddenin 2. fıkrası genişletilmiş, hiç kimsenin, kötü olarak nitelendirilen fiillerden ve kanunun belirlediği sebep ve suretten başka bir neden ile tutuklanamayacağı ve cezalandırılmayacağını belirterek, kanunilik ilkesi sekteye uğratmıştır. Kanun maddesi bu şekli ile bir nevi şeriatın yasakladığı fiillerin de cezalandırılmasına olanak tanımıştır. Ayrıca, 113. maddenin padişaha, idari soruşturması sonucu, hükümetin güvenine zarar verdikleri ve bozdukları kesinleşenlerin ülkeden sürülmeleri imkanını sağlaması karşısında kanunilik ilkesi fiilen uygulanamaz hale gelmiştir.

## 2. Cumhuriyet Sonrası Dönem

### a. 1924 Anayasası Dönemi

1924 Anayasası suçta ve cezada kanunilik ilkesini doğrudan düzenlemezen özgürlüklerin sınırının ancak kanunla belirlenebileceği ifadelerine yer vermiştir. 1924 Anayasası'nın 68. maddesi, her Türkün özgür doğup özgür yaşadığını, bunun ise başkası zararına olmayacak her türlü fiilde bulunma anlamına geldiğini belirtmiştir. Ancak bu özgürlüğün sınırı yine madde metninde başkasının özgürlüğünün başladığı yer olarak gösterilmiştir. Bu sınır ise ancak kanun aracılığıyla belirlenebilecektir.<sup>100</sup> Bazı yazarlar<sup>101</sup> 72. maddede yer alan, kanun ile belirtilmemiş durumlardan başka bir nedenden ötürü hiç kimsenin yakalanamayacağı ve tutuklanamayacağı ifadelerinin kanunilik ilkesi ile ilişkilendirilebileceğini söylese de buna karşı görüşteki bazı yazarlar kanundaki bu ibarenin yakalama ve tutuklamanın usule ilişkin olup kanunilik ilkesi ile ilgili olmadığı ifade edilmektedir.<sup>102</sup>

### b. 1961 Anayasası Dönemi

---

<sup>100</sup>Bu ifadenin de 1924 Anayasası'nda suçta ve cezada kanunilik ilkesini ifade ettiği bazı yazarlar tarafından savunulmuştur. Dönmezer/Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s.212; Duygun Yarsuvat, "Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası", **İHFM**, XXXIX, 1963, s.551.

<sup>101</sup> Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, s.133.

<sup>102</sup> İçel/Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s.80.; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.59. Üçüncü Bölümde daha ayrıntılı inceleneceği üzere, 1924 Anayasası'nın uygulaması sırasında 20.12.1930 gün ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkındaki Kanun yürürlüğe girmiş, bu kanunla yürütmenin Türk parasının kıymetini koruması amacıyla kararlar alabilmesi imkanı tanınmıştır. Bakanlar kurulunun almış olduğu kararlara aykırılık bu kanunla suç haline getirilmiş, cezası da kanunla belirlenmiştir. Öğretide de yürütmenin tüzük ve diğer düzenleyici işlemleri ile suç yaratabileceği bunun gerçekleşmesi için kanun koyucunun bir yasa ile ancak niyabet etmesi gerektiği ve cezanın da kanunda gösterilmesi gerektiği savunulmuştur .

1961 Anayasası döneminde, ilkenin açıkça kabul edildiği görülmektedir. 1961 Anayasası'nın 33. maddesi; hiç kimsenin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilinden dolayı cezalandırılmayacağını, cezaların ve ceza tedbirlerinin ancak kanunla konulacağını, hiç kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceğini açıkça düzenlemiştir. 1961 Anayasası döneminde yürütmenin düzenleyici işlemleri ile suç yaratabileceği bunun yasama organının yetki devri anlamına gelmeyeceği, yasama organının kanunla cezayı belirtmesi ve çerçeveyi belirleyerek suçun unsurlarının oluşturulmasının yürütmeye bırakılabileceği doktrin tarafından benimsenen bir görüş olmuştur.<sup>103</sup> Anayasa Mahkemesi de özellikle 1567 sayılı kanunun 3. maddesinin iptali istemiyle açılmış olan davanın kararında "...yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler alınması güçlüğü karşısında esaslı hükümleri tespit ettikten sonra uzmanlığa ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesi için hükümeti görevlendirmesi de yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir....." demek suretiyle yürütmenin suç ihdasını anayasaya aykırı görmemiştir.<sup>104</sup>

### **c. 1982 Anayasası Dönemi**

1982 Anayasasının 38. maddesi, kimsenin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağını, ayrıca kimseye de suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği ifadesi ile suçta kanunilik ilkesini, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin de ancak kanunla konulabileceği şeklindeki düzenlemesi ile cezada kanunilik ilkesini açıkça ortaya koymuştur. 1982 Anayasası'nın, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılmayacağına ilişkin ifadeleri idarenin kanunda yasaklanmayan herhangi bir tasarrufu ile suç yaratamayacağı ve kişi özgürlüğünü sınırlayacak şekilde bir yaptırım uygulayamayacağı anlamına gelmektedir.<sup>105</sup> Anayasa'nın 38. maddesinin gerekçesinde, ceza yerine bazen failin kişisel durumuna daha uygun düşecek bir güvenlik tedbiri uygulandığı için bunların da ceza hükmünden sayılacağı ve suç ile suç yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak yasama tasarrufları ile konulabileceği ve kanunun suç olarak görmediği ve ceza

---

<sup>103</sup> A.e., s.60.

<sup>104</sup> AyMKD, 1 (1964), RG 18.10.1963, No. 11534, 28.3.1963, s.161

<sup>105</sup> İçel/Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s.82.



koymadığı bir fiil sebebiyle kimse cezalandırılmayacağı ifade edilmiştir. Bu hükmün, kanun koyucunun açık suç hükmü koymasına yani suç oluşturacak fiili kanunla bildirilmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel olmayacağı yönündeki gerekçe, yasama organının çerçeve kanun yapma ve içeriğinin yürütme organına bırakılmasına bir nevi açıkça zemin oluşturmaktadır.

## **B. Türk Ceza Kanunlarındaki Durum**

### **1. Cumhuriyet Öncesi Dönem**

Osmanlı hukukunda, şer'i hukuk yanında örfi hukuk da uygulanmış, örfi hukuk alanında da ceza hukuku ile ilgili çok sayıda kanunname düzenlenmiştir. Fatih Sultan Mehmet tarafından çıkartılan Fatih Sultan Mehmet Kanunnamesi'nde İslam ceza hukukunda yer alan ve cezalandırılması gereken suç ve cezalar tekrarlanmış ve cerime denilen para cezaları bakımından bir takım esaslar getirilmiştir.<sup>106</sup> Ceza hükümleri içeren ve önemli sayılan bir diğer kanunname olarak Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi sayılmaktadır. Bir diğeri ise IV. Mehmet Kanunnamesi olarak gösterilmektedir.<sup>107</sup> 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu da kanunilik ilkesinden söz etmemekte ise de bazı yazarlara göre kusurun derecesinin tespiti ve uygulamasının şeriat hükümlerine göre devletin en üst kademesindeki kişiye ait olduğu yönündeki ifadelerin kanunilik ilkesinin varlığını işaret etmektedir. Bu kanunun 1. maddesinin suçta kanuniliğin, 2. 3. 4. ve 5. maddelerinin ise cezada kanuniliğin düzenlendiği de kaynaklarda yer alan bir görüştür.<sup>108</sup>

### **2. Cumhuriyet sonrası Dönem**

#### **a. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu**

765 sayılı TCK'nın 1. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, kanunun açık bir biçimde suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmeyeceği, kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimsenin cezalandırılmayacağı yönündeki ifadeler, suçta ve cezada kanuniliği tartışmaya yer bırakmayacak biçimde ortaya koymaktadır. 765 Sayılı TCK'nın ayrıca 2.

---

<sup>106</sup> Akgündüz'den naklen Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.96

<sup>107</sup> **A.e.** s.97

<sup>108</sup> İçel/Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s.80; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.163.

maddesi ile işlendiği zamanın kanununa ve işlendikten sonra yapılan kanuna göre cürüm ve kabahat sayılmayan fiilden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağını da öngörmektedir. Kişi hakkında böyle bir cezanın verilmesi durumunda, cezanın uygulanmasının duracağı ve buna bağlanan kanuni sonuçlarının da ortadan kalkacağı yönündeki ifadeler ile geriye yürümezlik ilkesi ortaya konmuştur. Maddede her ne kadar kıyasa dair açık bir ifade bulunmasa da kanunun açıkça suç saymadığı fiilden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağı yönünde düzenlenen ibare ile kıyas yasağının olduğu anlamı çıkarılmaktadır.<sup>109</sup>

### **b. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrası ile suçta ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre, 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 de hükmolunamaz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, önceki düzenlemelerden farklı olarak ikinci fıkrasında, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulamayacağını açıkça ortaya konmuştur.<sup>110</sup> Ayrıca, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin de ancak kanunla belirlenebileceğine yer vererek daha önce mevcut tartışmalara da açıklık getirmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer almayan bir diğer açık düzenleme de kıyasa ilişkin olan 3. fıkraya göre, kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz, suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.

## **III. İLKENİN LEHİNDE VE ALEYHİNDEKİ GÖRÜŞLER**

### **A. İlkenin Aleyhindeki Görüşler**

İlkeye yönelik doktrinde bir çok eleştiri olmasına rağmen bunların en dikkat çekeni ve taraftar bulanı, faillerin ilkenin arkasına gizlenerek kanun boşluklarından yararlanması ve topluma herhangi bir yaptırıma uğramadan zarar verebilmelerine imkan tanındığıdır. Bunun yanında, cezanın, toplumu koruma amacına ulaşabilmesi için hakimın ceza kanunlarıyla bağlı olmaması gerektiği de ilkeye taraftar olmayanlarca savunulmaktadır. Bu kişilere göre, kıyaslama yasağının açıklanması mümkün değildir. Çünkü suçun varlığı için gereken şart,

<sup>109</sup> Dönmezer/Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s.33.

<sup>110</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.164

kanun değil normların bilinmesidir. Suçluların hayatı hakkında fikir sahibi olanların kanunun suçluları izlemediklerini bildikleri de ilke aleyhtarı görüş taşıyanlar tarafından iddia edilmektedir. Kanunun bu iktidarsızlığı karşısında kıyaslamayı yasak etmek değil hakime görev olarak vermek gerekir.<sup>111</sup> Diğer bir eleştiride, ceza hakiminin kendisini toplumun duygusundan arındıramayacağı yönündedir. Hakim, mesleğinden önce toplumun bir bireyi olarak nitelendirilmektedir. Bunu da kanunun yorumunu yaparken hissedecektir. Bu etki hakime, farkına varmaksızın ve bilinçaltı yoluyla ulaşacaktır.<sup>112</sup> Bu ilkeyi reddeden düzenlemelerin yer aldığı ülkeler var olmasına rağmen hürriyetlerin ortadan kalkmadığı, hakimlerin iyi yetişmiş ve bağımsız olduktan sonra ahlak ve kuralları ihlal eden fiilleri kıyasen cezalandırmalarında zarar değil fayda olacağı da savunulmaktadır. İlkenin bir dönem keyfi cezalandırmalara karşı önleyici olarak uygulandığını ancak artık rolünü oynadığını ve önemini kaybettiği de bazı görüşlerce belirtilmiştir. Suç teşkil eden fiillerin hepsinin ceza kanunlarında tek tek tarif edilemeyeceği bu nedenle cezalandırılacak fiillerin en önemlilerinin kanunda gösterilerek diğerleri için gibi kelimesinin kullanılmasının yerinde olduğu da ilke aleyhine belirtilen bir düşüncedir.<sup>113</sup> Günümüzde teknoloji ilerledikçe hile ile işlenen suçlar genişlemekte, bu tip suçların da kanunlarca dar tarifler içine alınması mümkün olmamaktadır. Ayrıca daha önce de belirtildiği üzere, bu ilkenin suçluların Magna Carta'sı olduğu, iyi niyetli kişilerin dayanamayacakları durumların meydana geldiği, başkalarına zarar verecek kişilerin hareketlerinin kanunların belirli maddelerinin dışında kalması için çeşitli yollara müracaat edecekleri de ileri sürülen bir diğer çekincedir. Kanunilik ilkesi, yasak fiilleri kanunda gösterip, bu fiilleri işleyenlerin cezalandırılacaklarını açıklamış olsa da aslında suç işleyenlerin kanunlarda hangi fiillerin yasak olduğuna bakmadıkları görülmektedir. Bir diğer ifade ile suç işleyenler kanundan habersizdirler. Dolayısıyla kıyasın kabul edilmesi bu durumu değiştirmeyecektir. Nasıl diğer hukuk branşlarında vatandaş kıyas ile hareket ediyorsa ceza hukukunda da bu şekilde hareket edebileceği savunulmaktadır.<sup>114</sup> Gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gerekse İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si, ilkenin medeni uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan fiillerin cezalandırılmasına engel olmamaktadır. Bu durum, hakların güvencesinin sadece kanunilik ilkesi ile bağdaştırmanın yeterli olmadığını göstermektedir. Hakimlerin ve diğer hakların güvencesinin

---

<sup>111</sup> Erem/Danışman,/Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.97.

<sup>112</sup> **A.e.**, s. 98.

<sup>113</sup> Önder, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, s.110.

<sup>114</sup> Erem/Danışman,/Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 98.

sağlanması durumunda kanunilik ilkesinin yumuşatılmasının bir sakıncası bulunmayacağı ilke aleyhtarları tarafından dile getirildiği görülmektedir.<sup>115</sup>

Bütün bu aleyhe görüşlerden ortaya çıkan şudur ki; ilke ilk zamanlarda, önceki keyfi uygulamalara tepki olarak sıkı bir biçimde uygulanmışsa da hakimlere hiçbir konuda takdir hakkı bırakılmaması ve sadece kanunu uygulamakla yetkili kılınması başka sorunların doğmasına neden olmuştur. Zamanla bu sıkı uygulamanın yerini, verilecek olan cezaların alt ve üst sınırlarının belirlenmesine, takdiri indirim nedenlerinin, şartla salıverme, erteleme gibi kurumların kanunlarda yer alarak uygulamanın hakimlere bırakılmasına bıraktığı görülmektedir. Zaman içinde sonradan gelen kanunların hakimlere bıraktığı takdir yetkisinin kapsamının da genişlemesi bu tespiti kuvvetlendirmektedir. 5327 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun da cezalara ilişkin aşağı ve yukarı miktar aralıklarının geniş olması hatta kimi madde düzenlemelerinde hakimin ceza vermektan vazgeçebileceğine ilişkin ifadelerin yer alması hakimin takdir yetkisinin arttığını gösteren en belirgin işaretlerdir.<sup>116</sup>

## **B. İlkenin Lehindeki Görüşler**

Bilindiği gibi, işlenen suçun karşılığında verilen ceza çoğu zaman kişi özgürlüğünü sınırlayan bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişi özgürlüğünün sınırlanması da ancak zorunlu hallerde kabul edilir. Bu özgürlüğün sınırlanması keyfi uygulamalara bırakılmayacak derecede önemli bir konudur. Bu nedenle, kanunilik ilkesine uyulmadığı takdirde birey, hangi hareketinden dolayı ne zaman ve nasıl cezalandırılacağını bilemeyecek, çoğu kez hareket yerine hareketsizliği tercih edecek ve ceza adaleti de keyfiliğe terk edilmiş olacaktır. Kanunilik ilkesinin varlığı, toplumsal yarar yönünden de zorunludur. Çünkü sosyal gelişme, bireyin beceri ve yeteneklerini serbestçe geliştirip kullanabilmesi ile mümkündür. Bu nedenle, insan davranışlarını bazı endişelerle sınırlamaya çalışmak toplumun sosyal gelişmesini de engelleyecektir.<sup>117</sup> Common Law hukukuna sahip milletlerde ilke yazılı olmasa da mahkeme kararları ile yüzyıllar boyunca meydana getirilen suçlar adeta katalog şeklini almıştır. Bu sayede, suçların unsurları çok uzun zaman önce belli olmuştur. Kanunilik ilkesinin de sadece suçların yazılı olması değil suç ve cezaların önceden belli olması anlamına

<sup>115</sup> Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan”, s.60.

<sup>116</sup> 5327 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hırsızlık suç tipini gerçekleştiren kişiye madde 145 gereğince malın değerinin azlığı halinde.....ceza vermektan de vazgeçilebilir” 147.maddede yer alan hırsızlık suçunun zorunluluk halinde işlenmesi durumunda da “.....ceza vermektan vazgeçilebilir” ibareleri bu ifadelere örnek teşkil etmektedir.

<sup>117</sup> Dönmezer/Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s 33.

gelmesi, ilkenin mevcut sayılacağı da eleştirilere verilen cevaplardandır. Ayrıca, Common Law Hukukunu benimseyen ülkelerde dahi Ceza Hukuku alanında bir çok kanun yapılmıştır.<sup>118</sup>

1937 tarihinde Paris'te gerçekleştirilen 4. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi'nde kanunilik ilkesi önemle vurgulanmıştır. Aynı yıl La Haye'de toplanan Milletlerarası Mukayeseli Hukuk Kongresi'nde de ilke ele alınmıştır. Buna göre; en temel anlamı ile kanunilik ilkesi, ceza kanunlarının uygulanmasında kıyasın kabul edilmemesidir. Kıyas yasağı, sadece suçlar bakımından değil, ceza, güvenlik önlemleri ve ağırlatıcı nedenler bakımından da geçerlidir.

#### IV. KABAHAHLER KANUNUNDA KANUNİLİK İLKESİ

Klasik ceza hukukunda, toplum düzenini bozan hareketlerin suç olarak nitelendirilmesi ve karşılığında ceza yaptırımını öngörülmesi düşüncesi yer almaktadır. Ancak, 18. yüzyıldan itibaren, yargı organlarının iş yükünü azaltmak amacıyla düzeni bozan fakat hafif nitelikte sayılan suçlar suç olmaktan çıkartılmaya başlanmıştır. Bu “suç olmaktan çıkartma” akımının sonucunda 20. yüzyılda genel ceza hukukundan ayrı bir idari ceza hukuku kavramı ortaya çıkmıştır.<sup>119</sup> Kamu düzenini bozan fiilleri işleyen kişilerin cezalandırılması amacını taşıyan ve kural olarak bir yargı organının müdahalesini gerektirmeyen<sup>120</sup>, suçta ve cezada kanunilik ilkesine bağlı, doğrudan idarenin takip ettiği ve karşılığında ceza öngören hukuk dalına İdari Ceza Hukuku denmektedir.<sup>121</sup> İdare tarafından verilecek cezalar ancak hürriyeti bağlayıcı cezanın haricindeki cezalardır. Görüldüğü üzere, idari Ceza Hukukunun konusunu, hafif nitelikte sayılan düzeni bozucu davranışların önlenmesi ve düzenin korunması oluşturmaktadır.<sup>122</sup> Bu açıdan, idari ceza hukukunun konusu olan fiiler suç olarak değil kabahat olarak nitelendirilmektedir. Kabahat oluşturan fiilin cezalandırılmasında amaç bozulan düzenin tekrar sağlanmasıdır. İdare, bu düzenin tekrar sağlanması amacıyla, düzeni

---

<sup>118</sup>A.e., s.28.

<sup>119</sup>Kayıhan İçel, “ İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, **İÜHF**M, Cilt L, Sayı 1-4, Yıl 1984, s.119.

<sup>120</sup>İdarenin verdiği cezaya ilgilinin itiraz etmesi nedeniyle adli makamların yapmış oldukları inceleme sadece hukukilik denetimi olup, idari suçun maddi unsurlarına yönelik değildir. Ergan Şen, “İdari Ceza Hukuku”, **İÜSBFD**, sayı 8, Temmuz 1994, s.22.

<sup>121</sup>Fatih Selami Mahmutoğlu, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda Yaptırım Rejimi**, İstanbul, Kazancı, 1995, s. 60.

<sup>122</sup>İdari yaptırımlar birçok kanunumuzda görülmektedir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 3197 sayılı İmar Kanunu, 2559 sayılı Polis Vazife Ve Selahiyetleri Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu bu örneklerden birkaçıdır.

bozanlar bakımından bir şeyin yapılması ya da yapılamaması yönünde bir yaptırım uygulayabileceği gibi çoğunlukla para cezası öngörmektedir.<sup>123</sup> İdari Ceza Hukuku bakımından mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu zamanında kabahatlerin düzenlendiği ayrı bir kanun bulunmamaktadır. Ancak, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, kendi bünyesinde kabahatleri düzenlemiştir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında bütün kabahatlere değinmemekle birlikte kanunun 526. maddesi üzerinde durmak istemekteyiz. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 526. maddesi ile yetkili makamlar tarafından adli işlemler dolayısıyla ya da kamu güvenliği ve kamu düzeni veya genel sağlığın korunması düşüncesiyle kanun ve nizamla aykırı olmayarak verilen bir buyruğu dinlemeyen veya bu yolda alınmış bir önleme uymayan kimse, işlediği fiil ayrı bir suç oluşturmadığı takdirde hapis ve para cezasına çarptırılacağı düzenlenmiştir. Kanun maddesinde, suç, yetkili makamların emrine ya da alınan tedbire uymamak olarak belirtilmiştir. Yani, suçun ne olduğu idari organlarca belirlenmektedir. Ceza ise kanun maddesinde gösterilmektedir. Bu suçun oluşabilmesi madde metninden de anlaşılacağı üzere birtakım şartların varlığına bağlıdır. Adli işlemlere, kamu güveni, düzeni, sağlığı ile doğrudan ilgili olan tüzük, yönetmelik, karar ve emirlere aykırılıklar bu maddeye göre cezalandırılmışlardır.<sup>124</sup> Ayrıca, bunlara aykırılık başka bir suç oluşturmamalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin 526. maddenin anayasaya aykırılığına ilişkin 7.6.1973 tarih ve 1973/12 E., 1973/24 K. sayılı kararında<sup>125</sup>, 526. maddenin birinci fıkrasında

---

<sup>123</sup>Anayasa Mahkemesi, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun ikinci ürün kampanyasını sınırlayan ve tüketicinin korunmasını amaçlayan hükümlere aykırı davranışlar hakkında bakanlık tarafından para cezasının verilmesine ilişkin maddenin iptali yönünde açılan davada, idari para cezalarına ilişkin olarak şu tutumu benimsemiştir. "İdarî para cezaları, idarî makamların kararlarıyla oluşmaktadır. İtiraz halinde yargının vereceği karar, onun bu niteliğini değiştirmemektedir. Sonuçları belli ölçüde genel para cezalarına benzese de tümüyle idarî işleme dayanan bir yaptırımdır. Yargı organlarının müdahalesi olmadan doğrudan idarece kararlaştırılmakta ve uygulanmaktadır. İdarî para cezaları ile kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi, toplumda disiplinin sağlanması amaçlanmaktadır. Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye geniş ve değişik alanlarda yaptırım yetkileri tanınmaktadır.

Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasında, idareye kişi özgürlüklerinin kısıtlanması dışında idarî yaptırımlar uygulama yetkisi dolaylı bir biçimde tanınmaktadır. Bu çerçevede ve ceza hukukunun genel ilkelerine uygun olmak koşuluyla, toplumsal gereksinimlere göre, bir suç ve yaptırımını kaldırmak, değiştirmek ya da yenisini öngörmek yasakoyucunun takdir alanında kalmaktadır. Para cezalarına ilişkin olarak, yargı ve yürütme arasındaki yetki sınırlarının belirlenmesinde, tek başına ceza miktarının ölçüt olarak kullanılması yeterli görülmemektedir. Türk Ceza Kanunu'ndaki kimi para cezalarının az veya yetersiz olması, bunların yargısal niteliğini etkilemediği gibi, vergi yasalarındaki kimi para cezalarının çok yüksek olması da bu cezaların idarî niteliğini değiştirmez. Öte yandan bu tür cezalara ilişkin idarî kararlar, yargı denetimi kapsamı dışında da kalmamaktadırlar." 23.10.1997 tarih, 1997/19 E., 1997/66 K. sayılı karar metni için bakınız: (çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite>, 21 Mayıs 2007.

<sup>124</sup> Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri**, s.74

<sup>125</sup> Resmi Gazete tarih/sayı: 9.11.1973/14707, karar metni için bakınız: (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite>, 21 Mayıs 2007.

yer alan kamu güvenliği veya kamu düzeni sözcüklerinin kesinlik taşımayan, yoruma muhtaç, özellikle sınıflı toplumlarda kişinin açısına göre değişiklik gösteren sözcükleri olması ve suçun kanunda tüm yasal öğeleriyle birlikte belirlenmemiş olduğundan bahisle suçun kanuniliği ilkesine uyulmamış olduğu iddiasına karşılık, mevcut sözcüklerin anlamlarının uygulamalarla beliren hukuk ve anayasa diline giren kavramlar olduğunu belirtmiştir. Madde metninde, suçun unsurları açıkça belirlenmiştir. Buna göre bir fiilin suç teşkil edebilmesi için yetkili makamlarca verilmiş bir emir veya alınmış bir tedbir olması, bu emir veya tedbirin ya adli muamelelere, ya kamu güvenliğine, ya kamu düzenine yahut da genel sağlığa ilişkin bulunması ve ayrıca bu emir veya tedbirin kanunlara ve tüzüklere de aykırı bulunmaması gerekmektedir. Ancak bu öğeler varolduğu takdirde yetkili makamın emir veya tedbirine aykırı davranış bu hükme göre suç teşkil edecektir. Bu bakımdan anayasaya aykırılık iddiasını Anayasa Mahkemesi reddetmiştir. Maddenin yürütme organına ve idari makamlara suç koyma yetkisi verme anlamını taşımadığını savunan yazarlara göre, maddede suçun ne olduğu gösterilmekle beraber gösterilen konular hakkında hukuka aykırı olmamak şartıyla verilen somut emirlerin ve alınan tedbirlere uymayanların cezalandırılacaklarının belirtildiği, somut durumlar için düzenlenen emir ve tedbirlerin de kanun koyucu tarafından düzenlenemeyeceği bu açıdan maddenin kanunilik ilkesine aykırı olmadığı savunulmaktadır.<sup>126</sup>

Mülga 765 sayılı TCK'nın 526. maddesine benzer bir düzenleme de 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler, Güvenlik Bölgeleri ve Özel Güvenlik Bölgeleri Kanununda görülmektedir. Bu kanuna göre, güvenlik bölgesi kurulması ve kaldırılması Bakanlar Kurulunun kararı ile olmaktadır. Belirlenen güvenlik bölgelerinde uygulanacak esasları düzenleyen 21. maddeye göre, bu bölge içinde yapılacak olan yasaklamalar, sınırlamalar idari işlemlerle gerçekleştirilmektedir. Bu kanunla getirilen rejimin sınırları da kanunla değil yönetmelikle belirlenmektedir. 21. maddeye aykırı hareket edenler hakkında aynı kanunun 26. maddesinde belirlen oranlarda hapis ve para cezası öngörülmektedir.<sup>127</sup> Ortada, suçun cezasının kanunla belirlendiği ancak suç konusunu oluşturan fillerin neler olduğunun idarenin düzenleyici işlemlerine bırakıldığı bir suç tipi vardır. Kanunun 26. maddesi olmasaydı bile “idare tarafından kamu düzeninin korunması amacıyla verilen emre itaatsizlik” söz konusu

---

<sup>126</sup>Ersan Şen, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku**, İstanbul, 1998, s.34..

<sup>127</sup> Ali Akyıldız, “İdari İşleme Suç İhdası: Özel Güvenlik Bölgesini İhlal Suçu”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı 7, Temmuz 2006, s. 82.

olduğundan bahisle, mülga 765 sayılı TCK'nın 526. maddesi kapsamında kişilerin cezalandırılması söz konusu olabilecekti.<sup>128</sup>

Mülga 765 sayılı TCK'nın 5237 sayılı TCK ile ilga edilmesi, bir çok alanda olduğu gibi kabahatler alanında da değişikliklere neden olmuştur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, ceza kanunlarının bünyesinden kabahatleri çıkarmış, ayrı bir kanun ile düzenlemiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 526. maddesine benzer bir düzenlemeye yer vermektedir. Emre aykırı davranışın düzenlendiği 32. madde ile yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişi hakkında para cezası öngörülmektedir. Maddenin uygulanışı ilgili kanunda açık hüküm olmasına bağlıdır. Maddenin üçüncü fıkrasında diğer kanunlardaki mülga 765 sayılı TCK'nın 526. maddesine yapılan yollamaların bu maddeye yapılmış sayılacağı belirtilmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu da, idari ceza hukukuna hakim olan ilkelerden biri olan kanunilik ilkesine 4. maddesinde yer vermektedir. 5326 sayılı Kabahatler Kanununa göre, kabahat oluşturan fiiller iki yolla belirlenir. Bunlardan ilki, açıkça hangi fiillerin kabahat oluşturduğunun kanunla düzenlenmesidir. Bir diğeri ise, doktrinde çerçeve hüküm olarak da adlandırılan, kapsam ve koşulların kanun ile belirlenmesi şartıyla, hükmün içeriğinin idarenin genel düzenleyici işlemleri ile doldurulmasıdır. Kabahat oluşturan fiilin çerçevesi kanun ile belirlenmektedir. Ancak, kabahatin karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı sadece kanunla belirlenecektir. Kanunun madde gerekçesine bakıldığında, suçta kanunilik ilkesine nazaran kabahatlerde daha esnek bir sistem kabul edildiği görülecektir. Ancak, idari yaptırımlar açısından cezada kanunilik ilkesine paralel bir hükme yer verildiği belirtilmektedir.<sup>129</sup> Görülmektedir ki, suçta ve cezada kanunilik ilkesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından sıkı biçimde uygulanmakla birlikte kabahatler bakımından bu uygulama mevcut görünmemektedir. Bir anlamda bu ilke, ceza hukukundaki kadar kesin çizgilerle belirlenmemiş ve belirlenmesinde de zorunluluk olmayan bir ilkedir.<sup>130</sup> İdareye sınırlı da olsa kabahat şeklindeki fiili, yapacağı genel düzenleyici işlemlerle belirleme yetkisi verilmiştir. İdarenin, kabahat olarak tanımlanan fiile ilişkin, gerek kanunda gerekse de kanunun verdiği yetkiye dayanarak düzenleyici işlemleriyle yaptırım uygulaması önceden yayınlanmış bir

---

<sup>128</sup> A.e.

<sup>129</sup> Ali Karagülmez, **Suç Olmaktan Çıkarma-İdari Para Cezaları- Açıklamalı Kabahatler Kanunu**, Ankara, Seçkin, 2005, s.226

<sup>130</sup> İl Han Özay, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, 1985, s. 60.



hukuk kuralına dayanılmasına bağlıdır.<sup>131</sup> Kanunilik ilkesinin idari yaptırımlar hakkında da geçerli olup olmayacağı doktrinde tartışılmakla beraber<sup>132</sup> 5326 sayılı Kabahatler Kanununda yer alan düzenleme ile kanunilik ilkesinin kabahatler bakımından da geçerli bir ilke olduğu ağırlıklı olarak kabul edilen bir görüştür. İdarenin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik tasarruflarda bulunmamasına rağmen tek taraflı tasarruflar ile yaptırım ve tedbir uygulaması kanunilik ilkesinin idarenin fiilleri bakımından da geçerli olması sonucunu doğuracaktır.<sup>133</sup> Kabahatler açısından suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin olan ilkelerden geriye yürümezlik ilkesinin geçerli olması gerektiği kuşkusuz kabul edilmektedir.

---

<sup>131</sup> Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, 22. bası., Ankara, Turhan, 2005, s. 339.

<sup>132</sup> Tartışmalar için bkz Fatih Selami Mahmutoğlu, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda Yaptırım Rejimi**, s.104 vd.

<sup>133</sup> **A.e.**, s.107.

## İKİNCİ BÖLÜM

### AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

#### I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,<sup>1</sup> 7. maddesi ile hiç kimsenin, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemeyeceğini düzenlemiştir. Yine bu maddeye göre, hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza da verilemeyecektir. Maddenin 2. fıkrası ile düzenlemeye tartışma konusu olan ve uygulamada kolaylıkla başvurulmaması gereken bir istisna getirilmiştir. Buna göre, 7. 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 olamayacaktır.

AİHS’de yer alan 7. madde, en temel şekli ile suçun ve cezaların yalnızca kanun tarafından belirlenebileceğine ilişkindir. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 15. maddesi kişinin fiilinin daha sonraki bir kanunda yapılan düzenleme ile daha hafif bir ceza öngörmesi durumunda bundan yararlanacağını açık bir biçimde düzenleyerek geriye yürümezlik kuralına fail lehine bir istisna getirse de AİHS madde metninde buna açıkça yer vermemektedir. Ancak ilkenin geriye yürümezlik kuralını kabul ettiği konusunda kuşku yoktur.<sup>2</sup> İlerde görüleceği üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen davalarda, 7. madde açısından kanunsuz suç ve ceza olmayacağı, cezaların geriye yürümeyeceği ve suç ve ceza

---

<sup>1</sup> 20 Mart 1950 tarihinde Roma’da imzalanan sözleşme, 3 Eylül 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi 18 Mayıs 1954 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

<sup>2</sup> J.G. Merrils/A.H. Robertson/Melland Schill, **Studies In International Law Human Rights In Europe**, Fourth Edition, Manchester University, Jurrs Publishing, t.y., s.134.

içeren hükümlerin açık, belirli olması gerektiği yönünde değerlendirmelerde bulunmuştur. AİHM, incelemiş olduğu davalarda, birtakım içtihatlar belirlemede, değerlendirmelerini de bu içtihatlar ışığında gerçekleştirmektedir. Türk Hukukunda özellikle Anayasa Mahkemesi önüne gelen iptal davalarında olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen davaların çoğunda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiği iddiasının bulunduğu görülmektedir. Tezimizin bu bölümünde gerek içtihat oluşturulması bakımından önemli olan gerekse kanunilik ilkesinin ihlalinin başlı başına iddia edildiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelenecektir. Özellikle Türk hukuku açısından, Türkiye'nin davalı konumda bulunduğu kararlar ele alınacaktır.

## **II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ**

### **A. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmayacağına İlişkin AİHM kararları**

#### **1. K.H.W. v. Almanya Davası<sup>3</sup>**

##### **a. Mahkeme Kararına Konu Olan Olay, Tarafların İddia Ve Savunmaları**

1949 - 1961 yılları arasında yaklaşık iki buçuk milyon kişi Demokratik Alman Cumhuriyeti'nden (DAC) Federal Almanya Cumhuriyeti'ne (FAC) göç etmiştir. Bu akışı durdurmak için DAC, 1961 yılında Berlin Duvarı'nı inşa etmiş, özellikle mayın ve otomatik ateşli silahlı sistem kullanması da dahil olmak üzere bütün güvenlik önlemleri ile her iki Alman Cumhuriyeti'nin ara sınırında yer alan bu duvarın çevresini desteklemiştir. Doğu Alman sınır muhafızlarının açmış olduğu ateş ile ya da mayın veya otomatik silahlar nedeniyle bir çok insan sınırı geçme çabaları esnasında hayatını kaybetmiştir.

Öncelikle, DAC'nin yapısına ve karar alma şekline bakacak olursak, DAC'nin, Danıştay'ın ve Ulusal Konsey'in de yardımıyla ulusal savunma, ulusal

---

<sup>3</sup> KHW v. Almanya Davası, Başvuru no: 37201/97, 22.3.2001, Reports Of Judgement Court (Grand Chamber), (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>, 12 Şubat 2007.

güvenlik ve organize savunma konusunda izlenmesi gereken ilkeleri belirlediği görülmektedir. Her iki oluşumun ve DAC parlamentosunun başkanları aynı zamanda DAC parlamentosunda yer alan Sosyalist Birlik Partisi üyeleridir. Sosyalist Birlik Partisi merkez komitesinin politik bürosu partinin karar alma organıdır ve DAC'nin en yetkin otoritesidir. Bütün siyasi kararların alınmasında ve bu kararlarla ilgili görevlendirmelerde de söz sahibidir. Partinin genel sekreteri ulusal savunma konseyine başkanlık etmektedir ve bu konseyin bütün üyeleri partinin memurlarıdır. Bu konsey yılda iki kere bir araya gelmektedir ve sınır denetiminin idaresinin kuruluşu, takviyesi ve ateş açılması gibi rejim hakkında önemli kararlar almaktadır. DAC sınır görevlileri, milli ordunun birer üyesidir ve doğrudan Savunma Bakanlığı'na karşı sorumludurlar. Savunma Bakanlığı'nın yıllık emirleri ve talimatları ise Ulusal Savunma Konseyi'nin kararları baz alınarak verilmektedir.

1961'den sonra özellikle 1971-1989 tarihleri arasında sınır noktalarının birleştirilmesi ve geliştirilmesi konuları ile sınır ihlallerine karşı silah kullanılması ve ateş açılması konuları sürekli olarak Ulusal Güvenlik Konseyi toplantılarında dile getirilmiştir. Sınır güvenliğinin gereksinimi göz önünde tutularak ve tüm sonuçları düşünülerek sınır güvenliğinin takviye edilmesi ve geliştirilmesi için ateşli silahların düzenli olarak kullanılması ve sınırı ihlal edenlerin tutuklanmaları veya öldürülmeleri hakkında Savunma Bakanlığı Emirnameleri ile karar alınmıştır. Bunun gerçekleştirilmesi, emir-komuta zinciri ile mümkün olmaktadır. 14 Eylül 1962'de, Ulusal Güvenlik Konseyi bir kararında, Savunma Bakanlığı tarafından verilecek olan tüm emir ve bilgilendirmelerde sınır görevlilerine kendi bölgelerinde kesinlikle sınır ihlali edenlere göz yummamaları, ihlal durumunda ihlal edenlerin tutuklanması veya gerektiğinde öldürülmeleri aksi halde bunun sonucu olarak ilgili sınır görevlilerinin sorumlu tutulacaklarının belirtilmesini istemiştir. Benzer şekilde 1 Şubat 1967'de verilen bir servis bilgi notunda, mayınların hedef pozisyonlara ve birbirine yakın formlarda yerleştirilmesini, sınırı ihlal edenlerin bu şekilde etkisiz hale getirilip tutuklanmasını veya öldürülmesinin gerektiği belirtilmiştir.

Başvuran, 3 yıllık sınır görevi için listeye alınmış (1970 – 1973), kariyerli bir konumda bulunan babasının teşvikiyle 35. DAC sınır rejimi üyesi olarak sınır görevlisi sıfatıyla göreve başlamıştır. 9 Kasım 1989 yılında Berlin Duvarı'nın yıkılmasının ardından, DAC sistemi yıkılma sürecine girmiş, 3 Ekim 1990 yılında Almanya birleşmiştir. Başvuran, daha sonra yerel mahkeme tarafından yargılanmış ve kasten adam öldürme suçundan dolayı suçlu bulunmuştur. Başvuran, Alman mahkemelerinde yargılandığı ve kasten adam öldürme fiilinden suçlu bulunduğu davada kovuşturulduğu fiillerin, bunları işledikleri zamanda, DAC hukuku ve uluslararası hukuka göre suç teşkil etmediğini, bu yüzden Alman mahkemelerinin mahkumiyet kararının sözleşmenin 7. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Başvuran, söz konusu zamanda işlediği fiilin Polis Kanunu ve DAC Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmemesinden dolayı suçlanamayacağını ifade etmiştir. Birleşik Almanya mahkemesi tarafından yapılan DAC Ceza Kanunu'nun ex post facto yorumunun da herhangi bir DAC mahkemesi kararına dayanmadığını, bu yüzden başvuran için suçlanmasına neden olan olaylar zamanında bunun suç olarak öngörülebilir olmasının imkansız olduğunu da iddia etmiştir. Başvuran tarafından, söz konusu fiillerin uluslararası hukuk tarafından da suç olarak düzenlenmediği iddia edilmiş, çoğu ülke kanunlarında sınır korumanın çok ciddi kanunlara tabi olduğu, durmama halinde ateş açma hakkı düzenlendiği belirtilmiştir.

Hükümet, sınırı geçen insanların DAC'ye karşı herhangi bir tehlike arz etmediğini, bu emri verenlerin, DAC'nin yıkılmasından sonra yaptıklarından dolayı suçlanabileceklerini öngörmeleri gerektiğini belirtmiş, sınırı geçen insanların sınırı geçme konusunda bir yerde haklı nedene sahip olduklarını çünkü ailelerinin, akrabalık ilişkilerinin bölünen Almanya dolayısıyla parçalandığını söylemiştir. FAC, DAC hukukunu yasal anlamda okuyup yorumladığını da iddia etmiştir. FAC, zamanında DAC otoritelerinin, kendi hukuklarını ve yasal hükümleri ile bu kanunlara ek olarak taraf oldukları Medeni Ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve uluslararası sözleşmelerin getirdiği prensipleri doğru uygulayabilselerdi, kendileri ile aynı yoruma ulaşabileceklerini iddia etmiştir. Bu noktada, asıl meselenin bu

sözleşmelerin iç hukuka alınıp alınmaması değil bunun uygulanması olduğu şeklinde savunmada bulunmaktadır. Bu bağlamda sözleşmelerin iç hukuka alınmasının ihtilaf konusuna herhangi bir şekilde de etkisi olmadığı da görülmektedir.

## **b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yapılan Değerlendirme**

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin görevi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 19. maddesine göre, sözleşmeyi imzalayan devletlerin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gerçekleştirip gerçekleştirmediğini, adeta devletin sözleşmeyi içine sindirip sindirmediğini incelemektedir; meğer ki mahkemeler sözleşme tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklere müdahale etmiş olsun.<sup>4</sup> Yerel hukuku uygulamak ve yorumlamak öncelikle yerel mahkemelerin görevidir. (Mutadis Mutandis kuralı) Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin diğer kararlarında belirttiği prensipler ışığında ve kapsamında, görevi, kişinin yerel hukuk bağlamında suçlu olup olmadığına karar vermek değil, suç teşkil eden eylemin 7. madde anlamında fiilin işlendiği zaman itibariyle ulaşılabilir ve öngörülebilir bir suç oluşturulup oluşturulmadığını incelemektir. Bu açıklamanın akabinde, bahse konu olaya özgü özellik şudur ki, iki farklı hukuk sisteminin hakim olduğu devletlerin birleşmesi ile oluşan Almanya'nın bünyesinde kurulan mahkemelerin kişileri önceki devlette yapmış olduğu (DAC sınır nöbetçisi iken) fiillerden dolayı suçlu bulunmasıdır.

Berlin Bölge Mahkemesi, başvuranı, söz konusu zamanda yürürlükte olan DAC Ceza Kanununun 113. maddesine göre kasten adam öldürme suçundan dolayı suçlu bulmuş, davacının DAC hukukunda ve uygulamasında emirlere uyma savunmasını reddetmiştir. Daha sonra, cezalandırma aşamasında, yerel mahkeme failin lehine olan FAC Ceza Kanununu uygulayarak daha az cezaya hükmetmiştir. Yargıtay bu kararı onamış, Anayasa Mahkemesi de kararın iki Almanya'nın

---

<sup>4</sup> Schenk v. İsviçre davası, Başvuru no: 10862/84, 12.07.1988 A- no. 140( Court Plenary), prg.29, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>, 12 Şubat 2007.

birleşmesini sağlayan Temel Kanuna uygun olduğuna hükmetmiştir. Alman Mahkemeleri, Birleşme Antlaşması ve Birleşmenin Uygulanması Antlaşması'na göre FAC sınırları içinde işlenmiş suçlardan dolayı FAC hukukunda lehe hüküm olmaması durumunda DAC hukukunu uygulanacağı prensibini benimsemiştir. Bu yüzden davacı aleyhine verilen hükmün hukuki temeli olarak fiilin işlendiği zamandaki hukukun uygulandığında eylemin DAC hukukuna göre bir suç teşkil ettiği fakat FAC hukukunun lehe hüküm içerdiği için cezalandırırken FAC hukukunun uygulandığı ifade edilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, DAC Anayasası da temel kanunları da diğer hukuk devletlerine benzer şekilde düzenlenmiş olmalarına rağmen uygulama bunun aksi yönünde gelişmiştir. Bu açılardan yerel mahkeme (uygulamada ne kadar aksi de olsa) sınır ihlalini gerçekleştirecek kişileri önlemek ve sınırları korumak için “her ne şekilde ve sonuçları ne olursa olsun” şeklinde alınacak önlemleri DAC Anayasası'nın 19. ve 30. maddeleri ile bağlantılı olarak ceza kanununda yer alan 213 ve daha sonra çıkan Polis Kanunu'nun 17. maddesi 2. fıkrası ile Devlet Sınırları Kanunu'nun 27. madde 2. fıkrasına göre suç teşkil ettiğini ifade etmektedir. Ayrıca bu uygulama 1974 yılında DAC tarafından kabul edilen Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin Yaşama ve Seyahat Özgürlüğünün de açık bir ihlalidir.

Başvuran, DAC'nin sınır güvenlik görevlisi olması sebebiyle kendisine verilen kurallara uyma konusunda zincirin en alt kişisi olduğunu, bu yüzden şartların değişmesi ile bir gün Alman mahkemeleri tarafından suçlanacağını tahmin etmesinin imkansız olduğunu ifade etmiştir. Bu durum Streletz, Kessler davasındaki durumdan farklıdır. Şöyle ki Streletz, Kessler, Krenz davasında davacılar bizatihi yetkili sorumlu yöneticiler olmaları ve uygulamayı da bilerek yapmış olmalarından dolayı DAC hukukuna ve uluslararası sözleşmelerle korunan hukuki ilkeleri bilebilmekte, en azından bilmeleri gerekmektedir. Bu durumda bahse konu ihtilaflardan biri de başvuranın yaptığı hareketlerin suç olduğunu bilebilmesi ya da bilmesidir. Bu bağlamda olay değerlendirildiği takdirde “hukuku bilmemek mazeret değildir” ifadesi

başvuran için de geçerli olup olmadığı AİHM tarafından göz önüne alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, her ne kadar DAC’de görevliler verilen her emri yerine getirme konusunda robot gibi yetiştirilse de DAC’nin ana hukuk prensipleri ve uluslararası insan haklarının (özellikle yaşam hakkı) ihlalini sevk edecek emirlere gözü kapalı uymanın mazeret olmadığını ifade etmiştir.

Keza, 1968 tarihli DAC Ceza Kanunu konusu suç teşkil eden eylemlerin gerçekleştirilmesini yasaklamıştır. Buna benzer olarak DAC Ceza Kanunu’nun 258. maddesi de “silah taşıma izni verilen kişiler üstlerinin vermiş olduğu emirlerden dolayı sorumlu değildir meğer ki bu emir açıkça ceza hukukunca ve kamusal uluslararası hukuku ihlal etmiş olsun” şeklinde düzenlenmiştir. Bu ifadeden açıkça konusunu suç teşkil eden eylemlerin yerine getirilmeyeceği anlaşılmaktadır.

Bu durum ayrıca Nüremberg Prensiplerince de benimsenen “emre uyma kişiyi sorumluluktan kurtarmaz ancak cezada indirim yapılması -hak ve adalet kurallarına göre uygunsuz- söz konusu olabilir” ilkesine de aykırıdır. Ancak belirtmek gerekir ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuranın kendi eylemini gerçekleştirdiği zamanda DAC Hukukunun uygulanabilir olduğu dönemde, DAC’nin sınır görevlisiyken hiçbir kovuşturmayla uğramadığı ve hakkında hiçbir zaman mahkumiyet kararı verilmediği savunmasının işlediği fiilin DAC zamanında suç teşkil etmediği anlamına gelmediğini de ifade etmiştir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Yerel mahkemenin bir hukuk devletinin kendisinden önceki bir rejimde işlenmiş suçların kovuşturmasını yapmayı yasal görmesi ve benzeri şekilde önceki rejim dönemindeki kuralların uygulanması ve yorumunu yaparken yeni hukuk devleti anlayışından yararlanması tenkit edilmemelidir. Çünkü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 7. maddenin 1 fıkrası anlamında, her ne kadar kanun hükmü tarafından açık şekilde düzenlenmiş olsa da yerel mahkemelerin o hükmü yorumlamasının vazgeçilmez bir olgu olduğunu ifade etmektedir. Bu açıdan her zaman değişen durumlara uyumu ve şüpheli durumların açıklanması için mahkeme yorumlarına ihtiyaç vardır.



Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, açıkça insan haklarını ihlal eden ve her türlü hakkın üstünde olan yaşam hakkının DAC'nin sınır güvenliği politikası ile açıkça ihlal edilmesini, sözleşmenin 7. maddesinin 1. fıkrası anlamında da ihlal anlamına geldiğini önemle vurgulamaktadır. DAC'de uygulanan sistemin hukuki altyapısı yoktur hatta hukuka rağmen yapılmaktadır, aslında bu uygulama 7. madde anlamında hiçbir şekilde hukuka uygun olarak kabul edilemez. Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi suçun işlendiği zamanda kişinin DAC Hukukunca öngörülebilir ve erişilebilir bir suç işlendiği kanaatine varmaktadır. AİHM, bu nedenlerden dolayı yerel mahkeme kararını sözleşmenin 7. maddesi bağlamında ihlal olmadığına hükmetmiştir.

## **1. Streletz, Kessler, Krenz v. Almanya<sup>5</sup>**

### **a. Mahkeme Kararına Konu Olan Olay, Tarafların İddia Ve Savunmaları**

K-H.W. yargılamasında olduğu gibi Streletz, Kessler, Krenz davası da Almanya'nın ayrı iki devlet zamanında sınır güvenliğinin korunması amacıyla milyonlarca insanın öldürülmesi nedeniyle yerel mahkeme tarafından başvuruların sorumlu tutulması üzerine, bu kişilerin 7. maddenin Alman Devleti tarafından ihlal edilmesi iddiası üzerine incelenmiştir. K-H.W. davasında değinildiği üzere, kısaca bahsetmek gerekirse, her iki oluşumun ve DAC parlamentosunun başkanları aynı zamanda DAC parlamentosunun Sosyalist Birlik Partisi üyeleridir. Sosyalist Birlik Partisi merkez komitesinin politik bürosu partinin karar alma organıdır ve DAC'nin en yetkin otoritesidir. Bütün siyasi kararların alınmasında ve bu kararlarla ilgili görevlendirmelerde de söz sahibidir. DAC devleti konseyi, savunma konseyinin yardımları ile ulusal savunma ve güvenlik konularında bir takım ilkeler belirlemiştir. Partinin genel sekreteri ulusal savunma konseyine başkanlık etmektedir ve bu

---

<sup>5</sup>Streletz, Kessler, Krenz v. Almanya, başvuru no: 34044/96, 35532/97, 44801/98, 22.3.2001, Reports and Judgements and Decisions 2001-II, (Çevrimiçi), <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>, 12 Şubat 2007.

konseyin bütün üyeleri partinin memurlarıdır. Bu konsey yılda iki kere bir araya gelmektedir ve sınır-denetimi idaresinin kuruluşu, takviyesi ve ateş açılması hakkında önemli kararlar almaktadır. DAC sınır nöbetçileri milli ordunun birer üyeleridir ve doğrudan Savunma Bakanlığı'na karşı sorumludurlar. Savunma Bakanlığı'nın yıllık emirleri Ulusal Savunma Konseyi'nin kararlarına dayanmaktadır. Daha önce belirtildiği üzere, 1961'den sonra özellikle 1971-1989 tarihleri arasında ulusal savunma konseyi toplantısında sınır güvenliğinin takviye edilmesi ve geliştirilmesi için ateşli silahların düzenli olarak kullanılması konusu kararlaştırılmıştır ve bu yönde uygulamalar yapılması yönünde emirler verilmiştir.

K-H.W. davasından farklı olarak, başvuranlar, DAC devleti ve Sosyalist Birlik Partisi'nde önemli görevlerde bulunuyorlardı. Streletz, Ulusal Savunma Konseyi'nin 1971 ve sonraki yılların üyeliği, aynı partinin merkez komitesinin üyeliği ve 10 yıllık bir zaman da savunma bakanı vekilliği yapmıştır. Kessler, aynı parti üyeliği, Ulusal ordu'nun personel şefi ve ulusal savunma konseyi üyeliğini ve Savunma Bakanlığı yapmıştır. Krenz, yine aynı partinin komite üyeliği, genel sekreterlik ve ulusal savunma konseyinin başkanlığını yapmıştır.

9 Kasım 1989 yılında Berlin Duvarı'nın yıkılmasının ardından, DAC sistemi yıkılma sürecine girmiş, 3 Ekim 1990 yılında Almanya birleşmiştir. 1990 yazında yeni seçilen DAC parlamentosu cezai soruşturmayı sağlamak için alman yasama meclisini düzenlemiştir. 1993 yılında Berlin Bölge Mahkemesi Streletz ve Kessler'i 1971- 1989 yılları arasında her iki alman devletinin arasındaki sınırı geçerek DAC devletinden kaçmaya çalışan, yaşları 18 ile 28 arasında değişen bir çok gencin öldürülmesi, bu ölümlerden doğan sorumluluğun paylaşılması suretiyle , kasten adam öldürmeye teşvikten 5 yıl 6 ay ve 7 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırmıştır. Bu kişiler, sınırda döşenmiş mayınlar ya da sınırda görev yapan askerlerin kurşunlarına hedef olmak suretiyle ölmüşlerdir. Krenz de 1997 yılında yapılan yargılama sonucu, siyasal büronun her iki kararına ve Ulusal Savunma Konseyinin DAC sınır denetleme idaresine ilişkin iki kararına iştirak etmekten kasten adam öldürme fiilinin dolaylı faili olmasından ötürü suçlu bulunmuştur.

Başvuranlar, kovuşturuldukları fiillerin, bunları işledikleri zamanda, DAC hukuku ve uluslararası hukuka göre suç teşkil etmediğini bu yüzden Alman mahkemelerinin mahkumiyet kararının sözleşmenin 7. maddesini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Başvuranlar, Almanya'nın birleşmesinden sonraki mahkumiyetlerin öngörülebilir olmadığını ve dahası DAC'de haklarında kovuşturma yapılmadığı ve yargılanmadıklarını iddia etmişlerdir.

Başvuranlar, yargılandıkları mahkemelerin, Polis Kanununa göre yaptıkları fiillerden dolayı kendilerini cezalandırılmayacağını ayrıca söz konusu zamanda işledikleri fiilin DAC Ceza Kanunu'nda düzenlenmemesinden ötürü bu fiillerden dolayı suçlanamayacaklarını belirtmişlerdir. Birleşik Almanya mahkemesi tarafından yapılan DAC Ceza Kanunu'nun ex post facto yorumunun, herhangi bir DAC mahkemesi kararına dayanmadığını bu yüzden başvuranlar için suçlanmalarına neden olan olaylar zamanında öngörülebilir olmasının imkansız olduğu da iddia edilmiştir.

Hükümet, K.H.W. yargılamasında aynı savunmada bulunmuştur.

## **b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yapılan Değerlendirme**

Mahkeme olayda öncelikle kendi içtihatlarına göre yerel hukukun nasıl uygulanması, okunması ve yorumlanması hakkındaki temel prensiplerini tekrarlamış, kararında, 19. maddeye göre "Mahkemenin görevi, yerel mahkemenin doğru karar verip vermediğini incelemek değil, sözleşmeyi imzalayan devletlerin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gerçekleştirip gerçekleştirmediğini, adeta devletin sözleşmeyi içine sindirip sindirmediğini incelemektedir meğer ki mahkemeler sözleşme tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklere müdahale etmiş

olsun.” ifadelerine yer vermiştir.<sup>6</sup> Belirtilen bu prensipler ışığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin görevi, suçlu bulunan başvuranların suçlu olup olmadıklarını belirlemek değil (çünkü bu yerel mahkemelerin belirleyeceği bir durumdur) sözleşmenin 7. maddesi anlamında davacıların eylemin, DAC hukuku ve uluslararası hukuk açısından, işlendiği zamanki hareketlerinin yeterli şekilde erişilebilir ve öngörülebilir bir suç teşkil edip etmediğini tespit etmektir. Alman yerel mahkemesi ilk olarak davacıların DAC Ceza Kanununun 22. maddesinin 2. fıkrası ve 112. maddesinin 1. fıkrasına göre cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir. Yerel mahkeme, 112. maddede düzenlenen adam öldürmeye teşvik suçundan dolayı yargılamışsa da daha sonra FAC hukukunun lehe kanun olmasından dolayı FAC Kanununu 25. ve 212. maddelerine göre birden fazla kişi bakımından kasten adam öldürme suçu bakımından dolayı fail oldukları gerekçesi ile cezalandırılmışlardır. Lehe kanun uygulamasının gerekçesi, K- H.W. davasında da görüldüğü üzere, Birleşme Antlaşması ve Birleşmenin Uygulanması Antlaşması’nın bu yöndeki maddesidir.

Başvuranlar, Polis Kanunu’ nun 17. maddesinin 2. fıkrası ve 213. maddeleri ile Devlet Sınırları Kanunu’nun 27. maddesinin 2. fıkrasını öne sürerek, yapmış olduğu eylemin DAC hukukuna göre suç oluşturmadığını, DAC hukukuna göre hareket ettiklerini, bu nedenle de haklarında kovuşturma yapılmadığını belirtmiştir.

Bir noktayı belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 7. maddenin 1. fıkrasını sadece yazılı olan kanun olarak algılamamakta, yazılı olmayan kanunları yani uygulamayı da benimsemekte ve değerlendirmektedir. Bu noktadan hareketle DAC devletinin uygulamasının bir hukuk oluşturup oluşturmadığını da mahkeme ihtilaf konusu davayı değerlendirirken inceleme ihtiyacı duymuştur. Bu durumda ilk olarak incelenmesi gereken yapılan eylemin işlendiği sırada DAC hukukuna göre suç teşkil edip etmediğidir. Daha önce de söylendiği gibi yerel hukukun uygulanmasının doğru olup olmadığının tespiti öncelikle yerel

---

<sup>6</sup> Schenk v. İsviçre davası, prg.29 “Yerel hukuku uygulamak ve yorumlamak öncelikle mahkemelerin görevidir.” (Mutadis Mutandis kuralı)

mahkemelerin görevidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, yerel mahkemelerin farklı hukuki yorumları üzerinde açıkça hüküm belirtmesi görevi değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuranların, yerel hukuk maddelerine göre aykırı hareket ettiklerini belirtmiş, kısaca davacıların işlemiş oldukları eylemlerin işlendiği tarih itibariyle DAC hukukuna aykırı olduğu yönünde karar vermiştir.

DAC uygulamasının bir hukuk oluşturup oluşturmayacağı da mahkeme tarafından değerlendirilmiştir. Bu açılarından mahkeme, her ne kadar uygulamada aksi de olsa, sınır ihlalini gerçekleştirecek kişileri önlemek ve sınırları korumak için “her ne şekilde ve sonuçları ne olursa olsun” şeklinde alınacak önlemleri DAC Anayasanın 19. ve 30. maddeleri ile bağlantılı olarak ceza kanununda yer alan 213. ve daha sonra çıkan Polis Kanunu 17. maddesi 2. fıkrası ile Devlet Sınırları Kanunu 27. madde 2. fıkrasına göre suç teşkil ettiğini ifade etmektedir. Ayrıca bu uygulama 1974 yılında DAC tarafından kabul edilen Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin yaşam ve seyahat özgürlüğünü düzenleyen maddesinin de açık bir ihlalidir. Yaşam hakkı, haklar arasında hiyerarşik anlamda en üst hak olması nedeniyle bu hakka karşı gerçekleştirilen hiçbir uygulamanın bir hukuk oluşturmayacağı mahkemece tespit edilmiştir.

Öngörülebilirlik bakımından, yapılan değerlendirmeler ışığında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şu yönde karar vermiştir. Öncelikle olayda kişilerin kanunu bilmemeleri imkansızdır çünkü bu kişiler yetkili insanlardır. Uluslararası yükümlülükleri de bilmemeleri imkansızdır. Ayrıca, zamanında ceza almamaları bu kişilerin yaptıkları fiillerin suç oluşturmadığı anlamına da gelmemektedir. Sonradan kurulan devletin önceden kurulan devlette işlenen suçlardan dolayı yasal takibat yapması pek tabii ki hukukidir; benzer şekilde önceki devlet hukukunu sonradan kurulan devletin kendi yorumlaması da doğal kabul edilmelidir. Yerel Mahkemenin bir hukuk devletinin kendisinden önceki bir rejimde işlenmiş suçların kovuşturmasını yapması yasal olarak görülmüştür ve benzeri şekilde önceki rejim dönemindeki kuralların uygulanması ve yorumunu yaparken yeni hukuk devleti anlayışından yararlanması da tenkit edilmemelidir. Bir düzenlemenin her ne kadar açık şekilde

kanun hükmü tarafından gerçekleştirilmiş olsa da mahkemelerin o hükmü yorumlaması vazgeçilmez bir olgudur. Bu açıdan, her zaman değişen durumlara uyumu ve şüpheli durumların açıklanması için mahkeme yorumlarına ihtiyaç vardır. Bu kişilerin bu anlamda mahkeme yorumlarının değişebileceğini her zaman öngörmesi gerekmektedir.

Görülmektedir ki, DAC uygulaması açıkça Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne aykırı şekilde olmuştur. Başvuran politik liderlerin DAC'nin imzalaması ile yükümlülük altına girdikleri sözleşme hükümlerini bilememeleri yani oradaki temel hakların neler olduğu konusunda bilgisiz olmaları olası değildir. Bu yüzden suç teşkil eden eylemin işleniş zamanı açısından uluslararası hukuka erişilebilir ve uygulanabilir durumdadır. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 7. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

## **B. Ceza Kanunlarının Geçmişe Yürüyemeyeceğine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

### **1. Welch v. Birleşik Krallık Davası<sup>7</sup>**

#### **a. Mahkeme Kararına Konu Olan Olay, Tarafların İddia Ve Savunmaları**

Bay Welch, 1986 yılında büyük miktarda hint keneviri ithalatı yaptığı suçlamasıyla yakalanmıştır. Delil yetersizliğinden serbest bırakılsa da 1987 yılında adli tıp ve yapılan araştırmalar sonucu 1986 tarihinde işlediği iddia edilen suçla bağlantılı olarak kokain tedarik etmek suçunu işlemekten dolayı tekrar suçlanmış ve tutuklanmıştır. 1988 yılında yerel mahkeme bay Welch'i 22 yıl hapis cezasına çarptırmıştır. Bunun yanı sıra mahkeme, 1986 tarihli Uyuşturucu Ticareti Suçlarına ilişkin kanuna uygun olarak 66.914 pound müsadere cezasına da hükmetmiştir. Bu

---

<sup>7</sup> Welch v. Birleşik Krallık, başvuru no: 17440/90, 09.02.1995 tarihli karar. A 307-A, court (chamber), (çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>, 16 Ocak 2007.

miktarı ödemediği takdirde bu cezanın 2 yıl hapis cezasına çevrilerek uygulanması kararlaştırılmıştır. Bu esnada, 1986 kanununda yapılan düzenlemeler 12 Ocak 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1986 tarihli kanunda “kanunda meydana gelen değişiklikler ancak bu tarihten sonra işlenen suçların kovuşturulmasında uygulanacaktır” şeklinde bir ibare de mevcuttur. Welch’in bu arada başvurduğu Temyiz mahkemesi ise hapis cezasını ve müsadere miktarını azaltmıştır ancak kaldırmamıştır.

Bay Welch 22 Haziran 1990 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvuruda bulunmuştur. Welch, hakkında verilen ve cezanın geriye yürümezliği ilkesine aykırı olan müsadere kararın 7. maddeye aykırılık teşkil ettiğini öne sürmüştür.

Welch, müsadere kararının ceza olmadığını iddia eden hükümete cevaben, müsadereye ilişkin düzenlemenin ceza niteliğinde sayılabilmesi için buna ilişkin kanunun amacına ve uygulamasına bakılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu tarz bir düzenlemenin, uygulamanın şiddeti ve genişliği açısından sözleşmeye göre ceza sayılması gerektiğini de ifade etmiştir. Evvela, 1986 tarihli kanun, yerel mahkemeye 6 yıl içinde failin elde ettiği malların hepsinin müsaderesini gerçekleştirme ya da aynı zaman periyodunda elde edilen hediye v.s. malların müsaderesini üstlenme ve bunların nereden geldiğinin araştırılması yetkisini vermiştir. Ayrıca, müsadere emrinin, çeşitli yerel mahkeme kararlarında, cezai karakter içerdiği yönünde ifadelerin yer aldığı görülmektedir. Hatta ABD Temyiz Mahkemesi’nin bir çok kararında da bu yöndeki ifadeler çoğunluktadır.<sup>8</sup>

Hükümet, kanuni düzenlemenin iki amacı olduğunu savunmaktadır. İlkinin kişinin uyuşturucu ticareti suçundan elde ettiği yararlardan mahrum edilmesi, ikincisinin de bunun ticaretinden doğacak olan gelirlerin elde edilmemesidir. Hükümet bu nedenlerle, müsadere kararının suç olarak cezalandırma değil de önleyici bir tedbir olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

---

<sup>8</sup> Austin v. The United States and Alexander v. The United States 28 Haziran 1993 tarihli kararı.

## **b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yapılan Değerlendirme**

Komisyon, dava konusu emrin doğasında cezalandırmanın yer almadığını, önleyici ve tazmin edici bir amacı olduğunu bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. maddesine aykırılık teşkil etmediğini beyan etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, söz konusu davada, öncelikle müsadereye ilişkin düzenlemenin geriye dönük uygulanıp uygulanmaması durumunu incelemekte, müsadere emrinin 7. maddenin 1. fıkrasındaki “ceza” anlamına gelip gelmediğini değerlendirmektedir. Bu düzenlemede yer alan “ceza”nın 6. maddede yer alan “medeni hak ve yükümlülük”, “cezai suçlamalar” ifadeleri gibi özerk bir anlam içerdiğini belirtilmektedir.<sup>9</sup> Yaptırımın, 7. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan “ceza” anlamı içerip içermediğinin belirlenmesi açısından öncelikle söz konusu cezanın bir “suç” karşılığı verilip verilmediğine bakılması gerektiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ifade edilmektedir. Diğer faktörlerin de söz konusu düzenlemenin doğası ve amacının belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu bağlamda, ilgili düzenlemelerin, ulusal hukuktaki tanımlamanın, düzenlemenin uygulaması ve kovuşturulması usullerinin dikkate alınması yararlı olacaktır.

Cezai suç ile bağlantıya gelince, 1986 tarihli kanunun altında oluşturulabilen düzenlemeden önce sanığın bir veya birden fazla uyuşturucu ticareti suçundan mahkum olması gerektiğine dikkat edilmektedir. Başvuranın bu uyuşturucu trafiğinden yararlandığına ilişkin kanuni karinelerin hükümlerinden dolayı, bu bağlantı azalan bir gelişim göstermemektedir. Bu nedenle mahkeme ilamının, mahkumiyetin temelini teşkil eden olaylarla direkt ilgili olmayan kazancı ve

---

<sup>9</sup> “medeni haklar” terimine ilişkin olarak bkz. the X v. France judgment, başvuru no: 18020/91, 31.03.1992, A no. 234-C, prg. 28 ve “cezai suçlamalar” a ilişkin olarak bkz. the Demicoli v. Malta judgment, başvuru no: 13057/87, 27.08.1991, A no. 210, prg. 31, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>, 20 Ocak 2007.



mülkiyeti etkileyebildiği görülmektedir. Sorun, kanunun, mahkemelere müsaderenin yetersizliği ile baş etmek ve müsadereden elde edilen gelirlerin daha sonra başka malvarlığı değerlerine dönüştürülmesi halinde bunların da müsadereye tabi tutulma yetkisini vermesi halinde ortaya çıkmaktadır. Düzenleme, her ne kadar malın müsadere edilmesinin gelecekteki uyuşturucu ticaretinde kullanılmaya elverişli olmasını önlemek gibi bir önleyici amaç içerse de mahkemelere böyle bir müsadere yetkisinin verilmesi ile suçluyu cezalandırma amacının da bunu izlemesi hariç tutulamamaktadır. Gerçekte, suçu önleme ve tazmin amaçları ceza amacına uygundur ve hatta cezalandırma fikrinin parçalarını oluşturmaktadırlar.

Bu bağlamda, İngiltere'deki bazı mahkeme kararlarında müsadere emrinin "ceza" olarak karakterize edildiğini ve bazılarında ise ceza karşılığında tazmin etme amacıyla müsadere kararı verildiği görülmektedir. Her ne kadar 1986 tarihli kanunda yer alan düzenlemeler, bu kanuna özgü önleyici tedbirler olarak addedilse de çoğunluk tarafından cezai düzenlemeler şeklinde anlaşılan bu düzenlemelerin çok farklı görünüşleri olduğu görülmektedir. Kanunun 2. maddesinde, failin aksini kanıtlamadıkça, 6 yıl boyunca elde ettiği tüm malvarlığının, uyuşturucu ticaretinden elde edilmiş gelir ve bunun meyvesi olarak kabul edilmesi ve hepsinin müsadere edilmesi şeklinde bir kanuni karine mevcuttur. Mahkeme, müsadere edilecek miktarı belirlerken failin kusur derecesini dikkate almaktadır. Son olarak, müsadere kararının tanımını ne olursa olsun gerçek şudur ki başvuran, müsadereye ilişkin düzenleme ile suçlu bulunduğu fiili işlediği zaman maruz bırakıldığı cezadan çok daha kapsamlı bir zararla yüz yüze gelmiştir.

Cezanın unsurlarının, müsadere kararının miktarı, davadaki diğer şartların da göz önüne alınması ile bu düzenleme "ceza" niteliğine sahiptir. Düzenlemenin, ceza olduğu konusu açıklığa kavuşturulduktan sonra, ilkeyi ihlal ettiği ortaya çıkmaktadır. Çünkü, kanun, 1987'de yürürlüğe girmiştir. Ancak, suçun işlendiği tarih 1986'dır. Bu nedenle düzenleme 7. maddeye aykırılık teşkil etmektedir.

## 2. Ecer-Zeyrek v. Türkiye<sup>10</sup>

### a. Mahkeme Kararına Konu Olan Olay, Tarafların İddia Ve Savunmaları

Ecer - Zeyrek kararında, başvuranlar 1988 ve 1989 yıllarında terör örgütü PKK'ya yardım ve yataklık etmekten 1993 yılında Şırnak Sulh Ceza Mahkemesi'ne çıkarılmış ve tutuklu yargılanmalarına karar verilmiştir. Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne yetkisizlik iddiası ile giden dosyada, savcı başvuranların silahlı örgüt üyelerine gıda maddeleri verdiklerini iddia etmiştir. Başvuranların, Türk Ceza Kanununun 169. maddesi ve Terörle Mücadele Kanununun 5. maddesi uyarınca cezalandırılmalarını istemiştir. (Terörle Mücadele Kanunu 1991 tarihli) Zeyrek, jandarmadaki, örgüt üyelerini tanıdığı ve yardım ettiği yönündeki ifadelerini Sulh Ceza Mahkemesi'nde reddetmiş, PKK'ya yardım etmediğini, PKK militanlarına hiçbir zaman eşya ve gıda maddesi taşımadığını ve onlarla karşılaşmadığını ifade etmiştir.

Ecer ise Jandarmadaki ifadesinde PKK'ya 1988 yılında katıldığını, örgüt üyelerine dükkanından istedikleri kadar malzeme almalarına izin verdiğini, örgüte yardım ettiğini ifade etmiştir. Mahkemede ifadesinde ise jandarmada söylediklerini reddetmiş, PKK'ya eşya veya gıda maddeleri sağlayarak yardım ve yataklık etmediğini iddia etmiştir. Her ne kadar gözaltında verdikleri ifadelere itiraz etseler de Ecer ve Zeyrek, 12 Mayıs 1994 tarihinde Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesinde, 1988 ve 1989 yıllarında PKK'ya yardım ve yataklık etmekten dolayı yargılanmış ve hapis cezasına çarptırılmıştır. Yerel mahkeme cezayı arttıran ve failerin fiilleri işledikten daha sonra yürürlüğe giren 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu da uygulamıştır.

Başvuranlar, 1994'te kararı temyiz etmişlerdir. Ceza oranının arttırılmasında 1991 tarihinde yürürlüğe giren kanunun uygulandığını bunun da geriye yürümezlik

---

<sup>10</sup> Ecer- Zeyrek v. Türkiye, başvuru no: 29295/95, 29363/95, 27.02.2001, (çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>, 2 Şubat 2007.

kuralını ihlal ettiğini, oysa ki kendilerinin işlediği iddia edilen olayın 1988 ve 1989 yıllarında gerçekleştiğini ifade etmişlerdir. Temyiz başvuruları reddedilmiştir.

Hükümet, başvuruların yasadışı bir örgüt olan PKK'ya 1988 ve 1989 yıllarında yardım ve yataklık ettiklerini, yasadışı örgüt üyelerine yardım etmek ve barınacak yer göstermenin süreklilik niteliği taşıyan bir suç olduğunu savunmaktadır. Şırnak Merkez Jandarma Komutanlığı'nda yapılan sorgulamaları sırasında da bunu kabul ettiklerini belirterek bazı PKK üyeleri ile yapılan yüzleştirme sonucu, Nisan 1990 ve Temmuz 1992 arasında eski PKK üyesi olduklarının ortaya çıktığını, dolayısıyla 1988 ve 1989 yıllarının bu faaliyetlere başlama yılları olduğunu, Terörle Mücadele Kanununun ise 1988'den başlayan ancak 1993'e kadar devam eden suçlara uygulandığı ifade edilmiştir. Buna karşın, başvurular hükümet'in 1988 ve 1989 tarihlerinin bu tür suçların başlangıcı olduğu şeklindeki iddiayı reddetmişler, 1989 ve 1993 yılları arasında, başvuruların yakalanmasına kadar olan süre içinde örgüte üye olduklarına dair bir kanıt bulamadığından ötürü sadece 1988 ve 1989 yılları arasında işlenen suçlarla itham edildiklerini iddia etmişlerdir. Bunun yanında, başvuru kendilerini 1989 ve 1993 tarihleri arasında geçen süre ile ilgili olarak suçlasaydı bunu iddianamede belirtmesi ve suçun tarihi olarak 1988 ve 1989 yıllarını göstermemesi gerektiğini de belirtmişlerdir.

#### **b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Değerlendirme**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hukukun üstünlüğü ilkesinin önemli bir unsurunu oluşturan 7. madde ile sağlanan garantilerin, Sözleşme sistemi içinde önemli bir yere sahip olduğunu ve 15. madde gereğince savaş ve olağanüstü hal durumlarında dahi bu güvencelerden vazgeçilemeyeceğini hatırlatmıştır. İlgili madde amacı ve hedefi doğrultusunda; keyfi yargılama, hüküm ve ceza verme karşısında etkili güvenceleri sağlayacak şekilde anlaşılmalı ve uygulanmalıdır.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> S.W. v. Birleşik Krallık, başvuru no:20166/92 prg. 34",(çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>, 05 Şubat 2007; C.R. v. Birleşik Krallık, prg. 33-35, başvuru no: 20190/92 (çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>, 05 Şubat 2007.

Yine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına göre; Sözleşmenin 7. maddesi kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini içermekte ve ayrıca ilgili kimsenin zararına olacak şekilde ceza kanununun geriye dönük olarak uygulanmasını yasaklamaktadır.<sup>12</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu ilkelerini belirttikten sonra, bu davanın 7. madde ile ilgili olduğunu ifade etmiştir. AİHM'ne göre, hükümetin iddiasında yer alan, işlenen suçun süreklilik niteliğine sahip olmasının, iddiasının, ilgili suçun belli bir zaman dilimi içinde işlendiği anlamını taşıdığı sonucuna varmışsa da bir kimse hakkında, süreklilik niteliği taşıyan bir suçu işlediği yolunda bir iddianın olması halinde, hukuki olarak, kesinlik kuralının mevcudiyeti sonucu suç oluşturduğu fiillerin iddianamede açıkça belirtilmesi gerekmektedir.<sup>13</sup> Yerel mahkemenin başvurusunun, iddianamesinde, başvuruları 1988 ve 1989 yılları arasında işlenen suçlarla suçladığı görülmektedir. Ayrıca, yerel mahkemenin de kararında başvuruların suçlandıkları fiillerin 1988 ve 1989 yılları arasında işlendiğine ilişkin ifadenin de bulunduğu tespit edilmiştir. Yerel Mahkeme kararında, 1989 yılı sonrası işlenen bir suça ilişkin ifade yer almamaktadır. Bundan ötürü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yerel mahkemedeki yargılamanın 1988 ve 1989 yıllarına ilişkin olduğunu, bu yılların da söz konusu fiillerin başlangıç tarihi olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir.

Hükümet, ayrıca eski bir PKK militanının ifadesine dayanarak, başvuruların 1989 yılından sonra da eylemlerine devam ettiklerini vurgulamıştır. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sadece 1988 ve 1989 yılları ile ilgili olan iddianameyi göz önüne aldığı anda, devam eden suça ilişkin bu tür kanıtların sunulmasının iddianame ile uyumlu olmadığını söylemektedir. Ayrıca yerel mahkemenin kararından, 1989 yılından sonra işlenen suçlar sebebiyle mahkum edildikleri yönünde bir sonuç çıkmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu gereğince yargılanan diğer kişiler bağlamında, söz konusu davalarla ilgili iddianamelerde suç niteliğindeki eylemlerin tarihinin kesin olarak belirtildiğinin

---

<sup>12</sup> Kokkinakis v. Yunanistan Kararı, başvuru no: 14307/88, 25.05.1993, prg.52, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>, 15 Şubat 2007.

<sup>13</sup> Pelissier ve Sassi v. Fransa kararı, başvuru no: 25444/94, 25.3.1998, prg. 51, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>, 15 Şubat 2007.

dikkate alınmasına işaret etmiştir. Bu şartlar altında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuruların 1991 tarihli kanun gereğince, verilmesi gerekenden daha ağır bir ceza ile cezalandırıldıkları sonucuna varmış, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7.maddesi 1. paragrafının ihlal edildiğini beyan etmiştir.

### **C. Suç ve Cezaların Kanunlarda Belirli Olmasına İlişkin AİHM Kararları**

#### **1. Erdoğan - İnce v. Türkiye<sup>14</sup>**

##### **a. Mahkeme Kararına Konu Olan Olay, Tarafların İddia Ve Savunmaları**

Davaya konu olayda, başvuranlardan biri olan Ümit Erdoğan, İstanbul'da yayınlanan aylık Demokrat Muhalefet dergisinin sorumlu yazı işleri müdürüdür. Diğer başvuran Selami İnce ise dergide çalışan ve röportaj yapan biridir. Derginin Ocak 1992 sayısında bir sosyolog olan Dr. İ.B. ile İnce'nin yaptığı bir röportaj yayınlanmıştır. Röportajda İnce, .....Kürt gerçeği, nasıl ve hangi ölçüde kabul edecektir? .....Devlet, Kürdistan'a ilişkin yeni resmi politikasını nasıl şekillendirecektir? Resmi ideolojinin hangi hususları değişecek ve nasıl değiştirileceklerdir? .....Şimdiye kadar Ben bir Kürdüm ve şimdiki ve gelecekteki yaşamım için politika ile ilgileniyorum diyen insanların Kürdistan ve Türkiye'de kendi çıkarları için politikaya atılmaya başladığı gözlenmektedir. Bu durumu ne tür gelişmeler ortaya koymuştur? Hukuk alanında Kürtlerin bir siyasi konuma ihtiyacı var mıdır? .....Sağ kanat medyası ve MÇP tarafından teşvik edilen şovenist Türk Milliyetçiliğine karşı koymak için neler yapılmalıdır? Türk ve Kürt halkları arasında bir karşı karşıya gelme olasılığı var mıdır? Bu nasıl engellenebilir?..... ....PKK'nın Kürdistan'daki hegemonyasının, artık çift güçten bahsedilebilecek düzeye geldiği bir süredir tartışılmaktadır. Öcalan, yazılarında Botan-Behdinan bölgesinde Hükümet-Devlet oluşumundan bahsetmektedir. PKK'nın Kürdistan'daki ve Türk siyasetindeki

---

<sup>14</sup>Erdoğan – İnce v. Türkiye, (çevrimiçi) <http://emiskp.echr.coe.int/tkp197>, Başvuru no: 25067/94 25068/94, 08.07.1999 tarihli karar, Reports of Judgements court ( grand chamber), 16 Mart 2007.

gelecekteki müdahalelerine ilişkin herhangi bir işaret mevcut mudur?..... sorularını yöneltmiştir. Bu sorulara karşılık olarak Dr. İ.B. “Kürdistan’da şimdi bir silahlı direniş olması nedeniyle hükümet bazı gerçekleri kabul etmeye zorlanacaktır. ... Türk kuvvetleri tarafından uygulanan şiddet PKK’nın yükseliş ve ilerlemesini durduramaz..... .....PKK’nın fikir ve eylemlerinin özü resmi ideolojiyi değiştirebilecek, Türkiye’nin siyasi sahnesinin atanan kurumlarının etkisini indirgeyebilecek ve halk tarafından seçilen parlamentonun ağırlığını artırabilecek durumdadır. Benim gayri resmi, kendi kanaatıma göre Kürtlerin ve özellikle PKK’nın etkisi daha da artacaktır. PKK’nın hem Kürt hem de Türk toplumları üzerindeki etkisi genişleyecek ve derinleşecektir... ...15 Ağustos 1984 tarihinden bu yana halk arasında Kürt gerilla savaşıları için yaygın bir destek sağlanmıştır. Ulusal bilinç şimdi Kürt toplumunda gelişmektedir ve bu süreç hızla yayılmaktadır. Ve, bu süreç içinde siyasi oluşumun özerklik ve bağımsızlık yönünde Kürt çıkarları için kullanıldığını görmekteyiz. Daha önceleri başkaları ve başka uluslara hizmet etmek üzere siyaset ile ilgilenen Kürtler şimdi Kürt halkına hizmet etmek için siyaset ile ilgilenmektedir. Türk ırkçılığı ve sömürgeciliğine karşı sağlıklı ulusal bilinç gelişmektedir. Tüm bunların, 15 Ağustos tarihindeki Kürt gerilla savaşının başlatılmasından sonra meydana geldiğini söylemek durumu aşırı basitleştirmek olacaktır. Bu süreç, daha gerilere dayanan köklere sahiptir ve belirleyici olan PKK tarafından başlatılan yeni süreçtir... Kürdistan’da yasadışı olan kimdir? Gerillalar mı yoksa Türk silahlı kuvvetlerinin özel timleri mi?..... ....Kürtler ulusu için ölüyorlar. Türkler ne için ölüyor? Onların Kürdistan’da ne işi var?... şeklinde cevaplar vermiştir. Bu ifadeler de derginin Ocak 1992 tarihli sayısında yayınlanmıştır.

Başvuranlar hakkında, yerel mahkeme savcısı, röportajın yayınlanması ile devletin bölünmez bütünlüğü’ne karşı propaganda yapma gerekçesi ile 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesi uyarınca dava açmıştır. 1993 yılında yerel mahkeme başvuruları 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu uyarınca suçlu bulmuştur. Erdoğan, Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesinin 1. fıkrası uyarınca 5 yıl hapis cezası ve 41 milyon Türk Lirası para cezasına çarptırılmıştır. İnce ise, Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesinin 1. fıkrası uyarınca 1 yıl 8 ay hapis cezası

ve 41 milyon Türk Lirası civarında para cezasına çarptırılmıştır. Başvuranlar hükmü temyiz etmişlerdir. Temyiz başvurusu reddedilmiştir. Yerel mahkeme, 1995 tarihinde Terörle Mücadele Kanununda yapılan değişiklikle, davalar resen yeniden incelenmiş, bu yeni değişikliğin failleri hakkında lehe hükümler içerdiği belirlenmiştir. Erdoğan hakkındaki hapis cezası 5 aya inmiş, İnce hakkındaki hapis cezası ise 1 yıl 1 ay 10 güne inmiştir. Başvuranların cezalarının infazı şartlı olarak tecil edilmiştir. Karar başvuranlar tarafından tekrar temyiz edilmiştir. Temyizde, yerel mahkemenin kararı bozulmuştur. Temyiz mahkemesi, Erdoğan'nun sorumlu müdür sıfatıyla yargılandığı bu nedenle kendisine verilen hapis cezasının paraya çevrilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yerel mahkeme "12.7.1997 Tarihine Kadar Sorumlu Müdür Sıfatı İle İşlenen Suçlara İlişkin Davaya ve Cezaların Ertelenmesine Dair 14 Ağustos 1997 Tarih ve 4304 Sayılı Kanun"u uygulayarak Erdoğan hakkında nihai hükmün teciline, İnce hakkında da yargılama sırasındaki iyi halinden dolayı infazın ertelenmesine karar vermiştir.

Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesinin değişiklik yapılmadan önceki halinde 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, yapılamayacağını; yapılması halinde yapanlar hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis ve elli milyon liradan yüz milyon liraya kadar para cezası verileceği öngörülmüştür. Propaganda suçunun Basın Kanununun 3 üncü maddesinde belirtilen mevcuteler ile işlenmesi halinde, ayrıca sahipleri hakkında da para cezası öngörülmüştür. Mevkute bir aydan az süreli ise, bir önceki ay ortalama satış miktarının veya suçun mevcuteler 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. Mevkutelerin sorumlu müdürleri hakkında da sahiplerine verilecek para cezasının yarısı ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Kanunun 8. maddesinde meydana gelen değişiklik sonucunda; propaganda yapanlar hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yüz milyon liradan üç yüz milyon liraya kadar ağır para cezası öngörölmekle birlikte propaganda suçunun mevkuteler aracılığıyla işlenmesi halinde, sahiplerine de mevkute bir aydan az süreli ise, bir önceki ay ortalama satış miktarının yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilecektir ancak, bu para cezaları yüz milyon liradan az olamayacaktır. Bu mevkutelerin sorumlu müdürlerine de, sahiplerine verilecek para cezasının yarısı kadar para cezası ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörölmüştür.

Kanunda meydana gelen değişiklik sonucu 3. fıkraya eklenmiştir. Buna göre, birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun ikinci fıkrada yazılı mevkuteler dışında basılı eser ve sair kitle iletişim araçları ile işlenmesi halinde, sorumluları ve ayrıca kitle iletişim araçları sahipleri, altı aydan iki yıla kadar hapis, yüz milyon liradan üç yüz milyon liraya kadar ağır para cezasına çarptırılacaktır.

Yine Terörle Mücadele Kanununun 13. maddesinde meydana gelen değişiklik ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemeyecek ve ertelenmeyecektir ancak propaganda suçuna ilişkin 8. maddede yer alan düzenleme bakımından bu uygulama geçerli olmayacaktır.

## **b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yapılan Değerlendirme**

Bu davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, doğrudan 7. maddeye ilişkin bir inceleme yapmamışsa da başvuruların yargılanıp cezalandırıldıkları suç tanımının belirsiz olduğu ve bu nedenle 7. maddenin ihlal edildiği yönündeki iddiaya kısa bir yorum getirmiştir.

Başvuranlar, 20 Ağustos 1994 tarihinde Komisyon'a başvurmuşlardır. Başvuranlar, 1991 Tarihli Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki suçların doğrudan terörizm ile ilgili olması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda, sadece



propaganda mahiyetindeki fiillerin, terörist faaliyetleri tahrik etmediği sürece Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesi uyarınca bir suç teşkil edemeyeceğini belirtmişlerdir. Suç konusu röportajın şiddeti artırması söz konusu olmadığından, bu kapsamda mahkum edilmelerinin öngörülmediğini ifade etmişlerdir. 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu' nu 8. maddesindeki “suç propagandası” kavramının, izin verilen ile yasaklanan tutum arasında ayırım yapabilmeleri için yeterli derecede açık olmadığını savunmuşlardır. Bu nedenle işlendiği tarihte ulusal ve uluslararası hukukta suç teşkil etmeyen bir eylem nedeniyle mahkum edilmiş olduklarını iddia ederek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. maddesi ihlal edildiği yönünde şikayette bulunmuşlardır.

Komisyon, başvuruların 2 Eylül ve 14 Ekim 1996 tarihlerinde kabul edilebilirliğini ilan etmiştir. 2 Aralık 1997 tarihinde Komisyon başvuruları birleştirme kararı almıştır. 11 Aralık 1997 tarihli raporunda Komisyon, hükümet ile paralel olarak, 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesinin, ilgili suç tarihinde yürürlükte olduğu üzere, başvuruların gerektiğinde hukuki görüş almalarından sonra tutumlarını düzenlemelerini sağlayabilecek açıklıkta olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, 7. maddede güvence altına alınan suç ve cezaların kanun ile konulduğuna ilişkin bir ihlalin söz konusu olmadığı ve AİHS'nin 7. maddesinin ihlal edilmediğini belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne 7. maddenin devletçe ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvuranlar, AİHM'ne de Komisyona sunduğu gerekçeleri tekrarlamıştır. Hem komisyon hem de hükümet kavramın açıkça yer aldığını, kanunun da suçun işlenmesinden önce yürürlüğe girdiğini bu nedenle ihlal olmadığını belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “hukuk” söz konusu olduğunda, 7. maddede anılan terimin sözleşmenin başka bölümlerinde kullanıldığı şekilde aynı

anlamı içerdığı vurgulamış<sup>15</sup>, cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık bulunduğu iddiası karşısında da yerel hukukta yer alan düzenlemelerin neler olduğuna yer vermiş, başvurulara uygulanan cezaların kanunla belirlendiğine işaret etmiştir. Başvuranların iddiası olan davranışlarını kanuna göre düzenlemelerini sağlayabilecek açıklıkta olmadıkları iddiasını yerinde bulmamış, kanunun yeterli açıklıkta olduğundan bahisle 7. maddenin ihlal edilmediğini belirtmiştir.

## **2. Başkaya - Okçuoğlu v. Türkiye<sup>16</sup>**

### **a. Mahkeme Kararına Konu Olan Olay, Tarafların İddia Ve Savunmaları**

Başvuruculardan Fikret Başkaya gazeteci ve iktisat profesörü, Selim Okçuoğlu Doz Basın Yayın Ltd.Şti. yayınevi sahibidir. Fikret Başkaya'nın yazmış olduğu "Batılılaşma, Çağdaşlaşma,Kalkınma-Paradigmanın İflası/Resmi İdeolojinin Eleştirisine Giriş" adlı kitap 1991'de Selim Okçuoğlu'nun sahibi olduğu Doz Basın Yayın Ltd.Şti.'den çıkmıştır. Kitap Türkiye cumhuriyeti devletinin resmi ideolojisini analiz eden ve eleştiren bir kitaptır. Kitapta, aşağıda kısaca yer verilen türde bir takım cümleler içermektedir.

".....Diğer yandan, Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana takip edilmekte olan ırkçı inkar politikası, Türkiye'deki ırkçı hareketin gelişiminde önemli bir etkeni teşkil etmiştir. Kürt Ulusunun "varolmadığı varsayımının" resmi ideolojinin önemli bir unsurunu teşkil etmesine rağmen bu, aynı zamanda söz konusu ideolojinin en zayıf noktasını da teşkil etmektedir. Var olan bir ulusun "akıl ile yok edilmesi" mümkün değildir ve insanların saçma ve asılsız şüphelerine rağmen tarafsız gerçeklik varlığını sürdürmektedir. Tabi ki bu, saçma ve asılsız şüphelerin herhangi bir etkisi olmadığı anlamına gelmemektedir! Bunlardan faydalananlar, bürokratik,

<sup>15</sup> S. W. v. Birleşik Krallık kararı, prg. 35.

<sup>16</sup>Başkaya-Okçuoğlu v. Türkiye,başvuru no: 23536/94, 24408/94, 08.07.1999, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>, 23 Aralık 2006.

akademik kariyerler, yüksek maaşlar elde eden ve siyasi arenanın basamaklarında yükselenler hiç bir zaman eksik olmamıştır.....Türk Devleti ile Kürdistan'a arasındaki ilişki bir emperyalizmi bitiren sınıftan değildir. Ayrıca siyasi, askeri, kültürel, ideolojik baskıyı içeren bir durumdan da bahsedilebilir. Bu nedenle, doğrudan bir sömürge durumu yürürlüktedir.....”

Bu ve bunlarla aynı paraleldeki ifadeler nedeniyle yazar ve yayın sahibi hakkında yerel mahkeme savcısı 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesinde yer alan devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapma suçunu işlediği iddiasında bulunduğu iddianamesini hazırlayarak mahkemeye sunmuştur. Suç tarihi 3 Mayıs 1991 olarak belirtilmiştir. Yerel mahkeme beraat kararı vermekle birlikte Temyiz mahkemesi tarafından yerel mahkemenin kararı kitabın gerçekte devletin bölünmez bütünlünü bozduğu gerekçesi ile 4 Şubat 1993 tarihinde bozulmuştur. Yerel mahkeme, bunun üzerine 5 Ağustos 1993 tarihinde başvuranları suçlu bulmuştur. Fikret Başkaya Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesinin 1. fıkrasına göre 1 yıl 8 ay hapis cezası 41.666.666 TL para cezasına; Selim Okçuoğlu Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesinin 2. fıkrasına göre 5 ay hapis cezası 41.666.666 TL para cezasına çarptırılmıştır. Kitapta yer alan ifadelerde Türkiye Cumhuriyetinin belli bir kısmının Kürdistan olarak tanımlandığı, Türkiye Cumhuriyeti'nin bu bölgeyi sömürge olarak yönettiğinin ilan edildiği ve böylece toprakları ve ulusu ile bölünmezliğine zarar vermeye yönelik propaganda yapmayı hedeflediği anlaşılmıştır. Bu sebeple sanığın kanıtlanan eylemlerinin tabi olduğu Terörle Mücadele Kanunu kapsamında mahkum edildiği mahkeme tarafından ifade edilmiştir.

Başvuranlar kararı tekrar temyiz etmişlerdir. Başvuranlar kendilerine uygulanan kanun hükmünün anayasa ve sözleşmelere aykırı olduğunu, ayrıca kanun maddelerinin yeterli açıklıkta bulunmadığını ifade etmişlerdir. Selim Okçuoğlu kendisine uygulanan Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesinin 2. fıkrasında sadece para cezası öngörülmesi karşısında hapis cezasının verilmesinin kanuna aykırı olduğunu belirtmiştir. Başvuranların yargılandıkları ve mahkum oldukları tarihlerde

yürürlükte bulunan Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesi Erdoğan- İnce kararında da değinildiği üzere propaganda suçunu tanımlamakta, 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, yapılamayacağını düzenlemektedir. Yapanlar hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis ve elli milyon liradan yüz milyon liraya kadar para cezası da öngörülmektedir. Propaganda suçunun mevkuteler ( bu yayımların neler olduğu Basın Kanununda sayılmaktadır) ile işlenmesi halinde, ayrıca sahipleri hakkında da para cezası öngörülmüştür. Sorumlu müdürler hakkında da sahiplerine verilecek para cezasının yarısı uygulanacak ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilecektir. Kanun maddesi 1995 tarihinde değişikliğe uğramıştır. Buna göre, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş yapılamayacaktır. Yapanlar hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yüz milyon liradan üç yüz milyon liraya kadar para cezası hükümlenmiştir. Propaganda suçunun mevkuteler ile işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de para cezası verilecektir. Sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek para cezasının yarısı uygulanacak ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilecektir. Yine propaganda suçunun yukarıda işaret edilen Basın Kanununun 3. maddesinde yer alan mevkute (Buna göre, gazetelere, haber ajansları neşriyatına ve belli aralıklarla yayınlanan diğer bütün basılmış eserlere Basın kanununa göre "mevkute" denir.) dışında basılı eser ve sair kitle iletişim araçları ile işlenmesi halinde, sorumluları ve ayrıca kitle iletişim araçları sahipleri hakkında altı aydan iki yıla kadar hapis, yüz milyon liradan üç yüz milyon liraya kadar para cezası öngörülmüştür. Bu hüküm, kanun değişikliği ile getirilen yeni bir düzenlemedir. Daha sonraki dönemlerde kanun değişiklikleri olsa da yapılan değişiklikler cezanın infazından sonra meydana gelmiştir. Bu nedenle kanunda meydana gelen değişiklik başvurular hakkında uygulanmamıştır

## **b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yapılan Değerlendirme**

Başvuranlar, 22 Şubat ve 9 Haziran 1994 tarihlerinde Komisyon'a başvurmuştur. 7. maddenin geriye dönük cezalandırma yasağına ilişkin ihlalden dolayı şikayetçi olmuşlardır. Komisyon başvuruları 2 Eylül ve 14 Ekim 1996 tarihlerinde kabul etmiş, 7. maddenin ihlalinin birinci başvuran açısından mevcut olmadığını ancak ikinci başvuran açısından mevcut olduğu sonucuna ulaşmıştır. Komisyon, Başkaya açısından, şikayet konusu düzenlemenin yeterli ölçüde açık olduğunu ve böylece öngörülebilirlik şartının yerine getirilmiş olduğu kanaatine varmıştır. Okçuoğlu açısından, Komisyon, mahkumiyetin kanunsuz ceza olmaz ilkesine uygunluğu bakımından şüpheleri mevcuttur. Ayrıca, Komisyon, söz konusu olan Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesinin 2. fıkrasında, Okçuoğlu'nun hapis cezasına çarptırılmasına ilişkin bir dayanak bulunmadığı ve dolayısıyla kanunsuz ceza olmaz ilkesinin bu davada ihlal edildiği görüşündedir.

Başvuru sahipleri 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesinin açık olmaması ve devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yapılması" terimindeki belirsizlik sebebiyle ilgili tarihte anılan yayının bir suç olarak öngörülmesinin mümkün olmadığını savunmuşlardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, suçun ve cezanın kanunlarda açık olması gerektiğini ifade etmiş, daha önceki içtihatlarına dayanarak, sözleşmenin 7. maddesinin suçun ve cezanın ancak kanunla belirlenebileceği ilkesinin yanı sıra ceza kanunlarının kıyas yolu ile bireyin aleyhine yorumlanamayacağı ilkesini içerdiğini de belirtmiştir. İlgili hükmün yer aldığı metinler ve gerektiğinde mahkeme yorumlarının yardımı ile birey, suçtan sorumlu olmasına neden olabilecek hareket ve ihmalleri bilecek hale gelmektedir. Bu sayede 7. maddede yer alan şart karşılanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, diğer kararlarında da belirttiği üzere<sup>17</sup>, 7. maddenin, "hukuk"tan bahsederken, sözleşmenin aynı terimin kullanıldığı başka

<sup>17</sup> 15.11.1996 tarihli Cantoni v. Fransa kararı, başvuru no: 17862/91, 15.11.1996, prg 29; S.W. v. Birleşik Krallık prg. 35; C.R. v. Birleşik Krallık kararı, prg. 33.

yerlerinde gönderme yaptığı aynı kavramı ima ettiğini, bunun kamu hukuku ile birlikte içtihat kararlarını da içerdiğini vurgulamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, erişilebilirlik ve öngörülebilirlik kavramlarını da bu kapsama dahil etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Devletin bölünmez bütünlüğü alanında kesin bir hassasiyet ile kanunların çerçevenmesinin zor olabileceğini ifade etmektedir. Bir yayının, devletin bölünmez bütünlüğüne karşı bölücü propaganda olup olmadığının, yerel mahkemelerce değerlendirilmesi için belli ölçüde bir esnekliğin gerekli olabileceğini de kabul etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmeyi ihlal ettiği ileri sürülen Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesinin suçu açıkça tanımladığını, bu suç kapsamında kimlerin hangi tür yayınlardan sorumlu olduğunu gösterdiğini de ifade etmektedir.

Fikret Başkaya açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Komisyon'un kanun maddesinin yeterli ölçüde açık olduğu ve öngörülebilirlik şartının sağlanmış olduğu kanaatini yerinde görmüştür.

Selim Okçuoğlu bakımından ise farklı bir karara varmaktadır. Okçuoğlu kitabın basıldığı yayınevi sahibidir. Kanununun 8. maddesi 2. fıkrasında propaganda suçunun Basın Kanununda yer alan mevkuteler vasıtası ile işlenmesi halinde ayrıca mevkute sahiplerine para cezası öngörülmektedir. Kanununun 8. maddesi 2. fıkrasında cezaların öngörüldüğü yayın türleri ve bunlardan kimin sorumlu olabileceği ifade edilmektedir. Okçuoğlu'nun, kanunda sadece süreli yayınların sorumlu müdürleri hakkında hapis ve para cezası, yayın sahibi hakkında ise sadece para cezası öngörülmüş olmasına rağmen kendine de hapis cezası verilmesi iddiası karşısında; AİHM, para cezasına ilişkin ihlal olmadığına ancak hapis cezası bakımından 7. madde bakımından ilgili kanununun 2. fıkrası karşısında ihlal olduğu kanaatine varmıştır.

## 2. C.R. v. Birleşik Krallık<sup>18</sup>

### a. Mahkeme Kararına Konu Olan Olay, Tarafların İddia Ve Savunmaları

Olay, 1984 yılında evlenen ve 1 çocukları olan çiftin, aralarında anlaşmazlık çıkması sonucu karısının evden çocuğu ile ayrılıp ailesinin yanına gitmesi ve bu sırada da boşanma davası açması ile başlamaktadır. Kadın, boşanma davası açmazdan evvel 12 Kasım 1989'da ailesinin yanında yaşarken kocası eve zorla girmiş, karısına cinsel saldırıda bulunmaya teşebbüs etmiş, bu esnada da boğazını sıkarak yaralama fiilini de işlemeye teşebbüste bulunmuştur.

Başvuran, 30 Haziran 1990 tarihindeki yargılamada cinsel saldırı ve müessir fiile teşebbüsten dolayı suçlu bulunmuştur. Davada yerel içtihadta tartışılan konu kocanın karısına evlilik birliği içinde cinsel saldırı suçunu işleyip işleyemeyeceğidir. Yerel mahkemede koca, yasal karısı olduğundan bahisle evlilikle oluşan bir rızanın doğduğunu kocasından kendini geri çekemeyeceğini ifade eden 1736 tarihinde yayınlanan bir ceza davasına atıfta bulunmuştur. Yargıçların bu konuda farklı görüşleri bulunmaktadır. Prensip olarak, daha önceki yargılamalarda kocanın fiilin tecavüz olamayacağı beyan edilmişse de bazı yargıçlar bu prensibe şiddetle karşı çıkmışlardır.<sup>19</sup> İlgili İç Hukukta Cinsel Saldırı Suçu tanımı, “Korku, hile ya da baskı ile bir kadının rızası dışında hukuka aykırı biçimde cinsel ilişkide bulunmak” olarak düzenlenmiştir. 1956 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu’ nun 1. maddesinde, Bu fiilin bir kadına karşı bir erkek tarafından işlenmesi suç olarak belirtilmiştir. 1976’daki kanun değişikliğinde ise 1. madde, işlenmesi amacıyla “Bir erkeğin buna rızası olmayan bir kadınla hukuka aykırı cinsel ilişkide bulunursa bu halde cinsel saldırı fiilini işlemiş olacağı.....” ifade edilmektedir. Avam Kamarasının, 1976 tarihli Cinsel Suçlar kanunundaki değişikliği içeren kanun tasarısı tartışmalarında evlilikten doğan muafiyet konusunda farklı görüşler belirtilmiştir. Parlamento, 1988’de 1976 kanun

<sup>18</sup> C.R. v. Birleşik Krallık, (çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>, başvuru no: 20190/92, 22.11.1995 tarihli karar, A 335-C, Court ( chamber). 12 Kasım 2006.

<sup>19</sup> The Court of Appeal, R.v.Roberts(1986), R.v.Steele (1976), R. v. Clarence (1888)

değişikliğinin gözden geçirilmesi sırasında, 1. maddedeki “hukuka aykırı” fiilini çıkartmak ya da yeni bir evlilik münasebeti hükmü ortaya koymak için bir fırsat yakalamış fakat harekete geçmek için hiçbir adım atılmamıştı. 17 Eylül 1990’da hukuk komisyonu bağışıklığın kural olmaktan çıkarılmasını içeren tavsiyelerde bulunmuştur. Ancak, tartışma başvuranın davasına ilişkin Temyiz Mahkemesi ve Lordlar Kamarası’nın kararıyla son bulmuştur. Başvurana göre, bu kararlar, davada olmaması gerekirken, bu kanunu geriye yönelik olarak değiştirmiştir. Sonuç olarak, Parlamento 1994 tarihinde “hukuka aykırı” ifadesinin 1976 tarihli kanununun 1. maddesinden çıkarmıştır. Parlamento kararı ve ardında mahkemeler tarafından alınan kararlar sonucunda her ne kadar Temyiz Mahkemesi ve Lordlar Kamarası yeni bir suç yaratmasa ya da cinsel saldırı suçunun unsurlarını değiştirmese de, o zamana kadar örf adet hukuku tarafından hariç tutulmuş davranışı da içine alacak şekilde var olan suçu genişletmiştir. Ardından, 1994 tarihli Ceza Yargılaması ve Kamu Düzeni Kanunu da “hukuka aykırılık” fiilini kaldırarak yeni bir düzenlemeye gitmiştir.

(1) Bir erkeğin bir kadına ya da başka bir erkeğe cinsel saldırıda bulunması suçtur.  
(2) Eğer bir erkek,....cinsel ilişki sırasında buna rıza göstermeyen kişi ile cinsel birleşmede bulunursa cinsel saldırı suçunu işlemiş olur....”

Görülmektedir ki, bu dava, söz konusu yargılamanın konusu olduğu kadar İngiliz Mahkemelerinin çeşitli yargılamalarında da doğrudan ya da dolaylı olarak bu yargılama konusu olmuştur. Bu davalarda; “evlilik bağının cinsel ilişkiye zımnen rıza gösterilmesini işaret ettiğini ancak bu rızanın boşanma kararı ya da eşlerin mahkeme kararı ile ayrı yaşamalarına hükmedilmesi durumunda geçerli olamayacağı” şeklinde bazı yargıçların ifadelerine yer verilmiştir.<sup>20</sup> “Evliliğin mevcudiyeti sırasında, evlilik kurumunun kadının kocasına cinsel ilişkide bulunması için rıza göstermesini de içerdiği”ni söyleyen yargıç ifadelerine de rastlanmaktadır.<sup>21</sup> Ancak 1990’lara gelindiğinde cinsel saldırıya ilişkin evlilik muafiyetindeki anlayış tamamen farklı anlaşılmıştır.

<sup>20</sup> R.v. Kowalski (1987) Criminal Appeal Reports s.339

<sup>21</sup> R. v. Roberts ( 1986) Criminal Law Reports, s.188



Hukukun gelişim içerisinde olduğunu ve 20. yüzyılın sonlarına gelindiğini, İskoçya gibi kimi ülkelerde cinsel saldırı suçunda evliliğe ilişkin bir muafiyetin bulunmadığını ve artık bulunamayacağını belirten yargıçlar da mevcuttur.<sup>22</sup> Ancak Hukuk Kurulu örf-adet hukukundaki kurallara ilişkin reformu işaret ederek birtakım davalarda yargıçların her ne kadar evliliğin zımni bir kabul olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtse de evliliğin oluşmasının kabul addedilmesi sonucunu doğurması gerektiği ifadesinin suni olduğuna işaret eden ifadeler kullanmıştır. Hukuk Komisyonu, sosyal değerler ve şartların değişimi ile birlikte kanunların yıldan yıla değişikliklere uğradıklarından bahisle hak ve ödevlerin evlilikten de ileri gittiğine değinmiştir. Komisyon, evliliğin modern görünümünde eşitlerin ortaklığının yer aldığını belirtmekte ve kanunların değişimine ilişkin örnekler vermekte, her ne kadar tartışmalar muafiyet lehine olsa da modern evlilikte bunun doğallık adı altında ya da kanunla düzenlenmesi gibi herhangi bir yolla haklı bir mazerete dayandığının iddia edilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Sonuç olarak, Hukuk Komisyonu evlilik muafiyetinin bütün davalarda lağvedilmesinin gerektiğini de ifade etmektedir.<sup>23</sup>

## **b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yapılan Değerlendirme**

31 Mart 1992 tarihinde komisyona yapılan başvuruda, başvurucu işlediği ve mahkum olduğu fiilin işlendiği sırada kanunen düzenlenmediği, daha sonra suç halinde getirildiğini ileri sürmüştür. Komisyon, 1994 tarihinde şikayeti kabul edilebilir bulmuştur. 27 Haziran 1994 tarihli raporunda, komisyon 7. maddenin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmeler ışığında, ilkenin, sözleşmenin koruyucu sisteminin, 15. maddede de belirtildiği üzere savaşa ya da acil durumlarda bile kısıtlanamayan en seçkin yerinde yer aldığı tekrar

---

<sup>22</sup> R. v. C. (1991) All England Law Reports, s. 755

<sup>23</sup> From the working paper of Law Commission paragraph 5.

vurgulanmıştır. Keyfi yargılamaya, mahkumiyete ve cezalandırmaya karşı ilke amacına ve hedefine uygun olarak uygulanmalı ve yorumlanmalıdır. Kokkinakis v. Yunanistan davasında belirtildiği gibi<sup>24</sup>, 7. madde, sanık aleyhine, ceza kanununun geriye yürümesi yasağını sınırlamamıştır. İlke genel olarak, suçun tanımının sadece kanun tarafından tanımlanabileceği cezanın da ancak kanunca emredilebileceği ve ceza kanununun sanık aleyhine (örneğin kıyas) geniş yorumlanmaması şeklinde somutlaşmıştır. Bu ilkelerden hareketle bir suçun kanunda açıkça tanımlanması zorunludur sonucu doğmaktadır. Sözü edilen yargılamada mahkeme, hangi hareketler ve ihmallerden dolayı kişinin sorumlu tutulacağını, kişinin ilgili kanun hükmünü bilmesinden ve gerekirse mahkemelerin kanunu açıklarken ve uygularken yapmış olduğu yorumlardan çıkarılabileceğini de eklemiştir. Mahkeme, 7. maddedeki ‘hukuk’ denildiği zaman sözleşmenin de, yazılı ya da yazılı olmayan hukukun da bu terimle hemen hemen aynı kavramı ima ettiğini, özellikle erişilebilirlik ve öngörülebilirlik gibi niteleyici koşulları ifade ettiğini işaret etmiştir.<sup>25</sup> Ancak, açık seçik tasarlanmış bir kanun hükmü, herhangi bir hukuk sisteminde özellikle de ceza hukukunda hukuki yorumun vazgeçilemez bir unsurudur. Daima muğlak noktaların açıklamak ve değişen durumlara uyarlamak için mahkeme yorumlarına da ihtiyaç olacaktır.

Başvuran, genel örf adet hukuku kuralının kesin sınırlamalarına tabi ise de, kocanın karısı üzerinde cinsel saldırı suçundan dolayı suçlu bulunamayacağını, cinsel saldırıya teşebbüs suçlanmasına neden olan fiili işlediği zaman olan 12 Kasım 1989’da da hala bunun geçerli olduğunu ileri sürmüştür. Bu tarihten önce ya da sonraki bir dizi mahkeme kararlarında, örneğin 20 Kasım 1990 R. V. J. davasında muafiyetin genel kural olduğu beyan edilmiştir. Ancak, 14 Mart 1991’de Temyiz Mahkemesi ve 23 Ekim 1991’de Lordlar Kamarası tarafından muafiyetin kaldırılması, mahkeme kararının bozulması yoluyla olmuştur. ( kanun ile aydınlatma yoluna gidilerek değil.) Sorun, evliliğe bağlı muafiyetin “çıkarılması”nın cinsel saldırının kanuni tanımıyla ihtilafa düşüp düşmeyeceği, özellikle “hukuka aykırı”

<sup>24</sup> Kokkinakis v. Yunanistan kararı, prg. 52.

<sup>25</sup> Tolstoy Miloslavsky v. Birleşik Krallık, başvuru no: 18139/91, 13.07.1995, A 316-B, Court Chamber, prg. 37, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>. 2 Mart 2007.

kelimesi tarafından önlenebilip önlenemeyeceğidir. Temyiz Mahkemesi, “hukuka aykırı” teriminin cinsel saldırı suçunun tanımından evlilik içindeki cinsel ilişkiyi dışlayan iddiaları içeren içtihat hukukundaki hükümlerin yorumlarının çeşitli dizilerini dikkatlice gözden geçirmiştir. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, öncelikle ulusal makamlar, özellikle mahkemelere, ulusal hukukun yorumlaması ve uygulaması için çağrıda bulunmaktadır. Temyiz Mahkemesi’nin sonradan Lordlar Kamarası’nca da tasdik edilen, cinsel saldırı tanımındaki “hukuka aykırı” kelimesinin mahkeme içtihatları ile belirlenebileceğini ve “saldırgan ve çağdışı haline gelen bir örf adet hukukunun icadının ortadan kaldırılması”nın yasaklanamayacağını açıklayan kararına katılmamak mümkün değildir.

Temyiz Mahkemesi ve Lordlar Kamarası’nın kararları, kocanın muafiyetini kaldırıp, karısı üzerindeki cinsel saldırı fiilinden dolayı hakkında kovuşturmayı destekleyen ve İçtihat Hukukundaki fark edilir şekilde ortaya çıkan gelişiminin devamı niteliğindedir. 12 Kasım 1989’da karısına zorla cinsel saldırıda bulunan kocanın suçlu bulunmuş olmasının kanun açısından tartışılmasına gerek yoktur. Dahası, suçun özüne uygun olarak meydana gelen gelişimin öngörülebilir olduğuna yönelik kanıtlar da bulunmaktadır. Esasında cinsel saldırı suçunun niteliği öyle basittir ki Temyiz Mahkemesi ve Lordlar Kamarası’nın kararlarının sonuçlarının sözleşmenin hiç kimsenin keyfi yargılama, suçlama ya da cezalandırmaya tabi olamayacağına ilişkin 7. maddesinin amacı ve hedefi ile çeliştiği söylenemez. Ayrıca, bir kocanın karısına cinsel saldırıda bulunmasından ötürü kovuşturma bağışıklığına sahip olması şeklindeki kabul edilemez görüşteki değişim sadece evliliğin modern anlayışına değil ayrıca bütün bunlardan ziyade sözleşmenin temel amacına, insan hakları ve insanlık onuruna da saygı gösterilmesi açısından uygundur.

Kısaca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Komisyon ve hükümet gibi yerel mahkemelerin, başvurunun karısına cinsel saldırı suçuna teşebbüsten cezalandırılması ve mahkum olmasından kurtulmak için bağışıklığa başvuramayacağı yönündeki kararları sözleşmenin 7.maddesi kapsamında hak ihlaline neden olamayacağına karar vermiştir. Varılan sonuçtan çıkarılan şudur ki,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kanunun geriye yürümezliğinin ihlali iddiasını ele almamış, yapılan düzenlemeden önce de kanunda yer alan “hukuk dışı” kavramının içeriğinin ne olacağının ülkelerin yerel içtihatları ile ancak belirlenebileceği, gerek temyiz mahkemesinin gerek Lordlar Kamarasının “hukuk dışı” kavramını yorumlarken insan hak ve özgürlüklerindeki gelişmeler, modern düşünceleri dikkate aldığını bunun da sözleşmenin 7.maddesine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

### **III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE MAHKEMENİN DİĞER KARARLARI IŞIĞINDA ORTAYA ÇIKAN SONUÇLAR**

#### **A. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmayacağına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının Değerlendirilmesi**

Streletz, Kessler ve Krenz v. Almanya davasında<sup>26</sup> Alman Mahkemelerinin Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesinden önce iki devlet sınırından batıya kaçan kişilere ateş açılması emrini veren bakanların, dolaylı faillik nedeniyle hapis cezasına çarptırılmalarını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesine aykırı bulmamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu yargılamanın kanunsuz suç ve ceza olmaz ve ceza kanunların geriye yürümezliği ilkelerine de aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir. Streletz, Kessler ve Krenz davasında başvuranlar bilindiği gibi DAC hükümetinde yetkili pozisyondadırlar. Aynı zamanda Sosyalist Birlik Partisi'nin en güçlü kişileridirler.<sup>27</sup> K-H.W. davasında ise başvuran sınır güvenlik görevlisidir. Her iki davada da, yerel mahkeme, sınırdan kaçmaya çalışan kişilerin öldürülmelerinden ötürü kasten adam öldürme suçu işledikleri yönünde karar vermiştir. DAC hükümeti, askerleri “sınır

<sup>26</sup>Mahkemenin aynı yöndeki kararı için bkz. Glassner v. Almanya kararı, başvuru no: 46362/99, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197>, 11 Haziran 2007.

<sup>27</sup>Bilindiği gibi, bu kişiler Almanya'nın birleşmesinden sonra, 1971-1989 arasında sınırdan kaçmaya çalışan kişilerin sınır güvenlik ve mayınlar vasıtasıyla ölmelerinden ötürü Berlin Bölge Mahkemesi tarafından kasten adam öldürmeye teşvik suçundan dolayı suçlu bulunmuşlardır.

ihlali” yapanların öldürmelerinden dolayı cezalandırmak bir yana onlara nişan ve ödül vermiştir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de tespit ettiği üzere DAC Ceza Kanunu’nun 112. ve 22. maddelerinde kasten adam öldürme ve adam öldürmeye teşvik suçlarını cezalandırmaktadır. Polis Kanunu’nun 17. maddesi ve Devlet Sınırları Kanunu’nun 27. maddesi ancak “ciddi suç”ların önlenmesi amacıyla ateşli silah kullanılabilceğini düzenlemektedir. DAC Ceza Kanunu’nun 213.maddesi, ancak “tehlikeli yollarla ya da yöntemler” ile sınırı geçmeye çalışılması fiilini “ciddi suç” olarak da ayrıca belirtmektedir.<sup>28</sup>

DAC ve FAC arasındaki Birleşme antlaşması ile prensip olarak, birleşmeden önce işlenen suçlar bakımından işlendikleri yer kanununun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak, yerel mahkeme, DAC hukukunun uygulanacağı suçlarda fail açısından FAC hukukunun lehe olması durumunda FAC’nin ilgili kanun hükümlerini uygulamıştır. Berlin Bölge Mahkemesi, yaptığı yargılamada DAC devletinin sınır idaresini uluslararası hukuk tarafından korunan insan hakları ve adalete aykırı bulmuştur.<sup>29</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, keyfi uygulamalar sonucu sınırı geçmeye çalışan insanların öldürülmesi, müspet uluslararası hukuku ihlal anlamına gelmektedir. Adalet ve insan haklarına göre yaşam hakkı sınırın geçilmesinin önlenmesine yönelik alınan tedbirlerden daha önceliklidir. Bu durum gerek İnsan Hakları Evrensel Beyannameesi gerekse Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nde belirtilmiştir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, DAC Anayasası ve Devlet Sınırları Kanunu bünyesinde de kaççağa karşı başkasının yaşam ya da beden

---

<sup>28</sup> Ancak belirtmek gerekir ki DAC mahkemeleri de sınır görevlilerinin, sınırı geçmeye çalışan kaçakların öldürülmesi için ateşli silah kullanımları bakımından, bu kişilerin merdiven veya ip kullanmasının tehlikelilik hali oluşturmasına yeteceğini ifade ederek yargılanmadan muaf tutuyorlardı ki bu içtihat DAC temyiz mahkemesi ve savcılar tarafından da onaylanıyordu.

<sup>29</sup> Mahkeme, Radbuch formülü olarak da bilinen “kanuni adaletsizlik” formülünü uygulamıştır. Radbuch formülüne göre “eğer kanun hükmü tolere edilmeyecek derecede adaletin gereksinimlerini yerine getirmekten uzaksa veya nerede bir kanun hükmü açıkça ve bilinerek hakkın/adaletin özü eşitliğini menfi yönde etki ediyorsa bu durumda bu kanun hükmü adalet prensibi uyarınca dikkate alınmamalıdır.” (çevrimiçi) [http://en.wikipedia.org/wiki/Gustav\\_Radbruch](http://en.wikipedia.org/wiki/Gustav_Radbruch), 2 Nisan 2007.

bütünlüğünü tehlikeye atması durumunda öldürücü güç kullanılacağı yönünde olan ve orantılılık ilkesini yansıması olan düzenlemeler barındırdığını da ifade etmiştir.<sup>30</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuruların işledikleri fiillerin (yazılı ve yazılı olmayan hukukta kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralına göre) DAC ceza kanununa göre suç teşkil edip etmediğini değerlendirmiştir. DAC Polis Kanunu'nun 17. maddesinin 2-a ve 4. fıkraları ile Devlet Sınır Kanunu'nun 27. maddesinin 1., 4. ve 5. fıkraları ile Anayasanın 30. maddesinin 1. ve 2. fıkraları, DAC hukukunun uygulamada farklı olsa da orantılılık ve insan hayatının korunması ilkesini benimsediklerini göstermektedir. 25.3.1982 tarihli Sınır Kanunu'na kadar 1972 tarihli genelge ile, sınır görevlilerinin sınırı geçme teşebbüsünde bulunanlara karşı silah kullanma yetkisi tanınmıştır. Ancak sınır Kanunu ile, suç işleyen ve yakalanmaktan kaçan kişilere ateş etme yetkisi bazı koşullara bağlanmıştır.<sup>31</sup> Sınır Kanunu ile ateş etme yetkisi, anayasal ölçülülük ilkesi kapsamında sınırlamalara tabi tutulmuştur. Kanunda ateşli silah kullanımı son çare olarak öngörülmüş ve insan yaşamının olanaklar dahilinde korunması ilkesi benimsenmiştir.<sup>32</sup> Bu açıdan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuruların mahkumiyetlerinin, yazılı olan DAC hukukuna da uygun olduğunu tespit etmiştir. Bu açıdan yazılı olmayan hukukun, özellikle de uygulamanın, sınır görevlilerinin kaçakları öldürmesi fiillerine hukuki bir zemin hazırlayıp hazırlamadığı konusunda, mahkeme, gerek anayasa gerek kanuni düzenlemeler çerçevesinde bu amacın uygulamalarda tersi olsa da insan hayatı lehine sınırlandırıldığını ifade etmiştir. Bu bakımdan böyle bir hukuki zeminin olamayacağını, keyfi uygulamanın da hukuk olarak nitelendirilemeyeceğini anlaşılmaktadır.

---

<sup>30</sup> FAC Anayasası ya da Temel kanun, "bir filin, ancak kanun tarafından suç olarak düzenlenmesinden sonra cezalandırılabilmesi"ne yönelik ilkeyi benimsemektedir.

<sup>31</sup> R. Barış Erman, "Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi", **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul, 2006, s.266.

<sup>32</sup> **A.e.**, s. 267. Yerel mahkeme, kararında, Demokratik Alman Cumhuriyetinde sınırın korunması karşısında insan yaşamının hukuki değeri öncelikli görülmüş, sınır görevlilerin davranışlarının hukuka uygun olmadığına karar vermiştir.

Başvuranlar tarafından yapılan bir diğer itiraz da işledikleri fiillerin suç olarak düzenlenmeleri bakımından “öngörülebilir” olmadığı yönündedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, buna ilişkin olarak; başvuranların üst düzey görevli olmalarından bahisle uluslararası hukuku, DAC Anayasasını ve diğer DAC kanunlarını bilmemelerinin mümkün olmadığını bu açıdan işledikleri fiiller bakımından öngörülebilir olduğunu ifade etmiştir. Sınır güvenlik görevlisi olan başvuran açısından da mahkeme, bir askerinin suç teşkil ettiği aşıkâr olan emirlere körü körüne itaat etmesinin sadece DAC’nin kendi hukukuna değil uluslararası hukuka da aykırı olduğunu görebileceğini, insan öldürmenin suç olduğunu asker olmayan bir kişinin bile ilgili kanunlara bakarak anlayabileceğini belirterek bu savunmanın tutarsızlığına işaret etmiştir. Alman Federal Mahkemesi sınır görevlilerinin emrin yerine getirilmesi mazeretini de geçersiz bulmuş, emrin varlığının genel kurallardan çıktığını, o anda silah kullanımının sınır görevlisinde olduğunu belirtmiştir.<sup>33</sup> Ayrıca, yerel mahkeme, ortada hukuka aykırı bir emrin olduğunu da ifade etmektedir. AİHM, kaçmakta olan silahsız kişilerin öldürülmesinde temel bir yasağa aykırı hareket ettiklerinin açıkça belli olması ve emrin hukuka aykırılığının da fark edilebilir olması karşısında öngörülemezlik mazeretlerini yerinde görmemiştir.<sup>34</sup>

## **B. Ceza Kanunlarının Geriye Yürüyemeyeceğine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi**

Welch v. Birleşik Krallık kararında, başvuran uyuşturucu suçundan yerel mahkeme önünde yargılanmadan önce Uyuşturucu Ticareti suçuna ilişkin 1986 tarihli müsadereye izin veren kuralın yer aldığı kanun yürürlüğe girmiştir. Başvuran, işlediği iddia edilen fiil nedeniyle, işlediği sırada yürürlükte olmayan bu düzenlemenin kendisine uygulanmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin geriye yürümezlik kuralının ihlali niteliğinde olduğunu iddia etmiş, hükümeti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine şikâyet etmiştir. Bu durumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yeni bir ceza öngören düzenlemenin başvurana uygulanmasını 7.

<sup>33</sup> R. Barış Erman, “Yanılımanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, s. 267.

<sup>34</sup> A.e.

maddenin 1. fıkrasına açık ihlal niteliğinde görmüştür.<sup>35</sup> Ancak, bu kararı vermeden önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hemen uygulamanın geriye yürümezlik ilkesini ihlal edip etmediğini değerlendirmemiş, öncelikle, söz konusu düzenlemenin ceza niteliği taşıyıp taşımadığını incelemiştir. AİHM, AİHS'nin 7. maddesinde yer alan 'ceza' kavramının, sözleşmenin diğer maddelerindeki birtakım kavramlar gibi özerk olduğunu ifade etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yerel mahkemenin müsadere kararının ceza niteliğinde olup olmadığını değerlendirirken bir takım kriterleri göz önüne almaktadır. Kararda belirtildiği üzere, önemli olan nokta suç ve ceza kavramlarının anlam ve içeriğinin ne olduğunun belirlenmesidir. Suç, en basit şekli ile kanunun yasakladığı fiillerin ihlalidir. Cezanın ne olduğu ve bulunup bulunmadığının saptanmasında hareket noktası uygulanan yaptırımın bir suçtan mahkumiyet sonucu olup olmadığıdır. Bunun yanı sıra yaptırımın niteliği, amacı, ağırlığı, ulusal hukuktaki nitelendirilişi ve yaptırım uygulanırken izlenen usuli işlemlerin unsurları da bir yaptırımın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde yer alan "ceza" kavramına yüklenen anlam kapsamında olup olmadığının belirlenmesi bakımından son derece önemlidir.<sup>36</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ülkelerin kendi mevzuatlarında tedbir adı altında ceza koyarak sözleşmenin ihlal edilmesine de karşı çıkmış olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Welch kararında, uyuşturucu ticaretinden mahkumiyetin dışında, ticaret sonucu elde edildiği kabul edilen servetin ayrı bir kararla müsadere edilmesinin ceza niteliğinde olup olmadığını değerlendirmek için de birtakım kriterleri değerlendirmiştir. Bunlar; son 6 yıl içinde servetin uyuşturucu ticaretinden sayılacağına dair bir kanuni karinenin varlığı, müsadere edilecek miktarı belirlerken mahkemenin sanığın kusurluluk derecesini göz önünde tutan bir takdir hakkının bulunması, belirlenen miktarın ödenmemesi durumunda müsadere kararının

---

<sup>35</sup> Buna ilişkin bir diğer karar da Puhk v. Estonya kararı, başvuru no: 55103/00 ile Veeber v. Estonya kararı, başvuru no: 45771/99 davalarıdır. Veeber v. Estonya davasında 1993 ve 1994 yılları arasında işlemiş olduğu vergi suçundan 1995 tarihinde yürürlükteki kanunun değişen maddelerinin uygulanmasına ilişkin verilen karar AİHM tarafından sözleşmenin 7. maddesine aykırı bulunmuştur. (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>, 10 Mart 2007.

<sup>36</sup> Welch v. Birleşik Krallık kararı, prg.. 27,28; Jamil v. Fransa kararı, başvuru no: 15917/89. prg 30,31. (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>, 25 Mayıs 2007.



hapse çevrilmesi imkanının bulunmasıdır. Müsadere emri verilirken, uyuşturucu ticaretinden elde edilen gelirler üzerine uygulanması ve gerçek zenginleşme veya kar ile sınırlanmamış olması unsurları göz önüne alınmıştır. AİHM bu unsurları içeren müsadere hükümlerinin ceza niteliğinde olduğu kanaatine varmış, sonradan yürürlüğe giren kanunun bu açıdan geriye yürürlü olarak uygulanmasının 7. madde ihlali olduğunu belirtmiştir.<sup>37</sup>

Jamil v. Fransa Davasında, yerel mahkeme tarafından suçun işlenmesinden sonra yürürlüğe giren ve borç yüzünden verilen hapis cezasının uzatılmasına ilişkin kanun hükmü uygulanmıştır. Jamil'e uygulanan yaptırım uyuşturucu ticaretinin önlenmesi konusunda verilmiştir. Bu karar, ceza hukuku kapsamında uygulanmıştır. Borcun ödenmemesi durumunda verilen hapis cezası bakımından AİHM, Welch kararında olduğu gibi yaptırımın ceza hukukuna ilişkin olup olmadığı, kısaca "ceza" niteliğinde olup olmadığı değerlendirmesinde bulunmuştur. Uygulanan yaptırım, iflas durumunu ispat edemeyen kişilere yönelik olarak diğer cezalarla birlikte para cezalarının ödenmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Uygulama, diğer hapis cezalarından daha ağırdır çünkü af ya da şartlı tahliye hükümlerine tabi olmamaktadır. Ayrıca, kararı veren makam ceza mahkemesidir ve caydırıcı amaç taşımaktadır. Bu gerekçelerle AİHM 7. maddenin ihlal edildiği kanaatine varmıştır.<sup>38</sup>

Ecer- Zeyrek v. Türkiye kararında ise yerel mahkeme başvuruçuları, 1988 ve 1989 tarihinde işledikleri yardım ve yataklık suçlarından ötürü suçlu bulmuştur. Yerel Mahkeme, suç tarihi olarak 1988 ve 1989 yıllarını göstermişse de failer hakkında 1991 tarihinde yürürlüğe giren Terörle Mücadele Kanunu'nu uygulamıştır. Buna gerekçe olarak da failerin işledikleri iddia edilen suçların süreklilik arz ettiğini, 1988 tarihinin suçu işlemeye başladıkları tarih olduğunu, suçun yakalandıkları zamana kadar işlenmiş sayılacağı gösterilmektedir. Avrupa İnsan

---

<sup>37</sup> Welch v. Birleşik Krallık kararı, prg. 33; Ayrıca Jamil v. Fransa kararı, prg. 32 vd. Bu kriterlerin bir bakıma değerlendirilmesi yapılmaktadır.

<sup>38</sup> Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları Genel Direktörü, 2005, s.269. Buna ilişkin AİHM kararları için bakınız: Engel Ve Diğerleri V. Hollanda; Öztürk V. Almanya, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int>, 25 Mayıs 2007.

Hakları Mahkemesi, bir kimsenin süreklilik niteliği taşıyan bir suçu işlediği iddia edilmesi durumunda, “yasal kesinlik kuralı” dolayısıyla, söz konusu suçu oluşturan fiillerin iddianamede açıkça belirtilmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>39</sup> Ayrıca AİHM, yerel mahkemenin gerekçeli kararının hiçbir yerinde, başvuruların 1989 tarihinden sonra işledikleri fiillerden dolayı suçlandıklarına yönelik bir ibarenin de olmadığını, yerel mahkemenin kararının odak noktasını 1988 ve 1989 yılları arasındaki eylemler olduğunu ifade etmiştir. Görülmektedir ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yerel hukukta suçun nasıl nitelendirildiği ile ilgilenmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, suçun yerel mahkeme kararında hangi tarihlerde işlendiğine dair açık ifadelerin olup olmadığını değerlendirmiştir. Suç niteliği taşıyan fiiller ve işleniş tarihlerinin, iddianamede ve yerel mahkeme kararında açıkça belirtilmesi gerektiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından açıkça vurgulanmıştır. Suç tarihinin 1988 ve 1989 olarak gösterildiği karara binaen 1991 tarihli kanunun uygulanması geriye yürümezlik ilkesinin açık ihlali sayılmaktadır.

### **C. Suç ve Cezaların Kanunlarda Belirli Olmasına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi**

Daha önce de belirtildiği üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin söz konusu olan ilkesi, suç ve cezalarda kanuniliği garantiye almak, keyfiliği önlemek amacıyla konulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, maddenin uygulanması açısından S.W. v. Birleşik Krallık davasında “...bu madde, amacı ve hedefi izlenerek, keyfi yargılama, mahkum etme ve cezalandırmaya karşı etkili güvenceleri sağlayacak şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır”<sup>40</sup> şeklinde yorumda bulunmuştur. S. W. v. Birleşik Krallık ve C. R. v. Birleşik Krallık davalarında başvurular, evlilik içi cinsel saldırı fiilinin geriye dönük olarak kanun dışı hale getirildiğini ve bu yüzden eşlerine karşı cinsel ilişkiye zorlama suçundan mahkum olduklarını bununda 7. madde ihlali olduğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme, başvuruların mahkumiyetinin House of Lords'un aile dokunulmazlığını kaldıran

<sup>39</sup> Durmuş Tezcan/Mustafa Erdem/Oğuz Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 381.

<sup>40</sup> “S.W. v. Birleşik Krallık kararı, prg.34; C.R. v. Birleşik Krallık kararı, prg. 32.

R'ye ilişkin mahkeme kararına dayandığını, yerel mahkemede görülen R davası ile girişilen, ülkede beklenen kanun reformunun gerçekleşmesinin neredeyse kaçınılmaz olduğunu, bu yüzden de başvuruçuların bu durumun davranışlarının cezai sorumluluğu doğuracağını öngörebilmeleri açısından yeterli olacağını ve öngörmelerinin gerektiğini bu nedenle 7. maddeye ilişkin ihlal olmadığını ifade etmiştir.<sup>41</sup> Yine S.W. v. Birleşik Krallık davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 7. maddede yer alan “hukuk” kavramının yalnız yasama organı tarafından çıkartılan yazılı yasalarla sınırlı olarak değerlendirmemekte, hem yazılı hem yazılı olmayan hukuku yani içtihat hukukunu da kapsayacak şekilde değerlendirmektedir.<sup>42</sup> Mahkemenin diğer davalardaki tutumundan da anlaşılmaktadır ki, önemli olan kuralın yazılı olması değil bireyler açısından ulaşılabilir ve öngörülebilir olmasıdır.<sup>43</sup> Başvuran, fiilin işlendiği tarihte kocanın karısının ırzına geçmekten dolayı suçlu bulunamayacağını, bu konudaki genel içtihat hukuku prensibine dayanarak iddia etmektedir. Ancak, House Of Lords madde metninde yer alan “hukuka aykırı” ifadesinin geçersiz ve aşağılayıcı hale gelen bir içtihat hukuku uygulamasını ortadan kaldırmayı engellemediğini ifade etmiştir. Başvuran Temyiz mahkemesi ve House Of Lords’un yeni bir suç tayininde bulunmadığını, suçun içeriğini de değiştirmedeğini ancak varolan bir suçun kapsamının, daha önce girmeyecek davranışların da dahil olacak kadar genişletilerek öngörülebilirlik şartının ihlal edildiğini iddia etmiştir.<sup>44</sup> AİHM, bu ihlal iddiası karşısında da Yerel mahkemelerin, kocanın karısının ırzına geçmekten dolayı yargılanmamasını sağlayan dokunulmazlığı ortadan kaldıran gelişmeleri devam ettirdiklerine işaret etmiştir. Ayrıca, kanun metnine bakıldığında, kocanın da bazı durumlarda ırza geçme fiilinden dolayı suçlu bulunacağı konusunda şüphe bulunmamaktadır. Kanun metninin yanı sıra yargı içtihatları da bu yönde gelişme göstermektedir. Artık, bu

---

<sup>41</sup> Halen Fenwick, **Civil Liberties and Human Rights**, London, Cavedish publishing ltd, 2004, s.65; Philip Leach, **Taking a Case To The European Court Of Human Rights**, 2.bası, y.y., Oxford University Pres, t.y., s.278.

<sup>42</sup>“ Cantoni v. Fransa kararı, prg.29.

<sup>43</sup> S.W. v. Birleşik Krallık kararı, prg.35. Mahkemenin bu ifadesine yer verdiği diğer kararlar için bkz: “( Divan Kararları: Silver et Autres v. Birleşik Krallık, 25.3.1983; Sunday Times v. Birleşik Krallık, 26.4.1979, X. Ltd. v. Birleşik Krallık, 7.5.1982)” Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 2.bası, Ankara, Turhan, 1998, s. 288.

<sup>44</sup> Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, s.275.

gelişme karşısında, AİHM dokunulmazlığın kalktığıının öngörülebilir hale gelmiş olduğunu ifade etmektedir.<sup>45</sup> C.R. v. Birleşik Krallık Davasında da belirttiği gibi, ırza geçme fiilinin niteliği itibariyle aşağılayıcı oluşu ve yerel mahkemelerin de mağdur-fail arasındaki ilişkinin boyutuna bakmaksızın faili ırza geçme suçundan yargılamasına ilişkin kararı, AİHM tarafından, özü insan onuruna ve özgürlüğüne saygıya dayalı olan AİHS'nin temel amaçlarına da uygun olarak kabul edilmektedir.

En temel şekli ile hiç kimsenin kanuna dayanmaksızın cezalandırılmayacağını ve işlediği fiil nedeniyle suçlu bulunamayacağını ifade eden 7. maddenin kapsamı, Kokkinakis v. Yunanistan davasında belirtilmiştir. Kısaca, mahkeme, 7. maddenin sanığın zararına olarak ceza kanununun geçmişe uygulanmasının yasaklanmasını sınırlandırmadığına işaret etmiştir. Ayrıca, genel anlamıyla, ilke, cezaların ve suçların sadece kanunla tanımlanabileceğini ve ceza kanunlarının (kıyas yoluyla olduğu gibi) sanığın aleyhine geniş yorumlanamayacağını ifade etmektedir. Cezalar kanunlarda açıkça tanımlanmış olmalıdır. Bu şartın sağlanabilmesi ve kişilerin hangi davranışlarından sorumlu olduklarının belirlenmesi için gerektiğinde ilgili düzenlemelerde yer alan maddelerin yorumları ile madde ile ilgili verilen mahkeme kararları da dikkate alınacaktır.”<sup>46</sup> AİHM, 7. maddede “kanun” denildiğinde sözleşmede bu terimin kullanıldığı başka yerlerdekiyle aynı anlamın ifade edilmek istendiği, bu terimin yazılı ve yazılı olmayan kanunlar ile erişilebilirlik ve öngörülebilirlik dahil olmak üzere niteliksel şartları zımnen ifade ettiğini belirtmektedir.<sup>47</sup> Özetle, “Kişi, ilgili hükmün lafzından hangi eylem ve ihmallerin kendini sorumlu kılacağını, gerektiğinde bir mahkemenin yorumu yardımıyla anlayabildiği zaman bu gereklilik karşılanmış”<sup>48</sup> sayılacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aynı zamanda sözleşmede bulunan diğer düzenlemelerde yer alan temel hakların sınırlandırılması söz konusu olduğunda

<sup>45</sup> S.W. v. Birleşik Krallık kararı, prg. 36.

<sup>46</sup> Kokkinakis v. Yunanistan kararı, prg.52.

<sup>47</sup> Tolstoy Miloslavsky V. Birleşik Krallık kararı, p. 37.

<sup>48</sup> Yasemin Özdek, **AİHS Sistemi ve AİHM Kararlarında Türkiye**, Ankara, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 2004, s.218.

bunun 7. maddede yer alan açık yasal ilkeye uygun olarak yapılması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>49</sup> Bu bağlamda maddi ceza hukukunun kafi derecede ulaşılabilir olması ve kişinin davranışının cezai sorumluluk doğurduğunu önceden bilip bilmemesi açısından ifadelerin açık olması şartı aranmakta, bunun yanında mahkemeler tarafından kanuni suçun yorumu vasıtasıyla gerçekleştirilen ceza hukukundaki ve örf adet hukukundaki gelişmelerde neyin öngörülebilirlik dışına çıktığının belirlenmesinde etkili olduğu konusunda yardımcı olduğu görülmektedir.<sup>50</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargılama yapmış olduğu bir çok davada kanunun açıklığı konusunda oluşan sorunlarda bunun çözümü için yerel mahkeme içtihatlarına bakılması gerektiğini, yerel mahkeme kararlarında yer alan yorumların madde tanımlamasında ifade edilen kelimelerin ne anlama geldiğinin ortaya konması açısından önemli olduklarını söylemektedir.<sup>51</sup> AİHM'ne göre, ceza hukuku da dahil olmak üzere hangi hukuk sisteminde olursa olsun bir hüküm ne kadar açık yazılmış olsa da ister istemez yargının yorumuna açık tarafı olacaktır. Şüpheli noktaların açığa kavuşturulması ve değişen şartlara uyumun sağlanması için her zaman açıklık getirme ihtiyacı olacaktır. Bu nedenle ceza hukukunda kanunların yorumlanması, yargıda gelişmişliği sağlamış ve hukuk geleneğinin ayrılmaz bir parçası olmuştur. AİHS 7. maddesi suçun esasına uygun olduğu ve makul olarak öngörülebildiği sürece, cezai yükümlülüğün kurallarını davadan davaya açıklığa kavuşturmayı yasakladığı şeklinde yorumlanması mümkün değildir.<sup>52</sup>

Geriye yürümezlik kuralını takiben 7. madde bireysel haklara müdahale eden yasal düzenlemelerin yeterli derecede kolay ulaşılabilir ve bireyler tarafından hangi şartların cezai sorumluluğu doğuracağını anlaşılmasını mümkün kılacak şekilde

---

<sup>49</sup> Andrew Ashworth/Ben Emmerson, **Human Rights and Criminal Justice**, London, Sweet&Maxwell, 2001, s.281.

<sup>50</sup> **A.e.**, s.282.

<sup>51</sup> In *Sunday Times v. UK*, *Handyside v. UK*, *Ainsworth v. UK*, *Grigoriades v. Yunanistan*, *Hashman ve Harrup v. UK* davaları için bakınız **A.e.**, s 284 vd. Suçun ve cezanın unsurlarının kanunla düzenlenmesi ilkesi ile doğrudan ilgili olan belirlilik ilkesi AİHM tarafından bir çok yargılamasına konu olmuştur. Bu ilkede yer alan ve mahkeme tarafından dikkate alınan en önemli husus suç ve cezanın kanunla konulmasının yanı sıra suçun ve cezanın kanunda açık ve belirgin bir biçimde tanımlanmasıdır

<sup>52</sup> *S.W. v. Birleşik Krallık* kararı, prg. 32-34.

düzenlenmiş olması gerektiğini ifade eden açıklık ilkesine de yer vermektedir. AİHM, CR v. Birleşik Krallık davasında ... “ her ne kadar yasal düzenlemeler- özellikle ceza hukukunda açıkça kanunlarda açıkça yapılsa da mahkeme tarafından yapılan yorum da kanunun açıklanması bakımından önemli bir unsurdur. Tartışmalı noktaların açıklanmasında ve değişen durumlara uyarlama da daima mahkeme yorumlarına ihtiyaç duyulmaktadır...”ifadelerine yer vermiştir<sup>53</sup>.

C.R. v. Birleşik Krallık davasında yerel mahkemenin yargılamasında bir suç ihdası açık şekilde görülse de mahkeme başvurusunun 7. madde ihlali hakkındaki şikayetini reddetmiştir. Mahkeme; muafiyetin yerel mahkeme tarafından kaldırılmasını, bireyin hukukun gelişimi gerekçesi ile bunu öngörülebileceği şeklindeki yargısal yorumun mümkün olduğunu bu açıdan 7. maddeye yönelik bir aykırılık bulunmadığını ifade etmiştir.<sup>54</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hukukun gelişim sürecinde bir normun değişen koşullara uydurulabilmesi bakımından belirli bir esneklik gösterilmesini kabul etmekte, buna dayanarak belirtildiği üzere esneklik dahilinde yapılan yorumların da ihlal niteliği taşımadığını kabul etmektedir.<sup>55</sup> Ancak, esneklik olması gerektiği sadece değişen koşullar ile belirlenmemekte, mahkemenin ifadelerinde yer alan öngörülebilirlik şartının da yerine getirilmiş olmasına bağlanmaktadır. Öngörülebilirliğin sağlanması açısından da yerel hukukta meydana gelen değişiklikler, kişinin eğitim durumu ve yaşam şartlarının da göze alınması kanaatindeyiz.<sup>56</sup>

Başkaya – Okçuoğlu ve Erdoğan- İnce kararlarında, sorun faillere uygulanan kanunların açık, anlaşılır olup olmadığıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Erdoğan – İnce kararında, madde ihlali görmemiş olsa da Başkaya – Okçuoğlu davasında 7. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararında, Avrupa İnsan

---

<sup>53</sup> Clare Ovey/Robin White, **The European Convention On Human Rights**, , third edition, Oxford University Press, s.192.

<sup>54</sup> **A.e.**

<sup>55</sup> Tezcan/Erdem/Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, s.376.

<sup>56</sup> Kokkinakis v. Yunanistan davasında başvurusunun Yunan Ceza Kanununda suç olarak düzenlenen proselsizm suçunun unsurlarının yeterli açıklıkta olmadığı, ardından Grigoriades v. Yunanistan davasında da askeriye hakaret suçuna ilişkin de aynı şikayette bulunulmuştur.

Hakları Mahkemesi, Okçuoğlu'na ilişkin yerel Basın Kanununun 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca cezalandırılması gerektiği yönünde karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kitabı, basıldığı tarihte yürürlükte olan kanuna göre mevkute kavramı içersinde değerlendirmiştir. Kanunun 8. maddesi 2. fıkrasında propaganda suçunun Basın Kanununda yer alan mevkuteler vasıtasıyla (ki gazetelere, haber ajansları neşriyatına ve belli aralıklarla yayınlanan diğer bütün basılmış eserler mevkute olarak tanımlanmıştır) ile işlenmesi halinde ayrıca mevkute sahiplerine para cezası öngörülmektedir. Okçuoğlu, Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan yayın sahibi olduğundan ve kanunun hakkında sadece para cezasını öngörmüş olduğundan, hapis cezası bakımından 7. madde bakımından ilgili kanunun 2. fıkrası karşısında ihlal olduğuna kanaatine varmıştır.

AİHM, 7. madde kapsamında, daha önce de değinildiği üzere, bir düzenlemenin sadece ceza niteliği taşıyıp taşımadığını değer, bunun aynı zamanda açık olup olmadığını da denetlemektedir. AİHM, öngörülebilirlik şartına ilişkin *Cantoni v. Fransa* kararında<sup>57</sup>, kanunlarda kullanılan ifadelerin her zaman açık olmadığını, kazuistlikten kaçınmak ve değerşen şartlara uyum sağlamak için muğlak ifadeler kullanıldığını belirtmiştir. Söz konusu davaya ilişkin olarak yerel hukuka ilişkin Kamu Sağlığı Kanununda yer alan “tıbbi ürün” tanımının oldukça genel olduğunu, yasama tekniği olarak kategori belirlemenin kullanılması halinde bu durumun olabileceğini ifade etmiştir. AİHM, bir kanunun gerçekleşen olayların büyük çoğunluğunda yeterince açık olması halinde bazı durumlarda yaşanacak olan belirsizlik ve tereddütlerin 7. madde ile çelişmeyeceğini, yerel mahkemelerin yargı yetkisinin bu tereddütleri ortadan kaldırmak için kullanması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>58</sup> AİHM, ihtilaf konusu olay bakımından, yerel mahkeme ve Yargıtay'ın içtihatların istikrarlı bir biçimde yerleştiğini, bu açıdan öngörülebilirlik şartının sağlandığını ifade etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi öngörülebilirlik şartı bakımından *Tolstoy Miloslavsky v. Birleşik Krallık* davasında, ilgililerin attıkları adımlarda, içinde buldukları şartlar altında doğabilecek makul

---

<sup>57</sup> B.a. *Cantoni v. Fransa* kararı.

<sup>58</sup> Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, s.274.

sonuçları değerlendirmek için gerekli hukuki tavsiyeyi alması gerektiğine işaret etmiştir. Bu halde, bir kanunun öngörülebilirlik şartını yerine getirmiş olduğu varsayılmaktadır. Bu durumun meslekleri bakımından dikkatli davranmak zorunda kalan ve işlerinde profesyonel olan kişilerin işlerini yaparken çok daha önemli olduğu da vurgulanmıştır.

#### **IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE DÜZENLENEN KANUNİLİK İLKESİNİN İSTİSNALARI VE 7. MADDE KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMEMEYEN DURUMLAR**

##### **A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Düzenlenen Kanunilik İlkesinin İstisnaları**

###### **1. Geriye Yürümezlik İlkesinin İstisnası**

Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin uygulamaları kanunların geriye yürümesini yasaklamış olsa da sanığın lehine olan değişikliklerin uygulanmasına engel olmamakta, şüphelinin yargılama sürecindeki lehinde değişikliğin de uygulanmasını olanaklı kılmaktadır. Madde metninde açıkça belirtilmemekle beraber mahkeme içtihatları bu yönde kararlar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin G. v. Fransa kararında maddenin “aleyhe kanun değişikliklerinin uygulanmasının yasaklanması” şeklinde yorumlanması gerektiği lehe hüküm içeren kanunların fiilin işlenmesinden sonra yürürlüğe girse dahi fail hakkında uygulanabileceği ifade edilmiştir. Aynı zamanda maddede yer alan bireyin işlediği suçun cezasının daha sonra yürürlüğe giren kanunla ağırlaştırılamayacağı ilkesi de Gabari Moreno v. İspanya<sup>59</sup> davasında ifade edilmiştir.

---

<sup>59</sup> Gabarri v. İtalya kararı, başvuru no: 68066/01, Clare Ovey/Robin White, **The European Convention On Human Rights**, s.196.



## 2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Fıkrasında Yer Alan İstisna

### a. Maddenin Düzenlenmesinden Önceki Durum Ve Nüremberg Mahkemesi

8 Ağustos 1945'te 2. Dünya Savaşı suçlularının adil ve çabuk yargılanmaları ve cezalandırılmaları amacıyla ad hoc nitelikte bir uluslararası mahkeme kurulması konusunda ABD, İngiltere, Fransa, Sovyet Rusya antlaşmaya varmışlardır.<sup>60</sup> Bu antlaşma sonucu ortaya çıkan ve sadece belli fiilleri ve faillerin yargılanması amacıyla ad hoc nitelik gösteren Tokyo ve Nüremberg Mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemeler, kişilerin uluslararası suçlardan ötürü uluslararası toplum tarafından yargılandığı ilk uluslararası ceza mahkemeleri olmaları nedeniyle uluslararası alanda önem taşımaktadırlar. Bu mahkemelerden olan Nüremberg'i oluşturan Statünün 6. maddesi ile ilk kez "İnsanlığa karşı suç" tanımı yapılmış, insanlığa karşı suçlardan neyin anlaşılması gerektiği de statüde belirtilmiştir. Ayrıca faillerin nasıl yargılanacağı ve cezaların ne olduğu da bu statüde yer almıştır. Buna göre, Nüremberg Mahkemesinin görevine giren suçlarla ilgili olarak savaştan önce ya da savaş sırasında sivil halka karşı işlenmiş olan adam öldürme, soykırım, köleleştirme, sürgünler ve bütün diğer insanlık dışı hareketler veya siyasi, ırki, dini sebepler için yapılan zulümler" insanlığa karşı suçlar olarak nitelendirilmiştir.<sup>61</sup> Statüde yer alan ilgili maddeler şu şekilde düzenlenmiştir, 7. ve 8. maddeler uyarınca, "uluslararası suç oluşturan eylemi işleyenler bundan sorumlu tutulmaktadırlar ve cezalandırılırlar. Ulusal hukukun bu eylemler için ceza öngörmemesi, eylemi yapanı uluslar arası hukuktan doğan sorumluluğundan bağışık kılmaz. Bu eylemi yapan kişinin devlet başkanı ya da sorumlu hükümet memuru

---

<sup>60</sup> "Daha sonra Yunanistan, Danimarka, Yugoslavya, Hollanda, Çekoslovakya, Polonya, Belçika, Avusturya, Lüksemburg, Haiti, Yeni Zelanda, Hindistan, Venezüella, Uruguay, Paraguay da bu antlaşmaya katılmışlardır. Nüremberg mahkemesinin yanı sıra 19 Ocak 1946 tarihinde Tokyo Uluslar arası Askeri Mahkemesi kurulmuştur." Faruk Erem, **İnsanlığa Karşı Cürümler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1948, s.8.

<sup>61</sup>Erem, **İnsanlığa Karşı Cürümler**, Nüremberg Mahkemesinin kuruluşuna ilişkin statünün 6.fıkrasının c bendinde düzenlenmiştir. 27.madde ile verilecek cezalar belirtilmiştir.

sıfatıyla hareket etmiş olması, onun uluslararası hukuktan doğan sorumluluktan kurtaramaz. Bir kimsenin, hükümetinin ya da amirin emri ile hareket etmiş olması da, onu uluslararası hukuktan doğan sorumluluktan kurtaramayacaktır. Uluslararası hukuk suçu isnat edilen kişi, maddi olaylar ve hukuki bakımdan adil yargılanma hakkına sahiptir.”<sup>62</sup>

Şu hususu belirtmek gerekir ki, Nüremberg Mahkemelerinin kurulmasından önce bu mahkeme tarafından yargılanan ve cezalandırılan fiiller, özellikle de insanlığa karşı suçlar, işlenmelerinden önce herhangi bir kanun ile insanlığa karşı suç olarak düzenlenmemelerinden dolayı, yapılan yargılama ve cezalandırma bazı eleştirilere maruz kalmıştır. Kanunsuz suç olmaz ilkesinin ihlal edildiği eleştirilerine yönelik yapılan en ciddi savunma, kanun kavramının iç hukukta ve uluslararası hukukta aynı anlama gelmediği, uluslararası hukukta devletlerarası antlaşmaların hukuk kuralı koyduğunu ve bunların kanun hükmünde olduğudur. Kanun hükmünde olan ve Alman Devletinin de imzasının bulunduğu uluslararası antlaşmaların, bu fiillerin işlenmesinden önce varolduğu ifade edilmekteyse de insanlığa karşı suçlar açısından bu çeşit bir antlaşma metninin bulunmadığı görülmektedir. Yine ilkenin ihlal edilmediğini iddia edenlere göre, Nüremberg Statüsüne kadar insanlığa karşı suçlar tanımında yer alan fiilleri suç sayan uluslararası bir antlaşmanın bulunmaması, bu fiillerin uluslararası ceza hukukundan kurtulacakları anlamına gelmemektedir. Çünkü, insanlığa karşı suç oluşturan fiiller bütün devletlerin iç hukuklarınınca suç sayılan hareketlerin uluslararası alana taşınmasından ibarettir. İnsanlığa karşı işlenen suçları oluşturan bütün fiillerin, medeni devletlerin, bunun yanında Almanya'nın da ulusal ceza hukukunca yasaklandığını savunulmuştur. Bu açıdan insanlığa karşı suçlar ceza hukukunun genel ilkeleri arasında sayılmaktadır ve kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin devletler hukukunda farklı anlayışa tabi tutulduğu ifade edilmektedir.<sup>63</sup> Kanunsuz ceza olmaz ilkesinin ihlal edildiği iddialarına karşı da birtakım savunmalar yapılmaktadır. Buna göre, Nüremberg yargılamalarında sanıklar, sivillerin öldürülmesi, sürülmesi, köleleştirilmesi gibi fiillerden

<sup>62</sup>Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 5.bası, İstanbul, Legal, 2005, s.621.

<sup>63</sup>Erem, *İnsanlığa Karşı Cürümler*, s.15-16.

yargılanmışlardır. Bu fiiller bütün ülke kanunlarında suç sayılan fiillerdir. O halde kanunsuz ceza da yoktur.<sup>64</sup> Nüremberg mahkemesi kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini hiçe saymamış ancak klasik uygulamasından kaçınmıştır. İlkenin uygulanma amacı masumu korumak kişi hak ve özgürlüklerini korumaktır. Yargılamaya konu olan fiillerin her biri söz konusu devletlerin ceza kanunlarında yer alan, suç olarak nitelendirilen ve karşılığında ceza öngörülen fiillerdir. Bunun yanı sıra ilkenin ihlal edildiğini iddia edenlere o esnada yürürlükte olan Alman Ceza Kanunu'nun "her kim cezayı gerektirecek bir harekette bulunursa ceza hukukunun ve milletin hislerine dayanarak ceza görecektir" ifadesinin yer aldığını hatırlatmaktadır.<sup>65</sup>

Nüremberg mahkemesinin kuruluşu, verdiği kararları, uyguladığı kurallarının uluslararası hukuk düzeyinde eleştirilere maruz kalması nedeniyle Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 12 Şubat 1946 tarih 3(I) sayılı ve 11 Aralık 1946 tarih 95(I) sayılı kararı ile Nüremberg mahkemesinin statüsü ve kararlarında yer alan ilkelerin Devletler Hukuku ilkeleri olduğunu ifade etmiştir.<sup>66</sup>

## **b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. maddesinin 2. Fıkrasında Yer Alan Düzenleme**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinin 2. fıkrası kanunsuz suç ve ceza olmayacağına ilişkin 1. maddenin, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel olmayacağını düzenlenmiştir. Maddede yer alan ifadeler ışığında suç ve cezaların uluslararası hukuk tarafından uygar uluslarca tanınan genel hukuk kurallarınca ( sözleşmeler, gelenek ve uygar uluslarca sayılan ilkeler) öngörülmesi durumunda kanunilik

---

<sup>64</sup> A.e., s.17.

<sup>65</sup> İlhan Lütem, **Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk**, Ankara, Ankara Üniversitesi, 1951, s.110.

<sup>66</sup> Tevfik Odman, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kuruluşu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, sayı 45, yıl 1996, s. 148., Bu tarihler bazı yazarlar tarafından 11 Aralık 1946 95(1) sayılı karar olarak belirtilmiştir. Bkz. Ezeli Azarkan, **Nüremberg'den La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri**, İstanbul, Beta, 2003, s.192.

ilkesinin gereğinin yerine getirilmiş sayılacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.<sup>67</sup> Bu istisna, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde kanunilik ilkesinin düzenlendiği 15. maddenin 2. fıkrasında da yer almaktadır.

Maddenin bu bendindeki istisnai durumun amacı, ulusal ve uluslararası savaş suçlarına ilişkin kanuni düzenlemelerin geriye yönelik olarak uygulanmasına izin vermektir.<sup>68</sup> Sözleşmeyi hazırlayanların Nüremberg ve Tokyo mahkemeleri örnekleri düşünerek bu fıkraya madde metninde yer verdikleri düşünülmektedir.<sup>69</sup> Buna ilişkin olarak, gerek İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra totaliter rejimlerin geriye yönelik olarak kanun neşretmeleri gerek Berlin Duvarının yıkılmasından sonra birçok Doğu Avrupa ve Komünist ülkelerdeki rejimin diktatörlükten demokratik hükümetlere geçişleri ve 1945 Nazi Almanya'sının ardından; uluslararası camianın, Nazi düzenlemeleri ve uygulamalarına göre suç sayılmasa dahi "insanlığa karşı suçlar"<sup>70</sup> olarak sınıflandırılmış hareketlerin kovuşturulmasına izin veren "Nüremberg İlkeleri"nin 7. maddenin 2. fıkrasına yansıtıldığı ifade edilmektedir.<sup>71</sup> Bu ifadenin savaş zamanında dahi 7. maddenin uygulanmasının ihlalinin gerçekleştirilemeyeceğini düzenleyen AİHS'nin 15. maddesi ile çelişik olduğu yönde tartışmalar mevcuttur.<sup>72</sup> Ancak, kanımızca, AİHS'nin 7. maddesine getirilen bu istisna ilkeye duyulan güveni sarsıcı nitelik taşımaktadır. Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında, 7. maddenin 2. fıkrasının amacının 1939-1945 yılları arasında işlenmiş savaş suçlarının, vatana ihanet ve düşmanla işbirliği suçlarının kovuşturulmasına ilişkin İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra kabul edilen uluslararası

---

<sup>67</sup> Gölcüklü/ Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, s.289.

<sup>68</sup> Richard Clayton/Hugh Tomlinson, **The Law Of Human Rights**, Oxford University, 2000, s.673

<sup>69</sup> Özdek, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye**, s.217

<sup>70</sup> "İnsanlığa karşı suç" tanımı Nüremberg mahkemesinin statüsünü belirleyen antlaşmanın 6.maddesi sanıklara isnat olunan suçları saymış, insanlığa karşı suçlardan neyin anlaşılması gerektiğini de belirtmiştir.

<sup>71</sup> Clare Ovey/ Robin White, **The European Convention On Human Rights**, s.189; Fıkra, savaş suçlarının kovuşturulması ile ilgili olmasına rağmen Alman Mahkemeleri "bir kimsenin hukukun genel ilkelerine göre suç sayılan bir fiilden dolayı cezalandırılmasına ilişkin" doktrine dayanmamakta, aksine Federal Hükümet 7.maddeye " 7.maddenin 2.fıkrasında yer alan hükmün sadece Federal Alman Cumhuriyeti'nin Temel Kanunu'nun 103/2.fıkrası çerçevesince uygulanabileceği" ne yönelik ihtirazi kayıt koymaktadır.

<sup>72</sup> Van Dijk Van Hoff'dan naklen Clayton, Tomlinson, **The Law Of Human Rights**, s.673.

antlaşmaları ve ulusal düzenlemeleri değiştirmek anlamına gelmediği açıklığa kavuşturulmak istenmiştir.<sup>73</sup>

İstisnanın uygulanırlığının, AİHM kararlarında sıkı kurallara bağlanması bu olumsuzluğu bir nebze olsun giderebilecektir. Radbuch formülünde belirtilen, adaletin amaçlanmadığı durumlarda, yani adaletin çekirdeğini oluşturan eşitlik ilkesi pozitif hukukun yaratılması anında bilinçli bir şekilde ihlal edilmesi durumunda, ihlali gerçekleştiren pozitif hukuk uygulanmayacak 7. maddenin 2. fıkrasında yer alan istisnai hüküm uygulanabilirlik kazanacaktır. Aksi tutum ilkenin zararına sonuçlar doğmasına neden olacaktır.

Maddede yer alan “.....uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine.....” ifadesinin içeriğinin çok açık değildir. Avrupa Savaş Suçlarının Kovuşturulması ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmesi’ne ek Uluslararası Askeri Savaş Mahkemesi Şartı’nda tanımlanan “barışa karşı suçlar”, “savaş suçları”, “insanlığa karşı suçlar” eksenli suçları da kapsayacak şekilde algılanabilmesine yol açmaktadır. Ayrıca, savaş suçları haricinde, bir takım insan hakları ihlallerinin de bu kapsama girmesi dahi önerilebilmektedir<sup>74</sup>. Bu eleştirinin yanı sıra sözleşmeyi hazırlayanların “uluslar arası hukukun genel ilkeleri” yerine “uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkeleri” ifadelerine yer vermelerinin “etnomerkezci zihniyet”lerini ele verdiği, uygarlığı yalnızca onu tanımlayanlara hasrederek, kültürler arasında hiyerarşik bir ayırım yaptığı ve “Batı”nın diğer kültürleri yok sayan bir tutum içinde olduğu yönünde eleştiri de yapılmaktadır.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Jens Elo Rytter, “No Punishment Without Guilt- The Case Concerning German Prosecution of a Former GDR Border Guard”, *Netherlands Quarterly Of Human Rights*, Vol 1, No:1, Mart 2003, s. 14

<sup>74</sup> A.e., s.673; Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye*, s.217.

<sup>75</sup> A.e.

## **c. Diğer Uluslararası Ad Hoc Mahkemeler ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Açısından Durum**

### **(1) Genel Olarak**

Nüremberg ve Tokyo ad hoc mahkemelerinin ardından genel yetkili ve daimi mahkemelerin kurulması için İkinci Dünya Savaşı sonrası BM tarafından çalışmalara başlanmış ancak bu çalışmalar Yugoslavya ve Ruanda ad hoc nitelikteki Ceza Mahkemelerinden sonraki bir dönemde, 17 Temmuz 1998 tarihinde Roma’da yapılan bir Devletler Konferansında Uluslararası Daimi Ceza Mahkemesi statüsünün imzalanması ile sonuca ulaşabilmiştir.<sup>76</sup> Nüremberg Mahkemesi’nin yargı yetkisine savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve barışa karşı suçlar girmekle birlikte Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi sadece savaş suçları ve İnsanlığa Karşı suçlar bakımından yargılama gerçekleştirildiği görülmektedir.

### **(2) Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri**

#### **i. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi**

Eski Yugoslavya’da işlenen soykırım ve savaş esirlerine yapılan kötü davranışlar ve insanlık dışı davranışların kovuşturulması amacıyla Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1993 tarih ve 808 sayılı karar ile yine 1993 tarih ve 827 sayılı karar ile<sup>77</sup> 1991 yılından beri Eski Yugoslavya topraklarında meydana gelen insan hakları ihlallerini gerçekleştiren kişilerin yargılanması amacıyla<sup>78</sup> Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin kurulmasına karar verilmiştir.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Faruk Turhan, “Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM\_Milletler arası Ceza Mahkemesi”, **Seyfullah Ediz’e Armağan**, İzmir, 2000, s.335.

<sup>77</sup> Gökçen Alpkaya, **Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Ankara, Turhan, 2002, s.48.

<sup>78</sup> Azarkan, **Nurembergden La Haye’ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri**, s.126.

<sup>79</sup> Durmuş Tezcan, “Uluslar arası Suçları Kovuşturmada Katedilen yol: Uluslararası Nüremberg Askeri Mahkemesinden Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesine”, **Kenan Tunçomağ’a Armağan**, 1997, İstanbul, s. 481., Statünün tam adı “1991 Yılından Beri Eski Yugoslavya

Mahkemenin kuruluş aşamalarında yaşanan en önemli sorunlardan biri mahkemenin hangi fiilleri suç sayacağı konusudur. Bilindiği gibi kanunsuz suç ve cezanın olmayacağı ilkesi uluslararası nitelikteki ceza mahkemeleri açısından da önemlidir. Her ne kadar uluslararası sözleşme ve uluslararası teamül hukukunda uluslararası suç fiilleri kabul edilse de uluslararası suçları içeren bir ceza kanunu düzenlenmemiştir. Bu nedenle uluslararası ceza mahkemesinin uluslararası hukuk tarafından kesin olarak kabul edilmiş pozitif hukuk kurallarını uyguladığı ifade edilmektedir.<sup>80</sup> Her şeyden önce Eski Yugoslavya'nın BM Şartı, 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 Ek Protokolleri, 1966 Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, 1984 İşkence, Aşağılandırıcı Davranış ve Cezalandırılmalara ve Diğer İnsanlık Dışı Muamelelere Karşı Sözleşme ve 1989 Çocuk Hakları Sözleşmelerine taraf olmuştur. İmzalanan bu sözleşmeler Eski Yugoslavya ve bünyesinde bulunan federe devletleri de bağlayıcı niteliktedir.<sup>81</sup> Mahkemeyi oluşturan statünün 2.maddesi ile 5.maddesi arasında hangi fiillerin mahkeme tarafından suç olarak nitelendirilip yargılanacağı belirtilmektedir. Buna göre, 2. maddede 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerini ihlal eden veya ihlalinin emreden kişilerin Mahkemenin yargılama yetkisi dahilinde olduğu ifade edilmiştir. Bunun gibi sözleşmenin 3., 4. v 5.maddeleri de daha önce imzalanan ve bir çok devletin iç hukukuna da geçirdiği milletlerarası sözleşmelerde yer alan ve suç sayılan fiillere yer vermiş, bunlara karşı yapılan ihlalleri suç olarak düzenlemiştir. Buna göre, 3. madde 1907 tarihli La Haye Harp Kanunları ve Teamülleri Hakkındaki Sözleşmeleri ihlal edenlerin, 4.madde 12 Eylül 1949 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Faillerinin Cezalandırılmasına ilişkin Sözleşmenin 2. ve 3. maddelerindeki fiilleri ihlal edenlerin, 5.madde de insanlığa karşı suç işleyenlerin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.<sup>82</sup> Yukarıda değinildiği üzere Statünün suç olarak düzenlediği eylemlerin Yugoslavya tarafından daha önce imzalanarak taraf

---

Topraklarında İşlenen Milletlerarası İnsani Hukukun Ağır İhlallerinden Sorumlu Olanları Koğuşturacak Milletlerarası Ceza Mahkemesi Statüsü"dür.

<sup>80</sup> Turhan, "Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM Milletler arası Ceza Mahkemesi", s.345.

<sup>81</sup> Azarkan, Nurembergden La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri , s.140.

<sup>82</sup> Turhan, "Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM Milletler arası Ceza Mahkemesi" , s.348.; Alpkaya, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi , s.117.

olunan sözleşmelerde yer aldığı göz önünde bulundurulursa sözleşme hükümlerinin uluslararası hukukun normlaştırılmış teamül kuralları olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>83</sup> Bu açıdan bakıldığında kanunsuz suç olmaz ilkesine aykırılığın bertaraf edildiği görülmektedir.

Görüldüğü üzere, uluslararası sözleşmelerle hangi fiillerin suç teşkil ettiği belirlenmiştir. Bu açıdan Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerinde gerçekleştirilen yargılama açısından ihlal edildiği iddia edilen kanunsuz suç olmaz ilkesinin, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesini kuran statü açısından ihlal edilmediği söylenebilecektir. Ancak bunun kanunsuz ceza olmaz ilkesi için söylemesi bu kadar kolay olmamaktadır. Çünkü uluslararası ceza hukuku sözleşmeleri ile hangi fiillerin suç olacağı belirtilmişse de verilecek cezalar konusunda bir düzenlemeye gidilmediği görülmektedir. Nitekim Soykırım Sözleşmesi ve Cenevre Sözleşmelerinde verilecek cezaların sözleşmeye taraf olan devletlerin iç hukukuna bırakmıştır.<sup>84</sup>

Eski Yugoslavya Cumhuriyetinin yukarıda da belirtildiği gibi gerek anılan sözleşmeleri imzalamış olması<sup>85</sup> sonucu mahkemeyi kuran statününün 24. maddesinde yer alan cezaların miktarının tespitinde eski Yugoslavya Mahkemelerinin hürriyeti bağlayıcı cezalarla ilgili genel uygulamasının dikkate alınacağına ilişkin ibaresi ile kanunsuz ceza olmaz ilkesinin de sağlandığını söyleyebiliriz. Ayrıca statüde cezanın hürriyeti bağlayıcı ceza olacağı da belirtilmektedir.

## **ii. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi**

Bir diğer ad hoc mahkeme de Ruanda'da yaşanan soykırım sonrası yine BM Güvenlik Konseyi tarafından ve BM Antlaşmasının VII. Bölümünde yer alan

---

<sup>83</sup> Turhan, “Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM Milletler arası Ceza Mahkemesi”, s.346.; Alpkaya, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, s.12 vd.

<sup>84</sup> Turhan, “Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM Milletler arası Ceza Mahkemesi”, s.350.

<sup>85</sup> A.e., s.351



“barışın tehdidi, bozulması ve saldırı fiili halinde yapılacak hareket” maddesi çerçevesinde 995 sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile kurulmuştur.<sup>86</sup>

Uluslararası mahkeme, 1 Ocak 1994-31 Aralık 1994 tarihleri arasında Ruanda’da gerçekleştirilen soykırım (statü madde 2), insanlığa karşı suçlar ( statü madde 3) ile Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi ve 2. numaralı ek protokolün ihlali (statü madde 4) ( işkence, kötürüm bırakma, toplu cezalandırma, rehin alma, terörizm eylemleri, yağma, aşağılama, ırza geçme, fahişeliğe zorlama) fiillerini işleyenlerin yargılanması amacı ile kurulmuştur.<sup>87</sup> Statünün 2. maddesi 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmeye göre düzenlenmiştir.<sup>88</sup> Gene statü tarafından Cenevre sözleşmelerinin ortak 3.maddesinin ( 12 Ağustos 1949 tarihli ) ve 2 no.lu Ek protokol ( 8 Haziran 1977 tarihli ) ihlalleri de suç olarak düzenlenmiştir. Bu sözleşmeler Türkiye dahil 189 devlet tarafından onaylanarak evrensel hukuk normu haline gelmiştir.<sup>89</sup>

Cezalar bakımından da statüde bir düzenleme mevcuttur. Statünün 23. maddesinde, cezaların hapis cezası ile sınırlı olacağı belirtilmekle birlikte, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne ilişkin statüde olduğu gibi hapis cezalarının süreleri bakımından Raunda ulusal mahkemelerinin verdiği hapis cezaları ile ilgili uygulamaya başvurulacağı ifade edilmektedir. Görülüyor ki kanunsuz suç ve ceza olmayacağı konusunda Güvenlik Konseyi tarafından mahkemenin mümkün olduğunca dikkatli kurulmuştur. Zira bu açıdan, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne yönelik de kayda değer bir eleştiri görülmemektedir.

---

<sup>86</sup> Orhan Önder, **Birleşmiş Milletler Raunda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Ankara, Bilge 2006, s.30.

<sup>87</sup> **A.e.**, s.92,93.

<sup>88</sup> **A.e.**, s.48.

<sup>89</sup> Sözleşme metinleri için bkz. Askeri Yargı ile İlgili Kanunlar ve İçtihatlar, MSB Askeri Adalet İşleri Başkanlığı,c.4,R.G.30.01.1953,s.8322,ayrıca(Çevrimiçi) <http://www.icrc.org/ihl.nsf/>, 29 Şubat 2007.

### **iii.Uluslararası Ceza Mahkemesi**

Yukarıda değinildiği üzere gerek Nüremberg öncesinde<sup>90</sup> gerek Nüremberg sonrasında ad hoc nitelikteki mahkemeler kurulmuşsa da ilk kez Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü ile ad hoc nitelikte olmayan, sürekli bir mahkeme kurulmuştur. UCM’ni kuran Roma Statüsü 3. Bölümünde Ceza Hukukunun Temel İlkeleri yer almaktadır. Statünün 22. maddesi, kanunsuz ceza olmaz ilkesine yer vermektedir. Buna göre, işlendiği sırada, söz konusu fiil, UCM’nin yargı yetkisine giren bir suç oluşturmadığı sürece, hiç kimse fiilinden dolayı bu Statüye göre cezai açıdan sorumlu tutulamaz. Bir suçun tarifı, dar anlamda yorumlanır ve bu tarif kıyas yoluyla genişletilemez. Suç tarifinin belirsiz olması halinde; bu tarif, soruşturulan, yargılanan veya mahkum edilen şahıs lehine yorumlanır. Bu madde, bu Statüden bağımsız olarak uluslararası hukukta herhangi bir fiilin suç olarak nitelendirilmesini etkilemez.

UCM Statüsünün 23. maddesi, kanunsuz ceza olmaz ilkesini düzenlemektedir. Buna göre, “mahkeme tarafından mahkum edilen şahsa ancak bu Statüye göre ceza verilebilir”. Statü, 24. maddesi ile kişi bakımından geriye yürümezlik kuralına yer vermektedir. “Hiç kimse, bu Statünün yürürlüğe girmesinden önce işlemiş olduğu bir fiilden dolayı cezai açıdan sorumlu tutulamaz. Kesin hükümden önce uygulanacak hukukta bir değişiklik olması halinde, soruşturulan, yargılanan veya mahkum edilen kişinin lehine olan hüküm uygulanır.”

### **B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmeyen Durumlar**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 7. maddesinin ifadesine bakıldığında, madde aynı suçtan iki kere yargılanma yasağı getirmediği görülmektedir. 7. madde sadece suçlar ve cezalara ilişkin mahkumiyetlerde gündeme gelmektedir. 7. madde, önleyici tedbirler, infaz hukuku, muhakeme hukuku, disiplin

<sup>90</sup> ilk uluslar arası mahkeme olarak 1674’te kurulan Roma Germen İmparatorluğu mahkemesi ifade edilmektedir. Bkz. Durmuş Tezcan, “Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, 12-16 Ocak 2000, C.1, s.272.

cezaları, sınır dışı edilme emri ya da iade hukukunda uygulanmayacaktır.<sup>91</sup> Disiplin cezaları, yukarıda değinildiği üzere mahkemenin 7. maddesindeki suç için öngörülen “ceza” niteliğinde olmadığından ihlal kapsamında değerlendirilmemektedir.<sup>92</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Lawless- İrlanda davasında<sup>93</sup> İrlanda hükümetinin Lawless’ı önleyici tedbir olarak gözaltına almasını, AİHS 7. maddesi kapsamında suçlu bulmuş olmasından dolayı olduğu söylenemeyeceğinden, gözaltına alma tedbirinin AİHS 7. maddesini ihlal etmediğini belirtmiştir. Yine bu bağlamda usul hukukuna ilişkin tutuklama gibi koruyucu tedbirler, infaz hukukuna ilişkin durumlar ( kanunda yer alan istisnalar haricinde)<sup>94</sup>, şartla salıverme, idari tedbirler ve özel hukuk mevzuatı da 7.madde uygulaması dışında tutulmaktadır.<sup>95</sup> Mahkeme, zamanaşımı sürelerini uzatan kanunların da 7. madde uygulaması dışında tutmuştur. Buna ilişkin olarak AİHM, Coeme ve Diğerleri v. Belçika davasında<sup>96</sup> kanunen zamanaşımı süresinin uzatılmasının, cezai işlem karşısında dokunulmazlık anlamına gelmemesi kaydıyla, 7. maddenin ihlalini oluşturmadığını belirtmiştir. Yerel hukuktaki 1993 tarihli kanunun getirdiği zamanaşımı süresinin uzatımı ve Yargıtay tarafından da hemen uygulanması başvuruların durumunu olumsuz yönde etkilemiştir. AİHS’nin 7. maddesinin daha önce zamanaşımına konu olmayan söz konusu suçlar hakkında usul hukukunun hemen uygulanması yoluyla zamanaşımı sürelerinin uzatılmasını yasakladığı şeklinde yorumlanamayacağı ifade edilmiştir.<sup>97</sup>

<sup>91</sup>Clayton/ Tomlinson, **The Law of Human Rights**, s.671.

<sup>92</sup> Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurul kararı ile meslekten çıkarılan savcıya ilişkin Altın v. Türkiye, (başvuru no: 39822/98); Yüksek Askeri Şura kararı ile ordudan ihraç edilen askeri personeline ilişkin Pektaş v. Türkiye (başvuru no: 39682/98); Kara Harp Okulu öğrencisinin almış olduğu disiplin kararına ilişkin Yanaşık v. Türkiye, başvuru no: 14524/89 karar metni için bakınız: (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int>, 12 Nisan 2007.

<sup>93</sup> Lawless v. İrlanda başvuru no: 332/57, 01/07/1961 tarihli karar metni için bakınız: (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>, 12 Nisan 2007. Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, s.267.

<sup>94</sup>“28.8.1984 tarihli Campbell et Fell v. Birleşik Krallık davasında mahkeme ulusal hukukun disiplin cezası olarak kabul ettiği bazı filleri, bu fiillerin öz niteliği, bunlara karşı öngörülen yaptırımların ağır olması gerçekte cezai suç sayılmış, mahkumiyet sonrası yürürlüğe giren bir kanunla infaz rejiminin değiştirilerek hapis cezasının uzatılmasını da 7.maddeye aykırı görmüştür.” Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması**, s.291

<sup>95</sup>A.e., s.290.

<sup>96</sup> Coeme ve Diğerleri v. Belçika kararı, Başvuru no: 32492/96, 32547/96, 32548/96 33209/96 ve 33210/96, karar metni için bakınız: (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int>, 25 Nisan 2007.

<sup>97</sup> Coeme ve Diğerleri v. Belçika kararı, prg. 146 vd.; Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, s. 277.



## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### TÜRK CEZA HUKUKUNDA SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

#### I. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, uzun bir mücadele sonunda neredeyse bütün devletler tarafından kabul edilen ve kişi hak ve özgürlükleri bakımından güvence fonksiyonu üstlenen bir ilkedir. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 1. ve 2. maddelerinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve geriye yürümezlik ilkesi, çok fazla bir değişiklik göstermeden 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 2. ve 7. maddelerinde de yer almaktadır. 5237 sayılı TCK'nda, mülga 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, kıyas yasağını, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulamayacağını, failin lehine olan kanunun geriye yönelik olarak uygulanacağını kanunda açıkça düzenlendiği görülmektedir. Yine 5237 sayılı TCK, güvenlik tedbirleri hakkında da bu ilkelerin geçerli olduğunu açık bir biçimde ifade etmektedir. İleride görüleceği üzere suçta ve cezada kanunilik ilkesinin içeriğini oluşturan kıyas yasağı, belirlilik, geriye yürümezlik ilkesi ve idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza koyamayacağı, Türk Ceza Hukuku'nun vazgeçilmez ve anayasalar tarafından da korunan ilkesi haline gelmiştir.

#### II. YORUM VE KIYAS YASAĞI

##### A. Ceza Hukuku Kaynaklarının Yorumu

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, suç haline getirilen bütün fiillerin kanunda gösterilmesi gerekmektedir. Ancak, bir taraftan da kanunların, düzenlemenin suçun nasıl işleneceğine dair bütün ihtimalleri barındırması halinde dar algılanmaları söz konusu olabilmektedir. Bu da kanunları kazuistik bir hale sokmaktadır. Kanunların kazuistik olmaları, onların uygulama alanlarını daraltmakta ve yeni gelişim ve değişimler karşısında uygulanamaz hale getirmektedir. Özellikle Anglo-Sakson ülkeleri gibi ceza genel hükümlerini içeren ceza kanunlarının olmadığı ülkelerde ve eyaletlerde her bir suç tipi için ayrı kanunların yapıldığı görülmektedir.

Bu kanunlarda suçu oluşturan her bir fiilin belirlenmesi ve kanunda yer alması adına yapılan düzenlemeler sonucunda karmaşık, her hareketin ayrı bir suç tipi haline dönüştüğü metinler ortaya çıkmaktadır. Bu durum kanunilik ilkesine uygun gibi görünse de uygulamada sorunlara yol açan ve kanımızca kanunilik ilkesi bağlamında rasyonel bir etkiye sahip olmayan bir düzenleme halini almaktadır. Keza, kanunilik ilkesi, her suç ve yaptırımın kanun ile belirlenmesi demektir ancak o suçun oluşması gereken bütün hareketlerin, suçta kullanılacak araçlar gibi unsurların kanunda bir bir sayılması anlamına gelmemektedir. Ayrıca, her hareketin kanunda belirtilmesi, kanunilik ilkesini sağlamak yerine ihlal edilmesini kolaylaştıran bir yöntem halini almaktadır. Gelişen teknoloji, yeni ortaya çıkan olgular yasama faaliyetlerinden çok daha hızlı ilerlemektedir. Bunun sonucunda, kanunda yer almayan yeni yöntemler ortaya çıkmakta ve ceza hukukunun amacı olan kişi hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması daha da zorlaşmaktadır. Bu nedenle, bir çok ülke kanunlarında, soyut, genel hukuk kurallarını içeren ceza kanunlarının düzenlendiği görülmektedir.

İnsan ihtiyaçlarının sonsuzluğu, teknik ilerlemeler ve bunların yarattığı yeni olguların her zaman bu soyut ve genel hukuk kuralları ile uyuşmadıkları da görülmektedir.<sup>1</sup> Bu açıdan, soyut ve genel olarak düzenlenen kanunların açıklanması, şartlara uydurulması yorum ile mümkün olmaktadır.<sup>2</sup> Yorum; bir yazının veya bir sözün, anlaşılması güç yönlerini açıklayarak aydınlığa kavuşturma, tefsir anlamını taşımaktadır.<sup>3</sup> Yorum sayesinde kanunun esas fikri, kanun koyucunun iradesi, kuralın anlamı ortaya çıkmaktadır.<sup>4</sup> Ceza kuralın anlamının ortaya çıkması için yapılacak olan yorum, sadece bu kuralları içeren madde metinleri ile sınırlandırılmamaktadır. TBMM Adalet Komisyonu, TCK tasarısına ilişkin raporunda<sup>5</sup>, tasarıda yer alan her bir madde kapsamında, madde başlıklarının, madde metinlerinin ve madde gerekçelerinin yer aldığını, bütün bunların da madde metninin ayrılmaz birer parçası

---

<sup>1</sup> Doğan Soyaslan, “ Ceza Hukukunda Kıyas”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 74, Sayı: 1, Ocak-Şubat, 1983, s. 949.

<sup>2</sup> Dönmezer/Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku I**, s. 173

<sup>3</sup> (Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>, 09 Mart 2007.

<sup>4</sup> İçel/Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s.91

<sup>5</sup> “3 Ağustos 2004, Esas 1/593, Karar 60, TBMM, 22.Dönem 2. Yasama Yılı, 664 sıra sayısı, s. 226” Özgenç, **Türk Ceza Hukuku**, s. 104.

olduğu belirtilmiştir. Bu durumun, madde hükümlerinin yorumlanması açısından büyük önem taşıdığı da vurgulanmıştır. Bu açıdan, madde başlıkları ve gerekçe de kanun koyucunun iradesinin ortaya çıkartılması yolunda birer yorum aracı olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>6</sup> Bunun yanı sıra, kanunun hazırlık çalışmaları, kanunun sistematığı, kanunla düzenlenen hukuki müessesenin tarihçesi, buna ilişkin karşılaştırmalı hukuktan ve hukukun genel ilkeleri de kanun maddesinin yorumunda yardımcı olan unsurlardır.<sup>7</sup> şu hususu da belirtmek gerekir ki, kanun metninin somut olaya uygulanacak şekilde yorumlanması sonucunda, mahkeme içtihatları meydana gelmektedir.<sup>8</sup> Bu mahkeme içtihatları, daha sonraki olaylarda, diğer yorum araçları ile birlikte maddenin nasıl yorumlanacağı hakkında somut birer veri olarak karşımıza çıkmaktadır. Doktrinde, belirtilen hususlarda nasıl yorum yapılacağına ilişkin yorum türleri ortaya çıkmıştır. Bu yorum türleri çeşitli şekillerde kategorize edilmekle birlikte, özellikle amaca göre yorum, daraltıcı yorum ve genişletici yorum başlıkları altında toplandığı görülmektedir.<sup>9</sup>

## 1. Yorum Türleri

### a. Amaca Göre Yorum

Amaca göre yorum türünde, adından da anlaşılacağı üzere, amaç kanunun anlamını ortaya çıkarmaktır. Bu amacın gerçekleşmesi için, kanun koyucunun iradesi ile kanunun iradesinden hangisinin esas tutulacağı tartışma konusu olmuştur. Bu yönde sübjektif, objektif ve karma teori olmak üzere üç teorinin ne çıktığı görülmektedir.

Sübjektif teori, amaca göre yorumu, kanun koyucunun kanunu yaparken neyi istediğinin belirlenmesine ilişkin yapılan yorum türü olarak kabul

---

<sup>6</sup> A.e.

<sup>7</sup> zgen, **Türk Ceza Hukuku**, s. 105.

<sup>8</sup> Dnemezer/Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku I**, s. 172.

<sup>9</sup> Bazı yazarlar, yorumu öncelikle maddi ve biçimsel olarak ele almıştır. Biçimsel yorum türleri olarak yasama, yargı ve doktrin yorumunu benimsemişlerdir. Bkz. Dönmezer/Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku I**, s. 178 vd.

etmektedir. Objektif teori ise kanunun amacının ne olduğu ile ilgilidir. Kanunun içeriğinin her dönemde farklı algılanacağından bahisle kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren onu yapan kanun koyucudan bağımsız bir varlık ve anlam kazanacağına işaret edilmektedir. Karma teori ise kanunun özüne bağlı kalınması kaydıyla kanunun yorumlanacağı dönemin özelliklerinin de dikkate alınarak yapılan yorum çeşididir.<sup>10</sup>

Amaca göre yorum türü bugün bir çok kanunun içeriğinin anlaşılması ve mevcut günlük olaylara uyarlanması bakımından sıklıkla başvurulan bir yöntemdir. Kanunların yapıldığı dönemlerde öngörülemeyen teknik gelişmelerin kanunun özünde yer alan düzenleme çerçevesinde sonradan meydana gelen ve kıyasa yer verilmeyecek türdeki yorumların bu gruba girdiğini söyleyebilmekteyiz. Buna ilişkin olarak, sonradan koşulların değişmesi ile ikinci derece boşluklar olarak da nitelendirilen boşlukların doğması halinde bunların örnekseme ile değil amaçsal yorum yöntemine başvurularak, kanun koyucunun iradesine kuralların uygulanması sırasındaki şartlara göre anlam verilmesi ile kanunun esas fikrinin ortaya çıkartılması sağlanmalıdır.<sup>11</sup>

## **b. Daraltıcı Yorum**

Kanunun söyleminin, kastettiğinden daha geniş anlamlara neden olması durumunda daraltıcı yorum uygulanmaktadır. Buna ilişkin olarak özellikle mülga 765 sayılı TCK yer alan ve çok kapsamlı olan hayvan aleyhine işlenen hırsızlıktan kastedilenin sadece tarımda kullanılanlar bakımından geçerli olması yönünde yapılan yorum daraltıcı yoruma örnek teşkil etmektedir.<sup>12</sup> Daraltıcı yorum taraftarları, hakimin yorum yaparken kanun koyucunun yetki alanına girmemek adına kanunda yer alan sözlerin sadece kanun koyucunun gerçek iradesine yönelik olarak kanunu

---

<sup>10</sup> A.e., Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 91; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 196.

<sup>11</sup> İçel/Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 85.

<sup>12</sup> Tosun, **Suç Hukuku Dersleri**, s. 74.



dar yorumlaması gerektiği, bu nedenle de ceza hukukunda genişletici yorum aksine daraltıcı yorumun serbest olduğunu savunmaktadırlar.<sup>13</sup>

### c. Genişletici Yorum

Hiç şüphe yok ki yorum türlerinden en çok tartışılanı ve uygulamada belki de en çok başvurulanı genişletici yorumdur. Bu yorum türüne ilişkin tartışmalara ve açıklamalara geçmeden önce genişletici yorumun neden bu kadar başvurulan bir araç olduğu üzerinde durmak gerekmektedir. Daha önceden bahsedildiği üzere bir kanun maddesini oluşturan unsurların açık, belirli olması gerekmektedir. Ayrıca yine daha önceden belirtildiği üzere kanunların dar algılanmaması ve kazuistik olmamaları adına soyut ve genel olmaları da gerekmektedir. Kanun maddesi hakkında, tüm unsurları ile açık olsa da, çoğu zaman yapılışından sonra ortaya çıkan ve soyut ve genel olarak düzenlenmesinin yarattığı durumlar nedeniyle yorum yapılması ihtiyacı duyulmaktadır. Kimi durumlarda da kanun metninin yazılışı, kanun lafzı ya da içeriği bakımından kanun koyucunun iradesine uygun olmayabilir. Bu gibi hallerde genişletici yorum vasıtasıyla kanun metni amaca uygun olarak uygulayıcı tarafından genişletici yoruma tabi tutulur.<sup>14</sup> Bu bağlamda, tırpanın, baltanın, küskünün, küreğin, çakının kanunda yer almasa dahi silah kavramına dahil olabileceği, konut dokunulmazlığını ihlal suçu kapsamında karavan, çadır, kayık, baraka, yataklı vagon, kompartıman gibi yaşamsal faaliyetlerin sürdürüldüğü yerlerin de konut sayılacağı yönündeki Yargıtay kararları hep genişletici yoruma örnek olmaktadır.<sup>15</sup> 765 sayılı TCK'nun 461. maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunda yer alan “.....her türlü bina ve müstemilatına merdiven kurup çıkanları.....” ifadesinin sadece bina ve eklentileri içine merdiven ile girilmesi değil, genişletici yorum vasıtasıyla başka araçlarla da girilmesi anlamını taşıdığı sonucuna varılmaktadır.<sup>16</sup> Yine 5237 sayılı TCK'nun 243. maddesinde yer alan bilişim sistemine yetkisiz erişim suçu, sadece

<sup>13</sup> Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.93.

<sup>14</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.199.

<sup>15</sup> Faruk Erem, **Gerekçeli Türk Ceza Kanunu**, n. 1, 2, 4., Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 200.

<sup>16</sup> Erem/Danışman/Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 109.

bilgisayarlara yönelik olarak değil diğer veri iletişimi sağlayan araçlar bakımından da işlenebileceği yönünde genişletici yoruma tabi tutulmaktadır.

Ancak, yapılacak olan yorumun sınırlarının çizilmemiş olması bunun kimi zaman kıyasa varacak boyutta genişlemesine neden olabilmektedir. Bu durumu engellemek amacıyla 5237 sayılı TCK'nun 2. maddesi, kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanamayacağı hükmüne yer vermiştir. Bu açıklamalardan hareketle denilebilir ki genişletici yorum, kanun koyucunun gerçek iradesinin ortaya çıkarılması amacıyla ve metnin çerçevesine sadık kalınarak yapılan yorumdur.

## **B.Genişletici Yorumun Sınırları ve Kıyas Yasağı**

Kanun metninin anlamının şüpheli ve anlaşılmaz olduğu durumlarda kanunu uygulayan kişi, kanun koyucunun kanunu yaparken sahip olduğu irade, kanunun yapılış nedeni, hazırlık çalışmaları, kanunun objektif iradesini, kanunun yapıldığı dönemdeki politik ve sosyal olayları, kanunun hukuk sistematigi içindeki yerini, yapılış tarihi ve dönemin felsefesini, doktrine ve hukukun genel prensipleri ile kanun maddesini bir arada değerlendirecektir. Bu değerlendirme suretiyle somut olayın kanuna uygun olup olmadığı belirlenecektir. Daha önce değinildiği üzere, kanun koyucunun iradesine yönelik olarak konu benzetmesinin yapılması suretiyle kanunun uygulanma olanağının arttırılması genişletici yorum olarak değerlendirilmektedir.<sup>17</sup> Bu bağlamda, yorumun kaynağının kanun olduğunu söylemek yanlış olmaz. Ancak, kıyas konusunda bunu söylememiz mümkün değildir. Kıyasta, bir kanun hükmünün amacının ortaya çıkartılması için yapılan bir yorum mevcut değildir, bir boşluğun doldurulması için kanun koyucunun benzer bir olayda açığa vurduğu iradesinin bir başka benzer olaya uygulanması söz konusudur.<sup>18</sup> Başka bir anlatımla, kıyas, yorumda olduğu gibi, kanunun esas fikrini, kanun koyucunun iradesini, kanun

---

<sup>17</sup> A.e.

<sup>18</sup> A.e.

maddesinin anlamını belirlemek adına yapılmayıp, kanunun esas fikrinin geliştirilmesi amacıyla bambaşka bir kuralın yaratılması amacıyla yapılmaktadır.<sup>19</sup> Bu açıdan, kıyas ile genişletici yorumun sınırının çok belirsiz olması durumunda, kıyas yasağını ihlal etmemek ve hukuka güvenilirliği zedelememek adına cezalandırılabilirlik alanının dar tutulması gerekmektedir.<sup>20</sup> Ceza Genel Kurulu, 22.10.1984 tarih ve 262-340 sayılı kararında, hakimin yorum yoluyla suç ve ceza yaratamayacağı yani kıyas yapamayacağı gibi kanunların açık hükmü ile belirlenen indirim oranlarını da değiştiremeyeceğini ifade etmiştir. Ayrıca, bazı kanun hükümlerinin uygulamada çelişkilere ve aksaklıklara sebep olduğunun görülmesi halinde bu hükümlerin uygulama alanlarının dar tutulması, kanunlarla belirlenen oranların da yargısal içtihatlarla değiştirilmemesine de işaret etmektedir. Bu bağlamda, Ceza Genel Kurulu, kıyas yasağının sadece suç ve ceza içeren hükümlerle sınırlandırılmadığını, cezaların alt ve üst sınırlarının da kanunda yer almayacak şekilde aşılamayacağını ifade etmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 2. maddesinin 3. fıkrası kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamayacağı, suç ve ceza içeren hükümlerin, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağını açıkça belirtmektedir.<sup>21</sup> Kıyas yasağının sadece biçimsel anlamda kanun hükümlerine ilişkin bir yasak olmadığını, maddi anlamda kanun kapsamında olan tüzükler, yönetmelikler, kararnameler gibi bütün yazılı hukuk kaynakları bakımından geçerli olduğu görülmektedir.<sup>22</sup> Ayrıca, belirtmek gerekir ki sadece suç ve cezalar

---

<sup>19</sup> İçel/Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s.85.

<sup>20</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.110.

<sup>21</sup> Madde metni gerekçede şu şekilde ifade edilmektedir.

“... suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal sonucu olan evrensel ilke niteliğindeki ceza kanunlarının uygulamasında kıyasa başvurulamayacağı, maddenin üçüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Böylece ceza kanunlarının bireye güvence sağlama işlevinin gereği daha yerine getirilmiş olmaktadır. Yeni tarihli ceza kanunlarında da kıyas yasağına ilişkin olarak açık hükümlere yer verilmektedir. Örneğin Fransız Ceza Kanunlarında bu husus “ ceza kanunları dar yorumlanır” biçiminde ifade edilmiştir. Kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla, kıyasa yol açacak şekilde yapılacak geniş yoruma da başvurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu hükümle ceza hukukunda genişletici uygulanmasının önüne geçilmek istenmektedir.”

<sup>22</sup> İçel/Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s.93. Ancak, idare tarafından meydana getirilen bu düzenlemeler ile suç ve ceza içeren hükümler oluşturulamayacağı da düşünüldüğünde maddi anlamda kanunlar bakımından bu ibarenin çok da geçerli olmayacağı düşünülebilir.

bakımından değil ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri bakımından da kıyas yasağı söz konusudur. Bunun yanı sıra kıyas yasağının, kanunda yer alan suç tanımları için kabul edildiği bu nedenle ceza hukukunun genel hükümleri (suç teorisinin genel prensipleri) açısından kıyas yasağının kabul edilemeyeceği de ifade edilmektedir.<sup>23</sup> Ancak, kıyas yasağının suç tipinde yer alan, hukuka aykırılık, kusurluluk, objektif cezalandırılabilme koşulları gibi bütün unsurları kapsamaması gerekmektedir.<sup>24</sup>

Suç ve cezalar bakımından kıyas yasağının olduğu açık bir şekilde belirtilmişse de kıyas, ceza hukuku haricindeki disiplinlerde yasaklanmamaktadır. Özel hukukta, kıyas mümkün olmakla birlikte, Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinde, kanunda uygulanabilir bir hüküm bulunmaması halinde, hakimin, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu gibi davranıp ona göre karar vereceği düzenlenmiştir. Böylece medeni hukukta kıyas ile kanunda yer alan boşluklar doldurulabilmektedir. Yine, failin yararına kıyasın yasak olmayacağı doktrinde savunulan bir görüştür.<sup>25</sup> Genel olarak kabul edilen durum bu yönde olmasına rağmen gerek fail lehine gerek aleyhine kıyas yapılamayacağı, kıyas yasağının her iki durumu da içeren bir ilke olduğu görüşü de taraftar bulmaktadır.<sup>26</sup> Kanun koyucunun lehe kıyasa izin vermek istemesi halinde kanun metninin aleyhe kıyas yapılamaz şeklinde düzenleyebileceği, böyle düzenlememesinin hem lehe hem aleyhe kıyasa izin vermemek olduğu şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bunun yanı sıra yeni bir suç tipi düzenlemeyen veya kanunda öngörülme-yen bir cezanın uygulanmasına neden olmayan bazı durumlarda ceza hukukunda kıyasın olanaklı olduğu da savunulmaktadır. Bunun gibi, ceza kanunlarında bulunan medeni hukuk terimleri bakımından, kıyas yasağının olmadığı

---

<sup>23</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku**, s. 106, Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 129.

<sup>24</sup> İçel/Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s.93.

<sup>25</sup> İçel/Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s.94., Köksal Bayraktar, "Faal Nedamet", **İÜHFİM**, C. 33, sayı 3-4, s. 138.

<sup>26</sup> Karşı görüş için bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.129. Yazar, kanun koyucunun failin lehine bir durum istemesi halinde kanunda buna yönelik açıkça düzenleme yapabileceğini ifade etmiştir.

gözetilmektedir.<sup>27</sup> Kıyas yasağı, ceza muhakemesi hukukunda da açıkça yasaklanmamıştır. Ceza Muhakemesi Kanununda boşluk olması durumunda, o duruma en çok benzeyen hukuk kuralının uygulanması mümkündür. Ancak, açıkça yasaklanmamış olsa da sınırlayıcı ve istisnai durumların kıyas yolu ile doldurulamaması gerekmektedir.<sup>28</sup> İstisnai hükümlerde kıyas yasağının mevcut olduğu, özellikle bunlardan en önemlisi olan hürriyeti sınırlayan kurallar açısından söz konusu olduğu görülmektedir.<sup>29</sup>

Mülga 765 sayılı TCK döneminde, telefon kablolarına saplantı yapılmak suretiyle ücretsiz telefon kullananlar bakımından işledikleri fiilin hırsızlık suçunu oluşturup oluşturmadığı yönünde yerel mahkemeler ve Yargıtay tarafından zıt kararlar verildiği gözlemlenmiştir. Bu kararların ardından İBK başkasının hattına girerek telefonun ücretsiz kullanılması fiilinin, genişletici yoruma tabi tuttuğundan bahisle hırsızlık suçunun işlendiğine hükmetmiştir.<sup>30</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu

---

<sup>27</sup> İçel/ Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s.95.

<sup>28</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi hukuku**, 4. bası, İstanbul, Beta, 2006, s. 45.

<sup>29</sup> Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. baskı, Ankara, Seçkin, 2006, s. 75. Örneğin, CMK 100. maddede tutukluluk halleri gösterilmiştir. Buna aykırı olarak kıyas yoluyla yapılacak tutuklamalar geçerli olmayacaktır.

<sup>30</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 6.4.1990 tarih 1989/2 E. 1990/2 K. sayılı İBK'da şu yönde karar vermiştir. 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 hapsedilir". 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. İçtihadı 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 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 kavuşturmaktan ibarettir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle telefon hizmetinden çeşitli usul ve yöntemlerle saplama yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanmanın, Türk Ceza Kanunu açısından hırsızlık fiilini oluşturacağına, 6.4.1990 gününde ilk görüşmede üçte ikiyi geçen çoğunlukla karar verildi.

#### AZINLIK OYU

TCK.nun 491. maddesinin ilk fıkrasında tanımlanan hırsızlık suçunun konusu, ( Mal )'dır. Bu terim aynı zamanda ( eşya ) veya ( şey ) anlamındadır. Kanun, sadece mal demekle yetinmemiş, bunu nitelendirmiştir: ( taşınabilir ) yani ( menkul ) bir ( Mal ). Şu halde, bu suçun konusunu teşkil edecek imal )'ın, bu nitelendirmeye uygun olması lazımdır.

Medeni Kanunun 686. maddesinde de belirtildiği gibi, taşınabilir mal, bir yerden diğer bir yere nakledilebilen eşyadır. Mevcut ve maddi varlığı olan bir cisimdir ki, bir yerden diğer bir yere nakledilebilir. Sözü edilen bu mal, katı halde olabileceği gibi sıvı veya gaz halinde de bulunabilir. Taşınabilir mal kavramı konusunda, medeni hukuk ile ceza hukuku arasında görüş ayrılığı yoktur. Fark sadece, Medeni Kanunun anılan maddesinde, ( temellüke salih bulunan tabii kuvvetlerin... )'de menkul mülkiyetine konu teşkil edebileceğini kabul etmesinden kaynaklanmaktadır.

Öte yandan, hırsızlık suçunun oluşabilmesi için, niteliğine kısaca değinilen, ( taşınabilir mal ) ( bulunduğu yerden alınması ) gerekmektedir. Yani, asıl zilyedin mal üzerindeki egemenliğine son verilmesi ve failin nüfuz ve egemenlik alanına sokulması icap etmektedir. Kanunun, söz konusu suçun oluşması için öngördüğü önemli koşullardan birisi de budur.

Bilindiği gibi telefon, ses'in, elektrik veya elektromanyetik dalgalar aracılığı ile bir yerden diğer yere naklini sağlayan bir sistem, bir araçtır. Ses dalgaları, telefon devresinde daima dolaşmakta olan doğru akımı, mikrofon aracılığı ile etkiler yani ses titreşimlerine uyumlu olarak titreştirir. Bu titreşim, edilen elektrik aracılığı ile karşı tarafa gider ve oradaki telefonda, bu sefer teras bir işleme, elektri titreşimlerinden ses titreşimlerine dönüşür. Denilebilir ki, uçak, tren, otobüs, vapur... örneği bir taş aracının, bir yolcuya bir yerden alıp diğer bir yere taşınması gibi, burada da telefon devresindeki elektrik, sesi, bir yerden alıp diğer bir yere taşımaktadır. Olay bundan ibarettir.

PTT İdaresi ( hizmet ) üreten bir kuruluştur. Nitekim, özet konularında da bu husus açıkça belirtilmiştir: ( haberleşme hizmetleri ), ( telefon hizmeti ), ( telgraf hizmeti )... gibi, Gerçekten, PTT'nin yaptığı iş de, hizmet sunmaktan başka bir şey değildir.

Gündem de açıklandığı gibi, Genel Kurul önüne gelen uyuşmazlık ( Telefon hizmetinden çeşitli yöntemler kullanılarak, bundan bedelsiz ve kaçak yararlanmanın suç sayılıp sayılamayacağı, suç oluşturmaktaysa bunun hırsızlık olup olmadığı )'dır.

Herne şekilde olursa olsun, bedelini ödmeden ( telefon hizmeti dahil ) bir hizmetten kaçak yararlanmak fiili, hiç kuşku yok ki, hukuka aykırıdır, ahlaka aykırıdır, çok kötü davranıştır. Failine yarar sağladığı zarar verdiği halde, sırf bu niteliğini gözönüne alarak, bu fiillere ( suç ) diyebilmek olanaksızdır. Zira, bu fiilin hukuka aykırılığından dolayı cezalandırılabilmesi için, o fiilin, kanunda açıkça ( suç ) olarak gösterilmesi gerekir. Ne, Türk Ceza Kanununda, ne de ceza hükmü içeren diğer özel kanunlarda, telefon hizmeti de dahil, bir hizmetten bedelini ödmeden kaçak yararlanma fiilini suç sayan bir hüküm mevcut değildir. Diğer ülkelerin yeni ceza kanunlarında bu konuda bağımsız bir suç tipi kabul edilmiştir: Bizde de bu yolda olumlu adımlar atılmıştır. Nitekim, Adalet Bakanlığınca oluşturulan bir komisyon tarafından hazırlanan ( Türk Ceza Kanunu Öntasarısı )'nda; hizmet de dahil, karşılıksız yararlanma fiilleri, ne hırsızlık ne dolandırıcılık ve de mana kötüye kullanma suçları oluşturmayacakları için, yeni ve bağımsız suç ihdas edilmek suretiyle kanundaki boşluğun doldurulması ve böylece bu fiillerin cezasız kalmaması düşünülmüştür.

Az önce de belirtildiği gibi, gerek Medeni Hukuk, gerekse Ceza Hukuku, ( Taşınabilir mal )'dan, maddi varlığı olan bir cisim murad eder. PTT İdaresinin Santrali veya bir parçası, şebeke kabloları, telefonu alınsa, hiç kuşku yok, hırsızlık suçu oluşacaktır. Zira bunlar taşınabilir mal'dır. Fakat hizmet ( telefon hizmetinden bedelini ödmeden kaçak yararlanma ), gayri maddi bir olaydır. Hizmet, kesinlikle taşınabilir mal kavramı içinde düşünülemez.

TCK.nun 1. maddesinde: ( Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez... ) hükmü yer almıştır. Aynı esas, Anayasamızın 38 inci maddesinde de açık ve kesin bir şekilde vurgulanmıştır. "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralı, çağdaş toplumların en yüce değerlerinden biridir. Kişi, neyin suç, neyin suç olmadığını önceden bilmeden toplumla barış ve güvence içinde yaşayamaz. Bu kuralın terk veya gözardı edilmesi, toplum için ciddi tehlikelerin ortaya çıkmasına sebep olabilir.

25.10.1976 tarihli kararında, hukuka aykırı yollardan elektrik kullanımının da hırsızlık suçu kapsamında değerlendireceği yönünde karar vermiştir.<sup>31</sup> Her iki olayda

---

Ceza hukukunda ( Kıyas )'a yer verilmemiştir. Anayasa ve ceza kanunu buna engeldir. Zira, kıyas ile hakim, kanun koyucunun yerine geçerek yeni bir hukuk kuralı koymaktadır. Ceza hakiminin görevi, kanunu olduğu gibi uygulamaktır. Medeni Kanununun 1 inci maddesinde hukuk hakimine tanınan kanunkoyucu yerine geçip kural koyma yetkisi, ceza hakimine tanınmamıştır.

Kanunun metine aykırı olmamak koşulu ile, yorum, ceza hukukunda mümkündür. Kanunda yer alan bir kavramı, anlamından ayırıp kapsamı dışındaki fiillere uygulamak yorum değil, kıyasın.

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 Kanununun bizzat kendisidir. Bu tür bir yorum yoluna başvurmak, gerçekte yorum değil, Kıyas'tır; "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralına aykırıdır. TCK.nun 1 inci maddesindeki ( Kanunun sarih olarak suç saymadığı bir fiil... ) buyruğu gözardı edilemez.

Bugün telefon hizmetinden bedelsiz ve kaçak yararlanma olayı ile başlayan bu çılgır, yarın aynı türden başka olaylarla devam edebilir. Örneğin: otobüse biletsiz binene de hırsız denilebilir. Bunun sonu alınmaz ve nereye varacağı da bilinemez.

Kanımızca yapılması gereken, ceza hukukunun ana ilkelerini zorlamak yerine, kanunkoyucunun: Sosyal; ekonomik, teknolojik... v.s. gelişmelerle birlikte ortaya çıkan yeni hukuka aykırı fiillerle ilg düzenlemesini beklemektir. herhalde bu, kanun koyucunun yerine geçmekten daha az tehlikeli ve fakat hukuka uygun bir yoldur.

<sup>31</sup> Bu yöntemle 765 sayılı kanun döneminde Yargıtay Ceza Genel Kurulu kıyas- yorum açısından çok tartışmalı olan ve elektrik enerjisinin taşınabilir mal sayıldığı yönünde bir karar vermiştir. Bu kararının ardından 6.6.1991 tarih ve 3756 sayılı kanun ile 765 sayılı kanunun 491.maddesine ek getirilmiştir.

CGK 25.10.1976 tarihli E. 1976/6-433, K. 1976/444 sayılı kararında;

TCK.nun 491. maddesinde çalma suçu başkasına ait olan taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden almak olarak tanımlanmıştır.

Çalmanın gizli veya herkesin görebileceği tarzda işlenmesinin önemi yoktur, doktrin ve uygulamada elektrik enerjisi taşınabilir mal hükmündedir.

Elektrik enerjisinden yararlanmak isteyen kimse enerjiyi kullanacağı tesisini fenne uygun yöntemle yaptırdıktan sonra elektrik enerjisi satan kuruluşa yazılı veya sözlü müracaatta bulunması ve enerji satan kuruluşun da bu tesisin fenne uygunluğunu kontrol ve tesbit ettikten sonra izin vermesi ile imkan dahiline girer. Bu koşullara riayet etmeden kendiliğinden elektrik tesisini idarenin elektrik enerjisi taşıyan hattına bağlayan kimsenin eylemi başkasına ait taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden almak yani çalma suçunu oluşturur.

Kullanılan cereyanın elektrik sayacından geçirilmiş olması ve sayaçta yazılan enerji bedelinin ödeneceği düşüncesi ve bedeli suçun oluşmasına engel teşkil etmez. Ancak: Cezadan indirme için bir neden olabilir. Herkesin yararlandığı veya istenildiği takdirde sarfettiği cereyan bedelini ödeyeceği düşüncesi ile izin almadan elektrik cereyanı almasına yasal yünden imkan yoktur.

Aksine düşünce şahısların mallarına sahip olma güvencesini ortadan kaldırmakla toplum düzenini vahim derecede bozacağı aşikardır.

Bu düşünceden hareketle sanığın aşamalarındaki savunmaları incelendiğinden Özetle:

Yeni inşa ettirdiği evin elektrik tesisatını yapıp enerji sahibi belediye ile gerekli resmi işlemleri tamamlamak ve sayaç bağlayarak eve cereyan vermek üzere Y isminde bir elektrikçi ustası ile 1000 liraya anlaşığı ve anlaşma gereğince eve bağlanan elektriği 7-8 ay kadar kullandığı ve cereyan kesilmesinden sonra belediye ile gereken işlemlerin yapılmadığını, ismi geçen elektrikçi ustasına sorduktan sonra öğrenmiş olduğunu savunmuş ve kullandığı enerji karşılığı olan 1196 lira 20 kuruş parayı belediyeye ödediğine dair 17/6/1975 tarih ve 27517 sayılı makbuzu ibraz etmiş bulunduğu görülmüştür.

Bu savunmaya göre sanığın, enerji sahibi işletmeden ruhsat alınmadan evine cereyan bağlandığını bilmediği anlaşılmaktadır. Bu itibarla savunmasının doğru olup olmadığının ve samimiyet derecesinin

da görüldüğü üzere, genişletici yorum yapıldığı, kıyas yoluyla yeni bir norm yaratılmadığı ifade edilerek işlenen haksızlığın cezasız kalmaması hedeflenmiştir.<sup>32</sup> Ancak, bu kararlar sonucunda, kanımızca kararın gerekçesi tatmin edici nitelikte olmadığı için, elektrik enerjisinin taşınır mal sayılacağına ilişkin 1991 yılında 3756 Sayılı Kanunla maddeye bir fıkra eklenmiş, 5237 sayılı TCK ile de hırsızlık suçu bakımından bu ifade korunmuş, ayrıca 5237 sayılı TCK'nun 163. maddesi ile karşılıksız yararlanma suçu düzenlenerek telefon hatlarından zilyedin rızası olmaksızın yararlanan kişinin fiili suç olarak düzenlenmiştir. Böylelikle Mülga 756 sayılı TCK'na ilişkin Yargıtay kararlarında yaşanan ihtilafların önüne geçilmek istendiği gözlemlenmektedir. İfade etmek gerekir ki, karara konu olan olay zamanında yürürlükte olan Medeni Kanunun 686. maddesi taşınabilir malı, bir yerden başka bir yere nakledilebilen eşya olarak tanımlamaktadır. Ancak, günümüzde yürürlükte olan 4721 sayılı Medeni Kanunun 762. maddesi ile bu tanımda değişikliğe gitmiş, taşınır mülkiyetinin konusuna, nitelikleri itibariyle taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçleri de dahil etmiştir. Bu noktada kanunun amacı özellikle atom ve elektrik enerjisi üzerinde tıpkı bir mülkiyet gibi koruma sağlamak istemiş olmasıdır.<sup>33</sup> Bu noktadan hareketle, kanımızca 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda elektrik enerjisi taşınır mal kabul edilmese ve karşılıksız yararlanma suç olarak düzenlenmese dahi Medeni Kanunun bu lafzı sayesinde elektrik enerjisi ya da başkasının hattına girerek telefonun ücretsiz kullanılması fiilleri cezalandırılabilir hale gelebilecektir.

Yargıtay'ın genişletici yorumuna ilişkin bu kararlarına karşılık 5. Ceza Dairesi 26.9.1975 tarihli kararında LSD maddesinin farmaktoksik olarak esrarın etken maddesi olan tetrahydro kannabinol ile aynı kategoride yer alan uyuşturucu maddeler

---

tayini gerekir, bunun için de gösterdiği savunma şahidi elektrikçi ( Y ) nin dinlenmesi ve toplanan delillerin birlikte incelenip kast üzerinde durularak bir sonuca varılması gerekirken evvelki hükümde direnilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan sanığın temyiz itirazları yerinde görüldüğünden direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

<sup>32</sup> İçel/Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 92.

<sup>33</sup> Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay- Özdemir, **Eşya Hukuku**, 11. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 7.



gurubunda olan bir uyuşturucu olmasına rağmen 765 sayılı TCK 403. maddesinde sayılan 4 uyuşturucu madde arasında yer almadığından, onlardan çok daha tehlikeli ve sağlığa zararlı olan ve sanıklarda yakalanan LSD uyuşturucu madde olarak sayılmamış ve sanıklara 403. maddeden dolayı ceza verilmemiştir. Kanun maddesinde, uyuşturucu madde sadece eroin, kokain, morfin ve esrar olarak düzenlenmiştir. Yerel mahkeme, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği maddenin dar yorumlanacağından bahisle her ne kadar LSD uyuşturucu madde niteliğinde olsa da kanunda belirtilmediğinden sanıklar hakkında beraat kararı vermiştir. Bu kararın Yargıtay tarafından da onaması doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Yargıtay'ın olayda bu yönde bir karar vermesi şaşırtıcıdır. Yapısı itibariyle uyuşturucu olduğu aşikar olan bir maddenin salt isminin ya da bileşeninin kanunda geçmemesinden ötürü uyuşturucu madde sayılamayacağına yönelik yorumu dar yorumu da geçmekte, bizi adeta kuralın ilk dönemlerde uygulanış biçimlerine götürmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 7.2.1977 tarih 1976/6-577 E. 1977/47 K. sayılı kararına ilişkin olarak, lokantada yemek yiyip parasını ödemedi kaçan sanıklar hakkında yapılan yargılamada suçun hırsızlık mı, dolandırıcılık mı yoksa yağma mı olduğu hususunda tartışmalar meydana gelmiştir. Dolandırıcılık ve yağma suçunun kanuni tipinde yer alan unsurların oluşmadığına karar verilmiş, konu hırsızlık suçu bağlamında tartışılmıştır. Hırsızlık suçunun unsurları, malın taşınabilir olması, başkasına ait bulunması, sahibinin rızası olmaması ve bulunduğu yerden faydalanmak amacıyla alınmış olmasıdır. Olaya uygulandığında; rızası olmaması koşulu dışındaki öteki unsurların var olduğu görülmektedir. Burada tartışılan en önemli nokta "sahibinin rızası olmaması" unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Yargıtay'a göre, "lokanta işleticisinin sanıklara yemek vermesinde başlangıçta bir rıza mevcut ise de, gerçek anlamda bir rıza olmayıp yemek bedelinin ödenmesi koşuluna bağlı bir arz ve takdimden ibarettir. Sanıklarda bedelin ödenmemesi niyeti doğduğu anda saklı tutulan rıza da henüz müsbet bir hareketle teyit edilmese dahi, ortadan kalkmış olacak ve çalma suçu tüm unsurları ile oluşacaktır. Benzin istasyonundan arabasına benzin doldurup bedelini ödemedi uzaklaşan ve Gima gibi umumi mağazalarda teşhir edilen ihtiyaç maddelerinin parasını kasaya ödemedi

ayrılıp giden kişinin eylemi uygulamalara göre ve münakaşasız bir şekilde hırsızlık kabul edilmektedir. İnceleme konusu olay bunlardan farklı bir niteliği haiz değildir. Ve bu eylem de gerçek yönü itibariyle hırsızlık sayılmalıdır.” Yargıtay kararında da ifade edildiği üzere, kanunda yer alan hırsızlık suçu bakımından yorum yaparak somut olayda bu suç tipinin olduğuna karar vermiştir. Yargıtay’ın çoğunluğunun kabulü ile aldığı bu karara karşı görüş ise ceza hukukunda yorumun, ceza içeren maddelerin "metin"leri ile sınırlı olduğunu, şüphenin sanık yararına yorumlanması gerektiğini, yorum yolu ile yasa boşluğu doldurulamayacağından, kanunda yer alan boşluğunu doldurmayı amaçlayan kıyasın hukuksal alanda geçerli olup ceza hukukunda başvurulabilir yöntem olmadığı yönündedir. Ortada kanun boşluğu olduğu, bunun yasama organı tarafından doldurulması gerektiği, her ne kadar toplumda gerginlik yaratsa da kanunda açıkça düzenlenmemiş bir suçtan dolayı sanıkların beraat etmesi gerektiği de savunulmuştur.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi E. 2002/22326 K. 2003/4080 T. 4.6.2003 kararında, yasa dışı yollardan yurda girmiş kişilerin ülke içinde taşınması eyleminin Pasaport Kanununda herhangi bir yaptırıma tabi tutulmadığından bahisle kanundaki bu boşluğun kıyas yoluyla doldurulması ve sanıkların bu suretle cezalandırılmasının olanaksız olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, Pasaport Kanunu’nda Türkiye’den yurtdışına çıkacak olanların gümrük kapılarından başka yerlere bilerek taşımanın cezalandırıldığı, sanığın yasadışı yollardan yurda girmiş kişileri yurt içinde nakletmekten ibaret eylemlerinin bu madde kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilerek mahkumiyet kararı bozulmuştur.

### III. BELİRLİLİK İLKESİ

Kanunilik ilkesinin bir diğer sonucu olan belirlilik ilkesinin, ceza kanununun kaleme alınışı yani ceza normlarının formüle edilişi tekniği ile ilgili bir ilkedir.<sup>34</sup> Belirlilik, kanunlarda suç olarak nitelendirilen fiillerin ve verilecek cezaların neler olduğunun birey tarafından anlaşılmasına yönelik olarak ifadelerin açık, net ve belirli olması demektir.<sup>35</sup> Her şeyden önce belirtmek gerekir ki bir norm temel haklara ne oranda müdahalede bulunuyorsa o normun belirlilik oranı o kadar yüksek olmalıdır.<sup>36</sup> Belirlilik ilkesi, yürürlükteki kanunların anayasa bağlamında meşru olduğunun denetlenmesi ve yeni yapılacak kanunların da anayasal meşruluk temelinde ele alınmasını sağlamak açısından temel bir ilke olduğu kabul edilmektedir.<sup>37</sup> Bir düzenlemenin niteliğine göre, temel haklara müdahalenin ağırlığı oranında belirginliği artmalı, başvuru belirsiz hukuksal kavramlar en azından yargılama ya da hukuksal yorum yöntemleri ile belirlenebilir olmalıdır.<sup>38</sup> İlkenin sadece kanuni tip açısından değil, kanunun diğer bütün unsurları ile yani hukuka aykırılık, içtima, iştirak, nedensellik unsurları bakımından da geçerli olması söz konusudur.<sup>39</sup> Bu bağlamda Türk Ceza Kanunu'nda yer alan bazı ifadelerin kesin suç tanımları yapılmadığından bahisle ilkeyi zedelediği öne sürülmektedir. Özellikle “.....ve benzeri sebep”, “....başka bir neden” gibi ifadelerin yanı sıra “...hukuka aykırı başka bir davranış” demek suretiyle ilkenin ceza normlarının unsurlarının belirli olması gerektiği sonucu ihlal edilmiş olmaktadır.<sup>40</sup>

Belirlilik ilkesi açısından özellikle 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun terörü tanımlayan 1. maddesinin ifadesinin yeterli derecede açık olmadığını bunun da belirlilik ilkesi ile ters düştüğü yönünde tartışmalar olmaktadır.<sup>41</sup> Öne sürülen bu

<sup>34</sup> Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s.24.

<sup>35</sup> Doktrinde 765 sayılı Türk Ceza Kanununun bazı maddelerinin belirlilik ilkesine uygun olmadığı savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: İzzet Özgenç/Cumhur Şahin, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3.Bası, Seçkin, Ankara, 2001, s.22 vd.

<sup>36</sup> Osman Can, “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, **AÜEHFD**, C. 9, Sayı 1-2, 2005, s. 98.

<sup>37</sup> Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s.25.

<sup>38</sup> Can, “**Belirlilik İlkesine Bakış**”, s. 102.

<sup>39</sup> Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 26.

<sup>40</sup> Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, İstanbul, Vedat, 2006, s.14.

<sup>41</sup> Özgenç, Şahin, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s.25.

tartışmalar karşısında, Anayasa Mahkemesi, 31.3.1993 tarih, 1991/18 E., 1992/20 K. sayılı kararında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1. maddesindeki terör tanımında yer alan baskı, korkutma, yıldırma, sindirme gibi Türk Ceza Kanununda yer almayan yeni kavramların kanunilik ilkesini zedeleyebilecek nitelikte, anlaşılabilir, ilgisiz, özgürlükler açısından kötüye kullanılabilir kavramlar olmadıklarını ifade etmiştir. Terör maddede, belirlenen yöntem ve amaçlarla, bir örgüte mensup kişiler tarafından gerçekleştirilecek her türlü eylem olarak tanımlanmaktadır. İfadede geçen her türlü eylem ibaresinin belirsiz ve çok kapsamlı olduğu, düşüncel eylemlerin dahi bu madde kapsamına girebileceği iddiası karşısında Anayasa Mahkemesi, ilgili maddenin gerek kendi içinde gerekse diğer maddelerle bağlantılı olarak sınırlamalara tabi olduğunu, eylemin baskı, cebir, şiddet, korkutma, yıldırma gibi yöntemlerin kullanılarak madde metninde belirtilen amaçlarla gerçekleştirilmesi gerektiğini belirterek maddeye ilişkin iptal istemini reddetmiştir.

Belirlilik kuralına ilişkin AİHM birçok başvuru yapılmış olmasına rağmen Yargıtay kararlarında bu yönde çok fazla karar verilmediğini görmekteyiz. AİHM kararlarında değinildiği üzere, kanunların açık olması gerekliliği, öngörülebilirlik ve ulaşılabilirlik kapsamı dahilinde değerlendirilmiştir. Bu açıdan mahkeme, düzenlemeleri belirlilik ilkesi ihlali iddiası karşısında bu çerçevede değerlendirmektedir.

#### **IV. CEZA HUKUKU KURALLARININ ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI**

##### **A. Ceza Kanunlarının Yapılması, Yayımlanması ve İlan Edilmesi**

Ceza kanunları, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, yürürlük tarihinden sonra meydana gelen ve suç teşkil eden fiiller açısından uygulama alanı bulmaktadır. Başka bir ifade ile kanunların zaman yönünden uygulanması ancak fiilin işlendiği zaman hangi kanun yürürlükte ise o kanuna göre failin cezalandırılmasıdır. Bu açıdan bir kanunun ne zaman yürürlüğe gireceği ya da çıkacağı konusunun belirlenmesi gerekir. 1322 Sayılı Kanun'un (Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti

Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun) 1. maddesi kanunların Resmi Gazete ile yayınlanmasını zorunlu kılmaktadır. Kanunun 3. maddesi ile metinlerde başka bir düzenleme bulunmaması halinde yürürlüğe girme tarihi kanun metninde belirtilmemişse Resmi Gazetede yayınlanmasından sonraki günden başlamak üzere 45. günden itibaren yürürlüğe gireceği ifade edilmektedir. Ceza Kanunları yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren kaldırıldıkları güne kadar yürürlükte kalırlar. Kanunlar ancak Resmi Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Bazı durumlarda kanunların yayınlanmasından başka yürürlüğe giriş için belirtilen ayrıca bir ilan gerekebilmektedir. Bununla birlikte yürürlük tarihi Resmi Gazete’de belirtileceği gibi gazetenin yayımlandığı tarihten daha sonraki bir tarih de olabilmektedir. Eski kanun yeni kanun hükümlerinin çatışması halinde zimni olarak da yürürlükten kalkması ya da Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde de kanun yürürlükten kalkmış olur.<sup>42</sup>

### **B.Ceza Kanunları Bakımından Geriye Yürümezlik İlkesi**

“Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi kanunların geriye yönelik olarak uygulanmasına karşı ortaya çıkan bir ilkedir. Diğer bir ifade ile ilke, parlamentonun, kanunun konulmasından önceki fiillerin suç sayılmasını sağlayacak düzenleme yapmasının yasaklanmasını ifade eder.<sup>43</sup> Geriye yürümezlik ilkesi gerek anayasal bir düzenleme olsun gerekse yazılı kanunlarda ya da içtihat hukukunda yer alan bir düzenleme olsun bir çok hukuk sisteminde yerini almaktadır.<sup>44</sup> İlke, suçta ve cezada kanunilik ilkesinde olduğu gibi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 11. maddesi ve buna özdeş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. maddesi ile de uluslararası

---

<sup>42</sup> Abdullah Pulat Gözübüyük, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, Cilt I, 4. Bası, İstanbul, Kazancı, s.28.

<sup>43</sup> Mokhtar, “**Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege: Aspects And Prospects**”, s.47.

<sup>44</sup> Diğer ülkelerdeki düzenlemelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: J.T. Woodhouse, “The Principle Of Retroactivity In International Law”, **Transactions Of The Grotius Society**, Vol 41, Problems Of Public And International Law, Transactions For The Year 1955, s. 69.

metinlerde yerini bulmuştur.<sup>45</sup> Bu kural, açıkça, daha sonra bir suç yaratan kanun hareketinin bu kanundan önceki fiillere uygulanmasını yasaklamaktadır.<sup>46</sup> Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin kanunsuz ceza olmaz ilkesini düzenleyen 15. maddesinde, diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak cezayı hafifleten kanunların geriye yürütmesine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Gerek mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu gerekse 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, geriye yürümezlik ilkesini açık bir biçimde kabul ve tarif etmişlerdir. Mülga 765 sayılı TCK'nun 2. maddesi, işlendiği zamanın kanununa göre cürüm veya kabahat sayılmayan fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceğini, işlendikten sonra yapılan kanuna göre cürüm veya kabahat sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmayacağını ifade etmiştir. Maddenin devamında, eğer böyle bir ceza hüküm olunmuşsa icrası ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkacağı hüküm altına alınmıştır.<sup>47</sup> 5237 sayılı TCK ise 7. maddesinde bu ilkeye yer vermektedir. Madde metninde, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği ve güvenlik tedbiri uygulanamayacağı; işlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimsenin cezalandırılmayacağı ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamayacağı düzenlenmiştir. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunması halinde infazı ve

---

<sup>45</sup> 1651 yılında Hobbes, fiilin işlenmesinden sonra ortaya çıkan hiçbir kanunun fiili suç haline getiremeyeceğini çünkü kanunun yapılmasından önce yapılan kanun bakımından herhangi bir ihlal bulunmadığını ifade etmiştir. Aynı yöndeki görüşler için bakınız: Mokhtar, “**Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege: Aspects And Prospects**”, s.47.

<sup>46</sup> 1798 yılında Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi Calder v. Bull davasında bu söz konusu ilkeye ilişkin bir takım saptamalarda bulunmuştur. Buna göre; mahkeme geriye yürürlüğü 4 kategoride tanımlamaktadır. İ) fiilin işlenmesinden sonra ortaya çıkan kanunun bu fiili cezai yaptırıma bağlaması ii) fiilin işlendiği zamanda yürürlükte olan kanunda belirtilen cezasından daha ağır bir yaptırım uygulanması iii) suçun işlendiği zaman yürürlükte olan cezanın niteliklerinin değişmesi iv) ispat kurallarının failin aleyhine olarak değiştirilmesi.

<sup>47</sup> Her ne kadar 765 sayılı kanun suçta ve cezada kanunilik ilkesini açıkça benimsemiş olmasına rağmen, 6.7.1960 tarih 15 sayılı kanun 2. maddesi ile 765 sayılı TCK'nın “Cürmü işlediği vakit on sekiz yaşını bitirmiş olupta yirmi bir yaşını bitirmemiş ve hüküm zamanında altmış beş yaşını geçmiş olanlar hakkında idam ve müebbed ağır hapis cezasına bedel 24 sene ağır hapis cezası hükmolunur. Müebbed sürgüne bedel beş sene müddetle muvakkat sürgün cezası verilir. Sair hallerde cezanın altında biri indirilir.” şeklindeki 56.maddesi yürürlükten kaldırılmış, 3. madde ile de 2. madde hükmünün bu kanunun yürürlüğe girmesi tarihinden önce işlenmiş olan ve TCK 125-133, 141, 142, 146, 149, 150 ve 163 üncü maddelerinde yazılı bulunan Vatana İhanet Suçları hakkında da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu madde ile geriye yürümezlik ilkesi açıkça ihlal edildiği gibi, sanık lehine kanun uygulaması da tamamen hiçe sayılmıştır. Milli Birlik Komitesi Umumi Heyet Kararı ile dönemin cumhurbaşkanı 765 sayılı TCK 125, 141/3, 146. maddelerinde yer alan suçları işlediği neticesine varmıştır. Komite kararı için bakınız: T.C. Resmi Gazete, 13 Temmuz 1960, sayı 10550.

kanunî neticeleri kendiliğinden kalkacaktır. İlke, 1961 Anayasası'nın 33. maddesi ve 1982 Anayasası'nın 38. maddesi de ilkeyi açık bir dille ifade edilmiştir.<sup>48</sup>

Geçmişe uygulama yasağı, suçun bütün unsurları bakımından geçerlidir. Suçun unsurlarında failin aleyhine bir değişikliğin meydana gelmesi durumunda faile uygulanamayacaktır. Sadece suçlar bakımından değil cezalarda meydana gelecek bir artma halinde de bu durum fail aleyhine uygulanamayacaktır. Keza, hukuka uygunluk nedenlerinde ya da ağırlatıcı, hafifletici nedenlerde meydana gelen değişiklikler, failin aleyhine ise geçmişe yürürlü olarak uygulanamayacaktır. Bu bağlamda, suçun unsurlarındaki ve cezanın sonuçlarında meydana gelebilecek değişiklikler de geriye yürümezlik ilkesine tabi olacaktır.<sup>49</sup> Sanık hakkında hükmolunan para cezasının fiilin işlenmesinden sonra para cezalarının katsayılarının iki katına çıkartılmasını öngören kanunun fail hakkında uygulanıp uygulanmayacağı sorusunda Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1991/154 E., 1991/ 181 K. sayılı 3.6.1991 tarihli kararında bunun fail aleyhine geriye yürürlük olmasından bahisle yerel mahkemenin bu yöndeki kararını bozmuştur.

### **C. Geriye Yürümezlik İlkesinin İstisnası ve Failin Lehine Olan Kanunun Belirlenmesi**

5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra, müglâ 765 sayılı TCK'nda ve 5237 sayılı TCK'nda yer aldığı üzere suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanacak ve infaz olunacaktır. Failin yararına olan kanunun geçmişe

---

<sup>48</sup> Güvenlik önlemleri bakımında geçmişe uygulama yasağının söz konusu olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Ancak 1982 Anayasası güvenlik tedbirlerinin de kanunla konulacağını yani güvenlik tedbirlerinin de kanunilik ilkesi kapsamında olduğu görülmektedir. Bu açıdan denilebilir ki güvenlik tedbirlerinin de geçmişe yürürlü olarak uygulanması yasaklanmıştır. Ancak güvenlik tedbirlerine ilişkin kanunlar bakımından derhal uygulama ilkesinin geçerli olduğunun, güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında failin tehlikelilik halinin göz önüne alındığı öne sürülmektedir. Centel, Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 113.

<sup>49</sup> İçel/Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s.91.

uygulanması için öncelikle failin cezasının infazının bitmemiş olması gerekir.<sup>50</sup> Mülga 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK arasındaki uyumun sağlanması ve lehe kanunun belirlenmesi bakımından 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulanması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun 9. maddesine göre, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde duruşma yapılmaksızın evrak üzerinde karar verilebilecektir. 5252 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki sınırlı şekilde evrak üzerinde karar verilmesi imkanını kanun koyucu uygulayıcılara pratiklik ve kolaylık sağlaması için getirdiği sonucu çıkarmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanacağı haller kısaca şunlardır. Mülga 765 sayılı Kanunda suç olup 5237 sayılı Kanunda tartışmasız suç olmaktan çıkarılması, failin ceza sorumluluğunun kaldırılması, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda şikayete tabi olmayıp 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda şikayete tabi olması ve şikayetçinin şikayetinden vazgeçmiş olması, herhangi bir şekilde değerlendirme ve takdir gerektirmeyen önceki ve sonraki kanunlarla ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak sonuca göre lehe kanun belirlenmesi yapılacaktır. 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulanması Hakkındaki Kanun 9. maddesi 3. fıkrasında lehe kanunun nasıl belirleneceği de ifade edilmektedir. Buna göre, lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir. Bu açıdan, sadece fiilin işlendiği zamanki kanuna nazaran cezayı azaltması değil fiilin işlenmesinden sonra ortaya çıkan kanun ile suçun ortadan kaldırılması, suçun unsurları bakımından failin lehine olan değişiklikleri içermesi durumunda da yeni yürürlüğe giren kanun önce işlenen suçlar hakkında uygulanabilecektir. Bu durum sadece yargılama aşamasındaki sanığa değil, cezasını çekmekte olan fail açısından da uygulanabilir olmaktadır. Fail cezasını çektiği sırada lehine durum içeren kanunun yürürlüğe girmesi durumunda mahkeme uyarılama yapabilecektir.<sup>51</sup> Kanunun bu maddesinden anlaşılmaktadır ki

---

<sup>50</sup> Fail yararına olan kanunun geçmişe uygulanmasının kesin hüküm aşamasına kadar olması gerektiği, kesin hükümden sonra uygulanmasının kesin hükmün niteliği ile bağdaşmayacağını savunan yazarlar bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bakınız. İçel/Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 99.

<sup>51</sup> İnceza kanunu zamanında failin suç işlemesi durumunda, yargılama sırasında 2.ceza kanunu yürürlüğe girse ve fail hakkında daha hafif ceza öngörse, daha sonraki duruşma döneminde ise 3.ceza



lehe kanunu belirlerken her unsur için ayrı ayrı kanunlar uygulanmayacak ilgili tüm hükümler uygulanacaktır. Kusurluluk şekli, hata, isnat kabiliyeti, zorunluluk hali, ilgilinin rızası gibi durumlar birlikte değerlendirilecektir. Suçun oluşmasını zorlaştıran, miktarı ne olursa olsun suçun cezasını sadece para cezası olarak düzenleyen, zamanaşımı süresini kısaltan, hapis cezasının türü ve miktarı bakımından daha hafif ceza öngören kanun da lehe kanundur.<sup>52</sup> Türleri aynı olan cezalar bakımında ise altı sınırı eşit, üst sınırı az olan kanun; üst sınırları eşit alt sınırı az olan kanun fail lehinedir. Ceza sınırları farklı olan kanunlarda ise lehe kanun somut olayda karşılaştırılması suretiyle saptanacaktır.<sup>53</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, hem hapis hem de para cezasını içeren bir kanunun sadece para cezası içeren bir kanun maddesine göre daha ağır nitelikte olduğu kanaatine varmıştır.<sup>54</sup>

Ceza Genel Kurulu'nun 18.11.1980 tarih, 8-268/361 sayılı kararında somut olay açısından her iki kanunun birlikte ele alınıp failin lehine olan düzenleme hangisinde ise o düzenlemenin uygulanmasını üçüncü bir kanun yapılması anlamına gelmediği yönünde kararları mevcuttur.<sup>55</sup> 10. Ceza Dairesinin 22.10.1992 tarihli kararında sanık hakkında suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunun leh ve aleyhteki hükümlerinin ayrı ayrı ele alınarak somut olaya göre sonuçlarının karşılaştırılması ve sanığın lehine sonuç doğuran kanunun bir bütün halde uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararının 5252 Sayılı Kanunun açık hükmü karşısında

---

kanunu yapılırsa ki bu kanun 2. kanuna göre daha ağır ceza öngörürken 1.kanuna göre daha hafif ceza öngörmesi durumunda 2. kanun uygulama alanı bulacak mıdır? Bu durumda 2 görüş öne sürülmektedir. Birincisi, fail hakkında kesinlikle 2. kanunun uygulanmayacağı çünkü kısa süreli geçici bir kanun olduğu, suçun işleniş zamanında da yürürlükte olmadığıdır. Diğer görüşe göre yargılamanın ertelenmesinin faile yüklenemeyeceği, bu durumda kişi hakkında 2. kanunun uygulanması gerektiğidir. Tartışmalar için bakınız, Mokhtar, “**Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege: Aspects And Prospects**”, s.50.

<sup>52</sup> Centel/ Zafer/ Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.103.

<sup>53</sup> **A.e.**, s. 104.

<sup>54</sup> Ceza Genel Kurulu, 20.2.1989 tarih, 7-4/57 sayılı kararı.(Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, 15 Nisan 2007.

<sup>55</sup> YCGK 12.5.1980-3-144/204, 14.10.1985-9-194/525, 18.11.1980-3-144/204, Y.1.C.D. 30.1.1990 129/74, **Yargıtay Kararları Dergisi**, c. 12, sayı 5, Mayıs 1986. Tarihli kararları Yargıtay'ın üçüncü bir kanun yaratmasına neden olmuştur.

uygulanırlığı kalmadığı görölmektedir. Keza, kanun açık bir şekilde lehe kanunun nasıl belirleneceğini düzenlemiştir.

### **D.Ceza Usul Hukukuna İlişkin Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması**

Ceza Usul Hukukuna ilişkin kanunlarda meydana gelen değişiklikler kural olarak failin leh ya da aleyhine düzenlemeler içerip içermediğine bakılmaksızın derhal uygulanır. Buna “derhal uygulanırlık ilkesi” denmektedir. Derhal uygulanırlık ilkesi yeni kanunun eskisinden daha iyi ve mükemmel olması düşüncesine dayanmaktadır.<sup>56</sup> Bu bakımdan, izin, talep, şikayet, karar gibi kovuşturma şartları da derhal uygulama ilkesi kapsamındadır. İlkenin uygulanabilirliği için fail hakkında yargılamanın bitmemesi ve kesin hüküm verilmemiş olması gerekmektedir. Yargılamanın bitmiş olması durumunda yürürlüğe giren kanun geriye dönük olarak uygulanmayacaktır. Bu açıdan derhal uygulanırlık ilkesinin fail hakkında geçerli olması için yargılama işlemlerinin devam ediyor olması gerekmektedir. Bu işlemler sırasında yeni bir kanunun yürürlüğe girmesi durumunda yeni kanun ile işlemlere devam edilecektir.<sup>288</sup> Ceza yargılaması sırasında, eski kanun döneminde yapılan bir işlemin etkilerinin yeni kanun döneminde de devam ettiği görölmektedir. Bu durumda da yeni kanunun uygulanması ertelenmeyecek, derhal uygulanacaktır. Ancak, eski kanuna göre yapılan işlemler sanığın lehine de olsa aleyhine de olsa geçerliliğini koruyacaktır.<sup>57</sup> Yeni kanun ile, mahkemelerin görev alanına giren suçların nitelikleri ve ceza miktarları da değişebilir. Örneğin, Asliye Ceza Mahkemesi’nde görölmekte olan dava yeni kanun ile Ağır Ceza Mahkemesi görev alanına girebilir. Usul kurallarının derhal uygulanması ilkesi çerçevesinde mahkeme görevsizlik kararı verecek, davayı Ağır Ceza Mahkemesi’ne gönderecektir. Ancak, maddi ceza kurallarında meydana gelen değişiklikler bakımından failin lehine kanunun uygulanması ilkesi geçerlidir. Cezanın artması ile işlenen suçun ağır ceza

---

<sup>56</sup> Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. baskı, İstanbul, Beta, 2006, s. 563.

<sup>57</sup> Kunter/Yenisey/ Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 563.

mahkemesi görev alanına girmesi durumunda yargılama ağır ceza mahkemesinde görülmesine rağmen failin lehine olan kanunun uygulanacaktır.<sup>58</sup>

Usul kuralları açısından derhal uygulanırlık, her işlemin yapıldığı tarihteki kanuna göre yapılması demektir. Bu açıdan, eski kanuna göre sözle yapılan şikayet başvurusu yeni kanuna göre yazılı hale getirilse dahi işlem yeni kanun zamanında geçerliliğini koruyacaktır. Önceki kanun döneminde hiç şikayet yapılmamışsa, yeni kanun zamanında yapılan şikayetler eski kanun döneminde işlenen bir suçta ait olsa dahi yazılı olarak yapılacaktır. Yeni kanun döneminde suçun kovuşturulmasının şikayete tabi tutulması durumunda şikayet süresi suçun işlendiği tarihten itibaren değil, yeni kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren başlayacaktır.<sup>59</sup>

Ceza Usul Hukuku kurallarının derhal uygulanması bazı durumlarda sorunlara ve adaletsizliğe yol açabilmektedir. Özellikle, kanun yoluna başvurma sürelerinin yeni kanun ile eski kanun arasında farklı olmasından ötürü bir takım adaletsizliklerin ortaya çıktığı görülmektedir. Bu sorunların başında şikayet sürelerine ilişkin değişiklikler gelmektedir. Yeni kanun ile şikayet süresinin uzatılmasında bir sorun yaşanmamakta ise de eski kanuna göre şikayet süresi dolmadan yeni kanunla bu sürenin kısaltılması durumunda eski kanuna güvenerek henüz şikayet hakkını kullanmamış kişiler bakımından bir hak kaybı yaşanacaktır. Örneğin, yeni kanun ile 6 aylık olan şikayet süresinin 7 aya çıkartılması durumunda bir sorun yaşanmayacaktır. Ancak sürenin 5 aya çekilmesi durumunda ve eski kanuna güvenerek 6. ay içinde şikayetini yapacak olan kişi bakımından bir haksızlık durumu söz konusu olacaktır.<sup>60</sup> Bunun gibi kanun yoluna başvurma sürelerinin yeni kanunla kısaltılması sonucu birtakım sorunlar doğmaktadır. Örneğin, eski kanunun bir işlemin yapılması için 7 günlük süre öngörmesi ve bu süre içersinde hakkın

---

<sup>58</sup> Artuk/ Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler** , s. 229.

<sup>59</sup> A.e. Yazarlara göre, “eski kanuna göre yapılan geçerli işlemler yeni kanunun koyduğu standartlara uygun değilse derhal uygulama kuralı gereğince görülmekte olan davalara uygulanmaz.” Buna örnek olarak, yeni usul kanununa göre, kollukta müdafî olmadan alınan ifadelerin mahkemede sanık tarafından kabul edilmemesi halinde tutanak duruşmada okunmayacaktır. 2006’da yapılan duruşmalarda Ocak 2005 de alınan ifadeler bakımından bunun geçerli olduğu kabul edilmektedir.

<sup>60</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s.55.

kullanılmaması, yeni kanunun bunu 15 güne çıkartması durumunda herhangi bir sorun yaşanmayacaktır. Çünkü yeni kanuna göre yapılacak işlem kalmamıştır. İş eski kanuna göre sona ermiştir yeni kanun onu tekrar canlandıramaz. Buna karşılık, yeni kanun, bu süre dolmadan yürürlüğe girdiği takdirde yeni kanun uygulanma olanağı bulunacak ve ilgili kişi 7 gün yerine 15 günden faydalanacaktır. Asıl mesele, eski kanunun 15 günlük süre tanıdığı yeni kanunun bunu 7 güne indirmesi durumunda ortaya çıkmaktadır.<sup>61</sup> Doktrinde bu gibi durumların geçici maddelerle düzenlenmesi gerektiği<sup>62</sup> belirtilmekte ise de bu durumun bir kazanılmış hak doğurduğunu, derhal uygulama ilkesi istisnası olarak kabul edilmesi gerektiği bu yüzden kişiyi eski süreden faydalandırmak gerektiği de savunulmaktadır.<sup>63</sup>

5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, doğabilecek birtakım sorunlar nedeni ile derhal uygulama ilkesine istisnalar getirmektedir. 5329 Sayılı Kanun'un 6. maddesine göre, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki koruma tedbirleri nedeniyle tazminat verilmesi işlemleri hakkında 7.5.1964 tarihli ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilecektir. Getirilen bir diğer istisna da adi itiraza ilişkindir. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre süresi olmayan adi itiraz kaldırılmış, tüm itirazlar 7 günlük süreye tabi kılınmıştır. 5320 Sayılı Kanun'un 7. maddesi ile bu süreler bakımından bir düzenlemeye gidilmiştir. Mülga 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu gereğince süre konulmamış adi itiraza tabi kararlara karşı Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi gün içinde itiraz yoluna başvurulabilecektir.

---

<sup>61</sup> Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2006, s.114.

<sup>62</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 565., Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. baskı, Ankara, Seçkin, 2006, s. 79.

<sup>63</sup> Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 137.

## E. Zamanaşımına İlişkin Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması

Zamanaşımı süreleri bakımından Türk Hukuku ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları arasında farklılıklar görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi zamanaşımı meselesini usule ilişkin bir düzenleme olarak yorumlamakta ve özellikle fail hakkında geriye yürümezlik ilkesi kapsamında değerlendirmemektedir. Bu açıdan zamanaşımı kurallarının failin lehine ya da aleyhine olup olmadığına bakılmaksızın derhal uygulanmasının AİHS'nin 7. maddesi anlamında kanunilik ilkesine dahil etmemektedir. Ancak Türk Hukukunda zamanaşımı gibi, ceza usul hukukuna ilişkin olan tutuklama, gözaltına alma gibi bireyin hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı birtakım düzenlemeler derhal uygulanırlık ilkesi istisnasını oluşturmaktadır. Bu gibi durumlarda, fail lehine olan kanunun uygulanması esastır.

Yeni kanunun yürürlüğe girdiği zaman eski kanuna göre zamanaşımı süresi dolmuş olması halinde lehe kanun uygulaması gibi bir durum söz konusu olmayacaktır. Ancak, sürenin dolmamış olması durumunda, lehe kanunun geçmişe etkili olup olmaması kanunilik ilkesi bakımından değerlendirme kapsamındadır. Türk hukukunda zamanaşımı sürelerini kısaltan kanunlar lehe kanun olarak fail hakkında uygulanmaktadır. Ayrıca, zamanaşımını durduran veya kesen sebepler bakımından ise bu durumu kolaylaştıran, sebepleri azaltan kanun lehe kanundur.<sup>64</sup> Zamanaşımına ilişkin hem genel kanun hem de özel kanunlarda düzenleme olması durumunda, özel kanunlarda yer alan zamanaşımı süreleri geçerli olacaktır.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Centel/ Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 105.

<sup>65</sup> Doktrinde buna örnek olarak 5329 sayılı Askeri Ceza Kanunu ile Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1. maddesi ile 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununa eklenen 8. madde "26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer'î askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır." ifadesinin zamanaşımı bakımından ilgili kanunun maddesinin uygulanacağı gösterilmektedir.

## F. Ceza İnfaz ve Kabahatler Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması

Cezanın infazına ilişkin hükümler açısından kural olarak derhal uygulama ilkesi geçerlidir. Yeni yürürlüğe giren kanun failin aleyhine de olsa lehine de olsa hakkında uygulanacaktır. Bunun nedeni yeni ceza infaz kanununun eski kanuna göre failin ıslahı için daha etkili ve iyi olduğu düşüncesidir.<sup>66</sup> Ancak, ceza infazına ilişkin hükümler bakımından da istisnai düzenlemeler bulunmaktadır. Özellikle İnfaz Kanununda ceza niteliği taşıyan hükümler açısından kanununda yapılan değişikliğin cezanın niteliğini değiştirmesi halinde yeni kanun cezada kanunilik ilkesine aykırı olacağı gerekçesi ile fail aleyhine uygulanamayacaktır.<sup>67</sup> Bu nitelikteki değişiklikler nedeniyle doğacak olan sorunları engellemek amacıyla 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 2. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 7. maddesine ek fıkra getirilmiştir. Buna göre hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar bakımından lehe kanun uygulamasına gidilecektir. Bu noktada da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden farklı bir uygulamanın gerçekleştiği görülmektedir. Türk Hukuku, şartlı salıvermeyi istisnai olarak failin lehine olan kanunun uygulanması kapsamına almaktadır. Ancak AİHM'nin kararlarında aksi yorumların olduğu görülmektedir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu zaman bakımından uygulama başlıklı 5. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerin kabahatler bakımından da uygulanacağına işaret etmiştir. Bu kurala istisna olarak kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralının geçerli olacağı kabul edilmektedir.

---

<sup>66</sup> Abdullah Pulat Gözübüyük, "Ceza İnfaz Kanunlarının Geçmişe Şümüğü", **Adalet Dergisi**, Yıl 1945, sayı 2, 1954, s. 93 vd.

<sup>67</sup> Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 137.

## G. Sürekli ve Geçici ve Aradaki Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması

Kanun koyucu tarafından kanunun yürürlükte kalacağı sürenin metinde gösterildiği kanunlar süreli kanun, süreli olmakla birlikte süresinin önceden belirtilmediği kanunlar ise geçici kanun denmektedir.<sup>68</sup> Bu tür kanunlara ilişkin 765 sayılı Türk Ceza Kanunumuzda açıkça zaman bakımından uygulanmasına yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Bu açıdan, geçici kanunların yürürlükte olduğu dönemde işlenen suçlar bakımından, sürelerinin dolmasından sonra failin lehine yapılacak düzenlemelerin uygulanabilir olup olmadığı tartışma konusu olmuştur.<sup>69</sup> Bu nitelikteki kanunların çıkarılma nedenleri genellikle savaş ve olağanüstü hal durumlarıdır. Bu dönemlerde yürürlükte olan Sıkıyönetim Kanunu ve Olağanüstü Hal Kanunlarının yürürlükte bulunduğu sırada işlenen fiil nedeniyle yargılanan sanığın durumunun bu kanun uygulamadan kalktıktan sonra ne olacağı, sorunun nasıl çözümleneceği konuları tartışma konusu olmuştur. Suçluların kanun değişikliğinden sonra bu değişiklikten yararlanmak adına birtakım hilelere başvurabilecekleri, kovuşturmadan kaçabilecekleri gibi bu tarz kanunların da önleyiciliklerini yitirebilecekleri tehlikesi nedeniyle lehe hüküm içeren sonraki kanunun uygulanmaması gerektiği,<sup>70</sup> bu tarz kanunların, lehe kanun uygulaması mantığına aykırı olduğu çünkü bu dönemdeki kanunların kötü olduğu ya da değiştirilmesi gerektiğinden değil olağanüstü halin kalkması ya da süresinin dolması gibi nedenlerden ötürü yürürlükten kalktığı bu konu hakkındaki tartışmalarda öne sürülen görüşlerdendir. Bu durum da bizi, kanunların yürürlükleri süresince işlenen fiiller için uygulanması gerektiği sonucuna götürmektedir.<sup>71</sup>

5327 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdikten sonra bu tür tartışmalar açıklığa kavuşturulmuştur. Nitekim, 5237 sayılı TCK'nın 7. maddesinin 4. fıkrası ile

<sup>68</sup> Dönmezer, Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku I**, s. 211.

<sup>69</sup> **A.e.**

<sup>70</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 236.

<sup>71</sup> Aksi yöndeki görüşler için bakınız, Tahir Taner, **Ceza Hukuku, Umumi Kısım**, İstanbul, 1953, s. 176.

geçici veya süreli kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edileceği düzenlemiştir. Şu halde, geçici kanun zamanında işlenen bir fiilden ötürü sanık hakkında kanun yürürlükten kalktıktan sonra da uygulanmaya devam edecektir.

Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile hükmün verildiği sırada yürürlükte olan kanun arasında bir süre yürürlükte kalan kanun olan ara kanunlar bakımından ise her üç kanunun fail hakkında farklı hükümler içermeleri durumunda hangi kanunun uygulanacağı sorunu doğmaktadır.<sup>72</sup> Böyle bir durumda suçun işlenmesi ile hükmün verilmesi arasında yürürlüğe girmiş olan kanunlardan hangisinin lehe olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu sadece süreli ve geçici kanunlar bakımından lehe kanunun uygulanması ilkesine istisna getirmektedir. Bu bakımdan ara kanunun failin lehine olması halinde bu kanundan yararlanması sonucu ortaya çıkmaktadır.

## **H. Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Zaman Bakımından Uygulanması**

Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetlemektedir. Anayasa Mahkemesi bu denetimi soyut norm denetimi de denilen, Anayasada belirtilen bazı organların bir kanun aleyhine Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmaları şeklinde olabilmektedir.<sup>73</sup> Somut norm denetimi denilen bir diğer denetim yolu ise bir mahkemede görülmekte olan davanın karar bağlanmasının, o davada kullanılacak bir normun anayasaya uygun olup olmamasına bağlı olması halinde yapılan denetimdir.<sup>74</sup> Anayasa Mahkemesinin bu denetimler sonucu vermiş olduğu kararları kesindir. Bu kararlar Resmi Gazete'de yayınlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Bu

<sup>72</sup> Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 134.

<sup>73</sup> Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 8. baskı, Ankara, Yetkin, 2004, s. 397.

<sup>74</sup> Kıratlı'dan naklen a.e.



duruma “Erga Omnes” etkisi denmektedir. Anayasa Mahkemesi kararının Resmi Gazetede yayınlanması ile iptal edilen norm yürürlükten kalkar.<sup>75</sup>

1982 Anayasası'nın 153. maddesinde iptal kararının geriye yürümezliği ilkesi kabul edilmiştir. Ancak, iptal edilen kanuna dayanarak verilen ve kesinleşen mahkumiyet kararlarının ne olacağı hakkında anayasada bir hüküm bulunmamaktadır. Buna ilişkin bir takım teoriler gerek Türk Hukukunda gerek diğer hukuk sistemlerinde tartışılmıştır.<sup>76</sup> Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi sadece kanun maddesinin anayasaya aykırı olup olmadığını denetleyecektir. İptal ettiği hükmün yerine yeni bir hüküm tesis edemeyecek, daha önce yürürlükte olan kanun da tekrar kendiliğinden geçerli olamayacaktır. Bu noktada, iptal kararlarının o esnada yargılaması yapılmakta olan davadaki sanık hakkında nasıl bir sonuç doğuracağı sorunu gündeme gelmektedir. Bir diğer sorun ise özellikle Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü 1 yıl sonraya ertelenmesi durumunda ortaya çıkacaktır. Bu durum hukuk mahkemeleri açısından daha kolay çözümlenebilecek haldedir ancak tutuklu bulunan sanık hakkında iptal edilen ve halen yürürlüğe girmemiş bir kanunun uygulanması devam edip edilmeyeceği, hakkında hüküm verilip verilmeyeceği açıkça düzenlenmemiştir. Yargılamanın iptal edilen kanuna göre devam etmesi, infaz aşamasında iptalin yürürlüğe girmesi durumunda lehe durumun fail hakkında uygulanmasına gidilecek midir? Bu esnada failin cezasının infaz edilmesi ve sona ermesi gerçekleşirse ne yapılacaktır?

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde karı ve kocanın zina suçları bakımından aynı koşullara bağlı tutulmadığı, suçun unsurları eyleme göre değil sanıkların cinsiyetine göre belirlendiği bunun da 1982 Anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine ters düştüğü nedenleri ile Anayasa Mahkemesi tarafından

---

<sup>75</sup> Gerekli hallerde Anayasa Mahkemesi'nin iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarih kararlaştırılabilir. Ancak bu kararın yayımlandığı günden başlayarak 1 yılı geçmemesi gerekmektedir. Bunda amaç iptal kararının derhal yürürlüğe girmesinden doğabilecek olan hukuki boşluğun tehlike yaratması ve bunu önlemek için yasama organına zaman tanınmasıdır.

<sup>76</sup> Tartışmalar için bakınız, Ülkü Azrak, “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, Anayasa Yargısı, Cilt I, 1984, ( çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/general>, 5 Mayıs 2007.

mülga 765 sayılı TCK'nin 441. maddesi iptal edilmiştir ve ortada hukuki boşluk doğacağı endişesi ile kararın yürürlük tarihi 1 yıl sonraya ertelenmiştir.<sup>77</sup> Bu dönemde, yürürlük tarihinden önce işlenen suçlar bakımından durumun ne olacağı tartışma konusu olmuştur. 5. C.D., 9.3.1998 tarih ve E. 1998/82, K. 1998/854 sayılı kararında Yargıtay'a göre, iptal edilen kanunun ilga edilen kanun gibi olduğunu, her ne kadar iptal kararlarının geriye yürümeyeceği esasına aykırı olsa da bu TCK'nın 2. maddesindeki genel kuralın sanıklar yararına uygulanması gerekmektedir. Yürürlük tarihinin 1 yıl sonraya ertelenmesinin amacı yasama organına aynı konuda iptal kararının gerekçesine uygun olarak yeni bir düzenleme yapması için imkan tanımak ve hukuki boşluk yaratmamaktır. Bu durum, yargı mercilerine bakmakta oldukları davalarda hukuka ve Anayasaya aykırı olan ve iptal edilen kuralların uygulanması ve uyuşmazlıkların da bunlara göre çözümlenmesi anlamını taşımamaktadır. Anayasanın 153. maddesinde yer alan geriye yürümezlik kuralı kazanılmış hakların ortadan kaldırılmaması ve hukuki işlemlerin geçerliliğini koruması gerekçesi ile kabul edilmiştir. Ancak suç hukuksal işlem olmadığından korunacak bir hak da yoktur. Bu nedenle iptal kararlarının kanun koyucu bir ceza hükmünü ortadan kaldırıyormuş gibi geçmişe etkili olmalıdır.<sup>78</sup>

Yargıtay, bu görüşünün doktrinde ve uygulamada benimsendiği Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 9.9.1968 tarih, 3-485/248 ve 11.10.1971 tarih ve 3-572/325 sayılı kararlarını örnek göstermektedir. Bu kararlarda genel hukuk kurallarına göre aleyhe sonuç doğuran iptallerin geriye yürümemesi gerektiğini; iptalin lehe olması durumunda ise ilgililerin iptalden önceki durumlara ilişkin konular hakkında Anayasa Mahkemesi kararlarına dayanarak her zaman hak iddia edebilecekleri belirtilmiştir.

---

<sup>77</sup> Karar metni için bakınız 23.9.1996 tarih, 1996/15 E., 1996/34 K. sayılı kararı. (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr>. Karar 27.12.1996 tarih 22860 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

<sup>78</sup> Karar metni için bakınız: [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 4 Haziran 2007.

## V. YÜRÜTME ORGANININ DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ İLE SUÇ VE CEZA YARATILMASI

### A. Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri

#### 1. Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi

Yürütme organı, özel, somut, bireysel işlemler yapabileceği gibi düzenleyici işlemler yapma yetkisine de sahiptir. Genel, soyut, kişisel olmayan ve uyulması zorunlu olan düzenleyici işlemler kanun olabileceği gibi kanun hükmünde kararname (KHK), tüzük, yönetmelik, kararname şeklinde de olabilmektedir.<sup>79</sup> “Karmaşıklaşmış, uzmanlaşmış ve çok geniş alanlara yayılmış”<sup>80</sup> devlet düzenlerinde bir takım alanlarda her kuralın yasama organı tarafından konulamaması ya da geç konulması mümkün olabilmektedir. Ekonomik ve sosyal düzenin işleyişi, yürütme organının düzenleyici işlem yapması ve uygulamasını zorunlu hale getirebilmektedir. Yasama organının yavaş işleyen mekanizmasının koyduğu kuralların, kamu hizmetine egemen olan esas ve usullere uydurulması zamanla zorlaşmaktadır.<sup>81</sup> Gerek yasama organının ağır işleyişi gerek çalışma koşulları gerekse uzmanlık gerektiren konuların varlığı günümüzde yürütmeye genel düzenleyici işlemler yapma yetkisinin verilmesine bir gerekçe olmaktadır. Yasama organının, bazı konuları kanun ile düzenlemekten çekindiği de görülmektedir. Örneğin, bazı hükümler, bireylere sosyal hayatta ağır fedakarlıklar yüklenmelerini öngörebilmektedir. Bu gibi durumlarda yürütme organının düzenleyici işlem yapma yetkisine sahip olabileceği kabul edilmektedir.<sup>82</sup> Sosyal devlet anlayışı çerçevesinde birtakım gereklilikler ve mesleki zorluklar da yürütme organının düzenleyici işlem yapması gereğini ortaya

<sup>79</sup> Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, İstanbul, Beta , 1996, s. 5.

<sup>80</sup> Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 8.baskı, Yetkin, Ankara, 2004, s.229.

<sup>81</sup> Ali Kemal Yıldız, “**Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç Ve Ceza Yaratması**”, Çetin Özek Armağanı, Haziran, 2004, İstanbul, s.1036.

<sup>82</sup> Duygun Yarsuvat, “**Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası**”, **İÜHFİM**, C. 29, s. 1-2, 1963, s. 542.

koymaktadır.<sup>83</sup> Bu gerekçelere bağlı olarak, yasama organı, yürütme organına, belirlediği çerçeve dahilinde, kanuna bağlı ve kanundan kaynaklanan tamamlayıcı düzenleme yetkisini vermektedir. 1924 Anayasası döneminden başlayarak, kanunlar tarafından, yürütme organına sadece belli konularda düzenleme yetkisi tanınmamıştır. Bunun yanı sıra bu düzenlemelerde yer alan fiillere aykırı davranışlar da suç olarak ihdas edilmiş, bu düzenlemedeki davranışlara uymayanların cezalandırılacağı ifade edilmiştir.<sup>84</sup> Doktrinde bu tür hükümlere çerçeve kanun veya beyaz hüküm denmektedir.<sup>85</sup> Çerçeve kanunlar, maddi anlamda ceza kanunu olarak ifade edilmiş<sup>86</sup>, bunlar vasıtasıyla suç konulması, acil gerekli tedbirlerin hemen alınması, kaldırılması, değiştirilmesi gibi ihtiyaçlara derhal cevap vermek adına kullanılmasının gerekli görüldüğü savunulmuştur.<sup>87</sup> Yürütme organının, düzenleme yetkisi sadece yasama organı tarafından verilen yetkiye dayanmamaktadır. Bu yetki, gerek anayasaların ilgili maddelerinden kaynaklanmakta gerekse yürütme kendi takdir yetkisi dahilinde de kullanabilmektedir.<sup>88</sup>

## 2. Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerinin Çeşitleri

1924 ve 1961 Anayasalarının yanı sıra 1982 Anayasası da yürütme organına genel, objektif, kişilik dışı, hukuk kuralları koyma yetkisi vermiştir.<sup>89</sup> Bu yetkiyi yürütme KHK, tüzük, yönetmelik ve kararnameler ile kullanmaktadır. 1982 Anayasası'nın 115. maddesinde düzenlenen tüzükler<sup>90</sup>, kanunun uygulanmasını göstermek ve emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelemesinden geçirmek şartıyla çıkarılabilirler. Tüzükler, Bakanlar

---

<sup>83</sup> Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, s. 20; Doğan Soyaslan, **Yürütme Organının Suç Ve Ceza Koyma Yetkisi**, Ankara, Kazancı, 1990, s. 45.

<sup>84</sup> Öztekin Tosun, "Yürütme Organının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması", **İÜHFİM**, Cilt XXVIII, Sayı 1-4, 1962, s. 353.

<sup>85</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku.**, s. 95.

<sup>86</sup> Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 62.

<sup>87</sup> Ersan Şen, **Çevre Ceza Hukuku**, İstanbul, Kazancı, 1994, s.99.

<sup>88</sup> Turan Güneş, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara, Sevin, 1965, s. 88; Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, s.21,22.

<sup>89</sup> Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku.**, 8. bs., Ankara, Yetkin, 2005, s. 230.

<sup>90</sup> 1961 Anayasası tüzükleri 107. maddesinde düzenlemiştir.

Kurulu tarafından çıkartılabilmektedir. Cumhurbaşkanı tarafından imzalanan ve kanunlar gibi yayınlanan tüzükler, hukuka aykırılıkları Danıştay'ın yargısal denetimine tabi olan düzenleyici işlemlerdir.<sup>91</sup>

1982 Anayasası 124. maddesi ile<sup>92</sup>, başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerine, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarma yetkisi tanınmıştır. Yönetmeliklerin de tüzükler gibi hukuka aykırılıkları Danıştay'ın yargısal denetimi içersindedir.<sup>93</sup>

1961 Anayasası döneminde 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı kanunla anayasanın 64. maddesinde getirilen değişiklik sonucu kanun hükmünde kararnameler Türk hukuk sistemine girmiştir. 1982 Anayasası 91. maddesi ile Türkiye Büyük Millet Meclisine Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkartma yetkisi verilmesini düzenlemiştir.<sup>94</sup> 1982 Anayasası sadece 91. maddesinde

---

<sup>91</sup>Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 65; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 8. bs., İstanbul, Beta, 2006, s.384; Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 247; Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, s. 31.

<sup>92</sup> 1961 Anayasası yönetmelik çıkarma yetkisini 113. maddesinde tanımıştır.

<sup>93</sup> Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 67; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, s.387; Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 248; Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, s. 35.

<sup>94</sup> “1924 Anayasası ve 1961 Anayasasının ilk şeklinde yer almayan KHK, 1876 tarihli Kanuni Esasi’de yer aldığı doktrinde ifade edilen bir görüştür. Buna göre, 36. maddede Maclis-i Umumi’nin toplanık olmadığı zamanlarda devleti bir tehlike veya genel güvenliği bozulmadan korumak için zorunluluk belirdiği ve bu konuda çıkarılmasına lüzum görülecek kanunun görüşülmesi için meclisin toplantıya çağırılmasına süre elverişli olmadığı takdirde, Kanun-i Esasi hükümlerine aykırı olmamak şartıyla, Bakanlar Kurulu padişah onayıyla, Heyet-i Mebusan’ın toplanıp vereceği karara kadar geçerli olmak üzere kanun hüküm ve kuvvetinde kararnameler çıkarabilirdi.” Ergun Özbudun, “1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler”, **Anayasa Yargısı**, Cilt 2, 1985, s. 227. KHK’nın yasama işlemi olup olmadığı konusu doktrinde tartışılan bir durum olmuştur. Lütfi Duran’a göre, bu ne bir yasama yetkisinin devri ne de yasal maddelerin düzenleme alanının aktarılmasıdır. Ancak Ergun Özbudun, KHK ile yürürlükteki kanun maddesinin değiştirilebilmesi, kaldırılabilmesi yani kanunun hukuki gücüne sahip lmasının KHK’nın maddi bakımdan yasama yetkisi olarak sınıflandırılması için yeterli olduğu görüşündedir. Tartışmalar için bakınız: Lütfi Duran, “Kanun Hükmünde Kararname”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 8, Sayı 2, 1975, s.4 vd., Özbudun, **1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler**, s.228 vd. Madde gerekçesi şu şekildedir: “parlamente rejimlerde, kanun yapmanın belgeli usullere uyulmak zorunluluğu sebebiyle zaman aldığı ve gecikmeler meydana getirdiği gerçektir. Değişen iktisadi ve sosyal şartların gereği olarak

değil 87. maddesinde de KHK çıkarma yetkisinden bahsetmektedir.<sup>95</sup> 1982 Anayasası döneminde, yetki kanununa dayanılarak Bakanlar Kurulunun yürürlükteki kanun maddelerini değiştirme yetkisinin yanı sıra daha önce kanunla düzenlenmemiş bir alanın KHK ile düzenlenebilmesi olanağı bulunmaktadır.<sup>96</sup> KHK çıkarma yetkisinin sınırları da yine anayasanın ilgili maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre, T.B.M.M. tarafından verilen KHK çıkarma yetkisi yetki kanununa dayanmak zorundadır.<sup>97</sup> Bu yetki kanununun da birtakım özellikler içermesi gerekmektedir. Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını göstermelidir. Kanun hükmünde kararnameler Resmi Gazetede yayınlanmalarından başlayarak 60 gün içinde Anayasaya aykırılığı iddiası ile doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesi'nde iptal davasına konu olabilecektir. Kanun hükmünde kararnamelerin dava mahkemelerinde itiraz yolu ile Anayasaya aykırılıkları ileri sürülebilmektedir.<sup>98</sup>

Bir diğer anayasal sınırlama temel hak ve ödevlerin KHK ile düzenlenemeyeceği sınırdır. Buna göre, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hak ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler KHK ile düzenlenemeyecektir. Buna karşılık sosyal ve ekonomik hak ve ödevler KHK'ların düzenleme alanına girmektedir.<sup>99, 100</sup>. Yasama

---

bazı hukuk kurallarının bu usuller dışında yürürlüğe konulabilmesi çağdaş devlet anlayışının tabii sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasanın 5. maddesi hükmünün prensibini bozmak ve herhalde önceden yasama meclislerince esasları bir kanunla tespit olunan sınırlar içersinde kalmak kaydıyla hükümete KHK'ler çıkarma yetkisinin verilmesi ve bu yetkiyi düzenleyen hükmün TBMM'nin genel olarak görev ve yetkilerini belirleyen 64. maddesine eklenmesi uygun görülmüştür.”

<sup>95</sup> 87. maddede, TBMM görev ve yetkilerinden birisinin bakanlar kuruluna belli konularda KHK çıkarma yetkisi vermek olduğu ifade edilmiştir.

<sup>96</sup> Teziç, **Anayasa Hukuku**, İstanbul, Beta, 10. baskı, 2005, s. 30.

<sup>97</sup> 1961 Anayasası “belli konularda” ibaresine yer vermişken 1982 Anayasasında bu ibare çıkartılmıştır. Ancak, bununla birlikte, yetki kanununun amaç, kapsam ve ilkeleri göstermek zorunda oluşu bu yetkinin somutlaştırılmış ve belli bir alandaki düzenleme için verilmiş olduğu anlamına gelmektedir.<sup>97</sup> Özbudun, **1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler**, s. 231.

<sup>98</sup> T.C. 1982 Anayasası 152. maddesi.

<sup>99</sup> Kanun hükmünde kararnamelerin, yetki kanununa dayanması, resmi gazetede yayınlandıkları gün TBMM onayına sunulması ve parlamento tarafından gerek reddedilmesi gerek değiştirilerek de onaylanabilmesinin yani son sözün TBMM'de olmasının, KHK'ların aslında kanun değerinde olduğunu gösterdiği doktrinde savunulan bir görüştür. Meclisin onayından geçen KHK'nın denetimi

organı düzenlenemeyecek konular hakkında bakanlar kuruluna yetki kanunu ile yetki veremez. 1982 Anayasasının, böyle bir yetkinin verilmesini yasaklamış olması ile birlikte, gerek bu yasağa uyup uymama gerekse 91. maddedeki diğer şartlara uyup uymama bakımından yargısal denetim yolunu da 148., 150., 151. ve 152. maddeleri ile açmaktadır.

Olağanüstü dönemde çıkartılan Kanun Hükmünde Kararnameler ise bir yetki kanununa dayanmamaktadırlar. Bu dönemde çıkartılan KHK'ler doğrudan Anayasadan kaynaklanan asli düzenleme yetkisi ile düzenlenmektedirler.<sup>101</sup> Olağanüstü dönemlerde çıkarılan KHK'ler Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından, olağanüstü hal süresince ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilirler.<sup>102</sup> Bu dönemde çıkarılan KHK'ler ile temel hak ve özgürlüklerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilecektir. Veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilecektir.<sup>103</sup>

Olağanüstü hal ve sıkıyönetim hallerinde çıkartılan KHK'lerin yargısal denetim usulü de farklıdır. 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenlediği 148. maddesinde açıkça olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluğunun denetlenemeyeceğini ifade etmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluk denetimi kapsamında önüne getirilen düzenlemenin

---

bakımından yetkinin Anayasa Mahkemesi'nde oluşu bunun artık kanun sayılması gerektiği de belirtilmektedir. Açıklamalar için bakınız: Soyaslan, **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, s. 94vd.

<sup>100</sup> Anayasa Mahkemesi, KHK ile düzenleme imkanının sıklıkla kullanılması karşısında anayasada açıkça yer almayan birtakım sınırlamalar da getirmiştir. Buna göre, ivedilik gereken konularda kısa süreli yetki kanunları kapsamında ve zorunlu düzenlemeler gereken durumlarda KHK ile düzenlemeye gidilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 32vd.

<sup>101</sup> Teziç, **Anayasa Hukuku**, s.35.

<sup>102</sup> T.C. 1982 Anayasası 121. maddesi.

<sup>103</sup> T.C. 1982 Anayasası 15. maddesi. Bununla birlikte madde metninde milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi ve ölçülülük ilkesine uyulması gerektiği de düzenlenmiştir. Kanun hükmünde kararnameler için ayrıca bkz: Christian Rumpf, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, Çev. Burak Oder, Ankara, 1995, 85.

hukuksal nitelemesini, denetlenmesi istenilen düzenlemenin adı ile bağılı kalmaksızın yapmak zorundadır.<sup>104</sup>,<sup>105</sup>.

## B. Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç Yaratması

### 1. Genel Olarak

1924 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde, yürütmenin düzenleyici işlemleri ile suç ihdası konusu ciddi anlamda tartışılmamış, bu yetkiye sahip olduğu kabul edilmiştir<sup>106</sup>. 1924 Anayasasında kanunilik ilkesi açık bir biçimde yer almamakla birlikte, anayasada yer alan bazı maddelerin ifadelerinden bu ilkenin olduğu da ileri sürülmektedir.<sup>107</sup> 1961 Anayasası ilk defa 33. maddesi ile ilkeyi kabul etmiştir. Bu madde uyarınca “ kimse işlediği zaman yürürlükte olan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.” 1982 Anayasası da 38. maddesi ile suçta ve cezada kanunilik ilkesini açıkça düzenlemiştir. 1961 Anayasası 5. maddesi, 1982 Anayasası 7. maddesi ile yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisinin olduğunu ve bunun devredilemeyeceğini benimsemiş olmasına rağmen yürütmenin kanunların verdiği yetkiye dayanarak ve gösterdiği sınırlar çerçevesinde suç yaratma yetkisinin olup olmadığı tartışma konusu olmuştur.<sup>108</sup> Bu konuda iki farklı görüş ortaya çıkmıştır.

---

<sup>104</sup> Ömer İzgi/ Zafer Gören, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu**, C.2, Ankara, TBMM, 2002, s. 1057.

<sup>105</sup> Olağanüstü dönemlerde çıkartılan KHK’lerin Anayasa Mahkemesi tarafından yargısal denetime tabi tutulmaması gerek insan haklarına saygılı hukuk devletine gerekse 1982 Anayasasında belirtilen güvenceye zarar verebilecek bir durum yaratmaktadır. Eran Şen, **Türk Ceza Hukuku- Suçun Genel Esasları ve Unsurları**, İstanbul, Der, 2002, s. 60 v.d.

<sup>106</sup> Sahir Erman, **Sosyal Ve Ticari Ceza Tatbikatı Dersleri**, İstanbul, Özel İktisadi ve Ticari İlimler Yüksek Okulu Yayınları:17, 1967, s. 12.

<sup>107</sup> Duygun Yarsuvat, “Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası”, **İÜHFİM**, C. 29, s. 1-2, 1963, s. 551. Yazar tarafından 1924 Anayasası 68. maddesinde yer alan “ hukuku tabiyeden olan herkes için hududu başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tesbit ve tayin edilir.” ifadeleri suçta kanuniliği; 73. maddede yer alan “ işkence, eziyet, müsadere ve angarya memnurdur.” hükmünün ise cezada kanuniliği ifade ettiği kabul edilmektedir. Ayrıca, 1924 Anayasası 85. maddesinde yer alan vergilerin ancak bir kanunla konulabileceğine ilişkin hükmün sadece vergilerde kanuniliği ifade ettiğini suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin olmadığı da yazar tarafından ifade edilmektedir.

<sup>108</sup> Dönmezer/Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku I**, s. 147.



### a. Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç Yaratmasını Kabul Eden Görüş

Bu görüşü savunanlar özellikle Anayasa Mahkemesinin Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanununa ilişkin kararında yer alan gerekçelerden hareketle zamanın gereklerine göre yasama organının sık sık önlemler almasının, bunları kaldırmasının değiştirmesinin ve günlük olayları izlemesinin çok zor olduğunu bu nedenle de yasama organının düzenlenecek konu hakkında esaslı hükümleri saptadıktan sonra ayrıntıları düzenlemeyi hükümete bırakabileceğini ifade etmektedirler.<sup>109</sup> Kanunda verilen bir yetkiye dayanarak kanun tarafından gösterilen alanda ve belirlenen cezalar dahilinde yürütme organına suç ihdası yaratmasının modern devlet hayatında bir ihtiyaç olduğu da bu görüşte olanlar tarafından öne sürülen gerekçelerdendir.<sup>110</sup> Derhal müdahale gerektiren durumlarda parlamentonun yavaş işleyen sistemi karşısında toplumun ihtiyaçlarının gerektiği gibi sağlanması, toplum hayatını yakından takip eden ve biran önce kararname çıkartabilme imkanına sahip olan yürütme organına bu konuda yetki verilmelidir.<sup>111</sup> Bunun yanı sıra kanunun verdiği yetkiye dayanarak emir veren idari organın yaptığıın kanun koyucu gibi hareket edip suç ihdas etmek değil, kanunla ihdas edilen suçun maddi unsurunun açıkça belirtilmesi, suçun çerçevesini doldurması anlamına gelmektedir.<sup>112</sup> Ayrıca anayasa koyucusunun 1924 Anayasası dönemindeki uygulamayı bilmesine rağmen 1961 ile 1982 anayasalarındaki yürütme organının düzenleme yetkisini değiştirmemesi bu konudaki uygulamayı değiştirmek istememesinden ileri gelmektedir<sup>113</sup>. Ayrıca 1961 Anayasasının 33. maddesi ceza ve ceza tedbirleri ancak kanunla konular ifadelerini kullanarak cezaların kanuniliğini kabul etmiş, ancak suçların kesin bir biçimde kanunlar vasıtasıyla düzenleneceğini açıkça ifade etmemiştir.<sup>114</sup> Suçların konu, amaç ve karşılığında verilecek cezaların kanunda

<sup>109</sup> Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri I*, s. 70.

<sup>110</sup> Dönmezer/ Erman, *Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku I*, s. 148.

<sup>111</sup> Yıldız, *Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç Ve Ceza Yaratması*, s. 1043.

<sup>112</sup> Feyyaz Gölcüklü, "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki", *AÜSBFD*, C. 18, No. 1, 1963, s. 123.

<sup>113</sup> Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri I*, s. 70.

<sup>114</sup> Tosun, *Suç Hukuku Dersleri*, s.350.

belirtilmiş olmasının ne yasama yetkisinin anayasaya aykırı şekilde yürütmeye devredildiği ne de yürütme organının kanunsuz suç yaratması anlamına gelmediği de bu görüşe taraftar olan yazarlar tarafından savunulmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, hakimin kanunda belirtilen sınırlar içinde somut olayda ceza miktarını belirlemesi nasıl ki ilkeye aykırılık teşkil etmiyorsa kanun koyucunun gösterdiği cezalar dahilinde yürütme organının sınırları belli bir konuda birtakım fiilleri suç olarak nitelendirmesi de ilkeye aykırılık teşkil etmemektedir.<sup>115</sup> Bir diğer görüşe göre, anayasalarda geçen kanun ifadesinden suçun bütün unsurlarının kanunda gösterileceği ifadesinin çıkarılmaması gerektiği, “kanun” ifadesinin, yürütme organına, kanunun belli ettiği sınırlar içerisinde suçları gösterme yetkisi verildiğinde bunun kanunilik ilkesini ihlal etmeyeceğini belirtmiştir.<sup>116</sup> Bununla birlikte 1982 Anayasası 38. maddesinin gerekçesinde yer alan ifadelerin, kanun koyucu tarafından çerçeve kanun düzenlemesinin ilkeye aykırılık sayılmayacağı yönünde olması bu fikri benimseyen yazarlar tarafından belirtilmektedir.<sup>117</sup> Yürütme organının düzenleyici işlemleri ile suç ihdas edebileceği görüşündeki yazarlar, bu yetkinin ancak yetki kanunu ile verilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Yetki kanunu ile yürütmenin hangi fiillerin suç teşkil edeceğinin belirlenmesi konusunda açıkça yetkilendirilmiş olması gerekmektedir.<sup>118</sup> Bu yetkinin sınırlarının yürütme organı tarafından aşılması gerekmektedir.<sup>119</sup> Yürütme organı tarafından belirlenen ve suç teşkil edecek fiillerin karşılığı olan cezaların yetki kanununda açıkça belirlenmiş olması gerekmektedir.<sup>120</sup> Anayasa Mahkemesi, özellikle 1960 yıllarında vermiş olduğu kararlarda suçta ve cezada kanunilik ilkesini suçun ve cezanın ne olduğunun önceden bilinmesi ve bu bağlamda ilanı olarak yorumlamış, asıl önemli olan suçların

---

<sup>115</sup> A.e., s. 71.

<sup>116</sup> Dönmezer/Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku I**, s. 150.

<sup>117</sup> Gerekçede “... bu hükme göre suç ve cezalar ve güvenlik tedbirleri ancak yasama tasarruflarıyla konulabilecektir. Keza, gene bu kural uyarınca, kanunun suç olarak öngörmediği ve ceza koymadığı bir fiil sebebiyle de kimse cezalandırılmayacaktır. Bu hüküm, kanun koyucunun, “açık ceza hükmü” koymasına; yani “fiili” bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir. Mesela Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanunun yaptığı gibi; bu gibi hallerde ne yasama yetkisi devredilmiş ne de “ kanunsuz suç olmaz” ilkesi ihlal edilmiştir.” İfadelerine yer verilmiştir. Burhan Kuzu, **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, 1997, s. 65.

<sup>118</sup> Sahir Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, İstanbul, 1976, s. 14.

<sup>119</sup> A.e.

<sup>120</sup> A.e.

belirlenmesinin yürütme organının keyfiyetine bırakılmaması ve bunların yasama organı tarafından belirlenmesi olduğu şeklinde yorumlamamıştır.<sup>121</sup>

## **b. Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç Yaratmasını Kabul Etmeyen Görüş**

Bu görüşü kabul etmeyen yazarlara göre, her şeyden önce 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası bu yetkiyi açıkça reddetmektedir. Bu hem kanunilik ilkesine hem de yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırıdır. Yasama organının yavaş işleyişi, ticaret hayatındaki ve ekonomik-sosyal hayattaki hızlı gelişmeler, bir fiilin suç olarak düzenlenmesinin yürütme organına bırakılmasına gerekçe olmamalıdır. Bu şekilde yürütme organına suç yaratma imkanının verilmesi kişi hak ve özgürlükleri bakımından güvencesiz bir ortam oluşturmaktadır.<sup>122</sup> Anayasa mahkemesi'nin kararında belirttiği gibi, yasamanın yavaş işlediği ve derhal düzenleme gereken konularda yetersiz kaldığı gerekçesi karşısında bunun kabulü halinde yürütmenin kanun koyucu sayılması tehlikesinin olduğu, yasama ağır işlese dahi özellikle suç haline getirilecek fiiller bakımından tartışma ve görüşmeler sonucu alınacak kararların daha sağlıklı ve etkin olacağı savunulmaktadır.<sup>123</sup> Bilinmektedir ki yasama organının kanunları yapan tek organ olması ilkesi fertlerin hak ve hürriyetleri için en önemli güvencedir. Uzun bir süreç sonunda ortaya çıkan bu ilkeden yasama organının yavaş çalıştığı ve iktisadi konuların hızlı geliştiği gerekçesiyle taviz verilmesi ilkeye yüklenen anlamı sarsmak demek olacaktır.<sup>124</sup> Para basmak, genel af ilan etmek, uluslararası sözleşmeleri onaylamak gibi yetkileri yasama organı yürütmeye nasıl devretmiyorsa, suç ihdas etme yetkisini de yürütme organına devretmemesi gerektiği de bu görüşü savunan yazarlar tarafından ifade

---

<sup>121</sup> Anayasa Mahkemesi 10.12.1962 tarih 1962/198 E., 1962/111 K. sayılı kararı. Ersan Şen, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku**, İstanbul, 1998, s.24.

<sup>122</sup> Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 57; Yıldız, **Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç Ve Ceza Yaratması**", s.1046.

<sup>123</sup> İçel/Donay, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 113.

<sup>124</sup> A.e.

edilmektedir.<sup>125</sup> Ayrıca, kanunilik ilkesi ile belirtmek istenen sadece suç ve cezaların neler olduğunun önceden kişiler tarafından bilinmesi değildir. İlkenin asıl amacı, siyasi organlar karşısında kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması için suç ve cezaları belirleme yetkisinin yasama organına ait olması ve ancak bu organın çıkardığı kanunlarda belirtilen suç ve cezalardan dolayı sorumlu olmasıdır.<sup>126</sup>

Yürütme organının düzenleyici işlemlerle suç yaratması düşüncesi 1982 Anayasasının 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi ile de çelişmektedir.

## **2. Anayasa Mahkemesi Ve Yargıtay'ın Görüşü**

### **a. Anayasa Mahkemesi'nin Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç Yaratmasının Mümkün Olduğunu Kabul Ettiği Kararları**

1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde çıkartılan 20 Şubat 1930 tarih ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu, 1. maddesi<sup>127</sup> ile Bakanlar Kuruluna Türk parasının değerinin korunması amacıyla bazı önlemler alma yetkisi tanımıştır. Yine aynı kanunun 3/a<sup>128</sup> maddesi ile Bakanlar Kurulunun Türk parasının kıymetini koruma amacıyla çıkaracağı kararnamelere aykırı hareket edenlerin para cezası ile cezalandırılacağını belirtilmiştir. 1961 Anayasasının

---

<sup>125</sup> Sahir Erman, **Sosyal ve Ticari Ceza Tatbikatı**, İstanbul, 1967, s. 12.

<sup>126</sup> Şen, **Çevre Ceza Hukuku**, s. 102.

<sup>127</sup> Madde metni şu şekildedir (93/4143 sayılı Kararla değişik)Türk parasının kıymetini korumak amacıyla, Türk parasının yabancı paralar karşısındaki değerinin belirlenmesine, döviz ve dövizi temsil eden belgelere (menkul değerler ve diğer sermaye piyasası araçları dahil) ilişkin tüm işlemler ile dövizlerin tasarruf ve idaresine, Türk parası ve Türk parasını temsil eden belgelerin (menkul değerler ve diğer sermaye piyasası araçları dahil) ithal ve ihracata, kıymetli maden, taş ve eşyalara ilişkin işlemlere, prim tahsili suretiyle bedelsiz ithal izni vermeye, ihracata, ithalata, özelliği olan ihracat ve ithalata, görünmeyen işlemlere, sermaye hareketlerine ilişkin kambiyo işlemlerine ait düzenleyici, sınırlayıcı esaslar bu karar ile tayin ve tesbit edilmiştir.

<sup>128</sup> (Değişik ilk paragraf: 30/07/2003 - 4961 S.K./1. md.) Bakanlar Kurulunca 1 inci maddeye göre alınan kararlara aykırı hareket eden veya bu kararlarda belirlenen yükümlülüklerini yerine getirmeyen gerçek ve tüzel kişiler ikimilyar liradan yirmibeşmilyar liraya kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

yürürlülüğe girmesinin ardından Ankara 3. Asliye Ceza Mahkemesi, kanunun ve tadillerinin 1961 Anayasasının 33. maddesine aykırı olduğu itirazında bulunmuştur ve iptal davası açılmıştır.<sup>129</sup> Anayasa Mahkemesi, kanunun verdiği yetki çerçevesinde yürütme organının düzenleyici işlem yapabileceğini kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi gerekçesinde, yasama organının, kanun yapma yetkisini başka ellere bırakamayacağını herhangi bir alanı Anayasaya uygun olmak şartı ile düzenleyebileceğini belirtmiştir. Ancak, yasama organının, bu düzenlemede bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak ayrıntılara ilişkin hükümleri de belirlemek yetkisine sahip olsa da zamanın gereklerine göre sık sık tedbirler alınması veya alınan tedbirlerin kaldırılması ve yerine göre tekrar konulması gerektiği durumlarda, yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler almasının güçlüğü karşısında esaslı hükümleri belirledikten sonra teknik ve mesleki bilgi gerektiren konuların düzenlenmesi için hükümeti yetkilendirmesi yasama yetkisinin kullanılması olarak kabul edilmiştir.<sup>130</sup> Anayasa Mahkemesi tarafından, 1567 sayılı kanunun gerektirici sebebi olarak, ülkenin iktisadi zorluk içinde olması, ithalât ile ihracat arasındaki dengesizlik sebebi ile Türk parasının değerinin düşmesi karşısında devletin müdahale zorunluluğunun doğduğu ve çok akıcı ve hareketli durumlara karşı konulması için alınacak tedbirlerin ve kontrol sisteminin tümünü bir kanun içine almanın mümkün olamayacağından bahisle hükümete yetki tanınması gösterilmiştir.<sup>131</sup> Aynı kanunun 3. maddesine ilişkin olarak yapılan itiraz hakkında ise suçun kanunî unsurunun "İcra Vekilleri

---

<sup>129</sup> Anayasa Mahkemesinin 28.3.1983 tarih, 4/1963 E., 71/1963 K. sayılı kararı. A.M.K.D. sayı 1, s. 132. Ayrıca Karar metni için bakınız: (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite>. 12 Mayıs 2007.

<sup>130</sup> Anayasa Mahkemesi 1997/53 E., 1998/62 K. 8.10.1998 tarihli kararında da 1567 sayılı kanunun 3/a maddesinin aynı gerekçeler ile anayasaya aykırı olmadığını beyan etmiştir. Karar metni için bakınız: (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite>. 24 Mayıs 2007.

<sup>131</sup> Anayasa Mahkemesi kararında, "İktisat kanunlarının kabul ettiği esaslara göre yürütülecek olan ve bunun dışına çıkıldığı takdirde memleketi büyük malî zararlara uğratacağı şüphesiz bulunan ve teknik konuları kapsayan ve geciktirmeden zamanında tedbirler alınması ve icabında derhal kaldırılması ve değiştirilmesi gereken bu alanın, kanun koyucu tarafından doğrudan doğruya düzenlenmesi bazı sakıncalar doğurabilir. Çünkü, yukarıda da söylendiği gibi yasama organlarının yapısı itibarıyla günlük olayları izleyememesi ve ağır işlemesi yüzünden bunun zamanında sağlanması mümkün olamaz. Bu sebeptir ki, kanun koyucu düzenleme alanının esaslarını tespit ve amacı tâyin ettikten sonra alınacak tedbirlerin ihtiyaca uygunluğunu sağlamak üzere yürütme organını görevlendirmiş ve bu görevin gerektirdiği tasarruflarda bulunmak yetkisini vermek suretiyle yasama yetkisini bu yolda, kullanmayı uygun bulmuştur" ifadeleri ile düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir.

Heyetinin" 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı harekette bulunmak olduğunu, bu nedenle suçun ne olduğu kanunla belirtildiğini, ayrıca Bakanlar Kurulu kararlarının Resmi Gazetede ilan edilmesi ile yasaklanan fiillerin herkes tarafından duyulması sağlanmakla ve ceza da kanunla gösterilmekte olduğundan düzenlemenin bu açıdan da anayasaya aykırı olmadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı doktrinde eleştiriye uğramıştır. Karar ve tebliğlerin Resmi Gazetede yayınlanması ve ayrıca mahallerde ilan edilmesi kanunilik prensibinin tek unsusu değildir. Kararı eleştiren yazarlara göre<sup>132</sup> yasama organı Bakanlar Kuruluna sadece teferruata ilişkin hükümler koyma yetkisi tanımamış, bu amaçla hangi hareketlerin suç oluşturacağını belirleme yetkisi vermiştir ve karar anayasaya aykırıdır. Düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığı yönünde bir savunma yapmak kanaatimizce çok zorlama bir yorum olmuştur. 1961 Anayasası 33. maddesi ile suçta ve cezada kanunilik ilkesi açık bir biçimde kabul edilmiştir. Yargıtay, Türk parasının kıymetini korumaya yönelik çıkartılan tebliğlere göre suç sayılan fiillerin daha sonra yayınlanan tebliğlerde suç kapsamından çıkartılması durumunda failin lehine olan durumun uygulanacağı yönünde karar vermiştir.<sup>133</sup> Yargıtay birçok kararında bu kanuna dayanılarak çıkartılan tebliğleri ceza hukuku normu olarak yorumlamış ve bu yönde karar vermiştir.<sup>134</sup>

10.6.1030 tarih ve 1705 sayılı Ticarete Tağışın Men'i Ve İhracatın Murakabesi ve Korunması Hakkında Kanun 1. maddesinde ticari menfaati korumak ve ticaret malları üzerinde tağış ve hileleri engellemek amacıyla Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na tedbir alma yetkisi verilmiştir.<sup>135</sup> Kanun 6. maddesi ile bakanlık

---

<sup>132</sup> Bu yöndeki eleştirmenlerin başında Nurullah Kunter, Sahir Erman gelmektedir. Kararın anayasaya aykırı olmadığı görüşünü savunan yazarlar ve görüşleri için bakınız: Soyaslan, **Yürütme organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, s. 73.

<sup>133</sup> Yargıtay Genel Kurulu 4.12.1961, 126/126. Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, s. 26

<sup>134</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu 18. 2. 1980 tarih, 1979/7-563 E., 1980/ 67 K. ; Yargıtay 7. Ceza Dairesi 16.6.1980 tarih, 1980/2668 E. 1980/2876 K. sayılı kararları bunlara örnek olarak gösterilebilir. Karar metinleri için bakınız Yargıtay Kararları Dergisi, C. 6-7, Nisan 1980, Nisan 1981, s. 4.

<sup>135</sup> Değişik madde: 04/07/1988 - KHK -336/1 md; Aynen kabul: 07/02/1990-3612/12 md.)

Gıda Maddeleri hariç olmak üzere dahili ve harici ticaret menfaatlarını korumak ve ticaret malları üzerinde tağış ve hilelere mani olmak üzere menşei nebati, hayvani, madeni bilimum mevat ile bunların nim mamul ve mamullerini veyahut bunların terkiibinden husule gelen mevaddın ihrazına, imaline, tathirine muayyen sınıf ve nevilere tefrikına, ambalajlarına, zarflarına, alım satım ve nakil ve muhafazalarına ve bu hususlarda tabi olacakları usul ve şartlara ve bu gibi mevat için hususi veya

tarafından alınan kararlara ve düzenlemelere aykırı hareket edenlere para cezasının verileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde kanun hükmünün, anayasaya aykırı olduğu gerekçesi ile anayasa mahkemesine dava açılmış olmakla birlikte, mahkeme hükmün anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.<sup>136</sup>

18.1.1940 tarih ve 3780 sayılı mülga Milli Korunma Kanunu'nun 1. maddesi ile fevkalade hallerde, hükümete devletin bünyesini iktisat ve milli savunma bakımından kuvvetlendirmek için birtakım kararlar alma yetkisi verilmiştir.<sup>137</sup> Kanunun 4. maddesi, bu kanuna dayanılarak çıkartılacak kararların bir Koordinasyon Heyeti tarafından hazırlanacağını belirtmekte, yine kanunun çeşitli maddelerinde kanun gereğince yapılacak düzenlemeler bakımından hükümete yetki vermektedir. Koordinasyon Heyeti bir karar ile bu yetkiyi belirli bakanlıklara devretmiştir.<sup>138</sup> Buna ilişkin Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu<sup>139</sup> verdiği bir kararında Koordinasyon Heyetinin kararı ile bu yetkinin bakana verilmesinin yetki devri anlamına gelmediği, yetkili bakan tarafından usulüne uygun olarak düzenlenip yayınlanmış sirküler ve kararlara aykırı hareket edenlerin fiillerinin yetki veren kararnamede gösterilen kanun maddesine aykırılık teşkil etmesi halinde suç sayılacağı yönünde açıklamalarda bulunmuştur.

21.6.1927 tarih ve 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununun 3266 Sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 1. ve 2. maddelerinde, 18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde zararlı olacağı anlaşılan mevkute ve mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserlerin hangilerinin zararlı sayılacağını belirleyecek olan yetkili organın başbakanlık bünyesinde oluşturulan kurul olacağı konusundaki düzenlemenin 1982 anayasasının 38. maddesine aykırı olduğu iddiası

---

milli muayyen alamet ve izahat istimali mecburiyetine müteallik tedbirler almaya Sanayi ve Ticaret Bakanlığı mezundur.

<sup>136</sup> 7.3.1963 tarih, 1962/281 E. 1963/52 K. sayılı karar. Resmi Gazete tarih/sayı: 11.5.1963/11400. Karar metni için bakınız: <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite>

<sup>137</sup> Turhan Tufan Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri**, Cilt 1, Manisa, Şafak, 1982, s. 69.

<sup>138</sup> Dönmezer/Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku I**, s. 145.

<sup>139</sup> 1949, E. 25, K.25, Karar hakkında ayrıntı için A.e.

öne sürülmüştür.<sup>140</sup> Mahkeme, basılmış eserlerin çocuklar için zararlı olup olmadığı konusunda “...Kurul'un yapacağı incelemede 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'ndaki genel amaç ve ilkeleri açıklayan yeterli düzeyde ayrıntılı ve açık öğeleri içeren maddeleri göz önünde bulundurma zorunluluğu vardır. Bu maddelere aykırılık, yayım suçu doğurmaktadır. Suçu oluşturan eylemin nitelikleri açıklanmıştır. Bu durumda suç ve cezanın yasallık ilkesinin ihlal edildiği savı yerinde görülmemiştir.” İfadelerine yer verdiği kararında düzenlemenin 38. maddeye aykırılık teşkil etmediği sonucuna varmıştır.

Her ne kadar 1961 ve 1982 Anayasalarında, KHK çıkartılamayacak hak ve ödevler açıkça belirtilmişse de uygulamada buna aykırı olarak düzenlenmiş, bünyesinde suç ve cezalar içeren KHK'lerin varlığını görmekteyiz. 30.9.1983 tarih 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname<sup>141</sup> 15. maddesi ile 12, 13, 14. maddelerde yer alan yükümlülükleri yerine getirmeyenler bakımından para cezası öngörmektedir.<sup>142</sup>

Mülga Gıdaların Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname açısından da aynı sorun mevcut idi.<sup>143</sup> 24.6.1995 tarih ve 560 sayılı Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin 21. ve 4128 tarihli kanun ile eklenen 18/A maddesinin g bendi ile KHK'nin 12. maddesinde sağlığın korunması amacıyla getirilen yasalara aykırı hareketler cezalandırılmıştır. Anayasa Mahkemesi bu kararnamenin 21. maddesinin

<sup>140</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 11.2.1987 tarih ve 1986/12 E. 1987/ 4 K. sayılı kararı. (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite>, 15 Mayıs 2007.

<sup>141</sup> D:UYAP Mevzuat 6.7\UYAP Mevzuat.; Bu KHK 545 sayılı KHK ile değişikliğe uğramıştır.

<sup>142</sup> Anayasa Mahkemesi 21.6.1995 tarih 1995/14 E. 1995/14 K. sayılı kararında, kararnamenin 15. maddesinin 2. fıkrasının ve Ödünç Para Verme İşleri Kanununun 17. maddesinin anayasaya aykırılığı iddiası karşısında mahkeme, “yaptırım içeren itiraz konusu 17. madde, 2279 sayılı Yasa'da düzenlendiğine ve 90 sayılı KHK'nin 17. maddesinin üçüncü fıkrasında, “15. madde yürürlüğe girinceye kadar 2279 sayılı Kanunun suç saydığı fiiller hakkında, bu Kanunun 17. maddesinde yazılı hükümlerin uygulanmasına devam olunur” denildiğinden “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine aykırılıktan söz edilemez. 2279 sayılı Yasa'nın 17. maddesinin, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bir yönü yoktur.” Yönünde bir karar vermiştir. Mahkeme kararı için bakınız: <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite>, 12 Mayıs 2007.

<sup>143</sup> Bu kanun hükmünde kararname, 27.5.2004 kabul tarihli, 5.6.2004 tarih ve 25483 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 5179 sayılı “Gıdaların Üretimi Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun” ile kanunlaştırılmıştır. Karar metni için bakınız: 25.1.2001 tarih, E.1999/32, K. 2001/10 sayılı karar. (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite>, 15 Mayıs 2007.



anayasanın 38. maddesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile açılan iptal davasında cezai hükümler içeren 18/A maddesinin kanunla KHK'ya ek madde olarak konulduğunu bu nedenle kanunilik ilkesinin ihlal edilmediğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi ilgili kanun hükmünde kararnameye ilişkin kararında. “.....Yasakoyucunun ceza alanında yasama yetkisini kullanırken, anayasal sınırlar içinde ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılıp sayılmayacağı, suç sayılanların hangi tür ve ölçüde ceza yaptırımına bağlanacağı, hangi durumda davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisi vardır.

Bu nedenle, yasa koyucunun, toplum düzenini bozan ve önlenmesinde önemli yararlar gördüğü toplum sağlığıyla ilgili hususlarda kanunla kimi eylemleri suç sayarak bunlar için ceza yaptırımını öngörmesinde ve gıda maddeleri üretiminin insan sağlığı açısından taşıdığı önemi dikkate alarak cezanın önleyici ve caydırıcı etkisini artırmak amacıyla suçların tekrarı halinde ceza artırımlarını TCK'nun 81. vd. maddelerinden farklı kurallara bağlı tutmasında” Anayasanın 38. maddesine aykırılık görmemiştir.

### **b. Anayasa Mahkemesi'nin Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç Yaratmasının Mümkün Olamayacağını Kabul Ettiği Kararları**

Anayasa Mahkemesi'nin 1993 tarihine kadar suçun cezasının kanunda gösterilmiş olması şartıyla yürütme organının düzenleyici işlemleri ile suç ihdasının Anayasaya aykırılık teşkil etmediği yönündeki görüşünden<sup>144</sup> Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanuna ilişkin vermiş olduğu karar ile vazgeçtiği ve aksi yönde kararlar verdiği görülmektedir. 7.1.1932 tarih 1918 sayılı mülga Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Kanununun 25. maddesinin 5.6.1985 günlü, 3217 sayılı Kanunla değişik ikinci fıkrasında yer alan "...İthalat ve ihracat rejimi kararlarıyla yasaklanmış

<sup>144</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 1993 tarihinden sonraki kararları bu yönde olsa da 1567 sayılı kanuna ilişkin anayasaya aykırılık iddiaları, bu kanunla ilgili verilen ilk karar yönünde olmuş, Bakanlar Kurulu'nun yetkisi anayasaya aykırı görülmemiştir.

olması" ibaresinin Anayasa'nın 2., 7., 8., 38. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi ile açılan davada<sup>145</sup> Anayasa Mahkemesi 1982 anayasasının 38. maddesine aykırılık iddiasına karşılık olarak, cezanın kanuniliği ilkesinin, bir suçta uygulanacak yaptırım türlerinin, ölçülerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağını, nelerin ne ölçüde hafifletici veya ağırlaştırıcı neden olacağını kanun koyucu tarafından kurala bağlanmasını zorunlu kıldığını, 1918 sayılı Kanunun 25. maddesinin değişik ikinci fıkrasında<sup>146</sup>, bu fıkra göre verilecek cezaların türü ve miktarı açıkça belirlendiğini ifade etmiştir. Bu nedenle fıkranın "cezanın kanuniliği" bakımından Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savı yerinde bulunmamıştır. Anayasa Mahkemesi kararında, ".....iptali istenen kural, "... ithalat ve ihracat rejimi kararlarıyla yasaklanmış olması..."dır. Bu fıkroda, mal ve eşyanın ithal veya ihracının özel yasalarla veya ithalat ve ihracat rejimi kararlarıyla yasaklanmış olması durumunda birinci fıkra dışında Yasa'da ayrıca ceza öngörülmektedir. Bu cezalandırma, mal ya da eşyanın tekele tabi olup olmaması yahut ithalat ya da ihracatının yasaklanmış bulunup bulunmamasına göre değişmektedir. Tekele tabi olmayan yahut ithalatı ya da ihracatı yasaklanmamış mal ya da eşyanın kaçakçılığı yalnızca para cezası ve zoralm iken kaçakçılık konusu mal ya da eşyanın tekele bağlı olması yahut ithalat ya da ihracatının yasaklanmış bulunması durumunda para cezası ve zoralm yanında ayrıca hapis cezası da verilmektedir. İptali istenen kuralın açıklık kazanması için ithalat ve ihracat kararnamelerinin anlamının ve hukukumuzdaki yerinin saptanması gerekmektedir. İthalat ve ihracat rejimini düzenleyen kararnameler ile bunlara dayanılarak hazırlanan yönetmelikler, düzenleyici idarî tasarruflardır. Bu düzenlemeler sürekli olarak yapılmamaktadır. Kimi zaman bu kararnameler ve yönetmelikler, değişiklik yapılarak birkaç yıl uygulanmakta, kimi zaman ise yenisi çıkarılarak öncekileri ek ve değişiklikleriyle

---

<sup>145</sup> Karar metni için bakınız <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite>, 6.7.1993 tarih, 1993/5 E., 1993/25 K. sayılı karar.

<sup>146</sup> 25. maddesinin 5.6.1985 günlü, 3217 sayılı Yasa'nın 3. maddesi ile değişik ikinci fıkrası şöyledir: "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."

birlikte yürürlükten kaldırılmaktadır.....” Bakanlar Kurulu'nca bir malın ithal veya ihracının yasaklanması ile fiil suç oluşturmaktadır. Böylece itiraz konusu kuralda suç saptanamamakta, suç olma niteliği Bakanlar Kurulu kararına bırakılmaktadır. Bu ise Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen suçların kanuniliği ilkesine aykırı bulunmuştur. Bu nedenlerle "ithalat" sözcüğü, anayasaya aykırı olduğundan bahisle iptal edilmiştir.<sup>147</sup> Ayrıca, yasama yetkisinin TBMM'de olduğuna ve devredilemeyeceğine ilişkin 7. maddeye aykırılık iddiası karşısında da mahkeme, anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı olmadığını belirtmiştir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki olduğunu, bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemeyeceğini açık bir biçimde ifade etmiştir. Bu bağlamda, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlenmesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer. Anayasa'nın 38. maddesindeki "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi gereğince hangi eylemin suç sayılacağına kanunla belirlenmesinin zorunlu olduğu bir kez daha vurgulanmıştır. Görülmektedir ki, Anayasa Mahkemesi Bakanlar Kurulu tarafından bir malın ithali ve ihracının yasaklanması ile fiil suç oluşturmamasını yani suç olma niteliğinin belirlenmesinde

---

<sup>147</sup>8.5.2004/25456 tarihli Resmi Gazete, 2000/5 E., 2003/65 K., 18.6.2003 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında, Anayasa Mahkemesi'nin bu kanunun 3217 sayılı kanunla eklenen madde ile toplu kaçakçılık suçunda kaçak maddenin ve eşyanın müsadere edileceğini, bunun koşulu olan mal veya eşyanın piyasa değerine ilişkin miktarın Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından yayımlanan 'Toptan Eşya Fiyatları Yıllık İndeks'indeki artış oranında yükseltme yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilmesi, Bakanlar Kurulu'na verilen bu yetkinin ne zaman kullanılacağına belli olmamasından bahisle söz konusu düzenleme ile "Toptan Eşya Fiyatları Yıllık İndeks"indeki artış oranına paralel olarak belli aralıklarla bu miktarı yükseltme zorunluluğu getirilmediğinden, Bakanlar Kurulu, istediği zaman artırma yetkisini kullanabilecektir. Böylece cezada belirsizliğe yol açılmıştır. Öte yandan, Bakanlar Kurulu Kararı ile suç yaratılmamakta veya bir eylem suç olmaktan çıkarılmamakta ise de, bunlar kadar önemli olan söz konusu suç için yasada öngörülen cezanın niteliği, para cezası veya özgürlüğü bağlayıcı ceza olarak değiştirilebilmektedir. Belirtilen bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi maddeyi anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

Bakanlar Kurulu'nun yetkili olmasının suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğunu karara bağlamıştır.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında, yasama yetkisinin TBMM'ne ait olduğunu ve bu yetkinin devredilemez olduğunu müteaddit defalar belirtmiştir. 6.7.1993 tarih ve 1993/5 E. 1993/25 K. sayılı Anayasa Mahkemesi kararında<sup>148</sup>, kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz ifadesinin suçların kanuniliği, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konular ifadesinin de cezada kanuniliği açıkça ortaya koyduğunu vurgulamıştır. Bu ilkenin, “anayasanın yasaklayıcı ve buyurucu kuralları ile gerek toplum yaşamı gerek kişi hak ve özgürlükleri yönlerinden getirdiği güvencelere aykırı olmamak koşuluyla bu konuda gerekli düzenlemeleri yapma yetkisinin yalnız yasa koyucuya ait olmasını zorunlu kıldığını” karar metninde belirtmiştir. Mahkeme açık bir ifade ile “anayasa hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturan suç ve cezada kanunilik ilkesinin, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasanın 38. maddesine göre hangi eylemlerin suç sayılacağı ancak yasayla öngörülebilir. Anayasa'nın 7. ve 87. maddeleri gereğince yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olup bu yetki devredilemez. Anayasadaki açıklık karşısında yürütmenin suç oluşturabilmesi olanaklı değildir” diyerek cezaların olduğu kadar suçların da yalnızca kanunla belirlenebileceğini hüküm altına almıştır. Anayasa Mahkemesi'nin yine Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanununun Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davasında, Bakanlar Kurulu'nca Gümrük Kanunu'nun 19. ve 20. maddelerine dayanılarak çıkarılan kararlara aykırı olarak bir eşyanın yurda ithali yasaklanmasının, Bakanlar Kurulu kararıyla suç oluşturulma anlamına geldiğini belirtmiş ve buna ilişkin kuralın, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu yönünde karar vermiştir.<sup>149, 150</sup>

<sup>148</sup> (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite>. 20 Mayıs 2007.

<sup>149</sup> 18.1.1996 tarih 1995/28 E. 1996/2 K. sayılı kararın ayrıntıları için bakınız (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite>. 20 Mayıs 2007.

<sup>150</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 297. maddesi ile yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı infaz kurumuna sokmak, bulundurmamak veya kullanmak suç olarak tanımlanmışsa da kanunda hangi eşyaların bu kapsamda yasaklandığı

24.6.1995 tarih 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin<sup>151</sup> 61. maddesinde marka hakkında tecavüz sayılan fiiller sayılmıştır. Söz konusu KHK'ye 3.11.1995 tarih 4128 sayılı kanunla getirilen ve akabinde 22.6.2004 tarih 5194 sayılı kanunla yapılan değişik ek 61/A maddesinde, 556 sayılı kanun hükmündeki kararname kapsamında marka hakkına ilişkin düzenlemelere aykırı davrananların para cezası ve hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmektedir. Hapis ve para cezasına ilişkin düzenlemeler değişiklik içeren kanunla ile gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda kanunilik ilkesine uygun hareket edildiği gözlemlenmektedir.<sup>152</sup> Madde metninde “.....61. maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında..... hapis ve .....para cezasına çarptırılır...” ifadesi yer almaktadır. Burada, marka hakkına tecavüz olarak belirtilen fiillerin neler olduğu kanun ile değil kanun hükmünde kararnamenin 61. maddesinde yazılı fiiller olarak gösterilmekte yani kanun hükmünde kararname ile belirlenmektedir. Bu fiillerin Bakanlar Kurulunun yapacağı bir kararname ile cezai sorumluluk gerektiren fiillerin değiştirilmesi, kaldırılması, sorumluluk alanının genişletilip daraltılabilmesi mümkün olabilecektir.<sup>153</sup> Bu açıdan madde kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararnamenin 61. maddesinin d bendi ve aynı kararnameye 4128 sayılı Yasa ile eklenen 61/A maddesinin (c) bendinin Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğu iddiasına ilişkin 2.3.2004 tarih ve 2002/92 E. 2004/25 K. sayılı kararında<sup>154</sup>, söz konusu KHK'nin 61. maddesinde, 61/A maddesinde ceza öngörülen eylemler düzenlendiğini, 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 olmadığından, itiraz konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun

---

belirtilmemiş, bunu yetkili makamlar demek suretiyle idareye bırakmıştır. Doktrinde bundan başka yetkili makamlara yasaklanan fiillerin ne olduğunu belirleme konusunda yetkinin verildiği örneklerle rastlanmaktadır. Bankacılık Kanunu'nun 152. maddesi de ilkeye aykırı şekilde düzenlemelere yer vermektedir. Özgenç, **Türk Ceza Kanunu**, s. 101vd.

<sup>151</sup> D:\UYAP Mevzuat 6.7\UYAP Mevzuat.

<sup>152</sup> İzzet Özgenç, “Marka Hakkına Tecavüz Ve Cezai Sorumluluk”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt III, İstanbul, Beta, s. 834.

<sup>153</sup> A.e.

<sup>154</sup> (Çevrimiçi)<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite>. 20 Mayıs 2007.

Hükmünde Kararname'nin 61. maddesinin (d) bendi Anayasa'nın 91. maddelerine aykırı olduğu ve iptalinin gerektiği hükme bağlanmıştır.

24.6.1995 tarih, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname 73/A maddesi ile, kanun hükmünde kararnamenin 44. maddesindeki düzenlemelere aykırı hareket edenler bakımından hapis cezası ve para cezası öngörmektedir. Bu cezalar kanun ile düzenlenmiş olmasına rağmen, Markaların Korunması Hakkında Kararname'de olduğu gibi patent hakkına tecavüz sayılan fiillerin neler olduğunun belirlenmesi Kanun Hükmünde Kararname ile olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, daha önce değinildiği üzere, 6.7.1993 tarih ve 1993/5 E. 1993/25 K. sayılı kararında ve buna ilişkin diğer kararlarında Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisine ilişkin olarak birtakım tespitlerde bulunmuştur. ".....Anayasa'nın 91. maddesinde TBMM'ne 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. Dayanağını Anayasa'nın 38. maddesinin oluşturduğu ve Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde yer alan, "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin esası, yasa tarafından, suçun, yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiçbir şüpheye verilmeyecek biçimde belirtilmesinden ve buna göre cezanın yasayla belirlenmesinden ibarettir. Kişinin, yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi gerekir. Bu durum, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu nedenle de Anayasa'nın kişinin temel hak ve ödevlerine ilişkin bulunan ikinci bölümünde bu güvenceye yer verilmiştir. Tüm bunlar suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılmasının yeterli olmadığı, konulan kuralın açık, anlaşılır ve

sınırlarının belirli olması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Yasayı bilmemenin özür sayılmayacağı bir ceza hukuku ilkesi olduğuna göre yasanın herkesçe anlaşılacak ölçüde açık olması da bunun doğal sonucudur.” ifadelerini kullanmak suretiyle, Kanun Hükmünde Kararnameler ile suç ve ceza ihdasının anayasaya aykırı bir düzenleme olacağını açıkça ortaya koymuştur.

Görülmektedir ki, anayasa mahkemesi kararlarında, 91. maddenin ifadesinden yola çıkarak anayasanın açıkça KHK çıkarma yetkisini vermediği durumlar haricinde bir konunun KHK ile düzenlenmesi anayasaya aykırı bulunmamıştır. Buna göre, 91. maddede belirtilen KHK ile açıkça düzenlenmesi yasaklanmış konular hakkında KHK ile düzenleme yapılamayacaktır.<sup>155</sup>

Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2003/13276 E., 2005/2409 K. sayılı kararında, Anayasanın 91. ve 7. maddelerine değinmiş, kararında 765 sayılı TCK 230 ve 240. maddelerinde düzenlenen görevi savsama ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarında cezalandırılabilme şartının failin memur veya özel kanun gereği memur gibi cezalandırılan kişiler olması gerektiğinden bahisle, ticaret sicil memurlarının hukuki durumunu, Türk Ticaret Kanununun 27. maddesinde 559 sayılı KHK ile değişiklik yaparak ticaret sicil memurlarının göreviyle ilgili suçlardan dolayı devlet memuru gibi cezalandırılmasının kişinin hukuki durumuna birtakım cezai sonuçlar bağlayan kuralın sorumluluk alanını genişleten bir ceza hükmü sayılacağını, bunun ise kanun hükmünde kararname ile kanunda meydana getirilecek değişiklik ile yapılamayacağını kararında açıkça ifade etmiştir. Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname ile ticaret sicil memurları ve yardımcılarını ile diğer personelin görevleriyle ilgili suçlardan dolayı devlet memuru gibi cezalandırılacaklarına dair ve ceza hükmü niteliğinde düzenleme yapması kanunen mümkün görülmemiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 27.5.2003 tarih, 2003/7-154 E., 2003/170 K. sayılı kararında, 4250 İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanununun 31. maddesinin 24.6.1995 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 560 sayılı kanun hükmünde kararname

<sup>155</sup> 6.1.1987 tarih 1985/15 E., 1987/1 K. sayılı; 8.2.1989 tarih 1988/38 E. 1989/7 K. sayılı; 16.5.1989 tarih 1989/4 E., 1989/23 K. sayılı kararları için bakınız: (çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine>. 17 Mayıs 2007.

ile yürürlükten kaldırılmasının suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu, anayasanın 91. maddesinde sayılan hallerde ancak kanun hükmünde kararname çıkartılabileceği, suç ve cezanın ancak anayasanın 7. ve 87. maddeleri uyarınca TBMM tarafından çıkartılacak kanun ile konulabileceği ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir.<sup>156</sup>Yargıtay Ceza Genel Kurulu, aynı hususu 2.6.1998 tarih ve 1998/7-135 E., 1998/200 K. sayılı kararında da değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi Olağanüstü dönem KHK'larını, adına bağlı kalmaksızın olağanüstü hal KHK'sı niteliklerine sahip olup olmadığı hususunda Anayasaya uygunluk denetimini yapacaktır. Anayasa Mahkemesi, önüne gelen düzenlemede, bunun olağanüstü hal bölgesinde ve süresinde uygulanıp uygulanmadığı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda yapılıp yapılmadığı ve yürürlükteki kanun konusuna giren konularda düzenleme yapılıp yapılmadığı hususunu inceleyecektir. Bunun gerçek anlamda olağanüstü hal KHK'sı olduğu ya da olmadığı yönünde değerlendirmede bulunacaktır. Anayasa mahkemesi kararlarında, olağanüstü hal ilan edilen bölgede, olağanüstü hal süresince ve olağanüstü hal gereken konularda düzenlenen KHK'ların olağanüstü hal KHK'sı olarak adlandırılacağını kararlarında dile getirmiştir.<sup>157</sup> Bu şartları taşıyan KHK'lar içeriği bakımından anayasaya aykırı olsalar dahi 1982 Anayasası 148. maddesi karşısında Anayasa Mahkemesi denetimine tabi olmayacakları açıktır. olağanüstü KHK'lar ile olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde ve olağanüstü hal süresince uygulanacaklarından bu tür KHK ile kanunlarda değişiklik yapılamayacaktır.

Bu şartları taşımayan KHK'lar dolayısıyla olağanüstü hal KHK'sı sayılmayacak ve anayasa mahkemesi denetimine tabi olacaktır. Olağanüstü KHK

---

<sup>156</sup> Bu hususun 6.7.1993 tarih ve 5-25 sayılı Anayasa Mahkemesi kararında ve Ceza Genel Kurulu 2.6.1998 tarih ve 135-200 sayılı, 14.11.2000 gün ve 216-221 sayılı, 19.4.1993 tarih ve 16-100 sayılı, 10.5.1993 tarih ve 11-151 sayılı kararlarında da belirtildiği görülmektedir. (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, 15 Mayıs 2007.

<sup>157</sup> Anayasa Mahkemesinin 10.1.1991 tarih 1990/25 E., 1991/1 K. sayılı; 3.7.1991 tarih, 1991/6 E., 1991/20 K. sayılı kararları için bakınız: (çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite>. 18 Mayıs 2007.



sayılmayan KHK'ler bakımından, Anayasa Mahkemesi, olağan dönem KHK'sı niteliği taşıyıp taşımadığı ve yetki kanununa dayanıp dayanmadığına ilişkin araştırma yapacaktır. Bu denetim çerçevesinde, Anayasanın 91. maddesinde belirtilen nitelikleri taşımaması halinde kanun hükmünde kararnamenin anayasaya aykırı olduğu ileri sürülebilecektir. Doktrinde belirtilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, kanun koyucunun sadece suçun konusu ve yaptırımının kanunda gösterip, suç teşkil edecek fillerin neler olduğunun belirlenmesini idareye bırakması suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır. Anayasanın 38. maddesi, yasak belirten ve emredici hükümleri içeren düzenlemeleri yapma yetkisinin kanun koyucu olan yasama organının olduğunu açık bir biçimde ifade etmiştir.

### **C. Yürütmenin Düzenleyici İşlemlerle Ceza Yaratması**

Yürütmenin düzenleyici işlemleri ile ceza yaratamayacağı doktrinde genel kabul gören bir konudur. Bu açıdan suç yaratılıp yaratılmayacağı konusunda yapılan hararetli tartışmalara rastlanmamaktadır. Kanunun belirlediği çerçeve dahilinde yürütme organına suç yaratma yetkisinin verileceğini kabul edenler dahi cezanın en azından en üst sınırının kanun tarafından belirlenmesi gerektiğini kabul etmektedir.<sup>158</sup>Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda da buna ilişkin bir yargılamanın yapılmadığı görülmektedir.

---

<sup>158</sup> Yıldız, **Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç Ve Ceza Yaratması**", s.1051.

## SONUÇ VE ÖNERİLER

Günümüzde, hukuk devleti ilkesinin esaslı unsurlarından birini oluşturan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Türkiye ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin hukukları bakımından vazgeçilmez bir ilke haline gelmiştir. İlke, bir çok uluslararası metinlerde, ülke anayasalarında ve ceza kanunlarında açıkça düzenlenmiştir.

- Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunan suçların ve karşılığında öngörülen yaptırımların kanunlarla belirlenmesi gerekmektedir.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. maddesine ilişkin bir takım içtihatlarda bulunmuştur. Bu sayede, sözleşmeye taraf olan devletler ilkenin nasıl yorumlanması ve anlamlandırılması gerektiğini içtihatlar vasıtasıyla kavrayabileceklerdir. 7. madde, sözleşmenin 15. maddesi ile de koruma altına alınmıştır. Sözleşme, savaş veya ulusun varlığının tehlikeye düşmesi halinde sözleşmeden doğan yükümlülüklerle aykırı tedbirler alma yetkisini sözleşmeciler tarafından vermesine karşın, 7. maddede yer alan kanunilik ilkesinin hiçbir şekilde bu sınırlama dahilinde olamayacağını açık bir biçimde ifade etmiştir.
- Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin amacı, keyfi yargılama, mahkum etme ve cezalandırmaya karşı etkili güvenceleri sağlamaktır. Bu bakımdan ilkede yer alan suçların ve cezaların kanunlarla düzenlenmesi şartı sadece yazılı kanunlar bakımından değil, yazılı olmayan hukuku da yani içtihat hukuku bakımından da geçerli olmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, uygulamada aksi olsa dahi yerel hukuklarda suç olarak öngörülen fiiller ve karşılıkları olan yaptırımların yazılı olarak belirlenmesi durumunda, uygulamada aksi olsa da kanunilik ilkesi yerine getirilmiş olmaktadır.

- İlkede yer alan “suç” ve “ceza” kavramlarına yerel hukuk tarafından nasıl bir anlam yüklendiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından dikkate alınmamaktadır. Mahkeme tarafından önemli olan bu kavramların gerçek anlam ve içeriğidir. Bu bağlamda suç kanunların yasakladığı fiillerin ihlalidir. Cezanın ne olduğu ya da bulunup bulunmadığının saptanmasında hareket noktası ise bir yaptırımın suçtan mahkumiyet sonucunda verilip verilmediğidir. Yaptırımın niteliği, amacı, ağırlığı, ulusal hukuktaki nitelendirilişi, yaptırım uygulanırken izlenen usuli işlemlerin unsurları da bir yaptırımın Sözleşmede yer alan ceza kavramına yüklenen anlam kapsamında olup olmadığının belirlenmesi bakımından son derece önemlidir. Özellikle cezai yaptırımının miktarının sanığın kusuru oranında belirlenmesi, bir yaptırımın Sözleşme kapsamında ceza olarak nitelendirilmesi bakımından son derece önemli bir kriterdir. Bir yaptırımın af ya da şartlı salıverme kapsamına girip girmemesi de belirleyici rol oynamaktadır.

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinin kapsamının ve sınırlarının ne olacağı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında somutlaşmaktadır. Özellikle failin aleyhine kıyas yapılamayacağı ve lehe kıyasın mümkün olduğu madde metninde yer almamakla birlikte kararlarda açıkça düzenlenmiştir.

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında, suçların ve cezaların belirli olmasına ilişkin kararlara da yer vermiştir. Özellikle, yerel hukuka ilişkin madde metinlerinin belirsiz olduğuna dair açılan davalarda mahkeme hukukun gelişimi çerçevesinde ve hukuk normunun değişen koşullara uydurulabilmesi bakımından kanunların kazuistik olmaması gerektiğini kabul etmektedir. Cezaların kanunlarda açıkça tanımlanmış olması mutlaka her durumun kanunlarda ifade edilmesi anlamına gelmemektedir. Mahkemeye göre, bu şartın sağlanabilmesi ve kişilerin hangi davranışlarından sorumlu olduklarının belirlenmesi için gerektiğinde ilgili düzenlemelere ilişkin mahkeme yorumlarına bakılması yeterlidir. Hüküm madde metninde açık yazılmış olsa da kanunların yorumlanması, şüpheli noktaların açığa

kavuşturulması, değişen şartlara uyum gösterilmesi ve yargıda gelişimin sağlanması açısından mahkeme yorumları vazgeçilmez bir unsur halini almıştır. Bu açılardan önemli olan düzenlemelerin öngörülebilir ve erişilebilir olmasıdır. Birey ilgili kanun metnine ilişkin olarak bir araştırma yapabilecek metaryallere sahip ise ve ilgili hükme ilişkin yerel mahkeme kararları da yeteri kadar açıklama getiriyorsa öngörülebilirlik, erişilebilirlik ve belirlilik ilkelerinin gereklilikleri yerel hukuk tarafından sağlanmış demektir.

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, fail aleyhine düzenleme içeren kanunun geriye yürümeyeceğini açık bir biçimde madde metninde düzenlemesine rağmen fail lehine olan kanunun uygulanması gerekliliğini düzenlememektedir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, içtihatlarında açıkça fail lehine olan kanunun geriye yürürlü olarak uygulanacağını ortaya koymuştur.

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesi failin aynı suçtan iki kere yargılanması yasağını getirmemektedir. Madde sadece suç ve cezalara ilişkin mahkumiyetlerde gündeme gelmektedir. Bu açıdan, önleyici tedbirler, infaz hukuku, muhakeme hukuku, disiplin cezaları, şartla salıverme, zamanaşımı süreleri, idari tedbirler, özel hukuk düzenlemeleri, sınır dışı edilmeye ilişkin emirler, iade hukuku bakımından (yerel hukuk kanunlarında düzenlenmemiş olması durumunda) fail lehine kanun uygulanması ilkesi geçerli değildir. Bu noktada, Türk hukukunda yer alan düzenlemeler ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları arasında farklılıkların olduğu görülmektedir. Türk Hukukunda da gerek infaz hukukuna, gerekse usul hukukuna ilişkin düzenlemelerde derhal uygulama ilkesi geçerli ise de bireylerin özgürlüklerini kısıtlayan tutuklama kararları gibi kararlar açısından lehe hüküm uygulaması geçerlidir. Yine zamanaşımı kuralları Türk hukukunda derhal uygulama ilkesi dışında tutulmuştur. Özellikle 5237 sayılı Ceza kanununda şartla salıverme, hapis cezasının ertelenmesi, tekerrüre ilişkin kanunlar bakımından failin lehine olan kanun uygulaması geçerli olmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ara kanunların, geçici ya da süreli kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin bir içtihadı rastlanmamaktadır. Ancak, Türk hukukunda geçici

ve süreli kanunlar bakımından derhal uygulama ilkesi geçerli olmakla birlikte ara kanunlardan fail lehine olan kanunların uygulanacağı düzenlenmiştir.

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinin 2. fıkrası kanunilik ilkesine istisna getirmektedir. Bu istisna kanunilik ilkesini sekteye uğratabilecek cinstedir. Bu bakımdan sıklıkla başvurulmaması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından dikkatle incelenmesi gerekmektedir.
- Kanunilik ilkesi sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ele alınmamaktadır. Birer Ad Hoc Mahkeme olan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statülerinde de düzenlenmiştir. Ayrıca, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü de suçların ve cezaların kanunla düzenlenmesi gerektiğine yer vermektedir. Ayrıca, statü ile mahkemenin göreceği davaların ancak statüden sonra işlenen fiiller ile sınırlandırılması gerektiği de belirlenmiştir.
- Türk Hukukunda kanunilik ilkesi ve buna bağlı ilkeler açıkça kanunlarda düzenlenmiştir. Güvenlik tedbirleri bakımından da düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre, ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri de kanunilik ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir. Özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile uzun zaman tartışılan idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılmayacağı konusuna açıklık getirilmiştir. Sadece cezalar değil, cezaların miktarları da kanun ile belirlenecektir. Kanunda düzenlenmeyen şekilde ceza artırımına gidilemeyecektir. İdari ceza hukuku ve kabahatler Kanunu bakımından ilkenin sıkı biçimde uygulaması görülmemektedir.
- 5237 sayılı TCK ile kanunun suç ve ceza içeren hükümlerinin kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanamayacağı düzenlenmiştir. Özellikle, mülga 765 sayılı TCK zamanında Yargıtay tarafından verilen kararın doktrinde uzun süre tartışmaya neden olması kıyas ile genişletici yorum arasındaki sınırın belirsizliği daha da ortaya çıkmaktadır.

- Kanunilik ilkesinin diğer bir sonucu olan belirlilik ilkesi, kanunların kaleme alınmış tekniği ile ilgilidir. Bu açıdan, bir düzenleme, temel haklara ne kadar müdahalede bulunuyorsa o kadar belirli olması gerekmektedir.
- Failin aleyhine olan kanun değişiklikleri geriye yönelik olarak uygulanmayacaktır. Ancak özellikle lehe olan değişiklikler fail hakkında uygulanacaktır. Hangi kanunun fail lehine olduğunun belirlenmesi bakımından uygulamada daha önce rastlanan karışıklığın giderilmesi amacıyla kanun metninde açık bir düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre, kanunların bütün hükümleri faile uygulanacak, çıkan sonuçların fail açısından hangisi lehe durum yaratıyorsa o kanun bütün hükümleri uygulanacaktır.
- Ceza Usul Hukukuna ilişkin kanunlarda meydana gelen değişiklikler kural olarak derhal uygulanır ancak uygulamada adaletsizlik doğurabilecek konularda lehe hüküm uygulaması devreye girmektedir. Ayrıca, yine Ceza Usul Kanunu'nun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda da derhal uygulama ilkesine istisnalar getirilmiştir.
- Zamanaşımına ilişkin kurallar bakımından da fail lehine kanunun uygulanması ilkesi geçerlidir. Özellikle zamanaşımını durduran ve kesen sebepler bakımından failin durumunu kolaylaştıran sebepleri azaltan kanunların lehe kanun olarak uygulanması söz konusudur.
- Ceza infaz kuralları bakımından derhal uygulama ilkesi geçerli olmakla birlikte, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda istisnai durumların düzenlendiği görülmektedir. Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverme ve tekerrürle ilgili olanlar bakımından fail lehine olan kanun uygulaması geçerlidir. Kabahatler Kanunu bakımından idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi derhal uygulama kuralına tabidir.

- Süreli ve geçici kanunlar bakımından bu kanunların yürürlükte olduğu dönemde işlenen fiiller hakkında, daha sonra yürürlüğe giren kanunlar lehe hüküm içerse dahi fail hakkında uygulanmayacaktır. Süreli ve geçici kanunlar döneminde işlenen suçlar hakkında uygulanmaya devam edecektir. Ara kanunlar söz konusu olduğunda ise lehe kanun uygulaması geçerliliğini korumaktadır.
- 1982 Anayasası 153. maddesinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümeyeceğini düzenlemektedir. Ancak, Yargıtay, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları bakımından da zaman bakımından uygulama kapsamına almakta, lehe olan kanun iptallerini fail hakkında uygulamaktadır.
- Yürütme organının düzenleyici işlemlerle suç ve ceza düzenleyemeyeceği kanunda açıkça belirtilmişse de Anayasa Mahkemesi'nin 1993 tarihine kadar bu tür düzenlemeleri iptal etmediği görülmüştür. Anayasa Mahkemesi'nin, kanunilik ilkesini sadece düzenlemelerin Resmi Gazetede yayınlanması ve ilan edilmesi ile sınırlandırması kanımızca zorlama ve yerinde olmayan bir savunmadır. 1993'ten sonra Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasasını doğru yorumlayarak, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratamayacağı yönünde kararlar vermiştir. Özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerinin bırakılmadığı Kanun Hükmünde Kararnameler ile idareye çerçeve hüküm de denilen suçların yetki kanununda gösterildiği, nelerin suç olduğunun ise idarenin düzenleme alanına bırakıldığı normlar iptal edilmiştir.
- Olağanüstü dönem Kanun hükmünde kararnameler ile suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı düzenlemeler yapılabilecektir. Ancak bu düzenleme uygulamada büyük sakıncalar doğurabilecek özelliktedir. Nitekim, kişi hak ve özgürlüklerinin daha belirgin olması gereken olağanüstü hallerde bu tür keyfiliğe yol açan düzenlemenin olması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

## KAYNAKÇA

- Akyıldız, Ali : “İdari İşleme Suç İhdası: Özel Güvenlik Bölesinin İhlali Suçu”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı 7, Temmuz 2006, 77-84.
- Alacakaptan, Uğur : **İngiliz Hukukunda Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi**, Ankara, 1958.
- Alpkaya, Gökçen : **Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Ankara, Turhan, 2002.
- Altop, Sevil : “Gelenek”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, İstanbul Üniversitesi, 1996, 15-23.
- Artuk Mehmet Emin : **Ceza Hukukuna Giriş**, (Ders Notları), I, b.y., Üçdal, t.y.
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Caner : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2.Bası, Ankara, Turhan, 2006.
- Ashworth, Andrew : **Principles Of Criminal Law**, Fourth Edition, Oxford, t.y.
- Ashworth, Andrew; Emmerson, Ben : **Human Rights And Criminal Justice**, London, Sweet&Maxwell, 2001.



- Atalay, Selahattin : “İngiliz Hukukunda Suç Ve Ceza” **Adalet Ceridesi**, Cilt 69, Yıl 1978.
- Azarkan, Ezeli : **Nüremberg’den La Haye’ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri**, İstanbul, Beta, 2003.
- Azrak, Ülkü : “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, **Anayasa Yargısı**, Cilt I, 1984, 151-168.
- Bassiouni, Cherif : “Crimes Against Humanity In Criminal Law”, **Kluwer Law International**, 2nd Edn, 1999.
- Bayraktar, Köksal : “Faal Nedamet”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XXXIII, Sayı 3-4.
- Beccaria, Cesare : **Suçlar Ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, İstanbul, İmge, 2004.
- By The Rt. Hon. Lord Bingham Of Cornhill : “A Criminal Code: Must We Wait For Ever?”, **Criminal Law Review**, Sweet&Maxwell, 1998, 694-696.
- Can, Osman : “Belirlielik İlkesine Anayasal Bakış”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt IX, Sayı 1-2, 2005, 89-125.

- Centel, Nur; Zafer, Hamide : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Beta, 2006.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut, Özlem : **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 4. Bası, İstanbul, Beta, 2006.
- Cihan, Erol : “Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza - Ceza Usul Anabilim Dalı Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu, 26-27 Mart 2007, İstanbul, 7-11.
- Clayton, Richard; Tomlinson, Hugh : **The Law Of Human Rights**, Oxford, 2000.
- Demir, Bayram : “İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.
- Demirbaş, Timur : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara, Seçkin, 2006.
- Demirel, Hakkı : “ Suç Ve Cezaların Kanuniliği Prensibi”, **Türk Noterler Birliği**, Sayı 21, 1979, 37-41.

- Donay, Süheyl; İçel, Kayıhan : **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, Genel Kısım, 4. Bası, I. Kitap, İstanbul, Beta, 2006.
- Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir : **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, Cilt I, 14.Bası, İstanbul, Beta,1997.
- Duran, Lutfi : “Kanun Hükmünde Kararnameler”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 8, Sayı 2, 1975, 3-19.
- Duterte, Gilles : **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İctihatlarından Alıntılar**, Avrupa Konseyi, 2005.
- Erdoğan, Belgin; Tahiroğlu, Bülent : **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der, 2005.
- Elliott Catherine; Quinn Frances : **English Legal System**, Sixth Edition, Longman, t.y.
- Erem, Faruk : **İnsanlığa Karşı Cürümler**, Ankara, Ankara Üniversitesi, 1948.
- Erem, Faruk; Danışman, Ahmet; Artuk ,Emin : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**,14. Bası, Ankara, Seçkin, 2001.
- Erman, Ragıp Barış : “Yanılganın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul, 2006.
- Erman, Sahir : **Sosyal Ve Ticari Ceza Tatbikatı Dersleri**, İstanbul, İktisadi Ve Ticari İlimler Yüksekokulu, 1967.

- Erman, Sahir : “İspanyol Ve İtalyan Ceza Kanunlarında İyileştirme, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sayı 45-46-47, Yıl 79-80-81, 841-853.
- Erman, Sahir : **Ticari Ceza Hukuku**, İstanbul, 1976.
- Ersoy, Yüksel : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2002.
- Feldman, David : **English Public Law**, Oxford English Law, Oxford University, t.y.
- Fenwick, Halen : **Civil Liberties And Human Rights**, London, Cavedish, 2004.
- Gemalmaz, Mehmet Semih : **İnsan Hakları Belgeleri**, Cilt IV, Birinci Bölüm, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi, 2004.
- Gemalmaz, Mehmet Semih : **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 5. Bası, İstanbul, Legal, 2005.
- Glaser, Stefan : “Nullum Crimen Sine Lege”, **Journal Of Comparative Legislation And International Law**, 3rd Ser, Vol 24, No.I, 1942, 29-37.
- Gölcüklü, Feyyaz : “İdari Ceza Hukuku Ve Anlamı, **İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki**”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 18, Sayı 1, 1993.
- Gölcüklü, Feyyaz; Gözübüyük, Şeref : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması**, 2. Bası, Ankara, Turhan, 1998.

- Gözübüyük, Abdullah Pulat : **Alman, Fransız, İsviçre Ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, Cilt I, 4. Bası, İstanbul, Kazancı, t.y.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat : “Ceza İnfaz Kanunlarının Geçmiş Şümülü”, **Adalet Dergisi**, Yıl 1945, Sayı 2, 1954.
- Gözübüyük, Şeref : **Yönetim Hukuku**, 22. Bası, Ankara, Turhan, 2005.
- Güneş, Turan : **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara, Sevinç, 1965.
- İçel, Kayıhan : “İdari Ceza Hukuku Ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt L, Sayı 1-2, 1984, 117- 131.
- İçel, Kayıhan;; Özgenç, İzzet; Sözüer, Adem;  
Mahmutoğlu Fatih Selami; Ünver, Yener : **İçel Yaptırım Teorisi**, 3. Kitap, İstanbul, Beta, 2000.
- İkincioğulları, Füzuran : “Hukuk Devleti”,**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt I, Sayı 1, Haziran, 1997.

- İpek, Nurcan : “XII Levha Kanunu”, **Argumentum**, Yıl 3, Sayı 34, 609-615.
- İzgi, Ömer; Gören, Zafer : **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Yorumu**, Ankara, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Cilt I-II, 2002.
- Jafferson, Michael : **Criminal Law**, Sixth Edition, Longman, t.y.
- Karagülmez, Ali : **Suç Olmaktan Çıkarma İdari Para Cezaları Açıklamalı Kabahatler Kanunu**, Ankara, Seçkin, 2005.
- Kunter, Nurullah; Yenisey, Feridun; Nuhoğlu, Ayşe : **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, Beta, 2006.
- Kuzu, Burhan : **Türk Anayasa Hukuku’nda Kanun Hükmünde Kararnameler**, İstanbul, Üçdal, 1986.
- Kuzu, Burhan : **Türk Anayasa Metinleri Ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, 1997.
- Leach, Philip : **Taking A Case To The European Court Of Human Rights**, 2.Bası, y.y., Oxford, t.y.
- Lütem, İlhan : **Harp Suçları Ve Devletlerarası Hukuk**, Ankara, Ankara Üniversitesi, 1951.

- Mahmutoğlu, Fatih Selami : **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi Ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda Yaptırım Rejimi**, İstanbul, Kazancı, 1995.
- Merrils, J.G.; Robertson, A.H.; Schill, Melland : **Studies In International Law Human Rights In Europe**, Jurrs, Fourth Edition, Manchester, t.y.
- Mokhtar, Aly : “ Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects And Prospects”, **Statute Law Review**, 26 (1), Oxford University, 2005, 41-55.
- Mommsen, Theodore : **Le Droit Penal Romain, Traduit De L’allemond Per J. Dugesne**, Tame Premier, Paris, Albert Tanteoing, 1907.
- Munday, Roderick : “İngiliz Hukukunda Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi”, Çev. Zeynel T. Kangal, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt LXI, Sayı 1-2, 2003, 441-464.
- Odman, Tevfik : “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Kuruluşu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 45, Yıl 1996, 131-151.
- Oğuzman, Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe : **Eşya Hukuku**, 11.Bası, İstanbul, Filiz, 2006.

- Okandan, Recai : “Romalıların Suç Telakki Etkileri Fiiller Ve Bunlara Terettüp Eyleyen Cezalar, **Prof. Dr. Tahir Taner’e Armağan**, İsmail Akgün, 1956, 327-350.
- Ovey, Clare; White, Robin : **The European Convention On Human Rights**, Thirth Edition, Oxford, t.y.
- Önder, Ayhan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I., İstanbul, 1991.
- Önder, Orhan : **BM Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Ankara, Bilge, 2006.
- Özay, İl Han : **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, 1985.
- Özbek, Veli Özer : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Beta, 2006.
- Özbudun, Ergun : 1961 Ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler”, **Anayasa Yargısı**, Cilt II, 1985, 227-238.
- Özdek, Yasemin : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye**, Ankara, Türkiye Ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, İnsan Hakları Ve Derleme Merkezi, 2004.
- Özgenç, İzzet : “Marka Hukukuna Tecavüz Ve Cezai Sorumluluk”, **Bilgi Toplumunda Hukuk**



- Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt III, İstanbul, Beta, 831-864.
- Özgenç, İzzet : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2006.
- Özgenç, İzzet; Şahin Cumhuri : **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3. Bası, Ankara, Seçkin, 2001.
- Öztürk, Bahri; Erdem, Ruhan; Özber, Veli Özer : **Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 6. Bası, Ankara, Seçkin, 2002.
- Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa Ruhan : **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10.Bası, Ankara, Seçkin, 2006.
- Plescia, Joseph : "Roma Hukukunda Boni Mores Doktrini", Çev. Diler Tamer, **Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İstanbul, Beta, 2000, 925-961.
- Rytter, Jens Elo : "No Punishment Without Guilty The Case Concerning German Prosecution Of A Former GDR Border Guard", **Netherlands Quarterly Of Human Rights**, Vol 21, No 1, Mart 2003.
- Rumpf, Christian : **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, Çev. Burak Oder, Ankara, 1995.

- Soyaslan, Doğan : **Yürütme Organının Suç Ve Ceza Koyma Yetkisi**, Ankara, Kazancı, 1990.
- Soyaslan, Doğan : “Ceza Hukukunda Kıyas”, **Adalet Dergisi**, Yıl 74, Sayı 1, Ocak-Şubat, 948-963.
- Schwarz, Andreas : **Roma Hukuku Dersleri**, Çev. Türkan Rado, Cilt I, 7.Bası, İstanbul, Doğan Kardeş, 1965.
- Şen, Ersan : **Çevre Ceza Hukuku**, İstanbul, Kazancı, 1994.
- Şen, Ersan : **Türk Ceza Hukukunda Suçun Genel Esasları Ve Unsurları**, İstanbul, Der, 2002.
- Şen, Ersan : **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku**, İstanbul, 1998.
- Şen, Ersan : “ İdari Ceza Hukuku”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 8, Yıl 1994, 21-67.
- Taner, Tahir : **Ceza Hukuku**, Umumi Kısım, 3. Bası, İstanbul, 1953.
- Tanör, Bülent; Yüzbaşıoğlu Necmi : **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, Beta, 2005.

- Tezcan, Durmuş : “Uluslararası Suçlar Ve Uluslararası Ceza Divanı”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, 12-16 Ocak 2000, Cilt I, 271-292.
- Tezcan, Durmuş : Uluslararası Suçları Kovuşturmada Katledilen Yol: Uluslararası Nüremberg Askeri Ceza Mahkemesinden Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne”, **Kenan Tunçomağ’a Armağan**, İstanbul, 1997.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Sancaktar, Oğuz : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin, 2004.
- Teziç, Erdoğan : **Anayasa Hukuku**, 10. Bası, İstanbul, Beta, 2005.
- Toroslu, Nevzat : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara, Savaş, 1998.
- Tosun, Öztekin : “Yürütme Organının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XXVIII, Sayı 1-4, 349- 367.
- Tosun, Öztekin : “Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XXVIII, Sayı 3-4, 1962, 620-631.

- Tosun, Öztekin : **Gazetecilik Enstitüsü İçin Suç Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1967.
- Tosun, Öztekin : “Suçların Kanuniliği Prensibi Ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XXX, Sayı 1-2, 1964, 21-29.
- Turhan, Faruk : “Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM Milletlerarası Ceza Mahkemesi, **Seyfullah Ediz’e Armağan**, İzmir, 2000. 333-363.
- Umur, Ziya : **Roma Hukuku -Tarihi Gelişim, Kaynaklar, Umumi Mevhumlar-Hakların Himayesi**, İstanbul, Fakülteler, 1984.
- Willinski, A. : “Roma Ceza Hukuku Ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı”, Çev. Belgin Erdoğan, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt I, Sayı 1, 1983, 329-335.
- Woodhouse, J.T. : “The Principle Of Retroactivity In International Law”, **Transactions Of The Grotius Society**, Vol 41, Problems Of Public And International Law Transactions For The Year, 1955.
- Yarsuvat, Duygun : “Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası Ve 1961 Anayasası”, **İstanbul**

**Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XXIX, Sayı 1-2, 1963, 540-559.

- Yüce, Turhan Tufan : **Ceza Hukuku Dersleri**, Cilt I, Manisa, Şafak, 1982.
- Yıldız, Ali Kemal : “Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri İle Suç Ve Ceza Yaratması”, **Çetin Özek Armağanı**, Haziran 2004, İstanbul, 1033-1056.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi : **1982 Anayasasında Ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, İstanbul, Beta, 1996.

#### **YARARLANILAN ELEKTRONİK KAYNAKLAR**

[www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

[www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

[www.kazancı.com.tr](http://www.kazancı.com.tr)

[www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)

[www.icrc.org](http://www.icrc.org)

[www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org)

[www.servad.unibe.ch](http://www.servad.unibe.ch)

[www.belgnet.com](http://www.belgnet.com)

[www.iuscomp.org](http://www.iuscomp.org)

[www.un.org](http://www.un.org)

UYAP Mevzuat Programı