

Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları

Doç. Dr. Yüksel METİN

*Süleyman Demirel Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi*

Öğr. Gör. Veysel DİNLER

*Hitit Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü*

I. GİRİŞ

Bir toplumda suç ve ceza koyma yetkisi, egemen olan güce aittir. Başka bir deyişle, toplumsal düzenin sağlanması amacıyla hangi davranışların suç olacağı ve karşılığında ne tür yaptırım göreceği, sadece devlet tarafından belirlenebilir. Günümüzde devletler, "suç ve cezada kanunilik" (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*) ilkesi gereğince, suçları ve cezaları kanunla belirlemektedir. Bu durumda suç ve ceza koyma yetkisi, devletin yasama fonksiyonunun bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle devletin cezalandırma yetkisi ve bunun sınırları, hem anayasa hukuku hem de ceza hukuku ile ilişkili bir konudur. Bu konunun teorisinin ve pratiğinin ülkemizde yeterince incelendiği söylenemez. Bu konudaki bilimsel çalışmalar yok denecek kadar azdır.¹

Devlet, sahip olduğu cezalandırma yetkisiyle, hukuk kurallarına uyulmasını sağlama, hukuki barışı tesis etme, toplumu ve bireyleri hukuki ihlallere karşı koruma görevini yerine getirir.² İç güvenliğin sağlanması, yani suç ve suçlulukla mücadele, hukuksal değerlerin etkin şekilde korunması ve devlet dışı kişi ve kurumların güç kullanmasının önüne geçilmesi, devletin meşru-

1 Suç ve cezalara ilişkin ilkelerden birini bağımsız olarak ele alan birçok eser olmasına rağmen, devletin cezalandırma yetkisi ve bunun sınırlarını bir bütün olarak inceleyen eser sayısı oldukça azdır.

2 Ivo Appel, **Verfassung und Strafe**, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1998, s. 19.

luk temelini ve devletin temel amacını oluşturur. Korku ve endişeden uzak bir yaşamın sağlanması, barış içinde birlikte yaşamın sürdürülmesini sağlayan kurallara uymayanlara karşı mücadele ve kişisel cezalandırma yönteminin ortadan kaldırılması, devletin sahip olduğu cebir tekeli ve cezalandırma yetkisi sayesinde gerçekleşmektedir. Devletin cezalandırma yetkisi, hukuk kurallarının uygulanmasını ve yasalara itaati sağlamak amacıyla devletin sahip olduğu yetkiyi ve hakkı ifade eder.³

Suçların ve cezaların neler olacağı ve cezaların miktarı konusunda, yasama organının takdir yetkisi bulunmakla birlikte, yasama organı bu yetkisini anayasa uygun kullanmak durumundadır.⁴ Anayasa Mahkemesi, devletin cezalandırma yetkisinin temelini adaletle sınırlı toplumsal yarar olarak görmektedir. “Ceza verme hakkının esasını, adaletle sınırlandırılmış toplumsal yarar düşüncesi oluşturur. Bunun doğal sonucu olarak da, yasa koyucu bir düzenlemeye giderken kamu yararını en az kişi yararı kadar düşünmek durumundadır. Kamu yararının takdiri ise Yasama Organının yetkisindedir. Ne var ki yasa koyucu kamu yararı düşüncesiyle eylemlere dilediği miktarda ceza saptamayacağı gibi, kişinin temel hak ve özgürlüklerini demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlayamaz. Yasa koyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını “hukuk devleti ilkesi” oluşturur.⁵

Federal Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında devletin cezalandırma yetkisini şöyle açıklamaktadır: “Ceza adaleti yoluyla hukuki barışın sağlanması, devletin en önemli görevlerinden biridir. Hangi eylemlerin suç teşkil ettiğinin belirlenmesi, faillerin yakalanması, suçlu olup olmadığının tespiti ve suçlu olduğuna karar verilenlerin cezalandırılması, ceza adaletini sağlayan organların görevidir. Bu amaçla suç işleyen kişiler hakkında yasada öngörülen koşullar altında ceza davası açılır, yargılama yapılır ve kanunda öngörülen cezalar hükmolunur.⁶ F. Alman Anayasa Mahkemesinin bir başka kararına göre, “devletin görevi, vatandaşlarının güvenliğini sağlamak ve onların devlet kurumlarının işleyişine olan inancını korumaktır.” Bu da “devletin cezalandırma yetkisini kullanmasını” gerektirir.⁷

Bireyleri hukuka aykırı saldırılara karşı koruyarak onlara hukuki güvenlik sağlamak, anayasa hukuku açısından devletin apriori bir temel yükümlülüğü olduğu gibi, aynı zamanda temel amaçlarından biridir. Kuşkusuz hukuka riayet yalnızca cezalandırma yoluyla sağlanamaz. Birlikte yaşama ve hukuk bilincinin güçlendirilmesi, sosyal çatışmalara neden olan koşullar ve olaylar hakkında toplumun bilgilendirilmesi, insanları suça yönelten nedenlerle mü-

3 Edzard Schmidt-Jortzig, “Grenzen der staatlichen Strafgewalt”, P. Badura/E. Dreier (Hrsg.), **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht**, Bd. 2, Tübingen 2001 s. 505.

4 Ersan Şen, **1962–1997 Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 1998, s. 9.

5 AYM, E. 1990/35, K. 1991/13, K.T. 6 Haziran 1991.

6 BVerfGE 51, 324 (343).

7 BVerfGE 29, 189 (194); Aynı yönde kararlar için bkz. BVerfGE 33, 367 (383); 77, 65 (76).

cadele ve insanları kendilerini korumak üzere önlemler almaya teşvik etmek veya özel hukuk alanındaki tazminat müessesesini etkinleştirmek, hukuk düzeninin sağlanması ve korunmasına yardımcı olacaktır. Ancak, ne yapılırsa yapılsın, devletin cezalandırma yetkisini kullanması kaçınılmazdır.⁸ Devletin, güvenliği ve düzeni sağlamak üzere hukuka aykırı hareket eden veya suç işleyen kişileri cezalandırma yoluna gitmesi tartışmasız olduğuna göre, cevaplandırılması gereken esas soru, devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarının ne olduğu sorusudur.

Devletin cezalandırma yetkisinin çerçevesinin belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Ceza hukuku bir yandan temel hak ve özgürlükleri korurken, diğer yandan da bunların sınırlandırılması işlevini görür. Bu yönüyle ceza hukuku siyasal iktidarların elinde her zaman çok önemli bir silah olmuş; asıl işlevi “koruma” olması gereken bu hukuk alanı, bazen “yok etme”, “bastırma” veya “sindirme” aracı olarak kullanılabilmiştir.⁹ Bu nedenle devletin cezalandırma yetkisini hukuk devletinin gereklerine uygun ve insan haklarına saygılı bir şekilde kullanmasını sağlayacak düzenlemelere ve mekanizmalara ihtiyaç bulunmaktadır.

Bu çalışmanın amacı, devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarını ortaya koymaktır. Devletin cezalandırma yetkisinin sınırları; hukuki düzenlemeler, doktrindeki görüşler ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında incelenecektir. Ayrıca çalışmayı zenginleştirmek ve farklı yaklaşımları ortaya koymak adına Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından yararlanılacaktır.

II. CEZALANDIRMA YETKİSİNİ KULLANIRKEN DEVLETİN ANAYASA İLE BAĞLILIĞI

Devlet, cezalandırma yetkisinin tek kullanıcısı ve ötesi, zorunlu kullanıcısıdır. Devlet, sahip olduğu cezalandırma yetkisiyle, hukuk kurallarına uyulmasını sağlama, hukuki barışı tesis etme, toplumu ve bireyleri hukuki ihlallere karşı koruma görevini yerine getirir.¹⁰ Cezalandırma doğrudan bazı hak ve özgürlüklerin kısıtlanması demektir. Başka bir anlatımla, cezalandırma ne amaçla¹¹ yapılırsa yapılsın, sonuçta cezaî yaptırım, bazı temel hak ve

8 Schmidt-Jortzig, s. 506.

9 Türkan Yalçın Sancar, “Ceza Hukukunda ‘Özgürlükçü’ ve ‘Baskıcı’ Yaklaşımlar-Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ‘Kaboğlu-Oran’ Kararı”, *Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 402.

10 Appel, s. 19.

11 Ceza hukukunda cezalandırmanın amacına yönelik çok sayıda görüş ve teori ortaya atılmıştır. Bunları genel olarak, cezayı mutlak bir amaç olarak suç sayılan eylem için verilmiş bir karşılık, bir kefarete gören mutlak ceza veya mutlak adalet teorileri, cezayı suçları önleyici ve suçluları ıslah edici bir yöntem olarak gören faydacı yaklaşım (nispici ceza teorileri) ve her iki yaklaşımı birlikte değerlendiren karma (uzlaştırıcı) yaklaşım olarak özetleyebiliriz. Genel olarak bu yaklaşımlardan, karma yaklaşım hariç, sadece birinin salt olarak benimsenmesi söz konusu değildir. Bu konuda ayrıntı için bkz. Nur

özgürlüklerin sınırlandırılması olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda demokratik anayasal devlette suç ve cezaya ilişkin -en azından- temel esasların anayasada belirlenmesi ve güvenceli olması da kaçınılmaz olmaktadır.

Demokratik anayasal devlette, devlet iktidarı kuşkusuz sınırsız değildir. Aksine devlet iktidarı, anayasalarda yer alan birçok hükümlerle büyük ölçüde sınırlandırılmıştır. Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerinin sonucu olarak, devlet organları her türlü eylem ve işlemlerinde anayasaya bağlı olmak ve uymak durumundadır. Aksi takdirde anayasanın güvence normu olmasının bir anlamı olmazdı. Dolayısıyla cezalandırma yetkisini kullanacak olan devlet organının/organlarının anayasa ile bağlı olması gerekir. Bu sınırlar, devletin cezalandırma yetkisi için de geçerlidir.

Anayasaya bağlılık, cezalandırma yetkisini kullanan yasama organı açısından iki ayrı zorunluluk getirmektedir. Öncelikle kanun koyucu, suç ve cezalara ilişkin anayasal hükümlere uymak zorundadır. İkinci olarak, doğrudan cezalandırmaya yönelik olmamakla birlikte, anayasa koyucunun, üstün norm yoluyla güvenceye aldığı hukuki değerlerin, ceza normu yoluyla ihlali mümkün değildir. Başka bir anlatımla, kanun koyucu anayasal güvencelerle bağlıdır ve anayasa tarafından sağlanan güvenceleri, ceza normu yoluyla ortadan kaldırması söz konusu olamaz.

Çağdaş anayasalar, hukuk devleti ilkesini tam anlamıyla gerçekleştirmek ve temel hak ve özgürlükleri daha güvenceli kılmak üzere, ceza hukukunun temel ilkelerini doğrudan anayasada düzenleme yoluna gitmişlerdir. Anayasada yer alan bu ilkeler, devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarını oluşturur. Anayasa Mahkemesi de verdiği kararlarla bu sınırları daha belirgin hale getirir. Bu nedenle devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarının tespitinde anayasa mahkemelerinin yaklaşımı ve tutumu büyük önem arz etmektedir.

Anayasa Mahkemesi birçok kararında cezalandırma yetkisini kullanan yasa koyucunun anayasayla bağlılığını şu ifadelerle açıklamıştır: “Yasa koyucu, ceza hukuku alanında yetkisini kullanırken toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerde ceza yaptırımları ile karşılaşmaları gerektiği ve hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu alandaki takdir yetkisi sınırsız olmayıp yasa koyucu, Anayasa’ya ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle bağlıdır.”¹²

Devletin cezalandırma yetkisinin anayasal sınırlarından söz ederken üç temel husus üzerinde durmak gerekecektir. Birinci sınır, maddi ceza hukukuna

Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce’ye Armağan, İzmir, 2001, s. 337–372; Fatma Karakaş, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010; Sururi Aktaş, “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, EÜHFD, C. XIII, S. 1–2, 2009, s. 1–25; İlhan Üzülmöz, “Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri (Ceza Hukukunda Okullar Mücadelesi)”, EÜHFD, C. V, S. 1–4, 2001, s. 259–294.

12 AYM, E. 2005/15, K. 2008/2, K.T. 3 Ocak 2008.

özgü anayasal güvencelerdir. İkinci sınır ise, anayasanın tanıdığı temel haklar ve özgürlüklerin sonucu olarak pozitif düzenleme yükümlülüğünü ortaya çıkaran, hak temelli sınırlardır. Son olarak, diğer bütün haklar ve kurumlarda olduğu gibi, devlet organlarının cezalandırmaya ilişkin siyasetinde de etkili olan anayasal ilkelerdir.

III. MADDİ CEZA HUKUKUNA ÖZGÜ ANAYASAL GÜVENCELER

Anayasaların getirdiği güvencelerin bir kısmı ceza-adalet sistemine ilişkindir. Esas itibarıyla bu ilkelerin çoğu kişi güvenliği ve adil yargılanmayla ilgili olarak daha çok ceza muhakemesi hukukuna ilişkindir. Bununla birlikte dünya anayasalarında özellikle ceza ihdasına yönelik olarak, bazı maddi ceza hukuku ilkelerine rastlanmaktadır.

1982 Anayasasının 38. maddesi¹³, “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” kenar başlığını taşır. Biri mülga olmak üzere toplam 12 fıkradan oluşan bu maddede, daha çok maddi ceza hukukuna özgü birtakım güvencelere yer verilmektedir. Ceza normları söz konusu olduğunda, anayasa koyucunun doğrudan suç ve ceza ihdasına, başka bir deyişle ceza-adalet sistemine ilişkin ortaya koyduğu temel ilkeler gelmektedir. Zira anayasa koyucu, ceza normlarının ihdasında yasa koyucuya bu temel ilkelere uymasını emretmektedir.

Türk Anayasası açısından cezalandırmanın temel ilkeleri, suç ve cezaların yasallığı, suç ve cezanın şahsiliği ile yasaklanan ceza yaptırımları olmak üzere üç başlık altında incelenecektir.

Alman hukukunda anayasa hukukunun ceza ve ceza muhakemesi hukukuna doğrudan etkisi, anayasal ilkeler ve yazılı olmayan anayasal ilkeler çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu ilkelerden ilki olan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, Anayasa m. 103/2’de, “bir eylem, ancak işlenmesinden önce cezası yasayla belirlendiği takdirde cezalandırılabilir” şeklinde ifade edilmiştir. Alman hukukunda bu ilkenin; örf ve adet hukukunun geçersizliği, belirlilik ilkesi,

13 Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. (Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md.)

Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Ceza sorumluluğu şahsîdir. (Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md.) Hiç kimse, yalnızca

sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden

alıkonulamaz. (Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md.; Mülga: 7/5/2004-5170/5 md.) (Değişik:

7/5/2004-5170/5 md.) Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.

İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz.

Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.

(Değişik: 7/5/2004-5170/5 md.) Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği

yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.

geçmişe etkili olma yasağı ve kıyas yasağı olmak üzere dört unsuru içerdiği kabul edilmektedir. İkincisi, yasal usule göre dinlenmek hakkıdır: "Herkes, mahkemede, yasal usule göre dinlenmek hakkına sahiptir" (GG m. 103/1). Üçüncüsü, çifte cezalandırma yasağıdır: "Hiç kimse, genel ceza yasalarına göre, aynı eylemden dolayı, birden fazla cezalandırılmaz" (GG m. 103/3). Dördüncüsü, idam cezası yasağıdır (GG m. 102). Beşincisi, kusursuz ceza olmaz ilkesidir. Ceza kanununda düzenlenen, ancak Anayasada açıkça öngörülme-yen bu ilkeyi Federal Alman Anayasa Mahkemesi, GG m. 20/3'te yer alan hukuk devleti ilkesinden türetmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi ayrıca hukuk devleti ilkesinden suçsuzluk karinesini ve şüpheden sanık yararlanır ilkesini de türetmiştir.

A. Suç ve Cezaların Yasallığı

Anayasa hukuku, ceza ve ceza muhakemesi hukukunu birçok yönden doğrudan etkilemektedir. Bu bağlamda anayasalarda yer alan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, en başta zikredilmesi gereken bir ilkedir. Bireylerin özgürlüklerini kısıtlama yetkisinin pratiği olan ceza hukuku alanının sınırsızca kullanılmasının önüne geçilmesi, çağdaş hukuk devletlerinin geldiği en önemli aşamadır.¹⁴ Suçların ve cezaların kanuniliği Aydınlanma döneminde dile getirilmeye başlanmıştır. İlk defa 1776 Maryland Anayasasında¹⁵ ve 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 8. maddesinde düzenlenen ve doğal hukuktan türetilen suç ve cezaların kanuniliği ilkesi günümüzde uluslararası insan hakları sözleşmelerinin ve anayasaların temel bir ilkesi haline gelmiştir.¹⁶ Günümüzde en önemli insan hakları belgeleri kabul edilen Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde kanunilik ilkesi yer almaktadır. Bu ilke 19. yüzyılın ortalarında Feurbach tarafından, Latince *nullum crimen, nulla poena sine lege* şeklinde formüle edilmiş ve o dönemden bugüne kullanılmaktadır.¹⁷

Ceza hukukunun önemli ilkelerinden sayılan kanunilik ilkesi, bireyin özgürlüğünün sınırlarını önceden bilmesi gerektiğiyle ilgilidir. Bu ilke kişilerin toplum içi davranışlarını buna göre düzenleme olanağını vermesi yönünden bireysel özgürlüğün en esaslı güvencesidir.¹⁸

Kanunilik ya da daha açık bir söyleyişle, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi

14 Nedim Bekri, "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri ile Uluslararası Ceza Hukuku Uygulamalarındaki Durumu", *Adalet Dergisi*, S. 38, 2010, s. 59.

15 Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 57.

16 İlkenin tarihsel gelişimi ve yer aldığı anayasalar ile uluslararası belgeler için bkz. Berki, s. 70 vd.

17 Doğan Soyaslan, *Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi*, Kazancı, Ankara, 1990, s. 26; Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010, 2. baskı, s. 22.

18 Önder, s. 56; Hafızoğulları/Özen, s. 21; Kayıhan İçel/Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku (Genel Kısım)*, 5. baskı, İstanbul 2006, s. 81.

ve doğurduğu sonuçlar konusunda doktrinde tam olmasa da görüş birliği söz konusudur. Buna göre, suç ve cezalar ancak kanunla ihdas edilebilir. Kimse işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Bu aynı zamanda suç ve cezaların kanunda açıkça belirtilmesini gerektirir. Kimseye işlediği zaman suç olan fiil için öngörülen cezadan fazlası verilemez. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilemez. Ceza kanununun uygulamasında kıyas veya kıyasa yol açacak şekilde geniş yorum ile hâkimin kanun yaratması yasaktır.¹⁹

Suç ve cezada kanunilik ilkesi, temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale oluşturan, suçların cezalandırılması faaliyetinde, bireylerin keyfiliğe karşı korunmasında en önemli güvencedir.²⁰ Nitekim Anayasa Mahkemesi birçok kararında kanunilik ilkesinin vazgeçilmez bir güvence fonksiyonu olduğunu ifade etmektedir. "...Ceza Hukuku alanında uzun bir gelişim evresinden geçerek oluşan cezaların yasallığı ve ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkeleri, gerek toplum, gerek kişiler yönünden bir güvence olma niteliğini kazanmıştır..."²¹

Kanunilik ilkesi, suç ve cezaların kanunla belirlenmesi, aleyhteki ceza hükümlerinin geçmişe etkili olmaması, ceza hukukunda kıyas yasağı, suç ve cezaların belirliliği gibi unsurlara sahiptir. Ayrıca, insan hakları ve demokratik anayasal haklara aykırı ceza kanunu yapılmaması, kanunilik ilkesinin diğer bir özelliğidir.²²

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, dört temel güvenceyi içerir:²³

- Suçun *yazılı bir* kanunla ihdası – İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilememesi ve örf adet hukukunun geçersizliği – (*nulla poena sine lege scripta*),

- Geçmişe etkili olma yasağı (*nulla poena sine lege praevia*),

- Belirlilik ilkesi (*nulla poena sine lege certa*),

- Kıyas yasağı (*nulla poena sine lege stricta*).

19 Önder, s. 59-69; Berki, s. 60-66; Hüsamettin Uğur, "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 91, 2010, s. 303-304.

20 Berki, s. 58.

21 AYM, E. 1980/63, K. 1980/68, K.T. 11 Aralık 1980.

22 Berki, s. 58.

23 Önder, s. 59-60. Anayasa Mahkemesi de birçok kararında doktrindeki yaklaşıma paralel olarak kanunilik ilkesini unsurlarıyla açıklamaktadır. Örnek için bkz. AYM, E. 2006/17, K. 2009/33, K.T. 26 Şubat 2009: "Anayasanın 38. maddesinin birinci fıkrasında kimsenin, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı ve kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği belirtilmektedir. Suç ve cezada kanunilik ile geçmişe uygulama yasağı olarak ifade edilen ve hukuk devleti ilkesinin gerekleri arasında sayılan bu ilkeler yanında kıyas yasağı ile belirlilik ilkesi de bulunmaktadır. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup kişinin, yasada hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir kesinlik içinde bilebilmesini ifade eder."

1. Suç ve Cezanın Kanunla Konulması (İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza İhdas Edilememesi ve Örf Adet Hukukunun Geçersizliği)

Suç ve cezalar sadece kanuna dayanabilir. Burada şekli kanun maddi kanun tartışması yersizdir ve kastedilen yasama organı tarafından belli bir usule göre ihdas edilen ve yürürlüğe giren şekli kanundur. Ceza kanunu yazılı bir kanun olmalıdır. Yazılı olmayan kanunların bulunduğu bir toplumda standart uygulama olamaz. Aynı şekilde, yasaların yazılılığı onları genel irade dışında bir irade tarafından değiştirilmesinin önüne geçer.²⁴ Başka bir anlamıyla, suç ve ceza yaratma yetkisi, yasama yetkisini devretmeyecek olan yasama organına aittir.²⁵

Kanunilik ilkesinin sonuçlarından biri idarenin düzenleyici işlemleriyle ceza normu ihdas edilememesidir. 5237 sayılı TCK'nin 2. maddesinin ikinci fıkrasında "idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz" denilerek, Türk hukukunda açıkça yasaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin ceza öngören bazı maddelerini "...Anayasa'nın 38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür" gerekçesiyle iptal etmiştir.²⁶

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin katı uygulaması bazı mahzurları beraberinde getirmiştir. Suçluluğun artışı, işleniş şekilleri, cezanın failin kişiliğine uydurulması gereği, yasama organının yavaş çalışması ve olağanüstü haller gibi sebeplerle bu ilkenin katılığı eleştirilmiştir; yasama organı, yürütme ve yargı organı lehine yetkiler vermeye zorlanmıştır.²⁷ Bu durum açık ceza normları denen normların ortaya çıkmasına sebep olmuş ve bunların idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulabileceği kabul edilmiştir.²⁸ İdarenin düzenleyici işlemleriyle eksik ceza normları tamamlanamaz. Ancak idarenin düzenleyici işlemleriyle açık ceza normları doldurulabilir ve bu durumda idarenin düzenleyici işlemleri ceza normunun kaynağını oluşturur.²⁹

24 Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (çev: Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara, 2004, s. 42.

25 Berki, s. 60-61.

26 AYM, E. 2005/15, K. 2008/2, K.T. 3 Ocak 2008.

27 Soyaslan, s. 26-27; Hafızoğulları/Özen, s. 20.

28 Hafızoğulları/Özen, s. 20.

29 Hafızoğulları/Özen, s. 26.

1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununun 1. maddesi uyarınca muzır olan neşriyatın ne olduğunun üyeleri Başbakanlık tarafından atanan bir kurula veriliyor olması, Anamuhalefet partisi tarafından, yasama yetkisinin devri olarak görülerek, iptal davasına konu edilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise, "Bu yasal düzenlemeler, yasama yetkisini Türk Milleti adına kullanan Türkiye Büyük Meclisi tarafından yapılmış olup, Anayasa'nın "Ailenin korunması" başlığı altındaki 41. maddesinin ve "Gençliğin korunması" başlığı altındaki 58. maddesinin Devlete yüklediği ödevlerin yerine getirilmesini amaçlamaktadır. Bu düzenlemelerde yer alan kuralların uygulanmasında belli kurul ya da mercilerin görevlendirilmiş olmasının, iptal isteminde ileri sürülen savlar doğrultusunda "egemenliğin bir ürünü olan yasa koymak, toplum fertlerini bağlayan kurallar koymak...", dolayısıyla egemenlik hakkını devretmiş olmak biçiminde sonuç doğuracağını kabul etmek mümkün değildir." diyerek, bu durumu anayasaya uygun bulmuştur.³⁰

Anayasa Mahkemesine göre, suç ve cezanın kanuniliği ilkesi, suça uygulanacak yaptırım için her türlü durumun, kanun koyucu tarafından belirlenmesinin zorunlu olduğunu vurgulamaktadır. "Hukukumuzda cezanın yasallığı ilkesi, bir suça uygulanacak yaptırımın ve buna ilişkin sınırların, hafifletici ve ağırlaştırıcı unsurların yasa koyucu tarafından kurala bağlanmasını zorunlu kılmaktadır."³¹

Ankara 3. Asliye Ceza Mahkemesinde görülmekte olan bir davada, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanunun, değişik 1. maddesini³² yasama yetkisinin Bakanlar Kuruluna devrine cevaz verdiği şeklinde yorumlayarak, yasama yetkisinin devredilemeyeceği hükmünü kapsayan [1961] Anayasa'nın 5. maddesine; ayrıca kanunun hükmi şahısların da cezalandırılacaklarını kabul etmiş olması nedeniyle, suçların kanuniliğini ve ceza sorumluluğunun şahsi olduğunu hükme bağlayan [1961] Anayasa'nın 33. Maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi ise, kanuni düzenlemeyi itiraz yoluna başvuran mahkemeden farklı değerlendirerek; açık norm uygulamasını Anayasaya (ve kanunilik ilkesine) uygun bulmuştur. "Anayasamız yasama yetkisini, yürütme görevini, yargı yetkisini ayrı ayrı organlara vermekle Anayasa Komisyonu raporundaki tabirle yumuşak kuvvetler ayrılığı esasını kabul etmiştir. Buna göre şüphesiz yasama organı kanun yapma yetkisini başka ellere bırakamaz. Bu prensip Anayasanın 5. maddesinde açıklanmıştır. Yasama organı, herhangi bir sahayı Anayasaya uygun olması şartı ile düzenleyebilir. Bu düzenlemede bütün ihtimalleri göz önünde

30 AYM, E. 1986/12, K. 1987/4, K.T. 11 Şubat 1987.

31 AYM, E. 1995/20, K. 1996/4, K.T. 1 Şubat 1996.

32 Madde metni şöyledir: "Kambiyo, nücut, esham ve tahvilât alım ve satımının ve bunlarla kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarayan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk Parasının Kıymetinin Korunması zımında kararlar ittihazına İcra Vekilleri Heyeti salahiyyetlidir."

bulundurarak teferruata ait hükümleri de tespit etmek yetkisini haiz ise de; zamanın gereklerine göre sık sık tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konulmasına lüzum görülen hallerde, yasama organının, yapısı bakımından, ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler almasının güçlüğü karşısında esaslı hükümleri tespit ettikten sonra ihtisasa ve idare tekniğine taallük eden hususların düzenlenmesi için Hükümeti görevlendirmesi de yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Şu hale göre; bu durumu yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı anlamına almak doğru olamaz. İtiraz konusu 1567 sayılı kanunun 1. maddesiyle kanun koyucu Hükümetin hangi sahayı düzenleyeceğini tespit etmiştir. Bunlar da; kambiyo, nükut, esham ve tahvilât alım ve satımının ve bunlarla kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi sağlayan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracını veya memlekete ithalini tanzim ve tahdit etmek ve Türk Parasının Kıymetinin korunması zımında kararlar almaktır. Bu hükümlerle düzenlemenin yönü tâyin ve esası tespit olunmuştur... 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. Yürütme organının çıkaracağı ve tatbik koyacağı kararlarla maksat dışına çıkıp çıkmadığının tâyini, kanunun Anayasa'ya aykırı olup olmadığının tespiti bakımından önem taşımaz. Çünkü bu takdirde kararın kanuna aykırılığı söz konusu olur. Bu hal, Anayasa'nın 114. maddesi uyarınca kazaî denetime tabidir. Yukarıda yazılı sebeplerle; 1567 sayılı kanunun 1. maddesinin Anayasa'nın 5. maddesine aykırı olduğu iddiası yerinde görülmemiştir.³³ Benzer bir karar, (mülga) 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Kanun ile ilgili olarak verilmiştir. İtiraz yoluna başvuran Çanakkale Asliye Ceza Mahkemesi Anayasanın bir fiilin suç vasfını tâyin ve tespit etmek yetkisini teşrii kuvvete bıraktığını, ancak mevcut davada sanığa isnat olunan fiilin ilgili kanunun ek 2. maddesinin Hükümete tanıdığı yetkiye dayanılarak Hükümetçe çıkarılan 4/10347 sayılı kararla tespit edildiğini, bunun anayasanın yasama yetkisinin devredilmesini yasaklayan maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi aşağıdaki gerekçeyle, itirazın reddine karar vermiştir: "Yeni Anayasa'mız yasama yetkisini, yürütme görevini, yargı yetkisini ayrı ayrı organlara vermekle Anayasa Komisyonu raporundaki tabirle yumuşak kuvvetler ayrılığı esasını kabul etmiştir. Buna göre şüphesiz yasama organı kanun yapma kudretini başka ellere bırakamaz. Bu prensip, Anayasa'nın 5 inci maddesinde açıklanmıştır. Yasama organı kanun yaparken bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de tespit etmek yetkisini haiz ise de; zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konmasına lüzum görülen hallerde yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbir-

33 AYM, E. 1963/4, K. 1963/71, K.T. 28 Mart 1963.

leri almasının güçlüğü karşısında kanun koyucunun esaslı hükümleri tesbit ettikten sonra ihtisas ve idare tekniğine taallük eden hususların düzenlenmesi için Hükümete yetki vermesi yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Şu hale göre bu durumu yasama yetkisinin yürütme organına bıraktığı anlamına almak doğru olamaz.”³⁴

Anayasa Mahkemesi kanunu geniş yorumlamakta, Osmanlı döneminden kalan ve padişah tarafından çıkarılan nizamnameleri kanun kabul etmektedir. Bolvadin Asliye Ceza Mahkemesi tarafından yasak süre içinde balık avlamak suçunun görüldüğü davada Zabıtaî Saydiye Nizamnamesinde ceza yaptırımını belirlenmesi anayasaya aykırı görülerek, Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, “...Adı nizamname olmakla birlikte toplum için uyulması zorunlu, genel, soyut, sürekli ve konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikte kurallar kapsar; yani kanun değer ve gücündedir. Nizamname adını taşımasının, o çağda kanunla nizamname arasındaki ayırımın kesin olarak belirmemiş ve tüzük (nizamname) deyiminin henüz bu günkü anlam ve kavramıyla yerleşmemiş bulunmasından ileri geldiği söylenebilir. Zabıtaî Saydiye Nizamnamesi, daima bir kanun niteliği ile uygulanagelmiş; kimi hükümlerinin değiştirilmesi veya kaldırılması yahut yeni hükümler eklenmesi hep kanun çıkarılması yoluyla sağlanmıştır... Özetlenecek olursa Zabıtaî Saydiye Nizamnamesi kanun niteliğindedir. 25 inci maddesiyle ceza hükmü getirmesinde Anayasa’ya aykırılık yoktur.” sonucuna varmıştır.³⁵ Şen, bu kararı eleştirerek, her ne kadar nizamname dönemin yasa koyucusu padişah tarafından çıkarılmış olsa da bu günümüz yasama organının iradesini taşımadığından ve tüzük değerinde olduğundan, kanunilik ilkesine aykırı olduğu görüşündedir.³⁶

Bir eylem yalnızca yazılı bir kanuna dayanılarak cezalandırılabilir. Bir başka deyişle örf ve adet hukuku, bir cezanın dayanağı olamaz veya kanunda öngörülen cezadan başka bir cezanın hükmolunmasına yol açamaz.

Ceza hukuku alanında örf ve adet hukuku reddedilmemekle birlikte, örf ve adet hukuku doğrudan kaynaklar değil dolaylı kaynaklar arasında sayılmaktadır. Başka bir anlatımla örf ve adet hukuku ceza normuna değil, kanunun

34 AYM, E. 1962/198, K. 1962/111, K.T. 10 Aralık 1962. Üyelerden Rifat Göksu, İsmail Hakkı Ülkmén ve Ekrem Korkut çoğunluk görüşüne katılmayarak, karşı oy kullanmışlardır. “Kanunda takip edilecek siyasetin esas ve prensipleri belirtilmeden yürütme organına bu kadar mutlak ve geniş bir takdir yetkisi tanınmasını yürütme organını kanunun uygulanmasına taallük eden teferruatın tesbitiyle görevlendirme mahiyetinde değil, yasama sahasına giren bir yetkinin devredilmesinden başka suretle ifade ve izah etmek mümkün değildir. Zira emniyet bölgelerinin nerelerde ve ne kadar bir saha içinde ihdas olunabileceği, engelleme tedbirlerinin neler olabileceği, emniyet bölgelerinde ikamet eden şahısların hangi hallerde başka yerlere nakil ve iskân olunabileceği hakkında aydınlatıcı hükümler kanunda gösterilmeden Bakan’lar Kuruluna verilmiş olan bu yetki-ler bir genellik ve sınırsızlık ifade etmektedir...”

35 AYM, E. 1966/4, K. 1966/25, K.T. 3 Mayıs 1966.

36 Şen, s. 30.

uygulanmasından doğan teamüle kaynaklık oluşturmaktadır.³⁷ Ceza kanununun açıkça göndermede bulunduğu durumlarda, örf ve adet hukuku eksik bir hükmü tamamlaması bağlamında dolaylı kaynak olmaktadır. TCK'nin 26. Maddesinde düzenlenen hakkın kullanılması ve mağdurun rıza göstermesi ve özellikle şerefe karşı suçlarda, sarf edilen sözlerin aşağılayıcı olup olmadığının belirlenmesi örf ve âdete göre olur.³⁸ Aynı şekilde örf âdetin kimi durumlarda ceza kanunun yorumunda araç olarak kullanılabilen doktrinde kabul edilen bir düşüncedir. Nitekim bazı fiillerin anlamı mekâna ve zamana göre değişiklik gösterebilir. Bu durumlarda, örf ve adet yardımcı bir kaynak olarak ortaya çıkmaktadır.³⁹ Alman hukuk öğretisinde failin lehine olan örf ve adet hukukunun uygulanması meşru görülmektedir. Örnek olarak, mağdurun rızasının ilke olarak yaralama suçu dışında da örf ve adet hukukuna dayanan hukuka uygunluk sebebi olarak tanınması gösterilmektedir.⁴⁰

2. Suç ve Cezaların Geçmişe Yürümemesi

Bir ceza hükmü ne geçmişe etkili olacak şekilde yürürlüğe sokulabilir ne de geçmişe etkili olacak şekilde ağırlaştırılabilir. Ancak geçmişe etkili olma yasağı, yalnızca maddi ceza hukuku bakımından geçerli olup, ceza muhakkemesi veya cezaların infazında geçerli değildir. Ancak failin lehine olan kanun geçmişe etkilidir.

Geçmişe etkili olma yasağı, Türk Ceza Kanununun 7. maddesinde açıkça öngörülmüştür. Buna göre, eylemin gerçekleştiği andaki kurallar geçerli olur. Bununla birlikte, maddenin ikinci fıkrasına göre, failin lehine olan kanun geriye yürür. Alman hukuk öğretisinde zamanaşımı sürelerinin geçmişe etkili olacak şekilde uzatılmasının meşruluğu tartışmalıdır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi bu yönde bir düzenlemeyi esas itibarıyla meşru bulmaktadır.⁴¹

3. Suç ve Cezaların Belirliliği

Belirlilik ilkesi, hukukun her alanında geçerli olan temel bir ilkedir. Kuşkusuz bu ilkenin ceza hukuku bakımından taşıdığı önem daha fazladır. Nitekim ceza hukukunda belirlilik ilkesi Anayasamızda özel bir düzenlemeye konu olacak düzeyde önemsenmiştir.⁴²

Cezalandırmada keyfiliği önleyen suçların ve cezaların belirliliği ilkesi, ceza hukukuna ilişkin kanun metinlerinin yani suçun unsurlarının ve karşılı-

37 Yasemin Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 62.

38 Hafizoğulları/Özen, s. 25.

39 Hafizoğulları/Özen, s. 25.

40 Bernd Heinrich, **Strafrecht , Allgemeiner Teil**, Bd. 1, 2. Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2010, Rn. 26.

41 BVefGE 25, 269 (286).

42 Osman Can, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", **AÜEHFD**, Yıl 2005, Cilt IX, Sayı 1-2, s. 95.

ğindeki ceza ile ağırlatıcı nedenlerin “*vasat bir anlayışa*” sahip kişilerde tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça düzenlenmesini ifade eder.⁴³

Ceza kanunları hem hangi eylemlerin suç teşkil edeceği hem de bu eylemlerin hukuki sonuçları açısından asgari düzeyde belirgin ve açık olmak zorundadır. Belirlilik ilkesinin muhatabı yasa koyucudur. Bu ilke uyarınca yasa koyucu, suçun unsurlarını açıkça göstermek suretiyle cezalandırmanın koşullarını somut olarak düzenlemek durumundadır.⁴⁴ Böylelikle bireyler bir taraftan yargıcın keyfi işlemlerine karşı korunmakta, öte yandan ceza hukuku normlarının izin verdiği alanın sınırlarını öğrenmektedirler.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin süreklilik kazanmış içtihadına göre, yasa koyucu, cezalandırılabilirliğin koşullarını, suçun unsurlarının kapsamı ve uygulama alanı anlaşılabilir ve yorum yoluyla tespit edilebilir şekilde, somut olarak tanımlamakla yükümlüdür. Ancak suçun unsurlarının belirli olması zorunluluğu, hâkimlerin yorum yapmasını gerektirecek kavramların kullanılmasına engel değildir. Bu nedenle eşyanın tabiatı icabı, kimi durumlarda bir eylemin yasadaki suç tanımına uyup uymadığı kuşkusunu ortaya çıkabilir. Bununla birlikte kural olarak bir eylemin cezalandırılabilir nitelikte olup olmadığı, normun muhatabı olan bireyler tarafından yasal düzenlemeden hareketle öngörülebilir. En azından tereddüt halinde cezalandırılabilirlik riski bulunduğu görülebilmesi gerekir. Ceza yargılaması bakımından yasal belirlilik ilkesinden kıyas yoluyla suç yaratma yasağı çıkmaktadır. Suç ve cezalara ilişkin bir hükmün lafzı, yargısal yorumun sınırlarını çizer. Federal Alman Anayasası'nın suç ve cezaların kanuniliği ilkesini düzenleyen 103. maddesinin 2. fıkrası, bireyler için ceza tehdidinin öngörülebilirliğini güvence altına almak istediği için, yorumun sınırı bu hükmün amacı ışığında belirlenmelidir.⁴⁵

Anayasa Mahkemesi belirlilik ilkesini kanuniliğin önemli bir unsuru olarak görmekte ve güvence fonksiyonu için vazgeçilmez olarak ileri sürmektedir: “Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup kişinin, yada hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir kesinlik içinde bilebilmesini ifade eder.”⁴⁶ Başka bir kararda ise belirlilik ilkesi şöyle açıklanmaktadır: “Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçun yasallığı”, üçüncü fıkrasında da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek, “cezanın yasallığı” ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın

43 Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku-Genel Kısım**, C. 1, Beta Yayınları, İstanbul 1994, s. 20.

44 BVerfGE 25, 269 (285); 73, 206 (234); 75, 329 (341).

45 BVerfG, 2 BvR 1290/99, 12.12.2000, prg. 19.

46 AYM, E. 2006/17, K. 2009/33, K.T. 26 Şubat 2009.

38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır."⁴⁷

Kanunilik ilkesi sadece suç ve cezanın kanunla koyulmasını değil, aynı zamanda bunun açık, bilinebilir ve anlaşılabilir olmasını gerektirmektedir. Cezanın herkes tarafından önceden bilinmesini sağlayacak ölçütün öngörülmesi gerekir⁴⁸ Bir başka kararda da belirlilik ilkesinin önemini vurguladıktan sonra, belirli olmadığına kanaat getirdiği yasa normunu iptal etmektedir. "Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörülebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar... Kuralda, hangi eylemin gerçekleşmesi halinde suçun oluşacağı yani suçun unsurlarının neler olduğunun belirlenmesi TFF'nun takdirine bırakılmakta, böylece ceza yaptırımını uygulanmasını sağlayacak eylemler Yasa'da belirtilmemekte ve TFF'nun belirlediği usul ve esaslara bağlanmaktadır. Öte yandan, itiraz konusu kuralda suç oluşturan fiiller belirlenmediğinden buna bağlı olarak "haksız ve yetkisiz" sözcükleri de belirsiz kalmaktadır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi, suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."⁴⁹

Anayasa Mahkemesi, belirlilik ilkesine verdiği öneme karşın bazı kararlarında belirliliği daha dar yorumladığı gözlenmektedir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 526. maddesinin birinci fıkrasının ihtiva ettiği "amme emniyeti" (kamu güvenliği), veya "amme intizamı" (kamu düzeni), sözcüklerin kesinlik taşımayan, yoruma muhtaç, özellikle sınıflı toplumlarda kişinin açısına göre değişiklik gösteren sözcükler olduğu, suçun kanunda tüm kanuni öğeleriyle birlikte belirlenmemişse "sucun yasallığı" ilkesine uyulmadığı gerekçesiyle iti-

47 AYM, E. 2010/116, K. 2011/118, K.T. 7 Temmuz 2011.

48 Şen, s. 43.

49 AYM, E. 2010/19, K. 2011/6, K.T. 6 Ocak 2011.

raz yoluna başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi kararında öncelikle “Türk Ceza Kanununun 526. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “amme emniyeti” (kamu güvenliği) “amme intizamı” (kamu düzeni) ve “mülhaza” gibi deyimler ve sözcükler itiraz yoluna başvuran mahkemenin kararında ileri sürüldüğü gibi kesinlik taşımayan yoruma muhtaç, kişilerin bakış açısına göre değişiklik gösteren sözcüklerden ibaret olmayıp tersine anlamlar uygulamalarla belirilmiş, hukuk ve Anayasa diline girmiş kavramlardır, örneğin Anayasa’nın değişik 11., 16., değişik 19., 28., değişik 29., ve değişik 46. maddelerinde, “milli güvenlik” “kamu düzeni”, ve değişik 15. maddesinde “kanunla yetkili kılınan merci” deyimlerinin kullanıldığı görülmüştür. Hukuk diline ve kanunlara girmiş ve üstelik bir kısmı Anayasada yer almış bu terimlerin anlamının yoruma muhtaç olduğundan ve kişilere göre değişebileceğinden söz edilerek ve bu gibi nedenlere dayanılarak kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülemediği şüphesiz[dir]” diyerek, ceza kanununda kullanılan bu tür ifadelerin yerinde olduğu kararına varmıştır.⁵⁰

Anamuhalefet Partisi TBMM Grubu “muzır neşriyatın” ne olduğunun belirlenmesini bir idari kurula bırakan 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununun bazı maddelerinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. İptal gerekçesinde ise, “Bu şekliyle muzır tesir yapacak neşriyat ve hatta maneviyat, kişilere göre, kişilerin anlayışlarına göre, subjektif yargılarla yorumlanabilecek bir nitelik taşımaktadır. Kişilerin anlayışlarına, birikimlerine, kültür yapılarına göre değişik anlamlar kazanan böyle genel kavramlar esas alınarak hak ve özgürlüklerde sınırlamalar yapmak ve hele hele bu kavrama aykırılık iddiasıyla cezalandırılmak mümkün değildir. Vatandaş neyin muzır olduğunu bilmek durumundadır. Bilinmeyen bir şeye aykırı davranmak iddiası ileri sürülemez. Çünkü, Kanunun suç saydığı durumun ne olduğu yasa da gösterilmemiştir. O halde, küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacak neşriyat veya eser gibi belirsiz bir kavrama göre hak ve özgürlüklerin kısıtlanması öncelikle hukukun üstünlüğüne, hukuk devleti anlayışına aykırıdır. Çünkü burada hakka ve hukuka subjektif yorumlar egemen olmaktadır. Bu nedenle, bu Yasanın 1 inci maddesi Anayasanın, Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2 nci maddesine, bu maddedeki; “Türkiye Cumhuriyeti... bir hukuk Devletidir.” ilkesine aykırıdır. Bu nedenle iptali gerekir...” denilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise kararında, “belirsizlik” ve “subjektiflik” iddiasını ortadan kaldıracak yeterli bir açıklamada bulunamamış; buna karşın iptal istemini reddetmiştir. “Görüldüğü üzere, davacının 1. maddeye yönelik savı, esas itibarıyla, (maneviyat” ve “muzır” kavramlarının belirsizliğinde ve subjektif yorumlara açık olduğu noktasında toplanmaktadır. Aslında, ileri sürüldüğü biçimde ve boyutta kavram belirsizliği söz konusu değildir. Çünkü 1. maddedeki “muzır” kavramının ifade tarzıyla uygulamada duraksamaları ve subjektif yorumlara dayalı eksik ya da yanlış kararları önleyebilecek açıklayıcı öğeleri, aynı Yasanın 2. maddesinin ikinci fıkrası ile göndermede bulunulan 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunundaki “Genel Amaçlar” ve “Temel İlkeler”de bulmak mümkün-

50 AYM, E. 1973/12, K. 1973/24, K.T. 7 Haziran 1973.

dür. Başbakanlık bünyesinde oluşturulan Kurul'un, basılmış eserlerin küçükler için "muzır" olup olmadığı hususunda yapacağı incelemede anılan "Genel Amaçlar"ı ve "Temel İlkeler"i göz önünde bulundurmak zorunluluğu vardır. Davacının dilekçesinde ileri sürdüğü "takdir" ya da "isteğe bağlılık" hali söz konusu olamaz..." Beden zihin, ahlak ruh ve duygu bakımlarından dengeli ve sağlıklı şekilde gelişmiş bir kişiliğe ve karaktere, hür ve bilimsel düşünme gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip, insan haklarına, saygılı, kişilik ve teşebbüse değer veren; topluma karşı sorumluluk duyan, yapıcı, yaratıcı ve verimli kişiler olarak..." yetiştirmeyi, Anayasa ile uyum içinde ve bir direktif kural halinde öngörülmüştür. Bu kurala aykırı bir yayın türü "muzır"ın sınırları içine girebilecektir.⁵¹

Belirlilik ilkesinin amacı, ceza kanunlarının hem caydırıcı hem de öğretici nitelikte olmasını sağlamaktır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi bu hususu kısa ve net olarak, "herkes, hangi eylemin yasak olduğunu ve yasaklanan bu eylemler için hangi cezaların öngörüldüğünü önceden bilebilmelidir" şeklinde açıklamaktadır.⁵² Bununla birlikte Federal Alman Anayasa Mahkemesinin belirlilik ilkesine ilişkin denetimde yüksek standartlar aradığı söylenemez.⁵³ Yerleşik içtihadında Mahkeme, geniş kapsamlı düzenlemeleri anayasaya aykırı bulmakta, yorum yoluyla açıklığa kavuşturulabilecek düzenlemeleri ise anayasaya aykırı bulmamaktadır.⁵⁴

Alman hukuk öğretisinde, kanunda suç teşkil eden bir eylemin tamamıyla genel bir hüküm şeklinde düzenlenmesinin belirlilik ilkesine aykırılık oluşturacağı tartışmasız kabul edilmektedir. Örneğin, "kamu yararına açıkça aykırı bir eylemde bulunan kimse, ... aydan ... yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" diyen bir hüküm, belirlilik ilkesine aykırıdır.⁵⁵

Ancak günümüzdeki farklı yaşam davranışlarının karmaşıklığı ve çeşitliliği karşısında somut olayda bir eylemin suç tanımına uygunluğunun tartışma yaratması kaçınılmaz hale gelmektedir. Bu noktada yasa koyucu ile yasayı yorumlayan arasında gerilimli bir ilişki ortaya çıkmaktadır: Yasa, hukuksal değerleri korumak üzere ne yapabilir, ne yapmalıdır, ne yapmak zorundadır? Bir başka deyişle, bir yasa, ona tabi olanların özgürlüklerini ölçüsüzce sınır-

51 AYM, E. 1986/12, K. 1987/4, K.T. 11 Şubat 1987. Üyelerden Mahmut Cuhruk bu görüşe katılmamıştır: "Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi suç sayılan eylemin bütün unsurlarıyla yasada belirlenmiş olmasını gerekli kılar. Bir aydan az süreli mevkutelerde ve eklerin de 18 yaşın dan küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapabilecek nitelikte yayın yapılmasını cezalandıran ve fakat unsurlarının ne olduğu belirlenmemiş bulunan Ek Madde 2 hükmü de Anayasa'nın 38. maddesine aykırı düşer."

52 BVerfG, 22.06.1988, 2 BvR 234/87, 2 BvR 1154/86.

53 Ingo Bott/Paul Krell, "Der Grundsatz „nulla poena sine lege“ im Lichte verfassungsgerichtlicher Entscheidungen", *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 6/2010, s. 695.

54 Örnek olarak bkz. BVerfGE 48, 48 (56).

55 Bott/Krell, s. 695.

landırmadan nasıl kaleme alınmalıdır?⁵⁶ Bu sorunun çözümü, hukuki gerçekliğin gittikçe karmaşık hale gelmesi nedeniyle zorlaşmaktadır. Teknoloji alanındaki ilerlemeler, modern bilimin gelişmesi, ceza hukukunun Avrupalılaşması vb. etkenler, yasa koyucuyu çok daha dikkatli olmaya zorlamaktadır.

4. Kıyas Yasağı

Kıyas yasağı, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin doğal bir sonucu olup, evrensel nitelikte bir ilkedir. Buna göre, kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Hâkimin rolü kanunu uygulamaktan ibaret olup; özel hukukta olduğu gibi, cezada pretor hukuku meydana getirilmesi söz konusu değildir.⁵⁷

Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz. Kıyas yasağı, “ceza kanunları dar yorumlanır” şeklinde de ifade edilmektedir. Kıyas yasağı ile meşru yorumun sınırları çizilmiş olmaktadır. Ancak, yasada, yasa koyucunun gözünden kaçan bir boşluk söz konusu olduğunda, failin lehine olacak şekilde kıyas yapılması mümkündür.⁵⁸

Ceza kanunlarının bireylere güvence sağlama işlevini yerine getirebilmesi için kıyas yasağına yer vermesi gerekir. Nitekim Türk Ceza Kanununda, kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla, kıyasa yol açacak şekilde geniş yoruma başvurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu hükümle ceza hukukunda genişletici yorum tümüyle yasaklanmamakta, sadece bu yorum biçiminin kıyasa yol açacak şekilde uygulanmasının önüne geçilmektedir.

Ceza hukuku normları, gerçek yaşamın çeşitliliğini hesaba katmak zorundadır. Bu nedenle ceza hukuku normları yorumlanabilir. Hatta bazen yorum elzemdır. Ancak suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, meşru yorumun sınırları aşılarak kıyas yoluna başvurulmasını ve böylece anayasaya aykırı bir uygulamaya gidilmesini yasaklamaktadır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre, Alman Anayasası'nın 103. maddesinin 2. fıkrasındaki “bir eylem, ancak işlenmesinden önce cezası yasayla belirlendiği takdirde cezalandırılabilir” hükmü, suçun unsurlarına ilaveler yapılmasına izin vermediği gibi, suçun unsurlarının genişletici şekilde yorumlanmasına da engel teşkil eder.⁵⁹

B. Suç ve Cezaların Şahsiliği

Anayasa Mahkemesi birçok kararında, “herkesin kendi eyleminden sorumlu olacağı, başka bir anlatımla başkalarının suç oluşturan eylemlerinden

56 Winfried Hassemer, “Gesetzesbindung und Methodenlehre”, ZRP, 2007, s. 213–219

57 Uğur, s. 303.

58 Hafızoğulları/Özen, s. 20.

59 BVerfGE 92, 1 (6).

dolayı kimsenin cezalandırılmayacağı” biçiminde tanımladığı “ceza sorumluluğunun şahsiliği”nin, bir anayasal ilke olduğu kadar, evrensel nitelikli bir temel ilke olduğunu vurgulamıştır.⁶⁰

Basın yoluyla yapılan hakaretlerde, mevkute sahiplerine de ceza sorumluluğu yükleyen düzenlemeleri karşısında, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 5680 sayılı Basın Kanunu ile 765 sayılı eski Türk Ceza Kanununun 481. maddesinin sekizinci fıkrasının “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi söz konusu hükümleri cezaların şahsiliğine aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. “Türk Ceza Yasası’nın 481. maddesinin yedinci fıkrasında hakaret suçunu işlediği iddia edilen kişinin ispat hakkını kullanması, ancak isnadı ispat edememesi durumunda kendisine Türk Ceza Yasası’nın 480. maddesi gereğince verilmesi gereken cezanın yansı kadar artırılarak ceza verileceği öngörülmüştür, itiraz konusu Türk Ceza Yasası’nın 481. maddesinin sekizinci fıkrasında ise, böyle durumlarda hakaret suçu yayın yoluyla işlenmiş ise “mekute sahibi, mekute olmadığı takdirde naşiri hakkında” ayrıca ceza öngörülmüştür. Hakaret ettiği iddia olunan kişilerin anayasal bir hak olan “ispat hakkını” kullanmaları ve isnadı kanıtlayamamaları durumunda mekute sahibi veya yayınlanan ceza tehdidiyle karşı karşıya bırakılmaktadır. Hakaret suçunu işlediği iddia edilen kişinin eyleminden dolayı sorumlu tutulması söz konusu olmayan, ancak sanığın ispat hakkını kullanması yüzünden bu hakkın kullanılması ile hiçbir ilgisi bulunmayan mekute sahibi veya yayınlanan cezalandırılması suç ve cezanın kişiselliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenlerle mekute sahibi veya yayınlanan kendi eylemlerinden değil, başkalarının eylemlerinden ceza sorumluluğu altına sokulmaktadır ki, bu biçimdeki bir düzenlemenin cezaların kişiselliği kuralını içeren Anayasa’nın 38. maddesine aykırılığı açıkça ortaya çıkmaktadır.”⁶¹

Anayasa Mahkemesi bir başka kararda, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 116. maddesindeki, trafik kural ve yasaklarına aykırı davranışları belirlenen ancak sürücüsü tespit edilemeyen araçlara, trafik zabıtasınca tescil plakasına göre ceza veya suç tutanağı düzenleme olanağı tanıyan kuralı, cezaların şahsiliği ilkesine aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesine göre, “cezaların kişiselliği kuralı gereğince bir kişi, sadece kendisine ait kusurlu fiilinden sorumlu tutulabilir. Bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılması veya bir eylemin asli veya ferî faili olmadan o eylemden sorumlu tutulması, Anayasa’nın 38. maddesinin yedinci fıkrası gereğince olanaklı değildir. 116. maddedeki sorumluluk, iradi ve kusurlu olan sürücünün eylemine dayanmaktadır. Ancak sürücünün kimliğinin belirlenmesinde, 116. maddede sayılan ihlallerin niteliğinden kaynaklanan güçlükler bulunduğundan, trafik ihlaline ilişkin tutanak, aracın tescil plakasına göre düzenlenmektedir. Ayrıca kural ihlali yapan ve sürücüsü tespit edilemeyen araçların, trafik zabıtası tarafından saptanabilecek plâkasından başka ayırt edici bir özelliğinin

60 AYM, E. 1991/2, K. 1991/30, K.T. 19 Eylül 1991.

61 AYM, E. 1991/2, K. 1991/30, K.T. 19 Eylül 1991.

bulunmadığı, ancak plâka ile de araç sahibine ulaşılabilceği açıktır. Dolayısıyla Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen düzenlemenin, gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan trafik sorunlarını zamanında ve etkin bir biçimde denetleyebilmek ve toplum hâlinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi amacıyla, demokratik toplumda zorunlu olarak getirilen uygulamalar olduğu kabul edilmelidir."⁶²

Anayasa Mahkemesi yeni tarihli bir başka kararında ise, nüfus ve aile cüzdanlarını kaybeden çocukların veli veya vasilerine verilen idari para cezasının Anayasada öngörülen suç ve cezalara ilişkin esaslara aykırı olup olmadığını incelemiştir. Anayasa Mahkemesi kararda öncelikle ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi kabahatler hukuku alanında da Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine uyulması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, yaptırımın ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerinin belirlenmesi gibi konularda yasa koyucunun takdir yetkisi vardır. Daha sonra Mahkeme, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 68'deki nüfus ve aile cüzdanlarını kaybeden çocukların veli veya vasilerine idari para cezası verilmesine ilişkin düzenlemenin cezaların şahsiliği ilkesine uygunluğunu incelemiştir. Anayasa Mahkemesine göre, "ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel kurallarındandır. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Başka bir anlatımla bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir. Yasa koyucu itiraz konusu ibarenin bulunduğu kuralı, nüfus işlemlerinin düzenli olarak kaydedilmesini, bu işlemleri bildirmekle görevli olanların yükümlülüklerini vaktinde yerine getirmelerini, nüfus ve aile cüzdanlarının korunması açısından gerekli dikkat ve özenin gösterilmesini sağlamak için kamu yararı amacıyla öngörmüştür. Bunun yanında yasa koyucu, veli veya vasilerin velayet ve vesayet hukuku çerçevesinde çocuklar üzerindeki sorumluluklarını, çocuğun nüfus cüzdanını korumada gerekli dikkat ve özeni gösteremeyeceğini ve idari para cezasını ödeme gücünün olmamasını da gözeterek, nüfus ve aile cüzdanının çocuk tarafından kaybedilmesi eyleminde, veli veya vasiyi sorumlu tutmuştur. Bu düzenlemenin de anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdirinde olduğu açıktır."⁶³

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, ceza sorumluluğunun şahsiliğini çok katı bir şekilde uygulamamakta, kamu yararı, kamu düzeni gibi haklı bir neden varsa bir kimsenin başkasının eylemlerinden dolayı cezalandırılmasını istisna olarak kabul etmekte ve yasa koyucunun bu konudaki takdir yetkisine çok fazla müdahale etmemektedir.

62 AYM, E. 2004/116, K. 2008/74, K.T. 6 Mart 2008.

63 AYM, E. 2011/105, K. 2012/38, K.T. 15 Mart 2012.

C. Anayasada Yasaklanan Ceza Yaptırımları

Anayasanın 38. Maddesinde ceza kanunlarında iki tür yaptırıma yer verilemeyeceği açık bir biçimde ifade edilmektedir. Bunlar ölüm cezası ve genel müsadere cezasıdır. Öte yandan anayasanın 17. maddesinde “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz*” denilerek, işkencenin veya eziyetin bir ceza yöntemi olarak kullanılmasının önüne geçilmiştir. Ayrıca insan haysiyetiyle bağdaşmayan cezaların verilmesi yasaklanmıştır. Kuşkusuz bu yasak, sadece uygulayıcılar için değil aynı zamanda suç ve cezaları düzenleyen yasa koyucu içindir.

Ölüm cezası 1926 tarihli 765 sayılı Türk Ceza Kanununun kabulünden, 2004 tarih ve 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun yürürlüğe girmesine kadar Türk hukuk düzeninde yer almıştır. 5218 sayılı Kanunun kabulünden önce, 2004 yılında 5170 sayılı kanun ile yapılan anayasa değişikliğiyle ölüm cezası Türk hukuk düzeninden tamamen kaldırılmıştır.⁶⁴ 2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ölüm cezasına hiç yer verilmemiştir.

Ölüm cezasının yürürlükte olduğu dönemde, cezanın Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulmuştur. 1963 yılında Türkiye İşçi Partisi tarafından Anayasa Mahkemesine iptal başvurusu yapılmıştır. Başvurucu parti dava dilekçesinde “...Anayasa’mızın, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği, kanunun kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamayacağı hükümlerini kapsayan 11 inci maddesiyle, herkesin, yaşama, maddî ve manevî varlığını geliştirme haklarına sahip bulunduğunu belirten 14 üncü maddesine dayanılarak kanunun her ne sebeple olursa olsun yaşama hakkının özüne dokunmaması gerektiği ve sözü geçen maddelerle konulan esaslara göre uzun yıllar mücadelesi yapılan ölüm cezasının kaldırılması prensibinin kabul edilmiş olduğu ileri sürülerek yaşama hakkının özünü ortadan kaldıran ölüm cezasının Anayasa’ya aykırı bulunduğundan...” diyerek, ölüm cezasının Anayasanın hak ve özgürlükleri sınırlandıran maddesine aykırı olduğunu öne sürmüştür. Buna karşın Anayasa Mahkemesi konuyu insan haklarıyla ilgili bulmamış ve AİHS’nin 2. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen yaşama hakkının istisnasına atıfta bulunarak, davayı reddetmiştir.⁶⁵

64 2001 tarih ve 4709 sayılı kanun ile yapılan anayasa değişikliğinde Anayasanın 38. maddesine “Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez.” fıkrası eklenmiştir. Bu fıkra 5170 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliğine kadar yürürlükte kalmıştır.

65 AYM, E. 1963/207, K. 1963/175, K.T. 1 Temmuz 1963. Anayasa Mahkemesine göre, “... Temel hak ve hürriyetlerin en başında gelen yaşama, maddî ve manevî varlığı geliştirme haklarını ve kişi hürriyetini 14 üncü maddenin birinci fıkrası ile teminat altına alan Anayasa koyucusu, müteakip fıkroda bu hak ve hürriyetlerle ilgili olarak koyduğu genel prensiple, kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti terimleriyle ifade eylediği bu hakkın

Anayasa Mahkemesi, müsaderece ceza mı güvenlik tedbiri mi olduğu yönündeki tartışmada, müsaderece bir ceza yaptırımını olduğunu kabul etmiştir. “Zorallımın, ceza mı, tedbir mi olduğu konusundaki bilimsel tartışmalar bir yana bırakılırsa, suçta kullanılan eşyanın zorallımı, genellikle ceza olarak nitelendirilmektedir. Genel zorallım yasağının [1961] Anayasa’nın 33 üncü maddesine konulmuş ve zorallım için bu maddede “ceza” deyiminin kullanılmış olması da bu görüşü desteklemektedir.”⁶⁶

Diyarbakır 1 Numaralı Sıkıyönetim Askerî Mahkemesi tarafından 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 403. maddesinin son fıkrasının Anayasa’nın 11., 13., 35. ve 38. maddelerine aykırılığı nedeniyle yaptığı itiraz başvurusunda Anayasa Mahkemesi, ilgili hükmü genel müsadere yasağına aykırı bularak iptal etmiştir. “Türk Ceza Kanunu’nun 403. maddesinin son fıkrasında yer alan hüküm, genel müsadere cezası niteliğindedir. Bu ceza, Anayasa’nın genel müsadere cezası verilemeyeceğini öngören 38. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Öğretide de aynı görüş paylaşılmaktadır. Özellikle bir suçlunun suçu oluşturan eylemi ile hiçbir ilgisi olmayan tüm mamelekinin müsaderece bugünkü ceza hukukunda haklı görülmemektedir. Failin bütün taşınır ve taşınmaz mallarının müsadere olunmasının Anayasa’nın 38. maddesine aykırı olduğu şüphesizdir.”⁶⁷

IV. TEMEL İLKELER VE CEZALANDIRMA YETKİSİ

Devletin kullandığı yetkilerin tümünde olduğu gibi, insan haklarına saygılı devlet, hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri cezalandırma yetkisinin kullanımı bakımından da önem taşımaktadır. İnsan haklarının korunması ve cezalandırma ilişkisi bir üst başlıkta detaylı bir biçimde açıklanmıştır. Öte yandan hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri, en az kanunilik ilkesi kadar Anayasa Mahkemesi kararlarında tartışılan ve vurgulanan ilkelerdir. Şöyle ki; ceza normlarına ilişkin Anayasa Mahkemesine açılan iptal davaları veya itiraz yolu başvurularının büyük çoğunluğunda hukuk devleti ve/veya eşitlik ilkesine aykırılık iddiasında bulunmaktadır.

da mutlak olmadığını, toplum hayatının zarurî kıldığı hallerde kanunda açıkça gösterilmek ve hâkim kararına dayanmak şartıyla kayıtlanabileceğini belirtmekle beraber eziyet ve işkenceyi ve insan haysiyetiyle bağdaşmayacak ceza konulmasını yasak ettiği halde, ölüm cezasına burada da dokunmamıştır. Nitelikleri açıklanan bu hükümlere göre, sözü geçen 33. ve 14 üncü maddelerde sayılan yasaklar dışında kalan ceza müeyyidelerinin ve bu arada ölüm cezasının Anayasa’ya aykırı bir tarafı bulunmadığının kabulü gerekir. ... Memleketimizin 1954 senesinde katılmış olduğu, (İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya dair Sözleşme) nin 2 nci maddesinin (Her ferdin yaşama hakkı kanununun himayesi altındadır. Kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında hiç kimse kasten öldürülemez) suretindeki birinci fıkrası ölüm cezasının insan hak ve ana hürriyetlerine de aykırı bulunmadığını açıkça göstermektedir.”

66 AYM, E. 1966/14, K. 1966/36, K.T. 21 Eylül 1966.

67 AYM, E. 1987/28, K. 1988/16, K.T. 3 Haziran 1988.

Hukuk devleti, hukukun üstünlüğünün yaşama geçirildiği, yönetimde keyfiliğin önlendiği, devletin hukuka bağlı olduğu, yargının bağımsız niteliğiyle siyasal baskı ve karışmalardan etkilenmeden çalıştığı, hukuk kurallarının herkese eşit uygulandığı, hak ve özgürlüklerin güvenceye alındığı, bireylere hukuk güvenliğinin sağlandığı bir sistemi ifade eder.

Hukuk devleti, devlet iktidarının hukuk düzeni çerçevesinde kullanılması ve hukuken güvence altına alınmış bireysel alanın devlete karşı korunması anlamına gelir. Devlet iktidarının hukukla bağlı olması, hem devlet iktidarının keyfi şekilde kullanılmasını önler hem de devlet faaliyetlerinin vatandaşlar için öngörülebilir ve hesaplanabilir olmasını sağlar.⁶⁸

Hukuk devletinin en önemli unsurlarından biri hukuk güvenliğidir. Bireyler açısından hukuk güvenliği, ilk olarak kazanılmış hakların korunmasını ifade eder. Bireyler için sahip oldukları hakların ve yükümlülüklerin kapsamı bilinebilir olmalıdır ki, davranışlarını buna göre ayarlayabilsin. Hukuk devletinde kanunlar açık ve belirgin olmalıdır ki, hukukun neyi öngördüğü bilinebilsin. Hukuk güvenliğinin zamansal bir boyutu da vardır. Buna göre bireylerin mevcut hukuk normlarına veya hukuk düzenine güveni korunur. Hukuk güvenliği ve kazanılmış hakların korunması çerçevesinde yasaların geçmişe etkili olması yasağının önemli bir rolü vardır.⁶⁹

Anayasa Mahkemesi insan haklarına saygılı olmayı, hukuk devletinin bir parçası olarak görmektedir. "Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan bir devlet olmak gerekir."⁷⁰ Başka bir kararda ise, insan haklarının önemine daha çok vurgu yapmaktadır. "Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu, adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır."⁷¹ Bir başka kararda ise Anayasa Mahkemesi hukuk devletinin sorumluluk yönüne vurgu yapmakta ve tüm organlarını yargı de-

68 Rainer Hofmann, "Rechtsstaatsprinzip und Europäisches Gemeinschaftsrecht", in: R. Hofmann/ J. Marko/ F. Merli/ E. Wiederin (Hrsg.), **Rechtsstaatlichkeit in Europa**, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1996, s. 321; Reinhard Hendl, **Staatsorganisationsrecht**, 2. Auflage, Boorbeg, 2003, Rn. 51.

69 Jürgen Schwarze, **Europäisches Verwaltungsrecht**, Bd. II, Nomos Verlag, Baden-Baden 2005, s. 1082; Thomas Berger, **Zulässigkeitsgrenzen der Rückwirkung von Gesetzen: Eine kritische Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft**, Europäische Hochschulschriften, Reihe 2: Rechtswissenschaft, Bd. 3344, Frankfurt/M., Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2002. s. 187.

70 AYM, E. 1986/12, K. 1987/4, K.T. 11 Şubat 1987.

71 AYM, E. 1999/11, K. 1999/29, K.T. 13 Temmuz 1999.

netimine açık bir devlet olarak tanımlamaktadır: “Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.”⁷²

Anayasa Mahkemesi birçok iptal kararında hukuk devleti ile cezalandırma yetkisi arasında sıkı bir ilişki görmüş ve yasa koyucunun hukuk devleti ilkesine uyması gerekliliği üzerinde durmuştur. “Hukuk devleti her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir... Yasa koyucu bazı suçlarda suçun failini, yargılamanın ve ceza alması durumunda cezaevlerinin olumsuz koşullarından korumak, aynı zamanda mahkemelerin iş yükünü hafifletmek ve yargılama giderlerini azaltmak amacıyla ön ödeme ve benzeri düzenlemeler yapabilir. Ayrıca bu düzenlemelerle güttüğü amacı gerçekleştirmek için maddi gerçeğin araştırıldığı mahkeme aşamasında uygulanan yargılama usulü yöntemlerinden farklı bazı yöntemler de belirleyebilir. Ancak yasa koyucu bu yöndeki takdir hakkını kullanırken hukuk devleti ilkesine uygun olarak adaletli bir hukuk düzeni kurmak ve idarenin keyfiliğine yol açacak düzenlemelerden kaçınmak zorundadır. Bu nedenle, uyuşmazlığın tarafı olan müdahil gümrük idaresinin belirlediği CIF değerini, hem yakalama eylemine katılanlara ödenecek ikramiyenin, hem de şüpheliye yapılacak ön ödeme tebligatındaki miktarın belirlenmesinde esas alınması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu ibare, Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.”⁷³

Eşitlik ilkesi, ilkenin yararlanıcıları açısından temel bir hakkı ifade eder. Kanunlar karşısında eşit işlem görme hakkını doğurur. Devlet yönetimi açısından ise anayasal bir emir ve devlet yönetimine hâkim bir ilke olarak karşımıza çıkar.⁷⁴ Eşitlik doktrinde mutlak eşitlik ve nispi eşitlik olmak üzere iki farklı açıdan ele alınmaktadır. Mutlak eşitlik ya da şekli hukuki eşitlik, kanunun ayırım gözetmeksizin herkes için aynı uygulanmasıdır. Öte yandan nispi eşitlik (maddi hukuki eşitlik) ise, aynı hukuksal durumda olanların eşitliği olup; herkes için mutlak bir eşitliği ifade etmemektedir.⁷⁵ Anayasa Mahke-

72 AYM, E. 2006/19, K. 2009/32, K.T. 26 Şubat 2009.

73 AYM, E. 2006/47, K. 2008/144, K.T. 18 Eylül 2008.

74 Özbudun, s. 147.

75 Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2000, s. 182. Ayrıca bkz. Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 17-33; Özbudun, s. 148-149.

mesi, ceza hukukuna ilişkin birçok kararında, nispi eşitliğe vurgu yaparak (Anayasa Mahkemesi nispi eşitlik tabirini kullanmıyor) eşitliğin aynı hukuki durumda olanlar için geçerli olduğunu, farklı durumlar veya fiiller için öngörülen farklı cezaların eşitlik ilkesi açısından değerlendirilemeyeceği yönünde kararlar vermiştir.⁷⁶

Anayasa Mahkemesi, eşitliği hukuksal ve eylemsel eşitlik olmak üzere iki farklı şekilde ele almaktadır.⁷⁷ Buna göre, anayasanın sağlamaya çalıştığı eşitlik, bireyler arasında fiili bir eşitlik değil, aksine hukuksal bir eşitliktir. Diğer yandan, kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara tabi olması değil, aynı hukuki durum içinde bulunanların aynı kurallara tabi olmasını gerektirmektedir.

Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında, eşitliğin anlamı, amacı, kapsamı üzerinde sıkça durmuştur: “Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrımcılık yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.”⁷⁸

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesine özel bir önem atfetmekte ve ayrıntılı bir biçimde tanımlamaktadır. “Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesiyle aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara değişik hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulması öngörülmektedir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemektedir. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılması Anayasa katında geçerli görülmemektedir. Bu mutlak yasak, birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılmaktadır. Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa’nın amaçladığı eşitlik, eylemli değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik gerçekleşmiş olacaktır. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikle-

76 Bu görüş Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadı olup, 1962 yılından beri verdiği kararlara onlarca örnek gösterilebilir. Bazı örnekler için bkz. AYM, E. 1976/13, K. 1976/31, K.T. 3 Haziran 1976; AYM, E. 1997/57, K. 1998/11, K.T. 30 Nisan 1998; AYM, E. 1997/60, K. 1998/53, K.T. 22 Eylül 1998.

77 Anayasa Mahkemesi, Gözler tarafından kullanılan mutlak eşitlik yerine “eylemli eşitlik”, nispi eşitlik yerine ise “hukuki eşitlik” tabirini kullanmaktadır.

78 AYM, E. 2000/19, K. 2002/15, K.T. 15 Ocak 2002.

ri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklarla, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz."⁷⁹

Anayasa Mahkemesinin hukuk devletinde suç ile ceza arasında adil bir dengenin kurulması gerektiği yönündeki içtihadı, eşitlik ilkesi ile de ilişkilidir. Anayasa Mahkemesi, iki ceza hükmünün mukayesesine dayanan Anayasaya aykırılık iddialarını eşitlik ilkesi yönünden de incelemiştir. Örneğin Mahkeme, 1803 sayılı Af Kanununun itiraz konusu 6. maddesinin ikinci fıkrasını, hukuk devleti ilkesi yanı sıra eşitlik ilkesine de aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre, "... bir suçu bir kez işleyenin aynı suçu iki kez işleyenden daha çok ceza görmesi sonucunu veren söz konusu yasa kuralı, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, Anayasa'nın 12. maddesinde açıklanan eşitlik ilkesine de aykırı düşmektedir."⁸⁰

Ancak Anayasa Mahkemesine göre, "suç ile ceza arasında oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye göre takdir etmek zorunluluğu vardır. Yoksa herhangi bir suça karşı konmuş olan bir ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın, bu oranı tâyinde esas olamayacağı açık bir gerçektir."⁸¹ Anayasa Mahkemesi, bu yaklaşımını sonraki yıllarda da büyük ölçüde sürdürmüştür. Bir tespitite bulunmak gerekirse, Anayasa Mahkemesi, yasa koyucunun suç ve cezalar konusundaki takdir yetkisini çoğunlukla geniş yorumlamakta, haklı bir nedenin ve kamu yararının bulunup bulunmadığı hususuna bakmakta, hatta bazen şekli hukuki eşitlik denetimiyle yetinmektedir.⁸²

Anayasa Mahkemesi, 1986 yılında verdiği bir kararda Türk Ceza Kanunu'nun semavi dinler-semavi olmayan dinler ayrımını yapan ve sadece semavi dinlere yönelik saldırıları cezalandıran 175. ve 176. maddeleri din ve vicdan özgürlüğünün yanı sıra eşitlik ilkesine de aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, "... dinler ve inançlar arasında ayırım yapılmasını haklı bir nedene dayandırmak mümkün değildir. Yasa koyucunun benzer durumlara benzer çözümler getirmesi asıldır. Yasaların genel olması ilkesi de bunu zorunlu kılar. Türk Ceza Kanununun dava konusu 175. maddesiyle dinler arasında yapılan ayırım haklı bir nedene dayanmaktadır. Bu itibarla 3255 sayılı Yasanın öngördüğü yeni düzenleme Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı düşmektedir."⁸³

79 AYM, E. 1995/22, K. 1995/37, K.T. 15 Ağustos 1995.

80 AYM, E. 1967/7, K. 1976/35, K.T. 24 Haziran 1976.

81 AYM, E. 1965/30, K. 1965/58, K.T. 2 Kasım 1965.

82 Öden, s. 281-282.

83 AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, 4 Kasım 1986.

Anayasa Mahkemesinin eşitlik konusunda verdiği bazı kararlar ise, hak ve özgürlükleri korumak ve Anayasanın öngördüğü eşitliği sağlamaktan oldukça uzaktır. Meşhur TCK m. 438. madde kararında “Yasa koyucunun, aynı eylem için kimi nedenlerle değişik cezalar belirlediği bütün bu durumlarda, örneğin Ceza Yasası’nın 449. ve 450. maddeleri gereğince (ömür boyu ağır hapis veya idam) ile cezalandırılan suçluların öldürdükleri kişilerin yaşama haklarını koruduğu, buna karşın 448. madde uyarınca (24-30 yıl arasında ağır hapis ile) cezalandırılan suçluların öldürdüğü kişilerin yaşama hakkını korumadığı gibi bir düşünceye yer verilemez. Aynı biçimde 438. maddenin de fuhşu meslek edinen kadınların yaşama, maddî ve manevî varlıklarını korumak haklarını ortadan kaldırdığından da söz edilemez. Çünkü, ölüm, bu tür kadınların zorla kaçırılmaları veya zorla ırza geçilmeleri nedeni ile değil de doğrudan doğruya yaşama haklarına yönelik bir saldırı sonucu meydana geldiğinde suçlunun, ölenin fuhşu meslek edinmiş bir kadın olması göz önünde tutulmaksızın Türk Ceza Kanunu’nun kasten adam öldürme için saptadığı 448., 449. veya 450. maddelerinden biri ile cezalandırılacağı kuşkusuzdur.” Bununla birlikte aynı kararında Anayasa Mahkemesi kararın devamında, “Öldürme eyleminin, kim tarafından, kime karşı ve ne biçimde işlenirse işlensin, aynı ceza ile cezalandırılması gerektiği savunulamayacağı gibi zorla kaçırmak ve ırza geçmek eylemlerinin de kime karşı işlenirse işlensin aynı ceza ile karşılanması gerektiği de ileri sürülemez. Bu tür suçları, fuhşu meslek edinen kadınlara karşı işleyen kişilere, aynı eylemi iffetli kadınlara karşı gerçekleştiren kişilere verilecek cezadan daha az bir ceza verilmesi Yasa koyucunun böyle bir ceza indirimini uygun görmesinin bir sonucudur. Çünkü Anayasa’ya göre işlenen suçun ağırlığı ve toplum yaşamındaki etkileri göz önünde tutularak gereken cezanın saptanması, yasama organının yetkisi ve takdir alanı içerisinde bulunmaktadır. Yasa koyucunun yetkisi içinde olan ve Anayasa’ya aykırı olmayan takdirleri Anayasa’ya uygunluk denetimi kapsamında değildir. Anayasa Mahkemesi yerindelik denetimi değil uygunluk denetimi yapar. Başka bir anlatımla, yasa kuralının Anayasa’ya aykırı olup olmadığını saptar. Yasa koyucu, ceza hukuku alanında, yasama yetkisini kullanırken, Anayasa’nın suç ve cezalar için öngördüğü temel ilkelere aykırı olmayan ve kendi takdir alanı içerisinde kalan düzenlemeler de serbesttir... Yasa koyucu, fuhşu kendine meslek edinen bir kadının kaçırılması ve ırzına geçilmesi ile aynı eylemin bu durumda bulunmayan kadınlara karşı yapılmasının toplum yaşamında yaratacağı farklı etkileri dikkate alarak suçtan zarar gören kişinin durumuna göre değişik cezalar verilmesini uygun görmüş...” diyerek, fuhşu meslek edinen kadınların tecavüze uğramaları ya da kaçırılmalarının cezayı azaltıcı yasal neden olmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır.⁸⁴

Kuşkusuz yasa koyucu haklı bir nedene dayanarak farklı bir uygulama öngörebilir. Ancak yasa koyucunun bu konudaki takdir yetkisi Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Anayasa Mahkemesi, yasa koyucunun dayandığı nedenin haklı bir neden olup olmadığını inceleyebilecek, haklı bir

84 AYM, E. 1988/4, K. 1989/3, K.T. 12 Ocak 1989.

nedenin olmadığı sonucuna varırsa, farklı uygulama getiren düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı bulacaktır. Anayasa Mahkemesine göre, “fuhşu kendisine meslek edinen kadınlara karşı işlenen zorla kaçırmak veya ırza geçmek suçlarında böyle bir kadının uğradığı zararın aynı eylemlerle karşılaşan iffetli bir kadının uğradığı zarara göre daha az olması bu ayırımın haklı nedenini oluşturmaktadır.” Anayasa Mahkemesinin bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira ırza geçmek suçunun ancak namuslu kadınlar aleyhinde işlenebileceği; fuhşu kendilerine meslek edinen kadınların bu eylemi ticarî bir iş saymış olmalarından dolayı, bunların cinsel özgürlüklerinin namuslu kadınların cinsel özgürlükleri ölçüsünde ihlal edilmiş sayılamayacağı, failin, ücret karşılığında elde edilebileceği bir şeye zorla sahip çıkmasında sadece sınırlı bir vahamet görülebileceği doğrultusundaki görüşler geçmişte kalan, günümüzde terk edilmiş olan görüşlerdir. Cinsel özgürlükten yararlanma ve bu özgürlüğün korunması bakımından bireyler arasında bir ayırım yapılamaz. Dolayısıyla ortada haklı bir neden bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu hükmü, insan onuruna, insan haklarına ve eşitlik ilkesine aykırı bulması gerekirken, tam tersi bir sonuca ulaşması yerinde olmamıştır. Elbette Anayasa Mahkemesi, yasa koyucunun suç ve cezalara ilişkin takdir yetkisine saygı göstermelidir. Ancak yasa koyucunun takdir yetkisi sınırsız olmayıp, takdir alanının sınırları Anayasal ilkelerle ve temel hak ve özgürlüklerle çizilmiştir.

Bu karar Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesi ile ilgili verdiği kararlar içerisinde haklı olarak en çok eleştirilen karardır. Söz konusu bu karar doktrininde, adalet içeren insan haklarına saygılı hukuk devleti ile kanun önünde eşitlik ilkesinin yasa koyucu tarafından takdir yetkisinin keyfi bir şekilde kullanılması ve insan haklarını dar yorumlaması nedeniyle eleştirilmiştir.⁸⁵ Fuhuş yapan kadının bedeninin ve onurunun diğer kadınlarınkinden daha değersiz olduğu, bu farklılık yüzünden fuhuş yapan kadının onurunun, hukuken daha az korunmayı hak ettiği söylenemez.⁸⁶

V. TEMEL HAKLAR VE CEZALANDIRMA YETKİSİ

1982 Anayasası'nın 11. maddesine göre, “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” Bu hükmün bir sonucu olarak, Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlükler, hukukun her alanında geçerlidir. Bir başka deyişle, temel hakların bağlayıcı etkisinin olmadığı bir alan yoktur. Bu bağlayıcılık, maddi ceza hukuku normlarının konmasından ceza muhakemesine ve ceza infaz rejimine kadar, devletin cezalandırma yetkisi için de geçerlidir.

Temel hakların bağlayıcı etkisinin temelde iki boyutu bulunmaktadır. Bir kere, devletin temel organları, Anayasada güvence altına alınan temel hak

85 Şen, s. 12; Hakyemez, s. 203-204.

86 Rukiye Akkaya Kia, “Hukukun Kadına Bakışı: Ergen ve Eşit Olamama Hali”, EÜHFD, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 91.

ve özgürlüklerle bağlıdırlar. Öte yandan aynı organlar temel hakların gerçekleştirilmesini sağlamakla da yükümlüdürler. Anayasa, yasa koyucuyu ve ceza yargıcını, temel hakları koruma ve temel hakların kullanılabilmesi için gereken tedbirleri almakla yükümlü kılmaktadır.

Yasama organı, Anayasada yer alan temel haklarla bağlı olduğundan, temel hak sahiplerinin haklarını ihlal edemez. Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahale, eğer yasal bir temele dayanmıyorsa, meşru bir kamu yararı izlenmemişse, ölçüsüz veya öze dokunuyorsa, temel hakları ihlal etmiş demektir. Maddi ceza hukuku alanında yasa koyucunun temel haklarla bağlılığı hem suç ihdasında hem de bunlara karşı öngörülecek cezalarda geçerlidir.⁸⁷

Yasa koyucu, suç ihdasıyla belirli bir insan davranışını cezai yaptırıma bağlayabilir. Eğer suç olarak tanımlanan eylem, Anayasada güvence altına alınan bir hak ve özgürlüğün koruma alanında yer alıyorsa, böyle bir durumda temel hakka yönelik bir müdahale var demektir. Bu müdahalenin meşru olabilmesi için Anayasada öngörülen temel hakların sınırlandırılması koşullarına uygun olması gerekir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uyulması gereken koşullar ise, 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde sayılmıştır. Bu maddeye göre, temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlandırılabilir. Hatta Anayasa yasallık ilkesini, temel haklarla güvence altına alınmayan insan davranışlarının suç olarak düzenlenmesi ve cezalandırılmasında da aramaktadır (m. 38). Ayrıca bir davranışın cezalandırılabilmesi için kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, genel ahlak gibi meşru bir kamu yararının bulunması gerekir. Örneğin, TCK m. 125'de düzenlenen hakaret suçu, ifade özgürlüğünü, üçüncü kişilerin kişilik haklarının korunması amacıyla sınırlamaktadır. Buna karşılık, rızaya dayalı eşcinsel ilişkilerin ve birlikte yaşamın genel olarak cezalandırılmasında kamu yararının bulunmadığı kabul edilmektedir.⁸⁸ Uyulması gereken diğer bir koşul da, ölçülülük ilkesidir. Yasa koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken ölçülü olmak zorundadır. Ceza hukuku öğretisinde "ultima ratio" olarak ifade edilen prensip aslında ölçülülük ilkesinin ceza hukuku alanındaki özel bir uygulama şeklidir. Buna göre, ceza hukuku, yalnızca diğer yumuşak araçların elverişsiz olması veya netice vermemesi halinde devreye girer.⁸⁹ Nihayet, ceza kanunları temel hakların özüne do-

87 Bernhard Waldmann, "Das Strafrecht im Spannungsfeld zwischen Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtsbindung", *Festschrift für Franz Riklin*, Zürich 2007, s. 274.

88 AİHM, 22.10.1981 tarihli Dudgeon/Birleşik Krallık kararında, yetişkinler arası rızaya dayalı eşcinsel ilişkinin cezalandırılmasını Sözleşme'nin 8. Maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, Sözleşme'ye aykırılığı ilk planda ölçülülük ilkesine dayandırmakla birlikte, genel sağlık ve ahlakın korunması gerekçesini de kullanmaktadır. Örneğin, 19.02.1997 tarihli Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık kararında Mahkeme, yetişkinler arasındaki rızaya dayalı sado-mazoşist ilişkiler sırasında oluşan müessir fiil ve yaralamadan kaynaklanan mahkûmiyeti, sağlığın korunması için demokratik toplumda gerekli bir tedbir olarak görmüş ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

89 Waldmann, s. 276.

kunamaz. Yasa koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken hakkın özüne dokunan, yani onu kullanılamaz hale getiren veya kullanılmasını oldukça güçleştiren bir düzenleme yapamaz. Örneğin bir ceza kanunu bizatihi bir dini inancı veya dünya görüşünü cezalandırma yoluna gidemez.

Yasa koyucu, bir temel hakkın koruma alanına girmeyen bir eylemi suç olarak kabul edip cezalandırırken kuşkusuz takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu halde bile yasa koyucunun tamamen serbest olduğu söylenemez. Aksine ölçülülük ilkesi gibi hukuk devletinden türeyen ilkelere uymakla yükümlüdür. Keza yasa koyucu bir eylemi cezalandırıp cezalandırmayacağını belirlerken özellikle eşitlik ilkesini, ayrımcılık yasağını ve keyfi davranma yasağını göz önünde tutması gerekir. Bu bakış açısı altında örneğin homoseksüel ilişki için getirilen koruma yaşının heteroseksüel ilişki yaşından daha yüksek tutulmasını haklı gösterecek bir neden bulunmamaktadır.⁹⁰

Yasa koyucu, yalnızca hangi eylemlerin suç teşkil edeceğini belirlerken değil, aynı zamanda suç teşkil eden bu eylemlere verilecek cezanın türü ve miktarını belirlerken de temel haklarla bağlıdır. 1982 Anayasası'nın 38. maddesi, ölüm cezasının ve genel müsadere cezasının verilemeyeceğini açıkça öngörmektedir. Aynı şekilde bedensel ceza verilemeyeceği gibi, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza da verilemez (1982 Anayasası m. 17).

A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza Yasağı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan en temel güvencelerden biri, Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan, işkence yasağı ile insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza yasağıdır. Hem AİHM kararlarında hem de literatürde, demokratik toplumun en önemli değerlerini koruyan ve güçlü bir bütünleştirici etkiye sahip düzenlemeler, merkezi nitelikte kabul edilmektedir.⁹¹ Bu bağlamda AİHM, başlangıçtan bugüne kadar Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan güvencenin demokratik toplumun temel değerlerinden biri olduğunu hep vurgulamıştır.⁹² Sözleşme'de, işkence ve insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza, mutlak nitelikte bir yasak olarak öngörülmüştür. Gerçekten

90 Waldmann, s. 276-277; AİHM, 9.1.2003 tarihli S.L./Avusturya davasında, 15 yaşına gelen ergen başvurusunun eşcinsel olduğunu fark etmiş olmasına rağmen Avusturya Ceza Kanununun 209. maddesine göre cezalandırılma korkusuyla 18 yaşına kadar cinsel ilişkide bulunamamasını, kadınlar bakımından aynı yaş dönemleri için eşcinsel ilişki yasağı bulunmaması, heteroseksüel, lezbiyen ve homoseksüel ilişkilerdeki rıza yaşının eşitlenmesi yönünde giderek artan bir Avrupa konsensüsü bulunması gerekçesiyle, Sözleşme'nin 8. maddesi ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddeye aykırı bulmuştur.

Avusturya Anayasa Mahkemesi, söz konusu maddeyi, AİHM'nin kararından önce, 21.06.2002 tarihinde Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

91 M. E. Villiger, *Handbuch der Europaischen Menschenrechtskonvention*, Zürich 1999, s. 178; J. Meyer-Ladewig, *Handkommentar EMRK*, Baden-Baden 2003, s. 54; R. Esser, *Auf dem Weg zu einem europaischen Strafverfahrensrecht*, Berlin 2002, s. 374.

92 Örnek olarak bkz. AİHM, Öcalan/Türkiye ve Soering/İngiltere kararları.

3. madde incelendiğinde, Sözleşme sisteminde herhangi bir sınırlama veya istisna içermeyen tek düzenleme olduğu anlaşılmaktadır. Terörizmle veya organize suçlulukla mücadele, büyük zorluklar içerse de, bu durum hakkın sınırlandırılmaz nitelikte olmasını değiştirmez. Maddenin bu düzenleme şekline, maddenin koruma alanına yönelik her müdahalenin temel hak ihlalini oluşturacağı sonucu çıkmaktadır. Ayrıca Sözleşme, işkence ve insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza yasağını, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde bile sınırlandırılmayacak haklar arasında saymaktadır (m. 15).

AİHM, Sözleşme'nin 3. maddesinin mutlak nitelikte olduğunu Öcalan kararında açıkça vurgulamıştır: *"Devletlerin günümüzde toplumlarını, terörist şiddetten koruma konusunda karşılaştıkları büyük zorlukların farkındadır. Ancak, söz konusu koşullar altında bile, Sözleşme kesin olarak, mağdurun tavrından bağımsız olarak işkenceyi ya da insanlık dışı veya küçültücü muamele veya cezayı yasaklamaktadır. 3. madde istisnai duruma yer vermemekte, 15. madde çerçevesinde, savaş ve başka bir ulusal olağanüstü durumda dahi, üçüncü maddeye çekince getirilememektedir."*⁹³

İşkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza yasağına ilişkin 3. maddenin koruduğu değer, temel hak sahiplerinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüdür. Kişilerin bütünlüğüne yönelik her müdahale, 3. maddenin ihlaline yol açmaz, aksine yalnızca asgari bir düzeye erişen ve insan onuruyla bağdaşmayan müdahaleler ihlal oluşturur.⁹⁴

Sözleşme'nin 3. maddesi oldukça kısa ve öz bir düzenlemedir. Keza maddede yer alan kavramlar belirsizdir. Nitekim literatürde bu kavramların açıklığa kavuşturulması gerektiği, Sözleşme'nin diğer bazı maddeleri gibi, 3. maddenin de somutlaştırılmaya ve yorumlanmaya muhtaç bir hüküm olduğu dile getirilmiştir.⁹⁵ Teoride ve uygulamada, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı ceza arasında bir ağırlık ve derece farkının bulunduğu kabul edilmektedir. Buna göre, onur kırıcı ceza veya muamele yasağı, en düşük dereceyi oluştururken, işkence yasağı ise en ağır aşamayı oluşturmaktadır. İşkence ile insanlık dışı veya onur kırıcı ceza arasında nitelik farkı değil, sadece derece farkı vardır. Başka bir anlatımla, bunların hepsi de "kötü muamele" niteliğinde olmakla beraber, birbirlerinden sadece "kötü"lüğün, yani kişinin maruz bırakıldığı baskının (acı veya elemin) ağırlık veya yoğunluğu bakımından farklılaşırlar. Şu halde, kişinin maruz bırakıldığı baskı, ağırlığı veya yoğunluğu bakımından işkence olarak nitelenemese bile yine de insanlık dışı veya onur kırıcı nitelikteki bir kötü muamele olabilir.

AİHM, bugüne kadar vermiş olduğu kararlarda, Sözleşme'nin 3. maddesinde geçen işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı (küçültücü) ceza kavramlarından ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymuştur.

93 AİHM, Öcalan/Türkiye Kararı, 12 Mayıs 2005, Başvuru no: 46221/99, paragraf 179.

94 Christoph Grabenwarter, **Europäische Menschenrechtskonvention**, Verlag C. H. Beck, München 2003, s. 145.

95 Grabenwarter, s. 160; Villiger, s. 179; Esser, s. 375.

AİHM, bir cezanın hangi şartlar altında insanlık dışı veya onur kırıcı bir ceza sayılacağını, ilk defa Tyrer/İngiltere kararında ortaya koymuştur. Mahkeme, söz konusu davada, bir mahkemenin yasaya dayanarak verdiği sopalama cezasının 3. madde bağlamında hangi yasak kapsamına girdiğini incelemiştir. Mahkeme ilk olarak başvuruçunun dava konusu olayda çektiği acı düzeyinin, işkence kavramında var olan acı düzeyine ulaşmadığını belirterek verilen cezanın Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında işkence olmadığını tespit etmiştir. Daha sonra ise insanlık dışı ve onur kırıcı ceza arasındaki ilişkiye değinmiş ve bunlar arasında bir derece farkının bulunduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, bir cezanın Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında "insanlık dışı ceza" olarak kabul edilebilmesi için, çekilen acının belirli bir düzeyde olması gerekir. Mahkeme, dava konusu olayda çekilen acının "insanlık dışı ceza" düzeyine ulaşmadığını tespit ettikten sonra, uygulanan cezanın "onur kırıcı (aşağılayıcı, küçültücü) ceza" sayılıp sayılmayacağını araştırmıştır. Mahkeme'ye göre, "yargı organları tarafından verilen cezaların hemen hepsinde kaçınılmaz olarak bir aşağılama unsuru bulunduğu için, genel olarak cezaların Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olduğu sonucuna varmak anlamsız olur. Aslında Sözleşme'nin 3. maddesi, açıkça "insanlık dışı" ve "onur kırıcı" cezaları yasakladığından, bu tür cezalar ile genel olarak ceza arasındaki farka da işaret etmektedir. Mahkeme'ye göre, bir cezanın 3. madde anlamında "onur kırıcı" olabilmesi için, cezadaki aşağılama veya küçümsemenin belirli bir düzeye ulaşması ve her halükarda bir cezada genel olarak bulunan aşağılamadan başka olması gerekir. Bu konudaki değerlendirme görecelidir; her olayın şartlarına ve özellikle cezanın ve infaz tarzının şekline göre değişir."⁹⁶

Mahkeme'ye göre, "yargısal bedensel cezanın aleni olmayan bir tarzda infaz edilmesi, cezanın "aşağılayıcılık" kategorisine girmesini engellemez. Aşağılayıcı bir ceza için, mağdurun başkalarının gözünde olmasa bile kendi gözünde aşağılanması yeterlidir. Yargısal bedensel cezanın özelliği, bir insanın diğer bir insana fiziksel şiddet kullanmasıdır. Dahası, bu olayda bedensel ceza, kanunla düzenlendiği, yargısal makamlar tarafından karar verildiği ve Devletin polisi tarafından yerine getirildiği için kurumsallaştırılmış bir şiddettir. Başvuruçucu, bu cezanın kendisine uygulanması sonucu çok uzun süreli ağır fiziksel acılar çekmemiştir, ancak bu ceza, 3. maddenin korumayı amaçladığı insan onuruna ve insanın fiziksel bütünlüğüne açık bir saldırı oluşturmuştur. Bu cezanın olumsuz psikolojik sonuçları da gözden uzak tutulamaz."⁹⁷

Bütün bu şartları göz önünde tutan Mahkeme, başvuruçunun, "onur kırıcı ceza" kavramında içkin bulunan aşağılama unsurunun bulunduğu bir cezaya maruz bırakıldığını tespit etmiştir. Bu nedenlerle Mahkeme, başvuruçuya uygulanan bedensel cezanın, Sözleşme'nin 3. maddesindeki onur kırıcı ceza oluşturduğu sonucuna varmıştır.

AİHM'e göre, bir cezanın "insanlık dışı" veya "onur kırıcı" olması için, bunların yol açtığı ıstırap ve aşağılanma duygusunun, herhangi bir meşru muamele veya cezanın yol açtığı kaçınılmaz ıstırap ve aşağılanma duygusundan

96 AİHM Kararı, Tyrer/Birleşik Krallık, 25.04.1978, Başvuru no: 5856/72, paragraf 29-30.

97 AİHM Kararı, Tyrer/Birleşik Krallık, 25.04.1978, Başvuru no: 5856/72, paragraf 32-33.

her halükârda daha ileri boyutta olması gerekir.⁹⁸ Ayrıca bir cezanın 3. madde bağlamında “onur kırıcı” olup olmadığı değerlendirilirken, söz konusu cezanın amacının mağduru aşağılamak veya onurunu kırmak olup olmadığı ve doğruduğu sonuçlar itibarıyla mağdurun kişiliği üzerinde 3. madde kapsamına girecek şekilde olumsuz etki yaratıp yaratmadığı dikkate alınmalıdır.⁹⁹

Ağır fiziksel ve ruhsal acılara yol açan muamele ve cezalar, insanlık dışı muamele ve ceza olarak kabul edilmektedir. Bu tür muamele ve cezalar, kişilerde endişe, korku ve aşağılanma duygusu yaratır. Devletçe alınan bir tedbir veya uygulanan bir ceza, böyle bir ağırlığa ve yoğunluğa sahip ise, bu durum, süre, fiziksel ve ruhsal sonuçlar, kişinin cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi, somut olayın koşullarından bağımsız olarak, insanlık dışı muamele veya ceza olarak nitelendirilir.¹⁰⁰ AİHM, değerlendirme yaparken, söz konusu muamelelerin veya cezanın mağdurun onurunu kırmak veya onu alçaltmak amacını taşıyıp taşımadığını dikkate almaktadır. Ancak, böyle bir amacın olmaması, 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmasını mutlaka engellemez.¹⁰¹

B. Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza Yasağı

Kuşkusuz devlet cezalandırma yetkisini kullanırken Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere aykırı bir düzenleme yapamaz. Devletin cezalandırma yetkisini sınırlandıran temel hak ve özgürlükler içerisinde en önemlisi insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza yasağıdır.

1961 Anayasası, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza yasağını “Kişi Dokunulmazlığı” başlıklı 14. maddede, “İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz” şeklinde öngörmüştür. 1982 Anayasası’nın 17. maddesinde de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, “kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

Anayasa Mahkemesi, 1963 tarihli bir kararında, insan haysiyeti kavramını şu şekilde açıklamaktadır: “İnsan haysiyeti kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerlerin tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır. İnsan haysiyeti kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olabilmesi için bir insanda bulunmasını zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gereklidir. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış; prangabentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmıştır.”¹⁰²

98 AİHM Kararı, V./Birleşik Krallık, 16.12.1999, Başvuru no: 24888/94, paragraf 71.

99 AİHM Kararı, Raninen/Finlandiya, 16.12.1997, Başvuru no: 20972/92, paragraf 55.

100 Grabenwarter, s. 147.

101 AİHM Kararı, V./Birleşik Krallık, 16.12.1999, Başvuru no: 24888/94, paragraf 71.

102 AYM, E. 1963/132, K. 1966/29, K.T. 28 Haziran 1966.

Anayasa Mahkemesinin insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza yasağına ilişkin önemli kararlarından ilki, 1965 tarihli katıksız hapis cezasına ilişkin karardır. Anayasa Mahkemesi bu kararında Askeri Ceza Kanunundaki katıksız hapis cezasını düzenleyen hükmün, Anayasa'nın 14. maddesindeki "insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz" şeklindeki hükme aykırı olduğu iddiasını yerinde bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi bu sonuca şu değerlendirmelerle ulaşmıştır: "Katıksız hapis askerliğe özgü bir cezadır. Askerlik hizmetinin ve asker topluluğunun bünyesindeki özelliklerin doğurduğu bir ihtiyacı karşılar... Her ceza, cezalıya bir acı getirir. Bu, daha çok bir takım yoksunlukların sonucudur. Cezanın konulmasında ve uygulanmasında daima böyle bir erek kendini hissettirir. Ancak acının makul, insani bir sınırı aşmaması, eziyet ve işkence niteliğine varmaması şarttır... Katıksız hapsin, alelade haptisten başlıca farkı üçer günlük süreler için cezalının yiyeceğinin daha da sınırlanmış olmasından ibarettir. İçkiye alışık bir mahkûma cezaevinde içki verilmesi nasıl düşünülemezse sigara içenin de kısa süreler için tütünsüz bırakılmasının bir eziyet veya işkence olarak görmek ceza kavramını pek hafife almak olur... Yoksunluk üç günden fazla sürmez... Nihayet halkın büyük çoğunluğunun, ne yazık ki başlıca gıdasını ekmek teşkil eden bir ülkede bir cezalının üç gün yalnız bu gıda ile yetinmek zorunda bırakılmasını eziyet ve işkence saymak gerçekçi bir görüş ve anlayış olamaz. Ahlâkça çeşitli kimseleri içinde barındırmak zorunda bulunan asker ocağından, bir takım ağır askerlik hizmetlerinden sıyrılabilme için hapse girme yollarını arayacakların ve oda hapsini nimet sayacakların çıkabileceğini ve bu gibileri ancak katıksız hapsin yola getirebileceğini de ayrıca göz önünde tutmak gerekir." Bu tespitlerden sonra Mahkeme, katıksız hapsin insan haysiyetiyle bağdaşıp bağdaşmadığı sorununu ele almış ve "katıksız hapis, "insan haysiyeti" kavramına göre ölçüye vurulduğunda, cezaevinde değil bir odada, sağlık şartları altında, gizlice ve tek başına çekilen, küçük düşürücü niteliği bulunmayan ve cezaevlerindeki olağan yeyip içme disiplinin kısa süreler için biraz daha daraltılmasından ileri gitmeyen böyle bir cezanın insanın sırf insan olma değerinin hak ettiğiinden daha aşağı bir davranış sayılamayacağı" gerekçesiyle katıksız hapis cezasının Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.¹⁰³

Kuşkusuz Anayasa Mahkemesinin bu kararının insan hakları anlayışı ile bağdaştırılması mümkün değildir. Mahkemenin dayandığı gerekçeler bütünüyle kabul edilemez niteliktedir. Mahkemenin, katıksız hapis cezasını bir "gereksinim" olarak nitelemesi, her cezanın cezalıya bir acı getireceğini vurgulaması, suçluları ancak böyle bir cezanın yola getireceğini ima etmesi, sadece ekmek ve su verilerek infaz edilen bir cezayı "sağlık şartları altında" uygulanan bir yaptırım olarak görmesi, üçer günlük sürelerle sadece ekmek ve su verilerek infaz edilen bu cezayı, "olağan yeme içme disiplininin biraz daha daraltılmasından" ibaret sayması, insan haklarıyla bağdaşmamaktadır.¹⁰⁴

103 AYM, E. 1963/57, K. 1965/65, K. T. 27 Aralık 1965.

104 Kararın eleştirisi için bkz. M. Semih GEMALMAZ, "Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 14, 1992, s. 77-78.

VI. DEVLETİN CEZALANDIRMA YETKİSİNİN SINIRLARI VE ANAYASA YARGISI

Çağdaş anayasalar, hukuk devleti ilkesini tam anlamıyla gerçekleştirmek ve temel hak ve özgürlükleri daha güvenceli kılmak üzere, ceza hukukunun temel ilkelerini doğrudan anayasada düzenleme yoluna gitmişlerdir. Anayasada yer alan bu ilkeler, devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarını oluşturur. Anayasa Mahkemesi de verdiği kararlarla bu sınırları daha belirgin hale getirir. Bu nedenle devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarının tespitinde anayasa mahkemelerinin yaklaşımı ve tutumu büyük önem arz etmektedir.

Alman ceza hukukçusu Roxin, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin bugüne kadar devletin cezalandırma yetkisinin sınırları konusunda belirgin bir anlayış geliştiremediğinin altını çizmektedir.¹⁰⁵

Türk Anayasa Mahkemesi açısından da durum pek farklı değildir. Esasında Anayasa Mahkemesi, 1962 yılından itibaren verdiği kararlarla Anayasanın bazı temel ilkelerine ilişkin net ve istikrarlı bir içtihat oluşturmuştur. Bununla birlikte yasama organının cezalandırma yetkisini kullanmada sınırları açıkça belirlemek yerine yasa koyucunun geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu vurgulamış ve cezalandırma yetkisinin sınırlarını ayrıntılı bir şekilde formüle etmemiş, ilkesel düzeyde açıklamalarla yetinmiştir.

Kuşkusuz Anayasa Mahkemesi, suç ve cezalara ilişkin kararlarıyla ceza hukukunun gelişimine önemli katkılarda bulunmuştur. Ne var ki, kabul edilemez, eleştiriye açık ve tartışmalı kararları da yok değildir. Anayasa Mahkemesinin genel eğilimine bakıldığında cezalandırma konusunda yasa koyucuya çok geniş bir takdir alanı tanıdığı görülmektedir.¹⁰⁶ Mahkeme'nin bu konuda kendi kendini sınırlama yoluna gittiği ve denetim yetkisini yerindelik denetimine kadar götürmeden hukuka uygunluk denetimiyle sınırlamaya çalıştığı söylenebilir. Nitekim bu hususu Mahkeme kararlarında şöyle açıklamaktadır: "Ancak, kanun hükümlerinin Anayasa'ya uygunluklarının denetlenmesi sırasında, bu hükümlerin ortaya atılan türlü düşüncelerle çelişip çelişmediklerinin değil de Anayasa kurallarına aykırı olup olmadıklarının incelenmesi zorunluluğu vardır."¹⁰⁷ "Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında açıklandığı üzere, Anayasa Mahkemesi, gerek iptal davası, gerek itiraz

105 Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, Beck Verlag, 2009, s. 544–545.

106 Şen, Anayasa Mahkemesinin ceza normlarını denetlemesini sadece hukukilik denetimiyle sınırlı görmekte ve kanun koyucunun izlediği suç ve ceza siyaseti bakımından koyduğu kuralların yerindelik açısından değerlendirilmesini imkânsız görmektedir. Anayasaya uygunluğu, kanun önünde eşitlik, suç ve cezada kanunilik, hak arama özgürlüğü ve masumiyet karinesi gibi ilkeler olarak görmekte, insan haklarına saygılı hukuk devleti ilkesi gereğince, Anayasa Mahkemesinin adalete bağlı kalıp kalmadığına bakması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda toplum düzenini bozmayan fiillerin, örneğin kırmızı ceket giyenlerin veya sokakta simit yiyenlerin cezalandırılması, yerindelik değil hukukilik denetimi kabul edilmelidir. Şen, s. 9–10.

107 AYM, E. 1970/17, K. 1970/37, K.T. 25 Temmuz 1970.

yolu ile Anayasaya aykırılığı öne sürülen bir yasa hükmünün anlamını kendi hukuksal görüşü ve anlayışı açısından inceleyip saptamak ve o hükmü, Anayasaya uygunluk denetiminden bu anlayış içinde geçirmek durumundadır. Bu nedenlerle, itirazcı mahkemenin uygulamaya ilişkin olarak öne sürdüğü yönler üzerinde durulmasına gerek görülmemiştir.”¹⁰⁸

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, suç ve cezalara ilişkin kanun hükümlerinin Anayasaya uygunluğunu denetlerken ölçü norm olarak yalnızca Anayasada belirtilen temel ilkeleri değil, Anayasada açıkça yer almayan bazı ilkeleri de kullanmaktadır. Bunlar “ceza hukukunun temel ilkeleri”, “toplumsal ihtiyaçlar”, “suç ve ceza arasında orantılılık” ve “kamu yararı”dır. Anayasal düzenlemenin ötesinde yer alan bu ölçütler tamamen Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla ortaya çıkmıştır.

Anayasa Mahkemesine göre, kanun koyucunun ceza normları koymasında temel amaç zaman içinde değişen toplumsal gereksinimleri karşılamaktır. Bu durumda suç politikasının belirlenmesi tamamen yasama organının takdir yetkisi içinde kalmaktadır. “Zaman içinde toplumsal gereksinimleri karşılamak kişi ve toplum yararının zorunlu kıldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere koşut olarak alınan önlemleri güçlendirmek, geliştirmek etkilerini daha çok artırmak ya da tersine bunları hafifletmek ya da ortadan kaldırmak yasa koyucunun yetkisindedir.”¹⁰⁹ “Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak adaletili bir ölçü içinde konulması, ceza hukukunun temel ilkelerindedir. Sosyal düzen ve toplum yararı amacı ile genel kurala aykırı kurallar konulması zorunluluğu ortaya çıkmış ve yasa koyucu yetkisini kullanmıştır.”¹¹⁰ “Yasa koyucu, cezayı saptarken, ceza yaptırımının suçlu üzerinde yaratacağı elem ve acının, bu suçun toplumda neden olduğu tepkiyle orantılı bulunması gereğini göz önünde tutmak durumundadır.”¹¹¹

Van 21. Seyyar Jandarma Tugay Komutanlığı Askerî Mahkemesi tarafından 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun “yeniden asker etme” yaptırımı düzenleyen maddenin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle yaptığı itiraz üzerine Anayasa Mahkemesi, “Anayasa, suç ve ceza konusunda bir eylemin ancak kanunla suç sayılabileceği; cezaların ve ceza tedbirlerinin kanunla konulabileceği, ağırlaştırılmış cezaların, ağırlaştırma tarihinden önceki eylemlere uygulanamayacağı; ceza sorumlunun şahsiliği; insan haysiyetiyle bağdaşmaz ceza ve genel müsadere cezası konulamayacağı gibi başlıca bir kaç

108 AYM, E. 1980/18, K. 1980/29, K.T. 29 Nisan 1980.

109 AYM, E. 1995/22, K. 1995/37, K.T. 15 Ağustos 1995.

110 AYM, E. 1990/35, K. 1991/13, K.T. 6 Haziran 1991. Sonraki bir kararında Anayasa Mahkemesi “...Bu çerçevede yasa koyucunun, değişen ve gelişen toplum yaşamından kaynaklanan yeni gereksinimleri karşılamak amacıyla suç ve ceza alanında yeni düzenlemeler getirmesi olağandır.” diyerek, suç ve ceza ihdasının amacının değişen toplumsal ihtiyaçlar olduğunu ifade etmiştir. Bkz. AYM, E. 1995/22, K. 1995/37, K.T. 15 Ağustos 1995.

111 AYM, E. 1980/34, K. 1980/58, K.T. 18 Kasım 1980.

ilkeyi belirtmekle yetinmiş (1961 Anayasası madde 33 ve 14); bunların dışında kalan hususlar ve özellikle ne gibi eylemlerin suç sayılacağı ve o suçlara ne çeşit, ne miktar ceza verileceğinin tayinini yasa yapıcıya bırakmıştır. Yasa yapıcı bu konuda Anayasa kuralları, ceza hukuku ilkeleri ve toplum zaruret ve yararlarının gerekleri ile bağlı kalarak, takdirini kullanabilecektir... Kanun koyucudan, kanunu yaptığı sıradaki toplum zaruretlerinin ve yararlarının gereklerini düşünmek zorunda bulunduğu için bir cezanın olduğu gibi bırakılmasında veya kaldırılmasında takdirini ancak o gereklere göre kullanılması beklenir." diyerek yasama organının takdir yetkisini ortaya koymuştur.¹¹² Anayasa Mahkemesi, suç ve cezaların takdirinde yasama organının geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir. Birçok kararında hangi fiillerin suç olarak belirleneceğini, bunlara uygulanacak yaptırımın oranının ne olacağını, ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepleri tamamen kanun koyucunun takdirinde olduğu sonucuna varmıştır. "...Kamu düzeninin korunması, güven ve huzuru bozan eylemlerin etkili bir biçimde önlenmesi için yasama organı, anayasal sınırlar içinde, değişik cezalar öngörebilir. Ceza alanında düzenleme yaparken, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmamaları, suç sayılanların hangi tür ve ölçüde yaptırımlarla karşılaşmaları gerektiği, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği hususları da yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamı içindedir."¹¹³

Anayasa Mahkemesi, suç teşkil eden bir eylem için öngörülecek ceza miktarının da yasama organının takdirinde olduğunu belirterek, bir suç için öngörülen cezanın başka bir suç için öngörülen cezayla kıyaslanarak, orantısızlığın ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir. Mutki Sulh Ceza Mahkemesi 1965 yılında, 5617 sayılı Hayvan Hırsızlığının Men'i Hakkındaki Kanununun 13 üncü maddesinin, "suç ve cezada orantı olmadığı" dolayısıyla Anayasaya aykırı olduğundan hareketle, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.¹¹⁴ Anayasa Mahkemesi kararında, "...Ancak, suç ile ceza arasında oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye göre takdir etmek zorunluluğu vardır. Yoksa herhangi bir suça karşı konmuş olan bir ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın, bu oranı tâyinde esas olamayacağı açık bir gerçektir"¹¹⁵ şeklindeki kararı ile itirazı

112 AYM, E. 1967/52, K. 1968/29, K.T. 2 Temmuz 1968.

113 AYM, E. 1995/20, K. 1996/4, K.T. 1 Şubat 1996.

114 İlk derece Mahkemesi, 5617 sayılı yasanın 13. maddesinin Anayasaya aykırılığını ileri sürerken özellikle şu hususun altını çizmiştir: "Hâlbuki olaydaki suç konusu ineğin değeri azami 200 lira olduğuna göre suç, sübuta erdiği takdirde sanıklara (...) en az altı-şar sene hapis ve birer yıl da sürgün cezası hükmedilmesi lazım gelecektir. Eğer bu sanıklar inek sahibinin bir kolunu koparsalar veya gözünü kör etseler idi uzuv tatilinden cezaları 5 sene hapsi geçmeyecekti, böyle olunca da sözü edilen 5617 sayılı Kanununun 13 üncü maddesi hakkaniyete ve cezanın fiile uygun olduğu kanaatini vermemektedir". Bkz. AYM, E. 1965/30, K. 1965/58, K.T. 2 Kasım 1965.

115 AYM, E. 1965/30, K. 1965/58, K.T. 2 Kasım 1965. Benzer ifadeler için bkz. AYM, E. 1988/4, K. 1989/3, K.T. 12 Ocak 1989.

yerinde bulmamış ve suç ve cezada orantıda takdir hakkının yasama organında olduğunu vurgulamıştır.

“Ceza hukuku yapısı yönünden toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması ve ancak Devletçe konulabilir ve biçimlendirilebilir olması nedenleriyle siyasal nitelik de taşıyan bir hukuk dalı olduğundan suçlara uygulanacak cezalarda bir alt sınır kabûl etmesi Devletin ceza siyasetiyle ilgilidir. Bu da yasama organının takdir alanı içindedir.”¹¹⁶ Benzer şekilde, Hatay Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanuna 3217 sayılı kanunla değişik 27. maddesindeki bir ibarenin sebebiyle, iki değer arasında aşırı fark olmasına karşın cezalar arasında değeri fazla olan eşya lehine ve az olanın aleyhine adalet ilkelerine aykırı biçimde ceza getirildiği ve bu durumun anayasanın genel esaslarına ve eşitlik ilkesine aykırı düştüğü öne sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi ise, “... Oyun kâğıtları konusundaki tutum sosyal ve ekonomik ilkelere ters düşmeyen bir yasama takdiridir. Kamu yararının birkaç yönden gözetildiği düzenlemede Anayasa’nın 10. maddesine aykırılık bulunmamaktadır.” şeklindeki kararıyla, suçlara verilecek ceza oranının tamamen kanun koyucunun yetkisinde olduğunu bir kez daha vurgulamıştır.¹¹⁷ Bir toplumda suç ve ceza siyasetini belirleme yetkisi yasama organına aittir. Kanun koyucu bir suçu dilediği ölçüde cezalandırabilir. “Her suç için bir tehdit ve dolayısıyla önleme aracı olarak cezanın tür ve ölçülerini, önceden genel ve soyut ya da özel ve soyut biçimde belirleyip saptamak Anayasa’nın 87. maddesiyle yasa koyucuya tanınmış yetkiler arasında bulunmaktadır. Toplumun, belli bir zamandaki tüm yaşantısının siyasal oluşumu ve değer yargıları ceza hukuku kurallarına ya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla etkide bulunur veya onlara yansır. Bu etkileme ve yansımının, Anayasa’da yer alan temel ceza kurallarıyla sınırlarına ve genel hukuk kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, ceza kuralları ile kapsadıkları ceza yaptırımları, toplumun ve bireylerin belli bir zamandaki tüm yaşantılarının türlü nedenlerle oluşturacağı zorunlulukların doğurduğu düzen ve güven gereksinimlerini karşılamak üzere, ancak devletçe konulur. Başka bir anlatımla, yukarıda açıklanan sınırlar içinde kalmak koşuluyla yasa koyucu belli bir eylem ve davranışı soyut ve genel olarak suç sayarak, onu ceza yaptırımı ile önlemek isteyebileceği gibi, ceza yaptırımlarını tür ve ölçüleri bakımından, soyut ve genel olarak artırmak ya da azaltmak yetkisini de taşımaktadır.”¹¹⁸

“Cezanın caydırıcılığı ve suçlunun uyum sağlayabilecek duruma getirilerek topluma yeniden kazandırılması, ceza politikasının temel amaçlarından birini oluşturur. Hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün infazından sonra failin yeniden suç işlemesi, onun ıslah olmadığını gösterir. Bu nedenle, mükerrir olanlarla olmayanlar hakkında farklı kurallar getirilmesi, mükerrirlere verilecek cezaların bir miktar artırılması ve kimi yasal indirimlerden yarar-

116 AYM, E. 1985/31, K. 1986/11, K.T. 27 Mart 1986.

117 AYM, E. 1985/31, K. 1986/11, K.T. 27 Mart 1986.

118 AYM, E. 1990/17, K. 1990/23, K.T. 20 Eylül 1990.

landırılmaması ceza politikası gereğidir. Yasa koyucu, kuşkusuz Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine uygun olmak koşuluyla, cezalandırma güdülen amacı da gözeterek, hangi fiillerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezanın nev'i ve miktarını, artırım veya indirim nedenlerini saptayabilir."¹¹⁹

"Ceza hukukunda aynı tür suçlara benzer nitelikte ve ağırlıkta cezalar verilmesi eşitlik anlayışının gereğidir. Ancak, suç ve ceza arasındaki dengenin suçun toplum hayatında yarattığı etkiye ve toplumsal yapıya göre belirlenmesi ve adalete uygun olması gerekir. Kuşkusuz yasa koyucu, suç ve cezalar hakkında kural koyarken Anayasa ve ceza hukukunun evrensel ilkeleriyle bağlıdır."¹²⁰

Anayasa Mahkemesi, ahlak kurallarıyla ceza normları arasındaki sıkı ilişkiye değindikten sonra, ahlaka aykırı eylemlerin suç olarak ihdas edilmesinde bazı ölçütler ortaya koymaktadır. "Ahlâk kuralları alanı, hukuk ve özellikle ceza hukuku alanından daha geniştir. Çağdaş ceza yasaları, yalnız toplumun düzenini, huzurunu ve güvenliğini bozucu nitelikteki ahlâka aykırı davranışları kendi alanı içine almakla yetinmiş, kesin bir zorunluluk olmadıkça bu nitelikte olmayan ahlâk kurallarına aykırı davranışlara karışmayı kişilerin özgürlükleri ve dokunulmazlıkları bakımından zararlı ve hatta tehlikeli görmüşlerdir. Buna bir örnek vermek gerekirse Türk Ceza Hukukuna göre, bir kişinin, başkasının malına veya başka bir varlığına saldırmayı düşünmesi, bunu zihninde kararlaştırması ahlâka aykırı kötü bir hareket olmakla birlikte girişim evresine geçmedikçe ceza konusu kabul edilmemiştir. Buna karşılık, ahlâk anlayışına aykırı düşmeyen kimi eylemler de - kamu düzenini ve güvenliğini ilgilendirmesi dolayısıyla - bir ihtiyat tedbiri olarak ceza yaptırımına bağlı tutulmuştur. Bu tür eylemler her ne kadar doğrudan doğruya kişilere bir zarar vermeyebilirse de bir tehlike doğurabileceği düşüncesiyle ceza hukukunun konusu içine alınmıştır. Örneğin kabahat suçlarında olduğu gibi... Böyle olmasaydı, yani ahlâka uygun görülmeyen bütün davranışlar suç sayılarak ceza yaptırımına bağlı tutulmuş olsaydı, insanlarda ve toplumda ahlâk bilinci değersiz hale gelir, insanlar toplum içinde hemen hemen yaşayamaz duruma düşerlerdi. Genellikle yasaların dışında kalan alanlarda kötü davranışları önleyici iyi bir kuvvetin bulunmasına önem ve değer verilmiştir. Bu kuvvetin de ahlâk kuralları olduğu kuşkusuzdur."¹²¹

VII. DEVLETİN CEZALANDIRMA YETKİSİNİN SINIRI OLARAK ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Hukuk devleti ve insan hakları alanındaki gelişmeler ceza hukukunu da büyük ölçüde etkilemekte ve ceza hukuku ile ilgili yasal hükümlerin yeniden gözden geçirilmesini sağlamaktadır.

119 AYM, E. 1999/16, K. 1999/24, K.T. 7 Haziran 1999.

120 AYM, E. 1999/27, K. 1999/42, K.T. 24 Kasım 1999.

121 AYM, E. 1975/152, K. 1975/202, K.T. 21 Ekim 1975.

Devletin hukuka bağımlılığının ideal bir biçimde gerçekleştirilebilmesi için ceza hukukunun içerik yönünden nasıl düzenlenmesi gerektiğini maddi anlamda hukuk devleti ilkesi belirler. Bu anlamda, ceza kanunlarının insana saygı esasından hareket etmeleri, eziyet ve işkence niteliğini gösteren uygulamalardan kaçınmaları, insan onuru ile bağdaşmayan cezalar koymamaları, hâkimlerin keyfi ve duygusal biçimde hüküm vermelerine yol açabilecek kurumlara yer vermemeleri, tedbir uygulanmasında tehlikenin derecesi ve fiilin ağırlığı ile orantılı olmayan esaslara dayanılmasını önlemeleri ve eşitlik ilkesinden hiçbir zaman ayrılmamaları hukuk devleti ilkesinin gereğidir.¹²²

Ceza hukuku alanında ölçülülük ilkesi ile ilgili düşünceler çok eski tarihlere kadar gitmektedir. Öteden beri suç ile ceza arasında adil bir orantının bulunması gerektiği adaletin bir gereği olarak kabul edilmiştir. İtalyan düşünürü C. Beccaria, günümüzden yaklaşık 230 yıl önce, ceza hukuku alanında önemli bir eser olan “Suçlar ve Cezalar” adlı yapıtında suç ile ceza arasında adil bir orantının bulunması gerektiğini söylemiştir.¹²³ Günümüzde de suç ile ceza arasında adil bir orantının bulunması, adaletin ve insanlığa saygının bir gereği olarak kabul edilmektedir.¹²⁴

Ölçülülük ilkesi, spesifik olarak ceza ve ceza muhakemesi hukuku açısından, somut olayla ilgili bütün kişisel ve maddi şartların ışığında, alınan bir tedbirin ulaşılmak istenen amaca erişmek için mutlaka elverişli, gerekli ve orantılı olması gerektiğini ifade eder. Bir başka deyişle, ulaşılmak istenen amaca erişmek için, bireylere daha az yükümlülük getiren veya daha elverişli başka bir aracın bulunmaması gerekir. Ayrıca, alınan tedbirle bağlantılı olarak yapılan müdahale ile mevcut suç işleme şüphesinin derecesi ve konunun

122 Kayıhan İçel/Süheyl Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım I**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 72.

123 Bkz. Sami Selçuk, **Çürütmeler**, Tekin Yayınevi, İstanbul 1990, s. 231.

124 Günter Hirsch, **Das Verhältnismaessigkeitsprinzip im Gemeinschaftsrecht**, Bonn 1997, s. 1: Turhan Tufan Yüce, “Suç İle Ceza Arasındaki Nisbetsizliğin Anayasaya Aykırılığı Problemi ve Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 47, S. 3-4, 1973, s. 295; Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, C. 2, 11. Bası, İstanbul 1997, s. 551; Faruk EREM, **Ceza Usulü Hukuku**, 5. Bası, Ankara 1978, s. 33; Tahir Taner, **Ceza Hukuku**, Umumi Kısım, 3. Bası, İstanbul 1953, s. 568; Laski/Saymen, suç ile ceza arasındaki oransızlığın halkın sempatisini suçlunun üzerine çekeceğini belirtmektedirler (zikreden EREM, s. 33); Leibholz/Rinck, bu konuda şunları söylemektedirler: “Anayasanın genel prensiplerinden ve özellikle hukuk devleti prensibinden ceza hukuku için çıkan sonuç, ceza ile fiilin ağırlığı ve failin kusuru arasında adil bir orantının bulunması mecburiyettir. Bu esasla çatışan her ceza kanunu, anayasaya aykırıdır.” Bkz. G. Leibholz/ H. J. Rinck, **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**, Kommentar, 2. Auflage, Köln 1966, s. 46 (zikreden Yüce, s. 299); Maunz/Dürig’e göre, ceza, fiilin ağırlığı ve failin kusuru ile orantılı olmalıdır, suçun vehametini (ağırlığı) ve failin kusuruna göre hakime, cezayı uydurabilme imkanı, kural olarak verilmelidir. Bu esaslara riayet ve bunların takdiri, kural olarak kanun koyucunun işi olmakla birlikte, kanun koyucu bu esasları açıkça ihlal ederse, kanun hükümleri anayasaya aykırı olur. Bkz. Maunz/Dürig, **Grundgesetz**, Kommentar, Band I, Art. 1-69, München-Berlin 1966, s. 16 (zikreden Yüce, s. 300).

önemi arasında ölçüsüz bir orantının bulunmaması gerekir. Ceza hukukunu ilgilendiren yargısal bir denetimde ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığı genellikle iki aşamada denetlenir. İlk olarak, anayasa yargısı yoluyla yasal düzenlemelerin ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı denetlenir. İkinci olarak, yasal düzenlemelere dayanılarak alınan münferit tedbirlerin ölçülü olup olmadığı denetlenir. Bu son halde ceza yargıçlarının ölçülülük ilkesini uygularken gereken dikkat ve özeni göstermeleri gerekir. Nitekim Almanya'da, somut olaylarda yargıç marifetiyle yapılan ölçülülük denetimi çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştirilerin başında, yargıçların ölçülülük ilkesini uygularken usul hukukunun amir hükümlerini önemsememeleri sonucuna yol açması gelmektedir. Bunun dışında, ölçülülük ilkesinin aşırı şekilde uygulanmasından şikâyet edilmektedir.¹²⁵ Bu eleştirilere karşılık, ölçülülük ilkesinin ceza hukuku tedbirlerine uygulanmasından vazgeçilemez. Zira ölçülülük ilkesi, somut olaylarda denge sağlayıcı ve kişiselleştirici bir özelliği olduğu gibi, adaletin gerçekleştirilmesi için de gerekli olan bir kriterdir.

Yasa koyucu, ceza hukukuna ilişkin bir düzenleme yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Bu ilke uyarınca ceza kanunlarında meşru bir amaç izlenmeli, bu amaca erişmek için kullanılan araçlar elverişli ve gerekli olmalı ve kullanılan araç ile amaç arasında ölçülü bir orantı bulunmalıdır.

Ölçülülük ilkesi, hem yasama hem de yasaların uygulanması alanında bireyler karşısında devletin sahip olduğu en ağır silah olarak devletin cezalandırma yetkisinin denetiminde kullanılacak en rasyonel ölçütlerden biridir.¹²⁶ Federal Alman Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesini ceza hukuku alanında uygularken cezanın amacı ve sınırlarına ilişkin temel soruları cevaplandırmaya çalışmıştır. Örneğin cinayet suçu için öngörülen ömür boyu hapis cezasının anayasaya uygunluğunu denetlerken, ölçülülük ilkesi açısından da incelemiştir.¹²⁷ Mahkeme bu konuda ortaya üç soru atmış ve bunların cevabını aramıştır: İlk olarak, ömür boyu hapis cezası insan onuruna saygı ilkesini ihlal etmekte midir? İkinci olarak, ömür boyu hapis cezası cinayet suçu için "gerekli ve orantılı" bir yaptırım mıdır? Nihayet, her tür cinayet suçu için zorunlu olarak ömür boyu hapis cezası verilmesi aşırılık yasağına (ölçülülük ilkesine) aykırı mıdır?¹²⁸

125 Bkz. Hermann Hill, "Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt", Josef Isensee/Paul Kirchhof, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Band VI, Freiheitsrechte, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1989, s. 1316.

126 Thomas Weigend, "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt", Thomas Weigend/Georg Küpper (Hrsg.), **Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag**, 1999, s. 918.

127 BVerfGE 45, 187.

128 Weigend, s. 919.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, ömür boyu hapis cezasının ancak bir koşul altında insan onuru ile bağdaşabileceğini kabul etmektedir. Buna göre, yasa koyucu, ömür boyu hapis cezasına çarptırılan hükümlüler için af ve belirli koşullar altında şartlı salıverme imkânı öngörmüşse, ömür boyu hapis cezası insan onuruna aykırılık oluşturmaz. Mahkeme, ikinci soruya cezanın anlam ve amacı çerçevesinde yaklaşmakta ve cinayet suçu için ömür boyu hapis cezası verilmesinin meşru bir amacı gerçekleştirip gerçekleştirmediğini sorgulamaktadır. Mahkemeye göre, cezanın başta gelen amacı, toplumsal hayatın temel değerlerini ve toplumu sosyal açıdan zararlı davranışlara karşı korumaktır. Ömür boyu hapis cezası ile caydırıcılık, önleme ve sosyal koruma amaçlanmıştır. Bunlar bir ceza için izlenebilecek meşru amaçlardır. Kasten adam öldürme ve bir başka suçu örtbas etmek amacıyla adam öldürme suçları için öngörülen ömür boyu hapis cezasının ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı sorusu, Mahkeme tarafından şöyle cevaplandırılmıştır: Yasa koyucu, cinayet ve soykırım suçu hariç diğer suçlar bakımından yargılamayı yapan mahkemeye somut olayın özelliklerini dikkate alarak cezayı belirleme ve kişiselleştirme yetkisi tanımıştır. Ceza Mahkemesi, suçun işleniş biçimini ve failin kusurunu göz önünde bulundurarak cezayı belirleyeceğinden, kendisine orantısız gözükken bir ceza vermek zorunda değildir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesine aykırılık yoktur. Sonuç olarak, Federal Anayasa Mahkemesine göre, ömür boyu hapis cezası, insan haysiyetine uygun şekilde icra edileceği güvence altına alınmış ise ve hükümlünün ileride tekrar özgürlüğüne kavuşmak için somut ve gerçekleştirilebilir bir şansı varsa, katlanılabilirlik (orantılılık) ilkesine aykırı değildir.¹²⁹

Ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan elverişlilik ilkesine göre, bir ceza kanunu, yasa koyucunun ulaşmak istediği meşru amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır. Ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeyen veya amacın gerçekleşmesine hiçbir katkısı olmayan bir kanun, ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi, devletin cezalandırma yetkisini sınırlandırmaktadır. Ceza kanununda yer alan bir tedbir, amaca ulaşmak için elverişli olsa da, aynı zamanda bu tedbirin en az sınırlayıcı, en yumuşak tedbir olması gerekir. Bir başka deyişle, seçilen araç, ilgililerin haklarını en az sınırlayan bir araç olması gerekir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre, “aynı derecede etkili, ancak temel hakkı hiç sınırlamayan veya hissedilir şekilde daha az sınırlayan başka bir aracın seçilme imkânı yoksa araç gereklidir”.¹³⁰ Bazı kararlarında ise, ilkeyi, “amaca ulaşmada aynı etkiye sahip, bireylere daha az yükümlülük getiren başka bir araç yoksa seçilen araç gereklidir” şeklinde formüle etmektedir.¹³¹

129 BVerfGE 45, 187 (245).

130 BVerfGE, Bd. 30, s. 292 (316); Bd. 25, s. 1 (17); Bd. 33, s. 171 (187).

131 BVerfGE, Bd. 38, s. 281 (302); Bd. 49, s. 24 (58). Federal Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında, gereklilik ilkesini daha farklı bir bakış açısıyla tanımlamıştır: “Ölçüsüzlük yasağı, daha iyi sonuç veren başka meşru bir müdahalenin bulunmadığı durumlarda, yasa koyucuyu yumuşak aracı seçmekle yükümlü kılar”. Bkz. BVerfGE, Bd. 39, s. 157 (165).

Gereklilik ilkesi, amaca ulaşmak için yeterli olan en hafif tedbirin alınmasını, bu yeterli değilse daha ağır tedbirlere doğru aşamalı bir geçişin yapılmasını zorunlu kılar. Federal Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında bu hususu açıkça vurgulamıştır: “Yasa koyucu, bir tehlikenin önünü almak için daha hafif araçlara başvurmayı denemeden, doğrudan doğruya genel bir yasaklama yoluna başvurmuşsa, ölçülülük ilkesini çiğnemiş olur”.¹³²

Ölçülülük ilkesinin üçüncü alt ilkesi olan orantılılık ilkesi, yargı kararlarında ve literatürde farklı şekillerde tanımlanmaktadır: “Bir araç, ulaşılacak istenen amaç ile açık bir orantısızlık içinde bulunmamalıdır”¹³³, “araç ile ulaşılacak istenen amaç arasında ölçülü bir orantı bulunmalıdır”¹³⁴, “araç, ilgililere ölçüsüz yükümlülükler getirmemelidir”¹³⁵, “araç, ilgililer için katlanılabilir olmak zorundadır”¹³⁶

Federal Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında, “yasal düzenlemenin ulaşmak istediği kamu yararı ile müdahalenin ağırlığı arasında yapılacak bir tartımda, düzenlemenin genel olarak orantılı” olmak zorunda olduğunu belirtmiştir.¹³⁷ Böylece Mahkeme, devletin almış olduğu bir tedbirin ağırlığını, tedbirle ulaşılacak istenen amaca göre denetlemektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesinin üç alt ilkedен oluştuğunu kabul etmekte ve bunları şöyle tanımlamaktadır: “Ölçülülük ilkesi, “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. “Elverişlilik”, başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, “gereklilik” başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve “orantılılık” ise başvuru önlem ve ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.”¹³⁸

Anayasa Mahkemesine göre, ölçülülük ilkesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukunun temel prensiplerinden biridir. Ölçülülük ilkesi gereğince devlet, “cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür.”¹³⁹

132 Bkz. Rona Serozan, “Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları”, **MHAD**, Yıl 4, Sayı 6, 1970, s. 244.

133 BVerfGE, Bd. 7, s. 377 (407); Bd. 13, s. 97 (118); Bd. 28, s. 364 (374); Bd. 39, s. 258 (270); GENTZ, s. 1604; Hirschberg, s. 75.

134 BVerfGE, Bd. 10, s. 89 (117); Bd. 15, s. 226 (234); Bd. 18, s. 353 (362); Bd. 35, s. 202 (232); Bd. 35, s. 382 (401); Bd. 38, s. 281 (302).

135 BVerfGE, Bd. 17, s. 306 (314); Bd. 19, s. 330 (337); Bd. 38, s. 312 (322); Bd. 45, s. 422 (431); Bd. 49, s. 24 (58).

136 BVerfGE, Bd. 37, s. 1 (19); Bd. 38, s. 281 (310).

137 BVerfGE, Bd. 84, s. 133 (153).

138 AYM, E. 2007/95, K. 2011/61, K.T. 30 Mart 2011.

139 AYM, E. 2007/95, K. 2011/61, K.T. 30 Mart 2011.

Ölçülülük ilkesine uyma konusunda sorumluluk en başta yasa koyucuya aittir. Yasa koyucu hukuksal değerleri korumaya elverişli olmayan veya gerekli olmayan ceza normlarını koymamalıdır. Ayrıca yasa koyucu, yasal bir düzenlemede ceza yargıcına somut olayda toplum yararı ile failin yol açtığı zarar arasında orantılılığı sağlamak üzere esneklik tanımak zorundadır. Ceza yargıcına tanınacak bu esneklik maddi hukuk veya usul hukuku enstrümanlarıyla sağlanabilir. Elverişsiz, gereksiz ve orantsız ceza hukuku normlarının Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı bulunarak iptal edilme olasılığı oldukça yüksektir.¹⁴⁰

Anayasa Mahkemesi, cezaların eylemin ağırlığı ve suçlunun kusuruyla orantılı olarak düzenlenmesini ilke olarak kabul etmesine karşılık, ilk yıllarda anayasaya uygunluk denetiminde bunu uygulama yönünde pek istekli davranmamıştır. Bir kararında Mahkeme, cezanın hesaplanmasının, birisi kanun koyucuya ve ötekisi onu uygulayacak mahkemelere ilişkin olmak üzere iki ayrı evreyi kapsadığını belirttikten sonra, kanun koyucunun genel ve soyut olarak ilk evrede kanunlarda yer alan her suç karşılığında ne ölçüde ceza verileceğini saptarken en başta cezanın suçun ağırlığı ve suçun teşkil edeceği tehlikenin büyüklüğü ile orantılı bulunması gerektiğini göz önünde tutması gerektiğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi, ceza yaptırımlarını “suçun ağırlığı ile orantılı olmak”, “makul ve insani sayılabilecek sınırları aşmamak” gibi kayıtlara bağlamış olmakla birlikte, kararın devamında “...bir eylemi ya da davranışı belli bir zamanda suç sayan bir ceza hükmünün soyut olarak ceza siyaseti veya cezanın siyasiliği yönlerinden Anayasa’ya uygunluk denetimine bağlı tutulabileceği gibi yersiz bir düşünceye varılamaz”¹⁴¹ demek suretiyle çelişkili bir sonuca ulaşmıştır.¹⁴²

Anayasa Mahkemesi, 28.6.1966 tarihli kararında¹⁴³, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun 31. maddesinin (A) bendinde yer alan “Tart cezası ayrıca bir hükme hacet kalmaksızın hizmet esnasında kazanılmış olan sair hakların kaybedilmesini mucip olur” kuralının Anayasaya aykırılığını incelemiştir. Anayasa Mahkemesine göre, “(E)lбетteki tart cezası da birtakım yoksunluklar getirecek ve bu yoksunlukların ağırlığı, askerlik şerefini lekelemek gibi bir eylemin ağırlığı ile **orantılı** olacaktır”. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin kararda yer alan şu görüşleri, orantılılık ilkesiyle bağdaşmamak-

140 Weigend, s. 925.

141 E. 1970/22, K. 1971/20, K.T. 18.2.1971, **AMKD**, Sayı 10, s. 18. Suç ve cezaların orantılı olması ilkesi, kararda karışık bir ifadeyle dile getirilmiştir: “Yasak bir eylem karşılığında insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza yaptırımı konulması olanağı yoksa da, bu ilkenin, hürriyeti sınırlayıcı ceza yaptırımlarının, suçun ağırlığı ile orantılı olarak belli edilip saptanması zorunluluğu bakımından kesin bir sınır teşkil edeceği düşünülemez. ... ceza yaptırımlarının çeşit ve ölçülerinin makul ve insani sayılabilecek sınırları aşmamak kaydıyla, yasa koyucu tarafından seçilmesi olanağı vardır.”

142 Aynı yönde görüş için bkz. Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara 1982, s. 123.

143 E. 1963/132, K. 1966/29, K.T. 28.6.1966, **AMKD**, Sayı 4, s. 175-215.

tadır: “Askerlik şerefli bir görevdir. Bu şerefin korunması kaygısı **en ağır yaptırımları** bile haklı kılar. Askerlik şerefine leke sürenlerin yerine göre hapis, ağır hapis, hatta idam cezası ile cezalandırılmaları yeterli değildir. Böylelerinin bir daha geri alınmaksızın asker topluluğundan dışarı atılmaları, askerlik hizmetinden doğan bütün ilişkilerinin kesilmesi gerekir”. Anayasa Mahkemesinin bu sözlerinden askerlik şerefi söz konusu olduğunda orantılılık ilkesi göz önüne alınmasa da olur gibi bir anlam çıkmaktadır.¹⁴⁴

Anayasa Mahkemesi, 1965 tarihli bir kararında¹⁴⁵ “suçlunun fiilinin ağırlığı ile orantılı bir cezaya çarptırılması lüzumu aşıkârdır” dediği halde, söz konusu olayda kırsal alanlarda büyükbaş hayvan hırsızlığı yapanların öteki hırsızlık suçlarına oranla 3 misli şiddette cezalandırılmasını öngören 5617 sayılı yasanın 13. maddesini Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. İlk derece Mahkemesi, 5617 sayılı yasanın 13. maddesinin Anayasaya aykırılığını ileri sürerken özellikle şu hususun altını çizmiştir: “Hâlbuki olaydaki suç konusu ineğin değeri azami 200 lira olduğuna göre suç, sübuta erdiği takdirde sanıklara (...) en az altışar sene hapis ve birer yıl da sürgün cezası hükmedilmesi lazım gelecektir. Eğer bu sanıklar inek sahibinin bir kolunu koparsalar veya gözünü kör etseler idi uzuv tatilinden cezaları 5 sene hapsi geçmeyecekti, böyle olunca da sözü edilen 5617 sayılı Kanunun 13 üncü maddesi hakkaniyete ve cezanın fiile uygun olduğu kanaatini vermemektedir”.¹⁴⁶

Anayasa Mahkemesi, bu olayda söz konusu düzenlemenin orantılılık ilkesine aykırı olup olmadığını araştırmamış, sadece “suç ile ceza oranının adalete uygun bulunup bulunmadığını, o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye göre takdir etmek zorunluluğu vardır” demekle yetinmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, “suçlunun işlediği suçun toplum hayatındaki etkileri göz önünde tutularak gereken cezanın konulması da yasama organının yetkisi içinde bulunmaktadır”.¹⁴⁷

144 Bkz. Yüksel METİN, **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 200.

145 E. 1965/30, K. 1965/58, K.T. 2.11.1965, **AMKD**, Sayı 3, s. 275-281. Anayasa Mahkemesine göre, “suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye göre takdir etmek zorunluluğu vardır. Yoksa herhangi bir suça karşı konmuş olan bir ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın, bu oranı tayinde esas olamayacağı açık bir gerçektir. Yasama organı, gerekçelerinde açıklandığı üzere, yurttan ayrı bir kanun ile özel tedbir ve müeyyideler konulmasını zorunlu kılacak derecede bir huzursuzluk sebebi olarak görülen büyükbaş hayvan hırsızlığı suçlarını karşılamak üzere düşünülen tedbirler ve müeyyideler arasında itiraz konusu hükümleri de kabul etmiştir. Buna karşı, başka nitelikteki bir suç için umumi ceza kanununda tayin kılınmış bir ceza ile kıyaslayarak bu hükümlerde, fiil ile ceza arasında Anayasa ilkelerine uygunsuzluk ve hakkaniyete aykırılık vardır yolunda ileri sürülen görüş de yerinde bulunmamıştır”. Bkz. Aynı karar, s. 280.

146 **AMKD**, Sayı 3, s. 276.

147 **AMKD**, Sayı 3, s. 280.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmiştir. T.T. Yüce, Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararını ele alıp incelediği makalesinde, ilk olarak, karşılaştırmalı hukuktan da yararlanarak suç ile ceza arasındaki oran konusuna değinmekte ve sonra Anayasa Mahkemesi kararına yönelik eleştirisini “hukuk devleti prensibine aykırılık” ve “hukuka ve vicdani kanaate aykırılık” başlıkları altında toplamaktadır.¹⁴⁸ Yazarın ileri sürdüğü görüşlerin temelinde ölçülülük düşüncesi yatmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu kararı F. Sağlam tarafından da eleştirilmiştir. Yazara göre, Anayasa Mahkemesi ceza alanında yasa koyucunun yetkisine saygı konusunda gösterdiği titizlik haklı görülebilir. Ancak, Mahkeme bunu, hukuk devletin gerektirdiği ölçülülük denetiminden vazgeçerek yerine getirmemelidir. Anayasa Mahkemesi yasa koyucunun iradesine saygı gösterirken ölçülülük ilkesini göz ardı etmemelidir.¹⁴⁹

Buna karşılık 1971 tarihli bir kararda, Mahkeme, suç ve cezaların orantılı olması gereğini daha açık bir şekilde ifade etmiştir: “Ancak cezalar, eylemin ağırlığı ve suçlunun sorum derecesi ile orantılı olarak tertip edilir ve uygulanır”.¹⁵⁰ Keza 1973 tarihli bir kararında suç ile ceza arasında bulunması gereken oran konusunda daha açık bir tutum takınmıştır: “... 63. maddede derneğin kapatılmasına neden olanların eylemlerine biçilmiş olan bin liraya kadar ağır para cezası ile bu yüzden tüzel kişiliğe ve dolayısıyla dernek üyelerine yöneltilen kapatma gibi ağır bir ceza arasında adaletli bir denge bulunmadığına burada ayrıca işaret edilmesi yerinde olacaktır”.¹⁵¹

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde verdiği bir kararda¹⁵², suç ve ceza arasında bulunması gereken orantı konusundaki temel yaklaşımını ortaya koymuştur. Bu karar aynı zamanda kanun koyucunun ceza alanında yasama yetkisini kullanırken sahip olduğu takdir yetkisi ve bu yetkinin sınırı konusunu da açıklığa kavuşturmuştur: “Ceza verme hakkının esasını, adaletle sınırlanmış toplumsal yarar düşüncesi oluşturur. Bunun doğal sonucu olarak da, bir düzenlemeye giderken yasa koyucu kamu yararını en az kişi yararı kadar düşünmek durumundadır. Kamu yararının takdiri ise Yasama Organının yetkisindedir. Ne var ki yasa koyucu kamu yararı düşüncesiyle eylemlere dilediği miktarda ceza saptayamayacağı gibi, kişinin temel hak ve özgürlüklerini demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlayamaz. Yasa koyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını hukuk devleti ilkesi oluşturur. ... Hukuk devletinin öğeleri arasında, yasaların kamu yararına dayanması ve eşitlik ilkesi vardır. Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması, ceza hukukunun temel ilkelerindedir.”

148 Yüce, s. 294 vd.

149 Sağlam, s. 124.

150 E. 1970/42, K. 1971/30, K.T. 9.3.1971.

151 E. 1973/3, K. 1973/37, K.T. 18,19,20.12.1973.

152 E. 1990/35, K. 1991/13, K.T. 6. 6. 1991.

Anayasa Mahkemesi, daha sonra verdiği kararlarda bu içtihadını sürdürmüştür. Örneğin, bir kararında şöyle demektedir:¹⁵³ “Suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını, o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye ve kamu vicdanında aldığı tepkiye göre takdir etme zorunluluğu vardır. Bu oransallık bağının bulunması, hukuk devleti ilkesinin ve adalet anlayışının bir gereğidir. Yasa koyucu, cezaların türünü seçerken ve sınırlarını belirlerken mutlak adalet ölçülerini izlemek zorundadır. Ceza kendiliğinden haklı olmalıdır. Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması ceza hukukunun temel esaslarındandır.”

Anayasa Mahkemesi, yakın tarihli bir başka kararında¹⁵⁴, yasa koyucunun cezalandırma yetkisini kullanırken hangi hususları göz önünde tutması gerektiğine açıklık getirmiştir. Mahkeme ilk olarak, yasa koyucunun takdir yetkisine ve bunun sınırına değinmiştir. Mahkeme’ye göre, “yasa koyucunun, suç ve cezaların belirlenmesinde takdir yetkisi olmakla birlikte bu yetkisini kullanırken suç ile ceza arasındaki adil dengeyi sağlaması ve öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmede elverişli olması gibi esasları dikkate alması zorunludur. Dava ve ceza zamanaşımı ile ilgili kurallar dahi cezayı ağırlaştırır yahut suç koyan hükümler niteliğindedir. Dava ve ceza zamanaşımı sürelerinin; suçların ağırlığı, kamu düzeni için oluşturduğu etki ve ceza siyasetinin gereği olarak belirlenmesinde yasa koyucunun takdiri Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle sınırlıdır.”

Anayasa Mahkemesi, kararın devamında, ceza hukukunun temel ilkelelerinden biri olarak kabul ettiği ölçülülük ilkesi üzerinde ayrıntılı bir şekilde durmuştur. Bilindiği üzere ölçülülük ilkesi, devletin cezalandırma yetkisini sınırlandıran en önemli ilkelerden biridir. Anayasa Mahkemesinin kararda yer alan açıklamalarından ölçülülük ilkesinin önemini kavradığı anlaşılacaktır. Bu karar, ölçülülük ilkesine uygunluk denetimi yapılırken yüzeysel ve genel bir yaklaşımın değil, aksine Anayasaya aykırılığı ileri sürülen normun ölçülülük ilkesinin alt ilkelerine uygunluğunun ayrı ayrı incelenmiş olması bakımından da önem taşımaktadır. Mahkeme, kararda şöyle demektedir:

“Yasa koyucu, zamanaşımı kurumunu düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “Elverişlilik”, başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, “gereklilik” başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve “orantılılık” ise başvuru önlem ve ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

Ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Askeri disiplinin tesisinde zafiyeti önlemek amacıyla getirilen kural, bakaya suçunun failinin asker kişi

153 AYM, E. 1992/45, K. 1992/51, K.T. 3 Aralık 1992.

154 AYM, E. 2007/95, K. 2011/61, K.T. 30 Mart 2011.

olmaması nedeniyle belirtilen amaca ulaşmada elverişli değildir. Ayrıca kesintisiz bir suç olan bakaya suçunda zamanaşımı süresinin, failin askeri hiyerarşi ve disiplin altına girdiği yakalanması veya dehaletinden değil de onun bütün askeri mükellefiyetlerinin bitmesinden itibaren başlatılması askeri disiplinin sağlanması açısından gerekli bir tedbir olarak değerlendirilemez. Aynı zamanda failin lehine olan 765 sayılı TCK'da en ağır cezayı gerektiren suçlarda bile zamanaşımı süresinin 20 yıl olması karşısında itiraz konusu kuralın orantılı olmadığını kabul etmek gerekir. İtiraz konusu kural, kişileri işledikleri suçla orantısız ve makul olmayan bir süre içinde davalarının ne şekilde sonuçlanacağı endişesiyle de yaşamak durumunda bırakmaktadır.

İtiraz konusu kural suçun ağırlığını, ona verilen cezanın süresini, cezadan beklenen sosyal faydanın zaman içinde azalacağını dikkate almaması ve failin sivil kişi olmasına ve askeri disiplini bozma durumunda olmamasına rağmen böyle bir gerekçeye dayanması sebepleriyle kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturamadığından ölçülülük ilkesine aykırılık içermektedir.¹⁵⁵

155 AYM, E. 2007/95, K. 2011/61, K.T. 30 Mart 2011.

SONUÇ

Devlet, sahip olduğu cezalandırma yetkisiyle, hukuk kurallarına uyulmasını sağlama, hukuki barışı tesis etme, toplumu ve bireyleri hukuki ihlallere karşı koruma görevini yerine getirir. İç güvenliğin sağlanması, yani suç ve suçlulukla mücadele, hukuksal değerlerin etkin şekilde korunması ve devlet dışı kişi ve kurumların güç kullanmasının önüne geçilmesi, devletin meşruluk temelini ve devletin temel amacını oluşturur. Korku ve endişeden uzak bir yaşamın sağlanması, barış içinde birlikte yaşamın sürdürülmesini sağlayan kurallara uymayanlara karşı mücadele ve kişisel cezalandırma yönteminin ortadan kaldırılması, devletin sahip olduğu cebir tekeli ve cezalandırma yetkisi sayesinde gerçekleşmektedir. Devletin cezalandırma yetkisi, hukuk kurallarının uygulanmasını ve yasalara itaati sağlamak amacıyla devletin sahip olduğu yetkiyi ve hakkı ifade eder.

Ceza adaleti yoluyla hukuki barışın sağlanması, devletin en önemli görevlerinden biridir. Devletin görevi, vatandaşlarının güvenliğini sağlamak ve onların devlet kurumlarının işleyişine olan inancını korumaktır. Bu da devletin cezalandırma yetkisini kullanmasını gerektirir. Devletin, güvenliği ve düzeni sağlamak üzere hukuka aykırı hareket eden veya suç işleyen kişileri cezalandırma yoluna gitmesi tartışmasız olduğuna göre, üzerinde durulması gereken husus, devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarının ne olduğu sorusudur.

Demokratik anayasal devlette, devlet iktidarı kuşkusuz sınırsız değildir. Aksine devlet iktidarı, anayasalarda yer alan birçok hükümlerle büyük ölçüde sınırlandırılmıştır. Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerinin sonucu olarak, devlet organları her türlü eylem ve işlemlerinde anayasaya bağlı olmak ve uymak durumundadır. Dolayısıyla cezalandırma yetkisini kullanacak olan devlet organının/organlarının anayasa ile bağlı olması gerekir. Bu sınırlar, devletin cezalandırma yetkisi için de geçerlidir.

Çağdaş anayasalar, hukuk devleti ilkesini tam anlamıyla gerçekleştirmek ve temel hak ve özgürlükleri daha güvenceli kılmak üzere, ceza hukukunun temel ilkelerini doğrudan anayasada düzenleme yoluna gitmişlerdir. Anayasada yer alan bu ilkeler, devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarını oluşturur. Anayasa Mahkemesi de verdiği kararlarla bu sınırları daha belirgin hale getirir. Bu nedenle devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarının tespitinde anayasa mahkemelerinin yaklaşımı ve tutumu büyük önem arz etmektedir.

Devletin cezalandırma yetkisi konusunda Türk Anayasa Mahkemesinin sağlam ve tutarlı bir içtihat geliştirdiği söylenemez. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre, yasa koyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisine sahiptir. Yasa koyucunun suç ve cezaları belirlerken ülkenin sosyal ve kültürel yapısını, ah-

lak anlayışını, ekonomik hayatın gereklerini vb. hususları göz önüne alması ve bunlara göre bir ceza siyaseti belirlemesi gayet doğaldır. Bu çerçevede yasa koyucunun takdir yetkisine sahip olduğu da tartışmasızdır. Ancak bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp, hukuk devletinin gerekleri ve insan haklarıyla sınırlıdır. Bu bağlamda Türk Anayasa Mahkemesinin kimi durumlarda yasa koyucuya çok geniş bir takdir alanı tanıdığı, açıkça temel hak ve özgürlükler, insan onuru ya da eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeleri iptal etmekten kaçındığı görülmektedir. Kuşkusuz suç ve ceza politikasını belirleme yetkisi yasa koyucuya aittir. Bunun bir sonucu olarak elbette Anayasa Mahkemesi yasa koyucunun takdir yetkisine saygı gösterecektir. Ancak insan onuru ile bağdaşmayan, eşitlik ilkesine ya da Anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlüklere aykırı suç ve cezalara ilişkin yasal düzenlemeleri de iptal etmekten kaçınmaması gerekir.

Genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, Anayasa Mahkemesinin ceza hukukunun temel ilkelerinin yaşama geçirilmesinde çok büyük katkısının olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi bugüne kadar vermiş olduğu kararlarla devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarını çizmiş ve yasa koyucuya rehberlik etmiştir. Öte yandan Anayasa Mahkemesi birçok durumda yasa koyucu cezalandırma yetkisinin sınırlarını açıkça aştığı halde, buna dur dememiş, Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı düzenlemeleri iptal etmemiştir.

Anayasa Mahkemesi, suç ve cezalara ilişkin yasaların Anayasaya uygunluğunu denetlerken, yasa koyucunun takdir yetkisine saygı göstermekle birlikte, suç ve cezalara ilişkin temel ilkelere ve insan haklarına aykırı yasaları da iptal etmekten kaçınmamalıdır.

KAYNAKÇA

- AKKAYA KİA, Rukiye. "Hukukun Kadına Bakışı: Ergen ve Eşit Olamama Hali", **EÜHFD**, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 87-102.
- AKTAŞ, Sururi. "Cezalandırmanın Amacı Üzerine", **EÜHFD**, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 1-25.
- APPEL, Ivo. **Verfassung und Strafe**, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1998.
- BAŞLAR, Kemal. "Anayasa Mahkemesinin Yasama Yetkisinin Genelliği İlkesi ile İlgili Bir Kararın Düşündürdükleri", **Yasama Dergisi**, S. 7, 2007, s. 18-40.
- BECCARIA, Cesare. **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (çev: Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara, 2004.
- BEKRİ, Nedim. "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri ile Uluslararası Ceza Hukuku Uygulamalarındaki Durumu", **Adalet Dergisi**, S. 38, 2010, s. 58-88.
- BERGER, Thomas. **Zulässigkeitsgrenzen der Rückwirkung von Gesetzen: Eine kritische Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft**, Europäische Hochschulschriften, Reihe 2: Rechtswissenschaft, Bd. 3344, Frankfurt/M., Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2002.
- BOTT, Ingo/KRELL Paul. "Der Grundsatz „nulla poena sine lege“ im Lichte verfassungsgerichtlicher Entscheidungen", **Zeitschrift für das Juristische Studium**, 6/2010.
- CAN, Osman. "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", **AÜEHFD**, Yıl 2005, Cilt IX, Sayı 1-2, s. 95.
- CENTEL, Nur. "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", **Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan**, İzmir, 2001, s. 337-372.
- DÖNMEZER Sulhi / ERMAN, Sahir. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku-Genel Kısım**, C. 1, Beta Yayınları, İstanbul 1994.
- ERDOĞAN, Mustafa. **Anayasa Hukuku**, Orion Yayınları, Ankara, 2007, 4. baskı.
- ESSER, Robert. **Auf dem Weg zu einem europaeischen Strafverfahrensrecht: Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg**, De Gruyter Verlag, Berlin 2002.
- GEMALMAZ, M. Semih. "Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı", **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 14, 1992, s. 65-107.
- GÖZLER, Kemal. **Anayasa Hukukunun Metodolojisi**, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 1999.
- GÖZLER, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2000.

- GRABENWARTER, Christoph. **Europäische Menschenrechtskonvention**, Verlag C. H. Beck, München 2003.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2010.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki. **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Yetkin, Ankara, 2009.
- HASSEMER, Winfried. "Gesetzesbindung und Methodenlehre", **ZRP**, 2007, s. 213– 219
- HEINRICH, Bernd. **Strafrecht-Allgemeiner Teil**, Bd. 1, 2. Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2010.
- HENDLER, Reinhard. **Staatsorganisationsrecht**, 2. Auflage, Boorbeg, 2003.
- HILL, Hermann. "Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt", Josef ISENSEE/Paul KIRCHOF, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Band VI, Freiheitsrechte, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1989.
- HIRSCH, Günter. **Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Gemeinschaftsrecht**, Bonn 1997.
- HOFMANN, Rainer. "Rechtsstaatsprinzip und Europäisches Gemeinschaftsrecht", in: R. Hofmann/ J. Marko/ F. Merli/ E. Wiederin (Hrsg.), **Rechtsstaatlichkeit in Europa**, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1996.
- İŞIKTAÇ, Yasemin. **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.
- İÇEL Kayıhan / DONAY, Süheyl. **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku (Genel Kısım)**, 5. Baskı, İstanbul 2006.
- KARAKAŞ, Fatma. **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010.
- METİN, Yüksel. **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- MEYER-LADEWIG, Jens. **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Handkommentar EMRK**, Nomos Verlag, Baden-Baden 2003.
- ÖDEN, Merih. **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- ÖNDER, Ayhan. **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- ÖZBUDUN, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

- ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht**, Verlag C. H. Beck, München 2009.
- SAĞLAM, Fazıl. **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara 1982.
- SANCAR, Türkan, "Ceza Hukukunda 'Özgürlükçü' ve 'Baskıcı' Yaklaşımlar-Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 'Kaboğlu-Oran' Kararı", **Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- SCHMIDT-JORTZIG, Edzard. "Grenzen der staatlichen Strafgewalt", P. Badura/E. Dreier (Hrsg.), **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht**, Bd. 2, Tübingen 2001.
- SCHWARZE, Jürgen. **Europäisches Verwaltungsrecht**, Bd. II, Nomos Verlag, Baden-Baden 2005.
- SELÇUK, Sami. **Çürütmeler**, Tekin Yayınevi, İstanbul 1990.
- SOYASLAN, Doğan. **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, Kazancı, Ankara, 1990.
- ŞEN, Ersan. **1962–1997 Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 1998
- UĞUR, Hüsamettin. "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 91, 2010, s. 300–334.
- ÜNVER, Yener. **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin, Ankara, 2003.
- ÜZÜLMEZ, İlhan. "Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri (Ceza Hukukunda Okullar Mücadelesi)", **EÜHFD**, C. V, S. 1–4, 2001, s. 259-294.
- VILLIGER, M. E. **Handbuch der Europaeischen Menschenrechtskonvention**, Zürich 1999.
- WALDMANN, Bernhard. "Das Strafrecht im Spannungsfeld zwischen Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtsbindung", **Festschrift für Franz Riklin**, Zürich 2007.
- WEIGEND, Thomas. "Der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt", Thomas Weigend/Georg Küpper (Hrsg.), **Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag**, 1999.
- YÜCE, Turhan Tufan. "Suç İle Ceza Arasındaki Nisbetsizliğin Anayasaya Aykırılığı Problemi ve Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 47, S. 3-4, 1973.