T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

DEVLETİN SUÇ İHDAS ETME VE CEZALANDIRMA YETKİSİNİN SINIRI

Veysel DİNLER
0540203034

DOKTORA TEZİ

DANIŞMAN
Doç. Dr. Yüksel METİN

ISPARTA – 2013

T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

DOKTORA TEZ SAVUNMA SINAV TUTANAĞI

Tez Savunması 1

Tarih: 11/10/ 2013

Enstitü Yönetim Kurulunun 4/9/2013 tarih ve 620 sayılı kararıyla oluşturulan jürimiz, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Bilim Dalını Seçiniz Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi Veysel DİNLER'nın "Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı" başlıklı tezini incelemek ve değerlendirmek üzere11/10/2013 tarihinde saat 10:0'da toplanmış ve adayı tez savunmasına almıştır.

SDÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Yönetmeliğinin 3 9 . Maddesi uyarınca adaya 30 dakika süreyle teziyle ilgili Ek'te sunulan sorular yöneltilmiştir. Yapılan değerlendirmeler sonunda adayın tezinin aşağıda belirtilen sebeplerle,

☒ **Tezin kabul edilmesine** (Öğrenci, varsa jüri tarafından gerekli görülen düzeltmeleri yaparak, tezinin onaylı son şeklini bir (1) ay içinde Enstitü'ye teslim etmelidir.)

☐ **Tezde düzeltme verilmesine** (Öğrenci, tezde gerekli görülen düzeltmeleri yaptıktan sonra altı (6) ay içinde savunmasını yineleyecektir.)

☐ **Tezin reddedilmesine** (Öğrenci yeni tez konusu belirleyecek)

***Tez adı değişikliği yapıldı/yapılmadı.**

oy birliği/~~oy çokluğu~~ ile karar verilmiştir.

Gereği arz olunur.

Jüri	Adı Soyadı	İmza
Danışman	: Doç. Dr. Yüksel METİN	
Üye	: Prof. Dr. Faruk TURHAN	
Üye	: Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK	
Üye	: Doç. Dr. Uysal KERMAN	
Üye	: Doç. Dr. Yakup ALTAN	

Ekler :

1) Tez Değerlendirme Jüri Raporları
2) Sınav soru tutanağı

SDÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği; Madde 39 (3) Jüri üyeleri, söz konusu tezin kendilerine teslim edildiği tarihten itibaren en geç bir ay içinde, hazırladıkları raporlarla birlikte toplanarak öğrenciyi tez savunma sınavına alırlar. Tez savunma sınavının yeri ve tarihi EYK'nca belirlenir. Jüri aralarında bir başkan seçer. Tez savunma sınavı, tez çalışmasının sunulması ve bunu izleyen soru-cevap bölümünden oluşur. Tez savunma sınavı en az kırkbeş, en çok doksan dakikadır.
(4) Tez sınavının tamamlanmasından sonra jüri tez hakkında salt çoğunlukla kabul, ret veya düzeltme kararı verir. Bu karar, EABD Başkanlığınca tez sınavını izleyen üç gün içinde Enstitüye tutanakla bildirilir. Tezi reddedilen öğrenci yeni tez konusu sunmak zorundadır. Tezi hakkında düzeltme kararı verilen öğrenci en geç altı ay içinde gereğini yaparak tezini aynı jüri önünde yeniden savunur. Bu savunma sonunda da tezi kabul edilmeyen öğrenci yeni tez konusu sunmak zorundadır. Yeni tez konusu bu Yönetmeliğin 38 inci maddesinde yer alan esaslara göre belirlenir.

Enstitü Yönetim Kurulu Kararı	Tarih:	Karar No:
Bu form sınavdan sonra danışman tarafından düzenlenerek ilgili Anabilim Dalı Başkanlığı aracılığı ile 3 gün içinde Enstitüye teslim edilir.		

T.C.

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

YEMİN METNİ

Doktora tezi olarak sunduğum **"Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı"** adlı çalışmanın, tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadar ki bütün süreçlerde bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Bibliyografya'da gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla beyan ederim.

Veysel DİNLER
11 Kasım 2013

TEŞEKKÜR

Bir tez çalışması, her ne kadar bir yazarın adıyla var olsa da esasen daha kalabalık bir grubun eseri olmaktadır. Öncelikle tez çalışmasının başlangıcından itibaren öğrencisiyle birlikte risk alan danışman, en az tezin yazarı kadar bu işin içinde yer almaktadır. Değerli danışmanım Doç.Dr. Yüksel METİN bu süreçte beni hiç yalnız bırakmadı. Kendisi bu süreçte teşekkürü en çok hak eden kimsedir.

Tez İzleme Komitesinde yer alarak bu sürece destek veren ve tavsiyeleriyle beni yönlendiren hocalarım Doç.Dr. Uysal KERMAN ve Doç.Dr. Yakup ALTAN'a ayrıca teşekkürlerimi sunarım. Tezin başlangıcından itibaren çok kişiyle konuştum, çok sayıda değerli akademisyenin fikrini aldım. Katkıları bulunan herkese teşekkür ederim ve burada Dr. Özlem KAYA, Doç.Dr. Sevtap METİN, Prof.Dr. Veli Özer ÖZBEK, Prof.Dr. Mustafa Ruhan ERDEM ile Prof.Dr. Faruk TURHAN'ın isimlerini özellikle anmak isterim.

Bu süreçte en başından beri ailem hep yanımda oldu. Anneme, babama ve kardeşlerime ayrı ayrı teşekkür ederim. Çocuklarım Eylül ve Umut'u istemeyerek de olsa ihmal ettim. Eşim Evren'in maddi ve manevi desteği olmasaydı, doktoramı tamamlayamazdım sanırım. Bu çalışma benim kadar onların da eseridir.

DİNLER Veysel, *Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı*, Doktora Tezi, Isparta, 2013.

ÖZET

Devletin suç ihdas etme ve cezalandırma yetkisi, devlet egemenliğinin bir sonucudur. Devletin ortaya çıkışıyla başlayan cezalandırma yetkisinin tekeli günümüzde de devam etmektedir. Bununla birlikte tarihsel süreçte egemenlik anlayışındaki değişim cezalandırma yetkisinin kullanımını da etkilemiştir. Bugün devlet sınırsız bir egemenliğin sahibi olmadığı gibi, cezalandırma yetkisi de sınırsız değildir.

Devletin suç ihdas etme ve cezalandırma yetkisinin sınırı, öncelikle onun yetkilerini sınırlayan kurumlarla ilgilidir. Aydınlanma Çağında ortaya çıkan anayasacılık hareketine kadar hakim olan mutlak ve sınırsız egemenlik anlayışı, devletin cezalandırma yetkisinin sınırlanabileceği düşüncesini engellemekteydi. Anayasacılıkla birlikte bütün devlet organlarını bağlayan üst normların kabulü, kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ilkesinin benimsenmesi ve insan haklarının bütün insanlığın bir ortak değeri olarak belirmesi, devlet iktidarının, özelde de cezalandırma yetkisinin sınırlandırılması düşüncesini ortaya çıkarmıştır. Öte yandan her geçen gün giderek yoğunlaşan uluslararası ilişkiler ağı, devletlerin uluslararası yükümlülükleri, devlet ortaklıkları, uluslararası hukuk kuruluşları "kadiri mutlak" devlet anlayışını sonlandırarak, egemenliğe uluslararası sınırlar getirmiştir. Egemenlikteki bu değişim ve sınırlanma, kendini cezalandırma yetkisinin kullanımında da göstermektedir.

Cezalandırma yetkisinin sınırı öncelikle iç hukuktan kaynaklanmaktadır. Anayasal-hukuk devleti anlayışı, devlet iktidarını otolimitasyona uğratmakta ve anayasal ilkeler, yasama organının hangi eylemleri suç sayabileceğine, ne tür cezalar getirebileceğine bir çerçeve oluşturmaktadır. Anayasa yargısını kabul eden devletlerde de anayasa mahkemeleri, yasama organının çıkardığı ceza kanunlarının anayasa uygunluğunu denetleyerek anayasal sınırların uygulanmasını sağlamakta ve cezalandırma yetkisinin kullanımına bir oto-kontrol getirmektedir. Günümüzde suçların ve cezaların yasayla getirileceği ilkesinin sonu olarak yasama organının kanun yapımından kaynaklanan sınırları ile kanun yapım sürecindeki toplumsal ve siyasal etkiler, cezalandırma yetkisini etkileyen diğer unsurlar olmaktadır.

Devletlerin günümüzde yoğun bir uluslararası ilişkiler ağının parçası olması, cezalandırma alanında da keyfi hareket etmesini engellemektedir. İnsan haklarının korunması artık sadece ulusal bir sorun olmayıp, insanlığın ortak bir sorunu haline gelmiştir. Uluslararası sözleşmelerle bazı suç tiplerini cezalandırmak, bazı yaptırım türlerini kullanmamak uluslararası bir yükümlülük haline gelmektedir. Avrupa Birliği gibi uluslararası örgütler kendi üyelerinin ceza kanunlarını denetlemekte ve Avrupa düzeyinde bir ceza hukuku standardı sağlamaya çalışmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar iç hukukta yol gösterici olmaktadır. Küreselleşmeyle oluşan yeni suç tiplerinde, devletler ortak mücadele etmek zorunda kalmakta, devlet birçok konuda olduğu gibi, suç ve ceza ihdasındasında da tek başına karar verici olmaktan giderek çıkmaktadır.

Sonuçta cezalandırma yetkisi bugün iç hukuktan ve uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler ile sınırlı bir hal almıştır. Devletlerin cezalandırma yetkisini kullanmaktaki alanları giderek sınırlanmakta ve tek tipleşmektedir.

Anahtar kelimeler: ius puniendi, devletin cezalandırma yetkisi, cezalandırma yetkisinin sınırı, suç ihdasının sınırı, suç ve ceza siyaseti.

DİNLER Veysel, *The Limits to State Power in Criminalisation and Punishment*, Doctoral Dissertation, Isparta, 2013.

ABSTRACT

The criminalisation and punishment power of the state is the result of the state sovereignty. The monopoly of punishment power and coercion has existed from the establishment of the state and still continues even today. However, the use of punishment power has been affected by the change in perception of sovereignty. Today, state sovereignty is not fully unlimited. Therefore, there is no unlimited power to punish as well.

The limits to state power in criminalisation and punishment (*ius puniendi*) are natural outcomes of the limited government idea. The concept of absolute sovereignty that has been dominant by the constitutionalism arised at the Age of Enlightenment, has not allowed the idea of the limited punishment. Constitutions providing separation of powers, rule of law, and protection of human rights have led to the limitation of state authority, especially in *ius puniendi*. On the other hand, increasing international relations, international laws obligating states, state associations, and international civic organizations redefine the perception of "sovereignty" and set boundaries to state sovereignty. These limitations in sovereignty exhibit themselves at use of power in criminalisation and punishment.

The limits of *ius puniendi* were initially based on domestic law. The rule of law limits the state authority, and constitutional principles frame the power of legislation for proscribing and punishment. The judicial review brings an auto control mechanism on legislation's power to practice the constitutional principles. The legality principle commonly accepted in modern world also brings technical limits to the legislative power, and social and political attributions are other factors that affect the power to punish.

States are becoming parts of an increasingly expanding international network at recent times. These partnerships inhibit them from exercising the arbitrary use of punishing power. Today, the protection of human rights is not only a case at national level but also a concern of international community. Through international conventions, nation states are obligated to a duty to criminalize some kind of offences and prohibit some kind of penalties. International and supranational organizations such as European Union control their members' use of the punishment power and get them required to adjust to the standards of such organization's criminal law. International courts' decisions are also guidances for the nation states on policy making. The nation states have to work together on preventation of transnational crimes occurred with globalization. Therefore, nation states are not the unique policy makers on their own.

In conclusion, the state's power to punish is very limited by the obligations resulting from domestic and international law. The area of state's power of punishment is being narrowed and the use of punishing power has also become monotypic in the world.

Keywords: ius puniendi, criminalization, power to punish, limits of power to punish, limits of criminalization, criminalization policy.

İÇİNDEKİLER

ONAY SAYFASI. i
YEMİN METNİ ii
TEŞEKKÜR iii
ÖZET iv
ABSTRACT v
İÇİNDEKİLER vi
KISALTMALAR xv
TABLOLAR xvii
ÖNSÖZ xviii

GİRİŞ 1

A. LİTERATÜR VE TEZİN KONUSU 5
B. ÖN KABULLER VE İDDİALAR 12
C. KAPSAM VE SINIRLILIKLAR 16
D. YÖNTEM 18
E. PLAN 22

BİRİNCİ BÖLÜM

DEVLETİN CEZALANDIRMA YETKİSİNİN KAVRAMSAL VE TARİHSEL TEMELLERİ İLE TOPLUMSAL VE SİYASAL YÖNLERİ

(Egemenlik ve Cezalandırma İlişkisi)

I. EGEMENLİK–CEZALANDIRMA İLİŞKİSİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ 26

A. CEZALANDIRMA KAVRAMI 26
1. Suç 29

2. Ceza ... 32
B. EGEMENLİK, İKTİDAR VE YETKİ KAVRAMLARI ... 34
1. Egemenlik ... 34
2. İktidar ... 40
3. Devletin yetkisi ... 42
4. Cezalandırma yetkisi ve egemenlik ilişkisi ... 43
C. CEZALANDIRMA YETKİSİ VE SINIRI ... 44
1. Cezalandırma hak mıdır, yetki midir? ... 44
2. Cezalandırma yetkisinin sınırı ... 47
II. DEVLETİN CEZALANDIRMA YETKİSİNİN TARİHSEL KÖKENİ VE SINIRLANDIRILMASINA YÖNELİK GÖRÜŞLER ... 49
A. TARİHSEL SÜREÇTE CEZALANDIRMA YETKİSİ (AYDINLANMA DÖNEMİNE KADAR)50
3. Devlet öncesi dönem (ilkel dönem) ... 50
4. Devlet sonrası dönem ... 53
a. Erken dönem devletlerde ve Roma hukukunda cezalandırma ... 53
b. Ortaçağ ... 57
5. Mutlakiyetçi krallıklarda cezalandırma ... 60
B. AYDINLANMA DÖNEMİ CEZALANDIRMANIN SINIRLANMASI ÜZERİNE GÖRÜŞLER VE GÜNÜMÜZ CEZA HUKUKU ANLAYIŞI ... 63
1. Cezalandırmanın sınırlanması üzerine görüşler ... 65
2. Günümüz ceza hukuku anlayışı ve cezalandırma ilkeleri ... 70
C. EGEMENLİĞİN VE CEZALANDIRMA YETKİSİNİN DÖNÜŞÜMÜ ÜZERİNE TARTIŞMALAR ... 73
III. DEVLETİN SUÇ VE CEZA İHDAS ETME TEKELİ ... 77
A. YASAKLAMA TEKELİ: SUÇ OLANI BELİRLEME YETKİSİ ... 78
1. Suç ihdasının dayanağı (cezalandırma teorileri) ... 79
a. Alman doktrini: *Rechtsgutstheorie* ... 80
b. Anglofon doktrin: İlkelerin çeşitliliği ... 81
2. Suçun belirlenmesi aşamaları ... 85
a. Suç olarak düzenlenecek "sapma" davranışı belirleme ... 86
b. Suç ile ihlal edilen "hukuksal değeri" belirleme ... 88

B. CEZALANDIRMA TEKELİ: SUÇLUYA CEZA VERME YETKİSİ 89
1. Cezalandırmanın amacı 90
a. Adalet teorileri (mutlak teoriler) 91
b. Yararcı teoriler (nisbi teoriler) 93
c. Bağdaştırıcı (Karma) Teoriler 96
2. Ceza yaptırımı 97

IV. DEVLETİN CEZALANDIRMA YETKİSİNİN TOPLUMSAL VE SİYASAL YÖNLERİ 101

A. CEZALANDIRMA YETKİSİNİN TOPLUMSAL ÖZELLİKLERİ 101
1. Cezalandırma toplumsal bir ilişkinin sonucudur 102
2. Cezalandırma–ahlak ilişkisi 103
3. Cezalandırma–din ilişkisi 105
4. Cezalandırma–kültür ilişkisi 107
B. CEZALANDIRMA SİYASAL BİR İRADENİN SONUCUDUR 108
1. Cezalandırma–siyaset ilişkisi 109
2. Suç siyaseti 111

İKİNCİ BÖLÜM

CEZALANDIRMA YETKİSİNİN İÇ HUKUK BAKIMINDAN SINIRLARI

(İç Egemenliğin Sınırı ve Cezalandırma Yetkisi)

I. EGEMENLİĞİN DÖNÜŞÜMÜ ÜZERİNE TARTIŞMALAR VE CEZALANDIRMA YETKİSİ 115

A. EGEMENLİĞİN DÖNÜŞÜMÜ VE SINIRLI EGEMENLİK 117
1. Anayasacılık 118
2. Kuvvetler ayrılığı 122
3. Hukuk devleti 125
4. İnsan hakları 127

B. İÇ EGEMENLİĞİN DÖNÜŞÜMÜ VE CEZALANDIRMA YETKİSİ 128

II. CEZALANDIRMA YETKİSİNİN ANAYASAL SINIRLARI 134

A. TEMEL İLKELER 135

1. İnsan onuru ilkesi 135

2. Hukuk devleti ilkesi 137

3. Eşitlik ilkesi 138

4. Laiklik ilkesi 139

5. Federal-federe yetki bölüşümü 140

B. CEZA HUKUKUNUN TEMEL İLKELERİ 141

1. Kanunilik ilkesi 141

a. Kanunilik ilkesinin anlamı ve kapsamı 142

(1) Kanunsuz suç ve ceza olmaz 142

(2) Ceza kanunlarının belirli ve açık olması 143

(3) Suçların ve cezaların geçmişe yürümemesi 145

(4) Suçların ve cezaların uygulanmasında kıyas yasağı 145

(5) Yürütmenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılamaz 148

(5) Örf-adet kuralları ile suç ve ceza yaratılamaz 149

b. Kanunilik ilkesine yönelik eleştiriler 151

c. Kanunilik ilkesinin tarihsel gelişimi ve bugünü 152

(1) Dünya anayasalarında kanunilik ilkesi 154

(2) Türk Anayasa Hukukunda kanunilik ilkesi 156

2. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi 157

C. CEZALARA İLİŞKİN HÜKÜMLER VE İLKELER 158

1. Ölüm cezası yasağı 159

2. İşkence ve kötü muamele cezası yasağı 161

3. Zorla çalıştırma ve angarya cezası yasağı 162

4. Cezalara ilişkin diğer hükümler 162

D. SUÇLARA İLİŞKİN HÜKÜMLER 163

1. Doğrudan suç düzenlemesi yükümlülüğü getiren hükümler 164

a. Dünya anayasalarında 165

b. Türk anayasalarında 167

2. Cezalandırma yoluyla korumayı zorunlu kılan hükümler 168

3. Cezalandırma yolunu kapatmayı zorunlu kılan hükümler 169
E. ANAYASALLIK VE CEZALANDIRMA YETKİSİ 170
III. ANAYASA YARGISI VE CEZALANDIRMA YETKİSİ 172
A. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA CEZALANDIRMA YETKİSİ 172
1. Cezalandırma yetkisi ve sınırı üzerine kararlar 173
a. Yasa koyucunun takdir yetkisi ve sınırlılıkları 174
(1) Anayasa 177
(a) Hukuk devleti ilkesi 177
(b) Eşitlik ilkesi 181
(2) Ceza hukukunun temel ilkeleri 184
(a) Kanunilik ilkesi 184
(b) Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi 187
(c) Kusur ilkesi 188
(d) Nemo tenetur ilkesi 189
(e) Yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemekten dolayı özgürlüğünden alıkoyma yasağı 189
(3) Suçlar ve cezalar arasında adil denge (ölçülülük) 190
(4) Toplumsal gereksinimler 192
b. Yürütmenin suç ve ceza ihdas etme yetkisi 193
2. Suç ihdasına ilişkin kararlar 196
3. Ceza ihdasına ilişkin kararlar 198
a. Cezalandırmanın amacı 198
b. Ceza türleri 200
c. Cezaların ağırlığı 203
B. DİĞER ÜLKELERİN ANAYASA MAHKEMELERİ KARARLARINDA CEZALANDIRMA YETKİSİYLE İLGİLİ ÖRNEKLER 206
1. Federal Alman Anayasa Mahkemesi 206
2. ABD Yüksek Mahkemesi 207
3. Fransız Anayasa Konseyi 209
4. Polonya Anayasa Mahkemesi 209
C. ANAYASA YARGISI VE CEZALANDIRMA YETKİSİNİN SINIRI 210

IV. YASALLIK VE CEZALANDIRMA YETKİSİ 214

A. KANUNLARIN SINIRLANDIRICILIK ÖZELLİĞİ 214

1. Kanun yapımında yöntemsel sınırlılıklar 215

2. Kanunun maddi sınırlılığı 216

3. Özgürlükleri sınırlandırma ölçütlerine uygunluk 218

4. "Yasamanın Genelliği İlkesi" ve ceza kanunu 220

B. KANUN YAPIMINDA SİYASAL VE TOPLUMSAL SINIRLILIKLAR 222

1. Kamu yararı 223

2. Toplumsal ihtiyaçlar 224

3. Halkın kanun yapımına katılması 229

a. Yarı-doğrudan demokrasi araçları 229

b. Kamuoyu 230

4. Yasal düzenlemelerde objektiflik ve özgürlükçü yaklaşım 233

a. Paternalizm 234

b. Toplumsal ahlak 236

(1) Kişisel ahlaksızlık alanı 239

(2) Ahlakî eşitlik 241

(3) Ahlakî düzenleme ölçütleri 243

c. İdeolojik yaklaşım ve militan demokrasi 244

d. Düşman ceza hukuku 248

e. Asgari müdahale şartı ve "korunan değer" hiyerarşisi 249

C. YASALLIK VE CEZALANDIRMA YETKİSİNİN SINIRLARI 251

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DEVLETİN CEZALANDIRMA YETKİSİNİ SINIRLANDIRAN ULUSLARARASI ETKENLER

(Dış Egemenlikteki Dönüşüm ve Cezalandırma Yetkisi)

I. DIŞ EGEMENLİĞİN DÖNÜŞÜMÜ VE CEZALANDIRMA YETKİSİ..... 254

A. DIŞ EGEMENLİKTEKİ DÖNÜŞÜMÜN TEMEL ETKENLERİ..... 255

1. İnsan haklarının korunması 256

2. Uluslararası ortak değerler ve jus cogens..... 258

3. Uluslararası ve ulusüstü kuruluşlar 260

4. Küreselleşme 262

B. DIŞ EGEMENLİKTEKİ DÖNÜŞÜM VE CEZALANDIRMA YETKİSİ 263

II. ULUSLARARASILAŞMA VE CEZALANDIRMA YETKİSİ..... 266

A. ULUSLARARASI KURULUŞLAR 266

B. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER 267

1. İnsan hakları sözleşmeleri 269

2. Suç ihdası yükümlülüğü getiren sözleşmeler 272

a. Soykırım suçuna ilişkin sözleşmeler 273

b. İnsan ticareti suçuna ilişkin sözleşmeler..... 274

c. Ayrımcılık suçuna ilişkin sözleşmeler..... 275

d. Çocukların ve kadınların istismarı suçuna ilişkin sözleşmeler 275

e. Terörizmin önlenmesine ilişkin sözleşmeler..... 276

f. Diğer suç tiplerine ilişkin sözleşmeler..... 277

3. Bazı yaptırım türlerinin yasaklanmasına ilişkin sözleşmeler 278

4. Uluslararası sözleşmelerin devletin cezalandırma yetkisine etkisi..... 279

C. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİ..... 281

1. Uluslararası ceza mahkemelerinin ilk örnekleri..... 281

2. Birleşmiş Milletler uluslararası ad hoc ceza mahkemeleri 282

3. Roma Statüsü ve Uluslararası Ceza Mahkemesi 283

4. Uluslararası ceza mahkemelerinin devletlerin cezalandırma yetkisine etkisi284

D. İNSAN HAKLARI RAPORLARI 286
E. ULUSLARARASI CEZA HUKUKU DOKTRİNİ 289
F. ULUSLARARASILAŞMANIN CEZALANDIRMA YETKİSİNE ETKİSİ 297

III. AVRUPA BİRLİĞİ VE CEZALANDIRMA YETKİSİ 299

A. AVRUPA BİRLİĞİ CEZA HUKUKUNUN OLUŞUM SÜRECİ 299
1. Lizbon Antlaşması öncesi durum 300
2. Lizbon Antlaşması sonrası durum 302
B. BİRLİĞE YÖNELİK OLARAK AVRUPA BİRLİĞİ İLERLEME RAPORLARI 304
1. AB ilerleme raporlarının devletin cezalandırma yetkisi ile ilgisi 304
a. Doğrudan cezalandırmayla ilgili hususlar 304
b. Cezalandırma bağlantılı hususlar 305
2. Türkiye İlerleme Raporları 308
a. Ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik öneriler 308
b. Bazı suçlara ve bunlara verilen cezalara ilişkin görüş ve tavsiyeler 310
c. Ceza-adalet sistemindeki reformlara yönelik görüşler 313
d. Uygulamaya yönelik eleştiri ve tavsiyeler 314
e. Üye devletlerin ortak mücadelesini gerektiren alanlarla ilgili görüşler 321
3. Türkiye İlerleme Raporlarının somut sonuçları 325
a. 2004 Ceza Reformu 326
b. Ölüm (idam) cezasının kaldırılması 329
c. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunun 301. maddesi değişikliği 331
d. Yeni ihdas edilen suçlar 332
e. Cezaların oranlarındaki değişiklik 333
4. Avrupa Birliğine aday diğer ülkelerin ilerleme raporları 335
a. Bulgaristan 336
b. Çek Cumhuriyeti 338
c. Estonya 338
d. Güney Kıbrıs 339
e. Letonya 341
C. AVRUPA BİRLİĞİ ÜYELİK SÜRECİNİN CEZALANDIRMA YETKİSİNE ETKİSİ 341

IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE CEZALANDIRMA YETKİSİ 343

A. DOĞRUDAN CEZALANDIRMAYA İLİŞKİN HÜKÜMLER 344

1. Kanunilik İlkesi 344

a. Yasada olmayan veya açık olmayan bir suçtan dolayı cezalandırma..... 346

b. Suç ve cezaların geçmişe yürümemesi 348

c. Kanunda öngörülenden ağır ceza verilmemesi 349

2. İnsanlık dışı ve aşağılayıcı ceza yasağı 350

3. Ölüm cezası yasağı 352

4. Borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı 353

5. Ne bis in idem ilkesi 353

B. HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ CEZALANDIRMA YOLUYLA KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ 354

1. Yaşam hakkı 355

2. İşkence ve kötü muamele görmeme hakkı 357

3. Kölelik/zorla çalıştırılmama hakkı 358

4. Özel hayat, aile hayatı ve haberleşmenin gizliliği hakkı 362

5. Düşünce, inanç ve ifade özgürlüğü 368

6. Ayrımcılığa maruz kalmama hakkı 371

C. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE CEZALANDIRMA YETKİSİ 374

SONUÇ 379

A. TESPİTLER 382

1. Cezalandırma yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik tespitler 382

2. Devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarına ilişkin tespitler 384

B. HİPOZLERİN TESTİ 387

C. ÖNERİLER 390

KAYNAKLAR 392

ÖZ GEÇMİŞ 413

KISALTMALAR

AB	**:** Avrupa Birliği
ABD	**:** Amerika Birleşik Devletleri
ACK	**:** Askeri Ceza Kanunu (1632 SK)
AİHK	**:** Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	**:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	**:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜEF	**:** Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi
AÜHF	**:** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHF D	**:** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	**:** Anayasa Mahkemesi
Bkz./bkz.	**:** Bakınız
C.	**:** Cilt
çev.	**:** Çeviren/çevirenler
der.	**:** Derleyen/derleyenler
DEÜ	**:** Dokuz Eylül Üniversitesi
E.	**:** Esas
Ed./ed.	**:** Editör/editörler
e.k.	**:** elektronik kitap
et al.	**:** (et alii) ve diğerleri
haz.	**:** Hazırlayan/hazırlayanlar
HFSA	**:** Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
Is.	**:** (Issue) sayı
İÜHF	**:** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	**:** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	**:** Karar
K.T.	**:** Karar tarihi
m.	**:** Madde
mTCK	**:** (mülga) Türk Ceza Kanunu (765 SK)

par.	**:** Paragraf
S.	**:** Sayı
s.	**:** Sayfa
SK	**:** Sayılı kanun
STK	**:** Sivil toplum kuruluşu
ss.	**:** Sayfa numaraları arasında
T.	**:** Tarih
TBB	**:** Türkiye Barolar Birliği
TBMM	**:** Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	**:** Türk Ceza Kanunu (5237 SK)
TMK	**:** Terörle Mücadele Kanunu (3713 SK)
v.	**:** Versus (karşı)
vd.	**:** Ve devamı/ve devamı sayfalar
ve diğ.	**:** Ve diğer yazarlar
Vol.	**:** Volume (cilt)
yay.haz.	**:** Yayına hazırlayan

TABLOLAR

Tablo 1: Suç ve sapma doğrusu 102
Tablo 2: Dünyadaki devletlerin anayasalarında kanunilik ilkesinin düzenlenişi 155
Tablo 3: Dünyadaki devletlerin anayasalarında ölüm cezasının düzenlenişi..... 159
Tablo 4: Çeşitli ülkelerin ceza kanunlarının madde sayısı..... 217
Tablo 5: 5237 sayılı TCK'nin 301. maddesinin ilk hali ve değiştirilmiş halinin karşılaştırması..... 332

ÖNSÖZ

"Devletin cezalandırma yetkisinin ne olduğu, nerede başlayıp, nerede bittiği" sorusu Polis Akademisindeki öğrencilik yıllarımdan itibaren kafamı meşgul eden bir soruydu. Türkiye'deki 2004 yılı ceza reformu ile üzerinde çok tartışılan yeni TCK'nin 301. maddesi meselesi ve gündeme gelen diğer birçok tartışma bu konuya akademik olarak eğilmemde temel sebep olmuştur.

"Devletin cezalandırma yetkisinin sınırı" konusu, bu başlıkla olmasa bile her zaman tartışma konusu olmakta, uyuşturucu kullanma, çocuk düşürme (kürtaj), müstehcenlik, fuhuş, zina, halkı kin ve düşmanlığa sevketme ve sayılabilecek onlarca suç; devlet müdahalesi karşısında getirilen kişisel alan, özel yaşam, ifade özgürlüğü, sağlık hakkı gibi argümanlar yoluyla tartışmanın odağında yer almaktadır. Bir ceza yaptırımı olarak işkenceden vazgeçmede daha genel bir kabul söz konusu iken, idam cezasının tamamen yasaklanması veya bu cezanın yeniden getirilmesi, cinsel saldırı suçluları için önerilen tıbbi müdahale yaptırımları vb tartışmalarla, "devletin cezalandırma yetkisinin sınırı" konusu daima gündemdeki yerini korumaktadır.

Türk hukuk literatüründe bu konuda yeterince çalışma olmaması, böylesine çetrefilli ve çok yönlü bir konunun bir şekilde çalışılması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Öte yandan, bu konu sadece hukukun değil, siyaset bilimi, sosyoloji, felsefe başta olmak üzere birçok bilim dalının meşguliyet alanında yer almaktadır. Biz bu konuyu hukuki açıdan ele almayı tercih ettik. Ancak burada karşılaştığımız başka bir sorun da hukukun birçok alanı "devletin cezalandırma yetkisinin sınırı nedir?" sorusunu cevaplamaya matuf oluşudur. Dünyada bu konu daha çok ceza hukukçuları ve hukuk felsefecileri, kısmen anayasa hukukçuları tarafından çalışılmıştır. Biz de bu çalışmayı bir anayasa hukuku çalışması olarak ele aldık. "Devletin cezalandırma yetkisinin sınırları"nı hukuk devleti ve insan hakları perspektifinden, iç hukukun ve uluslararası hukukun bireye sağladığı güvenceler karşısında devletin cezalandırma yetkisini kullanırken karşılaştığı sınırlılıklarda aradık. Konunun karmaşıklığı karşısında tek başına anayasa hukuku yaklaşımı yeterli olmamış ve bu çalışmada gerektiği ölçüde ceza hukuku, hukuk felsefesi ve siyaset felsefesi kavram ve teorilerine başvurularak, eklektik bir yöntem izlenmesi gerekmiştir. Konunun kapsamlı bir şekilde ele alınması sonucu, tezin hacmi artmıştır.

Bu tezde sadece anayasa hukuku yönüyle yer verilen "devletin cezalandırma yetkisinin sınırı" konusunun Türkiye'de farklı yönlerden ve farklı bakış açılarından incelenmesi gerekmektedir. Gerek bu çalışmanın eksik yönleri dikkate alınarak, gerekse farklı ele alış yöntemleriyle yeni çalışmaların yapılması literatürün zenginleşmesini sağlayacaktır. Tez konusu olarak Türk hukuk literatüründe yeterince incelenmemiş ve tartışılmamış bir konunun seçilmesi ve bu konuda bu denli kapsamlı bir tartışmaya bu tezde yer verilmiş olmasıyla literatüre kendince bir katkı sağlayacağı ümidindeyiz. Bu tez çalışmasının okuyucuya ve araştırmacılara yararlı olmasını temenni ederim.

Veysel DİNLER
Isparta - Ekim 2013

GİRİŞ

Toplumsal yaşantının sağlıklı bir biçimde devam edebilmesi için, sosyal normların varlığı kaçınılmazdır. Aksi takdirde herkesin her şeyi yapabileceği bir toplumun varlığını uzun süre devam ettirebilmesi mümkün görünmemektedir. Diğer yandan toplumu var eden şey, çok sayıda insanın belli kurallara uymayı taahhüt ederek belli bir coğrafî mekânda birleşmesi ve ortak yaşantıya uygun davranışa yönelmesidir. Toplumsal yaşamda kendiliğinden ve deneyimsel olarak ortaya çıkan bu normlar sosyal normlardır. Karmaşıklaşan toplum yaşantısının devam edebilmesi için sosyal normlar yeterli olmayıp; ortak iyilik adına hareket eden devlet aygıtının bazı insan davranışlarını yasaklaması ve bu yasaklara uyulmadığında zora başvurması kaçınılmaz olmaktadır.

Suç ve cezalara ilişkin tartışmalar yeni değildir. Devlet üzerine düşünmelerin ve tartışmaların başladığı ilk devirlerden beri, suç ve cezalar düşünürlerin tartışma konusu olmuştur. İlkçağlardan itibaren devletin varlığının kurumsal bir biçimde ortaya çıkışıyla cezalandırma yetkisi devlet tarafından kullanılmıştır. Daha doğrusu topluma egemen olan kuralların koyucusu ve aynı zamanda cezalandırma yetkisinin kullanıcısı olmuştur. Bu sebeple Kilisenin ve diğer dini kurumların devletlerden daha etkili olduğu dönemlerde, cezalandırma yetkisi de bu kurumlarca kullanılmıştır. Yine devlet gücünün ülkenin tümünde egemenliğini kuramadığı feodalitede, cezalandırma yetkisi egemenliğin sahibi derebeyi tarafından kullanılmıştır. Başka bir anlatımla, cezalandırma yetkisi egemenliğin bir sonucu kabul edilmiş ve topluma egemen olan, aynı zamanda cezalandırma yetkisinin kullanıcısı olmuştur.

Modern devletlerde suç ihdas etme ve cezalandırma yetkisinin (*ius puniendi*) devletin tekelinde olduğu yönünde tereddüt yoktur. Suç olan davranışın ne olduğunu belirleme, doğrudan insan iradesi üzerinde etki yapma; insanı bir şey yapmaya veya yapmamaya yönlendirmedir. Cezalandırma ise, suç ihdasının ötesinde hem insan iradesine etki eden hem de insanın fiziksel ve ruhsal bütünlüğü üzerinde etkileri olan bir güçtür. İnsan üzerinde böylesine etki eden güçlerin doğrudan bireylerin elinde olması beklenemez. Devletin olduğu bir düzende, bu yetkilerin ancak bireylerini üzerinde bir güç, yani devlet kurumu tarafından kullanılması kabul edilebilir.

Devletin varlık sebebinin "ortak iyiliği sağlamak" olduğu siyaset teorisinde genel kabul gören bir görüştür. Devletin suç ihdası ve cezalandırma yetkisi de bu amacı

gerçekleştirmek amacıyla vardır. Devletin toplumsal ve ekonomik yaşam üzerindeki gücünü asgari kabul eden liberal devletten, devletin toplumsal ve ekonomik yaşamda "her şey" olarak kabul edildiği totaliter devletlere, güvenliği sağlama ve cezalandırma devlete ait ve "tekel" bir yetki olarak kabul edilmektedir.[1] Son tahlilde devletin varlığının son bulmasını öneren anarşist ve liberteryan görüşler, devletsiz suç ve cezanın nasıl olabileceğini açıklayamamaktadır. Toplumsal yaşantı var olduğu müddetçe suç ve ceza olacaktır. Zira suçun olmadığı bir toplum, ancak ütopyadan ibaret olabilir. Kaldı ki, kendinden sonraki kurgusal çalışmalara da ilham olan Ütopya'sında dahi More suçsuz bir toplum düşlememekte, her şeyin muntazam olduğu kurgusal yaşamda dahi suç işlenme ihtimaline karşı bir mekanizma geliştirmektedir.[2]

Suç ihdası ve cezalandırma yetkisinin devlete ait olduğu yönündeki tartışmasız kabul karşısında, bu yetkilerin kaynağı, amacı ve kapsamı tartışmaya açıktır. Başka bir anlatımla dünyada devletlerin hukuk düzenlerinde "suç" olarak kabul ettikleri insan davranışları büyük ölçüde ortaklık gösterirken, özellikle kültürel ve ideolojik görecelikten kaynaklanan farklılıklar suçları ve cezaları çeşitlendirmektedir.[3] Bu durumda devletin suç koyma ve cezalandırma yetkisi evrensel bir ilke olarak ortaya çıkarken; neyin suç olduğuna ve nasıl cezalandırılacağına cevap veren normlar her devlette kendine özgü (yerel) bir şekilde gelişmektedir.

Suçlar öncelikle toplumsal değerlerin bir sonucudur. Başka bir anlatımla, bir davranışın suç olarak kabul edilmesinde öncelikle din, ahlak, kültür gibi toplumsal değerler etkilidir. Siyasal düzendeki ekonomik ilişkiler de bunlara eklenebilir. Diğer yandan hukuk düzeninde bir insan davranışının suç olarak kabul görmesi, bir siyasi iradenin sonucudur.[4] Hukuk yaratma gücüne sahip olan siyasal iktidar, hangi davranışın suç olacağını ve buna ne tür bir yaptırım uygulanacağını da belirleyecektir. Siyasal iktidarın içinden çıktığı toplumun değer ve inançlarından etkilenmesi veya verdiği kararların meşruluk kazanması için yönetilenlerin rızasına dayanması kaçınılmazdır.

---

[1] Devletin cezalandırma tekelinin son bulduğu ve Roma Statüsünden sonra artık uluslararası cezalandırma yetkisinden söz edilebileceği yönünde bir iddia için bkz. Kai Ambos, "Punishment without a Sovereign? The Ius Puniendi Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 33, No. 2, 2013, s. 293.

[2] Örnek için bkz. Thomas More, *Utopia*, (çev. Sebahattin Eyüboğlu, Vedat Günyol ve Mina Urgan), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010, 11. baskı, s. 76 vd.

[3] Ayşegül Sili, "Suçun Kavramsal Analizi: Felsefi, Sosyolojik ve Antropolojik Bir Bakış", *Suçun Sosyolojisi Cezanın Felsefesi*, (ed. Güncel Önkal ve Özgür Sarı), Nobel Kitap, Ankara, 2013, s. 238.

[4] Zeki Hafızoğulları, *Ceza normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, 2. baskı, s. 5 vd.

Hukuk düzeninin amacı, bir devletin sınırları içinde, yurttaşların yaşamlarını özgür bir şekilde sürdürebilmelerini sağlamak ve böylelikle bireylerin hak ve özgürlüklerini korumaktır. Bu durumda her hukuk düzeni, suç ihdasına ve cezalandırmaya giderken, etki ettiği toplumun değerlerini ve bireylerin ihtiyaçlarını göz önünde bulunduracaktır. Bir yandan bazı fiillerin aşırı cezalandırılmasına yönelik itirazlar bulunurken, kimi fiillerin cezalandırılamadığı veya bunun yeterli olmadığı yönünde iddialar da ileri sürülebilir.[5] Devletin cezalandırma yetkisinin nerede başladığı ve nerede bittiği, daha öz bir tabirle "devletin cezalandırma yetkisinin sınırı" tartışılması gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yüksek lisans yaptığım dönemden itibaren beni meşgul eden bu soru özellikle 2004 ceza reformuyla birlikte daha heyecan verici bir hal almış ve doktora tezimde çalışma konusu olarak belirlememde etkili olmuştur. Türkiye'de 2004 yılında önemli bir ceza reformu yaşanmıştır. 1926'da ilk resepsiyon süreciyle kabul edilen kanunlardan biri olan İtalyan Ceza Kanununundan mülhem 765 sayılı Türk Ceza Kanunu başta olmak üzere, ceza usul, ceza infaz kanunları baştan sona değişmiştir. Üstelik bu dönemde yasa koyucu kabahat nevi fiiller için suç olmaktan çıkarma (*depenalization*) eğilimi göstererek, ayrıca bir kabahatler kanunu çıkararak ceza kanununu sadeleştirmiştir. Bu dönemde Türkiye'de ceza reformuna ilişkin çok sayıda akademik etkinlik düzenlenmiş ve toplantılara katılan akademisyen ve sivil toplum örgütü temsilcileri ceza reformuna ilişkin görüşleri ileri sürme fırsatı bulmuştur. Henüz doktora çalışmalarına başlamadığım bu dönemde "devletin cezalandırma yetkisini kullanma" sürecine tanık olmuştum.[6] Gerek akademik camiada, gerekse medya aracılığıyla kamuoyunda gelişen tartışmalar, "cezalandırma yetkisi" üzerinde daha çok düşünmeye itmiştir. Kamuoyunun ve özellikle kadın örgütlerinin ceza reformu sürecine katkısı, ardından Anayasa Mahkemesinin bazı ceza kanunu maddelerini iptal kararı vermesi, yasama organının cezalandırma yetkisini kullanmada tek başına olmadığını göstermiştir. Üstelik yeni TCK'nin 301. maddesi çerçevesinde gelişen ve uluslararası kamuoyunun müdahil olduğu ifade özgürlüğü-suç tartışmaları yaşanmıştır. Yine doğrudan ceza hükümleri de içeren AB müktesebatına uyum çalışmaları, her yıl açıklanan Türkiye-AB İlerleme

---

[5] R. Antony Duff et al., "Introduction: The Boundaries of the Criminal Law", *The Boundaries of the Criminal Law*, (ed. R. Antony Duff et al.), Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 1-2.

[6] *Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli*, TBB ve Gazi Üniversitesi, Ankara, 21-22 Mayıs 2004, TBB Yayınları, Ankara 2004, *http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck-reformu-1.pdf.*

Raporları ve burada cezalandırma yetkisine ilişkin tavsiyeler, cezalandırma yetkisine müdahilliğin sadece içeriden olmadığını ve bir ulus devletin gerçekleşen ceza reformunun sadece o ulus-devleti ve yurttaşlarını ilgilendirmediğini tekrar ortaya çıkarmıştır. Günümüzde dönüşen ve egemenliği aşınan ulus-devlet, "cezalandırma yetkisi"nin kullanımında da tabir yerindeyse "güçten düşmüş"tür. Bu durumda "cezalandırma yetkisi"nden ziyade, "cezalandırma yetkisinin sınırı" üzerinde çalışma yapmak daha önemli hale gelmiştir.

Bu çalışmanın amacı, devlet aygıtının ve özelde yasama organının, egemenlik sahası içinde suç ve ceza ihdası yetkisini kullanırken, bunun hangi kurumlar tarafından ve nasıl sınırlandığını ortaya koymaktır. İleri sürülen temel iddia cezalandırma yetkisinin doğrudan egemenlik ile ilişkisinin olduğu; ulus devletin yaşadığı egemenlik aşınmasının cezalandırma yetkisini önemli ölçüde daralttığıdır. Son iki yüzyılda özellikle anayasacılık ve insan haklarının gelişimi ile hukuk devleti fikrinin ortaya çıkışı "kadiri mutlak" egemen devlet anlayışına son vermiş ve cezalandırma yetkisi de anayasalarla getirilen temel ilkelerle sınırlanmıştır. Kuvvetler ayrılığı ve yasama organının yargısal denetiminin mümkün oluşu, cezalandırma yetkisinin kullanımını giderek daha da sınırlı hale getirmiştir. Diğer yandan demokrasinin hem kurumsal gelişimi hem de yaygınlaşması, katılımcı demokrasi modelini ortaya çıkarmıştır ve bugün birçok siyasal karar alma sürecinde olduğu gibi, cezalandırma politikalarının belirlenmesinde de kamuoyu etkisi ve baskısı görülmektedir. Devletlerin iç dünyasında bu gelişmeler yaşanırken, yüzyıldan daha fazla bir süredir, uluslararasılaşma ve küreselleşmeyle birlikte gelişen uluslararası ağ ulus devletler üzerinde bir baskı oluşturmakta ve egemenliğini aşındırmaktadır.[7] Ulus devletin egemenliğinin aşınması birçok konuda olduğu gibi, cezalandırma yetkisini ilgilendiren kimi konularda da onu tek karar alıcı olmaktan çıkarmakta ve uluslararası yükümlülüklerin icracısı konumuna getirmektedir. Devletin egemenliğindeki bu değişim, çeşitli araçlarla devletin cezalandırma yetkisini daraltmaktadır. Bu çalışma ile devletin daralan cezalandırma yetkisinin sınırlarını ortaya koymak ve bu yönde kuramsal bir çerçeve oluşturmak hedeflenmektedir.

Bu kısımda beş başlıkta tezin önemi, iddiası, kapsamı, yöntemi ve planı anlatılacaktır. Öncelikle literatüre ve tezin konusuna yer verilecektir. Dünyadaki ve

[7] Vahap Coşkun, *Ulus-Devletin Dönüşümü ve Meşruluk Sorunu,* Liberte, Ankara, 2009, s. 388-391.

Türkiye'deki benzer çalışmalardan söz edilerek, bu tez çalışmasının konu bakımından önemi ve özgünlüğü üzerinde durulacaktır. İkinci olarak, tezin üzerine kurulduğu ön kabullerden söz edilerek ve tezin iddiaları (hipotezleri) daha açık bir biçimde ortaya konulacaktır. Üçüncü olarak, tezin kapsamı ve sınırlılıklarından söz edilecektir. Ardından yöntem başlığında tezin hazırlanmasında nasıl bir yöntem izlendiğine yer verilecektir. Son olarak, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için tez planı ayrıntılı bir biçimde aktarılacaktır.

A. Literatür ve Tezin Konusu

"Cezalandırma yetkisinin sınırı" Almanca literatürde (*Grenze staatlicher Strafgewalt*)[8] ve İspanyolca literatürde (*límites al ius puniendi/límites al poder punitivo del estado*) [9] ve Portekizce literatürde (*limites do jus puniendi*) [10] şeklinde kullanılmaktadır. İngilizce literatürde ise, "ceza hukukunun sınırları (*limits of criminal law/boundaries of criminal law*)" tabiri daha yaygındır.[11] Diğer yandan, anayasalarda yer alan ilkelerin yasa koyucuyu cezalandırma yetkisi bakımından sınırlandırması ise, "ceza hukukunun anayasal sınırları" (*constitutional limits of criminal law*) [12] veya "cezalandırma yetkisinin anayasal sınırları" (*constitutional limits of criminalization*

---

[8] Nikolaus Wrage, *Grenzen der staatlichen Strafgewalt*, Peter Lang, Frankfurt, 2009; Thomas Weigend, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt", *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, (ed. Thomas Weigend ve diğ.), de Gruyter, Berlin, 1999, s. 917-940; Stefan Grots, "Die Grenzen der staatlichen Strafgewalt exemplifiziert am neuen Anti-Doping-Tatbestand", *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2008/3, s. 243-255.

[9] Margarita Martínez Escamilla, María Martín Lorenzo ve Margarita Valle Mariscal de Gante, *Derecho Penal Introducción Teoría Jurídica Del Delito*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012, s. 51; Miguel Abel Souto, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Dilex, Madrid, 2002. Ayrıca bkz. Fabián Bochia ve diğ., "Límites al Poder Punitivo del Estado", *http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/monografia-criminologia.pdf.*

[10] Luiz Flávio Gomes, "Limites do "Jus Puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal", *http:// www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13513-13514-1-PB.pdf.*

[11] Carl Constantin Lauterwein, *The Limits of Criminal Law (A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing)*, Ashgate Publishing, Surrey, 2010; R.A. Duff ve diğ. (ed.), *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010. Almanca literatürde de benzer bir kullanım için bkz. Ulrich Sieber, "Ceza Hukukunun Sınırları", *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, (çev. ve yay. haz. Feridun Yenisey), Beta, İstanbul, 2007, 2. baskı, ss. 173–228. [Yayının orijinali: Ulrich Sieber, "Grenzen des Strafrechts–Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht –", *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 119, Is. 1, (Mayıs) 2007, ss. 1–68]

[12] Thomas J. Gardner ve Terry M. Anderson, *Criminal Law,* Wadsworth, USA, 11. baskı, s. 16 vd; Austin W. Scott, Jr., "Constitutional Limitations on Substantive Criminal Law", *Rocky Mountain Law Review*, Vol. 29, 1956-1957, s. 275; Adil Ahmad Haque, "Lawrance v. Texas and the Limits of the Criminal Law", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 42, No. 1, (Winter) 2007, ss. 1-43.

power/constitutional limits on penal legislation)[13] veya "ceza hukukunun anayasal sınırlılıkları" (*constitutional limitations on the criminal law*)[14] şeklinde kabul görmektedir. Türkçe literatürde henüz "devletin cezalandırma yetkisinin sınırı" terimi yaygın olarak kullanılmamaktadır.[15] "Devletin cezalandırma yetkisinin anayasal sınırları"[16] başlığıyla bir yayım bulunmakla birlikte, ceza hukuku kitaplarında bu konuyla ilgili bir başlığa yer verilmesi yönünde henüz bir teamül oluşmuş değildir.[17]

Bu tez çalışması temelde konu, kapsam ve yaklaşım bakımından dünyadaki öncül çalışmalardan ayrılmaktadır. "Cezalandırma yetkisinin sınırı" adlı bir çalışma başta ceza hukuku olmak üzere, hukuk felsefesi, genel kamu hukuku veya anayasa hukukunun konusu olarak ele alınabilir. Siyaset bilim ve siyaset felsefesi, sosyoloji ve kriminoloji gibi diğer sosyal bilim alanlarında da "cezalandırma" inceleme konusunu oluşturabilir. Dünyada bu alandaki çalışmaların büyük çoğunluğunda maddi ceza hukuku[18] ve hukuk felsefesi[19] konuları ağırlıktadır. Anayasa hukuku alanlarında yapılmış çalışmalar nispeten azdır.[20]

Lauterwein özellikle Alman hukuku doktrininde Roxin tarafından geliştirilen cezalandırmayla korunan hukuksal değer (*Rechtsgut*) kavramıyla, Avustralya doktrininde cezalandırmayı sınırlandıran ilkeler (zarar ilkesi, saldırı ilkesi, ahlakilik, kamu yararı, paternalizm) üzerinde durmuş ve bazı tartışmalı konularda (ensest, bestailiti, uyuşturucu kullanımı) suç ihdası üzerine tartışmıştır. Hart ise, ahlakın

---

[13] Alan Brudner, "The Wrong, the Bad and the Wayward: Liberalism's mala in se", *http://www.cpl.law.cam.ac.uk/forthcoming_events/Criminalization.pdf*, 2010.

[14] Norman M. Garland, *Criminal Law for the Criminal Justice Professional*, McGraw Hill, New York, 2012, 3. baskı, s. 34 vd.

[15] Örneğin Türkçe'de buna yakın bir yayın "Ceza Hukukunun Sınırları" başlığını taşımaktadır (Sieber, 2007).

[16] Yüksel Metin ve Veysel Dinler, "Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları", *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yıl Armağanı*, Ankara, 2012, ss. 1-54.

[17] Özbek ve arkadaşları *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* eserinde konuyu "Ceza ne zaman meşrudur (ya da gerekli olduğu kabul edilir)?" başlığıyla ele almışlar ve cezalandırmanın meşruiyeti üzerinde durmuşlardır. Veli Özer Özbek ve diğ., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara, 2012, 3. baskı, s. 41-42. Hakeri ise, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* adlı eserinin 10. baskından itibaren bu konuyu kısmen "Suç oluşturan fiillerin ve bunlara uygulanacak yaptırımların belirlenmesine ilişkin sorunlar ve ilkeler" başlığında, hangi eylemlerin ceza yaptırımına tabi olabileceğini, kanun koyucunun suç olan fiil ile buna uygulanacak yaptırımın miktarını belirlemede serbest olup olmadığını ele almıştır. Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, 10. baskı, s. 30-42.

[18] Lauterwein, 2010; Sieber, 2007; Kimmo Nuotio, "Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law: A Legal Cultural Approach", *The Boundaries of the Criminal Law*, (ed. R.A. Duff ve diğ.), Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 239-263.

[19] H.L.A. Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, (çev: Erol Öz), Dost Kitabevi, Ankara, 2000; Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

[20] Erwin Chemerinsky, "The Constitution and Punishment", *Stanford Law Review,* Vol. 56, No. 5, 2004, s. 1049-1080; Haque, 2007.

cezalandırılmasıyla sınırlı olan çalışmasında, hukukun ahlaksızlığı ne ölçüde cezalandırabileceği üzerinde durmuştur. Husak ise özellikle suçların çokluğu ve cezaların şiddetini eleştirerek, mevcut cezalandırma anlayışına alternatif öneriler sunmuştur. Anayasaların cezalandırmayı sınırlandırmasıyla ilgili olarak Chemerinsky ve Haque'ın çalışmaları gösterilebilir ki, bu tez çalışması saf maddi ceza hukuku, hukuk felsefesi ve/veya ceza felsefesinden ziyade anayasa hukuku, daha doğrusu ceza hukukunun anayasal yönüyle ilgili çalışmalara yakındır. Başka bir anlatımla, dünyada cezalandırmayla ilgili çalışmalar büyük ölçüde, bir insan davranışını suç kabul etmenin ölçütleri üzerinedir ve tartışmalar özellikle John Stuart Mill[21] tarafından ileri sürülen "bir davranış başkalarının haklarına zarar vermedikçe cezalandırılamaz" şeklinde özetlenebilecek zarar ilkesi (*harm principle*) ile başlayan "cezalandırma" (*criminalization*) kuramları[22] ile özellikle Hart-Devlin arasında gelişen hukuk-ahlak tartışmasının eleştirileri[23] üzerine gelişmiştir. Bu tezin konusu neyin suç olarak düzenlenip düzenlenemeyeceği ya da suç ihdası ölçütleri değil; suç ve ceza ihdas eden devleti sınırlandıran ölçütlerdir. Bu ölçütleri ise, ceza felsefesi alanından çok anayasa hukukunda ve/veya uluslararası hukukta aramak gerekmektedir.

Bu tez çalışmasının ikinci temel farkı ise kapsamdır. Feinberg, Lauterwein, Husak ve Abel Souto'nun çalışmaları gibi birkaç istisna dışında genellikle cezalandırma yetkisinin sınırı bir yönüyle ele alınmıştır.[24] Bu çalışmanın birinci bölümünde egemenlik-cezalandırma ilişkisi çok yönlü olarak ele alınmakla birlikte, takip eden

---

[21] John Stuart Mill, *Hürriyet Üstüne*, (çev. Mehmet Osman Dostel), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.

[22] Bu konudaki en önemli isimlerden birisi Joel Feinberg tarafından dört cilt halinde yayımlanan *The Moral Limits of the Criminal Law* serisidir. Feinberg ilk ciltte (*The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others,* Oxford University Press, Oxford, 1987) zarar ilkesinin açıklamasını ve eleştirisini yapmıştır. İkinci ciltte (*The Moral Limits of the Criminal Law: Offence to Others,* Oxford University Press, Oxford, 1988) kendisi tarafından geliştirilen saldırı ilkesiyle (*offence principle*) başkaları zarar görmeden saldırgan tutumun cezalandırılmasının daha önemli olduğunu savunmuştur. Üçüncü ciltte (*The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self,* Oxford University Press, Oxford, 1989) cezalandırmada devletin paternalist rolünü (*legal paternalism*) ve kişisel egemenlik ile bunun sınırlarını tartışmıştır. Son ciltte ise, (*The Moral Limits of the Criminal Law: Harmless Wrongdoing,* Oxford University Press, Oxford, 1990) başkalarına zarar vermeyen davranışın cezalandırılabilirliği, ahlaki tutuculuk, toplum ve bireysel özerklik üzerinde durmuştur.

[23] Örneğin bkz. Duncan J. Richter, "Social Integrity and Private 'Immorality' The Hart-Devlin Debate Reconsidered", *Essays in Philosophy,* Vol. 2, Is. 2, 2001, Article 3.

[24] Kanunilik ilkesinin cezalandırma yetkisini sınırlamasına örnek olarak bkz. Michał Królikowski, "Legality and the Limits of Criminal Law", *Foundational Issues in the Philosophy of Criminal Law*, 23rd World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, 1-6 August 2007, Kraków, ss. 105-123. Cezalandırmada bir filtreleme aracı olarak "eşitlik ilkesi" için bkz. Roger Shiner "Equalitiy and the Criminal Law", *Foundational Issues in the Philosophy of Criminal Law*, 23rd World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, 1-6 August 2007, Kraków, ss. 143-150.

bölümlerde cezalandırma yetkisinin anayasal sınırları, anayasa yargısı ve yasama sürecini de içeren bir şekilde (iç hukuktan kaynaklanan sınırlar – *internal aspects*); son bölümde ise uluslararası hukukun ve uluslararası ilişkilerden kaynaklanan yükümlülükleri (*external aspects*) de kapsayacak şekilde çok geniş kapsamlı (*comprehensive*) ele alınmıştır.

Bu çalışma yaklaşım bakımından da bazı farklılıklar göstermektedir. Gerek konuya bakış gerekse kullanılan yöntem itibariyle anayasa hukuku metodolojisinden[25] yararlanılmıştır. Bu itibarla çok özel bir bilgi birikimi gerektiren ceza felsefesi tartışmalarına girilmekten kaçınılmıştır. Öte yandan sadece tümdengelimsel bir yöntem değil; kimi zaman amprik verilerlere dayanan tümevarımsal bir akıl yürütme yoluna başvurulmuştur.

"Devletin cezalandırma yetkisinin sınırı"nın ne olduğu konusunda da diğer çalışmalardan farklı bir yaklaşımda bulunulmuştur. İspanyol yazarlar cezalandırma yetkisinin sınırını "formel sınırlar" (*límites formales*) ve "içeriksel sınırlar" (*límites materiales*) olarak ikiye ayırmaktadır.[26] Buna göre formel sınırları, kanunilik ilkesi ve *ne bis in idem* ilkesi oluşturmaktadır. Cezalandırma yetkisinin içeriksel (maddi) sınırlarını ise, asgari cezalandırma ilkesi, zarar ilkesi, kusur ilkesi, insancıllık (insan onuru) ilkesi, ölçülülük ilkesi oluşturmaktadır.

Bize göre, "devletin cezalandırma yetkisinin sınırı" ifadesinden, ilk başta iki farklı şey anlaşılabilir. Bunlardan birincisi bir hukuk kişisi olan devletin yetkilerinden biri olan cezalandırma yetkisini kullanırken iradesini sınırlayan unsurlar; ikincisi de hangi insan davranışının suç olarak kabul edilebileceğinde ve nasıl bir ceza verileceğinde ortaya çıkan sınırlar.[27]

Cezalandırma yetkisi, devletin sahip olduğu yetkilerin özel bir kısmı olup; bu da irade gösterme, tasarrufta bulunabilme gücünün, başka bir söylemle egemenliğin bir sonucudur. Bu çalışmada siyasal iktidar kavramı ile egemenlik kavramı arasında bir ayrıma gidilmemiştir. Neticede adı ister egemenlik, isterse iktidar olsun, bahse konu olan en yüksek emretme ve yönetilenlere yaptırma gücüdür. Devletin cezalandırma yetkisi ve özelde cezalandırma tekeli de bu güçten ileri gelmektedir. Cezalandırma

---

[25] Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Ekin Kitabevi, Bursa, 1999, 2. baskı, s. 25-26.
[26] Escamilla–Lorenzo–de Gante, 2012, s. 52-68; Bochia ve diğ., 2012.
[27] Tez çalışması sırasında çok sayıda ceza hukukçusu, anayasa hukukçusu, genel kamu hukukçusu ve hukuk felsefecisi ile görüşülmüştür. Bu değerli akademisyenlerin tezin başlığını öğrendiklerinde, kendi bakış açılarınca ilk beyan edilen fikirler bunlar olmuştur.

yetkisi, devletin sahip olduğu yetkilerin özel bir kısmı olduğuna göre, devletin yetkilerini sınırlandıran araç ve mekanizmalar aynı zamanda cezalandırma yetkisini de sınırlandırmaktadır. Bunlar için "kurumsal sınırlar" (*institutional limitations*); öte yandan belli bir davranışın devlet tarafından suç kabul edilip edilemeyeceğine yönelik ceza hukukuna içkin tartışmalar ise, "maddi-içeriksel sınırlar" (*substantial limitations*) tabirlerini kullanmak daha yerinde olacaktır.

Yapmış olduğumuz kurumsal sınır – maddi sınır ayrımı birbirinden tamamen bağımsız değildir ve birbirinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; Aydınlanma dönemiyle birlikte ceza hukuku alanında gerçekleşen yenilikler ve bu alanda ortaya çıkan ilkeler zaman içersinde anayasacılıkla birlikte, anayasaların temel kaideleri arasında yer almaya başlamıştır. Herhangi bir ceza hukuku ilkesi, ilkesel düzeyde devletin iradesini kullanmasında herhangi bir anlam ifade etmezken; anayasacılıkla birlikte ceza hukukunun temel ilkelerinin pozitif anayasal ilkeler haline gelmesi, anayasaya aykırı kanun çıkartamayacak olan yasa koyucuyu sınırlamaktadır. Burada yasakoyucuyu sınırlayan ceza hukuku ilkeleri değil, ceza hukuku ilkelerini pozitifleştiren anayasa ilkeleridir. Bununla birlikte, anayasa aracından kaynaklanan sınır, sonuçta bir maddi sınır olarak kendini göstermektedir. Başka bir örnek şöyle verilebilir. "İnsan ticareti" birçok uluslararası sözleşme ile yasaklanmış ve taraf devletler bu fiilin cezalandırılmasıyla yükümlü kılınmaktadır. Burada devleti sınırlandıran araç uluslararası hukuk ve ondan kaynaklanan yükümlülükleridir. Bu yükümlülük, ulusal ceza hukukunda "insan ticareti"nin suç sayılması ve cezalandırılması şeklinde kendini göstermektedir. Bu örnekte de görüldüğü üzere, araçsal bir sınır, maddi sınır şeklinde sonuç vermektedir. Bir devletin insan ticaretini suç sayıp saymaması, elbette kendi yasama organının iradesinin neticesidir. Ancak devlet bunu bir uluslararası yükümlülüğün sonucu olarak yerine getiriyorsa, burada devletin bizatihi kendi kullandığı iradesinden söz edilemez. İşte devletin cezalandırma yetkisinin sınırı, bu şekilde kendini gösterir.

Cezalandırma yetkisinin sınırı, sadece devletin bir fiili suç ihdas edememe veya yaptırım türlerinin uygulayamaması şeklinde değil; aynı zamanda bir fiili suç olarak düzenleme yükümlülüğü olarak da karşımıza çıkar. Netice itibariyle yetkinin sınırı "yapabilme veya yapmama" ise; devletin kendi iç hukuk düzeni veya uluslararası hukuk yükümlülüklerinden kaynaklanan sınırlılıkları, cezalandırma yetkisinin kullanımında

"yapma" veya "yapmama" olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin "insan ticareti" eylemi "suç olarak ihdas etme ve cezalandırma yükümlülüğü" şeklinde bir sınırlılık olarak çıkarken; "işkence ve kötü muamele" yasağı, "işkence ve kötü muamelenin ceza yaptırımı olarak kabul etmeme" (yapamama) şeklinde bir sınırlılık yaratmaktadır. Son tahlilde, yetkinin sınırı "yetkinin ötesinde kalan, yetki dışı olan" ise, devletin cezalandırma yetksinin sınırı da "devletin suç ve ceza ihdas ederken yapabileceklerinin ötesinde olan, yapamayacakları ya da kendi iradesi dışında yapması gerekenler"dir. Bu çalışma, cezalandırma yetkisi söz konusu olduğunda, devletin iç hukuk ve uluslararası hukuktan kaynaklanan sınırlılıklarını ortaya koyma amacı taşımaktadır. Konuya bu yönüyle yaklaşmak, aynı zamanda devletin cezalandırma yetkisinin maddi sınırlarını da verecektir.

"Devletin cezalandırma yetkisinin sınırı" yukarıda söz edilen kaynaklar itibariyle, Amerika, Almanya ve İspanya'da çalışılan bir konu olmakla birlikte, Türkiye'de bu konu yeterince incelenmiş değildir. Bazı ceza genel hukuku kitaplarında sınırlı bir biçimde ele alınmış;[28] konuyla ilgili henüz bir monografi çalışması yapılmamıştır. "Devletin cezalandırma yetkisinin sınırı"nı doğrudan inceleyen bir makalenin[29] ilk kez 2012 yılında yayımlanması, Türkçe literatürde bu tartışmanın yetersiz olduğunun, daha önemlisi oldukça gecikmiş olduğunun bir göstergesidir.[30]

"Devletin cezalandırma yetkisinin sınırı" başlığıyla olmasa da Türkçe literatürde bu konuya benzer veya kısmen örtüşen çalışmaları görmek mümkündür.[31] Şen bir

---

[28] Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 5–7; Hakeri, 2011, s. 32–42; Özbek ve diğ., 2012, s. 41-42.

[29] Metin–Dinler, 2012.

[30] Örneğin Hafızoğulları tarafından 1978 yılında yayımlanan bir makale "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu" başlığını taşımaktadır. Ancak makale olan devletin cezalandırma yetkisinin sınırı değil, hukuk biliminin ve özelde ceza hukukunun normatiflik yönüyle sınırlılığını ele alan bir "hukuk genel teorisi" çalışmasıdır. Zeki Hafızoğulları, "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu", *AÜHFD*, C. 35, S. 1-4, 1978, ss. 235-280. Sieber, "Ceza Hukukunun Sınırları", 2007 ise, daha çok ceza hukukunun uygulanması ile ilgili olup; ceza hukukunun geleceğine yönelik bir makaledir.

[31] Doğrudan cezalandırma yetkisi olmamakla birlikte devlet iktidarının sınırlandırılmasıyla ilgili olarak iki önemli eserden söz edilebilir. Yahya Kazım Zabunoğlu, *Devlet Kudretinin Sınırlanması (Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak)*, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1963 ve Cengiz Gül, *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010. Cezalandırmanın yetkisinin/gücünün dönüşümüyle ilgili önemli iki siyaset bilimi (suç siyaseti) çalışması Yasemin Özdek, "Küreselleşme Sürecinde Ceza Politikalarındaki Dönüşümler", *Amme İdaresi Dergisi,* C. 33, S. 4, Aralık 2000, ss. 21–48 ve Özkazanç, A., "Biyo–Politik Çağda Suç ve Cezalandırma: Denetim Toplumunda Neo-Liberal Yönetimsellik", *Neo–Liberal Tezahürler Vatandaşlık–Suç–Eğitim* içinde, Dipnot, Ankara, 2011, ss. 101–162.

monografisinde[32] 1962–1997 arasındaki Anayasa Mahkemesi kararlarını inceleyerek, anayasa yargısının ceza koyucu üzerindeki etkisini göstermiştir. Erdem bir monografisinde[33] Avrupa Birliği hukukunun üye devletlerin cezalandırma yetkisine etkisini ele almıştır.

Doğrudan cezalandırma yetkisi ile ilgili olmamakla birlikte, Erdal doktora tezinde[34] uluslararası ceza mahkemesinin devlet egemenliği üzerine etkisini çalışmıştır. Cezalandırma iktidarının tarihsel süreçte dönüşümünü ele alan Yiğiter'in yüksek lisans tezi[35] bir genel kamu hukuku eseri olarak kayda değer olup; çalışma feodal dönem–yakınçağ arasındaki tarihsel bir kesiti ele alması ve konuya daha geniş bir cezalandırma kavramıyla yaklaşması bakımından bu tez çalışmasıyla arasında önemli farklılık bulunmaktadır. Özer ise yüksek lisans tezinde[36], 1982 anayasasında suç ve cezalara ilişkin esasları ele almıştır. Bu çalışma tezimizin bir kısmı ile örtüşmekle birlikte, tezimizde anayasalardaki suç ve cezalara ilişkin esaslar sadece Türkiye bakımından değil, dünyadaki çok sayıda ülkeyi de kapsayan mukayeseli bir şekilde yapılmıştır. Apiş'in yüksek lisans tezi[37] de benzer şekilde tezimizin bir kısmıyla örtüşmektedir.

Türkçe literatürde konuyla ilgili makale sayısı da son derece azdır. Burada zikredilecek dört makalenin ikisi çeviri olup, diğer ikisi Türk yazarlarca telif edilmiştir. Schlehofer'in "Anayasa'nın İnsan Onuru Garantisi-Devletin Cezalandırma Yetkisinin Mutlak ve Göreceli Sınırları Üzerine"[38] çalışması Alman Anayasasının insan onurunu düzenleyen 1. maddesini konu almaktadır. Farkas Uluslararası Anayasa Kongresindeki bildirisinde[39] Macaristan Anayasasının sağladığı güvenceler, hukuk devleti ilkesi, kanunilik ilkesi eşitlik ilkesi ile anayasal kuralların işlemesinde Anayasa

---

[32] Ersan Şen, *1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku*, Beta, İstanbul, 1998.

[33] Mustafa Ruhan Erdem, *Avrupa Birliği Hukuku'nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri*, Seçkin, Ankara, 2004.

[34] Selcen Erdal, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

[35] Cenk Yiğiter, *Feodal Dönemden Modern Döneme Geçişte Cezalandırma İktidarının Dönüşümü*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

[36] Beytuhllah Özer, *1982 Anayasasında Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

[37] Özge Apiş, *Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türk Maddi Ceza Hukuku İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi*, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2009 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

[38] Horst Schlehofer, "Anayasa'nın İnsan Onuru Garantisi-Devletin Cezalandırma Yetkisinin Mutlak ve Göreceli Sınırları Üzerine", (çev. İlker Tepe), *Suç Politikası*, (yay. haz. Yener Üniver), Seçkin, Ankara, 2006, s. 557-564.

[39] Ákos Farkas, "Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları", *Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı,* C. 4, (ed. Murat Yanık–Hüseyin Özcan–Ahmet Akcan), İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, 2011, (İngilizcesi: 173-185, Türkçesi: 187-199) .

Mahkemesi'nin rolünü konu etmiştir. Aynı kongrede sunduğu bildiride Doğan[40], suç olmaktan çıkarma eğiliminden söz ederek, ceza hukukunun *ultima ratio* özelliğinin anayasal güvencede olması gerektiğinden söz etmiştir. Yüksel ve Dinler'in yukarıda söz edilen makalesinde de anayasal ilkeler, anayasa yargısı ve ölçülülük ilkesi karşısında cezalandırma yetkisinin sınırları konu edilmiştir.

Sonuç olarak, bu tez çalışması konusu ve kapsamı itibariyle alanındaki ilk çalışma olma özelliğini göstermekte ve Türkiye akademik yazınında belli boşluğa katkı sağlaması hedeflenmektedir. Devletin cezalandırma yetkisini kavramsal bir çerçevede inceleyerek, cezalandırma yetkisinin sınırlayan anayasal ilkeler, anayasa yargısı, yasam yapım süreci ile uluslararası kuruluşlar ve sözleşmeleri, uluslararası ceza mahkemesi, Avrupa Birliği ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin cezalandırma yetkisine ilişkin içtihatlarının ilk kez ve detaylı bir biçimde ele alınması, çalışmanın özgün yönünü oluşturmaktadır.

B. Ön Kabuller ve İddialar

Tez çalışmasının sınırlandırılması ve kavramsal bir temele oturtulabilmesi bakımından bazı ön kabullerin (*presumption*) olması gerekir. Neticede her konuyu yeni baştan tartışmak ve açıklamaya gitmek söz konusu olamaz. Bu sebeple konunun derinlemesine tartışılmadan önce bazı ön kabullerin (varsayımlar) önceden belirtilmesi gerekir. Bu çalışmadaki ön kabuller sırasıyla şöyle sıralanabilir.

Toplumsal düzen için cezalandırma şarttır ve vazgeçilmezdir. Devletin evrimsel sürecinin her aşamasında cezalandırma olduğu gibi, bunun aksine ileri süren ciddi bir görüş ortaya konmuş değildir. Bugün için suç ihdası ve cezalandırma vazgeçilmez görünmektedir ve alternatif bir mekanizmanın geliştirilmesi gündemde değildir.[41]

---

[40] Koray Doğan, "Ceza Hukukunun Sınırlandırılması Eğilimi ve Anayasa", *Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı,* C. 4, (ed. Murat Yanık–Hüseyin Özcan–Ahmet Akcan), İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 254-260.

[41] Fillippo Gramatica tarafından ileri sürülen ve Marc Ancel ve Adolphe Prins ile birlikte geliştirdikleri "toplumsal savunma" (*difesa sociale*) kuramı, genellikle ceza hukukunun içinde değerlendirilmekle birlikte, cezayı ortadan kaldıran ve ceza hukukunun tamamlayıcısı değil, ancak onun yerine geçen bir çözüm yolu ileri sürmektedir. Filippo Gramatica, *Toplumsal Savunma İlkeleri*, (çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara, 2005, 2. baskı, s. 37 vd. ayrıca bkz. 435-440. Gramatica geleneksel ceza hukuku yerine daha geniş kapsamlı ve özerk bir toplumsal savunma hukukunun geçmesini önermektedir. Daha sonra Ancel teoriyi ceza hukukunu da reddetmeyen bir şekilde geliştirmiştir. Toplumsal savunma kuramı uygulamayı da etkilemiş, gerek ceza hukukundaki bazı kurumların gelişmesine, gerekse bazı ceza kanunlarının yapımında ilham kaynağı olmuştur. Bkz. aynı eser Sami Selçuk, "Sunuş", s. 28-29.

Suç ve ceza koyma yetkisi sadece devlete aittir. Cezalandırma ve meşru şiddet kullanımı devlete ait bir tekel olmaya devam etmektedir.[42] Devleti kamusal alandan çıkarmayı ve cezalandırma yetkisi dahil, devletin faaliyetlerinin tümüyle veya büyük ölçüde son bulmasını öne süren görüşler (örneğin liberteryenizm, anarşizm, anarko-kapitalizm, minarkizm) bulunmaktadır. Öte yandan bu görüşü savunanlar toplumsal düzenin nasıl sağlanabileceği konusunda bazı iddialar ileri sürmekle birlikte, cezalandırma konusunu yeterince açıklayamamakta, daha doğrusu devlet dışında kullanılabilen cezalandırma yetkisinin taşıdığı riskler yeterince cevaplandırılamamaktadır.[43] Adaletin bireyler tarafından sağlanması imkânsızdır. Kuralları devlet tarafından konulan ve devlte tarafından uygulanan ceza hukukuna ihtiyaç devam etmektedir.[44] Bu durumda mevcut paradigmalar dahilinde toplumsal yaşantı için devlet ve devletin cezalandırma yetkisi vazgeçilmezdir.

Suç ve ceza koyma yetkisi sınırlıdır. Mutlak egemenlik dönemlerinde bile kimi sınırları bulunan cezalandırma yetkisinde, bugün sınırlar çeşitli faktörlerin etkisiyle daha da genişlemiştir. Cezalandırma yetkisinin sınırlı olabilmesi için devletin hukuka bağlı olması ve hukuk devleti ilkelerini benimsiyor olması gerekir. Burada devlet modern, demokratik, insan haklarını benimseyen ve hukuk devleti özelliklerini taşıyan bir devlettir. Aksi halde günümüzde varlığını sürdüren totaliter devletler yahut hukuk tanımaz devletler açısından bir sınırdan, özel olarak cezalandırmanın sınırından da söz edilemez.

Cezalandırma yetkisi devletin egemenliğin bir sonucudur. Egemenlik, siyasal iktidar ve devlet gücü (kudreti) kavramları çeşitli bakış açılarına göre birbirinden farklı

Günümüzde uygulamada ceza hukukuna alternatif bir toplumsal savunma hukukundan söz edilemez. Diğer yandan ceza hukuku içinde cezaya alternatif olarak geliştirilen veya ceza dışı yaptırımlar söz konusu olabilir. Ancak bu mekanizmaların yine geleneksel ceza hukuku içinde olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin bkz. Veli Özer Özbek, *Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999. Özbek, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde ceza hukukunu kaldırmaya yönelik ikameci görüşe katılmamakta ve toplumsal yaşantıda adaletin ceza hukuku dışında kişiler tarafından sağlanmasının imkansızlığından söz etmektedir. Özbek, 1999, s. 216. Ayrıca bkz. Ali Rıza Çınar, *Türk Ceza Hukukunda Cezalar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 50 vd. Kısa süreli hapis cezalarının seçenek diğer yaptırımlara dönüştürülmesinde, seçenek yaptırımlar klasik "ceza"nın dışında olmakla birlikte, neticede ceza hukuku yaptırımı içinde ele alınmaktadır.

[42] Bu konuda egemen güç olmaksızın cezalandırma olabileceğine dair görüşler ileri sürülmektedir, Ambos, 2013. Bu görüşler zamanla geçerlilik kazanacak olmakla birlikte, günümüzde "develetin cezalandırma tekelinin sahibi olduğu" paradigması hala geçerliliğini sürdürmektedir. Nitekim Ambos'un üzerinde durduğu uluslararası ceza mahkemesi, uluslararası hukuku ilgilendiren ve çok sınırlı olarak cezalandırma gücüne ortak olmaktadır.

[43] Bu konuda bkz. Cennet Uslu, "Robert Nozick: Anarko Kapitalizme Karşı Minarkizm", *Liberal Düşünce Dergisi*, Y. 12, S. 47-48, (Yaz-Sonbahar), 2007, ss. 143-169.

[44] Özbek, 1999, s. 216.

anlamlar, en azından nüanslar içermektedir.[45] Modern devletlerde suçların ve cezaların belirlenmesi kanunlar yoluyla, yani yasama organlarıncadır. 1982 Anayasasının 6. maddesindeki "Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır" ve takip eden 7. maddede "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." lafzıyla, yasa yapmanın ve yasa yoluyla cezalandırmanın egemenliğin bir sonucu olduğu görüşüyle, iktidar-güç-egemenlik tartışmasına girilmeyecektir. Cezalandırma yetkisindeki sınır da egemenliğin dönüşüm, aşınım ve sınırında aranacaktır.

Cezalandırma yetkisi devlet egemenliğinin bir sonucudur. Egemenlik unsuru iç egemenlik (siyasal iktidar) ve dış egemenlik (bağımsızlık) olmak üzere iki yönlü ele alındığına göre, cezalandırma yetkisinin sınırı hem iç egemenliğin hemde dış egemenliğin sınırlarından kaynaklanır.

Cezalandırma yetkisini etkileyen öncelikle içsel (*internal aspects*) faktörleridir. Anayasacılık hareketleri sonrasında devletler, yetkileri sınırlı devlete dönüşmüşlerdir. Bugün dünya yüzünde yazılı anayasası olmayan bir devlet yok gibidir. Siyasal iktidarı sınırlandırmak ve temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak şeklinde formüle edilebilecek anayasacılığın etkisiyle devlet iktidarı sınırlı hale gelmiştir. Suç ve cezanın öncelikli sınırı anayasadır. Anayasacılığa bağlı olarak temel hak ve özgürlüklerin korunması, kuvvetler ayrılığı ve anayasa yargısı suç ve ceza politikalarını etkileyen en önemli iç dinamiklerdir. Demokratik devletlerde kamuoyu ve sivil toplum bu konuya etki eden diğer güçlerdir.

Devletin suç ve ceza ihdasında ikinci sınır, dışsal (*external aspects*) faktörlerdir. Uluslararası ve ulus üstü kuruluşlar, çok taraflı sözleşmeler devletlerin iç politikalarını önemli ölçüde etkilemektedir. Bugün inkâr edilemeyecek diğer bir dış dinamik, küreselleşme ve uluslararası kamuoyudur.

Bu veriler ve ön kabuller ışığında şu iddialar (hipotezler) geliştirilebilir:

1- Cezalandırma yetkisi egemenlik anlayışı ile sıkı bir ilişki içindedir. Mutlak egemenlik anlayışından, sınırlı egemenlik anlayışı yönündeki değişim, devletin suç ihdas etme ve cezalandırma yetkisinde daralma yönünde etki etmektedir.

[45] Gül, 2010, s. 23.

2- Dünyada yaşanan gelişmelere paralel olarak "devletin cezalandırma tekeli" paradigması giderek zayıflamakta ve devlet suç ihdası ve cezalandırma yetkisinin kullanılmasında tek aktör olmaktan çıkmaktadır.
3- Uluslararası ilişkiler ağının genişlemesine ve küreselleşmenin siyasal, toplumsal ve hukuksal her alanda kendini göstermesine bağlı olarak, uluslararası ortak mücadeleyi gerektiren suçların sayısı artmakta, sınırı aşan yeni suç tipleri ortayla çıkmakta ve bu devletleri yükümlülük altına sokmaktadır.
4- Devletin suç ihdas etme ve cezalandırma yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde insan hakları ve özgürlükleri ön plana çıkmakta; insan hakları ve özgürlükleri alanında gelişmeler cezalandırma yetkisinin kullanımına yön vermektedir.

Bu verilen hipotezlerin doğrulanması halinde, devletin cezalandırma yetkisinin sınırını (*limits of ius puniendi*) tespit etmeye yönelik bir çerçeve çizmek mümkün olabilecektir.

Devletin hangi insan eylemlerini suç kabul edebileceği ve ne tür ceza yaptırımları uygulayabileceği konusuna ise, insancıllık (hümanite) ve hak ve özgürlükler perspektifinden yaklaşılacaktır. Buna göre, devlet bir hakkın ve özgürlüğün korunması amacıyla bir eylemi suç olarak ihdas edebilir ve uygulayacağı ceza yaptırımı insan onuruyla bağdaşır nitelikte olmalıdır. Cezalandırma yetkisi iki yönü bulunan bir madalyona benzemektedir. Bir yönüyle cezalandırma suçtan zarar görebileceklerin hak ve özgürlüklerinin korunmasını hedeflerken, bunu failin/faillerin hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırarak yapmaktadır. İşte devlet burada bu iki yönlü dengeyi sağlamak durumundadır. Yine devlet özgürlükleri tamamen ortadan kaldıran bir suç ihdasında bulunamaz. Suç ihdası sadece gerekli olduğu durumlar, başka bir anlatımla bireylerin hak ve özgürlüklerinin ceza hukuku yaptırımları dışında korunamaması halinde getirilebilir ve bu hukuk düzeninde "istisna" kabul edilmelidir. Eylemlerin suç olması istisna, serbest olması ise kural olarak kabul edilmelidir.

Bu tez çalışması, yukarıda sıralanan iddialar ve yaklaşımlar çerçevesinde devletin cezalandırma yetkisinin sınırını açıklamaya yönelik teorilere katkı sağlamayı hedeflemektedir.

C. Kapsam ve Sınırlılıklar

Bu çalışmada modern devletin suç ihdas etme ve cezalandırma yetkisinin sınırı ele alınacaktır. Böyle bir kapsam, devletin egemenliği, yasama fonksiyonu, suç ve cezanın toplumsal, kültürel ve normatif boyutları ile suç politikaları konusunu irdelemeyi gerektirir. Buna karşın her biri başlı başına derin tartışmayı gerektiren böylesine çetrefilli konuları bütün yönleriyle ortaya koymak, çalışmayı içinden çıkılmaz bir hale getirebilir. Sayılan konulara tanımsal ve tanıtıcı (*descriptive*) düzeyde yer verilecek ancak gerekmedikçe, cezalandırma yetkisinin sınırı dışında bir tartışmaya girilmeyecektir. Bununla birlikte ele alınan konunun daha iyi anlatılabilmesi için, özellikle egemenlik kavramına sık vurgu yapılarak ve egemenliğin dönüşümünün cezalandırma yetkisindeki değişim ve sınırına etkisi üzerinde durulacaktır.

Bu çalışmada adı geçen suç ve ceza kavramları sadece ceza hukukunda dar anlamda kullanılan suç ve ceza kavramlarıdır. Suçlara ve cezalara benzer nitelikte yasak ve yaptırımlara sahip, kabahatler, disiplin suç ve cezaları ile her türlü idari yaptırımlar, çalışmanın konusu dışındadır. Bir ceza hukuku yaptırımı olmakla birlikte, güvenlik tedbirleri de bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Dolayısıyla tezimizde kullanacağımız cezalandırma kavramından, sadece ceza hukuku kurumu olan ceza anlaşılmalıdır.

Cezaların infazı cezalandırma yetkisinin bir parçasını oluşturmakla birlikte, yargı organları tarafından hükmedilen ceza hukuku yaptırımlarının nasıl infaz edileceği konusu, ceza infazında devletin yetkisinin sınırı tamamen bu tezin konusu dışındadır. Ceza olarak maddi ceza, başka bir deyişle pozitif hukukta ceza yaptırımının ne olabileceği konusu teorik olarak tartışılmış; cezanın uygulaması niteliğinde olan infazıyla ilgili herhangi bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

Devletin cezalandırma yetkisinin çok geniş bir alanı ilgilendirdiği bir gerçektir. Cezalandırma meselesi aynı zamanda kimlerin cezalandırılacağı veya cezalandırılamayacağı, nerede işlenen fiillerin cezalandırılabileceğini de kapsar. Ancak çalışmamızın konusu itibariyle ceza hukukunun yer, zaman ve kişi bakımından uygulanması kapsam dışı bırakılmıştır. Bu bağlamda yargı bağışıklıkları, küçüklerin cezalandırılması, akıl hastaları konularına yer verilmeyecektir. Aynı şekilde cezalandırma yetkisiyle ilgili olmakla birlikte, ceza hukuku kurumu olan objektif cezalandırma şartları, suçununsurları, ceza sorumluluğunun esası, hukuka uygunluk

nedenleri, cezaların ağırlaştırıcı ve hafifletici halleri, suçun özel görünüş biçimleri, suçların içtimaı, zamanaşımı, af gibi konular bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Başka bir anlatımla, teorik olarak devletin suç ihdas etme ve cezalandırma yetkisinin sınırları konu edileceğinden, maddi ceza hukuku konusuna giren birçok husus çalışmanın konusu dışındadır.

"Devletin cezalandırma yetkisinin sınırı" ceza felsefesinin (*philosophy of criminal law*) de inceleme konusunu oluşturur. Bir suçun olması gerektiği veya olmaması gerektiği, bir yaptırım türünün (örneğin ölüm cezası) olması veya olmaması gerektiği ceza felsefesinin konusudur. Farklı bakış açılarıyla bu konular tartışılabilir, sonuçta bir devlet için "yapmalı" ya da "yapmamalı" sonucuna varılabilir. Bu çalışmada, felsefi bir tartışma yapılmayacaktır. İnsan haklarının güvenceye alınması noktasında, kısmen ideal üzerinde durulacaktır, ancak asıl tartışma konumuz pozitif hukukun devleti ne ölçüde sınırlandırdığı olacaktır. Ölüm cezası örneğinden bu yaklaşımı açıklamak gerekirse; ölüm cezasının tarihsel süreçte yaygın olarak kabul edilmesinden günümüzde ölüm cezasının yasaklanması ya da ölüm cezası karşıtlığına kadar birçok fikir ileri sürülebilir. Ahlakî gerekçelerle bireysel olarak ölüm cezasına karşı çıkılabilir yahut devlet (yasama organı) siyasal bir tercihle ölüm cezasını kaldırabilir. Ancak ölüm cezasının devlet açısından sınırlılık olması iki şeyin (tek başına veya birlikte) varlığı ile mümkün olabilir: 1- Ölüm cezasını yasaklayan anayasal ilke, 2- Ölüm cezasının yasaklanmasını öngören ve taraf ülkeleri ölüm cezasının yasaklanması konusunda yükümlülük altına sokan uluslararası sözleşme. Bu tez olanı konu etmekte olup, olması gereken konusunu ele almamaktadır. Öte yandan, iki yaklaşımın çatışması halinde, kanımızca ideal olan ileri sürülerek, olması gerekene de söz edilmektedir. Örneğin, ifade özgürlüğünün cezalandırma yoluyla sınırlandırılmasında, ideolojik-özgürlükçü yaklaşım arasındaki bireysel kanaatimiz açıkça belirtilecektir.

Tezin konusu yukarıda açıkça belirtildiği gibi, devletin cezalandırma yetkisinin teorik açıklaması ile bunu sınırlandırmaya yönelik iç hukuk ve uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri ile sınırlıdır. Bu çalışma çok geniş bir literatür taramasına dayanmakla birlikte konuyla ilgili tüm eserlere ulaşılabildiği ve yararlanıldığı iddiasında değildir. Bu yönüyle diğer tez çalışmaları gibi bu tez de yazarının ulaşabildiği kaynaklar ile sınırlıdır.

Tez çalışmalarında dil başka bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada yararlanılan eserlerin bir kısmı İngilizce dilinde olup, doğrudan yazar tarafından okunup değerlendirilmiştir. Öte yandan Almanca, İspanyolca ve Portekizce eserlerden yardım yoluyla yararlanılmıştır.[46] Dil konusundaki bir diğer sınırlılık da karşılaştırmalı hukukta anayasa ve ceza kanunlarından yararlanmada olmuştur. Her ülkenin anayasa ve ceza kanunun İngilizcesine ulaşılamamıştır.

Bu tez çalışmasında çok sayıda Anayasa Mahkemesi kararına yer verilmiş olmakla birlikte hiçbir Yargıtay kararına yer verilmemesi biraz şaşırtıcı gelebilir. Bu çalışma suç ve ceza koyma yetkisini incelemekle, esas itibariyle yasama organının faaliyetlerini konu edinmektedir. Bu sebeple yargılamanın uygulanmasıyla ilgili olarak Yargıtay (Temyiz Mahkemesi) kararlarına özellikle yer verilmemiştir. Bu konunun dağılmasına ve başka mecralara taşınması riskini taşıdığından Anayasa Mahkemesi kararlarının incelenmesiyle yetinilmiştir.

Sonuç olarak bu tez konu ve hacim bakımından belli bir kapsama sahip olup, çalışma sırasında bazı kısıtlarla karşılaşıldığı söylenebilir. Genel olarak sosyal bilimler çalışmalarının taşıdığı sorun ve risklerle bir sosyal bilimler çalışması olan bu tez de karşı karşıyadır.

D. Yöntem

Bir bilimsel çalışmada yöntem, verilerin elde edilmesi ve elde edilen verilerin analiz edilerek sonuç çıkarılmasında izlenecek yoldur. Bir anayasa hukuku çalışması olarak tezde öncelikle anayasa hukuku metodolojisi kullanılmıştır. Ancak tezin konusu itibariyle karşılaştırmalı hukuk, ceza hukuku gibi diğer hukuk dallarıyla siyaset bilimi, sosyoloji ve tarih biliminde kullanılan yöntemlere de başvurularak yöntem bağdaştırmacılığına (*syncrétisme*) gidilmiştir.[47]

---

[46] Almanca eserlere ulaşılması ve yorumlanmasında değerli danışmanım Doç.Dr. Yüksel METİN'in çok önemli katkıları olmuştur. Almanca kavramların açıklanmasında Yrd.Doç.Dr. Pınar BACAKSIZ sorularımı yanıtsız bırakmamıştır. İspanyolca ve Portekizce eserlerden yararlanma imkanını Prof.Dr. Pasquale Policastro'ya borçluyum. Katkıları ve yardımlarından dolayı hepsine ayrı ayrı teşekkürlerimi sunarım.

[47] Tez çalışması sırasında bir yöntem belirlenmesi ve uygulanmasında şu eserlerden yararlanılmıştır: Gözler, 1999; Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, 2. baskı; Yaşar Karayalçın, *Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod: Problem Çözme*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1995, 5. baskı; Rauf Arıkan, *Araştırma Teknikleri ve Rapor Hazırlama*, Asil Yayınları, Ankara, 2004, 4. baskı.

Yöntemi öncelikle iki aşamada ele almak gerekir. Öncelikle tezde ileri sürülen iddiaların kanıtlanması amacıyla verilerin toplanmasında belli bir yönteme başvurulmuştur. İkinci olarak elde edilen verilerin analiz edilerek sonuç çıkarmaya yönelik bir yöntem kullanılmıştır.

Bu çalışmada tek bir çeşit veriden yararlanılmamış olup, önemli bir veri çeşitliliğinden söz edilebilir. Başta anayasa metinleri (70 farklı ülke), uluslararası sözleşmeler, ceza kanunları (8 farklı ülke), AİHM kararları, Anayasa Mahkemesi kararları, (Almanya, ABD, Fransa ve Polonya) yüksek mahkemesi kararları, AB İlerleme Raporları (Türkiye, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Güney Kıbrıs, Estonya, ve Letonya), insan hakları raporları, gazete haberleri ve bilimsel yayınlar (kitap, makale, tez vb), bu çalışmada kullanılan verilerdir. Anayasa metinlerinin ve ceza kanunlarının tümü internetten sağlanmıştır. Sitelerin mümkün olduğu kadar resmi bir site olmasına ve metin çevirilerinin resmi olmasına dikkat edilmiştir. Uluslararası sözleşmelerin tümü Birleşmiş Milletler [48] ve TBMM [49] resmi internet sitelerinden alınmıştır. AİHM kararlarının birçoğuna doğrudan kendi internet sitesinden ulaşılmıştır. [50] Bazı çeviri kararlara ise Adalet Bakanlığı resmi sitesinden ulaşılmıştır. [51] Doğrudan ulaşılmayan kararların nereden alındığını gösterir atıfta bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi kararlarının tümüne, Mahkemenin resmi sitesinden ulaşılmıştır. [52] ABD Yüksek Mahkemesi kararı ile Fransa Anayasa Konseyi kararı resmi internet sitelerinden alınmıştır. Almanya ve Polonya anayasa mahkemelerinin kararları ise, ikincil kaynak olarak kullanılmış ve alındıkları kaynakların atıfları belirtilmiştir. Bilimsel eserlerin büyük çoğunluğu şahsi kütüphanemizde bulunan eserlerdir. Bunun dışındaki eserlerin bir kısmı kütüphane taraması yoluyla elde edilmiştir. Özellikle yabancı kaynaklar çevrimiçi (*online*) veri tabanlarından elde edilmiştir. Çok sınırlı bir şekilde özellikle uluslararası insan hakları örgütleri ve Türkiye'de 2004 ceza reformu süreciyle ilgili olarak bazı gözlemlere yer verilmiş ancak bunlar yine raporlar ve yayınlarla desteklenmiştir. Bunun yanında yapılan görüşmeler veri toplamaktan çok akıl yürütmeye yönelik olduğundan, görüşme yönteminin kullanıldığı söylenemez.

---

[48] *http://treaties.un.org/.*
[49] *http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_TIHB.htm.*
[50] *http://hudoc.echr.coe.int.*
[51] *http://www.inhak.adalet.gov.tr/mevzuat/mevzuat.html.*
[52] *http://anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/.*

Kaynaklara atıf yapılmasında kimi tartışmaların metin bütünlüğünü bozmaması için özellikle dipnot tekniği kullanılmıştır.

Tezdeki verilerinin tümünün metin olması ve özellikle hukuk normlarına dayanması, yöntem olarak içerik analizi kullanılmasını gerektirmiştir. Temel akıl yürütme yolu olarak tümdengelime başvurulmuştur. Başvurulan metinlerin anayasa ve uluslararası sözleşmeler gibi bağlayıcı metinler olması tümdengelimsel sonuç çıkarmayı kolaylaştırmıştır. Örnek;

Önerme (1) Anayasa hükümleri, yasama… bağlayan temel hukuk kurallarıdır. (Anayasa m. 11)

Önerme (2) Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez. (Anayasa m. 38)

Sonuç (3) Yasama organı ölüm cezası ve genel müsadere cezası içeren kanun yapamaz. Başka bir anlatımla ölüm cezası yasama organı bakımında ceza ihdasında sınır oluşturmaktadır.

Bazı olgusal durumlardan sonuç çıkarsamaya yönelik olarak, tümevarıma gidilmiş, ancak bu yöntem daha sınırlı kullanılmıştır. Örnek;

Önerme (1) Kadın örgütlerinin genital muayyenenin suç olması önerisi kabul görmüştür.

Önerme (2) Kadın örgütlerinin namus cinayetlerinde cezaların artırılması önerisi kabul görmüştür.

Önerme (3) Hayvansever örgütlerin hayvana eziyet fiilinin suç olması önerisi kabul görmemiştir.

Sonuç (4) Suç ve ceza ihdasında bazı sivil toplum örgülerinin önerilerinin bazıları yasama organınca kabul edilmektedir.

Sonuç (5) Suç ve ceza ihdasında sivil toplum örgülerinin etkisinin olmadığı söylenemez.

Özellikle mahkeme kararlarının yorumlanmasında ve açıklanmasında kıyasa (analoji) başvurulmuştur. Örnek;

Önerme (1) Anayasa Mahkemesi erkeğin zinası suçunu düzenleyen kanun maddesini eşitlik ilkesine aykırılık sebebiyle iptal etmiştir.

Önerme (2) Anayasa Mahkemesi anayasal ilkeler, ceza kanunu ilkeleri ve toplumsal ihtiyaçlar dikkate alınmak koşuluyla yasama organın istediği fiili suç olarak düzenleyebileceğine karar vermiştir.

Sonuç (3) Eşitlik ve diğer anayasal ilkelere riayet ettiği müddetçe zinanın suç olarak düzenlenmesi yasama organı açısından (anayasa yargısal) bir sınır oluşturmaz.

Farklı ülkelerin anayasalarının incelenmesinde de karşılaştırmalı ananaliz yapılmıştır. Tablolaştırma gibi tekniklerle karşılaştırmanın daha kolay anlaşılması sağlanmıştır.

Hukuk çalışmalarında deneye başvurulması zordur. Normların açıklanmasını ve anlaşılır olmasını amaçlayan hukuk çalışmaları yorum ve akıl yürütmeye dayalı çalışmalardır. Çoğu zaman neden-sonuç ilişkisi (*causality*) kurmak zordur. Nitekim devletin cezalandırma yetkisini sınırlandıran tek bir değişkenden söz edilemez. Değişkenlerin çokluğu, bu çalışmada cezalandırma yetkisinin sınırlanmasında nedensel (*causal*) bir ilişki kurmayı zorlaştırmıştır. Bu da birçok nedeninin birlikte değerlendirilmesini gerektirmiş ve tezin hacmini genişletmiştir.

Değişken (1) AB tarafından yayınlanan Türkiye İlerleme Raporlarında TCK'nin 301. maddesinin değiştirilmesi önerilmektedir.

Değişken (2) AİHM kararlarında TCK'nin 301. maddesinin ifade özgürlüğünü sınırladığı vurgulanmaktadır.

Değişken (3) Sivil toplum örgütleri TCK'nin 301. maddesinin değiştirilmesi yönünde yasama organına baskı yapmaktadır.

Netice (4) TCK'nin 301. maddesi değiştirilmiştir.

Sonuç (5) Sonuca varılmasında değişkenlerin çokluğu değişkenlerle-netice arasında neden-sonuç ilişkisi kurulması imkansızdır. Bu değişkenlerin hepsinin, bazılarının veya sadece birisinin neticesi olabilir veya hiçbirinin neticesi olmayabilir.

Sonuç (6) Değişkenlerin çokluğunda neden-sonuç ilişkisinden söz edilemez. Etkisellikten söz edilebilir.

Tez çalışmasında, pozitivist bir yaklaşım benimsenmiştir. Bilimin konusu objektif olarak bilinebilir bir şey olduğu görüşüyle, değerlere dayalı bakış açısından uzak durulmuştur.

Tezin yazımında Süleyman Demirel Üniversitesi yönergesi dikkate alınmıştır.[53] Bir hukuk çalışması olarak, hem teamüllere uygun olması hem de metin dışı tartışmalarda sağladığı kolaylık sebebiyle, kaynak göstermede dipnot tekniği kullanılmıştır.

E. Plan

Devletin cezalandırma yetkisinin sınırı konusunun üç aşamada ele alınmasının konunun kolay anlatılması ve iddiaların kanıtlanmasında yararlı olacağı düşünülmüştür. Bu sebeple öncelikle cezalandırma yetkisinin ve sınırının kavramsal analizi yapılmıştır. İkinci olarak sistematiğimize uygun olarak devletin cezalandırma yetkisinin iç hukuktan kaynaklanan sınırları (*internal aspects*) ve üçüncü aşamada cezalandırma yetkisinin uluslararası hukuktan kaynaklanan sınırları (*external aspects*) anlatılacaktır.

Birinci bölüm "Devletin Cezalandırma Yetkisinin Kavramsal ve Tarihsel Temelleri ile Hukuksal, Toplumsal ve Siyasal Yönleri (Egemenlik-Cezalandırma İlişkisi)" başlığını taşımaktadır. Bölüm dört ana başlıktan oluşmaktadır. Birinci başlıkta, tezin konusuyla ilgili kavramsal çerçeve ele alınacak olup; öncelikle cezalandırma, yetki ve cezalandırma yetkisinin sınırları anlatılacaktır. İkinci olarak cezalandırma yetkisinin tarihsel kökenleri ve cezalandırma yetkisinin sınırları üzerine görüşlerden söz edilecektir. Bu doğrultuda ilkel dönemden başlayarak, devlet sonrası dönemde çeşitli çağlarda cezalandırma yetkisi üzerinde durulacak ve hukukun laikleşmesiyle birlikte cezalandırma yetkisinin sınırlandırılması üzerine görüşlere yer verilecektir. Üçüncü olarak bir tekel olarak devletin suç ve ceza ihdas etmesine yer verilecektir. Burada cezalandırma teorileri ele alınacak ve devletin suç koyma ve ceza vermesinin

[53] *http://sosyalbilimler.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/102/files/tez-yazim-yonergesi-14012013.pdf.*

dayanaklarından söz edilecektir. Son başlıkta ise, cezalandırmanın toplumsal ve siyasal yönlerine yer verilecektir.

İkinci bölüm, "Cezalandırma Yetkisinin İç Hukuk Bakımından Sınırları (İç Egemenliğin Sınırı ve Cezalandırma Yetkisi)" başlığını taşımaktadır. Bu bölüm dört başlıktan oluşmaktadır. Egemenliğin dönüşümünün cezalandırma yetkisine etkisiyle başlanacaktır. Sırasıyla cezalandırma yetkisinin anayasal sınırları, anayasa yargısının ve yasallığın cezalandırma yetkisine etkisi anlatılacaktır.

Modern hukuk düzenlerinde suç ve cezanın kaynağının yasa olduğu genel kabul gören bir görüştür. Başka bir deyişle suçların ve cezaların yasallığı (kanunilik) modern ceza hukuku sistemlerinde vazgeçilmez bir ilkedir. Bu durumda suçun ve cezanın belirlenmesi yasama fonksiyonuna ilişkindir. Yasama ise devlet egemenliğinin bir sonucudur. Yasama organı yetkisini, egemenliğin sahibinden alır. Yasama yetkisi asli ve genel bir yetkidir. Yasama organı, istediği konuda ve ayrıntıda kanun yapabilir. Yeter ki; kanun anayasaya aykırı olmasın. Buradan hareketle denilebilir ki; yasama yetkisinin ve doğal olarak suç ve ceza koyma yetkisinin ön sınırı, hukuk düzeninin kendisidir. Başka bir deyişle, suç ve ceza koyma yetkisinde ilk sınırı anayasallık oluşturmaktadır. Biz buna "cezalandırma yetkisinde oto-limitasyon" diyeceğiz. Bir devletin anayasasında yer verilen ceza hukuku ilkeleri, cezalandırma yetkisinin kullanımında kendiliğinden sınırlama araçlarıdır.

İkinci olarak, anayasanın üstünlüğünü kabul eden ve bunun için anayasa yargısı aracını geliştirmiş devletlerde, yasama organının yapmış olduğu kanunlar yargısal denetime tabi olmaktadır. Dolayısıyla anayasanın koyduğu sınırlılıklar bir şekilde aşılmışsa, ikinci aşamada anayasa yargısı bir "oto-kontrol" sistemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Cezalandırma yetkisi, egemenliğin bir başka kullanıcısı tarafından ve yine içkin (*auto*) bir yolla sınırlanmaktadır. Gerek Türk Anayasa Mahkemesi, gerekse dünyadaki diğer anayasa mahkemelerinin bu konuda çok sayıda kararını izlemek mümkündür.

Son olarak, mademki; egemen güç yasama yolu dışında suç koyma ve cezalandırma yetkisine sahip olmayacaktır; bu konunun yasayla düzenlenmesi hem biçimsel hem de işlevsel bir sınır oluşturur. Suç ve ceza koymada egemenliğin kullanıcısı devlet biçimsel bir sınıra sahiptir ki; yasa yapma usulü dışında bir usulle suç ve ceza konamaz. Diğer yandan, yasalar ne kadar ayrıntılı ve kapsamlı olurlarsa olsunlar,

sınırlı normlar içeren metinlerdir. Başka bir deyişle, bir şeyin kanunla yapılması, onu başlı başına sınırlandırıcı bir durumdur. Öte yandan günümüzde yasaların yapılmasında toplumun önemli bir etkisi vardır ve bunu göz ardı etmemek gerekir. Türkiye'de özellikle 2004 ceza reformu sürecinde kamuoyunun bizzat katılımcı olduğu, bazı suç ve cezaların düzenlemesinde sivil toplum örgütlerinin rolü inkar edilemez. Bu durumda "işlevsel sınır" (yasama organının işleyişinden kaynaklanan sınır anlamında) da suç ve ceza koyma yetkisinin sınırını belirleyen bir araç olarak ortaya çıkmaktadır.

Üçüncü bölüm, "Devletin Cezalandırma Yetkisini Sınırlandıran Uluslararası Etkenler (Dış Egemenlikteki Dönüşüm ve Cezalandırma Yetkisi)" başlığını taşımaktadır. Bu bölüm de dört başlıktan oluşmaktadır. Dış egemenliğin dönüşümünün cezalandırma yetkisine etkisiyle başlanacaktır. Sırasıyla uluslararasılaşmanın cezalandırma yetkisine etkisinden, AB ve cezalandırma yetkisine yer verilmiştir. Son başlıkta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesinin cezalandırma yetkisine etkisi anlatılmıştır.

Devlet egemenliğinin klasik egemenlik anlayışından farklı bir sürece ulaştığı konusunda yaygın bir kanaat vardır. Egemenlik teorisindeki değişimden öte, pratik gerçekler de bunu doğrulamaktadır. Gelinen noktada devredilemez ve bölünmez bir siyasal gücü ifade eden klasik egemenlik anlayışı değişime uğrayarak, mutlaklıktan uzak ve daha sınırlı bir görünüme kavuşmuştur. Yeni egemenlik anlayışında her konuda mutlak güç ve karar sahibi devlet değildir. Nitekim devlet dışı ve üstü örgütlerin ortaya çıkışı ve yükselmesi, egemenlik anlayışındaki değişime önemli katkılar sağlamıştır. Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği gibi, devletlerin üye olduğu uluslararası örgütler ve ortaklıklar egemenliğin kullanılmasını etkilemektedir.

Egemenliğin dönüşümünde diğer bir etken ise, uluslararası ilişkilerde yaşanan gelişmedir. Devletlerin ilişkisi açısından 20. yüzyıl için bir sözleşme çağı denilebilir. Gerek iki taraflı, gerekse çok taraflı yapılan her sözleşme, devletlerin iç hukuktaki düzenlemelerindeki güçlerine olumsuz etki etmektedir. Başka bir anlatımla, devletler başka devletlerle sözleşmekle, bir şey yapmayı ve yapmamayı başka devlet otoritelerine taahhüt etmektedir. Kimi zaman doğrudan suç ve cezalarla ilgili olanlar yanında, özellikle insan haklarını korumaya yönelik sözleşmeler, devletlerin suç ve ceza ihdasında sınırlanmalarına sebep olan araçlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bugün bütün dünyada geçerli devletler üstü bir ceza kanunu ve ceza mahkemesi bulunmamaktadır. Ancak savaş ve saldırı suçları, soykırım ve insanlığa karşı suçları

cezalandırmak üzere kurulan uluslararası ceza mahkemesi, devletin cezalandırma yetkisine başka bir boyut getirmektedir.

Devletler bugün kendi iç kabuğunda yaşamamaktadır. İletişimin ve ulaşımın son derece hızlı olduğu bu dönemde, ekonomik ve kültürel paylaşım en üst düzeyde yaşanmaktadır. Küreselleşme adı verilen bu süreçte hiçbir devlet tek başına hareket etmemektedir. Devletlerin cezalandırma süreçleri ve uygulamaları da başka otoritelerce izlenmekte ve değerlendirilmektedir. İnsan haklarının öne çıktığı bir çağda, devletlerin kabul edilen genel geçer insan hakları ölçütlerine aykırı tutumları, başka devletlerin meselesi haline gelmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, getirmiş olduğu denetleme mekanizmasıyla sözleşmeye taraf devletlerin insan haklarını ne ölçüde ihlal ettiğinin tespitini yapmaktadır. Haliyle devletlerin cezalandırmaya ilişkin yetkileri de bundan etkilenmektedir. Yukarıda söz edildiği gibi, taraf devletler açısından "yapma" veya "yapmama" şeklinde bir zorlayıcılık ortaya çıkmaktadır.

Uluslararası sivil toplum örgütleri ve uluslararası ceza hukuku doktrini dışında, devletler açısından bağlayıcılık taşıyan tüm sınırlamalar uluslararası sözleşmelerden kaynaklanmaktadır. Başka bir anlatımla gerek uluslararası örgütlerin, gerek Avrupa Birliği'nin gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının bağlayıcığının kaynağı (*in contractibus*) sözleşmelerdir.

Sonuç kısmında, tez çalışmasıyla birlikte varılan tespitler sıralanmış, iddalar test edilerek, devletin cezalandırma yetkisinin sınırları üzerine ortaya atılan görüşlerden yararlanılarak, bu konuda kuramsal bir çerçeve oluşturulmaya çalışılmıştır. Son olarak tezde kullanılan kaynaklar (kitap, makale, tez, internet kaynakları, raporlar, mevzuat ve mahkeme kararları olarak ayrı başlıklarda) sistematik bir biçimde verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

DEVLETİN CEZALANDIRMA YETKİSİNİN KAVRAMSAL VE TARİHSEL TEMELLERİ İLE TOPLUMSAL VE SİYASAL YÖNLERİ

(Egemenlik ve Cezalandırma İlişkisi)

I. EGEMENLİK–CEZALANDIRMA İLİŞKİSİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

Devletin cezalandırma yetkisi, devlet aygıtının kurumsallaşmasıyla birlikte ortaya çıkmış ve zamanla bu devlet lehine bir tekele dönüşmüştür. Son yaşadığımız yüzyılda ortaya çıkan gelişmeler ise, devletin şiddet tekelinin önemli bir kısmını oluşturan cezalandırma yetkisinin giderek sınırlandığını göstermektedir. Bu araştırmanın amacı, devletin suç ihdas etme ve cezalandırma yetkisinin sınırlarını, başka bir anlatımla, devletin cezalandırma yetkisini kullanırken karşılaştığı sınırların açığa çıkarılmasıdır.

"Devletin cezalandırma yetkisinin sınırı" başlığını taşıyan bu çalışmada, öncelikle günlük yaşantıda veya farklı bilimsel disiplinlerce farklı anlamlarda kullanılan kavramların açıklanmasında yarar vardır. Bu sebeple ilk olarak, tezin temel çatısını oluşturan cezalandırma ve egemenlik kavramları ile bunlara bağlı olarak, suç ve ceza kavramları ile iktidar ve yetki kavramlarının ne anlam ifade ettiği anlatılmaktadır.

A. Cezalandırma Kavramı

Cezalandırma sözcüğü, yanlış bir davranış veya durum karşısında bir kimseye veya bir varlığa yönelik yaptırım uygulamak, bir acı vermek veya bir şeyden mahrum bırakmaktır. *TDK Türkçe Sözlükte* cezalandırmak, "bir kimseye veya bir varlığa ceza vermek"[1] şeklinde tanımlanmıştır. Cezalandırma kavramı sadece hukuka özgü olmayıp, başka bilim dallarında ve günlük yaşantıda farklı anlamlarda kullanılmaktadır.

---

[1] *TDK Türkçe Sözlük*, C. 1, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1998, s. 401.

Cezalandırma kavramı, özellikle psikolojide ödüllendirmenin karşılığı olarak çocukların terbiye edilmesinde, bir şeyden mahrum bırakmak, belirli bir şeye yasak koymak veya acı vermek anlamında kullanılmaktadır.[2] Psikoloji ve eğitim bilimlerinde cezalandırma genellikle bireyin sosyalleşme sürecinde, bu süreçten ayrık davranışına verilen tepki olarak anlaşılmaktadır.

Bu tezde yer verilen "cezalandırma" kavramı ise, insanlar üzerindeki egemen gücün yani devletin, hukuk düzenine aykırı hareket edenlere karşı yaptırım uygulaması anlamındadır. İnsan-devlet ilişkisi, sadece hukuksal bir konu değildir. Sosyoloji ve siyaset bilimi de bu ilişkiyi inceleme konusu yapmaktadır. Özellikle siyaset bilimi açısından cezalandırma, salt hukuksal bir ilişkinin ötesinde, "iktidarın işleyiş biçimi ve toplumun disiplin altına alınmasını sağlayan araçlardan biri"[3] olarak görülmektedir. Devletin sahip olduğu şiddet tekelinin her türlüsü cezalandırma kavramının içinde kabul edilmektedir.[4]

Devlet-insan ilişkisinde, devlet gücünün farklı bazı kullanımları için de cezalandırma sözcüğünün tercih edilmesi söz konusudur. Bir gruba karşı negatif ayrımcılık yapmak ya da bazı haklardan yoksun bırakmak da yine cezalandırma sözcüğüyle karşılanmaktadır.[5] Örneğin, kamu görevlisi olma hakkının bir gruba karşı kapatılmış olması, o grubun cezalandırılması olarak nitelendirilebilmektedir. Başka bir örnekle, alkollü içeceklere ve sigaraya uygulanan verginin artırılması, bu tür alışkanlıkları olanların devlet tarafından cezalandırıldığı şeklinde algılanabilir. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Bu çalışmanın konusu olan cezalandırma kavramı, tamamen hukukî bir içeriğe sahiptir. Öte yandan hukukun farklı disiplinleri açısından da cezalandırmayı farklı anlamlarda kullanmak mümkündür. Hukukî açıdan, devletin zorlama yetkisine dayanarak koyduğu emir ve yasaklara uymayanlara karşı kullandığı her türlü yaptırım

---

[2] Lois Corman, *Psikanaliz Açısından Çocuk Eğitimi*, (çev. Hüsen Portakal), Cem Yayınevi, İstanbul, 2000, 2. baskı, s. 189 vd.

[3] Yasemin Özdek, "Küreselleşme Sürecinde Ceza Politikalarındaki Dönüşümler", *Amme İdaresi Dergisi,* C. 33, S. 4, Aralık 2000, s. 22.

[4] Alev Özkazanç, "Biyo–Politik Çağda Suç ve Cezalandırma: Denetim Toplumunda Neo-Liberal Yönetimsellik", *Neo–Liberal Tezahürler Vatandaşlık–Suç–Eğitim* içinde, Dipnot, Ankara, 2011, s. 103. Ayrıca "cezalandırıcılık" kavramı için bkz. s. 124 vd.

[5] Uygulanan sosyal politikalar ile yoksulların ve yoksul kalmış etnik grupların cezalandırıldığı ile ilgili bir örnek için bkz. Wendy Chan ve Kiran Mirchandani, *Criminalizing Race, Criminalizing Poverty Welfare Fraud Enforcement in Canada*, Fernwood Publishing, Nova Scotia, 2007.

cezalandırma sayılabilir. Kamu gücünün sonucu olarak uygulanan vergi cezaları, idari yaptırımlar, disiplin cezaları vb tümüyle cezalandırma sözcüğü ile karşılanabilir.

Genel kamu hukukunda cezalandırma kavramı, ceza hukukundan oldukça geniş bir anlam ifade etmektedir. Egemen gücün bireyleri denetim, disiplin, yargılanma ve cezanın infazının tümü "cezalandırma" kavramı ile karşılanmaktadır.[6] Cezalandırma kavramının, özel anlamı ceza hukukunda yer bulmaktadır. Ceza hukukunda geniş anlamda cezalandırma, suç ve cezanın ihdas edilmesinden, işlenmiş bir suçun yargılanması ve cezanın infaz edilmesine kadar geçen sürecin tümü için kullanılmaktadır. Bilhassa bir suç işlendikten sonra, faile yönelik olarak ortaya çıkan devletin ceza verme yetkisi "cezalandırma" olarak adlandırılmaktadır.[7]

Bu çalışmada cezalandırma kavramı, hukukî anlamda kullanılmakla birlikte, ceza hukukundaki özel anlamıyla veya genel kamu hukukundaki geniş anlamıyla kullanılmayacaktır. Bir anayasa hukuku çalışması olarak bu tezde, devletin suç ve ceza ihdas etme yetkisinin sınırı konu edilmektedir. Cezalandırma "suç ve ceza ihdası" anlamında kullanılmıştır ve bunun tam olarak Latince *ius puniendi*[8] ve İngilizce *right to punishment* (devletin cezalandırma hakkı) ve/veya *power to punish* (devletin cezalandırma yetkisi) teriminin karşılığı olduğu kanaatindeyiz.[9]

Bu çalışmada cezalandırma kavramı, ne devletin kullandığı şiddet tekelinin tümüne işaret eden bir genişlikte; ne de suç sonrası gerçekleşen ceza yargılaması ve infazı gibi daha kısıtlı bir anlamda kullanılmıştır.[10] Türk Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarına da uygun olarak, modern devletlerde yasama organının yetkisinde olan ve "hukuk düzeninde hangi eylemlerin suç olduğunu ve bu suçlara uygulanacak ceza yaptırımını belirlemeye yönelik faaliyetler" cezalandırma olarak nitelendirilmiştir.

---

[6] Cenk Yiğiter, *Feodal Dönemden Modern Döneme Geçişte Cezalandırma İktidarının Dönüşümü*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2005.

[7] Örneğin bkz. Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010, 2. baskı, s. 521 vd.; Veli Özer Özbek ve diğ., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara, 2012, 3. baskı, s. 567; Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı,* Siyasal Kitabevi, Ankara, 2009, 12. baskı, s. 225-235.

[8] Kayıhan İçel ve Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku (1. Kitap)*, Beta Kitap, İstanbul, 2005, 4. baskı, s. 2.

[9] İngilizcede suç ve ceza ihdası iki ayrı kelimeyle karşılanmaktadır. 1- *Criminalization*: Bir fiilin suç olarak düzenlenmesi, "suç ihdası"na karşılık gelmektedir. 2- *Penalization*: Bir suça uygulanacak cezanın belirlenmesi, "ceza ihdası"na karşılık gelmektedir. Bu iki terimin yanı sıra devletin kullandığı bir yetki, güç (*power*) ve ceza verme (*punish*) kelimelerinden oluşan "*power to punish*" ikisini de kapsamaktadır.

[10] Örneğin maddi ceza hukuku ve infaz hukukunu da kapsayan daha geniş anlamlı bir "cezalandırma sistemleri" tanımı ve kullanımı için bkz. Hakan Karakehya, "Modern Cezalandırma Sistemlerinin Büyük Anlatıları", *İÜHFM*, C. 66, S. 1, 2008, s. 88.

Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi de "suç ve ceza ihdası" yerine "cezalandırma" tabirini kullanmayı tercih etmektedir. "Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip(tir)."[11]

"Suç ve ceza ihdası" denildiğinde ise, tam da "suç ve ceza" kavramlarının ceza hukukundaki anlamları kastedilmektedir. Aşağıda iki alt başlıkta suç ve ceza kavramları ele alınmış ve bu kavramların benzerleriyle aralarındaki farklılıklar ortaya konmuştur.

1. Suç

Suç, günlük yaşamda en çok kullanılan sözcüklerden biridir. Ahlaksızlık, disiplinsizlik, günah, hata ve istenmeyen davranıştan, suçun gerçek hukukî anlamına kadar, çok farklı şekillerde kullanılmaktadır. *TDK Türkçe Sözlükte*, suçun sosyolojik ve hukuki olmak üzere iki farklı anlamına yer verilmiştir. Suç ilk olarak "törelere, ahlak kurallarına aykırı davranış" şeklinde geniş anlamıyla tanımlanmıştır. İkinci olarak, "yasalara aykırı davranış, cürüm"[12] denilmek kaydıyla suçun hukukî yönü anlatılmıştır. Suç, İngilizce'de *crime* kelimesi ile karşılanmaktadır ve aynen Türkçe'de olduğu gibi, sadece hukukî değil; aynı zamanda sosyolojik ve ahlakî anlamlar içermektedir.[13] Bugün Batı dillerinin çoğunda suç, *crime* ile karşılık bulmakta ve Latince, suçlama, hata, suç anlamına gelen *crimen, criminis* sözcüğünden gelmektedir.[14]

Suç insan ve toplum hayatında çok farklı yönleri olan bir olgudur. Bu sebeple suç, sadece hukukun ilgi ve çalışma alanında değildir. Suçun hukuksal yönünü öznel inceleme alanı olarak belirleyen ceza hukuku yanı sıra, sosyoloji, psikoloji, hatta teoloji ve felsefe bilimlerinde suçun farklı tanımlarını bulmak mümkündür.[15] Hafızoğulları–Özen'e göre ise, suç ve ceza doğada kendiliğinden (*a priori*) var değildir. Suç, toplumsal yaşantıda toplum bireylerinin ortak algısı ve değerleriyle vücuda gelen hukuk

---

[11] AYM, E. 2010/68.
[12] *TDK Türkçe Sözlük*, C. 2, 1998, s. 2036.
[13] Webster's New World Dcitionary of the American Language, The World Publishing, Cleveland and New York, 1968, s. 348. Suçun ceza hukukundaki özel anlamı ise, offense kelimesiyle karşılık bulur. Anglo-Sakson hukukunda suçlar, *felony* (ağır suç) ve *misdemeanour* (hafif suç) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. *http://www.merriam-webster.com*, (erişim tarihi: 25 Aralık 2012).
[14] *http://www.etymonline.com*, (erişim tarihi: 25 Aralık 2012). Latince yine suç anlamında kullanılan bir diğer kelime olan *delictum* sözcüğü de bugün Batı dillerinin birçoğunda suç anlamında kullanılmaktadır.
[15] İçel–Donay, 2005, s. 25.

kuralları ya da kanunların sonucudur. Bu durumda, hukukun belirlediğinin dışında bir suçtan söz edilemez.[16] Bu görüşe katılmamakla birlikte, bu çalışmada suçun sadece hukukî yönüne yer verilecektir.

Suçun hukukî tanımı kısaca, "hukuk düzeni tarafından ceza yaptırımına bağlanmış yasal tip" şeklinde yapılabilir.[17] Ceza hukukunda suç unsurlarıyla; ceza normunu ihlal eden, tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir insan davranışı olarak tanımlanabilir.[18]

Suçun ahlak ve din kurallarınca yasaklananlardan farkı, pozitif hukuk normuyla tespit edilmiş olması ve ihlali halinde ceza yaptırımı uygulanmasıdır.[19] Hukuki gayrimeşru fiiller, çok daha geniş olan gayrimeşru fiillerin bir kısmıdır. Ceza gerektiren gayrimeşru fiiller de hukuki gayri meşru fiillerin bir kısmını oluşturur.[20] Suçlar, diğer gayrimeşru fillerden (dinsel, ahlaki ve hukuka aykırı fiiller) farklı olarak açıklık ve kesinlik özelliklerine sahiptir. Başka bir anlatımla, suçlar ceza kanunu ile önceden tarif ve tayin edilen ve ayrıca yaptırım altına alınan fiillerdir.[21]

Devlet işlevlerini yerine getirirken, toplumsal düzeni korumak amacıyla sadece suç ihdas etmez. Toplumsal düzenin sadece ceza hukuku yasakları ve yaptırımlarıyla sağlanması mümkün değildir. Bu sebeple devlet, suç gibi cezalandırmayı gerektiren yasakların yanında, düzenleyici, zorlayıcı veya disiplin sağlayıcı türden emir ve yasaklar koyma yoluna gider.[22] Peki, suç olan ile suç olmayanı ayıran ölçütler nelerdir?

Suç olan fiiller öncelikle genel ve özel ceza kanunlarında belirlenen ve yapılması halinde karşılığında ceza hukuku yaptırımı olan cezanın uygulandığı yasaklardır. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gereğince, kanun dışında bir hukuk normunca suç ve cezanın belirlenmesi mümkün olmadığından, suçlar sadece kanunlarla belirlenebilir. Eğer yasak olan fiil, ceza hukuku yaptırımlarıyla karşılık bulmuyorsa, bu fiil suç kabul edilemez.

---

[16] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 10. Suçun farklı bilim dalları ve disiplinler tarafından incelenmesi olgusal bir gerçektir. Bu gerçekliğin yanında bir davranışın hukuk tarafından suç kabul edilmemesi, sosyolojik anlamda bir suçun varlığını ortadan kaldırmaz, ancak devlet tarafından cezalandırılabilmesini engeller. Toplumsal algıda suç olan bir şeyin hukuksal değeri yoksa, bu durumda "hukuki açıdan" suçtan söz edilemez ki; bu çalışma tamamıyla devletin cezalandırma yetkisinin sınırına odaklanmaktadır.

[17] İçel–Donay, 2005, s. 25; Veli Özer Özbek ve diğ., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, 3. baskı, s. 196.

[18] İçel–Donay, 2005, s. 25–26; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 201; Özbek ve diğ., 2012, s. 196.

[19] Doğan Soyaslan, *Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi*, Kazancı, Ankara, 1990, s. 22.

[20] Gian Domenico Pisapia, *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri (Genel Kısım)*, (çev. Atıf Akgüç), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1971, s. 5.

[21] Pisapia, 1971, s. 5.

[22] Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 10–12.

İkinci olarak, suçların cezalandırılması alelade yöntemlerle olmaz. Suçların işlenmesi halinde belli bir süreliğine de olsa bireylerin özgürlüklerini kaybetmeleri söz konusu olduğundan, suçların cezalandırılması ancak bağımsız mahkemelerce ve ceza muhakemesi hukuku kuraları uygulanarak yerine getirilebilir. Ancak burada ceza muhakemesi kurallarından kaynaklanan ve yine mahkemeler tarafından uygulanan bazı disiplin yasaklarını, suçlardan ayırmak gerekir. Örneğin CMK'nin, 203/3. maddesine göre duruşma düzeninin bozulmasında uygulanacak disiplin hapsini, cezadan ayırmak gerekir.

Bu sayılan ölçütler doğrultusunda, suçlara en çok benzeyen eylemler haksız fiiller ve kabahatlerdir. Haksız fiiller, özel hukukta taraflar arasında sözleşmeye aykırı hareket ya da kanunun yüklediği göreve aykırı hareket etmesi sonucu gerçekleşmektedir. Haksız fiillerle suçlar nitelik bakımından farklıdır. Nitekim haksız fiillere uygulanan yaptırım (tazminat) temel amaç uğranılan zararın giderilmesidir. Suçlara uygulanan ceza yaptırımının amaç ve sonuçları farklıdır. Haksız fiiller ile suçlar arasında bir diğer önemli ayrım da kanunilik ilkesinde ortaya çıkar. Suçların düzenlenmesinde kanunilik ilkesi geçerli iken, bir haksız fiilin kanunda açıkça tarif edilmesine gerek yoktur.[23]

Kabahatler suç kabul edilen fiiller kadar olmasa da başkalarını rahatsız eden ve toplum düzenini kısmen bozan fiillerdir.[24] Kabahatler Kanununun 2. maddesinde kabahat, "kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık" olarak tanımlanmıştır. Kabahatler ile suçlar arasındaki fark yaptırım ve uygulanan usul kurallarında kendini gösterir.[25] Kabahatlere ceza hukuku yaptırımları olan hapis veya adli para cezası veya güvenlik tedbirleri değil, idari yaptırımlar uygulanır. İkinci olarak suçlar bağımsız mahkemelerce ve ceza yargılaması kurallarına göre hükme bağlanırken; kabahatlere bağımsızlığı olmayan idari kuruluş/makamlarca ve idarî usul kurallarına göre yaptırım uygulanır.[26]

Suçlara çok benzeyen diğer bir fiil grubu ise, disiplin suçlarıdır. Disiplin suçları özellikle belli bir meslek grubu, iş kolu veya faaliyetin düzenli işlemesi amacıyla bu gruba mensup kimselerin uyacakları özel yasaklardır.[27] Disiplin suçlarının ceza hukuku anlamındaki suçtan en önemli farkı, kanunilik ilkesinin disiplin suçlarını düzenlemede

---

[23] Ayrıntı için bkz. İçel–Donay, 2005, s. 27–31.
[24] İçel–Donay, 2005, s. 31–33.
[25] Zeynel T. Kangal, *Kabahatler Hukuku*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 28.
[26] Kangal, 2011, s. 29.
[27] Centel-Zafer-Çakmut, 2011, s. 547.

geçerli olmamasıdır. Disiplin mevzuatında olmayan bir fiile kıyasen ceza uygulanması mümkündür. Aynı zamanda suç oluşturan bir fiilin disiplin cezasına uğraması da mümkündür ve bu *ne bis in idem* ilkesinin ihlali olarak kabul edilmez.[28]

Suçlara benzeyen ve çeşitli yaptırımlara uğrayan fiillerden bazıları ise düzeni sağlamaya yönelik yasaklardır.[29] Örneğin ceza muhakemesi hukukunda emre uymayan tanığa yönelik yaptırımlar ya da duruşmanın düzenini sağlayamaya yönelik yaptırımlar bunlardandır.[30] Bu fiiller kabahatler hukukuna göre yaptırıma uğramadığından kabahat de sayılmazlar; s*ui generis* yasak türleridir.

Sonuç olarak, çalışmamızın konusunu oluşturan suçun özellikleri şu şekilde ortaya çıkmaktadır: 1- Suçlar sadece genel veya özel ceza kanunlarıyla düzenlenen yasaklardır. 2- Suçların karşılığında ceza hukuku yaptırımı olan ceza ve güvenlik tedbirleri uygulanır. 3- Suçlar ceza muhakemesi hukuku kurallarının işlemesiyle yaptırıma uğrar. Cezalandırma kavramını açıklarken yer verilecek olan "suç ihdası" kavramı ise, yasa koyucunun bir fiili suç sayarak yasaklaması, ceza hukukundaki suçlar katalogu içine almasıdır.

2. Ceza

Suça benzer olarak ceza sözcüğü de günlük yaşantıda çok farklı anlamlarda kullanılmaktadır. *TDK Türkçe Sözlükte* cezanın iki anlamı yer almaktadır. Cezanın kelime anlamı "uygun görülmeyen tepki ve davranışları önlemek için üzüntü, sıkıntı, acı veren uygulama" şeklinde verilmiştir. Cezanın hukukî anlamı için ise, "suç işleyen bir kimsenin yaşantısına, özgürlüğüne, mallarına, onuruna karşı devletin koyduğu sınırlama" şeklinde bir tanımlama yapılmıştır.[31] Ceza, İngilizce'de *punishment* ve *penalty* kelimeleriyle karşılık bulmaktadır. Bu sözcükler acı, ızdırap, suçun karşılığı olan ceza anlamında Latince *poena, poenalis,* eski Yunanca *poine* sözcüklerinden gelmektedir.[32]

Ceza, en sade bir tanımla, hukuk düzeninin suç saydığı bir fiili işleyenlere uygulanan yaptırımdır. Cezanın tanımında "suçun karşılığı olan yaptırım" ifadesi, ister

---

[28] Önder, 1992, s. 11.
[29] Önder, 1992, s. 10.
[30] Ayrıntı için bkz. İçel–Donay, 2005, s. 33–34.
[31] *TDK Türkçe Sözlük,* C. 1, 1998, s. 401.
[32] *http://www.etymonline.com*, (erişim tarihi: 25 Aralık 2012).

hukuki, ister sosyolojik açıdan bakılsın, ortak bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. İçel ve Donay cezayı, suç işleyen kişiye hukuka aykırılık ve kusurun ağırlığına göre uygulanan ve kişiyi belli yoksunluklara uğratan yaptırım olarak tanımlamıştır.[33] Önder'e göre ceza, bu tanıma ek olarak cezayı, toplumun kınama duygusunu açıklayan, kusur ile orantılı verilen, uygulandığı kişi üzerinde acı ve ızdırap veren ve bozulmuş toplum düzenini eski haline getirmeyi amaçlayan yaptırımdır.[34] Centel cezayı kısaca, "suç karşılığında devlet tarafından uygulanan yaptırım" şeklinde tanımlamaktadır.[35] Toroslu, modern ceza hukukunun ceza dışında da sonuçlar doğurması nedeniyle, sadece "ceza" veya "ceza müeyyidesi" değil, daha kapsamlı olan "cezai sonuçlar" kavramını önermektedir.[36] Gerçekten de günümüzde ceza kanunlarında suç karşılığında öngörülen yaptırımlar sadece cezalar değildir ve ceza dışında da bazı tedbirler söz konusudur.[37]

Ceza, suçun karşılığı olan bir yaptırım olarak insanlık tarihi boyunca, farklı şekillerde ancak daima var olagelmiştir. Toplumsal ilişkiyi düzenleyen bir kurum olarak ceza hukuku, toplumsal değişimler ile ekonomik ve siyasal gelişmelerden etkilenmektedir.[38] Hukuksal bir değeri korumaya yönelik bir yaptırım olan cezanın, cezalandırma ile amaçlananları gerçekleştirmeye yönelik unsurları taşıması gerekir.[39] Bununla birlikte cezanın korkutucu olması için illaki şiddet içermesi de gerekmemektedir. Günümüzde cezalar yumuşamış ve nitekim cezada şiddet terk edilmiştir.[40]

Suç kavramında olduğu gibi, ceza kavramının da benzerlerinden farklarını ortaya koymak gerekir. Kabahatlerin karşılığı olan yaptırımlar ceza değil, idari yaptırımdır.[41] Bu yaptırımların kimi zaman Cumhuriyet savcısı ve mahkemeler tarafından uygulanması söz konusu olmakla birlikte, asıl olarak idari yaptırım kararı verme yetkisi kolluk, zabıta veya ilgili kamu görevlisi, yani idaredir.[42] Yine idare hukukunun inceleme konusu olan disiplin suçlarının karşılığı olan disiplin cezaları da

---

[33] İçel–Donay, 2005, s. 26.
[34] Önder, 1992, s. 7.
[35] Nur Centel, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Kitap, İstanbul, 2002, 2. baskı, s. 499.
[36] Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2011, 16. baskı, s. 17.
[37] Toroslu, 2011, s. 17.
[38] Özdek, 2000, s. 36.
[39] Fatma Karakaş Doğan, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası,* Legal, İstanbul, 2010, s. 34.
[40] Doğan, 2010, s. 34.
[41] Kangal, 2011, s. 29; İsmail Yalçın, *Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku,* Seçkin, Ankara, 2007, s. 87.
[42] Yalçın, 2007, s. 110 vd.

ceza benzeri idari yaptırımlardır. Özel hukukta haksız fiillerin karşılığı olan tazminat, yaptırımlar cezaya benzemekle birlikte ceza hukuku yaptırımı değillerdir.[43]

Bir ceza hukuku yaptırımı olan ceza, diğer kamusal nitelikli cezalardan farklı bir biçimde kurumsallaşmıştır. Öncelikle suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi gereğince, ceza kanununda suç olan eylemlerin cezaları tek tek gösterilmiş ayrıca genel hükümlerde ceza yaptırımları ismen belirlenerek, her bir yoksunluğun nelerden ibaret olduğu gösterilmiştir. [44] Ayrıca cezaların nasıl infaz edileceği de kanun ile belirlenmektedir. Cezaları vermeye yetkili makam, ceza yargıcıdır ve ceza yargılaması kurallarına göre bunu uygulayabilir.[45]

Sonuç olarak, bu çalışmada yer verilecek olan ceza, bir ceza hukuku kurumu olarak, ceza kanunu ve diğer özel kanunlarla belirlenen ve ceza yargılaması usulüne uygun olarak, ceza yargılaması makamı tarafından, suçların karşılığı olarak verilen yaptırımdır.

B. Egemenlik, İktidar ve Yetki Kavramları

Cezalandırma yetkisinin anlamlandırılabilmesi için yetki kavramının açıklanması gerekmektedir. Bununla birlikte devletin cezalandırma yetkisi egemenlik ve iktidar kavramlarıyla doğrudan ilişkili olduğundan, egemenlik ve iktidar kavramları açıklandıktan sonra bu kavramlarla bağlantılı olarak yetkinin açıklanması gerekecektir.

1. Egemenlik

Egemenlik sözcüğü, eski dilde hâkimiyet sözcüğünün karşılığı olarak kullanılmaktadır. *TDK Türkçe Sözlük*te egemenliğin iki anlamına yer verilmiştir: 1- Egemen olma durumu, 2- Milletin ve onun tüzel kişiliği olan devletin yetkilerinin hepsi, hükümranlık, hâkimiyet.[46] Egemen ise, "yönetimini hiçbir kısıtlama veya denetime

[43] Centel-Zafer-Çakmut, 2011, s. 548.
[44] Hafizoğulları–Özen, 2010, s. 450-451.
[45] Hafizoğulları–Özen, 2010, s. 451.
[46] *TDK Türkçe Sözlük*, C. 1, s. 674.

bağlı olmaksızın sürdüren, bağımlı olmayan, hükümran, hâkim" şeklinde tanımlanmıştır.[47]

Batı dillerinde egemenlik karşılığı kullanılan *sovereignty* sözcüğü ise, Latince "benzerlerinden üstte bulunma", "en üstün iktidar" anlamına gelen *superanus* sözcüğünden gelmektedir.[48] Bu kökten gelen *sieur, sire, seignior* sözcüklerinin hepsi *senex* kökünden türemiştir ve bir üstünlüğü ifade etmektedir.[49]

Egemenlik kavramını ilk kez sistemli bir şekilde açıklamaya çalışan Bodin, egemenlik sözcüğüne benzer olarak, Yunanlıların *akran exousian, kurian arkho, korion politeuma*; İtalyanların *segnoria* ve İsrailoğullarının *tomah şevet* sözcüklerini kullandıklarını ve bu sözcüklerin "en üstün iktidar/hükümet" ve "en üstün buyurma gücü" anlamına geldiğini, dolayısıyla egemenlik kavramının eskiden beri bilindiğine dikkat çekmiştir.[50] Bodin, *Devletin Altı Kitabı* adlı eserinde, egemenlik kavramı karşılığında "souveraineté", "maiestas" ve kimi zaman "suma potestas" terimlerini kullanmıştır. Hugo Grotius *Savaş ve Barış Hukuku* kitabında "suma potestas", "suma imperum" terimlerini kullanmıştır. Bununla birlikte Thomas Hobbes *Leviathan*'da egemenlik karşılığında sadece "sovereignty" terimini kullanarak, terim ve kavram kargaşasına son vermiştir.[51]

Bodin egemenliği, "yurttaşlar ve uyruklar üstündeki en yüksek, mutlak ve ensürekli güç" olarak tanımlamıştır.[52] Grotius'a göre egemen eylemleri başkasının denetimine tabi olmayan ve yaptıkları bir başkasının iradesiyle geçersiz kılınamayan bir güçtür.[53] Kamu hukuku doktrininde onlarca egemenlik tanımına rastlamak mümkündür. Kısa bir tanımla egemenlik, "asli ve en yüksek emir ve kumanda ehliyet ve yetkisi"dir.[54] En nihayetinde egemenlik, hukuki bir iktidarı, gücünü başka bir otoriteden almayan asli

---

[47] *TDK Türkçe Sözlük*, C. 1, s. 674. Egemenlik sözcüğünün, bir çocuğu koruyan, işlerini yapan ve ondan sorumlu olan anlamına gelen "ege" sözcüğünden türetildiği iddia edilmekle birlikte, bunun tamamen uydurma olduğu yönünde görüşler de ileri sürülmektedir. Konu için bkz. Talip Türcan, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2001, s. 77.
[48] Mustafa Koçak, *Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar)*, Seçkin, Ankara, 2006, s. 64; Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, Ekin, Bursa, 2007, s. 78.
[49] Koçak, 2006, s. 65.
[50] Jean Bodin, "Devlet Üzerine Altı Kitap'tan Seçme Parçalar", (çev. Özer Ozankaya), *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi Seçilmiş Yazılar*, (der. Mete Tunçay), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, 4. baskı, s. 183.
[51] Koçak, 2006, s. 66.
[52] Bodin, 2011, s. 183.
[53] Koçak, 2006, s. 71.
[54] Atilla Özer, "Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu", *Anayasa Yargısı*, S. 20, 2003, s. 187.

bir iktidarı ve kendisinden yüksek bir otoritenin olmadığı en yüksek iktidarı ifade etmektedir.[55]

Egemenlik sözcüğünün ise ne ifade ettiği hususunda, kamu hukukçuları ve siyaset bilimciler arasında tam ittifak olmamakla birlikte egemenlik yerine; kamu gücü, kamu iktidarı, emretme kudreti, devlet iktidarı, devlet gücü ve kamusal güç terimleri de kullanılmaktadır.[56] Dugiut, kamusal güçle egemenlik ayrımını reddetmekte; kamusal güç, devlet gücü, siyasal otorite tabirlerini egemenlikle aynı anlamda kabul ederek, en kısa ve kullanışlı olması sebebiyle sadece "egemenlik" tabirinin kullanılmasını önermektedir.[57]

Toplumsal evrim sürecinde, henüz yöneten ve yönetilenler ayrımının olmadığı dönemlerde emir verme itaat ilişkisinden söz edilemez. Dolayısıyla, insanların diğer grup bir insana farklı anlamlar yüklemesi toplumsal ilişkide emir verme ve itaat etme şeklinde bir ayrımın ortaya çıkmasıyla birlikte[58], başka bir anlatımla devletin ortaya çıkışıyla birlikte egemenlikten söz edilebilir.

Bir kavram olarak egemenlik, Batı kültür ortamı içinde, belli bir tarihsel süreç içinde ortaya çıkmış ve kullanılagelmiştir.[59] Yöneten-yönetilen ayrımının olduğu tüm toplumlarda üstün emretme gücü vardır. Bununla birlikte, bugün kullandığımız anlamda egemen gücün ortaya çıkışı, feodalizmin yıkılıp merkezi krallıkların kurulduğu döneme rastlamaktadır.[60] Egemenlik, Fransa krallarının ülke içindeki iktidarlarına karşı rakip tanımadığını, ülke dışında da kendilerinden üstün bir güç tanımadıklarını ifade etmek üzere bir hukuki formül olarak ileri sürülmüştür.[61]

Bir devletin kurulabilmesi için insan topluluğu ve toprak unsurları yeterli değildir ve bir insan topluluğunun belli bir toprak parçası üzerinde egemen olması gerekir. [62] Egemenlik iç (*internal*) ve dış (*external*) olmak üzere iki şekilde anlaşılmaktadır.[63] Egemenliğin dış yönü sözleşmeler, anlaşmalar, prestijin korunması ve

---

[55] Özer, 2003, s. 187.
[56] Koçak, 2006, s. 66–67.
[57] Léon Duguit, "Egemenlik ve Özgürlük", (çev. Didem Köse ve Sedef Koç), *Devlet Kuramı*, (der. Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara, 2000, s. 379. Biz de bu fikri benimseyerek, çalışmayı egemenlik kavramı üzerinden sürdürdük.
[58] Marcel Gaucet, "Anlam Borcu ve Devletin Kökenleri: İlkellerde Din ve Siyaset", (çev. Ozan Erözden), *Devlet Kuramı*, (der. Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara, 2000, s. 35.
[59] Koçak, 2006, s. 27.
[60] Şevki Hakyemez, *Mutlak Monarşiden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Seçkin, Ankara, 2004, s. 14.
[61] Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1997, 9. baskı, s. 56.
[62] Gözler, 2007, s. 77.
[63] B.M. Laing, "Aspects of the Problem of Sovereignty", *The International Journal of Ethics,* Vol. 32,

savunma araçları (ordu-donanma vs) ile kendini göstermektedir. Egemenliğin iç yönü ise, devletin yurttaşları ve onların örgütleriyle ilişkisinde belirir. Siyasal düzen adı verilen ve düzenin sağlanmasına yönelik zorlamayı içeren hukuk şeklinde kendini gösterir.[64]

Egemenlik devletin üstün emretme gücü olmakla birlikte, anayasa hukuku açısından ülke içindeki üstün gücü, toplumun sevk ve idaresini, yani iç egemenliği; uluslararası hukuk açısından devletin başka devletlere karşı bağımsızlığını, başka bir devlete tabi olmamasını, yani dış egemenliği ifade etmektedir.[65] Bu ayrım Rousseau'dan beri vardır ve Rousseau iç egemenlik için *soverain*, dış egemenlik için ise *puisance* terimlerini kullanmaktadır.[66]

Devletin kendi ülkesi içinde ve kendi ülkesine yönelik olan egemenliği olan iç egemenlik; kendi içinde iki farklı anlam ifade etmektedir. Egemenlik denildiğinde öncelikle, devlet iktidarının en üstün, sınırsız ve mutlak, bölünmez ve devredilemez özellikleri akla gelmektedir. Bu anlamıyla egemenlik, iktidarın kendisini değil ancak bazı özelliklerini ifade etmektedir.[67] İkinci anlamıyla egemenlik devlet iktidarının özelliklerini değil, bizatihi kendisini ve içeriğini ifade etmektedir. Bu yönüyle egemenlik devletin, yasa yapma, savaş ve barış ilan etme, para basma ve vergi toplama gibi yetkilerini kapsayan bir anlam içermektedir.[68]

Devlet iktidarının kendisi anlamında egemenlik, devletin sahip olduğu yetkiler olup; yasama, yürütme ve yargı olarak üç ana grupta toplanmaktadır.[69] Devlet iktidarının niteliği anlamında egemenlik ise en başta, iktidarın asli oluşunu ifade eder. Başka bir anlatımla egemen iktidar asli bir güçtür ve bu gücünü başka bir iktidardan veya otoriteden almamıştır.[70] Egemen iktidarın asli bir iktidar oluşunun doğal sonucu olarak başka özellikler de ortaya çıkmaktadır. Öncelikle egemen iktidar en üstün

---

No. 1, 1921, s. 4. Egemenliği farklı yönleri dikkate alınarak ikiden fazla sınıflandırılması mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Davutoğlu, "Küreselleşme ve AB-Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Ulusal Egemenliğin Geleceği", *Anayasa Yargısı*, S. 20, 2003, s. 49. Burada ikili bir ayrım yerine, dörtlü bir ayrıma gidilmiştir. Daha doğrusu iç egemenlik ve dış egemenlik ayrımı sonuçları bakımından da farklı kategoride ele alınmıştır. Biz çalışmamızda klasik ikili ayrımı tercih ettik.

[64] Laing, 1921, s. 4.

[65] Koçak, 2006, s. 122; Özer, 2003, s. 187.

[66] Rousseau, J.J., *Toplum Sözleşmesi*, (çev. Vedat Günyol), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010, 6. baskı, s. 15.

[67] Kapani, 1997, s. 58.

[68] Kapani, 1997, s. 58.

[69] Gözler, 2007, s. 82.

[70] Gözler, 2007, s. 82.

iktidardır ve kendisinden başka hiçbir güce tabi değildir. İkinci olarak egemen iktidar sınırsızdır/sınırlandırılamaz. Üçüncü olarak egemen iktidar tek ve bölünmez bir iktidardır. Son olarak egemen iktidar devredilemez ve egemenliğin kullanımından vazgeçilemez.[71]

İç egemenliğin özelliklerini yukarıda sayılanlar oluşturmakla birlikte, devletin sahip olduğu her türlü iktidar, asli ve sınırsız değildir. Asli olan iktidar asli kurucu iktidardır.[72] Asli kurucu iktidar, mevcut herhangi bir anayasayla bağlı olmayan yeni bir anayasa yapma gücüdür.[73] Asli kurucu iktidar, devletin temel hukuk düzenini kurarak, siyasal iktidarın hangi organlar tarafından, nasıl ve hangi sınırda kullanılacağını belirleyen, bağlayıcı üstün anayasa normları koyar.[74] Asli kurucu iktidar, bütün yetkilerin kendinden kaynaklandığı bir iktidardır. Bunun için Alman hukukunda "yetki yetkisi" veya "yetki verme yetkisi" anlamında *Kompetenzkompetenz* kavramı kullanılmaktadır.[75] Tali kurucu iktidar ise, mevcut bir anayasayı, anayasanın öngördüğü usullerle değiştirme gücüne sahip iktidardır.[76] Tali kurucu iktidar en üstün iktidar değildir, çünkü üzerinde en üstün iktidarın, yani asli kurucu iktidarın koymuş olduğu anayasa vardır. Tali kurcu iktidar, gücünü ve yetkisini bu mevcut anayasadan aldığı gibi, anayasanın koyduğu kurallar ile sınırlıdır.[77] Tali kurcu iktidar anayasaya karşı sınırlı olmakla birlikte, devletin diğer organlarının yetki ve görevlerini değiştirme, kaderlerini tayin etme bakımından sınırsızdır.[78]

Dış egemenlik, devletin başka devletlere bağımlı olmadığı ve diğer devletlerle hukuken eşit konumda olduğunu ifade eder.[79] Avrupa'da çok uzun yıllar süren savaşlar sonrasında 1648 yılında imzalanan Westphalia Antlaşması ile devletin fiili gücünün ulaştığı sınır kavramının gelişmesi, evrensel hukuk ile ulusal hukukun uygulama alanında bir ayrım yapma zorunluluğu getirmiştir.[80] Otorite ve toprak arasında kurulan bağımlılık ilişkisi Westphalia ile birlikte ulus-devlet ile egemenlik arasında kaçınılmaz

---

[71] Gözler, 2007, s. 82–83; Koçak, 2006, s. 125.
[72] Gözler, 2007, s. 84.
[73] Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, Ekin Kitabevi, Bursa, 1998, s. 11.
[74] Kapani, 1997, s. 63.
[75] Gözler, 2007, s. 85.
[76] Gözler, 1998, s. 12.
[77] Bu konudaki tartışmalar için bkz. Gözler, 1998, s. 122 vd.
[78] Gözler, 1998, s. 121.
[79] Koçak, 2006, s. 126; Gözler, 2007, s. 79.
[80] Davutoğlu, 2003, s. 48.

bir bağımlılık ilişkisi şeklinde ortaya çıkmıştır.[81] Bu döneme kadar Avrupa devletleri, birbirlerini eşit ve muadil görmezken, bu gelişmeyle birlikte karşılıklı tanıma zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Böylece ulusal egemenliğin klasik anlamının temel unsurlarını belirlemeye başlamıştır.[82]

Dış egemenlik bağımsızlıktan başka bir şey değildir.[83] Westphalian egemenlik, devletin dış egemenliğinin bir başka ifadesidir.[84] Buna göre, devlet bir kararı alırken veya egemenlikten kaynaklanan yetkilerini kullanırken, başka bir otoriteden izin almaz veya hesap vermez.[85] Dış egemenlik iki temel sonuç ortaya çıkarmaktadır:[86] 1- Devletlerin egemen eşitliği ilkesi, 2- İçişlerine karışmama ilkesi.

Devletlerin egemen eşitliği ilkesi, uluslararası hukuk bakımından devletlerin aynı hukuki statüye sahip oldukları anlamına gelir. Devletlerin nüfusları, yüzölçümleri, ekonomik, askeri veya siyasi güçleri dikkate alınmadan, bütün devletlerin eşit statüde olduğu kabul edilmektedir. Nitekim Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 2/1. maddesi, Birleşmiş Milletlerin üye devletlerin eşit egemenlik ilkesi üzerine kurulduğunu düzenlemektedir.[87]

Westphalian egemenliğin ikinci sonucu ise, devletlerin birbirlerinin içişlerine karışmama ilkesidir. Bu ilkenin sonucu olarak, her devlet kendi içinde uygulayacağı sosyal ve ekonomik politikaları kendisi belirleyebilir.[88] Bununla birlikte, bir devletin başka bir devletle olan ilişkilerinde tamamen özgür ve bağımsız bir şekilde ve hareket serbestisi içinde olması tartışmalıdır.[89] Nitekim uluslararası hukuk ve uluslararası siyaset devletlerin mutlak serbestisine müsaade etmeyecektir. Bu sebeple Kapani, "dış

---

[81] Davutoğlu, 2003, s. 48.
[82] Davutoğlu, 2003, s. 48.
[83] Gözler, 2007, s. 79.
[84] Koçak, 2006, s. 126. Avrupa'da otuz yıl kadar süren ve görünüşte dinsel karakterli olan savaşın sounucunda1648 tarihinde yapılan Westphalia Barışı ile Avrupa'da devletler sistemi kurulmuş ve Avrupa kamu hukukunun uluslararası hukuka dönüşmesine temel oluşturmuştur. Bu barış antlaşmasıyla getirilen hukuken egemen ve eşit devletler sistemi nedeniyle uluslararası hukuktan kaynaklanan egemenlik Westphalian egemenlik olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Ahmet Haluk Atalay, *Uluslararası Hukukun Oluşumu: İlk Küreselleşme Dönemi 1492-1648*, Göçebe Yayınları, İstanbul, 1997, s. 18-24. Farklı bir ayrım için bkz. Davutoğlu, 2003, s. 4-5. Davutoğlu, dış egemenliğin iki sonucundan, devletlerin birbirini tanımaya yönelik olanını uluslararası hukuk egemenliği olarak adlandırmakta; sadece devletlerin içişlerine karışmamasını Westphalian egemenlik olarak değerlendirmektedir.
[85] Gözler, 2007, s. 79.
[86] Gözler, 2007, s. 79.
[87] İlgili madde için bkz. *http://www.un.org/en/documents/charter/chapter1.shtml.*
[88] Gözler, 2007, s. 80.
[89] Kapani, 1997, s. 57.

egemenlik" tabiri yerine "bağımsızlık" tabirini kullanmanın daha yerinde olacağı görüşündedir.[90]

Egemenlik ile ilgili kavramsal tartışmalar kolayca sonlanabilecek türden değildir. Bu çalışma doğrudan egemenliği değil; egemenlikten kaynaklanan bir yetki olan "cezalandırma" yetkisini konu etmektedir. Bu sebeple, egemenlik üzerine teorik tartışmalar çok derinleştirilmeden, iç ve dış egemenlik anlayışındaki değişime yer verilerek, bu değişim/dönüşümün cezalandırma yetkisinin sınırlanmasına etkisi ortaya çıkarılacaktır.

2. İktidar

Devlet, yetki ve güç söz konusu olduğunda "iktidar" kavramının açıklanması yararlı olacaktır. Türkçe sözlükte iktidar kelimesin üç anlamına yer verilmiştir:[91] 1- Bir işi yapabilme gücü, erk, kudret. 2- Bir işi başarabilme yetki ve yeteneği. 3- Devlet yönetimini elinde bulundurma ve devlet gücünü kullanma yetkisi; bu yetkiyi elinde bulunduran kişi ve kuruluşlar. Batı dillerinde iktidar kelimesine karşılık gelen, Latince *potestas* (İngilizce *power*, Fransızca *pouvoir*) ehil olmak, yetenek sahibi olmak, toplumda başkalarına istediğini yaptırabilmek ve istenileni yaptırmak için zora başvurmak anlamında kullanılmaktadır.[92]

İktidar en kısa ve geniş tanımıyla, "başkalarının davranışlarını etkileyebilme, kontrol edebilme olanağı"dır.[93] Bu tanımıyla iktidar sadece devlete mahsus olmayıp, insanların bir arada bulunduğu her türlü ortamda; aile, arkadaş ortamı, okul, dernek, kulüp, sendika vb bir iktidardan söz etmek mümkündür. Devletin yönetimiyle ilgili olan iktidar, siyasal iktidardır. Bir toplum adına karar alma ve uygulatma gücü, siyasal iktidardır.[94] Siyasal iktidar ülke, millet ve egemenlik unsurlarından oluşan devletin bir bütünlük içinde yönetilmesidir ve devlet ile aynı anlamda kullanılmaktadır.[95]

---

[90] Kapani, 1997, s. 57.
[91] *TDK Türkçe Sözlük*, C.1, s. 1063.
[92] Halis Çetin, "İktidar ve Meşruiyet", *Siyaset*, (ed. Mümtazer Türköne), Lotus yayınları, Ankara, 2008, 8. baskı, s. 36.
[93] Kapani, 1997, s. 46.
[94] Ahu Tunçel, "İktidar ve Devlet", *Siyaset Bilimi'nde Kuram-Yöntem-Güncel Yaklaşımlar*, (ed. Baran Dural), Kriter Yayınları, İstanbul, 2011, s. 32.
[95] Cengiz Gül, *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti*, Adalet yayınevi, Ankara, 2010, s. 15.

Siyasal iktidar ise, diğer iktidarlardan farklı olarak bir toplumun veya ülkenin bütünü için geçerli bir iktidara işaret eder.[96] Siyasal iktidar, kapsam, nitelik ve diğer bazı özellikler bakımından diğer iktidarlardan ayrılır.[97] Öncelikle siyasal iktidar diğer iktidarlardan farklı olarak, bütün ülkeyi veya bütün toplumu kapsamaktadır. Oysa diğer iktidarlar belli ve daha küçük gruplar için geçerlidir.[98] Siyasal iktidar, diğer iktidarlardan hiyerarşik olarak daha üstün bir iktidardır ve bütün diğer iktidarların üzerindedir.[99] Siyasal iktidarın en önemli özelliği maddi kuvvet ve zor kullanma gücüdür. İradesini, emirlerini ve kararlarını yürütebilmek için gerektiğinde kuvvete başvurabilir. Bu yola sadece siyasal iktidar başvurabilir ve buna "zor kullanma tekeli" denir.[100] Siyasal iktidarın bir diğer yönü de rızaya dayalı olmasıdır. Yönetilenlere emretme gücü sadece zor kullanabilmekten değil, aynı zamanda yönetilenlerin buna gösterdiği rızadan kaynaklanmaktadır.[101] Siyasal iktidara yönetilenler tarafından gösterilen rızaya "meşruiyet" denir ve kimi yazarlarca meşruiyet siyasal iktidarın manevi unsuru olarak kabul edilmektedir.[102]

İktidar kavramı ile egemenlik kavramı birbirine çok benzerdir. Siyasal iktidara atfedilen kapsayıcılık, en üstün olma, meşruiyet ve güç kullanma tekeli egemenlik için de geçerlidir.[103] Egemenlik ile iktidar arasında ilişkiyle ilgili olarak net bir ayrım yoktur. Bu konudaki farklı görüşler, egemenliği devlet kudretiyle eş anlamlı kabul etme; onu devlet kudretinin bir vasfı olarak görme ve ayrıca egemenliği devletteki en üstün organ olarak görme olmak üzere üç grupta ele alınmaktadır.[104] Burada bu tartışmalara girilmeyecektir. Ancak egemenliğin dış egemenlikle birlikte, siyasal iktidarı da kapsayan daha geniş bir anlama sahip olduğu kanaatindeyiz.[105] Bu çalışmada cezalandırma yetkisi ve bunun sınırları egemenlik üzerinden incelenecektir.

---

[96] Kapani, 1997, s. 48.
[97] Gül, 2010, s. 20 vd.
[98] Kapani, 1997, s. 48.
[99] Kapani, 1997, s. 48-49; Çetin, 2008, s. 36.
[100] Kapani, 1997, s. 49; Çetin, 2008, s. 37.
[101] Kapani, 1997, s. 49; Çetin, 2008, s. 37.
[102] Çetin, 2008, s. 37; Gül, 2010, s. 23.
[103] Gül, 2010, s. 28.
[104] Türcan, 2001, s. 79; Güriz, 2009, s. 215.
[105] Ayrıca bkz. Çetin, 2008, s. 39.

3. Devletin yetkisi

Yetki, bir şeyi yapıp yapmama konusunda irade ve güç sahibi olmaktır.[106] Hukuki anlamda yetki, bir hukuki sonuç doğuracak irade göstermektedir. Devlet yetkileri, devletin bir hukuki kişilik olmasıyla sahip olduğu ve esasen bir bütün olan iktidarı yoluyla gerçekleştirdiği hukuki işlevlerdir.[107] Başka bir anlatımla, devlet iktidarının uygulamaya aktarılması yetkiler aracılığıyla olmakta ve yetkiler aslında devletin somut görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır.[108]

Kamusal iktidarı elinde tutan ve onun adına hareket eden bir hukuki kişilik olarak devletin yetkileri; yasama (kural koyma/emretme), yargısal ve yönetsel (inzibati, askeri, mali vb) güçlerin bütünüdür. Bunların her biri devletin bir yetkisini teşkil eder ve bu yetkiden kaynaklanan hukuki işlevleri yerine getirme imkânı sağlar.[109]

Anayasa hukuku doktrininde devletin üç temel fonksiyonu; yasama, yürütme ve yargı kabul edilir. Bu üç fonksiyonun birbiriyle kesin çizgilerle ayırmak güçtür.[110] Fonksiyon nitelikleri itibariyle yetkilerin bir organ tarafından yapılmasının kabul edilmesi, başka bir anlatımla yetkilerin işlevsel bölüşümüdür. Kural koyma ve emretme (yasama), yargılama, idari, inzibati, askeri, mali vb devletin sahip olduğu irade gösterme ve hukuki sonuç doğuran yetkileri ne olursa olsun bu üç fonksiyon içinde yer almaktadır.[111]

Devletin yetkilerini kullanması, salt devlet oluşundan değil, egemenliğin kaynağından yetkileri devralmasından kaynaklanmaktır. Egemenliğin özünü emretme hakkı ve düzenleme yapma yetkisi oluşturur. Soyut egemen irade, devletin düzenleme yapmak suretiyle somutlaşır.[112] Devletin yetkilerinin bir diğer özelliği de somut hukuki neticeler almaya yönelik olmasıdır. Devletin egemenliğin sahibi adına kullandığı yetkiler zor kullanma gücüyle desteklenmektedir.[113]

---

[106] Türcan, 2001, s. 157.
[107] Türcan, 2001, s. 158.
[108] Yahya Kazım Zabounoğlu, *Kamu Hukukuna Giriş*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 121.
[109] Türcan, 2001, s. 158.
[110] Devletin fonksiyonunun gerçekte üçe ayrılıp ayrılmadığı hakkında bir tartışma için bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. 1, Ekin Yayınları, Bursa, 2011, s. 816.
[111] Türcan, 2001, s. 158.
[112] Türcan, 2001, s. 159.
[113] Türcan, 2001, s. 160.

Sonuç olarak, devletin yetkileri, egemenliğin kaynağının devlete devretmiş olduğu irade gösterme gücüdür. Devlet egemenliği düzenlemeler yaparak ve kurallar koyarak somuta dönüştürür.

4. Cezalandırma yetkisi ve egemenlik ilişkisi

Cezalandırma, bir toplumda düzenin, barışın ve adaletin sağlanması için vazgeçilmez kurumlardan biridir. Bu yetki ilk devirlerden itibaren iktidar sahibi, herkesin tabi olduğu egemen tarafından kullanılmaktaydı.[114] Günümüzde soyut olarak sahip olunan bu yetkinin, devlet bünyesinde somutlaşarak, uygulanması ve reel yaşamda bir anlam ifade etmesi gerekir. Başka bir anlatımla, cezalandırma yetkisi de diğer yetkiler gibi, egemenliğin kaynağından (teokratik devletlerde Tanrı, demokratik devletlerde halk/millet) devlet aygıtına devredilmiş ve onun bünyesinde somut bulan bir yetkidir.

Cezalandırma yetkisi doğrudan devletin egemenliğiyle ilgilidir ve onun bir sonucudur. Cezalandırma yetkisinin asıl sahibi egemen güçtür.[115] Bu demokratik toplumlarda halk/millet, teokratik toplumlarda Tanrı olarak karşımıza çıkmaktadır. Cezalandırma yetkisi günlük hayatta anlam kazanabilmesi için bir aygıta/üst kurula (devlet) devredilmiştir. İşte devlet aldığı bu yetkiyi egemenliği kullanmaya yetkili organları/makamları aracılığıyla kullanacaktır.

Cezalandırma yetkisi iç egemenlik bakımından, devletin egemenlik alanı içinde en üstün güç olarak cezalandırma yetkisini kullanan tek güç olduğunu ifade etmektedir. Devlet yasama organı vasıtasıyla, hangi fiilin suç olduğunu, hangisinin olmadığını belirleme ve aynı zamanda suç olan fiillere uygulanacak yaptırımı tayin etme yetkisine sahiptir. Devletin egemenlik alanında devlet dışında bir gücün suç ya da ceza ihdas etme yetkisi bulunmamaktadır. Bu yetki dış egemenlik bakımından değerlendirildiğinde,

---

[114] Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. 1, Beta, İstanbul, 1997, s. 40.

[115] Son zamanlarda özellikle Roma Statüsünün yürürlüğe girmesiyle, uluslararası hukukutan kaynaklanan cezalandırma yetkisi doğrultusunda "egemensiz cezalandırma" (*punishment without a sovereign*) fikri ileri sürülmektedir. Bkz. Kai Ambos, "Punishment without a Sovereign? The Ius Puniendi Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 33, No. 2, 2013, ss. 293–315. Biz burada "devletsiz cezalandırma" fikrine katılmakla birlikte, "egemensiz cezalandırma" görüşüne katılmıyoruz. Eğer uluslararası alanda cezalandırma yetkisine sahip olan güç en üstün güçse, bu alanda egemen olan odur.

bağımsız bir devletin suç ve ceza ihdasında hiçbir güce bağlı olmamasını ve devletin cezalandırma yetkisine dıştan müdahale edilememesini ifade etmektedir.

Cezalandırma yetkisi egemenlik ile çok sıkı bir ilişki içindedir. Öyle ki, devlet egemenliğin alametlerinden biri olan zor kullanma gücünün en somut şekilde görüldüğü alan cezalandırma yetkisinin kullanılmasıdır. Devlet egemenliğine yönelik her türlü sınırlandırma cezalandırma yetkisinin sınırlandırılması anlamına gelmektedir.

C. Cezalandırma Yetkisi ve Sınırı

Kamu hukukunda yetki dar yorumlanır. Başka bir anlatımla bireylerin özgürlüğü esas, devlet organlarının yetkisi sınırlıdır. Diğer yetkilerde olduğu gibi, devletin cezalandırma yetkisi de sınırlı bir yetkidir. Burada öncelikle cezalandırmanın bir hak mı, yetki mi olduğu tartışıldıktan sonra, cezalandırma yetkisinin sınırı denildiğinde ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

1. Cezalandırma hak mıdır, yetki midir?

Hak, "bir şeyi yapmak veya başkalarından belirli bir şekilde davranmayı veya bir şeyi yapmayı isteme yetkisidir".[116] Hak kavramı, irade teorisine göre, "hukuk düzeni tarafından tanınan iradi bir yetki"; menfaat teorisine göre "hukukça korunan menfaat" şeklinde açıklanmaktadır.[117] Karma teoriye göre ise, hak "hukukun insana tanıdığı irade yoluyla koruduğu menfaattir" şeklinde daha kapsamlı bir şekilde tanımlanabilir.[118] Her halükarda hak, yetkiyi de içinde barındıran[119], geniş bir talep etme alanına işaret eder. Hak sahibi olduğu varsayılan kişi, bir şeye yetkili olduğunu veya o şeyi meşru olarak talep edebilir.[120] Sonuç olarak, hak hukuk tarafından korunan meşru bir talep etme yetkisidir.

Cezalandırma tarihsel süreçte bir hak olarak ortaya çıkmış ve zamanla yetkiye dönüşmüştür. Henüz devletin ortaya çıkmadığı ilkel ceza hukuku döneminde esas olan öç alma, zarara uğrayanın, zarara uğratma hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir

---

[116] Güriz, 2009, s. 49.
[117] Güriz, 2009, s. 49–50.
[118] Güriz, 2009, s. 51.
[119] Güriz, 2009, s. 49; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008, 5. baskı, s. 279.
[120] Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion Kitabevi, Ankara, 2007, s. 7–8.

sonraki kısas (*talion*) aşamasında da "göze göz-dişe diş" yaptırımında bulunma, zarara uğrayan için yine bir hak olarak algılanmaktadır. Devletlerin ortaya çıkışından sonra cezalandırma ilişkilerine müdahil olmaları bunu devlet tarafından kullanılabilen bir yetkiye dönüştürmüştür demek, yanlış olmayacaktır.

Cezalandırma hak/yetkisinin devlete geçmesiyle, hangi fillerin suç olduğu, bunun nasıl ve ne kadar cezalandırılacağı devletin iradesine terk edilmiştir. Bu hakkın devrinden sonra artık bireylerin kendiliğinden ileri sürebileceği bir cezalandırma hakkından söz edilemez. En başta suç olan eylemin ne olduğunu ve nasıl cezalandırılacağını belirleyen, devredilen iradedir. Öte yandan suç ile cezanın birbirine yabancılaşmasının da bireyler açısından hak algısını ortadan kaldırdığı kanaatindeyiz. Şöyle ki; öç alma ve kısas devrinde, suç olan fiilin aynısı veya benzeri faile/faillere uygulanmaktaydı. Cezalandırma yetkisinin devlete geçmesiyle birlikte ceza homojenleşmiştir. Önceleri sadece ölüm cezası iken bu zamanla, türlü işkenceye ve en nihayetinde hapis cezasına dönüşmüştür. Günümüzde suçun niteliği ne olursa olsun, cezanın çoğunlukla hapis ve adli para cezası şeklinde olması, suç olan fiille ceza arasındaki bağlantının "hak"tan kaynaklandığını ileri sürmeyi zorlaştırmaktadır.

Cezalandırma söz konusu olduğunda, devredilen irade bunu bir hak değil, ancak yetki olarak kullanabilir. Başka bir anlatımla, devlet kendine tanınan bir hakkı değil, hakkın sahibi tarafından kendine tanınan yetkiyi kullanmaktadır. Hak sahibi, her zaman hakkını kullanıp kullanmamakta serbesttir. Oysa bir konuda yetkilendirilen, bir ödev ve sorumlulukla yüklenmektir. Gerekli fiili veya hukuki koşullar oluştuğunda, yetkili olduğu işi (görev) yapmak zorundadır. Günümüzde devletlerin kamu davası gerektiren suçlarda, cezalandırma yetkisini kullanıp-kullanmama tercihinden söz edilemez. Bir suç gerçekleşmişse devlet bunu cezalandırmakla sorumlu ve yükümlüdür. Sadece şikâyete bağlı suçlarda, suçtan zarar gören bireylere tanınan şikâyet hakkından söz edilebilir. Kanunlarca suçtan zarar görene verilen bu hak, bir hak olarak, kullanılıp kullanılmaması tamamen serbestliğe dayanmaktadır. Öte yandan, bu hak kullanıldığında, yetkili makamlarca soruşturma açılması ve cezalandırma kurumunun işletilmesi zorunlu olmakta, yani bir yetkiye dönüşmektedir.

Anayasalarda doğrudan cezalandırma hakkı veya yetkisiyle ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak yasama fonksiyonundan söz edilirken daima yetki olarak söz

edilmiştir. Kanuni Esasi (m. 53)[121], 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu (m. 2)[122], 1961 Anayasası (m. 5)[123] ve 1982 Anayasasında (m. 7) "yasama yetkisi" denilmiştir. 1924 Anayasasında (m. 9)[124] ise, diğerlerinden farklı olarak "vazifei teşriiye" (yasama görevi) tabiri kullanılmıştır.

Anayasa Mahkemesi birçok kararında cezalandırmadan söz ederken yetki olarak söz etmiştir. Çok kereler tekrarladığı tipik bir ifadesinde yetki tabirini sıklıkla kullanmıştır. "Yasakoyucu cezalandırma yetkisini kullanırken Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılıp sayılmayacağı, suç sayılacaksa hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılanacağı, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği, konusunda ceza siyaseti, ülkenin sosyal, kültürel yapısı ve etik değerlerini de gözönünde bulundurarak takdir yetkisine sahiptir."[125] Bununla birlikte bazı kararlarında cezalandırmanın hak ve yetki olduğuna vurgu yapmıştır. "Cezalandırma Devlete özgü bir hak ve yetkidir. Bu alandaki Devlet egemenliğinin sınırları da çağımızda Anayasalarca belirlenmektedir"[126]

Doktrinde ise, cezalandırma hak ve yetkisi genellikle birlikte kullanılagelmiştir. Güriz "cezalandırma hakkı" demeyi yeğlemiş, ancak parantez içinde "yetki" tabirini kullanmayı da ihmal etmemiştir.[127] Taner "cezalandırmak hakkı"[128], Dönmezer ve Erman "ceza vermek hakkı"[129], Önder "devletin ceza verme hakkı"[130], Cihan "cezalandırma hakkı"[131] tabirini kullanmayı tercih etmiştir. Selçuk Gramatica'nın Toplumsal Savunma İlkeleri (*Principi di difesa sociale*) kitabının çevirisinde "*diritto di punire*" karşılığında "cezalandırma hakkı" tabirini kullanmış olmakla birlikte, dipnotta bunun doğrusunun "cezalandırma yetkisi" deyimi olduğunu belirtmiştir.[132]

---

[121] A. Şeref Gözübüyük, *Açıklamalı Türk Anayasaları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, 6. baskı, s. 17.
[122] Gözübüyük, 2007, s. 41.
[123] Gözübüyük, 2007, s. 110.
[124] Gözübüyük, 2007, s. 53.
[125] Örneğin, AYM, E. 1997/45.
[126] Örneğin, AYM, E. 1981/16.
[127] Güriz, 2009, s. 227.
[128] Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım,* Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949, s. 76.
[129] Dönmezer–Erman, 1997, s. 44.
[130] Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. 3, Beta Yayınevi, İstanbul, 1989, s. 3.
[131] Erol Cihan, "Özek ve Çağdaş Ceza Hukuku Anlayışı", *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı,* İstanbul, 2004, s. 211.
[132] Filippo Gramatica, *Toplumsal Savunma İlkeleri*, (çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara, 2005, 2. baskı, s. 34, dipnot. Selçuk aynı tavrı Beccaria'nın Suçlar ve Cezalar Hakkında eserinin çevirisinde de göstermektedir. Orijinal metinde "ceza verme hakkı" şeklinde kullanılırken, çeviren parantez içinde

Sonuç olarak, cezalandırma suçtan zarar gören bireyler açısından haktır. Ancak modern devletlerde cezalandırma, suçtan zarar görenler adına devlet tarafından kullanılan bir yetkiye ve aynı zamanda bir görevdir. Kamu gücüyle sağlanan cezalandırma bir hak değil, yetkidir. Bu çalışmada, cezalandırma bir yetki olarak kabul edilecek ve bu yetkinin sınırları üzerinde durulacaktır.

2. Cezalandırma yetkisinin sınırı

Modern devletlerde devlet organları yetkilerini anayasadan almakta ve anayasadan kaynaklanmayan hiçbir yetki devlet organlarınca kullanılamamaktadır.[133] Günümüz hukuk devletlerinde, kanunilik ilkesi gereğince, cezalandırma yetkisi kanun yapmak yoluyla kullanılmakta, başka bir deyişle bu yetki yasama organı tarafından icra edilmektedir. Bu halde devletin cezalandırma yetkisinin sınırı esas itibariyle yasama organının sınırıdır. Modern bir hukuk devletinde yasama organını sınırlayan her türlü anayasal ilkeler, anayasa yargısı, diğer toplumsal sınırlar ile uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler, yasama organını cezalandırma yetkisi bakımından da sınırlandırmaktadır.

Devletin cezalandırma yetkisinin sınırları denildiğinde, başlıca iki tür sınırdan söz edilebilir. Devlet hareket alanı ve eylemleri itibariyle sınırsız bir gücün kullanıcısı değildir. Tarihsel süreçte devletin yönetilenler üzerindeki gücünün sınırsız olduğu ileri sürülmüş olsa da bu fikir bugün kabul görmemektedir. Devletin cezalandırma yetkisinde ilk sınır, devletin gücünün sınırıdır. Modern devletler anayasaları kabul etmek yoluyla bütün devlet organlarının kullanacakları yetkileri önceden belirlemişlerdir. Ayrıca anayasalarad hukuku düzenine hakim olan temel ilke ve kaideler belirlenerek, devlet yöneticilerinin ve organlarının bu ilkelere riayet etmeleri sağlanmıştır. Ayrıca devlet karşısında bireylerin hak ve özgürlükleri de anayasalarda güvence altına alınarak, keyfi ve sınırı aşan devlet gücüne karşı korunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, cezalandırma yetkisini kullanırken yasa koyucunun geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu belirttikten sonra, "Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile

---

"yetki" olarak vurgulamış ve dipnotta benzer bir açıklama yapmıştır. Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara, 2004, s. 27 ve 1 nolu dipnot.

[133] Bu konuda bkz. Gözler, 2011a, s. 298-299.

Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir." [134] diyerek, cezalandırma yetkisini kullanırken yasa koyucunun sınırsız bir yetkiye sahip olmadığını göstermektedir. Anayasa Mahkemesinin söz edilen ve aynı doğrultuda verdiği birçok karara göre, yasa koyucu anayasanın koyduğu ilkeler ve ceza hukuku biliminde geliştirilen ilkeler ile sınırlıdır. Öte yandan toplumun yapısı, toplumsal ve ekonomik ihtiyaçlar da suç ve cezanın belirlenmesinde önemli etkenlerdir.

Cezalandırma yetkisinin ikinci sınırı ise, "maddi sınır" veya başka bir söylemle "maddi ceza hukukunun sınırı"dır. Neyin suç olup olamayacağı, neyin ceza olup olamayacağı veya cezanın ölçüsü, bu maddi sınırın konusunu oluşturur. Bu konu daha çok ceza felsefesini ilgilendirmektedir.

Devletin yetkisinin sınırı daha çok anayasa hukukunu (veya kamu genel hukuku) ilgilendirmektedir. Cezalandırma yetkisinin sınırına da devletin sınırından yaklaşmak yerinde olacaktır. Sonuçta yetkinin sınırı ile "ceza hukukunun maddi sınırı" birbiriyle iç içe olan, birbiriyle kesin hatlarıyla ayrılamayan ve hatta birbirini tamamlayan iki konudur. Şöyle ki; 1982 Anayasasının 38. maddesindeki "Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez" hükmü karşısında yasa koyucunun ceza kanununa ölüm cezası koyması ve bunun mahkemelerce uygulanması olanaksızdır. Bu hüküm olmasa bile, yasama organının ahlaki bulmayarak, gerekli görmeyerek veya toplumsal veya siyasi başka saiklerle ölüm cezasını kaldırması mümkündür, ancak zorunluluk değildir. Cezalandırma yetkisini sınırlandıran şey, sözgelimi ölüm cezasının ahlaki olmaması değil, ölüm cezasını yasaklayan anayasa hükmüdür.

Sınırlama yasa organı üzerinde, bir fiili suç saymayı zorunlu kılma veya bir fiili suç olmaktan çıkarma, kimi yaptırım türlerini yasaklama veya cezalandırmayla ilgili bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada, devletin yetkilerinin sınırlarından yola çıkarak, cezalandırma yetkisinin sınırlarına ulaşılması hedeflenmektedir.

[134] AYM, E. 2010/68.

II. DEVLETİN CEZALANDIRMA YETKİSİNİN TARİHSEL KÖKENİ VE SINIRLANDIRILMASINA YÖNELİK GÖRÜŞLER

Devletin cezalandırma yetkisi, doğal olarak devlet aygıtının kurumsal bir varlık olarak ortaya çıkışından sonrasına tekabül etmektedir. Devlet öncesi toplumlarda da toplumsal düzende yasak olan davranışlar ile bu eylemlere karşı verilen cezanın varlığı söz konusudur. Devletin ortaya çıkışına ve cezalandırma yetkisini elde edene kadar sürece ilkel dönem adı verilmektedir. Devletin tarih sahnesine çıkmasıyla birlikte, cezalandırma kurumu devlet tarafından kullanılmaya başlanmıştır.

Devletin cezalandırma yetkisini kullanmasında belirli bir tarihsel döneme kadar bir sınırlamadan söz edilemez. Tarihin ilk devirlerinden itibaren devlet tanrısal iradenin dünyadaki yansıması şeklinde yaklaşılmıştır. Başka bir anlatımla, devletin sahip olduğu en üstün emretme, kural koyma ve ceza verme yetkisinin kaynağı Tanrı'dır. Teokratik egemenlik anlayışı adı verilen bu düşünceye göre bütün iktidarlar Tanrı'dan gelir (*omnis potestas a Deo*).[135] Egemenliğin Tanrıdan geldiği ve dünyada bunu kimin kullanacağının bizzat Tanrı tarafından belirlendiği düşüncesi (doğaüstü ilahi hukuk doktrini) zamanla yerini egemenlik tanrıdan gelir, ancak onu kimin kullanacağı O'nun gözetiminde insanlar ve beşeri olaylar tarafından belirlenir anlayışına bırakmıştır.[136] Aquinalı Thomas tarafından söylenen "bütün iktidarlar Tanrıdan halk aracılığıyla gelir" (*omnis potestas a Deo per populium*) sözü bu anlayışı ifade etmektedir.[137] Tarihsel süreçte egemenliğin Tanrıya değil, insanlara ait olduğu ve insanlardan kaynaklandığı görüşü yaygın olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Bu anlayışa demokratik egemenlik yahut beşeri egemenlik anlayışı denebilir.[138] Cezalandırma yetkisinin egemenliğin bir sonucu olduğu gerçeği, egemenlik anlayışlarındaki farklılığında cezalandırma yetkisine bakışı değiştirmektedir. Başka bir anlatımla Tanrıdan gelen bir egemenlik ve onun sonucu olan cezalandırma gücü sorgulanamazken, insanların ortak iradesiyle kurulduğu ileri sürülen devlet aygıtının sahip olduğu egemenliğin kaynağı da insanlardır ve cezalandırma yetkisinin sınırından söz etmek mümkün olabilecektir.

---

[135] Gözler, 2011a, s. 441.
[136] Gözler, 2011a, s. 441–442.
[137] Gözler, 2011a, s. 442.
[138] Gözler, 2011a, s. 442.

Bu kısımda, Aydınlanma dönemine kadar tarihsel süreçte cezalandırma yetkisinin gelişimi anlatılacaktır. Daha sonra Aydınlanma dönemi ve cezalandırma yetkisinin sınırlandırılması üzerine görüşlere yer verilecektir. Son olarak tarihsel süreçte egemenlik anlayışında yaşanan değişim ve bunun cezalandırma yetkisini dönüştürmeye etkisi üzerinde durulacaktır.

A. Tarihsel Süreçte Cezalandırma Yetkisi (Aydınlanma Dönemine Kadar)

Cezalandırma toplumsal düzenin sağlanmasındaki araçlardan birisi olarak, toplumun ortaya çıkışı ile birlikte varolagelmiştir. Dolayısıyla cezalandırma sadece devletli toplumlara özgü olmayıp, devlet aygıtının kurumsallaşmadığı toplumlarda da cezalandırma kurumundan söz edilmektedir. Devlet öncesi toplumlarda da toplumsal düzende yasak olan davranışlar ile bu eylemlere karşı verilen cezanın varlığı söz konusudur. Devletin ortaya çıkışına ve cezalandırma yetkisini elde edene geçen kadar sürece ilkel dönem adı verilmektedir. Devletin cezalandırma yetkisinin tarihsel kökeni, devlet öncesi dönem ve devlet sonrası dönem olmak üzere iki ana başlıkta ele alınacaktır.

3. Devlet öncesi dönem (ilkel dönem)

Suç ve ceza insanlık tarihi ile yaşıttır ve devletin ortaya çıkmadığı dönemlerde dahi suç ve cezadan söz etmek mümkündür.[139] Hukukun henüz oluşmadığı (ya da yazılı hale gelmediği) ilkel dönemde de toplum düzenin sağlanması amacıyla toplumda belli ölçüde kuralların olduğundan ve ceza uygulamalarından söz etmek mümkündür. [140]

Toplumda gelişen normların ihlali halinde, "karşılıklılık'ın gerçekleştiği yaptırımlandırma" ve "toplumun kendiliğinden tepkisinin yaptırımlandırması" olmak üzere iki saikle cezalandırma söz konusu olmaktaydı.[141] İhlali yargılayan bir iktidar merkezi mevcut değilse, taraflar kendi güçleri ölçüsünde karşılık vererek adaleti sağlama yolunu seçerlerdi. Zarar vereni aynı zarara uğratmak şeklinde gerçekleşen

---

[139] Taner, 1949, s. 17.
[140] İçel–Donay, 2005, s. 38.
[141] Mehmet Tevfik Özcan, "Yazılı Hukukun Hareket Noktası Olarak İlkel Hukuk", *Anadolu Araştırmaları*, S. 12, 1990, s. 61–62.

yaptırımlar, özel zarar alanı (*private delicts*) kabul edilen, ekonomik zararlar, hırsızlık, öldürme, yaralama, zina ve cinsel saldırı fiillerine uygulanmaktaydı.[142] Toplumsal ilişkilerin barışçı olarak ilerlediği süreçte, dehşet dengesine dayalı kuvvet kullanımlı yaptırımlar terk edilerek, zararın daha fazla çatışmaya yol açmadan, diyet, kan-parası üzerinden uyuşmaya ve tazminat esasına dayalı bir gelişme yaşanmıştır.[143] Belli bir kişi veya gruba değil ancak toplumun geneline zarar verdiği düşünüldüğünde "toplumun kendiliğinden tepkisinin yaptırımlandırması" söz konusu olmaktaydı. Alay, dışlanma, sürgün ve linçe veren çeşitli ağırlıklarda uygulanan cezalar; Tanrı'ya, dince kutsal sayılan şeylere saldırı, tabuları çiğneme, büyü yapma ve büyü yoluyla adam öldürme ve kişinin kamu için tehlikeli hale gelmesi halinde uygulanırdı.[144]

Kan hısımlığına dayanan ilkel topluluklarda, beşeri kurallar ile ilahi kurallar birbirinden tam olarak ayrılmamıştır. Bu sebeple ilkel topluluklarda suç ile günah aynı anlama gelmektedir. Suç işleyenin cezalandırılması, günahkar birinin toplumdan çıkarılması şeklinde gerçekleşiyordu.[145] Suçun topluluk fertleri arasında meydana gelmesi halinde cezalandırma topluluğun reisi tarafından yapılmaktadır. Kurban kesmek, dini törenlere katılmaktan men, topluluktan kovulmak veya ölüm cezası gibi ceza yaptırımları uygulamaktaydı.[146]

Suç, farklı klan veya kabile mensupları arasında meydana geldiği durumlarda, iki klanı da bağlayan bir üst otorite olmadığından, şahsi öç adı verilen bir yöntem uygulanmaktadır. Buna göre, saldırıya uğrayanın veya onun mensup olduğu klanının, karşı taraftan öç alma hakkı söz konusu olmaktaydı. Bu durumda klandan birinin öldürülmesi halinde, klan üyeleri karşı taraftan birini öldürürdü.[147] Mülkiyetin kolektif ve aile bağlarının çok güçlü olduğu ve aynı zamanda suçluyu ortaya çıkarmanın güç olduğu o dönemlerde, toplumlar bu uygulamalara zorunlu olarak başvurmuşlardır.[148] Zamanla şahsi öç yönteminde görülen bazı sakıncalar nedeniyle bu yöntemden vazgeçilmiştir. Öncelikle şahsi öçte belli bir ölçüt yoktu. Tecavüze uğrayanın karşı tarafa vereceği zararın sınırını belirlemek güçtür. İkinci olarak sınırın belli olmaması, karşılıklı öcün bir teselsül halinde devam etmesine neden olmakta ve hiç bitmeyen kan

---

[142] Özcan, 1990, s. 61.
[143] Özcan, 1990, s. 61–62.
[144] Özcan, 1990, s. 62.
[145] İçel–Donay, 2005, s. 38.
[146] Taner, 1949, s. 17.
[147] Taner, 1949, s. 17; Centel-Zafer-Çakmut, 2011, s. 15; Özbek ve diğ., 2012, s. 87.
[148] Dönmezer–Erman, 1997, s. 41.

davalarına yol açmaktaydı.[149] Yine bu dönemde suç işleyen kimselerin kabilesini ve ülkesini terk ederek, gönüllü sürgün uygulamasından söz edilebilir. Böylelikle suçtan zarar görenlerin kininin teskin edilmesi ve ailelerin kendi aralarında anlaşmaları mümkün olabilmekteydi.[150]

Başka topluluklara mensup kişilerin işledikleri suçlara karşı toplu intikam alınması, kabileler arasında savaşların çıkmasına sebep olmuştur. Şahsi öçle ilgili sakıncaların giderilmesi amacıyla gerek öcün sınırının düzenlenmesi, gerekse teselsülün önlenmesi istenmiştir.[151] Kabileler devamlı savaş halini önlenmek için zaman içinde, suç işleyerek zarar meydana getiren kişiye meydana getirdiği zarar tür ve ölçüsünde zarar verilmesi olan "kısas" kurumunu uygulamaya başlamıştır.[152] Bu aşamada "göze göz, dişe diş" *("eye-for-an-eye" principle*) şeklinde formüle edilen "kısas" yöntemi uygulanmaya başlanmıştır. Bu yönüyle kısas, ceza hukukunun gelişiminde önemli bir aşamayı oluşturmaktadır.[153]

Kısas yöntemi toplumsal barışın sağlanması için öç yönteminden daha iyi sonuçlar sağlamakla birlikte, yeterli olmamıştır. Toplumların yeni arayışında mağdur veya ailesine ait intikam hakkının, fail veya ailesi tarafından satın alınması yolu olan "uyuşma" sistemi diğer bir önemli aşama olmuştur.[154] Bu sistem özellikle ticari ilişkilerin gelişmesi ve paranın da bulunmasından sonra, uygulanması kolay bir sistem olmuştur.[155] İlkel topluluklar döneminde suç, kusur olsun veya olmasın, bir insan tarafından meydana getirilen zarar olarak algılanmış ve ceza sorumluluğunda nedensellik bağı yeterli görülmüştür.[156]

Sonuç olarak, insanlık tarihinin her döneminde toplumsal düzenin sağlanması amacıyla suçlardan ve cezalardan söz etmek mümkündür. Cezalandırma hakkı/yetkisi doğrudan zarar gören ile başlamış ve toplum üzerinde oluşan iktidarın oluşmaya başlamasıyla, iktidara geçmiştir. Başlangıçta belli bir ölçüsü yahut çok belirgin bir

---

[149] Taner, 1949, s. 17–18; Dönmezer–Erman, 1997, s. 42; Centel-Zafer-Çakmut, 2011, s. 15; Özbek ve diğ., 2012, s. 87.
[150] Dönmezer–Erman, 1997, s. 42–43.
[151] Dönmezer–Erman, 1997, s. 42.
[152] Taner, 1949, s. 18.
[153] İçel–Donay, 2005, s. 38.
[154] Veli Özer Özbek, *Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 59.
[155] Dönmezer–Erman, 1997, s. 43; İçel–Donay, 2005, s. 38–39.
[156] İçel–Donay, 2005, s. 39.

yöntemi olmayan, daha çok zarar verme veya aynı zararı verme esasına dayanan cezalandırma, tazminata (ödetmeye) yönelik bir evrim göstermiştir.

4. Devlet sonrası dönem

Devletin cezalandırma yetkisi, doğal olarak devlet aygıtının kurumsal bir varlık olarak ortaya çıkmasıyla birlikte devlet tarafından kullanılan bir yetki haline gelmiştir. Zamanla bu yetki, devletin tek hâkim olduğu bir alana, bir tekele dönüşmüştür. İlk dönem devletlerinde hukukun yeni yeni gelişmesi nedeniyle geleneksel hukuk ile kodifiye hukukun bir arada uygulandığı görülmektedir. Yazılı hukuk kuralları genel olarak, örf hukukunun yazılı hale getirilmesidir.[157]

a. Erken dönem devletlerde ve Roma hukukunda cezalandırma

Hukuk ve özelde ceza hukuku, imparatorluklar ve yazılı hukuk dönemiyle birlikte önemli gelişme göstermiştir. Kolektif mülkiyetin yerini bireysel mülkiyetin almaya başlaması ve devlet dışındaki egemen güçlerin ortadan kalkmasıyla birlikte, cezalandırma yetkisi devlette toplanmaya başlamıştır.[158] Tanrının yeryüzü temsilcisi olan krallar, tanrılar adına adaleti sağlamak üzere hukuk yoluna başvurmuşlardır. Sümer şehir devletlerinden Lagaş kralı Urukagina, ülkesinde adaleti sağlamak için tanrıça Ningirsu tarafından görevlendirildiğini belirtmiştir. Bu dönem devletlerinde Tanrılar tarafından adaleti sağlamak üzere görevlendirilme teması, daha sonraki kanun koyucular tarafından da sıkça kullanılmıştır.[159] Hammurabi Kanunlarının yazılı bulunduğu stelde, Hammurabi güneş tanrısı Šamaš'tan güç sembolleri olan yüzük ve asa ile birlikte kanunları alırken resmedilmektedir.[160] Hititler'de de hukukun kaynağı Tanrı kabul edilmektedir. Ancak bunun krala nasıl verildiği tam olarak bilinmemektedir.[161]

---

[157] Örneğin Hititler ile ilgili olarak bkz. Ali M. Dinçol, "Hitit Yasalarının Ana Çizgileri ve Eski Önasya Hukuku İle Etkileşimi", *Anadolu Araştırmaları*, S. 12, 1990, s. 85.
[158] Dönmezer–Erman, 1997, s. 44–45.
[159] Belkıs Dinçol, *Eski Önasya Toplumlarında Suç Kavramı ve Ceza*, Türk Eskiçağ Bilimleri Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 2003, s. 5.
[160] Şuan orijinali Fransa'da Louvre Müzesinde bulunan stel ile ilgili bilgiler için bkz. *http://smarthistory.khanacademy.org/law-code-stele-of-king-hammurabi.html.* Ayrıca bkz. Dinçol, A., 1990, s. 86.
[161] Dinçol, A., 1990, s. 86.

Erken dönemde Sümerlerde (Ur Nammu, Ana İttušu, Lipit-İštar) kanunların yazılı hale getirildiğini, cezalandırma yetkisinin Tanrı adına dünyada adaleti sağlamak için kullanıldığından söz edilebilir.[162] Hititler'de geleneksel hukuk, yazılı hale getirilerek, içinde çok çeşitli hukuk dallarlıyla ilgili hükümlerin bulunduğu 186 maddelik bir hukuk metni iki kil tablete yazılmıştır. Ayrı bir ceza kanunundan söz edilemez.[163] Babil İmparatorluğu'nda Hammurabi Kanunları örf adet hukukunun derlenerek, sistemli bir şekilde 282 maddede toplanmış halidir.[164] Kanunlar Babil şehrinde Esagila tapınağında 2,25 metre yüksekliğinde bir heykelin önüne dikilen bir stel üzerine yazılarak halka ilan edilmiştir.[165] Hammurabi de adaleti güneş tanrısı adına tesis etmek üzere yetkili olduğunu ileri sürmüş ve kanunların yazılı hale getirilmesini, hükümdanlığını güçlendirmek amacı için kullanmıştır.[166]

Babil İmparatorluğu'nda Hamburabi Kanunları, ceza sorumluluğu için sübjektif unsura önem verilmeye başlanmıştır.[167] Hammurabi kanunlarında şahsi öç yasaklanırken, kısas esasına yer verilmiştir. Diğer yandan verilen zararın failce mağdura mal verilmesiyle tazmin edilmesi; böylelikle öç almaktan vazgeçilmesi ve öcün teselsülünün önüne geçilerek, "uzlaşma" yöntemine geçilmiştir.[168]

Uzlaşma usulünde, iki tarafın da karşılıklı kabulü halinde meydana gelen zarar para veya mal verilerek tanzim edilir, böylelikle mesele kapanarak öce gerek kalmazdı. Bu usül devletlerin gelişimiyle birlikte, çıkarılan kanunlarda daha belirgin bir şekilde her bir fiil için ödenecek tazminat miktarı bir tarifeye bağlanmıştır.[169] Zamanla hükümdarlar, şahsi öcü tamamen kaldırarak uzlaşmayı zorunlu kılmıştır. Zamanla failin ödeyeceği miktardan da hükümdar pay almaya başlamıştır.[170] Günümüzdeki adli para cezaları ile mağdura ödenen tazminatın temelini bu düzenlemeler oluşturmaktadır.[171]

İlk dönem devletlerinde suçlara ve cezalara bakıldığında, dönemin sosyal-ekonomik yapısıyla yakından ilişkili olduğu görülmektedir. Örneğin Hitit ceza

---

[162] Hüseyin Bozca, *Eski Anadolu'da Suçlar ve Cezaları (Asur Ticaret Kolonileri Çağı ve Hititler Dönemi)*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara, 2010, s. 52–54.
[163] Dinçol, A., 1990, s. 84-85.
[164] Bozca, 2010, s. 55. Hammurabi Kanunlarının tam metni için bkz. Constitution Society, *The Code of Hammurabi*, *http://www.constitution.org/ime/hammurabi.pdf.*
[165] Bozca, 2010, s. 55.
[166] Dinçol, B., 2003, s. 8
[167] İçel–Donay, 2005, s. 39.
[168] Taner, 1949, s. 18; Özbek, 1999, s. 58.
[169] Uzlaşma usulunün gelişim süreciyle ilgili ayrıntılar için bkz. Özbek, 1999, s. 59 vd.
[170] Özbek, 1999, s. 72.
[171] Taner, 1949, s. 19.

hükümlerinin bir kısmı "eğer bir adam", diğer bir kısmı da "eğer bir bağ" diye başlamakta ve tarımsal üretim korunmak istenmekteydi. Üretim araçlarına yönelik suçlar (ekili tarlayı yeniden ekmek, öküz öldürmek, saban çalmak) ölüm cezasıyla cezalandırılmaktaydı.[172] Ensest, zina ve bestailiti (hayvanlarla cinsel ilişki –sadece öküz ve koyunla–), büyücülük gibi toplumsal suçlar ile kralın emirlerine uymamak, mahkeme kararlarına karşı gelmek ve saraydan mızrak çalmak gibi devlet otoritesine karşı suçlar, ölümle cezalandırılmaktaydı.[173]

Ölüm cezası, boynuna saban asan failin iki öküz tarafından farklı yönlere çekilmek suretiyle vücudunun parçalanarak öldürülmesi veya kafa kesme şeklinde uygulanmaktaydı.[174] İşkence birçok uygarlıkta yaygın bir cezalandırma yöntemiydi. Sakatlama cezası sadece köleler için nadiren uygulanmaktaydı. Ayrıca suç işlediğinden şüphe duyulan saray görevlileri için su ordeli (*water ordeal*)[175] uygulaması söz konusuydu. Zina eden kadınlara karşı başını örtme ve labarna sarnıcından çırılçıplak bir şekilde su taşıma gibi aşağılayıcı cezalar da vardı.[176] Öte yandan, tazminat cezaları çok gelişmişti. Hırsızlık ve hatta adam öldürme suçlarında tazminat uygulanmaktaydı. Tazminatlar her suça göre ayrı belirlenen ölçüde (şekel= 12,5 gr., mina=500 gr.[177]) gümüş para yahut koyun, keçi gibi mallar idi. Kimi durumlarda failin kefaret olarak koyun kurban verilmesi öngörülmekteydi.[178]

Hitit ceza hukuku, gelenek hukukunun toplanarak yazılı hale getirilmesi, işkence cezalarının azaltılarak yerine hayvan kurbanı cezasının verilmesi, ölüm cezalarının azaltılarak bu cezaların tazminata çevrilmesi ve son olarak tazminat miktarlarının azaltılması gibi aşamalardan geçmiştir.[179] Suç işleyen hayvanların öldürüldüğü bir hukuk düzeninde kusur sorumluluğundan söz edilemez. Ancak kasten öldürme ile

---

[172] Dinçol, A., 1990, s. 84 ve 87.
[173] Erdal Doğan, *Hitit Hukuku Belleklerdeki "Kayıp",* Fam Yayınları, İstanbul, 2012, 2. baskı, s. 151-157.
[174] Dinçol, B., 2003, s. 30-31.
[175] Su ordali, suçlu [işlediğinden şüphe duyulan] kimsenin nehre gitmesi (atılması), böylelikle suçlu olup olmadığının anlaşılması için Nehir Tanrısının (^{d}Nārum) hakemliğine başvurulmasıdır. Kişi batarsa suçlu veya günahkâr, batmazsa temiz olduğuna karar veriliyordu. Su ordaline Ur-Nammu Kanunu ile Hammurabi Kanununda açıkça yer verilmiştir. Hititlerde ise örf ve adet hukukunda vardır. Şükran Sevimli, "Anadolu Antik Hitit Uygarlığı İnsanının Değerler Sisteminde Su Kullanımı", *Ulusal Su Günleri Sempozyumu*, İzmir, 6–8 Ekim 2004, s. 268.
[176] Dinçol, A., 1990, s. 97.
[177] Mahfi Eğilmez, "Hitit Para Politikası", *http://www.mahfiegilmez.com/2011/12/hitit-para-politikas.html*, (18 Aralık 2011 Pazar).
[178] Doğan, E., 2012, s. 153.
[179] Dinçol, A., 1990, s. 85.

taksirle öldürme suçlarının ayrımına gidilmesi, meşru savunma, haksız tahrik gibi kurumların düzenlenmiş olduğunun görülmesi şaşırtıcıdır.

Devletin daha kurumsal bir hal almasıyla birlikte, şahsa karşı işlenen suçlar yanında devletin menfaatlerine karşı da suç işlenebileceği kabul edilmiştir. Roma'da şahıslara karşı işlenen suçlar *delicta privata* olarak nitelendirilmiştir.[180] Vatana ihanet, askerlikten kaçma, düşmana yardım etmek gibi devlete zarar verdiği düşünülen suçlar ise genel suçlar (*delicta publica* veya *crima publica*) olarak kabul edilmiştir.[181] Roma'da hukukun kaynağı olarak örf ve adetler, Halk Meclislerinin yaptığı kanunlar Senato tarafından alınan kanun hükmünde kararlar, imparator ve vasıtalı olarak Praetordur.[182] Roma hukukunun en önemli yazılı kaynağı MÖ 450'li yıllarda yapıldığı tahmin edilen XII Levha Kanunlarıdır (*Leges Duodecim Tabularum*). XII Levha Kanunlarında ceza hükümlerine de yer verilmiş ve kanunla suçların cezası hafifletilmek istenmiştir.[183] İlk aşamada şahsi suçlar ve genel suçlar olmak üzere iki ayrı suç listesi hazırlanmışken; ilerleyen zamanda şahsi suçlardan ağır olanları genel kategorisine alınmış ve giderek şahsi suçların alanı daralmıştır.[184] Şahsi suçlarda (*delicta*) cezalandırmayı aile reisi, kamu suçlarında (*crimen*) cezalandırmayı devlet magistrası yapmaktaydı.[185] Suçlara karşı uygulanan ilk yaptırım kısas idi. Aynı zamanda zararın para yoluyla giderilmesi olan "diyet" uygulanmaktaydı. Diyet zorunlu hale getirilerek kısastan vazgeçilmiştir.[186] Magistraların kamu düzenini sağlamak için ölüm cezası vermeye varan yetkileri bulunmaktaydı. Zamanla bu yetkileri kısıtlanarak, idam ve alenen kırbaçlanma cezasının Halk Meclisi tarafından verilmesi kabul edilmiştir.[187] Cumhuriyet döneminde özellikle kamu görevlilerine özgü suçlar ile konut dokunulmazlığı, şerefe karşı suçlar, sahtecilik, tefecilik gibi yeni suç türleri ortaya çıkmıştır.[188] İmparatorluk döneminde cezalandırma yetkisi senato ve imparatora ait

---

[180] Taner, 1949, s. 19.
[181] Taner, 1949, s. 19; Ziya Umur, *Romu Hukuku Ders Notları*, Beta, İstanbul, 1999, 3. baskı, s. 88; Özbek ve diğ., 2012, s. 90.
[182] Umur, 1999, s. 72–73.
[183] Umur, 1999, s. 87.
[184] Taner, 1949, s. 20.
[185] Umur, 1999, s. 88.
[186] Umur, 1999, s. 87–88.
[187] Umur, 1999, s. 88.
[188] Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, Beta, İstanbul, 1989, s. 56.

olmuştur. Roma hukuku, ceza hukukunun bugünkü temel bazı kurumlarına ve ilkelerine kaynaklık etmiştir.[189]

Sonuç olarak, ilk devletlerde cezalandırma yetkisinin kaynağı ilahidir ve bu yetki yeryüzünde Tanrı adına kral tarafından kullanılmaktadır. Bu devletlerde bir ceza kodeksinin ilk ve gelişmiş örnekleri görünmektedir. Kısas (*talion*) kurumu terk edilerek, tazminat hukuku geliştirilmiştir. Suçlar hem devlet egemenliğini hem de soyo-ekonomik düzeni korumak amacıyla vardır. Ölüm cezası, işkence ve işkence ederek öldürme, köleler için uygulanan sakatlama, baş örtme ve çırılçıplak dolaştırma gibi aşağılayıcı yaptırım türleri yanında tazminat olarak mağdura gümüş ve koyun ödeme gibi yaptırımlar uygulanmaktaydı. Bu dönemde devletin cezalandırma yetkisinin sınırından söz etmek mümkün değildir. Ancak yasama gücü ve cezalandırma yetkisini kullanan kralın, Tanrıdan aldığı bu devredilmiş yetkiyi, onun koyduğu ilkelere aykırı olarak kullanması beklenemez. Başka bir anlatımla dini inanç dışında kralı sınırlayan bir durumdan söz edilemez.

b. Ortaçağ

Ortaçağ, Antik çağın sonlarında Avrupa'nın büyük bir kısmında egemen olan Roma İmparatorluğunun önce ikiye bölünmesi ve sonra 5. yüzyılın sonlarında yıkılmasından 16. yüzyılın başlarına kadar olan dönemdir.[190] Avrupa'da merkezi krallıkların başladığı döneme kadar Avrupa'da egemenliğin çok parçalı olması sebebiyle cezalandırma yetkisinin kullanılmasında da bu çok parçalılık etkili olmuştur.

Kanonik hukuk: Hıristiyanlığın ortaya çıkışıyla kurulan Kilise başlarda dünyevi işlerle ilgili değildi. Ancak Roma İmparatorluğu'nun son dönemlerinden itibaren başlayarak siyasal iktidarla yakınlaşmıştır. Ortaçağ'da senyörler karşısında güçsüz durumda olan krallara karşı en üstün güç olduğunu ilan etmiştir.[191] Kilise başlarda sadece dinsel suçları yargılarken, giderek güçlenmesiyle birlikte 10–12. yüzyıldan itibaren dinsel olmayan suçları da yargılamaya başlamıştır.[192] Avrupa'da Roma hukukunun etkisini kaybetmesiyle birlikte Kilise kendi yazılı hukukunu oluşturmuş ve

---

[189] Önder, 1989a, s. 56–57; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, 2. baskı, 2011, s. 30.
[190] Server Tanilli, *Uygarlık Tarihi*, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1997, 10. baskı, s. 51.
[191] Tanilli, 1997, s. 62.
[192] Zafer, 2011, s. 33, Özbek ve diğ., 2012, s. 95.

bunu Avrupa'daki krallara dikte etmeye başlamıştır. Kilisenin koyduğu kurallar ile *Corpus Iuris Cononici* adlı bir eser oluşmuştur. Kilise hem suçları ve cezaları belirleyen, hem de yargılama yapan bir güce kavuşmuştur.[193]

Müşterek hukuk: 12. yüzyıldan itibaren İtalya'da Roma hukuku yeniden keşfedilmiş ve Kilise hukukuyla birleştirilerek tekrar uygulanabilir hale getirilmeye çalışılmıştır. Bu iki hukuk sisteminin birleşimi olan müşterek hukuk, *Constitutio Criminalis Bambergensis* ve *Constitutio Criminalis Carolina* ile kanunlaşarak, bütün Avrupa'da uygulanır hale gelmiştir.[194] Müşterek hukukta kanunilik ilkesi kabul edilerek, kıyasa yer verilmemiştir. Suçların kamusallığı gereği, mağdur ve fail arasındaki uzlaşma, ceza yargılamasına etki etmemiştir.[195] Ölüm cezası ve bedene karşı cezalar, ceza sisteminin temelini oluşturmuştur. Suçların ikrar ettirilmesinde işkence yöntemi kabul edilmiş ancak sınırlandırılmıştır.[196]

Feodal dönem: Feodalite, 10. yüzyılda Karolenj İmparatorluğu'nun sona ermesinden sonra, Avrupa'da siyasal birliğin bozulmasıyla başlamaktadır. Bu dönemin özelliği devlet iktidarının parçalanmış olması ve halkın devlete değil, doğrudan doğruya toprak sahibi senyörlerin uyruğunda olmasıdır.[197]

Feodal dönemde, özel bir intikam türü olan faide, dönemin ceza hukukunun en önemli kurumlarından biri olmuştur.[198] Gelenekler, zarara uğradığını düşünen kimsenin hakkını doğrudan kendisinin almasını meşru saydığından, ceza uyuşmazlıkları nadiren mahkemeye taşınmaktaydı.[199] *Faide*, feodal dönemde bireye güvence sağlayan ve sadece bir kişiyi değil, bütün soyu ilgilendirdiği için güçlü bir yaptırım biçimi olarak ortaya çıkmıştır.[200] Bu dönemde, siyasal iktidarın güçsüz yapısı ve faideye alternatif bir yaptırım bulunmaması sebebiyle, toplum içinde kargaşa yaratmasına rağmen, bu kurum kaldırılamamıştır.[201] Bununla birlikte zamanla faidenin uygulama alanı sadece baba ve oğlun öldürülmesiyle sınırlandırılmıştır.[202]

---

[193] Zafer, 2011, s. 33.
[194] Centel-Zafer-Çakmut, 2011, s. 21.
[195] Zafer, 2011, s. 33.
[196] Zafer, 2011, s. 33–34.
[197] Tanilli, 1997, s. 51–52.
[198] Marc Bloch, *Feodal Toplum*, (çev. Mehmet Ali Kılıçbay), Opus Yayınları, Ankara, 1998, 3. baskı, s. 217.
[199] Yiğiter, 2005, s. 25.
[200] Yiğiter, 2005, s. 22.
[201] Yiğiter, 2005, s. 22.
[202] Bloch, 1998, s. 221.

Feodal dönemde kamusal suç kavramı gelişmemiştir. Bu sebeple bir suç nedeniyle mahkemeye başvurma hakkı sadece mağdura veya onun yakınlarına tanınmıştır ve faile uygulanacak yaptırımın kamusal olduğu düşünülmemiştir. Bu dönemin kamusal suçları, Kilise'nin sapkınlık olarak nitelendirdiği dine karşı suçlardır.[203] Tanrı tarafından kurulan bu düzen iyi ve kutsaldır. Kötü olan ise bunu bozmaya çalışan insandır. Bu dönemde egemene itaat, düzen kurallarının kutsal olduğu inancından kaynaklanmaktadır ve geleneksel kurumlar eleştiriden muaftır.[204]

Feodal dönemde etkili bir ceza hukuku geliştirilememesi, geleneklerle çatışmak istemeyen siyasal iktidarın eylemsiz kalmayı tercih etmesi, ayrıca siyasal iktidarın etkili bir mekanizma geliştirecek maddi, teknik ve bilgiye sahip olmamasından kaynaklanmaktadır.[205] Feodal toplumda oto kontrolü sağlayan mekanizmaların varlığı nedeniyle, başka kontrol mekanizmalarına ihtiyaç duyulmamıştır. Bu ihtiyaç kentlerin yeniden ortaya çıkışı ile yeniden doğacaktır.[206] Feodal dönemde kentlerin yeniden ortaya çıkışıyla, Roma kurumları ilham alınarak yeni yargılama mercileri kurulmakla birlikte, bu feodal dönem ceza yargılamasında karmaşayı çözümlemek yerine daha karmaşık hale getirmiştir. Bu dönemin hukuk düzeni, Roma Hukuku, Germen Hukuku ve gelenek hukukuyla karmaşık bir haldedir.[207]

Feodal dönemde günümüzdeki anlamlarına yakın bir şekilde suç ve cezanın ortaya çıkışı, kentlerin oluşumundan sonrasına tekabül eder.[208] Kent yönetimi, fail ile mağdur arasında hakem olmaktan ayrılarak, suçun tarafı haline gelmeye başlamıştır.[209] Başka bir anlatımla, kent yönetiminin cezalandırmaya aktif olarak katılmasıyla, ceza hukuku kamusal bir nitelik kazanmaya başlamıştır. Ayrıca bu dönemde, önceki dönemlerden farklı olarak, ceza hukuku toplumsal yaşantıya doğrudan müdahale eden siyasal bir araç olarak görülecektir.[210]

Sonuç olarak feodal dönemde yeknesak bir hukuk sisteminden ve dolayısıyla sınırlandırılmış bir cezalandırma iktidarından bahsedilemez. Gerek iktidarın gerekse

---

[203] Yiğiter, 2005, s. 25–26.
[204] Yiğiter, 2005, s. 43–44.
[205] Yiğiter, 2005, s. 27.
[206] Yiğiter, 2005, s. 28.
[207] Yiğiter, 2005, s. 24.
[208] Özbek ve diğ., 2012, s. 95.
[209] Yiğiter, 2005, s. 55.
[210] Yiğiter, 2005, s. 56.

hukukun parçalanmışlığı tek bir sistemden söz edilmesini güçleştirmektedir.[211] Feodal dönemde cezalar adalet kavramıyla açıklanamayacak ölçüde keyfidir.[212] Kilisenin başlarda anlaşmazlıkları çözme yolu olarak başvurduğu tazminatın yerini zamanla bedensel cezalar almaya başlamış ve özellikle 10. yüzyıldan sonra bedensel cezalar artarak, ceza kanunları aşırı sert bir yapıya kavuşmuştur.[213]

5. Mutlakiyetçi krallıklarda cezalandırma

Avrupa'da feodal dönemdeki parçalanmış iktidar ve parçalanmış hukuk hali, gelişmekte olan ticareti olumsuz yönde etkilemiştir. Dolayısıyla kentlerin ve kentlerin hinterlandı olan kırsal yerlerin tek bir hukuk düzeninde olma ve bunu sağlayacak merkezi iktidara ihtiyaç duyulmuştur.[214] Zenginleşmeyle birlikte ortaya çıkan yeni siyasal yapı, küçük ve parçalı topraklar üzerinde himaye çerçevesinde kurulan ikdarları yok eden ve kendine özgü bir iktidar anlayışıyla ortaya çıkan mutlak monarşi olarak belirmiştir.[215] Modern devlet, Avrupa'da feodal parçalanmışlığı coğrafi ve siyasal merkezileşme yoluyla aşan post-feodal bir siyasal egemenlik biçimidir.[216]

Yeniçağdaki mutlakiyetçi dönemin gelişmesine bu dönemde ileri sürülen egemenlik anlayışı etkili olmuştur. Machiavelli ile ön fikirleri atılan ve Bodin ile formüle edilen egemenlik fikri, mutlak monarşilerin kurumsal temelini oluşturmuştur.[217] Bodin tarafından geliştirilen egemenlik kuramında egemenlik sürekli bir güçtür. Kısa veya belli bir süre içinde kullanılan güç egemenlik değildir.[218] Egemenlik halktan kaynaklanmaz. Eğer halktan kaynaklansaydı, egemen güç halka karşı hesap vermek durumunda kalır ve halk istediği zaman yetkilerini terk etmek zorunda olurdu. Oysa

---

[211] Feodal dönemde adaletin parçalanmış yapısıyla ilgili bkz. Bloch, 1998, s. 553 vd.
[212] Bloch, 1998, s. 553.
[213] Bloch, 1998, s. 558–559.
[214] Yiğiter, 2005, s. 76. Kıta Avrupası'nda gelişen tekçi (monist) yapıya öncelikle, Roma İmparatorluğunda, imparatorların yasa koyma yetkisi ve ast iradeler üzerinde üstün güce sahip olmalarını ifade eden imperium ilham kaynağı olmuştur. Roma'da gelişen imperium ve legibus solutos doktrinleri Ortaçağ'da Papalık tarafından benimsenmiştir. Papalık en üstün yasa koyucu olmayı sürdürebilmek için, diğer siyasal güçlerin rekabet edemeyeceği bir idari mekanizma geliştirmiştir. İlke (yasa koyma) ve uygulama (iktidar) tek elde toplanması sebebiyle 15. yüzyıldan itibaren Papalık'ı mutlak monarşinin ilk örneği kabul etmek mümkündür. Bkz. Koçak, 2006, s. 57–59.
[215] Yiğiter, 2005, s. 79.
[216] Mithat Sancar, "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", *Doğu-Batı (Hukuk ve Adalet Üstüne)*, Y. 4, S. 13, s. 26.
[217] Koçak, 2006, s. 73 vd.
[218] Bodin, 2011, s. 183.

egemenlik mutlaktır ve egemen Tanrı'dan başka kimseye hesap vermek durumunda olan biri değildir.[219] Ayrıca egemenlik doğası gereğince hiçbir zaman bölünemez ve devredilemez.[220] Bu dönemde Hobbes egemenliğin kaynağı konusuna Bodin'den farklı yaklaşmakla birlikte, egemenliğin niteliği konusunda benzer bir yaklaşımda bulunmuştur.[221] Hobbes egemenliğin kaynağını toplum sözleşmesine dayandırmakla birlikte, egemenin niteliğini anlatırken "ölümlü tanrı" metaforu yapmaktan geri kalmamıştır.[222] Bu görüşün reel yansıması, kral-devlet olarak da formüle edilen, kralın egemenliği ve ulusu birlikte temsil ettiğinin ifadesi olan, Fransa Kralı 14. Louis'in "Devlet benim" (*l'Etat, c'est moi*) sözüyle olmuştur.[223] Hobbes, egemenin üstün güçlerini birbir sıralamıştır ki, bu yetkilerden birisi de cezalandırma yetkisidir. "Önceden yaptığı yasaya göre veya böyle bir yasa yoksa, insanları devlete hizmet etmeye özendirmek veya devlete zarar vermekten caydırmak için uygun bulacağı şekilde, uyrukları mal mülk ve şerefle ödüllendirmek veya bedensel veya parasal cezalarla veya küçük düşürerek cezalandırmak yetkisi de egemene aittir."[224]

Avrupa'da merkezi krallıkların kurulmasından sonra feodal dönemden gelen cezalandırma kurumu ihtiyacı karşılayamaz hale gelmiştir. Zira merkezi krallığın egemenliğinin bütün ülke sınırları olması, geç feodal dönemde kullanılan sürgün cezasının zafiyetleri ve mutlakıyet ile hâkimiyetsiz alanların bağdaşmaması, merkezi krallık tarafından kullanılan bir cezalandırma sistemini zorunlu kılmıştır.[225] Mutlakıyet döneminde kentler yetkilerinin çoğundan ve cezalandırma yetkisinden kral lehine vazgeçmişlerdir. Bu dönemde kralın cezalandırmasının simgesi olan bedensel cezalar artmıştır.[226] 13. yüzyılın sonlarından itibaren işkence Avrupa'da hukuki bir boyut kazanmış ve 17. yüzyıla gelindiğinde artık cezalandırma sisteminin vazgeçilmez bir

---

[219] Bodin, 2011, s. 186.
[220] Bodin, 2011, s. 192.
[221] Thomas Hobbes, *Leviathan*, (çev. Semih Lim), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1995, 2. baskı, s. 130 vd.
[222] Hobbes, 1995, s. 130. Carl Schmitt'e göre modern devlet kurumunun bütün önemli kavramları dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramlarıdır. Örneğin her şeye kadir Tanrı, her şeye kadir kanun koyucuya dönüşmüştür. Bkz. Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, (çev. A. Emre Zeybekoğlu), Dost Kitabevi, Ankara, 2010, 3.baskı, s. 41.
[223] Koçak, 2006, s. 94.
[224] Hobbes, 1995, s. 136.
[225] Yiğiter, 2005, s. 87.
[226] Robert Muchembled, *İşkenceler Zamanı Mutlak Krallar Devrinde İtaat (XV-XVIII. Yüzyıllar)*, (çev. Ali Berktay), Tümzamanlar Yayınları, İstanbul, 1998, s. 118.

aracı olmuştur.[227] Sert cezalar ve mahkemeye bile başvurmaksızın yapılabilen doğrudan infaz sayesinde, kentlerin güvenliklerinin sağlanmasında önemli bir başarı sağlanmıştır.[228] İşkencenin bu denli başarılı olması giderek yaygınlaşmasına ve tercih edilmesine sebep olmuştur.[229] Cezaların en önemli özelliği doğrudan failin bedenine azap çektirmeye yönelik olması ve halkın önünde bir seyirlik şeklinde infaz edilmesidir.[230]

Bu dönemin suç ve ceza anlayışında dinsel bir yaklaşımdan söz edilebilir. Hobbes, suçu "yasanın menettiği şeyin yapılmasından kaynaklanan günahtır" şeklinde tanımlar ve her suçun bir günah olduğunu belirtir. Öte yandan her günahın suç olmadığını da ekleyerek, suçun dünyevi yönünü ortaya koyar.[231] Hobbes, olaydan sonra yapılan yasanın davranışı suç haline getirmeyeceğini ve olaydan önce ilan edilen cezaların olaydan sonra daha büyük cezalar verilmesini engelleyeceğini[232] belirterek, kanunilik ilkesinin düşünsel temellerini atmıştır. Hobbes, kamu suçları özel suçlar ayrımına gitmiştir ve ona göre en ağır suçlar vatana ihanet suçlarıdır (*Laesæ Majestas*). [233] Hobbes toplum sözleşmesini kabul etmekle birlikte, cezalandırma hakkının uyruklar tarafından egemene verilmemiş ancak bu egemene bırakılmıştır. Egemenin cezalandırma hakkını kullanmada tek sınırı ise, doğal hukuktur.[234] Hobbes cezaları, bedensel cezalar (kırbaçlama, yaralama vs), ölüm cezası, para cezası, itibar alma, sürgün ve hapis cezası (zorla çalıştırılma mahkumiyeti) olarak sınıflamaktadır.[235]

Neyin günah, neyin sevap olacağını Tanrı belirlediğine göre, Tanrının yeryüzündeki temsilcisi olan kral, suçları belirleyip cezalandırma yapacaktır.[236] Bu dönemde cezalandırmanın amacı, zarara uğrayan egemenliğin zararını telafi etmektir. Zira suçun işlenmesiyle hükümdarın koyduğu yasa ihlal edilmiştir. Cezalandırmaya halkın katılmasında yaralanmış olan hükümdarlığı yeniden kurmaya yönelik bir

---

[227] George Rylel Scott, *İşkencenin Tarihi*, (çev. Hamide Koyukan), Dost Kitabevi, Ankara, 2003, 2. baskı, s. 79.
[228] Muchembled, 1998, s. 146.
[229] Scott, 2003, s. 79.
[230] Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, (çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, Ankara, 1992, s. 8–9.
[231] Hobbes, 1995, s. 206.
[232] Hobbes, 1995, s. 208.
[233] Hobbes, 1995, s. 216 vd.
[234] Hobbes, 1995, s. 219.
[235] Hobbes, 1995, s. 221–223.
[236] Bkz. Yiğiter, 2005, s. 92.

törensellik söz konusudur.[237] Suçlular üzerindeki şiddetli bedensel cezalar ve bunun seyirlik yönü şeklinde gelişen devlet politikası, herkesi hükümdarın suçlunun bedeni üzerinde sınır tanımayan varlığı konusunda hassas hale getirmeyi hedeflemektedir.[238]

Sonuç olarak Aydınlanma öncesi mutlakiyet döneminde, feodal dönemin parçalı iktidar anlayışına karşılık merkeziyetçi ve tek-elci bir iktidar anlayışı getirilmiştir. Bu anlayış egemenlik teorileri ile de düşünsel anlamda teorik bir zemin bulmuştur. Egemen en üstün emretme gücü olduğuna göre, onu sınırlandıran bir güç yoktur. Öte yandan, en üstünlüğün bir sonucu olarak, suç işlemek her şeyden önce egemenin yasalarına karşı gelmektir. Suçlular bu sebeple en ağır cezaya çarptırılmak durumundadır. Bu dönemde egemenin yetkisinde ve özelde cezalandırma yetkisinde sınır aramak yersizdir. Bodin ve Hobbes gibi mutlakiyetçiler dahi egemenliğin sınırı olarak doğal hukuku, başka bir söylemle Tanrı'nın yasalarını adres göstermiştir. Buna karşın bunların ne olduğu konusunda karar verici ise yine egemenin kendisi olarak, paradoksal bir sınırlılıktan bahsedilebilir.

B. Aydınlanma Dönemi Cezalandırmanın Sınırlanması Üzerine Görüşler ve Günümüz Ceza Hukuku Anlayışı

Avrupa'da 14. yüzyılda başlayan ve giderek hızlanan coğrafi keşifler büyük bir zenginlik sağlamıştı. Bu gelişme sadece teknoloji ve ekonomik gelişmeyle sınırlı kalmamış ve 16. yüzyılla birlikte Rönesans adı verilen ve edebiyat, sanat ve fikir dünyasında büyük ilerlemeler yaşanmıştır.[239] Rönesans ile eski Yunan sanatına dönüş yaşanmış, dinsel konularda dahi insan merkeze alınmaya başlanmış ve toplum yerine bireycilik ön plana çıkmıştır. Bireycilik inanç ve ahlakta serbestlik talep etmenin yanı sıra Kilise baskısına karşı çıkmıştır.[240] Kilisenin baskıcı tutumuna karşı Reform hareketleri ve dinden ayrı bir felsefe sistemi kurmak isteyen hümanizm ile birlikte Avrupa'da dinden bağımsız bir kültür yaratılmak istenmiştir.[241] Modernite adı verilen bu süreç, en başta sanayileşmeyle birlikte ekonomik alanda, üretim tarzları ve

[237] Foucault, 1992, s. 60.
[238] Foucault, 1992, s. 60–61.
[239] Tanilli, 1997, s. 70 vd.
[240] Tanilli, 1997, s. 81–82.
[241] Tanilli, 1997, s. 83 vd.

yöntemlerindeki değişimle kendini göstermiştir. Kültür ve sanatta farklılaşmanın yanında, büyük bir düşünsel devrim gerçekleşerek aydınlanma yaşanmıştır.[242]

Modern dönem hukuk anlayışı, bazı unsurların etkisiyle gelişmiş ve kendine özgü bir hal almıştır. Rönesans ile birlikte hemen her alanda dünyevileşme başlamıştır. İnsan ve insan aklının önem kazanmasıyla, insanlar Kiliseden bağımsız olarak eser ortaya koyma yönünde bir özgüvene sahip olmuşlar, diğer yandan Kilisenin yasağına rağmen dünya ile barışarak, eşyanın mubahlığı ilan edilmiştir.[243] Katolikliğe karşı gelişen tepkiler ve din dışında bir hakikat olduğu fikri laikliğin yolunu açmıştır.[244] Bu dönemde iktisadi ve siyasal yapıdaki değişmeler ile hukuk anlayışındaki değişmeler, hukukun laikleşme sürecinde etkili olmuştur.[245]

Modernite döneminin hukukçuları, geleneksel ve Tanrısal olanın dışında akıl ile kavranabilecek bir hukuksal yöntemin varlığına inanmışlardır.[246] Modern hukuku belirleyen başlıca unsurlar doğal hukuktan ilham alması, kurtuluşun ışığını akılda görmesi, bireyciliği öne çıkarması ile özgürlük ve insan hakları ilkelerini benimsemesidir.[247]

Modern süreçte bilimselliğin ön plana çıkartılması ve aydınlanmanın gerçekleştirilmesi, önceki döneme duyulan tepkinin bir sonucudur. Ortaçağ boyunca, Kilise sosyal hayatın her alanında skolastik düşünceyi hakim kılmaya çalışmış ve bunu reddeden veya yanlışlayan her türlü teşebbüsü en ağır şekilde cezalandırmıştır.[248] Aydınlanma süreci, bazı olumsuzluklarıyla birlikte, genel olarak insana bakışı değiştirmiş ve kamusal faaliyetlerin merkezine insanı getirmiştir.[249] Cezalandırma yetkisi ve bu yetkinin sınırlandırılmasına ilişkin görüşler Aydınlanma dönemi düşünürlerince ortaya konmuştur. Bugünkü ceza hukukuna ışık tutan temel ilke ve kurumlar, o dönemde geliştirilen kuramların sonucudur.

---

[242] Karakehya, 2008, s. 88–89.
[243] Cengiz Otacı, *Hukukun Laikleşme Serüveni*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, 2. baskı, s. 117.
[244] Otacı, 2012, s. 117.
[245] Bkz. Otacı, 2012, s. 118 vd.
[246] Rukiye Akkaya Kia, *Moderniteden Postmaderniteye Egemenlik ve Hukuk*, Beta, İstanbul, 2006, s. 27–28.
[247] Kia, 2006, s. 34 vd.
[248] Karakehya, 2008, s. 89.
[249] Karakehya, 2008, s. 90.

1. Cezalandırmanın sınırlanması üzerine görüşler

Aydınlanma döneminde, bireylerin insan olmaktan kaynaklanan değerin farkına varmasıyla, cezalandırma yetkisi ve cezanın meşruluğu, tartışmaların odağında yer almıştır. Cezalandırma yetkisinin, toplumun ortak iyiliğini sağlamak amacıyla var olan üst kurul, yani devlete ait olduğu yönünde görüş birliği bulunmaktadır. Ancak devletin cezalandırma yetkisine neden sahip olduğu, hangi ilke ve ölçütlerle bireyleri cezalandıracağı tartışmalı bir konu olagelmiştir.[250] 18. yüzyıldan itibaren hümanizm, doğal hukuk ve insan hak ve özgürlükleri anlayışıyla ceza hukuku arasında çok yakın ilginin varlığı ortaya konmuş, ilk defa bu dönemde cezalandırma yetkisi, cezanın maksat ve amaçları üzerine fikirler ileri sürülmüştür.[251] Bu dönem, felsefe hareketleri, kanunlaştırma hareketleri ve ceza hukukunda okullar mücadelesi olarak üç aşamada incelenmektedir.[252] Burada dönemsel yahut fikirsel kategorizasyona gidilmeden, sadece dönemin düşünürleri ile cezalandırmanın sınırlandırılmasıyla ilgili görüşleri kronolojik olarak ele alınacaktır.

Thomas Hobbes 1651 tarihli *Leviathan* (orijinal adı: *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*) adlı eserinde, toplumun kuruluşunu sağlayan sözleşmeye göre kimsenin şiddete karşı direnmeme yükümlülüğünden söz edilemeyeceğini, dolayısıyla kimsenin başkasına kendisi üzerinde şiddet uygulama hakkını veremeyeceğini dile getirmektedir.[253] Bu durumda devletin cezalandırma hakkı, uyrukları tarafından bahşedilmemiştir. Devlet öncesi, kendilerini korumaktan kaynaklanan, saldırgana zarar verme hakkı, bütün toplumun korunabilmesi için, doğal hukuktan kaynaklanan istisnalar hariç, egemene bırakılmıştır.[254] Hobbes cezalandırma yetkisini, toplumun ortak iyiliği için devlette bulunduğunu ve sınırsız olmadığını, egemenin doğal hukukla kayıtlı olduğunu ileri sürmektedir.

John Locke 1689 tarihinde yayınladığı *Yönetim Üzerine İki İnceleme* (orijinal adı: *Two Treatises of Government*) eserinde siyasal iktidarı "mülkiyeti düzenlemek ve korumak için, ölüm cezasını ve dolayısıyla diğer bütün daha hafif cezaları da içeren

---

[250] Doğan, 2010, s. 37.
[251] Dönmezer–Erman, 1997, s. 50.
[252] Dönmezer–Erman, 1997, s. 50.
[253] Hobbes, 1995, s. 218–219.
[254] Hobbes, 1995, s. 219.

yasalar yapma; topluluğun gücünü bu yasaların uygulanmasında ve devletin dış zararlara karşı savunulmasında kullanma ve bütün bunları kamu yararı için yapma hakkı" olarak tanımlamıştır.[255] Cezalandırma yetkisi toplumun üyelerine ait olmakla birlikte toplumun ortak iyiliği ve yararı için bu iktidarı devreder ve aynı zamanda doğa yasasının yürütülmesinde kendisini yardımcı olma yükümlülüğü altına sokar.[256] Cezalandırma iktidarı keyfi ve sınırsız bir iktidar değil; akıl ve vicdan ile suçlunun yaptığı yasa ihlali ile orantılı ölçüde ve onarım ve engelleme amaçlı bir iktidardır. Cezalandırma doğa yasasını ihlal edenlere karşı bu ihlali engelleyebilecek derecede olabilir.[257] Locke'un cezalandırma yetkisinin sınırlandırılmasıyla ilgili olarak dolaylı yoldan iki önemli katkısı bulunmaktadır. Doğal haklar[258] fikrini ortaya atmakla bugünkü insan hakları anlayışının ve dolayısıyla sınırlı ceza anlayışının gelişimine; ikinci olarak, kuvvetler ayrılığı[259], iktidarın keyfiliğinin önlenmesi ve sınırlı iktidar fikrini savunması ve bu fikirlere öncülük etmesidir.[260]

Montesquieu (Charles-Louis de Secondant) 1748 yılında yayımladığı *Kanunların Ruhu* (orijinal adı: *De L'Esprit des Lois*) adlı eseriyle siyaset bilimi doktrinine yaptığı en önemli katkı devlet yetkilerinin (kuvvetler) farklı ellerde kullanılarak istibdadın önlenmesi, başka bir deyişle kuvvetler ayrılığı yoluyla iktidarın sınırlandırılması fikrini en açık bir şekilde ortaya koymasıdır. Montesquieu'ya göre, istibdat hükümetlerinde cezalar ağırdır. Ilımlı hükümetlerde ise, meseleler daha çok medeni kanun yoluyla çözülür ve fazla şiddet gerekmez. Bu gibi devletlerde kanun koyucu suçluları cezalandırmak ve işkence etmek yerine suçları önlemeye çalışır.[261] Montesquieu, kimi devletlerde uygulanan cezaların ağırlığından yakınarak, ağır cezadan yarar elde edilemeyeceğini ve faziletli bir toplumda cezaların hafif olması gerektiğini ileri sürmüştür.[262] Ayrıca çoğu zaman uygulanan cezaları ölçüsüz bularak, suçlar ile cezalar arasında bir orantı olması gerektiğini savunmuştur.[263] Montesquieu'ya göre,

---

[255] John Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme (Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni, Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme)*, (çev. Fahri Bakırcı), Ebabil Yayınları, Ankara, 2012, 2. baskı, s. 8.
[256] Locke, 2012, s. 83.
[257] Locke, 2012, s. 11–12.
[258] Locke, 2012, s. 9 vd.
[259] Locke, 2012, s. 95 vd.
[260] Ayrıca bkz. Neşe Toku, *John Locke ve Siyaset Felsefesi*, Liberte, Ankara, 2003, s. 86 vd; Erdoğan, 2011, s. 39–41.
[261] Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, (çev. Fehmi Baldaş), Hiperlink Yayınları, İstanbul, 2011, s. 110.
[262] Montesquieu, 2011, s. 111–113.
[263] Montesquieu, 2011, s. 115–118.

suçlulara yapılan işkence yersizdir ve yapılmaması gerekir. Ölüm cezasının da her türlü suç için uygulanmasını yanlış bulmaktadır. Kanunun sadece para cezası öngörmesinin zenginleri etkilemeyeceğini söyleyerek, kanun koyucunun bedensel ve parasal cezaları dengeli düzenlemesi gerektiğini ileri sürmüştür.[264] İran Mektupları (*Persian Letters*–1721) eserinde de benzer şekilde cezaların ağırlığını ve özellikle aşağılayıcı olmasını eleştirmiştir.[265] Çin'de ve Peru'da çocukların işlediği suçlar yerine babalara ceza verilmesini eleştirmiştir.[266] Özgürlük ile ceza arasında bir dengenin varlığından söz eden Montesquieu, ceza kanunlarının iyileştirilmesini önermiştir. Masumiyet karinesine yakın bir şekilde "vatandaşların suçsuzluğu güven altına alınmazsa, hürriyet de güvenlik altına alınmış sayılmaz" demektedir.[267] Öte yandan, cezaların verilmesinde keyfiliğin önlenmesi için, ceza kanunun her cezayı suçun niteliğinden çıkarılması gerektiğini önermektedir.[268] Özellikle büyücülük suçlarında kanun koyucunun suçun sınırlarını iyi çizmesi gerektiğini, aksi taktirde kanunun özgürlükleri aşırı derecede zedeleyerek, şiddetli davranışın kaynağı haline geleceğini, suçların (özellikle sapkınlık) düzenlenmesinde kılı kırk yarmak gerektiğini söylemektedir.[269]

Jean Jack Rousseau 1762 tarihli *Toplum Sözleşmesi* (orijinal adı: *Du Contract Social ou Principes du Droit Politique*) eserinde toplumun ve devletin kuruluşunu toplumsal sözleşmeye dayandırmaktadır.[270] Egemen varlık varlığını toplumsal sözleşmenin kutsallığından almaktadır ve bu sebeple egemen sözleşmeye aykırı hareket edemez.[271] Cezalandırma yetkisi de egemen güce devredilen bir yetki olarak sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Cezaların fazlalığı bir yönetimin zayıf noktasıdır ve iyi yönetimde cezalar son derece az olmalıdır.[272] Rousseau esas olarak cezalandırma konusu üzerinde çok durmamıştır. Yasanın toplum iradesinin bir sonucu olduğu fikri, teokratik egemenlik anlayışından demokratik (beşeri) egemenlik anlayışına geçişte önemli bir rol oynamıştır.

---

[264] Montesquieu, 2011, s. 117–119.
[265] Örnek olarak bkz. Montesquieu, *Persian Letters*, (çev. Margaret Mauldon), Oxford University Press, New York, 2008, s. 224–225.
[266] Montesquieu, 2011, s. 119.
[267] Montesquieu, 2011, s. 196.
[268] Montesquieu, 2011, s. 196.
[269] Montesquieu, 2011, s. 198–200.
[270] Rousseau, 2010, s. 14–15.
[271] Rousseau, 2010, s. 16.
[272] Rousseau, 2010, s. 33.

Cesare Beccaria 1764 tarihli *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (orijinal adı: *Dei delitti e dele pene*) adlı eseri ile çağdaş ceza hukukuna en önemli katkıyı yapmış ve hatta bu eseri ceza hukukunun kurucusu sayılmasına vesile olmuştur.[273] Beccaria cezalandırma yetkisinin temelini toplum sözleşmesinde görmektedir. Kaosu önlemek, güvenlik ve esenliği sağlamak için cezalandırma vazgeçilmezdir. Herkesin hakları ve güvenliği ne kadar dokunulmaz kılınmış ve hükümdar uyruklarına ne denli bir özgürlük alanı sağlamışsa, cezalar da o denli adil olur.[274] Beccaria, suçlara ilişkin cezaların sadece yasalarla belirlenebileceğini söyleyerek, bugün ceza hukukunun güvence fonksiyonu olarak kabul edilen "kanunilik ilkesi"ni ilk öne süren düşünür olmuştur. Bu yetkinin sahibi, toplumsal sözleşmeyle birleşmiş toplumu temsil eden yasa koyucudur. Hâkimler yasada olmayan bir suçtan dolayı cezaya hükmedemezler.[275] Bu sebeple yasalar çok açık bir dille yazılmalı ve bireyler önceden eylemlerinin sonuçlarının ne olacağını kestirebilmelidir.[276] Suçlar ve cezalar arasında bir orantı bulunmalıdır. Ağır suçlar ile hafif suçlara aynı cezaların verilmesi halinde, cezanın aynılığından dolayı bireyler ağır suçları işlemeyi yeğleyecektir.[277] Beccaria irade ve amacın cezalandırılamayacağını öne sürmüş; işkence ve ölüm cezasına eleştirel yaklaşmış, hatta ölüm cezasının kaldırılmasını önermiştir.[278]

Wilhelm von Humbold 1791-1792 yıllarında yayımladığı *Devlet Faaliyetinin Sınırları* (orijinal adı: *Ideen zu einem Versuch die Grenzen der Wirkamkeit des Staats zu einem*) adlı eserinde devletin faaliyetlerinin oldukça sınırlı olması gerektiğini belirterek bir liberal devlet savunusu yapmıştır. Bir devlette yurttaşların güvenliğini sağlamanın sonuncu ancak en önemli yolu, yasaların ihlalinin cezalandırılmasıdır. Burada nelerin suç sayılabileceğini ve cezalandırılabileceğini tartışmak gerekir ki; Humbold bunun cevabının oldukça kolay olduğunu söylemektedir. Devletin amacı yurttaşların güvenliğini sağlamak olduğuna göre, ancak buna ters düşen eylemler cezalandırılabilir.[279] Suçlular verdikleri zarar ölçüsünde cezalandırılabilir. Cezalandırma

---

[273] Sami Selçuk, *Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi,* İmge Kitabevi, Ankara, 2004, s. 17.
[274] Beccaria, 2004, s. 26–29.
[275] Beccaria, 2004, s. 31.
[276] Beccaria, 2004, s. 41.
[277] Beccaria, 2004, s. 45–48.
[278] Selçuk, 2004, s. 43–50.
[279] Wilhelm von Humbold, *Devlet Faaliyetinin Sınırları,* (çev. Bahattin Seçilmişoğlu), Liberte, Ankara, 2004, s. 217.

sistemi daha ılımlı hale geldiği müddetçe mükemmelleşir.[280] İnsanın onuru devletin müdahale alanı dışında kalmaktadır. Dolayısıyla itibarı kaybı ve utanç cezaları verilemez.[281]

Jeremy Bentham, 1822 yılında yayımladığı *Ahlak ve Yasamanın İlkelerine Giriş* (orijinal adı: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*) adlı eserinde faydacılık ilkesi ve insan davranışını açıklayarak, cezalandırmanın temelini faydacılık ilkesine bağlamıştır.[282] Buna göre, zararın olmadığı veya zararın çok güçük olduğu durumlar ile tazmin edilebilir bir zarar söz konusu olduğunda cezalandıma temelsizdir.[283] Cezalandırmadan toplumsal bir fayda sağlanması gerektiği, yararı olmayan cezalandırmanın gereksizliğinden söz ederek, suçlar ile cezalar arasında bir orantı olması gerektiği üzerinde durarak, bunun ilkelerini ortaya oymuştur.[284]

Bu dönemde cezalandırma üzerine yazan çok sayıda düşünürden söz edilebilir. Nitekim cezalandırma yetkisinin sınırlanması gerektiği fikrinin yaygınlaşmasıyla birlikte özellikle neyin cezalandırılabilir olduğu, cezalandırmanın amacının ne olduğu tartışmalarına girilmiştir.[285] Beccaria ile başlayan ceza hukuku düşünüşü, bu konuda yoğun çalışmalar yapılmasına, ciddi tartışmalara yol açmış ve özellikle 19. yüzyılın sonlarına doğru "okullar çatışması"[286] adı verilen bir dönemin yaşanmasına vesile olmuştur. Ceza hukukunun kuramsal temelleri bu döneme aittir. Ayrıca 19. yüzyıldan itibaren anayasacılıkla birlikte gelişen sınırlı hükümet anlayışı ve insan hakları düşüncesiyle birlikte cezalandırmanın sınırlılığı genel kabul görmeye başlamıştır. Yine bu dönemde başlayan kanunlaşma hareketleri, ceza hukuku okulları tarafından üretilen doktrinin etkisinde kalmış ve ceza hukukunun ilkeleri kanunlarda düzenlenmeye başlanmıştır.[287]

Başta suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi olmak üzere, kusur ilkesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkeleri bu dönemde gelişmiştir. Cezaların insan onurura uygun olması, işkencenin ve kötü muamelenin bir yaptırım türü olmaktan çıkarılması

---

[280] von Humbold, 2004, s. 218–219.
[281] von Humbold, 2004, s. 220.
[282] Jeremy Bentham, "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation", *Why Punish? How Much? A Reader on Punishment*, (ed. Michael Tonry), Oxford University Press, 2011, s. 51–57.
[283] Bentham, 2011, s. 58–59.
[284] Bentham, 2011, s. 59 vd.
[285] Konu için bkz. Michael Tonry, "Introduction: Thinking About Punishment", *Why Punish? How Much? A Reader on Punishment*, (ed. Michael Tonry), Oxford University Press, 2011, s. 7 vd.
[286] Dönmezer–Erman, 1997, s. 67 vd.
[287] Dönmezer–Erman, 1997, s. 65–66 ve 100–102.

Aydınlanma döneminde ortaya atılan görüşlerin sonucudur. Bu dönemde ileri sürülen ceza hukukunun kurucu fikirleri, günümüz ceza hukuku anlayışının gelişmesindeki en önemli aşamayı teşkil eder.

2. Günümüz ceza hukuku anlayışı ve cezalandırma ilkeleri

Günümüz ceza hukuku ve doğal olarak cezalandırma anlayışı, ceza hukuku okullarının etkisiyle ve diğer sosyal ve siyasal gelişmelere bağlı olarak bugünkü halini almıştır. Ceza hukuku, hukuk düzenin toplumsal yaşantının temel ve zorunlu koşullarına uygun bularak meşru kabul ettiği davranışları "ceza" yaptırımı yoluyla güvence altına almaktadır. Bu esas olarak gayrimeşru, hukuka aykırı olarak görülen çıkar, irade ve davranışları ceza yaptırımı ile önlemeye ve bastırmaya çalışmaktan ibarettir. [288] Ceza hukuku bugün geliştirdiği temel ilkeler üzerine kuruludur ve cezalandırma anlayışı da bu ilkeler doğrultusunda şekillenmektedir.

Öncelikle cezalandırma yetkisi beşeri bir iradenin ürünüdür. Aydınlanma dönemiyle başlayan egemenliğin topluma/insana ait olduğu fikri ile birlikte, yasalar millet/halkın temsilcilerinden oluşan parlamentolar tarafından ve çoğunlukla dinsel paradigmalardan arındırılarak (seküler bir anlayışla) yapılmaktadır. Hangi eylemlerin suç olacağı ve bunlara verilecek cezalar parlamento tarafından belirlenmektedir. Bu durumda parlamentolar ceza yasalarını yaparken, anayasal ilkelerle sınırlanmakta ve çoğu ülkede bu yasaların anayasayla uygunluğu Anayasa Mahkemesi gibi yüksek yargı kuruluşlarınca denetlenmektedir.[289] Ayrıca parlamentolar yasalarını tartışma ortamında ve kamuoyu önünde yapmaktadır. Başka bir anlatımla, günümüz cezalandırma yetkisinin kullanıcısı "kadiri mutlak" bir kişi olmayıp, cezalandırma yetkisinin kullanısı anayasaya bağlı ve bunun sonucu olarak anayasayla sınırlıdır. Aynı zamanda halkın/milletin temsilcisidir. Sonuçta cezalandırma yetkisinin kullanıcısı anayasa ve demokratik toplum ilkeleriyle bağlı, sınırlı bir güçtür.

---

[288] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 4.

[289] İngiltere'de parlamentonun üstünlüğü ilkesi söz konusu olup, parlamento yasama faaliyetinde anayasayla sınırlı olmayıp, aynı zamanda yargısal denetime de tabi değildir. Bu konuyla ilgili bkz. Ergun Özbudun, "İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi", *AÜHFD*, C. 25, S. 1-2, 1968, s. 62-64. Bu ilkenin Avrupa Birliği üyeliğiyle birlikte geçerliliğini yitirdiğine dair görüşler için bkz. Mark Elliot, "United Kingdom: Parliamentary sovereignty under pressure", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, Is. 3, 2004, s. 546.

Ceza hukukunun temel ilkeleri kabul edilen ilkeler, cezalandırma yetkisinin kullanılmasında yasama organlarına yol gösterici ve aynı zamanda yasama gücünü sınırlayıcıdır. Diğer yandan bu ilkeler, günümüzde bireyler için çok temel güvenceleri oluşturmaktadır.

Kanunilik ilkesi[290], suç ve cezanın önceden ve yasa koyucu tarafından bir yasayla belirlemesini zorunlu kıldığından, bu bireyler için güvence fonksiyonu oluşturmaktadır. Bu ilke, cezalandırma yetkisinin kullanılmasında keyfiliğin önüne geçmektedir. Diğer yandan bireyler parlamentonun çıkardığı kanunları takip etmek yoluyla, hangi eylemlerin suç olduğunu öğrenebilmekte, bu da onların güvenceli bir yaşam sürmelerini sağlamaktadır. Kanunilik ilkesinin tüm unsurları; aleyhe kanunun geçmişe yürümemesi, suçların ve cezaların açıklığı ve kıyas yasağı tümüyle bireylerin güvencede olmalarına yöneliktir. Kanunilik insanların iradeleriyle suç olan eylemleri bilebilmelerini ve gerektiğinde bunların neticesi olan ceza yaptırımlarına katlanabilmelerini garanti etmektedir. Kanunda suç olarak tarif edilen eylem dışında, bir eylemin ahlaksız, kötü, rahatsız edici, şok edici olması cezalandırma sebebi olamaz, kıyas yoluyla cezalandırma yapılamaz.

İnsancıllık (hümanite), günümüz ceza hukuku anlayışına hakim olan bir diğer ilkedir.[291] İnsancıllık ilkesi, suçluların da insan olduğu gerçeğine dayanarak, uygulanan yaptırım türünün insanî olması, insan onuruna aykırı olmaması ve suçluların topluma yeniden kazandırılmasını kapsar.[292] Bu ilkenin gelişmesiyle insanlık dışı ceza yaptırımlarının uygulanması son bulmuştur. İşkence, dayak, uzuv kesme ve diğer bedeni cezalar, kastrasyon (hadım edilme) gibi ceza yaptırımlarının terk edilmesi ve ölüm cezasına karşı çıkılması bu ilke çerçevesindedir.[293] Aynı zamanda mahkûmiyetten kaynaklanan hak mahrumiyetinin ömür boyu sürmemesi gerekir. Bu ilke aynı zamanda mahkûmların sosyalleştirilmesini, mahkûmiyet sonrası topluma kazandırılmasına yönelik bir infaz sisteminin geliştirilmesini gerektirir.[294]

---

[290] Kanunilik ilkesiyle ilgili olarak bkz. Taner, 1949, s. 131-143; Alacakaptan, 1958, s. 6-40; Yüce, 1985, s. 8-10; Önder, 1989a, s. 102-132; Dönmezer-Erman, 1997, s. 17-29; İçel-Donay, 2005, s. 74-107; Hafizoğulları-Özen, 2010, s. 19-23; Centel-Zafer-Çakmut, 2011, s. 46-62; Toroslu, 2011, s. 37-69; Hakeri, 2011, s. 12-25; Mehmet Emin Artuk; Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, 6. baskı, s. 107-126; Özbek ve diğ., 2012, s. 67-76.

[291] Önder, 1989a, s. 34-36; İçel-Donay, 2005, s. 73-74; Centel-Zafer-Çakmut, 2011, s. 42-43; Hakeri, 2011, s. 26-27; Artuk-Gökcen-Yenidünya, 2012, s. 15-17; Özbek ve diğ., 2012, s. 79-80.

[292] Centel-Zafer-Çakmut, 2011, s. 42–43.

[293] Önder, 1989a, s. 35; İçel-Donay, 2005, s. 74.

[294] Önder, 1989a, s. 36; İçel-Donay, 2005, s. 74; Artuk-Gökcen-Yenidünya, 2012, s. 16–17.

Ceza hukuk yaptırımları, hukuk düzenindeki en ağır yaptırımlar olduklarından devletin bunları son derece dikkatli kullanması gerekir. Toplumsal düzeni ihlal eden fiiller diğer hukuk dallarına ait yaptırımlar yoluyla bertaraf edilebiliyorsa, bu durumda ceza hukuku yaptırımlarına gerek yoktur.[295] Bir davranışın cezalandırılmasına "ceza liyakati" ve "cezaya muhtaçlık" temel teşkil eder ki; bu ilkeler yasa koyucunun cezayı son çare olarak koymasını zorunlu kılar.[296] Kanun koyucunun her hukuka aykırı durumu, ceza yaptırımıyla karşılaması beklenemez. Hukuka aykırı fiilin ceza hukuku yaptırımlarıyla karşılanmasında kanun koyucu tamamen bağımsız değildir.[297] Ceza hukuku alanı, devletin birey üzerinde gücünü ve iradesini benimsetme isteğini, en üst seviyede kullandığı bir alandır.[298] Bu sebeple ceza hukuku, hukukun diğer dallarına ait yaptırımların yetersizliği karşısında, "son çare" (*ultima ratio*) işlev gördüğünü ve bu sebeple ikincil derecede hukuk dalı olduğu kabul edilmektedir.[299] Bunun bir sonucu olarak günümüz ceza hukukunda cezalandırmaya varıncaya kadar diğer hukuki yaptırımların yeterli kabul edilmesi nedeniyle kimi (sapma) eylemler cezalandırılmamaktadır. Bazı fiillerin suç olmaktan çıkarılarak (*depenalization*) kabahatler hukukuna tabi kılınması söz konusudur.

Ceza hukuku yaptırımları belli bir amacı gerçekleştirmeye yönelik olduğundan, yaptırımların amaca uygun olması, işlenen fiillerle orantılı ve aynı zamanda ancak gerekli olduğu durumlarda uygulanma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.[300] Suçların doğurduğu zarar ile bunlara uygulanacak cezalar arasında bir orantı olmalıdır. Öte yandan suçlar düzenlenirken, sınırlanan temel haklar ve özgürlüklerle yasanın müdahalesi arasında bir ölçünün olması gerekmektedir.[301] Günümüz ceza hukukunda cezanın bir amacı vardır ve cezalar hedeflenen amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak düzenlenmektedir. Ceza yaptırımları rastgele seçilmediği gibi, çok farklı suçlara aynı tür veya aynı miktarda ceza uygulanmamaktadır. Cezada adaletsizlik iki farklı şekilde ortaya çıkabilir. Ya ceza kanunuyla getirilen yasaklar insan özgürlüklerini ortadan

---

[295] Önder, 1992, s. 27–28; İçel–Donay, 2005, s. 17.
[296] Ünver, 2003b, s. 114.
[297] Önder, 1992, s. 28.
[298] Gramatica, 2005, s. 35.
[299] Önder, 1992, s. 27; Özbek ve diğ., 2012, s. 84.
[300] Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 70.
[301] Metin, 2002, s. 71-72.

kaldıracak, özel yaşam ve insan onurunu zedeleyecek genişlikte uygulanır yahut cezalar ya adaleti sağlamakta yetersiz olur ya da yersiz acı ve mahrumiyet getirir.[302]

Modern ceza hukukunda, failin gerçekleşen neticeden sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olarak hareket etme şartı aranır. Aynı zamanda faile verilecek ceza kusuru oranında olmalıdır. Kusursuz kişi cezalandırılmaz, faile verilecek ceza kusur oranını aşamaz.[303]

Modern devletlerde, devletin bütün faaliyetlerinde bir sınırdan söz edilebileceği gibi, özellikle ceza hukuku alanında da sınırlı bir gücü söz konusudur. [304] Cezalandırmanın sınırlılığı hususunda, modern ceza hukukunda ceza yaptırımının iki temel özelliği karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle bireylere verilecek cezalar insan onuruna uygun olmalarıdır. [305] Günümüzde insan onurunun korunmasının, insan yaşamının korunmasından bile önce geldiği ileri sürülebilir. Nitekim en önemli insan hakları belgelerinden biri olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, yaşam hakkını düzenledikten sonra, az sayıda da olsa bunun istisnalarına yer vermektedir. Buna karşın işkenceye böyle bir tolerans veya istisna tanınmamaktadır. İkincisi ise, suç ve cezada ölçülülük ya da orantılılıktır. Adalet yaptırımın fiile orantılı olmasıyla sağlanabilir.[306]

Sonuç olarak, günümüzde cezalandırma yetkisi beşeri iradenin bir ürünü olarak, sınırlı biçimde ve belli usullere göre kullanılmaktadır. Bu yetkinin keyfi bir şekilde kullanılmasını önlemek amacıyla çeşitli ilkeler ve mekanizmalar geliştirilmiştir. Yasa koyucu kendisine bırakılan alan içinde suç ve ceza ihdas etmekte serbesttir. Öte yandan temel hak ve özgürlüklerin güvencede olması, gerek soyut olarak suç ve cezaların düzenlenmesinde, gerekse soyut kuralların hayata geçirilmesinde devlet organları açısından en önemli ölçüt ve sınırdır.

C. Egemenliğin ve Cezalandırma Yetkisinin Dönüşümü Üzerine Tartışmalar

Toplumun oluşmasıyla birlikte, toplumsal düzenin sağlanması için bazı eylemlerin yasak olması ve yasağa aykırı gelenlerin cezalandırılması hep olagelmiştir.

---

[302] Adil Ahmad Haque, "Lawrence v. Texas and the Limits of the Criminal Law", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 42, No. 1, (Winter) 2007, s. 1.
[303] Önder, 1992, s. 20: Özbek ve diğ., 2012, s. 78-79.
[304] Ünver, 2003b, s. 115.
[305] Centel-Zafer-Çakmut, 2011, s. 42.
[306] Özbek ve diğ., 2012, s. 82.

Suç ve ceza toplumla birlikte vardır ve toplumsal yaşam devam ettiği sürece de var olacaktır. Cezalandırma kurumunun tarihsel gelişimi göstermektedir ki, cezalandırma yetkisi daima toplumsal yapıdaki en üstün güç tarafından kullanılmaktadır. Devlet öncesi dönemlerde bunlar kabile şefleriyken, devlet kurumunun gelişimiyle birlikte devlet olmuştur.

Egemenlik ile cezalandırma yetkisi arasındaki ilişki tam bir paralellik göstermekte ve doğru orantılı bir şekilde ilerlemektedir. Başka bir anlatımla, toplumsal ve siyasal düzende egemen güç kim/ne ise, cezalandırma iktidarı bu güç tarafından kullanılmaktadır. Bu egemenlik-cezalandırma arasındaki paralelliktir. Egemen güç ne kadar ihtişamlı ve sınır tanımaz ise, cezalandırma yetkisi de o denli sınırsız kullanılmaktadır. Egemen gücü sınırlayan unsurlar, aynı zamanda cezalandırma iktidarını da sınırlandırmaktadır. Bu da egemenlik ve cezalandırma iktidarı arasındaki doğru orantıya işaret etmektedir.

Egemenlik anlayışındaki değişim ilk olarak egemenliğin kaynağı bakımından olmuştur. Tarihin ilk devirlerinden itibaren krallar Tanrı tarafından seçilen ve Tanrı adına insanları yönetme yetkisine sahip kutsal kimseler olarak, yine Tanrı adına cezalandırma da dahil her türlü iktidarın sahibi olmuşlardır. Teokratik egemenlik anlayışına dayanan ilk dönem devletler ile merkezi krallıklar (mutlakıyet) dönemlerinde devletin cezalandırma yetkisinin sınırından söz edilemez. Cezalandırmanın kaynağı tanrısal irade olduğundan, cezanın kapsam ve sınırları da bizatihi Tanrı tarafından ve/veya Tanrı'nın yeryüzü temsilcisi olan kral tarafından belirlenebilir. Aydınlanmayla birlikte devletin varlığının Toplum Sözleşmesine dayandırılmasıyla egemenliğin kaynağının doğrudan insanlar olduğu anlayışı gelişmiştir. Öte yandan, insanların devlete devredilmeyen bazı hakları kendilerinde muhafaza ettiklerinin ve devletin buna dokunamayacağının ileri sürülmesiyle gelişen insan hakları fikri, sınırlı bir devlet ve egemenlik anlayışının gelişmesine neden olmuştur. Bu fikrin gelişmesinde kuvvetlerin farklı ellerde toplanmasının daha iyi bir yönetim modeli oluşturacağı yönündeki "kuvvetler ayrılığı" teorisinin katkısını ihmal etmemek gerekir.

Aydınlanma döneminde her insanın, sırf insan olma vasfı nedeniyle saygıdeğer olduğu düşüncesi sosyal ve kültürel alandaki kendini göstermiş ve bu gelişmeler cezanın belirlenmesi ve cezalandırma sürecine ilişkin bakış açısını ve uygulamalarını da

etkilemiştir. Cezalandırmayla ilgili bakışla birlikte insanlık adına çok önemli adımlar atılmıştır.[307]

Sınırsız egemenlik ve cezalandırma anlayışından sınırlı bir anlayışta iki temel unsur birbirine paralel olarak gelişmiştir. İlki devletleri de hukuka uymakla bağlı tutan ve sınırlı hükümet fikrine dayanan hukuk devletinin gelişimi. Buna devletlerarası ilişkiler ve devletlerin uluslararası yükümlülüklerini de eklemek gerekir. İkinci unsur ise, insan haklarının hem iç hukukta hem de uluslararası hukukta önemli bir konu haline gelmesidir.

Klasik egemenlik anlayışı, 20. yüzyılın başlarından itibaren tartışmalara konu olmuş ve bu kavram çeşitli yönlerden eleştirilmiştir.[308] Klasik egemenlik anlayışında, egemenliğin özellikleri olarak üzerinde durulan mutlak, sınırsız, bölünmez olma gibi durumların, günümüzün değişen dünyasında ve devletlerarası ilişkilerde (en azından eski anlamıyla) savunulması güçtür.[309] Mutlak ve sınırsız egemenlik görüşü, feodal dönemden monarşik döneme geçişte önemli bir işleve sahip olmakla birlikte; yeni gelişen hukuk devleti anlayışına göre, devletin hukuka bağlı ve sınırlı olduğu düşüncesi hâkimdir. Burada ya hukukun üstünlüğü ya da devlet gücünün üstünlüğünden biri kabul edilmek durumundadır.[310] Bugün sadece demokratik hukuk devletlerinde değil, bu özellikleri taşımayan devletlerde dahi mutlak bir egemenlikten söz edilemez.[311] Hukuka uygun hareket etmenin devletler açısından da zorunlu hale gelmesi, devletin yetkilerini kullanırken belirli kaidelere uyması sonucunu doğurmuştur.

İnsan hakları ve temel özgürlüklerdeki gelişmeler de suçlar ve cezaların belirlenmesinde önemli ölçütler sağlamıştır. Öncelikle insana değer vermek ve insan onurunu yüceltmekle, insanlık dışı cezalara son verilmesi gündeme gelmiştir. Temel özgürlükler alanındaki gelişmeler de ceza kanunuyla getirilen suçların temel özgürlüklerle çatışması halinde özgürlük/yasak arasında bir dengenin kurulması zorunluluğunu doğurmuştur. Ceza kanundaki özgürlükçü yaklaşımlar cezalandırmanın toplumsal düzenin sağlanmasında başvurulan son çare olarak kabul edilmesine neden olmuştur. Bugün adeta insanların hukuki güvenlik içinde özgür bir biçimde yaşayabilmeleri için bir güvenceler çağıdır. Bu güvencelerin en çok hissedildiği

---

[307] Karakehya, 2008, s. 90.
[308] Kapani, 1997, s. 59.
[309] Kapani, 1997, s. 59; Özer, 2003, s. 188.
[310] Kapani, 1997, s. 59.
[311] Kapani, 1997, s. 59-60.

alanlardan biri, kuşkusuz, devletin bireyler üzerinde en çok egemen olduğu ceza hukuku alanıdır.

Sonuç olarak, egemenlik kavramı günümüzde geçmişte olduğu gibi, mutlak ve sınırsız bir gücü ifade etmemektedir. Çeşitli nedenlerle egemenlik, sınırlı ve devredilebilir bir güce dönüşmüştür. Egemenliğin bu dönüşümü, onun sonuçlarından biri olan cezalandırma yetkisine de etki etmekte ve mutlak egemenlik anlayışında sınırsız olarak kabul edilen ve şiddetle uygulanan cezalandırma yetkisi, daha sınırlı bir hal almaktadır.

III. DEVLETİN SUÇ VE CEZA İHDAS ETME TEKELİ

Devlet bir hukuk düzeninde koyduğu kuralları ve aldığı kararları zorla uygulatan tek güçtür. Elbette aileden başlayarak, derneklerde, siyasi partilerde veya başka örgütlerde kurallar ve bu kurallara uymaya zorlamaktan bahsedilebilir. Ancak devlet onlardan farklı olarak, fiziksel şiddet (zorlama) ve özgürlüğünden yoksun bırakma meşruiyetine sahiptir.[312] Bireylerin toplumsal grupları oluşturduğu her alanda kurallar, otorite ve itaatten, hatta itaate zorlamaktan bahsedilebilir. Buna karşın sadece devlet fiziksel şiddet yoluyla kişileri özgürlüklerinden yoksun bırakabilir ve bu yoksunluk diğerlerine göre daha kapsayıcıdır. Örneğin bir dernek üyelerinin belirli kurallara uymasını mecbur edebilir. Ancak üyesine karşı uygulayacağı en üst yaptırım, üyelikten çıkarma, üyeliğe almama veya bir edimde bulunmasını istemekle sınırlıdır. Devlet dışında hiçbir topluluk, ne genel bağlayıcı kurallar ve yasaklar koyma yetkisine, ne de bu yasakların ihlalinde kişiye fiziksel güç uygulayarak, zorla yaptırma gücüne sahiptir. İşte bu şiddet tekeli "modern devletin omurgası"[313] olarak ifade edilmektedir.

Devletin yasaklardan menetme yahut kurallara uydurmak amacıyla zora başvurma tekelinin özel ve en geniş yönünü "cezalandırma yetkisi/tekeli" oluşturur. Gerek toplumsal düzenin sağlanması, gerekse devletin zorlama yönünün ortaya çıkması bakımından cezalandırma dışında birçok yetkiden söz edilebilir. Kolluk gücü, idari yaptırımlar, hukuki yaptırım, tazminat, menetme, iptal etme yanında birçok faaliyeti izne bağlama, izinsiz olanları engelleme gibi çok çeşitli zorlama türlerinden söz edilebilir. Bunların içinde suçlar en şiddetli yasaklar, cezalar ise en şiddetli yaptırımlardır.

Cezalandırma tekeli iki sonuç doğurmaktadır. Birincisi yasaklanan eylemi yani "suç olan"ı belirleme aşamasıdır. Devlet ilk kertede hangi eylemleri ceza kanunu kapsamında suç olarak düzenleneceğini belirler (*criminalization*). İkinci aşamada, diğer suçlar da dikkate alınarak bu suçlar için makul bir yaptırım belirlenir (*penalization*). Bu

---

[312] Nina Peršak, *Criminalising Harmful Conduct (The Harm Principle, its Limits and Contential Counterparts)*, Springer, 2010, s. 9.
[313] Sancar, 2000, s. 27.

kısım, devletin suç olanı belirleme tekeli ile cezayı belirleme tekeli ve cezalandırma yetkisinin kullanılması olmak üzere üç başlıkta incelenecektir.

A. Yasaklama Tekeli: Suç Olanı Belirleme Yetkisi

Devlet toplumsal düzenin sağlanabilmesi, insanların güvenlik içinde yaşayabilmeleri amacıyla muhakkak bazı emirler ve yasaklar getirmek durumundadır. Getireceği kimi yasakları, cezalandırma yoluyla yaptırıma uğratır. İşte burada devletin hangi tür davranışları yasaklayacağı ve hangi yasaklı eylemlerin ceza hukukunun konusu içinde kabul edilerek, ceza hukuku yaptırımı uygulanacağı önem taşımaktadır. Toplumsal yaşamın güven ve esenlik içinde devam edebilmesi için yasaklar vazgeçilmezdir, ancak her yasak cezalandırılabilir ölçüde olamaz. Başka bir ifadeyle, toplumsal düzen sadece yapılmasında sakınca görülen eylemlerin suç kabul edilmesiyle sağlanmaz, "suç ihdası"nın ötesinde bazı yasaklı davranışlara idari ve hukuki yaptırım da getirilmesi gerekir.

Devletin koyduğu her türlü yasak suç teşkil edemeyeceğine göre, devletin insanlar üzerindeki ikincil, öte yandan en üst seviyedeki tasarrufu olan ceza hukuku yaptırımlarının uygulanacağı insan davranışlarının belirlenmesinde son derece seçici olması gerekir. "Özgürlük esastır, yasaklar istisna" ilkesine göre, kişilerin hak ve özgürlüklere sahip olduğu *a priori* kabul edilir. Sınırlamanın ayrıca ve açıkça yapılması gerekir.[314] Dolayısıyla suç kabul edilen eylemlerin fevkalade az sayıda olması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Suç olarak belirlenecek insan davranışlarının cezalandırılabilir bir seviyede kötülük içermesi gerekir. Cezalandırma derecesinin altındaki "sapma davranışlar" için ise, cezalandırma yerine başka türlü yaptırımlara başvurmak gerekecektir.

Devletin suçları belirlemesinde çok farklı faktörler etkili olmaktadır. Bir insan davranışının suç sayılmasında öncelikli ölçüt toplumsal ihtiyaçtır. Toplumsal yaşantıda bir davranışın men edilmesine yönelik bir ihtiyacın doğması gerekir. Böyle bir ihtiyacın ortaya çıkması durumunda ikinci bir ölçüt, bu davranışın ancak cezalandırma yoluyla men edilebilir seviyede olması, yani cezalandırmanın son çare ve gerekli bir yaptırım olmasıdır. Nitekim men edilmesi daha hafif yaptırımlarla sağlanabilecek davranışlar için

[314] Bu ilkenin ceza hukukundaki kanunilik ilkesini doğurduğu ile ilgili olarak bkz. Gözler, 2011a, s. 303.

ceza öngörmek, cezanın *ultima ratio* özelliğine aykırı olacak ve suç enflasyonuna neden olacaktır. Bu sebeple suç olan eylemin belirlenmesinde çeşitli ölçütlere yer vermek gerekmektedir.

1. Suç ihdasının dayanağı (cezalandırma teorileri)

Siyasal otoritenin hangi eylemlerin suç olarak cezalandırılacağı, hangi tür eylemlerin başka tür yaptırımlarla karşılanacağı ile ilgili sorular uzun zamandan beri insanoğlunu meşgul etmektedir. Bu sorular ancak cezalandırma teorileri [315] (*criminalization theories*) ile cevaplandırılabilir.[316] Cezalandırmanın amacını iyi ahlak sağlamak olarak görenler ile insanların güvenliklerini sağlamak ve yaşamlarını rahat hale getirmek olarak görenlere kadar çok farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Cezalandırma keyfi olamaz, ancak siyasal otoritenin içinde bulunduğu toplumun kültüründen ve kanaatlerinden etkilenebilir.[317]

Suç ihdası (cezalandırılabilir eylem) konusuna Alman doktrini ile Anglofon doktrini arasında bir yaklaşım farkı söz konusudur. Alman doktrininde geliştirilen *Rechtsgutstheorie* suç ihdasında meşruiyetin kabulü için yeterli görülürken, suç ihdasının meşruiyetini açıklamakta Anglofon doktrinde çok sayıda teoriden (veya ilke) söz edilebilir.[318] Burada teorilerin/ilkelerin ayrıntıya girilmeksizin, her birinden kısaca bahsedilecektir.

---

[315] Bu teorileri isimlendirme konusunda asıl önerimiz "Suç Teorileri"dir. Nitekim neyin suç olabileceği veya olamayacağını ortaya koymayı hedeflemektedirler. Buna karşın "Suç Teorileri" terimi Türkçe literatürde suçluluğu açıklayan kriminolojik teoriler için kullanılmıştır. Füsun Sokullu-Akıncı, *Kriminoloji*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, 10. baskı, s. 153 ve Osman Dolu, *Suç Teorileri (Teori Araştırma ve Uygulamada Kriminoloji)*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010. Oysa burada konu olan suç değil, "suçluluk"tur. Örneğin diğer kriminoloji kitaplarının yazarları Dönmezer (1984), Demirbaş (2001) ve İçli (2007) çalışmalarında "Suç Teorileri" terimini kullanmamışlardır. Terimlerin nasıl kullanılması gerektiği başka bir çalışma konusu olup, bir kavram kargaşası yaratmaması için şimdilik "cezalandırma teorileri" denilmesi tercih edilmiştir.

[316] Carl Constantin Lauterwein, *The Limits of Criminal Law (A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing)*, Ashgate Publishing, Surrey, 2010, s. 54 vd; Alan Brunder, "The Wrong, the Bad, and the Wayward Liberalism's *mala in se*", *http://www.cpl.law. cam.ac.uk/past_activities/2010.php*, 2010, s. 2.

[317] Brunder, 2010, s. 2.

[318] Lauterwein, 2010, s. 52; Peršak, 2010, s. 9.

a. Alman doktrini: *Rechtsgutstheorie*

Suç ihdasıyla ilgili olarak *Rechtsgutstheorie* birçok farklı bakış açısı ve yaklaşımla birlikte Alman doktrininde genel kabul gören üzerinde çok çalışılan bir konudur.[319] Hukuksal değer (*Rechtsgut*) kavramı ilk kez 1834 yılında Birnbaum tarafından kullanılmış, suç ihdasının temelini oluşturan korunan hukuksal değer (*Rechtsgüterschutz*) kavramı ise Claus Roxin tarafından geliştirilmiştir.[320]

Bu teoriye göre *Rechtsgut* suç ihdasının temelini oluşturmaktadır. Buna göre yasakoyucu hukuksal bir değeri ihlal etmeyen bir eylemi cezalandıramaz. Bu teorinin daha iyi anlaşılmasında iki önemli sorunun cevaplandırılması gerekir. Öncelikle yasa koyucu bir eylemi suç olarak ihdas etmekte neden sınırlıdır? İkinci soru ise, "[ceza hukukuyla korunan] hukuksal değer" tam olarak neyi ifade etmektedir?[321]

Yasakoyucu suç ve ceza ihdas etmekte sınırlıdır. Nitekim günümüzde cezalandırma yetkisi mutlak monarşi tarafından değil, demokratik meşru parlamentolar tarafından kullanılmaktadır. Devletin toplum sözleşmesine dayandığını kabul eden ve liberal bir bakış açısına sahip olan Roxin, ceza hukukunun amacının anayasa tarafından güvence altına alınan temel haklar ve özgürlüklerin korunması gerektiğine inanmaktadır.[322]

Hukuksal değer doktrinde tartışmalı bir konu olup, yazarların suç genel teorisi anlayışına bağlı olarak farklı şekilde tanımlanmaktadır.[323] Hukuksal değer ilkesi, suç ihdas etmeye yönelik bazı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Öncelikle keyfi veya ideolojik bir saikle hazırlanan ceza kanunları ile örneğin ifade özgürlüğü, inanç özgürlüğü, eşitlik ilkesi gibi temel haklar ve özgürlüklerle çatışan ceza kanunları hukuksal değeri korumaya yönelik olamaz.[324] Hukuksal amaçların varlığı, hukuksal değere dayanarak suç ihdas edilmesi için yeterli değildir. Burada özellikle uyuşturucu bulundurma suçu, uyuşturucudan arınmış bir toplum yaratmak amacıyla yahut kişinin kontrolünü sağlamak bakımından meşru kabul edilemez.[325] Ahlaksızlık ve ayıp davranışlar tek

---

[319] Lauterwein, 2010, s. 6-7.
[320] Lauterwein, 2010, s. 8.
[321] Lauterwein, 2010, s. 9.
[322] Lauterwein, 2010, s. 9.
[323] Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin, Ankara, 2003, s. 46. Çeşitli tanımlar için bkz. s. 69 vd.
[324] Lauterwein, 2010, s. 10.
[325] Lauterwein, 2010, s. 10-11.

başına hukuksal değeri ihlal etmez. 1969 yılına kadar Almanya'da erkekler arası eşcinsellik suç iken, bu fiilin herhangi bir hukukusal değeri ihlal etmemesi sebebeyle, 60lı yıllardaki ceza reformu sürecinde suç olmaktan çıkarılmıştır.[326] Bir kimsenin kendi onurunu veya insanlık onurunu zedeleyici hareketleri hukuksal değerin korunması olarak değerlendirilemez. Bu doğrultuda, intihara teşebbüs ve bestailiti (hayvanlarla cinsel ilişki) cezalandırılmamıştır.[327] Hisler sadece tehdit edildiklerinde hukuksal değer içinde kabul edilebilirler. Bu anlamda sadece hakaret ve iftira, dinsel kurumları aşağılama suçları kendine meşru zemin bulabilir.[328] Çok soyut kavramlar, örneğin genel sağlık, toplumsal barış ve tabular hukuksal değer içinde kabul edilemezler.[329]

Sonuç olarak, Alman doktrininde geliştirilmiş olan korunan hukuksal değer (*Rechtsgut*) kavramı, suç ihdasında temel ölçüt olarak kabul edilmektedir. Bir eylem hukuk tarafından korunan bir yararı ihlal etmiyor ise, suç olarak düzenlenmesi meşru görülmemektedir.

b. Anglofon doktrin: İlkelerin çeşitliliği

Suç ihdasıyla ilgili olarak Anglofon (İngilizce konuşulan) doktrinde yerleşik tek bir teori yoktur. Uzun yıllar Mill tarafından ileri sürülen "zarar ilkesi" kabul edilegelmiş; diğer cezalandırma (*criminalization*) teorileri de bu ilkenin eleştirisi ve eksik yönleri dikkate alınarak kurulmuştur. Sırasıyla zarar ilkesi, saldırı ilkesi, hukuksal paternalizm, hukuksal ahlakçılık ve diğer ilkeler ele alınacaktır.

Zarar ilkesi (harm principle)

Cezalandırmaya ilgili liberal ilkeler John Stuart Mill tarafından sistemli bir şekilde açıklanmıştır. İnsanların bireysel ya da toplu olarak aralarında herhangi birinin hareket serbestliğine müdahalelerine cevaz verebilecek tek gerekçe "nefsi korumak" olabilir. Bireye müdahalenin meşru olabilmesi için, davranışının mutlak surette zarar

[326] Lauterwein, 2010, s. 11.
[327] Lauterwein, 2010, s. 11-12.
[328] Lauterwein, 2010, s. 12.
[329] Lauterwein, 2010, s. 15-16.

verici nitelikte olması gerekir. Birey kendisini ilgilendiren kısımda ise mutlak bir özgürlük hakkına sahiptir.[330]

Liberal teoride uzunca bir süre, başkalarının zarar görmesine neden olan veya zarar tehlikesi oluşturan eylemlerin devlet tarafından suç olarak kabul edilmesi başlıca temel olarak alınmıştır.[331] Elbette ki her türlü olumsuz ve rahatsızlık verici davranışlar zarar olarak değerlendirilemez. Başkalarının hassasiyetlerini ve ahlaki değerlerini ihlal etmesinin yanında bunun belli bir sosyal zarar ağırlığına ulaşması gerekmektedir.[332] Yine zarara uğrayan menfaatler bütün insanlar için ortak olan menfaatler olmalıdır, aksi takdirde herkesin kendince ileri süreceği menfaatleri değildir. Bunlar vücut bütünlüğü, fiziksel ve ruhsal sağlık, bir şeyleri tercih edebilme özgürlüğü, meşru olarak elde ettiği malların güvenli mülkiyet hakkı, ihtiyaçlarını karşılayabildiği sürdürülebilir bir yaşama hakkı bunlara örnek olabilir.[333]

Zarar ilkesinin liberal savunucularının hukuki amaca uygun zararı belirleme konusunda seçici olmalarının sebebi, bireysel değerlerin haklı bir devlet şiddetinin uygulamasını gerekli kılma mecburiyetidir.[334] İnsanları seçme özgürlüğüne sahip kabul etmek, onları başkaları gibi davranmaya, aynı ahlaki ve kişisel değerlendirmelerde bulunmaya zorlamayı engeller. Özgür bireyler açısından bu ancak gönüllülük yahut karşılıklı anlaşma esasına dayanabilir. [335] Kamu yararının cezalandırmaya konu olabilmesi, ancak başkalarının iyiliğinin zarar görmesine bağlıdır. Dürüst yarış esasına dayandığı müddetçe ekonomik ve çıkarların engellenmesi cezalandırmanın konusu olamaz. Yine Mill kişinin kendisi için en iyi kararın yine kendisi tarafından verileceği düşüncesiyle, kişinin kendi kendine zarar vermesinin cezalandırılamayacağını ileri sürmüştür.[336]

Zarar ilkesi yine liberallerce hem çok dar hem de geniş olması sebebiyle eleştirilmiştir. Zarar ilkesi dar bir yaklaşıma sahiptir ve nitekim "başkalarına verilen zarar" anlayışı hem uluslararası alanda yaşanan gelişmeleri açıklamak için yeterli

---

[330] John Stuart Mill, *Hürriyet Üstüne*, (çev. Mehmet Osman Dostel), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s. 47. Mill, esas olarak eseriyle bir ceza hukuku kuramı yaratma amacı taşımamıştır. Onun amacı daha çok devletin faaliyet alanı ile ilgili belirli bir çerçeve çizmektir. Ancak ileri sürdüğü "zarar ilkesi", bugün daha çok ceza hukukunun sınırlarının açıklanmasında kullanılmaktadır. Bkz. Lauterwein, 2010, s. 58.
[331] Brunder, 2010, s. 4.
[332] Brunder, 2010, s. 4.
[333] Brunder, 2010, s. 4-5.
[334] Brunder, 2010, s. 5.
[335] Brunder, 2010, s. 5.
[336] Brunder, 2010, s. 5.

değildir. Örneğin, önemli bir hastalık geçiren, ancak iğneden korkan bir hastadan habersiz olarak yapılan iğneyle hastalığı iyileştirmek, zararsız bir eylemdir, ancak liberal teoriye göre kişinin isteği dışında olduğu için cezalandırılmak durumundadır.[337] Öte yandan zarar ilkesi çok geniştir. Örneğin iki kişi arasındaki yumruklaşmada mağdur kendisine gelebilecek zararı *dannum absque injura* (haksız fiile dayanmayan zarar) olarak kabul etmektedir. Müşterek hukukta (*common law*) bu [ilginin rızası] mümkünken, zarar ilkesine göre ise bu durum suç olarak düzenlenebilir.[338]

Saldırı ilkesi (offense principle)

Zarar ilkesi yeterli bulunmamış ve çeşitli eleştirilere uğramıştır.[339] Zarar ilkesi karşısında Joel Feinberg geliştirilen en önemli ilke "saldırı ilkesi" olmuştur. Kimi zaman doğrudan zararla sonuçlanmasa da saldırgan davranışların cezalandırılabilir olması gerekmektedir.[340] Saldırı ilkesi, bireylere yönelik her türlü saldırı ve kötülüğü suç olarak düzenlemeyi meşru sayan bir anlayıştır. Burada saldırı geniş anlamda kullanılmış ve her türlü nefret ve tiksinti içeren eylem ile (manevi anlamda) canın yanması ve ızdırabı kapsamaktadır. Ayrıca utanç verici, mahcubiyet doğuran eylemler de bunun içindedir.[341] Saldırı ilkesinin kabulüyle zarar ilkesini ölçüt almakla cezalandırılması mümkün olmayan birçok fiili cezalandırabilmek mümkündür. Müstehcen içerik, ırkçı nefret söylemi, zarar meydana getirmeyen ancak ızdırap veren fiiller ceza kanununda suç olarak düzenlenebilir.[342]

Hukuksal paternalizm (legal partenalism)

Hukuksal paternalizm, bireylerin kendilerine verdikleri zararların cezalandırılmasına cevaz veren anlayıştır. Liberal anlayış hukuki paternalizme karşı çıkmaktadır. Öte yandan, ötenazi ve kişinin kendi organlarını satması gibi kimi durumda bu karşı çıkış şiddetini azaltmaktadır.[343] Bu anlayışa göre, esasında

---

[337] Brunder, 2010, s. 6.
[338] Brunder, 2010, s. 6.
[339] Örnek olarak bkz. Arthur Ripstein, "Beyond Harm Principle", *Philosophy and Public Affairs,* Vol. 34, Is. 3, (June) 2006, ss. 215–245.
[340] Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Offence to Others,* Oxford University Press, Oxford, 1988, s. 48.
[341] Feinberg, 1988, s. 48.
[342] Feinberg, 1988, s. 48.
[343] Peršak, 2010, s. 17.

cezalandırma kişinin kendi iyiliği için onu her türlü fiziksel, psikolojik ve ekonomik öz zararlarından koruyacak bir şefkat niteliğindedir.[344]

Hukuksal ahlakçılık (legal moralism)

Hukuksal ahlakçılık, başkalarına herhangi bir zarar oluşturmasa dahi, ahlakdışı olan eylemin cezalandırılabilmesine cevaz veren ilkedir.[345] Lord Devlin tarafından ortaya atılan bu ilkeye göre toplumu ayakta tutan şey ortak siyasi ve ahlaki değerlerdir. Toplumsal değerlere karşı yapılan ihlaller, toplumu bir arada tutan bağları zayıflatacaktır. Bu sebeple ahlaksız eylemlerin cezalandırılması gerekir.[346] Bu ilke liberaller tarafından eleştirilmiş ve devletin bireylerin yatak odasına giremeyeceği ve mahremiyetine dokunamayacağı ileri sürülmüştür.[347]

Diğer bazı ilkeler

Brunder, bir eylemin suç olarak düzenlemesinde üç temel ilkeden söz edilebileceğini belirtmiştir. Bunlar zarar ilkesi, hakimiyet ilkesi (*sovereignty principle*) ve birlikte yaşam ilkesidir (*community principle*).[348] Yazar, zarar ilkesini tarif ettikten sonra, zarar ilkesince karşılanamayacak durumlar için hakimiyet ilkesinin ortaya atıldığını ve son olarak iki ilkenin de yetersiz kaldığı durumlarda cezalandırma ihtiyacı söz konusu olduğunda birlikte yaşam ilkesine başvurulacağını belirtmektedir.[349]

Egemenlik ilkesi, zarar ilkesinin bir eleştirisi üzerine Ripstein tarafından ileri sürülmüştür. Egemenlik ilkesine göre, bir eylemin meşru olarak sınırlanması, özgür bireyler arası karşılıklı bağımsızlığı sağlamak amacıyla olabilir.[350] Bireysel tercihlere dayansa ve zararlı bir davranış olmasa bile kişilerin özgürlüklerine müdahale oluşturan eylemlerinin suç olarak düzenlenebilmesi gerekir.[351]

Brunder'e göre bir ceza-adalet sisteminde hiçbir ilke suç ihdasının meşrulaştırılması konusunda yeterli değildir ve yeri geldiğinde ilkelerin tümünden

---

[344] Peršak, 2010, s. 17.
[345] Peršak, 2010, s. 19; Lauterwein, 2010, s. 65.
[346] Peršak, 2010, s. 20.
[347] Peršak, 2010, s. 20-21.
[348] Brunder, 2010, s. 4 vd.
[349] Brunder, 2010.
[350] Ripstein, 2006, 217.
[351] Brunder, 2010, s. 8-9.

yararlanmak gerekir.[352] Biz de benzer bir görüşü paylaşmakla birlikte, modern ceza hukukunda hukuku paternalizm ve ahlakçılığa fazlaca yer olmadığı kanatindeyiz. Kıta Avrupasında kabul gören hukuksal değerin korunması ilkesi, zarar ilkesiyle çok yakın benzerlik içinde hatta onu da kapsıyor görünmektedir. Biz de bu çalışmada hukuksal değerin korunmasaı ilkesini esas almaktayız. Saldırı ilkesi de bazı fiillerin cezalandırılması bakımından yararlanılabilir bir ilkedir.

2. Suçun belirlenmesi aşamaları

Suçun belirlenmesinde üç aşamadan söz edilebilir. Birinci aşama toplumsal düzenden sapıcı davranışın ne olduğunu belirlemektir. Genel bir anlatımla sapma davranış, toplumsal düzene uymayan davranıştır. Ancak her sapma davranışı suç olarak düzenlemek ve bunlara ceza hukuku yaptırımlarını uygulamak mümkün değildir. Bu durumda suç olarak belirlenecek olanlar sadece bazı sapma davranışlardır. İkinci aşamada, sapma davranışın ihlal ettiği hukuksal değer belirlenerek, salt sapma olan ile sapma ve aynı zamanda suç olması gereken davranışların birbirinden ayrılması gerekir.

Devletin bir yasaklama tekeli, son kertede "suç" olarak ceza kanununda düzenlenen bir ceza normu olmaktadır. Harduf suç olan bir fiilin düzenlenmesinde dört aşamadan söz etmektedir: 1- Saldırgan fiilin tanımlanması, 2- Bu fiilin ceza kanunun genel yapısına uygunluğunu incelemek, 3- Cezalandırmaya alternatif yaptırımların değerlendirilmesi, 4- Bu fiilin suç olarak düzenlenmesinde ortaya çıkacak sosyal maliyetleri değerlendirmek. [353] Harduf, suç ihdası aşamalarıyla ilgili olarak "cezalandırma merdiveni" (*criminalization ladder*) adını verdiği bir model geliştirmiş ve makalesinde "online oynama kumar suçu"nu örnek vererek, bu modelin nasıl işlediğini göstermiştir.[354]

Bir suç tipinin yaratılmasında suçun maddi unsurları (*actus reus*), manevi unsurları (*mens rea*), hukuka uygunluk sebeplerinin (*defense*) dikkatli bir akademik titizlikle ele alınması gerekir.[355] Suçun kurgulanmasında ciddi bir mantıksal yolun

---

[352] Brunder, 2010, s. 13.
[353] Asaf Harduf, "How Crimes should be Created: a Practical Theory of Criminalization", January 2012, *http://works.bepress.com/asaf_harduf/5*, s. 2.
[354] Harduf, 2012, s. 9, 41.
[355] Harduf, 2012, s. 9.

izlenmesi gerekir. Suçun unsurlarının belirlenmesinden önce, hangi tür eylemlerden korunmak istenildiğinin belirlenmesi gerekir.[356]

Burada suç olan fiilin düzenlenmesiyle ilgili ayrıntıya girilmeden, suç olarak düzenlenecek "sapma" davranışın belirlenmesi ve suç ile ihlal edilen "hukuksal değeri" belirlemekten söz edilecektir.

a. Suç olarak düzenlenecek "sapma" davranışı belirleme

Bir toplumda var olan normları izlememe veya toplumun beklentilerine uymama sapma (*deviance*) olarak adlandırılır.[357] Devletin suç ihdasıyla ilgili en temel sorun, sapma insan davranışlarından hangilerinin suç olarak düzenleneceği ve bu davranışların hangi ölçütlere göre belirleneceğidir. Bu sorun siyasal–ideolojik tercihlerle sıkı sıkıya bağlı olduğundan; suç olan davranışların belirlenmesi, devlet düzenlerine göre farklılık gösterdiği gibi, özgürlük–otorite, birey–toplum diyalektiği ile siyaset ve ahlak konularını barındıran bir içeriğe sahiptir.[358]

Toplumsal düzenin sağlanmasında ceza hukuku yoluna başvurulduğunda, burada zorunlu olarak bir ayırt etme ve sınırlandırma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Toplumsal yaşantının temel ve zorunlu koşullarına uyan insan iradesi, çıkar ve davranışlar hukuk tarafından himaye edilmeye layık bulunacak, bu koşullara uymayanlar ise hukuk tarafından himaye edilmeyecektir.[359] Ortak toplumsal yaşantının temel ve zorunlu koşullarına uygun çıkarlar, davranışlar ve irade hukuk düzenince meşru kabul edilecek; zorunlu ve temel koşullara aykırı olanlar ise gayrimeşru kabul edilecektir.[360] İşte sapma olan davranışı belirleme, esas olarak hukukun korumaya alacağı davranışlar ile hukukun yaptırıma uğratacağı davranışlar arasında bir ayrıma varma işidir.[361]

Toplumsal yaşamdaki ilişkileri düzenlemek, başka bir deyişle çıkarları bağdaştırmak ve uyuşmazlıkları çözmek; belli davranış kuralları ve normlar

---

[356] Harduf, 2012, s. 2.
[357] Nurgün Oktik, "Sosyal Sapma ve Suçun Sosyolojisine Kurumsal Yaklaşımlar", *Suçun Sosyolojisi Cezasının Felsefesi*, (ed. Güncel Önkal ve Özgür Sarı), Nobel Yayınları, Ankara, 2013, s. 4.
[358] Nevzat Toroslu, "Ceza Hukuku–Politika–Ahlak", *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul, 2004, s. 875.
[359] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 4.
[360] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 4.
[361] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 4.

oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır.[362] Çıkar çatışmaları ve uyuşmazlıklar karşısında tavır almak, onları değerlendirmek ve üzerinde bazı değer hükümleri vermektir. Değerlendirmek ise, mutlaka bir değer ölçütü ortaya çıkarmaktadır. Bu ölçüte uyanlar, doğru ve adil kabul edilmektedir.[363]

Adalet ve doğruluk, özellikleri itibariyle toplumsal değerlerdir ve bunlar "salt akıl" sonucu değil, öte yandan belli bir etik–siyasal ideolojiden çıkmış değer ölçütleridir. Çatışan çıkarlar içerikleri bakımından aynı da olsalar, dünyadaki farklı hukuk sistemlerince, farklı şekilde düzenlenmeleri söz konusudur.[364] Suçu tanımlarken, "toplum düzenini önemli bir şekilde ihlal eden fiil" demek yeterli değildir. Çünkü aynı fiil zamana ve mekana bağlı olarak suç olarak kabul edilmekte veya edilmemektedir.[365] Bir hukuk düzeninde bir fiil belli bir zaman suç olarak düzenlenirken, kanun koyucu bunları suç olmaktan çıkarabilir veya başka fiilleri suç kategorisine koyabilir. Önder'e göre, kanun koyucu suç yaratmaz. Nitekim suç olan fiil, onun suç olduğuna dair toplumsal algıdır ve kanun koyucu toplumun verdiği hukuki yararları normlar içinde tespit ederek, bunlara suç niteliği tanır.[366]

Bir fiilin yasa koyucu tarafından suç olarak kabul edilmesinde öncelikli ölçüt, korunan hukuki yararın toplumsal veya bireysel bir yarar olmasıdır.[367] Ancak bu alelade bir toplumsal yarar olamaz. Suç olarak kabul edilecek fiilin toplumsal düzeni önemli ve ağır bir şekilde ihlal etmesi ve bu fiile karşı toplum düzeninin korunabilmesi için ceza yaptırımı uygulanmasının zorunlu olduğunun kabul edilmesi gerekir.[368] Örneğin, çevrenin kimyasal atıklarla ciddi bir şekilde kirletilmesi TCK'de düzenlenmiştir (m. 181) ve bu fiil işlenmesi halinde ceza hukuku yaptırımına uğrarken; aynı ağırlıkta bir ihlal olmayan evsel atıkların dökülmesi Kabahatler Kanununa (m. 41) göre kabahat kabul edilmekte ve ceza hukuku yaptırımına değil, idari yaptırıma uğramaktadır. Benzer bir şekilde, kişinin huzurlu bir ortamda yaşama hakkına yönelik olarak gürültü yapmak KK (m. 36) çerçevesinde bir kabahat teşkil ederken, doğrudan kişinin huzur ve sükununu bozmaya yönelik rahatsızlık vereci eylemler TCK'de suç olarak düzenlenmiştir (m. 123). Başka bir şekilde söylemek gerekirse, sapma eylemlerin

[362] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 5.
[363] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 6.
[364] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 6.
[365] Önder, 1992, s. 5.
[366] Önder, 1992, s. 5.
[367] Önder, 1992, s. 6.
[368] Önder, 1992, s. 6.

tümünü suç kabul etmek mümkün değildir. Burada sapma eylemin doğurduğu hak ihlalinin derecesine dikkat etmek gerekmektedir. Suç olarak düzenlenebilecek eylem, ceza yaptırımı uygulamayı gerektirecek ağırlıkta bir sapma davranıştır.

Suçun belirlenmesinde diğer bir ölçüt, suç olan fiilin özelliğidir. Hukuka aykırı olan fiil, toplumda kınama duygusu yaratmalı ve ceza yaptırımına uğratılmak istenmelidir.[369] Son bir ölçüt ise, failin gösterdiği ahlaki kötülüktür. Örneğin, sözleşmeye uymayarak borcun ifasında bulunmamak medeni hukuk yaptırımına uğrarken, bundan daha az bir değerde malın dolandırıcılık şeklinde mağdurdan alınırsa burada devletin ceza yaptırımıyla karşılaşmaktadır. Önder, fiilin cezalandırılmasını, fiilin işleniş biçimi ve faildeki kötü ahlaki özelliğin göz önünde bulundurulduğunu belirtmektedir.[370]

b. Suç ile ihlal edilen "hukuksal değeri" belirleme

Hukukun ve özelde ceza hukukunun yegâne görevi hukuksal değeri korumaktır.[371] Devletin bazı davranışları suç saymasındaki temel amaç toplumsal düzenin sağlanmasıdır. Bununla birlikte bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması, suç ve cezanın getirilmesinde diğer bir önemli amaçtır.[372] Cezayla korunmak istenen hukuksal değer, ceza hukukunun amacıyla çok yakından ilgilidir.[373]

Hukuksal bir değeri korumayan ceza normu meşru kabul edilemez. Buradaki hukuksal değer ancak birincil derecede olan hukuksal değerdir.[374] Ceza hukukuyla korunan hukuksal değer değişkendir. Yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, kişi özgürlüğü ve mülkiyet gibi değerler kadim zamanlardan beri önemini korumakla birlikte, hukuksal değer zaman ve mekân karşısında değişime uğrar.[375] Ötesi hukuksal değerler canlı varlıklar gibi, doğar, gelişir ve ölürler. Bir hukuksal değer kimi zaman değerlerini kaybederken, kimi zaman değer kazanabilir. Örneğin, yakın zamanlarda insan onuru

---

[369] Önder, 1992, s. 6.
[370] Önder, 1992, s. 6–7.
[371] Yener Ünver, "Ceza Hukukunda Hukuksal Değer", (çev. Barış Erman), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, S. 8, 2003, s. 113. Ayrıca bkz. Albin Eser, "The Principle of "Harm" in the Concept of Crime A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests", *Duquesne University Law Review*, No. 4, 1966, s. 359.
[372] İçel–Donay, 2005, s. 5.
[373] Ünver, 2003b, s. 114.
[374] Ünver, 2003b, s. 114
[375] Ünver, 2003b, s. 115.

değer kazanırken, uyuşturucu kullanımı zamanla değerini yitirmekte ve insanlığın gelecekte yeni hukuksal değerlerle karşılaşma ihtimali bulunmaktadır.[376]

Hukuksal değerler arasında bir hiyerarşi vardır. Toplumsal yaşantıda bazı hukuksal değerler zamanla değişerek daha önemli hale gelebilir. Bu durumda pozitif hukukun buna göre düzenlenmesi gerekir.[377] Hukuksal değerin en önemli özelliği pozitif düzenleme öncesi, ideal ve soyut bir karakter taşımasıdır. Bununla birlikte pozitif hukuk olmaksızın, hukuksal değeri ceza hukuku araçlarıyla korumak mümkün değildir.[378] Toplum için uyumsuz davranışların ve sapma davranışların hangilerinin ceza tepkisiyle karşılaşacağı; sistematik olarak sevk ve idare edici, yönlendirici ve aynı zamanda şartlara uymada esnek bir takım direktiflere göre; başka bir anlatımla suç siyasetine göre tayin edilmektedir.[379]

Devlet ahlaka, dine, toplumsal değerlere veya toplumun çoğunluğu tarafından savunulan görüşlere aykırı olan fiilleri, salt bu aykırılık sebebiyle suç tipi yapamaz. Suç olarak ihdas edilecek fiillerin mutlaka bir hukuksal değeri ihlal etmesi gerekir.[380]

B. Cezalandırma Tekeli: Suçluya Ceza Verme Yetkisi

Ceza hukuku, devletin birey üzerindeki iradesini ve gücünü en etkili kullandığı alandır.[381] Cezalandırma gücünün bir kişi veya grup tarafından çıkarsal ve keyfi, aynı zamanda olaylara göre sübjektif değerlendirmelerden kurtarılarak; bunun objektif, genel ve soyut kurallara bağlanması ihtiyacı,[382] devletin cezalandırma tekelinin esasını oluşturmaktadır. Bireylerin özgürlüklerini sağlamakla görevli devletin, işledikleri suç sebebiyle bireylerin özgürlüğünü kısıtlamasında ciddi bir gerekçesi olmalıdır. Ceza, suçun işlenmesiyle bozulan sosyal barışın yeniden kurulması amacını taşımaktadır.[383]

Burada temel olarak "niçin" ve "nasıl" olmak üzere, iki sorunun cevaplandırılması gerekir. Öncelikle hukuk düzeninde ceza niçin vardır, sorusu birinci başlık altında (cezanın/cezalandırmanın amacı) cevaplandırılacaktır. İkinci olarak, ceza

---

[376] Ünver, 2003b, s. 115.
[377] Ünver, 2003b, s. 116.
[378] Ünver, 2003b, s. 116–119.
[379] Dönmezer, 1986–1987, s. 8.
[380] Ünver, 2003b, s. 115.
[381] Gramatica, s. 33.
[382] Dönmezer–Erman, 1997, s. 38.
[383] Dönmezer–Erman, 1997, s. 38.

yaptırımından bahsedilerek, geçmişten günümüze ceza yaptırımının geçirdiği evrimden söz edilecektir.

1. Cezalandırmanın amacı

Ceza hukukunun toplum açısından iki temel işlevi söz konusudur. Ceza hukukunun birinci işlevi cezalandırıcı olmasıdır. Öte yandan, ceza yaptırımı ile kişilerin suç işlemekten sakınmalarını sağlayarak koruyuculuk işlevini yerine getirmektedir.[384] Cezanın amacı konusu, yaklaşık ikibin yıldan beri tartışılmakta; cezanın anlam ve amacının ne olduğunun cevabı aranmaktadır. Son iki yüz yıldır, insanların birlikte yaşamalarını güvenceye almak olduğu fikri yaygın kabul görmektedir.[385]

Eski dönemlerde işlenen suçların cezalandırılmasına temel teşkil eden iki temel husus kefaret ve ibret esasıdır. Kefaret, dini, ahlaki veya felsefi bir anlayışa dayanılmakta; suç işleyen kişinin manevi dengesinin bozulduğuna inanılmaktaydı.[386] Suçun karşılığında çekilen zahmet veya mahrumiyetle kişinin suçla gelen kirlenmeden ve lekeden arındırıldığına inanılmaktaydı. Kötülüklerden arınma düşüncesinin bir sonucu olarak, özellikle Ortaçağ işkence ve ağır cezaların çok yaygın uygulandığı bir dönem olmuştur.[387] Dinin hukuk olarak algılandığı bu dönemde, cezalandırmada kilise çok etkili olmuş ve Engizisyon mahkemeleri çok şiddetli işkencelerin uygulama alanı olmuştur.[388]

Cezalandırmaya temel oluşturan bir diğer düşünce de ibrettir. Buna göre, suç işleyerek toplumun kurulu düzenini bozanın cezalandırılması, başkaları için ibret oluşturacak, böylelikle suç işlenmesinin önüne geçilerek, toplum düzeni yeniden kurulacaktır.[389] İbret esası, sonradan kefaret esasının da önüne geçerek, cezaların ibretlik olması amacıyla, cezalarda şiddetin dozunun artmasına neden olmuştur. Yaptırım türleri olarak, dayak, hapis, zindan, kürek, sürgün ve idam başlıca yaptırım türü olarak kullanılagelmiştir.[390]

---

[384] Önder, 1992, s. 3.
[385] Öte yandan son yüzyılda cezanın amacı olarak, hukuksal değerlerin koruması fikri ortaya atılmış ve özellikle Alman ceza hukukçularının tartıştığı en önemli konulardan biri olmuştur. Ünver, 2003a, s. 37.
[386] Taner, 1949, s. 21.
[387] Taner, 1949, s. 21.
[388] Taner, 1949, s. 21.
[389] Taner, 1949, s. 21.
[390] Taner, 1949, s. 22.

Cezanın amacıyla ilgili görüşler iki temel noktada toplanmaktadır. Bunlardan birincisi, cezanın amacının geçmişe yönelik olduğunda odaklaşır.[391] Ceza geçmişle hesaplaşmak ve hukukun koyduğu sınırlar dışına çıkan bireyin, bu eyleminin kötülükle karşılaşması söz konusudur. Bu konudaki diğer görüşler ise, cezalandırmanın geleceğe yönelik olduğunda odaklaşır.[392] Bu iki işlev birbirinin karşıtı değil, aksine tamamlayıcısıdır. Cezalandırma, hem geçmişe yönelik olarak dünyevi adaletin gerçekleşmesini sağlarken, geleceğe yönelik olarak kişileri suç işlemekten uzak tutmak veya suç işlemiş olanları gelecekte suç işletmemek işlevini yerine getirir.[393] Bugün ise baskın görüş, bu iki görüşü irleştiren karma görüştür.[394]

Ceza teorilerinin sınıflandırılmasında görüş birliği olmakla birlikte, kimi zaman teorilerin farklı isimlendirildiği olmaktadır. Önder[395], Centel[396], Doğan[397] ceza teorilerini temelde mutlak teoriler ve nispi teoriler olarak ele alırken; İçel–Donay[398] adaletçi teoriler ve yararcı teoriler olarak adlandırmaktadır. Biz İçel–Donay sistematiğine uyacağız.[399]

a. Adalet teorileri (mutlak teoriler)

Mutlak ceza teorilerine göre, cezanın belli bir amacı yoktur, çünkü bizzat cezanın kendisi amaçtır.[400] Cezadan bir yarar ve farklı bir sonuç beklentisi yoktur.[401] Ceza toplum düzeni bozulduğu için uygulanır ve cezanın verilmesiyle birlikte, cezadan beklenen amaç gerçekleşmiş olur. Ceza geleceğe yönelik etki doğurmak yerine,

---

[391] Doğan, 2010, s. 41.
[392] Doğan, 2010, s. 41.
[393] Önder, 1992, s. 3–4.
[394] Özbek ve diğ. 2012, s. 568.
[395] Önder, 1992, s. 8.
[396] Centel, 2001, s. 337.
[397] Doğan, 2010, s. 41.
[398] İçel–Donay, 2005, s. 6.
[399] Tonry, Beccaria ile başlattığı modern ceza hukukunu, tarihsel bakımından üç aşamada incelemektedir. 1780-1860 tarihlerini "İlk Geçiş Dönemi" olarak değerlendirmektedir. Bu dönemde iki önemli akım; Kant ve Hegel tarafından ortaya atılan görüşleri "Erken Dönem Cezalandırıcılık [Adaletçilik]" (*Early Retributivism*); Anglofon ülkelerde Bentham ile gelişen fikri ise "Erken Dönem Yararcılık" (*Early Utilitarianism*) olarak isimlendirmektedir. Cezalandırma anlayışında ikinci dönem 1860-1960 Yararcılık fikrinin yükselişte olduğu dönemdir. 1960'tan günümüze olan dönemi ise "Modern Geçiş Dönemi" olarak isimlendirmekte ve cezalandırmayla ilgili günümüz yazarlarından örnekler vermektedir. Tonry, s. 7 vd.
[400] Centel, 2001, s. 337; Özbek ve diğ. 2012, s. 568.
[401] Doğan, 2010, s. 41.

geçmişte toplum düzenini bozduğu için uygulanır.[402] Cezalandırmanın amacı, suç işlemiş kişiye acı ve ızdırap çektirmek; böylelikle yapmış olduğu kusurlu davranışın kefaretini ödetmektir.[403]

Mutlak teorilere göre, cezanın çektirilmesi esas olduğu için, ceza dışında bir yaptırım üzerinde durulmamıştır. Ayrıca infaz ve suçlunun topluma kazındırılması, mutlak teorilerin ilgi alanında değildir.[404] Mutlak teoriler, adalet teorisi ve kefaret teorisi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Kant ve Hegel tarafından geliştirilen ve "adaletçi teori" olarak adlandırılan görüşe göre, cezanın özel bir amacı yoktur. Aksine cezanın kendisi bir amaçtır zaten (*retributivizm*). Hukuk düzeninde adaletin sağlanabilmesi için, devletin ya da başkalarına bir yararı olmasa bile suçlular mutlaka cezalandırılmalıdır.[405] Suçluların cezalandırılması aklın emridir. Herkes yapmış olduğu kötülüğün cezasını çekmelidir.[406]

Kefaret teorisine göre, cezanın esası kefarettir. Ceza geleceğe yönelik bir sonuç doğurmak için değil, geçmişte kötülük yapana karşılığının ödetilmesidir. Suçluya hak ettiği ceza çektirilmelidir.[407] Kefaret teorisi "göze göz, dişe diş" anlayışını esas alır.[408] Kefaret teorisi, cezalandırmaya salt ahlaki açıdan yaklaşmaktadır. Suçun işlenmesiyle bozulan ahlakın cezalandırma ile yerine getirilmesi amaçlanmaktadır.[409]

Adaletçi teoriler çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Öncelikle devletin görevi mutlak adaleti sağlamak değildir. Diğer yandan ceza toplumun barış ve güvenlik içinde yaşaması içindir ki; devlet ve toplum için yararı olmayan bir yaptırımın anlamı yoktur.[410] Ayrıca bu teoriler, devletin cezalandırma yetkisinin sınırını belirlemede yetersiz kaldıkları ve rastgele davranışların ceza kanunlarına konulmasını önleyememesi bakımından eleştirilmiştir.[411] Diğer yandan bir kötülüğün başka bir kötülük olan ceza ile nasıl giderildiği sorgulanmaktadır. Kefaret bir ölçüde insanların intikam duygusunu

---

[402] Nur Centel, "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", *Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan*, İzmir, 2001, s. 337.
[403] Doğan, 2010, s. 42; Özbek ve diğ. 2012, s. 567-568.
[404] Doğan, 2010, s. 44.
[405] İçel–Donay, 2005, s. 6; Tonry, 2011, s. 10.
[406] İçel–Donay, 2005, s. 6.
[407] Doğan, 2010, s. 42.
[408] Centel, 2001, s. 338; Özbek ve diğ. 2012, s. 568.
[409] Centel, 2001, s. 338.
[410] İçel–Donay, 2005, s. 6.
[411] Centel, 2001, s. 338–339.

tatmin etmekle birlikte, devlet eliyle çektirilen kefaretin intikamdan farklı olması gerektiği düşüncesiyle, kefaret teorisi yetersiz bulunmaktadır.[412]

Adaletçi teorilere yönelik eleştirilerin bir kısmı da adalet anlayışının zamanla değişmesi ve mutlak bir adalet ölçütün olmamasıdır. Ayrıca, cezasız kalan suçlar (siyah sayılar), şikayet, erteleme, zamanaşımı gibi kurumlar nedeniyle bazı suçlar cezalandırılamamakta ve hedeflenen adalet sağlanamamaktadır.[413] Aynı şekilde ceza kanunlarında kabul edilen kişisel cezasızlık sebepleri (örneğin suçluyu kayırma suçunun belli bir akrabalık derecesinde işlenmesi TCK, m. 283/3) adaletin mutlak olarak sağlanmasını engellemektedir. Başka bir deyişle, aynı suçu işlediği halde kişiler aynı kötülüğe uğramamaktadır. [414] Ayrıca adalet teorileri biçimsel adalet sağlamayı hedeflemekle eleştirilmiştir. Bu eleştiriye göre, aynı ceza farklı kişilere uygulanmasında aynı sonucu doğurmayabilir. Cezaların, cezalandırılan kişiye göre tayin edilmesi gerekir.[415]

b. Yararcı teoriler (nisbi teoriler)

Yararcı teoriler genel olarak suçluya işlediği kötülük karşılığı benzer bir acıyı yaşatmak veya mutlak adaleti sağlamaktan öte, cezalandırmada toplumsal yarar arar. Cezalandırmanın sağladığı toplumsal yarar, suçun önlenmesi şeklinde karşımıza çıkar. Suçlular cezalandırılmakla, hem kendilerinin başka bir suç işlemesinin önüne geçilmek istenmektedir hem de başkalarının bundan ibret alarak suçun önlenmesi hedeflenmektedir. Başka bir anlatımla, ceza geçmişe yönelik değil, gelecek için uygulanmaktadır.[416]

Suçluların cezalandırılmasında toplumsal bir yarar arayan Becceria'ya göre, cezaların amacını suçluların başkasına zarar vermelerini ve başkalarının benzer eylemlerde bulunmalarını engellemektir. [417] Montesquieu, istibdat hükümetlerde cezalandırmanın amacının korku salmak olduğunu ve bu sebeple cezaların ağır

---

[412] Centel, 2001, s. 339.
[413] Centel, 2001, s. 339.
[414] Centel, 2001, s. 340.
[415] Centel, 2001, s. 340.
[416] Centel, 2001, s. 340; Özbek ve diğ. 2012, s. 568.
[417] Beccaria, 2004, s. 69–70.

olduğundan söz eder.[418] Buna karşın ılımlı hükümetler amaç, suçluların cezalandırılması değil; suçların önlenmesidir.[419] Toplumdaki ahlaksızlığın sebebi de suçlara verilen cezaların hafif olması değil; suçların cezalandırılmamasıdır.[420]

Yararcı teorilerde üzerinde durulan temel nokta korkudur. Cezalandırılma korkusu, kişilerin suç işlemesini önler. Dolayısıyla, topluma salınan cezalandırma korkusu, suçun önlenmesi ve huzurlu bir toplum yaratılmasında önemli bir işleve sahiptir. Genel önleme, failin cezalandırılmasıyla toplum genelinde oluşan cezalandırılma korkusu ve bunun etkisiyle birlikte suç işlenmesinin önlenmesi anlaşılmaktadır. Bu teorinin amacı, toplumun suçtan korunmasıdır.[421] Öncelikle ceza, kanunda yazmakla, toplumu oluşturan bireylere bir tehdit oluşturmaktadır. İkinci olarak suç faillerinin cezalandırılmakla çektiği acı ve ızdırap toplumda hissedilerek, diğer insanları suç işlemekten alıkoyar.[422]

Locke'a göre cezalandırmanın amacı suçtan menetme ve benzer saldırıları önlemektir.[423] Beccaria, cezalandırmanın siyasal amacını korkutmak olarak görmektedir. Daha önce işlenmiş ve artık sonuçlarını giderme çaresi kalmamış bir suçu, devlet olsa olsa başkalarında benzer suçları işlememe düşüncesi oluşturmak üzere cezalandırabilir.[424] İşkenceyi eleştirirken Beccaria, cezalandırmanın ana amacının genel önleme olduğunu ileri sürmektedir. Ona göre cezanın tek amacı, benzer suçları işlemek isteyenleri korkutarak, suçtan vazgeçirmektir.[425]

Bentham'a göre, acı ve haz duyguları insan davranışlarını yönlendirir. Bir davranışın sonunda karşılaşılacak acı, duyulacak hazdan daha büyükse, kişi bu davranışı yapmaktan vazgeçecektir.[426] Bentham cezalandırma konusunda yararcılık fikrine göre, cezalar mutlaka bir kötülükten korunmak içindir. Kötülükten korunma fikri cezanın temelini oluşturmaktadır. Cezalar etkili olmalıdır. Eğer cezalar kötülükleri engelleyemiyorsa etkisizdir demektir. Cezalar yararsız olmamalı, önlemeye çalıştığı

---

[418] Montesquieu, 2011, s. 110.
[419] Montesquieu, 2011, s. 110.
[420] Montesquieu, 2011, s. 112.
[421] Centel, 2001, s. 345.
[422] Önder, 1992, s. 8.
[423] Locke, 2012, s. 13.
[424] Beccaria, 2004, s. 86–87.
[425] Beccaria, 2004, s. 94.
[426] Doğan, 2010, s. 45.

kötülükten daha pahalıya mal olmamalıdır. Cezalar gereksiz olmamalı ve mümkün olan en az maliyetle kötülükten önlenmelidir.[427]

Feuerbach özellikle cezanın toplum üyeleri üzerindeki korkutucu etkisi üzerinde durmuştur. Feuerbach'a göre, cezanın varlığı ve suç işlendiğinde cezanın uygulanacağının bilinmesi, suçluları korkutarak suç işlemekten vazgeçmelerini sağlar. Cezanın uygulanmasından diğer insanlar ibret ve ders çıkarır.[428] Cezalandırılma korkusuyla bireyler suç işlemekten kendilerini alıkoyarlar. Feuerbach'ın bu yararcı teorisi, 19. yüzyıldaki yasama faaliyetlerine önemli etkiler yapmıştır.[429] Feuerbach ve Franz v. Liszt tarafından geliştirilen "yararcı teoriler"e göre, cezalandırmanın amacı suç işlenmesinin önlenmesidir. Dolayısıyla ceza sadece adaleti sağlamak için değil, toplumsal bir yarar sağladığı için uygulanmaktadır.[430] Franz v. Liszt'e göre, cezayı haklı ve meşru kılan şey, onun amaca uygunluğudur.[431]

Özel önleme denildiğinde, failin cezalandırılmasıyla öncelikle fail ve dolayısıyla toplum lehine hedeflenen yararlar anlaşılmaktadır. Fail cezalandırılmakla, cezanın korkutucu özelliğiyle karşılaşmıştır ve bu korku onun ileride suç işlemesini engelleyecektir. İkinci olarak, cezanın infazıyla fail ıslah olmuştur ve topluma uyum sağlayan bir kimse olacaktır. Üçüncü olarak, cezanın infazıyla failin bir süre toplumdan tecrit edilmesi, başka bir suça karışmasını önleyecektir.[432]

Yararcı teoriler kendi aralarında karşılaştırıldığında, genel önleme teorisi kişinin bir daha suç işleme tehlikesi bulunmasa bile cezadan tamamen vazgeçilemeyeceğini açıklaması ve muğlak olan tehlikelilik teşhisiyle yetinmemesi bakımından özel önleme teorisinden yararlı bulunmuştur.[433] Buna karşın ceza süresinin sınırlama ölçüsünün bulunmaması ve önleme amacıyla insan onurunu ihlal etme tehlikesi nedeniyle genel önleme teorisi eleştirilmektedir. Teorinin birey yerine tamamen topluma yönelmiş olması ve bireyin kendisi için değil başkaları için cezalandırılması, genel önleme teorisinin başka bir zaafı olarak görülmektedir.[434]

---

[427] Bentham, 2011, s. 57-58.
[428] İçel–Donay, 2005, s. 6.
[429] İçel–Donay, 2005, s. 7.
[430] İçel–Donay, 2005, s. 6.
[431] Doğan, 2010, s. 48.
[432] Önder, 1992, s. 8; Özbek ve diğ. 2012, s. 569.
[433] Centel, 2001, s. 346.
[434] Centel, 2001, s. 346.

Cezaların en şiddetli olduğu dönemlerde, cezalar halk önünde infaz edilirken dahi, suç işlenmesi bitmemiş; en ağır cezaların şiddetli görüntüsü dahi insanların suç işlemesinin önüne geçememiştir.[435] Cezanın suç işlenmesinin önlenmesine etkisi olmakla birlikte, kimi zaman insanlar alacakları cezayı düşünmeden veya başka şeylerin etkisinde suç işlemektedirler. Aynı zamanda yakalanma riskinin az olduğu durumlarda da önleme işlevi etkisiz olmaktadır.[436] Nitekim bugün insanları suç işlemekten caydıran şeyin cezaların ağırlığı değil, yakalanma riski olduğu bilinmektedir ve genel önleme teorisi bu yönde eleştirilmektedir.[437]

Genel önlemeye yönelik en önemli eleştiri ise, suç işlemeyi önleyebilmek için ceza ölçüsünü haddinden fazla tutarak devlet terörüne yol açma tehlikesidir.[438] İnsanların korkutularak suç işlemekten alıkonulma isteği, ceza sistemlerinde ağır ve şiddetli cezaların konmasına yol açmıştır. Dolayısıyla yararcı teoriler, cezanın ölçüsünde adil bir imkan sağlamazlar.[439]

Türk Anayasa Mahkemesi bir kararında ceza yaptırımın amaçlarından birinin önleyicilik olduğunu şu ifadelerle belirtmiştir: "Ceza hukukunda, suç olan eylemleri önlemenin önde gelen aracılarından biri, ceza yaptırımıdır. Bu yaptırımın bireylerin suç işlemesini önlemesi, en azından yeniden suç işlemekten alıkoyacak ölçüde bulunması gerekir."[440]

Cezanın genel ve özel önleme sağlayarak, suç işlenmesinin önüne geçtiği veya en azından azalttığı iddiaları eleştirilmiştir. Öncelikle, cezanın bilinmesinin doğrudan caydırıcılık sağladığını kanıtlayacak deneysel çalışmalar yeterli değildir. Cezanın varlığının, caydırıcılığı nasıl gerçekleştirdiği konusu ispata ihtiyaç duymaktadır.[441]

c. Bağdaştırıcı (Karma) Teoriler

Bağdaştırıcı teoriler, adalet teorileri ile yararcı teorilerde ileri sürülen görüşlerin karması niteliğindedir.[442] Bir görüşün karma kabul edilebilmesi için mutlaka kefaret

---

[435] Doğan, 2010, s. 49.
[436] Centel, 2001, s. 347.
[437] Centel, 2001, s. 345.
[438] Centel, 2001, s. 346.
[439] Doğan, 2010, s. 48.
[440] AYM, E. 1990/17.
[441] Doğan, 2010, s. 47–48.
[442] Önder, 1992, s. 9; Özbek ve diğ. 2012, s. 568.

esasına bağlı kalınmalı ve bunun yanında önleyicilikten söz edilmesi gerekir. Bağdaştırmacı teorisyenler, cezanın amacında verdikleri ağırlığına göre, farklı görüştedirler.[443]

Çağdaş ceza hukukunda cezanın temel amacı, suçluyu topluma yeniden kazandırmak olsa da cezanın uygulandığı kişiyi sıkıntı ve zorluklara uğratma özelliği günümüzde de devam etmektedir.[444] Ceza aynı zamanda kişinin toplumsal saygınlığını azaltan bir yaptırımdır.[445]

Hart'a göre, cezanın (hukuksal dayatım) iki amacı vardı. Bunlardan birincisi saldırganın cezalandırılmasıdır. Cezalandırma bireyi hareket etme veya mülkiyet edinme hakkından ya da aile ve arkadaşlarıyla birlikte olma özgürlüğünden yoksun kılma; bireye fiziksel acı çektirmeyi veya hayatına son vermeyi gerektiren bir durumdur. [446] Cezalandırmanın ikinci amacı ise, hukuku hiç çiğnemeyenleri, cezalandırma tehdidi ile itaate zorlamadır.[447]

2. Ceza yaptırımı

Tarihsel süreç içinde ceza da önemli aşamalardan geçmiştir. Bilinen ilk dönemlerde ceza kısastır. İlkçağlarda ölçüsüz olan cezalar, ortaçağa gelindiğinde, vahşi bir hale bürünmüştür.[448] Suçlu olduğu düşünülen kimseye acı çektirmek, bu kimselerin yaşamına son vermeden önce mümkün olduğu kadar azap çektirmek başlıca hedef olmuştur. Yeniçağa gelinene dek, işkence ve acı çektirme yöntemleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır. Batı dünyasında 19. yüzyılın ortalarına kadar, acı çektirici bedensel cezalar ve halka açık infazlar devam etmiştir.[449]

İlkel dönem ceza hukuku yaptırım türleri genellikle ölüm, işkence, sakatlama, sürgün ve tazminattır. Ölüm cezaları çok farklı şekillerde infaz edilmekteydi. Nehre atmak, asmak, ateşe atarak yakmak, kazığa oturtmak, bir çift öküze bağlayarak parçalayarak öldürme, kafa kesme gibi farklı şekillerde infaz edilmekteydi. [450]

---

[443] Önder, 1992, s. 9.
[444] İçel–Donay, 2005, s. 26.
[445] Dönmezer–Erman, 1997, s. 6.
[446] H. L. A. Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, (çev: Erol Öz), Dost Kitabevi, Ankara, 2000, s. 29.
[447] Hart, 2000, s. 29.
[448] Doğan, 2010, s. 35.
[449] Doğan, 2010, s. 35–36.
[450] Dinçol, B., 2003, s. 28-31.

Sakatlama cezaları, dil kesmek, göz oymak, meme kesmek, el kesmek, ağız kesmek, hadım etmek şeklinde sıralanabilir.[451] Saçın bir kısmını traş etmek, halkın önünde kamçılamak, sopa vurmak, zift dökmek, çıplak su taşıtmak gibi utanç verici cezaların yanında sürgün ve angaryadan söz edilebilir.[452] İlkçağ devletlerinde hapishaneye[453] rastlamakla birlikte bugünkü anlam ve işlevine sahip olduğu söylenemez.

Feodal dönemin başlangıcında temel cezalandırma kurumu faidedir. Faide, öldürülen birinin akrabaların aldığı intikamdır.[454] Feodal dönemde kent cezalandırma sisteminin merkezinde ise para cezası yer almaktadır. Para cezasını ödeyemeyenler için sürgün cezası vardır. Adam öldürme gibi çok ağır suçlarda ise nadiren idam cezası uygulanmaktadır.[455] İdam cezası gerektirmeyen, para cezasından da ağır ceza gerektiren durumlarda işkence ve onur kırma (teşhir) cezaları uygulanmaktaydı.[456] Bu dönemde hapsetme çok yaygın bir ceza değildir. Hapis cezası, para cezasını ödemeyenlerin çarptırıldığı bir yaptırımdır. Bununla birlikte kişilerin borçlarını ve cezalarını ödemeleri için hapis bir baskı aracı olarak kullanılmıştır. Ayrıca yargılama öncesi zanlının kaçmasını önlemek için hapis geçici tedbir niteliğindedir.[457]

Montesquieu, *Kanunları Ruhu Üzerine* adlı eserinde "cezaların etkisi" adlı bölümde bazı cezalardan bahseder. Örneğin, Fransa'da artan eşkıyalığın önlenmesi amacıyla "çarka vurma" cezası getirildiğini ve bunun bir süre etkili olduğunu, ancak sonra eşkıyalığın eskisi gibi devam ettiğini belirtmiştir.[458] Yine kendi yaşadığı dönemde askerden kaçma suçlarının artması üzerine, ölüm cezası getirmenin bu suçu önleyemediği, zira askerlerin zaten ölümü göze almış insanlar olduğu, bunun üzerine askerden kaçanları bütün ömür boyunca küçük düşürecek "burun ve kulak kesme" cezası getirildiğini yazmaktadır.[459]

Modern çağda hapishanenin doğuşuna kadar ölüm cezası ve işkence başlıca ceza yaptırımı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ölüm cezasının yaygın uygulanışı ve suçlar ağırlığı arasında fark gözetilmemesi adalet duygusunu ortadan kaldırmaktadır.[460] Diğer

---

[451] Dinçol, B., 2003, s. 36-37.
[452] Dinçol, B., 2003, s. 38.
[453] Dinçol, B., 2003, s. 39-40.
[454] Bloch, 1998, s. 217.
[455] Yiğiter, 2005, s. 60.
[456] Yiğiter, 2005, s. 60.
[457] Yiğiter, 2005, s. 60–61.
[458] Montesquieu, 2011, s. 112.
[459] Montesquieu, 2011, s. 112.
[460] Cyndi Banks, *Criminal Justice Ethics (Theory and Practice)*, Sage Publications, London, 2013, s. 105.

yandan özellikle Ortaçağ'da başlayan ve Yeniçağ'da zirveye ulaşan işkence teknikleri, insanı değersizleştiren ve insanlıktan uzaklaştıran bir niteliğe bürünmüştür. İşkencenin temelinde, birey açısından iktidar, devlet için ise, otorite ve diktatörce hükmetme isteği yatmaktadır.[461] İnsanoğlunun işkence çağı adı verebileceğimiz bu çağda yaşananlara duyduğu tepkiler,[462] Aydınlanmayla birlikte sınırlı hükümet ve insan onurunun kutsallağı ve bireysel haklar düşüncesi cezaların insanileşmesi gerektiği fikrinin savunulmasını sağlamıştır.[463]

İşkence günümüz dünyasında büyük ölçüde cezalandırma yöntemi olmaktan çıkmış, uluslararası sözleşmeler ve anayasalarda yasaklanarak, insanoğlu işkence ve insanlık dışı cezaya karşı hukuki güvenceye kavuşmuştur.[464] Öte yandan bazı otoriter devletlerdeki uygulamalar[465] sebebiyle bu iddiaya kuşkuyla yaklaşılabilir. Yine de işkence konusunda dünyada büyük bir ilerleme kaydedilmiş olup; "suçlu" olsa bile insan onuru devletin cezalandırma yetkisi karşısında galip gelmiştir.

Ölüm cezası ise, günümüzde birçok devlette çeşitli infaz yöntemleriyle devam etmektedir. Ölüm cezası günümüz ceza adalet sisteminde en çok tartışılan ceza yaptırımlarından biridir. Bu cezanın kaldırılması için genellikle ahlaki argümanlar ileri sürülmektedir.[466] Öte yandan, ölüm cezasına çoğu zaman işkence ve onur kırıcı cezalar gibi yaklaşılmadığından, "insanlık dışı ceza" tartışmalarında ölüm cezası üzerinde fazlaca durulmamaktadır.[467] Geçtiğimiz yüzyılla kıyaslandığında devletlerin ölüm cezasına daha temkinli yaklaştığı ve ölüm cezasını kaldırma yönünde büyük bir çaba olduğu gözlemlenmektedir.

---

[461] Scott, 2003, s. 23. Geliştirilen işkence teknikleri çin bkz. s. 165 vd.
[462] Karakehya, 2008, s. 89.
[463] David Luban, "Liberalism, Torture, and Ticking Bomb", *Virgina Law Review*, Vol. 91, Is. 6, (October), 2005, s. 1426.
[464] Örnek olark bkz. Youngjae Lee, "The Constitutional Right Against Excessive Punishment", *Virgina Law Review*, Vol. 91, Is. 3, (May), 2005, s. 677.
[465] Scott, 2003, s. 226 vd.
[466] Ölüm cezası ile ilgili felsefi bir tartışma için bkz. Gustav Radbruch, "Ölüm Cezası", (çev. Hayrettin Ökçesiz), *HFSA*, S. 5, 2002, s. 33-36. "Ömür boyu hücre hapsi dahi kendisinin bu cezalandırılışı ve böylelikle başkalarının caydırılması etkisi ile korunan bir dizi hukuki değer bırakmaktadır. Fakat ölüm cezasının da suçlunun kendi menfaatlerine hizmet ettiği hiçbir biçimde gösterilmez, çünkü o, bu menfaatlerin süjesini yok etmektedir." Radbruch, 2002, s. 35.
[467] Lee, 2005, s. 678-679.

Bedensel cezalar günümüz devletlerinde yok denecek kadar azalmıştır. Modern, liberal ve demokratik devletler insan bedeni üzerinde acı çektirmekten kaçınmaktadır.[468] Günümüzde ceza yaptırımı konusunda tartışmanın odağında yer alan en önemli ceza "kastrasyon"dur. "Bireyin cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğinin tamamen sonlandırılması veya geçici olarak durdurulması amacını taşıyan tıbbi müdahale"[469] olarak tanımlanan kastrasyon bugün ABD'nin bazı eyaletleri ile Almanya, Danimarka, Finlandiya, Norveç, Polonya, Çek Cumhuriyeti, gibi bazı devletlerde cinsel saldırı ve özellikle çocukların cinsel istismarına karşı bu yaptırım uygulanmaktadır.[470]

Günümüzde cezalar daha çok özgürlüğe ve malvarlığına yönelmiştir.[471] Sadece maddi cezalar ile kamu düzenin sağlanması mümkün görünmemektedir. Bu durumda zenginlerin cezaları kolaylıkla savuşturmaları mümkün olabilir. Bu durumda, maddi varlığı yerinde olanların da kötülük görecekleri bazı yaptırım türlerinin uygulanması zorunlu olmaktadır. [472] Günümüzde özgürlüğün en önemli insan değerlerinden biri olması, hapis cezasını etkin bir şekilde başvurulmasına yol açmıştır. Hapis cezası başlarda sadece ölüme mahkûm edilen veya işkence yapılacaklar için kısa süreli tutulma, devletin kapama ve kaybetme aracı olarak kullanılırken, ceza adalet sistemindeki yumuşamalarla birlikte hapis cezası daha yaygın bir hal almıştır.[473]

Modern ceza hukukunda ceza yaptırımına yönelik bazı ilkeler belirmiştir.[474] Cezanın bölünebilir olması, cezaların yalnız suçu işleyenleri etkilemesi, insancıl olması, düzeltilebilir olması, suçlu için etkili olması, eşitlik ilkesi ve cezaların devlete az yük getirmesi genel kabul gören ilkelerdir.[475]

Sonuç olarak, toplumun ve devletin gelişim sürecine paralel olarak, suçlara uygulanacak ceza yaptırımları da değişim göstererek, her dönemde farklı tür ve biçimlerde ortaya çıkmıştır. Yaptırım türleri dönemin koşullarına ve cezalandırma amacına göre değişiklik göstere gelmiştir. Aydınlanma dönemine kadar uygulanan

---

[468] Konuyla ilgili olarak bkz. David Garland, "The Body and the State: How the State Controls and Protects the Body (Part II)", *Social Research: An International Quarterly*, Vol. 78, No. 3, (Fall), 2011, s. 767.
[469] Ömer Ömeroğlu, "Bir Ceza Türü Olarak Kastrasyon", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi*, S. 63-64, 2009, s. 282.
[470] Ömeroğlu, 2009, s. 284-285.
[471] Doğan, 2010, s. 80-81.
[472] Montesquieu, 2011, s. 118.
[473] Doğan, 2010, s. 99-100.
[474] Bu ilkeler için bkz. Ali Rıza Çınar, *Türk Ceza Hukuknda Cezalar,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 15-19.
[475] Özbek ve diğ. 2012, s. 571.

cezalarda insancıllık ilkesine önem verilmemiş, bilakis insan onurunu aşağılama bir ceza yaptırımı olarak görülmüştür. Ölüm cezası suçların ağırlığı gözetilmeden, yaygın uygulama bulmuştur. Günümüz sınırlı cezalandırma anlayışının temelini insan onuru oluşturur. Modern ceza hukukunda ceza yaptırımı bazı ilkelere tabidir. Devlet cezalandırma yetkisini kullanırken bu ilkelerle sınırlıdır.

IV. DEVLETİN CEZALANDIRMA YETKİSİNİN TOPLUMSAL VE SİYASAL YÖNLERİ

Cezalandırma yetkisi, devlet egemenliğinin bir sonucu ve aynı zamanda düzenleme yapma yetkisinin bir özel halidir. Netice itibariyle cezalandırma devlet-birey hukuki ilişkisinin bir sonucudur ve cezalandırma yetkisi de hukuksal niteliğe sahiptir. Bununla birlikte, devletin hukuk yoluyla kontrol etmek istediği şey büyük ölçüde toplumsal ilişkilerdir. Dolayısıyla cezalandırma toplumsal ilişkilerin zarar/tehlike oluşturan kısmını kontrol altına almaya yöneliktir. En neticede karar verme yetkisi, siyasal bir iradeye işaret etmektedir. Buradan hareketle cezalandırma yetkisi, siyasal iradenin toplumsal düzeni, suç ve ceza adı verilen hukuk araçlarıyla sağlama yolundan başka bir şey değildir. Bu kısımda cezalandırma yetkisinin toplumsal ve siyasal yönlerine ayrı başlıklar altında yer verilecektir.

A. Cezalandırma Yetkisinin Toplumsal Özellikleri

Suç ihdası, toplumsal düzeni sağlamak için uygun olan ve uygun olmayan davranışları belirlemek olduğundan, bu insan davranışlarını değerlendirmek; başka bir deyişle insan davranışları üzerinde değer hükmü vermektir.[476] Bu değer hükümleri olan değil olması gerekeni ifade etmektedir. Bu anlamda ceza hukuku düzeni, toplumsal gerçeklik üzerine oluşmuş belli değerler sistemidir ve değerler sistemi toplumun üst yapısını oluşturmaktadır.[477]

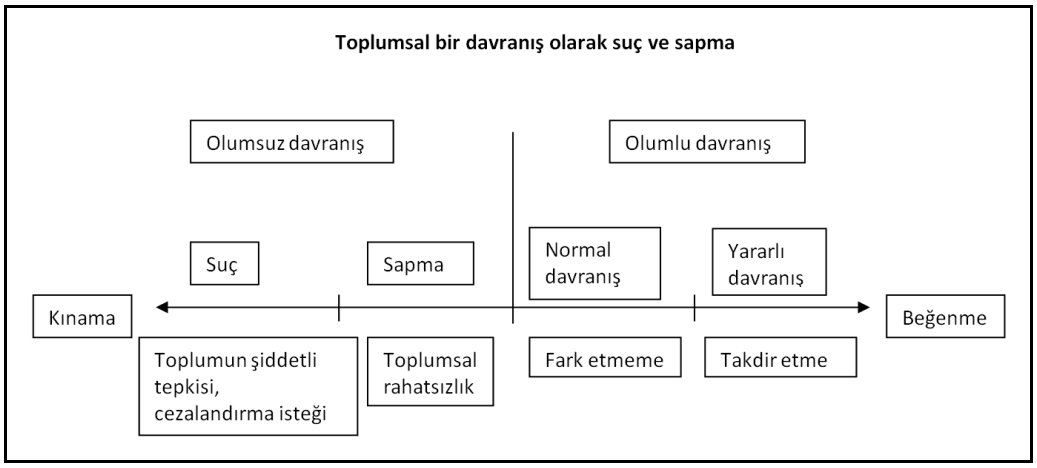
[476] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 8.
[477] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 8.

1. Cezalandırma toplumsal bir ilişkinin sonucudur

Toplumsal yaşantı, insani ilişkilerin ürünüdür. İnsanların kendi ihtiyaçlarını karşılamak üzere bir araya gelmeleri ve karşılıklı ilişkilerde bulunmaları bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Bu zorunluluk içinde kişilerin menfaatlerinin çatışması kaçınılmazdır. Böyle bir durumda ortak toplumsal yaşantının güvence altına alınması, uyuşmazlıkların çözümlenmesi ve her bir kişinin davranış serbestisinin diğerlerinin davranış serbestisiyle uyumla hale getirilmesi gerekir.[478] Ceza hukuku, karşılıklı insani ilişkilerde çeşitli özel ve tüzel kişilerin çıkarları arasında bir düzen sağlamak üzere ortaya çıkmaktadır.[479] Özcan'ın söylemiyle hukuk, toplumsal kontrolün diğer araçlarla sağlanamadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır.[480]

Suç belli bir toplumsal ilişkinin sonucudur. Ceza normu, belli bir toplumda ortak hayatın zorunlu olarak ortaya çıkardığı çıkar uyuşmazlıklarını çözmek üzere konmuş, beşeri davranış kuralıdır.[481]

Tablo 1: Suç ve sapma doğrusu



Kaynak: Bu tablo suç-sapma tanımları dikkate alınarak tarafımızdan geliştirilmiştir.[482]

---

[478] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 4.
[479] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 4.
[480] Mehmet Tevfik Özcan, "Yazılı Hukukun Hareket Noktası Olarak İlkel Hukuk", *Anadolu Araştırmaları*, S. 12, 1990, s. 75.
[481] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 15-16.
[482] Bu konuda bkz. Sulhi Dönmezer, *Kriminoloji,* Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984, 7. baskı, s. 57-61; Tülin G. İçli, *Kriminoloji*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, 7. baskı, s. 21-26; Otik, 2013, s. 4-8.

Hukuk toplumun genel iradesinin tezahürüdür. Doğal olarak ceza hukuku da toplumun iradesinin bir sonucudur ve bu iradenin belirlediği amaca hizmet eder.[483] Ceza hukuku toplumsal gerçeklik üzerine oluşturulmuş bir değerler bütünü olarak, toplumsal yaşamda bu toplumsal gerçeklikle hareket eden insan fiillerini değerlendirme konusu yapmaktadır. İnsan ilişkileri içinde insan davranışlarını etkilemek ve yönlendirmek amacı güder.[484]

2. Cezalandırma–ahlak ilişkisi

Hukuk ve ahlak arasında tartışmasız bir ilişki vardır.[485] Öncelikle hukuk kuralları ve doğal olarak ceza hukuku ahlaktan etkilenmiştir. Buna karşın ahlakın hukuktan etkilendiği yönünde ciddi bir fikir ileri sürülmemiştir ve bu konuda araştırmalar yetersizdir.[486] Ahlak kuralları yargılama sürecinde örtülü olarak, yasama sürecinde de hızlı ve açık bir şekilde hukuku etkilemektedir.[487]

Hukuk ile ahlak ilişkisi Önder tarafından, birbiriyle kesişen iki daireye benzetilmektedir. Ahlak kuralları ile hukuk kuralları büyük ölçüde kesişmektedir. Bununla birlikte hukuk ile ahlakın kesişmedikleri ve kendilerine özgü alanları bulunmaktadır. Hukuk ahlak kurallarının önemli bir kısmını bünyesine almıştır. Ancak devletin ahlak kurallarının tümünü hukuk bünyesine alması, yaşamı çekilmez hale getireceği gibi, uygulanamaz olacağı da açıktır.[488]

Ceza hukuku ile ahlak arasında, çözülemez bir bağ olduğu ve bu sebeple suçların daima ahlaka aykırı hareketler olduğu, yaygın bir görüştür.[489] Ceza hukuku kurallarına uyulması gerektiği yönündeki inanç desteğinden yoksun olacağından; ahlak kuralları ve esaslarıyla tam ve açık şekilde çatışan ceza hukuku etkili olamayacaktır.[490]

Hukuk, toplumdaki geçerli ahlak kurallarından etkilenebilir, ancak ahlak hukukun kaynağı değildir.[491] Ahlak kuralı ne kadar etkin olursa olsun, hukuk kuralını

---

[483] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 3.
[484] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 9
[485] Bu konu için bkz. Hart, 2000, s. 14; Önder, 1992, s. 2; İçel–Donay, 2005, s. 17;
[486] Hart, 2000, s. 13.
[487] Hart, 2000, s. 14.
[488] Önder, 1992, s. 2.
[489] Toroslu, 2004, , s. 877.
[490] Toroslu, 2004, s. 877.
[491] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 17.

ortadan kaldıramaz ve hiçbir hukuk düzeni, hukuk düzeninin amacına aykırı ahlak kurallarına yaşam hakkı tanımaz.[492]

Hukuk ile ahlak arasındaki sıkı ilişkiye dikkat çeken Manzini, ceza hukukunu "belirli bir tarihi dönemde güvenli ve uygar şekilde bir birliktelik için gerekli ve yeterli kabul edilen minimum ahlakîliğe uyulmasını sağlamaya yönelik olan ve ceza yaptırımı altına alınmış kurallar bütünü" olarak tanımlar.[493] Manzini hukukun diğer dallarının da ahlakîliği korumaya yönelik olduğunu iddia ederken, ceza hukuku sahip olduğu etkili yaptırımlar nedeniyle, mutlaka korunması gereken ahlakî kısmı koruduğunu; suçların ağır ahlak ihlalleri olduğunu ve ceza hukuku yaptırımlarının hukuk tarafından korunan asgari ahlakın asgarisini koruduğu ileri sürmektedir.[494]

Toroslu'nun Maggiore'den aktarımına göre, Maggiore, hukuk ahlak ilişkisini daha da ileri götürerek, hukuku bulunduğu dönemin kristalize olmuş ahlakı olarak ifade eder.[495] Suç ve cezanın öncelikle etik bir kurum olarak anlaşılmadan hukuki bir kurum olarak anlaşılamayacağını ileri sürer. Ona göre, her hukuk kuralı, öncelikle bir ahlakî ihlaldir.[496] Diğer yandan ahlakçı ve tabiatçı anlayıştaki suçluluk ile pozitif hukuktaki suçluluk her zaman tam olarak örtüşmeyebilir de. Nitekim toplum nazarında ceza kanunlarındaki suçların çoğu gayri ahlakî kabul edilmekle birlikte, ahlak normlarıyla çatışmayan fiillerin de pozitif hukuk normlarıyla cezalandırıldığı açıktır.[497]

Ceza hukukunun temel amacının ahlakı korumak olduğunu ileri sürenlere göre suça teşebbüsün ve taksirli suçların cezalandırılmasının nedeni olarak failin hareketinin toplumsal değerlere aykırılığı olduğu ileri sürülmekle birlikte[498]; taksirli suçların, siyasi suçların ahlak dışılığı son derece tartışmalıdır.[499]

Ceza hukukunun ahlaktan uzaklaşması sadece ahlak dışı olmayan davranışların suç olarak düzenlenmesinde değil; aynı zamanda ahlaken dokunulmaz kabul edilen özgürlüklerin kullanılmasından ibaret davranışların suç olarak düzenlenmesinde kendini gösterir. İfade özgürlüğünün suç sayılması bunun en tipik örneğidir.[500] Bu durumlarda suç olan fiillerin işlenmesi değil; bu tip fiillerin suç olarak düzenlenmesi gayri ahlakîdir.

---

[492] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 17.
[493] Toroslu, 2004, s. 877.
[494] Toroslu, 2004, s. 877.
[495] Maggiore, *Diritto Penale*, Vol. 1, Bolgona, 1955'ten aktaran Toroslu, 2004, s. 877.
[496] Maggiore, *Diritto Penale*, Vol. 1, Bolgona, 1955'ten aktaran Toroslu, 2004, s. 877.
[497] Toroslu, 2004, s. 877-878.
[498] İçel–Donay, 2005, s. 16.
[499] Toroslu, 2004, s. 878.
[500] Toroslu, 2004, s. 878.

Cezalandırılması gereken fiillerin cezalandırılmaması durumunda ceza hukuku ahlaktan uzaklaşmaktadır.[501]

Toroslu, ceza hukuku ile ahlak arasındaki ilişkiler sorunu, ahlakın ceza hukukunda kristalize olduğu varsayımıyla çözülemeyeceğini ve asıl sorunun ceza normunun daima ahlak normuna yaklaşmasından kaynaklandığını ileri sürmektedir.[502] Ceza hukuku, hukukun diğer dalları gibi bireyin toplumsal alandaki davranışlarını düzenlemektedir ve bireyin ahlakî alanına giren vicdani durumu, doğrudan ceza hukukunu ilgilendirmemektedir. Zira ceza hukuku suçluları, ahlaka aykırı hareket ettikleri için değil, hukuk kurallarına uymadıkları için cezalandırılmaktadır.[503]

Sonuç olarak, ahlak ile ceza hukuku arasındaki ilişki çift yönlü bir ilişkidir. Ahlak suçların belirlenmesinde bir ilham kaynağı olurken, ceza hukuku da kimi ahlaki değerlerin ceza yoluyla korunmasını sağlamaktadır. Toplumsal yaşantıyı düzenleyen ahlak kuralları ile yine aynı amacı hukuk yoluyla yapmaya çalışan ceza normları arasında pekâlâ bir benzerlik olması mümkündür. Zira yasa koyucunun suç olarak düzenlediği bir çok davranış, aynı zamanda ahlak dışı bir davranıştır denebilir. Bu her zaman birebir örtüşmeyebilir. Yani suç olan her şeyi ahlak dışı kabul etmek yanlıştır. Öte yandan, tüm ahlak dışı davranışların da cezalandırılması mümkün olamayacaktır. Ahlak ile ceza hukuku arasındaki ikinci yön ise, ahlakın cezalandırma yoluyla korunması şeklinde karşımıza çıkar. Cinsel saldırı, hırsızlık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma gibi aynı zamanda ahlaksız olan davranışların cezalandırılması son derece normaldir. Öte yandan, cinsel saldırı dışında kalan ve yetişkinler arasında gerçekleşen eylemlerin cezalandırılması tartışmalıdır. Ceza hukuku nereye kadar ahlakı koruyacaktır, bunun sınırı net değildir.

3. Cezalandırma–din ilişkisi

Tarihsel süreçte, suç ve cezanın ihdası yasa koyucunun, başka bir deyişle beşeri iradenin ürünü olmadan önce suçların kaynağı ilahi kabul edilmekteydi ve suçlar ile günahlar aynı kabul edilmekteydi.[504] Bugün de hukukun kaynağını din olarak kabul

---

[501] Toroslu, 2004, s. 878.
[502] Toroslu, 2004, s. 878.
[503] İçel–Donay, 2005, s. 17.
[504] Faruk Erem, "Ceza Hukuku Bakımından Vicdan ve Din Hürriyeti", *AÜHFD,* C. 8, S. 3-4, 1951, s. 61.

eden devletler açısından, cezalandırmanın kaynağı da dindir. Örneğin İran Anayasasının ilk maddesinde devletin İslami esaslara dayandığı belirtildikten sonra, 4. maddede ceza hukuku dahil tüm yasa ve düzenlemelerde İslam'ın ölçüt alındığı yazılmaktadır.

Seküler devletlerde de hukuk kurallarıyla din kurallarının çakışması ve çatışması mümkündür. Aynen ahlak-ceza hukuku ilişkisinde olduğu gibi, toplumsal yaşantıyı düzenleyen kurallar getiren din ile aynı amacı taşıyan hukuk benzer özelliklere sahiptir. Bununla birlikte dinin yasakladığı her şey suç olarak düzenlenemeyeceği gibi, hukukun cezalandırdığı her şey dinen yasak olmayabilir. Aynı zamanda dinin bir günah için öngördüğü ceza ile hukuk düzeninin bu günaha benzer bir suça karşı yaptırımı farklı olabilir.

Ceza hukuku açısından dinin başka bir açıdan önemi ise, din özgürlüğünün buna karşı ihlallerin cezalandırılması yoluyla korunmasıdır. Örneğin 5237 sayılı TCK'nin 115. maddesi "İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme", 153. madde "İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme" suçu olarak düzenlenirken; hakaret suçunda dini değerleri aşağılamak daha ağır ceza gerektiren bir suç olarak düzenlenmiştir.

Bir dinin gereğini yerine getirme veya bir ibadet şekli yasakoyucu tarafından suç olarak düzenlenebilir mi? Öncelikle modern ceza hukukunda hareketsizliğin, dolayısıyla salt düşünmenin veya bir şeye inanmanın cezalandırmadığını belirtmek gerekir.[505] Öte yandan ibadet dış dünyaya yansıyan bir hareket olduğundan, ibadetin sınırlanabileceği AİHM içtihatlarınca da kabul edilmiştir.[506] Şüphesiz ki, ibadet şekli diğer bireylerin hak ve özgürlüklerini ortadan kaldıran bir şekilde ortaya çıkıyor ise, bunun sınırlanması mümkündür. Ancak ibadetin kendisinin doğrudan suç kabul edilmez. Köln Eyalet Mahkemesi tarafından 2012 yılında verilen bir karar, ibadet amacıyla yapılan bir eylemin cezalandırılıp cezalandırılamayacağını tekrar gündeme getirmiştir. Köln Eyalet Mahkemesi ailenin rızasıyla tıbbi gereklere uygun sünnet yapan doktorun kasten yaralama suçunu işlediğine hükmetmiştir.[507] Alman kanun koyucu Alman Medeni Kanunun 1631 maddesinde değişiklik yaparak, buraya sünneti dahil etmiş. Böylelikle

---

[505] Ayrıca bkz. Öykü Didem Aydın, "Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu", *TBB Dergisi*, S. 53, 2004, s. 65.
[506] A. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, 9. baskı, s. 347.
[507] Erdal Yerdelen, "Sünneti Kasten Yaralama Suçu Olarak Kabul Eden Köln Eyalet Mahkemesi Kararı ve Alman Kanun Koyucunun Karara Tepkisi", Kamu Hukuku Arşivi, Y. 16, S. 1-32, 2013, s. 3.

sünnet yapmak, bir kanun hükmünün yerine getirilmesi şeklinde hukuka uygunluk nedeni olmuştur.[508] Kanımızca, bu karar fazlasıyla zorlama bir karardır. Yaygın olarak uygulandığı bilinen bir ritüelin suç olarak cezalandırılması mümkün olmamalıdır.

Seküler bir devlette, hukuk düzeni tamamen beşeri iradenin ürünüdür. Dolayısıyla hukuk düzeni ve hukuk normları dini kurallara dayandırılamaz. Öte yandan, din ve inanç özgürlüğünü sağlamak vazifesi olan hukuk düzeninin, kişilerin din özgürlüklerinin, bu özgürlüğe yönelik ihlallerin cezalandırılması yoluyla sağlanması gerekir. Dine aykırı her davranış suç olmamakla birlikte, din özgürlüğünü engelleyen davranışların suç olması, hukuk devletinin gereğidir.

4. Cezalandırma–kültür ilişkisi

Suç ve cezanın, toplumsal kültürle uyumlu olması zorunludur.[509] Bu uyum gerek kanun koyucu gerekse kanunun uygulandığı kimseler bakımından önem taşır. Kanun koyucu içinde yaşadığı toplumun kültürel değerleriyle çelişen bir kanun yapamayacağı gibi, yaptığı takdirde bunun topluma uygulanması mümkün olmayabilir. Bu sebeple, kanunun toplumun sahip olduğu kültürel değerlerle açıkça çelişmemesi gerekir.

Suç esas olarak, toplumsal yaşantıda kendiliğinden ortaya çıkan bir durumdur. Başka bir anlatımla, toplumun kültürel kodları uygun ve uygun olmayan davranışları doğaçlama olarak belirler. Suç öncelikle sosyolojik bir olgudur. Kanun koyucu ceza normu yaratırken, kültürel kodlardan yararlanır. Toplumun cezalandırılmasını istediği bir eylemi cezalandırmaktan çoğunlukla imtina etmeyeceği gibi, cezalandırılmasını yersiz gördüğü bir davranışı da cezalandırma yoluna gitmez. Ancak ahlak ve din ile ceza hukuku ilişkisinde olduğu gibi, kültür ve ceza hukuku her zaman birebir örtüşmeyebilir. Bunun en iyi örneği 5237 sayılı TCK'nin yetişkinler arası rızaya dayalı ensest ilişkiyi suç saymamasıdır. Türk toplumunda nefretle karşılanan ve sosyolojik olarak suç kabul edilen bir fiili kanun koyucu müstakil bir şekilde suç olarak düzenlememiştir. Yine benzer bir şekilde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile kabahat olarak düzenlenen dilencilik fiili, toplumun kültürüne çok aykırı olmayabilir. Daha doğrusu, toplumun üyeleri dilencileri kötü gözle görmeyebilir. Aksi takdirde hiç

[508] Yerdelen, 2013, s. 8.
[509] İçel–Donay, 2005, s. 4.

olmaması gerekirdi. Belki yasama üyelerinden bazıları bile, bu kanunun kabulünden hemen sonra gittiği bir caminin kenarında dilenen birine para vermiş olabilir.

Sonuç olarak, suç önce toplum tarafından belli bir zaman aralığında kendiliğinden belirlenir. Kanun koyucunun görevi ise, toplumun suç kabul ettiği davranışları doğru belirleyerek, bunu kodifiye etmektir. Öte yandan, evrensel hukuk ve insan hakları anlayışının karşısında kültürel değerler ikinci planda kalabilir.

Suç kabul edilen fiil ve dolayısıyla buna uygulanacak ceza yaptırımı mekana ve zamana göre değişir. Bir toplumda suç kabul edilen bir fiil, diğer bir toplumda suç olarak değerlendirilemeyeceği gibi, bir toplum için bir zamanlar suç olarak algılanan fiiller, zamanla suç olmaktan da çıkarılabilir. Suç bir toplumsal ilişkinin sonucu olduğuna göre, suç kabul edilen fiillerin toplumdan topluma farklılık göstermesi kaçınılmazdır.

Toplumların kültürel ve milli özellikleri birbirinden farklı olduğu için, bir ülkede suç olan bir fiilin her zaman başka bir ülkede de suç kabul edilmesi düşünülemez. Bütün dünya ülkelerini kapsayan bir ceza kanunun yapılabilmesi mümkün görünmemektedir.[510] Bütün dünyada geçerli olabilecek bir ceza kanunu yapılamamakla birlikte bazı suçların evrensel olarak geçerli olduğunu ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

B. Cezalandırma Siyasal Bir İradenin Sonucudur

Modern toplumda suç koyma ve cezalandırma beşeri iradenin ürünüdür. Bu yetkilere sahip beşeri irade ise bir siyasetin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Gerek suçların belirlenmesi, gerekse bunlara verilecek cezanın takdiri siyasal iktidarın izlediği politika ile çok yakından ilgilidir. Siyasal toplumun yakın ve uzak geleceğini belirlemek amacıyla, temel siyasal hedeflerini oluşturmak, yasama organının çıkaracağı kanunlar yoluyla olmaktadır.[511]

Siyasal iktidar, izlediği siyasal çizgiyle çelişen insan davranışını cezalandırma veya cezasını artırmak yolunu tercih edebileceği gibi, kendi siyasetiyle örtüşen ancak mevcut sistemde suç olan davranışları suç olmaktan veya cezalandırmaktan vazgeçebilir. Sonuçta, suç ve cezaları belirleyen yasaların parlamentolarca kabulünde, diğer

[510] Önder, 1992, s. 6.
[511] Gül, 2010, s. 56.

yasalardan bir fark bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, suç ve ceza ihdası sıradan bir yasama faaliyetidir. İşte bu faaliyet sırasında, yasa koyucu toplumsal beklentiler, din, ahlak vb bir takım ölçütleri dikkate almakla birlikte, anayasa dışında kendini sınırlayan bir güç yoktur. Bununla birlikte suçların ve cezaların belirlenmesi de alelade bir yöntemle olmaz. Yasa koyucunun bir ceza siyaseti oluşturarak, suçlarla mücadele etmesi ve böylece toplumsal huzur ve güvenliği sağlaması gerekir.

Devlet ceza normuyla bazı davranışları toplum açısından tehlikeli ve zararlı kabul ederek yasaklar. Bu aynı zamanda bir değerlendirmenin sonucudur. Şöyle ki; yasaklamak bir davranışın devlet nezdinde anti-sosyal olduğu anlamı taşır ve bir davranışın devletin amaçlarına aykırı olduğunu nitelendirmek ise değerlendirmek anlamına gelmektedir.[512]

1. Cezalandırma–siyaset ilişkisi

Cezalandırma ve siyaset ilişkisini iki temel noktada ele almak yararlı olacaktır. Öncelikle siyaset denildiğinde siyasetin bir dar anlamı bir de geniş anlamından bahsetmek gerekir. Siyaset geniş ve yaygın anlamıyla, bir devleti yönetme, idare etmektir.[513] Bu anlamda bir ülkede hukukun yaratıcısı da siyasi irade olduğundan, hangi davranışların sapma davranış olduğunu ve bunlara ne tür yaptırım uygulanacağının belirleyicisi siyaset kurumudur. Dar anlamıyla siyaset (*policy*) ise, belli konularda izlenen ve uygulanan temel ilkeleri, içeriği işaret etmektedir.[514] Bu anlamıyla, suç olan davranış ve bunlara uygulanacak yaptırım ile suçun önlenmesi ve bastırılmasına yönelik diğer ilke ve direktifler suç siyasetini oluşturur.

Toplumsal düzeni korumaya yönelik olarak, çatışan çıkarları ve uyuşmazlıkları ortadan kaldırmaya yönelik normlar oluşturmak ve birlikte yaşama isteğini gerçekleştirmek amacıyla düzenlemelere gitmek, etik-siyasal bir faaliyettir.[515] Suç ve ceza ihdasının etik-siyasal bir faaliyet olması nedeniyle, kurucu iktidarın hukuk düzeninin temeli olarak ortaya koyduğu etik-siyasal düzene uygun olması gerekir. Bu

---

[512] Toroslu, 2011, s. 32.
[513] Fahri Türk, "Siyaset Biliminde Temel Yaklaşımlar, Siyasetin Serüveni ve Metodolojisi", *Siyaset Bilimi'nde Kuram-Yöntem-Güncel Yaklaşımlar*, (ed. Baran Dural), Kriter Yayınları, İstanbul, 2011, s. 6-7.
[514] Türk, 2011, s. 7.
[515] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 7.

bağlamda bir devlette ceza hukukunun şekillenmesinde, anayasal düzen ve uluslararası sözleşmeler en önemli dayanaklardır.[516]

Hukuk sistemi ve dolayısıyla kanunlar, toplumsal yaşantı ve bu yaşantıyı kurallarla düzenleme işlev ve yetkisine sahip siyasal iktidarın sürekli iletişim ve etkileşiminin bir sonucudur.[517] Örneğin feodal dönemde, suç politikası, sürekli olarak kentlere akın etmekte olan yoksulların kontrol altına alınması ve kent yaşamına ayak uyduramayanların kent yaşamı dışına çıkarılmasında etkili olarak kullanılmıştır.[518] Fransız Devrimi'nden sonra yaşanan siyasal gelişmeler, siyasal değişimler ve yaşanan rejim değişiklikleri, hukuk düzenini ve uygulamalarını önemli ölçüde etkilemiştir ve bu etkilenmenin en çok yaşandığı alanlardan birisi de ceza hukuku alanıdır.[519] Ceza hukuku kurallarının kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlaması, suç ve cezanın sadece devlet tarafından ve kanunilik ilkesi doğrultusunda yasama organı tarafından konulması, ceza hukukunun siyasal yönünü daha da belirgin hale getirmektedir.[520]

Hukuk, yasama ve yürütme ile şekillenen siyasal iktidar tarafından oluşturulmakla birlikte, hukukun oluşumunda etkili olan tek güç siyasal iktidar değildir. Yasama tarafından kabul edilen ve yürürlüğe konan hukuk kuralları, yargının işleyişinde önemli değişimlere uğramaktadır.[521] Toplumsal olaylar ve değişimler, siyasal akımlar, ekonomik ilişkiler, kültürel ve eğitsel olaylar da hukukun oluşum ve değişiminde etkili unsurlardır. Bu değişim siyaset alanında da yaşanmaktadır.[522]

Hukuku yaratmak sadece siyasetin işi olmamakla birlikte, hukukun kısmen bir siyasi tedbir olduğu söylenebilir.[523] Nitekim ceza adalet sistemlerinin amacı toplumun varlığın temel koşullarını korumaktır. Bunun yanı sıra, ceza hukuku belli ölçüde siyaset ve tarih tarafından şekillendirilmekte ve devlet düzeninin tipine göre değişen menfaatlerin korunmasına hizmet etmektedir.[524] Demokratik-totaliter, liberal-sosyalist, ferdiyetçi-kollektivist anlayışlar; ceza hukukunun idrak edilişi ve hukuksal kategori ve araçların kullanılış biçimine yansıyan ideolojik-siyasi-ekonomik bir içeriğe sahiptir.

---

[516] Hafizoğulları–Özen, 2010, s. 7.
[517] Köksal Bayraktar, "Ceza Hukuku ve Siyaset", *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, C. 1, (der. M. Murat İnceoğlu), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 128.
[518] Yiğiter, 2005, s. 62.
[519] Bayraktar, 2008, s. 128.
[520] Bayraktar, 2008, s. 128-129.
[521] Bayraktar, 2008, s. 129.
[522] Bayraktar, 2008, s. 129.
[523] Dönmezer, 1987, s. 12.
[524] Toroslu, 2004, s. 876.

Ceza hukukunun özgürlükleri sınırlayan yaptırımlar sistemine sahip olması, temel insan haklarını korumak yanında, bunları reddetmek için de kullanılabilir.[525]

Suçlar konusunda ortak bir çekirdek alanın (öz) yanı sıra, genişliği kanun koyucunun tercihlerine bağlı olarak değişen bir alan söz konusudur. Bu suçların pek çoğu öznel olarak devleti yöneten gurubun veya grupların özel siyasi ve sosyal eğilimlerinden kaynaklanmaktadır.[526] Öte yandan ceza hukuku toplumun varlığının temel koşullarını garanti altına aldığından, onun tamamen siyasal bir tercih olduğu ileri sürülemez.[527]

2. Suç siyaseti

Toplumun ceza hukuku yoluyla en etkin bir şekilde korunması teknik ve taktiğine suç siyaseti denir.[528] Suç siyaseti ile suçun sebepleri araştırılarak, toplumsal düzeninin korunmasına yönelik en uygun suç tipleri ve suçların unsurlarının tespiti yoluna gidilecektir. Yaptırımların suçlara olan etkileri araştırılacak ve aynı zamanda kişilerin özgürlüklerine gereken saygı gösterilecektir.[529]

Suç siyaseti, cezanın faydalı bir yaptırım olarak özellik ve ölçüsü itibariyle suçlunun üzerine bir kötülük yükleyerek, ileride başka suçlar işlemesini önlemeye yönelik amaçlar ve bunu gerçekleştirmek için geçerli hukuk düzeninin sağladığı güvenli araçlar ile geleceğin mevzuatına ilişkin bir programın geliştirilmesine yönelik çalışmalar olarak tanımlanabilir.[530] Başka bir tanımla suç siyaseti, siyasetin suç önlemeye yönelik özel biçimi olup; her toplumun suça karşı göstermesi gereken direnci sevk ve idare sanatıdır.[531]

Suç siyaseti kavramı Von Liszt tarafından ortaya atılmış; başta Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyinin suç önlemekle ilgili bölümleri başta olmak üzere, birçok araştırma enstitüsü tarafından üzerinde durulmuş ve geliştirilmiştir.[532] Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu 1983 yılında 361. toplantısında aldığı tavsiye kararında suç

---

[525] Toroslu, 2004, s. 876.
[526] Toroslu, 2004, s. 878.
[527] Toroslu, 2004, s. 875-876.
[528] Önder, 1992, s. 18.
[529] Önder, 1992, s. 18.
[530] Sulhi Dönmezer, "Suç Siyaseti", *İÜHFM*, C. 52, S. 1-4, 1987, s. 1-2.
[531] Dönmezer, 1987, s. 5.
[532] Dönmezer, 1987, s. 2-3.

siyasetini, toplumu suça karşı korumayı hedefleyen cezaî ve diğer nitelikli tedbirler ve araçlardan oluşan politika olarak tanımlamıştır.[533]

Dönmezer suç siyasetini, genel ve özel önleme dahil, suça karşı direnç ve mücadele hedefleri belirlemek, araçları tespit ederek, bunların nasıl kullanılacağını göstermek üzere oluşturulan stratejiler ile bunları uygulanma sanatı olarak tanımlamaktadır.[534] Dönmezer'e göre, bir ülkede geçerli ceza mevzuatının mutlaka belirlenmiş, kısım ve unsurları itibariyle ahenkli bir yapıya sahip olması ve aynı zamanda değişen sosyal şartlara uydurulabilecek bir esneklikte olması gerekmektedir. Bunun için de ceza hukuku yöntemi ve ceza yaptırımıyla gösterilen tepkilerin bir suç siyasetine dayandırılması gerekmektedir.[535] Demirbaş ise suç siyasetini, ceza hukukunun müdahalesinin ne üzerine olup olmayacağına karar veren esaslı bir kontrol politikasıdır.[536]

Suç siyaseti, ceza hukukundan daha geniş olarak ceza adalet sisteminin araç ve mekanizmalarıyla suçun bastırılması;[537] toplumun ceza hukuku ile etkin bir biçimde korunma stratejisi, taktik ve tekniğidir.[538] Ceza hukukunun bu işlevi yerine getirebilmesi için ise, suçun sebeplerini araştırarak, toplumun korunmasına yönelik en uygun suç tiplerini belirlemek ve yaptırımların suça olan etkisini tespit edecek; bütün bunları yaparken kişi hak ve özgürlüklerini korumaya azami gayret gösterecektir.[539]

Anayasa Mahkemesi birçok kararında ceza hukuku-siyaset ilişkisini şu şekilde ortaya koymuştur: "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."[540]

2004 Ceza Reformunu gerçekleştiren Adalet Komisyonu, raporunda suç siyasetini şu şekilde tanımlamıştır:

---

[533] Dönmezer, 1987, s. 6.
[534] Dönmezer, 1987, s. 7.
[535] Dönmezer, 1987, s. 6.
[536] Timur Demirbaş, *Kriminoloji*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 48.
[537] Dönmezer, 1987, s. 7.
[538] Önder, 1992, s. 18.
[539] Önder, 1992, s. 18.
[540] AYM, E. 1980/63; AYM, E. 1985/31.

> Suç siyaseti, barış esasına dayalı toplum düzeninin devamı için hukuka aykırı fiillerin hangilerinin suç olarak tanımlanması gerektiğinin belirlenmesinde izlenen yolu göstermektedir. Hukuka aykırı herhangi bir fiile suç niteliğini kazandıran koşullar, izlenen suç siyaseti ile belirlenmektedir.[541]

Suç siyaseti ile suçla ilgili diğer bilim dalları arasında yakın ilişki söz konusudur. Örneğin suç siyaseti belirlenirken, kriminolojik araştırma ve verilerden yararlanmak zorunludur.[542] Suçluluğu bilimsel metotlar çerçevesinde betimlemeye ve açıklamaya çalışan kriminolojiden farklı olarak suç siyaseti, suçluluğu önleme ve ceza sistemini etkin bir biçimde işletmek amacıyla, tespit edilen hedeflere ulaşmak için nelerin yapılması gerektiğini gösterir bir stratejidir.[543]

Dönmezer'e göre, geliştirilmiş bir suç siyasetinin içermesi gereken özellikler şunlardır:[544] 1- Yeni reformların ve tedbirleri uygulayacakların alanda yetkin kişiler olması. 2- Yeniliklere karşı gerçekleşebilecek sosyal dirençlere karşı tedbirler geliştirmek ve özellikle ceza adalet sisteminin süjelerini bu yönde eğitmek. 3- Suç stratejisini sağlam bilgiler üzerine bina ederek; kanun koyucuyu ve hükümeti bu yönde bilgilendirmek ve reformlarla ilgili olarak kamuoyunu aydınlatmak. 4- Geliştirilen stratejinin uygulanmasıyla gerçekleşebilecek sonuçlar önceden tahmin edilebilmelidir.

---

[541] *Adalet Komisyonu Raporu*, 2004, s. 3. Komisyon suç siyaseti ile güdülen amaca ulaşabilmek için, uyulması gereken ana ilkeleri, kusur ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve hümanizm ilkesi olarak belirlemiş ve kanun yapımında bu ilkeleri göz önünde bulundurmuştur. Komisyona göre;
Kusur ilkesi, ceza yaptırımının, ancak işlediği fiilden dolayı kişinin kınanabilmesi durumunda uygulanabilmesini ifade eder. Bu ilke, bir yandan işlediği fiil dolayısıyla kusurlu olmayan bir kimseye ceza verilemeyeceğini ifade ettiği gibi; diğer yandan faile kusurundan daha ağır bir cezanın uygulanmasını yasaklar. Bu bakımdan, salt netice sorumluluğu, kusur ilkesiyle bağdaşmamaktadır.
Hukuk devleti ilkesi, hukukun bireylere sağladığı güvenceyi belirtir. Bireylerin özgürlük alanına en derin müdahalelerde bulunan ceza hukukunun kötüye kullanılmasını önleyici önlemlerin yine hukuk düzeni tarafından konulması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, belirlilik ilkesi, kıyas yasağı, geçmişe uygulama yasağı, hukuk devleti ilkesinin gerekleridir./ Devletin hukuka bağlılığının ideal bir biçimde gerçekleştirilebilmesi için ceza kanunlarının içerik yönünden nasıl düzenlenmesi gerektiğini, hukuk devleti ilkesi belirler. Bu anlamda, ceza kanununun insana saygı esasına dayanması, işkence ve eziyet niteliğini gösteren uygulamaları etkin bir biçimde yasaklaması, insan onuruyla bağdaşmayan cezalar içermemesi, hâkimlerin keyfi ve duygusal biçimde hüküm vermelerine yol açabilecek kavram ve tanımlara yer vermemesi, ceza ve güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında fiilin ağırlığı ve failin tehlikeliliğinin göz önünde bulundurulması, hukuk devleti ilkesinin gereği olarak ortaya çıkmaktadır.
Hümanizm ilkesi, suç siyasetinin üçüncü ana ilkesini oluşturmaktadır. Bundan amaç, suç işleyen insanın yeniden sosyalleştirilmesi ve toplumsal sorumluluğa sahip bir birey durumuna getirilmesi hedefinin izlenmesidir. *Adalet Komisyonu Raporu*, 2004, s. 3-4.
[542] Dönmezer, 1987, s. 13.
[543] Dönmezer, 1987, s. 13.
[544] Dönmezer, 1987, s. 19–23.

5- Suç stratejisi sonuç hedefler (gaiyet) ve bu hedefler doğrultusunda alt hedefler içermelidir.[545] 6- Suç siyaseti, çağdaş toplumun değerlerine, beklentilerine, ihtiyaç ve şartlarına çözümler getirmelidir. 7- Suç stratejisinin tespitinde ve uygulanmasında, amaç ve hedeflere hangi araçlarla ve nasıl ulaşılacağının; karşılaşılacak somut problemlerin nasıl çözümleneceğinin belirlenmesi gerekir. 8- Suç stratejisi, araştırma verilerine dayandırılmalıdır. 9- Suç siyasetinin içeriği ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilir. 10- Suç siyasetinin bir strateji olarak tespitinde disiplinler arası çalışmaya ihtiyaç vardır.

Bir ülkede suç siyasetini öncelikle yasama ve yürütme organları belirlemektedir. Bununla birlikte demokratik toplumlarda kamuoyu, çeşitli kuruluşlar ve örgütler yoluyla suç siyaseti ile ilgili çeşitli istek ve çekincelerini yansıtmaktadır.[546] Suç siyasetinin başarıya kavuşması için etkinliğinin kriminolojik araştırmalarla ortaya konması gerekir. Ceza adalet sistemi süjelerinin hedef ve beklentileri ile bunların karşılaşma oranı araştırılmalı; suç siyasetinin uygulanmasıyla ortaya çıkan fayda-maliyet analizini yapmak gerekmektedir.[547]

[545] Dönmezer, 1987, s. 20.
[546] Dönmezer, 1987, s. 25–26.
[547] Dönmezer, 1987, s. 28–29.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZALANDIRMA YETKİSİNİN İÇ HUKUK BAKIMINDAN SINIRLARI

(İç Egemenliğin Sınırı ve Cezalandırma Yetkisi)

I. EGEMENLİĞİN DÖNÜŞÜMÜ ÜZERİNE TARTIŞMALAR VE CEZALANDIRMA YETKİSİ

Birinci bölümde egemenlik–cezalandırma ilişkisi detaylı bir şekilde açıklanmaya çalışılmıştır. Cezalandırma yetkisinin devletin egemenliğinin bir sonucu olduğu ortaya konduktan sonra, cezalandırma yetkisinin sınırı üzerindeki tartışmaların doğrudan ve dolaylı olarak egemenlikle ilişkili olduğunu söylemek gerekir. Cezalandırma yetkisi, devletin egemenliğinin bir sonucudur. Öyle ki; cezalandırma yetkisi devletin sahip olduğu en önemli tekelden biridir. Daha da ötesi cezalandırma yetkisi, devletin varlığının; koyduğu hukuk düzeninin işlemesinin bir garantisidir. Elbette hukuk düzenin işlemesinde, cezalandırma dışında başkaca bir takım mekanizmalardan da söz edilebilir. Ancak devlete itaati mecbur kılan şey, bu cezalandırma gücünün varlığıdır.

Klasik egemenlik söz konusu olduğunda ilk akla gelen şey, mutlaklık veya sınırsızlıktır.[1] Dolayısıyla klasik egemenlik anlayışının söz konusu olduğu dönemlerde, cezalandırma yetkisinin sınırlarından söz etmek mümkün değildir. Ancak sınırlı hükümet ve insan hakları düşüncesinin ortaya çıkışıyla ve özellikle anayasacılıkla birlikte gelişen hukuk devleti anlayışıyla birlikte, egemenliğin mutlaklığından söz edilemeyeceği gibi, buna bağlı olarak cezalandırma yetkisinin sınırsız olduğundan bahsedilemez. Egemenlik anlayışında yaşanan değişim ve dönüşüm, kendini cezalandırma yetkisinde de göstermekte ve doğal olarak, bu değişime paralel cezalandırma yetkisi de daha sınırlı bir forma kavuşmaktadır.

---

[1] Yusuf Şevki Hakyemez, *Mutlak Monarşiden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Seçkin, Ankara, 2004, s. 104.

Günümüzde egemenlik üzerindeki tartışma çok çeşitlidir. Egemenliğin tamamen ortadan kalktığına yönelik fikirlerden, egemenlikte sadece evrimsel bir değişme olduğu yönündeki görüşlere kadar geniş bir tartışma alanı bulunmaktadır. Ancak gerçek olan şudur ki; bugün egemenlik denilence, birinci bölümde genel hatlarıyla yer verilen mutlak bir egemenlik anlayışından söz etmek söz konusu değildir. İster egemenliğin eski formunun son bulduğu kabul edilsin, isterse basit bir formel değişim olduğu iddia edilsin; cezalandırma iktidarı bu değişimden etkilenmiştir. Daha doğrusu, egemenlikteki aşınma kendini cezalandırma yetkisinin mutlaklığında da göstermektedir. Bugün mutlak ve sınırsız bir cezalandırma yetkisinden söz edilemez. İşte bu tezin asıl çekirdeğini cezalandırma yetkisinin sınırının ne olduğu, daha doğrusu bu sınırı sağlayan kurumların ve araçların neler olduğu oluşturmaktadır.

Egemenlikteki dönüşüm belki de en çok cezalandırma iktidarında kendini göstermektedir. Zira mutlak egemenliğin aşınmasında en önemli etken, insan hakları anlayışının ortaya çıkışı, insan haklarının uluslararası boyutta kabulü ve koruma mekanizmasına kavuşmuş olmasıdır. Suç ihdası ve cezalandırma yetkisinin insan haklarıyla yakın ilişkide olması nedeniyle insan hakları alanındaki gelişmeler, doğrudan cezalandırma yetkisini de etkilemektedir.

Egemenliğin iki yönü bulunduğu, birinci bölümde ayrıntısıyla açıklanmıştır. Egemenliğin dönüşümünden hem iç egemenlik hem de dış egemenlik anlaşılmalıdır. Nitekim Aydınlanma ile birlikte kuvvetler ayrılığı düşüncesinin kabul görmesi ve bunun hemen sonrasında dünyayı anayasacılık rüzgârının sarmasıyla birlikte, devletin kendi kendini sınırlaması söz konusu olmuştur. Başka bir anlatımla, devletlerin yönetimine hâkim olmaya başlayan kuvvetler ayrılığı ve anayasacılık ilkeleri, devletlerin kendi kendilerini sınırlaması ve devlet gücünü kullananların yine devletin gücünü kullanan başka organlarca denetlenmesi sonucunu ortaya çıkarmıştır. İşte bu *oto-limitasyon* (kendi kendini sınırlandırma) pek doğal olarak cezalandırma iktidarında da kendini göstermiştir.

Sonuçta iç egemenlik çok çeşitli etkenlerle dönüşüme uğramaktadır ve mutlak egemenlik anlayışından uzaklaşılmaktadır.[2] Cezalandırma yetkisindeki dönüşüm, öncelikle iç egemenlikteki dönüşümden kaynaklanmaktadır. Devletlerce klasik egemenlik anlayışının ötesine geçen bazı ilke ve kurumların benimsenmesiyle iç

[2] Hakyemez, 2004, s. 104.

egemenliğin dönüşümü gerçekleşmektedir. Dönüşüme neden olan ilke ve unsurlar tamamen iç hukuktan kaynaklanmaktadır. Bu ilke ve kurumlar ya devrimler yoluyla hızlı bir şekilde gelişmekte ya da evrimsel bir yolla uzun zaman içersinde kendiliğinden gerçekleşmektedir. Her ne şekilde olursa olsun, devletlerin kendi yetkilerine bizatihi kendilerinin sınır koymaya başlamasıyla birlikte, mutlak egemenlik ve dolayısıyla sınırsız bir cezalandırma yetkisinden söz edilmemektedir.

A. Egemenliğin Dönüşümü ve Sınırlı Egemenlik

Devletin cezalandırma yetkisinin sınırları söz konusu olduğunda, devlet gücünün sınırlarından söz etmek yararlı olacaktır. Zabunoğlu devlet gücünün sınırlanmasını üç başlık altında incelemiştir.[3] Öncelikle devlet gücünün sınırı, devletin var oluş sebebi (hikmeti vücut) ile açıklanmaktadır. Nitekim müşterek yarar (müşterek hayr – umumi hayr) için kurulmuş devletin öncelikli sınırı işte bu müşterek yarardır. İkinci olarak devlet gücünün normatif sınırlarından söz etmektedir. Burada normatif sınırlar, ahlakî sınırlar ve hukuki sınırlar olarak ikiye ayırmakta; anayasa, kanunlar, seçimler, çift meclis sistemi, yargısal denetim ve yarı-doğrudan demokrasi araçları normatif sınırlar içinde kabul etmektedir. Son olarak devlet gücünün sosyal gerçekliğe karşılık gelen sınırlarından başka bir söylemle, iktidara etki eden baskı unsurları, siyasi partiler, sendikalar ve diğer topluluklardan söz etmektedir.

Zabunoğlu, devlet gücünün ikinci sınırı olarak normatif sınırları göstermekte ve bunu temel olarak ahlakî sınırlar ve hukukî sınırlar olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Buradaki ayrım ahlakın otonom; hukukun ise hetoronom oluşudur.[4] Daha açık ifadeyle, ahlakın yürürlük kaynağı içtedir ve bunun sonucu olarak sorumlu olunan vicdandır; hukukun yürürlük kaynağı ve sorumlu olunan makam dıştadır, yani devlettir.[5] Ahlakî sınır, devlet gücünü kullananların sahip olacağı adalet ve hakkaniyet duygusu, hak ve özgürlüklere saygı ve gerçeklere bağlılık gibi bazı ahlaki değerlere sahip olmasıyla sağlanan oto-limitasyondur. Burada ahlaki sınırlar, devlet gücünün kendisine yönelik değil, ancak onun gücünü kullanan gerçek kişilerin, başka bir deyişle siyasal gücü

---

[3] Yahya Kazım Zabunoğlu, *Devlet Kudretinin Sınırlanması (Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak)*, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1963, s. 180 vd.
[4] Zabunoğlu, 1963, s. 194.
[5] Nihat Bulut, "Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4, S.1–2, 2000, s. 31.

elinde bulunduranların davranışlarını sınırlamasıdır.[6] Hukukun devlete hakim olmasıyla birlikte, ahlaki sınırlamanın etkisinin azaldığı ileri sürülse de ahlaki değerler kimi zaman modern devlette yazılı hukuktan daha çok etki edebilmektedir. Nitekim yüksek yöneticileri görevlerine başlarken çoğunlukla yemin etmektedirler ve doğrudan kişinin kendisini sınırlaması amacı taşımaktadır.[7]

İç egemenlikteki dönüşümle ilgili olarak, bu dönüşüme etki eden başlıca dört hususta söz edilebilir. Bunlardan birincisi devletlerin kendilerinden kaynaklanan ve kendi istekleriyle egemenliklerini sınırlamaları anlamını taşıyan anayasacılıktır. İkincisi, temelleri anayasacılıkla birlikte atılan ve devlet gücünü farklı organlar arasında paylaştırılarak, gücün bir elden mutlak bir şekilde kullanılmasının önüne geçmeyi amaçlayan kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Üçüncüsü hukuka bağlı olmayan ve eylemlerinden sorumlu olmayan devlet gücünün, zamanla hukuka bağlı ve eylemlerinden sorumlu hale gelmesi anlamı taşıyan hukuk devleti ilkesidir. Dördüncü olarak, insan hakları anlayışının gelişmesiyle egemenliğin mutlak olmaktan çıkıp, hukuk düzenince haklar çerçevesinde kullanılmaya başlanmasından söz edilebilir. Bugün dünyadaki tüm devletler açısından söz konusu olmasa da federalizm, iç egemenliğin kullanımında mutlak egemenlikten çok farklı bir yerde durmaktadır.

1. Anayasacılık

Devlet gücünün hukuki sınırları, hetoronom kaide sınırlamaları olarak, dogmatik hukuk ile hukuksal kurumların yarattığı sınırlamalar oluşturmaktadır. Modern devletlerde anayasa devlet gücünü organize eden, onun içeriğini belirleyerek, devlet gücünün kullanma şart ve usullerini belirleyen, temel hukuki metindir.[8]

Tarihsel süreçte devletin ortaya çıkmasıyla birlikte, belli bir süre ayakta durabilmiş her devlette yönetime hâkim olan anlayış ve bazı temel ilkelerden söz etmek mümkündür. Ancak devlet yönetimine hâkim olan ve aynı zamanda yöneticileri de bağlayan temel kaidelerin yazılı hale gelmesi, nispeten çok geç bir döneme tesadüf etmektedir. Öncesinde siyasal iktidarı bağlayan bazı yasa veya anlaşmaların varlığından söz etmekle birlikte, bugünkü kullandığımız anayasaların ortaya çıkışı 18. yüzyılın

[6] Zabunoğlu, 1963, s. 195.
[7] Zabunoğlu, 1963, s. 196.
[8] Zabunoğlu, 1963, s. 198.

sonlarına rastlamaktadır. Yazılı anayasalar nispeten yeni olmakla birlikte, "anayasa" fikri çok eskidir. Yazılı anayasaların ortaya çıkışı ise, siyasal iktidarı sınırlama çabasının nesnel bir sonuca ulaşmasıdır.[9] 18. yüzyılın sonlarından itibaren devletler "sınırlı hükümet" (*limited government*) ve "kendi kaderini belirleme" (*self-determination*) ilkelerininhayata geçirilmesiyle ortaya çıkan temel yasaları kabul etmeye başladılar. [10] 20. yüzyılın başlarından itibaren dünyada anayasa yapımcılığı giderek artarak, adeta modalaşmıştır. Nitekim anayasalar, sadece siyasal iktidarın sınırlandırılması ve temel hak ve özgürlüklerin korunması amacını taşımakla kalmayıp, aynı zamanda devletin örgütsel yapısını düzenleyen temel belgeler haline gelmiştir.[11]

Anayasacılık fikrinin temeli, bireylerin özgürlüğü önünde en büyük tehdit olan sınırsız ve keyfi iktidarı etkili bir şekilde sınırlandırmaktır.[12] Hukuk devleti fikrinin gelişimiyle de birlikte, anayasalarda temel hak ve özgürlükler, kanuni idare ilkesi, idarenin yargısal denetimi, kuvvetler ayrımı yanında suç ve cezaların kanuniliği, bağımsız yargı ve devletin mali sorumluluğu gibi ilkelerin yer alması; devlet gücünün anayasa tarafından sınırlandırılması anlamına gelmektedir.[13] Öte yandan bu tür ilkelerin varlığı veya tek başına yazılı anayasa siyasal iktidarın sınırlanması anlamına gelmez. Nitekim dünyada otoriter ve totaliter birçok sistemde yazılı anayasaya rastlamak mümkündür.[14]

Dünyada anayasaların giderek, devletin hukuki statüsünü belirleyen bir belge olarak algılanması nedeniyle, anayasa hukuku genel teorisinde, anayasaların pratiği ile ilgili olarak "anayasal" kavramı ortaya atılmıştır. Buna göre anayasal devlet, "anayasanın bireylerin dokunulmaz alanlarını korumak üzere siyasal yönetim üzerinde etkili bir kısıtlayıcı olarak işlev gördüğü devlettir."[15] Buna karşın anayasacılığın ruhundan uzaklaşarak, temel hak ve özgürlükleri güvenceye almayan ve siyasal iktidarı sınırlamaya gitmeyen ve sadece siyasal iktidarın örgütlenmesini düzenleyen anayasalara sahip devletlerin, anayasal olarak nitelendirilemeyeceği ve bunlara "anayasalı" devlet denilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.[16]

---

[9] Zabunoğlu, 1963, s. 198–199.
[10] Thommas E. Patterson, *The American Democracy*, McGraw Hill, New York, 7. baskı, s. 38.
[11] Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınevi, Ankara, 2007, 4. baskı, s. 30.
[12] Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 21.
[13] Zabunoğlu, 1963, s. 200.
[14] Zabunoğlu, 1963, s. 201.
[15] Erdoğan, 2007, s. 31.
[16] Erdoğan, 2007, s. 33.

Anayasal devlet, sadece bir devlette anayasanın varlığı değil, aynı zamanda anayasanın uygulanışıyla ilgili bir meseledir. Anayasal devleti, kısaca anayasacılıktan beklenen asgari koşulların pratikte de hayat bulması; anayasanın hak ve özgürlüklere yönelik hem güvenceli hükümler taşıması hem de bunun uygulanabilmesidir. Anayasal bir devletten söz edilebilmesi için, hak ve özgürlükler açısından güvenceler getiren anayasanın üstünlüğünün kabul edilmesi, kuvvetler ayrılığı olması, hukuk devletinin gereklerinin yerine getirilmesi ve insan hakları ve kamu özgürlüklerinin gerçek hayatta yer bulması ve ihlal edilmeden uygulanması gerekir.

Anayasanın hukuk düzeninde kendinden beklenen etkiyi gösterebilmesi için hukuk düzenindeki diğer normların üzerinde olması gerekir. Anayasanın üstünlüğü, genel bir değerlendirme ile hukuk düzenindeki en üstün normun anayasa olduğunu ve bu üstünlük sebebiyle devletin tüm organlarının anayasaya uygun davranmasını ifade etmektedir. [17] Cezalandırma yetkisini kullanacak devlet organlarının sınırından ve cezalandırmanın sınırlılığından söz edebilmek için, yetki sahibi organların bağlı olduğu üstün hukuk normlarının olması gerekir. Aksi halde, anayasanın üstünlüğü ilkesinin geçerli olmadığı bir devlette, cezalandırma yetkisinin sınırlarını belirleyebilmek oldukça güçtür.

Anayasanın üstünlüğü öncelikle, anayasanın normatif olarak hukuk düzenindeki diğer normlardan üstünlüğünü ifade etmektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak, yazılı anayasyaa sahip bir devlette anayasaya aykırı bir kanun olamaz. Anayasanın üstünlüğü ilkesi, yasama gücünü kullanan devlet organı önünde en önemli sınırlayıcıdır. [18] Bu öncelikle anayasaya açık bir şekilde aykırı olan kanunun yasama organı tarafından yapılmamasını gerektirir. Eğer bir şekilde anayasaya aykırı bir kanun yapılmışsa, hukuk düzeni içinde bu yasanın varlığına son veren yahut bunu etkisiz kılan mekanizmalar (anayasa yargısı) sayesinde anayasanın üstünlüğü ilkesi gerçeklik bulur.[19]

Anayasanın üstünlüğü ilkesinin diğer bir anlamı anayasal normların genel bağlayıcılığıdır. Bütün devlet faaliyetlerinin anayasaya uygun yürütülmesi gerekir ve ayrıca her türlü kamu gücünün yetki kaynağı anayasadır.[20] Anayasanın kamu gücüne yetki veren ana kaynak olması ve hukuk düzeninde ona aykırı olan normlarının

---

[17] Erdoğan, 2007, s. 33–34.
[18] Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II, Ekin, Bursa, 2011, s. 704.
[19] Erdoğan, 2007, s. 34–35; Hakyemez, 2004, s. 105–106.
[20] Erdoğan, 2007, s. 33.

geçerliliğinin bulunmayışı, egemenliğin anayasa ile sınırlanmasına işaret etmektedir. Bununla birlikte, anayasanın üstünlüğü ilkesinden söz edebilmek için başlıca iki önkoşul, anayasanın yazılı ve katı olmasıdır. Bir hukuk düzeninde alt normların anayasaya aykırı olduğu ancak yazılı bir anayasanın olması halinde ileri sürülebilir. Diğer yandan, anayasa alelade bir kanunla değiştirilebiliyor, yani anayasanın değiştirilmesi özel bir usule tabi değilse, bu durumda yine anayasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirmek mümkün olmayacaktır.[21]

Yazılı ve katı bir anayasanın üstünlüğü ise, ancak kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, yani anayasa yargısı ile sağlanabilir. Anayasa yargısı, normlar hiyerarşisinde anayasanın altında olan normların, başlıca kanunların anayasaya uygun olup olmadığının denetlenmesi, böylelikle anayasaya aykırılığın giderilmesi yoludur.[22] Anayasa yargısı alanında dünyada çeşitli modeller geliştirilmiştir. Yazılı ve katı anayasaya sahip birkaç istisna dışında tüm ülkelerde anayasa yargısı bir şekilde bulunmaktadır. Anayasa yargısı devletin bir hukuk devleti olarak, başka bir deyişle hukukun egemenliğinin var olmasını sağlamaktadır.[23] Nitekim anayasa yargısı yasamanın karşısında insan haklarının korunmasında en önemli araçtır. Geliştirdiği ilkeler karşısında hak ve özgürlükleri yasa koyucuya karşı korumaya alır.[24] Mademki; anayasa üstündür, bu durumda çoğunluğun da buna uyması gerekir ve anayasal düzen kimseye sınırsız yetki tanımaz.[25]

Sonuç olarak, sınırsız olan iktidarı sınırlamak ve hukuk düzeninde siyasal iktidarın da uymaya zorunlu olduğu temel kaideleri belirlemek üzere ortaya çıkan anayasacılık hareketi, bugün dünyada tüm devletleri etkilemiştir. Uygulama bakımından farklılık gösterse de yazılı bir anayasanın varlığı, hemen hemen devletin varlığıyla özdeş kabul edilmektedir. Anayasanın varlığıyla egemenliğin nasıl kullanılacağı kayıtlandırılmış olmaktadır. Siyasal iktidar anayasayla sınırlı, temel hak ve özgürlükler anayasa ile güvence altında olmaktadır. Bu durumda anayasa tarafından belirlenen cezalandırma ilkeleri, siyasal iktidar açısından sınırlayıcı olmaktadır.

---

[21] Erdoğan, 2007, s. 37–38.
[22] İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı,* İmge Kitabevi, Ankara, 1997, 2. baskı, s. 13.
[23] Kaboğlu, 1997, s. 134; Erdoğan, 2007, s. 37.
[24] Kaboğlu, 1997, s. 134.
[25] Erdoğan, 2007, s. 37–38.

2. Kuvvetler ayrılığı

Kuvvetler ayrılığı, devlet yetkilerinin işlevsel olarak ayrılarak farklı organlar tarafından kullanılmasıdır.[26] Sınırlı iktidarı kurumsallaştırma yolunda iktidarın organlar arasında yatay olarak paylaştırılması sonucucudur. [27] Dünyada anayasacılık hareketleriyle birlikte, devlet kuvvetlerini farklı organlar eline vermek, böylelikle gücün tek elde toplanmasını önlemek suretiyle bireysel özgürlüklerin güvenceye alınması adet olmuştur.[28] Zira devlet gücünün kötüye kullanılması, birbirinden bağımsız ve karşılıklı olarak birbirini denetleyen organların varlığı ile önlenebilir.[29]

Kuvvetler ayrılığı teorisi, ilk kez John Locke tarafından ortaya atılmıştır. Hükümet Üzerine İki İnceleme[30] (*Two Treatises of Government*) adlı eserinde Locke, bir devlette yasama, yürütme ve federatif güç olduğundan söz etmiştir.[31] Locke, yasama gücünü diğer güçlerden üstün tutmakla birlikte, yasamanın çıkardığı kanunların uygulanması yürütme gücü tarafından yerine getirilmelidir. Böylelikle kanunları çıkaranlar bunları özel çıkarları için kullanmamalıdır.[32]

Locke'dan yarım yüzyıl kadar sonra Fransa'da Charles Louis de Secondat Baron de Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine (*De L'Esprit des Louis*) eserinde devletin işlevi ve kuvvetler ayrılığı ilkesini daha da geliştirmiştir. Montesquieu, devletin yetki ve işlevini, yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üçe ayırmıştır.[33] Bu üç işlevin bir elde toplanıp, aynı memurlar tarafından kullanılması insanların özgürlüğün sonu olmaktadır. Yönetim tam bir baskı içinde gerçekleşmektedir. Bu sebeple üç gücün ayrı ellerde toplanması gerekir.[34] Örneğin, hükümdar mahkemelerin gördüğü işi görmek isterse, kendi lehine çalışmış olamaz ve sadece etrafındakileri için kendi aleyhine çalışıyor olacaktır.[35] Montesquieu'ya göre, hükümdarlık yetkisiyle mahkeme yetkileri arasında bir çeşit çelişme söz konusudur. Mahkemelerin, daha soğukkanlı hareket ederek,

---

[26] Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. I, Ekin, Bursa, 2011, s. 538; Erdoğan, 2007, s. 69; Hakyemez, 2004, s. 104.
[27] Cengiz Gül, *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 53.
[28] Erdoğan, 2007, s. 69; Gözler, 2011a, s. 538; Hakyemez, 2004, s. 104.
[29] Erdoğan, 2007, s. 69.
[30] John Locke, *Two Treatises of Government*, (Chapter XIII). (e.k. *http://www.efm.bris.ac.uk/het/locke/ government.pdf,* erişim tarihi: 21 Şubat 2011)
[31] Locke, 2011, s. 169.
[32] Locke, 2011, s. 169–170.
[33] Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, (çev. Fehmi Baldaş), Hiperlink Yayınları, İstanbul, 2011, s. 170.
[34] Montesquieu, 2011, s. 170 vd.
[35] Montesquieu, 2011, s. 108.

davalarda taraf tutmadan hareket etmesi gerekir.[36] Montesquieu'ya göre, yasama yetkisi ile yürütme yetkisinin aynı kişi ya da kurul tarafından kullanılması halinde, uygulayıcının daha şiddetli uygulamak üzere ağır kanunlar çıkarması söz konusu olabilir ki; bu özgürlükleri yok eder.[37] Yasama yetkisi ve yargılama yetkisi de birleşirse, yine özgürlükten söz edilemezdi. Zira yargı yetkisinin sahibi aynı zamanda kanun koyucu olacağından, hakim yargı yetkisinden farklı bir baskı aracı bulundurmuş olurdu.[38]

Siyasi iktidarın zor kullanma tekeline sahip oluşu, onun sınırsız kullanıldığında sert ve zorbaca niteliklere bürünmesine sebep olabilir. Devletin insanları baskı altına almaması, insanlar için yaşamı zor ve katlanılmaz hale getirmemesi için iktidarın sınırlanması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. [39] Siyasal iktidarın sınırlandırılmasında başlıca amaç iktidarın yozlaşmasını ve kişiselleşmesini önlemektir.[40] Bireylerin ekonomik çıkarlarının korunması ve mülkiyet hakkının devlet karşısında güvenceye alınması, siyasal iktidarın sınırlandırılmasında diğer sebeplerden biridir.[41]

Kuvvetler ayrılığı, günümüzde demokratik devletler tarafından kabul edilen olmazsa olmaz ilkelerden biridir. Ayrıca doktrinde anayasal devlet olmanın koşullarından biri olarak görülmektedir.[42] Bu ilke sayesinde devlet gücü farklı organlar tarafından birbirlerini denetlemek ve kontrol altında tutmak suretiyle kullanılır. Yasamanın gücünün kendinden kaynaklanması, yazılı anayasaya sahip devletlerde anayasa ilkeleri dışında bir sınırlamaya tabi olmaması ve diğer organların yetkilerinin yasamanın çıkardığı kanunlardan alması, yasama organını görece daha üstün kılmakla birlikte, hiçbir devlet organının birbirine üstün olmadığı Türkiye gibi bazı devletlerde anayasal ilke olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla organların birbirleri üzerinde oluşturduğu denge ve kontrol mekanizması, hiçbir organının sınırsız bir güce sahip olmadığını göstermektedir.

---

[36] Montesquieu, 2011, s. 109.
[37] Montesquieu, 2011, s. 170.
[38] Montesquieu, 2011, s. 170.
[39] Mustafa Kutlu, *Kuvvetler Ayrılığı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 85.
[40] Kutlu, 2001, s. 86-87.
[41] Kutlu, 2001, s. 92-93.
[42] Erdoğan, 2007.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, klasik egemenlikteki bölünmezlik ilkesiyle çelişmektedir. Buna karşın egemenliğin aidiyeti konusunda bir farklılık yoktur.[43] Yasa yapma yetkisini elinde bulundurmakla, yasama organının diğer organlar üzerinde görece bir üstünlüğe sahip olmakla birlikte, yasamanın kanunları uygulama ve yargılama gücü olmadığı gibi, anayasanın üstünlüğü ilkesinin sonucu olarak yasama gücü sınırsız da değildir.[44] Kuvvetler ayrılığıyla ortaya konan iktidar dengesi ve sınırlı devlet anlayışıyla hak ve özgürlükler dengesi korunur.[45]

Klasik anlamıyla devlet denilince, devlet fonksiyonlarının tek bir merkezden yürütüldüğü merkezi (ya da üniter) devletler akla gelmektir. Bununla birlikte insanlık tarihi son iki yüzyılda devlet fonksiyonlarının iki farklı yönetim arasında bölüştürüldüğü, birinin tüm ülkeyi kapsayacak şekilde "genel" ya da "ulusal" yetkili; diğerinin yetkilerinin daha kısıtlı bir coğrafi alan veya sosyal grupla sınırlı bir alt katman olduğu federal devlet[46] modeliyle tanışmıştır. İki ayrı faaliyet alanı yaratılarak kamusal faaliyetlerin ve devlet organlarının bu iki alan arasında dikey bölümlenmesi, klasik egemenlik anlayışıyla uyuşmamaktadır.[47] Federalizm dünyada az sayıda devlet tarafından kabul edilmesi sebebiyle, burada ayrıntılı tartışmaya girilmeyecektir. Ancak konvansiyonel ve yaygın üniter devlete göre tasarlanmış olan klasik egemenlik anlayışı ile federal devlet modelinin öngördüğü egemenlik anlayışının bağdaşmadığını söylemekle yetineceğiz. Cezalandırma yetkisinin kullanımı bakımından federalizm ile ilgili olarak, federal devlet ile federe devletler arasında bir yetki ayrışmasından söz edilebilir. Kimi federal devletlerde cezalandırma yetkisi sadece federal devletlere tanınırken; bazı federal devletler federal ceza hukuku-federe ceza hukuku ayrımına gitmektedir. Federal anayasalarda cezalandırma yetkisinin hangi organ tarafından kullanılacağı baştan belirlenmektedir.

Sonuç olarak, kuvvetler ayrılığına dayanan bir sistemde cezalandırma yetkisinin kullanılması da sınırlanmaktadır. Başka bir anlatımla suç ve ceza ihdas etme görevi yasama organına ait iken; soyut ceza normunun uygulanarak hayata geçirilmesi yargı organına bırakılmıştır. Öte yandan cezaların infaz adelmesi daha çok yürütme organını

---

[43] Hakyemez, 2004, s. 105.
[44] Hakyemez, 2004, s. 105.
[45] Kutlu, 2001, s. 198.
[46] Oktay Uygun, *Federal Devlet (Temel İlkeler Kurumlar ve Uygulama)*, İtalik Yayınları, Ankara, 2002, 2. basım, s. 125.
[47] Uygun, 2002, s. 126; ayrıca bkz. Gül, 2010, s. 59-61.

ilgilendiren bir konudur. Böylelikle cezalandırma yetkisi, paylaşılmış bir tek bir organ tarafından keyfi olarak kullanılmasının önüne geçilmiştir.

3. Hukuk devleti

Özgürlükçü ve çoğulcu çağdaş demokrasinin olmazsa olmaz koşullarından biri olan hukuk devleti[48] en sade tanımıyla, kendi koyduğu kurallara uyan devlet demektir. Bu tanım, devletin bütün eylem ve işlemlerinde önceden belirlenmiş hukuk kurallarına uyması şeklinde de genişletebilir.[49] Nitekim doğal hukuk savunucuları buna devletin evrensel hukuk ilkeleri uyması gerekliliğini eklemektedirler. Buna göre devlet meşruiyetini kendisinden değil, hukuktan almaktadır.[50]

Hukuk devleti ilkesinin temel amacı, devleti, devletten önce var olan ve ondan daha üstün normlarla sınırlamaktır. Ayrıca meşruiyet, adalet ve insan hakları gibi bir takım temel ilkelerle devleti çerçevelemek amacı taşır. Hukuk devleti ilkesi, devletten önce toplum ve bu toplumun amaçlarıyla birlikte evrensel değerler olduğu ve devletin toplum elinde bir araç olduğu anlayışına dayanır.[51] Bu durumda hukuk devletin bir üretisi olmayıp, devletten bağımsız olarak vardır. Ötesi devlet toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda hukuk aracılığıyla üretilen bir mekanizmadır.[52] Erdoğan bu konuda bir adım daha ileri giderek, hukuk devleti ilkesini egemenliğin karşıtlığa varan bir farklılık gösterdiğini ileri sürmektedir. Ona göre hukuk devletini karakterize eden devletin şiddet kullanma gücü, tekeli veya egemenlik değildir. Devletin hukuk yaratma gücüyle tanımlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Devletin hukuk yaratma gücü olduğunun ileri sürülmesi, hukuku devlet karşında ikincil ve bağımlı hale getirir. Oysa durum bunun tam tersidir ve devlet hukuk karşısında ikincil ve bağımlıdır.[53]

Hukuk devleti siyasal iktidarın hukuk kurallarıyla sınırlanması ve kişilerin hukuka bağlı olarak, hukuk kurallarınca yönetilmesini ifade eder.[54] Bu ilkenin varoluş amacı devlet karşısında bireyin güvencede olmasıdır. "Öngörülebilirlik", "genellik" ve

---

[48] Yüksel Metin, "Avrupa Birliğinde Hukuk Devletinin Unsurları", *Hukuk Devleti Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal*, (ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük), Adres Yayınları, Ankara, 2008, s. 577.
[49] Hakyemez, 2004, s. 106.
[50] Arslan, 2005, s. 67; Erdoğan, 2007, s. 65.
[51] Erdoğan, 2007, s. 65.
[52] Erdoğan, 2007, s. 65.
[53] Erdoğan, 2007, s. 65-66.
[54] Zühtü Arslan, "Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı", *Doğu Batı,* S. 13, 2000, s. 77.

"adalet" ilkeleriyle hukuk devleti, iktidarın keyfi tutumunu yok etmeyi amaçlar.[55] Hukuk devleti, devlet yönetimini çok sıkı kurallara bağlayarak, keyfi yönetime karşı kişiler için güvence oluşturur. Yönetimin tabi olacağı kuralların önceden bilinmesi, bireyler açısından oldukça önemlidir.[56] Hukuk devleti, bireylere hukuki güvenliğin sağlanmasını ifade eder. Bunun sağlanabilmesi için hukuk düzeninin bazı unsurları ihtiva etmesi gerekmektedir.[57] Hukuk devletinde kanunların açık ve belirgin olması gerekir ki; bireylerin hukukun neyi öngördüğünü bilmesi ve ona göre davranabilsinler.[58] Hukuk güvenliği aynı zamanda kanunların geriye etki etmemesini, böylelikle kazanılmış hakların korunmasını gerektirir.[59]

Hukuk devleti anlayışı, bazı anayasal ve yasal düzenlemeleri zorunlu kılmaktadır. Klasik egemenlik anlayışında devletin hukuka bağlı olmasını zorlayacak bir mekanizma yok iken, hukuk devletiyle birlikte devletin egemenlik yetkileri yargı denetimine tabi olmaktadır.[60] Hukuk devleti söz konusu olduğunda, yargının diğer devlet organlarından tamamen bağımsız olması önem taşır ve öncelikle yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması gerekir.[61] Yargı bağımsızlığı devlet faaliyetlerinin etkili bir biçimde denetlenebilmesi için gereklidir. Bağımsız bir yargı mekanizmasının olmaması halinde, devlet güçlerinin keyfiliğinin önlenmesi zordur.[62]

Sonuç olarak, siyasal iktidarın sınırlandırılması ve hukukun üstünlüğü bakımından hukuk devleti çok önemli bir ilkedir. Devletin hukuka bağlı olmasını sağlayarak, bu ilke bireylerin hak ve özgürlüklerine karşı en önemli güvenceyi oluşturur. Yasaların açıklığı, belirginliği ve öngörülebilirlik unsurları, ceza hukukundaki kanunilik ilkesine işaret etmektedir. Nitekim ceza hukukunda güvence fonksiyonu olarak kabul edilen kanunilik ilkesi, yasaların öngörülebilir ve açık olması ilkesinin bir sonucudur. Yasaların geçmişe etki yasağı, kanunilik ilkesinin diğer bir unsurudur. Günümüz modern devletlerinde olmazsa olmaz bir ilke olan hukuk devleti, cezalandırma yetkisinin sınırlanması bakımından son derece gereklidir.

---

[55] Arslan, 2000, s. 77.
[56] Erdoğan, 2007, s. 66.
[57] Metin, 2008, s. 578.
[58] Metin, 2008, s. 578.
[59] Metin, 2008, s. 578.
[60] Hakyemez, 2004, s. 106.
[61] Erdoğan, 2007, s. 67.
[62] Erdoğan, 2007, s. 67.

4. İnsan hakları

Dünyada insan hakları anlayışı, doğal hukuk ve doğal haklar anlayışının bir sonucu olarak ortaya çıkmış ve yaygınlaşmıştır.[63] İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesi anayasacılık faaliyetlerinin temel ilkelerinden birini oluşturmuştur. Nitekim anayasacılık, insana devlet karşısında güvenceli alanlar oluşturmak koşuluyla siyasal iktidarı sınırlandırmak amacı taşımaktadır.[64]

Günümüzde insan hakları demokratik olsun, despotik olsun devletlerin tümü tarafından kabul edilmektedir. Kuşkusuz demokratik devletler ile demokratik olmayanlar arasında insan haklarına saygı duyma, tanıma ve koruma bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Bununla birlikte devlet iktidarının mutlak ve sınırsız bir özellikle insan üzerinde her türlü tasarrufta bulunabileceği anlayışı, geçmişte kalmıştır. İnsan haklarının uluslararası siyaset ve hukukta kazandığı önem nedeniyle, devletlerin en azından temel bazı insan haklarını dikkate almaması söz konusu olamamaktadır. Asgari düzeyde de olsa insan hakları düşüncesi egemenliği sınırlandıran başlıca etkenlerden biridir.

Bu çalışmada, insan haklarının doğal hukuktan kaynaklanan düşünsel temelini tartışmaktan ziyade, pozitif hukuku temelinde gerek devletlerin anayasa ve yasalar yoluyla tanıdığı,[65] gerekse uluslararası hukuka taraf olmanın gerektirdiği zorunluluklar sebebiyle ortaya çıkan "pozitif insan hakları"nı temel alınacaktır. Bugün insan hakları olgusunun, doğal hukuk düşüncesinin somutlaşmış bir yönü olduğu inkâr edilemez. Temel hak ve özgürlüklerin varlığı için pozitif hukukta tanınıyor olması gerekli değildir.[66] Bununla birlikte devlet için bağlayıcı olan devlet tarafından iç hukukta veya birçok devlet tarafından karşılıklı bağlayıcılık içinde uluslararası hukukta düzenlenen haklar ve özgürlüklerdir. Devlet için bağlayıcı olması sebebiyle insan hakları, hem egemenliğin iç yönüne hem de dış egemenliğe etki eden bir olgudur.

İç egemenlik açısından insan hakları, iç hukukta bireylere tanınan ve böylelikle devletin doğrudan doğruya veya koşulsuz olarak dokunma alanının dışında kalan bir

---

[63] Bu konuda ayrıntı için bkz. Cennet Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri,* Liberte Yayınları, Ankara, 2011, 2. baskı.
[64] Erdoğan, 2007, s. 45.
[65] Hak ve özgürlüklerin pozitif hukukta tanınmasıyla ilgi olarak bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II, Ekin, Bursa, 2011, s. 517 vd.
[66] Gözler, 2011b, s. 517.

alanı işaret etmektedir. Bu alan devletin bireylere dokunulmaz bir alan yaratmak amacıyla kendi kendi sınırlamasının bir sonucudur. Devletin kendi kendini sınırlaması, her zaman bunu mutlak olarak uygulayacağı anlamına gelmemektedir. Bu gerçek yaşamda geçerli olsaydı dünyada insan hakları ihlalinden söz etmek mümkün olmazdı. Nitekim insan hakları ihlali, insanlara hakların tanınmamasından çok, haklar tanındığı halde, devlet otoritesinin haklara uymaktan kaçınmasıyla oluşmaktadır. Elbette ki; dünyada her devletin insan haklarını pozitif hukukta mükemmel bir şekilde güvenceye aldığı söylenemez. Bununla birlikte, temel haklar olarak adlandırılan ve insanların asgari insan onuruyla yaşamalarını amaçlayan "olmazsa–olmaz" haklara anayasalarda güvence altına alınmakta ve çoğunlukla kanunlarda da yer verilmektedir.

İnsan hakları düşüncesi ve pozitif hukukta yer alan "somut" insan hakları olgusu, devletin egemenliğini sınırlamaktadır. Başka bir anlatımla, devlet gücü insan haklarını tanıma, koruma, geliştirme ve insan hakları ihlallerini önleme yükümlülüğünün[67] sonucu olarak bu alana karşı sınırlılık içindedir. Daha farklı bir anlatımla esas olarak insan hakları düşüncesi, devlet kurumunun oluşumundan sonra, insanoğlunun devlet karşısındaki egemenlik alanıdır. Ancak bu egemenlik devletinkinden farklı olarak kendiliğinden en üstün güç olmamakta, yine devletin hukuken tanıması, koruması ve saygı göstermek isteği ile gerçekleşebilmektedir.

İnsan hakları düşüncesi henüz tamamlanmış ve sonuna gelinmiş değildir. Başka bir anlatımla insan hakları hem kapsamıyla hem de farklı bakış açılarıyla daima bir gelişim ve genişleme içindedir. İnsan haklarının genişlemesi ise, ters orantılı olarak devlet egemenliğini daralma eğilimine sokmaktadır.

B. İç Egemenliğin Dönüşümü ve Cezalandırma Yetkisi

Cezalandırma yetkisinin egemenlikle doğrudan ilişki içinde olduğu birinci bölümde anlatılmıştır. Bir üst başlıkta ise, iç egemenlik anlayışının dönüşümüyle ilgili bazı anlayış ve gelişmelere yer verilmiştir. Egemenliğin dönüşümü doğal olarak, egemenliğin bir sonucu olan cezalandırma yetkisini ve cezalandırma yetkisinin sınırlarını da etkilemekte ve dönüştürmektedir.

---

[67] Veysel Dinler, "İnsan Hakları İhlallerinde İdarenin Genel Sorumluluğu", *Polis Bilimleri Dergisi*, C. 3, S. 3–4, 2001, s. 97 vd.

Devletin varoluş amacı olarak kabul edebileceğimiz ortak iyilik (müşterek yarar) cezalandırma yetkisiyle doğrudan ilgilidir. Devletin bir fiili suç olarak kabul etmesinde veya bir ceza ölçüsü belirlemesinde kamu yararı olması gerekmektedir. Ortak iyiliğe hiçbir yarar sağlamayacak olan bir fiilin suç olarak düzenlenmesi düşünülemez. Başka bir ifadeyle, devletin cezalandırma yetkisinin başlıca sınırını ortak iyilik oluşturmaktadır. Ortak iyiliğe hizmet etmeyen bir fiilin suç olarak düzenlemesi düşünülemeyeceği gibi, suç olan bir fiile biçilen cezadaki temel ölçütte de ortak iyilik aranmalıdır. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında "kamu yararı" olarak belirtilen ortak iyilik amacı, devletin cezalandırma yetkisinin hem temeli, hem de sınırıdır. Ancak buradaki sınır öncelikle otonom bir sınırdır. Ortak iyiliğin ne olduğuna karar verecek olan yasa koyucunun kendisidir ve yapılan bir yasanın ortak iyilik amacına uygun olup olmadığını kendisi belirleyecektir. Anayasa Mahkemesi de "amacı suçları önlemek olan cezanın kamu yararı düşüncesine dayandığı bir gerçektir"[68] ifadesiyle, esas itibariyle cezalandırmanın kamu yararı amacıyla yapıldığını net bir şekilde ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi başka bir kararında devletin cezalandırma yetkisinin temelini "adaletle sınırlandırılmış toplumsal yarar düşüncesi" olarak kabul ederek, şu karara varmıştır:[69]

> "Ceza verme hakkının esasını, adalet oluşturur. Bunun doğal sonucu olarak da, bir düzenlemeye giderken yasakoyucu kamu yararını en az kişi yararı kadar düşünmek durumundadır. Kamu yararının takdiri ise Yasama Organının yetkisindedir. Ne var ki yasakoyucu kamu yararı düşüncesiyle eylemlere dilediği miktarda ceza saptayamayacağı gibi, kişinin temel hak ve özgürlüklerini demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlayamaz."

Sonuç olarak kamu yararı, cezalandırmada yasama organının uyduğu varsayılan veya uyması gerektiği düşünülen önemli bir kavramdır. Öte yandan, kamu yararının

---

[68] AYM, E. 1987/28.

[69] AYM, E. 1990/35. "Kamu yararı" kavramı karşıoyda bulunan AYM üyelerinin de sıklıkla başvurduğu bir kavram olmuştur. Örneğin bir kararda karşı oy kullanan Başkanvekili Ahmet H. Boyacıoğlu "Kişiye ceza verme hakkının özünü, adaletle sınırlandırılmış toplumsal yarar düşüncesi oluşturur. Bunun doğal sonucu olarak Yasa Koyucu bir düzenlemeye giderken, kamu yararını en az kişi yararı kadar düşünmek ve gözetmek ve aralarında adaletli bir denge kurmak zorundadır. Her ceza yaptırımı, esasın da kamu hukuku alanında yer alan ve amacı kamu düzenini korumak veya bozulan kamu düzenini yeniden kurmak olan bir hukuk kuralından ibarettir. Ceza yaptırımları ve önlemlerinden beklenen, suçlunun ıslahı yoluyla onu topluma yeniden kazandırılması ve bununla birlikte o suç nedeniyle bozulmuş olan toplumsal barışın kurulması ve cezanın caydırıcılığı etkisiyle suçların işlenmesinin önlenmesidir" diyerek "kamu yararı-cezalandırma ilişkisi"ni çok açık bir biçimde ortaya koymuştur. AYM, E. 1981/16.

takdiri başta yasama organına aittir, Anayasa Mahkemesi de bu takdiri denetleme yetkisini kendinde görmektedir. Bu durumda, yasama organının yasa yapımı ve özelde ceza kanunları düzenlemesi aksi kanıtlanana kadar kamu yararı amacı taşıdığı kabul edilmelidir.

Anayasacılık hareketi sonucu, hukuk düzenine hâkim olan temel kaideler anayasalarda yer almaya başlamıştır. Kuşkusuz bu kaidelerin arasında cezalandırmaya ilişkin ilkeler de yer almaktadır. Devlet yönetimiyle ilgili diğer konularda olduğu gibi, konu cezalandırma olduğunda da temel ilke ve kaideler anayasa tarafından belirlenmektedir. Bu durum devletten devlete hem içeriksel olarak hem de ilkelerin detaylılığı bakımından değişiklik gösterebilir. Bununla birlikte dünya anayasalarına bakıldığından muhakkak cezalandırmaya ilişkin devletleri kayıtlayan bazı hükümleri görmek mümkündür. Anayasacılıkla birlikte gelişen hukuk devleti ilkesi gereğince, devlet kendi koyduğu hukuk kuralına uymak durumundadır. Anayasada belirlenen temel ilkeler başta yasa koyucu açısından sınırlı bir alan oluşturacaktır. Örneğin, anayasa tarafından yasaklanan bir cezalandırma yöntemi (ölüm cezası, işkence, kötü muamele, genel müsadere vs) ceza kanunda, yaptırım türü olarak belirlenemeyecektir. Dolayısıyla anayasacılık anlayışı ve anayasalar, devletin cezalandırma yetkisinin sınırlandırılması bakımından hayati bir öneme sahiptir. Anayasalar araçsal sınır iken; anayasal ilkeler cezalandırma yetkisinin maddi sınırlarını oluşturmaktadır.

Anayasanın üstünlüğü ilkesinin sübuta erebilmesi ve gerçeklik kazanabilmesi için anayasa yargısının gerekli olduğunu belirtmiştik. Bu olmazsa olmaz bir koşul olmamakla birlikte, bugün dünyadaki birçok devlet tarafından kabul edilen ve farklı şekillerde uygulanan bir yöntemdir. Anayasaya aykırı kanun olmaz ilkesi gereğince, ya hukuk düzenindeki tüm mahkemeler yaygın olarak ya da kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek amacıyla kurulmuş özel bir mahkeme yoluyla, anayasa yargısı sağlanmaktadır. Haliyle ceza kanunlarının yapımında ve kabulünde yasa koyucunun anayasal ilkelere uygun hareket edip etmediği, anayasa denetimi ile belirlenecektir. Gerek Türk Anayasa Mahkemesi, gerekse dünyadaki diğer anayasa mahkemeleri, kanunların anayasaya uygunluk denetimi sırasında içtihatlar geliştirmekte ve bunlardan ceza kanunları da nasiplenmektedir.[70] Yasa koyucunun belli bir süre görüşme ve tartışmaya açarak, yasama yoluyla düzenlediği bir suç, anayasa yargısı tarafından iptal

[70] Türkçe liteatürde Anayasa Mahkemesinin ceza kanunları ile ilgili verdiği kararlar üzerine bir inceleme için bkz. Ersan Şen, *1962–1997 Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku*, Beta, İstanbul, 1998.

veya ihmal yoluyla hiç düzenlenmemiş gibi bir sonuca uğrayabilmektedir. Sonuç olarak, anayasa yargısı devletin cezalandırma yetkisinde en önemli araçsal sınırlardan birini oluşturmaktadır.

Kuvvetler ayrılığının ortaya çıkışı egemenliğin en önemli dönüşüm noktalarından biridir. Mutlak ve her şeye muktedir iktidar, ya yasayı yapmakta ama uygulayamamakta veya kendisi yasa yapamamakta ve yapılmış bir yasayı uygulamakla sınırlı olmaktadır. Devlet gücünün ayrı organlar tarafından kullanılması egemenliği sınırlandırmakta; dolayısıyla cezalandırma yetkisinin sınırlı bir şekilde kullanılmasını sağlamaktadır. Öncelikle hangi insan davranışlarının suç olduğunun ve nasıl cezalandırılacağını belirleme görevi yasama organına ait iken; suçun işlenip işlenmediğini ve ne kadar cezalandırılacağını yargı organı belirlemekte ve yargının verdiği kararlar yürütme organı tarafından yerine getirilmektedir. Diğer yandan ister parlamenter isterse başkanlık sistemi olsun, yasaların yürütme organının başı olan devlet başkanı tarafından onanması, yasama organının her zaman istediği suç ve cezayı koymasını engellediği gibi, kimi zaman bunlarda değişiklik olmasına yol açmaktadır.[71] Öte yandan parlamenter ve yarı-başkanlık sistemlerinde yasama organının içinden çıkan yürütme gücü, yani Bakanlar Kurulunun kanun tasarısı hazırlama ve parlamentoya sunma yetkisi bulunmaktadır.[72] Daha da ötesi, bir devlette siyasi kararları verme gücüne sahip olan iktidar, aynı zamanda cezalandırma politikasının belirleyicisi durumundadır.[73] Sonuç itibariyle, kuvvetler ayrılığı cezalandırma yetkisinin tek elden kullanılmaması, bu yetkinin esas olarak yasama tarafından kullanılmakla beraber, diğer devlet fonksiyonlarının bu yetkinin kullanımı ve denetlenmesi ve dolayısıyla cezalandırma yetkisinin sınırı bakımından önemli bir araçtır.

Hukuk devletinin gerçekleşebilmesi için, bireylerin de keyfi muameleye karşı hukuki güvence ve eşitlik korumasında olması gerekir. Bireylerin hak arama özgürlüğü ve adil yargılanması hakkına sahip olması, aynı zamanda masumiyet karinesi, suçların

---

[71] Örneğin 24 Kasım 2011 tarih ve 6250 sayılı *Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*, suç ve cezaların dengesiz olduğu gerekçesiyle veto edilmiştir. Veto gerekçesi için bkz. *http://www.tccb.gov.tr/haberler/170/81452/6250-sayili-kanunun-tbmmye-geri-gonderilmesi-suc-ve-ceza-dengesini-yetersiz-buldum.html*, (erişim tarihi: 05.12.2011).

[72] Örneğin 2004 yılı ceza reformu sürecinde kanunlar kanun tasarısı olarak parlamentoya gelmiş ve parlamentoda yasama süreci büyük ölçüde siyasal iktidarın kontrolünde ilerlemiştir.

[73] Örneğin Başbakan Erdoğan 2012 Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı'nın kapanışında "Sezaryenle doğumlara karşı olan bir başbakanım. Kürtajı bir cinayet olarak görüyorum. Ha anne karnında bir çocuğu öldürürsünüz ha doğduktan sonra öldürürsünüz. Hiçbir farkı yok" sözleriyle gündeme damgasını vurmuş ve kürtajın cezalandırılmasıyla ilgili yeni bir tartışma başlatmıştır. *Yeni Şafak*, 26 Mayıs 2012.

ve cezaların geriye yürümezliği ilkelerinin uygulanması, hukuk devletinin gerçekleşmesi için gerekli koşullardır.[74] Türk Anayasa Mahkemesine ceza kanunlarıyla ilgili olarak açılan davaların çoğunluğunda hukuk devleti ilkesine aykırılık ileri sürülmekte ve aynı zamanda Anayasa Mahkemesi hukuk devleti ilkesiyle ilgili açıklama yapma gereğini hissetmektedir. Dolayısıyla hukuk devleti, suç ve cezaların önceden belirlenmesini gerektirmekte, siyasal iktidara yasayla kabul edilmiş suç ve ceza dışında bir yaptırım uygulama imkanı tanımayarak, keyfiliğin önüne geçmektedir. Hukuk devleti cezalandırmanın içeriğinden ve ölçüsünden çok, cezalandırmanın kullanımı bakımından araçsal bir sınır oluşturmaktadır. Hukuk devleti ilkesini kabul eden bir devletin cezalandırma yetkisi, yine kendi koyduğu hukuk sınırlarıyla belirlenir ve bir devleti hukuk devleti yapan şey, bu sınırın hukuka aykırı olarak aşılamamasıdır.

İnsanların devlet karşısında bazı temel haklarının olduğu düşüncesi günümüzde bütün devletlerce kabul edilen bir görüştür. İnsan hakları düşüncesinin gelişmesi ve yaygınlaşması, cezalandırma iktidarını çok yakından etkilemiştir. Özellikle cezaların insanileştirilmesi; işkencenin yasaklanması ve onur kırıcı cezaların kaldırılması, insan hakları alanındaki gelişmelerin neticesidir. Bugün insan hakları hangi tür insan fiillerinin suç kabul edileceğine de etki etmektedir. Örneğin insan yaşamının korunmasında devletler öncelikli sorumlu kabul edilmektedir. Bir kimsenin yaşama hakkına hukuksuz olarak son verilmesi olan "adam öldürme" fiili suç kabul edilerek cezalandırılmaktadır. Devletlerden adam öldürme fiillerini önlemesi; önleyemediklerini ise etkin bir şekilde araştırarak cezalandırılması beklenmektedir. Başka bir anlatımla, devletler tarafından önlenemeyen yaşam hakkının ihlali insan hakları ihlali kabul edilmektedir. İnsan haklarının ceza hukuku yoluyla korunması, insan hakları ve cezalandırma ilişkisinin temelini oluşturmakta ve aynı zamanda cezalandırma yetkisinin içeriksel sınırlarının en önemli belirleyicisi olmaktadır. Diğer yandan ötenazi ve kürtaj gibi bazı çetrefilli konular, insan hakları düşüncesi ile ceza hukukunun çatıştığı en önemli tartışma alanlarını oluşturmaktadır. Devlet yaşama hakkının kullanımını mutlak surette bireye terk ederek, kendi hayatına son verme isteğini meşru kabul edebilir mi, yoksa yaşam hakkı vazgeçilmez kabul edilerek bunun hakkın sahibi tarafından ihlal edilmesi (ötenazi) suç olarak düzenlenebilir mi? İnsan hakları ile cezalandırma yetkisi

[74] Erdoğan, 2007, s. 67.

arasında sıkı bir ilişki söz konusudur ve düşüncesi cezalandırma yetkisini içeriksel olarak sınırlandırmaktadır.

Sonuç olarak, bugün devlet egemenliğinin sınırını oluşturan araçlar; anayasa, kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, insan hakları ve kimi devletler için federalizm, aynı zamanda cezalandırma yetkisinin kullanımı bakımından araçsal ve içeriksel sınırlar oluşturmaktadır. Devlet egemenliğine ilişkin her türlü gelişme, onun doğal sonucu olan yetkileri de bir şekilde etkilemektedir. Bu gelişmelerden devletin cezalandırma yetkisinin etkilenmediğini söylemek zordur. Devletin cezalandırma yetkisinin tekeline sahip olmaya devam etmektedir. Diğer yandan, bu yetkinin kullanımında, egemenliğin dönüşümünden kaynaklanan çeşitli sınırlılıklar ortaya çıkmaktadır.

Egemenliğin dönüşümüne bağlı olarak cezalandırma yetkisinin sınırlarını öncelikle ceza kanunlarını yapan yasama organının uyacağı ilkeleri belirleyen anayasalarda aramak gerekecektir. Anayasal ilkeler yasama organı için bir çerçeve sağlamakla birlikte, çoğu zaman ilkelerin tek başına varlığı yeterli olmamaktadır. Yasa koyucular kimi zaman bilmeyerek, kimi zaman ise gözden kaçırarak, anayasal ilkelere aykırı kanunlar yapabilmektedir. Bu durumda soyut ilkelerin somutlaştırılarak kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme işlevini anayasa yargısı yerine getirmektedir. Yasama organı ilkesel olarak anayasa hükümleri ve anayasa yargısı kararlarıyla sınırlandırılmakla birlikte, yasa yapım süreci, yasakoyucuların tamamen bağımsız hareket etmelerini engellemektedir. Buradan yola çıkarak, üç ana başlıkta yasama organının suç ihdas etme ve cezalandırma yetkisinin sınırları anlatılacaktır: 1- Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları, 2- Anayasa Yargısı ve Cezalandırma Yetkisi, 3- Yasallık ve Cezalandırma Yetkisi.

II. CEZALANDIRMA YETKİSİNİN ANAYASAL SINIRLARI

Cezalandırma yetkisi devlete ait bir yetkidir. Devlet cezalandırma yetkisini kullanırken temel hak ve özgürlüklere riayet etmek durumundadır. Bu durumda, devletin cezalandırma yetkisini kullanırken temel hak ve özgürlüklere yapabileceği olası gereksiz ve aşırı müdahalenin engellenmesi gerekmektedir.[75] Devletin cezalandırma yetkisinin sınırı demek, esas itibariyle yasama organın suç ve ceza ihdas etmesinin sınırıdır. Anayasal devletlerde yasa koyma yetkisi anayasa ile sınırlıdır. Bu sebeple, devletin cezalandırma yetkisinde iç hukuk (*internal*) sınırlardan söz edilecekse, öncelikle anayasal ilkelerin irdelenmesi gerekmektedir.

Çağdaş anayasalar, devletin bireylere karşı kötü kullanımlarının en önemli sınırıdır.[76] Anayasaların koruyucu normlar oluşunun başlıca sebebi, değiştirilmelerinin sıradan kanunlara göre zor oluşundan ve hukuk düzenindeki en üstün normlar olarak, anayasa ile getirilen ilke ve kurallara aykırı kanun yapılamayışıdır. Böylelikle anayasa tarafından getirilecek ilkeler, sıradan kanunlar çıkarmak yoluyla kolaylıkla aşılamayacaktır. Diğer yandan anayasalar hukuk düzenindeki en üstün normlar olarak, tüm devlet organlarını, idareyi ve özel kişileri bağlayıcı güçtür. Bu özellikler sonucu, ceza hukuku ile ilgili temel ilkelerin anayasalarda yer almasıyla, yasama organının cezalandırma yetkisine başlıca sınır oluşturulmaktadır.

Ceza muhakemesinde koruma tedbirlerinin çoğu doğrudan hak ve özgürlüklere müdahale şeklinde olduğundan, anayasalar genellikle ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerine geniş yer vermektedirler. Bu doğrultuda özel hayatın gizliliği, haberleşme özgürlüğü, kişi güvenliği gibi özgürlüklerin daha sıkı korunabilmesi için, arama, elkoyma, gözaltı, tutuklama, haberleşmenin takibi gibi konular, insan haklarını koruma düşüncesiyle ilkesel düzeyde anayasada yer almaktadır. Ceza muhakemesi kurumlarının (özellikle kişi özgürlüğüyle doğrudan ilgili olan koruma tedbirlerinin) somut olması ve sınırlarının ayrıntılı çizilmesi zorunluluğu nedeniyle, ceza muhakemesine ilişkin ilkelere sık ve ayrıntılı yer verilmektedir. Bununla birlikte

---

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

[76] Yener Ünver, "Ceza Hukukunda Hukuksal Değer", (çev. Barış Erman), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, S. 8, 2003, s. 115.

konumuzla doğrudan ilgili olmaması sebebiyle ceza muhakemesinin anayasal ilkelerine yer verilmeyecektir.

Dünyadaki yazılı anayasalara bakıldığında birkaç istisna dışında (örneğin Kuzey Kore) tümünde cezalandırmaya ilişkin bazı ilkelere rastlamak mümkündür. Başka bir anlatımla, kurucu iktidar yasa koyucuyu cezalandırma konusunda anayasal hükümlerle sınırlandırmaktadır. Anayasalarda devletin cezalandırma yetkisinin (maddi ceza hukukunun) sınırını oluşturan başlıca iki tür ilkeye yer verilmektedir. Bunlardan birincisi doğrudan ceza hukuku ile ilgili ilkelerdir. Diğer grup ise, doğrudan cezalandırmayla ilgili olmayıp, anayasanın yasama organına getirdiği yükümlülükler sebebiyle dolaylı olarak, suç ve cezanın sınırını oluşturan ilkelerdir.[77] Diğer yandan anayasalarda yer alan hukuk devleti, eşitlik gibi temel ilkeler de cezalandırma yetkisini ilgilendiren ilkelerdir.

A. Temel İlkeler

Anayasalarda suç ve cezalara ilişkin özel ilkelerin yanında, anayasanın diğer temel ilkeleri de yasa koyucu için bağlayıcıdır. Bunların başında hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri gelmektedir. Laiklik ilkesini kabul eden devletlerde yasa koyucu laiklik ilkesiyle bağlı olup, cezalandırma yetkisini kullanırken de bu ilkeye uymak durumundadır. Federal devletlerde ise, cezalandırma yetkisinin kullanımı bakımından federal devlet-federe devlet arasında bir yetki bölüşümü söz konusudur ve bu yetki bölüşümüne anayasalarda yer verilmektedir.

1. İnsan onuru ilkesi

Cezalandırmaya liberal bakış açısı, insan onurunu merkeze almaktadır. Bu durumda suç olan eylem insan onurunu zedeleyen eylemdir. [78] İnsan onuru kavramı

[77] Yüksel Metin ve Veysel Dinler, "Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları", *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yıl Armağanı*, Ankara, 2012, s. 6-7.
[78] Alan Brunder, "The Wrong, the Bad, and the Wayward Liberalism's *mala in se*", *http://www.cpl.law.cam.ac.uk/past_activities/2010.php*, 2010, s. 3.

henüz Türk Anayasasında bu isimle yer almamakla birlikte[79], birçok uluslararası belge ve anayasada yer alan bir ilkedir. İHEB (m. 1), Alman Anayasası (m. 1), İsrail İnsan Onuru ve Özgürlükleri Temel Belgesi (m. 1A, 2, 4) ve Güney Afrika Anayasası (m. 10), başta olmak üzere birçok ülkenin anayasasında yer almaktadır.[80]

İnsan onuru ile başlayan Alman Anayasası'nın 1. maddesi maddi ceza hukukunda ve ceza muhakemesi hukuku kurallarının belirlenmesinde etkili olmaktadır.[81] İnsan onuru ilkesi ceza muhakemesinde, şüphelilere insan onuruyla bağdaşmayan tedbirlerin uygulanması ve muamele yapılmasını men eder.[82]

Maddi ceza hukuku açısından insan onuru ilkesinin iki yönü bulunmaktadır. Öncelikle insanın en önemli değeri olarak insan onuru cezalandırma yoluyla korunmak durumundadır. İnsan onuruna yönelik olan işkence ve hakaret gibi fiillerin hukuk düzenince suç kabul edilerek cezalandırılması gerekir.[83] İkinci olarak insan onuruna aykırı bir yaptırım türü uygulanamaz. Anayasa Mahkemesine göre, "insan haysiyeti kavramı insanın ne durumda hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerin tanınmasını ve sayılması"dır.[84] Mahkemeye göre, prangabentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olmuştur.[85]

İnsan onuru, sadece yaşayan bireylerin değil, aynı zamanda doğmamış insanların (cenin) sahip olduğu Federal Alman Anayasa Mahkemesinin kürtaj ile ilgili olarak verdiği kararlarında kabul edilmiştir.[86] Elbette ki, bu görüş cenin açısından mutlak bir dokunulmazlık sağlamayıp, annenin sağlığı ile ceninin doğma hakkı karşılaştırıldığında, görece anenninkinden sonra gelmektedir.[87]

---

[79] 1982 Anayasasının 17. maddesinde "kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz" denilmekle, insan onuruna yer verdiği kabul edilmektedir. Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, 10. baskı, s. 26.
[80] Miriam Gur-Arye, "Human Dignity of ''Offenders'': A Limitation on Substantive Criminal Law", *Criminal Law and Philosophy*, No. 6, 2012, s. 187-188.
[81] Horst Schlehofer, "Anayasa'nın İnsan Onuru Garantisi-Devletin Cezalandırma Yetkisinin Mutlak ve Göreceli Sınırları Üzerine", (çev. İlker Tepe), *Suç Politikası*, (yay. haz. Yener Üniver), Seçkin, Ankara, 2006, s. 557-559.
[82] Bkz. Schlehofer, 2006, s. 559.
[83] Veli Özer Özbek ve diğ., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, 3. baskı, 2012, s. 80.
[84] Hakeri, 2011, s. 27.
[85] Hakeri, 2011, s. 27.
[86] Schlehofer, 2006, s. 557-558.
[87] Schlehofer, 2006, s. 558.

Sonuç olarak insan onuru ilkesi, insanoğlunun bugün devlet karşısında en önemli korunaklı alandır. Çağlarboyu insan onuru hiçe sayılarak yapılan cezalandırmalar bugün yerini insan onuruna saygıya bırakmıştır. Günümüzde insan onuruna aykırı ceza verilemez. Ötesi, devletlerin insan onuruna karşı saldırıları cezalandırma yoluyla koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.

2. Hukuk devleti ilkesi

Hukuk devleti ilkesi yukarıda ayrıntılı birşekilde anlatılmaya çalışılmıştır. Bu sebeple burada ayrıntıya girilmeyecektir. Hukuk devleti, bireylere devlet karşısında güvence sağlayan önemli bir ilke olarak karşımıza çıkar. Hukuk kurallarının önceden belirli olması, kıyas yasağı ceza hukuku bakımından olmazsa olmaz, temel bir ilkedir. Suçların ve cezaların kanuniliği ve bu ilkenin unsurları hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur.[88] Diğer yandan insan haklarının ve özgürlüklerin korunmasını gerektiren hukuk devleti, insan onuruyla bağdaşmayan cezaların getirilmesini ve hakimlerin keyfi ceza vermelerini engeller.[89]

Türk ceza hukuk düzeni, Anayasanın 2. maddesinin emri olan demokratik devlet ilkesi gereğince, demokratik bir ceza hukuku düzeni olmak zorundadır.[90] Anayasanın üstünlüğünü düzenleyen 11. maddesinin 2. fıkrası kanunların anayasaya aykırı olamayacağını düzenlemektedir. Bu durumda ceza normunun temel kaynağı anayasadır[91] ve ceza hukuku düzenini oluşturacak ceza normları anayasaya aykırı olamaz.

Anayasa Mahkemesi bir kararında hukuk devletini "…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" şeklinde

---

[88] Kayıhan İçel ve Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku (1. Kitap)*, Beta Kitap, İstanbul, 2005, 4. baskı,, s. 72.
[89] İçel-Donay, 2005, s. 72-73; Mehmet Emin Artuk; Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, 6. baskı, s. 10.
[90] Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010, 2. baskı, s. 16.
[91] Hafizoğulları–Özen, 2010, s. 24.

tanımlamaktadır.[92] Hukuk devleti ilkesi, Anayasa Mahkemesine ceza normlarının iptali için açılan davalarda en çok ileri sürülen ilkelerden biridir.

3. Eşitlik ilkesi

Hukuki anlamda eşitlik, insanoğlu için henüz yeni bir durumdur. İnsanların hukuk ve kanunlar önünde eşit olduğu düşüncesi çok uzun bir geçmişe dayanmamaktadır ve bu ilk kez 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile pozitif hukukta yer almıştır. Örneğin Amerikan Anayasasının ilk halinde kanun önünde eşitliğe yer verilmemiş olup; kanun önünde eşitlik ilkesi, 1868 yılında köleliğin kaldırılmasıyla Amerikan Anayasasının 14. Ek maddesinin (*amendment*) birinci fıkrasında anayasal bir düzenlenmeye kavuşmuştur.

Eşitlik ilkesinin gelişimi, hukukun diğer alanlarında olduğu gibi, ceza hukuku alanında da geç olmuştur. Suçlarda ve cezalarda eşitlik ilkesinin kabulüne kadar, farklı uygulamaları görmek mümkündür. Örneğin, geçmiş dönemlerde failin mensup olduğu sosyal sınıfa göre suçun cezası değişebiliyordu. Soyluların aşağı sınıftan birine karşı işledikleri ağır suçlar, çok hafif cezalar ile cezalandırılırken; aşağı sınıftan kimselerin soylulara karşı işledikleri hafif suçlar, çok ağır cezalarla karşılık bulabiliyordu.[93] Anayasalarda kanun önünde eşitlik (*equality before law*) ilkesinin yer almaya başlamasıyla ceza kanunlarında yer alan suçlar ve cezaların düzenlenmesinde yasa koyucuyu eşitlik bakımından bağlayıcı bir durum ortaya çıkmaktadır. Buna karşın, gerek suçlar ve cezaların kanuni düzenlemesinde, gerekse bunun uygulanmasında mutlak bir eşitliğe ulaşmak mümkün değildir. Örneğin TCK'nin 59. maddesinde yurttaş-yabancı ayrımına yer verilmektedir.[94]

Devlet başkanlarının cezai sorumsuzlukları ile yasama organı üyelerinin kürsü sorumsuzlukları, cezalandırmada kişi bakımından istisna ve/veya ayrıcalıkları oluşturmaktadır. Bu durumda, sınırlı sayıda da olsa, suç olan fiilin sonuç doğurmadığı ayrıcalıklı bir gruptan söz edilebilir. Öte yandan, ceza kanunların şahıs bakımından ayrıcalıkları, ceza sorumluluğu bulunmayan küçükler ile tam ceza sorumluluğu olmayan küçükler ve akıl hastalarıyla başka bir ayrıma tabi olmaktadır. Yine ceza hukukunda

---

[92] AYM, E. 2010/68.
[93] Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım,* Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949, s. 22.
[94] Özbek ve diğ., 2012, s. 81.

"özgü suçlar" olarak adlandırılan suçlar, ancak belli bir meslek grubu tarafından işlenebilir olmasıyla, suç ve cezaların "herkes" için aynı sonuçlar doğurmadığının kanıtıdır. Bu durumlardan yola çıkarak, ceza kanunlarının eşitsizlik üzerine kurulduğunu ileri sürmek mümkün olmayabilir. Ancak kuşku götürmeyen bir şey vardır ki; ceza kanunları mutlak (eylemli) bir eşitlik değil; Anayasa Mahkemesinin çok defalar kararlarında yer verdiği gibi, hukuksal bir eşitlik getirmektedir.[95]

İkinci olarak, suçların ve cezaların bireyselleşmesi düşüncesi, zaten uygulamada mutlak bir eşitliğin çıkmasını imkansız kılmaktadır. Şöyle ki; her suç fiili kendi içinde özneldir ve cezalandırılması, bu öznel koşullar dikkate alınarak yapılacaktır. Bu durumda, ancak oluş biçimi, failleri ve suçun meydana getirdiği zararın birbirine tıpatıp benzediği olaylarda aynı miktarda cezalandırma yapılabilecektir.

Sonuç olarak, eşitlik ilkesinin suçlar ve cezalar bakımından mutlak bir eşitliğe sonuç vermesi düşünülemez. Bununla birlikte, suçlar ve cezaların düzenlenmesinde tüm bireylerin, ayrım gözetilmeksizin aynı muameleye tabi tutulması söz konusudur.

4. Laiklik ilkesi

Laiklik kısaca hukuk düzeninin beşeri iradeyle kurulması, hukuk normlarının ve devlet yönetiminin herhangi bir şekilde dini kurallara dayandırılmaması ve aynı zamanda bireylerin din ve inanç özgürlüklerinin sağlanması demektir. Laiklik ilkesinin devlete ve bireylere olmak üzere iki farklı yönü bulunmaktadır. Laiklik bir taraftan devleti dinler ve inançlar karşısında tarafsız kılarak, hukuk kurallarını din kurallarına dayandırmaktan men eder. Laiklik ilkesi bireylere ise, din ve inanç özgürlüğü getirir. Bu özgürlüğün önündeki engellerin kaldırılması ve aynı zamanda devletin görevidir.

Laiklik ilkesini anayasasında kabul eden devletlerde, yasama organını sınırlayan ve yükümlülük altına sokan iki durum ortaya çıkmaktadır. Öncelikle bir din kuralı ceza normuna dönüştürülemez. İkinci olarak devlet din özgürlüğünü sağlamak için gerekli tedbirleri almak zorundadır. Bu yeri geldiğinde cezalandırma tedbiri olabilir.

Birinci bölümde de söz edildiği gibi, din kurallarıyla ceza normlarının örtüşmesi son derece doğaldır. Her ikisinin de başlıca amaçlarından biri toplumsal düzeni sağlamak ve bu yönde emirler ve yasaklar getirmektir. Dolayısıyla dinin yasakladığı bir

[95] Örneğin bkz. AYM, E. 2010/116.

şey, yasa koyucu tarafından suç olarak düzenlenebilir. Ancak bu din kurallarına dayandırılamaz. Suçun gerekçesinde dinen yasak olması ileri sürülemez.

İkinci olarak, din ve inanç özgürlüğünü korumak ve sağlamakla yükümlü olan yasa koyucu, başvurduğu diğer tedbirlerin yanı sıra, din özgürlüğüne karşı saldırıları cezalandırma yoluyla korumak durumundadır. Örneğin dinî ritüelleri engellememe, kimi dinsel ihtiyaçları sübvanse etme, din ve inanç özgürlüğünün korunması açısından yeterli olmayabilir. Dinsel değerlere karşı hakaret ve saldırıların, ayrıca dinsel özgürlüğün pratiğinin engellenmesinin suç sayılması ve cezalandırılması gerekecektir.

5. Federal-federe yetki bölüşümü

Devletleri yapıları bakımından genel çerçevede tek yapılı devletler ve birleşik devletler olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Tek yapılı (üniter) devletler, devletin kurucu unsurları ile devlet organlarının teklik gösterdiği devletlerdir.[96] Federal devletler ise, uluslararası kişiliğe sahip merkezî bir devlet ile uluslararası hukuk kişiliği olmayan bölgesel devletlerin güvenceli bir yetki paylaşımına dayanarak oluşturdukları devlet topluluklarıdır. [97] Üniter devletlerde cezalandırma yetkisi bakımından bir sorun bulunmamaktadır. Bununla birlikte federe devletlerin üzerinde merkezi bir güce sahip federal devletler ile bölgesel nitelikteki federe devletler arasında diğer devlet yetkilerinde olduğu gibi, cezalandırma yetkisinin kaynağına ilişkin anayasal düzenlemeler bulunmaktadır.[98]

Federal devletler, bazı suçları federal suç kapsamına almış ve federal mahkemeler tarafından yargılanmasını öngörmüştür. Bunlara örnek olarak, Almanya (m. 96); Arjantin Anayasasının 75. maddesinin 12. fıkrasına göre ceza kanunları federal kongre tarafından yapılabilir. İsviçre'de (m. 48/a) cezaların ölçüsü federasyona ait bir yetkidir (m. 123) ve bu maddede cezalandırılması gereken bazı federal suçlara yer verilmiştir.

---

[96] Gözler, 2011a, s. 476.
[97] Gözler, 2011a, s. 489.
[98] Federal devlet ile federe devletler arasındaki yetki bölüşümüyle ilgili olarak bkz. Uygun, 2002, s. 228 vd. Burada çeşitli federal devletlerin anayasada yetki bölüşümünü nasıl ve hangi konularda yaptıkları takip edilebilir.

B. Ceza Hukukunun Temel İlkeleri

Ceza hukukunun temel ilkeleri, ceza hukukunun tarihsel gelişim sürecinde ortaya çıkan ve insanlara devlet karşısında güvence sağlamak amacıyla kurumsallaşmış ilkelerdir. İlk olarak Aydınlanmacı düşünürler tarafından ileri sürülen bu ilkeler, zamanla insan hakları bildirgelerinde, anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde yer alarak pozitif hukukun bir parçası haline gelmişlerdir.

Ceza hukukunun temel ilkeleri doktrinde (ceza hukuku kitaplarında) bazı yazarlarca ayrı bir başlıkta ele alınmış;[99] birçok yazar ceza hukukunun temel ilkeleri şeklinde bir kategori yapmaksızın sadece kanunilik ilkesine yer vermiştir.[100] Ceza hukukunun temel ilkeleri, ceza hukukuna hakim olan kanunilik ilkesi, kusur ilkesi, insancıllık ilkesi,[101] ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, (suçların ve cezaların) orantılılık ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve kanun önünde eşitlik ilkesi[102] olarak sıralanabilir. Bunları çoğaltmak veya genişletmek mümkündür.

Hukuk devleti ilkesi ile kanun önünde eşitlik ilkesi ceza hukukuna özgü olmadığından, bunlar temel ilkeler başlığında ele alınmıştır. Ceza hukukunun temel ilkeleri olarak kanunilik ilkesi ile suçların ve cezaların şahsiliği ilkeleri ele alınacaktır. Modern ceza hukukunda ceza sorumluluğunun esasını oluşturan kusur ilkesi çoğunlukla anayasalarda yer bulan bir ilke olmadığından ayrı bir başlıkta ele alınmamıştır.

1. Kanunilik ilkesi

Kanunilik ilkesi (*legality principle*), kısaca suçların ve cezaların kanunla düzenlenebileceği, başka bir anlatımla "kanunsuz suç ve ceza olmaz" demektir. Bu ilke bugün modern ceza hukukunun en önemli ilkesi kabul edilmektedir. Devletin cezalandırma yetkisi karşısında; cezalandırma yetkisinin keyfi kullanımını önlediği ve

---

[99] Nur Centel, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 2. baskı, Beta Kitap, İstanbul, 2002, s. 12; Hakeri, 2011, s. 11; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, 2. baskı, s. 38.
[100] Taner, 1949; Dönmezer–Erman, 1997, Toroslu, 2011, Artuk-Gökçen-Yenidünya, 2012.
[101] Centel, 2002, s. 12 vd.
[102] Hakeri, 2011, s. 11 vd. Hakeri, bu ilkelere bir de "şüpheden özgürlük yararlanır ilkesi"ni eklemektedir (s. 30). Ayrıca bkz. Veli Özer Özbek, *Müstehcenlik Suçu (TCM m. 426)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 200.

ayrıca suçların ve cezaların önceden bilinebilirliği nedeniyle bireylere güvence sağladığı için ayrıca "güvence fonksiyonu" olarak da anılmaktadır.[103]

a. Kanunilik ilkesinin anlamı ve kapsamı

Devletin kanunsuz suç ve ceza ihdas edemeyeceği anlamına gelen kanunilik ilkesi, devletin cezalandırma yetkisinin sınırlandırılmasında ve bireylerin devletin keyfi muamelesine karşı güvence sağlanmasında kilit bir öneme sahiptir. Bu ilke esas olarak suç ve cezanın ancak kanunla düzenlenebileceği, dolayısıyla yasa yapma yolu dışında başkaca bir devlet gücünün cezalandırmaya elverişli olmadığı sonucunu doğurmakla birlikte, kapsamı bununla sınırlı değildir.

Kanunilik ilkesinin en önemli özelliği, suç ve cezanın sadece kanun yoluyla belirlenmesidir. Kanun ceza hukukunun yegâne kaynağıdır.[104] Buna göre, bir fiil kanunda açıkça suç sayılmadıkça kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunun açıkça suç saymadığı bir fill meşrudur.[105] Suç olan fiiller kanunda tek tek sayılmalı ve her bir fiilin kapsamı ve sınırları çok açık bir şekilde tanımlanmış olmalıdır.[106] Kanunda sadece suçun düzenlenmiş olması da yetmez, ayrıca bu suç karşılığında bir ceza yaptırımı belirlenmiş olması gerekir.[107] Suçlar ve cezaların, yasada belirlenmesinin bazı öznel sonuçları ortaya çıkmaktadır. Bunlar suç ve cezaların açıklığı, kolay anlaşılır olması, sonuçların önceden görünebilir olmasıdır. Ayrıca ceza kanunları bireyleri cezalandırmadan önce açık bir şekilde uyarmalıdır.

(1) Kanunsuz suç ve ceza olmaz

Kanunsuz suç ve ceza olmaz (*nullum cirimen sine lege, nulla poena sine lege*) ilkesine göre, ceza yasası yazılı bir yasa olmalıdır. Yazılı olmayan yasaların bulunduğu bir toplumda standart uygulama olamaz. Aynı şekilde, yasaların yazılılığı onları genel

---

[103] Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 56; İçel-Donay, 2005, s. 74; Özbek ve diğ., 2012, s. 67.
[104] Alacakaptan, 1958, s. 6.
[105] Alacakaptan, 1958, s. 6.
[106] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 19.
[107] Alacakaptan, 1958, s. 6.

irade dışında bir irade tarafından değiştirilmesinin önüne geçer.[108] Kanunilik ilkesi, herkes için her türlüğü keyfiliğe karşı güvence oluşturmaktadır.[109]

Buuradaki kanun, yasama organı tarafından belirli bir usule göre yapılan ve yürürlüğe giren şekli anlamda kanunları ifade eder.[110] Kanun yürürlüğe girmiş bir kanun olmalıdır. Henüz yürürlüğe girmemiş bir kanunun bağlayıcılığı ve emrediciliği söz konusu olamaz.[111]

Öte yandan, bir yaptırımın kanunilik ilkesi kapsamında değerlendirilebilmesi için ceza hukuku anlamında "ceza" niteliği taşıması gerekir. Örneğin 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı iddiasıyla yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi, "Etik ilkeye aykırılık kararları ceza niteliğinde olmadığından, kural Anayasa'nın 38. maddesine aykırı değildir."[112] diyerek, ceza normu dışındaki yaptırımları, 38. madde kapsamında incelemeyi reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Osmanlı Devleti döneminde yapılmış (1882 tarihli) bir nizamnameyi, dönemin yasama organı olması sebebiyle kanun değerinde kabul ederek; bu nizamnameyi Anayasaya ve kanunilik ilkesine aykırı bulmamıştır.[113] Şen, her ne kadar nizamname dönemin yasakoyucusu padişah tarafından çıkarılmış olsa da bu günümüz yasama organının iradesini taşımamakta ve tüzük değerinde olduğundan kanunilik ilkesine aykırı görmektedir.[114]

(2) Ceza kanunlarının belirli ve açık olması

Latince *nullum crimen sine lege poenali certa* şeklinde ifade bulan ilkeye göre, ceza kanunları bir suçu veya cezayı belirlerken, açık, kolay anlaşılır ve sonuçları önceden görülebilir olması gerekmektedir.[115] Yasaların halkın yabancı olduğu bir dille kaleme alınmaları, halkın yaptıkları eylemlerin sonuçlarını kestirememelerine ve

---

[108] Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara, 2004, s. 42.
[109] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 21.
[110] Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, 13. baskı, 2009, s. 10.
[111] Şen, 1998, s. 31.
[112] AYM, E. 2007/98.
[113] AYM, E. 1966/4.
[114] Şen, 1998, s. 30.
[115] Beccaria, 2004, s. 33, dipnot no. 3.

böylece yasaları koyan ve bilen küçük bir azınlığın elinde köle olmalarına neden olabilir.[116]

Yasaların açık bir dille yazılmaları gerekliliği üzerinde eski Roma'dan beri durulmakta ve *leges ab omnibus intellegi debent* (yasalar, herkes tarafından anlaşılabilmelidir) sözüyle ifade bulmaktadır.[117] Özel hukuktan farklı olarak ceza hukukunda boşluk olmaz. Bundan dolayı kanunun yapılması açıkça yasaklamadığı her türlü davranış serbesttir. Ceza hâkimi önüne gelen uyuşmazlığı çözerken, kanunda hüküm olmadığı gerekçesiyle başka bir kaynağı başvurma yoluna gidemez.[118] Hatta suç, yasa koyucunun iradesinin aksine yanlışlıkla kaldırılmış olsa bile kişi cezalandırılmayacak; bu durum hata eseri olsa da hâkimin düzeltme imkânı olmayacağından karşılaşılan zorunlu haksızlığa katlanılacaktır.[119]

Ceza kanunlarında sadece yaptırımlar değil aynı zamanda suç olan fiiller açık bir şekilde belirtilmelidir. Aksi takdirde bireyin tasavvurlarına, iç davranışlarına, belirtisel davranışlarına veya şüphelere dayanan bir ceza hukuku ortaya çıkardı. Bu durumda kişinin gerçekleştirdiği eylemden dolayı değil, meydana getirdiği tehlike nedeniyle cezalandırılırdı.[120] Ceza kanunları yapılırken genel ifadeler kullanmak yerine, suç teşkil eden fiilleri bütün ihtimalleri göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak kanunlaştırma sürecinde bunun aksi olarak, bazen kanunun süratle amacına ulaşması gerekse hâkime kolaylıklar sağlamak amacıyla, bütün unsurların açık şekilde gösterilmediği suçlar yaratılmaktadır.[121] 1926 tarih ve 756 sayılı mTCK'de ve 2004 tarih ve 5237 sayılı TCK'nde bunun örneklerini görmek mümkündür.[122] Ceza kanunlarında suçların genel ifadelerle düzenlenmesi, düzenin sağlanması bakımından yararlı olmakla birlikte, özgürlükler açısından tehlikelidir.[123]

---

[116] Beccaria, 2004, s. 41.
[117] Beccaria, 2004, s. 41–42, dipnot no. 1.
[118] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 18–19.
[119] Alacakaptan, 1958, s. 10.
[120] Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2011, 16. baskı, 2011, s. 52.
[121] Alacakaptan, 1958, s. 9.
[122] 756 sayılı mTCK'ndaki örnekler için bkz. Alacakaptan, 1958, s. 11.
[123] Alacakaptan, 1958, s. 11.

(3) Suçların ve cezaların geçmişe yürümemesi

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin bir diğer sonucu da yürürlükte olmayan bir suçtan dolayı kimsenin cezalandırılamayacağıdır (*nullum cirimen sine lege poenali previa*). Başka bir anlatımla ceza normları geriye yürümez, geçmişte suç olmayan bir davranışı cezalandıramaz. İşlendiğinde suç olmayan bir fiilin suç haline gelmesi veya cezasının ağırlaştırılması durumunda yapılan değişiklikler geçmişe yürümez.[124] Geçmişe yürüme yasağı suçun tüm unsurları için geçerlidir. Suçun cezasındaki değişiklikler fail aleyhine bir sonuç doğurmaz.[125]

(4) Suçların ve cezaların uygulanmasında kıyas yasağı

Eski ve ortaçağda hakimlerin sınırsız bir yorum yetkisi olmakla birlikte, kanunda yazılı olmayan bir fiilden dolayı cezalandırma yapmaları mümkündü.[126] Kanunilik ilkesinin pozitif hukukta kabulüyle birlikte, hakimlerin kanunu harfiyen uygulaması gündeme gelmiştir.[127] Örneğin 1787 tarihli Avusturya Ceza Kanunu, hakimlere kanununa harfiyen uyma yükümlülüğü getirmiştir. Hatta bu konuda o kadar ileri gidilmiştir ki; bilimsel görüşler bile yasaklanmak istenmiştir. Ancak son tahlilde ceza kanununda sınırlı bir yorum kabul görmüştür (*nullum cirimen sine lege poenali scricta*).[128]

Cezalar yalnızca yasalarla belirlenir. Cezayı belirleme yetkisi, toplum sözleşmesiyle birleşmiş bütün toplumu temsil etmeye yetkili olan kanun koyucudur. Hiçbir yargıç, sırf adaleti sağlamak adına, yasalarca belirlenmemiş olan bir cezayı takdir edemez.[129] Kanunilik ilkesinin sağladığı güvencelerden birisi bireylerin suç ve cezaları

---

[124] Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 100; Özbek ve dig. 2012, s. 71-72.
[125] Özbek ve dig. 2012, s. 72.
[126] Alacakaptan, 1958, s. 11.
[127] Klasik Okul'a tepki olarak ortaya çıkan ve Pozitvist Okul, suç ve cezanın kanuniliği ilkesini kabul etmediği gibi, kıyasın yasak olması görüşünde değildir. Zira aslolan bireylerin değil toplumun korunmasıdır. Hâkimin kanuna sıkı sıkıya bağlılık ise, toplumun tehlikeden korunması amacına ulaşılamayacaktır. Alacakaptan, 1958, s. 15.
[128] Alacakaptan, 1958, s. 11–12.
[129] Beccaria, 2004, s. 31.

önceden bilebilmesi iken; diğer yandan hakimlerin yasada yazmayan fiilleri suç sayma ve cezalandırma yetkisi sınırlandırılmaktadır.[130]

Fransa'da suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin katı bir şekilde uygulanması, bazı sorunlar ortaya çıkarmıştır. Bunun üzerine 1832 tarihli kanun ile yargıçlara cezaları sanıkların sayısına ve kişiliğine uydurmak üzere bir takım yetkiler tanınmıştır. Bu sebeple, cezalarda alt sınır ve üst sınır belirlenerek, takdir yetkisi yargıca bırakılmıştır.[131]

Anayasa Mahkemesi kararları ile Yargıtay içtihadı birleştirme kararları bağlayıcı niteliktedir. İçtihadı birleştirme kararlarıyla suç ve ceza ihdas edilemez. Bununla birlikte içtihadı birleştirme kararları ceza normunu açıklayan ve yerine göre tamamlayan kurallardır. Bu durumda ceza normunun doğrudan kaynağı kabul edilir.[132] Anayasa Mahkemesi kararlarıyla suç ve ceza ihdas edilemez. Ancak Anayasa Mahkemesinin bir ceza normunu anayasaya aykırı bularak iptal etmesi, ceza normunun doğrudan kaynağı olmaktadır.[133]

Diğer hukuk dallarında olduğu gibi, ceza hukukunda da yorum bir zorunluluktur. Herhangi bir kanunun anlam ve kapsamını araştırmadan ve amacını belirlemeden uygulanması imkansızdır.[134] Ancak yorum, yeni bir suç ihdas edecek biçimde veya suçun alanını genişletecek bir yapılması düşünülemez. Zira ceza kanunun açıkça yasaklamadığı bir fiili serbest kabul etmek gerekecektir.[135]

Modern ceza kanunları kıyası yasaklamakla beraber, bazı dönemlerde kimi ceza kanunları kıyası serbest bırakmıştır. Özellikle 20. Yüzyılın ikinci yarısından sonra, kıyas yasağının kaldırılmasına yönelik akımlar kuvvetlenmiştir. Değişen toplumsal, ekonomik ve siyasal şartlara uyulması gerekliliği düşüncesi, kıyas yasağının kaldırılmasında öne çıkmıştır.[136] Örneğin Alman Ceza Kanuna 1935 yılında, İtalyan Ceza Kanununa 1936 yılında kıyasa imkan veren hükümler eklenmiştir. Bu hükümlere göre, ceza kanunun esas fikrine ve düşüncesine veya halkın sağduyusuna göre

---

[130] Özbek ve diğ., 2012, s. 67.
[131] Doğan Soyaslan, *Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi*, Kazancı, Ankara, 1990, s. 27.
[132] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 27.
[133] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 27.
[134] Alacakaptan, 1958, s. 12.
[135] Alacakaptan, 1958, s. 12-13.
[136] Alacakaptan, 1958, s. 15. Sovyet hukuku ve nasyonal-sosyalist hukuk Almanya örneği için bkz. s. 15-19.

cezalandırılması gereken filleri işleyenler cezalandırılır.[137] Bir fiil ceza kanunu tarafından açıkça cezalandırılmıyorsa, aynı fiil, esas fikri veya düşüncesi en uygun ceza kanunu ile cezalandırılır. Burada kullanılan muğlak ve elastiki tabirler, kıyas yasağını ortadan kaldırdığı gibi, hukukun kesinliği ilkesini de ortadan kaldırmaktadır.[138] Bununla birlikte, kıyasın reddedilmesi sadece totaliter rejimlere özgü değildir. Danimarka'da 1866 ve 1930 tarihli ceza kanunlarının her ikisinde de kıyasa yer verilmiştir.[139]

Türk Hukukunda, 1961 ve 1982 Anayasasında ve ayrıca 1926 tarihli eski Türk Ceza Kanununda kıyası yasaklayan özel bir hüküm bulunmamaktadır.[140] 5237 sayılı TCK'nin 2. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Kanunların suç ve ceza hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz." TCK, bu fıkradaki hükümle kıyas yasağını açık bir şekilde ortaya koymuş, aynı zamanda hâkimin kullanması gereken "dar" yorumu belirtmiştir. Bununla birlikte bu hüküm, kıyas ile geniş yorum arasında bir geçitlik ilişkisi çağrıştırdığı için eleştirilmiştir. Hafızoğulları ve Özen'e göre, kıyas ile genişletici veya ilerletici yorum arasında bir geçitlik bulunmamaktadır. Nitekim kıyas kanunda hüküm bulunmayan durumlarda hukuka kaynaklık etmek iken; yorum, mevcut bir normun anlamını bulup çıkararak, kapsam ve sınırlarını belirlemektir.[141]

Ceza hukukundaki kıyas yasağı esas itibariyle aleyhe kıyas yasağıdır. Zira doktrinde ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan durumlarda kıyas yapılabileceği ileri sürülmektedir.[142] Öte yandan, kimi zaman kanun lafzına sıkı sıkıya bağlı olmak ve yorumdan kaçınmak mantıksız kararlara yol açabilmektedir. Yargıtay Orman Kanunuyla ilgili verdiği bir kararda, kanunun 28. maddesinde yer alan orman sınırları ve bu sınıra 500 metre mesafeye kadar olan yerlerde kömür ocağı açmanın suç olamayacağı kararına varmıştır. Alacakaptan'a göre, Yargıtay'ın kıyasa başvurmaksızın, "azı yasaklanan çoğu da yasaktır" ilkesine müracaat ederek, bu mantıksız durumdan kurtulabilecektir.[143]

---

[137] Gian Domenico Pisapia, *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri (Genel Kısım)*, (çev. Atıf Akgüç), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1971, s. 6, dipnot no. 1.
[138] Pisapia, 1971, s. 6, dipnot no. 1.
[139] Alacakaptan, 1958, s. 19.
[140] İçel–Donay, 2004, s. 84.
[141] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 20.
[142] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 20.
[143] Alacakaptan, 1958, s. 14.

Sonuç olarak, suç ve cezanın kanunda açık bir şekilde tarif edilmesi ve sınırlarının belirlenmesi zorunluluğu, beraberinde kıyas yasağını getirmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, ceza hukuk özel hukuktan farklı olarak boşluk kabul etmez ve kanunun boş bıraktığı bir alan başka kaynakla doldurulamaz.

(5) Yürütmenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılamaz

Kanunilik ilkesi karşısında, yürütme organının düzenleyici işlemlerle suç ve ceza ihdas etmesi mümkün değildir. Yürütmenin suç ve ceza ihdas edebilmesi, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır.[144] Nitekim kanun koyma bir yasama fonksiyonu olup; yürütme fonksiyonu yasama organının çıkardığı kanunu uygulamaktan ibarettir. TBMM'nin onayından geçtiği halde kanun hükmünde kararname ile suç ve ceza ihdas edilemez ve aynı zamanda temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenleme yapılamaz.[145] 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.[146]

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 eleştirilmiş; yasama organı, yürütme ve yargı organı lehine yetkiler vermeye zorlanmıştır.[147] Bu durum açık ceza normları denen normların ortaya çıkmasına sebep olmuş ve bunların idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulabileceği kabul edilmiştir.[148]

Yasamanın çıkardığı kanunların uygulayıcısı olan yürütmenin, soyut kanunları somuta indirgemesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Fransa'da 1832 tarihli kanunla, yürütmenin düzenleyici işlemlerine etkinlik kazandırmak amacıyla ceza kanununa 471/15. madde eklenmiş ve hukuki geçerliliği olan düzenleyici işlemlere uygun olarak yapılan işlemlere riayetsizlik cezalandırılmıştır.[149] Zaman içersinde süratle değişen

[144] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 20.
[145] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 26.
[146] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 26.
[147] Soyaslan, 1990, s. 26–27; Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 20.
[148] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 20.
[149] Soyaslan, 1990, s. 27.

ekonomik, sosyal ve siyasi şartların bir an evvel hukuk düzenine uydurulması zorunluluğu ve meslek kuruluşlarının iç disiplininin sağlanması gibi nedenlerle idareye düzenleme yetkisi verilmiştir.[150]

Soyaslan, yürütmenin tüzük ve yönetmelik ile kanunun izin ve yetkilendirmesiyle karar, emir, tedbir, sirküler ve tebliği gibi idari tasarruflarla suç ihdas edilebileceği görüşündedir.[151] Soyaslan'ın bu görüşlerinde genel ceza normlarını mı, yoksa açık ceza normlarını mı kastettiği yeterince net değildir. Öte yandan Hafızoğulları ve Özen, ceza hukuku düzeninin, idarenin düzenleyici işlemler yoluyla açık ceza normlarını doldurma yolunu kapatmadığı görüşündedir.[152] Örnek olarak TCK'nin 195. Maddesinde "Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma" suçunda açık normlara yer vererek, yetkili makamların aldığı tedbirlere uymamak cezalandırılmıştır. Yetkili makamlarca alınan tedbirler kuşkusuz burada idarenin düzenleyici işlemleridir. [153] Aynı biçimde, TCK'nin 186. maddesiyle ticaretini yasakladığı, bozulmuş veya değiştirilmiş gıda ve ilaçlar, idarenin mevzuatına aykırı olanlardır. 257. maddede düzenlenen görevi kötüye kullanmak suçunda görevden maksat, idari mevzuatın çerçevesini çizdiği görev ve yetkilerdir. Bu durumlarda idarenin düzenleyici işlemleri ceza normunun kaynağı olmaktadır.[154]

(5) Örf-adet kuralları ile suç ve ceza yaratılamaz

Avrupa'da Aydınlanma sonrası, özellikle Fransız Devrimi'yle birlikte ortaya çıkan "yasa yapıcı devlet" görüşünün yaygınlaşmasıyla örf ve âdetin (*ius non scriptum*) hukuka kaynaklık ettiği düşüncesi giderek zayıflamış ve hukukta pozitif metinler daha fazla etkili olmaya başlamıştır.[155]

Öncelikle hukukun temel ilkelerinden, kazanılmış haklara saygı, yaşama hakkı ve kişi dokunulmazlığı, dürüstlük ilkesi, hukuk kurallarının geriye yürümezliği vs gerek özel hukukta, gerekse kamu hukukunda uygulama alanı bulmaktadır.[156] Bununla birlikte örf ve âdetin kamu hukukunda geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Örneğin Giacometti,

---

[150] Soyaslan, 1990, s. 27.
[151] Soyaslan, 1990, s. 21.
[152] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 21.
[153] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 21.
[154] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 26.
[155] Yasemin Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 52.
[156] Işıktaç, 2009, s. 59.

hukuk düzeninde örf ve adetin varlığının "devletin kanun koyma" tekeline aykırı olacağından, kamu hukuku alanında örf ve adeti reddetmektedir.[157] Ancak bu boşluksuz bir yasama gerektirdiğinden, pek mümkün görünmemektedir.

Alacakaptan ise, örf ve adet hukukunun varlığının ve içeriğinin tartışmalı olduğunu belirterek; ceza hukukunda yeri olmadığından söz etmektedir.[158] Toplum tarafından kabullenilmeyen veya ayıp sayılan bir durumun her zaman kanun tarafından suç sayılamayacağını, oysa bu durumda kanunun uygulandığı toplumun örf ve adetin uyumsuzluğu söz konusu olabilir.[159]

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 uygulanmasından doğan teamüle kaynaklık oluşturmaktadır.[160] 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.[161] Aynı şekilde örf âdetin kimi durumlarda ceza kanunun yorumunda araç olarak kullanılabileceği 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.[162]

Hafızoğulları/Özen'e göre, ceza hukukunda örf ve âdetin yeri sınırlıdır. Kanunilik ilkesi karşısında, örf ve adet ile suç ve ceza ihdas edilmesi mümkün değildir. Örf ve adet kanunu kaldırıcı bir etkiye sahip olmadığı gibi, kanuna aykırı (*contra legem*) olan örf ve âdetin hukuk düzeninde geçerliliği bulunmamaktadır.[163]

Ceza hukukunda idare hukuku veya medeni hukuka atıf yapıldığı durumlarda, bu hukuk dallarının ilgili maddeleri örf ve adet hukukunu yetkilendirmişse, ceza hukukunun dolaylı kaynağı olmaktadır.[164] Ayrıca *nullum crimen sine lege-nulla poena*

---

[157] Işıktaç, 2009, s. 59.
[158] Alacakaptan, 1958, s. 7.
[159] Alacakaptan, 1958, s. 7.
[160] Işıktaç, 2009, s. 62. Ayrıca bkz. Alacakaptan, 1958, s. 8.
[161] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 25.
[162] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 25.
[163] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 25.
[164] Işıktaç, 2009, s. 62.

sine lege ilkeleri sadece sanık aleyhine olduğu durumlarda sıkı yorumlanmalı, sanığın lehine olan durumlarda ör ve adet hukuku göz önünde tutulmalıdır.[165]

Suçlar ve cezalar özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilgili olduğundan, suç ve cezaları belirleyen normların açık ve belirgin olması zorunludur. Bu sebeple suç ve ceza normlarında yazılılık ağırlık kazanmaktadır.[166] Öte yandan, yürüyen örf ve adet hukuku, ortaya çıkan yeni suç tiplerinin cezalandırılamaması sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda kanun koyucunun toplumsal gereksinimleri daha yakından takip etmesi gerekir.[167]

Örf ve adet hukukunun ceza yargılaması hukukunda daha etin olduğu görülmektedir. Örneğin, eski bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olan diplomatik dokunulmazlık, 5237 sayılı TCK'nin 3/1. maddesinde düzenlenen mülkilik ilkesine istisna oluşturmakla birlikte uygulanmaktadır. Bu tür *contra legem* örf adet hukuku ilkeleri kanunla açıkça yasaklanmadıkça uygulanmaya devam etmekte ve çoğu kez yazılı biçime dönüşmektedir.[168]

Sonuç olarak kanunilik ilkesi, ceza hukukunun en önemli ilkesi olarak, "güvence fonksiyonu" olarak adlandırılmaktadır.[169] Gerçekten de bu ilke, devletin keyfi işlemlerine karşı bireyin özgürlüğünü koruyan en önemli ilkedir. Kanunilik ilkesi temellerini kuvvetler ayrılığı ilkesinden alsa da bu ilkeye bugün daha çok "kişi özgürlüğü" esasından yaklaşılmaktadır.[170]

b. Kanunilik ilkesine yönelik eleştiriler

Kanunilik ilkesi, ceza hukukunun güvence ilkesi olmakla birlikte, bu ilkenin katiyetle uygulanması bazı sorunlara yol açabilmektedir. Bu sebeple kanunilik ilkesinin kimi zaman sıkı uygulanmamakta veya bu ilkeden sapmalar yaşanmaktadır. Kanunilik ilkesi, kanun arkasından dolanarak ya da kanundaki boşluklardan yararlanarak suç işleme imkânı kıldığından doktrinde eleştirilmiştir. Buna göre, kıyas yasağının kalkması toplum vicdanında ceza gerektiren fiillerin cezasız kalmamasını sağlayacaktır. Oysa,

---

[165] Işıktaç, 2009, s. 62.
[166] Işıktaç, 2009, s. 62.
[167] Işıktaç, 2009, s. 62.
[168] Işıktaç, 2009, s. 62–63.
[169] Önder, 1992, s. 56.
[170] Önder, 1992, s. 58.

böyle bir uygulama hakimin yetkilerinin artması olumsuzluğunu doğuracak ve ceza hakimi kanunilik ilkesinden kurtulmuş olacaktır.[171] Örneğin Danimarka Ceza Kanununda kanunilik ilkesine yer verilmemiş olmakla birlikte, kıyas yasağının yokluğu kötüye kullanılmamaktadır.[172] Bugün bu ilkenin işlevini tamamladığı yönünde eleştiriler de söz konusu olabilmektedir.[173]

c. Kanunilik ilkesinin tarihsel gelişimi ve bugünü

Kanunilik ilkesi, 18. yüzyılda hakim olan bireyci felsefesinin insan özgürlüğüne atfettiği büyük değerin sonucu olarak, insan özgürlüklerini güvence altına almak üzere ortaya çıkmıştır.[174] Kanunilik ilkesinin kökenini genellikle Roma hukukuna veya *Magna Carta Libertum*'a götürülür.[175] Örneğin, Montesquieu önceleri Roma hâkimlerinin kanuna dayanmaksızın keyfi yargılama yaptığını, sonra bunun sakıncalı olduğu gerekçesiyle, kanunlar yapıldığı ve hâkimlerin kanunlara göre karar verdiğini belirtmektedir.[176] Bununla birlikte en çok kabul gören düşünce, kanunilik ilkesinin Aydınlanma düşüncesinin bir eseri olduğudur.[177]

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ilk ortaya çıkışı, ceza yargılamasındaki şiddet ve keyfiliği önlemeye yönelik bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bireyciliği öne çıkaran 18. yüzyıl Aydınlanmacılarından ilk olarak Montesquieu ve Beccaria, ceza hukukunun ılımlaştırılması amacıyla kanunilik fikrini ileri sürmüşlerdir.[178] Montesquieu, "Kanun, hükümdarın gözleridir; kanunsuz göremeyeceği şeyleri kanun yoluyla görür"[179] diyerek, kanunun yahut hukukî belirliliğin önemini göstermiştir. Kuvvetler Ayrılığı Teorisi de suçların ve cezaların kanuniliğini zorunlu kılmaktadır. Nitekim

---

[171] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 23.
[172] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 23.
[173] Özbek ve diğ., 2012, s. 69.
[174] Alacakaptan, 1958, s. 3.
[175] Alacakaptan, 1215 tarihli *Magna Carta Libertatum*'da kanunilik ilkesinin varlığından söz edilemeyeceğini belirterek; Şarttaki buradaki düzenlemenin, bireylerin kanuna aykırı özgürlüklerinin kısıtlanamayacağı, dolayısıyla ceza muhakemesi güvencesidir. Alacakaptan, 1958, s. 4.
[176] Montesquieu, 2011, s. 105. Ancak burada bahsedilen suçların ve cezaların kanuniliği değil, sadece cezaların kanuniliğidir.
[177] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 19.
[178] Alacakaptan, 1958, s. 4.
[179] Montesquieu, 2011, s. 108.

yargıç kanun koyucu gibi davranarak kıyas veya yorum yapamaz, aksi taktirde kanun koyucunun sahasına girmiş olur.[180]

Kanunilik ilkesi, 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu yapılırken Alman hukukçu Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833) tarafından, Latince *nullum crimen, nulla poena sine lege* şeklinde formüle edilmiş ve bu şekilde kullanılagelmiştir.[181] Önce teorik olarak ortaya çıkan kanunilik ilkesi, ilk olarak Avusturya İmparatoru II. Joseph tarafından 1787 yılında yürürlüğe konan ceza kanunnamesinde; akabinde 26 Ağustos 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinde yer bularak pozitif hukuka mal olmuştur.[182] Bildirgenin 7. maddesinde, kişilerin yasanın belirlediği hallerde ve yasanın öngördüğü usullere uyularak cezalandırılabileceği belirtilmiştir.[183] Kanunilik ilkesi, 1791 ve 1793 Fransız Anayasası, 1810 Fransız Ceza Kanunu ile 1813 Bavyera ceza Kanununda yer almıştır[184] ve bu tarihten itibaren bütün Kara Avrupası'na yayılmıştır.[185] Öte yandan kanunilik ilkesi, polis devletinin keyfi uygulamalarına karşı bireyin korunması olarak ortaya çıktığından, Bolşevik Devrimi sonrası 1922 tarihli Sovyetler Birliği Ceza Kanunu ile Nazizm eseri olan 1935 tarihli Alman Ceza Kanununda bu ilkeye özellikle yer verilmemiştir.[186] Sovyet Ceza Kanunun ilk halinde kabul edilmeyen *nullum crimen sine lege* ilkesi, 1959 yılında tekrar getirilmiştir.[187]

Dünyada özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası kabul edilen birçok uluslararası sözleşmede, anayasa ve ceza kanununda kanunilik ilkesine yer verilmiştir. 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (m. 11/2) ile 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (m. 7) kanunilik ilkesine yer verilmiştir. Bugün modern ceza kanunlarının birçoğunda bu ilkeyi görmek mümkündür.[188] 1948 yılında İnsan

---

[180] Alacakaptan, 1958, s. 4.
[181] Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1812, s. 22. (elektronik kaynak için bkz. *http://books.google.com.tr/books?id=5RgeAAAAMAAJ&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.* Bu ilke Latince formüle edilmekle birlikte, Roma hukukunda kanunilik ilkesi yoktur. Bkz. Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 22.
[182] Taner, 1949, s. 182; Alacakaptan, 1958, s. 5.
[183] Bildirgenin Türkçe çevirisi ve tam metni için bkz. Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta, İstanbul, 2009, 12. bası, s. 574–575.
[184] Alacakaptan, 1958, s. 5.
[185] Soyaslan, 1990, s. 26.
[186] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 22.
[187] Pisapia, 1971, s. 6, dipnot no. 1.
[188] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 22.

Hakları Evrensel Beyannamesinde yer aldıktan sonra beyannameyi imzalayan bütün devletler, iç hukuklarında kanunilik ilkesine yer vermişlerdir.[189]

(1) Dünya anayasalarında kanunilik ilkesi

Kanunilik ilkesinin hukuk düzeninde sağladığı güvence işlevi nedeniyle, bu ilkeye dünyadaki anayasaların büyük çoğunluğunda yer verilmektedir. Bilindiği üzere anayasaların temel işlevi siyasal iktidarı sınırlandırarak, bireysel hak ve özgürlükleri güvence altına almaktır. Bu sebeple, bireylere devletin keyfi cezalandırması karşısında çok önemli bir güvence sağlayan kanunilik ilkesinin anayasalarda düzenlenmesi oldukça önemlidir.

Dünya anayasalarının kanunilik ilkesine yer vermeleri bakımından üç kategoride ele almak mümkündür. Anayasaların çoğunluğunda kanunilik ilkesine doğrudan yer verilmektedir. Bazı anayasalarda özellikle ceza yargılaması hukuku ve kimi ceza hukuku güvencelerine yer verilmekle birlikte, doğrudan kanunilik ilkesine yer verilmemektedir. Son olarak, çok az sayıda anayasanın kanunilik ilkesine aykırı hükümler içerdiği görülmektedir.

Kanunilik ilkesine anayasalarında doğrudan yer veren ülkeler şu şekilde sıralanabilir:[190] Almanya (103/2), Arnavutluk (29/1-2), Azerbaycan (71/8), Bahreyn (20/a), Ermenistan (42/3), Estonya (23/1-2), Etiyopya (22/1), Güney Afrika (35/3-l,n), Güney Kıbrıs (12/1), Güney Kore (13), Gürcistan (42/5), Hindistan (20/1), Hollanda (16), İran (169), İspanya (25/1), İtalya (25/2-3), İzlanda (69/1), Hırvatistan (31/1), Japonya (39), Kanada (11/g), Katar (40/1), Kenya (50/2-n), Kuveyt (32/1), Küba (59/1), Liberya (21/a), Polonya (42/1), Ruanda (18/2), Rusya (54/2), Slovakya (49), Suudi Arabistan (38), Tacikistan (20), Venezüella (49/6), Yunanistan (7/1). Bazı anayasalar ise, kanunilik ilkesine ek olarak ceza kanunlarının geriye yürümesi ve lehe kanunla ilgili hükümlere de yer vermişlerdir: Arnavutluk (29/3), Azerbaycan (71/8), Hırvatistan (31/1), Kanada (11/i), Kenya (50/2–p), Küba (61), Rusya (54), Slovakya (50/6), Tacikistan (20) ve Venezüella (24) anayasalarında lehe olan ceza kanunun geçmişe

[189] Alacakaptan, 1958, s. 5-6.
[190] Parantez içinde anayasa maddeleri ve fıkraları verilmiştir. Anayasaların tarihlerine ve kaynaklarına kaynakçada yer verilmiştir.

yürüyeceği (lehte olanın uygulanacağı) düzenlenmiştir. Gürcistan (42/5) ve Ermenistan (42/5) anayasasına göre ise, lehe veya aleyhe ceza kanunu geriye yürümez.

Kanunilik ilkesine anayasalarında doğrudan yer vermeyen ülkeler şu şekilde sıralanabilir:[191] ABD (1787), Arjantin (1853), Avustralya (1900), Avusturya (1920), Danimarka (1992)[192], Endonezya (1945), Fas (2011)[193], Fransa (1958)[194], İsrail (1992), İsviçre (1999), Kamboçya (1993), Kuzey Kore (2009), Moğolistan (1992), Paraguay (1992), Yeni Zelanda (1986).

Kanunilik ilkesine aykırı düzenlemeler, Çin (m. 28) kamu düzeninin korunması amacıyla, devlet güvenliğini ve sosyalist ekonomiyi tehlikeye düşürebilecek vatan hainliği ve benzeri eylemlerin devlet tarafından suç sayılacağı ve cezalandırılacağı düzenlenmektedir. Ancak burada suç ve ceza ihdası yöntemi olarak "kanun" belirtilmemektedir. Üstelik ne olduğu sübjektif değerlendirmeye son derece açık olan "tehlikeye düşürme" fiili cezalandırılmaktadır. Hollanda Anayasasının 16. maddesinde prensip olarak kanunilik ilkesi kabul edilmekle birlikte, (Ek–9 maddede) "Savaş döneminde işlenen suçlar" bakımından bu ilke geçerli sayılmamaktadır. Yine Arnavutluk Anayasasının 29/1. Maddesinde kanunilik ilkesi benimsenirken, takip eden cümlede uluslararası hukukun savaş ve insanlığa karşı suç saydığı durumlarda maddenin ilk cümlesinin (kanunilik ilkesi) geçerli olmadığı belirtilmektedir.

Tablo 2: Dünyadaki devletlerin anayasalarında kanunilik ilkesinin düzenlenişi

ÜLKE	**(1)**	**(2)**	**(3)**	**ÜLKE**	**(1)**	**(2)**	**(3)**
ABD		X		İsveç	X		
Almanya	X			İsviçre		X	
Arjantin		X		İtalya	X		
Arnavutluk	X		X	İzlanda	X		

[191] Parantez içinde anayasaların kabul tarihleri verilmiştir.
[192] Danimarka'da kanunilik ilkesinin uygulanışıyla (olmayışı) ilgili bkz. Alacakaptan, 1958, s. 19; İçel–Donay, 2005, s. 77.
[193] 1996 tarihli Fas Anayasasının 10/1. maddesi kanunilik ilkesine yer vermekteydi.
[194] Soyaslan, 1990, s. 27. Fransız hukukunda kanunilik ilkesinin katı uygulamasından vazgeçildiğini ve idarenin tasarruflarıyla suç koymanın mümkün olduğunu belirtmektedir. Diğer yandan 1958 Fransız Anayasasında hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi ve İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin anayasal değeri için bkz. Gözler, 2011a, s. 777–778.

Avustralya		X		Japonya	X		
Avusturya		X		Kamboçya		X	
Azerbaycan	X			Kanada	X		
Bahreyn	X			Katar	X		
Çin			X	Kenya	X		
Danimarka		X		Kuveyt	X		
Endonezya		X		K. Kore		X	
Ermenistan	X			Küba	X		
Estonya	X			Liberya	X		
Etiyopya	X			Moğolistan		X	
Fas		X		Paraguay		X	
Fransa		X		Polonya	X		
Güney Afrika	X			Ruanda	X		
Güney Kıbrıs	X			Rusya	X		
Güney Kore	X			Slovakya	X		
Gürcistan	X			S. Arabistan	X		
Hindistan	X			Tacikistan	X		
Hırvatistan	X			Türkiye	X		
Hollanda	X		X	Venezüella	X		
İran	X			Yeni Zelanda		X	
İspanya	X			Yunanistan	X		
İsrail		X					
(1) Kanunilik ilkesine doğrudan yer verenler, (2) Kanunilik ilkesine doğrudan yer vermeyenler, (3) Kanunilik ilkesine aykırı hükümlere yer verenler							

Kaynak: Anayasaların internet erişim adresleri Kaynakça'da belirtilmiştir.

(2) Türk Anayasa Hukukunda kanunilik ilkesi

Türk hukuk tarihinde kanunilik ilkesine anayasal düzeyde ilk kez 1876 Kanuni Esasinin 10. maddesinde yer verilmiştir. Kanuni Esasinin 10. maddesinde "Hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebeb ve suretten maada bir bahane ile mücazat olunamaz." denilerek, kanunilik ilkesi güvenceye

alınmıştır. Sadece üç yıl yürürlükte kalan ve dönemin olağanüstü koşullarının yönetimi için hazırlanmış olan 1921 Teşkilatı Esasiye Kanununda diğer hak ve özgürlükler gibi, bu ilkeye de yer verilmemiştir. 1924 Anayasasında ise, kanunilik ilkesi açıkça yer almamıştır. 1961 Anayasasının 33. maddesinin 2. fıkrasında kanunilik ilkesi açıkça yer almıştır: "Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur". 1982 Anayasasının suçlar ve cezalara ilişkin 38. maddesinde kanunilik ilkesi düzenlenmiştir.

2. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi

İlkel ceza hukuku döneminde, ceza sorumluluğunun şahsiliğinden söz etmek mümkün değildir. Montesquieu, Çin'de ve Peru'da çocukların işlediği suçlar nedeniyle babaların cezalandırılabildiğinden söz etmektedir.[195] Hititlerde de insanların günahkâr doğduğuna inanılıyordu ve babanın suçundan çocuğunun sorumlu olması söz konusuydu. [196] Ceza hukuku gelişim sürecinde ceza sorumluluğu kolektif ve objektiflikten; kişisel ve sübjektif hale evrilmiştir.[197]

Modern toplumda suçların ve cezaların şahsiliği ilkesi, "kusur ilkesi"nin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.[198] Suçların ve cezaların şahsiliği ilkesi, devlete suçu cezalandırma bakımından bir sınır oluşturur. Suç ne pahasına olursa olsun cezalandırılmayacaktır veya meydana gelen her suçun karşılığında bireylerin cezalandırılması yoluna gidilmeyecektir. Failin yerine en yakınlarının cezalandırılması mümkün olmadığı gibi, suçun failine verilen cezadan dolayı başka kimselerin etkilenmesi de söz konusu olmamalıdır.

İlkel dönem ceza hukukunda ceza sorumluluğunun kolektif olması esastır.[199] Aydınlama döneminde suçların ve cezaların sorumluluğunun şahsi olması gerektiği üzerinde durulmuştur.[200] Bugün bireyleri kendi iradesi dışında gerçekleşen eylemlerden dolayı cezalandırılmasını engelleyen önemli bir güvencedir. Bu ilke aynı zamanda "kusur ilkesi"nin bir sonucudur.[201]

---

[195] Montesquieu, 2011, s. 108.
[196] Belkıs Dinçol, *Eski Önasya Toplumlarında Suç Kavramı ve Ceza*, Türk Eskiçağ Bilimleri Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 2003, s. 11.
[197] Dönmezer–Erman, 1997, s. 38.
[198] Hakeri, 2011, s. 28-29.
[199] İçel–Donay, 2005, s. 38.
[200] Montesquieu, 2011, s. 108.
[201] Hakeri, 2011, s. 29.

Kusur ilkesi ise, suç olan fiilin ancak faile yüklenmesi durumunda cezalandırmayı öngörmektedir. Fail isnat yeteneği olan bir kimse olacaktır ve fiili isteyerek ve bilerek (en azından bilerek) işleyecektir.[202] Modern ceza hukuku, kusur ilkesinin kabulüyle birlikte, eşyaların, hayvanların[203] ve isnat yeteneği olmayan insanların (çocuklar, akıl hastaları) cezalandırılmasının önüne geçmektedir.

Dünya anayasalarında ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin kanunilik ilkesi kadar yaygın bir şekilde yer aldığı söylenemez. Nitekim bu çalışmada anayasaları incelenen ülkeler arasında Bahreyn (20/b), Güney Kore (13/3), İtalya (27/1), Katar (40/1), Kuveyt (32/2), Moğolistan (16/14), Ruanda (17/1) ve Suudi Arabistan (38) anayasalarında suçların ve cezaların şahsiliği ilkesine yer verilmiştir. Diğer anayasalarda bu ilkeden söz edilmemiştir. Bu durum elbette ki, diğer ülkelerin hukuk düzenlerinde suçların ve cezaların şahsiliğine riayet edilmediği veya ceza kanunlarında bu ilkenin var olmadığı anlamına gelmez. Ancak anayasal düzeyde güvence çok az devlet tarafından sağlanmıştır.

Türkiye'de 1876 Kanuni Esasi'de kanunilik ilkesi açıkça yer alırken, şahsilik ilkesinden bahsedilmemektedir.[204] Aynı şekilde 1924 Anayasasında da suçların ve cezaların şahsiliği ilkesi düzenlenmemiştir. Suçların ve cezaların şahsiliği ilkesi ilke açık olarak 1961 Anayasası ile güvenceye alınmış ve 33/5. maddesinde düzenlenmiştir. 1982 Anayasasının 38. maddesinde ise "Ceza sorumluluğu şahsîdir" ifadesiyle bu ilke anayasal güvenceye alınmıştır. Bu ilke TCK'nin 20. maddesinde yasal düzenleme olarak yer bulmuştur.

C. Cezalara İlişkin Hükümler ve İlkeler

Anayasalarda doğrudan cezalarla ilgili hükümlere ve genel ilkelere çoğunlukla yer verilmektedir. Bu daha çok bazı yaptırım türlerinin yasaklanması olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasaların hemen hepsinde işkence ve kötü muamelenin bir yaptırım türü olamayacağına dair hüküm vardır. Üstelik anayasaların bazılarında doğrundan

---

[202] Hakeri, 2011, s. 28.

[203] Eski medeniyetlerin birçoğunda hayvanların ceza sorumluluğu söz konusudur. Örneğin Hititlerde insanların ölümüne sebebiyet veren öküzlerin öldürülmek suretiyle cezalandırılması kabul edilmekteydi. Ali M. Dinçol, "Hitit Yasalarının Ana Çizgileri ve Eski Önasya Hukuku ile Etkileşimi", *Anadolu Araştırmaları*, S. 12, 1990, s. 86–87.

[204] Osmanlı ceza hukukunda cezaların şahsiliği ilkesiyle ilgili olarak bkz. Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş*, Mimoza Yayınevi, Konya, 2008, s. 48-49.

işkence suçunun cezalandırılması öngörülmektedir. Genel müsadere yasağı, anayasaların cezalandırma yöntemlerine ilişkin diğer düzenlemelerdendir.

1. Ölüm cezası yasağı

Ölüm cezası konusunda dünyadaki anayasalarda üç farklı yaklaşım gözlenmektedir. Devletler ya ölüm cezalarını yasaklamakta, ya istisnai haller için kabul etmekteler ya da ölüm cezasını kabul etmektedirler.

Anayasalarında ölüm cezasını yasaklayan ülkeler şunlardır: Almanya (102), Avusturya (85), Fransa (66-1), Gürcistan (15/2), Hırvatistan (21/2), Hollanda (114), İsveç (2. Bölüm, 4), İsviçre (10/1), İzlanda (69/2), Kamboçya (32/2), Slovakya (15/3), Paraguay (4), Venezüella (43), Yunanistan (7/3).

Bazı devletlerde prensip olarak ölüm cezası yasaklanmakta, ancak belli suçlar için ölüm cezası verilebileceği kabul edilmektedir. Ölüm cezasını istisna hallerde kabul eden Azerbaycan'da anayasasının 27/3 maddesine göre, ancak devlete ve insan sağlığı ve yaşamına karşı işlenen ağır suçlarda ölüm cezası verilebilir. Ermenistan Anayasasında (17/2) ise, ölüm cezasının sadece ağır suçlarda verilebileceği düzenlenmiştir. İspanya (15) ve İtalya (27/4) anayasalarında ölüm cezası sadece askeri suçlarda geçerlidir. Rusya Anayasasında (20/2) ölüm cezası sadece hayata karşı suçlar için geçerlidir. Arjantin Anayasasında (18) ise farklı bir düzenlemeye gidilerek, siyasi suçlarda ölüm cezası verilemeyeceği hükmedilmektedir.

Ölüm cezasına anayasada yer veren devletler ise şunlardır: ABD, Etiyopya, Güney Kıbrıs, Güney Kore, Hindistan, Liberya, Moğolistan, Tacikistan. Devletlerin ölüm cezasını kabul ettikleri, ya ölüm cezasının infazıyla ilgili yetkiden söz etmelerinden ya da başka bir şekilde ölüm cezasının anayasada geçmesinden çıkarılmaktadır.

Tablo 3: Dünyadaki devletlerin anayasalarında ölüm cezasının düzenlenişi

ÜLKE	(1)	(2)	(3)	(4)	ÜLKE	(1)	(2)	(3)	(4)
ABD	X				İsveç			X	
Almanya			X		İsviçre			X	

Arjantin		X			İtalya		X		
Arnavutluk				X	İzlanda			X	
Avustralya				X	Japonya				X
Avusturya			X		Kamboçya			X	
Azerbaycan				X	Kanada				X
Bahreyn				X	Katar				X
Çin				X	Kenya				X
Danimarka				X	Kuveyt				X
Endonezya				X	K. Kore				X
Ermenistan		X			Küba				X
Estonya					Liberya	X			
Etiyopya	X				Moğolistan	X			
Fas				X	Paraguay			X	
Fransa			X		Polonya				X
G. Afrika				X	Ruanda				X
G. Kıbrıs	X				Rusya		X		
G. Kore	X				Slovakya			X	
Gürcistan			X		S.Arabistan				X
Hindistan	X				Tacikistan	X			
Hırvatistan			X		Türkiye			X	
Hollanda			X		Venezüella			X	
İran				X	Y. Zelanda				X
İspanya		X			Yunanistan			X	
İsrail				X					
(1) Ölüm cezasını kabul edenler (2) İstinai hallerde ölüm cezasını kabul edenler (3) Ölüm cezasını tümüyle yasaklayanlar (4) Ölüm cezasından söz edilmeyen anayasalar									

Kaynak: Anayasaların internet erişim adresleri Kaynakça'da belirtilmiştir.

2. İşkence ve kötü muamele cezası yasağı

İşkence 20. yüzyılın başlarına kadar dünyada çok yaygın bir cezalandırma yöntemiydi. İşkencenin yaptırım türü olmasının yanında bir diğer özelliği, özellikle suçların soruşturulmasında ifade elde etmek amacıyla en çok başvurulan bir yöntem olmasıdır. Bugün dünyada işkenceyi bir ceza yaptırımı olarak kabul eden bir devlet kalmamıştır. Ne yazık ki; işkence suç soruşturmalarında hala bir ifade elde etme aracı olarak kullanılmaktadır. Anayasalar işkenceye karşı önemli güvenceler getirmektedir. Hemen hemen işkenceyi yasaklamayan bir devlet yok gibidir.

İşkence ve kötü muameleyi anayasalarında yasaklayan devletler şunlardır: Etiyopya (18/1), Güney Afrika (12/1-e, Kenya (29/e-f), Liberya (21/e), Ruanda (15/2), ABD (ek-8), Kanada (12), Güney Kore (12/2), Japonya (36), Kamboçya (38/4), Moğolistan (16/3), Tacikistan (18), İspanya (15), İsveç (5), İsviçre (10/3), İtalya (27/3), İzlanda (68/1), Arnavutluk (25), Azerbaycan (46/3), Ermenistan (19/1), Estonya (18/1), Güney Kıbrıs (8), Gürcistan (17/2), Hırvatistan (17/3), Polonya (40), Rusya (21/2), Slovakya (16/2), Yunanistan (7/2), Bahreyn (20/d), Fas (22/2),İran (38), Katar (36), Kuveyt (31/2), Arjantin (18), Paraguay (5/1), Venezüella (44/5, 46/1). Bahreyn (19/d), Kamboçya (38/4), Katar (36) ve Venezüella (46/4) işkencenin cezalandırılmasını öngörmektedir.

Buna karşın Çin, Endonezya, Hindistan, Kuzey Kore, Avustralya, Yeni Zelanda, Almanya, Avusturya, Danimarka, Fransa, Hollanda, İsrail, Suudi Arabistan ve Küba anayasalarında işkence ve kötü muamele cezasını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Bu elbette ki bu devletlerin işkenceyi ceza yaptırımı olarak kabul ettikleri anlama gelmez. Örneğin Almanya Anayasasının 1. maddesi insan onurunu düzenlemektedir. Bu düzenleme karşısında Almanya'da anayasanın işkenceye geçit verdiği söylenemez. Öte yandan işkence ve kötü muameleyi yasaklayan birçok uluslararası sözleşmeye taraf olan devletlerin anayasalarında bu konuya yer vermemiş olmaları anayasa koyucunun bir tercihi olarak görülebilir.

3. Zorla çalıştırma ve angarya cezası yasağı

Dünyadaki anayasaların büyük çoğunluğunda "angarya ve zorla çalıştırma" yasaklanmaktadır. Bununla birlikte, 1982 Türkiye Anayasasında olduğu gibi, bazı anayasalarda "hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar" zorla çalıştırma kabul edilmemektedir. ABD (ek 13/1), Arnavutluk (26), Etiyopya (18/4–a), Japonya (18) ve Slovakya (18/2) hükümlülük ve tutukluk sırasındaki çalışmaları, zorla çalıştırma yasağının istisnası olarak kabul etmektedir. İspanya Anayasasında ise, hükümlülerin ıslahı öne çıkarılmakta ve zorla çalıştırılamayacakları (25/2) anayasal güvenceye alınmaktadır.

Zorla çalıştırma, angarya ve kölelik birçok anayasa tarafından yasaklanmıştır. Özellikle dünyada birçok devlet, bu tür fiillerin yasa koyucu tarafından bir ceza yaptırımı olarak düzenlenmesi ihtimaline karşın, bu alanı anayasal güvenceye almışlardır. Bu düzenlemeyle ilgili iki farklı tavrı görmek mümkündür. Bunlardan ilki "zorla çalıştırma, angarya ve köleliğin" hiçbir istisna olmaksızın yasaklanması ve dolayısıyla bir ceza yaptırımı olarak düzenlenmesi ihtimalinin ortadan kaldırılmasıdır. İkinci durum ise, hükümlülük ve tutukluluk halinde yaptırılan bazı işleri bu yasağın istisnası olarak görmektedirler. Buna ilaveten bazı devletlerin sahip oldukları tarihsel ve sosyal gerçekliklere bağlı olarak, anayasalarında köleliğin cezalandırılmasını öngörmektedirler. Örneğin Güney Afrika (m.13).

Bazı devletler ise, zorla çalıştırma ve angaryada istisnai durum olarak tutukluluk ve hükümlülük halinde çalıştırmaları saymaktadır. Biz burada benzer düzenlemeye sahip devletleri "ceza olarak zorla çalıştırmaya cevaz veren ülkeler" olarak tanımlıyoruz. ABD (ek-13/1), Estonya, Japonya bunlar arasındadır. Nitekim 1982 Anayasasının 18. maddesinin 2. fıkrasında "Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar… zorla çalıştırma sayılmaz." denilerek, Türkiye'de bu kategori içinde yer almaktadır.

4. Cezalara ilişkin diğer hükümler

Dünyada genel olarak yasaklanan bir diğer cezalandırma yöntemi de genel müsaderedir. Arjantin (17), Arnavutluk (181), Azerbaycan (29/4), Güney Kıbrıs (12/6),

İsveç (26/2), Katar (56), Kuveyt (19), Paraguay (21/2), Suudi Arabistan (19), Tacikistan (20) ve Yunanistan (7/3) genel müsadereyi anayasalarında yasaklayan ülkelerdir.

Ne bis in idem, bir suçtan dolayı kişinin bir defa yargılanması ve cezalandırılması anlamına gelmektedir. Suç ve cezalarda kanunilik ilkesi kadar sık olamasa da *ne bis in idem* ilkesi anayasalarda ve ceza kanunlarında yer verilen bir ilkedir. Anayasalarında *ne bis in idem* ilkesine yer veren ülkeler şunlardır: Almanya (103/3), ABD (ek–5), Arnavutluk (38), Azerbaycan (64), Estonya (23/3), Etiyopya (23), Güney Kıbrıs (12/2), Güney Kore (13/1), Gürcistan (42/4), Hindistan (20/2), Hırvatistan (31/2), Japonya (39), Kanada (11/h), Liberya (21/h), Tacikistan (20) ve Venezüella (49/7). Türk anayasasında bu ilkeye yer verilmemiştir. TCK'nde *ne bis in idem* ilkesi açıkça düzenlenmemekle birlikte, bu ilkenin uygulanmasına yönelik başka düzenlemeler mevcuttur.

İspanya Anayasasında (25/2) cezalandırmanın amacı suçluların sosyalleşmesi ve toplumun korunması olarak yer almaktadır. Benzer şekilde İtalya (27/3) ve Paraguay (20/1) da suçluların ıslahına anayasada yer veren ülkelerdir. Güney Kıbrıs Anayasasında (12/3) suçlar ve cezalar arasında oran olması gerektiği düzenlenmiştir. Venezüella Anayasasına göre ise, (44/5) özgürlüğü kısıtlayan cezalar 30 yılı geçemez ve (50) sürgün cezası verilemez.

Güney Kore Anayasasında (30) bir suçun mağduru olarak ölen ya da bedensel zarara uğrayan kişilere veya yakınlarına devlet tarafından yardım edileceği; Venezüella Anayasasında (46/1) işkence ve kötü muamele mağdurları devlet tarafından korumaya alınıp, yardım edileceği düzenlenmiştir. Rusya Anayasasında (52) suç mağdurlarının korunmasına yönelik hükümler bulunmaktadır. İsviçre Anayasasının 124. maddesine göre, suçtan fiziksel, psikolojik ve cinsel bütünlüğü bozulanlara yardım edilir ve tazminat ödenir.

D. Suçlara İlişkin Hükümler

Anayasalarda cezalara ilişkin çok genel ilkeler yer almakla birlikte, anayasa koyucular suçlara ilişkin genel ilkeler koymaktan imtina etmektedir. Ölüm cezası, genel müsadere cezasının yasaklanmasının anayasal güvencede olması gibi, suçlara ilişkin bir durumun ilkesel olarak anayasal güvencede olmasına rastlanmamaktadır. Örneğin

"düşünce suç olamaz" gibi genel bir ilkenin anayasalarda düzenlendiği vaki değildir. Öte yandan bazı fiillerin öznel olarak cezalandırılacağı veya suç sayılacağı anayasalar tarafından düzenlenmektedir. Elbette ki, anayasalar ceza kanunu değildir. Dolayısıyla suçları ve cezaları düzenleyen ceza normları olarak görülmemelidir. Bununla birlikte, suçlara ilişkin düzenlemeler hiç yok da değildir ve bu düzenlemeler yasa koyucu için öncelikli bağlayıcıdır.

Suçlarla ilgili bir diğer durum da anayasanın koruma altına aldığı temel hak ve özgürlüklerin, cezalandırma yoluyla koruma altına alınmasıdır. Anayasalar bu konuda açık hüküm getirmezler. Ancak anayasanın koruduğu hak ve özgürlüklerin gerçekte hayat bulması için devlet tarafından çeşitli tedbirler yoluyla korunması gerekir. Bu durumda temel haklar ve özgürlükler, çoğunlukla ihlal edeni cezalandırmak yoluyla korunabilmektedir.

Suçlar konusunda anayasa koyucuların çok fazla hükme yer vermemeye özen gösterdikleri, özellikle suçlarla ilgili genel bir ilke belirlemedikleri gözlenmektedir. Zira toplumda daima gelişme ve değişme söz konusudur. Toplumsal düzeni korumak için hangi fiilin veya fiillerin cezalandırılabileceğini önceden kestirmek zordur. Bu anlamda anayasa koyucular gelecekteki yasa koyucuları zapturapt altına almak istememektedir. Öte yandan, ülkelerin tarihsel ve özelliklerine bağlı olarak, bazı fiillerin cezalandırma yoluyla önlenmesini anayasa koyucu zorunlu görmektedir.

1. Doğrudan suç düzenlemesi yükümlülüğü getiren hükümler

Anayasalarda suçlara ilişkin ilkelere ise, çok nadir rastlanmaktadır. Toplumun dinamik yapısı karşısında anayasa koyucu, yasa koyucunun iradesini önceden ipotek altına alacak ve düzenleme alanını kısıtlayacak hükümler getirmekten kaçınmaktadır.[205] Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda bunu açıkça belirtmiştir.[206]

---

[205] "Ceza alanında düzenleme yaparken, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılıp sayılmayacağı, suç sayılanların hangi tür ve ölçüde yaptırıma bağlanacağı, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği ya da hangi koşullara bağlı olarak davaların ve cezaların erteleneceği yasakoyucunun takdir yetkisi içindedir." AYM, E. 1996/77.

[206] "Anayasa'da, bu sayılan kurallar dışında ayrıca buyurucu veya yasaklayıcı bir kural bulunmadığından, suçlar ve cezalar hakkında gerekli gördüğü önlemleri almak Yasakoyucunun yetkisi içinde kalmaktadır. Anayasa, suç ve cezaya ilişkin olarak belirlediği bu ilkeler dışında kalan, özellikle, ne tür eylemlerin suç sayılacağı, suç sayılan eylemlere ne kadar ve ne tür ceza verileceği, nelerin cezayı ağırlaştıracağı veya

İstisna da olsa, anayasalarda suçlara ilişkin hükümler görmek mümkündür. Bu düzenlemeler, elbette ki bir ceza kanunu gibi, suç olan fiiller ve karşılık gelen cezayı düzenlemek şeklinde değildir. Buna karşın kimi anayasalarda bazı fiillerin suç oluşturacağı (*they have to be made a criminal offence*[207], *… constitutes a crime*[208]), bazı fiillerin cezalandırılacağı (*punishable by law*[209]) belirtilerek, yasa koyucuya suç düzenleme yükümlülüğü getirilmiştir. Çok az sayıda olmakla birlikte bazı anayasalarda suçlara verilecek cezaları dahi belirlenmiştir (…*commute the punishment to life imprisonment*[210]).

İşkence ve kötü muamelenin aynı zamanda cezalandırılması gereken bir suç olarak, bazı anayasalarda düzenlendiği yukarıda belirtilmiştir. Dünya anayasalarında farklı fiillerle ilgili olarak, "kanunda cezalandırma zorunluluğu" getiren düzenlemelere rastlanmaktadır.

a. Dünya anayasalarında

Almanya Anayasasının 26/1. maddesine göre uluslararası barışı tehlikeye sokmak ve savaş çıkarma girişimi anayasaya aykırıdır ve bir suç olarak kabul edilir. Federal bir devlet olan Arjantin'de bir eyaletin diğer bir eyalete savaş açması suç kabul edilmiştir (m. 127). Polonya Anayasasında (m. 43) savaş suçları ve insanlığa karşı suçlarında; Paraguay Anayasasında (m. 5/2) soykırım, işkence, adam kaçırma, siyasal amaçlı cinayet suçlarında; Venezüella Anayasasında (m. 29) insan onurunun ihlali, ciddi insan hakları ihlalleri ve savaş suçlarında zamanaşımı uygulanamayacağı yönünde hükümler vardır. 1994 yılında soykırım ve iç savaşın yaşandığı Ruanda Anayasasının 13/1. maddesinde, soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının zamanaşımı yasaklanmış; ayrıca 13/2. maddesinde soykırımı inkâr, değersizleştirme ve saptırmacılık, suç olarak düzenlenmiştir.

Yürütme gücünü zorla ele geçirme/Hükümet darbesi (*coup d'etat*) Azerbaycan (m. 6/2), Ermenistan (m. 2/2) ve Tacikistan (m. 6) anayasalarında suç kabul edilmiştir.

---

hafifletici neden sayılacağı gibi konularda bir kural koymamış, bunların saptanmasını Yasa koyucuya bırakmıştır." AYM, E. 1988/4.

[207] Örnek, Almanya Anayasası, m. 26.

[208] Örnek, Ermenistan Anayasası, m. 2.

[209] Örnek, Hırvatistan Anayasası, m. 39.

[210] Örnek, Etiyopya Anayasası, m. 28

Paraguay Anayasasında (m. 42) anayasal düzeni değiştirmeye teşebbüs suç olarak düzenlenmiştir. Halkın iradesine aykırı olarak askerlerin yönetimi ele geçirmeye kalkışması Arjantin Anayasasının 22. maddesinde isyan suçu olarak düzenlenmiştir. Kongrenin Hükümete aşırı güç vermesi veya gücün anti demokratik kullanılması, 29. ve 36. maddelerde ağır suçlar (vatan hainliği/*high treason*) olarak düzenlenmiştir.

Vatan hainliği, ABD Anayasasının 3. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiş ve çerçevesi savaş dönemlerinde ABD aleyhine askere alma veya düşmana yardım etmek ile sınırlandırılmıştır. Bu suçun cezasını belirleme yetkisi ABD Kongresine aittir, ancak yine anayasada hangi cezaların verilemeyeceği düzenlenmiştir. Arjantin Anayasasının 119. maddesinde ABD Anayasasındakine benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Vatan hainliği sadece Arjantin Ulusuna karşı silah kullanılması veya düşmana katılma veya yardım etmek durumunda mümkündür. Vatan hainliğinin cezası Kongre tarafından belirlenir ve bu suçtan dolayı failin yakınları zarar göremez. Küba Anayasasının 65/3. maddesine göre, vatan hainliği en ağır suçtur ve en ağır cezayla cezalandırılır. Ancak vatan hainliğinin ne olduğuna yönelik açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Tarihsel süreç içersinde kölelik kurumuna sahip olan ve bu kurumu çok geç tarihlerde terk etmiş ülkelerden Arjantin (m. 15) anayasasında köle ticareti suç olarak sayılmıştır. Estonya Anayasasında (m. 12/2) her türlü ayrımcılık ve nefret söyleminin cezalandırılması öngörülmektedir. Küba Anayasasının 42/1. maddesine göre her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır ve kanun tarafından cezalandırılır. Aynı düzenlemeye Ruanda Anayasasının 11/2. maddesinde de yer verilmiş; 33. maddesinde etnik ayrımcılık içeren propagandanın cezalandırılması öngörülmüştür.

Küba Anayasasının 62. maddesine göre, anayasada düzenlenen özgürlüklerin kötüye kullanımı, sosyalist devlete ya da komünist düzeni kurmaya aykırı eylemler cezalandırılır. Venezüella Anayasasında (m. 114) ise, ekonomiye yönelik spekülasyon, stokçuluk, kartelcilik eylemleri ile tefeciliğin cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

İsviçre Anayasasının 123/a maddesinde, cinsel suçlar ve tehlikeli suçlardan hükümlülerin, ıslah olmadıkları ve olamayacakları anlaşıldığı takdirde, bir daha benzer suçları işlememeleri için ömür boyu hapsedilmelerini düzenlemektedir. Ayrıca takip eden 123b maddesinde, ergenlik öncesi çocukların mağduru olduğu cinsel ya da pornografik suçlara zamanaşımının uygulanması men edilmektedir.

Küba Anayasasının 59/4. maddesine göre, bu maddede sayılan ceza muhakemesi kurallarının ihlali cezalandırılır. Benzer bir düzenleme İran Anayasasında (m. 32) vardır. Kültürel, tarihsel ve sanatsal mirasa zarar veren davranışların cezalandırılacağı yönünde İspanya (m. 46), Kamboçya (m. 70) ve Venezüella (m. 99) anayasalarında düzenleme konusudur.

Venezüella Anayasasında kanun tarafından cezalandırılması öngörülen diğer fiiller şunlardır: (m. 46/4) Kamu görevlilerinin kötü muamelesi, (m. 51) Dilekçe hakkının ihlali, (m. 54) Her türlü insan, kadın ve çocuk ticareti, (m. 95) sendika hakkını kişisel çıkarlarına dönüştüren sendikacılar cezalandırılır. Paraguay Anayasasında ise, (m. 8/3) çevreye karşı zararlı fiiller, (m. 53/1) çocukların bakım yükümlülüğünü yerine getirmeme, (m. 54/1) çocuklara gerekli gözetim ve korumayı sağlayamama ve (m. 107/2) tefecilik ve zararlı eşyanın izinsiz ticareti fiillerinin cezalandırılması öngörülmektedir. Kamboçya Anayasasında (m. 64) uyuşturucu, taklit ürün ve insan sağlığına zararlı şeylerin ithalat, imalat ve satışının cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Anayasalarda suçlarla ilgili genel ilkeler görmek zordur. Onun yerine, tek tek bazı fiillerle ilgili düzenlemeye gidilmiştir. Tekrar belirtmek gerekirse, anayasalar ceza kanunu değildir. Dolayısıyla anayasada suç düzenlemek demek, anayasanın yasa koyucuya belli bir fiili suç olarak düzenlemesi yönünde bir yükümlülük getirmesi demektir. Anayasalarında kanunlarla cezalandırılacak fiillere en fazla sayıda yer veren ülkelerin (Arjantin, Küba, Paraguay ve Venezüella) Latin Amerika ülkeleri olması dikkat çekicidir.

b. Türk anayasalarında

Türkiye'de 1982 Anayasasında benzer bir hüküm yoktur. Anayasa koyucu belli bazı fiillerin suç kabul edilip edilmemesinde yasa koyucuya bağlayıcı bir hüküm getirmemiştir. Bununla birlikte 1961 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını düzenleyen 11. maddenin 3. fıkrasında, "Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile

kullanılamaz" hükmünü takiben, son fıkrada "Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir" şeklindeki hükme yer verilerek, maddenin 3. fıkrasındaki belirtilen hususlarla ilgili yasa koyucuya "suç düzenleme" yükümlülüğü getirilmiştir. Yine 1971 yılında 1488 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesinde din özgürlüğünü düzenleyen 19. maddede " Kimse, Devletin sosyal, iktisadî, siyasî veya hukukî temel düzenini, kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya şahsî çıkar veya nüfuz sağlama amacıyla, her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz. Bu yasak dışına çıkan veya başkasını bu yolda kışkırtanlar kanuna göre cezalandırılır…" hükmü yer almaktaydı. 1488 SK ile yapılan değişiklik ile "cezalandırılır" ibaresi kaldırılmıştır.

2. Cezalandırma yoluyla korumayı zorunlu kılan hükümler

Anayasaların temel hak ve özgürlüklere sağladığı güvence işlevi, ister istemez yasa koyucuların birçok özgürlüğü cezalandırma yoluyla korumasını gerektirmektedir. Yaşama hakkı, işkence görmeme hakkı, angarya yasağı, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşmenin gizliliği vb negatif statü hakları, ancak ve ancak bu alana karşı yapılan saldırıların cezalandırılmasıyla korunabilir. Yaşama hakkın düzenleyen bir anayasa karşısında, yasa koyucunun ceza kanununda adam öldürme suçunu almaması düşünülemez. Yukarıda söz edildiği gibi, bazı devletler anayasalarında işkencenin ve bazı diğer fiillerin cezalandırılmasını zorunlu kılmakta ve zaten yasa koyucuya bir tercih hakkı bırakılmamaktadır. Adam öldürme fiilinin suç sayılması için, anayasanın yaşama hakkının ihlalini suç olarak düzenlemeyi zorunlu kılması gerekmez, yaşama hakkını korumaya alması yasa koyucu için doğal bir yükümlülük oluşturmaktadır. Öte yandan, anayasada düzenlenen hak ve özgürlüklerinin tamamının cezalandırma yoluyla korunması da gerekmeyebilir. Ancak yukarıda sayılan negatif statü haklarının ihlalinin cezalandırılması zorunlu olmaktadır.

Anayasa normlar hiyerarşisinde en üst norm olması sebebiyle, anayasada düzenlenen bir konunun kanunla düzenlenmesi öngörülmüşse, bu yasa koyucu bakımından bir yükümlülük haline gelmektedir. Öte yandan, anayasa koyucunun her hangi bir şeyin kanunla düzenleneceğini belirtmesine gerek yoktur. Örneğin anayasa,

yaşama hakkını koruma altına almışsa, yasa koyucu için adam öldürme fiilinin cezalandırılması bir yükümlülük haline gelmektedir.

Anayasalarda düzenlenen hakların tümü için söz konusu olmasa da bazı anayasal haklar cezalandırma yoluyla korumayı zorunlu kılmaktadır. Bunların başında yaşam hakkı ve işkence yasağı gelmektedir. Yine bazı devletler anayasalarında bazı fiillerin cezalandırılacağını düzenlemişlerdir. Bu konuya üstten ikinci başlıkta yer verilmiştir.

Yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı, kişi özgürlüğü, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı gibi haklara yer verilen bir anayasal devlette, kanun koyucunun bu haklara yönelik ihlalleri veya ihlal girişimlerini suç olarak düzenlemesi ve cezalandırması gerekmektedir.

3. Cezalandırma yolunu kapatmayı zorunlu kılan hükümler

Anayasalarda güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla, cezalandırmayı zorunlu kılan hükümlerin yanında, kimi hak ve özgürlüklerin hayata geçirilebilmesi için bazı fiillerin suç olmaması gerekir. Örneğin, yakınları aleyhine suçlayıcı ifadede bulunmama hakkı (*nemo tenetur*) karşısında, bununla çatışan bir ceza normunun getirilmesi düşünülemez.[211] İfade özgürlüğünü koruyan bir anayasa hükmü karşısında, hakaret, suça teşvik veya toplumda yakın ve açık tehlike (*clear and present danger*) yaratma dışında, ifade özgürlüğünü sınırlandırıcı mahiyette bir ceza normunun getirilmesi düşünülemez. Örneğin, sadece soykırımın inkar edilmesi, başlı başına bir suç olarak düzenlenemez.[212]

---

[211] 5237 sayılı TCK'nin *Suçu bildirmeme* başlığını taşıyan 278. maddesini iptal hakkında davasında Anayasa Mahkemesi, "İtiraz konusu kuralda, işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkililere bildirmeyenlerin maddede öngörüldüğü biçimde cezalandırılacakları belirtilirken, gerek maddede, gerekse bu maddeye atıf yapacak biçimde başka bir yerde, bu suçun fail veya failleriyle anılan suçu bildirmeyen kişi arasındaki yakın akrabalık durumu cezasızlık açısından ayrık tutulmamıştır." Gerekçesiyle kanun hükmünü iptal etmiştir. AYM, E. 2010/52.

[212] Fransa'da devlet tarafından kabul edilen soykırımları inkar ve değersizleştirme fiilini suç sayan yasa tasarısı *http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/case-law/decision/decision-no-2012-647-dc-of-28-february-2012.114637.html.*

E. Anayasallık ve Cezalandırma Yetkisi

Demokrasi ve hukuk devletinin vazgeçilmez kabul edildiği günümüzde, bireylerin hak ve özgürlüklerin devlet iktidarı karşısında korunması vazgeçilmezdir. Hak ve özgürlükleri güvence altına almanın en önemli yolu, anayasal düzenlemedir.[213] Anayasalar normlar hiyerarşisindeki en üst normlar olarak, yasa koyucular açısından bağlayıcıdır. Bu durumda cezalandırma yetkisine ilişkin anayasalarda getirilen sınırlandırma ve yükümlülükler de yasa koyucu açısından en önemli sınırı teşkil etmektedir.

Anayasalarda yer alan insan onuru, hukuk devleti ve eşitlik ilkesi, diğer konularda olduğu gibi, cezalandırma söz konusu olduğunda da devlet iradesi önünde en önemli sınırdır. Yasama organı insan onuruna aykırı suç ihdasında bulunamayacağı gibi, günümüzde insan onuruna aykırı ceza yaptırımları kabul edilmemektedir. Hukuk devleti ilkesi, yasama organının ceza kanunları yaparken başta anayasal ilkeler olmak üzere hukukun genel ilkelerine uymasını gerektirirken; bireyler açısından hukuku belirlilik ve güvenlik sağlamaktadır. Eşitlik ilkesi ise, suçların ve cezaların ihdasında bireyler arasında bir ayrım yapılmamasını gerektirmektedir.

Ceza hukukunun tarihsel sürecinde gelişen "ceza hukuku ilkeleri"nin anayasal güvencede olması dünyada yaygın bir uygulamadır. Kanunilik ilkesi başta olmak üzere, ceza sorumluluğunun şahsiliği gibi bir çok ilke anayasada düzenlenmekte ve aynı zamanda anayasal ilke niteliği kazanmaktadır. Bu ilkeler başta yasa koyucu olmak üzere, yasa uygulayıcılar için de bağlayıcı olmakta ve bireyler açısından temel güvenceler teşkil etmektedir.

Anayasalarında kanunilik ilkesini kabul eden devletlerdeki yasa koyucular ve diğer devlet organları açısından en başta usulî bir sınırlandırma gelmektedir. Bu yetki yasama organının tekeline bırakıldığı gibi, yasama organı da bu tekeli sadece kanun yapmak yoluyla kullanacaktır. Bu durumda parlamento kararı veya başka bir usulle suç ve ceza ihdası mümkün olmayacaktır.

Bir anayasada bazı fiillerin cezalandırılacağının belirtilmesi ve bazı ceza türlerinin yasaklanması, yasa koyucu açısından maddi sınırı oluşturmaktadır. Yasa koyucu, anayasanın "cezalandırılır" (*punished*) şeklinde düzenlendiği bir fiili suç

---

[213] Yusuf Şevki Hakyemez, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 189.

olmaktan çıkaramayacağı gibi, suç olarak düzenlememekten de imtina edemez. Aynı şekilde anayasa koyucunun yasakladığı bir ceza yaptırımının ceza kanununda düzenlenmesi mümkün değildir. Anayasalarda bazı ceza yaptırımlarının yasaklanması daha yaygın bir düzenleme olmakla birlikte, yasa koyucunun faaliyet alanının daha serbest bırakılması bakımından anayasa koyucular, suçlara ilişkin hükümlere anayasalarda yer vermemeyi tercih etmektedir.

Anayasanın düzenlediği ilkelere aykırı yapılan yasal düzenlemeler, anayasaya aykırı duruma düşecektir. Anayasa yargısını kabul eden devletlerde bu Anayasa Mahkemesi tarafından yasanın iptalini gerektirmektedir.

Sonuç olarak, günümüzde ceza hukuku anayasa hukukuyla çok yakından ilişkilidir. Ceza hukukunun birçok temel ilkesi anayasada güvence altına alınmakta, ceza kanunlarının yapılmasında anayasalar çok önemli sınırlar oluşturmaktadır. Anayasaların temel amacı hak ve özgürlüklerin güvenceye alınmasıdır. Devletin bireylere en ağır müdahalede bulunabileceği, suç ihdas etmek suretiyle bazı eylemlerini kısıtlayabileceği çok önemli bir alandır cezalandırma. Temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak ve siyasal iktidarı sınırlandırmak şeklinde özetlenebilecek anayasacılığın bir sonucu olarak, cezalandırmaya ilişkin temel ilkelerin anayasalarda güvence altına alınması yerindedir. Bu durum devletin kendi kendini anayasal ilkelerle sınırlandırması (oto-yimitasyon) anlamındadır ve yasama organı açısından cezalandırma yetkisinin kullanılmasında en önemli sınınırı oluşturmaktadır.

III. ANAYASA YARGISI VE CEZALANDIRMA YETKİSİ

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.

Anayasal ilkelerin uygulamada gerçek anlamda sınır oluşturabilmesi için öncelikle anayasaya uymayı benimsemiş bir yasama organı olması gerekir. Başka bir anlatımla, anayasanın ve getirdiği ilkelerin değer taşıması ancak anayasal bir devlette mümkün olabilir. Öte yandan, yasama organı kimi zaman bilerek ya da bilmeyerek anayasaya aykırı kanunlar çıkarabilir. İşte böyle bir durumu ortadan kaldırabilmek için ve anayasanın üstünlük ilkesi gereği, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesine ihtiyaç duyulur. Bu ister önleyici (*a priori*), ister düzeltici (*a posteriori*) denetim olsun, anayasanın getirdiği temel kaidelere aykırı hukuk normlarının hukuk düzeninden uzaklaştırılarak, hukuk düzeninde anayasanın getirdiği güvencelere aykırı bir durumun ortaya çıkması engellenir. Devletin cezalandırma yetkisinin sınırını oluşturan anayasal ilkeler, Anayasa Mahkemelerinin anayasa yorumuyla daha belirgin ve somut hale gelir. Bu sebeple, devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarının tespitinde anayasa mahkemelerinin yaklaşımı ve tutumu büyük bir önem taşımaktadır. Anayasa yargısı, demokratik bir ceza hukukunun teminatıdır.[214]

A. Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Cezalandırma Yetkisi

Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'nin kurulması 1961 Anayasasıyla kabul edilmiş ve 1962 yılında kurularak faaliyetine başlamıştır. Osmanlı Devleti döneminde ve 1924 Anayasası dönemlerinde anayasa yargısı kabul edilmemekteydi. 1924 Anayasasının 103. Anayasanın üstünlüğünü düzenlemekle ve kanunların anayasaya aykırı olamayacağını belirtmekle birlikte; Anayasanın 26. maddesi kanunları yorumlama görevini TBMM'ne vererek, anayasa yargısı yolunun önünü kapatmıştı. 1950 yılında Akşehir Hukuk

[214] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 16.

Hakimi Refik Gür, mahkemelerin kanunların anayasaya uygunluk denetimi yapabileceğini ve anayasaya aykırı olana kanunları uygulamayabileceğini ileri sürmüşse de bu tutum Yüksek Mahkemelerce benimsenmemiştir.[215] Bu sebeple 1961 yılına kadar Anayasa Mahkemesine ihtiyaç duyulmamış ve olgusal olarak anayasa yargısı mekanizması kabul görmemiştir. 1982 Anayasasıyla birlikte Anayasa Mahkemesinin hukuk düzenindeki yeri aynen korunmuştur.

Türk Anayasa Mahkemesi 1962 yılından beri kanunların anayasaya uygunluk denetimin yapmaktadır. O tarihten bugüne çalışma usulü, yapılanması veya başvuru usulünde bir takım değişiklikler olsa da gerek iptal davası, gerekse itiraz yolu kullanılarak Anayasa Mahkemesinin çok sayıda ceza normunu denetlemesi sağlanmıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin ceza kanunlarının anayasal denetimi konusunda hatırı sayılır bir tecrübesi vardır.[216]

Anayasa Mahkemesi'ne bir ceza normu farklı sebeplerle dava konusu edilmektedir. Anayasanın hukuk devleti ilkesini düzenlediği 2. maddesi ile suç ve cezalara ilişkin temel ilkelere yer verilen 38. maddesi, ceza normlarının aykırılığının en çok ileri sürüldüğü anayasa maddeleridir. Bununla birlikte, eşitlik ilkesini düzenleyen 10. madde ile ceza normunun içeriğine göre bazı diğer anayasa maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle davalar açılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarının üç temel başlık altında incelenecektir. Aşağıda öncelikle yasa koyucunun cezalandırma yetkisi ve bunun sınırları üzerine verilen kararlar ele alınmıştır. İkinci olarak, suç ihdasına ilişkin kararlar, son başlıkta da cezalara ilişkin kararlara yer verilmiştir.

1. Cezalandırma yetkisi ve sınırı üzerine kararlar

Anayasa Mahkemesi, hangi insan davranışlarının suç olduğunun ve bunlara uygulanacak cezanın türü ve miktarında yasa koyucunun çok geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu görüşündedir. Bu görüşü doğrultusunda, açılan birçok iptal davasını ve itirazı reddetmiştir. Bununla birlikte, çok sayıda kararında da yasa koyucunun

---

[215] Konu için bkz. Merih Öden, "Cumhuriyetin 75. Yıldönümünde Anayasa Yargısı", *AÜHFD*, C. 48, S. 1–4, 1999, s. 25–26.

[216] Bu konuda yapılmış toplu bir çalışma için bkz. Ersan Şen, *1962–1997 Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku*, Beta, İstanbul, 1998.

sınırlılıklarına ve cezalandırma yetkisini kullanırken esas alacağı temel ilkelere yer vermiştir.

a. Yasa koyucunun takdir yetkisi ve sınırlılıkları

Anayasa Mahkemesi, yasa koyucuyu ceza hukukuna ilişkin düzenleme yapmada çok geniş bir yetki alanının olduğunu kabul etmektedir. Ceza kanununa ilişkin gelen bir davada genel olarak bu yetkiden söz ederek incelemeye başlamaktadır. Anayasa Mahkemesine göre, elbette bu yetki sınırsız olmayıp; anayasanın temel ilkeleri ve ceza hukukunun ana kuralları yasa koyucunun bağlı kalmak zorunda olduğu koşullardır. Diğer taraftan hangi eylemin suç sayılacağı veya sayılmayacağı; suç sayılan eylemlere hangi ölçüde ceza yaptırımı uygulanacağı; ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepleri düzenlemek tamamen yasa koyucunun takdirindedir. Bu durum, birçok kararda aynı ifadelerle, şu şekilde yer almaktadır:[217]

> "Hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenek yaptırımlarla karşılanacağı, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir."

Anayasa Mahkemesine göre, yasa koyucunun ceza hukukuna ilişkin düzenleme yapmasının kapsamı oldukça geniştir. Yasa koyucu ne tür eylemlerin suç olarak düzenleneceğini belirleyebilir. Suç olan eylemlere verilecek cezanın türünü ve miktarını belirleyebilir. Yine suç olan bir fiille ilgili olarak ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler ile cezalardan yapılacak indirim veya artırım oranlarının belirlenmesi tamamen yasa koyucunun takdirindedir.[218]

> "Ceza hukuku alanında yapılacak yasal düzenlemelerde yasakoyucunun suç ve cezalara ilişkin uyması zorunlu temel ilkeler Anayasada belirtilmiştir. Bu

---

[217] AYM, E. 2010/116; AYM, E. 2010/6; AYM, E. 2010/3; AYM, E. 2009/18; AYM, E. 2009/17; AYM, E. 2008/93; AYM, E. 2008/14; AYM, E. 2007/85; AYM, E. 2007/69; AYM, E. 2007/46; AYM, E. 2006/154; AYM, E. 2006/123; AYM, E. 2006/107; AYM, E. 2006/77.
[218] AYM, E. 2007/91.

ilkelere aykırı olmamak koşulu ile suçlar ve cezalar hakkında gerekli gördüğü önlemleri almak yasakoyucunun yetkisi içinde kalmaktadır. Anayasa'da, suç ve cezaya ilişkin olarak belirlediği bu ilkeler dışında kalan, özellikle, ne tür eylemlerin suç sayılacağı, suç sayılan eylemlere ne kadar ve ne tür ceza verileceği, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler ile cezalardan yapılacak indirim veya artırım oranları gibi konularda bir kural konulmamış, bunların saptanması yasakoyucuya bırakılmıştır."

Suçların dava ve ceza zaman aşımı sürelerinin belirlenmesi, anayasa ve ceza hukuku genel ilkelerine uygun olmak koşuluyla, yasa koyucunun takdirindedir. Yasa koyucu bu konuda anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle sınırlıdır.[219]

"Dava ve ceza zamanaşımı sürelerinin; suçların ağırlığı, kamu düzeni için oluşturduğu etki ve ceza siyasetinin gereği olarak belirlenmesinde yasakoyucunun takdiri Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle sınırlıdır."

Anayasa Mahkemesi, bir kararında buna ceza muhakemesi kurallarını da eklemiştir. "…bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırım ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir."[220] Bir başka kararında ise, "…ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir." [221] diyerek, sadece suç ve cezaları değil, aynı zamanda ceza adalet sisteminin işlemesine yönelik diğer mekanizmaların kabulünde yasa koyucunun takdir yetkisini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre, yasa koyucu ceza kanunlarını yaparken, anayasal ve ceza hukuku ilkelerinin yanı sıra ülkenin genel durumu, sosyal ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak bir ceza politikasına göre ve ihtiyaçlar doğrultusunda hareket etmesi gerekecektir.

"Ceza kanunlarının, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin genel durumu, sosyal ve ekonomik hayatın gereksinmeleri gözönüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre düzenlenmesi gerekir… Hukuk devletinde yasakoyucu,

[219] AYM, E. 2007/95.
[220] AYM, E. 2010/52; AYM, E. 2009/6.
[221] AYM, E. 2010/19; AYM, E. 2005/107.

Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir."[222]

Bir suçun şikâyete tabi olup olmamasını belirleme yetkisi de tamamen yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.[223]

"…hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali suçunun da işlenmesi halinde esasen şikayete tâbi olan bir suçun soruşturma ve kovuşturması için şikayet şartının kaldırılması suç ve ceza siyasetinin bir gereği olarak yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamındadır."

Anayasa Mahkemesine göre, suçluların cezalandırılmasında koşulları ve suçun unsurlarını belirlemede takdir yetkisi yasa koyucuya aittir.[224]

"…hangi eylemlerin suç oluşturacağını belirleme yetkisi bulunduğu gibi suçluların cezalandırılmasına ilişkin koşulları da saptama yetkisine sahiptir. Dolayısıyla kişilere karşı suçlara özel hükümlerin başında yer vererek insanı ve insan haklarını koruma ilkesine verdiği değeri, suç ve ceza politikasının temel hedefi kabul eden yasakoyucunun izlenen suç ve ceza siyasetinin gereği olarak, gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesinde "en az üç kişiyle ihtilat" koşulunu araması, yasama yetkisi kapsamındadır."

Anayasa Mahkemesi, birçok kararında yasama organının suç ve ceza ihdas ederken toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısına vurgu yapmıştır.[225]

"Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili olması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza, ceza muhakemesi ve ceza infaz hukuku alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği ve cezaların ne

[222] AYM, E. 2009/38; AYM, E. 2005/79.
[223] AYM, E. 2008/14.
[224] AYM, E. 2006/136.
[225] AYM, E. 2008/12; AYM, E. 2006/106.

şekilde bireyselleştirilerek hangi yükümlülüklerin yükleneceğinin belirlenmesi gibi konularda takdir yetkisine sahiptir."

Sonuç olarak yasa koyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına uymak koşuluyla, cezalandırma konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Yasa koyucu hangi eylemin suç olacağına, suç olan fiile ne kadar ceza verileceğini, suçun unsurlarını, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerden; soruşturma usulü ve infaz biçimine kadar cezalandırma yetkisinin kullanımında her türlü yetkiye sahiptir. Bununla birlikte yasama organın cezalandırma yetkisini kullanırken başlıca sınırı anayasal ilkeler ile ceza hukukun temel ilkeleridir. Öte yandan toplumun kültürel, sosyal ve ekonomik yapısı ile insan haklarının korunması yasa koyucu için bağlayıcı diğer hususlardır.

(1) Anayasa

Anayasa Mahkemesinin kanunların anayasaya uyguluk denetimi işlevi doğal olarak, denetime konu kanunun anayasada düzenlenen bir ilkeye aykırılığını ileri sürmek şeklinde yerine gelmektedir. Ceza kanunlarının anayasaya uygunluk denetimini yaparken Anayasa Mahkemesi, anayasanın çok sayıda maddesine ve hatta başlangıç kısmına atıfta bulunmaktadır.[226] Bu ilkeler arasında hukuk devleti ve eşitlik ilkesi öne çıkmaktadır. Ceza kanunlarının denetiminde çoğunlukla anayasada yer verilen ceza hukuku ilkeleri de dikkate alınmaktadır. Ceza hukuku ilkelerine ise, ayrı bir başlıkta yer verilmiştir.

(a) Hukuk devleti ilkesi

Anayasa Mahkemesi önüne gelen davaların büyük çoğunluğunda başvuranlar ceza normunun hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi çok defalar hukuk devleti ilkesini tanımlama yoluna gitmiştir. Buna göre hukuk devleti:

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

[226] AYM, E. 2006/136.

> 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.[227]

Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti anlayışı, doğal hukuka dayanmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi birçok kararında hukuk devletini "Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir" [228] diye tanımlamıştır. Dolayısıyla yasa koyucunun sadece anayasal ilkelere değil, aynı zamanda anayasa üstü doğal hukuk ilkelerine de bağlı bulunduğunu dile getirmiştir. Anayasa Mahkemesi, insan haklarını hukuk devletinin unsurlarından biri kabul edilmektedir.

> "Hukuk devletinin temel gereklerinden olan insan haklarının, demokratik toplum içinde nitelikli bir şekilde kullanılabilmeleri sağlanırken, bu kullanımın sonucunda ortaya çıkacak düzensizliklerin olumsuz sonuçlarının kaldırılabilmesi belli bir dengenin kurulmasını gerektirir."[229]

Anayasa Mahkemesi hukuk devletinin temel ilkelerinden birini "belirlilik" olarak ele almaktadır:[230]

> "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

---

[227] AYM, E. 2010/116; AYM, E. 2010/68; AYM, E. 2010/6; AYM, E. 2010/3; AYM, E. 2009/87; AYM, E. 2009/18; AYM, E. 2009/17; AYM, E. 2008/93; AYM, E. 2008/12; AYM, E. 2007/98; AYM, E. 2007/96; AYM, E. 2007/85; AYM, E. 2007/69; AYM, E. 2007/46; AYM, E. 2006/154; AYM, E. 2006/123; AYM, E. 2006/77; AYM, E. 2006/72.

[228] AYM, E. 2009/38; AYM, E. 2007/98; AYM, E. 2005/120; AYM, E. 2005/75; AYM, E. 2004/63.

[229] AYM, E. 2007/98. Anayasa Mahkemesi'ne göre, 5176 sayılı *Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun* amacının kamu görevlilerinin uymaları gereken saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme gibi etik davranış ilkeleri belirlemek ve uygulamayı gözetmek olmakla birlikte; yargısal denetime tabi idari işlemlerin yargısal kesinlik kazanmadan Resmi Gazete ile kamuoyuna duyurulması ilgilinin herkese teşhiri anlamına gelmekte; bu durum ise bütün temel hak ve özgürlükler için dokunulmaz ve her türlü değerler ölçütünün dışında kabul edilen insan onuru ile kişinin maddi ve manevi varlığının önemli ölçüde zedelenmesine yol açmaktadır. Bu sebeple ilgili kanun hükmü, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve adalet ilkelerine dolayısıyla hukuk devletine (AY, m. 2) ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına aykırı bulunarak (AY, m. 17), iptal edilmiştir. **İptal edilen hüküm:** (m.5/3) Kurul, başvuruya konu işlem veya eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin, etik davranış ilkelerine aykırı işlem veya eylemi olduğunu tespit etmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde, bu durumu Başbakanlık, Kurul kararı olarak Resmi Gazete aracılığıyla kamuoyuna duyurur. Ancak, Kurul kararlarının yargı tarafından iptali halinde Kurul, yargı kararını yerine getirir ve Resmi Gazetede yayımlatır. AYM, E. 2007/98.

[230] AYM, E. 2010/69; AYM, E. 2010/19; AYM, E. 2008/12.

keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey 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 öngörebilir ve davranışlarını belirler. 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."

Anayasa Mahkemesi, suçsuzluk karinesini de hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olarak kabul etmektedir.[231]

"Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan "suçsuzluk karinesi", hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır."

Anayasa Mahkemesi, suçsuzluk karinesini hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğunu belirttikten sonra; "Kamu ihalelerinde Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenlerin yargılama süresince kamu ihalelerine katılmalarının önlenmesi, bu kişilerin bir hukuk kuralını ihlal ettikleri gerekçesiyle cezalandırılması amacını gütmemekte ve bir yaptırım niteliği de taşımamaktadır. Bu nedenle, itiraz konusu kural ile suçluluğu hükmen sabit olmayan bir kişiye yaptırım uygulandığından ve bunun suçsuzluk karinesine aykırılık oluşturduğundan söz edilemez"[232] görüşüne vararak, kamu ihalesine katılmayı bir cezalandırma değil, idari yaptırım olarak değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 34. Maddesinin son fıkrasında yer alan "bu maddenin uygulanmasında para cezasına esas alınacak değer, gümrük idaresince belirlenen değerdir" hükmünün Anayasaya aykırılığıyla ilgili yapılan itiraz yolunda; yasama organının suç tipleriyle ilgili olarak önödeme vb düzenlemeler yapabileceğini belirttikten sonra; yasama organının idarenin keyfiliğine yol açacak düzenlemelerden kaçınması gerektiğine karar vermiştir. Yasama

[231] AYM, E. 2007/68.
[232] AYM, E. 2007/68.

organı düzenleme yaparken, idarenin keyfiliğine yol açacak bir düzenleme yapmamakla yükümlüdür.

> "Yasakoyucu bazı suçlarda suçun failini, yargılamanın ve ceza alması durumunda cezaevlerinin olumsuz koşullarından korumak, aynı zamanda mahkemelerin iş yükünü hafifletmek ve yargılama giderlerini azaltmak amacıyla önödeme 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 yasakoyucu bu yöndeki takdir hakkını kullanırken hukuk devleti ilkesine uygun olarak adaletli bir hukuk düzeni kurmak ve idarenin keyfiliğine yol açacak düzenlemelerden kaçınmak zorundadır."[233]

Öte yandan, yasa koyucunun bazı fiilleri ceza kanunundan başka bir kanunda özel olarak düzenlemesi ve daha ağır ceza öngörmesi, hukuk devlet ilkesine aykırı bulunmamıştır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile ilgili kararda, banka mensupları tarafından işlenen zimmet suçunun, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlemesi yerine Bankacılık Kanunu'nda özel bir düzenleme yapılarak daha ağır bir yaptırıma tâbi tutulması hukuk devleti ilkesine aykırı bulunmamıştır.[234]

Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararları ışığında hukuk devleti ilkesinin unsurları şu şekilde ortaya çıkmaktadır: 1- İnsan haklarına dayanmak ve bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendirmek, 2- Eylem ve işlemlerin hukuka uygun olması, anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan devlet, 3- Her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmak ve bunu geliştirmek, 4- Yargı denetimine açık olan devlettir. 5- Belirlilik: yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi. 6- Suçsuzluk karinesi, 7- Cezalandırma alanının idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulamaması. Sonuç olarak hukuk devleti ilkesi, bireylerin devlet karşısındaki güvence fonksiyonudur. Devletin keyfi hareket etmeksizin, anayasa ve kanunlara bağlı

---

[233] AYM, E. 2006/147.
[234] AYM, E. 2010/116.

olarak faaliyetlerini sürdürmesi, bunun yanında insan hak ve özgürlüklerinin geliştirilmesi devletin yükümlülüğündedir.

(b) Eşitlik ilkesi

Eşitlik ilkesi, gerek iptal davası gerekse itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne en çok gelen konulardan biridir. Anayasanın 10. maddesi kanun önünde eşitlik ilkesini düzenlemektedir. Bu durumda yasa koyucunun anayasaya aykırı olarak, eşitlik ilkesine aykırı bir ceza normu koyması mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi de önüne gelen davalarda incelemesini eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediğini saptamak yönünde yapmaktadır.

Daha önce söz edildiği gibi, anayasanın koruduğu eşitliğin, mutlak eşitlik ve nispi eşitlik olmak üzere iki yönü vardır. Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesini ele alırken eylemsel (mutlak) eşitlik ve hukuksal (nispi) eşitlik olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Buna göre, eşitlik ilkesi, hukuksal eşitlik sağlamakta olup; bunun amacı "aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir."

> "Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez."[235]

Anayasa Mahkemesine göre eşitlik herkes için aynı sonucu sağlayan mutlak bir eşitlik değil; aynı durumda olanlar için getirilen nispi bir eşitliktir.[236]

---

[235] AYM, E. 2010/116; AYM, E. 2007/58; AYM, E. 2006/123; AYM, E. 2006/96; AYM, E. 2006/77; AYM, E. 2006/17; AYM, E. 2005/120; AYM, E. 2005/79; AYM, E. 2005/75; AYM, E. 1979/8.
[236] AYM, E. 2009/6; AYM, E. 2005/103.

> "Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz."

5237 sayılı kanunun ilk halinde "Reşit olmayanla cinsel ilişki" suçunu düzenleyen 104. maddesinin 2. fıkrasına göre, suç tarihinde onbeş yaşını bitirmiş çocukla rızayla cinsel ilişki kuran faille ilişki kurduğu çocuk arasında beş yaştan az fark varsa, yakınma olmadığı ya da hükmün kesinleşmesinden önce vazgeçildiği takdirde, ilgili hakkında kovuşturma yapılmayacak ya da dava düşürülerek ceza verilmeyecek, aynı yaştaki mağdurla ilişkiye giren fail arasındaki yaş farkı beşten fazla ise, şikayet olup olmadığına bakılmaksızın fail hakkında kovuşturma açılarak suçun sübutu halinde temel ceza iki kat artırılacaktı. Failler arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırım eşitlik ve adalet ilkesine aykırı bulunmuştur.[237]

Eşitlik ilkesiyle ilgili Anayasa Mahkemesinin verdiği en önemli kararlardan biri olan 765 sayılı TCK'nin 441. maddesinin[238] eşitlik ilkesine aykırılığıyla açılan davada Mahkeme çok önemli tespitlerde bulunmuştur. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde yer bulan eşitlik ilkesine atıfta bulunan Anayasa Mahkemesi şu karara varmıştır: [239]

> "Eşitlik ilkesi, aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını gerektirir. Kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinse göre ayrıcalıklı duruma getirilmesi bu ilkeye aykırı düşer. Cinsiyet, yasa önünde eşitliği engelleyen bir neden olamaz… Ulusların ortak insanlık ideallerini yansıtan bu belgelerde, hak ve özgürlüklerden yararlanmada ortak çıkış

---

[237] AYM, E. 2005/103. "İtiraz konusu kuralla faillerin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olmaları halinde yakınma olup olmadığına bakılmaksızın iki kat fazla ceza ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Böylece, aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failler arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikayete bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınıp, failin beş yaştan büyük olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık yaratılmıştır. Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failler arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, Kural'ın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır."

[238] **mTCK m. 440:** Zina eden zevce hakkında üç aydan otuz aya kadar hapis cezası tertip olunur. Zevcenin bu fiiline şerik olan kimse hakkında dahi aynı ceza hüküm edilir. **mTCK m. 441:** Karısiyle birlikte ikamet etmekte olduğu hanede yahut herkesce bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için nikahsız kadın tutmakta olan koca hakkında üç aydan otuz aya kadar hapis cezası hüküm olunur.

[239] AYM, E. 1996/15.

noktasını "eşitlik" ilkesi oluşturmaktadır. Uluslararası metinlerde temel bir ilke olarak yerini koruyan "eşitlik"in zaman içinde insana verilen değerin artmasına bağlı olarak hak ve özgürlükler listesinin genişlemesiyle soyuttan somuta indirgenerek bir çok alanda düzenlemelerin kaynağını oluşturduğu görülmektedir. Çağdaş hukuk anlayışında görülen bu gelişmeler ulusların hukuk düzenlerinin yeniden gözden geçirilmesini, saptanan aykırılıkların giderilmesini gerektirmektedir…. Yasakoyucu kuşkusuz, toplumsal gelişme ve özellikleri gözönünde bulundurarak zinayı suç olmaktan çıkarabileceği gibi onun gerçekleşmesini belli koşullara da bağlayabilir. Ancak, bunu yaparken evlilik birliğinin tarafları olarak aynı konumda bulunan karı, koca arasında ayrım yaratacak bir düzenlemeyi gerçekleştiremez."

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 42. maddesi ile 66. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendinin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemiyle açılan davada, ACK'nda yer alan tekerrür hükümlerinin TCK'nda yer alan hükümlere oranla daha ağır ceza doğurması Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesinin ihlali olarak görülmemiştir.[240]

Anayasa Mahkemesinin mTCK'nin 438. maddesiyle[241] ilgili vermiş olduğu karar, eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, insan onuru ilkesine de aykırıdır. Anayasa Mahkemesine göre, "Irza geçmek ve kaçırmak suçlarının fuhşu kendine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesinde, bu kişinin uğradığı zarar ile aynı eylemlerin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda onun gördüğü zarar eşit sayılamaz, iffetli bir kadının zorla kaçırılması veya ırzına geçilmesi onun onurunu, toplumdaki ve yaşadığı ortamdaki saygınlığını, giderilmesi olanaksız ölçüde kıracaktır. Oysa, aynı eylemlerle karşılaşan fuhşu meslek edinmiş bir kadının bu ölçüde zarar gördüğünü ileri sürmek ve kabul etmek güçtür."[242]

---

[240] AYM, E. 2007/58. Anayasa Mahkemesine göre, Askeri Ceza Kanununun 66. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinde düzenlenen mükerrerlik durumunun, aynı maddenin birinci fıkrasında düzenlenen "firar" ve "izin, istirahat veya hava değişimi tecavüzü" suçlarına özgü bir artırım hükmü niteliğinde olduğu, sivil kişilerin böyle bir suçu işlemelerinin mümkün olmadığı dikkate alındığında, asker kişi ile sivil kişi arasında eşitlik ilkesi yönünden böyle bir karşılaştırma yapılamayacağı da açıktır.

[241] **mTCK m. 438:** Irza geçmek ve kaçırmak fiilleri fuhşu kendine meslek edinen bir kadın hakkında irtikap olunmuş ise ait olduğu Maddelerde yazılı cezaların üçte ikisine kadarı indirilir.

[242] AYM, E. 1988/4.

Sonuç olarak, eşitlik ilkesi gerek 1961 Anayasası[243] döneminde gerekse 1982 Anayayası döneminde mutlak eşitlik olarak değil, nispi eşitlik olarak değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, yurttaşların farklı kanunlara tabi olması eşitlik ilkesini bozmaz. Yeter ki, bu farklılık haklı bir nedene dayansın. Ayrıca aynı hukuksal durumda olanların aynı kurallara tabi olması gerekecektir. Bunun yanında tek başına cinsiyet, evli olmak vb bir bireysel farklılıklar, suç ve cezanın farklı düzenlemesinin gerekçesi olamaz. Devlet cezalandırma yetkisini kullanırken, farklı durumlar için farklı cezalar getirebilir. Yeter ki, aynı durumda olanlar arasında bir ayrım yapılmaksızın aynı kuralları getirsin. Anayasa Mahkemesinin (karara katılmanın hiçbir şekilde mümkün olmadığı 438. madde kararı hariç) eşitlik ile ilgili kararlarının Anayasada korunan eşitlik ilkesini yansıttığı söylenebilir.

(2) Ceza hukukunun temel ilkeleri

Anayasa Mahkemesi, ceza normlarını denetlerken verdiği kararlarda cezalandırma yetkisinin başlıca iki sınırından söz etmektedir. Bunlar; anayasal ilkeler ve ceza hukukunun temel ilkeleridir. Ceza hukukunun temel ilkelerinin Anayasada (m. 38) düzenlenmesi sebebiyle, esas olarak bu ilkeler de anayasal ilke niteliğindedir. Bununla birlikte "ceza hukukuna özgü" veya "ceza hukukunun temel ilkeleri" olduğundan ayrı bir başlıkta incelenmiştir.

(a) Kanunilik ilkesi

Ceza normlarının Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesinde en çok ileri sürülen hususlardan birisi de, ceza normunun suçlar ve cezalara ilişkin temel esasları düzenleyen 38. maddesine aykırılığıdır. Anayasa Mahkemesine göre kanunilik ilkesi insan hak ve özgürlüklerine yönelik önemli bir güvencedir.

---

[243] 1961 Anayasası döneminde eşitlik ilkesiyle ilgili olarak verilen kararlar, günümüzdeki eşitlik anlayışından farklı görünmemektedir. "Anayasanın 12. maddesinde düzenlenen yasa önünde eşitlik ilkesi, nitelikte benzerlik ve yasaların getirdiği kurallara uygunluk ölçüsünde söz konusu olabilir. Bu kavram, tüm yurttaşların her yönden, her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğu anlamına gelmez. Başka bir deyişle, bir bölüm yurttaşların ayrı kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise, bu durumun yasa karşısında eşitlik ilkesine ters düştüğünden söz edilemez." AYM, E. 1980/34.

> "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."[244]

Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında kanunilik ilkesinin amaç ve kapsamını açıklamıştır:

> "Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz" 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 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."[245]

Anayasa Mahkemesi kanunilik ilkesinin unsurlarını şu şekilde sıralamaktadır:

> "Suç ve cezaların yasallığı" ilkesi anayasaların ve ceza yasalarının temel kurallarından biri haline gelmiştir. Bu ilke yalnızca suçların ve cezaların yasayla konulmasından ibaret olmayıp, buna bağlı bir dizi sonuç, ceza hukukunun temel kuralları olmuştur. Bu sonuçlardan kimileri şöyle sıralanabilir :
>
> - Ceza kuralları kıyas yoluyla yasanın öngörmediği alanlara yaygınlaştırılamaz.
> - Ceza kuralları olabildiğince sözüne uygun yorumlanmalıdır.
> - Bir eylemi suç durumuna getiren veya suça öngörülen cezayı etkileyici tüm kurallar ceza kuralıdır.

---

[244] AYM, E. 1980/63.
[245] AYM, E. 2010/116; AYM, E. 2010/69.

- Bir ceza kuralı, konuluş amacı ve anlamı belirsiz ise, yargıcın bunu sanığın lehine yorumlaması gerekir.[246]

Anayasa Mahkemesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun *İnfaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak* suçunu düzenleyen 297. maddesinin ikinci fıkrasını, bu fıkrada yazılı fiilin belirsiz olması ve idareye geniş düzenleme yetkisi tanıması sebebiyle kanunilik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. "297. maddenin (1) numaralı fıkrasında suça konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına karşın, itiraz konusu kuralda böyle bir nitelik belirlemesi yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir."[247]

Anayasa Mahkemesi, yasa koyucunun bir suçun konusu ve bu suçla korunan hukukî yarara yer vermesini, ancak bunun ne olduğunun tanımlanmayarak uygulamaya bırakmasını, kanunilik ilkesine aykırı bulunmamaşıtır. Örneğin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi, kanunda "mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması" kavramının tanımına yer verilmemesini ve bunun uygulamaya bırakılmasını kanunilik ilkesine aykırı görmemiştir.[248]

Anayasa Mahkemesine göre, cezanın aynı kanunda belirtilmesine de gerek yoktur. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile ilgili kararında, Bankacılık Kanununda düzenlenen suçların başka bir kanunda da olması halinde cezası daha ağır olanın uygulanacağına dair hüküm anayasaya aykırı bulunmamıştır. "Gerek suçun gerekse yaptırımın kanunla düzenlenmiş olması karşısında, bu yasal düzenlemelere atıf yapan

---

[246] AYM, E. 1991/18.
[247] AYM, E. 2010/69.
[248] AYM, E. 2007/96. "İtiraz konusu kuralda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması kavramının tanımına yer verilmemiştir. Yasakoyucu burada, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halini cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak öngörmüş ve bu kavramın her somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanmasını ise uygulamaya bırakmıştır. Beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı konusu, mağdurların yaşı, bedensel gelişim derecesi, ruhsal, sosyal ve kültürel yapılarına göre göreceli bir nitelik taşıdığından, söz konusu durumun her somut olayda ilgili uzmanların raporlarıyla ortaya konması gerekmektedir. Bu nedenle, yasakoyucunun beden veya ruh sağlığının bozulmasının tanımını yapmamasının suçta yasallık ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır."

itiraz konusu kuralda bir belirsizlik ve öngörülemezlikten söz edilemeyeceğinden suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık bulunmamaktadır."[249]

Sonuç olarak, ceza normlarının kanunilik ilkesine aykırılık iddiası Anayasa Mahkemesinin önüne en çok gelen davalardandır. Anayasa Mahkemesi, kanunilik ilkesinin bireylere sağladığı güvenceyi defalarca vurgulamıştır. Kanunilik ilkesinin unsurlarına aykırılık sebebiyle iptal kararı verdiği çok sayıda norm vardır. Bazı normların belirlilikten yoksun oluşu, suçun unsuru sayılabilecek bazı hususların uygulamaya bırakılarak, kıyas yasağının ve idarenin suç olan fiili belirleme yasağının çiğnenmesi gibi durumlar yasa koyucu açısından sınırlayıcı koşullar olarak ortaya çıkmaktadır.

(b) Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi

Anayasa Mahkemesi suçların ve cezaların şahsiliği ilkesinin güvence işlevinden söz ettikten sonra, şahsilik ilkesini şu şekilde tanımlamıştır:

> "Cezaların yasal ve ceza sorumluluğunun kişisel olması kuralı Anayasa'nın 33. maddesinde yer almıştır. 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./Anayasa'nın 33. maddesinin beşinci fıkrasında yazılı ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesi, "cezaların, yalnız suç işleyenlerle, ortakları hakkında uygulanması", başka bir deyişle herkesin ancak kendi eyleminden sorumlu tutulacağı ve suç işlenmedikçe veya işlenmesine kalkışılmadıkça kimseye ceza sorumu yükletilemiyeceği biçiminde tanımlanabilir."[250]

1937 tarihli ve 3236 sayılı *Kan Gütme Sebebiyle İşlenen Adam Öldürme ve Buna Teşebbüs Cürümleri Failleri Hısımları Hakkında Tatbik Olunacak Muameleye Dair Kanun*un 1. ve 2. maddesi, kan gütme eyleminde bulunan faillerin değil, aynı zamanda aynı çatı altında yaşayan ahali ile dördüncü derece kadar civar kan hısımları ile ikinci

[249] AYM, E. 2010/116.
[250] AYM, E. 1979/8.

dereceye kadar civar hısımlarının zorunlu nakillerini öngörmekteydi.[251] Anayasa Mahkemesi kanunun 1. ve 2. maddelerini suçların ve cezaların şahsiliği ilkesine aykırı bulmuştur.

> "3236 sayılı kanunla emniyet tedbirleri konulmasında hukuk kurallarına ve dolayısiyle Anayasa'ya aykırılık yoksa da; kanunun l inci ve 2 nci maddeleri, yer değiştirme tedbirinin suçlu veya ortakları hakkında değil, suçla bir ilgisi bulunmıyan hısımlar hakkında uygulanmasını öngörmekle ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibini zedelediğinden Anayasa'nın 33 üncü maddesine aykırı bulunmaktadır."[252]

Sonuç olarak, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi karşısında yasa koyucunun başkalarının eylemlerinden dolayı bir kimsenin cezalandırılmasına mahal verebilecek bir ceza normu yapamayacağı Anayasa Mahkemesinin çeşitli içtihatlarıyla ortaya konmaktadır.

(c) Kusur ilkesi

Anayasa Mahkemesi ceza hukukunun ilkelerinin neler olduğunu ortaya koyarken "kusur ilkesi"ne de yer vermiştir. Buna göre kusur ilkesi, bireylerin objektif sorumluluğuna karşı, ceza hukukunun geldiği son noktada, ancak kusurlu bir insan davranışının cezalandırılabilmesini getirmektedir.

> "Çağdaş ceza hukukunun önde gelen özelliklerinden biri kusurlu sorumluluğu benimsemiş bulunmasıdır. Ceza hukukçularının büyük bir çoğunluğuna göre, bir insan davranışı olmadan suç olmaz, ancak onun bu davranışı nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için de, o davranışının en azından kusurlu bulunması gerekir. Böylece modern ceza hukuku, objektif sorumluluğu terk ederek "kusursuz suç olmaz" anlayışını çağdaş ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul etmiştir."[253]

Kusur ilkesi 1982 Anayasasında benimsenmiş bir ilke değildir. Anayasada kusur ilkesinin bir sonucu olan, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi benimsenmekle birlikte,

---

[251] Bu kanunun uygulanışıyla ilgili olarak bkz. Mahmut Tezcan, *Kan Davaları Sosyal Antropolojik Yaklaşım,* AÜEF Yayınları, Ankara, 1981, 2. baskı, s. 110 vd.
[252] AYM, E. 1963/330.
[253] AYM, E. 2006/72.

kusur ilkesinden açıkça söz edilmemiştir. Hakeri, "ceza sorumluluğunun esası kusurdur" şeklinde bir hükmün anayasada yer alması gerektiğini belirterek; kusurlu bir fiil dışında evsiz-barksız olmak, işsiz olmak, fahişe olmak veya belirli hastalıklara yakalanmış olmanın cezalandırılamayacağını belirtmektedir.[254]

(d) Nemo tenetur ilkesi

Anayasa Mahkemesi, 5237 sayılı TCK'nin Suçu bildirmeme başlığını taşıyan 278. maddesini iptal ederken, bu maddenin Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." (*Nemo tenetur seipsum accusare*) ilkesine aykırı olmasına dayandırmıştır. İptale konu maddede bu suçun fail veya failleriyle anılan suçu bildirmeyen kişi arasındaki yakın akrabalık durumunun cezasızlık açısından ayrık tutulmaması anayasaya aykırı bulunmuştur.[255]

(e) Yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemekten dolayı özgürlüğünden alıkoyma yasağı

Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrası "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz." hükmünü düzenlemektedir. Çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişinin hamilin şikâyeti üzerine cezalandırılacağını düzenleyen 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrası Anayasa Mahkemesince anayasaya aykırı bulunmamıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi çeki, "temel ilişkide bir sözleşmenin bulunup bulunmamasından bağımsız olarak, kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havale" olarak tanımlamış; borçlunun borcunu ödemek için çek kullandığında, asıl borç ilişkisi dışında kambiyo ilişkisi doğması sebebiyle, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişinin cezalandırılmasında anayasaya aykırılık görülmemiştir.[256]

---

[254] Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, 10. baskı, s. 37.
[255] AYM, E. 2010/52.
[256] AYM, E. 2010/6.

(3) Suçlar ve cezalar arasında adil denge (ölçülülük)

Anayasa Mahkemesine göre, yasa koyucu cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç olarak belirleneceğini ve bunlara uygulanacak cezayı belirlemekte serbesttir. Bununla birlikte suç ve ceza arasında adil bir dengenin varlığını dikkate alınmak zorundadır.

> "Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Ancak sadece suçun temel şeklini esas alarak ve suçun temel şekli için öngörülen ceza miktarlarını suçun nitelikli halleri ile kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Bu nedenle suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında ceza miktarlarının kıyaslanması değil, o suçun toplumda yarattığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, zarar görenin kişiliği ile ona verilen zararın azlığı veya çokluğu, işlenme oranındaki azalma veya artış gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekir."[257]

Anayasa Mahkemesi, suç ve cezaları düzenlerken yasa koyucunun ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğunu belirtmektedir.

> "Yasakoyucu, 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", başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik" başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir./Ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu

[257] AYM, E. 2010/68.

yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür."[258]

Anayasa Mahkemesi kararlarında ölçülülük ilkesinin üç unsuru olduğunu kabul etmiştir. Bunlar: 1- Elverişlilik, 2- Gereklilik, 3- Orantılılık. Buna göre, suçlar ve cezalar arasında adil denge olabilmesi için cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. Getirilen bu ceza, suça karşı uygulanması gerekli bir yaptırım olmalıdır. Son olarak, suçun toplumsal yaşantıda yarattığı etki ile uygulanan yaptırımın orantılı olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesine göre, ölçülülük ilkesinin amacı, kamu yararı ile bireysel özgürlükler arasında bir denge kurmaktır.

1930 tarih ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun zamanaşımı sürelerini düzenleyen 49. maddesinin bazı hükümlerinin Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla yapılan itiraz başvurusunda Anayasa Mahkemesi; "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."[259] görüşüyle, ilgili hükümleri ölçülük ilkesine aykırılık sebebiyle iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında ölçülülük ilkesinin unsurları çok açık ve sade bir şekilde anlatılmıştır.

> Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini oluşturan, "elverişlilik ilkesi", başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik ilkesi" başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık ilkesi" ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. [260]

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini ceza hukukunun genel ilkelerinden biri olarak kabul etmekte ve suçlar ile cezalar arasında bir dengenin bulunmasını zorunluluk olarak görmektedir. Burada yasa koyucuyu yönlendirecek bazı

---

[258] AYM, E. 2007/95. Anayasa Mahkemesi daha yeni tarihli bir kararlarında benzer görüş ve ifadelerine aynen yer vermektedir. Bkz. AYM, E. 2008/93; AYM, E. 2009/87.
[259] AYM, E. 2007/95.
[260] AYM, E. 2007/68.

ölçütler belirlemektedir. Anayasa Mahkemesine göre, suç ve ceza arasında denge sayılabilmesi için, cezanın cezalandırmadan beklenen amaca uygun, yani elverişli olması; cezanın gerekli olması ve cezalandırmada toplumsal yarar ila bireysel özgürlükler arasında bir orantı bulunması gerekir.

(4) Toplumsal gereksinimler

Anayasa Mahkemesi yasa koyucunun cezalandırma yetkisini kullanırken bağlı olması gereken anayasa ve ceza hukuku ilkelerinin yanı sıra; ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri gibi hususları da dikkate alması gerektiği görüşündedir. Anayasa Mahkemesi birçok kararında ceza normlarının yapımında toplumsal gereksinimlere atıfta bulunmuştur. Ayrıca toplumsal gereksinimler ile cezalandırmada ölçülülük arasında çok sıkı bir bağlantı olduğunu vurgulamıştır.

> Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. …suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında ceza miktarlarının kıyaslanması değil, o suçun toplumda yarattığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, zarar görenin kişiliği ile ona verilen zararın azlığı veya çokluğu, işlenme oranındaki azalma veya artış gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekir.[261]

Anayasa Mahkemesi'ne göre, suçlar ve cezalar devlet (yasama organı) tarafından izlenen bir ceza siyasetine göre yürütülür. Ceza siyaseti, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla doğrudan ilgilidir.

> Ceza hukuku ile ilgili düzenlemelerde, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir.[262]

---

[261] AYM, E. 2010/68; AYM, E. 2007/96.
[262] AYM, E. 2010/3; AYM, E. 2006/103; AYM, E. 2005/79.

Anayasa Mahkemesi, ülkenin sosyal, kültürel yapısını, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmelerini ceza siyasetinin unsuru olarak görmektedir. Dolayısıyla ceza kanunları yapılırken, ceza siyasetinin gereği olarak bütün bu unsurlar dikkate alınmak durumundadır. [263]

Anayasa Mahkemesi, ceza siyasetini belirlerken toplumsal yaşantı açısından zorunluluk ve yararlılıkların da dikkate alınması gerektiği görüşündedir.

> "Anayasa…belli bir zamanda ne gibi eylemlerin suç sayılacağının, suçlara ne kadar ve ne tür ceza verileceğinin ve hangi ceza tedbirlerinin ne yolda uygulanacağının saptanmasını Yasa Koyucuya bırakmış bulunmaktadır. Yasa Koyucunun, bu konuda Anayasa kuralları, ceza hukuku ilkeleri ve toplum yaşantısının zorunluluk ve yararlarının gerekleri ile bağlı kalarak yetkisini kullanacağı doğaldır."[264]

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, ceza kanunlarının toplumsal ihtiyaçları karşılamak üzere yapıldığını, dolayısıyla ceza siyasetinin belirlenmesinde her türlü sosyal, kültürel ve etik değerler ile ekonomik gereksinimler ile toplumsal açıdan zorunluluk ve yararlılıkların dikkate alınması gerektiği görüşündedir. Böylelikle anayasal ilkeler ve ceza hukuku ilkelerinin yanı sıra toplumsal gereksinimler de yasa koyucu açısından bir sınırlılık ölçütü oluşturmaktadır.

b. Yürütmenin suç ve ceza ihdas etme yetkisi

Anayasa Mahkemesi, Anayasaya göre suç ve ceza ancak kanunla ihdas edilebileceğinden, suç ve ceza ihdas etme yetkisinin doğrudan doğruya yasama organına ait olduğu görüşüyle; bu alanda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilemeyeceği sonucuna varmıştır.[265]

> "Anayasa'nın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Buna göre, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme

[263] AYM, E. 2005/120.
[264] AYM, E. 1980/34.
[265] AYM, E. 2010/69. Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasanın 2., 7., 11. ve 38. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilen **TCK m. 297 (2):** Birinci fıkrada sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir."[266]

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi karşısında, kanun hükmünde kararname yoluyla suç ve ceza ihdas edilemez. Anayasa Mahkemesi, ceza normu içeren bir kanun hükmünde kararnamede, bu eylemlere ceza öngören maddenin kanunla düzenlenmiş olmasının, KHK yoluyla suç ve ceza ihdas edilemeyeceği sonucunu değiştirmediği görüşündedir.

"Anayasa'nın 38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür./556 sayılı KHK'nin itiraz konusu 9. ve 61. maddelerinde belirtilen eylemlere, 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 61/A maddesinde ceza yaptırımı öngörülmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığı gibi, bu eylemlere ceza öngören maddenin yasayla düzenlemesi de bu sonucu değiştirmez."[267]

---

[266] AYM, E. 2010/69. Anayasa Mahkemesi kararlarında şu ifadeye yer vermiştir: "297. maddenin (1) numaralı fıkrasında suça konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına karşın, itiraz konusu kuralda böyle bir nitelik belirlemesi yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir."

[267] AYM, E. 2005/15. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname markalarla ilgili bazı düzenlemelere yer vermektedir. KHK'nin 9. maddesinde marka sahiplerinin bazı yetkileri ile markaların kullanılmasındaki yasaklara yer verilmiştir. KHK'nin 61. maddesinde ise, marka

Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararname ile cezalandırmaya gidilmesini anayasaya aykırı bulmaktadır. Üstelik KHK'nin kanun ile değiştirilmiş olması da sonucu değiştirmemektedir. 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin iptaline ilişkin kararında Anayasa Mahkemesi "555 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin (a) ve (c) bentlerinde belirtilen eylemlere bu Kanun Hükmünde Kararname'nin 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 24/A maddesinde ceza yaptırımı öngörülmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığı gibi, bu eylemlere ceza öngören maddenin yasayla düzenlenmesi de bu sonucu değiştirmez."[268] kararına varmıştır.

5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13. maddesinin 4. fıkrasını[269] iptal kararında Anayasa Mahkemesi, cezaya konu olan fiillerin TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar olmasını, suçların kanuniliği ilkesine aykırı bulmuştur.[270]

Anayasa Mahkemesi, kararlarında Anayasanın 7. ve 38. maddelerine atıfta bulunarak, yürütme organının suç ve ceza ihdas niteliği taşıyacak bir düzenleme yapması imkanı olmadığı sonucuna varmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre, Anayasanın 7. Maddesinin gereği olarak, yürütme organının bir alanda düzenleme yapabilmesi için bu alanda yasama organı tarafından "temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir". Aksi halde, özellikle suç ve ceza söz konusu olduğunda yürütme organına tanınan geniş düzenleme yetkisi, gerek 7. maddenin, gerekse 38. maddenin ihlali olacaktır. Bunun ötesinde Anayasa Mahkemesi, ceza hükümleri getiren fiillerin yasama organı tarafından düzenlenmesini yeterli bulmamakta, aynı zamanda suçun unsurlarının yasa yoluyla düzenlemesinin zorunlu olduğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu tavrı

---

hakkına tecavüz fiillerine yer verilmiştir. 5194 SK'nun 16. maddesiyle değişik 61/A maddesi ise, 61. maddede yazılı fiilleri işleyenler için hapis ve para cezası öngörmektedir.

[268] AYM, E. 2009/16.

[269] Fıkra hükmü şöyledir: Futbol müsabakası yayınlarının, TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında haksız ve yetkisiz olarak radyo, televizyon, internet veya herhangi bir yayın veya iletişim aracıyla canlı veya banttan yayınlanması, çoğaltılması, dağıtılması, satılması, izlenmesi veya izletilmesi halinde, TFF'nin veya yayıncı kuruluşun şikayeti üzerine 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71 inci maddesindeki cezai hükümler uygulanır.

[270] AYM, E. 2010/19.

kanunilik ilkesinin katı uygulması bakımından tutarlı bulunabilir. Diğer yandan açık ceza normlarının nasıl doldurulacağı, yürütmenin bu konuda ne ölçüde hareket edebileceği konusunda bir içtihat geliştirmesine gerek vardır.

2. Suç ihdasına ilişkin kararlar

Anayasa Mahkemesi, suç ihdası konusunda yasama organının geniş bir takdir yetkisi olduğu görüşündedir. "Yasa koyucu, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla ve cezalandırmadaki amacı gözeterek, suç ve cezayı belirleyebilir ya da daha önce suç olarak kabul edilen bir eylemi suç olmaktan çıkarabilir, gerekirse cezalandırmaktan da vazgeçebilir."[271] Suçların ihdasında temel ölçüt olarak "günün şartları" ve "toplumsal ihtiyaçlar" öne çıkmaktadır. "Kanun koyucu, günün şartlarına ve toplum ihtiyaçlarına göre suç teşkil edecek fiilleri tesbit edecek ve suçların işlenmesini önleyecek ve suç işleyenleri topluma kazandıracak cezaları kanunlaştıracaktır."[272]

Anayasa Mahkemesine göre, anayasayla güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri koruma yükümlülüğü çerçevesinde, yasa koyucunun bu hakları ihlalle yönelen eylemleri suç olarak düzenleme görevi ardır.

> "Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri koruma yükümü çerçevesinde temel hak ihlallerini yaptırım altına alan yasa koyucunun, Anayasa kuralları ve hukukun genel ilkeleri çerçevesinde kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç oluşturacağını belirleme yetkisi bulunduğu gibi suçluların cezalandırılmasına ilişkin koşulları da saptama yetkisine sahiptir."[273]

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunda gönüllü vazgeçme hükmünü düzenleyen TCK'nin 110. maddesinin 1. fıkrasının Anayasaya aykırılığı iddasıyla yapılan itiraz başvurusunu incelemesinde Anayasa Mahkemesi, şu ifadelere yer vermiştir: "Hukuka aykırı olarak hürriyetinden yoksun bırakılan kişinin bu durumdan bir an önce kurtarılması için gerekli ve etkili tedbirlerle, bu ihlallerin tekrarını önlemek bakımından caydırıcı yasal düzenlemeleri yapmak devletin pozitif

[271] AYM, E. 2004/92.
[272] AYM, E. 2009/17.
[273] AYM, E. 2006/136.

yükümlülüklerindendir."[274] Benzer ifadelere TCK'nin 125. Maddesiyle ilgili yapılan bir itiraz başvurusunda da yer verilmiştir: "Kişilerin ait oldukları toplumda şeref ve haysiyetlerinin korunmasını istemeleri temel haklarındandır. Bu nedenle, öteden beri kişiler, onur, namus ve haysiyetlerine dokunan fiillere karşı özel hukuk kuralları dışında ceza hukuku vasıtasıyla da korunmaktadırlar."[275]

Anayasa Mahkemesine göre, suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlardan olup olmamasını takdir etme yetkisi tamamen yasa koyucuya aittir. Bununla birlikte yasa koyucuyu bunu yaparken anayasal ilkeler ile sosyal ihtiyaçları dikkate almak durumundadır.

> "Yasakoyucu, suçların ağırlığı, kamu düzeni açısından önemi, özel hayatın gizliliği ve benzeri unsurları nazara alarak doğrudan takip edilmesi gereken suçlarla, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçları birbirinden ayırabilir. Yapılan bu ayırımın bazı suçları içine alması veya almaması, anayasal ilkeler çerçevesinde sosyal ihtiyaçları gözeten yasakoyucunun takdirindedir."[276]

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 234. maddesinin 3. fıkrasının[277] Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 19., 20., 23., 42. ve 49. maddelerine aykırılığı savıyla yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi; "Anayasa'nın 17. maddesiyle tanınan herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, 41. maddesi ile de Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle çocukların korunması için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü gözetildiğinde, itiraz konusu kuralla, evi terk eden çocuğun ana ve babasını veya yetkili makamları durumdan haberdar etme yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişiye yaptırım öngörülmesinde, Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir."[278] görüşüyle davayı reddetmiştir.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesine göre, suç ihdasında yasa koyucu geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Hangi fillerin suç olarak düzenleneceği, hangilerinin suç olmaktan çıkarılacağı ve bunlara uygulanacak yaptırım miktarının belirlenmesi tamamen yasa koyucunun takdirindedir. Bununla birlikte yasa koyucu suç ihdas ederken toplumsal ihtiyaçları ve günün şartlarını göz önünde bulunduracaktır. Yasa koyucunun

---

[274] AYM, E. 2009/6.
[275] AYM, E. 2006/136.
[276] AYM, E. 2005/151.
[277] **TCK m. 234/3:** Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
[278] AYM, E. 2007/85.

suç ihdas etmedeki amaç, bozulan toplumsal düzenin yeniden sağlanması olmalıdır. Ayrıca yasa koyucunun, anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri, gerektiğinde suç ve ceza ihdas etmek suretiyle korumak yükümlülüğü bulunmaktadır.

3. Ceza ihdasına ilişkin kararlar

Suç olarak düzenlenen fiillere karşı ne tür cezaların verileceği konusunda yasa koyucu geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Anayasa Mahkemesi birçok kararında cezalandırmanın amacı, ceza türleri ile cezaların ağırlığıyla ilgili görüş bildirmiştir. TMK'nin bazı maddelerinin iptali amacıyla açılan davada cezalandırmanın amacı Anayasa Mahkemesi tarafından "toplumun kendini savunma hakkı"[279] olarak tespit edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin cezalara ilişkin kararlarından cezanın amacı, ceza türleri ve cezaların ağırlığına ilişkin kararlar, ayrı başlıklarda incelenecektir.

a. Cezalandırmanın amacı

Suç olan eylemlere verilecek cezaların belirlenmesinde yasa koyucu diğer hususlarda olduğu gibi anayasanın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak durumundadır. Öte yandan Anayasa Mahkemesi bu ölçütlere ek olarak "cezalandırmada güdülen amaç" ölçütünü getirmektedir.

> "Hukuk devletinde yasakoyucu, ceza siyasetinin gereği olarak Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırım ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir."[280]

Anayasa Mahkemesine göre, cezalandırmanın "önleme" (genel önleme) ve "ıslah" (özel önleme) olmak üzere iki amacı vardır. Bununla birlikte suçların ağırlığına göre verilecek cezanın adaletli bir ölçüde olması gerekir. "Cezaların, suçların ağırlık

[279] AYM, E. 1991/18.
[280] AYM, E. 2009/6.

derecelerine göre önleme ve ıslah amaçları da gözönünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması ceza hukukunun esaslarındandır."[281]

Anayasa Mahkemesinin bir kararında cezaların özel önleme amacı açıkça belirtilerek, kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırıma çevrilmesinin ceza adalet sistemindeki önemi vurgulanmıştır:

> "Çağdaş ceza hukukunda ceza yaptırımlarının belirlenmesindeki temel amaç, suçlunun iç dünyasına girerek onu düzeltme, yeniden suç işlemesinin ve toplum için sürekli bir tehlike olmasının önüne geçme ve dolayısıyla topluma tekrar yararlı bir birey haline getirilmesini sağlamaktır. Kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesinde yaptırımın niteliğine göre cezanın kişiselleştirilmesi açısından suçlunun isteğinin sorulması da, topluma kazandırılmaları yönünde başarıyı sağlamanın koşullarından biridir."[282]

Anayasa Mahkemesine göre cezalandırma mutlak bir amaç değildir. Nitekim icra hareketleri veya suç tamamlanmadan faillerin gönüllü vazgeçmesinin cezalandırılmaması anayasaya aykırı bulunmamıştır:

> "Çağdaş ceza kanunlarında, toplumsal barışı bozan, bireyde korku ve toplumda gerginlik yaratan suçların önüne geçilebilmesi için failleri suç işlemekten ya da suçu tamamlamaktan vazgeçmeye özendirecek kurallara yer verildiği görülmektedir. İtiraz konusu kuralın, izlenen suç politikası uyarınca gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, faillerin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmelerini teşvik etmek amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır."[283]

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, cezalandırmanın amacı hem genel hem de özel önlemedir. Bununla birlikte birçok Anayasa Mahkemesi kararında özel önlemeye ve failin topluma kazandırılması üzerinde sıklıkla durulmuştur. Anayasa Mahkemesi cezalandırmayı mutlak bir amaç olarak görmemektedir. Bu yönüyle yararcı teorilerin Anayasa Mahkemesi daha baskın olduğu söylenebilir.

---

[281] AYM, E. 2009/38; AYM, E. 2005/79.
[282] AYM, E. 2009/18.
[283] AYM, E. 2005/75. Başvurucu mahkeme, gönüllü vazgeçme kurumunun, farklı coğrafi bölgelerde farklı sonuçlar doğuracağı ve eşitlik ilkesini bozacağı görüşüyle itiraz yoluna gitmiştir.

b. Ceza türleri

Anayasa Mahkemesi, yasama organının anayasal sınırlar içersinde kalmak koşuluyla suç olan eylemlere ceza öngörmek yönünde geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir. 'Kamu düzeninin korunması için yasama organı, anayasal sınırlar içinde değişik cezalar öngörebilir.'[284]

Yasa koyucu cezaları belirlerken öncelikle suç ile ceza arasında adil bir denge olmasını sağlayacaktır. Bu ceza kendisinden beklenen amacı gerçekleştirmeye elverişli bir ceza olacaktır. Öte yandan Anayasanın 17. maddesi emrine uygun olarak yasa koyucu, cezaların insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane olmaması durumunu dikkate almak zorundadır.

> 'Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken …suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane olmaması gibi hususları da dikkate almak zorundadır.'[285]

Yasa koyucu cezaları belirlerken cezalandırmada beklenen amaçları sağlamak durumundadır. Anayasal sınırlar ve kamu yararı amacı olduktan sonra cezanın türünün önemi yoktur.

> 'İtiraz konusu ibareyi de içeren kamuya yararlı bir işte çalıştırılma yaptırımı ile suçlunun, toplum içinde özgürlüğü kısıtlanmadan, cezaevlerinin olumsuz etkilerinden de kurtarılarak, toplumla sosyal bağları koparılmadan ve hayatın normal akışı değişmeden ıslah edilmesi amaçlanmaktadır. Yasakoyucunun itiraz konusu ibareyi, kamu hizmeti yaptırımının hükümlünün de katılımını gerektiren bir yaptırım olmasını gözeterek, suçlunun topluma kazandırılmasını sağlamak için kamu yararı amacıyla öngördüğü anlaşılmaktadır. Cezanın kişiselleştirilmesine yönelik bu düzenlemenin Anayasal sınırlar içinde yasakoyucunun takdirinde olduğu açıktır.'[286]

Yasa koyucunun takdir yetkisi sadece cezaların belirlenmesinde değil, aynı zamanda bunların hangi durumlarda erteleneceği veya başka bir tür yaptırıma

---

[284] AYM, E. 1996/77.
[285] AYM, E. 2008/93; AYM, E. 2007/96; AYM, E. 2005/120.
[286] AYM, E. 2009/18.

çevrileceğiyle ilgilidir. "…hangi cezaların para cezasına çevrilebileceği veya ertelenebileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir."[287]

1961 Anayasası döneminde ölüm cezasının yaşam hakkını düzenleyen anayasa maddesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi, ölüm cezasının anayasada açıkça yasaklanmadığını belirterek, anayasaya aykırı bulmamış ve davayı reddetmiştir:

> "Ceza hukuku alanında uzun bir tekâmül safhasından sonra bunun belli ve kesin bir nitelik almış olan cezaların kanuniliği ve şahsiliği prensipleri (Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur) ve (Ceza sorumluluğu şahsidir). Suretinde bir hürriyet teminatı olarak Anayasa'nın 33 üncü maddesinde yer almış bulunmaktadır. Maddenin son fıkrasında genel müsadere cezası konulması açıkça yasak edildiği halde Ölüm cezasının yasaklandığına dair hiç bir kayıt ve işaret mevcut değildir… Anayasa koyucusu, mütaakip fıkrada bu hak ve hürriyetlerle ilgili olarak koyduğu genel prensiple, kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti terimleriyle ifade eylediği bu hakkın da mutlak olmadığını, toplum hayatının zarurî kıldığı hallerde kanunda açıkça gösterilmek ve hâkim kararına dayanmak şartiyle kayıtlanabileceğini belirtmekle beraber eziyet ve işkenceyi ve insan haysiyetiyle bağdaşamıyacak ceza konulmasını yasak ettiği halde, ölüm cezasına burada da dokunmamıştır."[288]

Anayasa Mahkemesi 1966 tarihinde verdiği bir kararda 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununda yer verilen katıksız hapis cezasının daha onur kırıcı cezaların yerine ikame olduğunu vurgulayarak, onur kırıcı görmemiş ve anayasaya aykırı bulmamıştır:

> "Katıksız hapsin insan haysiyetiyle bağdaşıp bağdaşmıyacağı, sorununa gelince : "İnsan Haysiyeti" kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerin 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

[287] AYM, E. 2008/14.
[288] AYM, E. 1963/207.

gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış; prangabentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmiştir. Katıksız hapis "insan haysiyeti" kavramına göre ölçüye vuruldukta : Cezaevinde değil bir hapis odasında sağlık şartları altında gizlice ve tek başına çekilen, küçük düşürücü niteliği bulunmayan ve cezaevlerinin olağan yeyip içme disiplininin kısa süreler için biraz daha daraltılmasından ileri gitmeyen böyle bir cezanın insanın sırf insan olma değerinin hak ettiğinden daha aşağı bir davranış sayılamıyacağı kolayca kendini gösterir./Özetlenecek olursa : Askerî Ceza Kanununun 19., 23., 25., 26., 27., 28., 165. ve 183. maddelerinde sözü edilen katıksız hapis cezası Anayasa' ya aykırı değildir."[289]

Gönüllü vazgeçme müessesesiyle benzer olarak, denetimli serbestlik uygulamasında hâkime takdir yetkisi veren hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı bulunmamıştır. Anayasa Mahkemesi failin yeniden topluma kazandırılmasının kamusal yarar içerdiğini ve ceza hukuku ilkeleriyle bağdaştığını vurgulayarak, uyuşturucu müptelasının tedaviye tabi tutulmasını ve denetimli serbestlik gibi seçenek yaptırımların yasa koyucunun takdirinde bulunduğu kararına varmıştır:

"…sanığın hakim tarafından kendisine önerilen tedavi olma teklifini kabul etmemesi veya hakimin sanığın kişisel durumunu ve olayın diğer özelliklerini dikkate alarak hükümden önce tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmetmemesi durumunda ise yasakoyucu cezaya hükmedildikten sonra, bu kişinin bir kez de ceza tehdidi altında tedavisini sağlamak ve böylece sanığa bir olanak daha vermek amacıyla, 191. maddenin (6) numaralı fıkrasıyla hakime takdir hakkı vermiştir. Buradaki düzenlemenin amacının, hükümden önce tedavi olmayı reddeden sanığı ceza tehdidi altında tedaviye zorlayarak, onu yeniden topluma kazandırmak olduğu anlaşılmaktadır. Sanığın rızası ile sanığın kişiliğini ve olayın özelliklerini dikkate alarak tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri kararı verilmesinde hakime hükümden önce ve sonra olmak üzere takdir hakkı tanınması ve bunlar için farklı hukuksal sonuçlar öngörülmesi, yasakoyucunun takdir yetkisi içindedir. Söz konusu takdir yetkisinin, kişinin yeniden topluma kazandırılması düşüncesi gibi kamusal bir yarar dikkate alınarak kullanıldığı ve ceza hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşmayan bir yönünün de

[289] AYM, E. 1963/132.

bulunmadığı açık olduğundan, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir."[290]

Sonuç olarak cezalandırma yetkisinin kullanıcısı olan yasa koyucunun takdir yetkisi cezaların türü söz konusu olduğunda da oldukça geniştir. Yasa koyucuyu bunu anayasal sınırlar içersinde, kamu yararı ve cezalandırmadan beklenen amaçları da gözeterek yerine getirmek durumundadır. Cezalarla ilgili en önemli ölçüt "insan haysiyetine uygunluk" olarak belirmektedir. 1961 Anayasası döneminde verilen ölüm cezası ve katıksız hapis cezası ile ilgili kararlarına katılmak mümkün değildir. Öte yandan Mahkemenin verdiği güncel kararlar değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesi mutlak bir ceza anlayışına sahip olmayıp, cezaların özellikle suçluların ıslahına yönelmesi gerektiği görüşüne sahiptir.

c. Cezaların ağırlığı

Anayasa Mahkemesine göre, yasa koyucu cezaların türünü belirlemede olduğu gibi, cezaların ağırlığını belirlemede de takdir yetkisine sahiptir.

> "Yasakoyucunun, ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde kuşkusuz Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin belirlenmesi gibi konularda takdir yetkisi bulunmaktadır."[291]

Anayasa Mahkemesine göre, hangi eyleme hangi cezanın verileceği anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun taktirindedir. Öyle ki, daha hafif bir eylem için yasa koyucunun daha ağır bir ceza koyması mümkündür. Ancak burada gözetilecek husus suçtan zarar görenin kişiliği ve ona verilen zararın ağırlığıdır:

> "Cezanın belirlenmesinde suçtan zarar görenin kişiliği ve ona verilen zararın azlığı veya çokluğu da etkilidir. Yasakoyucu, değişik eylemler için değişik

---

[290] AYM, E. 2007/22.

[291] AYM, E. 2005/151. TCK'nin 86/3fıkrasının (a) bendinde "kasten yaralama suçunun; üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı…işlenmesi halinde şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır." ibaresinin Anayasaya aykırı olduğu yönünde yapılan itiraz başvurusunda Anayasa Mahkemesi'nin kararı şu şekildedir: "Aile içi şiddetin önlenebilmesi amacıyla suçun, Fıkra'nın (a) bendinde belirtilen kişilere karşı işlenmesi halinde, cezanın yarı oranında artırılması yasakoyucunun takdiri içinde olduğundan Kural, Anayasa'nın 2., 5., 10., 17., 38. ve 41. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir."

cezalar yanında, daha hafif bir eylem için daha ağır bir cezayı da uygun görebilir."[292]

Bu bağlamda ses veya gaz fişeği ya da benzerlerini atabilen tabancayı teknik özelliklerinde değişiklik yaparak öldürmeye elverişli silaha dönüştürme suçuna 6136 sayılı Yasa kapsamındaki silahı bulundurma suçuna göre niteliğindeki ağırlık gözetilerek daha ağır bir yaptırım öngörülmesi de anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdiri kapsamındadır.[293]

Anayasa Mahkemesi, eylemlerin benzerliklerine rağmen toplumda yarattıkları infial, toplum üzerinde oluşturduğu tehlike, eylemlerin işlenme oranlarındaki sıklığa bağlı olarak farklı cezalar konabileceği görüşündedir:

"Suç sayılan eylemler arasında benzerlikler olduğu gibi farklılıklar da bulunabilir. Kimi benzerliklere rağmen eylemin toplumda yarattığı infial, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, işlenme oranındaki artış ve azalma gibi faktörlere bağlı olarak daha ağır cezayla yaptırıma bağlanması veya bu sonucu doğuracak biçimde indirim nedenlerine yer verilmemesi yasa koyucunun takdirindedir."[294]

Yasa koyucu ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepleri belirlemede takdir yetkisine sahiptir. Dolayısıyla mağdurun karşılaşabileceği bir neticeyi dikkate alarak cezanın ağırlaştırılması "bir fiilin ikinci kez cezalandırılması" sayılamaz.

"…cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumu, asıl suçtan bağımsız bir suç türü olmayıp, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış halidir. Burada faile gerçekleşen neticeden dolayı ikinci bir ceza verilmemekte, fakat bundan dolayı failin cezası artırılmaktadır./ Yasakoyucunun takdir yetkisine dayanarak ve mağdurda meydana gelen neticeyi dikkate alarak yaptığı itiraz konusu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü yoktur."[295]

Cezaların ve seçenek yaptırımların belirlenmesinde failin kişilik durumlarının ve mükerrerliğinin dikkate alınması anayasaya aykırı görülmemiştir:

---

[292] AYM, E. 2008/93; AYM, E. 2007/96; AYM, E. 2006/154; AYM, E. 1988/4.
[293] AYM, E. 2008/99.
[294] AYM, E. 2006/123.
[295] AYM, E. 2007/96.

> "…kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların adli para cezasına veya diğer tedbirlere çevrilmesi sanık yönünden bir hak olmayıp, kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre mahkemenin takdir yetkisindedir. Seçimlik ceza öngören bir suça mahkumiyet halinde, ceza siyasetinin gereği olarak mükerrirler hakkında ilk defa suç işleyenlerden farklı hükümler öngören kuralların hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü görülmemiştir. İtirazın reddi gerekir."[296]

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *haksız tahrik* başlığını taşıyan 29. maddesinin, Anayasa'nın 2., 12., 17. ve 19. maddelerine aykırılığı savıyla yapılan itiraz başvurusunda Anayasa Mahkemesi, cezalandırmanın amacına ilişkin önemli ipuçları vermiş ve cezada indirim sebeplerini yasa koyucunun takdiri olduğunu belirterek, iptal istemini reddetmiştir.

> Yasa'nın genel gerekçesinde de ifade edildiği gibi, toplum savunmasını hiç bir suretle tehlikeye sokmaksızın insancıl yaklaşımı vurgulamak ve suçlunun toplumla barışık hale getirilmesini cezanın temel amacı olarak göz önünde bulundurmak ilkesini tercih eden yasakoyucu, bu ilkenin gereği olarak, suçlunun yeniden sosyalleşmesini ve uygun bir iyileştirmeye tabi tutularak toplumla yeniden bütünleşmesini sağlamak için itiraz konusu kuralda, haksız tahriki ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kabul etmiş ve haksız tahrik altında suç işleyenlerin cezasından, maruz kaldıkları tahrikin derecesine göre belli indirimler öngörmüştür.[297]

Anayasa Mahkemesi suç ve cezanın orantılı olması gerektiğini şu ifadelerle anlatmıştır: "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. Nitekim itiraz konusu hükümde yapılan değişiklikle, kamu düzeninin korunması ve toplumun yararı düşüncesine dayanmaktadır." [298]

5411 sayılı Bakancılık Kanununun 161. maddesinde "Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır." ibaresi itiraz yoluyla

[296] AYM, E. 2006/107.
[297] AYM, E. 2007/91.
[298] AYM, E. 1980/34.

Anayasa Mahkemesi önüne getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, "Bankacılık faaliyetleri ile ilgili suçların her zaman daha ağır yaptırıma tâbi tutulmasını sağlayan itiraz konusu kural suç ve ceza siyasetinin gereği olarak yasakoyucunun takdir yetkisi içindedir."[299] diyerek, suç ve ceza siyasetinin bir sonucu olarak cezaların ağırlığını belirleme yetkisini tamamen yasa koyucunun yetkisinde olduğunu ortaya koymuştur.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, suç karşılığı cezanın miktarınının belirlenmesinde de yasa koyucuyu geniş bir takdir yetkisine sahip görmektedir. Burada yasa koyucu anayasal ilkeleri göz önünde bulundurmak durumundadır. Yine yasa koyucunun suçtan zarar görenin kişiliği ve ona verilen zararın ağırlığı, eylemin toplumda yarattığı infial, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, işlenme oranındaki artış gibi hususlara dikkat etmek durumundadır.

B. Diğer Ülkelerin Anayasa Mahkemeleri Kararlarında Cezalandırma Yetkisiyle İlgili Örnekler

Anayasa yargısını kabul eden ülkelerde anayasa mahkemelerinin veya yüksek mahkemelerin cezalandırmaya ilişkin yasa hükümlerini anayasaya uygunluk denetimi yapmaları ve anayasaya aykırı olanları iptal etmeleri söz konusudur. Burada Almanya, ABD ve Fransa'da anayasa yargısına konu olan yasa hükümleriyle ilgili birer örneğe yer verilecektir. Burada amaç anayasa yargısını kabul eden devletlerde, anayasa yargısının yasama organının yaptığı ceza kanunları üzerinde etkisini göstermek olduğundan, birer karara yer vermenin yeterli olacağına kanaat edilmektedir.

1. Federal Alman Anayasa Mahkemesi

Federal Almanya'da Anayasa Mahkemesine 2008 yılında ensest suçuyla ilgili bir dava intikal etmiştir. Buna göre, kardeş olmalarına rağmen birlikte yaşayarak dört çocuk sahibi olan bir çift, Almanya'da ensest ilişki yasalara göre suç sayılmasına rağmen, bu ilişkiden vazgeçmemiştir. Ayrınca ensest suçunun işlendiği iddiasıyla yapılan yargılamada, bu çift, ilişkilerinde bir yanlışlık olmadığını savunarak, Alman

[299] AYM, E. 2010/116.

Ceza Kanunun 173. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu iddiasında bulunmuştur.[300] Alman Federal Anayasa Mahkemesi, (26 Şubat 2008 tarihli İkinci Daire Kararı- 2BvR 392/07) Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) "kardeşler arası cinsel ilişki"yi cezalandıran 173/2-2 maddesini, Alman Anayasası'na uygun bularak, 26 Şubat 2008 tarihli kararında Anayasaya aykırılık itirazını reddetmiştir.[301] Anayasa Mahkemesi, Alman Ceza Kanunundaki mevcut düzenlemenin Anayasanın 1. maddesinde düzenlenen insan onuruyla bağlantılı olan 2. maddesindeki "Herkesin, başkalarının hakkını ihlal etmediği, Anayasa düzenine ya da ahlak kurallarına karşı gelmediği sürece, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı vardır." hükmüne aykırı olmadığına karar vermiştir.[302] Alman Anayasa Mahkemesine göre, genel kişilik hakkı kişilere sınırsız bir cinsel tercih hakkı tanımamaktadır. Kişi, özel yaşam biçiminin dokunulmaz alanına saldırı söz konusu olmadıkça, halkın menfaatinin veya üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması durumunda orantılılık ilkesine uygun olarak alınan devlet önlemlerine uymalıdır.[303] Burada yasa koyucuya düşen görev, sınırlamanın şartlarının ve sınırının açık ve herkes tarafından anlaşılabilecek şekilde ve orantılılık ilkesine uyarak Anayasaya uygun yasal düzenleme gerektirmektedir.[304] Cezalandırılacak fiillerin alanını bağlayıcı bir şekilde belirlemek esas olarak yasa koyucunun görevidir. Yasa koyucu, korunması gerektiğini düşündüğü bir hukuki menfaati, ceza hukuku vasıtaları ile savunup savunmayacağını veya icabında bunu nasıl yapacağını belirlemede serbesttir.[305] Anayasa Mahkemesi ise sadece kanun hükmünün Anayasa hükümlerine ve yazılı olmayan Anayasal ilkelere ve Alman Anayasası'nın temel gerekçelerine uyup uymadığını denetlemekle yükümlüdür.[306]

2. ABD Yüksek Mahkemesi

ABD'nin Texas eyaleti Huston şehrinde bir silah kaçakçılığı ihbarını değerlendiren polisler, iki erkek şahsı eşcinsel ilişkide bulunurken gözlemler ve bunun

---

[300] Türkan Yalçın Sancar ve Tuğçe Nimet Yaşar, "Ensest, 'Genel Ahlak' ve Alman Anayasa Mahkemesinin Kararı", *TBB Dergisi,* S. 80, 2009, s. 252.
[301] Sancar-Yaşar, 2009, s. 252.
[302] Sancar-Yaşar, 2009, s. 265. (par. 30-32).
[303] Sancar-Yaşar, 2009, s. 266. (par. 33).
[304] Sancar-Yaşar, 2009, s. 266. (par. 34-35).
[305] Sancar-Yaşar, 2009, s. 267. (par. 35).
[306] Sancar-Yaşar, 2009, s. 268. (par. 38).

üzerine şahıslar "sapkın cinsel ilişki" (*deviate sexual intercourse*) suçundan mahkemeye çıkarılır. Nitekim Texas Ceza Kanunun §21.06 (a) maddesi aynı cinsiyetten olan kimselerin cinsel ilişkiye girmesini suç saymaktadır.[307] Çıkarıldıkları mahkemece şahıslar hakkında para cezasına hükmedilmiş ve ayrıca mahkeme masraflarını ödemeleri istenmiştir. Şahısların Anayasanın ek 14. maddesini (*Fourteenth Amendment*) öne sürerek Bölge Adliye Mahkemesine yapmış oldukları temyiz başvurusu reddedilmiş ve haklarındaki hüküm onaylanmıştır. Bunun üzerine Lawrance ve Garner Yüksek Mahkeme'ye başvuruda bulunmuşlardır.[308] Yüksek Mahkeme önüne gelen davayı, "aynı cinsten iki kişinin cinsel ilişkisini suç sayan Texas yasasının geçerliliği sorunu" olarak ele almıştır. Yüksek Mahkeme burada üç sorunun cevabını arayarak, kararını vermiştir: 1- Başvurucuların Texas kanunlarına göre eşcinsel ilişkiden cezalandırılmaları Anayasanın 14. Ek maddesiyle korunan "eşit korumadan yararlanma hakkı"nın ihlali midir? 2- Anayasanın 14. Ek maddesiyle korunan "özgürlük ve özel yaşam"ları, kendi evlerinde gerçekleştirdikleri eşcinsel ilişkiden suçlanmaları sebebiyle zedelenmekte midir? 3- Yüksek Mahkemenin daha önce verdiği *Bowers v. Hardwick* kararı geçerliliğini sürdürmekte midir?[309] Yüksek Mahkeme, eşcinsel insanların ilişkilerinin de aynen eşcinsel olmayanlar gibi bir özerkliğe sahip olduğunu vurgulamıştır. Nitekim anayasa tarafından koruma altına alınan özgürlükler, kişilere eşcinsel tercihte bulunmalarına müsaade etmektedir.[310] Farklı cinsten olanlar için yasaklanmayan bir davranışı [anal ilişki] aynı cinsten olanlar için suç sayan bir kanunun "eşit koruma ilkesi" karşısında geçerliliği tartışılmalıdır. Öte yandan Texas Eyaletinin kişisel ve özel alanlarına müdahale eden bir yasayı, kamu yararı amacıyla meşru sayması düşünülemez. Sonuç olarak, ilgili yasa anayasada güvence altına alınan eşit korunma hakkı hukuk devleti ilkesinin ihlalidir.[311]

---

[307] *Lawrence et.al. v. Texas,* 539 U. S. 558 (2003). K.T. 26 Haziran 2003. *http://www.supremecourt.gov/ opinions/boundvolumes/ 539bv.pdf.*
[308] *Lawrence et.al.v. Texas,* 539 U. S. 558 (2003).
[309] *Lawrence et.al.v. Texas,* 539 U. S. 558 (2003).
[310] *Lawrence et.al.v. Texas,* 539 U. S. 558 (2003).
[311] *Lawrence et.al.v. Texas,* 539 U. S. 558 (2003).

3. Fransız Anayasa Konseyi

Fransa'da 2011 yılında parlamentoya sunulan kanun teklifi; uluslararası hukukta tanımlanan ve cezalandırılması öngörülen soykırım, insanlığa karşı suçlar ile savaş suçları veya Fransa tarafından tanınan soykırımları inkar eden, değersizleştiren açıklamaların bir yıla kadar hapis, 45 bin Euro para cezası ile cezalandırılmasını öngörmekteydi. Kanun teklifi 86 red oyuna karşın 127 oyla 2011 yılının Fransız Halk Meclisi tarafından onaylanmış; 23 Ocak 2012 tarihinde Fransız Senatosu da teklifi kanunlaştırmıştır. Fransız Anayasa Konseyi, kanunu anayasaya aykırı bularak 28 Şubat 2012 tarihinde, kanunu iptal etmiştir. Anayasa Konseyi kararını Anayasa, 1881 tarihli Basın Kanuna, 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin, suçların ve cezaların kanuniliğini düzenleyen 8. maddesi, özgür iletişim hakkını düzenleyen 11. maddesi ile yasanın genel iradenin ifadesi olduğunu düzenleyen 6. maddesine dayandırmıştır. Ayrıca suçun düzenlenmesinde kullanılan "tanınma" ifadesini yerinde bulmayarak, objektif olmayan tanımanın, ifade özgürlüğünün kısıtlanmasında sınırların belirlenmesini güçleştireceği ifade edilmiştir.[312]

4. Polonya Anayasa Mahkemesi

Polonya'da Ağustos 1996'da sosyal sebeplere [zorunlu tıbbi sebepler dışında kalan faktörler] dayalı kürtajı serbest bırakan bir kanun Polonya Parlamentosu'nca kabul edilmiş ve kanun devlet başkanı tarafından onaylanmıştır. Kanun 4 Ocak 1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[313] Bir sendikanın öncülüğünde yapılan mücadele neticesinde, kanunun anayasaya aykırı olduğu savıyla Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi 28 Mayıs 1997 tarihinde verdiği kararda, bu kanunu anayasaya aykırı bulmuştur.[314] Anayasa Mahkemesine göre, "Polonya Anayasasında doğrudan ceninin yaşam hakkını koruyan bir hüküm bulunmamakta, ancak bu yaşam hakkının anayasal koruma altında olmadığı anlamına gelmemektedir. Yaşam hakkının

---

[312] Kararın tam İngilizce metni için bkz. *http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/case-law/decision/decision-no-2012-647-dc-of-28-february-2012.114637.html.* (K. 2012/647, K.T. 28 Şubat 2012).

[313] Wanda Nowicka, "The Struggle for Abortion Rights in Poland", *Sexpolitics: Reports From The Frontlines*, (ed. Richard Parker, Rosalind Petchesky ve Robert Sember), Sexuality Policy Watch, 2004, s. 171.

[314] Nowicka, 2004, s. 171.

anayasa tarafından korunduğunun en önemli kanıtı Polonya'yı demokratik bir hukuk devleti olarak tanımlayan anayasanın 1. maddesi hükmüdür. Demokratik bir hukuk devletinin öncelikli görevi insanı ve onun değerlerini korumaktır. Yaşam hakkı her aşamada korunması gereken en önemli anayasal haktır ki; doğum öncesi dönem bundan ayırt edilemez."[315]

C. Anayasa Yargısı ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı

Anayasa yargısı devletin cezalandırma yetkisinin sınırlandırılmasında doğrudan bir araç değildir. Daha doğrusu, devletin cezalandırma yetkisinin sınırlandıran anayasal ilkelerin kapsamının belirlenmesinde ve anayasanın yorumlanmasında, anayasa yargısının önemli bir işlevi bulunmaktadır.[316]

Anayasa yargısı fikrinin ortaya çıkışı, hukuk düzeninin temel kaidelerinin belirlendiği ve kendisine üstünlük atfedilen anayasaya aykırı kanunların kabulüyle birlikte, hukuk düzenindeki çelişkileri ortadan kaldırmaya yönelik bir düzeltme faaliyetine dayanır. Bu doğrultuda anayasa yargısı anayasanın üstünlüğü ilkesinin pratikte sağlanması yanında, anayasal hak ve özgürlükleri kanun yoluyla ihlal edilmesinin önüne geçer.[317]

Temel hak ve özgürlüklerin ceza kanunu yoluyla yok edilmesi veya çiğnenmesi, diğer kanun türlerine göre daha kolay ve elverişlidir. Bu sebeple ceza kanunlarının anayasaya uygunluğu özel bir önem taşımaktadır. İşte burada anayasa yargısının önleyici/düzeltici işlevi ortaya çıkar. Yasama organının anayasaya aykırı kanun yapması her zaman mümkündür. Bu çoğu zaman anayasanın farklı yorumlanmasından kaynaklanmakla birlikte, kimi zaman yasa koyucunun gözden kaçırması veya kasten anayasaya aykırı davranmasından dolayı olabilir. Anayasa yargısı önleyici/düzeltici ve hatta yaptırmacı bir yol ile anayasal güvencelere aykırı ceza normlarının hukuk düzeninden ayıklanması işlevini görür.

Türk Anayasa Mahkemesi ceza normlarına ilişkin birçok kararında, ceza normlarının anayasanın temel ilkelerine ve ceza hukukunun temel ilkelerine aykırılığı sebebiyle iptaline karar vermiştir. Anayasayı yorumlayan ve anayasal ilkelere açıklık

---

[315] Nowicka, 2004, s. 171.
[316] Hakyemez, 2009, s. 189.
[317] Hakyemez, 2009, s. 189.

kazandıran bir kuruluş olarak Anayasa Mahkemesi, cezalandırma yetkisinin kullanılmasında yasama organının geniş takdir yetkisine sahip olduğu görüşündedir. Bununla birlikte yasa organını sınırlayan en önemli pozitif normlar anayasal ilkelerdir. Öte yandan Anayasa Mahkemesi ceza kanunlarıyla ilgili verdiği her kararında ceza hukukunun temel ilkelerini yasa koyucuyu sınırlayan bir araç olarak belirtmiştir. Ceza hukukunun temel ilkelerinin ne olduğu ise Anayasa Mahkemesinin içtihatlarıyla şekillenmektedir. Yüksek Mahkeme bununla da yetinmeyip, "kamu yararı", "toplumsal ihtiyaçlar", "toplumun sosyal, kültürel ve ekonomik yapısı", "toplumsal beklentiler" gibi sınırları net olmayan hususları cezalandırma yetkisini kullanan yasa koyucunun sınırı olarak görmektedir.

Anayasal ilkeler ile anayasada yer alan ceza hukuku ilkeleri haricinde geliştirilen ölçütler yargısal aktivizm olarak değerlendirilebilir.[318] Türk Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlüklerin korunması ceza kanunlarına ilişkin birçok önemli kararının yanı sıra yargısal aktivizm içeren bazı kararlar ile hukuksal denetim yetkisini aşan kimi kararlarından söz etmek mümkündür. mTCK'de uyuşturucu madde satmak ve bulundurmak suçunun bazı hükümlerinin anayasaya aykırılığıyla ilgili olarak yapılan itiraz başvurusunda Anayasa Mahkemesi yasa koyucunun tutumunu "insanların sağlığının korunmasında gösterdiği duyarlık nedeniyle öğülmeye değer bir davranış sayılmalıdır" diyerek hukuki sayılamayacak bir değerlendirmede bulunmuştur.

> "Türk Devletinin, uyuşturucu maddelerle ilgili suçlar için öteki devletlerden daha ağır cezalar öngörmesi Türk Devletini ve dolayısıyla Türk vatandaşlarını küçültücü değil, tam tersine hiçbir ayırım gözetilmeksizin tüm insanların sağlığının korunmasında gösterdiği duyarlık nedeniyle öğülmeye değer bir davranış sayılmalıdır."[319]

Türk Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kimi kararlar ise, özgürlükler açısından oldukça sorunlu kararlardır. Özellikle "*438. Madde Kararı*" adıyla bilinen kararda, Anayasa Mahkemesi cinsel saldırı suçlarında mağdurun fuhşu meslek edinmiş

---

[318] Hakyemez'in geniş tanımıyla yargısal aktivizm; "Gerçekleştirdikleri anayasaya uygunluk denetimi sürecinde mahkemelerin, belli bir sonuç elde etmeye odaklanmış aktif bir yaklaşımla, anayasa hükümlerini sahip olduğu anlamı zorlayacak ya da bazen tamamen tersyüz edecek biçimde yorumlayarak, nihai aşamada yasama tasarruflarına ilişkin olarak siyasal iradenin de hedeflemediği yeni uygulamalara yol açabilen kararlar vermeleri durumudur". Hakyemez, 2009, s. 35.

[319] AYM, E. 1979/35.

kadın olması halinde ceza indirimi öngören düzenlemeyi anayasada korunan eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır.

> "Irza geçmek ve kaçırmak suçlarının fuhşu kendine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesinde, bu kişinin uğradığı zarar ile aynı eylemlerin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda onun gördüğü zarar eşit sayılamaz, iffetli bir kadının zorla kaçırılması veya ırzına geçilmesi onun onurunu, toplumdaki ve yaşadığı ortamdaki saygınlığını, giderilmesi olanaksız ölçüde kıracaktır. Oysa, aynı eylemlerle karşılaşan fuhşu meslek edinmiş bir kadının bu ölçüde zarar gördüğünü ileri sürmek ve kabul etmek güçtür. Fahişe, fuhşu kendisine meslek edinmiş, onu ticarî bir iş kabul etmiş olduğundan bu tür kadınların kişi ve cinsel özgürlükleri iffetli kadınlarınki kadar bozulmuş sayılamaz." [320]

Türk Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlarda kimi zaman düzeltmenin ötesinde yaptırmacı bir etki yarattığı gözlenebilir. Bazı kararlarda yasa koyucuya hukuki boşluğu doldurmak veya gerekli düzenlemeleri yapmak amacıyla süre tanınması söz konusu olmaktadır.

> "İtiraz konusu 441. madde hakkında iptal kararı verilmesiyle doğan hukuksal boşluk, kamu yararını olumsuz yönde etkileyeceğinden, gerekli düzenlemeleri yapması için yasama organına süre tanımak amacıyla, iptal kararının, Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun bulunmuştur."[321]

Sonuç olarak, temel hak ve özgürlüklerin anayasada düzenlenmesi güvencede olmaları için yeterli değildir. Hukuk devletinde anayasaya aykırı kanun çıkarılamaz. Anayasal güvencede olan özgürlükler, yasamanın anayasaya aykırı kanunlarıyla ortadan kaldırılamaz. İşte bunun güvencesi doğru ve sağlıklı işleyen bir anayasa yargısı mekanizmasıdır. İster önleyici, ister düzenleyici/yaptırmacı denetim yoluyla kanunların anayasaya uygunluğu sağlansın, anayasa ile getirilen temel ceza hukuku ilkeleri gerçek yaşamda uygulanma imkanı bulur.

Cezalandırma yetkisinin yasama yoluyla kullanılması, anayasa yargısının varlığını zorunlu kılmaktadır. Ceza hukukunun yasa koyucunun bireyler üzerinde en baskın bir şekilde etkide bulunduğu ve hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı tedbirler alabildiği

---

[320] AYM, E. 1988/4.
[321] AYM, E. 1996/15.

alan olarak, bu alandaki düzenlemelerin yargısal denetimi özel bir önem taşımaktadır. Temel hak ve özgürlükleri dikkate almayan veya farklı bir bakış açısıyla özgürlükçü olmayan ve eleştiriye açık bazı kararlar bir kenara bırakılırsa, anayasa yargısı hukuk devletinin işlemesi, anayasal ilkelerin uygulamaya geçirilmesi bakımından önemlidir. Anayasa yargısının, anayasal ilkelerin uygulanmasında sigorta işlevi gördüğü söylenebilir. Eğer bu mekanizma olmaz ise, anayasal ilkelerin işlerliğin bir yön eksik kalabilir. Anayasa yargısı, anayasal ilkeleri tamamlayıcı bir özellik taşır.

IV. YASALLIK VE CEZALANDIRMA YETKİSİ

Günümüzde cezalandırma yetkisinin yasama yoluyla kullanılması genel kabul gören bir uygulamadır. En azından demokratik hukuk devletlerinde yasalar demokratik seçimlerle oluşturulmuş yasama organlarınca, belli bir usule göre yapılmaktadır. Bu durumda karşımıza başlıca iki tür sınırlama çıkmaktadır. Öncelikle bir şeyin kanunla yapılması bir sınır oluşturur. Kanunilik ilkesi gereğince suç ve cezaların sadece "şekli" kanun ile konabilmesi kuralının sonucu olarak, suç ve cezaların kanunla yapılması "kanun" yapmaktan kaynaklanan sınırlılıkları haizdir. İkinci olarak kanunlar belli bir toplumda belli bir toplumsal ihtiyacı karşılamak üzere yapılır. Böylelikle fiilen zaten var olan durum, artık devlet tarafından düzenlenmiş, devlet tarafından ilkelendirilmiş hukukî bir forma kavuşur. Dolayısıyla toplumsal ihtiyaçlar kanunların yapımında bir sınırlılık oluşturmaktadır.

A. Kanunların Sınırlandırıcılık Özelliği

Yasallık, suç ve cezanın sınırlandırılmasında önemli bir araçtır. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, aydınlanmayla birlikte ortaya atılmış ve özellikle 20. yüzyılın başlarında dünyada kabul görmeye başlamıştır. Bugün insanoğlunun geldiği noktada, bu ilke hemen hemen istisnasız bir şekilde uygar olduğu kabul edilen bütün devletlerde uygulanmaktadır. Bununla birlikte, kanunilik ilkesinin uygulamaları çeşitli görünüm veya farklılık gösterebilir.

Yasallık, devletin bu yetkiyi kullanmasında içeriksel (toplumsal) sınırlılık dışında, yöntemsel (usul) sınırlılık ve maddi sınırlılık olmak üzere iki farklı sınırlılık gösterir. Diğer yandan yasamanın genelliği ilkesi, suçlar ve cezalar söz konusu olduğunda mutlak bir özellik taşımaz. Söz konusu suç ve ceza ihdası olduğunda, yasama fonksiyonunun genelliğinin aksine, daha sıkı ölçütler kendini göstermektedir. Kanunların sınırlandırıcılık özelliği üç alt başlıkta incelenecektir.

1. Kanun yapımında yöntemsel sınırlılıklar

Kanun, anayasa tarafından öngörülen yetkili organ tarafından anayasada belirtilen usul ve biçimde yapılan yazılı hukuk kuralarıdır.[322] Kanunlar ele alınırken şeklî kanun ve maddi kanun olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulurlar. Buna göre maddi kanun genel, soyut ve herkesi bağlayan hukuk normlarıdır ve idarenin düzenleyici işlemlerini de kapsamaktadır. Buna karşın şeklî kanun, yasama organlarınca öngörülen usullere uyularak yapılan işlemdir.[323] Kanunilik ilkesinin temelini oluşturan kanunun şeklî anlamda kanun olduğunda ve 1982 Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" hükmünün şeklî anlamda kanundan bahsettiğine kuşku bulunmamaktadır. Bu durumda yasama organının kanun yapmak için izlediği yol, aynı zamanda suçların ve cezaların düzenlenmesi için gerekli olan ve en azından yöntemsel olarak sınırlayıcı bir özellik taşımaktadır.

Kanunlar belli bir usule göre yapılır. Öncelikle bir kanun yapılabilmesi için, kanun teklif etmeye yetkili kişi veya makamların kanun yapma isteğinin somut hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla, bir kanun yapılabilmesi için öncelikle belli bir konuda kanun yapma fikrinin teklife dönüşmüş olması gerekir. Başkanlık sisteminde başkanın kanun teklifi sunamamasına karşın, parlamenter sistem ve türevlerinde bakanlar kurulunun kanun tasarısı sunma yetkisi bulunmaktadır. Yapılan kanun teklifleri veya tasarıları komisyona gönderilir. Komisyonda görüşülen bir "kanun" biçimine sokulan teklifler, görüşülmesi için parlamento genel kuruluna gönderilir. Parlamento genel kurlarında, kanun yapmak için toplantı yeter sayısı ve karar yeter sayısı gereklidir. Ayrıca görüşmeler sırasında parlamento üyelerince değişiklik önergeleri verilebilir. Kanunların kabulü anayasada belirtilen asgari sayıdaki üyenin kabul oyu vermesiyle mümkün olabilir. Kanunlar genellikle devlet başkanının onayına sunulur. Devlet başkanlarının kanunları veto etme yetkisi bulunmaktadır. Mutlak veto yetkisi genellikle sınırlı olmakla birlikte, en azından kanun onaylama makamının geciktirici veto yetkisi bulunmaktadır. Son olarak, devlet başkanının onayından geçen

---

[322] Teziç, 2009, s. 12-13; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2000, s. 399 ve bu sayfadaki 68 nolu dipnot.
[323] Teziç, 2009, s. 13-14.

kanun devletin resmi gazetesinde yayımlanarak yürürlüğe girer.[324] Kısaca anlatılan kanun yapma süreci, birçok kişi ve makamın katılımıyla ve tartışmasıyla ortaya çıkar. Kanunlar belli sayıda üyenin toplantıya katılması ve yine belli sayıda üyenin sunulan metne kabul oyu vermesiyle yapılmaktadır. Parlamentonun halk meclisi-senato olarak iki ayrı meclisten oluştuğu devletlerde bu süreç neredeyse iki kat daha zorlaşmaktadır. Dolayısıyla kanunların belli bir şekle bağlanması, kanun yapılarak ortaya konan iradenin bireyselleşmesini engeller. Bu yöntemsel sınırlılık ceza kanunları için de geçerlidir. Ceza normları, bir kişi veya grubun isteğiyle değil, belli bir usule göre ve tartışmalardan geçtikten sonra konabilir. Bu da bir kişi veya gruba sınırsız hareket etme ve istediği gibi kanun yapma yetkisi değil; ancak anayasada belirtilen usul içinde ve tartışmaya bağlı olarak kanunların yapımına cevaz verir. Kanunların diğer bir sınırlandırıcı özellikleri ise, değiştirilmelerinin veya kaldırılmalarının aynı usulle yapılıyor olmasıdır. Bir ceza kanunun değiştirilmesi veya kaldırılması, ancak buna cevaz veren kanunların kabulüyle mümkündür.

Sonuç olarak cezalandırma yetkisinin kanun yapımı yoluyla kullanılması, kanun ile ortaya çıkacak iradenin bireyselleşmesini, keyfi kullanılmasını engeller. Bir görüşme ve tartışma sürecinden geçen kanunlar, aynı zamanda bu süreçte kamuoyunun tepkisiyle de karşı karşıyadır.

2. Kanunun maddi sınırlılığı

Kanunlar sınırsız metinler değildir. Dünyanın ilk yazılı kanunlarından itibaren kanunların maddeler halinde yazılmaları adet olmuştur. Günümüzde ceza kanunları genellikle devletlerin temel kanunlarından (*code*) biri kabul etmektedir. Kanunlar normların niteliği ve içeriklerine göre, kitap, kısım, bölüm gibi parçalardan oluşmaktadır. Her alt parça, farklı sayıda maddeden meydana gelmektedir.

Türkiye'de halen yürürlükte olan 5237 sayılı TCK, kitap, kısım ve bölüm olarak ayrımlanmış ve her bölümde o bölümün içeriğini yansıtan maddeler sıralanmıştır. Mezkûr kanun 345 maddeden oluşmaktadır. 1926 tarihli ve 765 sayılı mTCK ise, ek ve geçici maddeler hariç 592 madde idi. Dünyada sınırsız sayıda maddede kanun yapmak mümkün olmadığı gibi, madde sayısı ne kadar çok olursa olsun kanun bir şekilde

[324] Kanun yapma süreciyle ilgili olarak bkz. Gözler, 2000, s. 401–411.

bitirilmek zorundadır. Dünyadaki ceza kanunlarına bakıldığında madde sayıları ortalama 250-600 arasında değişmektedir (bkz. Tablo-4).

Tablo 4: Çeşitli ülkelerin ceza kanunlarının madde sayısı

ÜLKE	MADDE SAYISI		MADDE SAYISI
Almanya	358	Macaristan	368
Arnavutluk	335	Makedonya EY	426
Azerbaycan	353	Moldova	393
Bosna-Hersek	252	Norveç	436
Bulgaristan	426	Özbekistan	302
Ermenistan	398	Romanya	205
Estonya	451	Rusya	360
Gürcistan	415	Sırbistan	432
Karadağ	574	Tacikistan	405
Kazakistan	393	Ukrayna	447
Litvanya	356	Türkiye	345

Kaynak: *http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes.*

Kanunların ve ceza kanunlarının madde sayısının sınırlı olması suç olan eylemlerin de sınırlı olabileceğini göstermektedir. Öte yandan ceza kanunlarının bir kısmı genel hükümler adı verilen, bütün suç ve ceza normlarının uygulanmasını sağlayacak temel ilkeleri düzenler. Bu kanunilik ilkesi ve onun bir sonucu olan suçların açıklığı ilkesiyle desteklendiğinde suç alanı oldukça dar kalmaktadır. Bir ceza kanununda "topluma zarar veren eylemler suçtur, şu kadar cezaya çarptırılır" denilemez. Her suç tipinin özel olarak belirtilmesi ve tarif edilmesi gerekir. Suç tipi çeşitlendirilebilir, bir suç tipinin daha az ceza veya daha çok ceza gereken halleri belirlenebilir. Her halükarda yasada suç olarak kabul edilenler sınırlı sayıda eylemlerdir.[325]

Sonuç olarak, kanunların sınırlı metinler oluşu ile cezaların kanuniliği ilkesi bir arada değerlendirildiğinde, bir devletin ilan edeceği "cezalandırılabilir suçlar katalogu"

[325] Ceza kanunlarının madde sayısı yanıltıcı gelebilir ve tek başına anlam ifade etmeyebilir. Örneğin TCK 345 madde olmakla birlikte ihtiva ettiği suç sayısı bakımından daha çok maddede düzenlenmesi mümkün idi. Burada varmak istediğimiz sonuç, ceza kanunu ne kadar uzun ve ayrıntılı olursa olsun bir şekilde sınırlı bir metni ifade eder. Kanunilik ilkesi, suç itplerinin çok açık bir şekilde yazılmasını gerektirdiğinden, her halükarda var olan suç tipi, belli bir sayıda son bulacaktır. Bu manada 345 maddede 300 suç tipinin veya 500 suç tipinin sayılmış olmasının bir önemi yoktur. Bunun önemi, kanunilik ilkesi gereği açık ve net bir şekilde kaleme alınmış (*lex certa*) bir hukuk düzeninde suç sayısının, kanunda sayılandan bir fazla olamayacağıdır.

sınırlı bir katalogdur. Devlet çok sayıda fiili cezalandırabilir. Cezalandırdığı fiillerin işleniş biçimine ve yarattığı neticeye göre, az veya çok cezayı gerektiren farklı halleri olabilir. Her ne olursa olsun, bir ceza kanunu sınırlı sayıda madde içerir ve bu sınırlı sayıda madde ile sınırlı sayıda insan fiili cezalandırılabilir. Cezalandırmanın ikincillik (veya son çare olma –*ultima ratio*) özelliği de göz önüne alındığında, suç olan fiilleri ve bunlara uygulanacak cezayı belirleyen ceza kanunları, sadece en önemli ve bireyler/toplum açısından en zararlı ve tehlikeli fiillere yer verilen sınırlı metinlerdir.

3. Özgürlükleri sınırlandırma ölçütlerine uygunluk

Özgürlükler ile suç ve cezalar arasında birkaç yönlü ilişki vardır. Suçlar genellikle failin dışındaki insanların hak ve özgürlüklerini ihlal eden eylemlerdir. Örneğin öldürme suçu yaşam hakkının, yaralama suçu vücut bütünlüğüne sahip olma hakkının, konut dokunulmazlığını ihlal suçu konut dokunulmazlığı hakkının vs kullanılabilmesi için ihdas edilen suçlardır. Hırsızlığın suç olması bireylerin ve/veya kamunun mülkiyet hakkını korumak içindir.

Özgürlüklerle cezalar arasında da aksi yönde ancak benzer bir ilişki vardır. Örneğin ölüm cezası, failin yaşam hakkının "meşru" ihlalidir. Hapis cezası kişi özgürlüğünün, adli para cezası da mülkiyet hakkının meşru ihlalidir. Başka bir deyişle, cezalandırma aynı zamanda, cezalandırılanı belirli özgürlüklerden yoksun bırakmaktır.

Özgürlükler suçlar ve cezalar arasında bir diğer ilişki de bazı hürriyetlerin belli kullanım şekillerinin cezalandırılabilir olmasıdır. Bu her özgürlük için söz konusu değildir ancak bazı özgürlükler ile suç fiilleri arasında çok yakın bir ilişki söz konusudur. Siyasal suç adı verilen suçlar ile ifade hürriyeti, toplanma ve örgütlenme hürriyeti, düşünce hürriyeti arasında çok ince bir sınırdan söz edilebilir. Bireylerin ifade hürriyetinin belli şekillerde veya belli ölçülerde kullanımı, kimi zaman suç olarak kabul edilebilir. Başka bir anlatımla, bazı fiilleri suç kabul etmek, bazı özgürlükleri sınırlandırmaktır. Bu durumda "bir şey ne zaman özgürlüktür ne zaman suçtur sorusu"nun cevaplandırılması gerekir. İşte anayasa hukukunda bu sorunun cevabı "hürriyetlerin sınırlandırma ölçütlerine uygunluk" olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özgürlükler sınırsız değildir. Elbette ki toplumsal düzenin sağlanması için hürriyetlerin belli ölçüde sınırlanması gerekir. Özgürlükleri sınırlamanın koşulları

anayasalarda belirlenmiştir. Türk Anayasasının "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlığını taşıyan 13. maddesi hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında şu ölçütler benimsenmiştir: Hak ve özgürlükler; 1- Özlerine dokunulmaksızın, 2- Yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak, 3- Ancak kanunla sınırlanabilir ve bu sınırlamalar, 1- Anayasanın sözüne ve ruhuna, 2- Demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine, 3- Ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Bu sınırlama ölçütlerine, AİHM içtihatlarıyla oluşan 1- Kanuna dayanma, 2- Meşru sebep, 3- Demokratik toplumda gereklilik, 4- Ölçülülük ilkelerini de eklendiğinde; bir özgürlüğün "suç sayılmak yoluyla sınırlandırılması" söz konusu olduğunda bunun nasıl uygulanması gerektiğine dair ölçütlere ulaşılabilir.

Suç ve cezalar kanunla îhdas edilerek "kanuna dayanma/ancak kanunla sınırlandırma" ölçütlerine uyulmaktadır. Burada asıl sorun bir ceza kanunu yapılırken hak ve özgürlükler ile suç sayılan fiil arasında nasıl bir dengenin kurulacağıdır.

Öncelikle "hakkın özüne dokunma yasağı", hürriyet ile suç olan fiil arasında bir çakışma meydana geldiğinde suçun, hürriyeti yok edecek biçimde düzenlenmemesini gerektirir. Başka bir anlatımla sadece söylem ve basın suçları, ifade hürriyetini ortadan kaldıracak şekilde düzenlenemez. Anayasalar belli hürriyetlerin ne amaçla sınırlandırılabileceğini düzenleyebilirler. Ancak burada önemli olan "hürriyet asıl, sınırlama istisnadır"[326] ilkesini esas alarak, bu sebeplerin mümkün olan en dar şekilde yorumlanmasıdır.

İkinci ölçüt "meşru sebep" olarak ileri sürülebilir. Eğer bir hürriyetin sınırlandırılması meşru bir sebep için yapılmıyorsa, burada sınırlamanın da meşruiyetinden söz edilemez. Burada temel ölçüt, "hukuksal değerin korunması" ölçütüdür. Başka bir anlatımla, bir fiil ancak hukuk tarafından korunan bir değeri ihlal ediyorsa suç olarak değerlendirilebilir. Aksi halde hukuk tarafından korunan herhangi bir değeri ihlal etmeyen bir eylem suç olarak kabul edilemez.

Üçüncü olarak sınırlamanın "demokratik toplumda gerekli" olması gerekir. Demokratik toplumun mevcudiyetinin korunması için bu sınırlamanın ve dolayısıyla fiili suç saymanın "olmazsa olmaz" olması gerekir. Demokratik toplum için gerekli çoğulculuk, ifade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü önceliklidir.

[326] Gözler, 2011b, s. 547.

Demokratik toplumu ortadan kaldırmaya yönelik olmayan "şok edici, tahrik edici, toplumca benimsenmeyen" fikirlerin de ileri sürülebilmesi gerekir.

Son ölçüt ise, ölçülülüktür. Ölçülülük, sınırlama ile özgürlük arasında dengeyi sağlamaya yönelik en önemli ölçüttür. Ölçülülük, gereklilik, elverişlilik ve orantılılık olmak üzere üç unsurdan oluşur.[327] Özgürlüğün sınırlanması ve ötesinde suç sayılması hukuksal değerlerin korunması açısından gerekli olmalıdır. Başka bir anlatımla, ihlal edilen hukuksal değer, başka bir tedbir ile önlenemez, dolayısıyla ihlal fiilinin suç kabul edilmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmalıdır. İkinci aşamada ihlal edilen hukuksal değerin korunmasında, ihlal fiilinin suç sayılmasının, ihlali önlemeye elverişli bir araç olması gerekir. Son olarak suç kabul edilen ihlal fiiline verilen ceza ile korunmak istenen hukuksal değer arasında bir orantının bulunması gerekir.

Sonuç olarak demokratik bir toplumda vazgeçilmez olan ifade hürriyetinin hangi aşamaya kadar kullanılabileceği, hangi ifade eylemlerinin suç oluşturabileceği, hangilerinin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilerek suç sayılamayacağı dikkatle ele alınmalıdır. ABD Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilen "açık ve yakın tehlike" (*clear and present danger*) ölçütü, ifade özgürlüğüyle suç sayılması gereken eylemi ayırmak bakımından önemli bir ölçüttür. Buna göre, bir eylem veya söylem ancak çok yakın ve açık bir tehlike oluşturuyorsa suç olarak cezalandırılabilir. Başka bir anlatımla, "hakaret" fiili, hareketi neticesiyle birleşik bir suç olarak, işlendiği anda hakarete uğrayanın onurunu zedeleyen bir zarar suçudur. İftira, suç isnadı vb ifadeyle işlenen suçlar da aynı şekildedir. Oysa hakaret, iftira, suç isnadı dışında doğrudan zarar meydana getirmemekte, ancak tehlike oluşturabilmektedir. Peki, her tehlikeli söz cezalandırılabilir mi? İşte burada "açık ve yakın tehlike" ölçütü dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla her tehlikeli söz veya örgütlenme değil ancak açık ve yakın tehlike oluşturanları suç kabul edilerek cezalandırılabilir.

4. "Yasamanın Genelliği İlkesi" ve ceza kanunu

Yasamanın genelliği, yasama fonksiyonun özelliklerinden biridir. Yasama yetkisinin genelliği, kanunla düzenleme alanının konu itibariyle sınırlandırılmamış

[327] Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 26-38.

olması anlaşılır. Bu durumda anayasaya aykırı olmamak şartıyla, her konu kanun ile düzenlenebilir.[328]Yasamanın genelliği ilkesinin üç sonucu vardır: 1- Kanunla düzenleme alanı konu itibariyle sınırlandırılmış değildir. 2- Düzenleme yapma konusunda yürütme organına bırakılmış mahfuz bir alan bulunmamaktadır. 3- Yasama organı kanunla yaptığı düzenlemeyi istediği ölçüde ayrıntılı düzenleyebilir.[329]

Bu ilke doğrultusunda yasama organını kanun yaparken sınırlayan tek ölçüt "anayasaya uygunluk" ölçütüdür. Başka bir anlatımla anayasaya aykırı olmadığı müddetçe herhangi bir konuda kanun yapmak tamamen yasama organın takdir yetkisindedir.

Kanunların tümünün yasamanın genelliğine tabi olup olmadığı esas itibariyle Anayasa Mahkemesinin 21 Eylül 2004 tarihinde vermiş olduğu bir karar ile tartışmaya açılmıştır.[330] 1994 tarih ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, RTÜK'te görev yapacak olan beş üyenin siyasi parti gruplarınca belirlenecek kontenjan doğrultusunda TBMM Genel Kurulunda seçilmesini öngören 6. maddesinin, Anayasanın TBMM'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 87. maddesine aykırılığı gerekçesiyle dönemin cumhurbaşkanı tarafından iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi başvuruyu haklı bulmuş ve TBMM'nin görev ve yetkilerinin Anayasanın 87. maddesinde sayıldığı ve bu yetki ve görevler arasında RTÜK'e üyesi seçmek bulunmadığı gerekçesiyle ilgili maddeyi iptal etmiştir.[331] Bu karar, TBMM'nin görev ve yetkilerinin genel olarak sayıldığı, bu sebeple görev ve yetkilerinin tadadi olamayacağı noktasında eleştirilmiştir. [332] Başlar TBMM'nin kullandığı yetkiyi değerlendirirken "TBMM, 3984 sayılı Kanunu çıkarırken egemen yetkisini, Anayasa'nın öngördüğü sınırların dışına çıkmayarak, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna bağlı olarak, Anayasa ile başka organlara bırakılmış alanlara müdahale etmeyerek kullanmıştır. Ulusal iradeyi temsil etme gerekçesiyle kullandığı takdir yetkisi akla, mantığa ve adalete ters düşmemektedir"[333] şeklinde ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi de TMK ile ilgili olarak verdiği kararda mevcut ceza kanunun yetersiz kalması halinde başka bir kanunla bu ihtiyacın karşılanabileceğini

---

[328] Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, 10. baskı, s. 201.
[329] Özbudun, 2009, s. 201-202; Gözler, 2011a, s. 822.
[330] AYM, E. 2002/100.
[331] Kemal Başlar, "Anayasa Mahkemesinin Yasamanın Genelliği İlkesi ile İlgili Bir Kararının Düşündürdükleri", *Yasama Dergisi*, S. 7, (Ekim-Kasım-Aralık) 2007, s. 19.
[332] Başlar, 2007, s. 22.
[333] Başlar, 2007, s. 25.

açıkça belirtmiştir. Burada da tek ölçüt anayasaya uygunluk, demokratik düzen ve hukuk devleti ilkeleri olarak belirlenmiştir.

> "Terör suçları hangi amaçla işlenirse işlensin insanlığa karşı işlenmiş suçtur. Kişilerin mal ve can güvenliğini sağlamak ve korumak devletin en önde gelen görevidir. Yürürlükteki ceza kurallarının amacı gerçekleştirmeye yetmeyeceği anlaşılırsa yasakoyucu yeni kurallar koyabilir. Teröre ilişkin yeni bir suç türü oluşturmak ve yaptırımlar getirmek Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla yasakoyucunun takdir hakkının kapsamı içindedir. Ancak, yasal düzenlemenin demokratik düzen içinde ve hukuk devleti ilkeleri doğrultusunda yapılması zorunludur."[334]

Sonuç olarak, cezalandırma yetkisini kullanan yasama organı, anayasal ölçütlere bağlı kalmak kaydıyla istediği konuda ceza kanunu yapabilir. Bu konuda yasamanın genelliği ilkesinin geçerli olduğu yönünde kuşku bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi TMK kararında bu yönde bir karar vermiştir. Ayrıca Anayasanın 38. maddesi suçlar ve cezaların kanunla getirilebileceğini düzenlerken, burada bir kanun yahut belli bir grup suçtan veya cezadan söz edilmemiştir. Yasama organının uyması gereken diğer ölçütler yerine getirilmek kaydıyla, yasa koyucu ceza kanunu koymakta ve bunu istediği sayıda veya genişlikte yapmakta takdir yetkisine sahiptir.

B. Kanun Yapımında Siyasal ve Toplumsal Sınırlılıklar

Ceza kanunlarının yapımında yasa koyucu için bağlayıcı olan anayasa normları ve varsa uluslararası yükümlülüklerdir. Bunun dışında kanun koyucu açısından bağlayıcı bir durum yoktur. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ceza normlarının yeniden yapılması zorunluluğu olmadığı gibi, Anayasa Mahkemesi kararına uygun yapmak zorunluluğu da yoktur. Bir ceza normunun adilliği, hukuk düzenini belirleyen temel norma uygunluğuyla ilgilidir. Nitekim toplumun beklentilerine uygun olup olmaması, artık hukuki bir mesele olmamaktadır.[335] Ancak yasama organı bir toplumda en yüksek siyasal karar alma gücü olarak, temsil yetkisini aldığı toplumun beklenti ve ihtiyaçlarını göz önünde bulundurur. Toplumsal ihtiyaçlar yasa koyucuyu

[334] AYM, E. 1991/18.
[335] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 16.

hukuken bağlayıcı değildir, ancak siyaseten yasa koyucu toplumu takip eder ve toplumun beklenti ve tepkilerine göre karar verme eğilimine girer.

Kanun yapımında siyasal sınırlılıkların başında kamu yararı gelir. Demokratik modern devletlerde kanunlar keyfiyetten bireysellikten uzak hukuk metinleridir.

1. Kamu yararı

Yasa koyucunun suç ve ceza ihdasında izlediği strateji olarak tanımlayacağımız suç siyaseti, toplumun değerlerine karşı tam tarafsız kalamaz. Nitekim belirlenen stratejiler siyaseti yönlendireceğinden, toplumsal değer ve beklentiler suç siyasetinin hedeflerini belirleme bakımından yön gösterici olmaktadır.[336] Anayasa Mahkemesi de birçok kararında yasa koyucunun suç teşkil edecek fiilleri günün koşulları ve toplumsal ihtiyaçlara göre belirleyerek kanun yapacağını dile getirmiştir.

> "Kanun koyucu, günün şartlarına ve toplum ihtiyaçlarına göre suç teşkil edecek fiilleri tespit edecek ve suçların işlenmesini önleyecek ve suç işleyenleri topluma kazandıracak cezaları kanunlaştıracaktır… Madde gerekçesinde suç işlemenin toplumda kişiler için bir kazanç kaynağı olamayacağı bu nedenle, suç işlemek suretiyle elde edilen menfaatlerin piyasada tedavüle konulmasının ve suç işlemenin bir menfaat temini açısından cazip bir yol olarak görülmesinin önüne geçilmek amacıyla itiraza konu düzenlemenin yapıldığı belirtilmiştir. Gerekçede belirtilen bu görüş ve açıklamalar karşısında, yasakoyucunun, toplum düzenini bozan ve önlenmesinde önemli yararlar gördüğü toplum güvenliği ile ilgili hususlarda kanunla kimi eylemleri suç sayarak bunlar için ceza yaptırımı öngörmesine ilişkin takdir yetkisi kapsamında(dır.)"[337]

Yasa koyucunun kanun yapımında en önemli siyasal sınırı kamu yararıdır. Kanunların kişisel çıkarlar veya amaçlar için değil ancak kamu yararı için yapılabileceği genel kabul gören bir görüştür. Kanunların genel ve soyut oluşu, devletin keyfi davranışlarına karşı bireyleri korumanın en etkili yollarından biridir.[338] Rousseau, yasa istemin genelliğiyle konunun genelliğini bir araya getirir, egemenin özel bir konuda

---

[336] Dönmezer, 1986–1987, s. 21.
[337] AYM, E. 2006/19.
[338] Özbudun, 2009, s. 212.

verdiği kararlar yasa olamaz demektedir.[339] Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında kamu yararı vurgusu yapmıştır.

> "Devlet, toplumsal barışı, kamu düzenini, bireylerin güven ve huzurunu sağlamakla yükümlüdür. Kimi durumlarda devlet, bu yükümlülüğünü alacağı ceza önlemleri ile yerine getirmeye çalışır. Yasakoyucu bu konuda bir düzenleme yaparken kişi yararı kadar kamu yararını da gözönünde bulundurmak zorunda olduğundan kimi suçların niteliğini, işlenme biçimini toplum için verdiği zararı da gözeterek değişik ağırlıkta cezalar verilmesini uygun bulabilir."[340]

Demokratik bir toplumda ceza kanunları gibi, bireylerin özgürlükleri açısından oldukça önemli olan kanunların bireysel çıkarlara hizmet etmesi düşünülemez. Yasa koyucunun ceza kanununu yaparken kamu yararını göz önünde bulundurması aynı zamanda bireysel yarar ile kamusal yarar arasında bir denge gözetmesi gerekir.

Sonuç olarak ceza kanunlarının yapımında yasa koyucunun mutlaka kamu yararını göz önünde bulundurması gerekir. Bu aynı zamanda eşitlik ilkesinin bir sonucu olan hiç kimse veya gruba ayrıcalık (negatif veya pozitif) tanımamayı, ceza kanunları yaparken bireysel çıkarlar ile toplumsal çıkarları göz önünde bulundurmayı gerektirir.

2. Toplumsal ihtiyaçlar

Modern toplumlarda kanunlar keyfiyetten uzaktır ve bir toplumsal ihtiyacı karşılamak üzere yapılır. Ceza kanunlarının da yapılması için bir toplumsal ihtiyacın doğması ve bunun siyaset kurumu tarafından bir sorun haline geldiğinin tespitiyle birlikte, eğer ortaya çıkan sorunla başka türlü baş etme yolu söz konusu değilse, son çare olarak cezalandırma yoluna gidilmesi gerekir.

Toplumsal ihtiyaçlar cezalandırma yetkisine farklı şekillerde etki edebilir. Belirli suç tipleri zaman içinde toplumsal bir ihtiyacı karşılamaması nedeniyle ölü normlar haline gelebilir[341] veya anlayış değişikliğine göre zamanla tamamen suç olmaktan

---

[339] Jean-Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, (çev. Vedat Günyol), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010, 6. baskı, s. 36.
[340] AYM, E. 1991/18.
[341] Örneğin 5237 sayılı TCK'nin "Şapka ve Türk harfleri" başlığını taşıyan 222. maddesinin ihlaliyle ilgili açılan davalar olmuş ancak bu hüküm uygulanamamıştır. 2004 ceza reformunda kabul edilen bu madde, yapılmasıyla birlikte ölü doğmuştur. Örnek davalar için bkz. *http://bianet.org/konu/tck-222.*

çıkarılabilir (*decriminalisation*). Toplumsal ilişkideki değişmeler ile yeni suç tiplerinin ortaya çıkması veya bir suç tipinin içeriğinin değişmesi yahut suç tipinin suç olmaktan çıkarılarak idari yaptırıma bağlanması (*depenalisation*) gibi farklı durumlar ortaya çıkabilir.

Tarihsel süreçte hemen tarım devrimi sonrasına denk gelen devletlerin ve hukukun ortaya çıkışında tarımsal üretimin devamlılığının sağlanması toplumsal düzeni ve devletin kendi varlığını devam ettirebilmesi açısından gerekli görülmüştür. Bu sebeple erken dönem devletlerde çok önemli bir suç olan ve ölüm cezası gerektiren öküz öldürme, saban kırma ve çalma suçlarının günümüzde eski önemine sahip olması düşünülemez. Bununla birlikte bir tarım toplumunun özellikleri gözetilerek kodifiye edilmiş olan 765 sayılı mTCK'de tarım toplumunda ihtiyaç olan bazı suç tiplerini görmek mümkündür. Örneğin mandıra yahut ağıldan hayvan çalmak filinin düzenlendiği 492. maddedeki nitelikli hırsızlık suçu, 5237 sayılı TCK'nin 142. maddesinde yer verilmiştir. Buna karşın mTCK 494. maddede düzenlenen "tarla, bağ ve bahçe ve bostanlardan hububat ve sebze " çalma suçuna 5237 sayılı kanunda ayrıca yer verilmemiştir.

Türk hukuk tarihinde zina suçu ele alındığında toplumsal ilişkilerdeki ve zinaya bakıştaki değişim daha rahat görülmektedir. mTCK'nin ilk halinde ayrı maddelerde yer verilen kadının zinası ve erkeğin zinası suçları 1995 yılına kadar ilk düzenlendiği haliyle devam ettirmiştir. 1966[342] ve 1968[343] yıllarında 440 ve 441. maddeler iki kez Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş, ancak Mahkeme bu maddelerdeki düzenlemeleri eşitlik ilkesine aykırı bulmayarak, itirazları reddetmiştir.[344] 1992 yılında dönemin kadın, aile ve çocuklardan sorumlu Devlet Bakanı Güler İleri tarafından ileri sürülen "zinanın suç olmaktan çıkarılması" yönündeki görüşler uzunca bir süre gündemi meşgul etmişti.[345] 1995 yılında zina suçu tekrar Anayasa Mahkemesinin önüne 441. maddedeki erkeğin zinasını düzenleyen hükmün 440. maddedeki kadının zinasını düzenleyen hüküm karşısında, eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiasıyla gelmiştir. Anayasa

---

[342] AYM, E. 1966/30.
[343] AYM, E. 1968/13.
[344] Nevin Ünal Özkorkut, *Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu,* Siyasal Kitabevi, Ankara, 2009, s. 178-179.
[345] Süleyman Yapıcı, "Zina Suç mu?..", *http://www.suleymanyapici.com/makalegoster.aspx?makaleid=95*. Zinanın suç olmaktan çıkarılması yönünde basındaki haberlere ilişkin olarak Devlet Bakanına sunulan soru önergesi için bkz. *http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c004/b041/tbmm190040410427.pdf.*

Mahkemesi kararında zinanın suç olup olmaması gerektiğini tartışmaksızın[346] bu iki farklı düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle erkeğin zinasını düzenleyen 441. maddeyi iptal etmiş; ancak iptal kararının yürürlüğünü hukuksal boşluğun giderilmesi amacıyla bir yıl ertelemiştir. Ancak TBMM herhangi bir düzenlemeye gitmemiştir. Erkeğin zinası suç olmaksızın, kadının zinasını düzenleyen 440. maddenin varlığını sürdürmesi üzerine Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru neticesi 440. madde de iptal edilerek[347] 1998 yılında zina Türk hukukunda suç olmaktan tamamen çıkmıştır. 2004 ceza reformunda zinanın tekrar TCK'ye alınması yönünde fikirler ileri sürülmüşse de 5237 sayılı kanunda bu suç tipine yer verilmemiştir.[348] 1992 yılında zinanın suç olmaktan çıkarılmasını yönündeki kanun teklifine yönelik tepkiler kadar şiddetli bir tepki 2004 yılında gösterilmemiştir.

1980'lerin sonlarından itibaren yaşanan gelişmelere yönelik olarak 1991 yılında 3756 sayılı kanun ile mTCK'de bazı önemli değişiklikler yapılmıştır.[349] Bu dönemde artan "bedavacılık" fillerinin artması sebebiyle mTCK'ye 521a ve 521b maddeleri eklenerek "karşılıksız yararlanma" suçu ihdas edilmiştir. Esasında hukuki bir mesele olan "alınan hizmetin bedelini ödememe" fiillerine caydırıcılık olması sebebiyle şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlenmesi uygun görülmüştür.[350] 2004 ceza reformunda karşılıksız yararlanma suçunda 521a maddesindeki fiillere yer verilmemiş; 6352 sayılı kanunla bu suça yeni eklemeler yapılmıştır. [351] 1990lardan itibaren bilgisayar

---

[346] AYM, E. 1996/15. "Yasakoyucu kuşkusuz, toplumsal gelişme ve özellikleri gözönünde bulundurarak zinayı suç olmaktan çıkarabileceği gibi onun gerçekleşmesini belli koşullara da bağlayabilir. Ancak, bunu yaparken evlilik birliğinin tarafları olarak aynı konumda bulunan karı, koca arasında ayrım yaratacak bir düzenlemeyi gerçekleştiremez." Bu konu zaman zaman TBMM'nin gündemine gelmiştir. Örnek olarak bkz. *http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c001/b012/tbmm190010120360.pdf.*

[347] AYM, E. 1998/3.

[348] Özkorkut, 2009, s 188.

[349] 6 Haziran 1991 tarih ve 3756 sayılı 765 Sayılı Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun, *Resmî Gazete* T. 14 Haziran 1991, S. 20901.

[350] Örneğin bu dönemde başkasının telefon hattına girerek konuşma yapma fiillerinin arttığından söz edilerek, bu fillerin de 521b maddesi kapsamına alınması yönünde bir önerge sunulmuştur: "Tasarının bu maddesiyle, bilindiği gibi, Ceza Yasamıza 521 (b) maddesi eklenerek, ancak bedeli ödendiği takdirde hizmet elde edilebilecek otomatik aletlerden, ödeme yapmadan yararlanma fiilleri cezalandırılmak istenmektedir. Bu tür fiillerin büyük bir çoğunluğu esasen hırsızlık suçunu oluşturmakta ve bu suçla ilgili maddelere göre cezalandırılmaktadır. Sözkonusu madde, esas itibariyle, son zamanlarda yaygınlaşan, başkasının telefon hattına bağlantı yaparak, telefon sahibinin zararına telefon hattını kullanma fiillerini cezalandırma imkânı verecektir. Böylece, Yargı tayın konuyla ilgili, ancak hiç de isabetli olmayan içtihadı birleştirme kararlarına da artık gerek kalmayacaktır,/Bu nedenle, maddenin bu şekilde kaleme alınmasını isabetli bulmuyoruz." *http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c061/ tbmm18061127.pdf.*

[351] Ayrıntı için bkz. Özen Kaya Göçmen, "6352 Sayılı Kanun'un Karşılıksız Yararlanma Suçuna Etkileri", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 70, S. 2012/3, s. 453 vd.

teknolojisinin günlük hayata girmesiyle "bilgi sistemine erişim ve bundan yararlanma" fiilleri suç haline getirilerek, mTCK'ye 525a, 525b, 525c ve 525d maddeleri olarak eklenmiştir. Günümüzde ise, yaygınlaşan internet kullanımı ve sosyal medya adı verilen internet sitelerinin haberleşme amaçlı interaktif kullanımı yeni suç tiplerini gündeme getirmektedir.[352] "Hackerlik" olarak bilinen yetkisiz olarak bilişim sistemlerine girme suçu dünyada o kadar yaygın ve tehlikeli hale gelmiştir ki; bu suçlarla mücadele için devletlerarası işbirliği yapılmakta, bu suç tipi uluslararası sözleşmelere konu olmaktadır.

Türkiye'de 2000'li yılların başında gündemde olan konulardan birisi de kapkaç sorunu idi. Özellikle büyükşehirlerden gelen, mağdurların ciddi yaralanmaları ve hatta ölümleriyle sonuçlanan kapkaç haberleri çok yaygındı.[353] 765 sayılı mTCK'de "kapkaç" adıyla bir suç tipi yoktu ve uygulamada olayın meydana geliş biçimine göre genellikle 491. maddedeki hırsızlık suçundan ve çok nadiren 495. maddedeki yağma suçundan hüküm kuruluyordu. Öyle ki, failin yağma suçundan yargılanması için uygulamacılar özel çaba sarfetmekteydi.[354] 2004 ceza reformunda "kapkaç" fiili nitelikli hırsızlık suçunu düzenleyen 142. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinde "Elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle" denilmek suretiyle açık bir şekilde düzenlenmiş ve bu sorun giderilmiştir.

Toplumsal ihtiyaç ve cezalandırma ilişkisinin en iyi gözlendiği durumlardan biri de kürtajın cezalandırılmasıdır. ABD'nin bazı eyaletlerinde kürtaj yasak (suç) bazılarında ise belli bir hamilelik dönemine kadar serbesttir. Yargıç Scalia *Lawrance et. al. v. Texas* kararındaki muhalefet şerhinde, bu durumu "…durum böyle olunca, kişilere kürtaj yaptırmak veya doğum yapmak tercihi yerine, kürtajı hangi eyalette yaptıracakları tercihi kalmaktadır" şeklinde özetlemiştir.[355] Başka bir anlatımla ortada bir toplumsal ihtiyaç söz konusuysa kişiler fiillerinin suç olup olmadığına bakmaksızın, ihtiyaçlarına ulaşma çabası içine girerler. Nitekim kürtajın yasaklanması konusu 2012 yılında Türkiye'de gündemi uzun süre meşgul etmiştir. Yapılan anketlerde kürtaj yasağına halkın desteği olmadığı anlaşılmıştır.[356] Öte yandan, yasağın kürtajı ortadan kaldırmayacağı, ancak ihtiyacın "merdiven altı" tabir edilen kaçak uygulamalarla bu ihtiyacın karşılanacağı ve sonuçta cezalandırmanın bir çözüm olmayacağı birçok bilim

---

[352] *Sabah*, "TCK'ya sosyal medya ayarı", 21 Haziran 2013.
[353] *Radikal,* "Kapkaç yine can yaktı", 22 Aralık 2005.
[354] *Akşam,* "Kapkaçın ipi çekiliyor", 6 Eylül 2003.
[355] *Lawrence et.al. v. Texas,* 539 U. S. 558 (2003).
[356] *Hürriyet*, "Kürtajda anket başka rapor başka konuştu", 22 Haziran 2012.

insanı tarafından dile getirilmiştir.[357] Örneğin Polonya'da 1950'lerde kürtajın serbest bırakılmasının temel nedeni, kadınların yasadışı ve güvensiz kürtaj yoluna başvurarak sıklıkla hayatlarını kaybetmesiydi. Kadınların yaşamlarını ve sağlıklarını dikkate alan komünist rejim kürtajı serbest bırakmıştır.[358]

Suç kabul edilerek şiddetle cezalandırılan bazı fiillerle ilgili olarak zamanla cezalandırma gereksinimi ortadan kalkabilir, ancak yasağın sürmesi ve daha hafif yaptırım uygulanması düşünülebilir. Bu doktrinde suç olmaktan çıkarma (*depenalization*) olarak tanımlanmaktadır. 765 sayılı mTCK genel hükümler dışında, "cürümler" ve "kabahatler" olmak üzere iki özel hükümler kitabından oluşuyordu. 2004 ceza reformuyla birlikte TCK'de kabahatlere yer verilmemiş ve sadece suçlar (cürümler) düzenlenmiştir. Kabahatler ise başka bir kanuna (2004 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu) taşınarak, idare hukuku kurallarına tabi kılınmışlardır. Emre aykırı davranış (mTCK, m. 526), dilencilik, kumar oynamak, sarhoşluk, gürültü yapma, rahatsız etme, çevreyi kirletme, afiş asma gibi fiiller cezalandırılmayacak ancak idari yaptırıma tabi olacaktır.

Sonuç olarak toplum dinamik bir varlıktır ve ihtiyaçları devamlı olarak değişmektedir. Dinamik toplumda suçlar ve cezalar da dinamiktir ve daima bir değişim içindedir. Yasa koyucunun ceza kanunlarını yaparken toplumsal talep ve tepkileri dikkate alması gayet doğaldır ve dikkate alması da gerekir. Nitekim ceza kanunları topluma uygulanacaktır. Toplumun ihtiyaç ve talepleri değerlendirilmeden yasa koyucunun keyfi olarak ceza kanunu çıkarması düşünülemez. Kanunun uygulanabilmesi için de öncelikle toplumun kabul etmesi şarttır. İster bir fiilin cezalandırılması ihtiyacının doğması, ister bir fiile daha az ceza verilmesi durumu isterse fiilin tamamen suç olmaktan çıkarılması mutlaka toplumda bir karşılık bulmalıdır. Toplumsal ihtiyaç dikkate alınmadan yapılan bir ceza kanunu ya uygulanmayacak, yahut yeni sorunları beraberinde getirecektir.

---

[357] Gülseren Budayıcıoğlu, "Gündemden hiç düşmeyen bir konu: Kürtaj" (röportaj), *Hukuk ve Hayat Dergisi*, Y. 2012, S. 12, s. 33.
[358] Nowicka, 2004, s. 174.

3. Halkın kanun yapımına katılması

Kamuoyu (*public opinion*) kelime anlamı itibariyle "halkın kanaati" demektir. Siyaset biliminde halkı ilgilendiren bir konuda belli bir zamandaki genel yargı veya ortak kanaatler; başka bir anlatımla belli bir konuda bireylerin sahip oldukları görüşlerin toplamıdır.[359] Kamuoyunun oluşabilmesi için öncelikle tartışmalı bir konunun olması, kanaatlerin ifade edilebilir ve birleşebilir olması, bunun belli bir sayıya ulaşması ve son olarak belli bir süreçte siyaseti etkilemesi gerekir.[360] Devletin siyasal rejimine göre, bu etki kimi zaman parlamentolar açısından bağlayıcı bir niteliğe dönüşebilir. Anayasal sistemlerinde yarı-doğrudan demokrasi araçlarına yer veren devletlerde anayasal çerçevede oluşan kamuoyu bağlayıcıdır. Buna karşın çoğunlukla kamuoyu parlamentolar ve hükümetler için yol göstericidir.

a. Yarı-doğrudan demokrasi araçları

Halk teşebbüsü ve halk vetosu mekanizmaları bazı devletlerde, vatandaşların istek ve dileklerini doğrudan ve bağlayıcı bir şekilde parlamentolara iletmeleri amacıyla getirilen mekanizmalardır. Referandum parlamentolarca alınan kararların halkın onayına sunulmasıdır. Bazı devletler "yasama referandumu" adı verilen ve olağan bir kanunun halk oylamasına sunulmasına cevaz veren bir referandum türünü kabul etmişlerdir.[361] Burada karar alıcı ve bunu halka sunma iradesi, tamamen parlamentoya aittir. Öte yandan halk teşebbüsü ve halk vetosu doğrudan vatandaşların iradesiyle ortaya çıkan ve parlamentoya yasal düzenleme (*law controling*) yapma yönünde etki eden mekanizmalardır.[362]

Halk teşebbüsü (*suspensive referandum*), belli sayıda seçmenin imza toplamak yoluyla parlamentodan herhangi bir konuda kanun yapmasını isteyebilmesidir. İmza sayısı anayasada belirtilen yeterliliğe ulaşırsa, parlamento istenilen kanunu müzakere etmek zorundadır. Başka bir deyişle, halk bir "kanun teklifi"nde bulunabilir.[363] Halk

---

[359] Çağrı Ergin, "Kamuoyu ve Baskı Grupları", *Siyaset*, (ed. Mümtaz'er Türköne), Lotus Yayınları, Ankara, 2008, 8. baskı, s. 316.
[360] Ergin, 2008, s. 318-319.
[361] Gözler, 2011a, s. 680-683.
[362] Maija Setälä, "Referendum, Agenda-Setting and Models of Democracy", *Yearbook of Political Thought and Conceptual History*, Vol. 2, 1998, s. 162.
[363] Gözler, 2011a, s. 685.

teşebbüsü tasarısız halk teşebbüsü ve tasarılı halk teşebbüsü olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. Tasarısız teşebbüste kamuoyu parlamentoya sadece ele alınması gereken konuyu ve talebi iletmekte, kanunun nasıl olacağını parlamentoya bırakmaktadır.[364] Tasarılı teşebbüste ise, bizatihi hazırlanan kanun tasarısı metni parlamentonun dikkatine sunulmaktadır.[365]

Halk vetosu (*abrogative referendum*) ise, parlamento tarafından usulünce kabul edilen bir kanunun, belli sayıda seçmenin imzasıyla, yürürlüğe girmesinin engellenmesi için referanduma gidilmesidir. Burada parlamentonun kabul ettiği bir kanun vardır ve halk bu kanun yürürlüğe girmemesi için referandum yapılmasını talep etmektedir.[366] Örneğin bu tür bir referandum 1953 İtalyan Anayasasında benimsenmiştir. 1974 yılında boşanmayla ilgili bir yasa referanduma götürülmüş, %47 evet oyu çıkmış, ancak bu kanunu yürürlükten kaldırmaya yetmemiştir.[367]

Sonuç olarak, yarı-doğrudan demokrasi araçlarını kabul eden devletlerde, halkın talebi ile çıkan bir kanunun yürürlükten kaldırılması veya belli bir konuda yeni bir kanunun yapılması amacıyla halkoyuna başvurulması mümkündür. Haliyle bu ceza kanunları da geçerli olup, bu tür yarı-doğrudan demokrasi araçlarını kabul eden devletlerde, cezalandırma yetkisini sınırlayıcı bir mekanizma olarak karşımıza çıkmaktadır.

b. Kamuoyu

Günümüz demokratik toplumlarında kamuoyu, genel siyaset ve sosyal politikalar üzerinde, çeşitli kuruluşlar ve baskı grupları yoluyla etkili olmaktadır.[368] İfade özgürlüğüne ve çoğulculuğa yer veren bir toplumda yarı-doğrudan demokrasi araçları olmasa bile, gerek spontane gelişen kamuoyu, gerekse örgütlü sivil toplum kuruluşları aracılığıyla parlamento üzerinde baskı oluşturulması söz konusu olabilir.

---

[364] Gözler, 2011a, s. 685.
[365] Gözler, 2011a, s. 685.
[366] Gözler, 2011a, s. 684; Setälä, 1998, 164.
[367] Setälä, 1998, 165.
[368] Sulhi Dönmezer, "Suç Siyaseti", *İÜHFM*, C. 52, S. 1-4, 1987, s. 25; Ergin, 2008, s. 334.

Ülkeden ülkeye sermaye grupları ve özellikle kilise gibi dinî kuruluşların ceza kanunlarının yapımında da etkisi mümkün olmaktadır. Örneğin, Polonya'da kürtajın cezalandırılmasında başlıca rolü Roma Katolik Kilisesi oynamıştır.[369]

Türkiye'de 2004 yılı ceza reformu sürecinde çok sayıda sivil toplum örgütü ceza kanunun yapılmasına müdahil olmuş, görüş ve önerilerini Adalet Komisyonuna veya Alt Komisyona (Bilim Kurulu) iletme fırsatı bulmuştur.[370] Reform döneminde ceza hukukçuları başta olmak üzere hukuk teorisyen ve pratisyenlerinin yoğun katılımı ile toplantılar düzenlenmiş ve Alt Komisyon üyelerince toplantılar dikkatlice takip edilerek, notlar alınmıştır. Toplantılar sırasında birçok değerli bilim adamı ve uygulamacı tebliğler sunmuş ve tartışmalar yaşanmıştır.[371]

Yeni TCK yapımında en aktif rollerden birini kadın dernekleri oynamıştır. 27 farklı kadın örgütü tarafından TCK Kadın Platformu kurulmuş ve bu örgüt içinde oluşturulan TCK Kadın Çalışma Grubu *Kadın Bakış Açısından Türk Ceza Kanunu TCK Tasarısı Değişiklik Talepleri* isimli bir çalışma hazırlayarak Alt Komisyona sunmuştur.[372] Bu raporda, cinsel suçların topluma karşı suçlar değil, kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenmesi, namus cinayetlerinde haksız tahrik indirimi yapılmaması ve namus saikiyle işlenen cinayetlerin cezasının artırılması, cinsel suçların tanımlanmasında "ırz" kavramının kullanılmaması, evlilik içi tecavüzlerin cezalandırılması, evli kadın ile bekar kadın arasında ayrım yapılmaması, tecavüzcüyle evlenmeye müsaade eden maddelere yer verilmemesi, işyerinde cinsel taciz suçuna ayrıca yer verilmesi, kolluk tarafından işlenen cinsel saldırı suçlarının cezasının ağırlaştırılması, hayasızca hareketler suçunun ceza kanunundan çıkarılması, bekaret kontrolünün müstakil bir suç olması ve ayrıca TCK'de kadın-erkek ayrımcılığına yol açabilecek herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi gibi taleplere yer verilmiştir.[373]

---

[369] Nowicka, 2004, s. 184.

[370] TCK Alt Komisyon üyesi Adem Sözüer, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak halkın kanun yapımına katıldığını ve vatandaşlardan gelen çok sayıda mektubun değerlendirildiğini belirtmiştir. Adem Sözüer, "Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, C. 1 (*Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli*), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, s. 33.

[371] Örnek olarak bkz. *Türk Ceza Kanunu Reformu*, C. 1 (*Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli*), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004. Bu konudaki değişik makaleler, raporlar ve görüşler için bkz. *Türk Ceza Kanunu Reformu*, C. 2 (*Makaleler Görüşler Raporlar*), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004.

[372] TCK Kadın Çalışma Grubu, *Kadın Bakış Açısından Türk Ceza Kanunu TCK Tasarısı Değişiklik Talepleri*, İstanbul, 2003.

[373] TCK Kadın Çalışma Grubu, 2003, s. 5-10.

Hayasızca hareketlerin suç olmaktan çıkarılması ve birkaçı dışında taleplerin büyük çoğunluğu kanunlaşarak, 5237 sayılı kanunda yerini almıştır. Tasarının ilk haliyle kanunlaşan metin karşılaştırıldığında bu raporun etkisi hiç de azımsanmayacak ölçüdedir. Özellikle (şikayete bağlı da olsa) aile içi tecavüzler ile suç olarak kabul edilmesi yanında genital muayene (bekaret kontrolü) gibi yeni bir suç tipinin Türk hukukuna girmesi bakımından raporun çok önemli sonuçları olmuştur.[374]

Reform dönemleri dışında da çeşitli sivil toplum örgütlerinin hatta siyasi partilerin parlamento üzerinde baskı oluşturmak üzere cezalandırmaya ilişkin konularda tekliflerde bulunmaları veya kampanyalar düzenlemelerini görmek mümkündür.

Türkiye'de çeşitli hayvansever derneklerinin mücadelesiyle 2004 yılında 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu çıkarılmış ve hayvanlara yönelik şiddet eylemleri genel olarak kabahat kabul edilerek, idari para cezası yaptırımına bağlanmıştır. Başta Hayvan Hakları Federasyonu (HAYTAP) ile Doğayı Hayvanları Koruma ve Yaşatma Derneği (DOHAYDER) olmak üzere hayvansever dernekleri bunu yeterli görmeyerek, hayvana yönelik şiddetin TCK kapsamına alınması ve suç sayılması için çalışmalar yürütmektedir.[375]

Sosyal Değişim Derneği koordinasyonunda çok sayıda dernek, vakıf, sendika ve diğer kuruluşlarca oluşturulan Nefret Suçları Yasa Kampanyası Platformu, nefret suçlarının TCK kapsamında cezalandırılması amacıyla hazırladığı bir yasa taslağını TBMM'ye sunmuştur. Taslakta özellikle kişilere karşı suçlarda "nefret saiki"yle suç işlemenin bir ağırlaştırıcı sebep olması ile özellikle TCK'nin "Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit" başlıklı 213. maddesine suçun, "Suçun nefret saikiyle

---

[374] TCK Kadın Çalışma Grubu, 2003, s. 9-10. Bekaret kontrolü suçunun ihdası için raporda şu ifadeler yer verilmiştir: "*Bekaret kontrolleri TCK kapsamında bir suç olarak düzenlenmeli ve cezalandırılmalıdır!* Kadınların cinsel hak ve özgürlüklerini açıkça ihlal eden, cinsel ve bedensel bütünlüklerini hiçe sayarak yap›lan bekaret kontrolleri TCK'nda bir suç olarak tanımlanmalı ve cezalandırılmalıdır. Bu çağdışı uygulama Türkiye'de yaygınlığını sürdürmekte, okullarda, cezaevlerinde, ailelerde kadınların insan haklarını ihlal etmeye devam etmektedir./Yürürlükteki Kanun ve gündemdeki Tasarı bekaret kontrollerini engellemek için hiçbir yasal tedbir almamışlardır. Aksine, bekaret tabusu yasa eliyle pekiştirilmektedir. Bekaret baskısı, kadınların cinsel özgürlüklerini kısıtlayan, bazen öldürülmelerine, bazen kendilerini öldürmelerine neden olan en korkunç denetim mekanizmalarından biridir. Yasaların işlevi, cinsel hak ve özgürlükleri sınırlamak, kullanılmasını engellemek değil, bu sonucu doğuracak her türlü zihniyet, inanış, töre, gelenek, görenek ve benzeri uygulamayı tasfiye etmektir." Bu öneri TCK'nin 287. Maddesinde şu şekilde yer bulmuştur: **Genital muayene** MADDE 287. - (1) Yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (2) Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.

[375] *Radikal* , "Hayvanlar için 100 bin imza", 3 Eylül 2010; *Radikal* , "Suç ve ceza: Hayvana şiddet TCK'ya girsin", 5 Eylül 2010.

hedef alınan belli bir gruba karşı işlenmesi halinde ceza yarı oranında arttırılır" şeklinde bir fıkra eklenmesi önerilmiştir.[376]

Türkiye'de terörle mücadelede daha başarılı olunacağı savıyla Büyük Birlik Partisi (BBP) tarafından idam cezasının yeniden getirilmesi amacıyla imza kampanyası başlatılmıştır. Anayasanın 38. maddesindeki ölüm cezası yasağı karşısında Anayasa değişikliği talep edilmektedir.[377]

Sonuç olarak, demokrasilerde kamuoyu halkın istek ve talepleri çeşitli dernek, vakıf, sendika ve diğer sivil toplum kuruluşları, siyasi partiler aracılığıyla dile getirilmekte, yapılan kampanyalar ile kamuoyu bilinçlendirilmektedir. İmza kampanyaları toplumun önemli bir kesiminin siyasal katılımda bulunmasına imkan sağlamaktadır. Yarı-doğrudan demokrasi araçlarına yer vermeyen ülkelerde kamuoyunun baskısı ne kadar güçlü olursa olsun parlamentolar açısından bağlayıcı değildir. Buna karşın halk tarafından dile getirilen güçlü talepler, siyasal karar alıcılar tarafından göz ardı edilemez. Bu cezalandırma söz konusu olduğunda da aynıdır. Türkiye'de kamuoyu TCK reformunda önemli katkılar sağlamıştır ve sürekli olarak sağlanmaya devam etmektedir.

4. Yasal düzenlemelerde objektiflik ve özgürlükçü yaklaşım

Ceza kanunları yapılırken toplumsal ihtiyaçlara göre hareket edilmesi, kanunlarda kamu yararının gözetilmesi ve kamuoyundan gelen taleplerin dikkate alınmasında herhangi bir sorun gözükmemektedir. Bununla birlikte ceza kanunlarının yapımında bazı konular tartışmalıdır. Daha doğrusu yasamanın genelliği ilkesi herhangi bir şeyin yasanın konusu olmasını engellememektedir. Ancak söz konusu ceza kanunu olunca, kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanmasındaki amaçlar sorgulanabilir.

Özellikle sübjektif değerlendirmelerin söz konusu olduğu durumlarda "kime göre, neye göre" soruları akla gelebilir. Yasal düzenlemelerde yasa koyucunun siyasal, dinî ve ahlakî eğilimleri ön plana çıkabilir. Oysa yasalar yapılırken, toplumdaki tüm eğilimler dikkate alınmalı ve yasaların yapımında "azami objektif" bir tutum gösterilmelidir.

---

[376] Nefret Suçları Yasa Kampanyası Platformu, *Nefret Suçları Yasa Taslağı*, *http://www.sosyaldegisim.org/wp-content/uploads/2012/11/yasa-taslagi.pdf.*
[377] *http://www.bbp.org.tr/haber_detail.php?haberid=2599.*

İkinci olarak, cezalandırmanın son çare olduğu unutulmamalı ve özgürlükçü ceza hukuku yaklaşımıyla artık cezalandırılması zorunlu hale gelen filler suç olarak düzenlenmelidir.

Özgürlükçü ceza hukuku Toroslu tarafından şu şekilde tanımlanmaktadır:[378]

> "…mağdura ve suçluya, sosyal savunmaya ve özgürlüklere ilişkin şartların dengeli bir sentezini sağlayarak, bir yandan özel ve kamusal süjelerin saldırılarına karşı vatandaşların temel haklarını, sosyal menfaatleri, demokratik kurumları, yani uygar bir biçimde birlikte yaşamak için gerekli olan şartların bütününü koruyan, öte yandan da bireylere hukukî kesinlik ve eşitlik sağlayarak, tarafların aleti haline gelmeyecek ve adlî keyfiyetleri önleyecek şekilde oluşturulan bir ceza hukukudur."

Özgürlükçü ceza hukuku, hak ve özgürlüklerin ceza hukuku yoluyla korunması ile hak ve özgürlüklerin cezalandırma yoluyla ihlal edilmesi arasında dengeyi kurması gereken bir yaklaşımdır. Temel özgürlüklerin etkili bir şekilde korunabilmesi için cezalandırma olmazsa olmazdır. Ancak düşünce ve ifade özgürlüğü başta olmak üzere, cezalandırma özgürlükleri ortadan kaldıran bir role bürünmemelidir. Buradaki hassas dengenin yasa koyucu tarafından dikkate alınması gerekir.

Cezalandırma söz konusu olduğunda sübjektif değerlendirme ve özgürlükçü yaklaşım konusu çok farklı başlıklarda incelenebilir. Ancak bu çalışmada konu; paternalizm, toplumsal ahlak, ideolojik yaklaşım ve militan demokrasi, düşman ceza hukuku ve değerler hiyerarşisi olmak üzere beş başlıkta ele alınacaktır.

a. Paternalizm

Devlet, toplumsal düzen ve esenliğin koruyucusu olarak, kimi zaman aldığı tedbirlerle bireyler arası ilişkileri değil, aynı zamanda bireyin salt kendisiyle iç içe olan ilişkisini de düzenlemektedir. Paternalizm, devletin babacan bir yaklaşımla yönetilenlerin kendi ihtiyaç ve iyilikleri için bazı sorumluluk, özgürlük ve tercihlerinden yoksun bırakmaktır.[379] Ceza hukuku açısından paternalizm, kişinin kendi iyiliği için bazı fiilleri cezalandırmaktır. Bireylerin hareket etme özgürlüğüne, refah, iyilik,

---

[378] Toroslu, 2011, s. 23.
[379] *http://www.thefreedictionary.com/paternalism.*

mutluluk, ihtiyaç, yarar gibi gerekçelerle müdahale etmektir.[380] Kasksız motosiklet sürmenin yasaklanması, cankurtaran olmayan yerde yüzme yasağı, intihara teşebbüsün suç sayılması, eşcinsel ilişkinin yasaklanması, topluma zararı olmadığı halde kişiye zararından dolayı uyuşturucu kullanımının suç sayılması, ruhsat gerektiren bazı mesleklerin icrası, kumarın yasaklanması, düellonun yasaklanması, bu örnekler çoğaltılabilir, paternalist saikle getirilen düzenlemelerdir.[381]

Paternalist saik doğrudan veya dolaylı olabilir.[382] Doğrudan paternalizm, kişiyi kendisine zarar verme ihtimalinden korumaktır. Başka bir anlatımla hareketleri kısıtlanan kişi aynı zamanda korunan kişidir.[383] Bu yaklaşım, kişilerin tercihlerinde sapma olabileceği yahut ahlaken tercihte bulunma yeterliliğine sahip olamadıkları şeklinde iki temel sebebe dayanmaktadır.[384] Dolaylı paternalizm ise, kişiyi potansiyel bir riskten korumaya yöneliktir. Örneğin araçlarda hava yastığının zorunlu tutulması, meydana gelebilecek kazaya karşı bireylerin korunmasını amaçlar.[385]

Dünyanın hemen hemen birçok devletinde uyuşturucu kullanılmasının cezalandırılması, devletin koruyuculuk anlayışının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi de uyuşturucu maddeleri düzenleyen ceza maddesiyle ilgili açılan bir davada devletin koruyucu yönüne vurgu yaparak, bundan övgüyle söz etmiştir:

> "Türk Ceza Yasasının değişik 403. maddesinin 2. bendi hükmü, uyuşturucu maddeler arasında bir ayırım yaparak eroin, kokain, morfin ve esrarı ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç yahut bu fiillere teşebbüs edenler için müebbet ağır hapis cezasını öngörmüştür. Bu cezanın öteki devletlerin yasalarında aynı eylem için saptanan cezalardan ağır olduğu da bilinen bir gerçektir./Ne var ki, uyuşturucu maddelerin kullanılması kişilerde ve toplumlarda çok ağır yıkıntılara yol açtığından, tüm uluslar bu soruna bir çözüm bulabilmek için işbirliği yapmak gereksinimini duymuş ve devletler zamana ve kendi koşullarına göre cezaları artırıcı önlemler almışlardır. Türkiye, bu maddelerin elde edildiği ana bitkiler bakımından çok

[380] Gerald Dworkin, "Paternalism", 1971, s. 181-182. *http://www.sjsu.edu/people/paul.bashaw/courses/phil186fall2012/s1/Paternalism.pdf*
[381] Dworkin, 1971, s. 182.
[382] Doğrudan paternalizm, Gerald Dworkin tarafından "*pure paternalism*", Sismester ve von Hirsch "*direct paternalism*"; dolaylı paternalizm Dworkin tarafından "*impure paternalism*", Sismester ve von Hirsch "*indirect paternalism*" şeklinde kullanılmaktadır.
[383] A.P. Simester ve Andreas von Hirsch, *Crimes, Harms and Wrongs on the Principles of Criminalisation*, Hart Publishing, Oxford, 2011, s. 149.
[384] Simester–von Hirsch, 2011, s. 149-150.
[385] Simester–von Hirsch, 2011, s. 151.

büyük olanaklara sahip olduğu gibi, bol miktarda uyuşturucu madde üreten Asya ile bu maddelerin büyük oranda arandığı batı ülkeleri arasında bir köprü durumundadır. Bu maddelerin ticaretinin genişliği ve çok büyük kazançlar sağladığı da bilinmektedir./Bu bakımdan, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, insanlığın geleceği için çok büyük tehlike olan keyif verici zehirlerin kullanımını önlemek konusunda kimi devletlerden daha duyarlı olmasını doğal saymak gerekir. Keyif veren bu zehirlerden zarar görenin Türk yada yabancı olmasının bir ayırım nedeni sayılması ise insanlık anlayışı ile bağdaştırılamaz…Türk Devletinin, uyuşturucu maddelerle ilgili suçlar için öteki devletlerden daha ağır cezalar öngörmesi Türk Devletini ve dolayısıyla Türk vatandaşlarını küçültücü değil, tam tersine hiçbir ayırım gözetilmeksizin tüm insanların sağlığının korunmasında gösterdiği duyarlık nedeniyle öğülmeye değer bir davranış sayılmalıdır."[386]

Sonuçta devlet ceza kanunları yaparken makul ölçüde paternalist bir yaklaşımda bulunabilir. Ancak her konuda bireylerin kendi menfaatleri için onların özgürlüğünü kısıtlaması doğru olmayacaktır. Burada da bireysel özgürlük ile toplumsal yarar arasında bir denge sağlanması gerekecektir.

b. Toplumsal ahlak

Ceza hukukunun en sorunlu alanlarından birisi, toplumsal ahlaka mugayir eylemlerin cezalandırılmasıdır. Yasa koyucu bir kimseye zarar vermese dahi toplumsal ahlaka aykırı gördüğü bazı eylemleri cezalandırmaktadır. Ahlaksızlığı cezalandırma konusunda devletin sınırı nedir? Hukuk ahlaki eleştiriye açık mıdır, sorusu Hart tarafından sorulmuş ve ayrıntılı bir biçimde tartışılmıştır.[387]

Ahlak ve hukuk ilişkisi cezalandırmanın sınırı bakımından önemlidir. Başkalarının zararına yol açan ahlaksızlığın cezalandırılmasında bir tartışma yoktur. Örneğin cinsel saldırı, cinsel taciz veya cinsel istismar gibi fiillerin cezalandırılmasında evrensel bir yaklaşım vardır. Öte yandan yetişkinler arası eşcinsel ilişki, fahişelik, zina gibi eylemlerin suç kabul edilmesi tartışmalıdır. Hart'ın da özellikle üzerinde durduğu,

[386] AYM, E. 1979/35, K. 1980/17, K.T. 6 Mart 1980, (*Resmi Gazete*, T. 9 Haziran 1980, S. 17012).
[387] Hart, 2000, s. 14 vd.

bir davranışın sadece ahlak dışı kabul edilmesi onun cezalandırılma nedeni olabilir mi? Ahlaksızlık suç olmalı mıdır?[388]

Ahlak ve cezalandırma yetkisi konusu iki bakımdan incelenebilir. İlki başkalarının cinsel özgürlüğünü ihlal eden eylemleri cezalandırma zorunluluğudur. Cinsel saldırı, cinsel istismar, cinsel taciz ile çocuk pornografisi fiillerinin cezalandırması konusunda devletin yükümlülüğü bulunduğunda şüphe yoktur. Cinsel özgürlüğü ortadan kaldıran eylemler suç olarak düzenlemeli ve özellikle iradesini kullanamayanlara yönelik istismar ve pornografi fiilleri şiddetle cezalandırılmalıdır.

Tartışmalı ikinci durum ise, başkalarına zarar vermeyen ahlaka aykırı davranışların cezalandırılmasıdır. Devlet toplumun ahlak değerlerine tamamen aykırı ceza hukuku kuralları koyamayacağı gibi, yüksek ahlakî değerlere aykırı davranışları ceza hukuku görmezlikten gelemez.[389] Ceza hukuku açısından, ahlak kurallarının suç ve ceza getirebilecek doğrudan bir kaynak olma özelliği yoktur. Ceza hukukunu ahlak kurallarından soyutlamak mümkün olmadığı gibi, ceza hukukunu sadece ahlak kurallarına dayandırmak da mümkün değildir.[390] Ahlak kuralları yerden yere, toplumdan topluma göre değişiklik gösterebilir. Bu nedenle bir yere ait ahlak kuralarını bütün ülkede uygulanan ceza hukukunun kaynağı haline getirmek tehlikelidir. Ceza hukuku salt düzenin sağlanması için değil, aynı zamanda hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla emir ve yasaklar getirir. Bu emir ve yasaklar ile kişi hak ve özgürlüklerine getirilen engellerin toplumun ortak vicdanı tarafından benimsenmesi zorunluluğu vardır.[391]

Ahlak ile suç arasındaki ilişkiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi bir kararında, ahlak ile suç arasında yakın ilişki olduğunu, ancak ahlak dışı her davranışın suç olamayacağına vurgu yapmıştır:

> "Etik, ahlâkın temellerini inceleyen felsefe dalı ya da bir kimsenin davranışlarına temel olan ahlâk ilkelerinin tümüne denir. Suç, hukuk düzeni tarafından ceza veya güvenlik tedbiri yaptırımına bağlanmış fiildir. Suç

[388] Hart, 2000, s. 15.
[389] İçel–Donay, 2005, s. 17.
[390] Şen, 1998, s. 37-38.
[391] Şen, 1998, s. 38.

> oluşturan bir davranış etik de değildir. Ancak etik olmayan her davranış her zaman suç niteliği taşımaz."[392]

"Reşit olmayanla cinsel ilişki" başlığını taşıyan TCK'nin 104. maddesiyle ilgili bir davada Anayasa Mahkemesi, genel ahlakı özel hayatı sınırlandırma sebebi olarak ele almıştır:

> "Anayasanın, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasının koşullarını belirleyen 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu madde ışığında, suç işlenmesi ve genel ahlakın korunması sebepleriyle, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine istisnalar getirilebileceği tartışmasızdır."[393]

Mill, cezalandırmanın ölçütünü başkalarına verilen zarar olarak kabul etmektedir ve buna göre, başkalarına zararı olmayan bir eylem kişinin özgürlük alanı içinde olup, toplumun müdahalesinden uzaktır.[394] İlk bakışta çok özgürlükçü gelen bu söylem, modern ceza hukukunda cezalandırılan tüm eylemleri açıklamaya yeterli görünmemektedir. Hart'a göre ise, başkalarına zarar vermeyen eylemler de cezalandırılabilir. Ancak ahlakın hukuka dayatmada bulunması haklı görülemez.[395]

Müstehcenlik suçlarıyla, halkın ar ve haya duygularını inciten ve cinsel arzularını tahrik ve istismar eden niteliğe sahip genel ahlaka aykırı yayınlarda bulunmak cezalandırılmaktadır.[396] Avrupa'da son dönemlerde düşünce, ifade, basın, bilgi edinme, haberleşme, bilim ve sanat özgürlüğünün ihlali kabul edilerek müstehcenliği suç olmaktan çıkarılması ve sadece pornografinin cezalandırılmasına karşın, TCK'de müstehcenliğin cezalandırılıyor olması, TCK'nin Avrupa'nın en yeni ceza kanunlarından biri olması özelliğiyle çelişmektedir.[397]

TCK'de müstehcenliği düzenleyen maddedeki en önemli sorunlardan birisi de suçların belirsizliğidir. Örneğin TCK 226/4. madde "doğal olmayan cinsel ilişki" müstehcenliğini suç saymaktadır. Doğal olmayan nedir? Kime ve hangi ahlakî duruşa

---

[392] AYM, E. 2007/98.
[393] AYM, E. 2005/103.
[394] John Stuart Mill, *Hürriyet Üstüne*, (çev. Mehmet Osman Dostel), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s. 148-149.
[395] Hart, 2000, s. 17.
[396] Şen, 1998, s. 40–41; Veli Özer Özbek, *Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 24.
[397] Özbek, 2009, s. 24-25.

göre doğal olan belirlenecektir. Ayrıca bizatihi kendisi suç olmayan bir fiilin görüntülerinin üretilmesi ve bulundurulması başka bir çelişkidir.[398]

Pornografinin cezalandırmasında çocuk pornografisi dünya çapında bir düzenleme standardına erişmiştir. Nitekim kendi iradelerini kullanamayan küçükler cinsel obje olarak kullanılmaktadır. Bu suç tipi, diğer pornografi türlerinden farklı olarak, aynı zamanda cinsel istismar suçunu da içinde barındırmaktadır. Öte yandan pornografinin üretiminden tüketimine kadar, ayrıca pornografi çeşitleri arasında dünyada farklı düzenlemeler söz konusudur.

Ahlak ile ceza hukuku arasındaki sıkı ilişkide, ceza hukukunun ahlakın koruyucusu konumuna gelmemesi gerekmektedir. Ceza hukukunun amacı bireylerin hak ve özgürlüklerine yönelebilecek saldırıları önlemek veya gerçekleşen saldırıları cezalandırmak olabilir. Ceza hukukuna ahlakı koruma görevi yüklemek, onu özgürlükçü yaklaşımdan uzaklaştırarak, özgürlüklere karşı bir baskı aracına dönüştürme tehlikesi doğurabilir. Bu sebeple ceza kanunlarında ahlaka yönelik düzenlemelerde, kişisel ahlaksızlık alanı cezalandırılmamalı, hukuki düzenlemelerde bireyler arasında ahlaki eşitlik olduğu varsayılmalı ve bazı diğer ölçütlere dikkat edilmelidir.

(1) Kişisel ahlaksızlık alanı

İngiltere'de ahlak ile ceza hukuku arasında ilişki, 1957 yılında yayınlanan Wolfenden Komitesi Raporuyla yeniden gündeme gelmiştir.[399] Komite 1954 yılında özellikle eşcinsellik ve fahişelik karşısında hukukun durumunu değerlendirmek amacıyla toplanmış ve raporunu üç yıl sonra yayınlamıştır.[400] Komite'ye göre, hukukun işi olmayan özel bir ahlak veya ahlaksızlık alanı yaratılmalıdır. Bu sebeple, komitenin raporuna göre eşcinsellik (yetişkinler arası ve rızaya dayalı olan) suç olmamalıdır. Fahişelik ise, prensip olarak suç kabul edilmemeli, ancak aleni cinsel ilişki teklifi yasaklanmalıdır.[401] Komitenin sunmuş olduğu raporda ileri sürülen görüşler, Mill'in

---

[398] Bu konuyla ilgili bkz. Veysel Dinler, "The Problem of Punishing Unnatural Manner Obscenity", *11th Congress of European Society of Criminology (Rethinking Crime and Punishment in Europe)*, Vilnius, 21-24 September 2011.
[399] Raporun tam metnine *http://tr.scribd.com/doc/398837/Wolfenden-report* sayfasından ulaşılabilir.
[400] Hart, 2000, s. 22–23.
[401] Hart, 2000, s. 23–24.

Özgürlük Üzerine eserinde savunduğu görüşlere benzerlikler bulunmaktadır.[402] Komite Raporuna göre; ceza hukukunun işlevi kamu düzenini ve adabını korumak, vatandaşı rahatsız edici ve zararlı şeylerden korumak ve diğerlerinin zehirlenmesine ve bozmasına karşı; özellikle genç, bedence veya akılca zayıf olanlara koruma sağlamaktır.[403] İngiltere'deki Wolfenden Komitesi Raporuna yakın bir tarihte Amerika Birleşik Devletleri'nde Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından *Model Penal Code* düzenlenmiş ve bu ceza yasasında da Wolfenden'e benzer bir şekilde, başkalarına zarar vermediği müddetçe, bireylere devlet müdahalesinin olmadığı bir dokunulmazlık "ahlak-ahlaksızlık alanı" bırakılmıştır.[404]

Hart'ın hukuki ahlakçılık (*legal moralism*) olarak adlandırdığı bir akım, İngiltere'de 1960'lı yılların başında revaçta olmuştur. Bu akımdan etkilenen yargıçlara göre, bir yargıcın ahlaka aykırı eylemleri cezalandırmasıyla vatana ihanet eylemlerinin cezalandırılması aynı ölçüde bir iştir.[405] Hukuki ahlakçılık akımıyla,1961 yılında 18. yüzyılda kaldığı düşünülen kamu ahlakını bozmaya yönelik komplo suçu, Shaw davasıyla yeniden ortaya çıkmıştır.[406] Lord Mansfield'in "*Contra bonos mores et decorum* (iyi ahlaka ve haklara aykırı olan) olan her şeyi hukukumuz yasaklar ve Kralın Mahkemesi kamu ahlakının genel denetçisi ve koruyucusu olarak bunları önlemek ve cezalandırmakla yükümlüdür"[407] sözleriyle formüle edilen bu anlayışa göre, hukuk düzeninin ahlakı koruyup kollamak gibi bir görevi vardır. Bu görüşler, 1961 yılında Shaw davasıyla[408] Lord Simonds tarafından tekrar edilmiş ve hukuk yasama yoluyla, bu olmazsa bile yargısal kararlar yoluyla, ahlakın koruyucusu olarak addedilmiştir.[409]

---

[402] Hart, 2000, s. 23.
[403] Hart, 2000, s. 23.
[404] Hart, 2000, s. 24. Devletin dokunamayacağı kişisel ahlak/ahlaksızlık alanı, bugüne kadar çeşitli yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Bunun ilki, Mill'in *Hürriyet Üstüne* eserine bir cevap olarak kaleme alınan James Fitzjames Stephen'dir. Stephen *Özgürlük, Eşitlik, Kardeşlik* adlı eserinde Mill'e gönderme yaparak, hukukun büyük kötülüklere karşı bir ceza aracı olduğunu ileri sürmüştür. *Wolfenden Raporu*'nun hemen arkasından ise, Devlin *Ahlak Kurallarının Dayatımı* adlı eserinde, dokunulamaz ahlak alanını reddetmiş ve kötülüklerin bastırılmasını hukukun işi olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Hart, 2000, s. 25. Kişisel ahlaksızlık alanı ile ilgili olarak ayrıca bkz. Richter, 2001, passim.
[405] Hart, 2000, s. 17.
[406] Hart, 2000, s. 18.
[407] Hart, 2000, s. 18.
[408] 1961 yılında İngiltere'de görülen Shaw davasında, Shaw yayınladığı *Ladies Directory* adlı broşürde genel kadınların isim ve telefonlarına yer vermesi nedeniyle üç suçtan cezalandırılmıştır. Bunlar, müstehcen yayın yapmak, fahişelerden aldığı reklâm parasıyla geçinmek ve kamu ahlakını bozmaya yönelik komplo kurmaktır. Hart, 2000, s. 19.
[409] Hart, 2000, s. 19–20.

Kişilerin başkalarına zarar vermeyen ve toplum için doğrudan tehlike yaratmayan, ancak ahlaka mugayir fiillerin cezalandırılması bir sorundur. Örneğin fuhşun cezalandırılması, toplumda zührevi hastalıkların yayılmasını önleme bakımından meşru bir gerekçe olabilir ki; burada cezalandırılan eylem fuhuş değil, hastalık bulaştırma suçu olabilir.[410] Öte yandan yetişkinler arası eşcinsel ilişkinin cezalandırılmasında toplumsal yarar ileri sürülemez. Bir ihtimal, bu fiillerin alenî ve özendirici şekilde işlenmesi suç konusu olabilir.

Ensest, sodomi, eşcinsellik, zina gibi fiillerin cezalandırılması ülkeden ülkeye farklılık gösterir. Örneğin ensest Türk toplumundaki en önemli tabulardan ve en ahlaksız bir fiil kabul edilmekle birlikte, ne 765 sayılı mTCK'de ne de 5237 sayılı TCK'de müstakil bir suç olarak kabul edilmemiş; cinsel suçlarda genel bir ağırlaştırıcı sebep olarak görülmüştür.[411] Dolayısıyla erişkinler arası rızaya dayalı ensest cezalandırılmamaktadır. "Temyiz kudretine sahip olmak ve özgür iradesi ile hareket etmek kaydı ile bireyin cinsel hürriyeti üzerindeki tasarruflara karışmamak gerekir."[412] Singapur'da doğal olmayan cinsel ilişki ve erkeklerin eşcinselliği suç kabul edilmekle birlikte, son yıllarda eşcinselliğin suç olmaktan çıkarılması ve eşcinsellerin kamusal alanda dışlanmamalarına yönelik çalışmalar yürütülmektedir.[413]

Sonuç olarak, ahlaka aykırı fillerin cezalandırılmasında ahlaka aykırılık tek başına yeterli ölçüt olmayıp, bunun toplum sağlığı, kamu yararı gibi daha nesnel ölçütlerle desteklenmesi gerekir. Özgürlükçü bir toplumda bireylerin toplumsal etki yapmamak koşuluyla cezalandırılmayan bir "kişisel ahlaksızlık alanı"nın olması gerekir.[414]

(2) Ahlakî eşitlik

Eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak kanun koyucu, suçların ihdasında yahut cezanın belirlenmesinde, ahlakî anlayış, duruş veya durum yönünden bir ayrımcılık

---

[410] Örnek olarak bkz. Simonin, "Zührevî Hastalıklara Bulaştırma Suçu", (çev. Behçet Tahsin Kamay), *Adalet Dergisi*, 1955, Y. 46, s. 3.
[411] Ayrıntı için bkz. Ersan Şen ve Tuğçe Başarır, "Ensest Mağdurlarından Birisi: 'Kadın'", *TBB Dergisi*, S. 99, Mart-Nisan, 2012, s. 319-320.
[412] Şen–Başarır, 2012, s. 320.
[413] Kumaralingam Amirthalingam, "Criminal Law and Private Spaces", *Regulating Deviance: The Redirecting of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, (ed. Bernadette McSherry, Alan Norrie ve Simon Bronitt), Hart Publishing, Portland, 2009, s. 186-189.
[414] Amirthalingam, 2009, s. 211.

yapamayacağı gibi, bazı durumları daha ahlak dışı varsayarak cezaların artırılması veya azaltılması yoluna gidemez. Devletin standart bir ahlak ölçütü belirlemesi çok kolay olmayabilir. Ancak bireyler arasında meslek, alışkanlık, madde bağımlılığı, cinsel tercih, bir hastalığa tutulmuş olmak (örnek AİDS ve cinsel yollarla bulaşan hastalıklar) gibi ahlakla doğrudan ilgili konularda, devlet negatif ya da pozitif yönde ayrımcılık yaparak, bir durumu suç saymak yahut cezayı artırmak yoluna gidilmez.[415] Singapur'da eşcinselliğin sadece erkekler bakımından suç olması, anayasanın güvence altına aldığı eşitlik ilkesine aykırılığı dolayısıyla eleştirilmekte ve meşruiyeti sorgulanmaktadır.[416] Örneğin, alkollü olmak tek başına cezalandırılamaz. Ancak alkollü olarak başkalarını rahatsız etmek, trafik güvenliğini tehlikeye düşürmek cezalandırılabilir. Burada yasal düzenleme yaparken herkesin ahlaki tercihlerinin eşit olduğu varsayımında bulunulmalı, böylelikle "az" ahlaklı olmak cezalandırma sebebi olmamalıdır.

765 sayılı mTCK'nin 438. maddesi, ırza geçme (cinsel saldırı) suçunun bir hayat kadınına karşı işlenmesi durumunda ceza indirimi söz konusuydu.[417] 1988 yılında bu madde anayasaya aykırı olduğu ileri sürülerek itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Hukuk literatürüne *438. Madde Kararı* olarak geçen kararda Anayasa Mahkemesi, mTCK'deki yaklaşıma benzer bir yaklaşım göstererek, ahlaki derecelendirme yoluna gitmiş ve maddeyi anayasaya aykırı bulmamıştır.

> "Fahişe, fuhşu kendisine meslek edinmiş, onu ticarî bir iş kabul etmiş olduğundan bu tür kadınların kişi ve cinsel özgürlükleri iffetli kadınlarınki kadar bozulmuş sayılamaz. Kaçırmak ve ırza geçmek eylemleri iffete karşı işlenen birer suç olması ve bu eylemlerle karşılaşan fuhşu meslek edinen bir kadının uğrayacağı zararın, iffetli bir kadının uğrayacağı zarara göre çok daha az olacağı gerçeğinden hareket eden Yasakoyucu bu nedenle Türk Ceza Yasası'nın 438. maddesi ile böyle bir ayırıma yer vermiştir."[418]

---

[415] Hakeri, 2011, s.32-33.
[416] Amirthalingam, 2009, s. 193.
[417] **mTCK madde 438:** Irza geçmek ve kaçırmak fiilleri fuhşu kendine meslek edinen bir kadın hakkında irtikap olunmuş ise ait olduğu maddelerde yazılı cezaların üçte ikisine kadarı indirilir.
[418] AYM, E. 1988/4. Bu kararda çok sayıda karşı oy kullanılmıştır. Anayasa Mahkemesi Başkanı Mahmut C. Cuhruk karşıoy yazısında şu ifadelere yer vermiştir: "Irza geçmek" ve "kaçırmak" suçlarının "Fuhşu kendine meslek edinmiş olan bir kadın hakkında işlemiş olması halini kanuni bir indirim nedeni sayan iptali istenilen hüküm, insan hakları, insanlık onuru ve yasa önünde eşitlik ilkelerini ağır biçimde zedeleyen bir içeriğe sahip olması nedeniyle iptali gerekir." Başkanvekili Yekta Güngör Özden karşı oy yazısında şu ifadelere yer vermiştir.; "Ceza hukukunda, suç ile ceza arasında eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacak ölçüdeki adaletsizlikler Anayasa'ya aykırılık oluşturur. Yasakoyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine uymak koşuluyla suç ve cezayı belirleyebilir… Ceza hukukunda önemli olan, eylemin niteliği,

Bu karar, başta eşitlik ilkesi olmak üzere, günümüz insan hakları anlayışına tamamen aykırı bir karardır ve bu yönüyle doktrinde eleştirilmiştir.[419] Bir kimsenin daha az ahlakî değere sahip olduğunu ileri sürmek yerinde olmadığı gibi, kişinin belli bir özelliğini dikkate alarak, cezalandırma yetkisini eşitlik ilkesini ortadan kaldırır bir biçimde kullanmak, özgürlükçü yaklaşımla bağdaşmamaktadır.

(3) Ahlakî düzenleme ölçütleri

Yasa koyucunun ahlak ile hukuk arasındaki sınırın ortadan kalkmaması için, ahlaka aykırı suçları düzenlerken itinalı davranması gerekmektedir.[420] Cezalandırılacak olan cinsel kötü uygulama yoluyla toplumsal düzeni ihlal eden davranıştır, aksi halde cinsel ahlakın cezalandırılması söz konusu olamaz.[421] Burada ahlaka aykırı suçların düzenlenmesiyle ilgili olarak ortaya çıkan ölçütleri sıralamakta yarar vardır.

Öncelikle bir kimsenin cinsel özgürlüğüne yönelik olan saldırılar, kendi iradesini kullanamayanlara yönelik cinsel eylemlerin cezalandırılmasında kuşku

---

suçlunun durumu ve bunlara uygun cezanın belirlenmesidir. Zarar görenin suçluya karşı olmayan, onunla ilgili bulunmayan durumunun suçlu için haklı neden niteliğinde gözetilmesi cezaların kişiselliği ilkesinin değişik biçimde çiğnenmesi de sayılabilir… Yasal güvenceler genel ve süreklidir. Bir insana karşı işlenen suçu, onun insanlığını bir yana bırakıp cinsel güdülerine, yatkınlıklarına, dayanıksızlıklarına, güçsüzlüklerine, zayıflıklarına, zorunluk ve hastalıklarına göre değerlendirmek, suçlu dışındaki nedenle suçluyu yargılamaktır." demiştir. Üyeler Necdet Darıcıoğlu ve Servet Tüzün ise karşıoy yazısında şu ifadelere yer vermiştir: Cinsel özgürlükten yararlanma ve bu özgürlüğün korunması bakımından bireyler arasında fark yaratılamayacağı, bunu özellikle yasaların yapamayacağı, tersine düzenleme ve uygulamaların bu nedenle hukuki esas ve dayanaktan yoksun kalacağı da aynı dönemlerde söylenmiş, savunulmuştur…Zaman içinde temel hak ve özgürlükler konusunda gözlenen olumlu gelişmeler, insan haklarının hukuksal güvence altına alınması zorunluluğu, tüm insanların özgür, onurlu ve haklar yönünden eşit ve ayrıcalıksız konumları; fahişelere yöneltilen söz konusu tecavüzlerin hoşgörü ile karşılanmasını kesinlikle engellemekte, bu yoldaki düzenlemeleri, anayasal ilke ve kurallar ve modern ceza hukukunun bu günkü doğrultusuyla bağdaştırmayı olanaksızlaştırmaktadır…Her kadın gibi, fuhşu kendilerine meslek edinen kadınların da, yasalar önünde eşit korunma hakkına sahip kılınmaları ve temel haklar güvencesinde eşit olarak yararlandırılmaları kaçınılmaz bir zorunluluk olduğu halde, salt bu sıfatları gözönünde tutulmak suretiyle, uygar düşünce ve değerlendirmelerin ürünü mesabesindeki bu hak ve güvenceden kısmen yoksun bırakılmaları; öte yandan, bunlara karşı ırza geçmek ya da kaçırmak suçlarını pervasızca işleyenlerin korunmaları "toplumun huzuru", "adalet anlayışı", "insan, haklarına saygı" ve "yasa önünde eşitlik" kavramlarının içerik ve özüne bütünüyle ters düşmektedir… Devlet yönünden eşit koruma görevini, birey yönünden eşit korunma hakkını ihlâl eden bir düzenleme niteliğindeki Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesi, belirtilen ilkeleri yaşama aktaran bir içerik taşımadığı gibi; cezalar arasında ya da suç ile ceza arasında eşitlik ve adalet ilkeleriyle bağdaştırılması olanaksız sonuçlara, farklı ve dengesiz uygulamalara neden olması bakımından da ceza hukuku alanındaki Anayasa'ya aykırı düzenlemelerin tipik örneklerinden birini oluşturmaktadır.

[419] Hakyemez, 2009, s. 204-205.

[420] Sulhi Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1975, 4. baskı, s. 33.

[421] Dönmezer, 1975, s. 33.

yoktur.[422] Başkalarının fuhşunu sömürmek de benzer şekilde cezalandırılır. Kamunun edep ve iffet duygusunu ihlal eden ve alenen işlenen fiiller cezalandırılır.[423]

Dönmezer'in aktarımıyla La Haye Kongresinde ahlakın düzenlenmesiyle ilgili tartışmalı bazı konularda tavsiyelerde bulunulmuştur. Buna göre zina suç olmaktan çıkarılmalı, ensest ilişkiyi cezalandıran ülkelerde ise bu fiil, usul-füru ve kardeşler arası ilişkiyle sınırlı olmalıdır.[424] Eşcinsel ilişkinin cezalandırılması ise sınırlandırılmalıdır. Buna göre bu fiiller, cebir veya şiddetle gerçekleşmiş, küçüklere karşı yapılmış, itimat veya mevki ilişkisi içinde bir yönlendirme, diğer kişileri kötülüğe teşvik edecek biçimde ve ayrıca eşcinsel davranışa aracılık ve teşvik cezalandırılabilir. Diğer yönleriyle cezalandırılmamalıdır.[425]

Bu konudaki bir başka husus da cezalandırılan fiilin mümkün olduğu kadar özel hayatın içine girmemesidir. Özel hayatta genellikle gizlice işlenen fiillerin suç olarak düzenlenmesi halinde, kovuşturmaları güç olacak ve zamanla ölü maddeler haline döneceklerdir. Bu sebeple, ahlakî düzenlemenin mümkün olduğunca özel hayat dışında kalan, aleni fiilleri içermesi gerekir.[426]

Sonuç olarak, kişilerin cinsel özgürlüğüne saldırı şeklinde ortaya çıkan fiiller dışında, yasa koyucunun özel yaşamı mümkün olduğunca serbest bırakması gerekir. Özbek'in belirttiği gibi, "genel ahlak kavramının suçla korunan hukuki değer olarak esas alınması ceza hukukunun çağdaş gelişimine uygun değildir.[427] Bu sebeple, doğrudan toplum üzerinde ve bireylere zarar veren fiiller cezalandırılmalı, önlenmek istenen bazı fiiller, cezalandırma yoluyla değil, daha çok idari tedbirlerle bertaraf edilmelidir.

c. İdeolojik yaklaşım ve militan demokrasi

Ceza hukukunun bir kamu hukuku dalı olması, siyasal akımlardan ve hukuk siyasetinden etkilenmesi sonucunu doğurur.[428] Aynı zamanda devlet ile yurttaşlar arasındaki ilişkilerin boyutlarının değişmesi, ceza hukuku alanında yeni anlayışları

[422] Dönmezer, 1975, s. 33.
[423] Dönmezer, 1975, s. 34.
[424] Dönmezer, 1975, s. 34-35.
[425] Dönmezer, 1975, s. 35.
[426] Dönmezer, 1975, s. 34.
[427] Özbek, 2009, s. 43.
[428] İçel–Donay, 2005, s. 15.

beraberinde getirir ve durum suç tipleri ve cezaların belirlenmesinde etkili olur.[429] Devlet diğer hukuk dallarıyla sağlayamadığı düzeni ceza hukuku yoluyla sağlamaktadır. Dolayısıyla ceza hukuku, devlete ve devletin hukuk düzenine karşı gelebilecek saldırıları bertaraf eden bir mekanizma, başka bir deyişle hukuk düzenin bekçisidir.[430]

Devletin siyasal rejimi kendisine uygun bir toplum yaratmak isteyeceğinden, ceza hukuku araçlarını etkin bir şekilde kullanarak bu anlayıştan sapmaları önleme yoluna gidecektir.[431] Özgürlükçü demokratik düzeni ortadan kaldırmayı amaçlayan totaliter rejimler karşısında demokrasinin kendisini savunmak amacıyla bu tür yıkıcı fikirleri savunanların ifade ve örgütlenme özgürlüğüne yönelik kısıtlamalar getirmesine ve bu tür cereyanlarla mücadele edilmesine imkân tanıyan klasik demokrasi yorumuna militan demokrasi anlayışı adı verilmektedir.[432] Bu durumda bir devlet rejimi için tehlike oluşturabilecek görüşlerin ifadesinin ve örgütlenmesinin önüne cezalandırmak yoluyla geçilmesi gündeme gelebilmektedir. Devletlerin geçirdikleri tarihsel ve toplumsal süreçler de buna oldukça etki etmektedir.

765 sayılı eski Türk Ceza Kanunundaki mülga 141, 142 ve 163. maddelerdeki düzenlemeler bunun en tipik örnekleridir. mTCK 141. ve 142. maddelerde esasında komünizm ve komünist kelimeleri geçmediği halde, yasa koyucu çeşitli değişiklik gerekçelerinde komünizmi yasaklama amacı güttüğünü göstermiştir.[433] 141. madde komünist cemiyetlerin kurulmasını suç saymış ve ayrıca anarşizmi, diktatörlüğü, ırkçılığı ve millî duyguları yok etmeyi ve zayıflatmayı amaç edinen cemiyetleri yasaklamıştır. 142. madde ise komünizm, anarşizm, diktatörlük, ırkçılık propagandalarını ve millî duyguları yok etmeğe ve zayıflatmağa yönelen propagandayı cezalandırmıştır.[434] 163. maddeye göre ise, siyasi menfaat veya şahsi nüfuz temin ve

---

[429] İçel–Donay, 2005, s. 15.
[430] Doğan Soyaslan, "Anayasa'nın Ceza Normları Tarafından Korunması T.C.K.'nun 146. maddesi", *Anayasa Yargısı*, S. 10, 1993, s. 58.
[431] İçel–Donay, 2005, s. 16.
[432] Yusuf Şevki Hakyemez, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Seçkin, Ankara, 2000, s. 33.
[433] Uğur Alacakaptan, "Demokratik Anayasa ve Ceza Kanununun 141. ve 142'inci Maddeleri", *AÜHFD*, C. 22-23, S. 1-4, 1965-1966, s. 6. Gerekçe şu şekildedir: "Türk cemiyetlerinin, komünistlik gibi fikir sistemleri ile mücadelesinin bir yolu da, kurulmuş nizamı yıkmak, onun yerine, bünyesine yabancı bir nizamı kurmak için yapılacak teşebbüslere karşı müeyyide koymasıdır... Bu fıkra, kurulmuş iktisadî veya içtimaî nizamları devirmek amacıyla cemiyet teşkilini cezalandırmaktadır. Meselâ, komünizm, cemiyetin iktisadî ve içti malî nizamlarını devirmek ister. Çünkü, onun müşterek mülkiyete dayanan bir iktisadî nizamı, bu nizamı yaşatmak için ferdî mülkiyete insanları sevkeden yarınki nesillerinin istikbali endişesini yok etmek üzere çocuğun yetişmesi ve aile müessesesi üzerinde muayyen bir içtimaî nizam görüşü vardır."
[434] Alacakaptan, 1965-1966, s. 3.

tesis eylemek maksadı ile dini veya dinî hissiyatı veya dince mukaddes tanılan şeyleri alet ederek her ne suretle olursa olsun propaganda yapan veya telkinde bulunan kimse cezalandırılmaktaydı. Yasa koyucu dinî cemiyetlerin dinî inanışları istismar edeceğinden korkmuştur.[435] Madde yazılış biçimi itibariyle, çok geniştir ve yasa koyucunun bu hüküm ile seçim propagandalarının her bakımdan dinî mevzular dışında kalmasını istediği anlaşılmaktadır.[436] 141, 142 ve 163. maddenin anti-demokratik olduğu ve "düşünce suçu" oluşturduğu yönünde eleştirilmiştir. Öyle ki, kimi zaman din kurallarının açıklanması ve savunulması bile kovuşturma konusu yapılabilmiştir.[437]

1930'larda Almanya'da ortaya çıkan nasyonal sosyalizm, II. Dünya Savaşı'nın başlamasına sebep olduğu gibi, Almanya'yı ve hatta bütün dünyayı felakete sürüklemiştir. Bu tarihsel gerçeklik karşısında Alman Ceza Kanununun 86. maddesinde, eski Nasyonal Sosyalist Örgüt yasadışı ilan edilmiş ve propagandasının yapılması cezalandırılmıştır.

Dünyada devletlerin tehlikeli olarak gördükleri ideolojilere karşı yasak getirmelerinin yanında, doğrudan şiddet içermeyen somut bir düşünceyi de cezalandırmaları söz konusudur. Buna örnek olarak "Soykırımı/Holokost'u inkar suçu" (*crime of Holocaust denial/crime of ignorance of Holocaust*) adıyla oldukça yaygın olarak kabul gören bir suç tipinden söz edilebilir. Buna göre, başta Almanya'da Naziler tarafından milyonlarca Yahudi'inin ölümüyle sonuçlanan soykırım ve diğer bazı soykırımları inkar etmek suç olarak kabul edilmiştir. Örneğin 2001 yılında Avrupa'da Almanya, Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Fransa, İspanya, Litvanya, Polonya, Romanya ve Slovakya'da Yahudi soykırımını inkar etmek suç sayılmaktadır.[438]

Doktrinde "düşünce suçu" adı verilen, belli bir görüşü, ideolojiyi, siyasal sistemi savunma ve bunu başkalarına aşılamaya çalışma fiili, çoğulcu ve özgürlükçü demokrasilerde yoktur yahut çok istisnadır.[439] Düşünce ve ifade özgürlüğünün çağdaş

---

[435] Faruk Erem, "Ceza Hukuku Bakımından Vicdan ve Din Hürriyeti", *AÜHFD*, C. 8, S. 3-4, 1951, s. 66.
[436] Erem, 1951, s. 67.
[437] Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul, 1994, 3. baskı, s. 64 vd.
[438] Laurent Pech, "The Law of Holocaust Denial in Europe: Toward a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition", *Genocide Denials and the Law*, (ed. Ludovic Hennebel ve Thomas Hochmann), Oxford University Press, USA, s. 185. Holokostu inkar suçundan dolayı yargılamalar ve cezalandırmalar da söz konusu olmuştur. Örneğin Ernst Zundel adında aşırı sağcı bir Alman Yahudi soykırımını yalanlamak üzere kurduğu bir sitesi sebebiyle 5 yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir. *The New York Times*, "Holocaust denier in Germany sentenced to five years in prison", 15 Şubat 2007.
[439] Tanör, 1994, s. 59.

demokrasilerdeki yerini *Thomas v. Collins* kararında ABD Yüksek Mahkemesi şu şekilde açıklamıştır:[440]

> "Halkı zararlı düşünce akımlarına karşı korumaya kalkışmak devletin ne görevi, ne de hakkıdır. Anayasa koyucuları bizim adımıza doğru ile yanlış arasında bir ayrım yapmak için hiçbir yönteme güvenmediklerinden, gerçeği aramada herkesin kılavuzu yine kendisi olması gerekir."

ABD Yüksek Mahkemesi ifade özgürlüğünün sınırlanmasıyla ilgili olarak 1919 tarihli *Schenck v. US* kararıyla birlikte "açık ve yakın tehlike" ölçütünü geliştirmiştir. Komünizmin tehlikeli görüldüğü Soğuk Savaş döneminde ise,"zararlı eğilim" ölçütünü geliştirmiştir.[441] Bugün Batı demokrasilerinde evrensel bir standardı temsil eden "açık ve yakın tehlike" ölçütü, düşüncenin kendisini mutlak bir güvencede saymakta, düşüncenin ifade ediliş biçimi suça teşvik, kışkırtma, ayaklanmaya çağrı vb somut tehlike oluşturuyorsa suç kabul edilmektedir.[442]

Kimi zaman kanun koyucunun sadece siyasal düşünceye belli bir yön verme değil, aynı zamanda yaşam tarzını şekillendirme yönünde müdahalesinden de söz edilebilir. Örneğin 5237 sayılı TCK'nin 222. maddesi şu şekildedir: "25.11.1925 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanunla, 1.11.1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanunun koyduğu yasaklara veya yükümlülüklere aykırı hareket edenlere iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir." Maddenin gerekçesi ise bu suç tipinin getirilmesine yönelik herhangi bir açıklama yapılmamış; "Madde metninde, sayılan "Devrim Kanunları"na aykırı davranış, suç olarak tanımlanmıştır." denilmekle yetinilmiştir. İnsan hak ve özgürlüklerinin geldiği bu noktada TCK'nin mezkur maddesinin cezalandırmaya konu olması, günümüz insan hakları anlayışıyla bağdaşmamaktadır. Öte yandan toplumsal bir ihtiyacı yahut kamu yararını karşılama konusunda herhangi bir geçerlilik taşımaması, bu maddenin varoluş sebebinin sadece "ideolojik" olduğunu göstermektedir.

Sonuç olarak, demokrasilerde düşünce özgürlüğüne sınırlama getirilemez. Buna karşın her türlü ifadenin veya ifade aracının koruma göremeyeceği de açıktır. Bireylerin hak ve özgürlüklerine tecavüz eden (örneğin hakaret, aşağılama), ırk ve etnik ayrımcılığı teşvik ederek, toplusal barışı açıkça tehdit eden, kişileri somut olarak suç

---

[440] Tanör, 1994, s. 60-61.
[441] Tanör, 1994, s. 60.
[442] Tanör, 1994, s. 61.

işlemeye yönlendiren ifadelerin cezalandırılması mümkündür. Buna karşın, bir düşünce tarzı sırf devletin ideolojisiyle örtüşmüyor diye tehlikeli kabul edilemez, tehlikeli kabul edilse dahi bireyler bu düşüncelerinden dolayı cezalandırılamaz. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında ve cezalandırılmasındaki ölçüt demokrasinin özgürlükçü olup olmaması bakımından en belirleyici ölçüttür.

d. Düşman ceza hukuku

ABD'de 11 Eylül 2001 tarihinde yaşanan ve "11 Eylül Saldırıları" olarak bilinen bombalama eylemlerinden sonra ABD'de olası bombalı saldırıların önlenmesi amacıyla işkence uygulanıp uygulanamayacağı gündeme gelmiştir.[443] Teröristlere veya iflah olmaz suç mükerrirlerine karşı normal vatandaşlara uygulanan ceza hukukundan farklı bir hukuka tabi olup olamayacağı doktrinde tartışılmıştır. Alman hukukçu Günther Jacobs tarafından "düşman ceza hukuku" olarak tanımlanan uygulamada, normal olarak ceza hukuku yaptırımlarının etkisiz kalacağı, itiyadi suçlulara, özellikle suç örgütü üyelerine, teröristlere, uyuşturucu kaçakçılarına, cinsel suçlulara ve diğer tehlikeli suç işleyenlere normal kişi muamelesi yapılamaz.[444] Jacobs ceza hukukunu iki kutuba ayırmaktadır. Bir tarafı "vatandaş"a uygulanan ceza hukukudur. Buna göre vatandaş eylemini dış dünyaya yansıtana kadar beklenir ve ceza hukuku ancak eylemin dış dünyaya yansımasından sonra uygulanabilir.[445] Oysa düşman ceza hukukunda, düşman eylem hazırlığında olan, eylem hazırlığında yakalanması gereken ve tehlikeliliğiyle mücadele edilen kimsedir. Düşman eylemi gerçekleştirmese dahi, aşağı yukarı planladıkları eylemlerin karşılığına denk gelen belirsiz bir ceza uygulanmaktadır. Bu aslında cezadan çok, peşinen infaz edilen bir tür güvenlik tedbiri olmaktadır.[446] Düşman ceza hukuku yargılama hukuku ve insan hakları uygulamaları da vatandaş ceza hukukundan farklıdır. Burada bertaraf edilmesi gereken bir tehlike ve savaşılması gereken bir düşman söz konusudur.[447]

---

[443] Luban, 2005, s. 1426.
[444] Günther Jacobs, "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", (çev. M. Cemil Özansü), *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*, (ed. Yener Ünver), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 497-498.
[445] Jacobs, 2008, s. 499.
[446] Jacobs, 2008, s. 499.
[447] Jacobs, 2008, s. 505.

Düşman ceza hukuku anlayışı, çok çeşitli yönleriyle eleştirilmiştir. Düşman ceza hukuku anlayışı öncelikle hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Bir gruba karşı hukukun uygulanması yerine, insan hakları anlayışına aykırı olarak kaba kuvvet ikame edilmektedir.[448] Burada cezalandırılan hukukça korunan bir değere zarar veren fiil değil, doğrudan failin kendisidir.[449] Diğer yandan gerçek hayatta Jacobs'un tarif ettiği gibi hukuka tamamen sırt çevirmiş insanlar yoktur ve "düşman" da olsalar bir şekilde hukuka uygun hareket etmektedirler ve kendilerine hukuk uygulanmasını hak etmektedirler.[450] Rosenau düşman ceza hukukunun tehlikesini açıklamak için bir tek kelimenin "Goantanamo"nun yeterli olduğunu söyleyerek, hukuka sırtını çeviren bu anlayışın faşist ve totaliter bir ceza hukukuna yol açacağını dile getirmektedir.[451]

Sonuç olarak düşman ceza hukuku anlayışı, başta hukuk devleti, insan hakları ve eşitlik ilkesi olmak üzere insanoğlunun bugüne değin geliştirdiği birçok değere karşı ve bunu tersine çeviren bir anlayıştır. Kanımızca hukuk karşısında herkesin eşit muamele görmeye hakkı vardır. Failin işlediği suçun niteliği veya failin bireysel özellikleri uygulanacak muameleyi değiştirmez. Demokratik bir hukuk devletinde devlet faili değil fiili cezalandırır.[452] Suçun niteliğine, ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler ile failin kusur durumuna göre, suça verilecek cezanın miktarı değişebilir. Ancak hiç kimseye kusurlu olmadığı ve gelecekte olması muhtemel bir fiilden dolayı ceza verilemez. Ceza suçun karşılığıdır. Kişilerin mükerrir olması onların suç işleyeceği anlamına gelmez. Devlet terörle mücadele veya diğer suçlarla mücadelede sınırsız bir yetkiyle donatılmış değildir. Terör ve suçla mücadele yine hukuk çerçevesinde olabilir. Dolayısıyla düşman ceza hukuku, totaliter anlayışın bir ürünüdür ve demokratik hukuk devleti ile bağdaşmamaktadır.

e. Asgari müdahale şartı ve "korunan değer" hiyerarşisi

Ceza hukukunun en önemli özelliklerinden birisi, ikincillik ilkesidir. Devlet hukuksal değere yönelik saldırıları önce özel hukuk veya diğer kamu hukuku

---

[448] Henning Rosenau, "Jacobs'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı", (çev. Erhan Temel), *AÜHFD*, C. 57, S. 4, 2008, s. 401.
[449] Rosenau, 2008, s. 401.
[450] Rosenau, 2008, s. 398-399.
[451] Rosenau, 2008, s. 397.
[452] Özbek ve diğ., 2012, s. 79.

yaptırımlarıyla bertaraf etmeye çalışacak, bu gerçekleşmediğinde son çare olarak ceza hukuku yaptırımlarına başvurulmalıdır.[453] Özgürlüğü bağlayıcı ceza faydalı ve adil olduğu ölçüde uygulanmalı, mümkün olduğu kadar özgürlüğü bağlayıcı cezadan çok para cezası ve mağduriyetin giderilmesi gibi kurumlara başvurulmalıdır.[454]

Suç ile korunmak istenen hukuki değer ile verilecek ceza arasında bir orantının bulunması gerekmektedir. Ancak yasa koyucunun yaptırımın bireyselleştirilmesine olanak vermek üzere cezaların alt ve üst sınırlarını düzenlerken, aralığı hesap yapmayı kolaylaştıracak şekilde düzenlenmesi gerekir.[455]

Bir ceza kanunda cezaların ağırlıkları belirlenirken yasa koyucu tarafından benimsenen bir "değerler hiyerarşisi" olması gerekir. Değerler hiyerarşisi ile anlatılmak istenen, ceza kanunu ile korunmak istenen hukuksal değerin ne olduğuna, başka bir deyişle yasa koyucunun korumak istediği değerin önemine göre cezanın ağırlığının belirlenmesidir. Örnek vermek gerekirse, yasa koyucunun benimsediği değerler hiyerarşisine göre, suçlara vereceği cezaların ağırlığı değişecektir. Yasa koyucu bireyin yaşam hakkını mı, onurunu mu, vücut bütünlüğünü mü, cinsel bütünlüğünü mü yoksa mülkiyet hakkına mı daha çok önem veriyor? Ceza yasasıyla birey mi ön planda, toplum mu, devlet mi? Bu soru, suçlar için belirlenen cezaların ağırlığına göre kendini göstermektedir. Örneğin TCK'nin 86. maddesine göre, "Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Buna karşın, 141. maddeye göre, "Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir." Özetle yasa koyucu vücut bütünlüğü hakkı ile mülkiyet hakkını eşdeğer görmekte ve her iki suç için aynı miktarda ceza öngörmektedir.[456] TCK 1997 Tasarısı benzer sebeplerle eleştirilmiştir. Buna göre, Tasarı kişilere karşı suçları başa almakla, kişiyi daha fazla himayeye kavuşturmamıştır. Nitekim mala karşı cürümler için öngörülen cezalar, kişilere karşı işlenen suçlar için öngörülen cezalardan daha ağırdır.

---

[453] Özbek ve diğ., 2012, s. 84.

[454] Özbek ve diğ., 2012, s. 84. Mustafa Tören Yücel, "Yeni Türk Ceza Kanunu Üzerine (Felsefi ve Sosyolojik) Bir Eleştiri, *HFSA,* S. 14, 2004, s. 143. Yücel'e göre Almanya'da yıllık para cezası uygulama oranı %80 civarındadır ve Türkiye'de de hapis cezası uygulaması yerine para cezası uygulamasına ağırlık verilmelidir.

[455] Yücel'in tespitlerine göre, TCK'de cezaların alt sınırı ile üst sınırı arasında 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13 yıllık farklar bulunmaktadır. Bu da eşitlik sağlamak üzere yaptırımların nasıl saptanabileceğini merak konusu yapmaktadır. Yücel, 2004, s. 164.

[456] Bu örnek Veli Özer Özbek'e aittir.

Öte yandan mala karşı suçlar kamu davası ağırlıklı iken, kişilere karşı işlenen suçlarda şikayet koşulu ön plana çıkmaktadır.[457]

Sonuç olarak, ceza kanunları yapılırken suç tiplerinin ve uygulanacak cezaların belirlenmesinde son derece hassas davranılmalıdır. Cezalandırmanın son çare olduğu unutulmadan, suç tiplerinin belirlenmesinde son derece ihtimamlı hareket edilmelidir. Fiilin doğurduğu zarar yahut tehlike ceza dışında bir yaptırım ile bertaraf edilebiliyorsa, bu yollara başvurulmalıdır. Ceza yaptırımlarının belirlenmesinde de öncelikle para cezaları çok gerektiğinde hapis cezalarına yer verilmelidir. Cezanın alt sınırı ile üst sınırının, cezanın belirlenmesini zorlaştıracak bir farklılıkta olmaması gerekir. Bu sebeple yasa koyucu ceza yaptırımını belirlerken alt ve üst ceza sınırı arasında makul bir ölçü tespit etmelidir. Yasa koyucu kendisinin oluşturacağı bir değerler hiyerarşine uymak durumundadır. Cezalandırılmayla korunmak istenen en önemli hukuksal değerin en yüksek cezayla korunması, hukuksal değerin önemi azaldıkça ceza miktarının azalması gerekmektedir.

C. Yasallık ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırları

Suçların ve cezaların kanunla belirlenmesi, "kanunilik ilkesi"nin bireylere sağladığı güvenceden çok öte bir şekilde, devletin cezalandırma yetkisini kullanmasında kendiliğinden bazı sınırlılıklar oluşturmaktadır. Bu sınırlılığın başlıca nedeni, ceza yasalarının günümüzde yasa koyucular tarafından ve belli bir usul ile yapılıyor olmasıdır. Dolayısıyla cezalandırma yetkisi tek bir bireyin keyfiyetinde bırakılmamakta, aksine halkın temsilcileri tarafından, çok katılımlı ve bir tartışma ortamı içinde kolektif bir şekilde kullanılmaktadır. Ceza normu, devletin egemen iradesinin eseri olması icabıyla halkın ortak iradesi ve toplumun vicdanıdır.[458]

Günümüzde bireyler kanun yapımında etkili olabilmektedir. Demokratik devletlerin parlamentoları kamuoyunun taleplerine kulak tıkamayan, halkın değerlendirmelerini ve taleplerini dikkate alan kurumlardır. Öte yandan yarı-doğrudan demokrasi araçlarını benimseyen devletlerde, halk teşebbüsü ve halk vetosu

---

[457] Mehmet Emin Artuk ve Ali Rıza Çınar, "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", *Türk Ceza Kanunu Reformu-II (Makaleler, Görüşler, Raporlar)*, (Ed. Teoman Ergül), TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 60.
[458] Hafızoğulları–Özen, 2010, s. 17.

mekanizmalarıyla bireylerin cezalandırma yetkisine bağlayıcı etkiler yapabilmesi söz konusudur.

Yasa koyucu ceza kanunu yaparken son derece temkinli davranması gerekmektedir.[459] Kanunlar genel, soyut ve herkesi bağlayan normlar olmaları gereği ancak toplumsal bir ihtiyaç doğrultusunda ve kamu yararı gözetilerek yapılabilir. Ayrıca ceza kanunlarının özgürlükleri sınırlayıcılık özelliği sebebiyle mutlaka temel özgürlükler ile bir dengenin kurulması gerekir. Başka bir anlatımla, bir şeyin ceza kanunda düzenlenmesi ve yasaklanması, aynı zamanda o şeyi yapma özgürlüğünün engellenmesidir. Özellikle ifade özgürlüğünün kullanılmasında, cezadan amaçlanan yarar ile özgürlüğün kısıtlanması arasında bir orantının, bir dengenin olması gerekir.

Ceza kanunlarının yapımında paternalist ve ahlakçı anlayıştan mümkün olduğu kadar uzak durulmalıdır. Elbette ki, cezalandırılabilir ölçüde olan bazı fiiller olabilir. Gerek bireylerin çok yararına olacak bazı koruyucu tedbirlerin getirilmesi, gerekse ahlakın korunmasına yönelik bazı düzenlemeler getirilebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, başkalarına ait hukuksal değerin zarar görmesi veya çok yakın bir tehlikeye düşmesi olmalıdır. Bu sebeple, özellikle ahlak ile ilgili düzenlemelerde "toplumsal ahlak" gibi soyut bir kavrama dayanmak yerine, bireylerin "cinsel özgürlüğü"ne yönelen saldırıları suç kabul etmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Modern ceza kanunları demokratik toplum fikrine dayanmalıdır. Bu doğrultuda fikirlerin çoğulcu bir şekilde savunulmasını engelleyecek bir yaklaşıma gidilmemelidir. Günümüzde ifadenin kendisi sadece "hakaret, tehdit, iftira" gibi bireysel değerlere veya doğrudan "suçun ve şiddetin teşviki" gibi hem bireysel hem de toplumsal menfaatlere saldırıların önlenmesi amacıyla cezalandırılabilir. Aksi halde sözün içeriğinin demokratik olup olmasına bakmaksızın, salt düşünceyi ve ifadeyi cezalandırılmaktan kaçınılması gerekir.

Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, ceza kanunları yapılırken eşitlik ilkesine uyulması gerekir. Suçlara uygulanacak cezalar belirlenirken bunların bireysel özellikleri cezalandırmamasına dikkat edilmelidir. Modern ceza kanunları faili değil, fili cezalandırır. Bu doğrultuda düşman ceza hukuku günümüz demokratik toplumları ve hukuk devleti ile uyuşan bir uygulama değildir.

---

[459] Ceza yasası hazırlanırken uyulması gereken bazı hususlar için bkz. Kayıhan İçel, "Ceza Yasası Hazırlarken Uyulması Gereken On Ana Kural", *Suç Politikası*, (ed. Yener Ünver), Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 15-18.

Ceza hukukunun ikincillik özelliği gereği, bir fiil en son çare olarak suç olarak kabul edilmeli ve cezalandırılmadır. Ceza kanunları bireyleri cezalandırmayı amaçlayan bir görünümde değil, hak ve özgürlükleri cezalandırma yoluyla koruyan bir görünümde olmalıdır. Yasa koyucu önceliklerini ve korumak istedği hukuksal değerleri çok iyi belirlemelidir. Ayrıca suç tipleri için yaptırımları tayin ederken, ortaya koyduğu değerler hiyerarşisine riayet etmelidir.

Sonuç olarak, kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak, suçlar ve cezalar yasalar yoluyla getirilebilir. Bu durum basit bir usul zorunluluğu yahut yetki paylaşımından öte, genel iradenin ceza kanunlarına yansıtılmak istenmesinin bir neticesi, aynı zamanda yasama organını siyasal ve toplumsal yönden sınırlayan bir sonuçtur.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DEVLETİN CEZALANDIRMA YETKİSİNİ SINIRLANDIRAN ULUSLARARASI ETKENLER

(Dış Egemenlikteki Dönüşüm ve Cezalandırma Yetkisi)

I. DIŞ EGEMENLİĞİN DÖNÜŞÜMÜ VE CEZALANDIRMA YETKİSİ

Egemenliğin dönüşümünde bir diğer husus da uluslararası hukukun iç hukuka etkisidir. Günümüzde uluslararası ilişkilerin baş döndürücü bir biçimde artması karşısında uluslararası hukuk çok önemli gelişmeler göstermiştir. Sadece hukuk alanında değil, toplumsal, kültürel, ekonomik, savunma vs alanda devletler bir araya gelmekte, ortak hareket etmekte ve kendilerini bağlayan taahhütler altına girmektedir. İnsan hakları ihlallerinde insani müdahale göz önüne alındığında, kimi zaman devletlerin rızası olmaksızın kendilerine dış dünya tarafından müdahale edilebilmesi söz konusudur.

Ceza hukuku kurallarının uygulanmasında temel ilke mülkiliktir. Başka bir deyişle, bir devletin egemenlik sınırları içinde işlenen fiiller o devletin hukuk düzenince suç kabul ediliyorsa, yine o ülke tarafından yargılanır ve cezalandırılır.[1] Belli bir yerde meydana gelen hukuki uyuşmazlıkların çözümü, o coğrafi alanda egemen olan devletin yargı yetkisi içindedir ve yargılama yetkisinin kullanımı, devletin egemenlik göstergelerinden biridir.[2] Bununla birlikte uluslararası ilişkilerin artması, ulusal-ulusal olmayan ayrımının giderek belirsizleşmesi, devletin yetkisinde daralmaya yol açarken, bu daralma ceza yargılamasında da kendini göstermiştir.[3]

Bu başlık altında dış egemenliği dönüştüren etkenler ile bunun cezalandırma yetkisine etkisi iki alt başlıkta ele alınacaktır.

---

[1] Mehmet Emin Artuk; Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, 6. baskı, s. 1017.
[2] Reyhan Sunay, *Tartışılan Egemenlik*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 280.
[3] Sunay, 2007, s. 281.

A. Dış Egemenlikteki Dönüşümün Temel Etkenleri

Aydınlanma öncesinde devletin ülkesi içinde sınırsız bir egemenliğe sahip olduğu düşüncesi giderek terk edilmiştir. Özellikle 19. yüzyılın ikinci yarısı ve 20. yüzyılın başlarından itibaren yaşanan gelişmeler, dış egemenlik anlayışında da değişmelere yol açmıştır.

İnsan hakları alanındaki gelişmeler, artık insan hakları meselesini iç egemenliğin dışına çıkarmıştır.[4] İnsan haklarını korumaya yönelik uluslararası sözleşmeler ve mahkemeler, bu meselenin sadece devletin kendi içinde alacağı tedbirle çözülemeyeceğini göstermiştir. Bu gelişmeler uluslararası hukukta devletlerin ortak değerler oluşmasına vesile olmakta ve artık hukuk kişilerinin değiştiremeyeceği bir takım kurallar ortaya çıkmaktadır. Bu da devletin uluslararası ilişkilerde her konuda tek taraflı karar alamayacağını göstermektedir. Yine devletler uluslararası örgütler oluşturmak yoluyla, egemenliklerine halel getirebilecek bazı taahhütler altına girmekte, uluslararası örgüt tarafından alınan kararı uygulama konusunda ön kabulde bulunmaktadırlar. Uluslararası mahkemelerin varlığı artık cezalandırma ve yargılama yetkisinin kullanılmasında, klasik egemenlik döneminden çok ayrık bir duruma işaret etmektedir.

Uluslararası hukuktaki bütün bu gelişmelerin yanı sıra küreselleşme adı verilen, dünyanın küçülerek devletlerin birbirleriyle çok yoğun sosyal, ekonomik, kültürel ve hukuki ilişkiler içine girdiği, toplumlar arası etkileşimin had safhada olduğu bir sürece girilmiştir. Artık bu süreçte, devletler suçlarla mücadele ederken yalnız değildir. Küreselleşme yeni suçlar ortaya çıkardığı gibi suçlarla mücadelede devletlerarası işbirliğini de zorunlu kılmaktadır.

Sonuç olarak egemenliğin dönüşümü denildiğinde sadece iç egemenlik değil, çeşitli etkenlerle dış egemenlik de bu dönüşümden nasibini almaktadır. Bu dönüşüm devletin cezalandırma yetkisinin sınırlanmasına aleyhte bir etki yapmaktadır. Bu kısımda beş alt başlıkta dış egemenliğin dönüşümüne yol açan etkenler incelenecektir.

---

[4] Enver Bozkurt, *İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, Nobel Yayın, Ankara, 2003, s. 1.

1. İnsan haklarının korunması

İnsan hakları, insanlık tarihinde uzunca bir süre devletlerin iç meselesi olarak değerlendirilmiştir.[5] Uluslararası hukukun oluşum sürecinde sadece devletlerin süje olarak kabul edilmesi ve devletlerin egemenliklerine sıkı sıkıya bağlılığı, insan hakları konusunun da iç hukuk meselesi olarak düşünülmesine neden olmuştur.[6]

Otuz yıl gibi kısa sürede iki dünya savaşının büyük yıkımlara yol açması ve yaşanan acı tecrübeler, II. Dünya Savaşından sonra, insan haklarının daha etkili korunması yolunda ciddi adımlar atılmasını sağlamıştır. İnsan haklarını korumak üzere yapılan anlaşmalar ve oluşturulan uluslararası kurumlara devletlerin kendi rızalarıyla katılımı, devletlerin egemenliklerinde bazı kısıtlamalara yol açmaktadır.[7] Devletler taahhütte bulundukları yükümlülükleri yerine getirmek ve bunun sağlanması için denetlenmekten rahatsızlık duymamaktadır. Bu durum Westphalia ile sağlanan egemenliğin çok ötesinde bir değişim ve dönüşüme işaret etmektedir.[8]

Uluslararası hukuk açısından insan hakları iki farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır. İnsan haklarının korunmasına yönelik mekanizma ve tedbirler artık ulusal sınırların ötesindedir. Devletler gönüllü olarak insan haklarını koruma ve geliştirmeye yönelik sözleşmeler yapmakta, birlikler kurmakta, kendilerini denetleyecek komite ve hatta mahkemelerin kurulmasına izin vermekte ve hatta başka devletlerin insan hakları uygulamalarını takip etmektedirler. İşte bütün bu gelişmeler devletin cezalandırma yetkisini yakından ilgilendirmekte olup, insan haklarının korunması söz konusu olduğunda, devletin cezalandırma yetkisini sınırsız bir şekilde kullanılması düşünülemez.

Ağır insan hakları ihlali söz konusu olduğunda, iç işlerine müdahale ilkesi uygulanmamakta ve böyle bir durumda istisna olarak içişlerine karışılabilmekte ve devlet gücüne karşı başka devletlerce tedbirler alınabilmektedir. İnsanî müdahale adı verilen bu müessese devletin cezalandırma yetkisiyle doğrudan ilgili değildir. Ancak insanî müdahaleye konu ağır insan hakları ihlalleri genellikle soykırım veya insanlık dışı suçlar olduğundan, bu suçların sorumluları uluslararası mahkemelerce yargılanıp

---

[5] Bozkurt, 2003, s. 1.
[6] Erdal, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 124.
[7] Şevki Hakyemez, *Mutlak Monarşiden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Seçkin, Ankara, 2004, s. 198
[8] Hakyemez, 2004, s. 198–199.

cezalandırıldığından, diğer bir yönden devletin cezalandırma yetkisinin başka bir sınırı oluşturmaktadır.

İnsan haklarının güvenceye alınması ABD ve Fransa'da ilk olarak çeşitli belgelerin kabulüyle ortaya çıkmış, anayasacılık hareketiyle birlikte devletler insan haklarını iç hukukta güvence altına almaya başlamıştır. İç hukuktaki koruma mekanizmalarının yetersiz oluşu, devletleri daha güvenceli mekanizmaların oluşturulması arayışlarına itmiştir.[9] Devletlerin rıza göstermeleriyle daha etkili ve katılımlı korunma sistemlerinin kurulması gündeme gelmiştir.[10]

Devlet, imzalayarak usulüne uygun olarak yürürlüğe koyduğu uluslararası sözleşmelere bağlı kalmak ve bunların aksine düzenleme yapmamakla yükümlüdür. Bu durumda, uluslararası hukukun göreli üstünlüğü nedeniyle iç hukuk kurallarının çatışması söz konusu olmayacaktır.[11]

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile getirilen koruma mekanizması, günümüzde insan hakları alanında en güvenceli mekanizma olarak kabul edilmektedir. Bu sözleşmeyle kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) sözleşmede güvence altına alınan hakların korunmasında aktif bir role sahiptir. Sadece AİHM'nin ihlal olup olmadığının tespit yapması değil, aynı zamanda Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Komitesi yoluyla yapılan denetimler, taraf devletleri AİHS standartlarında bir güvence mekanizmasına sahip olmaya zorlamaktadır. Bu durumda devletlerin bile bile ihlal yapmamak üzere, AİHM kararı ile milli ceza kanunları arasındaki çatışmaları ortadan kaldırmak yolunu tercih edeceklerdir.

Öte yandan Türkiye gibi bazı devletler, uluslararası insan hakları sözleşmeleriyle iç hukuk arasında çatışma söz konusu olduğunda insan hakları sözleşmelerini üstün tutmaktadır. Nitekim 1982 Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre, usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle meydana gelebilecek uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşma hükümleri esas alınır. Bu durumda AİHS veya başka bir insan hakları sözleşmeleriyle çelişen ceza kanunu hükümleri uygulanmayacak ve yasama yoluyla bu uyumsuzluğun giderilmesi gerekecektir.

---

[9] Bozkurt, 2003, s. 2.
[10] Bozkurt, 2003, s. 2. Ayrıca bkz. s. 51-55.
[11] Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010, 2. baskı, s. 17-18.

Günümüzde bir devlet tarafından ağır insan hakları ihllaleri yapıldığında, devletlerin içişlerine karışmama ilkesinin bir istisnası olarak "insanî mahdahale" son zamanlarda tartışılmaktadır. Bazı yazarlara göre, bir devlette yaşayan insanların yaşam hakları ağır bir şekilde ihlal ediliyorsa, bu durumda diğer devletlerin ihlalin yaşandığı devlete müdahale etmesi, uluslararası hukuka uygun kabul edilmektedir.[12]

Geçmişte insanî müdahalenin birçok örneği yaşanmıştır ve bu örnekler her geçen gün artmaktadır. Örneğin 1991 yılında Irak yönetiminin kendi ülkesindeki Kürt ve Şiî nüfus üzerinde şiddet kullanmasını sonlandırmak üzere, ABD, İngiltere ve Fransa, Irak Devleti'ne müdahalede bulunmuştur. Aynı şekilde 1999 yılında NATO güçleri Kosova'da yaşayan Arnavutlara şiddet uygulayan Yugoslavya yönetimine müdahalede bulunmuştur.[13] Bu müdahaleler Birleşmiş Millet tarafından tasvip edilmediği gibi, olumsuz bir tavırla da karşılanmamıştır.[14]

Sonuç olarak, insan hakları sadece iç hukuk bakımından önemli olmayıp, bugün uluslararası hukukun da en önemli konularının başında gelmektedir. Uluslararası hukukta insan haklarını korumaya yönelik olarak çeşitli mekanizmalar geliştirilmektedir. Gerek sözleşmeler yoluyla devletlerin insan haklarını koruma yükümlülüğü altına girmesi, gerekse uluslararası insan hakları ve ceza mahkemeleri yoluyla, soyut bir koruma yükümlülüğünden öte devletleri aktif olarak denetlemekte ve hatta ağır insan haklı yapan devlet yetkilileri cezalandırılmaktadır.

2. Uluslararası ortak değerler ve *jus cogens*

Hukuk kişilerinin değiştiremeyeceği, emredici (buyruk) kurallara *juscogens* adı verilir. Hukuk kişileri *juscogens* hilafına bir karar alamayacağı gibi, bu kurallara aykırı alınan kararlar geçersiz kabul edilmektedir.[15] *Juscogens*in iki temel özelliği, devletlerden oluşan uluslararası toplumca genel kabul gören bir kural olması ve bu kurala aykırı hiçbir kural koyulamamasıdır.[16]

---

[12] Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, Ekin, Bursa, 2007, s. 81.
[13] Gözler, 2007, s. 81.
[14] Gözler, 2007, s. 81.
[15] Hüseyin Pazarcı, "Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı", *Prof.Dr. Bülent N. Esen'e Armağan*, AÜHF, Ankara, 1977, s. 365.
[16] Pazarcı, 1977, s. 373-374.

1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin [17] 53. ve 64. maddelerinde *juscogens* düzenlenmekte, böylelikle uluslararası hukukta emredici kuralların varlığına imkân tanınmaktadır.[18] 53. maddeye göre, bir antlaşma yapılması sırasında milletlerarası emredici bir kuralla çatışıyorsa, batıldır. Daha da ötesi, 64. maddeye göre, milletlerarası hukukta yeni bir emredici kural ortaya çıkarsa, mevcut antlaşmaların bu normla çatışması durumunda antlaşmalar batıl hale gelir ve son bulur. Uluslararası hukukta *juscogens*in kabulüyle birlikte, klasik egemenlik anlayışında, devletin çıkarlarına uygun her konuda antlaşma yapma özgürlüğü daraltılarak; uluslararası hukukun emredici kurallarına uyma yükümlülüğü ile devlet egemenliği sınırlandırılmaktadır. Emredici normlardan sapma yasağı, devletlerin tekil çıkarlarından ziyade uluslararası toplumun çıkarlarını korumaya yöneliktir.[19] Uluslararası hukuk teamüllerinde kendi kaderini tayin hakkı, devletlerin eşitliği, insan haklarının korunması ve uluslararası hukukun ihlali ile yaratılan durumların tanınmaması *juscongens* normlara örnek gösterilmektedir.[20]

Uluslararası yargı kuruluşları çok çeşitli kararlarında uluslararası hukukun emredici kurallarından söz etmektedir. Bu ilkeler *juscogens* olarak ifade edilmemekle birlikte, *juscogens*in içeriğinin belirlenmesinde, yargı yerlerine önemli görevler düşmektedir.[21] Uluslararası Adalet Divanı, *juscogens* kavramını açıkça kullanmamış olmakla birlikte çeşitli kararlarında, "uygar uluslarca kabul edilmiş ilkeler", "*erga omnes* yükümlülükler" gibi tabirlerle, *juscogens*e yakın anlamda ilkeler bulunduğunu saptamıştır.[22] Savaş suçlularını yargılayan Nüremberg Mahkemesi, uluslararası kamu düzeni atıfta bulunarak, savaş tutsaklarına getirilen çalışma zorunluluğunu batıl ilan etmiştir.[23]

Uluslararası Hukuk Komisyonu, *juscogens* niteliğinde olan kurallara örnek olarak, kuvvet kullanma, kölelik ve soykırım yasağını göstermektedir. Birleşmiş Milletler Şartı'nda yer alan kuvvet kullanma yasağı ile İşkencenin Önlenmesi

---

[17] Sözleşme metni için bkz. *http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf,* (erişim tarihi: 14 Kasım 2011).
[18] Işıl Karakaş, "Uluslararası Hukukta Üstün Normlar: *Jus Cogens* ve İnsan Hakları", *Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan*, İÜHF, İstanbul, 1999, s. 222.
[19] Karakaş, 1999, s. 223.
[20] Karakaş, 1999, s. 226.
[21]Karakaş, 1999,, s. 225–226.
[22] Karakaş, 1999, s. 224–225.
[23] Karakaş, 1999, s. 225.

Sözleşmesi tarafından getirilen yasaklar sadece taraflarca değil, herkes için bağlayıcı olduğundan *juscogens* normlar olarak kabul edilebilir.[24]

İstisnası mümkün kabul edilmeyen hak ve özgürlükler, *juscogens* olarak değerlendirilmektedir. Örneğin yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı, suç ve cezaların geriye yürümezliği gibi ilkeler her türlü antlaşmanın ötesinde emredici norm olarak görülmektedir. Sınırlaması mümkün görülen hak ve özgürlükler ise aynı kategoride değerlendirilmemektedir.[25]

Sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak haklar, olağaüstü durumlarda bile askıya alınamazlar. *Juscogens*, uluslararası toplumun genel yararını oluşturmakla, insan haklarının korunması bunun en önemli kısmını oluşturur.[26] İnsan hakları hukukunun gelişmesiyle birlikte devletlerarası ilişkiler aratmakta ve dokunulmaz haklar listesi genişleme eğilimindedir. Örneğin ayrımcılık yasağı, adil yargılanma hakkı gibi haklar bu listeye girerken, *juscogens* niteliğindeki haklara yeni hakların eklenmesi kaçınılmaz olmaktadır.[27]

Sonuç olarak, uluslararası toplumca insanlığın ortak değeri olarak kabul görmeye başlayan ve *juscogens* olarak nitelendirilen durumlar bütün devletler ve iktidarlar için geçerli olmaktadır. *Juscogens* olarak nitelendirilen insan hakları ve hukuk kurallarına aykırı suç ve ceza hükümlerine ceza kanunlarında yer vermek devletler açısından mümkün olamayacağından, *juscogens* devletin cezalandırma yetkisi açısından sınırlayıcı bir durum oluşturmaktadır.

3. Uluslararası ve ulusüstü kuruluşlar

Ulusal iradenin üzerinde bir irade olmamakla birlikte, devlet başka devletlerin verdiği egemenlik hakları kadarını vererek uluslararası örgütler oluşturabilir ve onların iradesiyle kendini bağlayabilir.[28] Birleşmiş Milletler (BM), Avrupa Konseyi (AK), Avrupa Birliği (AB), Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) vs. birçok kuruluş, devletlerin bir araya gelmesiyle ortak kararlar almak ve uygulamak üzere oluşturulmuş kuruluşlardır.

---

[24] Karakaş, 1999, s. 226.
[25] Karakaş, 1999, s. 226–227.
[26] Karakaş, 1999, s. 227.
[27] Karakaş, 1999, s. 227.
[28] Hafizoğulları–Özen, 2010, s. 17.

Uluslararası kuruluşların dünyada daha etkin bir role gelmesi, egemenlik açısından bir ikilem oluşturmaktadır. Bir yandan uluslararası kuruluşlar katılımı teşvik ederken, diğer yandan ciddi bir denetim mekanizması oluşturmakta ve bu denetim ulus devletin yapısını esnetmektedir.[29]

Davutoğlu, küreselleşme ve buna bağlı olarak uluslararası kuruluşların artan etkinliğiyle ilgili olarak devletlerin konumlarını üç kategoride ele almaktadır.[30] Bunlardan birincisi küreselleşme sürecinin edilgin unsuru olarak, daima denetlenen bir konumda ve sınırlı güç alanına sahip olmak. İkinci kategori ise, küreselleşme ve uluslararası hukukun gelişimine direnç göstererek, dünyaya kapanmak ve böylece küreselleşmeden en az biçimde etkilenebileceğini düşünmek. Sonuncu kategori ise, katılımcı ve aynı zamanda etkin olabilmektir. Bir yandan küreselleşmeyi ve uluslararasılaşmayı kabul edip, bunda etkin rol oynarken; aynı zamanda sadece denetlenen olmamak ve sürece etki edebilmektir.

Egemenlik, bir anlamda devletin yetkilerini ve kendi hukuk düzeninin serbest iradesiyle belirleyebilmesidir. Bu doğrultuda devletin egemenlik sahası içinde meydana gelen uyuşmazlıkların çözümü, devlet egemenliğinin göstergelerinden biridir.[31] Uluslararası toplumun tümünü ilgilendiren suçların cezasız kalmaması, bu suçlarla mücadelede uluslararası işbirliği sağlamak amacıyla 1998 yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü ile uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulmuştur.[32] 1946 yılında Nürnberg ve Tokyo'da; 1991 Yugoslavya'da ve 1994 Ruanda'da; soykırım, savaş ve insanlık dışı suçları yargılamak için uluslararası *ad hoc* ceza mahkemeleri kurulmuştu. Roma Statüsü devletlerin içişlerine ve egemenlik haklarına ilişkin çok sayıda hüküm içermektedir.[33] Uluslararası ceza mahkemeleri, devlet dışında bir gücün yargılama ve cezalandırma yetkisine ulaşması bakımından, devletin cezalandırma yetkisinin değişiminde önemli aşamalardan biridir.[34]

---

[29] Ahmet Davutoğlu, "Küreselleşme ve AB-Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Ulusal Egemenliğin Geleceği", *Anayasa Yargısı*, S. 20, 2003, s. 53.
[30] Davutoğlu, 2003, s. 54-55.
[31] Erdal, 2010, s. 20.
[32] Albin Eser, "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri", (çev. Faruk Turhan), *Uluslararası Ceza Divanı*, (ed. Feridun Yenisey), Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007, s. 3.
[33] Gözler, 2007, s. 81.
[34] Kai Ambos, "Punishment without a Sovereign? The Ius Puniendi Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 33, No. 2, 2013, s. 294.

Günümüzde uluslararası ve uluslüstü örgütlerin varlıklarının ve etkinliklerinin giderek artması, ulus devletlerin karar alma süreçlerine de etki etmektedir. Ulus devletlerin egemenliklerini aşındıran bu durum, cezalandırma yetkisini kullanılması bakımından da kendini göstermektedir.

4. Küreselleşme

Küreselleşme uygarlık tarihinin çeşitli dönemlerinde yaşanmıştır. Bununla birlikte, günümüzde küreselleşmenin önemli unsuru siyasal-ekonomik yapıdaki alışkanlık değişimdir. Çok uluslu şirketler, iletişim devrimi, uluslar arası medya ve bunların arkasındaki ekonomik-siyasal yapıya birlikte; bunların denetlenmesi ve düzenlenmesi hukuki zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.[35]

Uluslararası örgütler ulusal egemenlik sahalarında faaliyet göstermektedir. Ulusüstü ve ulusaltı yapıların artması ve bölgesel bütünleşmelerin çoğalmasıyla ulusal egemenlik anlayışı değişmekte ve dönüşmektedir.[36] Ancak buradaki değişimi sadece olumsuz manada anlamak doğru olmayacaktır. Nitekim küreselleşme süreciyle girilen etkileşimde bütün ulus devletler aynı ölçüde veya aynı yönde etkilenmemektedir. Örneğin küreselleşme güçlü devletlerin başkalarını kontrol etme ve denetleme gücünü artırırken, daha edilgen kalan ülkeler açısından denetlenmeyi artırmaktadır. Dolayısıyla küreselleşmeyle yaşanan değişim ve dönüşüm süreci her devlet açısından farklı bir anlam taşımaktadır.[37]

Küreselleşmenin farklı dinamikleri bulunmaktadır. Ticaretin serbestleşmesi ve sermaye hareketliliğindeki artış bunun odak noktasını oluşturmaktadır. Sermaye hareketliliğindeki artışa bağlı olarak uluslararası şirketler ve örgütlerin etkinliği küreselleşmenin ulus devletlerin egemenliğini farklı bir yere getirmektedir.[38]

Günümüzde küreselleşme sadece ekonomik yayılmacılık değil, aynı zamanda sosyal ve kültürel etkileşim getirmektedir. Dahası küreselleşen dünyada sadece bir

---

[35] Davutoğlu, 2003, s. 51-52.
[36] Davutoğlu, 2003, s. 52.
[37] Davutoğlu, 2003, s. 52.
[38] Sunay, 2007, s. 132 vd. 1960'larda ABD'de çıkan dolar krizi üzerine Fransa Devlet Başkanı De Gaulle, "Frankın değeri Fransa'nın namusudur" şeklinde tepki vermiş ve finansal egemenliğin sembolü ile Fransa arasında irtibat kurmuştur. Aradan kırk yıl geçtikten sonra, Fransa Euro'ya geçmiştir. Bu geçişte, onurla eş tutulan parasal sembolün değişimine karşı bir direnç ve travma yaşanmamıştır. Davutoğlu, 2003, s. 47.

devleti değil, birçok devleti aynı anda ilgilendiren "sınıraşan suçlar" ortaya çıkmıştır.[39] Bu suçların önlenmesi, bunlarla mücadele edilmesi ve bu tür suçların cezalandırılmasında devletler tek başlarına yeterli olmamaktadır. Bu durum ister istemez, bazı suçlara karşı "küresel" hareket etme zorunluluğu getirmektedir.

B. Dış Egemenlikteki Dönüşüm ve Cezalandırma Yetkisi

20. yüzyıl, ilk yarısına iki dünya savaşı sığdırmış; başından itibaren uluslararası ilişkiler ve uluslararası ticaretin alabildiğince arttığı bir yüzyıl olmuştur. İkinci Dünya Savaşı sonrası uluslararası ilişkilerde yaşanan yoğun ilişkilerin yanı sıra, ülkeler siyasal ve ekonomik yönden birbirlerini çok derinden etkilemeye başlamıştır. Cezalandırma yetkisinin dış (*external*) sınırları, öncelikle cezalandırmanın bir iç sorun olmaktan çıkıp, bütün devletleri ya da çok sayıda devleti aynı anda ilgilendiriyor olması, ilkesel açıdan bir gereklilik ve hatta zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır.

Devletler bazı konularda ortak kararlar almak ve ortak hareket etmek amacıyla bir araya gelerek çeşitli birlikler oluşturmakta ve örgütler kurmaktadırlar. Aynı zamanda devletler bu birlikler ve kuruluşlar aracılığıyla sözleşmeler yapmakta ve taahhütler altına girmektedir. Uluslararası ortak çıkarları korumak amacıyla yapılan sözleşmeler ve uluslararası kuruluşlarca alınan kararların bir kısmı doğrudan devletin cezalandırma yetkisine yönelik olmaktadır. Örneğin işkencenin önlenmesi, ölüm cezasının kaldırılmasına veya çocuk pornografisinin cezalandırılmasına yönelik çok sayıda sözleşme imzalanmıştır. Devletlerin uluslararası hukukta sözleşmeler ve bağlayıcı kararlar yoluyla sahip oldukları çeşitli yükümlülükler, cezalandırma yetkisini belli ölçüde sınırlamaktadır.

Uluslararası hukukun gelişmesiyle birlikte, uluslararası hukuk normları arasında bir hiyerarşinin varlığından söz edilmeye başlanmıştır. Bazı uluslararası hukuk normlarının herkes için bağlayıcı ve emredici olması ve aynı zamanda istisna öngörmemesi sebebiyle üstün oldukları iddia edilmektedir. Bu bağlamda *juscogens* ve insan hakları ilkeleri üstün hukukilik içinde yer almaktadır.[40] Üstün nitelikte normlar

---

[39] Süleyman Özeren, M. Alper Özer ve Oğuzhan Ömer Demir, "Giriş: Yerelden Küresele Sınıraşan Suçlar", *Yerelden Küresele Sınıraşan Suçlar*, (ed. Süleyman Özeren, M. Alper Özer ve Oğuzhan Ömer Demir), Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2010, s. 3.
[40] Karakaş, 1999, s. 221.

iddiası, etik değerlerin pozitif hukuka üstün geleceği ve böylelikle devletlerin iradesiyle oluşan uluslararası pozitif hukukun işlevini yeterince yerine getiremeyeceği yönünde itirazlara neden olmakla birlikte, *juscogens* tartışılır olmaktan çıkmış ve uluslararası hukukta yerini almıştır.[41] *Juscogens*in cezalandırma yetkisi bakımından önemi, uluslararası hukukta oluşan ortak değerlerin devletlerarası ilişkilerde bağlayıcı olması, aynı zamanda ortak kararlara etki etmesidir. Örneğin soykırım ve insanlık dışı suçlara zamanaşımının uygulanmaması bir *juscogens* kural olmuştur ve devletler iç hukuklarında buna riayet göstermek durumundadır.

Küreselleşmeyle birlikte, devletlerin sınırlarının sağladığı koruyucu işlevin eskisine oranla zayıflamasıyla birlikte, ülkelerarası insan, mal ve hizmet dolaşımı artmıştır.[42] İnsan, mal ve veri akışının ülkeler arasında çok kolay ve hızlı hareket edebilmesi olarak kısaca ifade edilebilecek küreselleşmeyle birlikte, çok sayıda devleti aynı anda ilgilendiren suçlar ortaya çıkmış ve yaygınlaşmıştır. Sınıraşan suçların artması birtakım teknik, ekonomik ve siyasal sebeplerden kaynaklanmaktadır ve bazı sonuçlar ortaya çıkarmıştır.[43]

Küreselleşmeyle birlikte ortaya çıkan ve ülke sınırlarını aşan suçlar sorununu, bağımsızlık fikrine dayanan klasik ceza hukukuyla aşmak mümkün olmamaktadır.[44] Serbest dolaşım, sınırı aşan suçların ve yasak pazarlarda yapılan işlemlerin artmasına neden olmuş; birden çok devleti ilgilendiren durumlarda suçların daha lehe düzenleme yapan devlete doğru kaymasına yol açmıştır.[45] Bu durumda, sınırlar ötesinde etkili olabilecek bir ceza hukukunun oluşabilmesi için iki farklı yöntem ortaya çıkmaktadır. Öncelikle yabancı ceza hukuku sistemine iç hukukta geçerlilik tanımak ki; Avrupa Birliği düzeyinde gerçekleşen çok sayıda işbirliği modeliyle, klasik uluslararası adli yardımlaşma kurumu, önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır.[46] İkinci olarak, ceza hukuku normlarının bir ülke içinde kendiliğinden daha geniş bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla devletler üstü ceza hukukunun oluşturulmuştur.[47]

---

[41] Karakaş, 1999, s. 221.
[42]Ulrich Sieber, "Ceza Hukukunun Sınırları", *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, (çev. ve yay. haz. Feridun Yenisey), Beta, İstanbul, 2007, 2. baskı, s. 177.
[43]Sieber, 2007, s. 176.
[44]Sieber, 2007, s. 178.
[45]Sieber, 2007, s. 177-178.
[46] Ayrıntı için bkz. Sieber, 2007, s. 178-179.
[47]Sieber, 2007, s. 179.

Küreselleşme ile birlikte gelen teknik gelişmeyle birlikte, dünya çapında veri ağları suç işlemekte kullanılmaya başlanmıştır.[48] İnternetin yaygınlaşması, bilgisayar sistemi yoluyla işlenen suçların yaygınlaşmasına ve artmasına neden olmuştur. Çok hızlı bir şekilde başka başka ülkelerdeki sistemleri kontrol etme veya zarar verme şeklinde gerçekleşen bu suçların önlenebilmesi veya denetim altına alınabilmesi sadece bir ülke açısından imkansız hale gelmiştir.[49] Benzer şekilde seyahat ve ulaşım imkanlarının artması ve insan ve mal değişiminin çok hızlı hale gelmesinden sonra sınıraşan suçlar oldukça yaygınlaşmış ve bu tür suçların önlenmesinde uluslar arası işbirliği bir zorunluluk haline gelmiştir.[50]

Küreselleşmeyle dünyada yaşanan ekonomik gelişmeler de özellikle ekonomiyle ilgili suçların artışında önemli bir faktör olmuştur. Kara para aklama, konteynırlarla yapılan ticaret, uluslar arası holdinglerin birçok devleti ilgilendiren karmaşık ticari işlemleri, tek bir devletin koyduğu kurallarla denetlenmesi imkansızdır.[51] Öte yandan bu tür çok devletli faaliyetler sayesinde, insan ticareti, uyuşturucu kaçakçılığı, silah kaçakçılığı, organ kaçakçılığı ve mal korsanlığı gibi suçların yaygın olarak işlenmesi imkanı doğmaktadır.[52]

Sonuç olarak, günümüzde devletlerin dış egemenliği de bir dönüşüm içindedir ve bu dönüşüm devletin cezalandırma yetkisine sınırlamalar getirmektedir. Öncelikle devletin cezalandırma yetkisi uluslararası hukuk ilkeleri ve değerleriyle sınırlıdır. Öte yandan devletlerin cezalandırma yönünde ortak hareketle suçları cezalandırma ihtiyacı ve zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bunlar cezalandırma yetkisini devlete özgü olmaktan çıkarmakta ve bir ortaklaşmaya doğru götürmektedir.

---

[48]Sieber, 2007, s. 176.
[49]Sieber, 2007, s. 176.
[50]Sieber, 2007, s. 176.
[51]Sieber, 2007, s. 176-177.
[52]Sieber, 2007, s. 177.

II. ULUSLARARASILAŞMA VE CEZALANDIRMA YETKİSİ

Uluslararası kuruluşlar, sözleşmeler ve mahkemelerin devletin egemenliğine bir sınırlama getirdiği gibi, devletlerin birliktelik yahut sözleşme yaparken taahhüt altına girmesi, cezalandırma yetkisini sınırlandırmaktadır. Bu kısımda uluslararası kuruluşlar, uluslararası sözleşmeler, uluslararası mahkemeler, insan hakları raporları ve uluslararası ceza hukuku doktrini konuları ele alınacaktır.

A. Uluslararası Kuruluşlar

Dünyada devletlerin doğrudan cezalandırma yetkisini düzenleyen veya bu amaçla kurulmuş bir kuruluş yoktur. Ötesi, devletler cezalandırma yetkisini hala ulusal egemenliğin en önemli göstergesi olarak gördüklerinden uluslararası düzeyde ceza hukukunu düzenleyen bir kuruluş yoktur. Bununla birlikte uluslararası çok sayıda kuruluş, bir devletteki ceza hukukunun gelişimi ve değişimine etki edebilmekte veya doğrudan etki eden kararlar alabilmektedir.

Cezalandırma yetkisine etki bakımından uluslararası kuruluşları üç kategoride incelemek mümkündür. Bunlar dünyada devletler arasında sosyal, kültürel ve ekonomik işbirliği sağlamak amacıyla ortak çalışmalar yapmak üzere kurulmuş örgütler, uluslararası hükümet dışı örgütler ile uluslararası ceza mahkemeleri olmak üzere ayrımlanabilir. Burada uluslararası ceza mahkemelerini ayrı değerlendireceğiz.

Hükümetlerin bizatihi kuruluşlarında yer aldıkları ve üye olarak kabul edildikleri örgütlenmeler; Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Teşkilatı (AGİT), Amerikan Devletleri Örgütü, Afrika Devletler Birliği olarak sıralanabilir. Bunların yanında daha az sayıda devletin bir araya gelmesiyle kurulan sayısız örgütten söz edilebilir. Sayılanların özellikleri dünya çapında çok sayıda devletin bir araya gelmesiyle dünya çapında yahut kıtasal ölçekte faaliyet göstermeleri ve aynı zamanda üye devletlerin uymayı taahhüt ettikleri çok sayıda sözleşme ve kararı uygulamalarıdır. Bu örgütlerce kabul edilen çok sayıda sözleşme ve

alınan prensip kararı, devletlerin cezalandırma yetkilerine etki eden kimi hükümler ve yükümlülükler getirmektedir.

Hükümet dışı uluslararası örgütler ise, genellikle insan hakları örgütlenmeleridir. Uluslararası Af Örgütü[53] (1961), Uluslararası Hukukçular Komisyonu[54] (1952), Uluslararası Kızılhaç Komitesi[55] (1863/1949), Uluslararası PEN Kulübü[56] (Şairler, Denemeciler, Romancılar, 1921), İnsan Hakları için Uluslararası Birlik (1942), İşkenceyi Önleme Derneği[57] (1977) dünyada insan hakları ihlallerinin önlenmesi ve insan haklarının geliştirilmesi amacıyla kurulmuş olan örgütlerdir.[58] Bu örgütlenmeler, yaptıkları incelemeler ve hazırladıkları raporlar ile zaman zaman devletlerin ceza hukukuna etki veya katkı yapabilmektedir. Örneğin 1 Şubat 1989 tarihli *İşkencenin ve Gayriinsanî ya da Küçültücü Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesinin* İşkenceye Karşı İsviçre Komitesi ve Uluslararası Hukukçular Komisyonunun ortak çalışmaları neticesinde Avrupa Komisyonu tarafından kabul edilmesi sağlanmıştır.[59] Uluslararası Af Örgütü ve diğer örgütler, inceleme yaptıkları ülkelerde karşılaştıkları sorunları basın açıklamaları veya başka tür barışçı yollarla dile getirmektedirler.[60]

B. Uluslararası Sözleşmeler

Uluslararası sözleşmeler, uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde devletlerin karşılıklı iradeleriyle yaptıkları, çeşitli yükümlülükler doğuran, yazılı irade uyuşmalarıdır.[61] Çok sayıda devletin ortak katılımıyla imzalanan ve uygulanan sözleşmelerin bir kısmı, karşılıklı olarak insan haklarını koruma ve aynı zamanda bazı suçlar ile ortak mücadeleyi amaçlamaktadır. Bu sözleşmeler devletlerin cezalandırma

---

[53] *http://www.amnesty.org.*
[54] *http://www.icj.org.*
[55] *http://www.icrc.org/eng.*
[56] *http://www.pen-international.org.*
[57] *http://www.apt.ch.*
[58] Kapani,
[59] Mesut Gülmez, "İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi ve Türkiye'ye Yönelik Açık Bildirimleri", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 31, S. 1, (Mart) 1998, s. 14.
[60] Örneğin Uluslararası Af Örgütünün 1 Mart 2013 tarihli basın bildirisi "Fas Ceza Kanunu'ndaki taraflılık kadınları ve genç kızları tehlikeye atıyor" başlığını taşımaktadır ve bildirinin içeriğinde kadın ve genç kızların şiddet ve ayrımcılığa karşı korunması için ceza kanununun birçok maddesinin değiştirilmesi gerektiği konusunda değerlendirmelerde bulunmuştur. *http://www.amnesty.org.tr/ai/node/2121.*
[61] Pazarcı, 2004, s. 43.

yetkisini kullanılmasını çeşitli şekillerde etkilemektedir. Genel olarak insan haklarını korumaya yönelik sözleşmeler cezalandırmaya ilişkin temel ilkelere (örneğin, kanunilik ilkesi, suçların ve cezaların şahsiliği ilkesi) yer vermektedir. Doğrudan cezalandırma yetkisini ilgilendiren sözleşmeleri ise bir suç tipinin ihdasını zorunlu kılan (suç ihdası yükümlülüğü getiren) sözleşmeler ve bir yaptırım türünün yasaklanmasına ilişkin sözleşmeler olmak üzere iki kategoride ele alınabilir. Bir de bunları tamamlayıcı olarak belli suç konularında ortak çalışma ve özellikle kolluk-yargılama işbirliği amacı taşıyan sözleşmeler söz konusudur. Burada uluslararası sözleşmelere, insan hakları sözleşmeleri, suç ihdası yükümlülüğü getiren sözleşmeler ve yaptırım türünü yasaklayan sözleşmeler olmak üzere üç başlıkta yer verilecektir. Bu alanda dünyadaki sözleşmelerin tümüne yer verilemeyeceğinden, yer verilenler Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi ile sınırlandırılmıştır.

Birleşmiş Milletler'in kurulmasıyla birlikte, üye devletlerin taraf olduğu insan haklarını korumaya yönelik çok sayıda karar alınmış, bildiri ve sözleşme imzalanmıştır. Bugün birçok anayasanın yapımında etkili olmuş İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, kanunilik ilkesinin güvenceye alınmasına salık veren en önemli bir insan hakları belgesidir. Öte yandan, soykırım; insan ticareti; çocukların ticarete, fuhşa ve pornografiye konu edilmesi; ırk ayrımcılığı; uyuşturucu ticareti; göçmen kaçakçılığı; kara paranın aklanması; yolsuzluk; terör eylemleri ve terörün finansmanı gibi çok sayıda fiilin suç olarak kabul edilmesi ve cezalandırılması ile işkence ve kötü muamelenin cezalandırma yöntemi olmaktan çıkarılmasını düzenleyen ve taraf devletlere iç hukukta düzenleme yapma yükümlülüğü getiren çok sayıda Birleşmiş Milletler sözleşmesi ve bunlara ek protokoller vardır.

Avrupa Konseyi, adaletin, insan haklarının ve barışın bölgesel düzeyde güçlendirilmesi ve bu yönde uluslararası işbirliği yapılması için 5 Mayıs 1949 tarihinde Londra'da imzalanan antlaşmayla kurulmuştur.[62] Avrupa Konseyi'nin bugün 47 üyesi bulunmaktadır. Cezalandırma yetkisinin kullanılmasıyla ilgili olarak Avrupa Konseyi

[62] Londra Antlaşmasının 1. Maddesi Avrupa Konseyi'nin amacını düzenlemektedir. Buna göre Konseyin kuruluş amacı: **(a)** Avrupa Konseyinin amacı, üyeleri arasında, müşterek mirasları olan ülkü ve prensipleri korumak ve yaymak ve siyasi, ekonomik ilerlemelerini sağlamak amacıyla daha sıkı bir birlik meydana getirmektir. **(b)** Bu gayeye, Konsey organları vasıtasıyla, ortak çıkarları ilgilendiren sorunların incelenmesi, anlaşmalar akdi ve ekonomik, sosyal, kültürel, bilimsel, yasal ve idarî alanlarda bir ortak hareket hattının kabulü ve insan hakları ile temel özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesiyle varılacaktır. **(c)** Üyelerin Avrupa Konseyi çalışmalarına katılmaları onların Birleşmiş Milletlerin ve taraf bulundukları diğer uluslararası kuruluş ve birliklerin faaliyetine iştiraklerini etkilememelidir. **(d)** Milli savunmayla ilgili meseleler Avrupa Konseyinin kapsamı içine girmez.

bünyesinde çok sayıda anlaşma imzalanmıştır. Avrupa Konseyi Suç Sorunları Komitesi[63] (*European Committee on Crime Problems* – CDPC) ceza hukukuna ilişkin kararların alındığı ve sözleşme taslaklarının hazırlandığı birimdir. Avrupa Konseyi çerçevesinde çevrenin korunmasından yolsuzluğa, çocukların korunmasından siber suçlara ve terörizme kadar birçok alanda sözleşme imzalanmıştır.

1. İnsan hakları sözleşmeleri

İnsan hakları sözleşmeleri tüm dünya çapında BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile başlamış olup; bu bildirge bölgesel (kıtasal) düzeyde çok sayıda insan hakları sözleşmesine ilham olmuştur. İnsan hakları sözleşmeleri, günümüz ceza hukuku anlayışının temel ilkelerinin yer vermeleri bakımından önemlidir. Bu sözleşmeler genellikle, eşitlik, insan onuru gibi genel ilkelerin yanı sıra kanunilik, suç ve cezaların şahsiliği, işkence yasağı gibi doğrudan ceza hukukuna ilişkin ilkelere de yer vermektedir.

1- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948)

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı kararıyla ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, insan hakları alanında bütün dünyada kült bir belge haline gelmiştir. Birçok hakkın ilk kez açık bir biçimde ifade edildiği bildirge, insan hakları alanında temel bir kılavuz niteliğindedir.[64]

> **Madde 11** (1) Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılama sonunda, yasaya göre suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır. (2) Hiç kimse işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

---

[63] Komite hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/CDPC/CDPC_en.asp.*

[64] 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu (27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı *Resmi Gazete*) ile "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Resmi Gazete ile yayınlanması yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu Beyanname hakkında radyo ve gazetelerde münasip neşriyatta bulunulması" kararlaştırılmıştır. Bu bilgi ve ayrıca Bildirgenin tam metni için bkz. *http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf.*

Evrensel Bildirgenin 11. maddesi masumiyet karinesi ve kanunilik ilkesini birlikte düzenlemektedir. Birinci fıkrada, özellikle masumiyet karinesine vurgu yapılmıştır. İkinci fıkrada ise, suçlanmanın ancak ulusal veya uluslararası hukuka göre suç teşkil eden bir eylem halinde yapılacağı belirtilerek, kanunilik ilkesi düzenlenmiştir. Ayrıca "kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez" denilerek, kanunilik ilkesinin unsurları belirtilmiştir.

Evrensel Bildirge bir sözleşme değildir. Türkiye'de kabulü TBMM'nin çıkardığı kanun ile değil, Bakanlar Kurulu kararıyladır. Bununla birlikte Evrensel Bildirge, insan haklarına ilişkin temel bir referans kaynağı olması sebebiyle önemlidir. Ayrıca dünyada kanunilik ilkesine yer veren anayasalar büyük ölçüde Evrensel Bildirgeden mülhem bir düzenlemeye yer vermektedir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesiyle varılmak istenen insan hakları anlayışına paralel olarak, Bildirgeden farklı olarak taraf devletler açısından bağlayıcı sözleşmeler yoluyla insan haklarının pozitif hukukta güvenceye alınması sağlanmak istenmiştir. Sözleşmelerin bir kısmında insan haklarını koruma yolu olarak, insan hakları ihlalinin cezalandırılmasını sağlayan hükümler yer almıştır. Başka bir deyişle, "insan haklarının cezalandırma yoluyla korunması" yöntemi benimsenmiştir.

2- Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989)

20 Kasım 1989'da New York'ta imzalanmış ve 2 Eylül 1990'da yürürlüğe girmiştir.[65] Bu sözleşme taraf devletlere çocukların gelişimlerini sağlıklı bir şekilde sağlamaları amacıyla sosyal, ekonomik, kültürel hemen hemen her konuda çok sayıda yükümlülük getirmektedir. Bununla birlikte çocukların dış tehlikelerden korunması amacıyla, ceza hukuku tedbirleri içeren çok sayıda yükümlülüğe yer verilmektedir.[66]

Sözleşmenin 34. maddesi, çocukların cinsel amaçlı sömürülmesi, fuhşa sürüklenmesi ve pornografik içerikli ürünlerde kullanılmalarını önlemek amacıyla taraf devletlere tedbir alma yükümlülüğü getirmektedir. Sözleşmenin 35. maddesi çocukların kaçırılmaları, satılmaları ve fuhşa konu edilmelerini; 36. maddesi ise, çocukların

---

[65] *http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en.* Bu sözleşmenin öncesinde 1959 tarihinde Birleşmiş Milletlerin 841 nolu toplantısında kabul edilen 10 maddelik "Çocuk Hakları Bildirgesi"nin 9. maddesinin ilk cümlesi "Çocuklar her türlü istismar, ihmal, ve sömürüye karşı korunmalı ve hiçbir şekilde ticaret konusu olmamalıdır." şeklindedir. *http://tr.wikisource.org/wiki/%C3%87ocuk_Haklar%C4%B1_Bildirgesi* .

[66] Sözleşmenin Türkçe tam metni için bkz. *http://www.cocukhaklari.gov.tr/condocs//mevzuat/cocuk_haklari_sozlesmesi.pdf.*

esenliğine yönelik her türlü sömürüye karşı devletlere tedbir alma yükümlülüğü getirmektedir.

Sözleşmenin 37. maddesi, çocukların cezalandırılmalarına ilişkin hükümlere yer vermektedir. Bu göre, çocuklara hiçbir şekilde işkence, zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza uygulanamaz. 18 yaşından küçükler için ölüm cezası ve hiçbir şekilde salıverilme koşulu bulunmayan ömür boyu hapis cezası verilemez. 40. maddede ise, çocukların cezalandırılmalarında uyulacak kuralları düzenleme, burada kanunilik ilkesi ve masumiyet karinesi başta olmak üzere çok sayıda ceza muhakemesi ilkesine yer verilmektedir. 40. maddenin 3. fıkrasının (a) bendinde, taraf devletlere ceza ehliyeti kabul edilmeyecek çocuklar için bir asgari yaş sınırı belirleme yükümlülüğü getirmeleri istenmektedir.

25 Mayıs 2000 tarihinde New York'ta imzalanan ve 18 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Hakları Sözleşmesine Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisine İlişkin İhtiyari Protokol 1. maddesinde taraf devletlere, çocukların satılması, fuhşa sürüklenmesi ve çocuk pornografisini yasaklama yükümlülüğü getirmektedir. Protokolün 3. maddesine göre, devletler bu tür fiillerin önlenmesi amacıyla ceza kanunlarında düzenleme yaparak, etkin mücadelede bulunmayı taahhüt ederler.

3- Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969)

Amerikan Devletleri Örgütü'ne üye devletler, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesini[67] 22 Kasım 1969 tarihinde San Jose, Kostarika'da imzalanmıştır. Bu sebeple San Jose Paktı olarak da bilinir. Sözleşme 19778 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme insan haklarını korumaya yönelik birçok hüküm içermekte ve taraf devletlere yükümlülükler getirmektedir. korum hükümlerinin bir kısmı cezalandırmaya ilişkindir. Sözleşme ölüm cezasını terk etmiş devletlerin bir daha bu cezaya geri dönmemesini, ölüm cezasını uygulayanların ise, siyasi suçlarda ölüm cezası vermesini yasaklamakta ve bu cezayı sadece çok ağır suçlarda uygulanabilmesini öngörmektedir (m. 4). İşkence, küçültücü ve insanlık dışı muamelenin ceza olarak uygulanması yasaklanmakta; cezanın suçludan başkasına sirayet etmesi yasaklanmaktadır (m. 5). Suçların ve cezaların kanuniliği (m. 9) bütün yönleriyle düzenlenmektedir.

---

[67] Sözleşmenin tam metni için bkz. *http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf.*

4- Afrika İnsan ve Kişi Hakları Şartı (1981)

Afrika Birliği'ne üye devletlerce 1981 yılında imzalanarak 1986 yılında yürürlüğe giren Afrika İnsan ve Kişi Hakları Şartı[68], Banjul Şartı olarak da bilinmektedir. Afrika'nın tarihsel geçmişine bağlı olarak, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesiyle başlayan şart; işkence, insanlık dışı ve kötü muameleyi ve bunların cezalandırma yöntemi olarak kullanılmasını yasaklamaktadır (m. 5). Sözleşme ayrıca kanunilik ilkesi ile suç ve cezaların şahsiliği ilkesine de yer vermektedir (m. 7).

5- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950)

Bölgesel düzeyde insan haklarını sağlamaya yönelik çok sayıda anlaşmanın yanı sıra özellikle 4 Kasım 1950 yılında Roma'da imzalanan ve 1953 yılında yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile insan hakları en geniş kapsamlı bir şekilde güvenceye alınmıştır. Üstelik bu Sözleşme ile güvence altına alınan hakların uygulanmasını denetleyecek iki ayrı bağımsız organ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (1954) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (1959) kurularak, insan haklarının en etkili bir şekilde korunduğu bir sistem geliştirilmiştir. Bu sözleşmeye bölümün son ana başlığında ayrıntısıyla yer verilecektir.

2. Suç ihdası yükümlülüğü getiren sözleşmeler

Suç ihdası yükümlülüğü getiren sözleşmeler, taraf devletlere sözleşmenin konusu olan suç tipini iç hukukta düzenleme yükümlülüğü getiren sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler genellikle iki amaçla yapılmaktadır. Bazı suç tipleri geçmişte insanlığa çok acı çektirmiştir (örneğin soykırım) ve çağdaş dünyada bu acıların tekrar yaşanması istenmemektedir. Bazı suç tipleri ise, sadece bir devletin tek başına çaba göstererek üstesinden gelebileceği türden değildir. Bu suçlar için çok sayıda devletin ortak hareket etmesi gerekmektedir. Bu en başta bu suç tipinin iç hukukta düzenlenmesini ve ortak mücadeleye yönelik tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir. Her iki durumda da devletler, belli bir suç tipinin ihdasına yönelik yükümlülükler altına girmektedir.

---

[68] Sözleşmenin tam metni için bkz. *http://www.african-court.org/en/images/documents/Sources%20of%20Law/Banjul%20Charta/charteang.pdf.*

a. Soykırım suçuna ilişkin sözleşmeler

BM Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme (1948); Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1948 tarihinde Paris'te yapmış olduğu toplantıda 260 A (III) sayılı kararıyla kabul edilerek; imza, onay ve katılıma açılmıştır.[69] Sözleşme 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin 1. maddesi, ister savaş zamanında isterse normal dönemde işlensin, soykırımın uluslararası hukuka giren bir suç olarak kabul edilmesini ve cezalandırılmasını kabul etme yükümlülüğü getirmektedir. 2. maddede soykırım suçu tanımlanmış ve 3. madde ile soykırımda bulunmak; soykırımda bulunulması için işbirliği yapmak; soykırımda bulunulmasını doğrudan ve aleni surette kışkırtmak; soykırımda bulunmaya teşebbüs etmek ve soykırıma iştirak etmek fiillerinin cezalandırılması düzenlenmiştir. 4. maddede soykırım suçunu anayasaya göre yetkili yöneticiler veya kamu görevlileri olsa da cezalandırılacağı taahhüt altına alınmıştır.

Sözleşmenin 5. maddesi, sözleşmeci devletlere, sözleşmenin etkin hale getirilmesini sağlamak amacıyla iç hukukta düzenleme yapma yükümlülüğü getirmektedir. Ayrıca 6. madde, soykırım fiilini işlediğine dair hakkında suç isnadı bulunan kimselerin suçun işlendiği devletin yetkili mahkemesi veya yargılama yetkisi bulunan uluslararası bir ceza mahkemesi tarafından yargılanmasını öngörmektedir. Sonuç olarak, sözleşmeye taraf devletin soykırım fiillerini suç saymak ve cezalandırmak yükümlülüğü bulunmaktadır.

İnsanlığa Karşı Suçlar ile Savaş Suçlarına Zamanaşımı Uygulanmamasına Dair Avrupa Sözleşmesi[70] (1974) Birleşmiş Milletler nezdinden imzalanan Soykırımın Cezalandırılması ve Cenevre Savaş Hukuku sözleşmelerine atıfta bulunarak, bu sözleşmelerde tarif edilen insanlığa karşı suç ve savaş suçlarına dair zamanaşımı uygulanmasını yasaklamaktadır.

---

[69] Türkiye Sözleşmeyi 23 Mart 1950 tarihinde onaylamış ve 5630 sayılı kanun (29 Mart 1950 tarih ve 7469 sayılı *Resmi Gazete*) ile onaylamıştır. *http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/33-36.pdf.*

[70] Sözleşmenin tam metni için bkz. *http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/082.htm.*

b. İnsan ticareti suçuna ilişkin sözleşmeler

Birleşmiş Milletlerin kurulmasından önce imzalanan ve kişilerin alışveriş konusu yapılmasını yasaklayan ve cezalandıran çok sayıda uluslararası sözleşme, BM'nin kuruluşundan sonra revize edilerek, taraf devletlerin imzasıyla kabul edilmiştir. Bunların çoğunda yasaklama ve tedbirden söz ederken, faillerin cezalandırılmasına yer verilmemiştir. Bununla birlikte İnsan Ticaretinin ve İnsanların Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Yasaklanmasına Dair Sözleşme[71] taraf devletlere başkalarının fuhşunu sömüren, rızaya bağlı olsa dahi başkasının fuhuş yapmasını istismar eden kimselerin (m. 1); fuhuş yapmaya imkân sağlayan kimseleri (m. 2) cezalandırma yükümlülüğü getirmektedir. Bu sözleşmede yazan fillerin suç sayılması, bunların önlenmesi ve cezalandırılması için gerekli ve yeterli tedbirler alınması sözleşmede hüküm altına alınmıştır.

İnsan ticaretinin ve fuhşun sömürülmesini cezalandırmaya yönelik diğer sözleşmeler şunlardır: 1904 tarihli Beyaz Kadın Ticaretinin Önlenmesine Yönelik Uluslararası Antlaşma[72] 1949 tarihinde yenilenerek kabul edilmiştir.[73] Cenevre'de 30 Eylül 1921 yılında imzalanan "Kadınların ve Çocukların Ticaretinin Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme[74] 1947 yılında New York'ta değiştirilerek yeniden imzalanmış ve 24 Nisan 1950 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[75]

İnsan Ticaretine Karşı Avrupa Sözleşmesi[76] 16 Mayıs 2005 tarihinde Varşova'da imzalanmıştır. Sözleşmenin 4. kısmı maddi ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler getirmekte ve taraf devletlere "insan ticareti" suçunu iç hukukta düzenleme yükümlülüğü getirmektedir (m. 18). Ayrıca insan ticareti mağdurunun hizmetinden yararlanma (m. 19), insan ticareti amacıyla belgede sahtecilik suçları (m. 20) ile bu suça teşebbüs, iştirak ve suçun diğer özel görünüş biçimleri düzenlenmektedir.

---

[71] Sözleşme 21 Mart 1950 tarihinde imzalanmış ve 25 Temmuz 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir. *http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-11-a&chapter=7&lang=en.*

[72] 18 Mayıs 1904 tarihinde Paris'te imzalanmıştır. *http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-8&chapter=7&lang=en.*

[73] Protokol 4 Mayıs 1949 tarihinde New York'ta imzalanmış ve 21 Nisan 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir. *http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-7&chapter=7&lang=en*.

[74] *http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-3&chapter=7&lang=en.*

[75] *http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-2&chapter=7&lang=en.*

[76] Sözleşmenin tam metni için bkz. *http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/197.htm.*

c. Ayrımcılık suçuna ilişkin sözleşmeler

Her Çeşit Irk Ayrımının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme 7 Mart 1966 tarihinde New York'ta imzalanmış ve 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[77] Sözleşme taraf devletlere her türlü ayrımcılığı yasaklamasını, önlemesini ve bu tür faaliyetlere karşı tedbirler alma yükümlülüğü getirmektedir. Sözleşmenin 4. maddesinin (a) bendi, taraf devletlerin "ırksal üstünlük veya nefrete dayalı fikirlerin yayılması, ırk ayrımcılığının teşviki, ırksal temelde herhangi bir gruba karşı şiddet eylemlerinde bulunmak veya bunları teşvik etmek, ırkçı eylemlere yardım ve mali desteği" suç olarak cezalandırmak üzere yasal düzenlemeler yapmasını öngörmektedir.

Apartheid Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme New York'ta 30 Kasım 1973 tarihinde imzalanmış ve 18 Temmuz 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[78] Sözleşmenin 1. maddesi taraf devletlerin *apartheid* fiilini uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden insanlığa karşı suçlardan biri olarak kabul ettiğini belirtmektedir. 2. madde ile *apartheid* suçunun tanımı yapılmış ve hangi fiillerin *apartheid* oluşturduğu ayrıntılı olarak gösterilmiştir. Sözleşmenin 4. maddesi, taraf devletlerin *apartheid* suçuyla etkin bir şekilde mücadele etmesi için her türlü yasal düzenlemeyi yapmasını ve diğer tedbirleri almasını yükümlülük haline getirmektedir.

d. Çocukların ve kadınların istismarı suçuna ilişkin sözleşmeler

Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi[79] Lanzarote'de 25 Ekim 2007 tarihinde imzalanmış ve 1 Temmuz 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[80] Sözleşmenin 6. Bölümü Maddi Ceza Hukuku başlığını taşımakta ve ceza hukuku alanında alınması gereken tedbirleri sıralamaktadır. Buna göre Sözleşmede ayrıntısıyla tarif edilen, çocukların cinsel istismarı (m. 18), çocukları

---

[77] *http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en.* Sözleşme Türkiye tarafından 13 Ekim 1972 tarihinde imzalanmış ve 3 Nisan 2002 tarih ve 4750 sayılı kanun ile onaylanmıştır.

[78] *http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-7&chapter=4&lang=en.* Sözleşmenin tam metni için bkz. *United Nations Treaty Series*, Vol. 1015, New York, 1984, s. 244-248. (*http://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%201015/v1015.pdf*).

[79] Sözleşme Türkiye tarafından 25 Ekim 2007 tarihinde imzalanmış, 25 Kasım 2010 tarih ve 6084 sayılı kanun ile kabul edilmiştir (*Resmi Gazete,* T. 10 Aralık 2010, S. 27781). Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. *http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/09/20110910-4-1.pdf.*

[80] *http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=201&CL=ENG.*

fuhşa zorlamak ve çocuk fuhşuna katılmak (m. 19), çocuk pornografisi (m. 20-21), çocukların suiistimali (m. 22), çocukların cinsel amaçlar için teşviki (m. 23), bu fiillere iştirak ve teşebbüs (m. 24) fiilleri taraf devletler tarafından iç hukuklarında suç olarak düzenlenmek ve cezalandırılmak durumundadır.

Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzalanmıştır.[81] Sözleşme kadınlara yönelik olarak çok sayıda fiilin etkin bir şekilde cezalandırılmasını öngörmektedir. Buna göre taraf devletler, psikolojik şiddet, taciz, fiziksel şiddet, cinsel şiddet, zorla evlendirme, kadın sünneti, zorla kürtaj ve kısırlaştırma, cinsel taciz ile bu suçlara iştirak ve yardım fiillerinin iç hukukta suç olarak düzenlemek ve etkin bir şekilde cezalandırmakla yükümlüdür.

e. Terörizmin önlenmesine ilişkin sözleşmeler

Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi[82] 16 Mayıs 2005 tarihinde Varşova'da imzalanmıştır. Sözleşme taraf devletlere, terörizmin finansmanıyla mücadele yükümlülüğü getirmekte; suç olan fiillere uygulanacak müsadere, elkoyma ve dondurma yaptırımlarını düzenlemektedir. Taraf devletler iç hukukta gerekli tedbirleri alma, suç olan fiilleri düzenleme ve yaptırımları uygulamakla yükümlüdür. Öte yandan belirtilen fiillerle mücadelede uluslararası işbirliği öngörülmektedir.

Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi[83] (1978), suçluların iadesinde siyasi suç sayılmayacak durumlar ile terörizmin önlenmesi ve terörle mücadelede taraf devletlerarasında işbirliğini düzenlenmektedir. Bireysel Silahlanma ve Satınalmanın Denetimi Avrupa Sözleşmesi[84], taraf devletlere iç hukukta sözleşmeye uygun düzenleme yapma ve tedbirler alma yükümlülüğü getirmektedir.

---

[81] Sözleşmenin tam metni için bkz. *http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/akas_no210.pdf.*
[82] Sözleşmenin tam metni için bkz. *http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/198.htm.*
[83] Sözleşmenin tam metni için bkz. *http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/090.htm.*
[84] Sözleşmenin tam metni için bkz. *http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/101.htm.*

f. Diğer suç tiplerine ilişkin sözleşmeler

AK Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunmasına Dair Sözleşme[85] (*Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law*) 4 Kasım 1998'de Strazburg'da imzalanmıştır. Sözleşme, çevrenin kasten ve taksirle kirletilmesine ilişkin çok sayıda fiilin iç hukukta suç olarak düzenlenmesini ve etkili bir biçimde cezalandırılmasını öngörmektedir.

Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi[86] (*Criminal Law Convention on Corruption*), yolsuzluğun hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan hakları için tehdit oluşturması; demokratik kurumların istikrarını ve toplumun ahlaki temellerini tehlikeye atması nedeniyle, yolsuzlukla mücadelede ceza hukuku yoluyla uluslararası işbirliği sağlamak amacıyla yapılmıştır. Bu doğrultuda, ulusal kamu görevlilerine rüşvet verilmesi ve ulusal kamu görevlilerinin rüşvet alması, ulusal kamu meclisleri üyelerinin yolsuzluğu, yabancı kamu görevlilerinin ve meclislerinin üyelerinin yolsuzluğu, özel sektörde rüşvet verilmesi ve alınması, uluslararası örgüt görevlilerinin ve parlamentolar üyelerinin yolsuzluğu, uluslararası mahkemelerin hakim ve görevlilerinin yolsuzluğu, nüfuz ticareti, yolsuzluk suçlarından elde edilen gelirlerin aklanması, muhasebe suçları ve sayılan bu suçlara iştirak fiillerinin iç hukukta suç olarak düzenlenmesi, suçların etkin bir şekilde cezalandırılması ve bu suçlarla mücadelede uluslararası işbirliği taraf devletlere yükümlülük olarak düzenlenmiştir.

Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi'nin[87] (*Convention on Cybercrime*) ikinci kısmı taraf devletlere sayılan suçları düzenlemek ve cezalandırmakla yükümlüdür. İkinci kısımda sayılan suçlar şunlardır: Bilgisayar data ve sistemlerinin gizliliği, bütünlüğü ve ulaşılabilirliğine yönelik suçlar; yasa dışı ulaşım, yasadışı müdahale, yasadışı engelleme, sisteme müdahale ve kötüye kullanımı. Bilgisayarla ilgili suçlar; bilgisayar yoluyla sahtecilik ve dolandırıcılık. İçeriğe yönelik suçlar; çocuk pornografisi, fikir haklarını ihlal suçları ve ayrıca bu suçlara teşebbüs ve yardım fiillerinin de cezalandırılması öngörülmektedir.

---

[85] Sözleşmenin tam metni için bkz. *http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/172.htm.*

[86] Sözleşme 1 Ocak 1999 tarihinde Strazburg'da kabul edilmiş ve 27 Ocak 1999 tarihinde imzaya açılmıştır. Sözleşmenin tam metni için bkz. *http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5065.html.*Türkiye sözleşmeyi 14 Ocak 2004 tarih ve 5065 sayılı kanun ile onaylanmasını uygun bulmuştur.

[87] Sözleşme 23 Kasım 2001 tarihinde Budapeşte'de imzalanmıştır. Tam metin için bkz. *http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm.*

Avrupa Konseyi Suç Gelirlerinin Aklanması, Aranması, Zaptedilmesi ve Müsadere Edilmesine İlişkin Sözleşme [88] 8 Kasım 1990 tarihinde Strazburg'da imzalanmıştır. Sözleşmede suçtan kaynaklanan gelirin tanımını yaparak (m. 1), bunlara müsaade yaptırımı uygulanması gerektiğini öngörmektedir (m. 2). Ayrıca 6. maddede "karapara aklama" suçunun tanımını yaparak, taraf devletlere bu fiilin iç hukukta suç olarak düzenlenmesi yükümlülüğü getirilmektedir.

Tıbbi Ürünlerin Taklitçiliği ile Toplum Sağlığını Tehdidi de İçeren Benzer Suçlara Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi[89], taraf devletlere taklit ürünler üretmeyi, bunları sağlamayı, kullandırmayı ve ticaretini, evrakta sahtecilik ile toplum sağlığını tehdit eden benzer suçların cezalandırılması yükümlülüğü getirmektedir.

3. Bazı yaptırım türlerinin yasaklanmasına ilişkin sözleşmeler

İşkence ve Başka Zalimce İnsanlıkdışı ve Küçültücü Ceza ve Muameleye Karşı Sözleşme (1984); Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı Kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 27(1). maddeye uygun olarak 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[90]

Sözleşmenin 4. maddesi[91] ile taraf devletlerden işkence ve işkenceye iştirak eylemlerinin ve bunlara teşebbüsün suç olarak kabul edilmesi ve cezalandırılması istenmektedir. 5. madde[92] ise, taraf devletlerin bu suçun cezalandırılması için gerekli tedbirleri almasını ve işkence suçlarının cezasız kalmaması için adli yardımlaşmayı şart

---

[88] Sözleşmenin tam metni için bkz. *http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/141.htm.*

[89] Sözleşme 28 Ekim 2011 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşmenin tam metni için bkz. *http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/211.htm.*

[90] Türkiye Sözleşmeyi 25 Ocak 1988 tarihinde imzalamış ve 21 Nisan 1988 tarihinde bir beyan ve bir ihtirazi kayıtla onaylamıştır. 3441 sayılı Onay Kanunu 29 Nisan 1988 gün ve 19799 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Sözleşmenin tam metni için bkz. *http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/37-51.pdf.*

[91] **Madde 4:** 1. Her Taraf Devlet, tüm işkence eylemlerinin kendi ceza kanununa göre suç olmasını sağlayacaktır. Aynı şekilde, işkence yapmaya teşebbüs ve işkenceye iştirak veya suç ortaklığı yapan şahsın fiili suç sayılacaktır. 2. Her Taraf Devlet, fiilleri ağırlıklarını dikkate alarak uygun müeyyidelerle cezalandıracaktır.

[92] **Madde 5:** 1. Her Taraf Devlet, aşağıdaki hallerde, 4. maddede zikredilen suçlar üzerinde kendi yetkisini tesis etmek için gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır. a) Suçlar yetkisi altındaki ülkelerde veya bu Devlete kayıtlı bir gemi veya uçakta işlenmişse, b) İtham olunan sanık bu Devlet uyrukluğunda ise, c) İşkence suçu mağduru bu Devletin uyrukluğunda olup, bu Devletin uygun görmesi halinde, 2. Aynı şekilde her Taraf Devlet, itham olunan şahsın kendi yetkisi altındaki ülkelerde bulunması ve bu şahsi 8. maddeye uygun olarak bu maddenin 1. paragrafında zikredilen Devletlerden herhangi birisine iade etmediği takdirde kendi yetkisini tesis etmek için lüzumlu olabilecek tedbirleri alacaktır. 3. Bu Sözleşme iç hukuka uygun olarak uygulanan herhangi bir ceza yetkisini bertaraf etmemektedir.

koşmaktadır. Sözleşmenin 17. maddesi ile de taraf devletlerde işkence uygulamalarının olup olmadığını takip etmek üzere İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin kurulması önerilmekte ve bu komiteye geniş yetkiler tanınmaktadır.

İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine dair Avrupa Sözleşmesi (1987), ayrıca bir cezalandırma hükmü getirmemekle birlikte, AİHS'nin 3. maddesindeki işkence, insanlık dışı, küçültücü ceza veya muamele yasağını hayata geçirmek üzere, Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı veya Onurkırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi [93] (CPT) kurulmasını öngörmektedir.[94]

4. Uluslararası sözleşmelerin devletin cezalandırma yetkisine etkisi

Uluslararası sözleşmeler (antlaşmalar), "uluslararası hukukun kendilerine bu alanda kendilerine yetki tanıdığı kişiler arasında, uluslar arası hukuka uygun bir biçimde, hak ve yükümlülükler doğuran, bunları değiştiren ya da sona erdiren yazılı irade uyuşması"[95] olarak tanımlanmaktadır. Burada antlaşma ve sözleşme teknik ayrımına girmeden, "genellikle önemli ve kural koyucu çok taraflı andlaşma"[96] olan uluslararası hukuk belgelerine *sözleşme* denilecektir.

Sözleşmeler, ahde vefa (*pacta sund servanda*) ilkesi uyarınca tarafları bağlamakta ve iyi niyetle uygulanmalarını zorunlu kılmaktadır.[97] Sözleşmenin aksi bütün taraflarca ilan edilmedikçe ya da uygulamamaya dair sözleşmede izin verilmişse (çekince) sözleşmenin tümü taraf devletlerce uygulanmaktadır.[98]

Cezalandırma ilkeleri ve ceza hükümleriyle ilgili düzenleme getiren uluslararası sözleşmeler, sözleşmeye taraf devletlerin cezalandırma yetkisine etki etmekte ve önemli ölçüde sınırlandırmaktadır. Uluslararası sözleşmelerde yer alan bağlayıcı hükümlerin, devletin cezalandırma yetkisini üç açıdan sınırlandırdığı söylenebilir: 1- Sözleşmeler yoluyla ceza hukukunun genel ilkeleri pozitif hukukun parçası haline getirilmektedir, 2- Sözleşmeler bazı fiillerin devletlerce suç kabul edilerek, cezalandırılmalarını zorunlu

---

[93] Ayrıntılar için bkz. *http://www.cpt.coe.int/turkish.htm.*
[94] Komite ile ilgili bilgiler için bkz. *http://www.cpt.coe.int/lang/tur/tur-leaflet.pdf.*
[95] Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, 2. baskı, s. 43.
[96] Pazarcı, 2004, s. 47.
[97] Pazarcı, 2004, s. 83.
[98] Pazarcı, 2004, s. 84.

kılmaktadır, 3- Sözleşmeler bazı yaptırım türlerinin taraf devletlerde uygulanmasını yasaklamaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden başlayarak, genel insan hakları belgelerinde (AİHS, Amerikan İHS, Afrika İnsan ve Kişi Hakları Şartı) kanunilik ilkesi başta olmak üzere, suçların ve cezaların şahsiliği, adil yargılanma hakkı, *ne bis in idem* gibi ceza hukuku ilkelerine yer verilmiştir.

Uluslar arası sözleşmeler taraf devletlere bazı fiilleri iç hukuklarında suç olarak düzenlemeyi ve etkin bir şekilde cezalandırmayı zorunlu kılmaktadır. İnsanoğlunun son yüz-yüzelli yılda yaşadığı olumsuz tecrübeler soykırım ve insanlığa karşı suçları cezalandırmayı zorunlu kılmaktadır. Öyle ki, uluslararası sözleşmeler soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları gibi, çok geniş bir insan kitlesini mağdur etmeye muktedir suçlara zamanaşımı uygulanmasını bile yasaklamaktadır. Öte yandan, bazı suçlar artık tek başına bir devletin değil, uluslararası toplumun tümünün ortak sorunu haline gelmiştir. Buna ek olarak, bu fiillerin sadece birkaç devlet tarafından suç kabul edilip cezalandırılması da sorunun çözümü için yeterli olmayacaktır. Bu sebeple, uluslararası toplumu genel olarak ilgilendiren fiillerin suç kabul edilmesi, bunların etkin bir şekilde cezalandırılması ve uluslararası işbirliği içinde bu suçlarla mücadele edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Terörizm ve terör finansmanının önlenmesi, suç gelirlerinin aklanması suçu, insan ticareti, göçmen kaçakçılığı, çocukların cinsel istismarı, çocuk pornografisi, siber suçlar ve yolsuzluk bu türden suçlardır.

Uluslararası sözleşmelerin devletin cezalandırma yetkisiyle ilgili olarak, bazı yaptırım türlerinin uygulanmasını taraf devletlere yasaklamaktadır. Bunun en başında işkence gelmektedir. İnsanlık tarihinin çok kısa bir dönemi dışında işkencenin temel bir cezalandırma yöntemi olması, insan onurunu korumak ve devletlerin insanlara değer vermesini garantiye almak üzere yapılan uluslararası insan hakları sözleşmelerinin, önemli konularından birini oluşturmaktadır. İşkence, insanlıkdışı ve küçültücü muamele yaptırım türü olmaktan çıkarılmaktadır. Aynı şekilde ölüm cezası da insan hakları sözleşmelerinde yasaklanması konu edilen yaptırımlardan biridir.

Sonuç olarak uluslararası sözleşmeler taraf devletlere bağlayıcı ve uyması zorunlu bazı temel kurallar getirmektedir. Ceza hukukunun en temel ilkelerinin birçoğu uluslararası sözleşmeler sayesinde, devletlerin iç hukuklarında pozitif düzenlemeye kavuşmaktadır. Öte yandan, insanlık adına cezasız kalmaması gereken ve kalabalık

insan kitlelerinin mağduriyetine yol açan fiiller yahut devletlerin ortak mücadelesini gerektiren fiillerin suç olarak kabul edilmesi ve bunların cezalandırılması gerekmektedir. Yine uluslararası sözleşmenin tarafı olarak devletler, sözleşmelerce yasaklanan yaptırım türlerini uygulayamazlar. Uluslararası sözleşmeler tarafından çizilen bu ceza hukuku çerçevesi, uluslararası hukukun bir parçası ve uluslar arası işbirliğinin bir aktörü haline gelen devletler açısından oldukça sınırlayıcı bir durumdur. Bugün devletler uluslararası toplumda suç kabul edilen fiilleri suç saymaktan, bunları cezalandırmaktan ve bunlarla ilgili mücadelede işbirliği yapmaktan kaçınamazlar.

C. Uluslararası Ceza Mahkemeleri

Uluslararası bir ceza mahkemesi kurulması fikri 19. yüzyılın sonlarına götürülebilir. 1872 yılında, 1864 tarihli Cenevre Sözleşmesini ihlal edenlerin yargılanması amacıyla ileri sürülmüş; ancak bu ideal gerçekleşmemiştir.[99] 1998 yılında Roma Statüsü ile bu ideal gerçekleştirilene kadar, kurulan bazı geçici-özel görevli (ad hoc) uluslararası mahkemeler, meydana gelen soykırım, savaş ve insanlık suçlarını yargılamak üzere görev yapmışlardır.

1. Uluslararası ceza mahkemelerinin ilk örnekleri

Dünyada ilk kez uluslararası bir ceza mahkemesi kurulması ise, İkinci Dünya Savaşının sonunda Nazilerin yaptıkları insanlıkdışı eylemlerin cezalandırması amacıyla Almanya'nın Bavyera eyaletinde kurulan Nürnberg Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi'dir.[100] Bu mahkemenin kuruluşu 30 Ekim 1943 tarihli "Alman Mezalimi Üzerine Moskova Deklarasyonu" (*Declaration on German Atrocities*) ve 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Antlaşması'nda kararlaştırılmıştır. Bu antlaşmaya bağlı olarak Avrupa ekseninde işlenen savaş suçlarının cezalandırılması amacıyla Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesinin (*The Charter of the International Military Tribunal*)

---

[99] Elif Uzun, "Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 2, 2003, s. 26.

[100] Konuyla ilgili olarak ve Nuremberg Uluslararası Ceza Mahkemesi Şartı için bkz. *http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_5.pdf.*

kurulması gerçekleştirilmiştir.[101] Mahkemede yapılacak olan yargılamalar savaş suçları, barışa karşı suçlar ve insanlığa karşı suçları olmak üzere üç başlıkta toplanmıştır ve bu maddede adı geçen suçların tanımları yapılmıştır (m. 6).

Yine İkinci Dünya Savaşı sırasında uzakdoğuda yaşanan insanlıkdışı suçları cezalandırmak üzere Uluslararası Uzakdoğu Askeri Mahkemesi (*The International Military Tribunal for the Far East - IMTFE*) 19 Ocak 1946 tarihinde kurulmuştur. Mahkemenin Tokyo'da bulunması sebebiyle Tokyo Mahkemeleri adıyla da bilinmektedir. Bu mahkemede de suçlar tıpkı Nürnberg Mahkemesinde olduğu gibi, savaş suçları, barışa karşı suçlar ve insanlığa karşı suçları olmak üzere üç başlıkta toplanmıştır.

Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri uluslararası cezalandırmanın yapıldığı ilk örnekler olarak, dünyada olumlu karşılanmakla birlikte bazı eksiklik ve aksaklıkları taşıyarak, eleştirilere maruz kalmıştır. Öncelikle bu mahkemelerin galip devletler tarafından kurulmuş olması ve sadece mağlup devletlerden suç işleyenleri yargılaması en önemli eksikliktir ve tarafsızlık bakımından eleştirilmiştir. [102] Öte yandan, mahkemenin kanunilik ilkesi ile cezaların geçmişe yürümemesi (*ex post facto*) ilkelerini ihlal bakımından eleştirilmiştir.[103]

2. Birleşmiş Milletler uluslararası *ad hoc* ceza mahkemeleri

Nürnberg ve Tokyo mahkemeleri galip devletler tarafından kurulmalarına karşın, 1990'lardan sonra yaşanan soykırım ve insanlıkdışı suçların cezalandırılması amacıyla Birleşmiş Milletler kararıyla iki geçici (*ad hoc*) mahkeme kurulmuştur.

1991 yılında Slovenya ve Hırvatistan'ın Yugoslavya'dan ayrılarak, bağımsızlıklarını ilan etmeleri üzerine, Balkan coğrafyasında İkinci Dünya Savaşı sonrası en kanlı olaylar meydana gelmiştir. Birleşmiş Milletlerin 1993 tarih ve 827 sayılı kararı ile Uluslar arası Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesinin (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia – ICTY*) kurulmasına karar verilmiştir.[104]

---

[101] *http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_5.pdf.*
[102] Uzun, 2003, s. 29.
[103] Uzun, 2003, s. 32.
[104] Konuyla ilgili bkz. Faruk Turhan, "Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM Milletlerarası Ceza Mahkemesi", *Prof.Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir, 2000, s. 333.

Mahkeme, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesinin ağır ihlali, savaş kurallarına uymama, soykırım ve insanlığa karşı suçlar olmak üzere dört grup suçtan yargılama yapmıştır.[105] Bu mahkeme Nürnberg Mahkemesinden farklı olarak, cezalandırmaları bireysel yapmış ve örgütlü suçtan dolayı cezalandırma yoluna gitmemiştir.[106]

1994 yılında Ruanda'da yaşanan ve yaklaşık bir milyon insanın yaşamını yitirmesiyle sonuçlanan katliamın sorumlularının cezalandırılması amacıyla Birleşmiş Milletler'in 1994 yılı Kasım ayında 955 sayılı kararı ile Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (*International Criminal Tribunal for Rwanda – ICTR*) kurulmasına karar verilmiştir. Mahkeme soykırım ve insanlığa karşı suçlar yargılanmıştır.[107]

3. Roma Statüsü ve Uluslararası Ceza Mahkemesi

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (*Rome Statute of the International Criminal Court*) 17 Temmuz 1998 tarihinde Roma'da imzalanmış ve 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[108] Sözleşmenin 1. maddesiyle Hollanda'nın Lahey kentinde daimi olarak çalışan bir uluslararası mahkemesinin kurulması kararlaştırılmıştır. Statünün başlangıç kısmında "Uluslararası toplumu bir bütün olarak yakından ilgilendiren, en ciddi suçların cezasız kalmaması ve ulusal düzeyde ve uluslararası işbirliğinin güçlendirilmesi suretiyle, bu suçların etkin bir şekilde kovuşturulmasının, güvence altına alınması" şeklinde statünün amacı net bir biçimde ortaya konmuştur.[109]

Roma Statüsü Mahkemenin yargı yetkisi, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlar ile sınırlı kılarak, dört suça yer vermiştir. Bunlar: 1- Soykırım suçları, 2- İnsanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçları (m. 5). Takip eden maddelerde, soykırım suçu (m. 6), insanlığa karşı suçlar (m. 7) ve savaş suçları (m. 8) ile bu suçların hangi fiilleri kapsadığı ayrıntısıyla belirtilmiştir. Buna karşın "saldırı suçu" tanımlanmamış, 5. maddenin 2. fıkrasında "Mahkeme, saldırı suçu üzerindeki yargı yetkisini, 121 ve 123. maddelere uygun bir şekilde suçu tanımlayan ve bu suçla

---

[105] Ayrıntılı bilgi için bkz. *http://www.icty.org/sections/AbouttheICTY.*
[106] Uzun, 2003, s. 30.
[107] Ayrıntılı bilgi için bkz. *http://www.unictr.org/AboutICTR/GeneralInformation/tabid/101/Default.aspx.*
[108] Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. *http://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/07/19980717% 2006-33%20PM/Ch_XVIII_10p.pdf.* Türkçe metni için bkz. *http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm.*
[109] Eser, 2007, s. 3.

ilgili olarak Mahkeme'nin hangi durumlarda bu yetkisini kullanacağını ortaya koyan bir hüküm kabul edildikten sonra yerine getirir" denilmekle yetinilmiştir.

Mahkemenin sürekli bir özelliği, uluslararası hukukta da kabul gören "doğal hakim ilkesi"nin bir gereği ve sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.[110] Bir devletin Roma Statüsüne taraf olmasıyla birlikte, statüde yer verilen suçlarla ilgili olarak Mahkemenin yargı yetkisini kabul etmiş sayılmaktadır (m. 12/1). Öte yandan statünün başlangıç kısmında da vurgulandığı gibi, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi, ulusal ceza yetkisinin tamamlayıcı niteliğindedir.

4. Uluslararası ceza mahkemelerinin devletlerin cezalandırma yetkisine etkisi

Uluslararası ceza mahkemeleri ve ceza (Roma) statüsü, birçok açıdan devletin cezalandırma yetkisini sınırlandıran bir sonuç doğurmaktadır. Devletin cezalandırma tekelinin kırılması, bazı suçların cezalandırılmasının uluslararası alanda bir zorunluluk olarak ortaya çıkması ve tüzel kişiliğe sahip bir uluslararası örgütün daimi olarak bu güce sahip olması ve statünün iç hukuku etkilemesi gibi, çok sayıda sonuçtan söz edilebilir.

Dünyada devletlerarası ilişkilerin fazlalaşmasından ziyade, devletler ve toplumlar arası mücadelenin yarattığı tahribatın derinliği, uluslar arası toplumu, tüm insanlığı ortak bir biçimde ilgilendiren durumlarda tedbirler almaya itmiştir. 20. yüzyılın adeta bir savaş, soykırım ve insanlıdışı muameleler tarihi olması, bu acıların bir daha yaşanmaması gerekli tedbirler almaya, daha da önemlisi insanlığı felakete sürükleyenlerin cezasız bırakmama yoluna itmiştir.[111] Birleşmiş Milletler ve diğer devlet toplulukları bünyesinde imzalanan çok taraflı sözleşmeler, tedbir oluşturmakla birlikte; uluslararası düzeyde işlenen savaş suçları ile bununla bağlantılı soykırım ve insanlığa karşı suçların cezalandırılması gereği ortaya çıkmıştır.[112] Esasında geçen yüzyılın başlarından itibaren, devletlerin ortak iradeleriyle bazı fiillerin suç haline getirilmesi ve bazı ceza yaptırımlarının yasaklanmasına yönelik sözleşmeler olmakla birlikte; bunlar taraf devletlerin iç hukukta düzenleme yapmaları ve suçların

---

[110] Ali Şahin Kılıç, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme", *AÜHFD*, C. 58, S. 3, 2009, s. 626.
[111] Ambos, 2013, s. 294.
[112] Eser, 2007, s. 5.

cezalandırılmasında uluslararası işbirliği öngörmektedir. Roma Statüsünde ise, devletlerin ortak iradesiyle tam olarak "uluslararası suç" anlamına gelen fiillerin cezalandırılması hükümetler dışı bir organa bırakılmaktadır. Bu aynı zamanda devlet dışı bir iradenin suç ihdas etmesi ve cezalandırma yetkisini kullanmasıdır. Dolayısıyla devletin cezalandırma yetkisi bir tekel olmaktan çıkmakta; en azından şimdilik "uluslararası hukuk suçları" özelinde, bir başka iradeyle paylaşılmaktadır.[113]

Uluslar arası Ceza Mahkemesi, statünün başlangıç kısmında da belirtildiği üzere, ulusal yargılama yetkisini tamamlayıcı niteliktedir. Nitekim *ne bis in idem* ilkesini düzenleyen 20. maddenin 3. fıkrasında "6, 7 ve 8. maddelerde yasaklanan fiillerden dolayı başka bir mahkeme tarafından yargılanmış hiç kimse, aynı fiilden dolayı Mahkeme tarafından yargılanamaz." hükmü getirilerek, ulusal yargı yerlerince cezalandırılan suçlar nedeniyle Mahkemenin yargılama yapamayacağı düzenlenmiştir.[114]

Roma Statüsünün imzalanmasından sonra, Statüye taraf birçok devlet, kendi topraklarında Statüde belirtilen fiiller işlendiğinde, büyük bir olasılıkla bu suçları öncelikle kendileri yargılama yapmak amacıyla, Statüde yer alan suçlara ceza kanunlarında yer verme gereği hissetmişlerdir. İster Statüden esinlenerek, ister bağımsız olarak yer versin, devletlerin ceza kanunlarında yer alan, soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş vesaldırı suçları statüde yer alanlarla büyük benzerlik göstermektedir. Dünyadan bazı örnekler vermek gerekirse;[115]

- Arnavutluk Ceza Kanununda 2001 yılında yapılan değişiklikle, 73. madde soykırım, 74. madde insanlığa karşı suçlar ve 75. madde savaş suçları olmak üzere, Roma Statüsüne benzer bir şekilde düzenlenmiştir.
- Azerbaycan Ceza Kanunun 1. maddesi, ceza kanunun Azerbaycan Anayasası ile uluslararası hukukun temel norm ve ilkelerine dayandığını belirtmektedir. Kanunun 16. Bölümü "Barışa ve İnsanlığa Karşı Suçlar"; 17. Bölümü ise "Savaş Suçları" başlığını taşımaktadır.
- Bosna-Hersek Ceza Kanunun 17. Kısmı "İnsanlığa ve Uluslararası Hukuk tarafından korunan değerlere karşı suçlar" başlığını taşımaktadır. Bu kısımda

[113] Ambos, 2013, s. 298.
[114] Eser, 2007, s. 21.
[115] Örnek olarak gösterilen ceza kanunlarının kaynağı Kaynakça'da belirtilmiştir.

171. madde ve takip eden maddelerde soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve diğer uluslararası suçlar düzenlenmektedir.

- Bulgaristan Ceza Kanunun 14. Bölümünde barışa ve insanlığa karşı suçları düzenlenmektedir.
- Ermenistan Ceza Kanunu 33. Bölümü "Barışa ve Güvenliğe Karşı Suçlar" başlığın taşımaktadır ve 384. madde ve devam eden maddelerde, savaş, saldırı, soykırım ve insanlığa karşı suçlar düzenlenmiştir.
- Malta Ceza Kanunun özel hükümleri düzenleyen 2. Bölümü "Savaş, İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçları" ile başlamakta, 54/A ve 54/I maddelerinde bu suçlara yer verilmektedir.
- Tacikistan Ceza Kanunun son bölümü tamamıyla uluslar arası suçlara ayrılmış olup; 395-405 maddeleri arasında uluslararası suçlara geniş yer verilmiştir.

Türkiye'de ilk olarak 2004 yılında yapılan ceza reformunda, uluslararası suçlara yer verilmiştir. 5237 sayılı TCK'nin 76. maddesinde soykırım suçu düzenlenmiş ve madde gerekçesinde gerek Roma Sözleşmesi, gerekse uluslararası diğer sözleşmelere atıfta bulunulmuştur.[116] Özel hükümleri düzenleyen ikinci kitap uluslararası suçlar başlığını taşımakta ve 76. maddede soykırım, 77. maddede insanlığa karşı suçlar, 78. maddede de soykırım ve insanlığa karşı suçların örgüt yoluyla işlenmesi düzenlenmektedir. TCK'de savaş ve saldırı suçuna yer verilmemiştir.

Sonuç olarak, 20. yüzyılda insanlık için çok önemli bir problem haline gelen soykırım ve insanlığa karşı suçlar ile savaş hukuku kurallara uymama, uluslarüstü bir şekilde kurulan ve uluslararası hukuk tüzel kişiliğine sahip bir mahkeme tarafından cezalandırılabilir hale gelmiştir. Bu durum, devletin cezalandırma tekeline aykırı bir durum teşkil ettiği gibi, Roma Statüsünde yer alan suçların iç hukuka adapte edilmesi de devletlerin cezalandırma yetkisine başka bir yönde etki oluşturmaktadır.

D. İnsan Hakları Raporları

Günümüzde gerek ulusüstü kuruluşlar, gerek uluslararası örgütler, gerekse kimi devletler, insan hakları raporları açıklayarak devletlerin yaptıkları uygulamaları eleştirmek ve onlara yön vermek istemek, diğer devletler üzerinde bir baskı aracı

[116] 76. madde gerekçesi. *http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc.*

oluşturmak istemektedir. Söz konusu insan hakları olunca, ceza kanunundaki kimi maddeler ile ceza kanunu uygulamaları da raporlarda işlenmektedir.

Bir devletin içinde olmak istediği bir birlikten veya bir örgütten bu geliyorsa devletlerin cezalandırma yetkisini kullanması bakımından bir bağlayıcılık ve sınırlandırıcılık söz konusu olabilmektedir. Örneğin Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde AB'nin aday devletler üzerine yaptığı gözlem ve eleştirilerin yer aldığı "ilerleme raporları", aday devletler açısından bağlayıcıdır. Bir sonraki kısımda ayrıntısıyla ele alınacak olan ilerleme raporlarında zaman zaman ceza hukukuyla bağlantılı insan hakları değerlendirmeleri bulunmaktadır.

> "Pek çok uluslararası kaynak, güvenlik görevlilerinin, işledikleri suçlardan dolayı, sistematik adlî takibatlarının hâlâ sağlanmadığını belirtmektedirler. Bu konuda, "Cebrî veya İrade-dışı Kaybolmalar üzerine BM Çalışma Grubu"nun Aralık 1998'de yayınlanan raporunda, güvenlik görevlilerinin cezasız kalmasının, cebrî kaybolma ve insan hakları ihlallerinin temel nedenlerinden biri olduğu hatırlatılmaktadır."[117]

İlerleme raporları kimi zaman Uluslararası Af Örgütü gibi uluslararası örgütlerin insan hakları raporlarına atıfta bulunarak, uluslararası örgütlerin tespitlerini üye ülkelere aktarmaktadır.

> "Abdullah Öcalan'ın yargılanması, basının ve bazı yabancı temsilcilerin de bulunmasıyla Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde 31 Mayıs 1999 tarihinde başladı. Abdullah Öcalan davasında Asamble'nin bulunmasını sağlamaya yönelik Avrupa Konseyi Özel Komitesi'ne göre, yargılama prosedürü "esas olarak düzgün ve ilgili Türk mevzuatına uygun görünmektedir…" Diğer yandan, Uluslararası Af Örgütü, yargılama öncesi tutukluluk süresinde ve yargılama boyunca, adil yargılama standartlarının ihlal edilmiş olduğu görüşündeydi."[118]

İnsan hakları örgütleri, insan hakları ihlallerinin takipçisi ve toplumsal özgürlükleri savunma aracı olarak önemli bir işlev görmektedir. İnsan hakları örgütleri, yayınladıkları raporlar yoluyla, devlet üzerinde baskı aracı oluşturmak istemektedir. Bu raporların bağlayıcı nitelikleri olmamakla birlikte, yapılan eleştiriler ve önerilerin bir devletin ceza hukuku düzenlemelerine etki etmesi mümkündür.

---

[117] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 11.
[118] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 6.

Uluslararası Af Örgütünün 2013 yılı Dünyada İnsan Haklarının Durumu Raporunda[119], İran ve Suudi Arabistan olmak üzere birçok ülkede sıklıkla ölüm cezası uygulanması[120] ve ABD'de ölüm cezasının yaygın olarak uygulanmaya devam etmesi[121] eleştirilmektedir. Öte yandan Filistin'de aile içi öldürmelerde "aile namusunu koruma", "namus" gibi nedenleri hafifletici sebep olarak kabul edilmesi ve cezalarının düşük olmasına vurgu yapılmaktadır.[122] Aynı raporda İran Ceza Kanunuyla ilgili şu ifadelere yer verilmiştir: "Şubat ayında Meclis'ten geçen ceza kanununa ilişkin değişiklikler zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı cezalandırmalara izin vermeye ve bazı tecavüz durumlarında cezasızlık sağlamaya devam etti. Değişiklikler ne çocuklar için ölüm cezasını ne de taşlanarak infaz edilmeyi (recim) ortadan kaldırdı."[123] "Ceza yasası taslağı, halihazırda geçerli olan kadınların ifadesinin erkeğinkinin yarısı değerinde olduğunu belirten ayrıma değinmedi… Kırbaç ve uzuv kesim cezaları uygulanmaya devam etti. "[124] Mısır ile ilgili olarak "Ceza soruşturmaları ve dini değerlere hakaret ve kamu görevlilerini aşağılamadan suç isnadında bulunma devam etti. Yeni anayasa hükümleri kişileri ya da peygamberleri aşağılamayı yasaklayarak ifade özgürlüğünü kısıtladı."[125] Türkiye ile ilgili olarak ise, daha ziyade ceza kanunlarının uygulanması, adil yargılanma hakkının ihlali ve suç işleyen kamu görevlilerinin cezasız kalması konularına yer verilmiştir.[126] Af Örgütü, sadece yıllık raporlar yoluyla değil, aynı zamanda yaptıkları basın bildirileriyle ceza hukuku uygulamaları ve cezalandırma yetkisine yönelik eleştireler getirmektedir. Örneğin, Fas Ceza Kanunu'ndaki taraflılık kadınları ve genç kızları tehlikeye atıyor" başlığını taşımaktadır ve bildirinin içeriğinde kadın ve genç kızların şiddet ve ayrımcılığa karşı korunması için ceza kanununun birçok maddesinin değiştirilmesi gerektiği konusunda değerlendirmelerde bulunmuştur.[127]

---

[119] Raporun Türkçe tam metni için bkz. *http://www.amnesty.org.tr/ai/node/2172/.*
[120] Uluslararası Af Örgütü, 2013, s. 20.
[121] Uluslararası Af Örgütü, 2013, s. 24.
[122] Uluslararası Af Örgütü, 2013, s. 27.
[123] Uluslararası Af Örgütü, 2013, s. 31.
[124] Uluslararası Af Örgütü, 2013, s. 33.
[125] Uluslararası Af Örgütü, 2013, s. 41.
[126] Uluslararası Af Örgütü, 2013, s. 47 vd. 2012 Raporunda da benzer şeklide ceza hukuku uygulamaları, ceza kanunun kimi maddelerinin ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı şekilde uygulanmasından, özellikle işkence ve kötü muameleden yargılanan kamu görevlilerinin cezasız kalması eleştirilmiştir. Uluslararası Af Örgütü, 2012, s. 85-88.
[127] Uluslararası Af Örgütünün 1 Mart 2013 tarihli basın bildirisi "Fas Ceza Kanunu'ndaki taraflılık kadınları ve genç kızları tehlikeye atıyor". *http://www.amnesty.org.tr/ai/node/2121.*

Amerika Birleşik Devletleri Dış İlişkileri Bakanlığı Demokrasi, İnsan Hakları ve Emek Bürosu tarafından her yıl düzenli olarak insan hakları raporu yayınlamaktadır. Örneğin 2011 yılı raporunda Türkiye'deki bazı ceza uygulamaları, özellikle işkence ve kötü muamele uygulamaları eleştirilmiştir.[128] TCK'nin 301. maddesinin ifade özgürlüğünü kısıtladığı yönünde ağır bir eleştiri yapılmıştır.[129] Devletin şeffaflığı ve yolsuzlukla mücadeleyle ilgili olarak mevzuatın yeterli olduğu ancak uygulamanın eksikliği konusunda değerlendirmelerde bulunulmuştur.[130] Yine doğrudan ceza kanunuyla ilgili olarak, "aile içi şiddet"in müstakil suç olmaması bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir.[131] Bu örnekleri çoğaltmak ve başka yıllara ait raporlar bakımından değerlendirmek mümkündür.

Sonuç olarak, Uluslararası Af Örgütü özelinde uluslararası insan hakları kuruluşlarının ve ülkelerin özel olarak (ABD) yayınlamış oldukları insan hakları izleme raporları devletler açısından bağlayıcı bir özellik taşımamaktadır. Ancak uluslararası platformda devletlerin prestiji bakımından bu tavsiyelere uymak yerinde kabul edilebilir.

E. Uluslararası Ceza Hukuku Doktrini

Modern ceza hukuku doktrini oluşmaya başladığından beri, doktrinin çeşitli devletlerin ceza mevzuatları üzerine etkisini görmek mümkündür. Nitekim Beccaria'dan başlayarak ceza hukukçuları ve ceza okullarının ileri sürdükleri fikirler ceza kanunları üzerinde etkili olmuştur.

Beccaria'nın *Suçlar ve Cezalar* adlı eseri, 1786 tarihli Toskana Ceza Kanununun yapılmasında önemli bir ilham kaynağı olmuştur. Onun fikirleri dönemin Almanya, Avusturya, Polonya ve Fransa ceza kanunlarında da etkisini göstermiştir.[132] Sadece Beccaria değil, 18. yüzyılın sonları ve 19. yüzyılın başlarında oluşan Klasik Okul, bu dönemde yapılan kanunlaştırmaların birçoğunda etkili olmuştur. 1787 tarihli Avusturya Ceza Kanunu, 1791 tarihli Fransız Ceza Kanunu, 1810 Fransız Ceza Kanunu, 1913

---

[128] ABD 2011 İnsan Hakları Raporu Türkiye Bölümü, s. 4-5. Rapor metni için bkz. *http://www.state.gov/documents/organization/186624.pdf.*
[129] ABD 2011 İnsan Hakları Raporu Türkiye Bölümü, s. 19-20.
[130] ABD 2011 İnsan Hakları Raporu Türkiye Bölümü, s. 29.
[131] ABD 2011 İnsan Hakları Raporu Türkiye Bölümü, s. 31.
[132] Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. 1, Beta, İstanbul, 1997, 13. bası, s. 53.

Bavarya Ceza Kanunu'nda Klasik Okulun önemli bir etkisi vardır.[133] Bu kanunlar kendi egemenlik alanlarındaki diğer devletlerin kanunlarına da etki etmiştir. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu, 1819 Sicilya, 1822 ve 1848 İspanya, 1839 Sardunya, 1845 Rusya, 1847 Norveç, 1851 Prusya, 1852 Avusturya, 1853 Toskana, 1858 Osmanlı, 1964 İsveç, 1866 Danimarka ceza kanunlarında etkili olmuştur.[134] 1813 Bavarya Ceza Kanunu ise İsviçre kantonlarının, İsveç ve Yunanistan ceza kanunlarında etkisini göstermiştir.[135] 1870 İspanya, 1871 Almanya, 1881 Hollanda ve 1889 İtalya ceza kanunlarında da Klasik Okul etkisini devam ettirmiştir.[136]

Pozitivist Okulun 20. yüzyıldan itibaren önem kazanması ile birlikte, yapılan ceza kanunlarında da etkisi görülmüştür. 1902 tarihli Norveç ve 1903 tarihli Rusya ceza kanunları Pozitivist Okulun etkisinde kalmıştır.[137] Pozitivist Okulun etkisi 1926 tarihli Sovyetler Birliği, 1945 tarihli Groeland ceza kanunlarında da göstermiştir.[138]

Neo-klasik Okul veya Üçüncü Okul adıyla bilinen ceza hukuku akımı da 1889 İtalyan Ceza Kanunu ve ondan mülhem 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu olmak üzere, çok sayıda ceza kanununa etki etmiştir.[139]

Avrupalı ceza hukukçuları von Liszt, van Hamel ve Prins tarafından 31 Aralık 1888 tarihinde Ceza Hukuku Milletlerarası Birliği (*de l'Union internationale de droit pénal*) kurulmuştur.[140] 1897 yılında Lizbon'da birliğin tüzüğü yenilenmiş ve birliğinin amacının, gerek suç ve gerek sula mücadele araçlarının antropolojik, sosyolojik ve hukuki açıdan ele alınarak; suç ve suçun nedenleriyle mücadeleyi bilimsel olarak incelemek olarak belirlenmiştir.[141] Birlik I. Dünya Savaşı öncesinde çok sayıda kongre düzenlemiş ve bu tarihe kadar (1881-1914) iki dilde yayımlanan *Bulletin de l'Union internationale de droit pénal* adlı bir dergiyi 25 cilt çıkarmıştır.[142]

Uluslararası Ceza Hukuku Derneği (*de l'Association Internationale de Droit Pénal*) dünyada dört yılda bir toplanan Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi[143], ceza

---

[133] Dönmezer ve Erman, 1997, s. 65.
[134] Dönmezer ve Erman, 1997, s. 66.
[135] Dönmezer ve Erman, 1997, s. 66.
[136] Dönmezer ve Erman, 1997, s. 67.
[137] Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım,* Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949, s. 60-61; Dönmezer ve Erman, 1997, s. 100.
[138] Dönmezer ve Erman, 1997, s. 101.
[139] Taner, 1949, s. 73.
[140] Taner, 1949, s. 64.
[141] Taner, 1949, s. 64.
[142] Taner, 1949, s. 64-65.
[143] Ayrıntı için bkz. Türk Ceza Hukuku Derneği, *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, s. 74.

hukuku doktrininin en üst düzeyde ve farklı milletlerden gelen bilim adamlarınca tartışıldığı en üst düzey bilimsel toplantıdır. Her toplantı ceza hukukundaki belli bir soruna odaklanmaktadır. Kongredeki tartışmalar ceza hukukunun tüm alanlarıyla (maddi ceza, usul ve infaz vs) ilgilidir. Burada sadece maddi ceza hukukuna ilişkin bilgiler paylaşılacaktır.

1926 yılında düzenlenen Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde, güvenlik tedbirlerinin cezaları ikame edici mi, yoksa tamamlayıcı mı oldukları tartışılmıştır. Ceza yaptırımlarının toplumsal savunma açısından yetersiz kaldığından hareketle, ceza kanunlarının suç failinin kişiliğine göre belirlenecek güvenlik tedbirlerine ilişkin düzenlemelerde bulunması gerektiği sonucuna varılmıştır.[144]

1929 yılı 2. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde, tüzel kişiliklerin ceza sorumluluğu ile hakimin yabancı ülke ceza kanununu uygulaması tartışılmıştır. Buna göre, tüzel kişiliklerin ceza sorumluluğu kabul edilmeli ve bu durum bireysel sorumluluğu ortadan kaldırmamalıdır.[145] Bir devletin yargıcının yabancı ceza kanunların uygulanması konusunda ise, yabancı ülkede işlenen suçun önlenmesinin, yabancı ülke mevzuatında düzenlenme ve cezalandırma koşuluna bağlanmış olabileceği, lehe kanun uygulamasında yabancı kanunu dikkate alabileceği ve uluslar arası topluluğu oluşturan devletlerin kanunlarında öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerine ilişkin bir eşdeğelik tablosu yapılabileceği sonucuna varılmıştır.[146]

1933 yılı 3. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde hangi suçlarda evrensel yargı yetkisinin kullanılmasının kabul edilebilir olduğu tartışılmıştır. Bazı suçların tüm devletlerin ortak çıkarını zedeleyici nitelikte olduğu; korsanlık, köle ticareti, kadın ve çocuk ticareti, uyuşturucu kaçakçılığı, müstehcen yayınlar, denizaltı kablolarının kesilmesi, radyo-elektrik araçlara yönelik ihlaller, kalpazanlık, evrakta sahtecilik, toplum düzenine zarar veren hareketler ve vandalizmin evrensel yargı yetkisinin içinde olması gerektiği kabul edilmiştir.[147] Böylelikle bütün devletler tarafından cezalandırılması adeta "zorunlu" kabul edilen suçların neler olduğu belirlenmiştir.

---

[144] Barış Erman (çev.), "1. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Brüksel, 26-29 Temmuz 1926)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, s. 75.
[145] Pınar Memiş (çev.), "2. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Bükreş, 6-12 Ekim 1929)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, s. 79.
[146] "2. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi", s. 80-81.
[147] Metin Aslan (çev.), "3. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Palermo, 3-8 Nisan 1933)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, s. 84.

1937 yılında Paris'te toplanan Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, ceza kanunlarının uluslararası barışın korumasına katkısı ve kanunilik ilkesi konularına odaklanmıştır. Kongrede barışın korunmasına katkıda bulunmak amacıyla devletlerin yabancı ülkeler ve uluslar arası toplumların temel yasa ve menfaatlerine yapılan saldırıları da suç olarak değerlendirilmesi sonucuna varılmıştır.[148] Kanunilik ilkesi bireylerin haklarını garantiye alır, bu doğrultuda güvenlik tedbirleri de dâhil olmak üzere kıyas yasaklanmalıdır. Ayrıca ceza kanunları toplumsal ihtiyaçlar gözetilerek yapılmalıdır.[149]

Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin beşincisi, on yıl sonra 1947 yılında Cenevre'de toplanmıştır. Bu kongrede, bir devletin kendi iç hukuk dinamikleriyle başka ülkelerin barışçıl düzenine katkısı ile ceza davalarında kanunilik ve yerindelik ilkeleri görüşülmüştür. Barış aleyhine suçlar, savaş suçları ve insanlık aleyhine suçların cezalandırılmasında etkin işbirliği yapılması sonucuna varılmıştır.[150]

1953 yılında yapılan altıncı Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde, insan haklarının korunmasında ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku korunması ile soyo-ekonomik ceza hukuku konu edilmiştir.[151]

Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin 7.si 1957 yılında yapılmıştır. Bu kongrede, suça yardım ve yataklık, cezaların belirlenmesinde hakimin takdir yetkisi, mahkumiyet kararının yasal, idari ve sosyal sonuçları ile hava taşıtlarında işlenen suçlar konu edilmiştir.[152] Hava taşıtlarında işlenen suçlarla ilgili olarak bir uluslararası sözleşme yapılmasını ve ceza yargılamasının kolaylaştırılması için gerekli tedbirlerin alınması önerilmektedir.[153]

1961 yılı sekizinci Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde kasıtlı olmayan suçlar nedeniyle ortaya çıkan ceza hukuku sorunları, cezalandırmada uygulanan yöntemler ve teknik usuller ile yabancı ceza hukukunun yerel mahkemelerce

---

[148] Serdar Mermut (çev.), "4. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Paris, 26-31 Temmuz 1937)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, s. 89.
[149] "4. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi", s. 89-90.
[150] Ömer Bayraktar (çev.), "5. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Cenevre, 28-31 Temmuz 1947)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, s. 92-93.
[151] Ömer Bayraktar (çev.), "6. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Roma, 27 Eylül – 3 Ekim 1953)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, s. 94-101.
[152] Bilhan Güven (çev.), "7. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Atina, 26 Eylül – 2 Ekim 1957)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, s. 102.
[153] "7. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi", s. 107-108.

uygulanması üzerinde durulmuştur. Burada özellikle yabancı devlet ceza kanunun etkisi söz konusu edilmiştir.[154]

Dokuzuncu Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi 1964 yılında yapılmıştır. Kongrede tekerrür ve zincirleme suç, aileye ve cinsel dokunulmazlığı karşı suçlar ile cezai hükümlerin uluslar arası etkileri söz konusu edilmiştir.[155] Bu çerçevede zinanın suç olmaktan çıkarılması, ensest suçunun cezalandırıldığı ülkelerde bunun üst-alsoy ile kardeşler arasındaki fiillerle sınırlandırılması, pornografiye gençler söz konusu olduğunda müdahale edilmesi, kürtajın yasallaşması, (aile dışı) yapay döllenmenin cezalandırılması, homoseksüelliğin müstakil bir suç olmaması gerektiği sonucuna varılmıştır.[156]

Onuncu Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde tehlike suçları, ceza davasının iki bölüme ayrılması, cezanın belirlenmesinde hâkimin rolü ve suçluların ülkelerine iadeleriyle ilgili güncel sorunlar konu edilmiştir.[157]

Onbirinci Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde çoğunlukla maddi ceza hukukuna ilişkin sonuçlara varılmıştır. Ceza hukukunun yöntem ve araçlarının geliştirilmesi başlığında, suç siyasetinde izlenmesi gereken temel ilkeler belirlenmiştir. Buna göre suç siyasetinin temel ilkeleri; 1- Amaca en az baskı, en yüksek etkinlik ve yeniden eğitim olanakları ile ulaşma, 2- İnsancıl değerler çerçevesinde temel hakları ve insan onurunu koruma, 3- Yargılama hakkını ve yargımla sürecini bütün sonuçlarıyla düzenleyen usul yasalarını güçlendirme olarak belirlenmiştir.[158] Bunun dışında uyuşturucu kullanımı, ticaretiyle ilgili önleme ve bastırma konularında öneriler, suç mağdurlarının zararlarının tazmini ve hava taşıtlarının korsanlığının engellenmesine yönelik öneriler ileri sürülmüştür.[159]

Onikinci Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde taksirle işlenen suçlar, ceza muhakemesinde insan haklarının korunması, ceza hukukunun uygulanmasıyla ilgili olarak uluslararası ceza hukukunda dokunulmazlık, ülke dışılık ve sığınma hakkı ile

---

[154] İlkan Koyuncu (çev.), "8. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Atina, 21 – 27 Eylül 1961)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, s. 109 vd.
[155] Aysun Dalkılıç (çev.), "9. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Lahey, 23 – 30 Ağustos 1964)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, s. 117.
[156] "9. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi", s. 118-120.
[157] Burak Candan (çev.), "10. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Roma, 29 Eylül – 5 Ekim 1969)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 3, 2009, s. 106.
[158] Hüseyin Altaş (çev.), "11. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Budapeşte, 9-14 Eylül 1974)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 3, 2009, s. 115.
[159] "11. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi", s. 117 vd.

çevrenin ceza hukuku aracılığıyla korunması gündeme alınmıştır.[160] Bu doğrultuda çevrenin korunmasının tüm insanlık için önemli olduğu ve acil çözüm gerektirdiği, diğer tedbirlerin yanı sıra ceza hukuku tedbirlerinin de bu korumayı sağlamak için uygulanması gerektiği, çevre için tehlike yaratan fiilleri dahil cezalandırılması gerektiği, uluslar arası düzeyde işbirliği sağlanmasını ve özellikle devletlerin egemenlik alanları dışında kalan yerlerdeki çevre kirliliğinin cezalandırılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Öneri olarak kısa vadeli ekonomik yararlar yerine uzun vadeli ekolojik yararlar ikileminde, tercihin uzun vadeli ekolojik yararlardan yana kullanılması belirtilmiştir.[161]

1984 yılında Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin onüçüncüsü yapılmıştır. İhmali suçlar, tüketicilerin korunması ve diğer ekonomik suçlar, bazı ceza hukuku müesseselerini terk ederek arabuluculuk gibi müesseselerin geliştirilmesi ve ceza konularında uluslararası ve bölgesel işbirliği önerisi yapılmıştır.[162]

Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin ondördüncünde, ceza hukuku ile idari ceza hukukundan doğan hukuki ve uygulama problemleri, modern biyomedikal teknikler, yargının organizasyonu ile uluslararası suçlar ve ulusal ceza hukuku üzerinde durulmuştur.[163] Biyo-medikal alandaki gelişmelerle elde edilecek yarar ile toplumsal yarar arasında bir denge sağlanmalıdır. Sağlık personelinin görevini kötüye kullanmaması, sağlık alanında denekliğin gönüllük esasına dayanması gibi ilkelerin yanında; organ nakline, suni organların kullanımı, suni döllenme ve embriyolarla yapılan araştırmalar ilişkin ilkeler belirlenmiştir. İnsan genotipine müdahale ve kolonlama ile insan-hayvan hibritlerinin oluşturulmasını hedefleyen deneylerin cezalandırılması sonucuna varılmıştır.[164] Ayrıca uluslararası suçların önlenmesi, bastırılması ve yargılanması konusunda ulusüstü ve uluslararası örgütler, ceza hukuku kuruluşları ceza hukukçularının bireysel çalışmalarının dikkate alındığı belirtilmiştir. Daha önce yapılmış çok sayıda çalışma ve belirlenmiş ilke dikkate alınarak, uluslar arası suçların tanınması ve kanunlaştırılmasından söz edilmiştir. Uluslararası ceza

---

[160] Gülşah Kurt Yücekul (çev.), "12. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Hamburg, 16-22 Eylül 1979)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 3, 2009, s. 127.
[161] "12. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi", s. 129-132.
[162] Ayça Onural (çev.), "13. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Kahire, 1-7 Ekim 1984)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 3, 2009, s. 142.
[163] Elif Yarsuvat (çev.), "14. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Viyana, 2-7 Ekim 1989)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 3, 2009, s. 163.
[164] "14. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi", s. 166-178.

hukukunu etkili kılmak için uluslar arası suçların iki kategoride incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.[165] Buna göre uluslararası suçlar; 1- *Stricto sensu* uluslararası suçlar, uluslar arası camia tarafından uluslar arası hukukun yaratılması için genel kurallar çerçevesinde, kişilerin cezai sorumluluğunun sadece tanımayla gerçekleştiği ve uluslararası toplumun yüksek değerlerini ihlal ile sınırlı olan suçlardır. Bu suçların yargılanması için bir uluslararası ceza mahkemesi kurulmalıdır. 2- *Lato sensu* uluslar arası suçlar ise, uluslararası hukukun yaratılması için genel olarak kabul edilmeyen, bazı değerleri koruyan ve bunun için devletlerin işbirliği gerektiren suçlardır. Ceza sorumlulukları iç hukukta düzenlenir. Kongrede uluslararası suçların yargılanmasıyla ilgili diğer problemler de tespit edilmiştir.[166]

Onbeşinci Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde çevreye karşı suçlar konusuna geniş yer ayrılmıştır. Çevreye zarar ve tehdit eylemlerinin maddi ceza hukukunda yaptırıma uğraması, sınıraşan suçlarda cezalandırma, çevre suçlarının uluslar arası ceza mahkemesi tarafından yargılanması ve uluslar arası sözleşmelerin iç hukuka dâhil edilmesi üzerinde durulmuştur.[167] Bu kongrede bilgi teknolojisinde meydana gelen gelişmeler dikkate alınarak, bilişim suçları üzerinde tartışılmıştır. Bu doğrultuda bazı fiillerin maddi ceza hukukunda yer alması gerektiği (bilişim yoluyla dolandırıcılık, bilişim sahtekârlığı, sabotaj, sisteme izinsiz girme, bilgisayar programlarını izinsiz çoğaltma, bilişim casusluğu vs), bunlarla ilgili uluslararası işbirliği yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır.[168] Ceza yargılamasında reform yapılması yoluyla insan haklarının korunması ile uluslar arası ceza hukukunun bölgeselleşmesi, ceza konularında uluslar arası işbirliği usullerinde insan haklarının korunması üzerinde durulmuştur.[169] Bu doğrultuda Uluslararası Hukuk Komisyonunun bir uluslararası ceza mahkemesi kurulmasına yönelik çalışmalarının takdirle karşılandığı, Eski Yugoslavya için bir uluslararası ceza mahkemesi kurulması ve Ruanda'daki benzer çalışmaların takdirle izlendiği belirtilmiştir. Kongrede uluslararası ceza adalet sisteminin amaçlarını

---

[165] "14. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi", s. 181-182.
[166] "14. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi", s. 183-184.
[167] Güçlü Akyürek (çev.), "15. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Rio de Janerio, 4-10 Eylül 1994)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 3, 2009, s. 185-190.
[168] "15. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi", s. 191-200.
[169] "15. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi", s. 201-209.

ve Birleşmiş Milletler'in bu yöndeki çabalarının önemli olduğu; bu yönde Birleşmiş Milletler ve diğer ilgili hükümetlere desteğini sunulduğu açıklanmıştır.[170]

Onbeşinci Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde organize suçlar karşısında ceza adalet sistemi ve bu suçlarla mücadelede maddi ceza, ceza usul hukuku ile uluslararası ceza hukuku konuları işlenmiş ve özellikle adli işbirliği konusuna değinilmiştir.[171]

Onyedinci Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde ise, ulusal ve uluslar arası ceza hukukunda çocukların ceza sorumluluğu, uluslar arası ticarette rüşvet ve diğer suçlar, disiplin hukukunda ceza muhakemesi kurallarının uygulanması ile eş zamanlı yürütülen ulusal ve uluslar arası ceza yargılamalarında *ne bis in idem* ilkesinin uygulanması konularında sonuçlara varılmıştır.[172]

Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi yanında birçok kurul ve komisyon çalışmalarının devletin cezalandırma yetkisini etkileyecek şekilde kararlar aldığı veya sonuçlar çıkardığını ileri sürmek mümkündür. Ancak bunların hepsinin çalışmada yer vermek imkansızdır. Özellikle adı geçen kongre ve varılan sonuçlar, dünyada ceza hukuku ilkelerinin belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

Bir devlette ceza hukuku alanında kanunlaştırma ve reform çalışmaları uluslararası doktrinin en etkili olduğu dönemler olabilir. Nitekim Türkiye'de 2004 yılı Ceza Reformu sırasında özellikle Alman ceza hukuku doktrininin etkisi yadsınamaz. Örneğin Türkiye'de ceza hukuku gelişmelerini yakından takip eden Hans-Heinrich Jescheck'in Türk ceza reformuna katkıları, özellikle kanunilik ilkesi, kusur ilkesi ve *ultima ratio* ilkesi bakımından etkileri Özüer tarafından bir makale konusu yapılmıştır.[173]

Doktrin ceza hukukunun doğrudan kaynakları arasında değildir. Bununla birlikte bir kanunlaştırma hareketinde mutla doktrinden ve doktrini oluşturan yazarlardan yararlanılmaktadır. Doktrin hukuk düzenini doğrudan ya da dolaylı olarak etkilemektedir. Dönmezer ve Erman'ın belirttiği gibi, bir konuda cezalandırma

---

[170] "15. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi", s. 209-211.

[171] Barış Erman (çev.), "16. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Budapeşte, 5-11 Eylül 1999)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 3, 2009, s. 212.

[172] Banu Kınıkoğlu (çev.), "17. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Pekin, 12-19 Eylül 2004)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 3, 2009, s. 230.

[173] Adem Sözüer, "Prof.Dr.Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck'in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları", *Criminal Law in the Global Society (Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku)*, Feridun Yenisey ve Ulrich Sieber (ed.), Legal Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 243 vd.

zorunluluğu bulunup bulunmadığını devletin çıkardığı kanunlarla belirlenir. Ceza hukukçularının görevi devletin hukukunu incelemek ve onu açıklamaya çalışmaktır.[174] Öte yandan ceza hukukçuları ve uluslararası çapta ceza hukukçularının eğilimleri anlaşılmadan ceza kanunlaştırması ve reformları yapılmamaktadır.

F. Uluslararasılaşmanın Cezalandırma Yetkisine Etkisi

Devletlerin uluslararası ilişkilerinin yoğunlaşması ve uluslararası hukuktaki gelişmeler devletlerin cezalandırma yetkisine etki etmekte, bunu sınırlandırmakta ve cezalandırma yetkisini sadece devletin kendi iradesine bırakmamaktadır. Uluslararası hukuk dışında insan hakları raporları ve uluslararası ceza hukuku doktrinin de cezalandırma yetkisine etkisinden söz edilebilir. Ancak bunlar devletler açısından uyulması zorunlu değil; değerlendirilebilir, tavsiye alınabilir bir konuma sahiptir. Öte yandan devletin kendi iradesiyle üye olduğu bir örgütün (bağlayıcı) kararları yahut uluslararası sözleşmeler ve yine taraf olmak koşuluyla uluslararası ceza mahkemesi devletler açısından bağlayıcı ve yükümlülük doğurucudur.

Uluslararasılaşma devletlerin cezalandırma yetkisi bakımından iki farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle bazı fiillerin suç sayılması zorunlu hale gelmektedir. İkinci durum ise, bazı yaptırım türlerinin yasaklanmasıdır.

Uluslararası toplumda kimi suçlar artık devletlerin tek değil, ancak hep birlikte suç sayması ve ortak mücadelesiyle önüne geçilebilecek suçlardır. 20. yüzyılın başından itibaren devletler bu tür fiilleri suç sayma ve ortak mücadele konusunda sözleşme yapmaya gitmektedir. Böylelikle artık uluslararası toplum tarafından kabul edilen bir "Uluslararası Suçlar Kataloğu" oluşmaktadır. Soykırım, insanlığa karşı suçlar, işkence, insan ticareti, uyuşturucu kaçakçılığı, çocuk ve kadın ticareti, çocuk pornografisi, ulaşım araçlarının kaçırılması, siber suçlar, yolsuzluk, karapara aklama vb suçlar artık bütün devletlerce suç kabul edilmesi gereken fiillerdir. Ayrıca uluslararası ceza mahkemesince soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş ve saldırı suçları uluslararası suçlar olarak kabul edilmekte ve devletler genellikle iç hukuklarında bu suçları düzenleme yoluna gitmektedir. Uluslararası toplumda bir suç kataloğu kabul edilmesinin başlıca üç sebebi vardır. İlk olarak bu tür suçlar çoğunlukla insanlığa

[174] Dönmezer–Erman, 1997, s. 113.

karşıdır ve dünyada gelinen noktada insan haklarını çok ağır şekilde ihlal eden suçların işlenmesine (bir devletin bu tür fiilleri suç kabul edilmemesine) müsaade edilmemektedir. Soykırım, işkence, insan ticareti, çocuk pornografisi bu türden suçlardır. İkinci olarak bazı suçlar sınıraşan suçlardır. Başka bir anlatımla birden çok devleti ilgilendiren ve devletlerin tek başına mücadelesi mümkün olmayan suçlardır. Örneğin insan ticareti suçunda kaynak devletin (mağdurların getirildiği) suç kabul etmemesi, hedef devletin (mağdurların götürüldüğü) suç kabul etmesi veya bunun tersi, bu suçun önlenmesini engelleyecektir. Bu sebeple devletlerin karşılıklı olarak bu fiilleri suç kabul etmesi ve cezalandırılması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu fiillerin bütün devletlerce suç kabul edilmesinin üçüncü bir sebebi de dünyada "güvenli suç adaları"nın oluşmasını önleme isteğidir. Şöyle ki, bazı ağır suçların suç kabul etmediği bir ülke, bu fiillerin işlendiği bir yer haline gelecek ve diğer devletlerce bu suçla mücadele edilmesi anlamsızlaşacak veya zayıflayacaktır. Öte yandan devletler uluslararası toplum tarafından insan hakları anlayışına dayalı olarak suç kabul edilerek oluşan ortak değerin dışında kalmak istemeyecektir. Artık uluslararası toplumda suç sayılması ortak bir değer haline gelen çocuk pornografisinin suç kabul edilmemesi mümkün görünmemektedir.

Uluslararası toplum işkencenin ile insanlık dışı ve kötü muamelenin bir yaptırım türü olmaması konusunda anlaşmış durumdadır. Bunun dışında ölüm cezasının terk edilmesi konusunda çabalar olmakla birlikte, henüz dünya çapında yaygın kabul görmüş değildir. Bedensel ceza konusunda da henüz çok ciddi gelişmeler yoktur.

Sonuç olarak, devletler kendi iradeleriyle katıldıkları bir uluslararası örgüt yahut müstakil olarak katıldıkları bir sözleşmeyle, belli fiilleri suç kabul etme veya yaptırım türü olarak kabul etmeme konusunda bir taahhüt altına girmektedir. Bu taahhütler devletin cezalandırma yetkisine sınır oluşturmakta, bu husustaki kararları kendi iradesinden çıkarmakta ve sözleşme doğrultusunda yapma zorunluluğu doğurmaktadır. Öte yandan devletler cezalandırma yetkisine ilişkin olarak çeşitli kuruluşlarca açıklanan insan hakları raporlarına ve uluslararası ceza hukuku doktrininden de yararlanabilirler. Ancak bu tamamen devletin kendi keyfiyetindedir.

III. AVRUPA BİRLİĞİ VE CEZALANDIRMA YETKİSİ

Avrupa Birliğine katılım sürecinde ülkelerin egemenlikle ilgili sorunları ortaya çıkmıştır. Bu durumda ülkeler anayasalardaki mevcut egemenlik anlayışı ile AB'nin getirdiği durumu intibak etmek üzere anayasalarında değişiklik yoluna gitmişlerdir.[175] İtalyan Anayasasının 11. maddesiyle "karşılıklılık koşuluyla egemenliğin kısıtlanması" kabul edilmektedir. Polonya'nın AB müzakere sürecini tamamlarken egemenliğin kullanımıyla ilgili yaşanan tartışma, AB ve mensup ülkeler arasındaki egemenlik ilişkisini ortaya koyma bakımından önemlidir. Müzakere sürecinde Polonya anayasasına "*delegation of power*" kavramını koymak isterken, AB burada "*transfer of power*" sözünde ısrar etmiştir. AB'nin bu tavrı egemenlikte güçlü bir devir gösterirken, egemenlik alanında radikal bir kırılmaya işaret etmektedir.[176] Bu değişim her alanda olduğu gibi cezalandırma alanında da kendini göstermektedir. Avrupa Birliğinde ortak ceza hukuku oluşturmaya yönelik çabalar beklenen sonuca ulaşmamakla birlikte, özellikle suçların harmonizasyonu ve adli işbirliği alanında önemli gelişmeler yaşanmıştır.

Burada konu temel olarak üç başlıkta ele alınacak, önce Avrupa Birliğe ceza hukukunun oluşum sürecinden söz edilecektir. İkinci olarak AB aday ülkelerle ilgili ilerleme raporlarına yer verilerek, AB'nin ceza hukuku alanında üyelere getirdiği yükümlülükler ve tavsiyelerden söz edilecek son olarak konuyla ilgili değerlendirmede bulunulacaktır.

A. Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Oluşum Süreci

Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun 1957 yılı kuruluş sözleşmesinde kolluk ve yargıyla ilgili hususlar bulunmamaktaydı. 1985 yılında Schengen-I Sözleşmesinde iç sınır denetimlerinin kaldırılmasıyla kolluk ve yargı alanında işbirliği gereksinimi ortaya

---

[175] Atilla Özer, "Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu", *Anayasa Yargısı*, S. 20, 2003, s. 192.

[176] Davutoğlu, 2003, s. 46-47. Delegation, bir üstün alta vereceği bir roldür ve bunu istediği zaman geri alabilir. Oysa Polonya Devleti AB'den daha üstün bir güç değildir. Burada gücün geçmesi anlamına gelen "transfer" tercih edilmiştir.

çıkmıştır.[177] 80'li yıllarda AT'na üye olan devletlerin de talepleriyle 1992 yılında imzalanan ve Avrupa Birliği kurucu belgesi kabul edilen Maastricht Antlaşmasında üçüncü sütuna yer verilmiş, 1997 Amsterdam Antlaşmasında yapılan değişiklikler ile güvenlikle ilgili sazı hususlar birinci sütuna alınmış ve üçüncü sütunda sadece ceza, kolluk ve yargı işbirliği konuları kalmıştır.[178] Üçüncü sütun, AB'ye tanınan ulus üstü yetkiler ile devletlerin egemenliklerine müdahale oluşturduğu düşüncesiyle cezalandırma alanındaki yetki tekellerinden vazgeçmek istememeleri arasında bir uzlaşı formülü gibidir.[179] Avrupa'da anayasa taslağının Fransa ve Hollanda'da yapılan halkoylamasında reddedilmesinden sonra Avrupa Birliğinde yeniden reform çalışmalarına girilmiştir. 2007 yılında imzalanan Lizbon Antlaşması 2010 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu antlaşma ceza hukuku alanında da önemli yenilikler içermektedir.[180] Bu sebeple, Lizbon öncesi gelişim süreci ve Lizbon sonrası olarak ikiye ayırmak yararlı olacaktır.

1. Lizbon Antlaşması öncesi durum

Avrupa Birliği'nin kurulmasıyla birlikte üye devletler ceza hukuku alanını egemenliklerinin en önemli kalelerinden biri olarak görmüşlerdir.[181] Gerek Maastricht, gerekse Amsterdam anlaşmalarında AB'ye ceza hukuku alanında yetki verilmemiş, ceza hukuku ulusüstü nitelikteki birinci sütun içinde değil, hükümetler arası nitelikteki üçüncü sütunda yer almıştır.[182] Ceza hukukunun bireyin özgürlüğüne ağır müdahale oluşturması ve aynı zamanda demokrasi ve insan haklarıyla yakından ilgilidir. AT, ceza normları açısından yasallık ilkesini sağlayamayacağı gibi, bu normların meşruiyeti daha yüksek yerel parlamentolarca konulması gerekmektedir.[183] Öte yandan Topluluk yetkilerinin ikincillik özelliği taşıması ve ceza hukuku ihtiyacını yerel parlamentolar gibi karşılayamayacak olması ve ceza koyma yetkisinin üye devletlerce hala ulusal egemenliğin bir parçası olarak görülmesi ve aynı zamanda suç ve cezanın kültürel

---

[177] Mustafa Ruhan Erdem, *Avrupa Birliği Hukuku'nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri*, Seçkin, Ankara, 2004, s. 62.
[178] Erdem, 2004, s. 64-65.
[179] Erdem, 2004, s. 65.
[180] Mustafa Ruhan Erdem, "Lizbon Antlaşması ve Avrupa Ceza Hukuku'nun Geleceği", 2013. (yayımlanmamış makale).
[181] Erdem, 2004, s. 85-87.
[182] Erdem, 2004, s. 87.
[183] Erdem, 2004, s. 88-89.

yönleri sebebiyle Avrupa Birliği'nin kendine özgü bir ceza hukuku getirmesini engellemektedir.[184]

Üye devletlerin ceza hukuku alanına Avrupa Birliği hukuku çok yönlü bir etkiye sahiptir.[185] Öncelikle üye devletlerin ceza kanunlarında yer alan açık (*blanket*) ceza normlarının Topluluk hukuku yoluyla somutlaştırılması ileri sürülebilir.[186] Avrupa Topluluğu tarafından bir direktif ya da zorlama olmasa bile, üye devletlerin Avrupa Topluluğu'nun hukuksal yararlarını korumak amacıyla ceza normu koyma yükümlülüğü bulunmaktadır.[187] Topluluk hukukuyla ulusal hukuk arasında bir çatışma olduğunda, Topluluk hukuku uygulanmaktadır.[188] Özellikle sınırı aşan örgütlü suçlar nedeniyle finansal çıkarları tehlikeye düşen Avrupa Topluluğu'nun, ulusal mevzuatlar yoluyla korunması söz konusudur. Bu doğrultuda Avrupa Topluluğu tarafından çıkarılan tüzükler ve hazırlanan sözleşmeler, Topluluk çıkarlarının ceza hukuku yoluyla korunmasını sağlamaktadır.[189]

Avrupa düzeyinde ortak bir ceza hukukunun oluşumuyla ilgili en önemli aşama, 1997 yılında Avrupa Parlamentosu tarafından görevlendirilen bir grup ceza hukukçusunun "Avrupa Birliği'nin Finansal Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Düzenlemelerinin Corpus Juris'i" adlı projenin tamamlanmasıdır.[190] İki yıl süren çalışmalar sonunda bazı değişikliklerle 11 Aralık 2001 tarihinde AT'nin finansal çıkarlarının korunmasına ve bu suçların Avrupa Savcılığı tarafından kovuşturulmasına ilişkin Yeşil Kitap kabul edilmiştir.[191] Yeşil Kitap, Avrupa düzeyinde maddi ceza hukukunun tek düzeleşmesi bakımından en önemli aşamadır.[192]

Ceza hukukunun Avrupalılaşmasında suçla etkili mücadelenin ancak üye devletlerin ceza hukukunun tek düzeleşmesi sayesinde gerçekleşebileceği ve suçlular için açılan sınırların, kovuşturma organları için de açılması gerektiği temel gerekçe

---

[184] Erdem, 2004, s. 90-91.
[185] Erdem, 2004, s. 103.
[186] Erdem, 2004, s. 104 vd.
[187] Erdem, 2004, s. 108 vd.
[188] Erdem, 2004, s. 123.
[189] Erdem, 2004, s. 147 vd.
[190] Erdem, 2004, s. 168. Corpus Juris 2001 yılında Türkçe'ye çevrilerek yayımlanmıştır. Bkz. Serap Keskin, Hamide Zafer ve Ümit Kocasakal (çev.), *Avrupa Birliğinin Finansal Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları (Corpus Juris)*, Seçkin, Ankara, 2001.
[191] Bu eserin Türkçe çevrisi için bkz. Durmuş Tezcan ve diğ. (çev.), *Topluluğun Mali Çıkarlarının Cezai Koruması ve Avrupa Savcılığı Hakkında Yeşil Kitap,* DEÜ Yayını, İzmir, 2003.
[192] Erdem, 2004, s. 168.

oluşturmaktadır.[193] Avrupa hukukunun üye devletlerin ceza hukukuna etkisini üç kategoride değerlendirmek mümkündür:[194] 1- Yakınlaşma (*assimilation*), üye devletlerin Topluluğa sadakat ilkesi sebebiyle AT'nin finansal çıkarlarını korumaya yönelik tedbirler almasıdır. Bu nispeten düşük yoğunlukta bir etkidir. 2- Tek düzeleşme (*harmonization*) üye devletlerin ceza hukuklarının yakınlaştırılmasından öte, birbirine uyumlu hale getirilmesidir. 3- Bütünleşme ise, tüm üye devletlerde doğrudan uygulanabilir ceza ve ceza muhakemesi kurallarına yer verilmesidir.

Avrupa Birliği düzeyinde tekdüzeleşmesi öngörülen düzenleme alanları; organize suçluluk ve yasadışı uyuşturucu madde ticareti, kara para aklama, Euro sahteciliği, siber suçlar, çevre suçları, insan ticareti, kadın ve çocukların cinsel sömürüsü, çocuk pornografisi, terörizm ve terörün finansmanın sağlanması, ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve yasadışı göç, ödeme araçlarının kötüye kullanılması, ticaret sırrının ihlali olarak sıralanabilir.[195]

2. Lizbon Antlaşması sonrası durum

Avrupa Birliği, Lizbon Antlaşmasına kadar kendine özgü hukukî kişiliğe sahip uluslararası bir örgüt değildi ve Avrupa Birliği Antlaşması ile çatısı oluşturulan AB, üç sütun üzerine kurulu bir hukuksal yapıya sahipti.[196] Birinci sütun ulusüstü (*supranational*) bir örgüt olan, hukuki kişiliğe sahip ve devletlerden bağımsız irade oluşturabilen ve kendi organları olan Avrupa Topluluğu'dur. Klasik anlamda hükümetlerarası işbirliği özelliği taşıyan ikinci sütun ortak dış ve güvenlik politikasını; üçüncü sütun ise ceza işlerinde kolluk ve yargı alanında işbirliğini düzenlemekteydi.[197]

Lizbon öncesinde hangi durumlarda yetkinin birinci sütun, hangi durumlarda ise üçüncü sütun içinde kullanılabileceği konusunda bir tereddüt söz konusuydu. Özellikle çevrenin korunması, uyuşturucu madde, Avrupa Topluluğu'nun finansal çıkarlarına yönelik dolandırıcılık gibi bazı konular; kolluk ve yargı alanında işbirliği ile ilgili hükümleriyle örtüşmekte ve üye devletler ile AB Komisyonu arasında üçüncü sütun

[193] Erdem, 2004, s. 211.
[194] Erdem, 2004, s. 214-215.
[195] Erdem, 2004, s. 215 vd.
[196] Erdem, 2013, s. 4.
[197] Erdem, 2013, s. 4.

çerçevesinde alınan bazı kararların Topluluğun yetkisine müdahale oluşturduğu gerekçesiyle sürekli bir tartışma konusu olmaktaydı.[198]

Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliği ile daha önceki Avrupa Topluluğu, ulus üstü nitelikte bir örgüt olan yeni Avrupa Birliği çatısı altında birleştirilmektedir. Böylelikle üç sütunlu yapı ortadan kalkmış, yerini kendine özgü hukukî kişiliğe sahip Avrupa Birliği almıştır. Gelinen noktada AB ile üye devletler arasında yetki dağılımı daha açık bir hale gelmiştir. Sonuç olarak Lizbon Antlaşması ile ceza hukuku alanında AB yetkileri tamamen yeni bir düzenlemeye kavuşmuştur.[199]

Lizbon Antlaşması ile AB'ye ceza hukuku alanında kapsamlı bir kural koyma yetki tanınmamıştır. Bun karşın AB'nin bu alandaki yetkileri sürekli bir genişleme eğilimindedir. Özellikle üye devletlerin suç olmaktan çıkarma veya ceza hukukuna başka alternatifler arama yönündeki ulusal siyaset belirleme yetkisi ile ve ceza hukuku alanında yorum tekelini önemli ölçüde ortadan kalkmaktadır.[200]

AB, ortak bir özgürlük, güvenlik ve hukuk alanı oluşturmak amacıyla sınırlı yetki ilkesi gereğince ceza hukukuna ilişkin kural koyabilir. Lizbon öncesine göre genişletilmiş olan bu yetkiler; üye devletler arasında sınır ötesi işbirliğini kolaylaştırmaya yönelik tedbirlere başvurma yetkisi, maddi ceza hukukuna ilişkin kuralları yakınlaştırma yetkisi ve doğrudan uygulanabilir ceza hukuku kuralı koyma yetkisi olmak üzere üç türdür.[201]

Lizbon Antlaşmasıyla birlikte Avrupa Birliği, üye devletlerde doğrudan uygulanabilir suç tipleri yaratma ve böylece ulus üstü ceza hukuku kuralı koyma yetkisi elde etmiştir. İlerleyen süreçte Avrupa Savcılığı'nın kurulması ile birlikte, AB'nin finansal çıkarları ile sınırlı olmak üzere, Avrupa Savcılığı tarafından kovuşturulabilecek, Erdem'in tabiriyle "Avrupa suç tipleri" meydana getirebilecektir.[202]

AB'nin gelişim sürecinde özellikle AB Anayasasının kabul edilememesi ve 2007 yılında Lizbon Antlaşmasıyla gerçekleşen yenilenmeyle, tek düze ve ulus üstü bir ceza hukukunun yaratılması henüz mümkün olmamıştır. Bununla birlikte AB üyeliğe aday devletler için koymuş olduğu "Avrupa standartları", ceza hukuku ve uygulamalarıyla doğrudan ilgilidir.

---

[198] Erdem, 2013, s. 4.
[199] Erdem, 2013, s. 6.
[200] Erdem, 2013, s. 12.
[201] Erdem, 2013, s. 11-12.
[202] Erdem, 2013, s. 30.

B. Birliğe Yönelik Olarak Avrupa Birliği İlerleme Raporları

Avrupa Birliği, Maastricht Antlaşması sonrası sadece ekonomik bir birlik değil, aynı zamanda hem ekonomik, hem sosyal hem de siyasal bir birlik olma yolunda ilerlemiştir. AB, üyeliğine aday ülkeleri daha yakından takibe almıştır. Siyasi anlamda büyük bir birlik yaratmaya çalışan AB, müzakereleri devam eden aday ülkelerle ilgili düzenli olarak ilerleme raporları (*progress report*) ve görüşler (*avis*) ortaya koymaktadır. Siyasal, toplumsal ve ekonomik birçok alanda olduğu gibi, ceza hukuku alanında da bir "Avrupa standartı" oluşturulmak istenmektedir.

1. AB ilerleme raporlarının devletin cezalandırma yetkisi ile ilgisi

AB İlerleme Raporları, siyasi, ekonomik, üyelik yükümlülüğünü üstlenme yeteneği ve ortak dış güvenlik politikası olmak üzere dört temel başlıkta değerlendirmeleri içermektedir. Siyasi kriterler, demokrasi ve hukukun üstünlüğü, insan hakları ve azınlıkların korunması, Türkiye'ye mahsus olarak Kıbrıs meselesi gibi alt başlıklar taşımaktadır. Bu doğrultuda AB'nin suç ve ceza politikasına ilişkin bağlayıcı tavsiyeleri katılım sürecindeki devletlere aktarılmaktadır.

a. Doğrudan cezalandırmayla ilgili hususlar

AB İlerleme Raporlarında doğrudan cezalandırmayla ilgili hususlar, daha çok ilerleme raporunun ikinci başlığı olan Siyasi Kriterler başlığının "İnsan hakları ve azınlıkların korunması" alt başlığında ve özellikle *Medeni ve Siyasi Haklar* bölümünde yer almaktadır. Burada cezalandırma yoluyla özgürlüklerin korunması veya özgürlükleri kısıtlanması eleştirilerek, ceza kanunda değişiklik veya daha köklü reformlar talep edilmektedir.

Bu çalışma devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarını konu edindiğinden, AB İlerleme Raporlarının doğrudan cezalandırma yetkisiyle ilgisi ele alınacaktır. Bu sebeple Türkiye ile ilgili raporlar tek tek incelenerek, ceza kanuna ilişkin değişiklik ve reform önerileri ortaya çıkarılacaktır.

b. Cezalandırma bağlantılı hususlar

Ceza kanununa yönelik doğrudan taleplerin yanı sıra ilerleme raporları özellikle yargısal uygulamalar değerlendirme konusu yapılmaktadır. Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenebilme Yeteneği isimli 4. Başlığın 23. Faslı *Yargı ve Temel Haklar* başlığını taşımaktadır. Bu fasılda özellikle yargısal reformlar, adil yargılanma hakkı ve yargı pratiklerinin sonucu haklar ve özgürlükler değerlendirme konusu yapılmaktadır. Yolsuzlukla mücadele, işkencenin, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ya da cezalandırmanın yasaklanması, özel ve aile hayatı ile haberleşmeye saygı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, vicdani red, cinsiyet eşitliği ve kadın hakları, çocuk hakları, adil yargılanma hakkı, adli yardım, azınlık hakları ve kültürel haklar vb konular bu fasılda yer almaktadır.

Bu başlığın 24. Faslı ise, *Adalet, Özgürlük ve Güvenlik* başlığını taşımaktadır. Cezai konularda yargı işbirliği, polis işbirliği, örgütlü suçlarla mücadele, insan ticareti ile mücadelede, kara para aklama ile mücadele, uyuşturucuyla mücadele, Avronun sahteciliğe karşı korunması vb konular bu fasılda yer almaktadır.

Bu kısım tezimizle doğrudan ilgili olmadığından, genel bir değerlendirmeyle yetinilecektir. Bu sebeple özellikle yargısal uygulamaların değerlendirilmesi ve adalet-güvenliğe yönelik işbirliğine ilişkin AB İlerleme Raporlarına genel olarak yer verilecektir.

Türkiye'de uygulamaya yönelik getirilen eleştiriler şu başlıklar altında toplanabilir:

— *İşkence ve kötü muameleden dolayı sorumlu olan kolluk kuvvetleri mensuplarının etkin yargılanması ve cezalandırılmasının Avrupa standartlarına göre, düşük seviyede olması.*[203]

— *Namus cinayetlerinde uygulanan ceza indiriminde (öyle ki; sanığın reşit olmaması halinde indirimin daha da fazla yapılıyor olması) eleştiri konusu olmuştur.*[204]

— *Uyuşturucu maddelere karşı mücadelede büyük bir gelişme olmamıştır. Uyuşturucuyla, sahtecilikle ve yolsuzlukla etkili mücadele önerilmiştir.*[205]

---

[203] *1998 Yılı İlerleme Raporu*, s. 12; *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 21, 36 ve 127; *2007 Yılı İlerleme Raporu*, s. 12-13; *2010 Yılı İlerleme Raporu*, s. 18; *2011 Yılı İlerleme Raporu*, s. 21.
[204] *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 31.

— *İfade özgürlüğünün uygulanması konusunda ciddi bir takım sorunlar olduğuna dikkat çekilerek, özellikle bahsi geçen maddelerin ifade ve düşünce özgürlüğünü kısıtlamak maksadıyla savcı ve hâkimler tarafından yaygın olarak kullanıldığı vurgulanmıştır. Raporda haklarında dava açılan ve tutuklanan gazeteci ve yazarların isimlerine yer verilmiştir.*[206]

— *Kamuoyunda "Af Yasası" olarak bilinen 4758 sayılı Şartlı Tahliye ve Cezanın Ertelenmesi Kanunundan ifade özgürlüğünün kullanılması nedeniyle cezaevinde bulunan gazeteci ve yazarların yararlanamaması hayal kırıklığı yaratmıştır.*[207]

— *Eşcinsellere karşı ayrımcılık yapılması ve ceza kanunun bazı maddelerinin onları cezalandırılmak için kullanılması; homofobinin fiziksel ve cinsel şiddet vakalarına neden olması ve mahkemelerin, travesti ve transseksüellere karşı suç işleyenlerin lehinde "haksız tahrik" ilkesini uygulaması.*[208]

Adli işbirliğine yönelik olarak ise, Türkiye'nin ceza hukuku alanında iki önemli Avrupa Konseyi belgesine henüz katılmadığı üzerinde durulmuştur. Türkiye tarafından imzalanmadığı belirtilen belgeler şunlardır:

— *Yasadışı Kazançların Aklanması, Aranması, Yakalanması ve El Konması Üzerine Avrupa Sözleşmesi*[209]

— *Yolsuzluğa Dair Ceza Hukuku ve Özel Hukuk Sözleşmeleri*[210]

— *(Narkotik İlaçlar ve Psikotropik Maddeler Alanında Yasadışı Ticarete Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 17nci maddesini uygulamaya aktaran) Deniz Yoluyla Yasadışı Ticaret üzerine Anlaşma*[211]

— *Suçluların İadesi Üzerine Avrupa Sözleşmesi'ne 15 Ekim 1975 tarihli birinci ek protokol ve Mahkûm Edilmiş Kişilerin Transferi üzerine Sözleşme'ye ek 18 Aralık 1997 tarihli protokol*[212]

---

[205] *2000 Yılı İlerleme Raporu*, s. 47–48.
[206] *2001 Yılı İlerleme Raporu*, s. 24; *2008 Yılı İlerleme Raporu*, s. 16.
[207] *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 23–24.
[208] *2009 Yılı İlerleme Raporu*, s. 72; *2010 Yılı İlerleme Raporu*, s. 30; *2011 Yılı İlerleme Raporu*, s. 35.
[209] *1998 Yılı İlerleme Raporu*, s. 35; *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 39; *2001 Yılı İlerleme Raporu*, s. 83; *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 16; *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 113; *2006 Yılı İlerleme Raporu*, s. 64.
[210] *2001 Yılı İlerleme Raporu*, s. 83; *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 16.
[211] *1998 Yılı İlerleme Raporu*, s. 35; *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 39; *2001 Yılı İlerleme Raporu*, s. 84; *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 106.

— *Uluslararası İş Muamelelerinde Yabancı Memurlara Rüşvet Verilmesine Karşı Mücadele Hakkında OECD Sözleşmesi*[213]

— *Irkçılığa Dayalı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin BM Sözleşmesi*[214]

— *Uluslararası Ceza Mahkemeleri Yasası [Roma Statüsü]*[215]

— *Polis işbirliği ve organize suçla mücadele alanında, 2000 tarihli Sınıraşan Organize Suçlarla Mücadele ile ilgili Birleşmiş Milletler Sözleşmesini (Palermo Sözleşmesi) ve üç protokolünü onaylaması tavsiye edilmiştir.*[216]

— *Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi*[217]

— *BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesinin İhtiyari Protokolü (OPCAT)* [218]

— *Elektronik Ortamda İşlenmesi Bağlamında Bireylerin Korunması Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesini ve Denetleyici Makamlar ve Sınır Aşan Veri Akışına İlişkin Ek Protokol*[219]

— *Siber Suçlar Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi*[220]

— *EUROJUST ile İşbirliği Anlaşması*[221]

— *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) ilişkin 4, 7 ve 12 sayılı Protokoller*[222]

Sonuç olarak ilerleme raporları (*progress report*) veya düzenli raporlar (*regular report*) üye devletlere, Avrupa Birliği standardına ulaşabilmeleri bakımından birçok alanda düzenleme yapma yükümlülüğü getirmekte; ayrıca uygulamaların AB standartlarına ulaşabilmesi için tavsiyeler içermektedir. Bu yükümlülüklerin bir kısmı doğrudan cezalandırma yetkisine ilişkin, bir kısmı ise cezalandırma yetkisiyle bağlantılı özellikle üye ve aday devletlerarası işbirliğine zorunlu kılan hususlardır.

---

[212] *1998 Yılı İlerleme Raporu*, s. 35; *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 39.
[213] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 10; *2000 Yılı İlerleme Raporu*, s. 11.
[214] *2000 Yılı İlerleme Raporu*, s. 12; *2001 Yılı İlerleme Raporu*, s. 20.
[215] *2001 Yılı İlerleme Raporu*, s. 20; *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 17–18; *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 20; *2005 Yılı İlerleme Raporu*, s. 21; *2006 Yılı İlerleme Raporu,* s. 72; *2007 Yılı İlerleme Raporu*, s. 75; *2008 Yılı İlerleme Raporu*, s. 85.
[216] *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 106.
[217] *2005 Yılı İlerleme Raporu*, s. 21.
[218] *2006 Yılı İlerleme Raporu*, s. 10; *2008 Yılı İlerleme Raporu*, s. 13; *2009 Yılı İlerleme Raporu*, s. 15.
[219] *2009 Yılı İlerleme Raporu*, s. 71.
[220] *2009 Yılı İlerleme Raporu*, s. 76.
[221] *2009 Yılı İlerleme Raporu*, s. 76.
[222] *2009 Yılı İlerleme Raporu*, s. 12-13.

2. Türkiye İlerleme Raporları

AB ile müzakere sürecinde olan bir ülke olarak Türkiye ile ilgili olarak da 1998 yılından bugüne düzenli bir biçimde ilerleme raporları yayımlanmaktadır. Türkiye'nin AB'ye katılımı amacıyla başlatılan müzakere sürecinde, AB Türkiye'yi çeşitli açılardan değerlendirmektedir. Kısaca "İlerleme Raporu"[223] adıyla bilinen raporlar, AB'ye katılım isteyen ülkelerin, belli başlı konularda uyum amaçlı reformların yapılıp, yapılmadığının değerlendirilmesi niteliğindedir.

Suç ve cezaya ilişkin tespitler demokrasi ve hukukun üstünlüğü başlığı ile insan hakları başlığı altında yer almaktadır. Bu kısımlarda özellikle adil yargılanma hakkı ve yargılama sürecine ilişkin tavsiyelere yer verilmektedir. Öte yandan, ceza hukuku alanında iyileştirmeler ve özellikle bazı suçların kaldırılması, cezasının hafifletilmesi veya cezasının ağırlaştırılması gibi bazı tavsiyelere rastlamak mümkündür. Hatta bazı raporlarda, genel görüş ve ifadelerin yanı sıra kamuoyu tarafından yakından takip edilen veya sansasyonel durumlarla ilgili tekil görüş ve tavsiyelerde de bulunulmaktadır. Örneğin Tayyip Erdoğan[224], Abdullah Öcalan[225], İsmail Beşikçi'ye[226] verilen cezalarla ilgili görüş ve tavsiyeleri ilerleme raporlarında görmek mümkündür.

a. Ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik öneriler

Türkiye İlerleme Raporlarında üzerinde en çok durulan konulardan biri ölüm cezasının kaldırılması olmuştur. 1998 Yılı İlerleme Raporundan itibaren başlayarak, ölüm cezasının tümden kaldırıldığı 2004 Yılı İlerleme Raporuna kadar ölüm cezasının Türk hukuk düzeninde varlığı eleştiri konusu yapılmıştır.

1999 Yılı İlerleme Raporunda Türkiye'nin AİHS'nin 4., 6. ve 7. protokollerini imzalamadığını ve ölüm cezasının halen yürürlükte olduğu, ancak 1984 yılından beri uygulanmadığı vurgulanmıştır.[227] Bu raporda büyük ölçüde Abdullah Öcalan'ın adil yargılanması ve özellikle Öcalan hakkında verilen idam kararın uygulanmaması başta

---

[223] İlerleme Raporlarının resmi adı; *Türkiye'nin Katılım Yönünde İlerlemesi Üzerine Komisyon'un Düzenli Raporu* şeklindedir. Raporla için bkz. *http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=123&l=1*. Raporların internet adresleri tek tek kaynakçada gösterilmiştir.
[224] *1998 Yılı İlerleme Raporu*, s. 8.
[225] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, muhtelif sayfalar.
[226] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 12.
[227] *1998 Yılı İlerleme Raporu*, s. 12.

olmak üzere, ölüm cezasının tümden kaldırılması üzerine AB görüşü yer almıştır.[228] Hükümet ve TBMM'nin siyasi yaşamı, adalet sistemini ve insan haklarının korunmasını düzenleyen bazı önemli yasaların kabul edilmesi için gösterdikleri çaba takdir edilmiştir. Öte yandan, bu olumlu çabaların Öcalan'a verilen ölüm cezasının infazıyla yok edilmeyeceğinin umut edildiği dile getirilmiştir.[229] Ölüm cezasının kaldırılması ve Öcalan'a verilen cezanın infaz edilmemesi gerektiği yönündeki tavsiye, raporun çeşitli sayfalarında, defalarca yer almıştır. 2000 Yılı İlerleme Raporunda ölüm cezasının kaldırılması hakkında AİHS'ne 6 nolu Protokolün henüz Türkiye tarafından onaylanmamış olduğu tekrar hatırlatılmıştır.[230]

Türkiye insan hakları ve temel özgürlüklere ilişkin güvenceleri güçlendirmeyi ve idam cezasını sınırlandırmayı amaçlayan önemli bir anayasal reform 2001 yılının Ekim ayında başlatılmıştır. Ölüm cezası savaş ve yakın savaş halleri dışında kaldırılmıştır.[231] 2001 yılı anayasa değişiklikleri ile 38. maddedeki idam cezasının sınırlandırılması önemli bir adım olarak değerlendirilmiştir.[232] Öte yandan terör suçlarına idam cezası istisnası getirilmesi AİHS'nin 6 nolu Protokolüne uygun bulunmamıştır. Ayrıca anayasa değişikliklerinin de ceza kanununa adapte edilmesi gerekecek ve bununla birlikte Türkiye'nin 6 nolu Protokolü imzalama durumunda olup olmadığı gözleneceği belirtilmiştir.[233]

2002 yılının Ağustos ayında yapılan reformlarını takiben, barış zamanlarında ölüm cezası kaldırılmıştır.[234] Anayasanın 38. maddesinde ve TCK'de değişiklikler yapılmasına rağmen ölüm cezasının kaldırılmasına dair 6 ve 13 nolu protokollerinin imzalanmamasına dikkat çekilmiştir.[235]

Türkiye 2003 yılının Haziran ayında, AİHS'nin Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin 6 nolu Protokolü onaylanmıştır.[236] 2004 yılının Ocak ayında onaylanan AİHS'nin 13 nolu Protokolü uyarınca ölüm cezası istisnasız her koşulda kaldırılmıştır. Yürürlükteki mevzuatta ölüm cezasına yapılan bütün atıflar çıkarılmıştır.[237] Yaşam

---

[228] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, raporun geneli.
[229] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 16.
[230] *2000 Yılı İlerleme Raporu*, s. 12.
[231] *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 121.
[232] *2001 Yılı İlerleme Raporu*, s. 19. Ayrıca bkz. s. 31.
[233] *2001 Yılı İlerleme Raporu*, s. 21.
[234] *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 20.
[235] *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 18.
[236] *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 111.
[237] *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 13, 23, 26 ve 45.

hakkı ve özellikle ölüm cezasının yasaklanması konusunda, Türkiye ölüm cezasını yasaklamayı amaçlayan Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin (ICCPR) İkinci Ek İhtiyari Protokolü Şubat 2006'da onaylamıştır. Türkiye 2004 yılında ulusal mevzuatında ölüm cezasını tüm hallerde yasaklamıştır.[238]

b. Bazı suçlara ve bunlara verilen cezalara ilişkin görüş ve tavsiyeler

İlerleme raporlarının birçoğunda yeni bazı suç tiplerinin ceza kanununda kabulüne, bazı suçlarla etkin mücadele yapılabilmesi amacıyla verilen cezaların ağırlaştırılması ve bir takım özgürlükleri (özellikle düşünce, ifade ve basın özgürlüğü) kısıtladıkları gerekçesiyle cezalarının azaltılmasına yönelik telkin ve tavsiyelerde bulunulmuştur.

Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti: 1999 Yılı İlerleme Raporunda özellikle insan ticaretiyle ilgili olarak örgütlü suçla mücadelenin güçlendirilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur. 4422 SK ile TCK'nin ilgili maddelerinin insan ticareti suçunu kapsadığı belirtilmekle beraber, bu fiilin Türk mevzuatında başlı başına bir suç olarak düzenlenmemiş olduğu eleştirilerek; bu boşluğun doldurulması gerekliliği tavsiye edilmiştir.[239] 2002 yılının Ağustos ayında TBMM, TCK'de, insan kaçakçılığı ve ticaretini suç haline getiren iki ayrı değişiklik kabul etmiştir. Bu suçlar organize biçimde işlendiğinde daha ağır cezalar uygulanmaktadır.[240] Ancak ceza kanununda yapılan son değişikliklere rağmen, Türkiye insan ticaretinin önlenmesine ilişkin asgari standartları karşılamadığı şeklinde değerlendirilmektedir.[241] 1 Haziran 2005'de yürürlüğe giren yeni TCK'nin 79. ve 80. maddeleri, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları için cezaları büyük ölçüde artırmaktadır. Suçun örgütlü işlenmesi halinde cezalar daha da artmakta; kanun aynı zamanda kaçakçılarının ve insan tacirlerinin mal varlıklarının dondurulmasına ve bunların müsaderesine de imkân sağlamaktadır.[242] 2010 yılı Temmuz ayında TCK'de yapılan değişiklikler olumlu karşılanmıştır. Bu değişiklik ile

---

[238] *2006 Yılı İlerleme Raporu*, s. 58.
[239] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 38.
[240] *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 102.
[241] *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 105.
[242] *2005 Yılı İlerleme Raporu*, s. 131.

TCK'nin 79. maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçuna karışılanlara getirilen cezalar artırılmıştır.[243]

Kişisel verilerin elde edilmesi: 2003 Yılı İlerleme Raporundan kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak, kaydedilen gelişmelerin yeterli olmadığı belirtilmiştir. Ancak, yeni TCK'de, kanunla belirlenen amaçlar dışında kişisel veriler toplanmasının ve kullanılmasının bir suç olarak tanımlanması olumlu bulunmuştur.[244] Anayasada yerini bulan özel hayatın gizliliği hakkı, kişi ve aile hayatına saygıyı öngörmektedir. TCK, özel hayatın ihlalini önlemek üzere, aralarında gizli ses kaydı ile ihlalin gerçekleşmesi halinde daha ağır ceza öngören madde içermektedir. Veri korunması açısından, yeni TCK, kişinin siyasi, felsefi ve dini fikirleri, ırksal kökenleri, yasadışı ahlaki eğilimleri, cinsel hayatı veya başkalarının sağlık durumu veya sendikalarla ilişkisi hakkında yasadışı bilgi toplayan kişilerin hapsi öngörülmektedir.[245] Ayrıca 2010 Anayasa değişiklikleriyle özel hayata ve aile hayatına saygıya ilişkin olarak, Anayasa değişiklikleri, kişisel verilerin korunması ve bilgiye erişim hakkını Anayasal hak olarak getirmiştir.[246]

İşkence suçu: 1998 Yılı İlerleme Raporunda Hükümetin ceza kanunda değişiklik yapmak üzere bir kanun tasarısı kabul hazırladığını ve görüşülmek üzere bunu TBMM'ye gönderildiği belirtilmiştir. "Bu tasarının temel amacı, işkence fiillerinden suçlu bulunan devlet memurlarına ve kamu görevlilerine verilen hapis cezalarını arttırmaktır. TBMM bu tasarıları kabul ederse, Türk mevzuatı, Avrupa standartlarına önemli ölçüde yaklaşmış olacaktır"[247] denilerek, ceza kanunu reformu ile AB standartları arasındaki ilişki ortaya konmuştur. 1999 Yılı İlerleme Raporunda işkence konusuna çok geniş bir şekilde yer verilmiştir. Türkiye'de işkence fiillerine karşı tedbirlere ek olarak Ağustos 1999'da, [eski] TCK'nin 243, 245 ve 354 sayılı maddelerini değiştiren bir kanunun TBMM tarafından kabul edildiği ve bu kanunun, kamu görevlilerince bireylere karşı işkenceyi, kötü muameleyi ve yetki suistimalini yeniden tarif etmekte ve bu tür suçlar işleyen kamu görevlileri için veya işkence üzerine yanlış rapor düzenleyen sağlık personeli için daha yüksek cezalar öngördüğü

---

[243] *2010 Yılı İlerleme Raporu*, s. 80.
[244] *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 120.
[245] *2005 Yılı İlerleme Raporu*, s. 126.
[246] *2010 Yılı İlerleme Raporu*, s. 78.
[247] *1998 Yılı İlerleme Raporu*, s. 11.

vurgulanmıştır.[248] 6. uyum paketi ileişkence ve kötü muameleye ilişkin mahkumiyet kararlarının tecil edilmesini ve para cezasına çevrilmesini önlemek amacıyla, dördüncü uyum paketi ile TCK'nın 243 (işkence) ve 245'inci (kötü muamele) maddeleri değiştirilmiştir.[249]

İfade özgürlüğünü kısıtlayan ceza hükümleri: 2001 Yılı İlerleme Raporunda, düşünce ve ifade özgürlüğünü kısıtlayan bazı ceza hükümlerindeki değişiklikten memnuniyetini dile getirmiştir. Özellikle [eski] TCK'nin 159. ve 312. maddeleri ile TMK'nin 7. ve 8. maddelerinde yapılan değişiklikler önemli bulunmuştur.[250]Üçüncü reform paketi çerçevesinde [eski] TCK'nin 159. maddesi yeninde değiştirilmiştir.[251] TCK'nin 159. maddesi ila 312. maddesinde yapılan değişiklik ile bu suçların alanının daralacağı öngörülmektedir. Diğer yandan TMK'nin 7. ve 8. maddelerinde yapılan değişiklik ile bazı suçların cezaları artırılmıştır. Raporda asıl üzerinde durulan ve eleştirilen yön ise uygulamada yaşanan farklılıklar nedeniyle hukuki kesinlik ilkesinin zedelenmesidir.[252]

6. uyum paketi ile Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanununda değişiklik yapılmıştır. Bu alandaki eserlerin yasaklanmasının kapsamı, yalnızca Cumhuriyetin temel niteliklerine ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırılık suçlarıyla sınırlandırılarak daraltılmıştır.[253] 7. uyum paketi ile TCK'nin 426 ve 427. maddeleri değiştirilmiştir. Genel ahlaka aykırı olan eserlerin yasaklanmasına ilişkin 426. maddeye, bilim ve sanat eserleri ile "edebi değere sahip olan eserler"in bu madde kapsamı dışında tutulmasına yönelik bir fıkra eklenmiştir. 427. madde uyarınca, müsadere olunan yayınların halkın ar veya haya duygularını incittiği veya cinsi arzuları tahrik ve istismar ettiği gerekçesiyle imhası veya yakılması uygulamasına son verilmiştir.[254] Rapora göre, yeni TCK genel olarak, pek çok Avrupa ülkesindeki ceza hukukuyla aynı çizgide, modern Avrupa standartlarını benimsemektedir. Bununla birlikte, TBMM tarafından yapılan çeşitli değişikliklere rağmen, ifade özgürlüğünü sınırlandırmak için kullanılabilecek maddeler hakkındaki kaygılar devam etmektedir.[255]

---

[248] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 12.
[249] *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 22.
[250] *2001 Yılı İlerleme Raporu*, s. 20.
[251] *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 24.
[252] *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 24.
[253] *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 26.
[254] *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 27.
[255] *2005 Yılı İlerleme Raporu*, s. 17.

c. Ceza-adalet sistemindeki reformlara yönelik görüşler

İlerleme raporlarında ceza hukuku alanında yapılan reformlar dikkatle takip edilmiştir. Anayasa değişiklikleri, uyum paketleriyle ceza-adalet sisteminde yapılan değişiklikler ve 2004 yılı ceza reformu süreci çok ayrıntılı bir şekilde ilerleme raporlarında yer almıştır. Raporların tümünde, bir önceki rapor döneminin kısa bir özeti verilmiş, geçmiş raporlarda ileri sürülen tavsiyelerin yerine getirilip getirilmediği üzerinde titizlikle durulmuştur. Hükümetin reformlara yönelik tutumları takdir ile karşılanmıştır.[256]

1998 Yılı İlerleme Raporunda Türkiye'nin kat ettiği reformlara yönelik olarak, 1995 Anayasa değişiklik süreciyle başlayan reformların diğer mevzuata kısmen yansıdığı ve bu doğrultuda Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesinin daha liberal bir yaklaşım içinde değiştirildiği belirtilmiştir.[257]

Türkiye Eylül 2004'te 80 yıllık eski ceza kanunu değiştirilerek yeni bir ceza kanunu kabul edilmiştir. Bu kanun genel olarak birçok Avrupa ülkesinde ceza hukuku ile ilgili son gelişmelere uyumlu ve modern Avrupa standartlarını sağlıyor şeklinde kabul edilmiştir. Yeni ceza kanunu bazı insan hakları ihlallerine karşı yaptırımları güçlendirmekte ve soykırım ve insanlık suçları, ayrımcılık ve kişisel bilgilerin suistimali gibi uluslararası ceza hukukundaki son gelişmeleri yansıtan yeni suçları da kapsamına almaktadır.[258]

Yeni TCK uyarınca, "namus cinayeti" işleyenler ömür boyu hapis cezasına çarptırılacak olması; bekaret testinin bir hakim veya savcı tarafından resmi olarak yetki verilmedikçe yasaklanması, evlilik içi cinsel saldırının ceza gerektiren bir suç olması, kadın-erkek eşitliğinin sağlanması bakımından önemli bulunmuştur. Diğer yandan kadına karşı şiddetin ciddi bir sorun oluşturmaya devam ettiği vurgulanmıştır.[259] Yeni TCK, "töre saiki"yle işlenen hayata karşı suçlar için ömür boyu hapis cezası öngörmektedir. Bu hükmün, "namus cinayeti" davalarında da uygulanması öngörülmektedir. Evli çiftler arasında cinsel saldırı, mağdurun şikâyeti halinde suç kabul edilmektedir. Kanun, çokeşlilik ve dini nikâhın tescil edilmemesi durumları için hapis cezalarında bir miktar artış öngörmektedir. Bekâret testi konusunda yeni kanunda,

---

[256] *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 14.
[257] *1998 Yılı İlerleme Raporu*, s. 14.
[258] *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 19.
[259] *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 14.

bir mahkeme emri olmadan bu tür muayenelerin yapılması için emir veren veya bunları yapanların hapis cezasına çarptırılacağı belirtilmektedir. Ancak, kadın sivil toplum kuruluşlarının talebinin aksine bu testin yapılacağı kadının rızasının alınması hala gerekli değildir.[260] Raporda sonuç olarak, Türkiye'nin, ek reform paketleri, anayasa değişiklikleri ve yeni TCK'nin kabulü suretiyle, özellikle bir önceki yılın raporu ve Katılım Ortaklığı'nda öncelik olarak belirtilen alanlar olmak üzere birçok alanda önemli yasal ilerleme başardığı kaydedilmiştir.[261]

AİHS'ne aykırılık sebebiyle mahkumiyetle sonucu çıkan AİHM kararları doğrultusunda, mahkumiyet kararlarının sonuçlarını telafi etmek üzere iç hukukta gerekli tedbirlere yer verilmesine ihtiyaç olduğu vurgulanmıştır.[262] Üçüncü reform paketi çerçevesinde, Türkiye, AİHM kararlarına uyum sağlamak üzere ceza ve özel hukuk davalarında yeniden yargılama imkânı getirmiştir.[263] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile diğer uluslar arası insan hakları sözleşmelerinin iç hukuka üstünlüğü ilkesi Anayasaya girmiştir.[264]

d. Uygulamaya yönelik eleştiri ve tavsiyeler

AB ilerleme raporlarının tümünde muhakkak Türkiye'deki ceza uygulamalarına yönelik görüşlere yer verilmiştir. Özellikle mevzuatın iyileşmiş olmasına rağmen, bu iyileştirmelerin uygulamaya tam olarak yansımadığı üzerinde durulmuştur. Yargıtay gibi yüksek mahkemeler, çeşitli uyum paketleri ile kabul edilen değişikliğe uğramış hükümlerin uygulanmasına ilişkin kararlar verirken; reformların özellikle savcılar ve hakimler tarafından bazen kısıtlayıcı bir şekilde yorumlandığına dikkat çekilmektedir.[265] 2004 ceza reformu AB tarafından çok olumlu karşılanmış ve özellikle 2006 Yılı İlerleme Raporundan itibaren son rapora kadar daha çok yeni ceza kanunun uygulanmasına ilişkin görüş ve önerilere yer verilmiştir.

Uygulamaya ilişkin eleştirilerin başında ifade ve basın özgürlüğünü kısıtlayan ceza normları gelmektedir. İlk raporlarda bunların geniş yorumlamaya müsait bir

---

[260] *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 37 ve 46.
[261] *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 146.
[262] *2000 Yılı İlerleme Raporu*, s. 11; *2001 Yılı İlerleme Raporu*, s. 17.
[263] *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 19.
[264] *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 12.
[265] *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 12.

belirsizlik içerdiği söylenirken; mevzuatta yapılan değişikliklerden sonra ise, uygulamadaki sınırlayıcı yorumlar eleştiri konusu yapılmıştır. Üzerinde en çok durulan konulardan bir diğeri de işkence suçunun soruşturulması ve cezalandırılmasındaki isteksizliktir. Üzerinde önemle durulan konulardan biri de özellikle cinsiyet ayrımcılığına dayanan namus/töre cinayetlerinde uygulanan ceza indirimleri olmuştur. Sayılan suçların yanı sıra ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve özel hayatın korunmasına yönelik ceza normlarının etkin kullanılamaması eleştirilmiştir.

1998 Yılı İlerleme Raporunda Türkiye'de son yıllardaki bazı iyileşmelere rağmen, ifade özgürlüğünün Türkiye'de tam olarak güvence altında olmadığı; devletin birliğine, toprak bütünlüğüne, laikliğe ve devlet kurumları için saygıya ilişkin Anayasa ve diğer mevzuat hükümlerinin (TMK madde 7 ve 8; mTCK madde 158, 159, 311 ve 312) aşırı ölçüde dar yorumlanması nedeniyle, AB üyesi devletlerde suç teşkil etmeyecek açıklamalar, konuşmalar, makaleler veya kitaplardan ötürü, seçilmiş politikacıların, gazetecilerin, yazarların, sendikacıların ve STK mensuplarının yargılanması ve mahkûm edildiği üzerinde durulmuştur.[266] Akın Birdal ve Necmettin Erbakan'ın TCK'nin 312. maddeyi ihlalden cezalandırılmasının endişeyle karşılandığı belirtilerek, 312. maddenin kapsamının genişliği ve belirsizliği eleştiri konusu yapılmıştır.[267] İfade özgürlüğü önündeki sınırları ortadan kaldırmaya yönelik olarak [eski] TCK ve TMK hükümlerdeki (mTCK m. 159, 312 ve TMK m.8) değişikliklere rağmen, Türk Ceza Kanununun uyum paketleri ile değiştirilmemiş diğer hükümlerinin, savcılar tarafından, ifade özgürlüğünü sınırlandıracak şekilde kullanılmasının devam etmesi eleştirilmiştir.[268] 2003 Yılı İlerleme Raporunda Türkiye'nin yaptığı mevzuat değişiklikleri olumlu bulunurken, ceza hukuku alanında bazı uygulamalar ise yeterli bulunmamıştır. Örneğin, gerçekleştirilen reformlara rağmen TCK'nin 159. ve 312. maddeleri ile TMK'nin 7. maddesinin uygulanmasında yeknesaklık olmadığı değerlendirilmiştir. Devlet kurumlarını ve politikalarını eleştiren veya belli bazı siyasi kesimlerin görüşlerini yayınlayan gazetecilerin, yazarların ve yayıncıların zaman zaman hapis cezası dahil olmak üzere ağır cezalara çarptırıldığı belirtilmiştir.[269]

---

[266] *1998 Yılı İlerleme Raporu*, s. 13.
[267] *2000 Yılı İlerleme Raporu*, s. 14.
[268] *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 14.
[269] *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 27. Örneğin, gerçekleştirilen reformlara rağmen TCK'nin 159. ve 312. maddeleri ile TMK'nin 7. maddesinin uygulanmasında yeknesaklık olmadığı değerlendirilmiştir. Devlet kurumlarını ve politikalarını eleştiren veya belli bazı siyasi kesimlerin görüşlerini yayınlayan

2004 Yılı İlerleme Raporunda yeni TCK'nin, ifade özgürlüğü konusunda sınırlı bir ilerleme sağladığı vurgulanmıştır.[270] 2005 Yılı İlerleme Raporunda da şiddet içermeyen ifadelerden dolayı mahkumiyet verilmesi üzerinde durulan konulardan biri olmuştur.[271] TCK'nin ifade ve basın özgürlüğüne engel teşkil edebilecek bazı maddeleri eleştiri konusu yapılmıştır. Özellikle 285 ve 277. maddenin otosansür oluşturabilecek ceza tehdidinde bulunulduğu vurgulanmıştır.[272] Yeni TCK'deki bazı maddelerin farklı yorumlamaya açık olduğu belirtilmiş. Eleştiri ise daha çok ifade özgürlüğü açısından AİHM standartlarına ulaşılamadığı yönünde olmuştur.[273]

Yeni TCK sonrası genel olarak, Türk toplumunda serbest tartışma ortamının geliştiği belirtilmiştir. Öte yandan yeni ceza yasasının bazı hükümlerinin yargıya önemli yorum alanı bıraktığı vurgulanmaktadır. Başta 301. madde olmak üzere ceza kanununun bazı maddeleri şiddet içermeyen görüşlerin ifadesini sınırlamak amacıyla kullanıldığı belirtilmiştir.[274] Şiddet içermeyen görüşlerin ifadesi hususunda yeni ceza kanununun bazı hükümlerine dayanılarak başlatılan kovuşturmalar ve mahkeme kararları endişe verici olarak değerlendirilmiştir. Bunun ülkede bir oto-sansür ortamının doğmasına yol açabileceğine değinilmiştir. Söz konusu madde, her ne kadar eleştiri amaçlı düşünce

---

gazetecilerin, yazarların ve yayıncıların zaman zaman hapis cezası dahil olmak üzere ağır cezalara çarptırıldığı belirtilmiştir.

[270] *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 46.Raporda özellikle şiddete başvurmadan yapılan ifadelerin cezalandırılması üzerinde durulmuştur. İfade özgürlüğü konusunda şiddete başvurmadan düşüncelerini açıkladıkları için mahkum olan kişiler bakımından Türk Hükümeti eleştiri konusu olmuştur. 2002 yılından itibaren TCK, Terörle Mücadele Kanunu ve Basın Kanunundaki kısıtlamaların kaldırılması için değişiklikler yapılmış olmasına karşın, düşüncelerini şiddete başvurmadan açıklamış olan bazı kişiler hala yargılanmakta ve cezalandırılmaktadır. Bu doğrultuda özellikle yeni TCK'de eski TCK'nin 159. ve 312. maddelerine muadil maddeler eleştiri konusu yapılarak, uygulamanın AİHM içtihatlarına rağmen, ifade özgürlüğünü dar bir çerçevede aldığı şeklinde yorumlanmıştır. Türk Hükümeti'nin özellikle şiddet içermeyen ifadelerin özgürlüğünün kısıtlanması ve düşüncelerin cezalandırılması konusunda aldığı önlemler yetersiz bulunmuştur.*2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 30-31.

[271] *2005 Yılı İlerleme Raporu*, s. 28. Raporda ayrıca Ağustos 2005'te, Orhan Pamuk'un bir İsveç gazetesinde Türkiye'de Ermenilerin ve Kürtlerin öldürülmelerine dair ifadeleri ile ilgili olarak 301. madde uyarınca hakkında ceza davası açıldığı; Ekim 2005'te Ermenice ve Türkçe yayınlanan haftalık Agos gazetesinin editörü HrantDink'in Ermeni diasporası hakkında yazdığı bir makale ile ilgili olarak 301. madde uyarınca mahkum edildiği yer almıştır.

[272] *2005 Yılı İlerleme Raporu*, s. 29. Mayıs 2005'te TCK'de yapılan değişiklikler bu yönde olumlu bulunmuştur. Medya aracılığıyla işlenen birçok suç için öngörülen ağırlaştırılmış hükümler, tümü olmamakla birlikte, birçok maddeden çıkartılmıştır. Bilgi sağlamaya veya eleştiriye yönelik ifade eylemleri cezalandırılmaması gerektiği vurgulanmıştır. Bu doğrulta 125. maddenin kapsamının daraltılması ve 305. maddeye (temel ulusal çıkarlara karşı fiiller) ilişkin gerekçenin silinmesi olumlu bulunmuştur. Yine de bu değişikliklerin yeterli olmadığı belirtilerek, özellikle geçmişte ifade özgürlüğünün kısıtlanması amacıyla kullanılan ve yeni TCK'de aynen muhafaza edilen bazı hükümlerin Mayıs 2005'te yapılan değişik sürecinde ele alınmadığını ve bunların ifade özgürlüğüne yönelik olarak hala potansiyel tehdit oluşturduğu üzerinde durulmuştur.

[273] *2005 Yılı İlerleme Raporu*, s. 160; *2009 Yılı İlerleme Raporu*, s. 71.

[274] *2006 Yılı İlerleme Raporu*, s. 8 ve 59.

ifade etmenin suç teşkil etmediğine ilişkin bir hüküm içerse de gazeteciler, yazarlar, akademisyenler ve insan hakları savunucuları hakkında kovuşturma amacıyla sıklıkla kullanılmıştır. 301. maddenin Avrupa standartlarıyla uyumlu hale getirilmesi önerilmektedir.[275] 2008 Yılı İlerleme Raporunda önceki eleştiriler yerini büyük ölçüde takdire bırakmıştır. Rapora göre, Türkiye ifade ve basın özgürlüğü için güvencelerin güçlendirilmesi alanında bir miktar ilerleme kaydedilmiştir. TBMM 2008 yılı Nisan ayında, TCK'nin 301. maddesinde, diğerlerinin yanı sıra, cezai soruşturma başlatılabilmesi için Adalet Bakanlığı'nın iznini gerektiren değişiklikleri kabul etmiştir. Ayrıca cezanın üst sınırı düşürülmüştür.[276] Raporun devamında 301. maddenin uygulanmasına ilişkin olarak rakamsal verilere yer verilmiştir. Burada özellikle Hrant Dink aleyhine verilen soruşturma izni örnek gösterilmiştir.[277] Mevzuatta ve uygulamada, AİHM içtihadına ve AİHS'ne uygun olarak, ifade özgürlüğüne tam saygı gösterilmesinin sağlanması maksadıyla çabaların güçlendirilmesi ve sağlamlaştırılması tavsiyesinde bulunulmuştur.[278] Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) Mayıs 2008'de değiştirilmesi sonrasında, Kanun'un 301. maddesine dayanılarak açılan az sayıda dava bulunması ise olumlu karşılanmıştır.[279]

---

[275] *2006 Yılı İlerleme Raporu*, s. 13. Rapora göre, Temmuz 2006'da, Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu, 301. madde hususunda kısıtlayıcı bir içtihat geliştirmiştir. Yüksek Mahkeme, gazeteci Hrant Dink için hükmedilen ertelenmiş 6 ay hapis cezasını onamıştır. Bu karar, Dink'in Ermeni kimliğine ilişkin yazdığı bir dizi makalede TCK'nin 301. maddesi uyarınca "Türklüğe" hakaret etmiş olmasına dayandırılmıştır. *2007 Yılı İlerleme Raporu*, s. 13. İnsan hakları savunucularına, gazetecilere, yazarlara, yayıncılara, akademisyenlere ve aydınlara karşı adli takibat ve tehditler, ülkede oto-sansüre yol açan bir ortam yaratmıştır. Vicdani red ile ilgili hususlarda herhangi bir ilerleme olmamıştır. Türkiye, AİHM'nin, Türkiye'ye karşı sonuçlanan Ülke kararını uygulamamış; vicdani veya dini sebeplerle askerlik hizmeti yapmayı reddedenlerin askeri emirlere ısrarla itaatsizlik gösterdikleri gerekçesiyle defalarca ceza soruşturmasına uğramalarını ve mahkûm edilmelerini engelleyecek yasal bir düzenleme yapmamıştır.

[276] *2008 Yılı İlerleme Raporu*, s. 9–10. 301. madde, şu şekilde değiştirilmiştir:

1. Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
2. Devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi 1. fıkra hükmüne göre cezalandırılır.
3. Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.
4. Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

[277] *2008 Yılı İlerleme Raporu*, s. 15.

[278] *2008 Yılı İlerleme Raporu*, s. 70. Raporda ifade özgürlüğünü kısıtlayan diğer hükümlerin, endişe kaynağı olmaya devam ettiği belirtilmiştir. Örneğin, kamu düzenine karşı işlenen suçları cezalandıran Türk Ceza Kanunu'nun 215, 216 ve 217. maddeleri ile Terörle Mücadele Kanunun, Kürt meseleleri hakkında şiddet içermeyen görüşlerini ifade edenlere karşı uygulanarak dava açılması ve bu kişilerin hüküm giymesine yol açması eleştirilmiştir. Burada hâkim ve savcıların, özellikle Kürt bağlantılı meselelerde "şiddete teşvik" ve"kamumenfaati"ne ilişkin hükümleri geniş bir şekilde yorumlamadığı belirtilerek; bunun AİHM'nin ifade özgürlüğü ile ilgili içtihat hukukuna aykırı olduğu şeklinde değerlendirilmiştir. *2008 Yılı İlerleme Raporu*, s. 15.

[279] *2010 Yılı İlerleme Raporu*, s. 20.

İlerleme Raporlarında TMK'nin ifade özgürlüğü üzerindeki potansiyel etkisi endişeyle karşılanmıştır.[280] TMK'de yapılan değişiklikler Haziran 2006'da kabul edilmiştir. Bu değişiklikle terör suçları listesi genişletilmiş ve terörizmin geniş tanımı korunmuştur. Bu şekliyle kanun, ifade ve basın özgürlüğüne kısıtlamalar getirmektedir. Terörizmin propagandasına ve övülmesine ağırlaştırılmış cezalar getirmekle birlikte; terör suçunun tanımının Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesine (CET 196) uymadığı değerlendirilmiştir.[281] Raporda Türkiye ifade özgürlüğünün tam olarak sağlanamaması bakımından eleştirilmiştir. Özellikle şiddet içermeyen ifadelerin cezalandırılması çok olumsuz karşılanmıştır. Kanunun özellikle 6. ve 7. maddelerinin gözden geçirilmesi gerekmektedir.[282]

2011 Yılı İlerleme Raporunda, Türkiye tarafından ifade özgürlüğü ihlali yapıldığına dair AİHM'ye çok sayıda başvuru yapıldığı üzerinde durulmuştur. AİHM kararlarına uyulması için yasal değişikliklerin yapılması gerekmektedir.[283] Türk ceza mevzuatı, ifade özgürlüğünün sınırlanmasında orantısız olarak kullanılabileceği için, son derece sorunlu olmaya devam etmektedir. Basın Kanunu ve Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun da ayrıca ifade özgürlüğünü kısıtlamak için kullanılmaktadır. Terörle Mücadele Kanunu kapsamında terörizmin geniş tanımından kaynaklanan ifade özgürlüğü kısıtlamaları endişe yaratmaya devam etmektedir.[284] Türkiye vicdani nedenlerle askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddeden kişilerin adli kovuşturmaya tabi tutulması ve tekrar cezalandırılmasını önleyen yasal tedbirleri almamıştır.[285] İnternet sitelerine sıkça getirilen ve kapsamı ile süresi orantısız olan yasaklar sorunlu bir diğer alandır. Popüler bir site olan YouTube, diğer web siteleri gibi defalarca kapatılmıştır.[286] TCK'nin "alenen teşhircilik" ve "genel ahlaka karşı işlenen suçlar" hakkındaki bazı hükümlerinin zaman zaman farklı cinsel eğilimde olanları cezalandırma amacıyla kullanıldığından söz edilmiştir.[287] Homofobinin aynı zamanda

---

[280] *2006 Yılı İlerleme Raporu*, s. 13.
[281] *2006 Yılı İlerleme Raporu*, s. 4–5.
[282] *2011 Yılı İlerleme Raporu*, s. 25.
[283] *2011 Yılı İlerleme Raporu*, s. 25.
[284] *2011 Yılı İlerleme Raporu*, s. 25.
[285] *2008 Yılı İlerleme Raporu*, s. 11. Ayrıca s. 18.
[286] *2008 Yılı İlerleme Raporu*, s. 15.
[287] *2008 Yılı İlerleme Raporu*, s. 22.

fiziksel ve cinsel şiddete yol açtığı belirtilerek; bu tür iddiaların çabuk ve etkin bir soruşturmayla sistematik biçimde takip edilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur.[288]

İlerleme raporlarında üzerinde durulan önemli konulardan biri işkence suçuna yönelik uygulamadır.[289] Yargıtay'ın, 2002 yılı sonunda bir işkence davası ile ilgili olarak verdiği kararında işkence ve kötü muameleyi insanlık suçu olarak değerlendirmesi olumlu bulunmuştur.[290] Buna karşın işkence ve kötü muamele faillerinin cezalandırılmasıyla ilgili kaygılar dile getirilmeye devam etmektedir. Zamanaşımı nedeniyle davalar düşmeye devam etmektedir.[291] Türkiye tarafından işkenceye karşı sıfır hoşgörü politikası uygulamaya konulmuş ve işkence faillerinin cezasız kalmalarını sınırlandırmak için yasal tedbirler alınmıştır. Yeni TCK ile işkence failleri çok ağır bir şekilde cezalandırılacaklardır.[292] İşkence ve kötü muamele uygulamalarında fazla bir değişiklik olmadığı ve bu tür fiilleri işleyen kamu görevlilerinin beklenenden hafif cezalandırılması eleştirilmiştir.[293] Raporlarda mevzuattan çok, mevzuatın uygulamaya konulamaması eleştiri konusu yapılmıştır. TCK'de işkence veya kötü muamele yapanlara verilen hapis cezalarını artırılması ve zaman aşımı süresinin yükseltilmesi olumlu bulunmuştur. Öte yandan BM İşkenceyle

---

[288] *2008 Yılı İlerleme Raporu*, s. 71.

[289] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 11. Yargısız infazlar ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi'nin, Ocak 1999'da, güvenlik görevlilerine "ikaz edildiklerinde durmayan kişilere tereddütsüz ve doğrudan ateş etme" yetkisini veren bir yasa hükmünü iptal ettiğini ve iptal edilen hükmün yerine geçecek yeni bir yasa hükmü hazırlaması için hükümete bir yıl süre verildiği üzerinde durulmuştur. Raporda bahsi geçen kanun 29.8.1996 günlü, 4178 sayılı "İl İdaresi Kanunu, Terörle Mücadele Kanunu, Kuvvetli Tayın Kanunu, Er Kazanından İaşe Edileceklere İlişkin Kanun, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun ve Kimlik Bildirme Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun". İptal kararı için bkz. AYM, E. 1996/68.

[290] *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 23.

[291] *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 23-24. Raporun bir kısmında BM İşkenceyle Mücadele Komitesi'nin inceleme ve görüşlerine yer verilmiştir. Buna göre, şikâyetlerin çokluğuna rağmen güvenlik güçleri mensuplarının işkence ve kötü muamele dolayısıyla nadiren kovuşturulup cezalandırılmakta; davaların çoğu kez uzun sürmekte; ceza davalarında itirafa çok fazla önem verilmekte ve cezaların suçun ağırlığı ile orantılı olmadığı ifade edilmektedir. Bu durum, işkence ve kötü muamele davaları açısından, güvenlik güçleri mensuplarına mahsus bir tür dokunulmazlık olarak tasvir edilmektedir. İşkenceyle Mücadele Komitesi, ayrıca, işkence ve kötü muamele iddialarının sayısı ve sürekliliği, kayıtların eksikliği, tıbbi muayenenin yetersizliği ve polis gözetiminde tutulanların yakınlarına derhal haber verilmemesi konusundaki kaygılarını da belirtmektedir. Bunlara ilaveten, İşkenceyle Mücadele Komitesi, işkence ve kötü muamele iddialarının tüm yönleriyle anında ve tarafsız olarak araştırılmasını temin edecek tedbirlerin alınmasını ve işkence davalarında zamanaşımının kaldırılmasını tavsiye etmektedir.

[292] *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 13 ve 45. Öte yandan Avrupa Konseyi İşkence ve Kötü Muamelenin Önlenmesi Komitesi'nin (CPT) ve ilgili BM organlarının tavsiyelerinin birçoğunun benimsenmesine karşın, bunların bazıları hala Türk makamları tarafından uygulamaya konulmamıştır. İşkence sistematik olmamasına rağmen, işkence dahil çeşitli kötü muamele olayları hala varlığını sürdürmektedir. Türk Hükümetin bu tür uygulamaları ortadan kaldırmak için daha fazla çaba harcaması gerektiği tavsiye edilmektedir. *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 13 ve 27.

[293] *2000 Yılı İlerleme Raporu*, s. 12.

Mücadele Komitesinin (CAT) 2003 yılında önerdiği gibi, bu tür suçlar için zaman aşımının kaldırılmaması üzücü bulunmuştur.[294] Ayrıca bu tür suçlarda mahkûmiyet kararları nadiren verildiği ve mahkemelerin bu tür suçları işleyenlere uygun cezaları veremedikleri veya ceza vermekte isteksiz oldukları izleniminin oluştuğu belirtilmiştir.[295] İşkence ve kötü muamele şikayetleri azalmakla birlikte, özellikle Güneydoğu'daki insan hakları ihlalleri ve cezasızlık sorunu endişe kaynağı olarak değerlendirilmiştir.[296] İşkenceden yargılanan kamu görevlilerinin cezasız kalması veya etkili soruşturma yapılamaması, insan hakları ihlallerinin cezasız kalması sorununa 2008[297] ve 2010 Yılı İlerleme Raporunda da yer verilmiştir.[298]

İlk ilerleme raporlarında namus cinayetleri ve aile içinde kadına yönelik şiddet sorunu kaygı verici olarak değerlendirilmiş; namus cinayetleri işleyenlerin cezalarının azaltılmasına olanak sağlayan hükümlerin uygulanıyor olması eleştirilmiştir.[299] Cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik olarak 6. uyum paketi ile "namus cinayetleri" ile ilgili sorunları gidermek üzere TCK'de değişiklik yapılmıştır. "Namus cinayetlerinde" ceza indirimi öngören TCK'nın 462. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte, "ağır tahrik" altında işlenen suçlara ilişkin 51. maddenin daha genel nitelikteki hükümlerinin halen geleneksel anlamda "namus" nedeniyle işlenmiş suçlarda uygulanma imkanı mevcuttur. TCK'nin 453. maddesinde değişiklik yapılarak, evlilik dışı doğan çocuğun "şeref kurtarmak saikiyle" öldürülmesi halinde verilen ceza artırılmıştır.[300] Töre cinayetlerinin daha detaylı soruşturulması ve cezaların ağırlaştırılması tavsiye edilmektedir.[301] 2010 Yılı İlerleme Raporunda ise, töre cinayetlerinde artış olması, şiddete uğrayan kadınlar için önleyici tedbirler alınamaması eleştiri konusu yapılmıştır.[302]

---

[294] *2005Yılı İlerleme Raporu*, s. 24-25.
[295] *2005 Yılı İlerleme Raporu*, s. 26.
[296] *2006 Yılı İlerleme Raporu*, s. 59.
[297] *2008 Yılı İlerleme Raporu*, s. 13. Rapora göre Türkiye'de işkencenin, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ya da cezalandırmanın yasaklanması bağlamında, polis karakollarının terörle mücadele birimlerindeki işkence ve kötü muamele iddialarında azalma eğilimi devam etmiştir. Hükümetin işkenceye sıfır hoşgörü siyasetiyle uygulanmaya başlanan yasal güvenceler olumlu sonuçlar doğurmaktadır. Bununla birlikte, özellikle resmi tutukevleri dışında işkence ve kötü muamele vakalarına ilişkin olarak STK'lara yapılan başvuru sayısı artmıştır. Ayrıca cezadan muafiyetle mücadelede daha fazla çaba gerekmektedir. *2008 Yılı İlerleme Raporu*, s. 70.
[298] *2010 Yılı İlerleme Raporu*, s. 18.
[299] *2001 Yılı İlerleme Raporu*, s. 28.
[300] *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 33.
[301] *2006 Yılı İlerleme Raporu*, s. 59 ve 63.
[302] *2010 Yılı İlerleme Raporu*, s. 21-22.

Yeni TCK, bir kimsenin ekonomik faaliyetlerini dil, ırk, cinsiyet, siyasi fikir, din v.b. temelinde engelleyerek ayrımcılık yapanlar için cezalar getirmiştir. Ancak uygulamada ayrımcılığa yönelik tedbirler yeterli bulunmamıştır.[303] Nefret söylemleri ile ilgili olarak, medyanın dini azınlıklara saygı konusunda bir etik davranış kodu geliştirmeye teşvik edilmesi ve medya aracılığıyla nefretin kışkırtılmasının kovuşturulmasını tavsiye edilmiştir.[304] Ayrımcılıkla mücadele ilkesi, Anayasa ile düzenlenmiş ve çeşitli yasalarla desteklenmiştir. Bununla birlikte, yasal çerçeve AB müktesebatıyla yeteri kadar uyumlu değildir.[305]

Kişisel verilerin korunması hususunda herhangi bir gelişme kaydedilmemiştir.[306] Özel hayat ve aile hayatına saygı ile özellikle kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin olarak, Türkiye'nin mevzuatını veri korunması uluslararası müktesebata uyumlaştırılmıştır. Bu kapsamda tam bağımsız bir veri koruma denetim makamı tesis etmesi önerilmektedir.[307] Özel hayata ve aile hayatına saygı ile özellikle kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin olarak, Türkiye'nin mevzuatını, verilerin korunmasına dair AB müktesebatı ile uyumlaştırması ve bu kapsamda tam bağımsız bir veri koruma denetleme birimi kurması gerekmektedir.[308]

e. Üye devletlerin ortak mücadelesini gerektiren alanlarla ilgili görüşler

İlerleme raporlarında cezalandırma yetkisine ilişkin olarak yer alan konulardan birisi de AB'ye üye devletlerin ortak mücadelesini gerektiren suçlarla ilgili olarak, gerek AB, gerek AK ve diğer örgütler nezdinde yapılan sözleşmelerin iç hukukta onaylanmasıdır. Bu konu ilerle raporlarının tümünde yer almış; Türkiye'nin istenilen sözleşmeyi onaylanmamış ve bu yönde iç mevzuatta değişiklik yapılmamış olması eleştirilmiştir. Türkiye'nin uluslararası işbirliğine katkı sunmak amacıyla sözleşmeleri onaylaması ise takdirle karşılanmış; iç hukukta ilgili sözleşmeye uygun değişiklikler yapılması talep edilmiştir.

---

[303] *2005 Yılı İlerleme Raporu*, s. 113.
[304] *2010 Yılı İlerleme Raporu*, s. 20.
[305] *2009 Yılı İlerleme Raporu*, s. 72.
[306] *2006 Yılı İlerleme Raporu*, s. 59.
[307] *2008 Yılı İlerleme Raporu*, s. 70.
[308] *2009 Yılı İlerleme Raporu*, s. 71.

1998 Yılı İlerleme Raporunda ve devamındaki raporlarda eleştiri konusu yapılan *Avrupa Konseyinin Kara Paranın Aklanması, Araştırılması, El Konulması ve Müsaderesi Sözleşmesini ve yine Avrupa Konseyinin Yolsuzluğa Dair Medeni Hukuk ve Ceza Hukuku Sözleşmelerinin* 27 Eylül 2001 tarihinde, Türkiye tarafından imzalanmış olması olumlu karşılanmıştır.[309]

1999 yılında yürürlüğe girmiş olan 1997 tarihli *Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Memurlara Rüşvet Verilmesine Karşı Mücadele Hakkında OECD Sözleşmesi*, Türkiye tarafından imzalandığı ancak onaylanmadığı ve aynı zamanda yolsuzluklara karşı herhangi yeni bir mevzuat çıkarılmadığı belirtilmiştir.[310] Türkiye bu sözleşmeyi 2003'te onaylamıştır. Bu doğrultuda, Türk Ceza Kanunu, Kamu İhale Kanunu, Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun, Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun, Maliye Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve Devlet Memurları Kanunu gözden geçirilmiştir. Bu değişiklikler ile Türk mevzuatına iki yeni suç türü getirilmiştir.[311] Türkiye'nin, OECD Rüşvet ile Mücadele Sözleşmesini, *BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi*ni, *Avrupa Konseyi Yolsuzlukla Mücadele Özel Hukuk Sözleşmesi* ve *Ceza Hukuku Sözleşmesi* ile *Karapara Aklama Sözleşmesi*ni onaylamış olması; 1 Ocak 2004'den itibaren Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu (GRECO) üyesi olması ve özellikle kamu görevlileri için etik kurallar getiren bir dizi yolsuzlukla mücadele tedbirleri alması olumlu karşılanmıştır.[312]

Türkiye, uluslararası insan hakları araçları konusunda ilave ilerleme kaydetmiştir. Ekim 2004'te *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önündeki Yargılama Sürecine Katılan Kişilere İlişkin Avrupa Sözleşmesi* onaylanmış, AİHS'nin (Sözleşme'nin denetim sistemini değiştiren) 14. Protokolü ve gözden geçirilmiş 1996 tarihli *Avrupa Sosyal Şartı* imzalanmıştır. Türkiye, *İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi'nin İhtiyari Protokolünü*

---

[309] *2001 Yılı İlerleme Raporu*, s. 18.

[310] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 10.

[311] *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 109-113. Öncelikle, yabancı kamu görevlisine rüşvet verilmesi suçu, Türk Ceza Kanununun 211'inci maddesine dercedilmiştir. Ayrıca, yabancı kamu görevlisine rüşvet verilmesi dahil, rüşvetten kaynaklanan veya rüşvet sonucunda elde edilen aklanmış mal ve kazançlara ilişkin hususlar, Karaparanın Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanunun 2. maddesine eklenmiştir. Buna ilaveten, yukarıda ifade edilen değişiklikler doğrultusunda, tüzel kişiler için, rüşvet suçu bağlamında cezai sorumluluk getirilmiştir. Türkiye'nin Karapara Aklanmasına İlişkin Mali Eylem Görev Grubunun terörizmin finansmanını önlemeye dair sekiz özel tavsiyesine uyum sağlanmasına yönelik olarak, tavsiyelerin çoğuna tam uyum sağladığı, varlıkların dondurulması ve zor alımına dair tavsiyelere ise kısmen uyum sağladığı belirtilmiştir.

[312] *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 12 ve 22. Avrupa Topluluklarının mali çıkarlarının korunması alanındaki müktesebata uyumun başlatılması için, sahtecilik, mevzuata "esas suç" olarak dahil edilmesi gerekliliği vurgulanmaktadır. *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 113.

Eylül 2005'te imzalamış ve her türlü koşulda ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin AİHS'nin 13 nolu protokolünü Ekim 2005'te onaylamıştır.[313]

Türkiye, polis işbirliği ve organize suçla mücadele alanında, 2000 tarihli *Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesini (Palermo Sözleşmesi)* ve söz konusu sözleşmeye ek *İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokolü* ve *Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolü* Mart 2003'de onaylamıştır. Türk Ceza Kanununda, Palermo Sözleşmesinin iki Protokolüne uyum sağlanması amacıyla, Ağustos 2002'de değişiklik yapılmıştı. Ancak ateşli silahlara ilişkin 3 nolu protokol henüz onaylanmamıştır.[314]

Uyuşturucu maddelerle mücadele alanında, Türkiye Ekim 2004'de, *Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*'nin 17. maddesini uygulayan 1995 tarihli *Avrupa Konseyi Deniz Yoluyla Yasadışı Kaçakçılık Anlaşmasın*ı imzalamıştır.[315] Türkiye uyuşturucu ile mücadele alanında sınırlı ilerleme sağlanmıştır. Uyuşturucu ile mücadele alanında faaliyet gösteren hükümet organları arasındaki işbirliğinin, gerekli mali kaynağın ve personel kaynağının sağlanması suretiyle ciddi biçimde artırılması tavsiyesinde bulunularak, müktesebata uyum bu alanda sınırlı kalması eleştirilmiştir.[316]

İnsan ticaretiyle mücadele alanında ilerleme sürmektedir. Hükümet bu alanda Uluslararası Göç Örgütü (IOM) ile işbirliğini sürdürmüştür. İnsan Ticareti İle Mücadele Programı devam etmiştir. Bu alanda yapılan uygulamaların birçoğu olumlu değerlendirilirken; insan ticaretinin önlenmesi ve baskı altına alınması amacıyla idari kapasitenin geliştirilmesi için çabaların artırılmasının gerektiği vurgulanmıştır.[317] İnsan ticaretiyle mücadele konusunda bazı ilerlemeler kaydedilmiştir. Türkiye, Mart 2009'da *İnsan Ticaretine Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi*ni imzalamıştır. Türkiye'nin, insan ticaretinin önlenmesi ve mağdurların korunması konusundaki çabalarını arttırmasına da ihtiyaç bulunmaktadır.[318]

---

[313] *2005 Yılı İlerleme Raporu*, s. 21.
[314] *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 108.
[315] *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 123; *2005 Yılı İlerleme Raporu*, s. 132.
[316] *2006 Yılı İlerleme Raporu*, s. 64.
[317] *2006 Yılı İlerleme Raporu*, s. 64.
[318] *2009 Yılı İlerleme Raporu*, s. 77.

Türk mevzuatının 1995 tarihli *Avrupa Topluluğunun Mali Çıkarlarının Korunması Sözleşmesi ve Protokolleri* ile uyumlaştırılması önerilmiştir.[319] Türkiye'nin korsanla mücadelesi yeterli bulunmamıştır. Fikri mülkiyet hukuku polise ve yargıya ceza uygulama yetkisi vermekle birlikte bu yeterli uygulanmamaktadır.[320] Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin marka ihlallerine ilişkin cezai hükümlerinin ancak 2009 yılında kabul edilmesi yasal bir boşluk oluşturmuş ve Türkiye'de fikri mülkiyet haklarının korunmasını önemli ölçüde zayıflatmıştır. El konulan taklit malların, suç konusu teşkil etmedikleri gerekçesiyle, sağlık ve tüketici güvenliği konusunda oluşturdukları risk dikkate alınmaksızın, davalılara iade edilmesine devam edilmiştir.[321] Sınai mülkiyet mevzuatının çıkarılması ve uygulanması konularında ilerleme kaydedilmemiştir. Türkiye'de, markalar hariç, sınai mülkiyet haklarına ilişkin cezai yaptırımlar bulunmamaktadır; kolluk kuvvetlerinin, sınai mülkiyet haklarının tamamında, hâlâ resen hareket etme yetkisi bulunmamaktadır. Fikri mülkiyet hakları uygulama usullerine ilişkin olarak, AB Uygulama Direktifi'yle uyumlu bir kanun çıkarılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.[322]

İnsan hakları alanında ise Türkiye, *Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme* ile *Sosyal ve Kültürel haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme* gibi birçok uluslararası sözleşmeyi çekincelerle de olsa onaylamıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün imzalanmasına imkan veren anayasa değişiklikleri yapılmıştır.[323]

Türkiye, terörle mücadele için uluslararası kampanyada aktif bir rol oynamaya devam etmektedir. Türkiye, BM'nin tüm Anti-Terör protokolleri ile sözleşmelerine taraftır. 2005 Ocak ayında Türkiye, *Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi'ni Tadil Eden Protokolü* onaylamıştır.[324] Ayrıca *Nükleer Terörizm Faaliyetlerinin Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme*'yi ve *Terörizmin Önlenmesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi*'ni imzalamıştır. İlgili bütün kuruluşlardan oluşan Terörle Mücadele Yüksek Kurulu teşkil edilmiştir. Kurul, terörle mücadele konusunda gerekli önlemleri almakla ve Bakanlar Kurulu'nca yayınlanacak tavsiyeleri hazırlamakla sorumludur. Terör ve

---

[319] *2001 Yılı İlerleme Raporu*, s. 83.
[320] *2007 Yılı İlerleme Raporu*, s. 39.
[321] *2011 Yılı İlerleme Raporu*, s. 61.
[322] *2011 Yılı İlerleme Raporu*, s. 61.
[323] *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 12.
[324] *2005 Yılı İlerleme Raporu*, s. 152.

teröristi daha geniş biçimde tanımlayan Terörle Mücadele Kanunu'nda değişiklikler 2006 Temmuz ayında kabul edilmiştir. Kanun, savunma haklarını kısıtlarken, terör amaçlı suçlara verilen cezaları artırmakta ve terörün finansmanını bir suç olarak kabul etmektedir.[325]

Sonuç olarak, AB ilerleme raporları Türkiye'nin insan hakları ve ceza hukukunu ilgilendiren konularda BM ve AK nezdinde uluslararası sözleşmeleri imzalaması, onaylaması ve mevzuatını bu sözleşmeler doğrultusunda geliştirmesi yönünde tavsiyeler içermektedir. Ancak bu tavsiyeler sadece tavsiye olarak kalmamaktadır. Her bir rapor döneminde bir önceki döneme ait beklentilerin gerçekleşip gerçekleşmediği kaydedilmektedir. İlerleme raporlarında öncelikle Türkiye'nin AB standartlarını yakalaması ve uluslararası işbirliğini yerine getirmesine yönelik bir sözleşmeyi imzalaması ve onaylanması beklenmektedir. Bu gerçekleştiğinden iç hukukun bu sözleşmeye uyumlaştırılması takip edilmektedir. İlerleme raporları iç mevzuatın müktesebata uygunluğunu da yeterli görmemekte, uygulamanın amaca uygun olup olmadığına dair gözlemleri içermektedir.

3. Türkiye İlerleme Raporlarının somut sonuçları

İlerleme raporlarında yer verilen eleştiri ve tavsiyeler sadece yol gösterici değil aynı zamanda aday ülkenin müktesebata uygunluğunun sağlanması ve Avrupa standartlarını yakalaması bakımından bağlayıcı sonuçlar doğurmaktadır. AB İlerleme Raporlarında yer verilen hususların neticesi olarak sekiz uyum paketi kabul edilmiş ve en neticede 2004 yılında ceza mevzuatı üzerinde çok köklü değişiklikler yapılmıştır. TCK üzerindeki değişikliklerin tümü AB'nin direktifleri sonucu olduğu söylenemez. Örneğin BM nezdinde imzalanan sözleşmeler neticesi ihdas edilen suçların yanında (örneğin, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti), bazı suçların tipinin veya ceza oranlarının değişiminde AİHM kararlarının etkili olması da söz konusudur. Ancak Türkiye'deki ceza evrimi ele alındığında, bunun ilerleme raporlarıyla oldukça paralel olduğu gözlenmektedir.

AB ilerleme raporları sonucu Türkiye'de yaşanan somut gelişmeler, 2004 ceza reformu, ölüm cezasının kaldırılması, TCK 301. madde değişikliği, yeni ihdas edilen

[325] *2006 Yılı İlerleme Raporu*, s. 64.

suçlar ve bazı suçların ceza oranlarındaki değişiklikler olmak üzere farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır.

a. 2004 Ceza Reformu

Ceza kanunlarının ve dolayısıyla Türk Ceza Kanunun ortaya çıkan toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda zamanla çok sayıda değişikliğe uğramıştır. Öte yandan günümüzde ceza kanunlarının değişmesinde sadece toplumsal ve siyasal motivasyon değil, aynı zamanda uluslararası kuruluşların ve kamuoyunun isteği (veya baskısı) da etkili olabilmektedir. Türkiye'nin AB'ye aday ülke olarak kabul edildikten sonra, Türk hukuk mevzuatında AB'ne "uyum paketleri" altında köklü değişiklikler yapılmıştır.[326]

Birinci Uyum Paketi,[327] 6 Şubat 2002 tarihli 4744 sayılı kanun ile kabul edilmiştir. Bu kanunla eski TCK'nin 159. ve 312. maddesi ile TMK'nin 7. ve 8. maddeleri değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikler ifade özgürlüğünü kısıtlayan hükümlerin daha dar bir alanı kapsaması anlamına gelmektedir. Yine aynı pakette CMUK ile Devlet Güvenlik Mahkemelerine ilişkin değişiklikler söz konusu olmuştur.

26 Mart 2004 tarihli 4748 SK İkinci Uyum Paketinde[328] 5680 sayılı Basın Kanunda değişikliğe gidilmiştir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 13. maddesine "İşkence ya da zalimane, gayri insanî veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında dayukarıdaki fıkra hükmü uygulanır." son fıkra olarak eklenmiştir. Böylelikle insan hakları ihlallerinde bulunan devlet memurlarının ihlalden dolayı doğrudan sorumlu tutulması yoluna gidilmiştir.

Üçüncü Uyum Paketi[329] 3 Ağustos 2002 tarih ve 4771 SK ile kabul edilmiştir. Bu kanun ile birçok kanunda değişiklik yapılmıştır. Savaş ve çok yakın savaş tehdidi hâllerinde işlenmiş suçlar için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere, 765 sayılı TCK, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ve 6831 sayılı Orman

---

[326] AB üyelik sürecinin ceza reformuna etkisiyle ilgili olarak bkz. Cemil Çiçek, "Açılış Konuşması", *Türk Ceza Kanunu Reformu* (*Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli*), C. 1, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 19.
[327] *Avrupa Birliği Uyum Yasa Paketi*, Başbakanlık AB Genel Sekreterliği, Ankara, 2007, s. 11–12.
[328] *Avrupa Birliği Uyum Yasa Paketi*, s. 13–16.
[329] *Avrupa Birliği Uyum Yasa Paketi*, s. 17–26.

Kanununda yer alan idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüştür. Ayrıca TCK'nin 159. maddesine eklenen bir fıkra ile bu maddede sayılan organlara hakaret ve zayıflatma kastı bulunmaksızın, eleştiri amaçlı yapılan sözlü veya görüntülü beyanlar suç olmaktan çıkarılmıştır. Ayrıca Ceza Muhakemesi Usulü Kanununa eklenen bir fıkra ile "Kesinleşmiş bir ceza hükmünün AİHM tarafından AİHS'nin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiği saptandığında ihlâlin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41. maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurması muhakemenin iadesi sebebi kabul edilmiştir. Yine bu paket ile CMUK'nun diğer maddeleri ile Basın Kanunu ve PVSK'de değişikliklere gidilmiştir.

Dördünü Uyum Paketi[330] 2 Ocak 2003 tarih ve 4778 sayılı kanun ile kabul edilmiştir. Kanunun 1. maddesiyle 765 sayılı TCK'nin işkenceyi düzenleyen 245. maddesine bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, "243. madde ile bu maddede yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasınaveya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez" hükmü getirilmiştir. Ayrıca 1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 2. maddesine eklenen bir fıkra ile TCK'nin 243. ve 245. maddelerinde düzenlenen işkence suçunun işlenmesi halinde kamu görevlilerinin soruşturulmasında izin şartı kaldırılmıştır. Kısa bir anlatımla Türkiye işkence ile mücadele alanında önemli bir adım atmıştır.

Beşinci Uyum Paketi[331] 23 Ocak 2003 tarih ve 4793 sayılı kanun ile kabul edilmiştir. Bu paket tamamıyla AİHM kararlarının iç hukukta nasıl yer bulduğuyla ilgilidir. Özetle HMUK ve CMUK'de yapılan değişiklikler ile AİHM kararı kesinleştikten bir yıl sonra muhakemenin iadesinin istenebileceği Türk mevzuatına girmiştir.

Altıncı Uyum Paketi[332] 15 Temmuz 2003 tarih ve 4928 sayılı kanun ile kabul edilmiştir. 765 sayılı TCK'nin 453. maddesinde yalpan değişiklik ile "şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı anası tarafından işlenen öldürme" fiilinin cezası artırılmıştır. Yine 1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda yapılan değişiklikle AİHM'nin ihlal kararı iadei muhakeme sebebi sayılmıştır. TCK'nin 462. maddesi ile TMK'nin 8. maddesi kaldırılmıştır. 3713 sayılı

[330] *Avrupa Birliği Uyum Yasa Paketi*, s. 27–32.
[331] *Avrupa Birliği Uyum Yasa Paketi*, s. 33.
[332] *Avrupa Birliği Uyum Yasa Paketi*, s. 34–37.

TMK'de terör tanımı yeniden yapılmıştır. Ayrıca 3 Ağustos 2002 tarih ve 4771 SK ile getirilen Üçüncü Uyum Paketinde savaş ve çok yakın savaş halleri hariç olmak üzere her türlü idam cezasının kaldırılması hükmü Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanununu da içine alacak şekilde genişletilmiştir.

Yedinci Uyum Paketi[333]30 Temmuz 2003 tarih ve 4963 sayılı kanun ile kabul edilmiştir. 765 sayılı TCK'nin 159. maddesinde yapılan düzenleme ile tahkir ve tezyif kastı olmaksızın eleştiri amaçlı yapılan beyanlar suç olmaktan çıkarılmıştır. Yine 426. maddeye eklenen fıkra ile "bilim ve sanat eserleri ile edebî değere sahip olan eserler" müstehcenlik suçu kapsamından çıkarılmıştır. Yine TCK'nin işkence suçlarını düzenleyen 243. ve 245. maddelerine eklenen fıkra ile bu suçların soruşturulması ve yargılanması hızlandırılmıştır.

Sekizinci Uyum Paketi[334] 14 Temmuz 2004 tarih ve 5218 sayılı kanun ile kabul edilmiştir. Bu kanun diğer uyum paketini getiren kanunlardan farklı olarak özel bir isme sahiptir: "Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun". 765 sayılı TCK'nin 46 ayrı maddesinde geçen "ölüm" ve "idam" ibareleri kaldırılarak yerine "ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis" ibaresi getirilmiştir. Ayrıca CMUK ve diğer kanunlarda da bu hükme uygun değişiklikler yapılmıştır.

Uyum paketlerini mütakiben, 2003 yılında ceza mevzuatının tamamıyla yenilenmesine yönelik başlatılan çalışmalar, 2004 yılı sonlarına doğru sonuçlanmıştır.[335] Ceza hukuku mevzuatı sil baştan yenilenmiş ve 2004 yılında Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Çocuk Koruma Kanunu gibi çok sayıda yeni kanun çıkarılmıştır.

Bu süreçte cumhuriyetin ilanını takiben, hukuk devrimi sürecinde genellikle resepsiyon süreciyle kabul edilen kanunlar, yerlerini Türk hukukçuları tarafından hazırlanan daha otantik kanunlara bırakmıştır. Bu süreçte Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu başta olmak üzere ceza hukuk mevzuatı sil baştan yenilenmiştir.

Ceza reformuna gelinen süreçte, toplumsal ihtiyaçların ve özellikle 1926 yılı diliyle yazılmış, defalarca değişikliğe uğramış olmasının yanında AB uyum sürecinde

---

[333]*Avrupa Birliği Uyum Yasa Paketi*, s. 38–42.
[334]*Avrupa Birliği Uyum Yasa Paketi*, s. 43–47.
[335] AB üyelik sürecinde uyum paketleriyle ilgili olarak daha ayrıntılı bilgi için bkz. Kenan Özdemir, "Avrupa Birliği Müzakere Sürecinde Türkiye'de Yargı Reformu", *Criminal Law in the Global Society (Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku)*, Feridun Yenisey ve Ulrich Sieber (ed.), Legal Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 271 vd.

reform paketleriyle birlikte, ceza mevzuatı en çok değişikliğe uğrayan alanlardan biri olmuştur. 26 Eylül 2004 tarihinde kabul edilip, Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmasını takiben 12.10.2004 gün ve 25611 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmış olan ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da bu süreçte çıkarılan kanunlardan biridir.

b. Ölüm (idam) cezasının kaldırılması

Türkiye'de idam cezasının kaldırılması süreci, AB-Türkiye ilişkileri ile çok paralel ilerlemiştir. İlk ilerleme raporundan itibaren Türkiye'nin mevzuatında ölüm cezasının bulunduğu, ancak uygulanmadığı dile getirilmiş; Türkiye AİHS'nin ölüm cezasını kaldıran 6 nolu protokolünü uygulamadığı için eleştirilmiştir.[336] Ölüm cezası konusundaki bu eleştiriler Abdullah Öcalan'ın ölüm cezası almasından sonra takip eden ilerleme raporlarında somut olarak dile getirilmiştir.

1999 yılı İlerleme Raporunda, AB-Türkiye ilişkilerinin, PKK lideri Abdullah Öcalan'ın tutuklanması ve yargılanmasından ve 29 Haziran 1999'da Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesince ölüm cezasına mahkûm edilmesinden etkilendiği, bu ifadelerle, açık bir şekilde yer almıştır.[337] Yine raporun devamında Avrupa Birliği'nin Türk Hükümeti tarafından verilen Abdullah Öcalan'ın adil biçimde yargılanacağı güvencesi olduğu bahsiyle, bu güvencenin, kendi seçtiği avukatlara erişim imkanıyla ve uluslararası gözlemcilerin davaya kabul edilmesiyle birlikte, bağımsız bir mahkeme önünde hukukun üstünlüğüne uygun bir açık yargılama ve adil ve düzgün muamele anlamına gelmesini beklediğini ve AB'nin ölüm cezasına karşı olduğunu bir kez daha vurguladığı ifade edilmiştir.[338]

Avrupa Birliği, 29 Haziran 1999'da Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından Öcalan'a ölüm cezası verilmesine tepki göstermiş ve AB Başkanlığı, 29 Haziran 1999 tarihli açıklamasında, "Türkiye'nin son onbeş yıldan beri hep aynı kalmış olan teamülü izleyeceğini ve Öcalan aleyhine ölüm cezasını infaz etmeyeceği ümidini" ifade etmiştir.[339] Yeni seçilen Avrupa Parlamentosu da, 22 Temmuz 1999 tarihli bir kararda,

---

[336] *1998 Yılı İlerleme Raporu*, s. 12.
[337] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 5.
[338] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 6.
[339] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 6.

Türk makamlarına cezayı infaz etmeme çağrısında bulunmuştur. Öte yandan, Öcalan aleyhindeki ölüm cezasının Türk Yargıtay'ı tarafından onanması halinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne getirilebileceği belirtilmiştir.[340] 1999 İlerleme Raporunda T.C. Hükümeti tarafından ve geçmiş hükümetler tarafından yapılan ve halen TBMM'de olan bir dizi teklifin, yargı sisteminin işleyişi üzerinde olumlu bir etki yapabileceği belirtildikten sonra; bu tekliflerin başında "ölüm cezasını kaldıran bir Ceza Kanunu tasarısı" olduğu tekrar dikte edilmiştir.[341] 2000 yılında ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik kanun tasarısının hazırlanması ise takdirle karşılanmıştır.[342]

2001 yılında 4709 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliği ile Anayasanın 38. maddesine, AİHS 6 nolu protokole uygun olarak; "Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez." ibaresi eklenmiştir. 2003 yılı Haziran ayında TBMM, savaş veya yakın savaş tehdidi durumları hariç olmak üzere ölüm cezasının kaldırılmasına dair AİHS Ek 6 nolu Protokolü onaylamıştır ve bu ilerleme raporunda olumlu karşılanmıştır.[343] 2004 yılında 5170 sayılı kanun ile yapılan anayasa değişikliği ile Anayasanın 38. maddesine "Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez." hükmü konarak, ölüm cezası tümüyle yasaklanmıştır. 2004 yılının Temmuz ayında çıkarılan 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile 765 sayılı Türk Ceza Kanununda geçen "ölüm" ve "idam" cezası ibareleri "ağırlaştırılmış müebbet hapis" cezası ile değiştirilmiştir. Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair AİHS 13 nolu Protokol, 2005 yılında 5409 sayılı kanun ile uygun bulunmuştur.

Sonuç olarak, Türkiye'de idam/ölüm cezasının kaldırılması konusuna ilerleme raporlarında yer verilmiş ve Türkiye'nin üyesi olmak istediği Avrupa Birliği tarafından zaman zaman dikte edilmiştir. Ölüm cezasının kaldırılmasını sadece ilerleme raporlarına bağlamak mümkün olmayabilir. Ancak bunun etkisi ve baskısı yadsınamaz.

---

[340] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 6–7.
[341] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 10.
[342] *2000 Yılı İlerleme Raporu*, s. 12.
[343] *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 20.

c. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunun 301. maddesi değişikliği

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 26 Eylül 2004 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten itibaren "Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama" kenar başlığını taşıyan TCK'nin 301. maddesi Türkiye ve dünya gündeminden hiç düşmemiştir.[344] Bu madde 765 sayılı mTCK'nin 159. Maddesinin (ki, bu maddede ilerleme raporlarında çok eleştirilmiştir[345]) muadili olarak yeni TCK'de yer almıştır.[346] İlerleme raporlarında da sıkça 301. maddenin ifade özgürlüğünün kısıtlanması için kullanıldığı öne sürülmüştür.[347] Bu doğrultuda Orhan Pamuk, Hrant Dink, Emin Karaca ve Ragıp Zarakolu aleyhine açılan davalar eleştirilmiştir.[348]

2006 yılı İlerleme Raporunda, 301. madde ilgili Avrupa standartlarıyla uyumlu hale getirilmesi tavsiyesinde bulunulmuştur. Aynı durumun kovuşturmaya neden olan Ceza Kanununun şiddet içermeyen düşüncelerin ifade edilmesi ve ifade özgürlüğünü kısıtlayan diğer hükümleri için de geçerli olduğu vurgulanmıştır.[349] Aynı tavsiyeler 2007 yılı İlerleme Raporunda da sürmüştür.[350]

301. madde 2008 yılında 5759 sayılı kanun ile değiştirilmiştir (karşılaştırma için bkz. Tablo-5). Bu değişiklik takip eden AB ilerleme raporunda olumlu karşılanmıştır.[351] Bununla birlikte bu suçtan dolayı soruşturma açılmasının Adalet Bakanlığının iznine bağlı olması, davaların siyasileşmesi ve bu yetkinin suiistimal edilebilme imkânından dolayı eleştirilmiştir.[352] 2009 yılı İlerle Raporunda 301. maddenin artık ifade özgürlüğünü kısıtlamak amacıyla sistemli bir şekilde kullanılmadığına yer verilmiştir.[353]

---

[344] Bu konu çok sayıda makalede ve insan hakları raporunda ele alınmıştır. Örneğin Amnesty International, "Turkey: Article 301: How the law on "denigrating Turkishness" is an insult to free expression", March 2006, *http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR44/003/2006/en/1a24fcc9-d44b-11dd-8743-d305bea2b2c7/eur440032006en.pdf.*

[345] *1998 Yılı İlerleme Raporu*, s. 13; *2001 Yılı İlerleme Raporu*, s. 20.

[346] Bülent Algan, "The Brand New Version of Article 301 of Turkish Penal Code and the Future of Freedom of Expression Cases in Turkey", *German Law Journal*, Vol. 9, No. 12, 2008, p. 2251. Ayrıca bkz *2005 Yılı İlerleme Raporu*, s. 28.

[347] *2005 Yılı İlerleme Raporu*, s. 28.

[348] *2005 Yılı İlerleme Raporu*, s. 28-29.

[349] *2006 Yılı İlerleme Raporu*, s. 13.

[350] *2007 Yılı İlerleme Raporu*, s. 14.

[351] *2008 Yılı İlerleme Raporu*, s. 14-15.

[352] *2008 Yılı İlerleme Raporu*, s. 15.

[353] *2009 Yılı İlerleme Raporu*, s. 17.

Sonuç olarak, TCK'nin 301. maddesi ilk günden itibaren hem Türkiye içinde hem Türkiye dışında ifade özgürlüğünü sınırlandırılması bakımından önemli bir sorun olarak görülmüş ve eleştirilegelmiştir. Bunun üzerine yapılan çalışmalar, bu maddenin değiştirilmesi ve uygulama alanının kısıtlanmasıyla sonuçlanmıştır.

Tablo 5: 5237 sayılı TCK'nin 301. maddesinin ilk hali ve değiştirilmiş halinin karşılaştırması

Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama (Madde 301)	**Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama (5759 sayılı kanun ile değişik Madde 301)**
(1) Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.	(1) Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
(2) Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.	(2) Devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi 1. fıkra hükmüne göre cezalandırılır.
(3) Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.	
(4) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.	(3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.
	(4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

d. Yeni ihdas edilen suçlar

AB ilerleme raporlarından yeni ihdas edilmesi önerilen suçlar ile bu öneriler sonrası yapılan değişiklikleri izlemek mümkündür. Bunları sadece AB'nin dikte etmesi sonucu gerçekleştiğini söylemek doğru değildir. Nitekim BM ve Avrupa Konseyi çerçevesinde imzalanan antlaşmalar kimi suçların ihdasını öngörmektedir. AB ilerleme raporları da bu sözleşmeler çerçevesinde ceza mevzuatının değişimini göstermektedir.

İnsan ticareti suçunun, 4422 sayılı kanun tarafından kapsandığı ancak Türk mevzuatında müstakil bir suç olarak düzenlenmemesi eleştirilmiş ve bu boşluğun doldurulması gerektiği ileri sürülmüştür.[354] 2002 yılında ceza mevzuatında yapılan değişiklik ile göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suç haline getirilmiş; bu suçların organize biçimde işlendiğinde cezasının ağırlaştırılması öngörülmüştür.[355]

[354] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 38.
[355] *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 102.

Polis işbirliği ve organize suçla mücadele çerçevesinde, uluslararası ticari işlemlerde yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesinin önlenmesine yönelik bir mevzuat değişikliği kabul etmiştir. Türkiye'nin 2000 yılında taraf olduğu ilgili OECD Sözleşmesinin gereği olarak, rüşvetten elde edilen gelirlerin aklanmasını da Türk ceza hukuku sisteminde bir suç haline getirmiştir.[356]

Hapishane sistemi reformuna ilişkin olarak, genel durum önemli ölçüde düzelmiştir. TCK'da değişiklik yapılmıştır. Cezaevlerinde güvenliği artırmak ve açlık grevlerini önlemek amacıyla Şubat 2003'de iki yeni cürüm ihdas edilmiştir. TCK'nin 307/a maddesi ile ceza infaz kurumları ve tutukevlerine silah ve elektronik haberleşme aracı sokanlar veya kullananlar hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilmesi düzenlenmiştir. TCK'nin 307/b maddesi ile ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutukluların ziyaretçileriyle veya avukatlarıyla görüşmelerini engelleyenlerin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılması düzenlenmiştir.[357]

2004 yılında yapılan ceza reformuyla hakim/savcı kararı olmaksızın genital muayene yapmak suç haline getirilmiştir. Ayrıca eşe karşı cinsel şiddet şikayete bağlı suç olarak düzenlenmiştir.[358] Yeni Ceza Kanununa göre, cinsiyet, etnik köken, ırk, din, medeni hal, siyasi görüş, felsefi inanç ve sendika üyeliği dâhil olmak üzere çeşitli gerekçelerle ayrımcılık suç sayılmaktadır.[359]

e. Cezaların oranlarındaki değişiklik

AB ilerleme raporlarında sadece yeni suçların ihdası değil, aynı zamanda bazı suçların cezalarının artırılması veya cezalarının hafifletilmesi hususları da önerilmiştir. Özellikle temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan fiillerin faillerine ağırlaştırıcı cezalar (işkence, namus ve töre cinayetleri vs); öte yandan failin özgürlüklerini kısıtlayan suçlarda (hükümeti tezyif, halkı kin ve düşmanlığa sevketmek vs) cezanın hafifletilmesi önerilmiştir.

---

[356] *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 19.
[357] *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 24-25.
[358] *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 14.
[359] *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 26.

AB ilerleme raporlarında hiç kuşkusuz üzerinde en çok durulan konu işkence suçlarının cezalandırılamaması sorunudur. 1998 ilk raporundan itibaren işkence suçundan şüpheli kamu görevlilerinin yeterince soruşturma ve kovuşturmaya tabi olmadıkları ve uygulanan cezaların yetersizliği üzerinde durulmuştur.[360] 1999 yılının Ağustos ayında mTCK'nin 243, 245 ve 354. maddelerinde yapılan değişiklikler ile işkence ve kötü muamele suçlarının cezası artırılmıştır.[361] 5237 sayılı TCK, işkence yapanlara verilen hapis cezalarını artırmakta ve işkence yapılan kişinin ölmesi durumunda ömür boyu hapis cezasını öngörmektedir.[362]

765 sayılı mTCK'deki namus cinayetlerini işleyenlerin cezalarının azaltılmasına olanak sağlayan hükümlerin uygulamada olması eleştirilmiştir.[363] Özellikle sanığın reşit olmaması durumunda cezanın daha da indirilmesi, oldukça eleştirilmiştir.[364] Namus cinayetleri ile ilgili sorunları gidermek üzere TCK'da değişiklik yapılmıştır. mTCK'nin 462'nci maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. TCK'nin 453'üncü maddesinde değişiklik yapılarak, evlilik dışı doğan çocuğun "şeref kurtarmak saikiyle" öldürülmesi halinde verilen ceza artırılmıştır.[365] 5237 sayılı TCK'de "töre saikiyle" işlenen hayata karşı suçlar için ömür boyu hapis cezası öngörmektedir. Bu hükmün, "namus cinayeti" davalarında uygulanması öngörülmektedir.[366]

Bankalar yasasında yeni yapılan değişiklikler önemli mevzuat boşluklarını kapatmıştır. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu adında yeni bir düzenleyici ve denetleyici organ ihdas edilmiş ve yeni yasayla aynı zamanda, kuralları sıkılaştırmış ve cezaları arttırmıştır.[367] 1994 yılında kabul edilen Rekabetin Korunması Kanununu ihlaller için verilecek cezalarda artış yapılması için 1999 yılında yasa değişikliğine gidildi. Bu kanun topluluk anti-tröst kurallarının temel ilkelerine uygun olarak büyük ölçüde şekillendirilmiştir.[368] Yeni Ceza Kanunu, yolsuzlukla bağlantılı suçları daha ciddi biçimde cezalandırmakta ve bu suçlara ilişkin zamanaşımı süresini uzatmaktadır.

---

[360] *1998 Yılı İlerleme Raporu*, s. 11; *2000 Yılı İlerleme Raporu*, s. 12.
[361] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 12.
[362] *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 27.
[363] *2000 Yılı İlerleme Raporu*, s. 28; *2001 Yılı İlerleme Raporu*, s. 28.
[364] *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 31.
[365] *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 33.
[366] *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 37.
[367] *1999 Yılı İlerleme Raporu*, s. 21.
[368] *2000 Yılı İlerleme Raporu*, s. 30.

Kanun ayrıca, yolsuzluk durumunda tüzel kişilerin sorumluluğu kavramını getirmekte ve kamu alımlarında yolsuzluğa ilişkin hükümler içermektedir.[369]

İlerleme raporlarında üzerinde duruluna bir diğer konu da ifade özgürlüğünü kısıtlayan ceza kanunu maddeleri olmuştur. mTCK'nin 159. ve 312. maddeleri ile Terörle Mücadele Kanununun 7. ve 8. ifade özgürlüğünü kısıtladıkları için eleştiri konusu yapılmıştır.[370] İfade özgürlüğüne ilişkin yasal değişiklikler çerçevesinde, 2002 yılının Şubat ayında kabul edilen birinci reform paketi, Türk Ceza Kanununun 159. ve 312. maddeleri ile Terörle Mücadele Kanununun 7. ve 8. maddelerinde değişiklikler getirmiştir. Ağustos 2002 tarihli üçüncü reform paketi ise, TCK'nin 159. maddesine ilave bir değişiklik getirmiştir.[371] Bir sonraki raporda bu değişikliklerin ifade özgürlüğü üzerindeki baskıları azalttığından bahsedilmiştir.[372]

Sonuç olarak, AB üyeliğine adaylık ve entegrasyon sürecinde, devletin cezalandırma yetkisiyle ilgili olarak sadece ilkesel değil aynı zamanda doğrudan devletin kendi iç hukukuna yönelik eleştiriler yapılmış ve iç hukukta değişikliğe gidilmesi istenmiştir. Bu değişiklikler yeni suç ihdas edilmesi, özgürlüğü kısıtlayan bazı fiillere uygulanan cezaların indirilmesi veya tamamen kaldırılması, kimi zaman ise mağdurların özgürlüğünü ihlal eden ve özellikle kamu görevlilerine özgü suçların cezalarının artırılmasını talep etme şeklinde olmuştur.

4. Avrupa Birliğine aday diğer ülkelerin ilerleme raporları

Avrupa Birliğine adaylık sürecini yaşayan ülkeler, üyelik sürecinde ilerleme raporları ile karşılaşmışlardır. İlerleme raporları, ülkelerin AB üyeliği karşısında yükümlülüklerini ne kadar yerine getirdiklerinin bir özeti, muhasebesi şeklindedir.[373] Burada AB üyelik sürecinden geçen tüm ülkelerin incelenmesi mümkün olmadığından; AB üyelik yılları ve bulundukları coğrafyalar dikkate alınarak bir örneklem alınmıştır.

---

[369] *2005 Yılı İlerleme Raporu*, s. 19.
[370] *2001 Yılı İlerleme Raporu*, s. 20.
[371] *2002 Yılı İlerleme Raporu*, s. 24.
[372] *2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 10.
[373] AB üyeliğine kabul edilen ülkelerle ilgili raporlar için bkz. *http://ec.europa.eu/enlargement/countries/strategy-and-progress-report/index_en.htm.*

a. Bulgaristan

2007 yılında altıncı büyümeyle AB üyesi olan Bulgaristan'la ilgili olarak 1998-2004 yıllara arasında yedi ilerleme raporu yazılmıştır.[374] İlk rapordan itibaren ceza hukukuna ilişkin bir takım önerilerde bulunulmuş ve ceza hukukuna ilişkin reformlar takip edilmiştir.

1998 Bulgaristan İlerleme Raporunda[375] Bulgaristan'ın yolsuzlukla mücadeleye özellikle önem verdiği ve bu doğrultuda ceza kanunda bazı değişiklikler yaptığına yer verilmiştir.[376] Bulgaristan ceza kanunlarında ölüm cezasının halen yürürlükte olduğu ve AİHS 6 nolu protokolün hâlihazırda imzalanmadığı vurgulanmıştır.[377] Fikri mülkiyetin korunmasıyla ilgili ceza kanunda bir takım değişiklikler yapılarak bu alanın güçlendirildiğine dikkat çekilmiştir.[378]

1999 Bulgaristan İlerleme Raporunda[379] OECD Sözleşmesine uygun olarak, yolsuzluk yapan yabancı kamu görevlilerinin cezalandırılmasına yönelik olarak ceza kanunda değişiklikler yapıldığı belirtilmiştir.[380] Ocak 1999'da yürürlüğe giren yeni Gümrük Kanunun yeni cezalar getirmiştir.[381] 1999 yılı Ekim ayında AİHS 6 nolu protokolün imzalanması olumlu karşılanmıştır.[382] Bulgaristan'ın insan ticareti ve çocuk pornografisinin cezalandırılması ve organize suçlarla mücadelede Avrupa standartlarını yakalayacak reformlar yapması önerilmiştir.[383]

2000 Bulgaristan İlerleme Raporunda[384] önerilerden çok ceza kanundaki izlenen değişikliklere yer verilmiştir. 2000 yılının Mart ayında uyuşturucuyla ilgili olarak BM sözleşmesine paralel düzenlemeler; Temmuz ayında ise, dolandırıcılık ve yolsuzlukla mücadele çerçevesinde ceza kanununda yeni değişiklikler yapılmıştır.[385]

---

[374] *Regular Report from the Commission on Bulgaria's Progress towards Accession*. (bundan sonra yıl *Bulgaria Regular Report* olarak belirtilecektir)
[375] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1998/bulgaria_en.pdf.*
[376] *1998 Bulgaria Regular Report*, s. 9.
[377] *1998 Bulgaria Regular Report*, s. 9, 10.
[378] *1998 Bulgaria Regular Report*, s. 20.
[379] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1999/bulgaria_en.pdf.*
[380] *1999 Bulgaria Regular Report*, s. 13.
[381] *1999 Bulgaria Regular Report*, s. 53.
[382] *1999 Bulgaria Regular Report*, s. 13.
[383] *1999 Bulgaria Regular Report*, s. 50.
[384] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2000/bulgaria_en.pdf.*
[385] *2000 Bulgaria Regular Report*, s. 76.

2001 Bulgaristan İlerleme Raporunda[386] eşcinsellerin Bulgaristan hukukunda ayrımcılığa uğradığı, bu sebeple Ceza Kanunundan ayrımcı hükümlerin ayıklanması gerektiği yer almıştır.[387]

2002 Bulgaristan İlerleme Raporunda[388] Ceza Kanununa denetimli serbestlik gibi alternatif cezaların getirilmesi olumlu karşılanmıştır.[389] 2002 yılı Eylül ayında ceza kanununda yapılan değişiklik ile Bulgaristan için oldukça önemli bir sorun olan insan ticaretiyle ilgili ağır cezalar getirilmiştir. İnsan ticareti suçu ayrı bir bölüm olarak düzenlenerek, fuhuş amaçlı, zorla çalıştırma amaçlı insan ticaretiyle, organ ticareti yasaklanmıştır. Ayrıca çocuk pornografisi bulundurmak suç olarak düzenlenmiştir.[390] Organize suçlara verilen cezalar arttırılmış ve tüzel kişilerin cezalandırılması için düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca terör ve terörün finansmanıyla ilgili ceza kanununda yeni hükümler getirilmiştir. Yine bu değişiklikler ile özel sektörde yapılan yolsuzluk ile yabancı kamu görevlilerinin cezalandırılabilmesi sağlanmıştır.[391] Bulgaristan Ceza Kanununda ırkçılık ve yabancı düşmanlığını cezalandıran bazı hükümler olmakla birlikte, bunların meydana gelen suçları önlemekte yeterli olmadığı vurgulanmıştır.[392] 2001 yılı İlerleme Raporundaki tavsiyeler doğrultusunda eşcinsellere karşı ayrımcı hükümler ceza kanunundan çıkarılmıştır.[393]

2003 Bulgaristan İlerleme Raporu[394] ile 2004 Bulgaristan İlerleme Raporu[395] daha ziyade 2002 yılında ceza kanununda yapılan değişikliklerin bir değerlendirmesi şeklindedir. Özellikle 2004 yılı raporunda ceza muhakemesine ilişkin reformlara daha fazla yer verilmiştir.

---

[386] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2001/bulgaria_en.pdf.*
[387] *2001 Bulgaria Regular Report*, s. 22.
[388] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2002/bulgaria_en.pdf.*
[389] *2002 Bulgaria Regular Report*, s. 29.
[390] *2002 Bulgaria Regular Report*, s. 108.
[391] *2002 Bulgaria Regular Report*, s. 108.
[392] *2002 Bulgaria Regular Report*, s. 30.
[393] *2002 Bulgaria Regular Report*, s. 30. Bu hükümler eşcinsellik, eşcinsel fuhşu ve tecavüz konusunda bir eşitlik getirirken; kamuya açık alanda eşcinsel davranışları suç olmaktan çıkarmaktadır. Bu düzenlemeler raporda çok önemli karşılanmıştır. *2002 Bulgaria Regular Report*, s. 34.
[394] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2003/bulgaria_en.pdf.*
[395] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2004/bulgaria_en.pdf.*

b. Çek Cumhuriyeti

1998 yılı Çek Cumhuriyeti İlerleme Raporunda[396] ceza hukukuyla ilgili bazı değerlendirmelerde bulunulmuştur. 1997 yılının Eylül ayında yapılan ceza kanunu değişikliğiyle rüşvete verilen ceza [397] ile uyuşturucuyla mücadele kapsamında uyuşturucu bulundurmaya verilen cezaların artırıldığından söz edilmiştir.[398]

1999 yılı Çek Cumhuriyeti İlerleme Raporunda[399] ceza hükümlerinin ırkçılık ve özellikle Çingeneler'e yapılan ayrımcılığın önlenmesinde yetersiz olduğuna vurgu yapılmıştır.[400] Raporun çeşitli yerlerinde yolsuzluk ve uyuşturucuyla ilgili yaklaşımlar ele alınmıştır.

2000 yılı Çek Cumhuriyeti İlerleme Raporunda[401] Çek Cumhuriyetinin özellikle ekonomik suçlar ve yolsuzluğa karşı alması gereken tedbirler üzerinde durulmuştur. 2001 yılının Kasım ayında ceza kanununda yapılan değişiklik ile Nazi Soykırımını ve Komünist Soykırımı inkar suç haline getirilmiş; ayrıca her türlü ayrımcılığa dayalı kin ve nefret söylemi cezalandırılmaktadır.[402] Ceza kanununun karapara aklama ve diğer yolsuzlukla mücadele konularında eksik olduğu vurgulanarak, değişiklik yapılması önerilmiştir.[403]

Çek Cumhuriyeti'nin her koşulda ölüm cezasını yasaklayan AİHS'nin 13 nolu protokolünü 2002 yılının Mayıs ayında imzalaması olumlu karşılanmıştır.[404] 2002 İlerleme Raporunda da özellikle ekonomik suçlar, yolsuzlukla mücadele konuları ile ırkçılık ve ayrımcılıkla ilgili değerlendirmelerde bulunulmuştur.

c. Estonya

1998 Estonya İlerleme Raporunda[405] Estonya'nın önceliklerinden birinin Avrupa standartlarında bir ceza reformu olduğu belirtilmiştir.[406] Estonya'da ölüm cezası 1998

---

[396] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1998/czech_en.pdf.*
[397] *1998 Czech Republic Regular Report*, s. 9.
[398] *1998 Czech Republic Regular Report*, s. 32.
[399] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1999/czech_en.pdf.*
[400] *1999 Czech Republic Regular Report*, s. 16.
[401] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2000/czech_en.pdf.*
[402] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2001/czech_en.pdf*, s. 23.
[403] *2001 Czech Republic Regular Report*, s. 92.
[404] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2002/czech_en.pdf,* s. 27.
[405] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1998/estonia_en.pdf.*

yılının Mart ayında kaldırılmış ve Nisan 1998'de Estonya AİHS'nin 6 nolu protokolünü imzalamıştır.[407] Bu raporda özellikle yolsuzlukla ve organize suçlarla mücadele konusunda bazı tavsiyelere yer verilmiştir. Estonya'nın Organize suç ve yolsuzluklara karşı mücadelede daha etkin çaba sarf etmesi gerektiği, 1999 İlerleme Raporunda da dile getirilmiştir.[408]

2000 yılı İlerleme Raporunda[409], Estonya'nın organize suçlar, insan ticareti ve çocukların cinsel istismarı konusunda 1997 ve 1998 yıllarında katıldığı sözleşmeleri tamamlaması ve hayata geçirmesi için ceza kanununda bazı değişiklikler yapılması gerektiği üzerinde durulmuştur.[410]

Haziran 2001'de Estonya yeni bir ceza kanunu kabul etmiştir.[411] Raporun çeşitli yerlerinde ceza reformu, eşcinsel ayrımcılığı kaldırması, yolsuzlukla mücadelede önemli hükümler getirmesi, uyuşturucuya verilen cezaların arttırılması ve başka bir çok konuda olumlu karşılanmıştır. Yeni Ceza Kanunu 2002 yılın Eylül ayında yürürlüğe girmiştir.[412] Ancak ceza kanununda özellikle yolsuzlukla mücadelede Avrupa standartlarını yakalaması için bazı değişiklikler yapılması önerilmiştir.[413] 13 nolu protokol 2002 yılının Mayıs ayında imzalanmıştır.[414]

d. Güney Kıbrıs

1998 Kıbrıs İlerleme Raporunda[415] sadece vatan hainliği için uygulanan ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik olarak AİHS 6 nolu protokolün imzalanmasının beklendiği belirtilmiştir.[416]

1999 Kıbrıs İlerleme Raporunda[417] ise, 6. Protokolün imzalandığı ve ceza kanunundan ölüm cezasına ilişkin maddelerin çıkarıldığına yer verilmiştir.[418] Ayrıca

---

[406] *1998 Estonia Republic Regular Report*, s. 8.
[407] *1998 Estonia Republic Regular Report*, s. 9.
[408] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1999/estonia_en.pdf,* s. 72.
[409] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2000/estonia_en.pdf.*
[410] *2000 Estonia Republic Regular Report*, s. 77.
[411] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2001/estonia_en.pdf,* s. 17.
[412] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2002/estonia_en.pdf,* s. 23.
[413] *2002 Estonia Republic Regular Report*, s. 105.
[414] *2002 Estonia Republic Regular Report*, s. 27.
[415] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1998/cyprus_en.pdf.*
[416] *1998 Cyprus Republic Regular Report*, s. 9.
[417] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1999/cyprus_en.pdf.*
[418] *1999 Cyprus Republic Regular Report*, s. 10.

ceza kanununda yolsuzlukla mücadeleye ilişkin yapılan düzenlemeler olumlu karşılanmıştır.[419] Ceza kanunda (154. madde) insan ticaretiyle ilgili olarak yapılan değişiklikler ve çocuk pornografisinin buna eklenmesi yeterli bulunmuştur.[420]

2000 yılı Kıbrıs İlerleme Raporunda[421] Uyuşturucu ve Psikotropik Maddeler Kanununda kenevir tohumunun satılmasının suç haline getirilmesi[422] ve yolsuzlukla mücadeleye karşı ceza kanununda yapılan değişikliklerden söz edilmiştir.[423]

2001 yılı Kıbrıs İlerleme Raporunda[424] ölüm cezasıyla ilgili değerlendirmeler yer verilmiştir. 1960 tarihli Kıbrıs Anayasası sadece tasarlanmış cinayet, vatan hainliği, uluslararası korsanlık ve askeri ceza hukukundaki ağır suçlar için ölüm cezası öngörmekteyken; 1995 yılında Askeri Ceza Kanununda yapılan değişiklik ile bu ceza sadece savaş dönemlerinde uygulanabilir hale gelmiştir. 2000 yılında 6 nolu protokolün imzalanmasıyla barış dönemlerinde ölüm cezası tamamen kaldırılmıştır.[425] İşkence ve kötü muamelenin yasak olduğu Kıbrıs'ta, işkence suçlarında savcılara resen soruşturma yetkisi verilmiştir.[426] Uluslararası işlerde yabancı kamu görevlilerinin rüşvet almasının cezalandırılmasını öngören 1997 tarihli OECD sözleşmesi Kıbrıs Hükümeti tarafından imzalanmış ve bu fiil iç hukukta suç haline getirilmiştir.[427]

2002 yılı Kıbrıs İlerleme Raporunda[428] ise, 2002 yılının Mayıs ayında Kıbrıs Hükümetinin AİHS 13 nolu protokolü imzaladığı ve Askeri Ceza Kanununa göre sadece savaş zamanlarında uygulanabilen ölüm cezasının, yakın bir gelecekte tamamen kaldırılacağının beklendiği vurgulanmıştır.[429]

Sonuç olarak, Güney Kıbrıs ile ilgili ilerleme raporlarında daha çok yolsuzluk ve AB'nin finansal çıkarlarını ihlal eden fiillerin cezalandırılması, uyuşturucuyla mücadele ile özellikle ölüm cezasının kaldırılması konusunda AB'nin beklentileri ve gözlemlerine yer verilmiştir.

---

[419] *1999 Cyprus Republic Regular Report*, s. 9.
[420] *1999 Cyprus Republic Regular Report*, s. 11.
[421] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2000/cy_en.pdf.*
[422] *2000 Cyprus Republic Regular Report*, s. 80.
[423] *2000 Cyprus Republic Regular Report*, s. 82.
[424] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2001/cy_en.pdf.*
[425] *2001 Cyprus Republic Regular Report*, s. 15.
[426] *2001 Cyprus Republic Regular Report*, s. 15.
[427] *2001 Cyprus Republic Regular Report*, s. 80.
[428] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2002/cy_en.pdf.*
[429] *2002 Cyprus Republic Regular Report*, s. 19.

e. Letonya

1998 Letonya İlerleme Raporunda[430], 1 Ocak 1999 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni ceza kanununda AİHS 6 nolu protokole ve devlet başkanının tavsiyelerine rağmen, ölüm cezasının korunduğundan söz edilmiştir. Adli işbirliğine yönelik diğer konular yer almıştır. 1999 İlerleme Raporunda yeni ceza kanununa gerek kamu gerekse özel sektörde çalışanların sorumluluğuna yer veren yolsuzlukla mücadele hükümleri yeni ceza kanununa eklenmiş ve Nisan 1999'da yürürlüğe girmiştir.[431] Irkçılık ve yabancı düşmanlığına karşı yeni ceza kanununda ırkçılık ve etnik ayrımcılık suç haline getirilmiştir.[432] Fikri mülkiyet haklarının korunmasına yönelik olarak yeni ceza kanununda korsan ve sahte ürünlerin müsaderesine yönelik yaptırımlar getirilmiştir.[433] Uluslararası yargılamayla ilgili yeni kurallar yeni ceza kanununun 1999 Nisan'ın da yürürlüğe girmesiyle uygulanmaya başlamıştır. Ancak yine de müktesebata uygunluk için yeniliklerin yapılması gerekmektedir.[434]

C. Avrupa Birliği Üyelik Sürecinin Cezalandırma Yetkisine Etkisi

Avrupa Birliği devletlerin ortaklığıyla kurulu bir uluslararası örgütlenme olarak, üye devletlerin uyacağı bir takım yükümlülükler getirmektedir. Öte yandan AB'ye üye olmak isteyen ve bu yönde görüşmeler yapmakta olan devletlere de bazı yükümlülükler getirmektedir. Bu yükümlülükler siyasal, ekonomik ve hukuki alanda olabilmektedir. Hukuki alandaki yükümlülüklerin önemli bir kısmını ceza hukukuyla ilgili yükümlükler oluşturmakta olup; AB kendi içinde bir standart oluşturma çabası söz konusudur.

Aday üye devletlerle ilgili düzenli ilerleme raporları incelendiğinde, üye devletlerin iç hukuklarına yönelik olarak; bazı fiillerin suç haline getirilmesi, bazı suçların daha ağır cezalandırılması, bazı suçlarla daha etkin mücadele ve işbirliği, bazı suçlarının cezalarının hafifletilmesi veya suç olmaktan çıkarılması, ölüm cezası başta olmak üzere bazı yaptırım türlerinin uygulanmaması gibi birçok talepte bulunulmaktadır.

---

[430] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1998/latvia_en.pdf,* 1998, s. 10.
[431] *http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1999/latvia_en.pdf*, 1999, s. 13.
[432] *1999 Latvia Regular Report*, s. 15.
[433] *1999 Latvia Regular Report*, s. 30.
[434] *1999 Latvia Regular Report*, s. 52.

Aday devletlerin ölüm cezasını kaldırılmaları hassasiyetle izlenmiş ve hemen hemen tüm ilerleme raporlarında aday devletlerin ölüm cezasını kaldırma konusunda hangi aşamada oldukları kaydedilmiştir. Devletlerin AİHS 6 nolu protokol ile 13 nolu protokolü imzalayıp imzalamadıkları ve bunu iç hukukta düzenleme haline getirip getirmedikleri, üzerinde en çok durulan konulardan biri olmuştur.

İlerleme raporlarında üzerinde en çok durulan konular kuşkusuz yolsuzlukla mücadele konusu olmuştur. Aday devletlerin Avrupa Konseyi nezdinde imzalanan yolsuzlukla mücadele, kara paranın aklanması vb sözleşmeleri imzalamaları, böylelikle özellikle yolsuzluk, kara paranın aklanması, rüşvet, uyuşturucu ve bunların organize işlenmesi fiillerinin cezalandırılması veya cezalarının arttırılarak, üye devletler ile etkin işbirliği içinde bulunulması üzerinde sıklıkla durulmuştur. Türkiye dahil olmak üzere adaylık sürecinde birçok devletin ceza kanununu sil baştan yenilediği veya çok önemli reformlar yapıldığı gözlenmektedir.

Bugün için klasik anlamda AB'nin suç ve ceza koyma yetkisiyle kodifiye edilmiş "Avrupa Ceza Hukuku" adıyla ulusüstü bir ceza hukukunun oluştuğu söylenemez.[435] Bununla birlikte kültürel farklılıklar bir yana bırakılarak, AB'nin üye devletleri ve aynı zamanda AB'nin finansal çıkarlarına kapsayan, Avrupa düzeyinde bir ceza hukuku standardı yaratmak istediği açıktır. Bu durum üye ülkeler açısından zorlayıcı tedbirler içermekte ve cezalandırma yetkisini sınırlandırıcı niteliktedir.

[435] Erdem, 2013, s. 3.

IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE CEZALANDIRMA YETKİSİ

İkinci Dünya Savaşıyla birlikte siyasal, toplumsal ve ekonomik bir çöküntü yaşayan Avrupa'da, bu acıların yeniden yaşanmaması, diktatörlüklerin yeniden ortaya çıkmaması ve yok edici başka bir savaşa girilmemesi amacıyla Avrupa'da bir birlik oluşturma düşüncesi ortaya çıkmıştır.[436] Bu düşüncenin bir sonucu olarak 5 Mayıs 1949 tarihinde Londra'da Avrupa Konseyi Statüsü on batı Avrupa ülkesi tarafından imzalanmıştır. Türkiye ise 8 Ağustos 1949 tarihinden itibaren Avrupa Konseyi üyesidir.[437]

Avrupa Konseyi'nin kuruluşunun hemen ardından, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi yönünde faaliyetlere başlanmıştır. Avrupa Hareketinin alt kuruluşlarından biri olan Uluslararası Hukuk Bölümü tarafından hazırlanan bir insan hakları sözleşmesi tasarısı ile Avrupa İnsan Hakları Divanı Statüsü tasarısı Avrupa Konseyi Bakanlar komitesine sunulmuştur.[438] Avrupa Konseyinin çeşitli organlarınca ve üye devletlerin önerileri de dikkate alınarak insan hakları sözleşmesi tasarısına son şekli verilmiş ve 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşme Roma Sözleşmesi adıyla da bilinmektedir.[439]

İnsan haklarının korunması bakımından adeta yeni bir çağ açan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 3 Eylül 1952 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylamıştır.[440] 1954 yılında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 1959 yılında ise Strazburg'da Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın ilk yargıçları seçilerek, insan haklarını korumaya yönelik denetim mekanizması tüm organlarıyla işlemeye başlamıştır. 1998 yılında 11 nolu protokol ile Divan kaldırılarak yerine tam zamanlı çalışan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur.[441]

---

[436] A. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, 9. baskı, s. 7.
[437] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 8.
[438] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 9.
[439] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 10.
[440] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 10.
[441] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 10.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sadece temel hak ve özgürlükleri güvence altına alması bakımından değil "ortak güvence" sistemine dayanan bir uluslararası yargı mekanizması kurması bakımından çok önemlidir.[442]

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, devletin cezalandırma yetkisinin sınırıyla ilgili olarak iki bakımından önemlidir. Sözleşmenin getirdiği bazı ilkeler ve güvenceler doğrudan cezalandırma yetkisiyle ilgilidir. Bu doğrultuda Sözleşme suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini (7. madde) güvence altına almaktadır. Ayrıca ek protokollerde ölüm cezası yasağı (6 ve 13 nolu protokoller), borçtan dolayı özgürlüğünden dolayı yoksun bırakılma yasağı (4 nolu protokol) ile *ne bis in idem* ilkesi (7 nolu protokol) düzenlenmektedir. Sözleşmenin cezalandırma yetkisine yönelik ikinci etkisi ise, korumaya aldığı haklar bakımındandır. Sözleşmenin koruma altına aldığı bazı haklar aynı zamanda cezalandırmanın da sınırlarını oluşturmakta veya taraf devletlere bu hakları ceza hukuku yoluyla korumak amacıyla düzenleme yapma yükümlülüğü getirmektedir.

A. Doğrudan Cezalandırmaya İlişkin Hükümler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde doğrudan cezalandırma yetkisiyle ilgili olarak ana metinde iki hüküm bulunmaktadır. Sözleşmenin 3. maddesiyle insanlık dışı ve aşağılayıcı ceza yasaklanmakta, 7. maddede ise suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi düzenlenmektedir. Ek bazı protokollerde ise, ölüm cezası yasağı, borçtan dolayı özgürlükten yoksun bırakma yasağı ve aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı düzenlenmektedir.

1. Kanunilik İlkesi

Bu madde ile ceza hukukundaki en önemli güvencelerden olan kanunilik ilkesi güvence altına alınmaktadır. Hukukun üstünlüğü ilkesinin asal unsurlarından biri kabul edilen güvence Sözleşmenin getirdiği koruma sisteminin en önemli parçalarından biridir. Nitekim "Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma" başlığını taşıyan 15.

[442] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 11.

maddede, olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayacak birkaç temel maddeden biri olarak sayılmıştır.[443]

Madde suçların ve cezaların geçmişe uygulanmaması ve suç teşkil eden fiile kanunda öngörülenden daha ağır ceza verilmemesi olmak üzere başlıca iki temel özelliği kapsamaktadır. Bu maddede yer alan hukuk, yazılı hukuk kurallarının yanında objektif ve herkes için zorunlu olan yazılı hukuk kurallarının yanı sıra örf ve adet hukukunu da kapsamaktadır. Nitekim suç ve cezaların hangi tür düzenleyici tasarruflarla belirleneceği bir iç hukuk sorunu olarak görülmektedir.[444]

Diğer yandan cezalandırılan fiillerin mutlaka iç hukukta düzenlenmiş olma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Suç ve cezanın uluslararası hukukta belirlenmiş olması da "kanunilik" koşulunun yerine gelmesi bakımından yeterlidir.[445] Örneğin *K. – H.W. v. Almanya* davasında[446] iki Almanya'nın birleşmesinden önce (1970-1973 yılları arasında) Doğu Almanya'da askerlik hizmeti sırasında sınır görevlisi olarak Berlin Duvarında çalışan başvuran hakkında, Almanya'nın birleşmesinden sonra 1993 yılında Berlin Bölge Mahkemesi tarafından (1972 yılında meydana gelen ve Doğu Almanya'dan kaçmaya çalışan birinin ölümüyle sonuçlanan bir olayla ilgili olarak) kasten adam öldürme suçundan dava açılmış ve mahkûm edilmiştir.[447] Başvuran bu fiilin işlendiği sırada Doğu Alman Ceza Kanununa göre suç teşkil etmediğini ve mahkeme kararının AİHS'nin 7. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.[448]AİHM, başvuranın işlediği fiilin suç teşkil ettiği konusunda kolayca öngörülebilir bir durum olduğunu ve devlet yararı (sınır güvenliği) ile yaşam hakkı karşılaştırıldığında, bunun yaşam hakkının sınırlanması için ölçülü olmadığı gerekçesiyle, verilen mahkeme kararını Sözleşmenin 7. maddesinin ihlali olarak bulmamıştır.[449] Streletz, Kessler ve Krenz v. Almanya davası[450] da bu olayda yönetici olan üç kişinin fail olarak sorumlu

---

[443] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 324.
[444] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 324-325.
[445] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 325.
[446] *K.-H.W. v. Germany*, (37201/97), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59352*.
[447] *K.-H.W. v. Germany*, par. 14-20.
[448] *K.-H.W. v. Germany*, par. 41.
[449] *K.-H.W. v. Germany*, par. 107-114.
[450] *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, (Başvuru no: 34044/96, 35532/97, 44801/98, K.T. 22 Mart 2001), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59353.*

bulunması ve cezalandırılmasıyla ilgili olup, AİHM benzer şekilde 7. maddenin ihlali olmadığı şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur.[451]

AİHS'nin 7. maddesi şu şekildedir:[452]

> 1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.
>
> 2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.

Bu maddeyle ilgili yapılan başvurularla ilgili kararları başlıca üç başlıkta toplamak mümkündür. AİHM 7. maddeyle ilgili yapılan bazı başvuruları, yerel mahkemece verilen cezanın yasada yer olmaması sebebiyle *nulla poena sine lege* ilkesinin ihlal edilmesi, suç ve cezaların geçmişe yürümesi ve kanunda öngörülen cezadan daha ağır ceza verilmesi şeklinde bularak, başvurucular lehine sonuçlandırmıştır.

a. Yasada olmayan veya açık olmayan bir suçtan dolayı cezalandırma

AİHM, kanunilik ilkesi gereğince suç olan fiil ile ona uygulanacak yaptırımın kanunda çok açık bir şekilde dile getirilmesi gerektiğini belirtmiştir. "Mahkeme, emsal kararına göre 7. maddenin bir suçun ancak kanun tarafından tanımlanıp, cezanın öngörebileceği (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ilkesini ve ceza kanunun bir analoji ile kapsamlı şekilde sanığın aleyhine yorumlanmaması ilkesini içerdiğini hatırlatmaktadır. Bu ilkelerden, suç ve ilgili yaptırımın kanunlarda açık şekilde tanımlanması gerektiği sonucuna varmaktadır. Bireyin ilgili hükmün metninin ve gerektiğinde mahkemelerin

---

[451] Her iki davayla ilgili ayrıntılar için bkz. Gülşah Bostancı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul, 2007, s. 36. vd.

[452] Sözleşme metninin Türkçesi için bkz *http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/IH_ve_Temel_Ozgurluklerin_Korunmasi.pdf.*

yorumunun yardımı ile kendisinin suçtan sorumlu olmasına neden olabilecek hareket ve ihmallerinin bilinir hale getirilmesi ile bu şart karşılanmaktadır."[453]

Yasada olmayan bir suçtan dolayı cezalandırmaya örnek olarak, *Ünsal Öztürk v. Türkiye kararı*[454] gösterilebilir. Başvurucu Ünsal Öztürk Türkiye'de çok sayıda kitap yayınlamış Yurt Kitap-Yayın yayınevinin sahibidir. Başvuran, 1991 ve 1994 yılları arasında bastığı kitaplar çeşitli defalar Devlet Güvenlik Mahkemeleri tarafından Devlet'in bölünmez birliği aleyhine propaganda oluşturduğu gerekçesiyle, muhtelif cezai takibatlara maruz kalmıştır.[455] Başvuran, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 8/2. maddesinin dergi yoluyla ayrımcı propaganda yapma suçuna karşılık hapis cezasının, yayınevi sahipleri veya yöneticilerine verilmesini öngördüğü halde, kendisinin kitaplar yoluyla ayrımcı propaganda yapmaktan suçlu bulunduğu ve hapis cezasına çarptırıldığı hususunda şikayette bulunmuştur. Kendi faaliyetleri nedeniyle hapis cezasının verilmesinin tahmin edilemez olduğunu ve AİHS'nin 7/1. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.[456] Hükümet aksini ispatlayan deliller ileri sürememiştir. AİHM daha önceki kararlarına (*Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye*) paralel olarak, başvurucuya verilen cezayı Sözleşmenin 7. maddesinin ihlali olarak bulmuştur.[457]

Bir başka davada kanunda suçun açıkça tarif edilmemesi AİHM tarafından 7. maddenin ihlali olarak kabul edilmiştir.[458] Ukrayna Lviv'de *Vartovi zakonu* isimli bir insan hakları örgütü uhdesinde adliyedeki yolsuzluk olaylarını protesto etmek amacıyla her Salı günü Adliye Binası önünde gösteri yapmaktayken, İdari Suçlar Kanuna göre izinsiz gösteri yapmaktan cezalandırılmıştır.[459] Başvurucu toplantı ve gösteri yürüyüşüne aykırı davranıştan suçlu bulunduğunu, ancak bu fiilin kanunda net olarak tarif edilmediğini için verilen cezanın AİHS'nin 7. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür.[460] AİHM yaptığı değerlendirmede, başvurucunun cezalandırıldığı gösteri prosedürünü ihlal suçunun kanunda yeterince açık tanımlanmadığını, kanun tarafından

---

[453] *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye*, (Başvuru no: 23536/94 ve 24408/94, K.T. 8 Temmuz 1999), *http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/baskyaveokcuoglu.pdf*, par. 36.
[454] *Ünsal Öztürk v. Türkiye*, (Başvuru no. 29365/95, K.T. 4 Ekim 2005), *http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/unsalozturk.pdf.*
[455] *Ünsal Öztürk v. Türkiye*, par. 10-13.
[456] *Ünsal Öztürk v. Türkiye*, par. 44.
[457] *Ünsal Öztürk v. Türkiye*, par. 45-47.
[458] *Vyerentsov v. Ukraine*, (Başvuru no. 20372/11, K.T. 11 Nisan 2013), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-118393.*
[459] *Vyerentsov v. Ukraine*, par. 5-19.
[460] *Vyerentsov v. Ukraine*, par. 58.

öngörülebilir olma şartının eksik olması sebebiyle Sözleşmenin 7. maddesinin ihlal edildiği kararına varmıştır.[461]

b. Suç ve cezaların geçmişe yürümemesi

Ecer ve Zeyrek v. Türkiye davasında[462], başvurucuların 1988 ve 1989 yılları arasında PKK'ya yardım ve yataklık etmekle suçlandığı iddianame 19 Ekim 1993 tarihinde Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne sunulmuştur. Başvurucuların silahlı örgüt üyelerine kırsal alanda gıda maddeleri tedarik ettikleri ve örgüt üyeleri için dükkânına gıda maddeleri depoladıkları ve örgütte aktif bir militan olarak görev alan oğlu ile temas kurmak suretiyle örgüte yardım ve yataklık ettiği iddia edilmiştir. Başvurucuların [mülga] Türk Ceza Kanunu'nun 169. maddesi ve Terörle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesi gereğince cezalandırılmalarını talep edilmiştir.[463] Başvurucular 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanununun 5. maddesinin, 1988 ve 1989 yıllarında kendileri tarafından işlenen suçlara uygulanmasının "cezaların geriye yürütülmesi suretiyle" Sözleşmenin 7. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.[464] Hükümet başsavcının iddianamesinde belirtilen 1988 ve 1989 yıllarının bu tür suçlarla ilgili fiillerin başladığı yıl olarak değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Hükümete göre, 1991 tarihli kanunun 5. maddesi, 1988 ve 1989 yıllarında başlayıp 1993 yılına kadar devam eden suçlara uygulanmıştır.[465] AİHM hukukun üstünlüğü ilkesinin önemli bir unsurunu oluşturan 7. madde ile sağlanan garantilerin, Sözleşme sistemi içinde önemli bir yere sahip olduğunu ve 15. madde gereğince savaş ve olağanüstü hal durumlarında da bu güvencelerden vazgeçilemeyeceğini hatırlatmıştır. Mahkemeye göre, ilgili madde amacı ve hedefi doğrultusunda keyfi yargılama, hüküm ve ceza verme karsısında etkili güvenceleri sağlayacak şekilde anlaşılmalı ve uygulanmalıdır.[466] Mahkemenin içtihatlarına göre, Sözleşmenin 7. maddesi kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini içermekte (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ve ayrıca ilgili kimsenin zararına olacak şekilde ceza kanununun geriye dönük olarak uygulanmasını yasaklamaktadır.

---

[461] *Vyerentsov v. Ukraine*, par. 67.
[462] *Ece ve Zeyrek v. Türkiye*, (Başvuru no: 29295/95 ve 29363/95, K.T. 27 Şubat 2001), *http://www. inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ecervezeyrek.pdf.*
[463] *Ece ve Zeyrek v. Türkiye,* par. 13.
[464] *Ece ve Zeyrek v. Türkiye,* par. 22 ve 28.
[465] *Ece ve Zeyrek v. Türkiye,* par. 25.
[466] *Ece ve Zeyrek v. Türkiye,* par. 29.

Mahkeme, *nulla poena sine lege* kuralının bu dava ile ilgili olduğu; çünkü başvuruculara suçun islendiği tarihte verilmesi gereken cezadan daha ağır bir ceza verildiği görüşündedir.[467] Mahkemenin görüşüne göre, sadece 1988 ve 1989 yılları ile ilgili olan iddianame göz önüne alındığında, devam eden suça ilişkin bu tür kanıtların sunulması iddianame ile uyumlu değildir. Başvurucuların savunmalarını iddianameye cevaben ve suçlu bulundukları takdirde verilecek cezaya karşı kendilerini savunmak için hazırladıkları düşünülebilir. Ayrıca Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin kararından, 1989 yılından sonra işlenen suçlar sebebiyle mahkûm edildikleri şeklinde bir sonuç çıkmamaktadır.[468] Mahkeme, başvurucuların 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu gereğince, verilmesi gerekenden daha ağır bir ceza ile cezalandırıldıkları sonucuna varmıştır. Bu sebeple 7. maddenin 1. paragrafı ihlal edilmiştir.[469]

c. Kanunda öngörülenden ağır ceza verilmemesi

Fikret Başkaya tarafından yazılan "*Batılılaşma, Çağdaşlaşma, Kalkınma - Paradigmanın İflası / Resmi İdeolojinin Eleştirisine Giriş*" adlı kitap 1991 yılı Nisan ayında Mehmet Selim Okçuoğlu'nun sahibi olduğu *Doz Basın Yayın* tarafından basılmıştır.[470] 2 Ağustos 1991 tarihinde İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı, söz konusu kitabın içeriğini dikkate alarak başvuran aleyhinde bir iddianame hazırlamıştır. Kitabın yazarı Terörle Mücadele Kanunun 8/1 maddesi uyarınca devletin bölünmez bütünlüğü aleyhinde propaganda yapmak; yayıncı şirketin sahibi ise aynı kanunun 8/2. maddesi uyarınca suçlanmıştır.[471] 14 Ekim 1992 tarihinde Mahkeme tarafından başvuranların beraatına karar verilmiştir. Kitabın bir bütün olarak, propaganda unsuru taşımayan bir akademik çalışma olduğu sonucuna varmıştır. 4 Şubat 1993 tarihinde Yargıtay davaya bakan mahkemenin kararını iptal ederek, davayı görülmek üzere mahkemesine geri göndermiştir.[472] 5 Ağustos 1993 tarihli kararında, İstanbul Devlet güvenlik Mahkemesi Başkaya'yı bir yıl sekiz ay hapis ve 41,666,666 TL cezasına Okçuoğlu'nu beş ay hapis ve 41,666,666 TL para cezasına çarptırmıştır.[473] Diğer yandan

---

[467] *Ece ve Zeyrek v. Türkiye,* par. 30-31.
[468] *Ece ve Zeyrek v. Türkiye,* par. 35.
[469] *Ece ve Zeyrek v. Türkiye,* par. 36-37.
[470] *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye*, par. 9-10.
[471] *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye*, par. 13.
[472] *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye*, par. 16 ve 18.
[473] *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye*, par. 19.

Okçuoğlu, yayıncıların sadece para cezası ile cezalandırılmasını ve editörlere ilişkin cezaları açıkça öngören 8/2. madde hükmü kapsamında hapis cezasına çarptırıldığından şikayetçi olmuştur. Bu bağlamda Hükümet, 8/2. maddenin yayıncılar açısından uygulanmasının normalde bölüm 8/1. maddeye göre ilgilinin lehinde olacağını vurgulamıştır. Mahkemeye göre, durumun bu şekilde olduğu kabul edilse dahi, TMK'nin 8/2. maddesinin editörler ve yayıncılara verilen cezalarına ilişkin özel bir hüküm içerdiği ve mevcut davada yayıncı başvurana verilen cezanın aynı alt bölümde editörlerin cezalandırılmasına ilişkin kural üzerine aşırı kurguya dayandığı görülmektedir. Mahkeme, hapis süresi ile ilgili kararın anılan maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır.[474]

Bu konuyla ilgili *Welch v. İngiltere kararında*[475], 1986 yılında uyuşturucu kaçırmaktan dolayı tutuklanan başvurucu, 1988 yılında yerel mahkeme tarafından hapis cezasına çarptırılmış ve belli bir miktar müsadere cezasına hükmedilmiştir. Başvurucunun Temyiz Mahkemesine yaptığı başvuru neticesi hapis cezası ve müsadere miktarını azaltmış, ancak kaldırılmamıştır.[476] AİHM'ne başvuran Welch, hakkında verilen ve cezanın geriye yürümezliği ilkesine aykırı olan müsadere kararın 7. maddeye aykırılık teşkil ettiğini öne sürmüştür.[477] AİHM, müsadereye ilişkin düzenleme ile suçlu bulunduğu fiili işlediği zaman maruz bırakıldığı cezadan çok daha kapsamlı bir zararla yüz yüze gelmiştir ve durumu 7. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.[478]

2. İnsanlık dışı ve aşağılayıcı ceza yasağı

Sözleşmenin ana metninden doğrudan cezalandırmaya yönelik ilkelerden birisi de insanlık dışı ve aşağılayıcı ceza yasağıdır. İşkence görmeme hakkıyla birlikte yer verilmiş olan insanlık dışı ve aşağılayıcı ceza yasağı AİHS 3. maddede düzenlenmiş ve bu maddede hiçbir istisnasına yer verilmemiştir. Bu hak aynı zamanda 15. maddede sayılan çekirdek alana da dâhil olan mutlak bir haktır. Amaç kişinin beden bütünlüğü ve onurunu mutlak surette korumaktır.[479]

---

[474] *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye*, par. 42-43.
[475] *Welch v. the United Kingdom*, (Başvuru no: 17440/90, K.T. 5 Şubat 1995), *http://hudoc.echr.coe.int/ sites/eng /pages/search.aspx?i=001-57927.*
[476] Bostancı, 2007, s. 47-48.
[477] Bostancı, 2007, s. 48.
[478] Bostancı, 2007, s. 50.
[479] Gözübüyük-Gölcüklü, 2011, s. 198.

Bu konuyla ilgili en önemli kararlardan biri *Tyrer v. Birleşik Krallık*[480] kararıdır. 1972 yılında Birleşik Krallıkta Man Adasında yaşayan 15 yaşındaki öğrenci Antony M. Tyrer arkadaşlarını yaralama suçundan mahkemece suçlu bulunmuş ve yerel mahkeme başvurucuyu kaba etine üç kez sopa ile vurma cezası vermiştir.[481] Başvurucu Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvurarak kendisine uygulanan cezanın insanlık dışı veya onur kırıcı ceza yasağına aykırı olduğunu ileri sürmüş; Komisyon 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.[482] Mahkeme başvuru konusunun 3. madde kapsamında olup olmadığını değerlendirmeye almıştır. Mahkemeye göre, cezaların tümünde kaçınılmaz olarak aşağılayıcılık unsuru bulunmaktadır. Bu sebeple mahkeme "onur kırıcı" ceza ile diğer cezalar arasındaki farkı ortaya koymak durumundadır. Bir cezanın onur kırıcı sayılabilmesi için aşağılama ve küçümsemenin belirli bir düzeye ulaşmış olması gerekir.[483] Hükümetin bedensel cezanın Man Adası halkının inançlarına tecavüz olmadığı iddiası karşısında Mahkeme, bedensel cezanın caydırıcılık unsuru olmasının, suçları önlemesinin veya buna inanılmasının onur kırıcılık özelliğini kaldırmayacağına vurgu yapmıştır.[484] Mahkeme bu cezanın açık bir şekilde "onur kırıcı" ceza olduğunu belirterek, 3. maddenin ihlali olduğuna karar vermiştir. Mahkemenin kararında caydırıcılık özelliği ne olursa olsun, 3. madde kapsamında bedensel ceza uygulanamayacağını vurgulamıştır. Ayrıca Mahkeme Sözleşme'nin yaşayan bir belge olduğunu söyleyerek, Avrupa Konseyine üye devletlerin ceza politikalarının Sözleşmeye taraf devletlerin kabul ettiği ortak standartları etkisinden uzak kalamayacağını üzerinde durmuştur.[485]

Suç ve ceza arasındaki aşırı orantısızlık, örneğin süresiz ve/veya ömür boyu hapis cezası gayri insani muamele sayılabilecektir.[486] Cezaevlerinde yapılan çeşitli uygulamalar, hücre hapsi, zincire vurma ve kasten kötüleştirilmiş koşullar da gayri insani/onur kırıcı ceza kabul edilebilir.[487]

---

[480] *Tyrer v. The United Kingdom,* (Başvuru no: 5856/72, K.T.), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search. aspx?i=001-57587.*
[481] Osman Doğru, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları*, C. 1, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 229.
[482] Doğru, 2004a, s. 231.
[483] Doğru, 2004a, s. 233.
[484] Doğru, 2004a, s. 233.
[485] Doğru, 2004a, s. 233-234.
[486] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 202.
[487] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 201.

3. Ölüm cezası yasağı

Sözleşmenin ana metninde ölüm cezasına ilişkin bir yasak yoktur. Ötesi yaşam hakkını düzenleyen 2. maddede "yetkili mahkemece verilen meşru bir ölüm cezası kararı" yaşama hakkının bir istisnası olarak düzenlenmiştir.

Sözleşme taraflarının ölüm cezasını kaldırması iki aşamada gerçekleşmiştir. Ölüm cezasının kaldırılmasını öngören 6 nolu protokol 28 Nisan 1983 günü Strasbourg'da imzalanmıştır. Protokolün ilk maddesi ölüm cezasının kaldırıldığını ilan ederken, 2. maddesi savaş zamanlarını ölüm cezasının uygulanmasında bir istisna olarak öngörmektedir.

> *Ölüm cezasının kaldırılması (6 nolu Protokol Madde1)*
> Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılamaz ve idam edilemez.
>
> *Savaş zamanında ölüm cezası (6 nolu Protokol Madde 2)*
> Bir devlet, yasalarında savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller için ölüm cezasını öngörebilir; bu ceza ancak yasanın belirlediği hallerde ve onun hükümlerine uygun olarak uygulanabilir.

3 Mayıs 2002 tarihinde Vilnius'ta imzalanan 13 nolu protokolün 1. maddesi ise her koşulda ölüm cezasının kaldırılmasını öngörmektedir.

> *Ölüm cezasının kaldırılması (13 nolu Protokol Madde 1)*
> Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılamaz ve idam edilemez. İlgili devlet, söz konusu yasanın bu duruma ilişkin hükümlerini Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir.

AİHM'ne 13 nolu protokolle ilgili herhangi bir başvuru olmamıştır. 6 nolu protokolün 1. maddesiyle ilgili yapılan başvurular, genellikle idam cezası olan bir ülkeye suçluların iadesiyle ilgili olup, AİHM bu konuda değerlendirme yapmamış ve davayı reddetmiştir.[488]

---

[488] Örnek olarak bkz. *Razaghi v. Sweden,* (Başvuru no: 64599/01, K.T. 25 Ocak 2005), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68079.*

4. Borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı

Özel hukuk borcundan dolayı kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağını düzenleyen 4 nolu protokol 16 Eylül 1963 tarihinde Strasbourg'da imzalanmıştır. Taraf devletler açısından özel hukuk ilişkisi nedeniyle özgürlükten yoksun bırakma yasağı getiren bu maddeyle ilgili olarak, bugüne kadar AİHM'ne başvuru yapılmamıştır.[489]

> *Borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı*
> *(AİHS 4 Nolu Protokol Madde 1)*
> Hiç kimse, yalnızca akdî ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

5. *Ne bis in idem* ilkesi

Ceza hukukunun en önemli ilkelerinden biri olan aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkına (*ne bis in idem* ilkesi) Sözleşmenin 7. maddesinde yer verilmemiş, ancak ayrıca ek 7 nolu protokolünün 4. maddede düzenlenmiştir. Bu ilke çok önemli bulunarak olağanüstü hallerde Sözleşme hükümlerini askıya almayı düzenleyen 15. maddede, olağanüstü koşullarda dahi dokunulamayacak çekirdek alana dâhil edilmiştir.

> *Aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı*
> *(AİHS 7 Nolu Protokol Madde 4)*
> 1. Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez.
> 2. Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden açılmasını engellemez.

---

[489] 20 Temmuz 2013 tarihi itibariyle *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx* adresinde bu madde kriterlerine ilişkin bir başvuru görülmemektedir.

3. Sözleşme'nin 15. maddesi çerçevesinde bu madde ile derpiş olunan yükümlülüklere aykırı hiçbir tedbir alınamaz.

Bu maddeyle ilgili olarak AİHM'ye yapılan bazı başvurular AİHM tarafından maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir. *Asadbeyli ve diğerleri v. Azerbaycan* kararında[490] 2003 yılında Azerbaycan'da Mammadov isimli başvurucu yaptığı bir gösteri nedeniyle önce Kabahatler Kanununa göre "kolluk emrine uymama" kabahatinden dokuz gün hapis yattığı halde daha sonra aynı fiilden ceza kanunu hükümlerine göre "asayişsizliği örgütlemek" ve "kamu görevlilerine şiddet kullanmak" suçundan cezalandırıldığını ve bu durumun Sözleşmenin 7 nolu protokolünün 4. maddesinin ihlali olduğunu ileri sürmüştür.[491] AİHM, birbirini takip eden süreçte farklı mahkemeler tarafından yargılanarak cezalandırılan başvurucunun cezalandırmaya gerekçe gösterilen eylemlerinin aynı fiiller olduğuna dikkat çekerek, protokol hükümlerinin ihlal edildiğine karar vermiştir.[492] Benzer bir karar 2002 yılında Rusya'da huzur bozucu kabahatlerden cezalandırılan bir kişinin, sonradan ceza kanununa göre daha ağır bir cezaya çarptırılmasında AİHM, son verilen cezanın bir önceki cezalandırmayla aynı fiile dayandığı için Rusya Hükümetinin protokolün 7 nolu protokolünün 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.[493]

B. Hak ve Özgürlükleri Cezalandırma Yoluyla Koruma Yükümlülüğü

Sözleşme, "Suç ve cezada kanunilik" ilkesine uyulmasını zorunlu kılmakla birlikte, cezalandırma alanında asıl sınırlama, Sözleşmenin korumaya aldığı bazı hak ve özgürlükler sebebiyle, devletlerin gerek suç ihdası, gerekse ceza ihdası alanındaki yükümlülükleriyle ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; Sözleşmenin "yaşam hakkı"nı düzenleyen ikinci maddesi ve bu maddeye ilişkin Mahkeme içtihatları karşısında, adam öldürme suçunun ihdası ve cezalandırılması, devletler açısından bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim birçok AİHM kararında adam öldürme fiillerinde devletin

---

[490] *Asadbeyli and others v. Azerbaijan* (Başvuru no: 3653/05, 14729/05, 20908/05, 26242/05, 36083/05 ve 16519/06, K.T.), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-11520.*
[491] *Asadbeyli and others v. Azerbaijan,* par. 145.
[492] *Asadbeyli and others v. Azerbaijan,* par. 162-163.
[493] *Sergey Zzolotukhin v. Russia,* (Başvuru no: 14939/03, K.T. 10 Şubat 2009), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91222.*

ciddi bir soruşturma yapma ve faillerini cezalandırma yükümlülüğü bulunduğunu ileri sürmüştür.[494] Bu durum karşısında Sözleşmeye taraf bir devletin adam öldürme fiilini suç saymaması ve hatta suç olarak düzenlemesi gereken bu fiil işlendiğinde etkin bir şekilde soruşturma yaparak, faillerini cezalandırmaktan kaçınması düşünülemez. Bu durum Sözleşme tarafından korunan birçok hak ve özgürlük için geçerlidir. Başka bir deyişle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından koruma altına alınan tüm hak ve özgürlükleri cezalandırma yoluyla koruması söz konusu değildir. Ancak birçok hak ve özgürlük ancak cezalandırma yoluyla korunabilir ki; bu taraf devletlere cezalandırma yoluyla koruma zorunluluğu getirmektedir.

1. Yaşam hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesinde, diğer bütün hakların önkoşulu olarak, yaşama hakkı güvenceye alınmıştır. Öte yandan bu madde sadece yaşam hakkını değil, aynı zamanda meşru öldürme sebeplerini de ortaya koymaktadır.[495] Bu maddenin cezalandırma yetkisi bakımından önemi, bu hakkın korunmasına yönelik olarak devletin cezalandırıcı tedbirler alma yükümlülüğü ve aynı zamanda meşru öldürme sebeplerinin ceza kanununda ilkesel olarak düzenlenebilmesine imkan sağlamasıdır.

Yaşam hakkının korunması bakımından devletin ilk yükümlülüğü öncelikle devlete yönelik öldürme yasağıdır. Devletin "negatif yükümü"[496] denilebilecek bu duruma göre, devlet kimseyi kasten öldüremez. Sözleşmenin 2. maddesinin 1. fıkrasında "Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez" denilerek, ölüm cezası istisna kılınmıştır.

Yaşam hakkının korunmasıyla ilgili olarak devlete düşen ikinci tür yükümlülük ise pozitif yükümlülüktür. Buna göre devlet, kişinin yaşamına gelebilecek saldırılara karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Fiiliyatta herkesin hayatının devlet tarafından korunması mümkün olamayacağından, devlet için asıl yükümlülük, öldürme

---

[494] Örneğin bkz. *Tanrıkulu v. Türkiye Kararı* (1999), *http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/tanrikulu.pdf*, par. 95 ve 111.
[495] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 155.
[496] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 156.

fiilini suç haline getirmek ve böyle bir suç işlendiğinde failleri tespit ederek cezalandırmaktır. AİHM birçok kararında bu yükümlülük üzerinde durmuş ve aleyhinde başvuru yapılan devletler aleyhinde yaşam hakkının ihlal ettiği gerekçesiyle tazminat ödemeye hükmetmiştir. *Opuz v. Türkiye* davasında AİHM önce aile içi şiddete uğrayan ve ölüm tehditleri alan ve en sonunda öldürülen bir kadının kızının yaptığı başvuruda, Türk ceza hukuku sisteminin failin işlediği kanunsuz eylemlerin etkili bir biçimde önlenmesini sağlayacak yeterli caydırıcı etkiyi haiz olmadığı kanısına varmıştır. Mevzuattan kaynaklanan engeller ve hâlihazırda varolan yolların kullanılmaması, mevcut yargı sisteminin caydırıcı etkisini ve AİHS'nin 2. maddesinde muhafaza edildiği üzere, başvuranın annesinin yaşama hakkının ihlal edilmesini önlemede sahip olması gereken önleyici etkiyi ortadan kaldırmıştır. Bu bağlamda, durum dikkatlerine sunulduğu andan itibaren, yerel makamların, bir saldırganın, mağdurun bedensel bütünlüğüne tehdit yöneltme olasılığını önleyebilecek yeterli tedbirleri alamamasına ilişkin olarak, mağdurun tutumunu dayanak olarak alamayacaklarını vurgulayarak AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edildiği kararına varmıştır.[497]

Ceza kanunundaki ilkesel düzenlemeler ise, ülke kanunlarında yer alan kimi ceza hukuku kurumlarının Sözleşmeye uyumlu hale getirilmesidir. Sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrası şöyledir:

> Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:
>
> a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;
>
> b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;
>
> c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması

Yaşam hakkının istisnalarıyla ilgili olarak sayılan sebepler hukuka uygunluk nedenleri olarak kabul edilebilir. Nitekim fıkranın (a) bendi "meşru savunma", (b) ve (c) bentleri ise "kanununun ve yetkili amirin emri" hukuka uygunluk sebepleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin buradan Sözleşmenin "ilgilinin rızası" sebebini, yaşam

---

[497] *Opuz v. Türkiye*, (Başvuru no: 33401/02, K.T. 9 Haziran 2009), *http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/opuz2009.pdf*, par. 153.

hakkının istisnası olarak görmediği, başka bir anlatımla "yardımlı ötenazi"nin Sözleşmenin 2. maddesine uygun olmadığı ileri sürülebilir.

Yaşam hakkıyla doğrudan ilgili olmakla birlikte AİHM'nin 8. maddeyle korunan "özel yaşam" kapsamında ele aldığı "ötenazi" ve "kürtaj" başka bir başlıkta ele alınacaktır.[498]

2. İşkence ve kötü muamele görmeme hakkı

Sözleşmenin 3. maddesi tam olarak, "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz." şeklindedir. Maddede işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ile insanlık dışı ve aşağılayıcı ceza olmak üzere üç ayrı konu bir arada düzenlenmiştir. Ceza konusu yukarıda ele alınmıştır, burada işkence ve kötü muamele konusuna yer verilecektir.[499]

İşkence ve kötü muamele görmeme hakkı, hiçbir istisnası olmayan, mutlak bir hak olup; Sözleşmenin 15. maddesinde yer verilen çekirdek alan içindedir. Sözleşme hükmünde yasak fiiller, "işkence", "insanlık dışı" ve "onur kırıcı" olmak üzere üç kademeli olarak sıralanmıştır.[500] Bir fiilin işkence, insanlık dışı bir veya onur kırıcı bir muamele olup olmadığı fiilin ağırlığıyla belirlenmektedir. Bu fiillerin kasten yapılması gereklidir. Ayrıca sadece fiziksel şiddet içermesi gerekmez. Kişiye yapılan ruhsal zararlar da bu kapsamda değerlendirilir.[501]

Yaşam hakkında olduğu gibi, işkence ve kötü muamele görmeme hakkında da devletin üzerine düşen iki yükümlülük bulunmaktadır. Öncelikle negatif yükümlülük, başka bir deyişle kamu gücünü kullananların bizatihi işkence ve kötü muamele yapmamasından söz edilebilir. İkinci yükümlülük, devletin pozitif yükümlülüğüdür. Bu

---

[498] Bu konuyla ilgili bkz. Mine Yıldız, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Yaşam Hakkı ve Sınırları", Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Isparta, 2004, s. 14-16 ve 109-11.

[499] Biz burada incelerken ceza ile işkence ve kötü muameleyi birbirinden ayırarak incelemeyi uygun gördük. Şöyle ki; madde kamu görevlilerinin insanlara işkence yapmasını ve kötü muamelede bulunmasını; aynı zamanda yaptırım türü olarak insanlık dışı ve onur kırıcı cezayı yasaklamaktadır. *Tyrer v. Birleşik Krallık* kararında da incelendiği üzere ceza mevzuatta yazılı ve infaz edilmesi yerel kanuna uygun, hatta kanunun emri olan fiildir. Bu yaptırım, başta yasama organını Sözleşmeye uygun bir ceza kanunu ile yargı makamlarını Sözleşmeye uygun karar verme yükümlülüğü getirmektedir. Öte yandan işkence ve kötü muamele bütün kamu görevlileri tarafından işlenebilecek ve suç olarak cezalandırılması gereken bir fiildir. Bu sebeple bu iki konuyu birbirinden ayrı alt başlıklarda incelemek daha uygun olmuştur.

[500] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 198.

[501] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 200-201.

işkence ve kötü muamele fiillerinin cezalandırılması ve fiillerin işlenmesi halinde etkin soruşturma yaparak failleri cezalandırmasıdır. Örneğin *Kurt v. Türkiye* davasında AİHM, gözaltında kaybolma şikâyeti yetkililerce dikkate alınmamış ve yeterli araştırma yapılmamış olması nedeniyle kaybolanın yakınları olan başvuruculara yapılan muamelenin 3. maddenin ihlali olarak karar vermiştir.[502] Yine *Opuz v. Türkiye* davasında AİHM, başvurucunun fiziksel bütünlüğünün eşi tarafından ciddi biçimde ihlal edilmesine rağmen devlet yetkililerince caydırıcı koruma önlemlerinin alınmamış olmasını Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali olduğu sonucuna varmıştır.[503]

Sonuç olarak, işkence yasağının cezalandırma yetkisiyle ilişkisi, devletin işkence ve kötü muamele fiillerini suç sayması ve bu fiillere verilecek cezaların caydırıcı nitelikte olmasıdır. Nitekim AİHM birçok kararında belirttiği gibi, yerel makamların yerine geçerek onlar adına, AİHS'nin 3. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek için alınabilecek tedbirler arasından bir seçim yapmak AİHM'nin görevi değildir. Ancak, AİHS'nin 19. maddesi ve AİHS'nin güvenceye aldığı hakların teorik ve göstermelik değil, uygulanabilir ve etkili olması gerektiği ilkesi kapsamında, AİHM, bir devletin kendi yargı yetkisi kapsamındakilerin haklarını korumaya dair yükümlülüğünün yeterince yerine getirildiğinden emin olmalıdır.[504]

3. Kölelik/zorla çalıştırılmama hakkı

Sözleşmenin 4. maddesi kölelik ve zorla çalıştırmayı yasaklamaktadır. Bu yasak sadece negatif yükümlülük değil, aynı zamanda bu eylemlerin önlenmesi için gerekli tedbirler almayı ve bu hükümdeki yasaklara aykırı fiillerin cezalandırılması gibi bir pozitif yükümlülük getirmektedir.

Bu konuyla ilgili olarak *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya kararı*[505] çok önemli bir içtihat olarak karşımıza çıkmaktadır. Oxana Rantseva adlı 1980 doğumlu Rusyalı bir kadın 5 Mart 2001 tarihinde Kıbrıs'a gelmiş ve daha önce irtibat kurduğu Limassol'da

---

[502] Örneğin *Kurt v. Türkiye* davasında AİHM, gözaltında kaybolma şikâyeti yetkililerce dikkate alınmamış ve yeterli araştırma yapılmamış olması nedeniyle kaybolanın yakınları olan başvuruculara yapılan muamelenin 3. maddenin ihlali olarak karar vermiştir. *Kurt v. Türkiye,* (Başvuru no: 15/1997/799/1002, K.T. 25 Mayıs 1998), *http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/kurt.pdf*, par. 133-134.
[503] *Opuz v. Türkiye*, par. 176.
[504] *Opuz v. Türkiye*, par. 165.
[505] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, (Başvuru no: 25965/04, K.T. 7 Ocak 2010), *http://hudoc.echr.coe.int/ sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111116.*

bir kabarenin sahibi X.A. ile 'artist' olarak çalışmak üzere bir anlaşma imzalamış ve çalışma izni almak için başvurmuştur.[506] Bu süreçte kısa bir süre polis tarafından gözaltına alınan Rantseva daha sonra işverenine teslim edilmiş ve 28 Mart 2001 tarihinde kaldığı binanın bahçesinde ölü bulunmuştur. Yapılan soruşturma neticesinde, kişinin birinden kaçarken yüksekten düşmek suretiyle hayatını kaybettiği anlaşılmıştır.[507] Rantseva'nın cesedi 8 Nisan 2001 günü Rusya'ya götürülmüş ve yeniden otopsi yapılmıştır. Rusya Büyükelçiliği Kıbrıs Hükümetinden soruşturmayla ilgili dosyaları istemiştir.[508] Soruşturmanın devam etme sürecinde Kıbrıs Ombudsmanı Kasım 2003'te Kıbrıs'ta "artistler" hakkında bir rapor yayımlamıştır.[509] Rapora göre, "artist" kelimesi esas olarak "fuhuş yapan (fahişe)" anlamında kullanılmakta ve çalışma sektörü de fuhuştur. Yabancı kadınlar işverenlerin kesin gözetiminde her türlü yoksunlukla yaşamakta ve serbest hareket etmelerine izin verilmemektedir. İnsan ticareti ve cinsel sömürüyle mücadele konusunda iç mevzuat yeterli olduğu halde, konunun ilgili kuruluşları ve yetkilileri üzerine düşen görevi yeterince getirememektedir.[510] Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyoneri Haziran 2003'te Kıbrıs'ı ziyaret etmiş ve 12 Şubat 2004 tarihli raporunda Kıbrıs'ta kadın ticareti konusundan söz etmiştir. Raporda şu ifadelere yer verilmiştir: "29. Kıbrıs'ın ekonomik ve turistik gelişmesi dikkate alındığında, nasıl olup da Doğu Akdeniz Bölgesinde insan ticareti bakımından başlıca hedef ülke haline geldiğini anlamak zor değildir. Göçmen politikasının bulunmaması ve bu konudaki mevzuat eksiklikleri, bu olguyu sadece teşvik etmiştir."[511] Mahkeme kararında insan ticaretiyle ilgili, Kıbrıs ve Rusya'nın iç hukukuna ve uluslararası sözleşmelere yer vermiştir.[512] Rantseva'nın babası olan başvurucu, İnsan Ticaretine Karşı atıfta bulunarak, Kıbrıs makamlarının insan ticaretiyle mücadele için kanunlar çıkarmakla ve insan ticaretiyle mücadele için politikalar ve programlar oluşturmakla ve bunları güçlendirmekle yükümlü olduklarını ve Kıbrıs'ın insan ticaretiyle mücadelede üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirmediğini ileri sürmüştür. Kıbrıs makamları ayrıca, kızının insan ticareti mağduru olup olmadığı ve cinsel veya başka bir sömürüye tabi tutulup tutulmadığı konusunda bir soruşturma yapmamışlardır. Rantseva kabarede

---

[506] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 15.
[507] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 26 ve 41.
[508] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 42, 43 ve 46.
[509] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 80.
[510] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 83-90.
[511] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 91 vd.
[512] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 127 vd.

çalışmak üzere kendi iradesiyle Kıbrıs'a geldiği halde, Mahkeme'nin ortaya koyduğu gibi, sadece önceden gösterilmiş bir rıza, zorla çalıştırma konusunda bir tespitte bulunmayı engellemez. Başvurucuya göre, Kıbrıs makamlarının böyle yapmakla, kızını insan ticaretine karşı korumak için önlem almamıştır.[513] Başvurucu, söz konusu dönemde Rusya Ceza Kanununun açıkça insan ticaretinden söz eden hükümler içermediğine işaret ederek; Rusya Federasyonu'nun insan ticaretini ve sömürüyü önlemek için önlemler alma yükümlüğü bulunduğu halde, bunu yerine getirmediğini ileri sürmüştür. Mevcut olayda Rusya, Rantseva'nın Kıbrıs'a gidişi ve burada yaptığı işin niteliği konusunda soruşturma yapma şeklinde özel bir yükümlülüğü bulunduğu halde, böyle bir soruşturma yapılmamıştır.[514] Mahkeme değerlendirmelerine Kıbrıs[515], Rusya[516] hükümetleri ile insan ticareti konusunda çalışmalar yürüten *Interights*[517] ve *AIRE Centre*[518] adlı sivil toplum kuruluşlarının görüşlerini aldıktan sonra geçmiştir. Mahkeme öncelikle insan ticaretinin Sözleşmenin 4. maddesi kapsamında ele alınıp alınamayacağını değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre, insan ticaretinin, mağdurların insan onurunu ve temel haklarını tehdit ettiğinden ve demokratik bir toplumla ve Sözleşme'de açıklanan değerlerle bağdaşmasının düşünülemeyeceğinden kuşku yoktur. Sözleşme'yi günün koşulları ışığında yorumlama yükümlülüğü bulunan Mahkeme, başvurucunun şikayet ettiği muamelenin 'kölelik' mi, 'kulluk' mu, yoksa 'zorunlu çalışma veya zorla çalıştırma' mı oluşturduğunu belirlemeyi gerekli görmeden; Palermo Protokolünün 3 (a) bendi ve İnsan Ticaretine Karşı Sözleşmenin 4 (a) bendi anlamındaki insan ticaretinin, Sözleşme'nin 4. maddesi kapsamına girdiği sonucuna varmıştır.[519] Mahkeme'ye göre, ulusal mevzuatta yer alan koruma sistemi, insan ticareti mağdurlarının veya potansiyel mağdurların haklarının pratik ve etkili bir şekilde korunmasını sağlayacak kadar yeterli olmalıdır. Dolayısıyla Sözleşme'nin 4. maddesi, insan ticareti yapanlara cezai tedbirler uygulanması yanında, üye devletlerin genellikle insan ticaretini gizlemek için kullanılan işleri düzenleyen yeterli tedbirler almalarını ve bir devletin göçmen mevzuatı, insan ticaretini teşvik etme, kolaylaştırma veya

[513] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 254.
[514] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 255.
[515] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 256-258.
[516] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 259-263.
[517] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 264-268.
[518] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 269-271.
[519] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 282.

hoşgörüyle karşılama ile ilgili kaygıları dikkate almalıdır.[520] Mahkeme, Sözleşme'nin 4. maddesinin üye devletlere, bir kimsenin kölelik, kulluk veya zorla veya zorunlu çalışma durumunda tutulmasını amaçlayan her hangi bir eylemi etkili olarak soruşturma ve cezalandırma şeklinde pozitif bir yükümlülük yüklediğini teyit etmiştir. Bu yükümlüğün yerine getirilmesi, üye devletlerin insan ticaretini yasaklayan veya cezalandıran yasal ve idari düzenlemeleri yürürlüğe koymalarını gerektirir. Mahkeme, Palermo Protokolünün ve İnsan Ticaretine Karşı Sözleşmenin, insan ticaretiyle mücadelede insan ticareti yapanların cezalandırılmaları için gerekli tedbirler alınması yanında, insan ticaretini önleyen ve mağdurları koruyan tedbirleri de içeren daha kapsamlı bir yaklaşım gereğinden de söz ettiklerini gözlemlemektedir. Bu durumda, üye devletlerin insan ticaretini soruşturma ve cezalandırma görevi, insan ticaretiyle mücadele şeklindeki genel taahhüdün sadece bir yönüdür. Sözleşme'nin 4. maddesinden doğan pozitif yükümlülüklerin kapsamı, bu geniş bağlamda incelenmelidir.[521] Sözleşme'nin 2 ve 3. maddeleri gibi 4. maddesi de bazı hallerde bir devletin insan ticaretinin mağdurlarını ve potansiyel mağdurlarını korumak için operasyonel tedbirler almalarını gerektirir. Belirli bir olayın şartları içinde operasyonel tedbirler alma şeklinde bir pozitif yükümlülüğün doğabilmesi için, devlet yetkililerinin, belirli bir bireyin Palermo Protokolünün 3(a) bendi ve İnsan Ticaretine Karşı Sözleşmenin 4(a) bendi anlamında insan ticaretine veya sömürü eylemine tabi tutulduğuna veya bu konuda gerçek ve yakın bir riskin bulunduğuna dair güvenilir bir şüpheye yol açan koşulların varlığının farkında oldukları veya farkında olmaları gerektiği gösterilmelidir. Bu gösterildiği taktirde, yetkililerin bireyi bu durumdan veya riskten kurtarmak için kendi yetkileri dahilindeki uygun tedbirleri almış olmamaları halinde, Sözleşme'nin 4. maddesi ihlal edilmiş olur.[522] Mahkeme Kıbrıs'ta insan ticaretini ve cinsel sömürüyü yasaklayan düzenlemelerin (2000 yılında yapılmış olduğunu gözlemlemekle birlikte, Kıbrıs'taki artist vize rejiminin, Rantseva'ya insan ticareti ve sömürü karşısında etkili bir koruma sağlamadığı görüşüyle, Kıbrıs Hükümetinin Sözleşme'nin 4. maddesini ihlal ettiği kararına varmıştır.[523] Mahkeme Kıbrıs Hükümetinin koruyucu tedbirler alma şeklindeki pozitif yükümlülük bakımından da Sözleşmenin 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.[524]

---

[520] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 284.
[521] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 285.
[522] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 286.
[523] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 290 ve 293.
[524] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 298.

Mahkeme düzenleme yapma yükümlülüğü bakımından Rusya Hükümetini 4. maddeyi ihlal ettiğini kabul etmemekle birlikte; Rus makamlarının, Rusya'da faaliyet gösteren bireysel ajanların veya ağların, Rantseva'nın Kıbrıs'a götürülmesi olayına karışmış olabilecekleri ihtimalini soruşturmakla yükümlü olduğu görüşündedir.[525] Mahkeme, Rus makamlarının Rantseva'nın nasıl ve nerede işe alındığı konusunda bir soruşturma yapmadıklarını, işe alma Rus toprakları üzerinde meydana geldiğinden, özellikle Rantseva'yı işe alanları veya işe alma metotlarını belirlemeye yönelik hiçbir adım atmadığını ve Rantseva'nın Rusya'dan gizemli koşullarda ayrılmış olmasından sonra ölmüş olmasının, mevcut olayda soruşturma yapılmamasını daha da ciddi bir hale getirdiğini belirtmiştir. Bu durumda, iddia konusu insan ticaretini soruşturma bakımından Sözleşme'nin 4. maddesindeki usul yükümlülüğü, Rus makamları tarafından ihlal edilmiştir.[526]

Sonuç olarak, taraf devletlerin insan ticareti konusunda gerekli ceza düzenlemeleri yapmaları, diğer yandan insan ticaretini teşvik edecek yahut cezaları etkisiz hale getirecek durumlar için diğer yasal düzenlemeleri yapması ve bir olay meydana geldiğinde etkin bir soruşturma yaparak, failleri cezalandırması, Sözleşmenin 4. maddesinin uygulanması bakımından bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır.

4. Özel hayat, aile hayatı ve haberleşmenin gizliliği hakkı

Sözleşmenin 8. maddesi, özel yaşam, aile hayatı, konut ve haberleşme olmak üzere bireyler açısından önemli birçok değeri güvence altına almaktadır. Bu maddenin cezalandırmayla ilişkisi öncellikle maddede korunan hakların cezalandırma yoluyla korunmasında devletlerin üzerine düşün pozitif düzenleme yükümlülüğüdür.[527] Aynı şekilde bunu etkin soruşturma yapması da bu kapsamda değerlendirilebilir. İkinci olarak ceza kanunlarında suç olarak tanımlanan bazı fiiller bu madde çerçevesinde güvenceye alınan özgürlükleri ihlal ediyor olabilir. Öte yandan AİHM kürtaj ve ötenazi gibi yaşam hakkıyla da ilgili olan kimi başvuruları 8. madde kapsamında değerlendirmiştir ve

---

[525] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 303 ve 307.
[526] *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, par. 308-309.
[527] AİHM'ne göre, 8. madde her ne kadar kişiyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerinden koruma amacında olsa da bu hüküm özel yaşama saygıyı etkili kılmak için devlete pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Bkz. *A, B ve C v. İrlanda,* par. 244.

AİHM'nin vermiş olduğu kararlar cezalandırma yetkisinin kullanılması bakımından yol gösterici olmaktadır.

Özel hayat, bireyin kimliği, cinsel tercihleri, sağlık durumu, tıbbi müdahaleler ve testler, bireye ait özel alanlar, telefon görüşmeleri ve her türlü posta gönderileri, fotoğraf, şan, şöhret gibi birçok alanı barındırmaktadır.[528] Devletin pozitif düzenleme yapma yükümlülüğü bu alanlara yönelebilecek tecavüzleri önleyecek bir hukuki koruma sistemi oluşturmaktadır.[529] Bunun başında cezalandırma ve fiiller meydana geldiğinde etkin soruşturma yapmak gelmektedir. Özellikle bu alanın hukuken korunmasında cezalandırma vazgeçilmez olmaktadır. Örneğin hakaret fiili özgürlüğü bağlayıcı ceza gerektiren bir suç sayılmayıp, sadece tazminat gerektiren bir haksız fiil kabul edilseydi, parasını ödeyenin diğer insanların şereflerine tecavüz etmesi mümkün olurdu. Bu bakımdan özellikle 8. madde kapsamında güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin cezalandırma yoluyla korunması zorunludur.

Evlilik konusu hem 8. madde hem de doğrudan evlilik hakkını düzenleyen 12. maddede düzenlenmektedir. Eşcinsel veya transeksüel evliliklere izin verilmemesi taraf devletler açısından pozitif yükümlülük doğurmadığı gibi, 12. maddenin ihlali de kabul edilmez.[530] *Stübing v. Almanya*[531] davasında iki kardeşin yaptığı evlilik Almanya ceza kanunlarına göre suç kabul edildiğinden, evliğin iptali ve verilen hapis cezası, başvurucular tarafından özel hayata müdahale olarak ileri sürülmüştür.[532] AİHM konuyu kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik olmak üzere üç aşamalı olarak değerlendirmeye almıştır.[533] Mahkeme, durumu Alman kanunlarına uygun ve sözleşmenin 8/2. maddesine göre meşru amaca uygun bulmuştur.[534] Demokratik toplumda zorunluluk meselesinde Mahkeme uygulamanın sosyal bir ihtiyaca cevap verip vermediğini, öngörülen meşru amaçla ölçülü olup olmadığı ve müdahale edilen

---

[528] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 335.
[529] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 337. *P. ve S. v. Polonya* (par. 134-137) kararında başvurucunun kişisel bilgilerinin korumaksızın ifşa edilmesi 8. maddenin ihlali olarak görülmüştür. *P. and S. v. Poland*, (Başvuru no: 57675/08, K.T. 30 Ekim 2012), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114098.* Kişisel bilgiler ve telefon kayıtlarının 8. madde kapsamında değerlendirmesi için bkz. Saadet Yüksel, *Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale*, Beta, İstanbul, 2012, s. 101-106.
[530] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 343-344.
[531] *Stübing v. Germany*, (Başvuru no: 43547/08, K.T. 12 Nisan 2012, BD 24 Eylül 2012), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-110314.*
[532] *Stübing v. Germany*, par. 31.
[533] *Stübing v. Germany*, par. 56.
[534] *Stübing v. Germany*, par. 57.

bireysel yarar ile kamu yararı arasındaki denge gözetilecektir.[535] Mahkeme özel yaşam ve cinsellik konusunda devletlerin sözleşmenin 8/2. maddesinde yer verilen sebeplere uygun sınırlamalar yapabileceğine değinmiştir. Ahlaki ve etik konularda sınırlamanın ne olacağı konusunda taraf devletler arasında tam bir ortaklık bulunmamaktadır. Ahlaki ölçütler söz konusu olduğunda, gerek ahlaki ölçütlerin içeriğini, gerekse sınırlama sebeplerini belirlemek uluslararası bir mahkemeden ziyade devletin kendi iç sorunudur. Nitekim kardeşler arası ensest ilişki suçunda devletlerin düzenlemelerinde bir birlik yoktur. Hali hazırda kırkdört devletten yirmidördünde bu suç sayılmaktadır. Öte yandan suç kabul etmeyen devletler de kardeşler arası evliliği yasaklamaktır. Kardeşler arası cinsel ilişkinin reddi yönünde hem hukuki yasal hem de toplumsal bir uzlaşı vardır denilebilir. Diğer yandan bu fiilin suç olmaktan çıkarılması yönünde bir işaret de bulunmamaktadır. Sonuç olarak bu ahlak söz konusu olduğunda devletlerin geniş bir takdir marjı vardır.[536] Bu durumda Mahkeme devletlerin iç düzenlemesini tartışmayı uygun görmemektedir. Sonuç olarak 8. madde ihlal edilmemiştir.[537]

Kürtaj meselesi de AİHM tarafından Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir.[538] *A, B, C v. İrlanda*[539] kararı, bu konudaki önemli bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır. Başvurucular kürtajın anayasa ve yasalarca yasak olduğu İrlanda'da yaşayan kadınlardır ve farklı nedenlerle hamileliklerine son vermek amacıyla İngiltere'ye gitmişlerdir.[540] Mahkeme İrlanda'da kürtajın hukuki durumunu anayasal gelişmeler, yasaların kabulü, halk oylamaları, uluslararası sözleşmeler bakımından uzun uzadıya incelemiştir.[541] AİHM ayrıca konuyu taraf devletlerin iç hukuku bakımından incelemiştir. Buna göre, otuzuna yakın üye ülkede talep üzerine kürtaj yapılması mümkündür. Sağlık nedeniyle kürtaj yapma kırka yakın ülkede ve kişinin refahı için ise otuza yakın ülkede mümkündür. Andora, Malta ve San-Marino'da her durumda kürtaj yasaklamaktadır. Monako, Karadağ, Portekiz ve İspanya'da ise, son senelerde kürtajın

---

[535] *Stübing v. Germany*, par. 58.
[536] *Stübing v. Germany*, par. 59-61.
[537] *Stübing v. Germany*, par. 62 ve 67.
[538] "Hamile olan bir kadının özel hayatı, gelişmekte olan cenininkiyle sıkı bir şekilde bağlı olduğuna göre, kürtajla ilgili mevzuat özel yaşam alanıyla ilgilidir." *Tysiąc v. Polonya*, (Başvuru no: 5410/03, K.T. 20 Mart 2007), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-119624.*
[539] *A, B ve C v. İrlanda,* (Başvuru no: 25579/05, K.T. 16 Aralık 2010), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-118789.*
[540] *A, B ve C v. İrlanda,* par. 13-26.
[541] *A, B ve C v. İrlanda,* par. 27-111.

mümkün olduğu durumları genişletmişlerdir.[542] Mahkeme başvuruları 8. madde bakımından esastan incelemeye almıştır.[543] Başvurucular A ve B bakımından Sözleşmenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Şöyle ki; İrlanda'da kadınların yasaları çiğnemeden yabancı bir ülkeye gidip orada kürtaj yapabildiklerinden ve bu konuda yeterli bilgi ve tıbbi tedaviyi alabildiklerinden; (halkın derin ahlaki fikirlerine ve doğacak çocuğun yaşam hakkına verilen korumaya dayanarak) kürtajı yasaklayan İrlanda Devleti, bu konuda takdir yetkisini aşmamıştır ve söz konusu yasak birinci ve ikinci başvurucunun özel yaşam haklarına saygı ile doğacak çocuklar adına öne sürülen haklar arasında bir denge içindedir. Bu başvurular bakımından 8. madde ihlal edilmemiştir.[544] Üçüncü başvurucu bakımından ise, kürtaj hakkının İrlanda iç hukukunda kullanılabilirliği tartışılmıştır. Mahkemeye göre, başvurucunun İrlanda Anayasası'nın 40.3.3 [kürtajı sınırlandıran] maddesine dayanarak İrlanda'da kürtaj yapıp yapmayacağını ispatlayabilmesi için etkili ve ulaşılabilir bir prosedür oluşturan yasal hükümleri veya düzenlemeleri kabul etmemelerinden dolayı makamlar başvurucunun özel hayat hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemişlerdir. Dolayısıyla üçüncü başvurucu için Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.[545] *Tysiąc v. Polonya* kararında benzer bir şekilde; kürtaja izin veren yasa koyucunun, kürtaja ulaşılmasını engelleyici düzenleme yapmamasını, aksine bu yola başvurmayı kolaylaştıracak bir mekanizma geliştirmesi gerektiği üzerinde durulmuştur. Kadın sağlığına zarar verecek durumlar önlenmeli veya asgari düzeye indirilmelidir. Bunun sağlanmasında sonrasal (*a posteriori*) denetimler yeterli olmayıp, önleyici tedbirlerin alınması gerekir ki; önleyici mekanizmanın ulusal hukukta öngörülmemiş olması devletin üzerine düşen pozitif yükümlülüklerine aykırıdır. Sonuç olarak AİHM kürtaj ile ilgili olarak bir devletin iç hukukunda kürtaja yer verip vermemesini önemsememektedir. Öte yandan gerek sağlık veya refah, gerekse tıbbi zorunluluk açısından bireylerin kürtaj tercihlerini en azından yabancı bir ülkede kullanmalarını engellememesini; özellikle tıbbi zorunluluk konusunda devletlerin uygulanabilir bir hukuki düzenlemeye gitmesi gerektiği; anne sağlığını tehdit edecek

[542] *A, B ve C v. İrlanda,* par. 112.
[543] *A, B ve C v. İrlanda,* par. 156.
[544] *A, B ve C v. İrlanda,* par. 241-242.
[545] *A, B ve C v. İrlanda,* par. 267-268.

uzunlukta ve karmaşıklıkta bir usul yerine daha kolay uygulanabilir düzenlemeler yapması gerektiği sonucuna varmaktadır.

Ötenazi AİHM kararlarında hem 2. madde, hem de 8. madde kapsamında ele alınmıştır. *Pretty v. Birleşik Krallık*[546] davasında Mahkeme, yaşama hakkını güvence altına alan Sözleşme'nin 2. maddesinin olumsuz bir yönü içerdiği şeklinde yorumlanabileceğine değinerek, Sözleşme'nin 2. maddesinde açıkça belirtilmedikçe tam tersi bir hakkı yani ölme hakkını verdiği şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir. Bu maddenin, bir bireye yaşamak yerine ölmeyi seçme anlamında bir irade özgürlüğü hakkı da vermediğini belirterek, Sözleşme'nin 2. maddesinden, üçüncü bir şahsın elinden veya kamu makamlarının yardımıyla bir ölme hakkının çıkarsanamayacağı sonucuna varmıştır.[547] Konuyu Sözleşme'nin 8. maddesi açısından yapılan değerlendirmede, bu maddenin bir insanın yaşamını kendi seçtiği şekilde yaşayabilmesi, bu kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne zarar verebileceği ve tehlike oluşturabileceği düşünülen faaliyetlerde bulunması imkanını da içerir. Bu faaliyetin sağlığa ve hatta yaşama karşı tehlike oluşturduğu hallerde bile, Sözleşme organları devletin zorlayıcı veya cezai tedbirler almasını özel yaşama tecavüz olarak görmüştür. Örneğin sağlık alanında, belirli bir tedaviyi kabul etmemek, kaçınılmaz olarak öldürücü sonuca götürebilir; fakat rızası alınmadan bir kimseye tedavi uygulamak da onun Sözleşme'nin 8. maddesinde korunan haklarına dokunacak tarzda maddi bütünlüğüne bir müdahale oluşturabilir. İnsan haklarına saygı ve insanın özgürlüğü, Sözleşme'nin özünü oluşturmaktadır. Başvurucunun sıkıntılı ve insana yakışmayacak şekilde ölmekten kaçınmasını tercih etmesinin engellenmesi, özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturur. Bu nedenle olayda Sözleşme'nin 8. maddesi uygulanabilir niteliktedir. Mahkeme burada müdahalenin gerekli olup olmadığı ve orantılı olup olmadığını tartışmıştır. Başvurucu intihara yardımın tamamıyla yasaklanmasını eleştirmiştir. Oysa Mahkeme'ye göre devletler, genel ceza yasalarıyla, bireylerin yaşamlarına ve güvenliklerine zarar verici faaliyetleri yasaklayıcı düzenlemeler yapabilirler. Mevcut olayda söz konusu İngiltere'deki İntihar Hakkında Kanun, zayıf ve korunmasız durumda olan ve özellikle bilgilenerek karar verme durumunda olmayan kişilere karşı onların yaşamlarını sonlandırmaya veya sonlandırmaya yardım etmeye karşı korumayı amaçlamaktadır.

---

[546] *Pretty v. The United Kingdom*, (Başvuru no: 2346/02, K.T. 29 Nisan 2002), *http://hudoc.echr.coe.int/ sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60448.*
[547] *Pretty v. The United Kingdom,* (özet çeviri *http://aihm.anadolu.edu.tr*).

Mahkeme intihara yardım yasağının mutlak nitelikte olmasını orantısız görmemektedir. Sonuç olarak bu Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirilemez.[548]

Eşcinsel ilişki de Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir. *Norris v. İrlanda*[549] kararında, İrlanda'da aynı zamanda Gay Hakları Hareketinin başkanlığını da yapan eşcinsel bir İrlanda parlamenteri, İrlanda Anayasasından önce yürürlükte bulunan ve eşcinsel eylemleri yasaklayan hükümlerin özel hayatı kısıtlayıcı olduğu ve anayasaya aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle ve bu hükümlerin iptali için Yüksek Mahkemeye başvurmuştur.[550] Başvurucu kendisinin her an cezalandırma riskiyle karşı karşıya olduğunu, kendisini toplumda rahat ifade edemediğini ve bunun psikolojik sorunlara yol açtığını iddia etmiştir.[551] İrlanda hukukunda 1861 tarihli Kişilere Karşı Suçlar Kanunu, eşcinsel ve doğal olmayan cinsel ilişkileri ömür boyu, bu suçlara teşebbüsü 10 yıla kadar çalıştırılma (*penal servitude*) cezası öngörmektedir.[552] 1977 yılında yapılan başvuruyu Yüksek Mahkeme 1983 tarihinde reddetmiştir. Bunun üzerine başvurucu, İrlanda'da eşcinsel ilişkileri yasaklayan ve cezalandıran hükümlerin Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle AİHK'na başvurmuştur.[553] Komisyon eşcinsel ilişkinin cezalandırılmasını 8. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. Hükümet ise, kişinin özel yaşantısına devam ettiğini ve yasal hükümlerin varlığının, özgürlüğün kısıtlanması olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürmüştür. Mahkeme, başvurucu hakkında herhangi bir ceza kovuşturması uygulanmadığı halde, sırf ceza kanunda var olan hükümlerin, herhangi bir kimsenin ihbarı ile başvurucunun her an bir ceza kovuşturmasıyla yüz yüze kalabilme ihtimalini 8. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.[554]

Sonuç olarak cezalandırma yetkisinin kullanılması bakımından 8. maddenin iki yönlü anlamı vardır. Öncelikle devletlerin özel yaşam, kişisel bilgiler, aile hayatı, konut gibi değerlerin korunmasına yönelik tedbirler alması gerekir ki; burada en önemli tedbirler ceza yaptırımları olarak karşımıza çıkmaktadır. Özel yaşamın cezalandırma yoluyla engellenmesi konusunda ise devletlerin yasaklamama (negatif)

---

[548] *Pretty v. The United Kingdom,* (özet çeviri: *http://aihm.anadolu.edu.tr*).
[549] *Norris v. Ireland,*(Başvuru no: 10581/83, K.T. 26 Ekim 1988), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57547.* (özet çeviri: Osman Doğru, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları*, C. 2, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 673-683).
[550] Doğru, 2004b, s. 673.
[551] Doğru, 2004b, s. 674.
[552] Doğru, 2004b, s. 675.
[553] Doğru, 2004b, s. 676.
[554] Doğru, 2004b, s. 678-679.

yükümlülüğünden söz edilebilir. Öte yandan, ensest ilişkinin (ve diğer bazı ahlak dışı eylemlerin) cezalandırılması, kürtaj ve ötenazinin yasaklanması ve müşterek faillerin cezalandırılması konusunda AİHM devletlerin geniş takdir yetkisine sahip olduğu görüşündedir.

5. Düşünce, inanç ve ifade özgürlüğü

Düşünce ve inanç özgürlüğü Sözleşmenin 9., bunların dışa vurumu olan ifade özgürlüğü de Sözleşmenin 10. maddesinde güvence altına alınmıştır. Bu özgürlüklerin cezalandırmayla ilgisi öncelikle diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi kişilerin inançlarının cezalandırma yoluyla korunması bakımındandır. Diğer bireysel haklar da olduğu gibi kişinin inancına yönelik tecavüzlere karşı koruma sağlanmanın en önemli yolu cezalandırmadır. Buna göre devlet inançların sözlü ve fiili saldırılardan korunması ve kişilerin inançlarının yerine getirilmesinin engellemesinde etkin önlemleri almak durumundadır.[555]

Düşünce, inanç ve ifade özgürlüğünün cezalandırma yetkisi bakımından asıl önemi, daha çok düşünce, inanç veya ifadenin cezalandırılmasıyla ilgilidir. *Şerif v. Yunanistan*[556] davasında Rodop Müftüsü İbrahim Şerif bilinen bir dinin önderliğini izinsiz icra etmek suçundan yargılanmış ve sekiz ay hapis cezasına çarptırılmıştır.[557] AİHM bu mahkûmiyeti 9. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.[558]

Dine ve dinî değerlere hakaretin cezalandırma yoluyla korunması konusunda AİHS'nde doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte AİHM önüne gelen davalar yoluyla dinî değerleri korumak amacıyla dine hakaret suçunun (*blasphemy*) düzenlenmesiyle ilgili bir görüşe varılabilir.[559] İngiltere'de Şeytan Ayetleri (*Satanic Verses*) kitabının yayımından sonra İslam'a ve İslam'ın kutsal değerlerine hakaret edildiği gerekçesiyle *blasphemy* suçundan yazar ve yayıncı için dava açılması istenmiştir. Buna karşın ilk derece mahkemesi ve akabinde istinaf mahkemesi

---

[555] Buna örnek olarak 5237 sayılı kanunun 115. maddesindeki "inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme" suçu gösterilebilir.
[556] *Şerif v. Yunanistan,* (Başvuru no: 38178/97, K.T. 14 Aralık 1999), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58518.*
[557] *Şerif v. Yunanistan,* par. 13-16.
[558] *Şerif v. Yunanistan,* par. 54.
[559] Zühtü Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2005, s. 53-54.

blasphemy suçunun Hıristiyanlık dışında bir inancı kapsamadığı gerekçesiyle davaya bakmayı reddetmiştir.[560] *Choudhury v. Birleşik Krallık* kararında AİHK, başvuruyu Sözleşme'nin 9. ve 14. maddesine *ratione materiae* bakımından uyumsuz bulmuştur. Komisyon, 9. maddenin bir kişinin veya grubun dini hassasiyetlerini rencide eden kişilere karşı dava açma güvencesi sağlayıp sağlamadığını tartışmış ve Komisyon neticede devletler açısından, dava açma hakkını da güvenceye alan pozitif bir yükümlülük görmemiştir.[561] AİHM sonraki içtihatlarında *Choudhury v. Birleşik Krallık* kararın tersi yönünde bir görüşe ulaşmıştır. *Otto-Preminger-Institut v. Austria*[562] kararında, Avusturya'da Tanrı, Meryem ve İsa'yı sapık ilişki içinde gösteren bir filmin yasaklanması üzerine, başvurucular ifade özgürlüğünün engellendiğini ileri sürmüşlerdir. AİHM, dini inançlarını açığa vuran kimselerin inançlarına yönelik her türlü eleştiren muaf olmaları beklenemez. Ancak bazı durumlarda bu eleştiriler insanların din özgürlüğünü ve inançlarını açığa vurmayı engelleyici bir boyuta ulaşabilir. Bu durumda 9. madde devletlere belli sorumluluklar yüklemektedir.[563] Mahkeme, *Wingrove v. Birleşik Krallık*[564] kararında, Hıristiyanlarca kutsal kabul edilen kişilerin erotik filmlere konu olmasının yasaklanmasında, ahlaki ve dini inançları rencide edici ifadelerin sınırlanmasında devletlerin takdir marjı bulunduğuna hükmetmiştir.[565]

Dink v. Türkiye[566] davasında Fırat [Hrant] Dink, 7 Kasım 2003 ve 13 Şubat 2004 tarihleri arasında Agos Gazetesinde Ermeni kökenli Türk vatandaşların kimlik sorununa ilişkin görüşünü sunduğu sekiz yazı dizisi yayınlamıştır. 16 Nisan 2004 tarihinde, Şişli Asliye Ceza Mahkemesi'nde, Türklüğü tahkir suçundan (mTCK, m. 159/1) dava açılmıştır.[567] 7 Ekim 2005 tarihinde Şişli Asliye Ceza Mahkemesi Türklüğü tahkir suçundan başvuranı suçlu bulmuş ve 6 ay hapis cezasına çarptırmıştır. 1 Mayıs 2006 tarihli bir kararla, Yargıtay cezayı onaylamış; 11 Temmuz 2006 tarihlerinde, Yargıtay Ceza Genel Kurulu yapılan olağandışı temyiz başvurusunu reddetmiştir. Başvurucular (öldürülen Frant Dink'in yakınları) Dink'in Türklüğü aşağılama suçundan mahkûm edilmesinin ifade özgürlüğü hakkının ihlali olduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme ihlal

---

[560] Arslan, 2005, s. 54.
[561] Arslan, 2005, s. 54-55.
[562] *Otto-Preminger-Institut v. Austria,* (Başvuru no. 13470/87, K.T. 20 Eylül 1994).
[563] Arslan, 2005, s. 55.
[564] *Wingrove v. The United Kingdom*, (Başvuru no. 17419/90, K.T. 25 Kasım 1996).
[565] Arslan, 2005, s. 56.
[566] *Dink v. Türkiye*, (Başvuru no: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, K.T. 14 Eylül 2010), *http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/dink.pdf.*
[567] 5237 sayılı kanunda 301. maddeye tekabül etmektedir.

iddiasını üç aşamada incelemiştir. İlk aşamada mahkûmiyet kararının iç hukuka (TCK, m. 301) bakımından incelemiştir. İkinci olarak burada teşhis ettiği müdahalenin meşru bir amacı olup olmadığına bakmıştır. Başvurucu aleyhinde verilen mahkumiyet kararının "devletin organlarının gözden düşürülmesinin önlenmesi" amacının, başvurucu tarafından "şiddet kullanımına teşvik edici bir eylem olmaksızın" kamu düzeninin korunması kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda Mahkeme'nin ciddi tereddütleri bulunmaktadır. Ayrıca söz konusu makale dizisi, bütününe bakıldığında bunlar ne şiddet kullanımını teşvik etmekte, ne de insanları silahlı mücadele ya da ayaklanmaya yönlendirmektedir. Sonuç olarak Türklüğü aşağılamaktan suçlu bulmak, demokratik bir toplumda düşünce özgürlüğüne gerekli bir müdahale değildir ve AİHS'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

Özellikle ifade özgürlüğüyle ilgili olarak AİHM'nin geliştirmiş olduğu "takdir marjı" içtihadından (*magrin of appreciation doctrine*) söz etmek gerekir.[568] Genel olarak *Handyside v. Birleşik Krallık*[569] kararıyla geliştirildiği kabul edilen[570] takdir marjı içtihadına göre, toplumsal ahlakın korunmasında demokratik toplumda gereklilik konusunda taraf devlet yetkileri (özellikle yasama organı) konuya doğrudan vakıf olduklarından, neyin "gerekli", "sınırlı" veya "cezalandırılabilir" olması gerektiğini, uluslararası bir yargıca [AİHM yargıcı] göre daha iyi belirleyebilir. Bu durumda ifade özgürlüğünün sınırlanmasını düzenleyen AİHS 10/2 maddesinin uygulanmasında taraf devletlere tanınan sınırlı bir takdir marjından söz edilebilir.[571] Divan kararında düşünce ve ifade özgürlüğünün önemini şu şekilde dile getirmektedir:[572]

> "Düşünceyi açıklama özgürlüğü, bu tür toplumun temel unsurlarından birini, her ferdin gelişiminin ve ilerlemesinin zorunlu koşullarından birini oluşturur. 10. maddenin 2. paragrafı saklı kalmak üzere, düşünceyi açıklama özgürlüğü, sadece hoşa giden veya zararsız ya da tepki yaratmaz sayılan haber veya fikirler için değil, fakat, devlete veya halkın bir kısmına ters düşen, şoke eden ya da üzüntüye sevk edenler için de geçerlidir. Çoğulculuk, hoşgörü ve

---

[568] Konunun ayrıntısı için bkz. Michael R. Hutchinson, "The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, (July) 1999, s. 638 vd.
[569] *Handyside v.the United Kingdom,* (Başvuru no. 5493/72, K.T. 7 Aralık 1972).
[570] Hutchinson, 1999, s. 639. Bu içtihadın her ne kadar Handyside kararıyla geliştirildiği kabul edilse de AİHK bu karardan 16 yıl önce *Lawless v. İrlanda* kararında "takdir marjı"ndan söz etmiştir.
[571] *Handyside v.the United Kingdom,* par. 47-48.
[572] Durmuş Tezcan (çev.), *Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat*, Etki Yayınları, y.y., 2002, s. 42.

yeniliğe kucak açma bunu gerektirir ve bunlar olmadan demokratik toplum olmaz."[573]

Divan ifade özgürlüğünün çoğulcu bir toplum için gerekliliğini vurgularken, diğer yandan İngiltere'de Muzır Yayınlar Yasasına aykırı olduğu gerekçesiyle müstehcenlik içeren bir kitabın (*The Little Red Schoolbook*) yasaklanması toplumsal ahlakın korunması bakımından AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen sınırlama koşullarına uygun bulunmuştur.[574]

Sonuç olarak, devletlerin iç hukukta kabul ettiği bazı suçlar, AİHS standartlarında oluşturulmak istenen hak ve özgürlükler rejimi çerçevesinde, inanç, düşünce veya ifade özgürlüğü kapsamındaki fiillerin cezalandırılması meşru amaç taşımayan veya demokratik toplumda gerekli olmayan bir müdahale niteliğinde olabilir. Dolayısıyla AİHM'ne göre kanunilik cezalandırmada tek başına bir yeterli ölçüt olmayıp; cezalandırmanın meşru bir amaç için yapılması ve bu cezalandırmanın demokratik toplumda zorunlu olması gerekecektir.

6. Ayrımcılığa maruz kalmama hakkı

Hak ve özgürlüklerde eşitlik ilkesi (veya ayrımcılık yasağı) Sözleşmenin 14. maddesinde güvence altına alınmaktadır. 12 nolu protokolün 1. maddesiyle de bu güvence genişletilmektedir. Bu madde benzer durumda bulunan bireyleri haksız farklı muameleye karşı korumaya almaktadır.[575] Kanunlar önünde eşitlik ilkesinin bir yansıması olan bu madde AİHM tarafından müstakilen ele alınmamakta, diğer ha ve özgürlükleri tamamlayıcı nitelikte değerlendirilmektedir. Taraf devlet hak ve özgürlükler karşısında negatif ya da pozitif ayrımcılığa gidemeyecektir.[576] Bu durumda Sözleşmeye taraf bir devletin ceza kanunları yaparken getireceği ceza ağırlığı veya koruduğu hukuki değer açısından ayrımcılık yapması beklenemez. Elbette ki bu mutlak bir yasak değildir. Şöyle ki; bu madde saldırılara daha açık ve savunmasız olan kimselere veya çocuklara karşı işlenen suçlarda cezanın artırılmasına veya tam tersi yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi durumların ceza indirimi veya cezasızlık sebebi

[573] Tezcan, 2002, s. 42 (*Handyside v.the United Kingdom,* par. 49).
[574] Tezcan, 2002, s. 42.
[575] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 400.
[576] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 400-401.

olmasına engel değildir. Ancak dil, din, ırk, siyasal düşünce, etnik grup vb nedenlere dayalı olarak cezalarda farklılık gözetilemez.

Gerger v. Türkiye davasında cezaevlerinde bulunan hükümlülere şartlı salıverme uygulandığı halde 3713 sayılı TMK kapsamındaki hükümlülerin bundan yararlandırılmaması başvurucu tarafından 14. maddenin ihlali olarak ileri sürülmüştür. AİHM uygulamanın kişi grupları bakımından değil, ancak suç nevi bakımından olduğunu belirterek, bunu 14. maddenin ihlali olarak görmemiştir.[577] Diğer yandan bir devletin aynı nitelikteki ihtilaflar bir başvuru yolunu bazı kimseler için açması, bazılarına kapalı tutması 14. maddenin ihlalidir.[578]

Opuz v. Türkiye davasında ise, başvurucu ve annesi eşinden defalarca şiddet gördüğü ve en neticede annesini kasten öldürdüğü halde, Yargıtay mahkumun tutuklu kaldığı süreyi ve kararın temyiz mahkemesince inceleneceğini göz önünde bulundurularak, (boşandığı) eşinin serbest bırakılmasına karar verilmiştir.[579] Başvurucu aile birliği adı altında kadının hayatının değersiz olarak kabul edilmesi sebebiyle Türkiye'nin kadınları koruma hususunda ayrımcı ve yetersiz olduğunu ileri sürmüştür. Şiddete uğradığı dönemde yürürlükte olan eski Medeni Kanun, kocanın ailenin reisi ve aile birliğinin temsilcisi olması nedeniyle isteklerinin öncelikli olması gibi, erkekler ve kadınlar arasında ayrım yapan çok sayıda hüküm içermektedir. Ayrıca, o zamanki Ceza Kanunu kadınlara ikinci sınıf vatandaşlar olarak muamele etmekteydi. Kadın, öncelikle toplumun ve aile içinde erkeğin mülkü olarak görülürdü. Bunun en önemli göstergesi, kadınlara karşı işlenen cinsel suçlar, kadının kişisel haklarına ve özgürlüklerine direkt saldırı teşkil ettiği halde, bu suçların "Genel Ahlak ve Aile Düzenine İlişkin Suçlar" başlıklı bölümde yer almasıydı. Ceza Kanunu'nun aile namusu için karılarını öldüren kişilere daha hafif cezalar vermesinin nedeni budur. Başvurucunun annesini öldüren eski eşinin 15 yıllık bir ceza alması, mTCKC'deki sınıflandırmanın bir sonucudur.[580] Başvurucuya göre, Türkiye'de Medeni Hukuk ve Ceza Hukuku alanlarında sırasıyla 2002 ve 2004 yıllarında gerçekleştirdiği reformlara rağmen, halen erkeklerin gösterdiği aile içi şiddet hoş görülmekte ve saldırganlar, adli ve idari makamlarca cezadan muaf tutulmaktadır. Başvurucu ve annesi, yalnızca kadın olmaları nedeniyle 2., 3., 6. ve 13.

---

[577] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 404.
[578] Gözübüyük–Gölcüklü, 2011, s. 404.
[579] *Opuz v. Türkiye,* par. 7 vd. ve 57.
[580] *Opuz v. Türkiye,* par. 178.

maddelerin ihlal edilmesinden mağdur olmuştur. Bu bağlamda, başvuran AİHM'nin dikkatini herhangi bir erkeğin benzer ihlallerden mağdur olmasının olanaksızlığına çekmiştir.[581] AİHM'ne göre, uluslararası sözleşmeler ve kuruluşların kadınlara yönelik şiddeti, devletin aile içi şiddeti engelleme ve şikayeti soruşturma hususunda beklenen özeni göstermemesinden kaynaklanan bir ayrımcılık şekli olarak nitelemektedir.[582] AİHM, yürürlükteki Türk hukuku haklardan yararlanma hususunda erkekler ve kadınlar arasında açık bir ayrım yapmasa dahi, demokratik ve çoğulcu bir toplumda kadınların statüsüne ilişkin olarak uluslararası standartlara uygun hale getirilmesi gerektiğini gözlemlemiştir. Aile içi şiddete karşı koruma sağlayan özel tedbirleri kapsayan 4320 sayılı kanunun kabulü başta olmak üzere Türkiye Hükümeti birçok reform gerçekleştirmiştir. Bu nedenle, iddia edilen ayrımcılık kanunlara dayanmamakta; yerel makamların genel tutumundan – aile içi şiddetten şikâyetçi olan kadınların polis karakollarında gördüğü muamele ve mağdurlara etkili koruma sağlamadaki yargısal pasiflik gibi – kaynaklanmaktadır.[583] Türkiye'deki genel ve ayrımcı adli pasifliğin, kasıtlı olmasa dahi, esas olarak kadınları etkilediğine ilişkin yukarıda kaydedilen tespitini göz önüne alan AİHM, başvurucu ve annesinin çektikleri sıkıntının kadınlara karşı ayrımcılık türlerinden biri olan cinsiyete dayalı şiddet olarak kabul edilebileceği kanaatindedir. Hükümet tarafından son yıllarda yürütülen reformlara rağmen, geçmiş yıllarda mevcut davada tespit edildiği gibi adli sistemin genel pasifliği ve saldırganların cezadan muaf olması aile içi şiddeti çözmeye uygun adımın atılmasında gereken sorumluluğun alınmadığını göstermektedir. Bu durumda 14. madde ihlal edilmiştir.[584]

Sonuç olarak, Sözleşmeye taraf devletler yasama faaliyetlerini ve özellikle ceza yasamalarını yerine getirirken kanun önünde eşitlik ilkesine riayet etmek zorundadır. Ötesi hukuki anlamda eşitlik sağlansa bile bu eşitliğin fiiliyatta bir grubun aleyhine sonuçlar doğuracak veya bir başka grubu cesaretlendirir nitelikte olmaması gerekir. Öte yandan, kanunların uygulamasında hiçbir negatif/pozitif ayrımcılığın yapılmaması için gerekli tedbirler almak devletlerin pozitif yükümlülükleri arasındadır.

---

[581] *Opuz v. Türkiye,* par. 179.
[582] *Opuz v. Türkiye,* par. 190.
[583] *Opuz v. Türkiye,* par. 192.
[584] *Opuz v. Türkiye,* par. 200 ve 202.

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Cezalandırma Yetkisi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yaklaşık altmış yıldır dünyadaki en güvenceli insan hakları hukuku sistemini oluşturmuştur. Bu süre zarfında Sözleşme sabit kalmamış ve ondört ek protokol ile koruma alanını devamlı genişletmiştir. Daha da önemlisi Sözleşme'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte Avrupa İnsan Hakları Divanı ve 1998 sonra daimi statüde çalışan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi insan hakları konusunda önemli içtihatlar geliştirmiştir. Bu süreçte AİHM kendi tabiriyle insan hakları ve özgürlükleri rejiminde bir asgari Avrupa standardı (*universal minimum standart*) oluşturma çabasındadır.[585]

AİHS'nin taraf devletler açısından bağlayıcı olmasının yanında, AİHM kararlarının uygulanması da zorunludur. Bugün için AİHM şikayete konu olan taraf devlet müdahalesinin Sözleşme'ye uygun olup olmadığını denetlemekte, ihlali tespit halinde davacıya tazminat verilmesini hükmetmektedir. AİHM kararlarının edimin yerine getirilmesi, eski halin iadesi veya yargılanmanın yenilenmesi yönünde bir etkisi yoktur. Bununla birlikte AİHM kararları hem yasama organı hem de yargı organları açısından yol göstericidir. Daha da ötesi, Anayasanın 90/son fıkrası uyarınca AİHS ile iç hukuk arasında bir çatışma söz konusu olduğunda, yargıçlar Sözleşme hükümlerini uygulamak zorundadır. AB İlerleme Raporlarında da aday ülkelerin AİHM kararlarını uygulayıp uygulamadıkları konu edilmekte[586] ve devletler bu kararların sadece kağıt üzerinde kalmaması için politikalar geliştirilmeye zorlanmaktadır. Bu kararlarla ilgili bir diğer konu da devletlerin AİHM ve taraf devletler nezdinde prestij kaybetmek istememeleridir. AİHM taraf devletler aleyhinde hükmettiği kimi zaman çok yüklü tazminatlar yanında, bir devletin "insan haklarını ihlal eden devlet" sıfatını kazanmama isteği, AİHS paralelinde ve AİHM içtihatları düzenleme yapmaya ve uygulamaya zorlamaktadır.

---

[585] Hutchinson, 1999, s. 642.

[586] "Bulgaristan iç hukukunu tamamen AİHS ile uyumlu hale getirmiş ve yargıçlar mahkemelerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına uygun kararlar vermeye başlamıştır." 2004 *Bulgaristan Regular Report*, s. 20. Aile içi şiddete ilişkin olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Opuz/Türkiye davasında verdiği karar henüz uygulanmamıştır. Aile mahkemeleri, aile içi şiddet ve töre cinayetlerine ilişkin davalarda sert yaptırımlar uygulamaktadır. Ancak, bu uygulamanın tutarlı biçimde tatbik edilmesi gerekmektedir. Yargıtay, töre cinayetine ilişkin bir davada "haksız tahrik" nedeniyle cezayı indirmiştir. *2010 Yılı İlerleme Raporu*, s. 26.

Türkiye'de AB'ne uyum amacıyla, 2002 yılında çıkarılan 4771 SK ile CMUK ve HUMK'a eklemeler yapılarak, AİHS ve eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin hükme bağlanması durumunda bu hüküm "iadei muhakeme" sebebi sayılmıştır.[587] Özer'e göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, örneğin 1982 Anayasasının 146. madde ve devamındaki maddelerde sayılan yüksek mahkemelerden değildir. Buna karşın AİHS hükümlerine aykırılığın iadei muhakeme sebebinin sayılması, anayasadaki egemenlik anlayışıyla bağdaşmamaktadır.[588] Öte yandan Anayasa Mahkemesi açılan iptal davasını oybirliğiyle reddederek, hukuk veya ceza mahkemesince verilen kesin hükmün AİHS ve protokollerinin ihlali suretiyle verildiğinin anlaşılmasının iadei muhakeme nedeni sayılmasını, milli egemenlik ilkesi ve bağımsız yargı ilkesine aykırı bulmamıştır.[589]

---

[587] Özer, 2003, s. 190.
[588] Özer, 2003, s. 191.
[589] AYM'nin kararına ayrıntılı bir şekilde yer vermek yararlı olacaktır.

> 4771 sayılı Yasayla 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na eklenen dava konusu maddelerle kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş bir kararın veya kesinleşmiş bir ceza hükmünün, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında, ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41. maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa, Adalet Bakanına, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunana veya yasal temsilcisine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilme olanağı tanınmış, bu istemin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca incelenerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlâlin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresi içinde yapılmamışsa reddine; aksi halde, dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verileceği hükme bağlanmıştır.
>
> Dava dilekçesinde, yargı yetkisinin Ulus adına bağımsız Türk mahkemelerince kullanılacağı, dava konusu düzenleme ile egemenliğin kullanımı olan yargı yetkisinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne kısmen devredildiği ve bu suretle bağımsız Türk mahkemelerinin üzerinde bir yargı makamı ihdas edildiği, dosya, davaya bakması için karar veren mahkemeye gönderildiğinde, bu mahkemenin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı ile bağlı olup olmadığının belli olmadığı, mahkemenin kararında diretmesi halinde ne olacağının maddede açıklanmadığı, bunun da hukuk güvenliğinin sağlanmasını engellediği belirtilerek söz konusu düzenlemenin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile, 2., 4., 6., 9. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.
>
> Anayasa'nın Başlangıç'ının üçüncü paragrafı ile 6. maddesinde, Ulus iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Ulusa ait olduğu ve Türk Ulusunun egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle "Yargı yetkisi" başlıklı 9. maddesinde de, yargı yetkisinin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir.
>
> Eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu ön koşul olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirmek ve hukuku tüm devlet organlarına egemen kılmak, bu bağlamda etkili bir yargı denetimi sağlama yükümlülüğündeki hukuk devletinde, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen mahkemelerin bağımsızlığı, yargının yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız yapısını, hakimlerin bağımsızlığı ise onların Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelerini ifade eder.
>
> Kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama yapılmasını sağlayan ve

AİHS ve AİHM içtihatları karşısında devletlerin hak ve özgürlüklerle ilgili olarak üç türlü yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki Sözleşmeyle paralel iç hukuk düzenlemesi yapma yükümlülüğüdür. İkinci yükümlülük, negatif yükümlülük olarak da adlandırılan hakları ihlal etmeme yükümlülüğüdür. Üçüncü olarak pozitif yükümlülük adı verilen var olan ihlallere yönelik tedbir alma veya haklara yönelik saldırı söz konusu olduğunda devletin etkin soruşturma ve sorumluları cezalandırma yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır.

Bu bilgiler ışığında Sözleşmeye taraf bir devletin cezalandırma yetkisinin sınırlandırılmasıyla ilgili olarak karşımıza şunlar çıkmaktadır.

Sözleşme ile çatışan bir iç hukuk düzenlemesi uygulamasının AİHM nezdinde daima "ihlal" kararı ile sonuçlandırılacağı açıktır. Dolayısıyla bir devletin iç hukuku Sözleşmenin getirdiği cezalandırma ilkleriyle uygun olmak zorundadır. Bu durumda taraf devletlerden kanunilik ilkesi, *ne bin in idem* ilkesi, özel hukuk borcu sebebiyle özgürlüğünden yoksun bırakılmama ilkesinin iç hukukta kabulü beklenir. Aynı şekilde işkence ve aşağılayıcı cezanın katiyen yasaklanması ve ölüm cezasının kaldırılması Sözleşmeye uygunluk bağlamında taraf devletlerden beklenen düzenlemelerdir. Ayrıcılık yasağı karşısında da ceza kanunlarının bir grup aleyhine negatif ayrımcılık ortaya çıkaracak şekilde hükümler taşıması beklenemez.

Sözleşmeyle uygun yasal düzenlemeler yapma zorunluluğu, AİHS'nin oluşturmak istediği haklar ve özgürlükler rejimi çerçevesinde koruduğu hakların etkin bir şekilde korunması için de söz konusudur. Yaşama hakkının korunması karşısında

---

olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi sebepleri ilgili yasalarda sayılarak belirlenmiş, dava konusu düzenlemeyle de, hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararlarıyla saptanması, bu sebepler arasına eklenmiştir. Buna göre, yargılamanın yenilenmesi isteminin yasaya uygun olarak yapıldığının Yargıtay'ın ilgili genel kurullarınca saptanması halinde, dosya kararı veren mahkemeye gönderilecek, davanın tâbi olduğu usul hukuku kuralları uygulanmak suretiyle yargılamanın yenilenmesi sebebi değerlendirilip, istem uygun görüldüğünde kabul edilerek davanın esası hakkında yeni bir karar verilecektir. Yargılamanın sonucuna göre, mahkemenin önceki kararını onaylaması da bir olasılık olup, getirilen düzenlemede bunu engelleyecek bir kural yer almamaktadır. Ayrıca, davaya bakan hâkimler, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerinden, iç hukukun yargılama usulüne müdahale veya yargı yetkisinin devri ya da mahkemelerin bağımsızlığını zedeleyen bir durum söz konusu değildir.
Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar ile bu kurallarla bağlantılı olarak 4771 sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesi ve 13. maddesinde yer alan "... 6 ve 7 inci maddeleri, bu Kanunun yayımı tarihinden bir yıl sonra ..." ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 4., 6., 9. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." AYM, E. 2002/146, K. 2002/201, K.T. 27 Aralık 2002, (*Resmi Gazete* T. 11 Aralık 2003, S. 25282).

adam öldürmenin suç sayımlamaması, işkence yasağı karşısında işkence fiilinin suç sayılmaması, zorla çalıştırma yasağı karşısında insan ticaretinin suç sayılmaması düşünülemez. Yine benzer şekilde özel hayatın gizliliğinin korunması amacıyla, kişisel bilgilerin, cinsel ve aile hayatı, konut hakkına yönelecek tecavüzlerin önlenmesi için taraf devletler tarafından gerekli cezai yaptırımların iç hukukta düzenlenmesi ve uygulanması gerekmektedir. İnanç ve ifade özgürlüğü kapsamında ise, bireylerin inanç özgürlüğünü kısıtlayan ceza hükümlerine iç hukukta yer verilmemesi gerekmektedir.[590]

Negatif yükümlülükler bağlamında devletlerin korunan hak ve özgürlükleri bizatihi kendilerinin (kamu görevlilerinin fiilleri veya izlenen politikalar yoluyla) ihlal etmemeleri gerekir.

Sözleşmenin hak ve özgürlükler rejimi çerçevesinde koruma altına alınan haklara yönelik bir ihlal söz konusu olduğunda devletin pozitif yükümlülükleri başlar. Bu yükümlülük ihlale derhal son verilmesi, sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılması şeklinde devam eder. Nitekim AİHM, 2. 3. ve 8. maddenin ihlali iddiasında bulunulan birçok davada, ihlal doğrudan devlet taraf gerçekleştirilmediği halde, devleti etkin soruşturma ve cezalandırma yapmadığı için sorumlu tutmuş ve bu maddelerin ihlal edildiğine karar vermiştir. Hak ihlallerini önlemeye yönelik idari tedbirlerin başarılı olmaması halinde, bu fiillerin suç olarak düzenlenmesi ve faillerin cezalandırılması kaçınılmaz olacaktır.

Devletin öldürme fiilini suç sayma zorunluluğunun başlıca dayanağı elbette ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi değildir. Günümüzde insanların yaşam hakkının önemi ve hukuk devleti anlayışıyla devletin fiillerinden sorumlu olması karşısında, öldürme fiilinin suç olmaması düşünülemez. Ancak AİHS ve bunun nasıl hayata geçirileceği konusunda önemli bir yol gösterici olan AİHM içtihatlarının taraf devletler için ortaya çıkardığı yükümlülükler, sadece çok temel hakları değil, diğer bazı hakların da suç kabul edilerek kısıtlanması karşısında, devletler için önemli bir sınır

---

[590] AB İlerleme Raporlarında ceza kanunları ile ifade özgürlüğü arasında yakın bir ilişki gözetilmiştir. "Yeni Ceza Yasası, genel olarak ifade özgürlüğü konusunda sınırlı ilerleme sağlamaktadır. İfade özgürlüğünü kısıtlamak için sık sık kullanılmış olan ve potansiyel olarak AİHS'nin 10. maddesi ile çeliştiği sonucuna varılan maddeler muhafaza edilmiş ya da çok az değişikliğe uğramıştır. Yeni Yasanın uygulanmasının, fiiliyattaki etkilerinin değerlendirilmesi amacıyla yakından izlenmesi gerekecektir." *2004 Yılı İlerleme Raporu*, s. 31. Nitekim bu durum 2011 yılında da benzer bir şekilde değerlendirilmiştir. "Mevcut mevzuat, ifade özgürlüğünü AİHS'ye ve AİHM içtihatlarına uygun şekilde yeterince güvence altına almamakta ve yargının kısıtlayıcı yorumlarda bulunmasına izin vermektedir. İnternet sitelerinin sıklıkla yasaklanması diğer bir ciddi endişe sebebidir. Türkiye'deki yasal ve yargısal uygulamalar, mevzuat, cezai usuller ve siyasi tepkiler bilgi ve fikirlerin serbestçe paylaşılması önündeki engellerdir." *2011 Yılı İlerleme Raporu*, s. 27.

oluşturmaktadır. Başka bir anlatımla, AİHM önüne gelen bir davada devletler tarafından yapılan uygulamalar sadece iç hukuka uygunluk (yasa tarafından öngörülme) açısından değerlendirilmemekte, bu uygulamaların aynı zamanda "meşru amaç" ve "demokratik toplumda gereklilik" bakımından da ele alınmaktadır. Dolayısıyla AİHS ile oluşturulmak istenen Avrupa standartları karşısında, bir fiilin suç sayılabilmesi için (7. maddeye uygun olarak) sadece kanunda suç sayılması yeterli olmayıp; bu fiilin suç sayılması ile insan özgürlüğüne yapılan müdahalenin bir "meşru amaca dayanması" ve bunun "demokratik bir toplumda gerekli bir tedbir olması" gerekir.

Bu doğrultuda Hakeri'nin sorularını[591] cevaplandırmak gerekirse, temel hakların korunması bakımından "50 yaşına gelenlerin öldürülebilmesini sağlayan bir kanun" çıkarılması mümkün değildir. İkinci olarak, prensipte bir devletin kırmızı etek ile sokağa çıkmayı suç sayması mümkündür. Ancak "sokakta kırmızı etek giyme" özgürlüğünün kısıtlanarak, bu fiilin suç haline getirilmesi, meşru bir sebebe dayandırılmalı ve bu fiilin suç sayılması demokratik toplum açısından gerekli bir tedbir olmalıdır. Bu durumda "sokakta kırmızı etek giymek" fiili cinsiyet farkı gözetmeksizin "teşhircilik" (cinsel organları alenen gösterme) düzeyine ulaşmadıkça suç olarak kabul edilemez. Böyle bir fiilin suç sayılmasında meşru bir sebep yahut demokratik toplumda gerekli bir tedbir önermesi ileri sürülemez. Öte yandan, teşhircilik, kırmızı etek giymekten başka bir fiil olup, burada giyilen ya da giyilmeyen objenin önemi yoktur.

Sonuç olarak AİHS ve AİHM içtihatlarıyla kurulan hak ve özgürlükler rejimi, taraf devletlerin cezalandırma yetkisini hem ilkesel düzeyde hem de maddi olarak sınırlandırmaktadır. Bu rejimin amacı güvence altına alınan hak ve özgürlükleri en etkin bir şekilde korumak olduğundan, cezalandırma yoluyla koruma taraf devletler tarafından en çok başvurulacak ve en etkili yol olarak gözükmektedir. Öte yandan hak ve özgürlüklerin cezalandırma yoluyla engellenmemesi gerekmektedir. Taraf devletlerin Sözleşme'ye uygun olmayan ceza hükümlerini kaldırması en doğru yoldur.

[591] 2010 yılı Mart ayında kendisiyle Samsun'da Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığında yaptığımız görüşme.

SONUÇ

Suç ve ceza, devlet öncesi topluluklardan başlayarak günümüze kadar var olagelmiştir. Toplumsal düzenin sağlanması, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması açısından "cezalandırma" kurumu ortaya çıktığı andan itibaren vazgeçilmezliğini sürdürmektedir. Cezalandırmaya ve cezaya alternatif mekanizmalar ileri sürülmüş ve hatta bazı alternatifler bugün uygulanmakta olsa da hukuk düzenlerinde cezalandırma mutlak surette var olmuştur ve var olmaya da devam etmektedir.

Devletin tarih sahnesine çıkışıyla birlikte, cezalandırma hakkı/yetkisi devlete geçmiş ve zaman içinde cezalandırma yetkisi devletin bir tekeline dönüşmüştür. Tarihsel süreçte devletlerin yaşadığı gelişmeye ve siyasal iktidarın kullanılmasındaki değişime bağlı olarak cezalandırma yetkisinin kullanılmasında da farklı uygulamalar olmuştur. Kent devletleri ve imparatorluklar döneminde suç ihdas etme ve cezalandırma yetkisi doğrudan kral tarafından kullanılırken; egemenliğin tek bir elde toplanamadığı feodal dönemde bu yetki, egemenliği kullanan çok sayıda yerel güç tarafından kullanılmıştır. Kilisenin yönetimde egemen olduğu ve kanonik hukukunun geniş bir coğrafyada uygulandığı dönemde, cezalandırma yetkisinin kullanıcılarından biri de Kilise olmuştur. Egemenliğin tek bir elde toplandığı merkezi krallıklarda, cezalandırma yetkisi yine kralların elinde bulunmuştur. Kuvvetler ayrılığının ve kanunilik ilkesinin yaygınlaşmasıyla birlikte, günümüz modern, demokratik devletlerinde suçlar ve cezalar, devletlerin yasama organlarınca ve kanun yoluyla düzenlenmektedir.

Cezalandırmanın amacı, hangi insan eylemlerinin cezalandırmaya tabi olacağı, uygulanan ceza yöntemleri toplumdan topluma ve dönemden döneme farklılıklar göstermektedir. Toplumsal ve ekonomik ilişkilerdeki, ahlak ve din anlayışındaki değişimler cezalandırmada da kendisini göstermektedir. Örneğin, sosyal ve ekonomik yaşamın sürdürülebilmesi için tarımsal üretimin her şey demek olduğu ilkçağ devletlerinde tarım araçlarına ve tarımda kullanılan hayvanlara karşı suçlar en ağır cezalara çarptırılırken, günümüzde bu durum önemini çoktan yitirmiş durumdadır. Toplumların geçirdiği evrime bağlı olarak, toplumun öncelikleri ve cezalandırma yoluyla korunması gereken değerler daima bir değişiklik göstermektedir. Suç ihdas

etme yetkisinin sahibi devlet, bu öncelikleri ve ihtiyaçları dikkate alarak, suçları belirleme yoluna gitmek durumundadır. Suçların ve cezaların ihdasında toplumsal ihtiyaçların yanı sıra bu yetkiyi kullanan siyasal iradenin yaklaşım ve tutumu da oldukça önemli olmaktadır.

Suç ihdas etme ve cezalandırma yetkisinin sınırlandırılması ve bu sınırın ne olduğu konusu Aydınlanma dönemine kadar üzerinde durulmuş bir konu değildir. İlkçağ devletlerinden başlayan ve Yeniçağ sonlarına kadar devam eden mutlakıyetçi devletlerdeki sınırsız egemenlik ve sınırsız iktidar anlayışına bağlı olarak, cezalandırma yetkisinin sınırlandırılması düşünülemezdi.

Aydınlanmayla birlikte ceza hukuku alanında çalışmalar yapılmış ve özellikle cezaların şiddeti üzerinde durulmuştur. Ceza hukuku üzerine modern yaklaşımlar, modernizmin başlamasıyla paralel olarak ilerlemiştir. Modern ceza hukukunun babası kabul edilen Beccaria ile birlikte, suçlara ve cezalara ilişkin yaklaşımlarda bir değişiklik olmuş ve insancıl ceza hukuku gelişmeye başlamıştır. Bugün ceza hukukunun temel ilkesi olarak kabul edilen birçok prensip o dönmede ortaya atılmış, benimsenmiş ve genel kabul görür hal gelmiştir. 18. yüzyılın sonlarında başlayan bu gelişmeler özellikle 19. yüzyılda yoğunluk kazanmıştır. Ceza hukukunda okullar ve okulların çatışması dönemi olarak bilinen bu dönemde, suça ve özellikle ceza sorumluluğuna yönelik çok farklı fikirler geliştirilmiştir. Bu fikirler ve tartışmalar sadece literatürün gelişmesini sağlamakla kalmamış, 18. yüzyılın sonlarından itibaren devletlerin ceza mevzuatlarına doğrudan etki etmeye başlamıştır.

Cezalandırma alanında ilkelerin ortaya çıkışı, bu yetkinin sınırlı bir şekilde kullanılabileceği fikrini beraberinde getirmiştir. Özellikle aynı dönemde gelişme gösteren insan hakları anlayışı, ceza hukukunun gelişmesine ve şekillenmesine çok önemli katkılar sağlamıştır. Bu etki ilk olarak kendisini uygulanan ceza yöntemlerinde göstermiştir. Başta işkencenin yasaklanması ve onur kırıcı cezaların kaldırılması olmak üzere insani olmayan ceza yöntemlerine son verilerek, özellikle suçluların ıslahını da sağlayan mekanizmaların geliştirilmesi üzerinde durulmuştur. Örneğin hapis cezalarının ve hapishanelerin ortaya çıkışı, böyle bir gelişmenin sonucudur.

Bir konuda ilkelerin ortaya çıkması ve belli bir düzenin oluşması, o alanda bir sınırdan ve çerçeveden söz edilebilmesi anlamına gelir. Bununla birlikte teorik olarak ceza hukukunda veya cezalandırma yetkisinde bir sınırdan söz etmek, devletin

cezalandırma yetkisinin sınırlandırılması açısından tek başına yeterli değildir. Devletin cezalandırma yetkisinin sınırından söz edilebilmesi için, devletin egemenliğinin/ iktidarının sınırlarının belirlenmesi ve özelde bu iktidarın özel bir biçimi olan cezalandırma yetkisinin sınırlarının ortaya konması gerekir. Aksi halde ceza hukuku alanında yaşanan gelişmeler, iktidarın sınırlı olmadığı bir toplumda bir anlam taşımamaktadır. Daha öz bir anlatımla, cezalandırma yetkisinin sınırı, devlet iktidarının sınırıyla belirlenebilir. Devlet iktidarını kullananları sınırlayan bir mekanizma yok ise, ceza hukuku doktrininde yaşanan gelişmelerin buna bir tesiri olmaz.

Siyasal iktidarın sınırlandırılması ve bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasını amaçlayan anayasacılık hareketleri, ceza hukuku ilkelerinin pozitif hukukta yer alarak hukuk sisteminde bireyler açısından bir güvenceye dönüşmesi bakımından önemli bir aşamadır. Anayasacılıkla birlikte yasama organlarının çıkardıkları kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen anayasa yargısı mekanizması, cezalandırma yetkisinin kullanımında yasama organlarının anayasal güvencelere sadık kalmalarında bir otokontrol sistemi oluşturmuştur. İnsan haklarının ulusal bir sorun olmaktan çıkarak uluslararası bir mesele haline gelmesi, cezalandırma yetkisinin kullanılması uluslararası bir konu haline getirmiştir. İnsan haklarını korumaya yönelik uluslararası sözleşmelerin önemli bir kısmı aynı zamanda taraf devletlerin cezalandırma yetkisini kullanmalarını belli ölçüde sınırlandırmaktadır. Uluslararası ceza mahkemesi ve onu kuran sözleşme ile uluslararası suçlar cezalandırılmaktadır. Her ne kadar ulusal yargı yetkisini tamamlayıcı nitelikte de olsa, devlet dışı bir kuruluşun suç ihdası ve cezalandırma yetkisinin ortaya çıkışı, devletlerin cezalandırma yetkisini sınırlandırıcı bir rol oynamaktadır.

Cezalandırma yetkisinin sınırlanmasını sağlayan, devlet iktidarının sınırlı oluşudur. Bu yönüyle devletin cezalandırma yetkisinin sınırı, ceza hukuku konusu olduğu kadar anayasa hukuku/genel kamu hukukunu ilgilendirmektedir. Bu tezde anayasa hukuku perspektifinden devletin cezalandırma yetkisinin sınırı konu edilmiştir. Devletin egemenliğini/iktidarını sınırlandıran araçlardan yola çıkarak, devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarını belirleme yoluna gidilmiştir. Burada öncelikle devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarına ilişkin tespitlerimiz ortaya konacaktır. Bu tespitler doğrultusunda ikinci aşamada ileri sürülen iddiaların (hipotezler) doğrulanıp doğrulanmadığı test edilecektir. Son olarak devletin cezalandırma yetkisine ilişkin görüş ve önerilerimiz ortaya konacaktır.

A. Tespitler

Yapılan araştırma sürecinde, devletin cezalandırma yetkisinin sınırına ilişkin bazı tespitlerde bulunulmuştur. Bunlar cezalandırma yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik tespitler ve devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarına ilişkin tespitler olmak üzere iki başlıkta ele alınacaktır.

1. Cezalandırma yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik tespitler

Devletin cezalandırma yetkisinin sınırından söz edilebilmesi için öncelikle iktidarın sınırlandırılabilmesi söz konusu olmalıdır. Daha da ötesi, ceza hukukunda ilkelerin gelişmesi ve bunun reel bir anlam kazanabilmesi ancak hukuka riayet eden devletlerde olabilir. Yine hak ve özgürlüklerin korunmasını esas almayan devletler açısından cezalandırılma yetkisinin sınırlandırılması bir anlam ifade etmeyecektir. Neticede cezalandırma yetkisinin sınırı, devlet iktidarının sınırının özel bir kısmını oluşturmaktadır. Bu doğrultuda, cezalandırma yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin tespitler şunlardır:

1. Cezalandırma yetkisinin sınırlandırılmasının temeli hukuk devleti ilkesidir

Bir devlet hukuk devleti değilse, onun için hiçbir sınırdan söz edilemez. Cezalandırmaya yönelik sınırların anlam kazanması için bir devletin hukuk devleti olması gerekir. Devlet hukuka bağlı olarak, hukuka uygun hareket etmesi ve hukukun üstünlüğünü kabul emesi halinde, cezalandırma yetkisinin sınırından söz edilebilir. Günümüzde hukuk devleti ilkesi en az demokrasi kadar önemli hale gelmiş ve Batılı devletlerin tümü tarafından benimsenmiştir. Hukuk devleti olmak demokratik gelişmişliğin temel göstergelerinden kabul edilmektedir.

Hukuk devleti ilkesi, devletin keyfi güç kullanmasının önüne geçer. Bu anlamda hukuk devleti ilkesini kabul eden bir devlet, cezalandırma yetkisini asgari düzeyde kullanır. Bir eylem, ancak demokratik toplum düzeninin devamı için gerekli ise, suç kabul edilebilir. Hukuk devleti bireyler için belirlilik sağlar. Böylelikle cezalandırma yetkisi keyfi olarak değil, önceden belirlenmiş ilkeler doğrultusunda kullanılabilir.

2. Cezalandırma yetkisinin sınırlandırılması insan hakları anlayışına dayanmaktadır

Ceza hukuku kanun koyucunun istediği biçimde davranabileceği, istediği normları koyabileceği bir hukuk dalı değildir. Gerek suçların belirlenmesinde gerekse cezaların getirilmesinde, dünyada oluşan insan hakları standartları önemli bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsan haklarının cezalandırmada iki yönlü etkisi söz konusudur. Birinci yön, temel hak ve özgürlüklerin cezalandırma yoluyla korunmasıdır. Bir devlet, bireylerin haklarına yönelik tecavüzleri korumak ile yükümlüdür. Gerekiyorsa bu koruma cezalandırma yoluyla kullanılır. İnsan haklarının ikinci yönü ise, asgari müdahale koşuludur. Devletin suç olarak düzenlediği her fiil aynı zamanda özgürlük alanına müdahaledir. Bu sebeple devlet özgürlükleri ihlal etmeyecek şekilde suçları düzenleme yoluna gider. Burada bireylerin özgürlüklerine asgari şekilde müdahale edilmesi gerektiği gibi, aynı zamanda cezalandırma suçun yarattığı tehlikeyi bertaraf edecek minimal bir ceza yaptırımı olmalıdır.

İnsan hakları ve özgürlüklerindeki gelişmelere bağlı olarak, işkence bir ceza yaptırımı olmaktan çıkmış, birçok devlet ölüm cezasını yasaklamıştır. Diğer yandan devletlerin suç düzenlemeleri karşısında, düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü, özel hayat gibi özgürlük alanları tehlikeye girmektedir. Liberal devletler özgürlük-ceza dengesini iyi kuran devletlerdir.

3. Cezalandırma yetkisinin sınırı, siyasal iktidarın sınırının özel bir yönüdür

Devletin cezalandırma yetkisinin sınırı, devletin iktidarının sınırının özel bir alanıdır. Son yüzyılda devletlerin egemenlik anlayışlarındaki değişmeler, bugün birçok konuda olduğu gibi cezalandırma yetkisinin kullanımında da kendini göstermektedir. Özellikle anayasacılık hareketleriyle başlayan, siyasal iktidarı sınırlandırarak hak ve özgürlükleri güvence altına alma düşüncesi, devletin bireyin özgürlüklerine en yoğun bir şekilde müdahil olduğu cezalandırma yetkisinin kullanılmasında öncelikli olarak vardır. Hatta daha da ileri giderek şu söylenebilir ki; insan hakları düşüncesinin başlangıç noktası, devletin bireyler üzerindeki yersiz ve sınırsız cezalandırma yetkisinin sınırlandırılması amacıdır.

2. Devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarına ilişkin tespitler

1. Devletin cezalandırma yetkisinin başlıca sınırı anayasal ilkelerdir (oto-limitasyon)

Cezalandırma yetkisinin sınırlarının neler olduğu öncelikle anayasal ilkelere bakılarak anlaşılabilir. Devletin bütün organlarını ve birimlerini bağlayan en önemli normlar anayasalar olduklarına göre, anayasalarda yer alan cezalandırma ilkeleri başta yasa koyucu olmak üzere, cezalandırma yetkisinin kullanılmasında etkili olan diğer organlar açısından da bağlayıcıdır. Bu durumda cezalandırma yetkisinin başlıca sınırı, anayasal ilkelerdir. Bugün dünya anayasaları incelendiğinde, çok azında cezalandırmaya ilişkin bir ilke bulunmadığı gözlenmektedir. Anayasacılık hareketlerinin dünyada etkili olmasıyla başlayan bu durum, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonunda insan haklarının pozitif hukukta kurumsal bir nitelik kazanmasıyla birlikte, daha da belirgin hale gelmiştir. Devlet iktidarının (kendi kendine) sınırlandırılmasında en önemli araç olan anayasalarda yer alan bu ilkeler sayesinde, yasa koyucu sınırsız bir cezalandırma alanına sahip olmaktan çıkmış durumdadır.

2. Anayasa yargısının cezalandırma yetkisinin sınırlandırılmasında etkin bir rolü vardır (oto-kontrol)

Kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek amacıyla anayasa yargısı mekanizmasını kabul eden devletlerde, anayasa yargısı diğer yasalarda olduğu gibi, ceza yasaları bakımından da denetleyici ve sınırlayıcı bir işlev görmektedir. Hukuk devleti, eşitlik ilkesi, kanunilik ilkesi başta olmak üzere birçok anayasal ilkeye aykırılık bakımından ceza yasalarının iptal edildiği gözlemlenmektedir. Anayasa yargısının soyut olan anayasal ilkelerin yorumlanmasında ve bu anlamda yasa koyucuya cezalandırma alanında yol göstericiliği önemlidir. Ancak bunu yaparken, kendini yasa koyucu yerine koyarak yargısal aktivizmde bulunmaktan kaçınmalıdır. Anayasaya aykırı ceza normlarının tespitinde anayasa yargısına çok önemli bir görev düşmektedir. Bu görev, anayasada sağlanan güvencelerin garantörlüğüdür. Bu sebeple, yüksek mahkemeler tutarlı içtihatlar geliştirmelidir. Türk Anayasa Mahkemesinin birçok kararı özgürlükçü anlayıştan yoksundur. Ayrıca anayasal ilkeleri somutlayan içtihatlar geliştirmek yerine,

kararlarında genel geçer ifadeler kullanmayı sürdürmektedir. Buna karşın anayasa yargısının temel hak ve özgürlükler açısından garantörlük işlevi unutulmamalıdır.

3. Suç ve cezanın yasayla belirleniyor olması başlı başına bir sınırdır ve yasaların yapılmasına etkili olan toplumsal saikler cezalandırma yetkisinin kullanılmasında da etkilidir (toplumsal kontrol)

Modern devletlerde kanunilik ilkesinin ceza hukukunun en önemli ilkelerinden biri kabul edilmesi nedeniyle, kanunların yapımındaki usulü sınırlama, ceza kanunları için de geçerli olmaktadır. Şöyle ki bir şeyin kanunla yapılması, onun sınırsız ve keyfi bir şekilde yapılmasını engellemektedir. Günümüzde kanunlar parlamentolarda farklı siyasal görüşlerin tartışmalarıyla ve genellikle kamuoyuna açık bir şekilde yapılmaktadır. Bugünün katılımcı demokrasilerinde bireylerin taleplerini doğrudan iletmeleri ve bunları daha yakından takip edebilmeleri söz konusudur. Türkiye'de 2004 Ceza Reformu sürecinde çok sayıda sivil toplum kuruluşunun, yeni Türk Ceza Kanununun son şeklini almasında katkı sunduğu ve etki ettiği gözlenmiştir. Dolayısıyla suçların ve cezaların kanunla getirilmesi, devletin cezalandırma yetkisini başlı başına sınırlandıran bir durumdur.

4. Uluslararası sözleşmeler bazı eylemlerin cezalandırılmasında devletleri yükümlülük altına sokmaktadır

Günümüzde devletler arasında yoğun bir hukuki ve siyasi etkileşim söz konusudur. İnsan hakları ve demokrasi sadece devletlerin kendi iç sorunu olmaktan çıkmış, uluslararası bir mesele haline gelmiştir. Geçtiğimiz yüzyılda iki dünya savaşı ve bunun yanında, soykırım ve insanlığa karşı suçlarla kitlesel ölümlerle yüzyüze gelen uluslararası toplum, insan haklarını temel bir mesele haline getirmiştir. Günümüzde devletler çok sayıda insan hakları sözleşmesi ile insan haklarını korumaya yönelik ve aynı zamanda cezalandırma yetkisiyle yakından ilgili sözleşmelerin tarafı olmaktadır. Bu sözleşmelere taraf olmakla, kendilerini bazı fiilleri suç olarak cezalandırmak, bazı ceza yaptırımlarını yasaklamak vb şekilde yükümlülük altına sokmaktadırlar.

Uluslararası Ceza Mahkemesini kuran Roma Statüsüyle dünyada işlenebilecek soykırım, saldırı, savaş ve insanlığa karşı suçlar gibi ağır suçların cezasız kalmaması amaçlanmaktadır. Dünyada yaşanan gelişmeler devletlerin cezalandırma yetkisini tekel

olmaktan çıkarmakta, uluslararası ceza mahkemeleri başka bir cezalandırma gücü olarak ortaya çıkmaktadır.

5. Uluslararası örgütler devletlerin cezalandırma yetkisini kullanmasında yol gösterici ve zorlayıcıdır

Bir devletin uluslararası örgütlere üyeliği, o örgütün ortaya koyduğu yükümlülükleri yerine getirmesini zorunlu kılmaktadır. Günümüzde Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği başta olmak üzere, devletler çoğunlukla uluslararası bir örgüte üye olmaktadır. Uluslararası bu örgütler başta insan haklarının korunması olmak üzere, birçok alanda bir ortak standart oluşturmayı hedeflemektedir. Cezalandırma yetkisinin kullanılması da bu ortak standart arzusundan etkilenmektedir ve ceza hukukundaki gelişmeler genellikle uluslararası örgütler yoluyla pozitif hukukun bir parçası haline getirilmektedir. Avrupa Birliğine üyelik sürecinde Türkiye tarafından hazırlanan ve yürürlüğe konan reform paketlerinin çoğu doğrudan ceza kanunu veya onunla bağlantılı konulardı. Nitekim yine bu süreç dolayısıyla 2004 yılında çok köklü reformlar yapılmıştır. Bu reformlar AB tarafından yakından takip edilmiştir.

6. Küreselleşme devletleri birçok konuda etkilediği gibi cezalandırma yetkisinin kullanılması bakımından da etkilemektedir

Küreselleşmeyle birlikte, iletişim ve ulaşımda yaşanan hıza bağlı olarak, dünyada yeni suç tipleri ortaya çıkmaktadır. Bu suçların birçoğu çok sayıda devleti aynı anda ilgilendirmektedir. Sınıraşan bu suçlarla mücadelede devletler tek başına yeterli olmamaktadır. Sınıraşan bu örgütlü suçlarda devletlerin başarılı olabilmesi, diğer devletlerle olan işbirliğine bağlıdır. Bu anlamda devletlerarasında suçların cezalandırılmasında bir ortak hareket söz konusu ve olmak zorundadır. Bu durum devletlerin cezalandırma yetkilerini kullanırken sadece kendi iradeleriyle hareket etmelerini engellemektedir. Bir devletin suç adası haline gelmemesi için, insan ticareti, göçmen kaçakçılığı, kadın ve çocuk ticareti, çocuk pornografisi, uyuşturucu kaçakçılığı, marka sahteciliği, siber suçlar gibi suçların bütün devletler tarafından cezalandırılması zorunlu olmaktadır.

Günümüzde önemli bir değer haline gelen insan hakları, uluslararası kamuoyunun ortak meselesi haline gelmektedir. İnsan hakları ihlalleri gerek devlet

yetkilileri, gerekse uluslararası sivil toplum örgütlerince takip edilmektedir. Devletlerden ülkelerinde yaşanan insan hakları ihlallerini durdurmaları ve sorumluları cezalandırmaları beklenmektedir.

B. Hipozlerin Testi

Çalışmanın başlangıcında ileri sürülen hipotezler, varılan tespitler doğrultusunda değerlendirilmiştir.

> *(1) Cezalandırma yetkisi egemenlik anlayışı ile sıkı bir ilişki içindedir. Mutlak egemenlik anlayışından, sınırlı egemenlik anlayışı yönündeki değişim, devletin suç ihdas etme ve cezalandırma yetkisinde daralma yönünde etki etmektedir.*

Şeklinde ileri sürülen 1 nolu hipotez, getirilen argümanlarla doğrulanmıştır. Tarihin ilk devirlerinde krallar için "Tanrının yeryüzündeki temsilcisi" şeklinde ifade edilen ve Yeniçağ'da mutlakıyet döneminde kuramsal temellere kavuşan egemenlik, günümüz devletleri için de önemli bir kavram olmaya devam etmektedir. Ancak bugün "mutlak, bölünmez ve devredilmez" özelliklerini tam olarak taşımayan, özellikle anayasacılık hareketleriyle birlikte sınırlı hükümet, hukuk devleti ve insan hakları özelliklerini taşıyan bir egemenlik anlayışı söz konusudur. Bu anlayış uluslararası ilişkilerin yoğunluğuyla dışa karşı da aşınmış durumdadır. Bu aşınma cezalandırma yetkisinin kullanılmasında da kendini göstermektedir. Anayasal ceza ilkeleriyle devlet kendi yasama organını ceza kanunu yapma konusunda çerçevelemektedir. Öte yandan anayasa yargısı kurumu, yasama organının anayasaya uygun kanunlar yapmasını zorlamaktadır. Ayrıca günümüz liberal demokrasilerinde yasama organları kanunları ve özellikle ceza kanunlarını yaparken, toplumsal ihtiyaçları, kamu yararını en önemlisi de kamuoyu tepkileri dikkate almaktadır. Diğer yandan devletlerin artan uluslar arası ilişkileri, kimi egemenlik haklarından vazgeçmelerine neden olmaktadır. 1998 yılında UCM Roma Statüsüyle devlet olmayan bir kurum tarafından düzenlenen suçların yine bir devlete bağlı olmayan mahkemelerce yargılanması söz konusu olmuştur. Neticede, devletin egemenlik anlayışında bir dönüşüm yaşanmaktadır ve bu dönüşüm cezalandırma yetkisinin kullanımında da bir dönüşüm ve değişikliğe neden olmaktadır.

Bu dönüşüm öncelikle daralma şeklinde kendini göstermektedir. Demokratik hukuk devletlerinde cezalandırma yetkisi sınırsız olarak kullanılamamaktadır. Gerek cezalandırılacak insan eylemleri, gerekse cezalandırma yöntemleri mutlakıyetçi dönemin çok çok ötesinde ve giderek daralmaktadır. İnsan hayatına ve bedenine yönelik cezalandırma terk edilmektedir ve ceza yöntemi olarak daha sınırlı bir şekilde kişi özgürlüğüne ve mülkiyet hakkına yönelik cezalar gelmektedir. İhdas edilen her suç tipi, kimi zaman bir özgürlüğün kısıtlanması olduğundan, suç olan fiiller keyfi olarak belirlenmemekte ve sayıları azalmaktadır. Suç fiillerini kabahate dönüştürme, şikayete bağlama, ceza dışında seçenek yaptırımlar ve uzlaşma gibi mekanizmalar yoluyla, suç ve ceza enflasyonu geçmişe nazaran giderek düşmektedir.

(2) Dünyada yaşanan gelişmelere paralel olarak "devletin cezalandırma tekeli" paradigması giderek zayıflamakta ve devlet suç ihdası ve cezalandırma yetkisinin kullanılmasında tek aktör olmaktan çıkmaktadır.

Ceza hukuk son iki yüzyılda geçirdiği gelişme ile insan onurunu temel alan bir görünüme kavuşmuştur. Ayrıca ceza Aydınlanma öncesinde olduğu gibi sadece bir intikamın yahut kefaretin sonucu olarak değil, suçlu bireyi ıslah etmeye yönelmiştir. İnsan haklarındaki gelişmeler, kamusal özgürlüklerin gelişmesi, artık her eylemin suç olarak düzenlenemeyeceğini ve özgürlüklerin kullanılmasının cezalandırma yoluyla engellenemeyeceğini göstermiştir. Özgürlükler ile cezalandırma yetkisinin çatışması halinde, geliştirilen ölçütler yoluyla belli eylemlerin suç olup olmaması gerektiği tartışılabilmektedir ve sonuçta devletin cezalandırabileceği fiillerin sayısı giderek bir azalma eğilimi göstermektedir.

Bugün cezalandırma yetkisi bir kralın yahut padişahın keyfi olarak kullanacağı bir yetki olmaktan çıkmıştır. Cezalandırma yetkisi halkı/milleti temsil eden parlamento üyelerinin tartışma ortamında ve kamuoyuna açık bir şekilde kullanılmaktadır. Sivil toplum örgütlerinin, bireylerin taleplerinin dikkate alınmasıyla cezalandırma yetkisinin devlete özgülüğü zayıflamaktadır. Öte yandan kimi suçları düzenlemeyi zorunlu kılan, kimi ceza yöntemlerini de yasaklamayı öngören ve devletler açısından bağlayıcı uluslararası sözleşmeler, uluslararası mahkemeler cezalandırma yetkisinin diğer belirleyicileri olmaktadır. Devletlerin katıldıkları örgütlenmeler, örneğin AB

cezalandırma konusunda bir standart yakalamak istemekte ve üye adayı devletleri reforma zorlamaktadır. Günümüz dünyasında bütün olaylar dünya kamuoyunun gözü önünde yaşanmakta devletler bu baskılama karşısında sınırsız bir cezalandırma yetkisi kullanamamaktadır. Neticede, devletin cezalandırma yetkisi giderek daralma eğilimindedir ve bu yetkinin kullanılmasında etkin olan unsurların sayısı giderek artmaktadır.

Birleşmiş Milletlerin kurulmasıyla birlikte, devletlerin bir araya gelmesi ve özellikle insan haklarının geliştirilmesi yönünde yapılan ortak çalışmalar, cezalandırma yetkisinin kullanılmasında da kendini göstermektedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin ilanından bugüne neredeyse yüzlere varan sözleşme imzalanarak, devletlerin ortak hareket etmesi beklenmiştir. Bu sözleşmelerin bir kısmı suç ve cezalara ilişkin olup, bu örgütlenme içinde yer alan devletler cezalandırma yetkisinin kullanımına uluslararası toplumu da ortak etmektedir. Aynı durum AB üyesi ve üyelik sürecinde olan ülkeler için de geçerlidir. Neticede, devlet cezalandırma yetkisinin tek ve mutlak kullanıcısı olmaktan çıkmakta, "devletin cezalandırma tekeli" paradigması giderek zayıflamaktadır.

(3) Uluslararası ilişkiler ağının genişlemesine ve küreselleşmenin siyasal, toplumsal ve hukuksal her alanda kendini göstermesine bağlı olarak, uluslararası ortak mücadeleyi gerektiren suçların sayısı artmakta, sınırı aşan yeni suç tipleri ortayla çıkmakta ve bu devletleri yükümlülük altına sokmaktadır.

Küreselleşme ve uluslararası ilişkilerin artması, dünyanın giderek küçülmesi, ulaşım ve iletişimdeki yoğunluk ve hızlılık yeni suç tiplerinin ortaya çıkmlasına neden olmuştur. Bu suçlar devletlerin tek başına mücadele edebilecekleri türden olmayıp, devletlerin, en azından etkilenen devletlerin ortak hareket etmesi gereken suçlar olmaktadır. Uluslararası işbirliği çerçevesinde, devletlerin bu suç tiplerini ve bunlarla mücadeleyi reddetmesi kolay gözükmemektedir. Neticede, uluslararası işbirliği ve küreselleşmenin etkisiyle yeni ortaya çıkan suç tipleri ortaya çıkmakta ve ulus-devletlerce bu suç tiplerinin kabulü zorunlu olmaktadır.

(4) Devletin suç ihdas etme ve cezalandırma yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde insan hakları ve özgürlükleri ön plana çıkmakta; insan hakları ve özgürlükleri alanında gelişmeler cezalandırma yetkisinin kullanımına yön vermektedir.

Son iki yüzyılda özellikle anayasacılık ve insan haklarının gelişimi ile hukuk devleti fikrinin ortaya çıkışı "kadiri mutlak" egemen devlet anlayışına son vermiş ve cezalandırma yetkisi de anayasalarla getirilen temel ilkelerle sınırlanmıştır. Kuvvetler ayrılığı ve yasama organının yargısal denetiminin mümkün oluşu, cezalandırma yetkisinin kullanımını giderek daha da sınırlı hale getirmiştir. Modern devletler, suçların belirlenmesinde, bunların özgürlükler ile çatışmamasına dikkat etmektedir. Daha doğrusu, modern özgürlükçü bir devletin görevi, suç ve ceza ihdasında, beklenen toplumsal yarar ila sınırlanan özgürlük arasındaki dengeyi gözetmektir. Aynı zamanda devletler bu konuda ölçülülük ilkesini gözeterek, suç ve cezalar arasında orantılı davranmak durumundadır.

C. Öneriler

Modern bir devlette cezalandırma yetksinin sınırlarıyla ilgili olarak varılan sonuçlara yönelik öneriler beş başlık altında toplanabilir:

1. *İnsan haklarının korunması suç ve cezanın belirlenmesinde en önemli ölçüttür*

Suç ve cezaların ihdasında temel saik, insan hak ve özgürlüklerinin korunması olmalıdır. Başka bir anlatımla, ancak hukuksal bir değere zarar veren eylemler suç olarak kabul edilebilir ve verilecek cezalar insan onuruyla bağdaşır olmalıdır.

2. *Cezalandırmada bireysel özgürlük-devlet otoritesi dengede olmalıdır*

Her suç bazı insan davranışlarını yasaklamak, her ceza ise insanların malvarlığı veya özgürlüğüne yönelik bir kısıtlama getirmektir. Evrensel hukukun temel kurallarından biri haline gelmiş olan "özgürlük esastır, yasak istisna" ilkesi gereğince, cezalandırma yetkisi son derece sınırlı ve ancak son çare olarak kullanılmalıdır. "Asgari müdahale" ilkesi benimsenerek, cezalandırmanın elverişli en az yaptırım ile

düzenlenmesini gerektirmektedir. Yasa koyucunun tutumu daima özgürlüklerden yana olmalı, cezalandırma yetkisi gereksiz bir biçimde kullanılmamalıdır. Cezalandırma yetkisi kullanılırken daima özgürlük-otorite dengesi gözetilmelidir.

3. *Suçlar ve suçların cezaları belirlenirken cezalandırma yoluyla korunması gereken hukuki değerler arasında bir hiyerarşi gözetilmelidir*

Yasa koyucu suçlara verilecek cezaları belirlerken tamamıyla serbest değildir. Bir hukuk düzeninde öncelikli olarak hangi hakları korunduğu belirlenmelidir. Örneğin vücut bütünlüğü hakkı yaşam hakkının önüne geçemeyeceği gibi, mülkiyet hakkı da vücut bütünlüğü hakkının önüne geçemez. Devlet ceza hukukuyla korumak istediği hukuki değerlerle ilgili olarak bir "değerler hiyerarşisi" belirlemek; suç ve cezaları düzenlerken bu ölçüt ile hareket etmek durumundadır. Özgürlükçü bir devlette daima birey hakları önde olmalıdır. Sonra toplumun ve en son devletin korunması söz konusu olabilir.

4. *Özgürlükçü bir cezalandırma anlayışı paternalist ve ahlakçı yaklaşımdan uzak olmalıdır*

Özgürlükçü bir cezalandırma düzeninde özgür iradelerini kullanabilen bireyler eylemlerinde özgür olabilmelidir. "Hukuksal değer"i korumayan hiçbir suç tipi kabul edilemez. Özgür iradelerini kullanamayanlar için devlet koruyucu olabilir, ancak yetişkin bireyler için korumacı yaklaşımlar suç ihdas edilmemelidir. Hukukun amacı toplumsal ahlakı korumak olamaz. Hukuk kamu düzeninin koruyucusudur. Kamu düzenini bozmayan "kişisel ahlak alanı" cezalandırmaya konu olamaz.

5. *Modern hukuk düzenlerinde ancak bir fiil cezalandırılabilir, ceza faile göre değişemez (düşman ceza hukuku kabul edilemez)*

Modern hukuk düzenlerinde fail farkı gözeterek düzenleme yapılamaz. Hukuk düzeninin belli bir gruba düşman algısıyla yaklaşması ve onu insan hakkı kazanımlarından ayrı görmesi düşünülemez. Bireysel özgürlükleri saldırılara karşı koruma görevi devlete aittir. Bununla birlikte, suçla mücadelede hukukun dışına çıkılamaz.

KAYNAKLAR

Kitaplar

Abel Souto, M., (2002), *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Dilex, Madrid.

Alacakaptan, U., (1958), *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara.

Arıkan, R., (2004), *Araştırma Teknikleri ve Rapor Hazırlama*, 4. Baskı, Asil Yayınları, Ankara.

Arslan, Z., (2005), *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Arslan, Z., (2005), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara.

Artuk, M.E.; Gökçen, A. ve Yenidünya, C., (2012), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

Atalay, A.H., (1997), *Uluslararası Hukukun Oluşumu: İlk Küreselleşme Dönemi 1492-1648*, Göçebe Yayınları, İstanbul.

Avcı, M., (2008), *Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş*, Mimoza Yayınevi, Konya.

Banks, C., (2013), *Criminal Justice Ethics (Theory and Practice)*, 3. baskı, Sage Publications, London.

Beccaria, C., (2004), *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara.

Bloch, M., (1998), *Feodal Toplum*, (çev. Mehmet ali Kılıçbay), 3. Baskı, Opus Yayınları, Ankara.

Bozkurt, E., (2003), *İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, Nobel Yayın, Ankara.

Centel, N., (2002), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 2. baskı,Beta Kitap, İstanbul.

Centel, N.; Hamide, Z. ve Çakmut, Ö., (2011), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul.

Chan, W. ve Mirchandani, K., (2007), *Criminalizing Race, Criminalizing Poverty Welfare Fraud Enforcement in Canada*, Fernwood Publishing, Nova Scotia.

Corman, L., (2000), *Psikanaliz Açısından Çocuk Eğitimi*, (çev. Hüsen Portakal), 2. baskı. Cem Yayınevi, İstanbul.

Coşkun,V., (2009), *Ulus-Devletin Dönüşümü ve Meşruluk Sorunu,* Liberte, Ankara.

Çınar, A.R., (2005), *Türk Ceza Hukuknda Cezalar,* Turhan Kitabevi, Ankara.

Demirbaş, T., (2001), *Kriminoloji*, Seçkin Yayınları, Ankara.

Dinçol, B., (2003), *Eski Önasya Toplumlarında Suç Kavramı ve Ceza*, Türk Eskiçağ Bilimleri Enstitüsü Yayınları, İstanbul.

Doğan, F.K., (2010), *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası,* Legal, İstanbul.

Doğan, E., (2012), *Hitit Hukuku Belleklerdeki "Kayıp",* 2. baskı, Fam Yayınları, İstanbul.

Doğru, O., (2004), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları*, C. 1, Legal Yayıncılık, İstanbul. (2004a)

Doğru, O., (2004), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları*, C. 2, Legal Yayıncılık, İstanbul. (2004b)

Dolu, O., (2010), *Suç Teorileri (Teori Araştırma ve Uygulamada Kriminoloji)*, Seçkin Yayınları, Ankara.
Dönmezer, S., (1975), *Ceza Hukuku Özel Kısım Genel adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, 4. baskı, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1975.
Dönmezer, S., (1984), *Kriminoloji*, 7. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.
Dönmezer, S. ve Erman, S., (1997), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. 1, 13. baskı, Beta Yayınları, İstanbul.
Duff, R.A. ve diğ. (ed.), (2010), *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford.
Erdal, S., (2010), *Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara.
Erdem, M. R., (2004), *Avrupa Birliği Hukuku'nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri*, Seçkin, Ankara.
Erdoğan, M., (2007), *Anayasa Hukuku*, 4. baskı, Orion Yayınevi, Ankara.
Erdoğan, M., (2011), *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 2. baskı, Orion Kitabevi, Ankara.
Escamilla, M.M.; Lorenzo, M.M. ve de Gante, M.V.M., (2012), *Derecho Penal Introducción Teoría Jurídica Del Delito*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
Feinberg, J., (1987), *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others,* Oxford University Press, Oxford.
Feinberg, J., (1988), *The Moral Limits of the Criminal Law: Offence to Others,* Oxford University Press, Oxford.
Feinberg, J., (1989), *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self,* Oxford University Press, Oxford.
Feinberg, J., (1990), *The Moral Limits of the Criminal Law: Harmless Wrongdoing,* Oxford University Press, Oxford.
von Feuerbach, P.J.A.R., (1812), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, (elektronik kaynak için bkz. *http://books.google.com.tr/books?id=5RgeAAAAMAAJ&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.*
Foucault, M., (1992), *Hapishanenin Doğuşu*, (çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, Ankara.
Gardner, T.J. ve Anderson, T.M., (2011), *Criminal Law,* 11. Baskı, Wadsworth, New York.
Garland, N.M., (2012), *Criminal Law for the Criminal Justice Professional*, 3. baskı, McGraw Hill, New York.
Göze, A., (2009), *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 12. baskı, Beta, İstanbul.
Gözler, K., (1998), *Kurucu İktidar*, Ekin Kitabevi, Bursa.
Gözler, K., (1999), *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, 2. baskı, Ekin Kitabevi, Bursa.
Gözler, K., (2000), *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa.
Gözler, K., (2007), *Devletin Genel Teorisi*, Ekin Kitabevi, Bursa.
Gözler, K., (2008), *Hukuka Giriş*, 5. baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2008.
Gözler, K., (2011a) *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. I, Ekin Kitabevi, Bursa.
Gözler, K., (2011b), *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II, Ekin Kitabevi, Bursa.
Gözübüyük, A.Ş., (2007), *Açıklamalı Türk Anayasaları*, 6. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.

Gözübüyük, A.Ş. ve Gölcüklü, F., (2011), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 9. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.
Gramatica, F., *Toplumsal Savunma İlkeleri*, (çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara, 2005, 2. baskı.
Gül, C., (2010), *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti*, Adalet Yayınevi, Ankara.
Güriz, A., (2009), *Hukuk Başlangıcı,* 12. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara.
Hafızoğulları, Z., (1996), *Ceza normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, 2. baskı, US-A Yayıncılık, Ankara.
Hafızoğulları, Z. ve Özen M., (2010), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. baskı, US-A Yayıncılık, Ankara.
Hakeri, H., (2011), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
Hakyemez, Y.Ş., (2000) *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Seçkin, Ankara.
Hakyemez, Y.Ş., (2004), *Mutlak Monarşiden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Seçkin, Ankara.
Hakyemez, Y.Ş., (2009), *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Yayınları, Ankara.
Hart, H.L.A., (2000), *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, (çev: Erol Öz), Dost Kitabevi, Ankara.
Hobbes, T., (1995), *Leviathan*, (çev. Semih Lim), 2. baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
von Humbold, W., (2004), *Devlet Faaliyetinin Sınırları,* (çev. Bahattin Seçilmişoğlu), Liberte, Ankara.
Husak, D., (2008), *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford.
Işıktaç, Y., (2009), *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
Işıktaç, Y. ve Metin, S., (2010), *Hukuk Metodolojisi*, 2. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
İçel, K. Ve Donay, S., (2005), *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku (1. Kitap)*, 4. baskı, Beta Kitap, İstanbul.
İçli, T.G., (2007), *Kriminoloji,* 7. baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.
Kaboğlu, İ.Ö., (1997), *Anayasa Yargısı,* 2. baskı, İmge Kitabevi, Ankara.
Kangal, Z.T., (2011), *Kabahatler Hukuku*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul.
Kapani, M., (1996), *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 3. baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara.
Kapani, M., (1997), *Politika Bilimine Giriş*, 9. baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara.
Karayalçın, Y., (1995), *Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod: Problem Çözme*, 5. baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara.
Keskin, S., Zafer, H. ve Kocasakal, Ü. (çev.), (2001), *Avrupa Birliğinin Finansal Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları (Corpus Juris)*, Seçkin, Ankara.
Kia, R.A., (2006), *Moderniteden Postmaderniteye Egemenlik ve Hukuk*, Beta, İstanbul.
Koçak, M., (2006), *Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar)*, Seçkin, Ankara.
Kutlu, M., (2001), *Kuvvetler Ayrılığı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
Lauterwein, C.C., (2010), *The Limits of Criminal Law (A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing)*, Ashgate Publishing, Surrey.

Locke, J., (2011), *Two Treatises of Government*, (*http://www.efm.bris.ac.uk/het/locke /government.pdf,* erişim tarihi: 21 Şubat 2011).
Locke, J., (2012), *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme (Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni, Boyutu ve amacı Üzerine Bir Deneme)*, (çev. Fahri Bakırcı), 2. baskı, Ebabil Yayınları, Ankara.
Metin, Y., (2002), *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
Mill, J.S., (2003), *Hürriyet Üstüne*, (çev. Mehmet Osman Dostel), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara.
Montesquieu, (2008), *Persian Letters*, (çev. Margaret Mauldon), Oxford University Press, New York.
Montesquieu, (2011), *Kanunların Ruhu Üzerine*, (çev. Fehmi Baldaş), Hiperlink Yayınları, İstanbul.
More, T., (2010), *Utopia*, (çev. Sebahattin Eyüboğlu, Vedat Günyol ve Mina Urgan), 11. baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul.
Muchembled, R., (1998), *İşkenceler Zamanı Mutlak Krallar Devrinde İtaat (XV-XVIII. Yüzyıllar)*, (çev. Ali Berktay), Tümzamanlar Yayınları, İstanbul.
Otacı, C.,(2012), *Hukukun Laikleşme Serüveni*, 2. baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.
Önder, A., (1989a), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, Beta Yayınevi, İstanbul.
Önder, A., (1989b), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. 3, Beta Yayınevi, İstanbul.
Önder, A., (1992), *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
Özbek, V.Ö., (1999), *Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
Özbek, V.Ö., (2009), *Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
Özbek, V.Ö. ve diğ., (2012), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. baskı, Seçkin, Ankara.
Özkorkut, N.Ü., (2009), *Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu,* Siyasal Kitabevi, Ankara.
Patterson, T.E., (2005), *The American Democracy*, 7. baskı, McGrawHill, New York.
Pazarcı, H., (2004), *Uluslararası Hukuk*, 2. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.
Peršak, N., (2010), *Criminalising Harmful Conduct (The Harm Principle, its Limits and Contential Counterparts)*, Springer.
Pisapia, G.D., (1971), *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri (Genel Kısım)*, (çev. Atıf Akgüç), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara.
Rousseau, J.J., (2010), *Toplum Sözleşmesi*, (çev. Vedat Günyol), 6. baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul.
Schmitt, C., (2010), *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, (çev. A. Emre Zeybekoğlu), 3. baskı, Dost Kitabevi, Ankara.
Scott, G.R., (2003), *İşkencenin Tarihi*, (çev. Hamide Koyukan), 2. baskı, Dost Kitabevi, Ankara.
Selçuk, S., (2004), *Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi,* İmge Kitabevi, Ankara.
Simester A.P. ve von Hirsch A., (2011), *Crimes, Harms and Wrongs on the Principles of Criminalisation*, Hart Publishing, Oregon.
Sokullu-Akıncı, F., (2013), *Kriminoloji*, 10. baskı, Beta Yayınları, İstanbul.
Soyaslan, D., (1990), *Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi*, Kazancı, Ankara.
Sunay, R., (2007), *Tartışılan Egemenlik,* Yetkin Yayınları, Ankara.
Şen, E.,(1998), *1962–1997 Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku*, Beta, İstanbul.
Taner, T., (1949), *Ceza Hukuku Umumi Kısım,* Ahmet Sait Matbaası, İstanbul.

Tanilli, S., (1997), *Uygarlık Tarihi*, 10. baskı, Çağdaş Yayınları, İstanbul.
Tanör, B., (1994), *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. baskı, BDS Yayınları, İstanbul.
Tezcan, D. ve diğ. (çev.), (2003), *Topluluğun Mali Çıkarlarının Cezai Koruması ve Avrupa Savcılığı Hakkında Yeşil Kitap,* DEÜ Yayını, İzmir.
Tezcan, D. (çev.), (2002), *Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat*, Etki Yayınları, y.y.
Tezcan, M., (1981), *Kan Davaları Sosyal Antropolojik Yaklaşım,* 2. baskı, AÜEF Yayınları, Ankara.
Teziç, E., (2009), *Anayasa Hukuku*, 13. baskı, Beta Yayınları, İstanbul.
Toku, N., (2003), *John Locke ve Siyaset Felsefesi*, Liberte, Ankara.
Toroslu, N., (2011), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 16. baskı, Savaş Yayınevi, Ankara.
Türcan, T., (2001), *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara.
Umur, Z., (1999), *Romu Hukuku Ders Notları*, 3. baskı, Beta Yayınları, İstanbul.
Uslu, C., (2011), *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri,* 2. baskı, Liberte Yayınları, Ankara.
Uygun, O., (2002), *Federal Devlet (Temel İlkeler Kurumlar ve Uygulama)*, 2. baskı, İtalik Yayınları, Ankara.
Ünver, Y., (2003a,)*Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin, Ankara.
Wrage, N., (2009), *Grenzen der staatlichen Strafgewalt*, Peter Lang, Frankfurt.
Yalçın, İ., *Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku,* Seçkin, Ankara, 2007.
Yüksel, S., (2012), *Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale*, Beta Yayınları, İstanbul.
Zabunoğlu, Y.K., (1963), *Devlet Kudretinin Sınırlanması (Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak)*, Ajans Türk Matbaası, Ankara.
Zabounoğlu, Y.K., *Kamu Hukukuna Giriş*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.
Zafer, H., (2011), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. baskı, Beta Yayınları, İstanbul.

Makaleler

Alacakaptan, U., (1965-1966), "Demokratik Anayasa ve Ceza Kanununun 141. ve 142'inci Maddeleri", *AÜHFD*, C. 22-23, S. 1-4, ss. 3-20.
Algan, B., (2008), "The Brand New Version of Article 301 of Turkish Penal Code and the Future of Freedom of Expression Cases in Turkey", *German Law Journal*, Vol. 9, No. 12, ss. 2237–2251
Ambos, K., (2013), "Punishment without a Sovereign? The Ius Puniendi Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 33, No. 2, ss. 293–315.
Amirthalingam, K., (2009), "Criminal Law and Private Spaces", *Regulating Deviance: The Redirecting of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, (ed. Bernadette McSherry, Alan Norrie ve Simon Bronitt), Hart Publishing, Portland, ss. 185-212.
Arslan, Ç., (2004), "İnsan Ticareti Suçu (TCK md. 201/b)", *AÜHFD*, C. 53, S. 4, ss. 19–83.

Arslan, Z., (2000), "Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı", *Doğu Batı,* S. 13, ss. 65-85.

Artuk M.E. ve Çınar, A.R., (2004), "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", *Türk Ceza Kanunu Reformu-II (Makaleler, Görüşler, Raporlar)*, (Ed. Teoman Ergül), TBB Yayınları, Ankara, ss. 37-84.

Aydın, Ö.D., (2004), "Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu", *TBB Dergisi*, S. 53, ss. 63-140.

Başlar, K., (2007), "Anayasa Mahkemesinin Yasamanın Genelliği İlkesi ile İlgili Bir Kararının Düşündürdükleri", *Yasama Dergisi*, S. 7, ss. 18-40.

Bayraktar, K., (2008), "Ceza Hukuku ve Siyaset", *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, C. 1, (der. M. Murat İnceoğlu), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

Bentham, J., (2011), "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation", *Why Punish? How Much? A Reader on Punishment*, (ed. Michael Tonry), Oxford University Press, ss. 51-70.

Bochia F., ve diğ., (2012), "Límites al Poder Punitivo del Estado", *http://www. fder.edu.uy/contenido/penal/monografia-criminologia.pdf.*

Bodin, J., (2011), "Devlet Üzerine Altı Kitap'tan Seçme Parçalar", (çev. Özer Ozankaya), *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi Seçilmiş Yazılar*, (der. Mete Tunçay), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 4. Baskı, ss. 175-200.

Brunder, A., (2010), "The Wrong, the Bad, and the Wayward Liberalism's *mala in se*", *http://www.cpl.law.cam.ac.uk/past activities/2010.php.*

Bulut, N., (2000), "Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak" *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4, S.1–2, ss. 29–42.

Centel, N., (2001), "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", *Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan*, İzmir, ss. 337-372.

Chemerinsky, E., (2004), "The Constitution and Punishment", *Stanford Law Review,* Vol. 56, No. 5, ss. 1049-1080.

Cihan, E., (2004), "Özek ve Çağdaş Ceza Hukuku Anlayışı", *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı,* İstanbul, ss. 211-218.

Çetin, H., (2008), "İktidar ve Meşruiyet", *Siyaset*, (ed. Mümtazer Türköne), Lotus yayınları, Ankara, 8. baskı, ss.35-69.

Davutoğlu, A., (2003), "Küreselleşme ve AB-Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Ulusal Egemenliğin Geleceği", *Anayasa Yargısı*, S. 20, ss. 46–60.

Dinçol, A.M., (1990), "Hitit Yasalarının Ana Çizgileri ve Eski Önasya Hukuku İle Etkileşimi", *Anadolu Araştırmaları*, S. 12, ss. 83–100.

Dinler, V., (2001), "İnsan Hakları İhlallerinde İdarenin Genel Sorumluluğu", *Polis Bilimleri Dergisi*, C. 3, S. 3–4, ss. 81–104.

Dinler, V., (2011). "The Problem of Punishing Unnatural Manner Obscenity", *11th Congress of European Society of Criminology (Rethinking Crime and Punishment in Europe)*, Vilnius, 21-24 September 2011.

Diplock, L.J., (1979), "Devlet Yönetiminde Yargıya Düşen Görev", (çev. Tuncer Karamustafaoğlu), *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 36, S. 1–4, ss. 27-37.

Doğan, K., (2011), "Ceza Hukukunun Sınırlandırılması Eğilimi ve Anayasa", *Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı,* C. 4, (ed. Murat Yanık–Hüseyin Özcan–Ahmet Akcan), İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, ss. 254-260.

Dönmezer, S., (1986-1987), "Suç Siyaseti", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof.Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan)*, C. 52, S. 1–4, ss. 1–33.

Duff, R. A. et al., (2010), "Introduction: The Boundaries of the Criminal Law", *The Boundaries of the Criminal Law*, (ed. R. Antony Duff et al.), Oxford University Press, Oxford, ss. 1-26.

Duguit, L., (2000), "Egemenlik ve Özgürlük", (çev. Didem Köse, Sedef Koç), *Devlet Kuramı*, (der. Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara, ss. 379–400.

Dworkin, G., "Paternalism", 1971, *http://www.sjsu.edu/people/paul.bashaw/courses/phil 186fall2012/s1/Paternalism.pdf,* ss. 181-188.

Eğilmez, M., (2011), "Hitit Para Politikası", *http://www.mahfiegilmez.com/2011/12/hitit-para-politikas.html*. 18 Aralık 2011 Pazar

Elliot, M., (2004), "United Kingdom: Parliamentary sovereignty under pressure", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, Is. 3, ss. 545-554.

Erem, F., (1951), "Ceza Hukuku Bakımından Vicdan ve Din Hürriyeti", *AÜHFD*, C. 8, S. 3-4, ss. 60-84.

Ergin, Ç., (2008), "Kamuoyu ve Baskı Grupları", *Siyaset*, (ed. Mümtaz'er Türköne), Lotus Yayınları, Ankara, 8. baskı, ss. 315-343.

Eser A., (1966), "The Principle of "Harm" in the Concept of Crime A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests" *Duquesne University Law Review*, No. 4, ss. 345–417.

Eser, A., (2007), "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri", (çev. Faruk Turhan), *Uluslararası Ceza Divanı*, (ed. Feridun Yenisey), Arıkan Yayınları, İstanbul, ss. 3-35.

Farkas, Á., (2011), "Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları", *Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı,* C. 4, (ed. Murat Yanık–Hüseyin Özcan–Ahmet Akcan), İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, (İngilizcesi: 173-185, Türkçesi: 187-199) .

Garland, D., (2011), "The Body and the State: How the State Controls and Protects the Body (Part II)", *Social Research: An International Quarterly*, Vol. 78, No. 3, (Fall), ss. 767-798.

Gaucet, M., (2000), "Anlam Borcu ve Devletin Kökenleri: İlkellerde Din ve Siyaset", (çev. Ozan Erözden), *Devlet Kuramı*, (der. Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara, ss. 33–67.

Gomes, L.F., (2012), "Limites do "Jus Puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal", *http:// www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13513-13514-1-PB.pdf.*

Göçmen, Ö.K., (2012), "6352 Sayılı Kanun'un Karşılıksız Yararlanma Suçuna Etkileri", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 70, S. 3, ss. 447-480.

Grots, S., (2008),"Die Grenzen der staatlichen Strafgewalt exemplifiziert am neuen Anti-Doping-Tatbestand", *Zeitschrift für das Juristische Studium*, S. 3, ss. 243-255.

Gur-Arye, M., (2012), "Human Dignity of ''Offenders'': A Limitation on Substantive Criminal Law", Criminal Law and Philosophy, No. 6, ss. 187–205.

Gülmez, M., (1998), "İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi ve Türkiye'ye Yönelik Açık Bildirimleri", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 31, S. 1, ss. 13–44.

Hafızoğulları, Z., (1978), "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu", *AÜHFD*, C. 35, S. 1-4, ss. 235-280.

Haque, A.A., (2007),"*Lawrance v. Texas* and the Limits of the Criminal Law", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 42, No. 1, ss. 1-43.

Harduf, A.,(2012), "How Crimes should be Created: a Practical Theory of Criminalization", *http://works.bepress.com/asaf_harduf/5.*

Hutchinson, M.R., (1999), "The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 448, ss. 638-650.

İçel, K., (2008), "Ceza Yasası Hazırlarken Uyulması Gereken On Ana Kural", *Suç Politikası*, (ed. Yener Ünver), Seçkin Yayınları, Ankara, ss. 15-18.

Jacobs, G., (2008), "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", (çev. M. Cemil Özansü), *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*, (ed. Yener Ünver), Seçkin Yayıncılık, Ankara, ss. 489-505.

Karakaş, I., (1999), "Uluslararası Hukukta Üstün Normlar: Jus Cogens ve İnsan Hakları", *Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan*, İÜHF, İstanbul, ss. 221–228.

Karakehya, H., (2008), "Modern Cezalandırma Sistemlerinin Büyük Anlatıları", *İÜHFM*, C. 66, S. 1, ss. 87-108.

Kılıç, A.Ş., (2009), "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme", *AÜHFD*, C. 58, S. 3, ss. 615–657.

Królikowski, M., (2007), "Legality and the Limits of Criminal Law", *Foundational Issues in the Philosophy of Criminal Law*, 23rd World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, Kraków, 1-6 August 2007, ss. 105-123

Laing, B.M., (1921), "Aspects of the Problem of Sovereignty", *The International Journal of Ethics,* Vol. 32, No. 1, ss. 1-20.

Lee, Y., (May 2005), "The Constitutional Right Against Excessive Punishment", *Virgina Law Review*, Vol. 91, Is. 3, ss. 677-745.

Luban, D., (2005),"Liberalism, Torture, and Ticking Bomb", *Virgina Law Review*, Vol. 91, Is. 6, ss. 1425-1461.

Metin, Y., (2008) Avrupa Birliğinde Hukuk Devletinin Unsurları", *Hukuk Devleti Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal*, (ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük), Adres Yayınları, Ankara, ss. 577-628.

Metin, Y. ve Dinler, V., (2012), "Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları", *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yıl Armağanı*, Ankara, ss. 1-54.

Nowicka, W., (2004), "The Struggle for Abortion Rights in Poland", *Sexpolitics: Reports From The Frontlines*, (ed. Richard Parker, Rosalind Petchesky ve Robert Sember), Sexuality Policy Watch, ss. 167-196.

Nuotio, K., (2010), "Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law: A Legal Cultural Approach", *The Boundaries of the Criminal Law*, (ed. R.A. Duff ve diğ.), Oxford University Press, Oxford, ss. 239-263.

Oktik, N., (2013), "Sosyal Sapma ve Suçun Sosyolojisine Kurumsal Yaklaşımlar", *Suçun Sosyolojisi Cezasının Felsefesi*, (ed. Güncel Önkal ve Özgür Sarı), Nobel Yayınları, Ankara, ss. 3-43.

Öden, M., (1999), "Cumhuriyetin 75. Yıldönümünde Anayasa Yargısı", *AÜHFD*, C. 48, S. 1–4, ss. 23–37.

Ömeroğlu, Ö., (2009), "Bir Ceza Türü Olarak Kastrasyon", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi*, S. 63-64, ss. 281-290.

Özcan, M.T., (1990), "Yazılı Hukukun Hareket Noktası Olarak İlkel Hukuk", *Anadolu Araştırmaları*, S. 12, ss. 55–82.

Özbudun, E., (1968), "İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi", *AÜHFD*, C. 25, S. 1-2, ss. 59-79.
Özdek, Y., (2000), "Küreselleşme Sürecinde Ceza Politikalarındaki Dönüşümler", *Amme İdaresi Dergisi,* C. 33, S. 4, ss. 21–48.
Özeren, S.; Özer, M.A. ve Demir, O.Ö., (2010), "Giriş: Yerelden Küresele Sınıraşan Suçlar", *Yerelden Küresele Sınıraşan Suçlar*, (ed. Süleyman Özeren, M. Alper Özer ve Oğuzhan Ömer Demir), Polis Akademisi Yayınları, Ankara, ss. 1-13.
Özdemir, K., (2011), "Avrupa Birliği Müzakere Sürecinde Türkiye'de Yargı Reformu", *Criminal Law in the Global Society (Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku)*, Feridun Yenisey ve Ulrich Sieber (ed.), Legal Kitabevi, İstanbul, ss. 271-286.
Özer, A., (2003),"Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu", *Anayasa Yargısı*, S. 20, ss. 187–194.
Özkazanç, A., (2011), "Biyo–Politik Çağda Suç ve Cezalandırma: Denetim Toplumunda Neo-Liberal Yönetimsellik", *Neo–Liberal Tezahürler Vatandaşlık–Suç–Eğitim* içinde, Dipnot, Ankara, ss. 101–162.
Pazarcı, H., (1977), "Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı", *Prof. Dr. Bülent N. Esen'e Armağan*, AÜHF, Ankara, ss. 365–379.
Pech, L., "The Law of Holocaust Denial in Europe: Toward a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition", *Genocide Denials and the Law*, (ed. Ludovic Hennebel ve Thomas Hochmann), Oxford University Press, USA, ss. 185-234.
Radbruch, G., (2002), "Ölüm Cezası", (çev. Hayrettin Ökçesiz), *HFSA*, S. 5, ss. 33-36.
Richter, D.J., (2001), "Social Integrity and Private 'Immorality' The Hart-Devlin Debate Reconsidered", *Essays in Philosophy,* Vol. 2, Is. 2, Article 3.
Ripstein, A., (2006), "Beyond Harm Principle", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 34, Is. 3, (June), ss. 215–245.
Rosenau, H., (2008), "Jacobs'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı", (çev. Erhan Temel), *AÜHFD*, C. 57, S. 4, ss. 391-402.
Sancar, M., "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", *Doğu-Batı (Hukuk ve Adalet Üstüne)*, Y. 4, S. 13, ss. 25-44.
Sancar, T.Y. ve Yaşar, T.N., (2009), "Ensest, 'Genel Ahlak' ve Alman Anayasa Mahkemesinin Kararı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* S. 80, ss. 245–297.
Schlehofer, H.,(2006), "Anayasa'nın İnsan Onuru Garantisi-Devletin Cezalandırma Yetkisinin Mutlak ve Göreceli Sınırları Üzerine", (çev. İlker Tepe), *Suç Politikası*, (yay. haz. Yener Ünver), Seçkin, Ankara, s. 557-564.
Scott, A.W.Jr., (1956-1957), "Constitutional Limitations on Substantive Criminal Law", *Rocky Mountain Law Review*, Vol. 29, ss. 275-
Setälä, M., (1998), "Referendum, Agenda-Setting and Models of Democracy", *Yearbook of Political Thought and Conceptual History*, Vol. 2, ss. 147-174.
Sevimli, Ş., (6-8 Ekim 2004), "Anadolu Antik Hitit Uygarlığı İnsanının Değerler Sisteminde Su Kullanımı", *Ulusal Su Günleri Sempozyumu*, İzmir, ss. 264-271.
Shiner, R., (2007), "Equalitiy and the Criminal Law", *Foundational Issues in the Philosophy of Criminal Law*, 23rd World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, Kraków, 1-6 August 2007, ss. 143-150.
Sieber, U., (2007), "Ceza Hukukunun Sınırları", *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, (çev. ve yay. haz. Feridun Yenisey), Beta, İstanbul, 2. baskı, ss. 173–228.

Sili, A., (2013), "Suçun Kavramsal Analizi: Felsefi, Sosyolojik ve Antropolojik Bir Bakış", *Suçun Sosyolojisi Cezanın Felsefesi*, (ed. Güncel Önkal ve Özgür Sarı), Nobel Kitap, Ankara, ss. 231-246.

Simonin, (1955), "Zührevî Hastalıklara Bulaştırma Suçu", (çev. Behçet Tahsin Kamay), *Adalet Dergisi*, Y. 46, ss. 3-8.

Soyaslan, (1993), "Anayasa'nın Ceza Normları Tarafından Korunması T.C.K.'nun 146. maddesi", *Anayasa Yargısı*, S. 10, ss. 57-90.

Sözüer, A., (2011), "Prof.Dr.Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck'in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları", *Criminal Law in the Global Society (Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku)*, Feridun Yenisey ve Ulrich Sieber (ed.), Legal Kitabevi, İstanbul, ss. 243–270.

Şen E.–Başarır, T., (2012), "Ensest Mağdurlarından Birisi: 'Kadın'", *TBB Dergisi*, S. 99, Mart-Nisan, ss. 317-340.

Tonry, M., (2011), "Introduction: Thinking About Punishment", *Why Punish? How Much? A Reader on Punishment*, (ed. Michael Tonry), Oxford University Press, ss. 3-28.

Toroslu, N., (2004), "Ceza Hukuku–Politika–Ahlak", *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul, ss. 875–878.

Tunçel, A., (2011), "İktidar ve Devlet", *Siyaset Bilimi'nde Kuram-Yöntem-Güncel Yaklaşımlar*, (ed. Baran Dural), Kriter Yayınları, İstanbul, ss. 32-67.

Turhan, F., (2000), "Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM Milletlerarası Ceza Mahkemesi", *Prof.Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir, s. 333-365.

Türk, F., (2011), "Siyaset Biliminde Temel Yaklaşımlar, Siyasetin Serüveni ve Metodolojisi", *Siyaset Bilimi'nde Kuram-Yöntem-Güncel Yaklaşımlar*, (ed. Baran Dural), Kriter Yayınları, İstanbul, ss. 1-31.

Uslu, C., (2007), "Robert Nozick: Anarko Kapitalizme Karşı Minarkizm", *Liberal Düşünce Dergisi*, Y. 12, S. 47-48, (Yaz-Sonbahar), ss. 143-169.

Uzun, E., (2003), "Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 2, ss. 25–47.

Ünver, Y., (2003), "Ceza Hukukunda Hukuksal Değer", (çev. Barış Erman), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, S. 8, ss. 113–119. (2003b)

Yerdelen, E., (2013), "Sünneti Kasten Yaralama Suçu Olarak Kabul Eden Köln Eyalet Mahkemesi Kararı ve Alman Kanun Koyucunun Karara Tepkisi", Y. 16, S. 1-32, ss. 1-18.

Yücel, M.T., (2004), "Yeni Türk Ceza Kanunu Üzerine (Felsefi ve Sosyolojik) Bir Eleştiri, *HFSA,* S. 14, ss. 142-184.

Weigend, T., (1999), "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt", *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, (ed. Thomas Weigend ve diğ.), de Gruyter, Berlin, ss. 917-940.

Tezler

Apiş, Ö., *Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türk Maddi Ceza Hukuku İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi*, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2009 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Bostancı, G., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2007.

Bozca, H., *Eski Anadolu'da Suçlar ve Cezaları (Asur Ticaret Kolonileri Çağı ve Hititler Dönemi)*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010.

Mine Yıldız, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Yaşam Hakkı ve Sınırları*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Isparta, 2004.

Özer, B., *1982 Anayasasında Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Yiğiter, C., *Feodal Dönemden Modern Döneme Geçişte Cezalandırma İktidarının Dönüşümü*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2005.

Diğer Basılı Kaynaklar

Akşam, "Kapkaçın ipi çekiliyor", 6 Eylül 2003.

Avrupa Birliği Uyum Yasa Paketi, Başbakanlık AB Genel Sekreterliği, Ankara, 2007.

Akyürek, G. (çev.), "15. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Rio de Janerio, 4–10 Eylül 1994)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 3, 2009, ss. 185–211.

Altaş, H. (çev.), "11. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Budapeşte, 9–14 Eylül 1974)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 3, 2009, ss. 115–126.

Aslan, M. (çev.), "3. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Palermo, 3–8 Nisan 1933)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, ss. 84–87.

Bayraktar, Ö. (çev.), "5. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Cenevre, 28–31 Temmuz 1947)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, ss. 92–93.

Bayraktar, Ö. (çev.), "6. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Roma, 27 Eylül – 3 Ekim 1953)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, ss. 94–101.

Budayıcıoğlu, G., "Gündemden hiç düşmeyen bir konu: Kürtaj" (röportaj), *Hukuk ve Hayat Dergisi*, Y. 2012, S. 12, ss. 29-33.

Candan, B. (çev.), "10. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Roma, 29 Eylül – 5 Ekim 1969)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 3, 2009, ss. 106–114.

Çiçek, C., (2004), "Açılış Konuşması", *Türk Ceza Kanunu Reformu* (*Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli*), C. 1, TBB Yayınları, Ankara, ss. 17-21.

Dalkılıç, A. (çev.), "9. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Lahey, 23 – 30 Ağustos 1964)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, ss. 117–122.

Güven, B. (çev.), "7. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Atina, 26 Eylül – 2 Ekim 1957)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, ss. 102–108.

Erdem, M.R., "Lizbon Antlaşması ve Avrupa Ceza Hukuku'nun Geleceği", 2013. (yayımlanmamış makale).

Erman, B. (çev.), "1. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Brüksel, 26–29 Temmuz 1926)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, ss. 75–78.

Erman, B. (çev.), "16. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Budapeşte, 5–11 Eylül 1999)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 3, 2009, ss. 212–229.

Hürriyet, "Kürtajda anket başka rapor başka konuştu", 22 Haziran 2012.

Kınıkoğlu, B. (çev.), "17. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Pekin, 12–19 Eylül 2004)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 3, 2009, ss. 230–249.
Koyuncu, İ. (çev.), "8. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Atina, 21 – 27 Eylül 1961)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, ss. 109–116.
Memiş, P. (çev.), "2. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Bükreş, 6–12 Ekim 1929)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, ss. 79–83.
Mermut, S. (çev.), "4. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Paris, 26–31 Temmuz 1937)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009, ss. 88–91.
Onural, A. (çev.), "13. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Kahire, 1–7 Ekim 1984)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 3, 2009, ss. 142–162.
Radikal , "Hayvanlar için 100 bin imza", 3 Eylül 2010.
Radikal , "Suç ve ceza: Hayvana şiddet TCK'ya girsin", 5 Eylül 2010.
Sabah, "TCK'ya sosyal medya ayarı", 21 Haziran 2013.
Sözüer, A., (2004), "Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, C. 1 (*Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli*), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara.
TDK Türkçe Sözlük, C. 2, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1998.
The New York Times, "Holocaust denier in Germany sentenced to five years in prison", 15 Şubat 2007.
Türk Ceza Hukuku Derneği, *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, 2009.
Türk Ceza Kanunu Reformu (*Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli*), C. 1, TBB Yayınları, Ankara, 2004.
Türk Ceza Kanunu Reformu, C. 2 (*Makaleler Görüşler Raporlar*), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004.
Webster's New World Dcitionary of the American Language, The World Publishing, Cleveland and New York, 1968.
Yarsuvat, E. (çev.), "14. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Viyana, 2–7 Ekim 1989)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 3, 2009, ss. 163–184.
Yeni Şafak, 26 Mayıs 2012.
Yücekul, G.K. (çev.), "12. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Hamburg, 16–22 Eylül 1979)", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi,* S. 3, 2009, ss. 127–141.

İnternet Kaynakları

Hammurabi Kanunları, (MÖ 1760), *http://smarthistory.khanacademy.org/law-code-stele-of-king-hammurabi.html.- http://www.constitution.org/ime/hammurabi.pdf.*
http://bianet.org/konu/tck-222.
http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=201&CL=ENG.
http://ec.europa.eu/enlargement/countries/strategy-and-progress-report/index_en.htm.
http://tr.wikisource.org/wiki/%C3%87ocuk_Haklar%C4%B1_Bildirgesi.
http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-7&chapter=4&lang=en.
http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en
http://www.amnesty.org.tr/ai/node/2172/.
http://www.bbp.org.tr/haber_detail.php?haberid=2599.
http://www.etymonline.com.

http://www.hukukimevzuat.com/?x=kanun&id=1207
http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=404:buetuen-kiilerin-zorla-kaybedilmeden-korunmasna-dair-uluslararas-soezleme&catid=19.
http://www.merriam-webster.com.
http://www.state.gov/documents/organization/186624.pdf.
http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c061/tbmm18061127.pdf.
http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c001/b012/tbmm190010120360.pdf.
http://www.tccb.gov.tr/haberler/170/81452/6250-sayili-kanunun-tbmmye-geri-gonderilmesi-suc-ve-ceza-dengesini-yetersiz-buldum.html.
http://www.thefreedictionary.com/paternalism.
Türk Ceza Kanunu Madde Gerekçeleri, 2004, *http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc.*
Tez Yazım Yönergesi, (2012), *http://sosyalbilimler.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/102/files/tez-yazim-yonergesi-14012013.pdf.*
Yapıcı, S., (2012), "Zina Suç mu?.." *http://www.suleymanyapici.com/makalegoster.aspx? makaleid=95.*

RAPORLAR

Amnesty International, "Turkey: Article 301: How the law on "denigrating Turkishness" is an insult to free expression", March 2006, *http://www.amnesty.org/en/library/ asset/EUR44/003/2006/en/1a24fcc9-d44b-11dd-8743-d305bea2b2c7/eur 440032006en.pdf.*
Nefret Suçları Yasa Kampanyası Platformu, *Nefret Suçları Yasa Taslağı*, *http://www.sosyaldegisim.org/wp-content/uploads/2012/11/yasa-taslagi.pdf.*
TCK Adalet Komisyonu Raporu, 2004, *http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/komisyonrapor.doc.*
TCK Kadın Çalışma Grubu, (2003), *Kadın Bakış Açısından Türk Ceza Kanunu TCK Tasarısı Değişiklik Talepleri*, İstanbul.
The Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution (*Wolfenden Report*), (1957), *http://tr.scribd.com/doc/398837/Wolfenden-report.*

Avrupa Birliği İlerleme Raporları*

Türkiye

1998 Yılı İlerleme Raporu, *http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_1998.pdf.*
1999 Yılı İlerleme Raporu, *http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/ AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_1999.pdf.*

* Avrupa Birliği İlerleme Raporlarının tümüne 15-25 Temmuz 2012 tarihleri arasında ulaşılmıştır.

2000 Yılı İlerleme Raporu, *http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/ AdaylikSureci/ IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2000.pdf.*
2001 Yılı İlerleme Raporu, *http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/ AdaylikSureci/ IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2001.pdf.*
2002 Yılı İlerleme Raporu, *http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/ AdaylikSureci/ IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2002.pdf.*
2003 Yılı İlerleme Raporu, *http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/ AdaylikSureci/ IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2003.pdf.*
2004 Yılı İlerleme Raporu, *http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/ AdaylikSureci/ IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2004.pdf.*
2005 Yılı İlerleme Raporu, *http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/ AdaylikSureci/ IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2005.pdf.*
2006 Yılı İlerleme Raporu, *http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/ AdaylikSureci/ IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2006.pdf.*
2007 Yılı İlerleme Raporu, *http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/ AdaylikSureci/ IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2007.pdf.*
2008 Yılı İlerleme Raporu, *http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/ AdaylikSureci/ IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2008.pdf.*
2009 Yılı İlerleme Raporu, *http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/ AdaylikSureci/ IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2009.pdf.*
2010 Yılı İlerleme Raporu, *http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/ AdaylikSureci/ IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2010.pdf.*
2011 Yılı İlerleme Raporu, *http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/ AdaylikSureci/ IlerlemeRaporlari/2011_ilerleme_raporu_tr.pdf.*

Bulgaristan
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_ documents/1998/bulgaria_en.pdf.
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_ documents/1999/bulgaria_en.pdf.
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_ documents/2000/bulgaria_en.pdf.
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_ documents/2001/bulgaria_en.pdf.
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_ documents/2002/bulgaria_en.pdf.

Çek Cumhuriyeti
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1998/czech_en.pdf.
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1999/czech_en.pdf.
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2000/czech_en.pdf.
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2001/czech_en.pdf.
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2002/czech_en.pdf.

Estonya
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1998/estonia_en.pdf.
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1999/estonia_en.pdf.
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2000/estonia_en.pdf.
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2001/estonia_en.pdf.
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2002/estonia_en.pdf.

Güney Kıbrıs
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1998/cyprus_en.pdf.

http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1999/cyprus_en.pdf.
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2000/cy_en.pdf.
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2001/cy_en.pdf.
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2002/cy_en.pdf.

Letonya
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1998/latvia_en.pdf..
http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1999/latvia_en.pd.

MEVZUAT*

Anayasa Metinleri

ABD (1787), *http://uscode.house.gov/pdf/Organic%20Laws/const. pdf.*
Almanya (1949), *https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf.*
Arjantin (1853), *http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Argentina-Constitution.pdf.*
Arnavutluk (1998), *http://www.unhcr.org/refworld/country,,,LEGISLATION,ALB,, 4c1f68912,0. html.*
Avustralya (1990), *http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Powers_practice _n_ procedures/Constitution.aspx.*
Avusturya (1920), *http://www.servat.unibe.ch/icl/au__indx.html.*
Azerbaycan (1995), *http://azerbaijan.az/portal/General/Constitution/doc/constitution _e.pdf.*
Bahreyn (2002), *http://www.bahrain-embassy.or.jp/en/constitution.pdf.*
Çin (1982), *http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/node_2825.htm.*
Danimarka (1953), *http://www.thedanishparliament.dk/Democracy/The_Constitutional_ Act_of_ Denmark.aspx.*
Endonezya (1945), *http://www.embassyofindonesia.org/about/pdf/Indonesian Constitution.pdf.*
Ermenistan (1995), *http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID= 2425&lang=eng.*
Estonya (1992), *http://www.president.ee/en/republic-of-estonia/the-constitution /index.pdf.*
Etiyopya (1994), *http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=193667.*
Fas (2011), *http://www.ancl-radc.org.za/sites/default/files/morocco_eng.pdf.*
Fransa (1958), *http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp.*
Güney Afrika (1996), *http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf.*
Güney Kıbrıs (1960), *http://www.presidency.gov.cy/presidency/presidency.nsf/all/ 1003AEDD83EED9C7C225756F0023C6AD/$file/CY_Constitution.pdf?openele ment.*
Güney Kore (1948), *http://korea.assembly.go.kr/res/low_01_read.jsp?boardid =1000000035.*

* Uluslararası sözleşmelerin kaynakları metin içinde gösterilmiştir.

Gürcistan (1995), *http://www.parliament.ge/files/68_1944_951190_CONSTIT _27_12.06.pdf.*
Hindistan (1949), *http://lawmin.nic.in/coi/coiason29july08.pdf.*
Hırvatistan (1990), *http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=2405.*
Hollanda (1814/2008), *http://www.government.nl/documents-and-publications/ regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008.html.*
İran (1979), *http://www.alaviandassociates.com/documents/constitution.pdf.*
İspanya (1978), *http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_ Normas/ Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf.*
İsrail (1992), *http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic3_eng.htm.*
İsveç (1975), *http://www.servat.unibe.ch/icl/sw00000_.html.*
İsviçre (1999), *http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf.*
İtalya (1947), *http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_ inglese.pdf.*
İzlanda (1944), *http://www.government.is/media/Skjol/constitution_of_iceland.pdf.*
Japonya (1946), *http://www.kantei.go.jp/foreign/constitution_and_government_of_ japan/ constitution_e.html.*
Kamboçya (1993), *http://www.ccc.gov.kh/english/CONSTITUTIONEng.pdf.*
Kanada (1982), *http://publications.gc.ca/collections/Collection/CH37-4-3-2002E.pdf?.*
Katar (2003), *http://www.almeezan.qa/LawPage.aspx?id=2284&language=en.*
Kenya (2010), *http://www.kenyaembassy.com/pdfs/The%20Constitution%20of%20 Kenya.pdf.*
Kuveyt (1962), *http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181003.*
Kuzey Kore (2009), *http://www.servat.unibe.ch/icl/kn00000_.html.*
Küba (1976), *http://www.servat.unibe.ch/icl/cu__indx.html.*
Liberya (1986), *http://www.liberianlegal.com/constitution1986.htm.*
Moğolistan (1992), *http://www.servat.unibe.ch/icl/mg00000_.html.*
Paraguay (1992), *http://www.servat.unibe.ch/icl/pa00000_.html.*
Polonya (1997), *http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm.*
Ruanda (2003), *http://www.mod.gov.rw/?Constitution-of-the-Republic-of.*
Rusya (1993), *http://eng.constitution.kremlin.ru/.*
Slovakya (1992), *http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/--- ilo_aids/ documents/legaldocument/wcms_128037.pdf.*
Suudi Arabistan (1992), *http://www.servat.unibe.ch/icl/sa00000_.html.*
Tacikistan (1994), *http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=237282.*
Venezuella (1961), *http://www.venezuelaemb.or.kr/english/ConstitutionoftheBolivarian ingles.pdf.*
Yeni Zelanda (1986), *http://www.legislation.govt.nz/act/public/1986/0114/latest/ DLM94204.html.*
Yunanistan (1975), *http://www.cecl.gr/RigasNetwork/databank/Constitutions/ Greece.html.*

Ceza Kanunları

Arnavutluk, *http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/47*

Azerbaycan, *http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/43*

Bosna-Hersek, *http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/40*

Bulgaristan, *http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/39*

Ermenistan, *http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/45*

Malta, *http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/15*

Tacikistan, *http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/49*

MAHKEME KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

A, B ve C v. İrlanda, (Başvuru no: 25579/05, K.T. 16 Aralık 2010), *http://hudoc.echr. coe.int/sites/ eng/pages/search.aspx?i=001-118789.*

Asadbeyli and others v. Azerbaijan (Başvuru no: 3653/05, 14729/05, 20908/05, 26242/05, 36083/05 ve 16519/06, K.T.), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/ pages/search.aspx?i=001-11520..*

Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye, (Başvuru no: 23536/94 ve 24408/94, K.T. 8 Temmuz 1999), *http:// www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/baskyaveokcuoglu.pdf.*

Ece ve Zeyrek v. Türkiye, (Başvuru no: 29295/95 ve 29363/95, K.T. 27 Şubat 2001), *http://www. inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ecervezeyrek.pdf.*

Dink v. Türkiye, (Başvuru no: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, K.T. 14 Eylül 2010), *http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/dink.pdf.*

Handyside v.the United Kingdom, (Başvuru no. 5493/72, K.T. 7 Aralık 1972). *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499*

K.-H.W. v. Germany, (Başvuru no: 37201/97, K.T. 22 Mart 2001), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59352.*

Kurt v. Türkiye, (Başvuru no: 15/1997/799/1002, K.T. 25 Mayıs 1998), *http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/kurt.pdf*, par. 133-134.

Norris v. Ireland,(Başvuru no: 10581/83, K.T. 26 Ekim 1988), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/ pages/search.aspx?i=001-57547.*

Opuz v. Türkiye, (Başvuru no: 33401/02, K.T. 9 Haziran 2009), *http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/opuz2009.pdf.*

Otto-Preminger-Institut v. Austria, (Başvuru no. 13470/87, K.T. 20 Eylül 1994), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57897.*

P. and S. v. Poland, (Başvuru no: 57675/08, K.T. 30 Ekim 2012), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i= 001-114098.*

Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya, (Başvuru no: 25965/04, K.T. 7 Ocak 2010), *http://hudoc.echr.coe.int/ sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111116.*

Razaghi v. Sweden, (Başvuru no: 64599/01, K.T. 25 Ocak 2005), *http://hudoc. echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68079.*

Sergey Zzolotukhin v. Russia, (Başvuru no: 14939/03, K.T. 10 Şubat 2009), *http://hudoc.echr.coe.int/ sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91222.*

Streletz, Kessler and Krenz v. Germany, (Başvuru no: 34044/96, 35532/97, 44801/98, K.T. 22 Mart 2001), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i= 001-59353.*

Stübing v. Germany, (Başvuru no: 43547/08, K.T. 12 Nisan 2012, BD 24 Eylül 2012), *http://hudoc. echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-110314.*
Şerif v. Yunanistan, (Başvuru no: 38178/97, K.T. 14 Aralık 1999), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/ eng/pages/search.aspx?i=001-58518.*
Tanrıkulu v. Türkiye Kararı (1999), *http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ tanrikulu.pdf.*
Tyrer v. The United Kingdom, (Başvuru no: 5856/72, K.T.), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/ search. aspx?i=001-57587.*
Tysiąc v. Polonya, (Başvuru no: 5410/03, K.T. 20 Mart 2007), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-119624.*
Ünsal Öztürk v. Türkiye, (Başvuru no. 29365/95, K.T. 4 Ekim 2005), *http://www.inhak.adalet.gov.tr/ ara/karar/unsalozturk.pdf.*
Vyerentsov v. Ukraine, (Başvuru no. 20372/11, K.T. 11 Nisan 2013), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/ eng/pages/search.aspx?i=001-118393.*
Welch v. the United Kingdom, (Başvuru no: 17440/90, K.T. 5 Şubat 1995), *http://hudoc.echr.coe.int/ sites/eng /pages/search.aspx?i=001-57927.*
Wingrove v. The United Kingdom, (Başvuru no. 17419/90, K.T. 25 Kasım 1996), *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58080.*
http://aihm.anadolu.edu.tr/

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E. 1963/132, K. 1966/29, K.T. 28 Haziran 1966, (*Resmi Gazete*, T. 27 Haziran 1967, S. 12632).
AYM, E. 1963/207, K. 1963/175, K.T. 1 Temmuz 1963, (*Resmi Gazete*, T. 7 Ekim 1963, S. 11524).
AYM, E. 1963/330, K. 1964/15, K.T. 11 Şubat 1964, (*Resmi Gazete*, T. 14 Temmuz 1964, S. 11753).
AYM, E. 1966/4, K. 1966/25, K.T. 3 Mayıs 1966, (*Resmi Gazete*, T. 11 Temmuz 1966, S. 12345).
AYM, E. 1966/30, K. 1967/9, K.T. 2 Mart 1967, (*Resmi Gazete*, T. 19 Eylül 1967, S. 12703).
AYM, E. 1967/52, K. 1968/29, K.T. 2 Temmuz 1968, (*Resmi Gazete,* T. 17 Aralık 1968, S. 13069).
AYM, E. 1968/13, K. 1968/56, K.T. 28 Kasım 1968, (*Resmi Gazete,* T. 8 Temmuz 1969, S. 130243).
AYM, E. 1979/8, K. 1979/35, K.T. 28 Haziran 1979, (*Resmi Gazete*, T. 29 Kasım 1979, S. 16824).
AYM, E. 1979/35, K. 1980/17, K.T. 6 Mart 1980, (*Resmi Gazete*, T. 9 Haziran 1980, S. 17012).
AYM, E. 1980/34, K. 1980/58, K.T. 18 Kasım 1980, (*Resmi Gazete*, T. 18 Ocak 1981, S. 17224).
AYM, E. 1980/63, K. 1980/68, K.T. 11 Aralık 1980, (*Resmi Gazete*, T. 20 Şubat 1981, S. 17257).
AYM, E. 1981/16, K. 1981/29, K.T. 29 Aralık 1981, (*Resmi Gazete*, T. 22 Mayıs 1981, S. 17701).

AYM, E. 1985/31, K. 1986/11, K.T. 27 Mart 1986, (*Resmi Gazete*, T. 9 Mayıs 1986, 19102).
AYM, E. 1987/28, K. 1988/16, K.T. 3 Haziran 1988, (*Resmi Gazete*, T. 20 Ağustos 1988, S. 19905).
AYM, E. 1988/4, K. 1989/3, K.T. 12 Ocak 1989, (*Resmi Gazete*, T. 10 Ocak 1990, S. 20389).
AYM, E. 1990/17, K. 1990/23, K.T. 20 Eylül 1990. (*Resmi Gazete,* T. 26 Ekim 1990, S. 20677).
AYM, E. 1990/35, K. 1991/13, K.T. 6 Haziran 1991, (*Resmi Gazete*, T. 27 Ekim 1994, S. 22094).
AYM, E. 1991/18, K. 1992/20, K.T. 31 Mart 1992, (*Resmi Gazete*, T. 27 Ocak 1993, S. 21478).
AYM, E. 1996/15, K. 1996/34, K.T. 23 Eylül 1996, (*Resmi Gazete*, T. 27 Aralık 1996, S. 22860).
AYM, E. 1996/68, K. 1999/1, K.T. 6Ocak 1999, (*Resmi Gazete*, T. 19 Ocak 2001, S. 24292).
AYM, E. 1996/77, K. 1997/64, K.T. 9 Ekim 1997, (*Resmi Gazete*, T. 18 Haziran 1998, S. 23376).
AYM, E. 1997/45, K. 1998/48, K.T. 16 Temmuz 1998, (*Resmi Gazete*, T. 22 Kasım 2003, S. 25297).
AYM, E. 1998/3, K. 1998/28, K.T. 23 Haziran 1998, (*Resmi Gazete*, T. 13 Mart 1999, S. 23638).
AYM, E. 1999/27, K. 1999/42, K.T. 24 Kasım 1999, (*Resmi Gazete*, T. 2 Mayıs2002, S. 24743).
AYM, E. 2002/100, K. 2004/109, K.T. 21 Eylül 2004, (*Resmi Gazete* T. 4 Ağustos 2006, S. 26249).
AYM, E. 2002/146, K. 2002/201, K.T. 27 Aralık 2002, (*Resmi Gazete* T. 11 Aralık 2003, S. 25282).
AYM, E. 2004/63, K. 2006/94, K.T. 27 Eylül 2006, *(Resmi Gazete,* T. 24 Mayıs 2007, S. 26531).
AYM, E. 2004/92, K. 2008/119, K.T. 12 Haziran 2008, (*Resmi Gazete*, T. 5 Kasım 2008, S. 27045).
AYM, E. 2005/15, K. 2008/2, K.T. 3 Ocak 2008, (*Resmi Gazete*, T. 5 Temmuz 2008, S. 26927).
AYM, E. 2005/75, K. 2008/1, K.T. 3 Ocak 2008, (*Resmi Gazete*, T. 30 Ocak 2008, S. 26772).
AYM, E. 2005/79, K. 2009/38, K.T. 5 Mart 2009, (*Resmi Gazete*, T. 3 Ekim 2009, S. 27365).
AYM, E. 2005/103, K. 2005/89, K.T. 23 Kasım 2005, (*Resmi Gazete*, T. 25 Şubat 2006, S. 26091).
AYM, E. 2005/107, K. 2009/23, K.T. 19 Şubat 2009, (*Resmi Gazete*, T. 30 Mayıs 2009, S. 27243).
AYM, E. 2005/116, K. 2009/27, K.T. 19 Şubat 2009, (*Resmi Gazete*, T. 10 Haziran 2009, S. 27254).
AYM, E. 2005/120, K. 2009/40, K.T. 5 Mart 2009, (*Resmi Gazete*, T. 27 Mart 2010, S. 27534).
AYM, E. 2005/151, K. 2008/37, K.T. 3 Ocak 2008, (*Resmi Gazete*, T. 29 Mart 2008, S. 26831).

AYM, E. 2006/17, K. 2009/33, K.T. 26 Şubat 2009, (*Resmi Gazete*, T. 2 Haziran 2009, S. 27246).
AYM, E. 2006/19, K. 2009/32, K.T. 26 Şubat 2009, (*Resmi Gazete*, T. 25 Haziran 2009, S. 27269).
AYM, E. 2006/72, K. 2009/24, K.T. 19 Şubat 2009, (*Resmi Gazete*, T. 25 Haziran 2010, S. 27269).
AYM, E. 2006/77, K. 2009/39, K.T. 5 Mart 2009, (*Resmi Gazete*, T. 27 Mart 2010, S. 27534).
AYM, E. 2006/96, K. 2008/65, K.T. 28 Şubat 2008, (*Resmi Gazete*, T. 10 Nisan 2008, S. 26843).
AYM, E. 2006/103, K. 2009/149, K.T. 5 Kasım 2009, (*Resmi Gazete*, T. 21 Haziran 2010, S. 27619).
AYM, E. 2006/106, K. 2009/124, K.T. 1 Ekim 2009, (*Resmi Gazete*, T. 8 Mart 2009, S. 27868).
AYM, E. 2006/107, K. 2009/28, K.T. 19 Şubat 2009, (*Resmi Gazete*, T. 2 Haziran 2009, S. 27246).
AYM, E. 2006/123, K. 2009/43, K.T. 5 Mart 2009, (*Resmi Gazete*, T. 2 Haziran 2009, S. 27246).
AYM, E. 2006/136, K. 2008/3, K.T. 3 Ocak 2008, (*Resmi Gazete*, T. 31 Ocak 2008, S. 26773).
AYM, E. 2006/147, K. 2008/144, K.T. 18 Eylül 2008, (*Resmi Gazete*, T. 23 Aralık 2008, S. 27096).
AYM, E. 2006/154, K. 2009/35, K.T. 26 Şubat 2009, (*Resmi Gazete*, T. 5 Haziran 2009, S. 27249).
AYM, E. 2007/22, K. 2009/37, K.T. 26 Şubat 2009, (*Resmi Gazete*, T. 5 Haziran 2009, S. 27249).
AYM, E. 2007/46, K. 2009/36, K.T. 26 Şubat 2009, (*Resmi Gazete*, T. 5 Haziran 2009, S. 27249).
AYM, E. 2007/58, K. 2008/178, K.T. 27 Kasım 2008, (*Resmi Gazete*, T. 29 Ocak 2009, S. 27125).
AYM, E. 2007/68, K. 2010/2, K.T. 14 Ocak 2010, (*Resmi Gazete*, T. 28 Nisan 2010, S. 27565).
AYM, E. 2007/69, K. 2009/26, K.T. 19 Şubat 2009, (*Resmi Gazete*, T. 2 Haziran 2009, S. 27246).
AYM, E. 2007/85, K. 2009/42, K.T. 5 Mart 2009, (*Resmi Gazete*, T. 5 Haziran 2009, S. 27249).
AYM, E. 2007/91, K. 2009/25, K.T. 19 Şubat 2009, (*Resmi Gazete*, T. 2 Haziran 2009, S. 27246).
AYM, E. 2007/95, K. 2011/61, K.T. 30 Mart 2011, (*Resmi Gazete*, T. 5 Temmuz 2011, S. 27985).
AYM, E. 2007/96, K. 2009/34, K.T. 26 Şubat 2009, (*Resmi Gazete*, T. 5 Haziran 2009, S. 27249).
AYM, E. 2007/98, K. 2010/33, K.T. 4 Şubat 2010, (*Resmi Gazete*, T. 18 Mayıs 2010, S. 27585).
AYM, E. 2008/12, K. 2011/104, K.T. 16 Haziran 2011, (*Resmi Gazete*, T. 28 Aralık 2011, S. 28156).
AYM, E. 2008/14, K. 2010/51, K.T. 24 Mart 2010, (*Resmi Gazete*, T. 21 Haziran 2010, S. 27619).

AYM, E. 2008/93, K. 2009/41, K.T. 5 Mart 2009, (*Resmi Gazete*, T. 10 Haziran 2009, S. 27254).
AYM, E. 2008/99, K. 2010/42, K.T. 25 Şubat 2010, (*Resmi Gazete*, T. 18 Mayıs 2010, S. 27585).
AYM, E. 2009/6, K. 2010/19, K.T. 28 Ocak 2010, (*Resmi Gazete*, T. 18 Mayıs 2010, S. 27585).
AYM, E. 2009/16, K. 2009/46, K.T. 12 Mart 2009, (*Resmi Gazete*, T. 30 Mayıs 2009, S. 27243).
AYM, E. 2009/17, K. 2009/47, K.T. 12 Mart 2009, (*Resmi Gazete*, T. 25 Haziran 2009, S. 27269).
AYM, E. 2009/18, K. 2009/65, K.T. 13 Mayıs 2009, (*Resmi Gazete*, T. 7 Temmuz 2009, S. 27634).
AYM, E. 2009/38, K. 2009/70, K.T. 3 Haziran 2009, (*Resmi Gazete*, T. 6 Ekim 2009, S. 27368).
AYM, E. 2009/87, K. 2011/30, K.T. 3 Şubat 2011, (*Resmi Gazete*, T. 6 Temmuz 2011, S. 27986).
AYM, E. 2010/3, K. 2011/53, K.T. 17 Mart 2011, (*Resmi Gazete*, T. 12 Temmuz 2011, S. 27992).
AYM, E. 2010/6, K. 2011/54, K.T. 17 Mart 2011, (*Resmi Gazete*, T. 6 Temmuz 2011, S. 27986).
AYM, E. 2010/19, K. 2011/6, K.T. 6 Ocak 2011, (*Resmi Gazete*, T. 26 Şubat 2011, S. 27858).
AYM, E. 2010/52, K. 2011/113, K.T. 30 Haziran 2011, (*Resmi Gazete*, T. 15 Ekim 1011, S. 28085).
AYM, E. 2010/68, K. 2011/114, K.T. 30 Haziran 2011, (*Resmi Gazete*, T. 23 Temmuz 2011, S. 28003).
AYM, E. 2010/69, K. 2011/116, K.T. 7 Temmuz 2011, (*Resmi Gazete*, T. 21 Ekim 2011, S. 28091).
AYM, E. 2010/116, K. 2011/118, K.T. 7 Temmuz 2011, (*Resmi Gazete*, T. 21 Ekim 2011, S. 28091).

ABD Yüksek Mahkemesi

Lawrence et. al. v. Texas, 539 U. S. 558 (2003). *http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/539bv.pdf.*

Fransız Anayasa Konseyi

Decision n° 2010-605 (*http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/en2010_605dc.pdf)*

ÖZ GEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler	**:**
Adı ve Soyadı	: Veysel DİNLER
Doğum Yeri ve Yılı	: Çorum – 1979
Medeni Hali	: Evli
Eğitim Durumu	**:**
Lisans Öğrenimi	: Polis Akademisi/Ankara (2000)
Yüksek Lisans Öğrenimi	: (I) Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı /Isparta (2003) (II) Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Suç Araştırmaları Anabilim Dalı/Ankara (2009)

Yabancı Dil(ler) ve Düzeyi :

l. İngilizce (ÜDS-63,75)

İş Deneyimi :

1. Polis Amiri, Emniyet Genel Müdürlüğü (2000 – 2008)
2. Güvenlik Gözlemcisi, Birleşmiş Milletler (2006 – 2007)
3. Öğretim Görevlisi, Hitit Üniversitesi İİBF Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü (2008 – devam ediyor)

Bilimsel Yayınlar ve Çalışmalar :

1. Metin Y. ve Dinler V., (2012), "Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları", *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan,* Ed. Alparslan Altan ve diğ., Ankara, (ss. 1-54).
2. Dinler V., (2012), "Anayasalarda Cezalandırmaya İlişkin İlkeler- Türkiye'de Yeni Anayasa Çalışmalarına Işık Tutmak Üzere Karşılıklı Bir İnceleme", *Anayasa Hukuku Sempozyumu (Genç Akademisyenler/Güncel Araştırmalar)*, Koç Üniversitesi, 26 Haziran 2012, İstanbul.
3. Dinler V./Akçakaya O. (2012), "The Recording Devices Dilemma: Privacy of Individual Life vs. Security", *12th Annual Conference of ESC (Criminology in the 21st Century: A Necessary Balance between Freedom and Security)*, Universidad del Pais Vasco, 12-15 Eylül 2012, Bilbao/İspanya.
4. Dinler V., (2011), "Anayasal Haklar ve Özgürlükler", *Siyaset Biliminde Kuram Yöntem Güncel Yaklaşımlar*, Ed. Baran Dural, Kriter Yayınevi, İstanbul, (ss. 104–137).
5. Dinler V. (2011), "The Problem of Punishing Unnatural Manner Obscenity", *11th Annual Conference of ESC Rethinking Crime and Punishment in Europe*, 21-24 September 2011 Vilnius.

6. Dinler, V. (2010), “Hukuki Açıdan Alevilerin Talepleri”, *Uluslararası Hacı Bektaş Veli Sempozyumu*, Hitit Üniversitesi, 7–9 Mayıs 2010 Çorum. (ss. 1071–1104).
7. Dinler, V. (2009), “Cinsel Sömürü Amaçlı İnsan Ticareti Suçunun Yöntemi ve Mağdurları”, *Yerelden Küresele Sınıraşan Suçlar*, Ed. S. Özeren, M.A. Sözer ve O.Ö. Demir, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2010 (ss. 189-218)
8. Dinler, V. ve İçli, T. (2009), “Suç ve Yoksulluk Etkiselliği (Isparta Cezaevi Örneği)”, *Uluslararası Davraz Kongresi: Küresel Diyalog*, Süleyman Demirel Üniversitesi, 24–27 Eylül 2009 Isparta, (ss. 2469- 2486).
9. Dinler, V. (2008), “‘Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı' Açısından İdarenin Sorumluluğu”, *Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 1, S. 1 (ss. 1–19).
10. Metin Y., Dinler V. (2008), “İspanya’da Batasuna Partisinin Yasaklanması”, *Terazi Hukuk Dergisi,* S. 20, (ss. 37–49).
11. Dinler V., (2006), “Kolluğun Olay Yeri İnceleme Yetkisi”, Suç Analizi – 1, Ed. M. Kaygısız ve H. Sever, Adalet Yayınevi, Ankara, (ss. 115–129).
12. Dinler V., (2006), “Mağduriyet Kavramına Çok Yönlü Yaklaşım”, Suç Mağdurları, Ed. H. İbrahim Bahar, Adalet Yayınevi, Ankara, (ss. 49–71).
13. Dinler V. (2001), “İnsan Hakları İhlallerinde İdarenin Genel Sorumluluğu”, *Polis Bilimleri Dergisi*, C. III, S. 3 – 4, (ss. 85–104).
14. Dinler V. (1999), “Devlet Paradigması ve Polisin Kurumsallaşması”, *Polis Bilimleri Dergisi*, C. I, S. 3, (ss. 49–58).