



HUKUK
FAKÜLTESİ
DERGİSİ

*

Prof. Dr.
Köksal
Bayraktar'a
Armağan

Cilt I

1
2010

ISSN : 1303-6556



HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a
Armağan


Cilt I

1/2010

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

2010/1

*Sevgili ve değerli kardeşim,
yuv. Doç. Dr. Zeynel Kaya'ya
En iyi dileklerle
03/02/20*

**PROF. DR. 
KÖKSAL BAYRAKTAR'A
ARMAĞAN**

Cilt I

Hakemli Dergi

Güven Tamer D., Roma Hukukunda Boni Mores Doktrini, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.

Harries J., Law and Crime in the Roman World, Cambridge 2007.

Iustinianus Institutiones, çev. Ziya Umur, İstanbul 1968.

İpek N., Concubinatus, YÜHFD, C.V, S.2, Yıl 2008.

Küçük E., XII. Rönesansı ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku, AÜHFD, C.56, S.4, 2007, s.119.

Okandan, Recai G., Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul 1951.

Paribeni R., Roma Hukukunda Aile Kurumu, İÜHFM, Yıl I, İstanbul 1935.

Sancaktar O., Özelleştirmenin Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayırımına Etkileri ve Bu Bağlamda Güncel Özelleştirme Tartışmalarındaki Görüşler, DEÜHFD, C.8, S.1, 2006.

Sandalcı S., Eski Roma Yazınında Satir Türü ve Kadın, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1999.

Scheid J., "Romalı Kadınların Dinsel Rollerini", Kadınların Tarihi, Ana Tanrıçalardan Hıristiyan Azizelere, C.I, çev. Ahmet Fethi, İstanbul 2005.

Shelton Jo-Ann, As the Romans Did – A Sourcebook in Roman Social History, Oxford 1998.

Sögüt İ.S., Roma'nın Eski Hukuk Döneminde Kadın, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C.2, İstanbul 2010.

Strachan-Davidson J.L., Problems Of The Roman Criminal Law, Littleton, Colorado 1991.

Tamer D., Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis, İstanbul 2007 (Cinsel Suçlar).

Tannahill R., Tarihte Cinsellik, çev. Sinem Gül, Ankara 2003.

Titus Livius, Roma Tarihi, Şehrin Kuruluşundan İtibaren (Ad Urbe Condita), çev. Sabahat Şenbark, Kitap 8, Caput 18, İstanbul 1999.

Umur Z., Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999(Ders Notları).

Umur Z., Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi, İstanbul 1982(Roma Hukuku).

Umur Z., Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1975 (Lügat).

Villers R., Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar, Kadının Hukuki Durumu, çev. Bülent Tahiroğlu, İÜHFM, C.XXXIX, S.1-4.

Wilinski A., Roma Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı, çev. Belgin Erdoğmuş, DÜHFD, Yıl 1983, S.1.

Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması

Zeynel T. KANGAL*

I. Genel Olarak Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması

1. Kavram

Ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması, bir ceza kanunu hükümlerinin zaman dilimi itibarıyla hangi andan itibaren uygulanabileceği sorunuyla ilgilidir. Başka bir ifadeyle, bir ceza kuralının zaman sürecinde hangi tarihten itibaren uygulanacağını ve hangi tarihten sonra uygulanmayacağını belirlemesi gerekmektedir.

Ceza kanunlarının yürürlüğe girme ve yürürlükten kalkma bakımından diğer kanunlardan bir farkı bulunmamaktadır. Buna göre, her kanunun Resmî Gazete'de yayınlanması gerekmektedir (1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun md. 1). Ancak bunun yeterli olmayıp, Resmî Gazete'nin Basın Kanunu md. 2 anlamında da kamuya duyurulması gerektiği de belirtilmektedir¹. Kanunlar genelde yürürlüğe girecekleri tarihi gösterirler. Bu açık bir tarih belirleme şeklinde olabileceği gibi (örneğin 01.01.2012), kanunun Resmî Gazete'de yayınlandığı günden itibaren belirli bir zamanın geçmesini öngörmek suretiyle de olabilir (örneğin yayımlandığı tarihten itibaren 3 ayın dolmasıyla yürürlüğe girer). Eğer bir kanun yürürlüğe giriş tarihini göstermemişse, 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun md. 3 gereğince, Resmî Gazete'de yayını takip eden günün başlangıcından itibaren 45 günün bitiminden itibaren yürürlüğe girecektir.

* Yrd. Doç. Dr., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ **ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara 2009, sh: 148; **KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara 2010, sh: 62.

Ceza kanunlarının yürürlükten kalkmaları da diğer kanunlardan farklı değildir. Bu da dört şekilde olmaktadır. Birincisi, bir kanunun daha sonra çıkarılan kanun tarafından açıkça yürürlükten kaldırılmasıdır. Örneğin 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun md. 12/1-b, 765 sayılı TCK'yı yürürlükten kaldırdığını açıkça ifade etmektedir. İkincisi ise, bir kanunun hükümlerinin sonraki kanunun hükümleri ile çatışması hâlinde zımnen yürürlükten kalkmasıdır². Üçüncüsü ise, kanunun süreli kanun olmasıdır. Buna göre, kanun yürürlükte kalacağı süreyi belirlemişse veya yürürlükten kalkacağı zamanı göstermişse, bu sürenin dolmasıyla veya gösterdiği tarihin gelmesiyle kendiliğinden yürürlükten kalkar. Dördüncüsü de, bir kanun düzenlemesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesidir (AY md. 153).

Fiilin gerçekleştirildiği zamanda yürürlükte bulunan hukuk kuralları ilk derece mahkemesince veya kanun yolu mahkemesince hüküm verilinceye, hatta infaz tamamlanıncaya kadar failin lehine veya aleyhine olarak değiştirilmiş olabilir. Böyle bir durumda uygulanması gereken hukuk kurallının belirlenmesi gerekmektedir. Bu tür durumlarda fiilin gerçekleştiği zaman henüz yürürlükte bulunmayan kurallar geçmişe uygulanacak ya da hüküm ve infaz anında artık yürürlükte bulunmayan kurallar uygulanmaya devam edecektir. Somut olayda zaman bakımından birbirleriyle çatışan birden çok ceza kanunu varsa, kanunlardan biri diğeri karşısında uygulama alanı bulacaktır³.

2. Kanunların Zaman Bakımından Uygulanmasında Sistemler

Kanunların zaman bakımından uygulanmasında üç sistem vardır. Bunlar, derhal uygulama ilkesi, geçmişe uygulama ilkesi ve ileriye uygulama ilkesinden ibarettir.

Derhal uygulama ilkesi, bir kanunun yürürlüğe girdiği andan itibaren gerçekleşen olaylara ve işlemlere uygulanmasını ifade etmektedir. Kanunların uygulanması bakımından kabul edilen temel ilke derhal uygu-

² Zımnî ilgada çeşitli ihtimaller ortaya çıkabilmektedir. Önceki ve sonraki kanunlar genel nitelikteki kanunlar ise, sonraki genel kanun önceki genel kanunu zımnen yürürlükten kaldırır. Önceki kanun genel, sonraki kanun özel ise, önceki genel kanunun sonraki özel kanun ile çelişen hükümlerinin zımnen yürürlükten kalkmış olduğu kabul edilir. Sonraki kanunun genel, önceki kanunun özel olması durumunda, önceki özel kanun hükümleri yürürlükten kalkmaz. Önceki ve sonraki kanunlar özel nitelikte iseler, sonraki özel kanun uygulanır (bkz. **KATOĞLU, Tuğrul**: *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, Ankara 2008, sh: 38-39).

³ **SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst**: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München 2010, (**ESER, Albin/HECKER, Bernd**), § 2, No: 1.

lama ilkesidir. Bu ilke hukukun bütün dalları için geçerlidir⁴. Derhal uygulama ilkesi sonraki kanunun önceki kanunu ilga etmesi ilkesi (*lex posterior derogat legi priori*) ile de bağlantılıdır. Yeni bir kanun yürürlüğe girdiğinde aynı konuyu düzenleyen kanun geçerliliğini kaybeder ve yeni kanun yürürlük tarihinden sonra işlenen fiillere ve işlemlere uygulanır. Böylece derhal uygulama ilkesi bünyesinde geçmişe uygulama yasağını da barındırmaktadır. Başka bir ifadeyle, bir kanun ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleşen fiillere ve işlemlere uygulanabileceğinden, yürürlüğe girmeden önce gerçekleşen fiillere ve işlemlere uygulanması olanaklı değildir. TCK md. 7/1,c.1 ve 7/3 bunu dile getirmektedirler.

Geçmişe uygulama ilkesi, bir kanunun, yürürlüğe girmeden önce gerçekleşmiş fiillere ve işlemlere de uygulanması hâlinde sözkonusu olmaktadır. Bir kanunun geçmişe uygulanması istisna niteliğinde olduğundan, bunun sadece ilgili kanunda veya başka bir kanundaki bir düzenleme ile gösterilmesi gerekmektedir. TCK md. 7/2, sonraki kanunun failin daha lehine olması hâlinde yürürlüğe girmeden önce işlenmiş suçlara uygulanabileceğini öngörerek böyle bir istisnaya yer vermiştir.

İleriye uygulama ilkesi ise, bazı kanunların yürürlükten veya uygulamadan kaldırılmış olmalarına rağmen, yürürlükte buldukları veya uygulandıkları dönemde gerçekleşmiş fiillere ve işlemlere uygulanmaya devam etmeleri hâlinde sözkonusudur. Ancak bunun için genelde geçiş hükümlerine ihtiyaç bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, bazı kanunlar kaldırılmalarına ve yerlerine yenilerinin getirilmesine rağmen, geçiş hükümleri öngörülerek uygulanmaya devam edebilmektedirler. Bu tür hükümler özellikle temel kanunlar için ayrıca çıkarılan yürürlük kanunlarında ya da ilgili kanunun son veya geçiş hükümlerinde yer alırlar. Bununla birlikte TCK md. 7/4 böyle bir hükme genel hükümlerde yer vermiştir. Buna göre, geçici veya süreli kanunlar bakımından ileriye uygulama ilkesi kabul edilmiştir. Yine bir suç düzenlemesi içeren bir kanun yürürlükten kalkmasına rağmen, sonraki kanuna göre daha lehe ise, uygulanmaya devam eder (TCK md. 7/2).

II. Geçmişe Uygulama Yasağı

1. Kavram

Kanun koyucu özellikle toplumda infial yaratan bazı olaylara kamuoyunun baskısıyla ve siyasi kargaşayı engellemek için sonradan oluşturduğu

⁴ **ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan**: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2011, sh: 90; **ÜNVER, Yener**: "Ceza Yargılaması Normlarının Derhal Uygulanması İlkesine İlişkin Bir Yargıtay CGK. Kararının İncelenmesi", İÜHF 1991-1994, c: LIV, sy: 1-4, sh: 209.

suç tiplerini uygulama veya ilgili suç tipindeki cezayı ağırlaştırma yanlına düşebilir⁵. Bu tür kanunların çıkarılarak yürürlük tarihinden önce gerçekleşmiş fiillere uygulanmasının engellenmesi kanunilik ilkesinin görünüm şekillerinden biri olan geçmişe uygulama yasağının kabulüyle mümkün olabilmektedir. Geçmişe uygulama yasağı, cezayı gerekçelendiren veya ağırlaştırıcı bir kanunun, henüz yürürlüğe girmeden önce işlenmiş olan bir fiile failin aleyhine olarak uygulanmasını engellemektedir⁶. Başka bir ifadeyle, failin gerçekleştirildiği tarihte henüz yürürlükte olmayan, dolayısıyla da failin bilme olanağının bulunmadığı bir kanundan dolayı bir kişiye ceza verilmesini geçmişe uygulama yasağı engellemektedir⁷. Bununla birlikte failin lehine olan kanun değişikliklerinin geçmişe uygulanması yasağın kapsamında değildir.

⁵ **ROXIN, Claus:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München 2006, § 5, No: 51. Bazı devletlerin geçmişinde bu tür uygulamalar bulunmaktadır. Örneğin, 1949 yılında Çin Halk Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra Çin merkezli hükümetinin 1951'de çıkardığı ve 21 paragraftan oluşan Karşıdevrimin Cezalandırılması Hakkında Tüzük, 18. paragrafında Tüzüğün yürürlüğe giriş tarihinden önceki karşıdevrimci fiillere de uygulanacağını ifade etmişti. 01.07.1979 tarihinde kabul edilip, 01.01.1980 tarihinde yürürlüğe giren Çin Halk Cumhuriyeti Ceza Kanunu 9. paragrafında geçmişe uygulama yasağını kabul ederek bu uygulamaya son vermiştir. 1997 tarihli Çin Halk Cumhuriyeti Ceza Kanunu da geçmişe uygulama yasağını sürdürmektedir (**ZHAO, Yang/RICHTER, Thomas:** *Das Gesetzhilkeitsprinzip in China*, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 4-5, 10-11). Geçmişe uygulama yasağı İngiliz hukukunda da gerek kanunla tanımlanmış suçlar gerek *common law* suçları bakımından geçerli olmakla birlikte, halen bazı istisnalar bulunmaktadır. Bunlar savaş suçları, korsanlık, işkence ve soykırım gibi uluslararası hukuka göre suç sayılan ve evrensellik ilkesinin geçerli olduğu fiillerdir. İngiliz hukukunda bu suçlar hakkındaki kuralların geçmişe uygulanabilirliğine ait hükümler 1990 tarihli *War Crimes Act* ve 1969 tarihli *Genocide Act* gibi çeşitli kanunlarda yer almaktadır (**FORSTER, Susanne:** *Das Gesetzhilkeitsprinzip in England und Wales*, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 36-37; **MUNDAY, Roderick:** *İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi*, (Çev.: **Zeynel T. KANGAL**), İÜHF 2003, c: LXI, sy: 1-2, sh: 452-454). Bununla birlikte İngiliz hukukunda geçmişe uygulama sorunu içtihat değişikliklerinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin Lordlar Kamarası 1987 yılında *Howe* kararında cebir veya tehdide dayalı zorunluluk durumunun adam öldürme suçunda artık bir mazeret nedeni teşkil etmeyeceğine karar vererek sanığı bundan yararlandırmamıştır (**MUNDAY, "İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi"**, sh: 454).

⁶ **JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas:** *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996, § 15 IV 1; **MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, 8. Auflage, Heidelberg 1992, § 12, No: 2; **ZIESCHANG, Frank:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Stuttgart 2009, sh: 18; **NK-StGB³ (HASSEMER/KARGL)**, § 1, No: 42.

⁷ **SCHMIDT, Rolf:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Bremen 2010, No: 17.

Geçmişe uygulama yasağı TCK'da öngörüldüğü gibi, önemi nedeniyle anayasal düzlemde de yer almaktadır. AY md. 38/1'e göre; *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez"*. Bu kural zamanasımı ve ceza mahkûmiyetinin sonuçları bakımından da geçerlidir (AY md. 38/2). Geçmişe uygulama yasağı anayasal düzlemde yer alan bir kural olduğu için sadece mahkemeleri değil, kanun koyucuyu da bağlayan bir ilkedir. TCK md. 7/1, c.1'e göre de; *"İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz"*.

Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de geçmişe uygulama yasağına yer vermiştir. Sözleşme'nin 7. maddesinin 1. paragrafı şöyledir; *"Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmamış bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez"*. Ancak bu maddenin 2. fıkrası geçmişe uygulama yasağı bakımından bir istisna getirmektedir. Buna göre; *"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"*. Buna göre, işlendiği zaman uluslararası örf-âdet kurallarına aykırı olmakla birlikte, uluslararası hukuka aykırı olmayan fiiller, daha sonradan ulusal veya uluslararası metinler tarafından suç olarak düzenlenecek ve bu düzenlemeler de geçmişe uygulanabilecektir. İkinci dünya savaşı sonrasında Nürnberg ve Tokyo mahkemelerinin yargulamaları buna örnek teşkil etmektedir⁸.

Geçmişe uygulama yasağı hukuk devleti ilkesinin doğal sonuçlarından biri olan hukuk güvenliği ilkesine dayanmaktadır. Suç teşkil etmediğini bilerek bir fiili gerçekleştiren kişinin sonradan çıkarılan bir kanunun uygulanarak cezalandırılması, onun hukuka olan güvenini sarsmaktadır. Fiil toplumsal açıdan kabul edilemez veya ağır olsa bile, kişinin bir şekilde kanunlar ağındaki bir boşluktan yararlandığının kanun koyucu tarafından tespit edilerek sonradan bir kanun çıkarılması hâlinde de, cezalandırılmaz⁹. Geçmişe uygulama yasağı, toplumda oluşan infial veya heyecan duygularıyla hareket edilerek suç teşkil etmeyen bir fiilin sonradan çıkarılan bir kanunla

⁸ **PRADEL, Jean/CORSTENS, Geert:** *Droit pénal européen*, 2^e éd., Paris 2002, No: 299, 302.

⁹ **JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, (5), § 15 IV 1; **KREY, Volker/ESSER, Robert:** *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Stuttgart 2011, No: 52; **RENGIER, Rudolf:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, München 2010, § 4, No: 16; **KÖHLER, Michael:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg 1997, sh: 97; **NK-StGB³ (HASSEMER/KARGL)**, § 1, No: 46; **KATOĞLU, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, sh: 79-80.

cezalandırılmasına izin vermemektedir. Böylece bu yasak, kanun koyucunun somut olayın öneminden ve ağırlığından korkmadan ve etkilenmeden değerlendirme yapmasını sağlamaktadır¹⁰.

Geçmişe uygulama yasağı hukuk güvenliği bakımından çok önemli olduğu için AY md. 15 ve AIHS md. 15 olağanüstü durumlarda bile, kısıtlanabilmesine veya askıya alınmasına olanak vermemiştir.

Geçmişe uygulama yasağı çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Birinci olarak işlendiği zaman suç teşkil etmeyen bir fiile ceza uygulanmasını engellemiş olabilir. İkincisi, suç teşkil eden bir fiile uygulanacak ceza ve/veya güvenlik tedbirinin tür itibarıyla ağırlaştırılmasını önlemiş olabilir. Üçüncüsü ceza veya güvenlik tedbirinin miktarının sınırının artırılmasını önlemiş olabilir.

2. Fiilin İşlendiği Zaman Yürürlükte Bulunan Kanunun Tespiti

Bir ceza hükmü içeren kanunun işlenmiş olan fiile uygulanabilmesi için bu fiilin işlendiği zaman yürürlükte olması gerekir. Bu kanun fiilin işlendiği zaman açık veya zımnen ilga edilme, yürürlükte kalacağı sürenin dolması, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi dolayısıyla yürürlükten kalkmışsa, artık uygulama olanağı kalmaz. Bu nedenle öncelikle fiilin işlendiği zamanın tespiti önem arz etmektedir.

Sırf hareket suçlarında hareketin yapıldığı an suçun işlendiği zamanı gösterir. Sırf hareket suçu aynı zamanda ihmalî bir suç ise, failin belirli bir hareketi yapmak zorunda olup da yapmadığı anda işlenmiş sayılır¹¹. Bu tür suçlarda hareket failin elinde olmayan nedenlerden dolayı yarıda kalmışsa, başka bir deyişle eksik teşebbüs aşamasında kalmış bir fiil sözkonusu ise, en son hareketin yapıldığı anda yürürlükte bulunan kanun uygulanacaktır¹².

Neticeli suçlarda ise, hareket ile neticenin aynı anda gerçekleşmesi hâlinde sorun yoktur. Buna karşın, hareket ile netice arasında bir zaman aralığı mevcutsa, başka bir ifadeyle netice hareketten belli bir süre sonra meydana gelmişse, hareketin yapıldığı an esas alınmalı ve o tarihte yürürlükte bulunan kanun uygulanmalıdır. Burada neticenin meydana geldiği zaman yürürlükte bulunan kanun uygulanmayacaktır. Böylece neticenin gerçekleştiği zaman başka bir kanun yürürlükte olsa bile, hareketin gerçekleştirildiği tarih suçun işlenme zamanıdır. Çünkü fail hukuka karşı gelme

¹⁰ BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MIßSCH, Wolfgang: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11. Auflage, Bielefeld 2003, § 9, No: 24.

¹¹ HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2011, sh: 72-73.

¹² HAKERİ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 73.

iradesini hareketini yaptığı zamanda ortaya koymaktadır¹³. Bu tür suçlarda hareket failin elinde olmayan nedenlerden dolayı yarıda kalmışsa, başka bir deyişle fiil eksik teşebbüs aşamasında kalmışsa, en son hareketin yapıldığı anda yürürlükte bulunan kanun uygulama alanı bulacaktır. Fail hareketi gerçekleştirmekle beraber, elinde olmayan nedenlerden dolayı netice meydana gelmemişse, hareketi tamamladığı anda yürürlükte bulunan kanun uygulanacaktır.

Mütemadî suçlarda fiilin icrası devam ettiği esnada kanun değişmiş olabilir. Bu tür suçlarda temadinin bittiği tarihte yürürlükte bulunan kanun uygulanır. Metemadî suçlarda suçun tamamlandığı andaki değil, bittiği anda yürürlükte bulunan kanun uygulanır. Suçun bittiği anda yürürlükte bulunan kanun, suçun tamamlandığı andaki kanuna göre daha aleyhte olsa bile, uygulanır. Çünkü suç, suçun bittiği anda işlenmiş kabul edilmekte ve lehe kanun değerlendirilmesi yapılmamaktadır¹⁴.

Türk ceza hukukunda zincirleme suçlar, cezanın belirlenmesinde (TCK md. 43/1), dava zamanlaşımının başlangıcında (TCK md. 66/6) ve yetkili mahkemenin belirlenmesinde (CMK md. 12/2) tek suç olarak kabul edilmektedir. Bunun dışında kalan durumlarda zincirleme suç dâhil olan her suç bağımsızlığını korumaktadır. Dolayısıyla zincirleme suç dâhil olan her suçun işlendiği zamanı genel kurallara göre ayrı ayrı tespit etmek gerekmektedir. Bu suçlar hangi kanun yürürlükte iken işlenmişlerse, kural olarak o kanunlara tabi olacaklardır. Yeni kanun eski kanuna göre daha lehe ise, zincirleme suç dâhil edilen bütün suçlar yeni kanuna göre değerlendirilebilecektir. Buna karşılık yeni kanun zamanında işlenen suçlara, eski kanun zamanında işlenmiş suçlarla zincir oluşturduğu gerekçesiyle eski kanundaki zincirleme suç hükmünün, lehe de olsa, uygulanması mümkün değildir¹⁵.

¹³ ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2011, sh: 130; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 69; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 165; DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Ankara 2009, sh: 124-125; ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2010, sh: 69-70; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 5. Bası, İstanbul 2008, sh: 113; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2006, No: 79; KATOĞLU, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 47-48.

¹⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 165-166; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 69; HAKERİ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 71-72; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6), sh: 125; KATOĞLU, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 57.

¹⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 70; KATOĞLU, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 58, 60. En son suçun

3. Yasağın Kapsamı

a) Maddî Ceza Hukuku Kuralları

Geçmişe uygulama yasağı suç tipindeki cezalandırılabilirliği gerekçelendiren bütün unsurlar için geçerlidir. Bu bakımdan suçun unsurları ve failin kusuru bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar suç olarak tanımlanmayan bir fiil, yeni kanunun geçmişe yürütülmesi suretiyle cezalandırılmaz. Yine daha önce de mevcut olan bir suç tipine yeni bir unsur eklenerek, bu unsurun kapsamına giren geçmişteki bir fiil cezalandırılmaz. Böylece özel hükümlerdeki bu tür cezayı gerekçelendiren veya ağırlaştırılan unsurlardaki aleyhe değişiklikler geçmişe yürütülemez¹⁶.

Çerçeve norm aynı kalmakla birlikte, bunu dolduran normda yapılan bir değişiklikte cezalandırılabilirliğin alanı genişletilmişse, bu değişiklik de geçmişe uygulanamaz¹⁷.

Genel hükümlerde yer alan bir kavramın veya kurumun kapsamının aleyhe olarak genişletilmesi hâlinde de geçmişe uygulama yasağı geçerli olacaktır. Bu bağlamda iştirak ve teşebbüsün kapsamının genişletilmesi, hukuka uygunluk ve mazeret nedenlerinin ortadan kaldırılması veya sınırlandırılması, kişisel cezasızlık nedenlerinin veya cezayı ortadan kaldıran kişisel nedenlerin sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması hâlinde, bu değişiklikler yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenen fiillere failin aleyhine olarak uygulanamaz¹⁸. Kusuru ortadan kaldıran veya etkileyen nedenler için de aynı husus geçerlidir.

işlendiği zamanı (teselsülün bittiği anı) esas alan görüş için bkz. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 131; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 166; HAKERİ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 72; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (5), sh: 113; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6), sh: 125; ÖNDER, *Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, sh: 74; ÖZTÜRK/ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (9), No: 79.

¹⁶ SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 3; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 IV 3; STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6. Auflage, München 2011, § 3, No: 8.

¹⁷ STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (6), § 3, No: 8.

¹⁸ SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 3; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, (8), § 12, No: 7; BAUMANN/WEBER/IMITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 27; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (6), § 3, No: 8; SCHMIDT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (9), No: 18.

Geçmişe uygulama yasağı ceza hukuku yaptırımları bakımından da geçerlidir. Bu yasağın kapsamına öncelikle cezalar girmektedir. Suçun işlendiği zaman kanunda öngörülmeleyen bir cezaya karar verilemez. Yine suçun işlendiği zaman uygulanması öngörülen cezadan daha ağır bir cezaya karar verilemez¹⁹. Örneğin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre adli para cezasını gerektiren bir suç bakımından sonradan çıkarılan kanunla hapis cezası uygulanamaz.

Geçmişe uygulama yasağı cezaların yanı sıra, güvenlik tedbirleri bakımından da geçerlidir. Bunu TCK md. 7/1 açıkça ifade etmiştir²⁰. Bu sonuç AY md. 38/3'den de çıkarılabilir. Buna göre, işlendiği zaman suç olarak kanunda tanımlanmayan bir fiilden dolayı sonradan çıkarılan kanunla fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına karar verilemez. Yine suçun işlendiği zaman kanunda öngörülen güvenlik tedbirinden daha ağır bir güvenlik tedbirine karar verilemez. Aynı şekilde suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunda güvenlik tedbiri öngörülmüşse, sonradan çıkarılan kanunun aynı suç için ceza öngörmesi hâlinde de yeni kanundaki ceza geçmişe uygulanamaz. Bu husus, eski kanunda hürriyeti bağlayıcı bir güvenlik tedbiri, yeni kanunda adli para cezası öngörülmüş olsa bile geçerlidir.

Zamanaşımı maddî hukuk ve muhakeme hukuku boyutlarına sahip olan karma nitelikte bir kurumdur. AY md. 38/2, kanunilik ilkesinin dava ve ceza zamanlaşımı için de geçerli olduğunu ifade ettiğinden, zamanlaşımı hükümlerine

¹⁹ SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 4.

²⁰ Buna karşın Alman Ceza Kanunu § 2/6 farklı bir düzenleme içermektedir. Buna göre: "Güvenlik tedbirleri hakkında, kanunda başka türlü bir düzenleme yapılmamışsa, hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanuna göre karar verilir". Bunun nedeni, güvenlik tedbirlerinin ceza gibi radikal ve damgalayıcı nitelikte olmadıkları, aksine iyileştirme ve güvenliği sağlama amacı güttükleri, böylece failin yararına kurumlar oldukları esasına dayanmaktadır. Güvenlik tedbirlerinde hukuk güvenliği ve failin korunması düşüncesi, hukuka aykırı fiillerin önüne geçmeye yönelik özel önleme amacına ilişkin en yeni bilgilerin yeni kanunla getirildiği yaklaşımının gerisine çekilmektedir. Bununla birlikte, özellikle cezadan daha kısıtlayıcı olabilen güvenlik tedbirleri konusunda Alman Ceza Kanunu § 2/6'nin çözümünün tatmin edici olmadığı doktrinde dile getirilmektedir (BAUMANN/WEBER/IMITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 53-54; JAKOBS, Günter: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-New York 1993, 4/56). İtalyan Ceza Kanunu md. 200/1'e göre, güvenlik tedbirleri uygulama zamanında yürürlükte bulunan kanuna göre kurala bağlanır. Md. 200/2'ye göre, güvenlik tedbirlerinin yerine getirildiği zaman yürürlükte bulunan kanun farklı olduğunda, infaz zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır (bkz. RIZ, Roland/BOSCH, Johanna: *Italianisches Strafgesetzbuch*, Bozen 1995, sh: 159; JARVERS, Konstanze: "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Italien", *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II*, Berlin 2008, sh: 56, 64).

ri bakımından da geçmişe uygulama yasağı geçerli olacaktır. Zamanaşımını durduran ve kesen nedenler bakımından da aynı husus geçerlidir. Buna göre, suçun işlendiği zamana göre daha uzun bir zamanaşımı süresi kabul eden yeni kanun, eski kanuna göre zamanaşımı süresi henüz dolmamış olsa bile, aleyhe olduğu için geçmişe uygulanamaz. Lehe olduğu takdirde, yeni kanun uygulanacaktır²¹.

b) Ceza Muhakemesi Hukuku Kuralları

Ceza muhakemesinde de kural olarak derhal uygulama ilkesi geçerlidir. Buna göre, ceza muhakemesine ilişkin bir norm, yürürlüğe girdikten sonra henüz soruşturulmasına başlanılmayan uyuşmazlıklar ile yürürlüğe girmeden önce soruşturulmasına veya kovuşturulmasına başlanılmakla birlikte, henüz sonuçlandırılmamış uyuşmazlıklara uygulanacaktır. Böylece yeni kanunda aksine bir düzenleme olmadığı sürece, önceki kanunun yürürlükte olduğu zaman tamamlanmış işlemler yeni kanuna göre tekrarlanmayacak, tamamlanmamış işlemler ise yeni kanuna göre yapılacaktır. Yeni normun lehe veya aleyhe olmasının bir önemi yoktur²².

Ceza muhakemesi kurallarının derhal uygulanması ilkesinin bazı sonuçları bulunmaktadır. Birinci sonuca göre, ceza muhakemesi işlemleri, yapıldıkları anda yürürlükte bulunan normlara tabidirler. Suçun işlenmesinden sonra başka bir muhakeme kanunu yürürlüğe girdiğinde işlemler bu yeni kanuna göre yapılır. İkinci sonuç, ceza muhakemesine ilişkin yeni kanunun, sanığın lehine veya aleyhine olup olmadığına bakılmaksızın uygulanmasıdır. Başka bir ifadeyle, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan ceza muhakemesi kanunu sanığın lehine olsa bile, muhakeme işlemi sonradan yürürlüğe giren aleyhe kanuna göre yapılır. Üçüncü sonuç ise, işlemin yapıldığı anda yürürlükte bulunan ceza muhakemesi kanununa göre tamamlanmış işlem, yeni kanunun yürürlükte olduğu dönemde de geçerliliğini korur. Böyle bir işlem yeni kanuna göre tekrarlanmaz. Ancak eski kanuna göre başlanıp da, henüz tamamlanmamış işlemler yeni kanuna göre tamamlanırlar²³.

²¹ ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 5. Bası, Ankara 2010, sh: 128-130; HAKERİ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 68; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 175-176; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (5), sh: 103; ZAFER, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 77; KATOĞLU, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 161.

²² KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul 2008, sh: 605-606; ÜNVER/HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (4), sh: 90-91, 93; ÜNVER, "Ceza Yargılaması Normlarının Derhal Uygulanması İlkesine İlişkin Bir Yargıtay CGK Kararının İncelenmesi", sh: 206.

²³ ÜNVER/HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (4), sh: 94-96; ÜNVER, "Ceza Yargılaması Normlarının Derhal Uygulanması İlkesine İlişkin Bir Yargıtay CGK Ka-

Bir kavramın veya kurumun ne zaman maddî ceza hukukuna ne zaman usul hukukuna dâhil olduğunun çözüme kavuşturulması gerekir. Bunun için ilgili kavram veya kurumun esasına göre bir değerlendirme yapmak gerekir²⁴. Genel olarak kabul edilen kritere göre, kanunun bir yaptırım öngörüp öngörmemesine bakılmalıdır. Buna göre, kanun bir fiile yaptırım uygulanmasını öngörmüşse, bir ceza kanunundan; bir fiilin işlenip işlenmediğini araştırmaya yönelik hükümler getirmişse, ceza muhakemesine ilişkin bir kanundan söz edilebilir²⁵. Örneğin hükmün açıklanmasının geri bırakılması CMK'da düzenlenmiş olmakla birlikte, maddî ceza hukukuna ilişkin sonuçlara da sahip olduğundan (CMK md. 231/5), ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması hükümlerine göre değerlendirme yapılmalıdır.

Bununla birlikte ceza muhakemesi hukuku kurallarının bazı durumlarda geçmişe uygulama yasağının kapsamında olup olmadıkları bu yasağın amacına bakılarak tespit edilebilir. Geçmişe uygulama yasağı aynı zamanda güvenin korunmasına ve devlet faaliyetinin tahmin edilebilirliğine ilişkin hukuk devleti düşüncesine de hizmet ettiğinden, ilgili norma yönelik güvenin korunması belirleyici olacaktır²⁶. Bu bağlamda şikâyet süresini veya temyiz (veya itiraz) süresini kısıtlayan yeni kanunun derhal uygulanmasına bir istisna getirilerek, önceki kanunla verilmiş olan haktan kişilerin yararlanmasını sağlamak gerekir²⁷. Re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç yeni kanun şikâyete tabi kılınmışsa, şikâyet süresini, yeni kanunda aksine bir hüküm yoksa, yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlatmak gerekir²⁸.

Geçmişe uygulama yasağının muhakeme koşullarını kapsayıp kapsamadığı doktrinde tartışmalıdır. Örneğin, işlendiği zaman şikâyete bağlı olan bir suç bakımından sonradan şikâyet koşulu kaldırıldığı takdirde, bu suç re'sen takip edilerek faile ceza verilip verilemeyeceği bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bir görüşe göre, şikâyete bağlı suçlarda devletin cezalandırma yetkisi, suçtan zarar görenin şahsî yararları konusunda bir değerlendirme

rarının İncelenmesi", sh: 206-208; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16), sh: 607-608.

²⁴ MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, (8), § 12, No: 6.

²⁵ ÜNVER/HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (4), sh: 93; KATOĞLU, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 29-30.

²⁶ SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 6.

²⁷ ÜNVER/HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (4), sh: 97; ÜNVER, "Ceza Yargılaması Normlarının Derhal Uygulanması İlkesine İlişkin Bir Yargıtay CGK Kararının İncelenmesi", sh: 208; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16), sh: 608-609.

²⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16), sh: 607.

yapmasına bağlanmıştır. Fail suçtan zarar görenin şikâyetinde bulunmayacağına güvenmiş olabilir. Şikâyet koşulu geçmişe etkili bir şekilde ortadan kaldırılarak şikâyet aranmaksızın cezalandırma yoluna gidildiği takdirde, geçmişteki olaylar bakımından devletin cezalandırma yetkisi sonradan tecelli etmiş olur. Geçmişe uygulama yasağının, dolayısıyla da kanunilik ilkesinin önüne geçmeye çalıştığı husus da bu durumdur²⁹. İkinci görüşe göre, kınanabilirliğini bildiği bir davranışından dolayı sadece belirli koşullarda cezalandırılma riskini alan failin güveni korunmayı hak etmemektedir. Kanun koyucunun keyfi muamelelerinin önüne geçilmesi gerektiğinde, hangi davranışın cezalandırıldığına ve cezanın da hangi koşullara bağlandığına ilişkin güvene, buna göre genel güvene, somut olaydaki korunmaya liyakati dikkate alınmadan, riayet edilmelidir. Cezalandırılabilirliğin, ceza hükümlerinden ve temel usul garantilerinden farklı olarak bireyin özgürlük alanını ilgilendirmeyen bu modellerinde kanunların geçmişe uygulanması objektif olarak anlaşılan güven prensibiyle bağdaştırılabilir³⁰.

c) Mahkemelerin İçtihat Değişiklikleri

Sanığın aleyhine içtihat değişikliklerinin de geçmişe uygulama yasağının kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Başka bir ifadeyle, failin suçu işlediği zamandaki yerleşmiş olan içtihat hüküm zamanında aleyhine olarak değişmişse, hakkındaki hükmün yeni içtihadı göre verilip verilemeyeceği tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, içtihat değişiklikleri bakımından geçmişe uygulama yasağı mevcut değildir. Buna göre mahkeme bir normu sanık bakımından, o güne kadarki uygulamada gerçekleşenden daha elverişsiz yorumladığı takdirde, bu geçerli bir yorum tarzıdır. Geçmişe uygulama yasağıyla çelişmez. Çünkü yeni yorum, geçmişe etkili cezalandırma veya cezayı ağırlaştırma anlamına gelmemekte, bilakis önceden mevcut olan, fakat ilk defa şimdi doğru bir şekilde ortaya konulan kanunun iradesinin tezahürü anlamına gelmektedir³¹.

²⁹ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 59; HAKERİ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 67.

³⁰ STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (6), § 3, No: 11; STRATENWERTH, Günter: *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3. Auflage, Bern 2005, § 4, No: 11; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 IV 4; NK-StGB³ (HASSEMER/KARGL), § 1, No: 62. Aynı yönde bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16), sh: 607.

³¹ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 61; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 7; KINDHÄUSER, Urs: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden-Baden 2009, § 3, No: 4; WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 40. Auflage,

Buna karşın doktrinde aksi görüş de ileri sürülmektedir. Buna göre, istikrar kazanmış ve yerleşmiş içtihatlardan sanığın aleyhine olarak dönülmesi geçmişe uygulama yasağı engeliyle karşılaşır. Çünkü kişi kanuna olduğu gibi, yerleşmiş içtihadı da güvendiğinden bu güven hayal kırıklığına uğratılmamalıdır. Aksi bir tutum, kanunun o güne kadarki yanlış yorumlanmasının somut olay bakımından düzeltilememesi, böylece yorum yasağı tehlikesini doğurur³². Bu görüş eleştirilmiştir. Bu eleştiriye göre, kanunilik ilkesi kuvvetler ayrılığı ilkesinden hareket eder ve yasama ile içtihat aynı kefeye konulamaz. Hâkimin görevi sadece kanundaki kuralın çerçevesini doldurmakla sınırlıdır. Kişi, çoğu zaman hukukçular tarafından bile bilinmeyen içtihatları bilmek zorunda değildir. İçtihatlarla değil, kanun metnine güven duyması icap eder. İçtihat değişiklikleri kanun metninin olası anlamı içerisinde kalmak zorunda olduklarından kanun değişikliklerine göre daha az radikaldirler ve daha kolay öngörülebilirler. Bu yüzden de kişi bazı durumlarda davranışlarını buna göre ayarlayabilir ve ayarlamak zorundadır³³.

Kanaatimizce de ilk görüş isabetlidir. İçtihat değişiklikleri kanunun yeni bir yorumunu ifade etmekte olduklarından, cezalandırılabilirliği gerektirenlere veya ağırlaştırıcı bir kanun değişikliğiyle bir tutulamazlar. Üstelik TCK md. 7 kanun değişikliklerini esas alarak zaman bakımından uygulamaya ilişkin kuralları göstermiştir. Dolayısıyla zaman bakımından uygulamanın kapsamına içtihat değişikliklerinin dâhil edilemeyeceğini ifade etmiştir.

İçtihatları birleştirme kararları bakımından da farklı düşünmemek gerekir. Başka bir deyişle, içtihatların birleştirilmesi sonucunda failin aleyhine bir durum ortaya çıksa bile, içtihatları birleştirme kararına uyulmalıdır. Failin hukuksal durumunda içtihatları birleştirme kararı sonucunda lehe bir durum çıksa bile, bu, kesinleşmiş mahkûmiyetleri etkilemez³⁴.

Heidelberg 2010, No: 51; GROPP, Walter: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2005, § 2, No: 41; SCHMIDT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (9), No: 19; HEINRICH, Bernd: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Stuttgart 2010, No: 33; NK-StGB³ (HASSEMER/KARGL), § 1, No: 50.

³² BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 38; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, (8), § 12, No: 8.

³³ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 61; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 7.

³⁴ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 127; ZAFER, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 80. Karşı görüş için bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 153; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (5), sh: 103-104; HAKERİ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 69; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6), sh: 137-138; EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin: *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara 1997, sh: 147; ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, sh: 86;

Diğer taraftan fail kınanamayacak bir şekilde belirli bir içtihadı güvenmiş olabilir. Örneğin hukuk müşavirinden aldığı bilgiler üzerine hareket etmiş olabilir. Daha sonra içtihadın değişmesi hâlinde hukuka sadakatinden dolayı cezalandırılmaz. Fakat bunun gerekçesi geçmişe uygulama yasağı değil, kaçınılmaz yasak hatası (TCK md. 30/4) olabilir³⁵.

d) İnfaz Hukuku Kuralları

İnfaz hukuku kuralları bakımından da derhal uygulama ilkesi geçerlidir. Buna göre, suçun işlendiği tarihten sonra infaz kanunu değiştiğinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş mahkûmiyetin infazı yürürlükteki kurallara göre yapılır. Bu yeni infaz kanununun hükümlünün lehine veya aleyhine olup olmadığı dikkate alınmaz³⁶. TCK md. 7/3 bu kuralı dile getirmekle birlikte, üç istisnaya da yer vermiştir. Buna göre; "Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır". Buna göre, diğer infaz kurumları gibi erteleme, koşullu salıverilme ve tekerrür ile ilgili düzenlemeler bakımından da derhal uygulama ilkesi geçerlidir. İnfaza ilişkin yeni kanun erteleme, koşullu salıverilme ve tekerrüre ilişkin olarak eski kanuna göre daha lehe hükümler getirmekteyse sorun yoktur. Yeni kanun uygulanır. Farklılık sadece erteleme, koşullu salıverilme ve tekerrür hükümleri bakımından yeni kanunun aleyhe hükümler getirmesi hâlinde, yeni kanunun uygulanmamasından ve suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan infaz kanununun uygulanmasından ibarettir. Başka bir ifadeyle, yeni infaz kanunu erteleme, koşullu salıverilme ve tekerrür bakımından aleyhe olduğu takdirde, lehe olan eski infaz kanununun ileriye uygulanması sözkonusu olacaktır.

ÖZTÜRK/ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (9), No: 86; KATOĞLU, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 276-277.

³⁵ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 61; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 7; GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (3), § 2, No: 41.

³⁶ "5237 sayılı TCK'nın 58/9. maddesi, örgüt mensubu olan hükümlüler hakkında hükmolunan hapis cezasının infazı sırasında ve infazından sonra uygulanmak üzere denetimli serbestlik tedbiri uygulamasını getirmiş, ayrıca hükümlüler hakkında uygulanacak infaz rejiminin buna göre belirlenmesini öngörmüştür. Maddenin kapsam ve amacından da anlaşılacağı üzere, maddede yer alan hususların bir ceza değil, cezaya bağlı olarak uygulanacak infaz rejimi ile ilgili olduğu ve bu konunun gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulu, gerekse Dairemizin yerleşik uygulamaları karşısında kazanılmış hak oluşturmayacağı da gözetilerek; silahlı örgüt üyeliği suçundan mahkûmiyetine karar verilen hükümlüler hakkında anılan maddenin uygulanması konusunda her zaman bir karar verilmesi mümkün görülmüştür" (9. CD., 14.07.2009, E. 2008-1560/K. 2009-8449, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 27.09.2011).

İnfaz hukuku kurallarının uygulanmasında esas alınan derhal uygulama ilkesi sadece cezaların infazı değil, aynı zamanda güvenlik tedbirlerinin infazı açısından da geçerlidir. Buna göre, tekerrüre ilişkin yeni kanunun düzenlemesi aleyhe ise, lehe olan eski kanun ileriye yönelik uygulanır. Bunun dışında kalan güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesiyle ilgili yeni kurallar failin lehinde veya aleyhinde olup olmadıklarına bakılmaksızın uygulanacaktır³⁷.

III. Failin Lehine Kanunun Geçmişe Uygulanması

1. Genel Olarak

Ceza kanunları failin lehine olduğu takdirde geçmişe yürütülebilir. Nitekim bu, TCK md. 7'de ifadesini bulmaktadır; "İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar" (f.1/c.2,3). "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" (f.2). Buna göre, failin işlendiği zaman ile infazın tamamlandığı ana kadar yapılan kanun değişiklikleri, failin lehine olduğu takdirde, uygulama alanı bulur. Böylece failin lehine olan yeni kanunun uygulanması geçmişe uygulama yasağının bir istisnasını ifade etmektedir.

Lehe kanunun uygulanmasının altında yatan düşünce şudur; failin gerçekleştirildiği zaman yürürlükte bulunan bir ceza kanunu sonradan ortadan kaldırıldığı veya daha yumuşatıldığı takdirde, kanun koyucu failin gerçekleştirildiği zamandaki kanunun artık uygun olmadığını ifade etmiş olduğundan, önceki kanunun uygulanması kanun koyucunun kendisiyle çelişmesi anlamına gelecektir³⁸.

Lehe kanun, faili somut olayda maddî ceza hukuku bakımından daha uygun bir konuma getiren kanundur. Böylece maddî ceza hukukunun sorumluluğu ve yaptırımını ilgilendiren her türlü düzenlemesi gözönünde bulundurulmalıdır³⁹. Bu nedenle, failin hukuksal durumunun bütün olarak ele alınması gerekmektedir⁴⁰.

³⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 169; HAKERİ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 66-67.

³⁸ KREY/ESSER, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), No: 58.

³⁹ MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, (8), § 12, No: 14; FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57. Auflage, München 2010, § 2, No: 4.

⁴⁰ HAFT, Fritjof: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München 2004, sh: 36.

2. Fiilin İşlendiği Zaman İle İnfazın Tamamlanmasına Kadar Bir Kanun Değişikliğinin Varlığı

Suç teşkil eden bir fiil işlendiğinde, o anda yürürlükte bulunan kanuna tabidir. Fiilin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun tespitine ilişkin ilkeleri yukarıda belirttik. Suçun işlendiği tarihten sonra fail lehine bir kanunun yürürlüğe girmesi mümkündür. Ancak failin lehe bu kanundan yararlanabilmesi için, bunun infazın tamamlanmasına kadar yürürlüğe girmiş olması gerekmektedir. Nitekim TCK md. 7/2, "failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" ifadesine yer vererek bunu açıkça dile getirmiştir⁴¹. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun md. 98/1 gereğince, sonradan yürürlüğe giren kanunun hükümlünün lehinde olması hâlinde, yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hükmü veren mahkemeden karar istenecektir. İnfaz tamamlandıktan sonra yürürlüğe giren kanun failin lehine olsa bile, fail herhangi bir talep ileri süremez. Çünkü fail hakkındaki ceza yaptırımını, kesinleşmiş hükmün bağlayıcılığı kuralı gereğince infaz edilmiştir ve hukuksal süreç sona ermiştir. Bununla birlikte, infaz tamamlanmış olmakla birlikte, ceza mahkûmiyetinin sonuçları devam etmekteyse, yine lehe kanun değerlendirmesi yapılmalıdır.

Bazı hukuk sistemleri hüküm kesinleştikten sonra, yani infaz aşamasında lehe kanun değişikliklerinin dikkate alınmayacağını kabul etmektedir. Örneğin Alman Ceza Kanunu § 2 III, fiilin tamamlandığı anda yürürlükte bulunan kanunun hükümden önce değişmesi hâlinde lehe kanunun uygulama alanı bulabileceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, sadece ilk derece mahkemesinde değil, temyiz incelemesi sırasında da karardan önce yürürlüğe girmiş olan lehe kanunun dikkate alınacağı ifade edilmektedir⁴². İtalyan

⁴¹ Aynı sistem İspanya Ceza Kanunu md. 2/2'de de benimsenmiştir. Bu düzenlemeye göre, sanığın lehine olan ceza kanunları, yürürlüğe girdiklerinde önceden kesinleşmiş bir hüküm bulursa ve ceza infaz ediliyor olsa bile, geçmişe uygulanacaktır (Bkz. HOFFMAN, Markus/MELIÁ, Manuel Cancio: *Das spanische Strafrechtsgesetzbuch*, Freiburg im Breisgau 2002, sh: 17; MANSO PORTO, Teresa: "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Spanien", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 128, 138). Yine Rus Ceza Kanunu md. 10 da benzer bir hüküm sevk etmiştir (Bkz. SCHROEDER, Friedrich-Christian/BEDNARZ, Thomas: *Strafgesetzbuch der Russischen Föderation*, Freiburg im Breisgau 1998, sh: 43-44). Yine Portekiz Ceza Kanunu md. 2/2 ve md. 2/4, hem fiilin tamamen suç olmaktan çıkması hâlinde hem de sonraki kanunun lehe hükümler getirmesi hâlinde, önceki kanuna göre verilen mahkûmiyet hükmü kesinleşmiş olsa bile, yeni kanunun geçmişe uygulanacağını ve cezanın infaz edilen kısmının sonraki kanunla öngörülen ceza miktarını karşılaması hâlinde infazın ve ceza hukukuna ilişkin sonuçların ortadan kalkacağını ifade etmektedir (FERNANDES, João Manuel: *Das portugiesische Strafrechtsgesetzbuch*, Berlin 2010, sh: 35-36).

⁴² SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 17; KREY/ESSER, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), No: 59; BA-

Ceza Kanunu md. 2/2 bir fiilin suç olmaktan çıkması hâlinde infazın ve ceza hukukuna ilişkin sonuçların ortadan kalkacağını belirtmekle birlikte, md. 2/3 sonraki kanunun lehe hükümlerinin geçmişe yürütülebilmesi için önceki kanuna göre kesinleşmiş bir mahkûmiyetin olmamasını aramaktadır⁴³. Aynı sistemi Fransız Ceza Kanunu da benimsemiştir (md. 112-1/3 ve 112-4/2)⁴⁴.

3. Lehe Kanunun Tespiti

Sonraki kanunun failin lehine olup olmadığının tespit edilmesinde bütün hukuksal durum gözönünde bulundurulmalıdır. Böylece önceki kanun ile sonraki kanun bütün maddî ceza hukuku kuralları bakımından karşılaştırılmalıdır⁴⁵. Bu karşılaştırma kanunlardaki ceza oranlarının soyut olarak değil, somut olaya uygulanması suretiyle yapılır⁴⁶. Bu bağlamda, eski ve yeni kanunların sadece lehe hükümlerinin biraraya getirilmesi, başka bir deyişle karma bir uygulama yapılması mümkün değildir⁴⁷.

a) Fiilin Suç Olmaktan Çıkarılması

İşlendiği zaman suç teşkil eden bir fiil, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla suç olmaktan çıkartılmışsa, fail hakkında cezaya veya güvenlik tedbirlerine karar verilemeyecektir (TCK md. 7/1,c.2). Suç olmaktan çıkarma infaz aşamasında gerçekleşmişse, mahkûmiyet ve sonuçları kendiliğinden ortadan kalkacaktır (TCK md. 7/1,c.3). Çünkü kanun koyucu suç politikası açısından bir fiilin cezalandırılmasını artık gerekli görmediği takdirde, suç olmaktan çıkaran kanundan önce işlenmiş fiillere ceza uygulanmasının veya

UMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 44; FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, (57), § 2, No: 12; LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München 2011, § 2, No: 7.

⁴³ Bkz. RIZ/BOSCH, *Italienisches Strafrechtsgesetzbuch*, sh: 29; JARVERS, "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Italien", sh: 56, 63.

⁴⁴ Bkz. LELIEUR, Juliette/PFÜTZNER, Peggy/VOLZ, Sabine: "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Frankreich", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 48-49.

⁴⁵ SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 18.

⁴⁶ LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch, Kommentar*²⁷, § 2, No: 3.

⁴⁷ KINDHÄUSER, Urs: *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 4. Auflage, Baden-Baden 2010, § 2, No: 10; FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, (57), § 2, No: 9; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch, Kommentar*²⁷, § 2, No: 3; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 160; ÖZTÜRK/ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (9), No: 91.

bu fiillerden dolayı daha önce verilmiş olan mahkûmiyetlerin infaz edilmesinin bir anlamı da kalmamaktadır.

Yeni kanun eski kanuna göre suç teşkil eden bir fiili kapsamına alan bir hukuka uygunluk nedeni getirmekteyse veya mevcut bir hukuka uygunluk nedeninin kapsamını genişletmekteyse, fiili suç olmaktan çıkarmış demektir⁴⁸. Örneğin 765 sayılı TCK md. 49/2 saldırının bir kişinin nefesine veya ırzına yönelik olmasını arayarak meşru savunmanın kapsamını dar tutmuş ve özellikle malvarlığına yönelik saldırılar bakımından savunma fiilinin hukuka uygunluğunu kabul etmemiştir. Buna karşın 5237 sayılı TCK md. 25/1 saldırının kişinin herhangi bir hakkına yönelmesini kabul ederek meşru savunmanın kapsamını geniş tutmuştur. Bu nedenle 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde malvarlığını savunmak için saldırgan karşı bir fiil işlenmişse, TCK md. 25/1 uygulama alanı bularak fiilin hukuka uygunluğu kabul edilmelidir.

Suçta teşebbüs hâlinin de tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağını öngören hüküm kaldırılarak, teşebbüse ilişkin genel hükümlerin uygulanması yolu açılmışsa yeni kanun lehedir⁴⁹.

Suç olmaktan çıkarma ilgili fiilin kabahate dönüştürülmesi şeklinde de olabilir. Adli para cezasını gerektiren bir fiil suç olmaktan çıkartılarak daha yüksek miktarda idarî para cezasını gerektiren bir kabahate dönüştürülmüş olsa bile, kabahat içeren kanun daha lehedir⁵⁰.

b) Yeni Kanunun Lehe Hükümler Getirmesi

TCK md. 7/2'ye göre; "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur".

Kanunlardan hangisinin lehe olduğunun tespiti, suç tiplerinin veya yaptırım miktarlarının soyut olarak karşılaştırılması suretiyle yapılamaz. Bu yüzden hangi kanunun somut olayda bütün olarak uygulandığında daha lehe bir değerlendirmeyi olanaklı kıldığı araştırılmalıdır⁵¹. Nitekim 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun md.

⁴⁸ KATOĞLU, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 109.

⁴⁹ HAKERİ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 62.

⁵⁰ KANGAL, Zeynel T.: *Kabahatler Hukuku*, İstanbul 2011, sh: 71-72; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 28; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, (8), § 12, No: 15; LK-StGB¹² (DANNECKER), § 2, No: 62.

⁵¹ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 119; KATOĞLU, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 144, 149.

9/3 de bunu vurgulamıştır. Buna göre; "Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir"⁵². Bu değerlendirmede sadece bir kanun değil, bir kurumla ilgili düzenlemelerin yer aldığı kanunların birlikte gözönünde bulundurulması gerekmektedir⁵³.

Yeni kanun yeni bir mazeret nedeni, kusuru ortadan kaldıran neden, kişisel cezasızlık nedeni veya cezayı ortadan kaldıran kişisel neden getirmişse ya da mevcut olanın kapsamını genişletmişse, failin lehinedir⁵⁴.

Tipikliğin unsurlarının değişmesi hâlinde bazı sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Öncelikle, suç tanımının değişmesi durumunda, fiil önceki şekliyle cezalandırılabilir olmaya devam ettiği takdirde, bunun dikkate değer olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. İkinci olarak, bir taraftan tipikliğin değişmesi dolayısıyla o zamana kadar yürürlükte bulunan ceza kanununun kalkması, diğer taraftan yeni bir suç tanımının yapılmasından dolayı fiilin işlendiği zaman yürürlükte olmayan bir ceza kanununun bulunması nedeniyle failin cezasız kalmasının gerekip gerekmediği sorunu gündeme gelmektedir. Bu sorunlar karşısında doktrinde egemen olan çözüm tarzı, *haksızlık tipinin devamlılığı* formülüdür. Buna göre, değişikliğe rağmen yeni suç tipi eski suç tipi ile esas itibarıyla hâlâ özdeş ise, haksızlık tipinin devamlılığından söz edilebilir. Bu durumda da fail, lehe olan suç tipi esas alınarak cezalandırılmalıdır. Buna karşın, haksızlık esası değişmişse, başka bir ifadeyle yeni suç tipi ile eski suç tipi arasında devamlılık yoksa, önceki suç tanımı artık yürürlükte olmadığı için uygulanabilirliği ortadan kalkmıştır. Yeni suç tanımı da geçmişe uygulama yasağı gereğince uygulama alanı bulamaz. Dolayısıyla fail cezalandırılmayacaktır⁵⁵.

Lehe kanunun tespiti bakımından değinilmesi gereken sorunlardan biri de, fiilin işlenmesinden sonra nitelikli bir unsurun yerine, failin fiilinde de bulunan bir başka nitelikli unsurun kabul edilmesidir. Bu durumda fail suçun temel şekilden dolayı cezalandırılmalıdır⁵⁶. Ancak önceki nitelikli

⁵² Belirtelim ki, bu düzenleme bir geçiş hükmüdür. Dolayısıyla 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği dönemle sınırlı olarak uygulama alanı bulan bir düzenlemedir. Bununla birlikte, bunun dışında kalan lehe kanun değerlendirmelerinde de somut karşılaştırma ilkesine başvurulması her zaman mümkündür.

⁵³ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 122.

⁵⁴ SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 19.

⁵⁵ SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 22; LK-StGB¹² (DANNECKER), § 2, No: 63; NK-StGB³ (HASSEMER/KARGL), § 2, No: 26.

⁵⁶ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 64; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, (ESER/HECKER), § 2, No: 22; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (2), 4/75.

unsurla sonraki nitelikli unsur arasında bir devamlılık söz konusu ise, failin lehine olan nitelikli unsur uygulanır.

Haksızlık tipinin devamlılığının belirlenmesi için gerekli olan özdeşliğin derecesi konusunda doktrinde ve uygulamada tartışma mevcuttur. Haksızlık tipinin dar devamlılığı düşüncesine göre, haksızlık tipinin devamlılığı, yeni suç tipini eski suç tipinin tamamen kapsamına alması ve o güne kadarki hukuka göre önem arz etmeyen maddî vakıalara ilişkin olmadığı takdirde, mevcuttur. Böyle bir durum, tipikliği sınırlandıran bir unsurun kaldırılarak cezalandırılabilirliğin alanı genişletildiğinde de mevcuttur. Cezalandırılabilirliğin alanı sınırlandırılmış ve fail tarafından gerçekleştirilmiş haksızlık yeni suç tipinin hâlâ kapsamına girmektedirse de farklı düşünmemek gerekir⁵⁷. İkinci görüş, nitelikli fiil modellerine belirleyici önemi vermemek suretiyle, haksızlık tipinin devamlılığı bakımından sadece normun koruma amacına dokunulmamasını, böylece de haksızlığın esasının ortak olmasını aramaktadır⁵⁸. Buna göre, suç tipleri farklı koruma amaçlarına sahip oldukları takdirde, artık karşılaştırma yapılmamalıdır. Sonuç olarak eski ve yeni kanunlara göre ortaya çıkan hukuksal durumlar arasındaki karşılaştırmanın temel koşulu, ilgili normların aynı hukuksal değeri veya en azından ilgili hukuksal değerinin uygun düşen bileşenlerinin korunması olmalıdır⁵⁹. Üçüncü görüş, haksızlık tipikliğinin devamı bakımından hem normun koruma amacının hem de ihlâl biçimlerinin belirleyici olduğunu savunmaktadır. Buna göre, normun koruma amacının değişmemesine dayanılması tek başına yeterli değildir. Garanti fonksiyonu bakımından suç tiplerinin esas, belirli hareketlerin tasvir edilmesi suretiyle haksızlığın tipikleştirilmesinde de mevcut bulunmaktadır. Bu yüzden karşılaştırılması yapılan suç tiplerinde normun koruma amacının özdeşliğinin yanısıra, ihlâl biçimlerinin de aynı olması zorunludur⁶⁰. Dördüncü görüşe göre, haksızlık tipinin devamlılığı sadece, değişen tipiklik unsuru veya nitelikli unsur normun hâlâ aynı koruma alanında ve aynı ihlâl modelinde kalmışsa kabul edilebilir⁶¹.

Her ne kadar kanunilik ilkesine aykırı bulsak da, mevcudiyetleri yadsınamayacak olan çerçeve normu dolduran normlarda yapılan değişikliklere de değinmek gerekir. Çerçeve kanunları dolduran ceza hukuku dışındaki

⁵⁷ NK-StGB³ (HASSEMER/KARGL), § 2, No: 32; SK-StGB (RUDOLPHI), § 2, No: 10.

⁵⁸ Alman Federal Yüksek Mahkemesi 3. Ceza Dairesi'nin 26 Kasım 1992 tarihli kararı (BGHSt 39, sh: 54-71, özellikle sh: 68).

⁵⁹ Bkz. LK-StGB¹² (DANNECKER), § 2, No: 67.

⁶⁰ LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch, Kommentar*²⁷, § 2, No: 5.

⁶¹ SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 23.

normlar da bütün hukuksal durumun gözönünde bulundurulması kapsamında ele alınacaklardır. Çünkü bu normlar çerçeve kanunların tipikliğini meydana getirmektedirler. Çerçeve kanunları dolduran bu normlardaki kısmen veya tamamen yapılan değişiklikler ceza kanununun da değiştirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Fakat ilgili normdaki her değişiklik bu sonuca yol açmaz. Bu nedenle bu normlardaki değişikliklerin çerçeve tipikliğinin koruma amacına ve hareket modeline ve böylece de gerçekleşmiş haksızlığa esas itibarıyla dokunulmaması hâlinde, haksızlığın devamından sözedilebilir⁶².

Yeni kanun yalnızca gelecekteki yeni olaylara uygulanacağını, eski kanun zamanında işlenen fiiller bakımından önceki kanunun uygulanmaya devam edeceğini açıkça belirtmişse, daha lehe hükümler barındırıyor olsa bile, geçmişe uygulanamaz⁶³.

Adli para cezası hapis cezasından her zaman daha lehe bir yaptırımdır⁶⁴. Önceki kanuna göre hapis cezası adli para cezasına çevrildiğinde ortaya çıkan miktar, yeni kanunda ceza olarak öngörülen adli para cezası miktarından daha az ise, eski kanun daha lehedir. Çünkü hapis cezası adli para cezasına çevrildiği takdirde, asıl mahkûmiyet çevrilen adli para cezasıdır (Mülga 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun md. 4/4; TCK md. 50/5).

Fiilin işlendiği sırada henüz yürürlükte olmayan, infaz tamamlanmadan önce de yürürlükten kalkmış olan bir kanuna aradaki kanun adı verilmektedir. Başka bir ifadeyle, suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan kanunu ilga eden bir kanun çıkarılmış, bu kanun da daha sonra bir başka kanun tarafından ilga edilmiş olabilir. Aradaki bu kanun fail bakımından daha lehe bir değerlendirmeyi olanaklı kılmaktaysa, uygulanmalıdır⁶⁵. Sonradan yürürlüğe giren kanundan değil, *kanunlardan* söz eden TCK md. 7/2 de bunu

⁶² SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 24; FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, (57), § 2, No: 8; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (2), 4/70-72.

⁶³ SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 20.

⁶⁴ FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, (57), § 2, No: 10.

⁶⁵ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 IV 5; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 27; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, (8), § 12, No: 17; KREYESSER, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), No: 60; ZAFER, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 73; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 162; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (5), sh: 104; ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, sh: 78; İÇEL, *Kayıhan/DONAY, Süheyl: Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, 1. Kitap, 4. Bası, İstanbul 2005, sh: 101; ÖZTÜRK/ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (9), No: 80.

doğrulmaktadır⁶⁶. Bununla birlikte, aradaki bu kanunun geçici veya süreli bir kanun olmaması gerekir.

4. Geçici ve Süreli Kanunlar

Geçici kanunlar belirli bir olay üzerine uygulamaya sokulan ve bu olayın sona ermesiyle birlikte uygulaması kaldırılan kanunlardır. Bu kanunların uygulanma süreleri gösterilmemekle birlikte, nitelikleri gereği belirli bir olayın ve hâlin devamına bağlı olarak uygulanırlar. Bu olay ve hâl sona erdiğinde de geçici kanunun uygulanması da sona erer. Süreli kanunlar ise, belirli bir zamanla sınırlı olarak yürürlükte kalan ve belirtilen sürenin sona ermesiyle yürürlükten kalkacak olan kanunlardır. Geçici ve süreli kanunların zaman bakımından uygulanabilirliğine ilişkin ilkeyi TCK md. 7/4 göstermektedir. Bu düzenleme gereğince; "Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir"⁶⁷. Aksi bir kabulün yürürlük süresinin sonuna doğru geçici veya süreli kanunu ihlâl eden kişinin avantajlı konuma getirilmesi anlamına geleceğini öngören kanun koyucu, bu düzenlemeyi yapmıştır.

Filinin gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte olan kanun geçici veya süreli bir kanun ise, bu kanun uygulamadan kaldırıldığında veya süresi dolduğu için yürürlükten kalktığında, failin aleyhine veya lehine olup olmadığına bakılmaksızın uygulanmaya devam edilir. Böylece geçici veya süreli kanun zamanında işlediği suçlar bakımından fail, geçici kanun uygulamadan veya süreli kanun yürürlükten kaldırıldığında, daha lehe bir hukuksal konuma getiren kanun yürürlüğe girmiş olsa bile, bu yeni kanundan yararlanamaz. Böylece geçici veya süreli kanunlar bakımından ileriye uygulama ilkesi kabul edilmiştir. Örneğin, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu geçici bir kanundur. Bu Kanun, sıkıyönetim bölgesinde Sıkıyönetim Komutanlığı tarafından alınan tedbirlere aykırı hareket edilmesini suç olarak tanımlamaktadır (md. 16). Bu suçu işleyen kişi sıkıyönetim kaldırıldıktan sonra da bu suçtan dolayı yargı-

⁶⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (5), sh: 104-105; ZAFER, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 73; KATOĞLU, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 228.

⁶⁷ Benzer düzenlemelere yabancı hukuklarda da rastlamak mümkündür. Örneğin Alman Ceza Kanunu § 2/4; İtalyan Ceza Kanunu md. 2/4 (RIZ/BOSCH, *Italienisches Strafrechtsgesetzbuch*, sh: 29; JARVERS, "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Italien", sh: 56, 63-64); İspanya Ceza Kanunu md. 2/2 (HOFFMAN/MELIÁ, *Das spanische Strafrechtsgesetzbuch*, sh: 17; MANSO PORTO, "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Spanien", sh: 128, 138-139); Portekiz Ceza Kanunu md. 2/3 (FERNANDES, *Das portugiesische Strafrechtsgesetzbuch*, sh: 36); İsveç Ceza Kanunu'nun Yürürlük Kanunu § 5/2 (CORNILS, Karin: "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Schweden", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 115-116, 122).

lanıp mahkûm edilebilecektir. Sıkıyönetimin kaldırılması sonucu oluşan lehe durumdan failin yararlanmasına TCK md. 7/4 izin vermemektedir⁶⁸.

Belirtmek gerekir ki, geçici veya süreli kanunların, esas aldığı hukuksal düşüncenin değişmesinden dolayı değil, sadece uygulama amacının ortadan kalkması veya yürürlük süresinin dolması nedeniyle uygulamadan veya yürürlükten kalktıklarına dikkat edilmelidir⁶⁹. Böylece geçici veya süreli kanundaki suç tipinde veya cezada lehe bir değişiklik yapılmışsa, kanun uygulamadan veya yürürlükten kalktıktan sonra da bu lehe düzenlemesiyle uygulanmaya devam eder⁷⁰.

Geçici veya süreli kanunlardaki bu ileriye uygulama kuralının da bir sınırı olduğu belirtilmektedir. Buna göre, başlangıçta geçici bir amaçla uygulamaya veya yürürlüğe sokulan geçici veya süreli bir kanun süreklilik karakteri kazandığı takdirde, ileriye uygulama ilkesi artık geçerli olmamalıdır. Böylece bu durumda artık lehe kanun değerlendirilmesi yapılabilmelidir⁷¹.

5. Anayasa Mahkemesi Kararları'nın Etkisi

Anayasa Mahkemesi suç tanımı içeren bir düzenlemeyi iptal ettiğinde, bu iptal kararının Resmî Gazete'de yayınlanıp yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş olan suçlara etki edip etmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. AY md. 153/5 gereğince, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları geriye yürümez. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin lehe olan iptal kararlarından, iptal kararının yayınlanmasından önce suç işleyen kişiler yararlanamayacaktır. AY md. 153/5'in ceza kanunları bakımından adaletsiz sonuçlara yol açtığı ortadadır⁷². Ancak doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının

⁶⁸ KANGAL, Zeynel T.: *Askerî Ceza Hukuku*, Ankara 2010, sh: 358. Aksi yönde bkz. KATOĞLU, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 42.

⁶⁹ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 IV 6; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 37; KREY/ESSER, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), No: 62; FRISTER, Helmut: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München 2009, 5/3.

⁷⁰ SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 38; KATOĞLU, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 204-205.

⁷¹ SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (ESER/HECKER), § 2, No: 38.

⁷² Bunu engellemeye yönelik bir öneri için bkz. ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 133; ÖZGENÇ, *İzzet: "Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu"*, Kamu Hukuku Arşivi 2000, c: III, sy: 2-3, sh: 117. AY md. 153/5'in düzeltilmesine kadar iptal kararının yargılamanın yenilenmesinde kullanılabilmesi için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (9), No: 85.

failin hukuksal durumunda lehe bir sonuca yol açmasının geçmişe uygulanabileceği yönünde görüşler bulunduğu gibi⁷³, Yargıtay da failin lehine olan bu yeni hukuksal durumu geçmişe uygulamaktadır⁷⁴.

⁷³ **DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir:** *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c: I, 11. Bası, İstanbul 1994, No: 360; **ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri**, sh: 86; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, (4), sh: 153-154; **DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler**, (6), sh: 138; **KATOĞLU, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, sh: 264-265.

⁷⁴ "Mahkemece; TCK.nun 441. maddesi uygulanarak sanıkların cezalandırılmaları na karar verilmiş ise de, anılan yasa maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin 23.9.1996 gün ve 1996/15 E. ve 1996/34 K. sayılı kararıyla iptal edilmiş, 27.12.1996 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan bu kararın yayın tarihinden itibaren 1 yıl (yani 27.12.1997 tarihinden) sonra yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. // Anayasa Mahkemesi bu iptal kararı ile TCK.nun 441. maddesine geçici bir nitelik vermiştir. // İptal kararının yürürlüğe girdiği 27.12.1997 tarihine kadar TCK.nun 441. maddesinin yürürlükte kalacağı ve bu tarihe kadar işlenen koca zinası suçlarına tatbik edileceği hususunda duraksama yoktur. Ancak; süre bitiminden önce işlenmiş ve henüz kesin hükme bağlanmamış koca zinasına ilişkin kamu davalarında nasıl bir uygulama yapılacaktır. // İptal edilen kanun ilga edilen kanun gibidir. Bu nedenle; iptal kararının yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, koca zinası suçları yaptırımsız kalmıştır. Bu halde TCK.nun 2. maddesindeki genel kuralın sanıklar yararına uygulanması gerekmektedir. Bu durumun Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararlarının geriye yürüyemeyeceğini düzenleyen Anayasa'nın 153. maddesinin 5. halde, eldeki davaların Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre çözümlenmesi, Anayasanın üstünlüğü prensibine ve Hukuk Devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülmez. Bir başka ifadeyle Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye yönelik olarak ertelemiş bulunması, yasama organına aynı konuda iptal kararının gerekçesine uygun olarak yeni bir düzenleme yapması için olanak tanımak ve hukuki bir boşluk yaratmamak amacıyla yönelik olup, yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasaya aykırı bularak iptal edilmiş kuralları uygulamayı ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözümlenmesi sonucuna doğurmaz. // Diğer taraftan Anayasanın 153. maddesinde yer alan ve iptal kararlarının geriye yürümezliğine ilişkin bulunan kural, iptal edilen hükümlere göre kazanılmış olan hakların ortadan kaldırılmasına veya toplum huzurunun bozulmasına yol açacak sonuçları önlemek ve hukuksal işlemlerin geçerliliğini sağlamak amacıyla kabul edilmiştir. Suç ise, hukuksal bir işlem değildir. Bu nedenle korunacak bir hak doğurmaz. İptal kararları, yasa koyucunun bir ceza hükmünü ortadan kaldırması işlemi gibi geçmişe etkili olması gerekir. Nitekim; mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiası ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi 5 ay içinde karar verip açıklamaması halinde, mahkemenin davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandıracağına işaret eden ve Anayasanın 152. maddesinin 3. fıkrasında yer alan 'ancak Anayasa Mahkemesinin kararı esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse mahkeme buna uymak zorundadır' yolundaki kuralı da Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararlarının, bu karardan önce açılmış bulunan ve görülmekte olan davalarda uygulanması gerektiğini açıkça belirtmektedir. // Bu görüş gerek öğretilde, gerekse uygulamada benimsenmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 9.9.1968 tarih, 3/485-248 ve 11.10.1971 tarih, 3/572-325 sayılı kararlarında; genel hukuk kurullarına göre aleyhe sonuç doğuran iptallerin, geriye yürümemesi gerektiğini,

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla ilgili bir başka sorun da, Anayasa Mahkemesi'nin iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırdığında, esasen iptal edilmiş olmakla birlikte boşluk doğmaması için bir süre daha yürürlükte kalacak olan kanuna göre suç işleyen kişilerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Böyle bir durumda da failin cezalandırılması gerektiği sonucuna varılmalıdır⁷⁵.

Kaynakça

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2009.

BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11. Auflage, Bielefeld 2003.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 5. Bası, İstanbul 2008.

CORNILS, Karin: "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Schweden", *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II*, Berlin 2008, sh: 113-125.

DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Ankara 2009.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c: I, 11. Bası, İstanbul 1994.

iptal lehe olduğunda ise ilgililerin iptalden önceki hususlar hakkında Anayasa Mahkemesi kararına dayanarak her zaman hak iddia edebileceklerini açıklamıştır. // Bir an için TCK.nun 441. maddesinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararında koca zinasının oluşumunun kadın zinasına nazaran daha ağır koşullara bağlı bulunduğu, bunun da Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu için iptal edildiği, bu nedenle ve yapılacak kanun açısından TCK.nun 2. maddesinden söz edilemeyeceği düşünülebilirse de Anayasa Mahkemesi'nin, bu kararda ayrıca yasa koyucunun zınayı suç olmaktan çıkarabileceği veya onun gerçekleşmesini belli koşullara bağlayabileceğini de açıklamış olması karşısında, yapılacak düzenlemenin mutlak anlamda aleyhe olması gerektiği gibi bir gerekçeyi ve görüşü benimsemek olanaklı değildir. // Kaldı ki; TCK.nun 441. maddesinin iptaline dair kararın 27.12.1996 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren, oluşan yasa boşluğunun doldurulması için verilen bir yıllık sürenin 27.12.1997 de dolmasına ve o tarihten bu yana geçen süreye rağmen yeni bir düzenleme getirilmemesi ve yasama organının iradesinin bu yönde oluşması karşısında, TCK.nun 440. maddesinde yaptırıma bağlanan ve kadının zinası olarak nitelendirilen eylemin de Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tartışılır hale gelmesine neden olmuştur" (5. CD., 09.03.1998, E. 1998-82/K. 1998-854, www.kazanci.com; Erişim tarihi: 11.09.2011).

⁷⁵ **HAKERİ, Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, (10), sh: 69.

- EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin:** *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 1997.
- FERNANDES, João Manuel:** *Das portugiesische Strafgesetzbuch*, Berlin 2010.
- FISCHER, Thomas:** *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57. Auflage, München 2010.
- FORSTER, Susanne:** "Das Gesetzlichkeitsprinzip in England und Wales", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 29-39.
- FRISTER, Helmut:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München 2009.
- GROPP, Walter:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2005.
- HAFT, Fritjof:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München 2004.
- HAKERİ, Hakan:** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2011.
- HEINRICH, Bernd:** *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Stuttgart 2010.
- HOFFMAN, Markus/MELIÁ, Manuel Cancio:** *Das spanische Strafgesetzbuch*, Freiburg im Breisgau 2002.
- İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl:** *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, 1. Kitap, 4. Baskı, İstanbul 2005.
- JAKOBS, Günther:** *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-New York 1993.
- JARVERS, Konstanze:** "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Italien", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 55-66.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas:** *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996.
- KANGAL, Zeynel T.:** *Askerî Ceza Hukuku*, Ankara 2010.
- KANGAL, Zeynel T.:** *Kabahatler Hukuku*, İstanbul 2011.
- KATOĞLU, Tuğrul:** *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, Ankara 2008.
- KINDHÄUSER, Urs:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden-Baden 2009.
- KINDHÄUSER, Urs:** *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 4. Auflage, Baden-Baden 2010.
- KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfried/PAEFFGEN, Hans-Ullrich:** *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band I (§§1-145d)*, 3. Auflage, Baden-Baden 2010. [Kısaltma: NK-StGB³ (HASSEMER/KARGL), § 2, No:].
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan:** *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2010.
- KÖHLER, Michael:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg 1997.

- KREY, Volker/ESSER, Robert:** *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Stuttgart 2011.
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe:** *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul 2008.
- LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian:** *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München 2011.
- LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-van SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus:** *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Band 1, 12. Auflage, Berlin 2007. [Kısaltma: LK-StGB¹² (DANNECKER), § 2, No:].
- LELIEUR, Juliette/PFÜTZNER, Peggy/VOLZ, Sabine:** "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Frankreich", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 40-54.
- MANSO PORTO, Teresa:** "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Spanien", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 126-141.
- MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, 8. Auflage, Heidelberg 1992.
- MUNDAY, Roderick:** "İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi", (Çev.: Zeynel T. KANGAL), İÜHFİM 2003, c: LXI, sy: 1-2, sh: 441-464.
- ÖNDER, Ayhan:** *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992.
- ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker:** *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2011.
- ÖZGENÇ, İzzet:** "Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu", Kamu Hukuku Arşivi 2000, c: III, sy: 2-3, sh: 90-117.
- ÖZGENÇ, İzzet:** *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2010.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan:** *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2006.
- PRADEL, Jean/CORSTENS, Geert:** *Droit pénal européen*, 2^e éd., Paris 2002, No:
- RENGIER, Rudolf:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, München 2010.
- RIZ, Roland/BOSCH, Johanna:** *Italienisches Strafgesetzbuch*, Bozen 1995.
- ROXIN, Claus:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München 2006.
- RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER/SAMSON:** *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1, Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, München 2011.
- SCHMIDT, Rolf:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Bremen 2010.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst:** *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München 2010.

SCHROEDER, Friedrich-Christian/BEDNARZ, Thomas: *Strafgesetzbuch der Russischen Föderation*, Freiburg im Breisgau 1998.

STRATENWERTH, Günter: *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3. Auflage, Bern 2005.

STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6. Auflage, München 2011.

ÜNVER, Yener: "Ceza Yargılaması Normlarının Derhal Uygulanması İlkesine İlişkin Bir Yargıtay CGK. Kararının İncelenmesi", İÜHF 1991-1994, c: LIV, sy: 1-4, sh: 201-218.

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2011.

WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 40. Auflage, Heidelberg 2010.

ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2010.

ZHAO, Yang/RICHTER, Thomas: "Das Gesetzlichkeitsprinzip in China", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 3-15.

ZIESCHANG, Frank: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Stuttgart 2009.

Suçların ve Cezaların İctimai

Fatma KARAKAŞ DOĞAN*

ÖZET

Makalede suçların ve cezaların içtimai kurumları incelenmiştir. Suçların içtimai konusunda Türk Ceza Kanununun sistemi ile suçların içtima ettiği başlıca kurumlar ele alınmıştır. Mevzuatımızda yer almayan cezaların içtimai kurumu, Alman Ceza Kanunu ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ışığında incelenmiş ve buna ilişkin başlıca sistemler anlatılarak gerekliliği üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: Suçların içtimai, bileşik suç, zincirleme suç, fikri içtima, cezaların içtimai.

I. GENEL OLARAK

Tipiklikte korunan bir hukuksal değer, hukuka aykırı ve kusurlu bir hareketle ihlal edilmesi suçun basit şeklidir. Korunan her hukuksal değer ihlali ayrı bir suç olarak kabul edilir.¹ Böylece kanunda yer alan tanıma uygun olarak gerçekleştirilen her neticenin ayrı ve bağımsız bir suç oluşturması ve failin meydana gelen zarar neticesi sayısı kadar cezalandırılması kuraldır. Ancak tek neticenin bir veya birden fazla hareketten meydana geldiği veya hareketlerin birden fazla olmasına karşın neticenin tek olduğu veyahut bir veya birden fazla hareketle tek neticenin ve tek suçun işlendiği durumlarda genel kurallardan ayrılmak zorunlu olmaktadır.² İşte bu durumlarda ortaya çıkan sorunlar içtima kuralları ile çözülecektir.

Birleşme, kaynaşma ya da toplanma olarak da adlandırılan içtimanın ceza hukukunda iki türü bulunmaktadır. Bunlardan ilki suçların, ikincisi cezaların içtimidir.

* Yrd. Doç. Dr., Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 1992 İstanbul, 445-6; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:I, 1997 İstanbul, 391; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. B., 2005 İstanbul, 488.; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. B., 2007 Ankara, 791; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. B., Ankara 2007, 441.

² Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II, 12. B., 1999 İstanbul, 373.