



## Ceza Özel Hukuku Bilgileriniz İçin Güncel Bir Soluk

### Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler

Prof. Dr. Veli Özer Özbek, Yrd. Doç. Dr. Nihat Kanbur,  
Yrd. Doç. Dr. Koray Doğan, Yrd. Doç. Dr. Pinar Bacaksız,  
Arş. Gör. İlker Tepe  
2011 / 17x25 / 1061 Sayfa / Ciltli / 65.00 TL

"Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler" kitabının kısa sürede tükenen birinci baskısında yer verilen suç tipleri, ikinci baskıda da büyük ölçüde korunmuş ve geliştirilmiştir.

Birinci baskıdan sonra gerek öğretilerde gerekse uygulamada ortaya çıkan gelişmeler, güncel yargı kararlarıyla birlikte değerlendirilmiştir. Bu geliştirme ve güncelleme çalışmaları esnasında, kitabın bir ders kitabı olma özelliği korunmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte ikinci baskıda eklenen ve gözden geçirilen teorik açıklamalarla sadece lisans düzeyinde öğrencilerin faydalanabileceği bir eser olmanın ötesinde, uygulamacıların da başvurabileceği bir kaynak olmasına özen gösterilmiştir.

- Uluslararası Suçlar
- Hayata ve Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar
- Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar
- Hürriyete Karşı Suçlar - Şerefe Karşı Suçlar
- Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar
- Malvarlığına Karşı Suçlar - Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar
- Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar - Kamu Güvenine Karşı Suçlar
- Genel Ahlak Karşı Suçlar - Aile Düzenine Karşı Suçlar
- Ekonomi, Sanayi ve Ticarete Karşı Suçlar
- Bilişim Alanında Suçlar
- Kamu İdaresinin Güvenliliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar
- Adliye Karşı Suçlar



Akademik ve Mesleki Yayınlar

**Yayınevi Merkezi**  
Sağlık Sokak No: 21  
06410 Sıhhiye - ANKARA  
Tel: (312) 435 30 30  
Faks: (312) 435 24 72  
satis@seckin.com.tr

**Ankara Adliye Sarayı Şubesi**  
Ankara Adliye Sarayı K-Blok  
Zemin Kat Sıhhiye-ANKARA  
Tel: (0312) 309 52 48  
adliyesube@seckin.com.tr

**Ankara Strazburg Cad. Şubesi**  
Strazburg Cad. No: 22/B  
Sıhhiye-ANKARA  
Tel-Faks: (0312) 239 52 62  
ankarasube@seckin.com.tr

**Birlik Bulvarı Şubesi**  
Birlik Bulvarı No: 22/B  
Sıhhiye-ANKARA  
Tel-Faks: (0312) 239 52 62  
birlikbulvari@seckin.com.tr

## Ceza Hukuku Dergisi

Yıl: 6  
Sayı: 17  
Aralık  
2011  
22,00 TL

# CHD Hukuku Dergisi

Journal of Criminal Law | Zeitschrift für Strafrecht

Yıl: 6 Sayı: 17 Aralık 2011 Fiyatı: 22,00 TL

"Hakemli Dergidir"

**Avrupa Birliği Hukukunda AİHM'nin 2010 Yılında Türkiye ile İlgili Verdiği Başlıca Kararlar ve Değerlendirilmesi**  
Prof. Dr. Gökhan KARAKAN

**Yeni Anayasa Tasarısında Anayasaya Delil Yasaklarına İlişkin Hüküm Konulması Gereği Üzerine**  
Yrd. Doç. Dr. Nihat KANBUR

**Anayasada Özgürlük, Sırta ve Cezada Kanunilik İlkesi**  
Yrd. Doç. Dr. Zeynel H. KANGAL

**Çocukların Ölümlerinde Kimyasal Kastrasyon Seçeneği**  
Yrd. Doç. Dr. Feriye AKSOY PEKÇİOĞLU

**Makul Şüphelerden Yararlanma Hakkı**  
Arş. Gör. Gamze GÜNLÜK  
Arş. Gör. İlker TEPE

**Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kapsamında "Konutta Arama"**  
Arş. Gör. Zehra YUNUZ

**Avrupa Birliğinde Yararlanma Öncesi Tutukluluk**  
Gözetim HUKUKU  
Gözetim HUKUKU

**Temel Belirlemler Vargeme**  
Dr. Philipp S. BÜCHINGGER, LL.M. (Harvard)  
Gaz. Arş. Gör. Serkan MİRAKLI

**Aktarılan Birleşik Modern Hukuk Devletinde Ceza Hukuku ve Anayasa İlişkisi**  
Prof. em. Dr. Dr. h. c. mult. Winfried HASSAMER  
Prof. Dr. Christian RADTKE  
Prof. Dr. Christian WACH  
Prof. Dr. Christian WACH

Anayasa ve  
Ceza Hukuku  
Özel Sayısı



- <http://www.yarsuvat-law.com.tr/articles/article2.pdf>  
[http://www.gesetze.ch/sr/312.0/312.0\\_035.htm](http://www.gesetze.ch/sr/312.0/312.0_035.htm)  
[http://www.jusline.at/14\\_Freie\\_Beweiswueerdigung\\_StPO.html](http://www.jusline.at/14_Freie_Beweiswueerdigung_StPO.html)  
[http://www.jusline.at/55\\_Beweisantraege\\_StPO.html](http://www.jusline.at/55_Beweisantraege_StPO.html)  
[http://www.jusline.at/106\\_Einspruch\\_wegen\\_Rechtsverletzung\\_StPO.html](http://www.jusline.at/106_Einspruch_wegen_Rechtsverletzung_StPO.html)  
[http://www.jusline.at/110\\_Sicherstellung\\_StPO.html](http://www.jusline.at/110_Sicherstellung_StPO.html)  
<http://www.jusline.at/index.php?cpid=ba688068a8c8a95352ed951ddb88783e&lawid=14&paid=123&mvpa=132>  
[http://www.jusline.at/166\\_Beweisverbot\\_StPO.html](http://www.jusline.at/166_Beweisverbot_StPO.html)  
[http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/pdfs/ukpga\\_19840060\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/pdfs/ukpga_19840060_en.pdf)  
[http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/\\_136a.html](http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_136a.html)  
[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stpo/englisch\\_stpo.html#p1100](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p1100)  
[http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione\\_inglese.pdf](http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf)  
<http://www.comune.fi.it/costituzione/inglese.pdf>  
[http://www.provincia.milano.it/export/sites/default/polizia\\_provinciale/documenti/codice\\_di\\_procedura\\_penale.pdf](http://www.provincia.milano.it/export/sites/default/polizia_provinciale/documenti/codice_di_procedura_penale.pdf)  
<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>  
<http://www.legix.pt/docs/PPP.pdf>  
<http://www.constitution.ru/10003000/10003000-4.htm>  
[http://www.consultant.ru/popular/upkrf/11\\_12.html#p1367](http://www.consultant.ru/popular/upkrf/11_12.html#p1367)  
<http://meget.kiev.ua/zakon/konstitutsia-ukraini/razdel-2/>  
<http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96%2D%E2%F0>  
<http://pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=v19402875&p2={NRPA}>  
[http://en.wikisource.org/wiki/Constitution\\_of\\_South\\_Korea](http://en.wikisource.org/wiki/Constitution_of_South_Korea)  
<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4709.html>  
<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin.aspx?MevzuatKod=1.5.2709&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=>  
<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm>  
<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin.aspx?MevzuatKod=1.5.2577&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=>  
<http://www.haberdar.com/haber/danistaydan-delil-karari-3022502>  
[http://www.tusiad.org/\\_rsc/shared/file/YENI-ANAYASA-YUVARLAK-MASA.pdf](http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/YENI-ANAYASA-YUVARLAK-MASA.pdf)  
<http://www.musiad.org.tr/anayasa/>  
<http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/419856.asp>

## ANAYASAL GÜVENCE OLARAK SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

Yrd. Doç. Dr. Zeynel T. KANGAL\*

**Özet:** Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin en önemli görünüm şekillerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Buna göre, suç teşkil eden fiilin ve bunun karşılığında uygulanacak ceza yaptırımının, fiilin gerçekleştirilmesinden önce kanunda gösterilmesi zorunludur. Bu kanun, yasama organı tarafından çıkarılan şekli anlamdaki kanun olmalıdır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi bireysel özgürlüklerle ilgili olduğundan anayasalarda ve uluslararası belgelerde de düzenlenmektedir. Kanunilik ilkesinin sonuçlarından biri olan belirlilik ilkesi, suç tanımlarının ve uygulanacak ceza yaptırımlarının kanunda açık bir şekilde kaleme alınmasını gerektirmektedir. Yine kanunilik ilkesi örf-âdet hukukunun ceza hukukunda failin aleyhine olarak uygulama alanı bulmasını engellemektedir. Kıyas yasağı, suç yaratma ve cezasını belirleme yetkisini hâkime bırakmayarak yasama organının bu konudaki tekel yetkisini vurgulamaktadır. Bununla birlikte, hâkimin kanunun anlamını ortaya çıkarabilmek için yorum yapma yetkisi ve görevi bulunmaktadır. Suç tanımı yapma ve cezasını belirleme yasama yetkisine dâhil bir konu olduğundan, idare düzenleyici işlemleriyle suç yaratamaz ve ceza belirleyemez. Kanunilik ilkesi ceza kanunlarının failin aleyhine olarak geçmişe yürütülmesine de engel olmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Belirlilik İlkesi – Örf-Âdet Yasağı – Yorum – Kıyas Yasağı – İdarenin Düzenleyici İşlemleri – Geçmişe Uygulama Yasağı.

### PRINCIPLE OF LEGALITY AS A CONSTITUTIONAL GUARANTEE

**Abstract:** Principle of legality is one of the most important aspects of rule of law. According to this principle an act that constitutes a crime and its sanction should be clearly stated in the law before the act is committed. This law should be enacted by the parliament formally. Principle of legality is also regulated under constitutions and international documents due to its relation with fundamental rights. Principle of certainty which is a result of this principle requires the definition of crimes and their sanctions to be clearly stated in the law. Principle of legality also prohibits customary law to be applied against the accused. Prohibition of analogy emphasizes the monopoly of parliament's authorization to enact law, by giving no authorization to judge to create law. However the judge has a duty and authorization to interpret the provisions of the law. Legislative organ has the monopoly to define crimes and determine sentences for them; so administration can not define crimes and determine sentences by regulatory acts. Principle of legality prohibits the criminal codes to be applied retroactively against the accused.

**Keywords:** Principle of certainty- Prohibition of creating law by customary law- Interpretation – Prohibition of Analogy – Regulatory acts of Administration-Prohibition of Retroactive Application

\* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## I. KANUNSUZ SUÇ VE CEZA OLMAZ İLKESİ

### A. Kavram

Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri de, devletin özellikle ceza hukuku aracılığıyla bireylerin hukuksal değerlerine yönelik keyfi ve aşırı müdahalelerde bulunmasının önüne geçmektir. Birey suç teşkil eden fiilin ve bunun karşılığında öngörülen yaptırımın ne olduğunu önceden bildiği takdirde, davranışını buna göre yönlendirerek yaşamını hukuka uygun olan hareket alanı içerisinde sürdürebilecektir. Hukuka aykırılık alanına girmediği sürece de, hukuksal değerlerine devletin müdahale edemeyeceğini bilecek ve kendini güvende hissedecektir. Böylece birey, devletin keyfi cezalandırmasına karşı korumasız kalmamaktadır.

Ceza hukukunun en önemli temel ilkelerinden biri, belki de birincisi olan kanunilik ilkesine göre, bir davranışın cezalandırılabilirliğinin ve bunun için öngörülen ceza hukuku yaptırımlarının şekli anlamdaki kanunda gösterilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, fiilin işlendiği anda kanunun önceden bu fiili suç olarak tanımlamış ve yaptırımını da öngörmüş olması gerekmektedir<sup>1</sup>.

Kanunilik ilkesi esas itibarıyla bireysel özgürlükleri korumayı amaç edindiğinden anayasal güvenceye de kavuşturulmuş (AY md. 38) ve böylece Anayasa Mahkemesi'nin de inceleme alanına dâhil edilmiştir. Çünkü kanunilik ilkesine sadece ceza kanunlarında yer verilmiş olsaydı, kanun koyucu, bunun yalnızca hâkimi bağlayacağı düşüncesiyle hareket ederek kanunilik ilkesine ters düşen uygulamalara gidebilirdi. Anayasalar kanunilik ilkesine yer verdikleri takdirde, ceza kanunlarını yapma görevinin yasamanın tekelinde olduğuna ve başka bir kuvvete devredilemeyeceğine işaret etmektedirler. Bu bağlamda, bazı devletler kanunilik ilkesine anayasalarında doğrudan yer vermişlerdir. Alman AY md. 103/2<sup>2</sup>, Fransız AY md. 34<sup>3</sup>, İtalyan AY md. 25/2-3<sup>4</sup>, İspanyol AY md. 8/3 ve md. 25/1<sup>5</sup>, Belçika AY

<sup>1</sup> WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 40. Auflage, Heidelberg 2010, No: 44; SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München 2010, (ESER, Albin/HECKER, Bernd), § 1, No: 1; SCHMIDT, Rolf: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Bremen 2010, No: 27; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İhan: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2010, sh: 43.

<sup>2</sup> Alman AY md. 103/2 şu şekilde ifade edilmiştir: "Bir fiil yalnızca, cezalandırılabilirlik fiil işlenmeden önce kanunla belirlenmiş ise, cezalandırılabilir". Bu düzenleme Alman Ceza Kanunu § 1'de aynen tekrar edilmiştir.

<sup>3</sup> Fransız AY md. 34'ün ilgili kısmına göre: "Kanun cürüm ve cünhaların belirlenmesi ve ayrıca bunlara uygulanacak cezalar ile ilgili kuralları tespit eder". Anayasa'nın 37. maddesi de, kanuna konu teşkil etmeyen alanların idarenin düzenleyici işlemleriyle kurula bağlanacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla AY md. 34 kabahatleri ele almadığından, bunların idarenin düzenleyici işlemlerle tanımlanmasının yolu açılmıştır. Bkz. BOULOC, Bernard: *Droit pénal général*, 21<sup>e</sup> éd., Paris 2009, No: 103.

<sup>4</sup> İtalyan AY md. 25/2-3 şu şekildedir: "Fiilin gerçekleştirilmesinden önce yürürlükte bulunan bir kanun haricinde hiç kimse cezalandırılmaz" (f.2); "Kanunla öngörülen durumlarda haricinde hiç kimse bir güvenlik tedbirine tabi tutulamaz" (f.3). Bkz. JARVERS, Konstanze: "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Italien", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 56.

<sup>5</sup> İspanyol AY md. 8/3 şöyledir: "Anayasa kanunilik ilkesini, normlar hiyerarşisini, normların

md. 14<sup>6</sup>, İsveç AY Böl. 2 § 10/1<sup>7</sup>, Polonya AY md. 42<sup>8</sup> örnek olarak sayılabilir. Bazı devletler ise bu ilkeye anayasalarında doğrudan yer vermemekle birlikte, hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü ilkelerini anayasal referans olarak göstermektedirler. Avusturya AY md. 18<sup>9</sup> ve Çin AY md. 5<sup>10</sup> buna örnek gösterilebilir.

Ceza kanununun garanti fonksiyonunu ifade eden ve suçluların *manga chartası* olarak adlandırılan<sup>11</sup> suçta ve cezada kanunilik ilkesinin beş sonucu vardır. Bunlar belirlilik ilkesi (*lex certa*), örf-âdet hukuku yasağı (*lex scripta*), kıyas yasağı (*lex stricta*), idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılması yasağı ve geçmişe uygulama yasağıdır (*lex praevia*). Örf-âdet hukuku yasağı ve kıyas yasağı mahkemelere, geçmişe uygulama yasağı hem mahkemelere hem de kanun koyucuya hitap etmekle birlikte, kanunilik ilkesinin diğer sonuçları sadece kanun koyucuya hitap etmektedir<sup>12</sup>.

yayınlanmasını, bireysel haklara müdahale eden veya bunları sınırlandıran normların aleyhe olarak geçmişe uygulanmamasını, hukuk güvenliğini, ayrıca kamu gücünün sorumluluğunu ve keyfi kullanılması yasağını güvence altına alır". Md. 25/1 ise şu şekilde formüle edilmiştir: "İcrafi veya ihmali bir hareketten dolayı hiç kimse, bu hareket gerçekleştirildiği zaman yürürlükte bulunan mevzuata göre ne bir suç ne bir kabahat ne de bir düzene aykırılık oluşturmuyorsa, mahkûm edilemez ya da cezalandırılmaz" (Bkz. MANSO PORTO, Teresa: "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Spanien", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 127).

<sup>6</sup> 1994 tarihli Belçika AY md. 14'e göre: "Kanunda öngörülmemiş bir ceza ne oluşturulabilir ne de uygulanabilir".

<sup>7</sup> Bu düzenlemeye göre: "İşlendiği anda karşılığında bir yaptırım öngörülmemiş bir fiilden dolayı bir cezaya veya başka bir yaptırıma hükmedilemez. Fiil için işlendiği zaman kanunda öngörülen yaptırımdan daha ağır bir yaptırıma da hükmedilemez. Yaptırımlar hakkında önceden mevcut olan düzenleme müsadere ve suçun diğer özel hukuksal sonuçları bakımından da geçerlidir" (Bkz. CORNILS, Karin: "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Schweden", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 116).

<sup>8</sup> 1997 tarihli Polonya AY md. 42/1-2 şu şekilde kaleme alınmıştır: "Bir kimse yalnızca, fiilin gerçekleştirildiği zaman yürürlükte bulunan bir kanun tarafından ceza öngörülme suretiyle yasaklanmış olan bir fiili işlediği takdirde, cezalandırılabilirliğe tabi tutulur" (f.1); "Kanunilik ilkesi, işleme anında uluslararası hukuk anlamında bir suçu ifade eden bir fiilin cezalandırılmasını engellemez" (f.2). Bkz. WEIGEND, Ewa: "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Polen", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 94.

<sup>9</sup> Bkz. FUCHS, Helmut: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 7. Auflage, Wien-New York 2008, 4/22; TRIFFTERER, Otto: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Wien-New York 1994, 2/10; ZERBES, Ingeborg: "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Österreich", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 81-83.

<sup>10</sup> 1982 tarihli Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası'nın 5. maddesine 1999 yılında bir fıkra eklenerek "hukukun üstünlüğü" ve "sosyalist hukuk devleti" ilkeleri kabul edilmiştir. Bu sayede kanunilik ilkesinin anayasal güvenceye kavuşturulduğu ifade edilmektedir (ZHAO, Yang/RICHTER, Thomas: "Das Gesetzlichkeitsprinzip in China", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 5, 6).

<sup>11</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 6; STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6. Auflage, München 2011, § 3, No: 14.

<sup>12</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 7; HAFT, Fritjof: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München 2004, sh: 32; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 44.

## B. Dogmatik Esası

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi bugünkü anlamıyla aydınlanma dönemi düşüncesinde kök salmıştır. Kanunilik ilkesi dogmatik temellerini ceza hukukunun yanısıra, anayasa hukukunda da bulmaktadır.

Kanunilik ilkesinin dayandığı temel esaslardan birincisi, siyasal liberalizmdir. Burjuvazi, mutlak monarşi ile mücadelesi sonucunda, kralın ve genelde ona bağlı hâkimlerin ceza verme yetkisini serbest takdir yetkisine (ya da keyfine) göre değil, yalnızca kanunla saptanmış açık kriterlere göre yerine getirebilmesi şeklinde önemli bir güvence elde etmiştir. Günümüzde devlet yapılarının değişik nitelikte olmalarına rağmen, kanunilik ilkesi halen kişilerin bireysel özgürlüklerinin hâkimlerin keyfi davranışlarından ve devlet gücünün soyut kanunlara bağlanması sayesinde de yürütmeden korunması gerekçesine dayanmaktadır<sup>13</sup>. Böylece mahkemeler kanun koyucunun kararlarıyla bağlı olduklarından, somut olayın çözümünün, *common law*'daki gibi örf-âdet hukukuna veya emsal kararlara göre yapıldığı bir sistemden kaçınılmak istenmiştir<sup>14</sup>.

Kanunilik ilkesinin ikinci dayanağı ise, kuvvetler ayrılığı esasına göre şekillendirilmiş olan demokrasidir. Cezalandırma vatandaşın özgürlüğüne çok ağır bir müdahaleyi ifade etmektedir. Bunun koşullarının belirlenmesi için meşruiyet sadece, halkı devlet gücünün taşıyıcısı olarak doğrudan temsil eden bir kurumda bulunabilir. Bu da parlamentodan başkası değildir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinde hâkim kural koyma görevinden arındırılarak, kuralı uygulayan makama indirgenmiştir. Yürütme ise, cezalandırma sürecinin tamamen dışında tutulmakta ve bu sayede iktidarın her türlü kötüye kullanımı bu alanda engellenmektedir<sup>15</sup>.

Kanunilik ilkesinin üçüncü temel dayanağı genel önleme amacıdır. Yasak olan fiil, işlenme zamanından önce kanunda mümkün olduğu kadar tam olarak saptandığı takdirde, potansiyel suçlular bunu bileceklerinden ve cezadan korkacaklarından kendilerini suç işlemekten alıkoyacaklardır. Fiilden önce bir

<sup>13</sup> ROXIN, Claus: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4. Auflage, München 2006, § 5, No: 19; JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996, § 15 II 2.

<sup>14</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 I 1.

<sup>15</sup> ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 20; GROPP, Walter: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2005, § 2, No: 6; LK-StGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 55; MERLE, Roger/VITU, André: *Traité de droit criminel*, Tome I, 7<sup>e</sup> éd., Paris 1997, No: 153, 155; DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c: I, 11. Baskı, İstanbul 1994, No: 33; HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2011, sh: 14; TOSUN, Öztekin: "Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan", İÜHF 1962, c: XXVII, sy: 1-4, sh: 47; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2006, No: 17. Bununla birlikte Jakobs, hâkimin kanunu uygulamasının kuvvetler ayrılığını değil, yargının yasamaya tabi olmasını ortaya koyduğunu ifade etmektedir (JAKOBS, Günther: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-New York 1993, 4/5).

kanun mevcut değilse veya belirsizse, hiç kimse davranışının cezayı gerektirip gerektirmediğini bilemeyeceğinden, korkutma etkisi de ortaya çıkamaz<sup>16</sup>.

Kanunilik ilkesi aynı zamanda hukuk devleti ilkesinden türetilen bir ilkedir. Devletin bütün organları hukuk kuralları çerçevesinde davranmak zorunda olduklarından, özellikle yasama ve yargılama kuvvetlerinin bireysel özgürlüklere ceza hukukuna ilişkin bir müdahalede bulunabilmeleri için bir kanunun mevcut olması gerekir<sup>17</sup>. Kanunilik ilkesiyle vatandaşa, davranışının yalnızca, fiilden önce kanunla düzenlenmiş suç tiplerindeki unsurları gerçekleştirdiği takdirde cezalandırılacağı, bunun dışında cezalandırılmayacağı garantisini verilmektedir. Böylece ceza hukukunun hukuk devletine ilişkin güvence fonksiyonu yerine getirilmiş olmaktadır<sup>18</sup>. Bu durumda vatandaş da hangi fiilin suç olduğunu, hangi fiilin suç olmadığını bileceğinden hukuk güvenliği sağlanmış olacaktır<sup>19</sup>. Kanunilik ilkesi sayesinde güvence fonksiyonunu yerine getiren ceza hukuku aynı zamanda, vatandaşların toplumsal bakımdan beklenen davranış biçimlerine yönlendirilmesine katkı sağlamaktadır. Anayasa tarafından öngörülen insan modelinin oluşturulmasında kanunilik ilkesi en önemli araçlardan biri olarak ortaya çıkmaktadır. Ceza kanunları, Anayasa'nın belirlediği toplumsal davranış standartlarını ölçü olarak emir ve yasaklar getirmekte, böylece yasak alanın sınırlarını göstererek bireylere özgürce hareket edecekleri ve maddî ve manevî kişiliklerini geliştirebilecekleri sahayı belirtmektedir.

<sup>16</sup> HEINRICH, Bernd: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Stuttgart 2010, No: 24; MERLE/VITU, *Traité de droit criminel I*, (7), No: 153; LK-StGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 60; DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c: I, (11), No: 33; HAKERİ, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, (10), sh: 14; TOSUN, "Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan", sh: 47; BEKRI, M. Nedim: "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri İle Uluslararası Ceza Hukuku Uygulamalarındaki Durumu", AD (Eylül) 2010, sy: 38, sh: 60.

<sup>17</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich: *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, (Çev.: Feridun YENİSEY), 2. Baskı, İstanbul 2007, sh: 9-10; MERLE/VITU, *Traité de droit criminel I*, (7), No: 151.

<sup>18</sup> KINDHÄUSER, Urs: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden-Baden 2009, § 3, No: 2; MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, 8. Auflage, Heidelberg 1992, § 10, No: 12; KLESCZEWSKI, Diethelm: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bonn 2008, § 2, No: 36; RENGIER, Rudolf: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, München 2010, § 4, No: 2; LK-StGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 52; KOCA/ÖZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 42, 43; ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2010, sh: 42; İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl: *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, 1. Kitap, 4. Baskı, İstanbul 2005, sh: 74-75.

<sup>19</sup> HEINRICH, *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, (2), No: 24; SEELMANN, Kurt: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Basel 2009, sh: 27; TRECHSEL, Stefan/JEAN-RICHARD, Marc: *Schweizerisches Strafrecht, Praxiskommentar*, Zürich 2008, Art. 1, No: 3; EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin: *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 1997, sh: 99-100; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2009, sh: 107-108; HAKERİ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 14; ÖZTÜRK/ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (9), No: 15, 17; BEKRI, "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri İle Uluslararası Ceza Hukuku Uygulamalarındaki Durumu", sh: 59.

Kanunilik ilkesinin dayandığı son esas da kusur ilkesidir. Ceza kusuru gerekli kıldığından, kusurdan sadece, fail fiilinin yasak olduğunu, gerçekleştirmeden önce biliyorsa veya en azından öğrenme fırsatı varsa, söz edilebilir. Bu da fiilden önce cezalandırılabilirliğinin belirlenmesini gerekli kılmaktadır<sup>20</sup>.

### C. Kanunsuz Suç Olmaz İlkesi

Kanunilik ilkesi kanunsuz suç olmaz ilkesini (*nullum crimen sine lege*) beraberinde getirmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinin 1. fıkrasına göre; "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz". Yine TCK md. 2/1'e göre; "Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz". Buna göre, bir fiil yalnızca, işlenmeden önce kanunda açık bir şekilde suç olarak tarif edildiği takdirde cezalandırılabilir. Bir fiil toplumsal bakımdan ne kadar çok zararlı, kamuoyu tarafından kınanan ve cezalandırmaya muhtaç bir davranışı ifade ederse etsin, kanun koyucu tarafından suç kimliğine büründürülmediği sürece asla cezalandırılmaz. Aksi bir tutum keyfi bir uygulamaya yol açacağından demokratik bir hukuk devletiyle bağdaşmaz. Örneğin intihara yönlendirme suç sayılmakla birlikte (TCK md. 84), intihara teşebbüs suç olarak tanımlanmadığından intihara kalkışıp da ölmeyen bir kişiye ceza verilemez. Aynı şekilde TCK md. 227 fuhşa teşvik edilmesini veya aracılık edilmesini suç olarak tanımladığından, bizzat fuhuş yapan kişi cezalandırılmaz.

Suçların parlamento tarafından şekli kanunlar tarafından tanımlanması gerekmektedir. Bu, yasamanın görevidir ve özel veya kamusal başka bir organa devredilemez<sup>21</sup>. Suçun şekli anlamda kanun tarafından tarif edilmesi zorunluluğu, maddi kanun özelliği gösterdikleri gerekçesiyle kanun hükmünde kararname (KHK), tüzükler, yönetmelikler ve adsız düzenleyici işlemlerle suç yaratılmasının

<sup>20</sup> ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 24; FUCHS, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (7), 4/24.

<sup>21</sup> Bu nedenle AYM 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13. maddesinin 4. fıkrasındaki "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" düzenlemesini iptal etmiştir. Karara göre; "İtiraz konusu kuralda belirtilen suçların işlenmesi halinde TFF veya yayıncı kuruluşun şikayeti üzerine 5846 sayılı Yasa'nın 71. maddesinin birinci fıkrasında, bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasının uygulanacağı öngörülmektedir. Buna göre, suçun ana unsurlarından birini TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında hareket etmek fiili oluşturmaktadır. Kuralda, hangi eylemin gerçekleşmesi halinde suçun oluşacağı yani suçun unsurlarının neler olduğunun belirlenmesi TFF'nun takdirine bırakılmakta, böylece ceza yaptırımının uygulanmasını sağlayacak eylemler Yasa'da belirtilmemekte ve TFF'nun belirlediği usul ve esaslara bağlanmaktadır. Öte yandan, itiraz konusu kuralda suç oluşturan fiiller belirlenmediğinden buna bağlı olarak 'haksız ve yetkisiz' sözcükleri de belirsiz kalmaktadır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi, suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir" (AYM 06.01.2011, E. 2010-19/K. 2011-6, RG. 26.02.2011, sy: 27858).

önüne geçmektedir<sup>22</sup>. TCK md. 2/2 de bu hususu teyit etmektedir. Üstelik AY md. 91/1, olağan dönem KHK ile suç ve ceza konulmasına olanak vermemektedir<sup>23</sup>. Böylece yürütme erki suç oluşturma sürecinin dışında tutulmak istenmiştir.

Bir suç tanımı, yasağın konusu olarak fiilin haksızlığını pozitif olarak gerekçelendiren bütün unsurları ihtiva eder. Fiilin haksızlığını ortadan kaldıran negatif unsurlar genel hükümlerde veya özel hükümlerde yer alabilir. Bu bakımdan bir suç tipi uyarı fonksiyonuna sahiptir. Bir suçun tanımının kanunda yapılması sayesinde normun muhatabına suç sayılan davranış gösterilmekte ve böylece hukuka uygun davranış alanı da kendisine sunulmaktadır<sup>24</sup>. Normun muhatabı kanunun kendisine çizdiği serbest alanı cezalandırılabilir alanın sınırına kadar kullanabilmektedir<sup>25</sup>.

Her ne kadar kanunilik ilkesi bazı hukuksal değerleri ihlâl eden kişilerin ceza kanunlarının boşluklarından yararlanmasına olanak sağlasa da, bu tür zararlar ilkenin kabul edilmesindeki yarardan daha önemli değildir. Başka bir ifadeyle, suç teşkil etmemekle birlikte toplumsal bakımdan zararlı olan bir fiilin cezasız kalmasındaki olumsuz durum, keyfiliğin engellenmesi ve hukuk güvenliğinin sağlanması karşısında geri plâna düşmektedir<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> "Sanık hakkında 556 sayılı KHK'nın 61/A-c maddesi uyarınca cezalandırılması için kamu davası açılmıştır. Bu maddenin atıf yaptığı 61'inci maddede ise karamame hükmüyle suç tanımları düzenlenmiştir. 5252 Sayılı Yasanın geçici 1'inci maddesinde 'Diğer kanunların 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır.' 5237 sayılı TCK'nın 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5/1'inci maddesinde 'Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır' ve aynı kanunun genel hükümleri arasında bulunan 2'nci maddesinin birinci fıkrasında ise 'Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanmaz. ...' hükümleri yer almaktadır. // Olayımızda sanığa atılı eylem, ceza içeren özel bir hukuk düzenlemesi olup, 5'inci maddede sözü edilen özel ceza kanunları ya da ceza içeren kanunlar kapsamında bulunmaktadır. O halde atılı eylem, TCK'nın 2'nci maddesi hükmü kapsamında değerlendirilmelidir. Bu duruma göre, KHK hükmüyle getirilen bu düzenleme TCK'nın 2'nci maddesinde öngörülen kanunilik ilkesine uygun bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 03.01.2008 gün ve 2005/15 E., 2008/2 K. sayılı iptal kararı gerekçesinde kanunsuz suç ve ceza konulamayacağını, kanun hükmünde kararname hükmüyle suç ve ceza getirilemeyeceğini açıkça vurgulamıştır. Bu durum karşısında, 5252 Sayılı Kanunun geçici birinci maddesi ile TCK'nın 2'nci maddesi ve 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5'inci maddesi birlikte değerlendirildiğinde; 556 sayılı KHK'nın suç tanımlayan hükümlerinin tümüyle zımni olarak ilga edildiğinin (örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığı) kabulü gerekmektedir. Bu hukuki değerlendirmeye göre atılı eylem 556 sayılı KHK hükümleri kapsamında suç oluşturmamaktadır" (7. CD., 05.07.2010, E. 2008-16127/K. 2010-10899, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 11.09.2011).

<sup>23</sup> AYM, 12.03.2009, E. 2009-16/K. 2009-46 (RG. 30.05.2009, sy: 27243).

<sup>24</sup> KINDHÄUSER, Urs: *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 4. Auflage, Baden-Baden 2010, § 1, No: 2.

<sup>25</sup> FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57. Auflage, München 2010, § 1, No: 3.

<sup>26</sup> ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 3.

#### D. Kanunsuz Ceza Olmaz İlkesi

Kanunsuz suç olmaz ilkesini kanunsuz ceza olmaz ilkesi (*nulla poena sine lege*) tamamlamaktadır. Bu ilke çeşitli düzenlemelerde yer bulmuştur. “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” (AY md. 38/3). “Kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” (AY md. 38/1, c.2). TCK md. 2/1, c.2 gereğince; “Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz”.

Kanunilik ilkesi gereğince, suç teşkil eden bir fiil karşılığında uygulanacak olan cezanın türü ve alt ile üst sınırı fiilin işlenmesinden önce kanun tarafından açıkça saptanmış olmalıdır. Böylece cezada kanunilik ilkesi, bir kişinin işlemiş olduğu suç ile ilgili olarak kanunda öngörülme bir cezaya mahkûm edilmesini engellediği gibi, kanunda öngörülenden tür ve oran olarak daha ağır bir cezaya da mahkûm edilmesini engellemektedir<sup>27</sup>. Bu nedenle adli para cezalarının yeniden değerlendirme oranlarına göre idare tarafından artırılması kanunilik ilkesine aykırıdır<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> “4733 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin ikinci fıkrasında, satış belgesi almadan satış yapanlar için öngörülen 'ruhsat harcının on katı tutarında ağır para cezası ile cezalandırılır' hükmü uyarınca, ceza miktarının saptanmasında ölçü olarak alınan ruhsat harcının, Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmelik'e göre belirlenmesi, Anayasa'nın 38. maddesindeki cezanın yasallığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır” (AYM 19.01.2006, E. 2005-99/K. 2006-8, RG. 20.07.2006, sy: 26234).

<sup>28</sup> Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi aksi görüştedir; “İtiraz konusu kuralların, Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlarda yer alan para cezaları ile 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaların para cezasına çevrilmesine ilişkin 4. ve para cezalarının tarifi, tesbiti ve yerine getirilmesine ilişkin 5. maddelerinde yer alan para cezası miktarlarını, ekonomik verilere uygun, yıla göre değişen ve her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranına göre, yeni bir yasa çıkarmadan, ileriye yönelik olarak tespit etmek ve uygulanmasını sağlamak için getirildiği, bununla, para cezası içeren yasa hükümlerinin değişen enflasyon oranlarına göre yaptırım gücünün korunmasının, dolayısıyla da arzu edilen kamu yararının sürekliliğinin sağlanmasının amaçlandığı, paranın, sık sık değer değişikliğine uğramasının sonucu olarak, suç ile ceza arasında kurulan hassas dengenin bozulmasının, genel kurala aykırı kurallar konulması zorunluluğunu ortaya çıkardığı anlaşılmaktadır. .. // Hukuk devleti ilkesine uygun olmak koşulu ile kamu yararını sağlamak için ceza belirlemede değişik ölçütleri seçmek yasakoyucunun takdirindedir. Yasakoyucunun, anayasal sınırları aşmadan takdir yetkisini kullanarak düzenlediği itiraz konusu kuralların, yukarıda açıklanan hukuk devleti ilkesine aykırı bir yanı bulunmamaktadır. // Anayasa'nın 7. maddesinde ‘Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez’ denilmektedir. Artırılacak olan para cezalarının, daha önce kanunla düzenlenmiş olması, yeniden değerlendirme oranının niteliğinin ve uygulanış biçiminin de Yasama Organı tarafından sınırları çizilerek kanunla belirlenmesi nedeniyle yasama yetkisinin yürütmeye devrinden söz edilmesi mümkün değildir. // Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, Anayasa'nın 38. maddesinde yer almıştır. Yasakoyucu, ceza alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılanların hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılaşmaları gerektiği, nelerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. // İtiraz konusu kurallar, daha önce yasalarda var olan para cezalarının ve bunların alt ve üst sınırları ile bir günün karşılığı olan para cezası miktarının, Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından bilimsel verilere dayalı olarak saptanıp, Vergi Usul Kanunu'nun 298. maddesi gereğince, her yıl Aralık ayında Maliye Bakanlığı'nca Resmî Gazete ile ilân edilen yeniden değerlendirme oranında

Mevcut düzenlemeler kanunilik ilkesinin sadece cezalar bakımından değil, aynı zamanda güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olduğunu ortaya koymaktadır. Buna göre, fail hakkında suçu işlediği zaman kanunda öngörülme güvenlik tedbirine karar verilemez<sup>29</sup>. Yine suçu işlediği zaman kanunda öngörülenden tür veya oran olarak daha ağır olan bir güvenlik tedbirine karar verilemez. Dolayısıyla kanunilik ilkesinin suç karşılığında uygulanacak olan ceza yaptırımları bakımından geçerli olduğunu söylemek daha doğru olacaktır.

#### E. Uluslararası Düzenlemeler

Kanunilik ilkesi bireysel özgürlükler için güvence fonksiyonuna sahip olduğu için birçok uluslararası sözleşme tarafından ele alınmıştır. Bu sözleşmelerin özellikle insan haklarına ilişkin sözleşmeler olması dikkat çekmektedir.

12 Ağustos 1949 tarihli Harp Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye İlişkin Cenevre Sözleşmesi<sup>30</sup> md. 99/1'e göre; “Fiilin işlenmesi gününde gerek harp esirlerini elinde tutan devletin meriyette bulunan kanuni mevzuatına, gerek cari bulunan beynelmilel hukuka nazaran sarahaten memnu olmayan bir fiilden dolayı hiçbir harp esiri takibata ve mahkûmiyete uğratılmayacaktır”.

1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi<sup>31</sup> md. 11/2'e göre; “Hiç kimse, işlendikleri sırada millî veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkûm edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez”.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 7 de kanunilik ilkesine yer vermiştir. Bu düzenleme şu şekildedir; “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” (f.1). “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” (f.2).

artırılacağına ilişkindir. Bu husus, keyfi ve takdir uygulamalara yol açmayacak biçimde çerçevesi yasakoyucu tarafından çizilerek kanunla düzenlenmiştir. Kaldı ki yeniden değerlendirme oranına göre yapılan artırma, Yasama Organı tarafından kanunla düzenlenmiş olan para cezaları üzerinden yapılmakta ve suç işlendiği zaman o suç için öngörülen ceza, suç gününden önce belirgin hale gelmektedir. İtiraz konusu kuralların kanunilik ilkesine ve Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır” (AYM 17.06.2004, E. 2000-24/K. 2004-82, RG. 01.03.2005, sy: 25742).

<sup>29</sup> “...5 ay hapis cezası ertelenen sanık hakkında, madde hükmünde yer almayan ‘alkollü içecek kullanmasının ve alkollü içki kullanılan yerlere girmesinin yasaklanmasına’ şeklinde karar verilmesinde isabet görülmediğinden... Suçta ve cezada yasallık ilkesi uyarınca, yasada öngörülme yükümlülükler kimseye yüklenemeyeceğinden...” (2. CD., 07.05.2007, E. 2007-6390/K. 2007-6303, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 27.09.2011).

<sup>30</sup> Bu Sözleşme 21.01.1953 tarih ve 6020 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur (RG. 30.01.1953, sy: 8322).

<sup>31</sup> RG. 27.05.1949, sy: 7217.

1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme<sup>32</sup> md. 15’de kanunîlik ilkesini ele almıştır. Bu madde şu şekilde kaleme alınmıştır; “Hiç kimse, işlendiği zamanda ulusal ya da uluslararası hukuk bakımından suç sayılmayan bir fiil ya da ihmal yüzünden suçlu sayılamaz. Suç sayılan bir fiile, işlendiği zaman yürürlükte olan bir cezadan daha ağır ceza verilemez. Fiilin işlenmesinden sonra yasalarda bu fiile karşılık daha hafif bir ceza öngörülecek olursa, fiili işleyene bu ikinci ceza uygulanır” (f.1). “Bu maddenin hiçbir hükmü, işlendiği sırada uluslar topluluğunun kabul ettiği genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil ya da ihmal yüzünden bir kimsenin yargılanmasını ya da cezalandırılmasını engellemez” (f.2).

Uluslararası Ceza Mahkemesi hakkındaki 1998 tarihli, Roma Statüsü’nün 22., 23. ve 24. maddeleri kanunîlik ilkesine ilişkindir. Suçta kanunîlik ilkesine ilişkin 22. madde şu şekildedir; “Bir kişi yalnızca, davranışı, işlendiği zaman Mahkeme’nin yetkisine giren bir suçu teşkil ettiği takdirde, bu Statü gereğince cezaen sorumlu olabilir” (f.1); “Bir suçun tanımı dar yorumlanır ve kıyas yoluyla genişletilemez. Belirsizlik durumunda, bir soruşturmanın, kovuşturmanın veya mahkûmiyetin konusu olan kişi lehine yorum yapılır” (f.2); “Bu madde, bir davranışın bu Statü’den bağımsız olarak uluslararası hukuk bakımından suç olarak nitelendirilmesine engel değildir” (f.3). Cezada kanunîlik ilkesinin düzenlendiği 23. maddesi ise şöyledir; “Mahkeme tarafından mahkûm edilmiş olan bir kişi, sadece bu Statü’nün hükümlerine uygun olarak cezalandırılabilir”. Statü’nün geçmişe uygulama yasağına ilişkin 24. maddesi ise şu şekilde kaleme alınmıştır; “Hiç kimse, Statü’nün yürürlüğe girmesinden önceki bir davranışından dolayı bu Statü gereğince cezaen sorumlu tutulamaz” (f.1); “Bir davaya uygulanabilir hukuk kesin hükümden önce değişmişse, bir soruşturmanın, kovuşturmanın veya mahkûmiyetin konusu olan kişi için en lehe olan hukuk uygulanır” (f.2).

#### F. Uygulama Alanı

Kanunîlik ilkesi sadece ceza hukukunda egemen olan bir ilke değildir. Kabahatler hukukunda da geçerlidir. Bununla birlikte, kabahatler hukukundaki kanunîlik ilkesinin kaynağı AY md. 38/1,3’deki suçta ve cezada kanunîlik ilkesi değil, AY md. 2’deki hukuk devleti ilkesi, AY md. 13’deki temel hak ve özgürlüklerin sadece kanunla sınırlandırılabilmesi kuralı ve AY md. 123/1’deki idarenin kanunîliği ilkesidir<sup>33</sup>. Kabahatler Kanunu (KK) md. 4/1, kabahat teşkil eden fiillerin kanunla veya düzenleyici işlemlerle tanımlanabileceğini belirtmektedir. Ancak düzenleyici işlemlerle bir kabahatin oluşturulabilmesi için çerçeve hüküm olarak kanunun bu kabahatin kapsam ve koşullarını belirlemesi gerekmektedir. Düzenleyici işlemler ancak bu çerçeve hükmün içeriğini

<sup>32</sup> Bu Sözleşme 04.06.2003 tarihli ve 4868 sayılı Kanun’la uygun bulunmuştur (RG. 18.06.2003, sy: 25142). Sözleşme’nin Türkçe metni için bkz. RG. 21.07.2003, sy: 25175.

<sup>33</sup> Bkz. KANGAL, Zeynel T.: *Kabahatler Hukuku*, İstanbul 2011, sh: 36.

doldurabilirler. Bununla birlikte, kabahatlere uygulanacak idarî yaptırımların türü, süresi ve miktarı sadece kanunla belirlenebilir (KK md. 4/2). Böylece KK md. 4/1, TCK md. 2/2’den farklı olarak, idarenin düzenleyici işlemleriyle kabahat oluşturulması yolunu açmıştır<sup>34</sup>.

Kanunîlik ilkesi askerî ceza hukuku ve askerî disiplin hukukunda da kural olarak geçerlidir. Bununla birlikte disiplin tecavüzleri bakımından suçta kanunîlik ilkesi geçerli değildir. AsCK md. 162/1-A’ya göre disiplin tecavüzleri, askerî terbiyeyi, disiplini bozan ve hiçbir ceza kanununun maddelerine uymayan fiiller ve tekâsüller olarak tanımlanmaktadır<sup>35</sup>.

Disiplin hukukunda ise, kanunîlik ilkesinin ve kıyas yasağının geçerli olduğu ileri sürülemez. Böylece idarenin düzenleyici işlemleriyle ve kıyas yoluyla disipline aykırı fiil oluşturulması mümkündür. Örneğin öğretim elemanları ve yükseköğretim kurumları öğrencileri hakkında uygulanacak disiplin yaptırımları ile bu yaptırımları gerektiren fiiller kanunla değil, yönetmelikle düzenlenerek (Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği; Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği) bu alanda kanunîlik ilkesinin geçerli olmadığı ortaya konulmuştur<sup>36</sup>. Yine kıyas yoluyla disiplin yaptırımı uygulanan fiiller yaratılabilmektedir. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK) md. 125/4, maddede sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hâllere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verileceğini belirterek, disiplin hukukunda kıyas yasağının geçerli olmadığını ortaya koymuştur.

## II. KANUNÎLİK İLKESİNİN SONUÇLARI

### A. Belirlilik İlkesi

#### 1. Kavram

Belirlilik ilkesi, kanun koyucuyu, suç tiplerinin kapsamının ve uygulama alanının normların muhatapları açısından bizzat kanundan anlaşılacak veya yorum yoluyla ulaşılabilecek ve somutlaştırılacak şekilde cezalandırılabilirliğin koşullarını tam olarak tanımlamakla yükümlü kılmaktadır<sup>37</sup>. Hangi fiilin suç teşkil ettiği ve suç karşılığında hangi cezanın ve/veya güvenlik tedbirinin uygulanacağı fiilin işlenmesinden önce kanunda açıkça belirtilmelidir<sup>38</sup>. Nitekim bu husus TCK

<sup>34</sup> Bkz. KANGAL, *Kabahatler Hukuku*, sh: 45 vd.

<sup>35</sup> Bkz. KANGAL, Zeynel T.: *Askerî Ceza Hukuku*, Ankara 2010, sh: 38, 319-320.

<sup>36</sup> “İdarenin faaliyetleri çok çeşitli ve değişken olduğundan disiplin cezasını gerektirecek fiiller ile haklarında uygulanacak disiplin cezalarının yasa ile belirlenmesi güç ve hatta olanaksızdır. Bu nedenle memuriyet statüsüyle ilgili bulunmayan Polis Meslek Eğitim Merkezi öğrencilerine ilişkin disiplin, suç ve cezalarının yasalarla yönetmeliklere bırakılması Anayasa’nın 38. maddesine aykırılık oluşturmaz” (AYM 23.02.2006, E. 2005-42/K. 2006-27, RG. 23.03.2007, sy: 26471).

<sup>37</sup> LK-SİGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 54, 179.

<sup>38</sup> 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 161. maddesindeki “Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket

md. 2/1'de "açıkça" ibaresi kullanılarak vurgulanmıştır. Kanun koyucuya düşen bu görev, mahkemelere terk edilemez. Belirsiz, böylece de açık olmayan bir kanun, devletin ceza hukuku aracılığıyla müdahale sınırlarını çizmediği için bireyleri keyfi davranışlardan koruyamaz. Yine belirsiz kanun hâkimin keyfi yorum yapmasına ve böylece de yasama alanına müdahale etmesine olanak sağladığından kuvvetler ayrılığı ilkesine de ters düşmektedir. Belirsiz bir kanunun mevcudiyeti hâlinde, birey hangi davranışın suç teşkil edeceğini bilemeyeceğinden kaçınması gereken davranışları da bilemez. Bu yüzden belirsiz ceza kanunları ceza hukukunun genel önleme amacını da sekteye uğratmaktadır<sup>39</sup>. Belirsiz kanunlar hukuk devletinin etkin temel hak koruması gereğine de aykırı düşmektedirler<sup>40</sup>. Örneğin "ahlâka veya kamu düzenine aykırı davranan kişi ... ile cezalandırılır" şeklindeki genel

ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır" şeklindeki düzenlemenin uygulama birliğini bozmasından dolayı kanunilik ilkesi ile çeliştiği, kanun hükmüne erişen bir bireyin bunu anlayabilmesi ve davranışlarını bu yasaya uygun şekilde düzenleyebilmesi için "hangi fiillerin suç oluşturduğunu" ve "hangi fiil için ne tür bir yaptırım belirlendiğini" kanunda yeterli bir açıklıkta belirtilmesi gerektiği, bu düzenlemenin, banka görevlilerinin zimmeti yönünden bu hususları belirsiz bırakması nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu ileri sürülerek Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi itirazı reddetmiştir; "... itiraz konusu kural gereğince fail hakkında bir yaptırım uygulanabilmesi için bu yaptırımı gerektiren hareket ve fiilin diğer bir kanunda suç olarak düzenlenmiş olması ve bu suça ilişkin cezanın açık bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Gerek suçun gerekse yaptırımın kanunla düzenlenmiş olması karşısında, bu yasal düzenlemelere atf yapan itiraz konusu kuralda bir belirsizlik ve öngörülemesizlikten söz edilemeyeceğinden suç ve cezaların kanunilik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır" (AYM 07.07.2011, E. 2010-116/K. 2011-118, RG. 21.10.2011, sy: 28091).

<sup>39</sup> ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 67; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>26</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 16; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 III 3; CAN, Osman: "Belirlilik ilkesine Anayasal Bakış", AÜEHFD 2005, c: IX, sy: 1-2, sh: 93. "Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 'belirlilik'tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadın, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörülebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. // Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, 'Kimse, .. kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz' denilerek 'suçun yasallığı', üçüncü fıkrasında da 'ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur' denilerek, 'cezanın yasallığı' ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 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" (AYM 06.01.2011, E. 2010-19/K. 2011-6, RG. 26.02.2011, sy: 27858).

<sup>40</sup> CAN, "Belirlilik ilkesine Anayasal Bakış", sh: 94.

bir ifadeyi barındıran bir düzenleme belirlilik ilkesine aykırı olacaktır<sup>41</sup>. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi AsCK md. 87/1'deki hizmete ilişkin emir kavramını belirlilik ilkesine aykırı görmemiştir<sup>42</sup>.

Bir kanundaki cezalandırılabilirliğin koşulları belirsiz bir şekilde kaleme alındığı takdirde, geçmişe uygulama sorunları ortaya çıkmayacağı gibi, kıyas yasağı da hiçbir rol oynamayacaktır. Çünkü muğlak bir düzenleme akla gelebilecek her türlü olayı kapsamına alacaktır ve hâkim cezalandırmaya layık gördüğü her türlü davranış biçimini normun kapsamına sokmakta güçlük çekmeyecektir<sup>43</sup>.

Belirlilik ilkesi bakımından kanun yapma tekniği önemli bir rol oynamaktadır. Kanundaki boşlukların doldurulmasına izin vermeyen ve kıyas yasağının bulunduğu bir sistemde kanunun ifadesinin somutluk veya soyutluk derecesi önemli farklar ortaya çıkarmaktadır. Bununla birlikte, kazuistik olarak kaleme alınan bir kanunun, hâkimi daha güçlü bir şekilde bağlamak istediği için hâkimin kararı ile kanunun anlamının çakışmasını en iyi şekilde güvence altına alacağı şeklinde doktrinde bir yanlış anlamının bulunduğuna işaret edilmektedir. Çünkü cezalandırılabilirliğin bütün muhtemel koşullarını tek tek saymaya çalışan

<sup>41</sup> HEINRICH, *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, (2), No: 28; RENGIER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (2), § 4, No: 27.

<sup>42</sup> "Hizmete ilişkin emri hiç yapmayan asker kişiler ile emrin yerine getirilmesini söz veya fiili ile açıkça reddeden veya emir tekrar edildiği halde emri yerine getirmeyenlerin bu eylemleri, itiraz konusu kuralla yaptırımı bağlanmıştır. Yasa koyucu, ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken 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 neler olacağı gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Söz konusu takdir yetkisinin kullanılmasında suçun askerî suç olup olmamasının da dikkate alınacağı açıktır. Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğinin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını zorunlu kılabilmektedir. // Gerek 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nda ve gerekse 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nda 'askerlik', 'asker', 'amir', 'er', 'vazife', 'hizmet', 'emir', 'disiplin', 'ast', 'üst' tanımları yapılmış ve Silahlı Kuvvetlerin, harp sanatını öğrenmek ve öğretmekle vazifeli bulunduğu, bu vazifenin ifası için lazımgelen tesisler ile teşkillerin kurulup, tedbirlerin alınacağı, üste itaat, hizmetin yapılmasında sebat ve gayretin, intizam severliğin, yapılması men edilen şeylerden kaçınmanın her askerî esas vazifesi olduğu kurala bağlanmıştır. Bir başka anlatımla, hizmetten, emirden, amirden, asttan, üstten ve hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiği ve emre itaatsizlikte ısrar edenlerin hangi cezalarla cezalandırılacakları, dolayısıyla suçun esaslı unsurları ve çerçevesi ile cezası yasayla önceden belirlenmiş bulunmaktadır. // Öte yandan, Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarına İç Hizmet Kanununa dayanılarak verilen görevlerin yasada tek tek sayılması, yasa koyucunun önceden öngörülebilmesi açısından mümkün olmadığı gibi, askerî yargı yerlerinin, önlerine getirilen davada, belirtilen esasları göz önünde tutarak, eylemin 87. maddenin birinci fıkrasının cezalandırılmasını öngördüğü eylemlerden olup olmadığını takdir edecekleri açıktır. // Askerî idari makamlarca, askerî hizmete ilişkin emre itaatsizlikte ısrar edildiğinden bahisle, her hangi bir askerî şahıs hakkında ceza davası açılması sağlandığında, isnat edilen eylemin, gerçekten isnat edilen nitelikte olup olmadığının görevli askerî yargı yerlerinde değerlendirilmesi askerî yargı yerlerine suç ve ceza ihdas etme yetkisi verildiği anlamına gelmez" (AYM, 07.05.2009, E. 2005-69/K. 2009-61, RG. 07.10.2009, sy: 27369).

<sup>43</sup> BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11. Auflage, Bielefeld 2003, § 9, No: 6.



kazuistik bir kanun metninin doğal olarak her şeyi karşılaması imkânsızdır. Bu model, hâkimin, kanunu kıyas yasağı nedeniyle metninin muhtemel anlamının ötesinde uygulamasını engellediğinde, maddî bakımdan benzer olan sorunların farklı şekilde ele alınmasına hâkimi zorlayan boşlukların ortaya çıkmasına götürmektedir. Bu nedenle suç tiplerinde yaptırım altına alınan davranışın tipik unsurlarına işaret eden genel kavramların kullanılması zorunlu hâle gelmektedir<sup>44</sup>. Ancak kanun koyucu çok belirsiz genel bir düzenleme yaptığında, kanun metninin genelleştirilmesi hukuk güvenliği bakımından bir tehlikeye yol açabilir<sup>45</sup>.

Bir ceza hükmünün belirsizliği ile kanunun hâkime bir yorum olanağı bıraktığı durumları ayırmak gerekir. Değerlendirmeye ihtiyaç gösteren (normatif) kavramlar yasak bir davranışı tasvir etmemekte, aksine hâkimden değerlendirme yaparak bir yargıya ulaşmasını istemektedir. Örneğin, kasten öldürme suçunun canavarca hisle işlenmesi (TCK md. 82/1-b) hâkimin değerlendirmesine bağlıdır. Bu tür genel şart niteliğindeki değerlendirmeye açık kavramlardan, somut olayda adil bir karar verilmesini sağladıkları için tamamen vazgeçilemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir. Bu yaklaşıma göre, kanunlar sadece değerlendirmeye ihtiyaç göstermeyen kavramlar içerselerdi, uygulamada bu tür katılıklar suç politikası açısından istenmeyen sonuçlara yol açabilirdi. Bununla birlikte, bu tür kavramların içeriğinin yorum yoluyla doldurulması bunların keyfi olarak kullanılması anlamına gelmemektedir<sup>46</sup>. Değerlendirmeye ihtiyaç gösteren

<sup>44</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 I 2; KÖHLER, Michael: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg 1997, sh: 87; LK-StGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 199. "... yasada her kavramın tanımının yapılmasında zorunluluk bulunmadığı gibi, çoğu kez buna gerek de yoktur. Hatta kimi durumlarda bir kavramın yasada tanımının yapılması yasama tekniğine de uygun düşmeyebilir. 'Sosyal sınıf', 'İktisadî ve sosyal temel düzen' kavramları da öğretî ve uygulamada yeterince açıklığa kavuşturulmuş bulduklarından, bunların yasada tanımlanmasını zorunlu ya da gerekli kılan bir durumun varlığından söz edilemez" (AYM 27.11.1980, E. 1979-31/K. 1980-59, RG. 08.01.1981, sy: 17214).

<sup>45</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 I 3.

<sup>46</sup> ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 69; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 I 4. Anayasa Mahkemesi TCK md. 105'deki cinsel taciz kavramının anlamının yorum yoluyla tespit edilebileceğinden hareketle maddeyi Anayasa'ya aykırı görmemiştir; "İtiraz konusu kuralda hangi tür davranışların 'cinsel taciz' sayılacağı açıklanmamış ise de, 5237 sayılı TCK'nın 'Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar' başlıklı Altıncı Bölümünde yer alan 102. maddesinde cinsel saldırı, 103. maddesinde de çocukların cinsel istismarı düzenlenmiştir. Anılan maddeler ile birlikte 105. maddenin değerlendirilmesinden cinsel taciz suçunun, cinsel saldırı ve cinsel istismar boyutuna ulaşmayan, cinsel amaçlı rahatsız etme fiilleri olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca maddenin gerekçesi ve her olayın kendine özgü şartlarının mahkemece değerlendirileceği açık olduğundan itiraz konusu kuralın belirsizliğinden söz edilemez" (AYM 25.02.2010, E. 2008-55/K. 2010-41, RG. 22.06.2010, sy: 27619). Yine Anayasa Mahkemesi TCK md. 104/1 ile ilgili olarak aynı yönde karar vermiştir; "İtiraz konusu kurala göre suç sayılan fiilin 'cebîr, şiddet ve hile olmaksızın', bir başka ifadeyle mağdurun rızasıyla işlenmesi gerekmektedir. Bundan, belli yaş grubuna dahil olanların cinsel ilişki konusundaki rızalarının geçerli kabul edilmediği, rızaya dayansa bile onbeş yaşından büyük çocukla cinsel ilişkinin suç sayıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralda sözü edilen rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Türk Medeni Kanunu'nun evlenme ve velayete ilişkin hükümlerinin bu yaş grubu çocuklar açısından değerlendirilmesi de varılan bu sonucu

kavramların kanunun belirsizliği ile sınırını çizmekte yorum ilkelerinden ayrılmaya gerek yoktur. Buna göre, bir ceza hükmü, kanun koyucunun koruma amacını açıkça ortaya koyduğu ve metni, yorumun keyfi olarak genişletilmesine en azından sınırlar koyduğu takdirde, yeterince belirlidir<sup>47</sup>.

Tipikliğin betimleyici unsurları hâkimin kanunla göreceli olarak daha az bağlı olmasına olanak sağlamaktadırlar. Çünkü hâkim bu unsurların anlamsal içeriğini doğrudan somut olarak gördüğünden, yaşam tecrübesinden veya dış dünyadaki belirli kriterlerden elde etmektedir<sup>48</sup>. Örneğin TCK md. 81'deki insan kavramı bu niteliktedir.

## 2. Tipikliğe Dâhil Unsurlar

Kanun koyucu tipikliğe dâhil bütün unsurları eksiksiz olarak kaleme almak zorundadır. Buna göre, özel hükümlerdeki cezalandırılabilir davranış biçimleri soyut unsurları esas alınarak tanımlanmalıdır. İlgili davranış tanımlanmadan sadece hukuksal değer zikredilmesi yeterli değildir. Örneğin hırsızlık suçunda hem suçun konusu (taşınır mal) hem de davranış biçimi (bulduğu yerden almak) belirlenmiştir. Yine nitelikli unsurların açıkça kanunda belirtilmesi gerekmektedir. Her suç tipinde bulunması veya bulunmaması gereken unsurlar ilgili hükümde

desteklemektedir. Aynı sonuç mağdurun kim olduğuyla şikâyet hakkının kime ait olduğuna dair iddialar açısından da geçerlidir. Düzenlemenin bu haliyle belirsizlik içermediği, sayılan hususların ilgili mevzuat hükümleriyle somut olayın özelliklerine göre yargı organları tarafından çözülebilmemesine elverişli olduğu anlaşılmakta, kuralın Anayasanın 38. maddesine aykırı bir yönü de görülmemiştir" (AYM 26.02.2009, E. 2006-17/K. 2009-33, RG. 02.06.2009, sy: 27246).

<sup>47</sup> ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 75; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (40), No: 47; LK-StGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 196. Anayasa Mahkemesi de TCK md. 102/5'deki "Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur" şeklindeki düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı görmemiştir; "Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, 'Kimse kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz' denilerek 'suçun yasallığı', üçüncü fıkrasında da 'ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur' denilerek, 'cezanın yasallığı' ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38., Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan 'suçta ve cezada kanunilik' ilkesi, hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesini, kuralın 'açık', 'anlaşılır' ve 'sınırlarının belli olması'nı zorunlu kılar. Bu ilke, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanmakta, böylece temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını sağlamaktadır. // İtiraz konusu kuralda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması kavramının tanımına yer verilmemiştir. Yasakoyucu burada, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halini cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış 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. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 5. ve 38. maddelerine aykırı değildir" (AYM 26.02.2009, E. 2006-154/K. 2009-35, RG. 05.06.2009, sy: 27249; Aynı yönde AYM 26.02.2009, E. 2007-96/K. 2009-34, RG. 05.06.2009, sy: 27249).

<sup>48</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 I 4.

tek tek gösterilemeyeceğinden, genel hükümlerde kavramsallaştırılmaktadırlar. Bu nedenle genel hükümlerdeki tipikliğin, hukuka aykırılığın ve kusurun koşulları kural olarak bütün suçlara uygulanabilecek bir genellikte ve belirlilikte açıklığa kavuşturulmalıdır. Örneğin TCK md. 21'deki her suç bakımından kastın gerekliliğinin aranması belirlilik ilkesinin bir gereğidir<sup>49</sup>. Yine bazı suçlar için aranan özel koşulların da kanunda belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin zimmet, irtikâp, görevi kötüye kullanma gibi suçların sadece kamu görevlileri tarafından işlenebileceğinin ilgili suç tiplerinde belirtilmesi ve kamu görevlisinin de TCK md. 6/1-c'de tanımlanması belirlilik ilkesinin bir sonucudur<sup>50</sup>.

Kanun koyucu tipikliğin unsurlarını belirli ve açık bir şekilde tasvir etmediği takdirde, kendisine anayasa tarafından verilmiş değerlendirme yapma görevini, fiili kendi kanaatlerine veya halkın duygularına göre cezalandırılabilir haksızlık sayma ihtimali bulunan hâkime terk etmiş olacaktır<sup>51</sup>. Örneğin TCK md. 305'te düzenlenen "temel millî yararlar karşı faaliyetinde bulunmak için yarar sağlama" suçunun belirlilik ilkesi dikkate alınarak kaleme alındığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Bu düzenlemede, bir Türk vatandaşının veya Türkiye'de bulunan bir yabancıнын temel millî yararlar karşı fiillerde bulunmak maksadıyla veya bu nedenle, yabancı kişi veya kuruluşlardan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kendisi veya başkası için maddî yarar sağlama suç olarak tarif edilmiştir. Temel millî yararlar ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ise, TCK md. 305/4'de belirtilmiştir. Buna göre, temel millî yararlar deyiminden; bağımsızlık, toprak bütünlüğü, millî güvenlik ve Cumhuriyet'in Anayasa'da belirtilen temel nitelikleri anlaşılır. Cumhuriyet'in Anayasa'da belirtilen temel nitelikleri AY md. 2'de gösterilmiştir. Buna göre; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir". TCK md. 305/4 ve AY md. 2'de kullanılan çoğu kavramın anlamının belirsiz ve soyut olması hâkime kendi dünya görüşü çerçevesinde bir değerlendirme yapma olanağı vermektedir<sup>52</sup>.

Bir kanun başka bir kanuna atıfta bulunarak soyut olarak bu kanun hükümlerine aykırı fiillerin cezalandırılacağını öngörmekteyse, belirlilik ilkesine aykırıdır<sup>53</sup>. Yine özel ceza kanunlarında sık rastlanan tipiklik ile yaptırım düzenlemelerinin farklı maddelerde yer alması belirlilik ilkesini zedeleyebilmektedir<sup>54</sup>. Örneğin, Bankacılık Kanunu md. 151 yaptırımı göstermekte ve tipikliğin unsurları bakımından aynı Kanun'un 61. maddesine atıfta bulunmaktadır.

<sup>49</sup> JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (2), 4/15.

<sup>50</sup> KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, sh: 87, 88.

<sup>51</sup> BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 9.

<sup>52</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 46-47; HAKERİ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 15.

<sup>53</sup> ÖZGENÇ, *İzzet: Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 5. Bası, Ankara 2010, sh: 111.

<sup>54</sup> KATOĞLU, *Tuğrul: Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, Ankara 2008, sh: 23.

Aynı şekilde kanunların çerçeve norm şeklinde kaleme alınarak tipikliğe dâhil bazı unsurların idarenin genel düzenleyici işlemleriyle tamamlanmasını öngören beyaz normlar veya açık ceza normları da belirlilik ilkesine aykırıdır. Çünkü tipikliğe dâhil unsurların kanun tarafından açıkça yapılması gerekmektedir. Çerçeve normlar idareye suç yaratma yetkisi verdiği için kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonuna aykırıdır<sup>55</sup>.

Bununla birlikte, belirlilik ilkesine aşırı bir misyon da yüklenmemelidir. Belirlilik ilkesinden beklentilerin aşırı olması ya da normatif kavramlardan veya genel koşul niteliğindeki ifadelerden vazgeçilmesi kanunların çok katı ve kazuistik olmaları sonucunu doğurur. Böylece de kanunlar yaşamın çeşitliliğine, ilişkilerin değişmesine ve somut olayın özelliklerine uygun düşmeyebilir. Örneğin taksirli suçlarda dikkat ve özen yükümlülüğünün neler olduğunun tek tek sayılarak somutlaştırılması imkânsız olduğundan, genel bir ifadenin kullanılmasıyla yetinilmektedir<sup>56</sup>. Üstelik genel hükümlerin kural olarak bütün suç tipleri için geçerli olması nedeniyle genel ve soyut bir şekilde formüle edilmesi de kaçınılmazdır<sup>57</sup>.

Hem belirliliğin gereklerini yerine getiren hem de esnek bir kural içeren bir suç tipinin ne zaman belirlilik ilkesine uygun olacağını cevabını genel ve açık bir şekilde vermek mümkün gözükmemektedir. Genel ifadelerin kullanılmasının belirlilik ilkesi bakımından sakıncalı olup olmadığı, her somut olayda uygulanacak kanun açısından yorum kurallarının yardımıyla belirlenebilir. Vatandaş, ceza normuyla korunan değer ve belirli bir davranış biçiminin yasaklandığını bilme ve devlet reaksiyonunu öngörme, en azından bir cezalandırılma riskini bilme olanağına sahipse, belirlilik ilkesine uygunluktan söz edilebilir. Öncelikle normun muhatabı bakımından suçun kanunî tanımındaki bilinebilir ve anlaşılabilir ifadeler belirleyicidir ve cezalandırılabilme riskinin bilinebilirliği bakımından ölçüt ilk olarak mahkeme tarafından yapılan yorum değil, bizatihi norm olmalıdır. Kanun koyucu mümkün olduğu kadar belirli kavramları kullanmalıdır. Kanun koyucu, açık bir kural koyma olanağının mevcudiyetine rağmen, kendisine düşen değerlendirme yapma kararını tamamlanmaya ihtiyaç gösteren kavramlara ve genel koşullara başvurmak suretiyle hâkime bıraktığı takdirde, belirlilik ilkesi ihlâl edilmiş olur. Kanunda öngörülen cezanın miktarı ne kadar ağırsa, belirlilik veya somutlaştırma ihtiyacı da o kadar büyüktür<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 46.

<sup>56</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 19; KLESCZEWSKI, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 2, No: 39.

<sup>57</sup> GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (3), § 2, No: 5, 28.

<sup>58</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 20; LK-STGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 200; SCHMIDT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (9), No: 28.

### 3. Ceza Yaptırımları

Belirli ilkesi sadece suç tipinde yer alan unsurlar bakımından değil, aynı zamanda cezalar ve güvenlik tedbirleri bakımından da geçerlidir. Ceza ve güvenlik tedbirlerinin türü kanunda gösterilmek zorunda olduğu gibi, bunların alt ve üst sınırları da açıkça belirtilmelidir. Bu belirleme genel hükümlerde veya özel hükümlerde yapılabilir. Tür ve miktarının tamamen hâkimin takdirine bırakıldığı keyfi ceza uygulamaları belirli ilkesiyle bağdaşmamaktadır<sup>59</sup>. Para cezalarında belirsiz bir üst miktar kanunilik ilkesiyle bağdaşmaz. Bu yüzden adli para cezasının miktarını 5 ila 730 gün arasında gösteren TCK md. 52 kanunilik ilkesiyle bağdaşmaktadır. Ancak aynı hüküm üst miktar bakımından kanunda aksine bir hüküm olacağını da kabul etmektedir. Bununla birlikte, kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak, bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle, banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak amacıyla işlenen dolandırıcılık suçlarında adli para cezasının miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamayacağı şeklindeki düzenleme (TCK md. 158/1) belirli ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Yine bir suçun cezasının alt ve üst sınırları arasındaki açıklığın fazla olması belirli ilkesini zedelemektedir<sup>60</sup>.

Belirli ilkesi cezanın belirlenmesindeki etkenler bakımından da geçerlidir. Kanun koyucu cezanın belirlenmesinde hâkime yeterli somut kriterleri açıklamalıdır<sup>61</sup>. Nitekim temel cezanın belirlenmesinde gözönünde bulundurulacak hususlar TCK md. 61'de gösterilmiştir. Ayrıca TCK md. 61/10'da "kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir" ifadesi kullanılarak bu alanda da kanunilik ilkesinin geçerli olduğu vurgulanmıştır.

### B. Örf-Âdet Hukuku Yasağı

Bir hareketin cezalandırılabilir nitelikte olduğunu belirtebilmek için Anayasa'ya göre parlamento tarafından çıkarılmış ve bağlayıcı bir güce sahip olan kanunlara ihtiyaç bulunmaktadır. Dolayısıyla failin aleyhine olarak örf-âdet hukukuna başvurulması yasaktır. Başka bir ifadeyle, örf-âdet hukukuyla

<sup>59</sup> BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 17; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (2), 4/14; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (6), § 3, No: 17; STRATENWERTH, Günter: *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3. Auflage, Bern 2005, § 4, No: 16; LK-StGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 223; FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, (57), § 1, No: 6.

<sup>60</sup> ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar/TEPE, İker: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2011, sh: 69.

<sup>61</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 23; LK-StGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 236; SCHMIDT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (9), No: 28; FRISTER, Helmut: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München 2009, 4/20.

bir cezanın gerekçelendirilmesi ya da ağırlaştırılması yasaktır<sup>62</sup>. Aynı şekilde cezalandırılabilirlik tabii hukuka da dayandırılmaz<sup>63</sup>.

Hukukun birçok alanında örf-âdet hukuku yazılı hukukun yanında bağımsız bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmektedir<sup>64</sup>. Buna karşılık ceza hukukunun özel hükümleri bakımından örf-âdet hukukuna dayanılması yasaktır. Buna göre, örf-âdet hukuku ile suç yaratılamayacağı gibi, ceza konulamaz ve mevcut ceza da ağırlaştırılmaz. Çünkü suç ve cezanın sadece kanun tarafından belirlenmesi zorunludur.

Örf-âdet hukukunun ceza hukukunda yasak olmasının asıl nedeni hukuk devleti ilkesine dayanmaktadır. Çünkü demokratik usullerle oluşturulmuş olan parlamento suç ve ceza oluşturma tekeli elinde bulundurmakta, böylece bireyler topluma ve hâkime karşı korunduğundan hukuksal güvenlik de sağlanmaktadır<sup>65</sup>.

AIHS md. 7, 1. paragrafında kanunilik ilkesini kabul ettikten sonra, buna 2. paragrafında bizzat bir istisna da getirmektedir. Buna göre, uluslararası örf-âdet kurallarına göre bir fiil suç sayılmaktaysa, kanunilik ilkesi bu fiilin cezalandırılmasına engel olmayacaktır<sup>66</sup>. Örf-âdet kuralını cezalandırmayı gerekçelendiren bir hukuk kaynağı olarak yeterli gören bu düzenlemeye Almanya, Anayasası'nın kanunilik ilkesini düzenleyen 103/2. maddesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle çekince koymuştur<sup>67</sup>.

Suç tanımlarının şekli anlamdaki kanun tarafından yapılması zorunluluğu ve örf-âdet hukuku yasağı karşısında *common law* sisteminin kanunilik ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmadığı sorunu üzerinde de durmak gerekir. Bugünkü İngiliz hukukunda cezalandırılabilirlik kural olarak parlamento tarafından çıkarılan şekli anlamdaki kanunla tanımlanmış suç tiplerine dayanmak zorundadır. Kuşkusuz *common law* da önemli bir rol oynamaktadır. Gerçi çok az sayıdaki suç tipi sırf *common law* suçlarına dâhil olsa da, basit ve nitelikli adam öldürme gibi bazı ağır suçlar bugüne kadar yazılı olarak tanımlanmış değildir. Bu suç tipleri içtihat tarafından tanımlanmışlardır. Cezayı ortadan kaldıran nedenler (*defences*) de *common law*'a dayanmaktadır. *Common law* suçlarının cezaları kanunda gösterilmediği takdirde, bu da *common law* tarafından belirlenmektedir. *Common*

<sup>62</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 III 1; HEINRICH, *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, (2), No: 26; RENGIER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (2), § 4, No: 12; NK-StGB<sup>3</sup> (HASSEMER/KARGL), § 1, No: 64.

<sup>63</sup> FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), 4/7; SEELMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), sh: 29.

<sup>64</sup> Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasına göre, kanunda uygulanabilir bir hüküm bulunmadığında, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre karar verecektir. Yine 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu md. 1/2'ye göre, mahkeme, hakkında ticarî bir hüküm bulunmayan ticarî işlerde, ticarî örf ve âdete göre karar verecektir.

<sup>65</sup> KREY, Volker/ESSER, Robert: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Stuttgart 2011, No: 98.

<sup>66</sup> PRADEL, Jean/CORSTENS, Geert: *Droit pénal européen*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 2002, No: 302.

<sup>67</sup> LK-StGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 11.

law ve kanunlar aynı derecedeki asli hukuk kaynaklarıdır. Ancak parlamentonun üstünlüğü dolayısıyla *common law* kanunlar tarafından değiştirilebilmektedir<sup>68</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) *common law* sisteminin AİHS md. 7 ile bağdaştığına karar vermiştir. *S.W. v. United Kingdom* kararında AİHM, AİHS md. 7 anlamında kanunilik ilkesinin bir fiilin cezalandırılabilirliği için şekli anlamda kanunu zorunlu görmediğini, *common law* ya da başka örf-âdet hukuku kurallarının da yeterli hukuksal temeli sağlayabileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte AİHM'ne göre, mahkemelerin hukuk yaratma fonksiyonuna, daha önce hukuka uygun olan fiillerin birdenbire ve öngörülemez bir biçimde cezalandırılmalarını engelleyen kesin bir sınırların konulması zorunludur. Öte yandan AİHM'ne göre, suçun unsurlarının içtihat tarafından açıklığa kavuşturulması veya toplumsal gelişmeye uyumlu hâle getirilmesi AİHS md. 7 ile bağdaşmaktadır. Ancak suçun temel unsurları, içtihat tarafından sanığın tamamen yeni ve öngörülemez bir suç tipinden dolayı cezalandırılması şeklinde aleyhe olarak değiştirilemez<sup>69</sup>. 1998 yılında *Human Rights Act*'in kabul edilmesiyle birlikte İngiliz hukuku AİHS sistemiyle bütünleştirildiğinden, kanunilik ilkesi de İngiliz hukukunda yasal olarak güvence altına alınmış oldu<sup>70</sup>.

Doktrindeki bir görüşe göre, ceza hukukunun genel hükümlerinde cezayı gerekçelendirici ve cezayı ağırlaştırıcı nitelik taşıyan bir örf-âdet hukuku önemli bir yer tutmaktadır. Buna göre, kanunda açıkça kurala bağlanmayan cezalandırılabilirliğin genel koşulları çoğu zaman örf-âdet hukukuna dayanmaktadır. Kanunda açık bir düzenleme bulunmadığı takdirde, nedensellik bağı, hazırlık hareketlerinin teşebbüsten ayrılması, kast, taksir, hata, rıza, ihmali suçlar ve dolaylı faillik hakkındaki öğretiler örf-âdet hukuku derecesine sahip olmalıdırlar<sup>71</sup>. Bu görüş doktrinde eleştiriyile karşılanmıştır. Buna göre, kanun koyucunun ceza hukuku genel öğretilerine geniş alanlar bıraktığı ve

<sup>68</sup> FORSTER, Susanne: "Das Gesetzlichkeitsprinzip in England und Wales", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 33-34; ALACAKAPTAN, Uğur: *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, Ankara 1958, sh: 54-56; MUNDAY, Roderick: "İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi", (Çev.: Zeynel T. KANGAL), İÜHF 2003, c: LXI, sy: 1-2, sh: 441-442, 450-451. Buna karşın İskoçya ceza hukukunda suç tiplerinin çok büyük bir bölümü *common law*'a dayanmaktadır. İskoçya'da Yüksek Mahkeme (High Court) daha önce cezalandırılmayan bir fiili suç olarak nitelendirerek yeni suç tipleri meydana getirebilmektedir (declaratory power). Bkz. SUMMERS, Sarah: "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Schottland", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 108. Amerika Birleşik Devletleri'nde de suçlar ve cezalar kural olarak kanun tarafından tanımlanmakta, *common law* istisnai durumlarda ortaya çıkabilmektedir. *Common law*'a müracaat edildiğinde bile, mahkemelerin yeni suçlar oluşturması veya mevcut suçların uygulama alanını genişletmesi Anayasa ve anayasal gerekler ile sınırlıdır (bkz. MUNDAY, "İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi", sh: 448-450).

<sup>69</sup> AİHM'nin 22 Kasım 1995 tarihli *S.W. c. Birleşik Krallık Kararı*, § 35-36, 43. Ayrıca bkz. 22 Kasım 1995 tarihli *C.R. c. Birleşik Krallık Kararı*, § 33-34, 41.

<sup>70</sup> FORSTER, "Das Gesetzlichkeitsprinzip in England und Wales", sh: 30.

<sup>71</sup> MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, (8), § 8, No: 41.

kararı uygulamaya terk ettiği doğru bir tespittir. Bu durum, bu tür konuların kodifikasyonundaki güçlüklerden ve daha sonra bir tarafa bırakılabilecek bir bilginin kanuna aktarılmasıyla bilimsel gelişmeyi engellemeye çabasından ileri gelmektedir. Bununla birlikte, bu ve benzeri alanlar hakkında mahkemeler tarafından karara bağlanacak hususlar sadece bir yorum sorunudur ve örf-âdet hukukunun normatif bir bağlayıcılığı asla sözkonusu değildir. Çünkü örf-âdet hukukunun sürekli uygulama ögesinin yanısıra mevcut olması gereken, toplumda ilgili kurallara uyulması gerektiği yönündeki genel inanç ögesi bu öğretiler bakımından çok seyrekler. Çünkü ceza hukuku genel hükümlerine ilişkin öğretilerin neredeyse tamamı tartışmalıdır ve kesin sonuçları halkın bilincine yerleşmemiştir. Kaldı ki, bu koşul sağlanmış olsa bile, cezayı gerekçelendiren bir örf-âdet hukuku kuralı kanunilik ilkesinin niteliğinden olayı asla kabul edilemez<sup>72</sup>.

Örf-âdet hukukundan, uzun bir zaman boyunca genel olarak fiilen riayet edilen ve hukuk kuralları olarak uyulmaları gerektiği halkın bilincine yerleşmiş olan kurallar anlaşıldığı takdirde<sup>73</sup>, bu tür kurallar ceza hukukunda pratik bir role sahip olamayacaklarından kanunilik ilkesi açısından da sorun çıkmayacaktır. Buna karşılık asıl sorun, hâkimin hukuku geliştirmesi sayesinde ortaya çıkan hukuk uygulamasının örf-âdet hukuku boyutuna, başka bir ifadeyle normatif bağlayıcılığa kavuşup kavuşamayacağı ya da ne oranda kavuşacağıdır<sup>74</sup>. Kanunilik ilkesinin cezalandırılabilirliğin koşullarının sadece şekli anlamdaki kanundan çıkmasını zorunlu kılmadığı, özellikle genel hükümler bakımından mahkemelerin sürekli uygulamalarının, kanun koyucunun çizdiği sınırlar içerisinde hareket ettikleri takdirde, hukuk kaynağı olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir<sup>75</sup>. Bu bakımdan çeşitli ihtimallerin değerlendirilmesi mümkündür.

Yürürlükte olmalarına rağmen uzun bir süredir uygulanmayan ceza kanunlarının uygulanma kabiliyetlerini yitirdikleri kabul edilmektedir (metrukiyet). Burada failin lehine hareket edildiği için, kanunilik ilkesinin böyle bir örf-âdet hukukunun karşısında yer almadığı ifade edilmektedir. Genel ceza kanunu için bunun önemi az olmakla birlikte, yan ceza kanunları bakımından büyük rol oynamaktadır. Bununla birlikte, belirli bir konuda yeknesak bir hukuk inancı oluşmuş olsa bile, kanunun kesin bir şekilde yok sayılmasından da söz edilemez. Hukuk kurallarının yalnızca geçici olarak uygulanmaması metrukiyet için yeterli değildir<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 47.

<sup>73</sup> KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), § 3, No: 3; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (40), No: 53.

<sup>74</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 9.

<sup>75</sup> LK-StGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 173.

<sup>76</sup> LK-StGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 176; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 10; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (6), § 3, No: 28; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, (3), § 4, No: 27; HAFT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (9), sh: 33; TRECHSEL/

Yine failin lehine yorum yapılması sonucunda tipikliğin daraltılması örf-âdet hukuku olarak yerleşmiş olabilir. Bu bağlamda dolandırıcılık suçunda (TCK md. 157) çok geniş olarak anlaşılabilir aldatmanın malvarlığının korunması ve ekonomik bağımsızlık hâllerıyla sınırlı tutulması gerekmektedir. Aynı şekilde bir yerde çok yüksek bir miktara ulaşmayan para veya başka bir değer için kumar oynanması yerleşmişse, kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun (TCK md. 228) oluşmayacağı sonucuna varılabilir<sup>77</sup>.

Cezanın ortadan kaldırılmasına yol açan veya cezayı azaltan örf-âdet hukuku failin lehine olduğu için sınırsız bir şekilde uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte, bunlar örf-âdet hukukundan önce yorum yoluyla da çözüme kavuşturulabilir<sup>78</sup>. Hakkın kullanılması hâllerinden biri olan ebeveynlerin ve öğretmenin tedip hakkı esas itibarıyla örf-âdet hukukuna dayanmaktadır<sup>79</sup>. Aynı şekilde yükümlülüklerin çatışması ve varsayılan rıza örf-âdet hukukundan kaynaklanan kanun üstü hukuka uygunluk nedenlerdir<sup>80</sup>.

Kanunun bizzat tanımlamadığı bazı kavramların içtihat yoluyla gelenek hukukuna yerleştirilmesi sayesinde bir gelenek hukukunun oluşturulması düşünülebilir. Örneğin kusur kavramı, objektif isnadiyet ilkeleri, nedeninde serbest hareket ilkeleri ve görünüşte ihmali suçların icraî suçlarla bir tutulması gelenek hukuku olarak geçerlilik kazanabilir. Bununla birlikte, bu kavramların içerik ve sınırları hakkındaki mevcut düşünce çeşitliliği karşısında belirli bir yorumun gelenek hukuku olarak bağlayıcılık kazanması hiçbir şekilde mümkün değildir. Her halükarda bu tür yerleşmiş içtihatlar başka bir yorumun yeşermesini engelleyemezler<sup>81</sup>.

Ceza hukuku bazı kavramları hukukun başka alanlarından almışsa ve bu alanda da örf-âdet hukuku geçerliyse, bu durumda örf-âdet hukuku da ceza hukukuna dâhil olabilecektir. Örneğin mülkiyete ilişkin medenî hukukta geçerli olan örf-âdet hukuku kurallarından malvarlığına karşı suçların ele alınmasında

**JEAN-RICHARD**, *Schweizerisches Strafrecht, Praxiskommentar*, Art. 1, No: 15; **ÖNDER**, *Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, sh: 61; **DEMİRBAŞ**, *Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Ankara 2009, sh: 117. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 26 Ekim 1988 tarihli *Norris* kararında, uzun bir zaman boyunca ilgili olduğu olaylar bakımından başvurulmamış olsa bile, ilga edilmeyen bir kanunun, özellikle siyasî değişimlerin yaşanmasında olduğu gibi, her an yeniden uygulama alanı bulabileceğini ifade etmiştir (*Norris c. İrlanda Kararı*, § 33).

<sup>77</sup> Bkz. **SCHÖNKE/SCHRÖDER**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 1, No: 11; **STRATENWERTH/KUHLEN**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (6), § 3, No: 28; **STRATENWERTH**, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, (3), § 4, No: 27; **ÖNDER**, *Ceza Hukuku Dersleri*, sh: 61; **HAKERİ**, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 20.

<sup>78</sup> **ROXIN**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 50.

<sup>79</sup> **JESCHECK/WEIGEND**, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 III 1.

<sup>80</sup> Bkz. **KANGAL**, *Zeynel T.: Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Ankara 2010, sh: 195-196, 383 vd.

<sup>81</sup> **SCHÖNKE/SCHRÖDER**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 1, No: 14; **LK-SIGB**<sup>12</sup> (**DANNECKER**), § 1, No: 174; **STRATENWERTH/KUHLEN**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (6), § 3, No: 26.

yararlanılabilir<sup>82</sup>. Yine TCK md. 232/2'de düzenlenmiş olan terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanma suçu bakımından bu yetkinin sınırlarının aşılmış olmadığı medenî hukukun hükümlerine göre tespit edilecektir<sup>83</sup>.

### C. Kıyas Yasağı

#### 1. Kavram

Kıyas, bir hukuk kuralının, kanunda düzenlenmeyen benzer başka bir olaya uygulanarak kanun boşluğunun doldurulması anlamına gelmektedir<sup>84</sup>. Hukukun başka alanlarında izin verilebilen kıyas<sup>85</sup>, failin aleyhine sonuçlar doğurduğu için ceza hukukunda yasaklanmıştır<sup>86</sup>. Çünkü kanunda düzenlenen bir duruma benzeyen bir durum, sonuç itibarıyla kanunda düzenlenmemiş demektir. Bu yüzden de böyle benzer bir durumun cezalandırılabilirliği kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder. Bunu dikkate alan TCK md. 2/3'e göre; "*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*".

Ceza hukukunda kıyas yasağına yer verilmesinin nedeni, bir failin cezaya liyakatinin değerlendirilmesinin kanun koyucunun tekelinde kalması gerektiği anlayışıdır. Böylece bir davranışın cezalandırılabilirliği sorunu hakkındaki kararı, olayın üzerinden geçen kısa bir süre içinde infialle hareket etme olasılığı bulunan mahkemeler değil, belirli bir zaman sonra kavuşulan soğukkanlılık içerisinde kanun koyucu verecektir<sup>87</sup>. Böylece bireyler hâkimlerin keyfi tutumundan korunacağından hukuk güvenliği ilkesine ve suç teşkil eden davranışların kanun koyucu tarafından tespit edilmesi nedeniyle de kuvvetler ayrılığı ilkesine uyulmuş

<sup>82</sup> **ROXIN**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 49; **SCHÖNKE/SCHRÖDER**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 1, No: 15; **ÖNDER**, *Ceza Hukuku Dersleri*, sh: 62.

<sup>83</sup> **KOCA/ÜZÜLMEZ**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 47; **HAKERİ**, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 20.

<sup>84</sup> **LACKNER**, *Karl/KÜHL, Kristian: Strafrecht, Kommentar*, 27. Auflage, München 2011, § 1, No: 5; **SOYASLAN**, *Doğan: "Ceza Hukukunda Kıyas"*, AD 1983, yıl: 74, sy: 5, sh: 950, 961; **ÖZGENÇ**, *İzzet: "Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu"*, Kamu Hukuku Arşivi 2000, c: III, sy: 2-3, sh: 102.

<sup>85</sup> Türk Medenî Kanunu md. 1/2'ye göre; "*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir*". Böylece bu düzenleme kıyas yolunu açmıştır.

<sup>86</sup> **KINDHÄUSER**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), § 3, No: 6; **MAURACH/ZIPF**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, (8), § 10, No: 15; **SCHMIDT**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (9), No: 31, 32. Bununla birlikte Danimarka Ceza Kanunu Böl. 1 § 1 kıyasa izin vermektedir. Bu düzenlemeye göre, bir ceza yalnızca, cezalandırılabilirliği kanunla belirlenmiş olan bir fiilden dolayı veya böyle bir fiile tamamen benzetilebilen bir fiilden dolayı karara bağlanabilir. Bununla birlikte, sınırlı bir şekilde izin verilen kıyas (kanun kıyası) uygulamada çok az bir rol oynamaktadır. Gerçekten Danimarka mahkemeleri kanunu kıyasen uygulama olanağını çok sınırlı bir şekilde kullanmaktadırlar (Bkz. **CORNILS**, *Karin/GREVE, Vagn: Das dänische Strafrecht*, 2. Auflage, Freiburg im Breisgau 2001, sh: 6, 21).

<sup>87</sup> **JESCHECK/WEIGEND**, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 III 2 a); **MAURACH/ZIPF**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, (8), § 10, No: 16.

olacaktır<sup>88</sup>. Hâkimlerin kanunla bağlı olduğu kuralı (AY md. 138/1) kıyas yasağı sayesinde bir kez daha vurgulanmaktadır<sup>89</sup>.

Kıyas, yorum yoluyla doldurulamayan kanun boşluklarının ortaya konulması ve doldurulması için hâkimin hukuku geliştirmesi çerçevesinde başvurduğu bir yöntemdir. Kanun boşlukları kanun kıyası veya hukuk kıyası yöntemleriyle doldurulabilir. Kanun kıyası, kurala bağlanmış bir olayın kurala bağlanmamış bir olaya aktarılabilirdiği hukuk düşüncesinin yasal bir normdan bir defalığına elde edilmesidir (bireysel kıyas). Hukuk kıyası ise, birden fazla yasal tanımdan çıkarılan genel hukuk düşüncesine dayanarak kanunda düzenlenmiş bir olayın düzenlenmemiş bir olaya uygulanmasından ibarettir (bütünsel kıyas)<sup>90</sup>. Kuşkusuz her iki kıyas türü de failin aleyhine olarak yapılamaz<sup>91</sup>. Buna karşın ceza hukukunda fail lehine kıyas yapılması mümkündür<sup>92</sup>.

## 2. Kıyas Yasağının Uygulama Alanı

### a. Özel Hükümler

Özel hükümlerde yer alan suç tipleri bakımından kıyas yasağı öncelikle geçerlidir. Bu suç tiplerindeki haksızlığı ve kusuru gerekçelendiren unsurlar kıyas yasağının kapsamındadır. Bunun sonucu olarak tipe uygun olmayan bir hareket bir ceza normunun kıyasen uygulanması suretiyle cezalandırılmaz<sup>93</sup>. Davranışı,

<sup>88</sup> KREY/ESSER, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), No: 79; LK-StGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 242. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kıyas yasağının kanunilik ilkesinin sonuçlarından biri olduğunu çeşitli kararlarında vurgulamıştır; "Sözleşme'nin 7. maddesinin 1. paragrafı sanığın aleyhine olarak ceza hukukunun geçmişe uygulanmasını yasaklamakla yetinmemektedir. Bu düzenleme aynı zamanda, en genel şekliyle suçta ve cezada kanunilik ilkesini (nullum crimen, nulla poena sine lege) benimsemiştir. Bu ilke de sanığın aleyhine olarak ceza kanununun geniş şekilde, özellikle de kıyas yoluyla uygulanmamasını emretmektedir. Bundan, bir suçun kanun tarafından açıkça tanımlanması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bu koşul, bireyin hangi icrai ve ihmali hareketin sorumluluğuna yol açacağını, uygun hükmün kaleme alınmasından itibaren ve gerekirse bunun mahkemelerce yorumunun yapılması sayesinde bilebildiği zaman yerine getirilmiş olur" (23 Mayıs 1993 tarihli Kokkinakis c. Yunanistan Kararı, § 52 ve 8 Temmuz 1999 tarihli Başkaya ve Okçuoğlu c. Türkiye Kararı, § 36).

<sup>89</sup> LK-StGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 242.

<sup>90</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>26</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 25; SCHMIDT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (9), No: 31; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 92/93; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, *Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 5. Bası, İstanbul 2008, sh: 53-54.

<sup>91</sup> KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, sh: 94-95.

<sup>92</sup> ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 44; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>26</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 25, 30; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 99; KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), § 3, No: 6; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (40), No: 54; SCHMIDT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (9), No: 33, 35; KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, sh: 94; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch, Kommentar*<sup>27</sup>, § 1, No: 5.

<sup>93</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>26</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 27. Bazı ülkelerin tarihinde tipe uygun olmayan fiillerin kıyas yoluyla cezalandırıldığı görülmektedir. Örneğin, 1949 yılında Çin Halk Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla birlikte kıyas yasağının kabulünü sonuçlayan mevzuat değişiklikleri olmuştur. Çin merkezî hükümetinin 1951'de çıkardığı ve 21 paragraftan

gidiş istikametinin belirlenmesi ve sözlü talimatlarla sınırlı olan direksiyon eğitimine sarhoş olması nedeniyle TCK md. 179/3'un kıyasen uygulanması mümkün değildir. Nitelikli unsurlar da kıyas yoluyla genişletilemez<sup>94</sup>.

Haksızlığın ve kusurun dışında kalmakla beraber, cezalandırılabilirliği gerekçelendirdikleri veya ağırlaştırdıkları için cezalandırılabilirliğin maddî koşullarına dâhil olan koşullar bakımından da kıyas yasağı geçerlidir. Bu bağlamda bir suç için düzenlenmiş olan cezalandırılabilirliğin objektif koşulları kıyas yoluyla başka suç tiplerine uygulanmak suretiyle genişletilemez<sup>95</sup>.

Özel hükümlerdeki bir suç tipi için düzenlenmiş olan kişisel cezasızlık nedeni ya da cezayı azaltan veya kaldıran bir neden benzer olaylar bakımından kıyasen uygulanabilir. Ancak bunun için kanun boşluğunun bilinçli olarak konulmamış olması gerekmektedir<sup>96</sup>. Örneğin, malvarlığına karşı suçların haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin aleyhine işlenmesi hâlinde, ceza verilmemesini öngören TCK md. 167/1'deki kişisel cezasızlık nedeni, evli olmamakla birlikte belirli bir süreden beri birlikte yaşayan kişiler bakımından kıyasen uygulanmalıdır.

Kıyas yasağı suç tiplerinde öngörülen yaptırımlar bakımından da geçerlidir. Kanunda öngörülen ceza, kıyas yoluyla ağırlaştırılmaz veya kanunda

oluşan Karşıdevrimin Cezalandırılması Hakkında Tüzük, 16. paragrafında kıyasa izin vermektedir. Bu düzenlemeye göre; "Karşıdevrimci amaçla işlenmiş olan ve bu tüzükte düzenlenen suçların haricindeki fiiller de, bu tüzükteki benzer bir suç tipine kıyasen cezalandırılmamalıdır". 01.07.1979 tarihinde kabul edilip, 01.01.1980 tarihinde yürürlüğe giren Çin Halk Cumhuriyeti Ceza Kanunu 79. paragrafında kıyasa açıkça izin vermektedir. Bununla birlikte, ilk derece mahkemelerinin kıyas uygulaması Yüksek Halk Mahkemesi tarafından denetlenmek ve onaylanmak zorundaydı. Bu hükmeye göre; "Bu Kanun'un özel kısmında açıkça düzenlenmeyen suçlara da, suç tipinin saptanması ve cezanın belirlenmesi için maddî vakıya bu Kanun'un özel kısmının en yakın hükümleri kıyasen uygulanabilir. Ancak bunun için Yüksek Halk Mahkemesi'nin denetimi ve izin vermesi gereklidir". Bu hükmeye dayanılarak yapılan kıyas sayısı yaklaşık 18 yılda 100 civarında olmuştur. Dolayısıyla da uygulamada fazla bir öneme sahip olmamıştır. 1997 tarihli Çin Halk Cumhuriyeti Ceza Kanunu 3. paragrafıyla kıyas uygulamasına son vermiştir (ZHAO/RICHTER, "Das Gesetzlichkeitsprinzip in China", sh: 4-5, 10). 1922-1959 yılları arasında Sovyet Rusya ceza hukukundaki kıyas uygulaması için bkz. TOSUN, Öztekin: "Suçların Kanuniliği Prensipleri ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku", İÜHF 1964, c: XXX, sy: 1-2, sh: 23 vd; YARSUVAT, Duygun: "Sovyet ve Amerikan Ceza Hukuklarında Kıyas Prensiplerinin Değerlendirilmesi", İÜMHAD 1968, c: 1, sy: 2, sh: 63-71.

<sup>94</sup> "Nitelikli yağma suçunu yaptırma bağlayan, 5237 sayılı TCY'nın 149. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde 'Yol kesmek suretiyle ya da konut veya işyerinde' ibaresine yer verilip ayrıca 'eklentiden' bahsedilmemesi nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 5237 sayılı TCY'nın 2. maddesinin 3. fıkrasındaki; 'Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz' hükmü uyarınca, konut eklentisi sayılan, apartman merdiveninde gerçekleştirilen yağma suçunun, 5237 sayılı Yasanın 149/1-d bendi kapsamında kabulü olanaklı olmadığı gözetilmeden anılan bent ile uygulama yapılması ..." (6. CD., 18.06.2009, E. 2008-15705/K. 2009-10825, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 27.09.2011).

<sup>95</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>26</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 27; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 III 2 c).

<sup>96</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>26</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 32; ZIESCHANG, Frank: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Stuttgart 2009, sh: 18.

öngörülmezen cezalara ek olarak karara bağlanamaz. Bununla birlikte TCK md. 2/3, kıyasın kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında yapılamayacağı ifade ederek güvenlik tedbirlerinden bahsetmemişse de, bundan güvenlik tedbirleri bakımından kıyas yapılabileceği anlamı çıkarılmamalıdır. Çünkü AY md. 38/3 ve TCK md. 2/1 kanunilik ilkesinin güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olduğunu ifade etmiştir. Kıyas yasağı da kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olduğundan güvenlik tedbirleri bakımından da kıyasa başvurulamayacağı sonucuna varılmalıdır. Ayrıca güvenlik tedbirleri de suç karşılığında uygulanan bir yaptırım olduğundan ve AY md. 38/2 kanunilik ilkesinin ceza mahkûmiyetlerinin sonuçları bakımından da geçerli olduğunu ifade ettiğinden, kıyas yasağının kapsamına güvenlik tedbirleri de girmektedir<sup>97</sup>.

Kıyas yasağı çerçeve (beyaz) normlar bakımından da geçerlidir. Gerçekten de çerçeve normlar, cezalandırılabilirliğin koşulları bakımından başka hükümlere atıfta bulunmaktadır. Bu tamamlayıcı kuralları içeren hükümler de kıyas yasağına tabidir<sup>98</sup>.

Suç tipinde yer alan bir kavram, hukukun başka bir alanıyla ilişkiliyse ve bu alanda da kıyas serbest ise, kıyas dolaylı olarak ceza hukuku sahasına taşınmış olacaktır. Örneğin, medenî hukuktaki mal, talep ve nafaka yükümlülüğü gibi kavramlar kıyas yoluyla genişletilerek uygulanıyorsa, bu durum ceza hukuku bakımından da bağlayıcıdır<sup>99</sup>.

#### b. Genel Hükümler

TCK md. 2/3'deki "suç ve ceza içeren hükümler" ifadesi suç tiplerini ilgilendiren genel kuralları da kapsamına almaktadır. Genel hükümlerde özel hükümlerdeki suç tiplerini ötesine geçerek cezayı genişleten düzenlemeler bulunmaktaysa, kıyas yasağı yine mevcuttur. Bu bağlamda teşebbüs ve iştirak hükümleri genişletici normlar olduklarından kıyas yoluyla uygulanamazlar<sup>100</sup>.

Cezayı gerektirmediği veya ağırlaştırmadığı sürece kıyasa failin lehine olarak ceza hukukunda da başvurulması mümkündür<sup>101</sup>. Bu nedenle genel

<sup>97</sup> İÇEL/DONAY, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, (4), sh: 87; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 49; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 125; HAKERİ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 23.

<sup>98</sup> ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 40.

<sup>99</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 33; LK-STGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 258.

<sup>100</sup> ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 41.

<sup>101</sup> Buna karşın Türk ceza hukuku doktrininde ileri sürülen bir görüşe göre, kıyas yasağı failin lehine veya aleyhine olup olmadığına bakılmaksızın geçerli olmalıdır. Bu görüş iki dayanak ileri sürmektedir. Birincisi, kanunilik ilkesinin dayandığı genel önleme amacıdır. Buna göre, kanunda suç karşılığında öngörülen cezanın kıyas yoluyla lehine hafifletileceğini düşünen kişiler bakımından ilkenin genel önleme fonksiyonunu yerine getirmesinde zafiyet oluşacaktır. İkincisi ise, "kanunda açıkça yazılı olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir" şeklinde bir düzenleme içeren TCK md. 61/10'dur. Buna göre, cezanın hafifletilmesi bakımından kanunda açık bir düzenleme bulunmasını arayan bir kanunun cezayı ortadan kaldıran nedenler bakımından bunu öncelikle aradığı söylenebilir (KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku, Genel*

hükümlerdeki cezayı azaltan veya cezayı ortadan kaldıran nedenlerin benzer olaylara kıyasen uygulanması mümkündür<sup>102</sup>. Örneğin, tek başına faillikte nedensel olmayan gönüllü vazgeçme hâlinde gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükmün (TCK md. 36) uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık iştirak hâlinde işlenen suçlarda, teşebbüsten vazgeçen fail veya serikin nedensel olmayan gönüllü vazgeçmesi durumunda da gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanacağına ilişkin TCK md. 41/2'de düzenleme bulunmaktadır. TCK md. 41/2'nin, tek başına failin nedensel olmayan gönüllü vazgeçmesi hâllerine fail lehine olarak kıyasen uygulanması gerekir<sup>103</sup>.

Hukuka uygunluk nedenlerinin kıyas yoluyla genişletilerek uygulanması mümkündür<sup>104</sup>.

#### c. Ceza Muhakemesi Hukuku

Ceza muhakemesi hukukunda kıyas, ceza hukukuna göre özellik göstermektedir. Ceza muhakemesi hukukunda failin aleyhine de olsa kıyas yapılması kural olarak mümkündür. Buna göre, ceza muhakemesine ilişkin kanunlarda boşluk bulunması hâlinde mahkeme, bu boşluğu benzer kanun hükümlerini uygulamak suretiyle dolduracaktır<sup>105</sup>. Bununla birlikte ceza muhakemesi hukukunda kıyas serbestisinin geçerli olmadığı, başka bir ifadeyle kıyas yasağının uygulanacağı iki durum mevcuttur. Buna göre, sınırlayıcı hükümler ile istisnâ karakterdeki hükümlerin kıyas yoluyla genişletilmesi yasaktır. Örneğin, müdafinin soruşturma dosyasını incelemesinin kısıtlanabileceği hâlleri gösteren CMK md. 153/2, kıyas yoluyla benzer durumlarda kovuşturma aşamasında da uygulanamaz. Yine koruma tedbirlerine ilişkin hükümler istisnâ

*Hükümler*, (3), sh: 50; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 125-126; HAKERİ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 23; CENTELİZAFER/ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (5), sh: 93-94; OTACI, Cengiz: "Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu", TBBD (Temmuz-Ağustos) 2010, yıl: 23, sy: 89, sh: 481). Başka bir görüşe göre, TCK md. 2/3'de yer alan "kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz" şeklindeki hüküm dikkate alındığında kıyas yasağı sadece özel hükümler için geçerlidir. Çünkü suç ve ceza içeren hükümler özel hükümlerdir. Dolayısıyla özel hükümlerde failin lehine veya aleyhine olup olmadığına bakılmaksızın kıyas yapılamaz. Bu görüşe göre, genel hükümlerde kıyas yapılması mümkün olmakla birlikte, aleyhe kıyas yapılmamalıdır (ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 68-69).

<sup>102</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 III 2 d); MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, (8), § 10, No: 21; LK-STGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 240, 285; FUCHS, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (7), 4/32; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 115; İÇEL/DONAY, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, (4), sh: 88-89.

<sup>103</sup> KANGAL, Zeynel T.: "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçme", *Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht, Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung*, Baden-Baden 2010, sh: 356-357.

<sup>104</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 31.

<sup>105</sup> KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul 2008, sh: 615; ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2011, sh: 25.

düzenlemeler olduklarından, koruma tedbirlerine ilişkin kurallar ve koşullardaki boşluklar kıyas yoluyla doldurulamaz<sup>106</sup>.

### 3. Ceza Hukukunda Yorum ve Kıyas Yasası

#### a. Ceza Hukukunda Yorum Kavramı

Yorum, bir hukuk kuralının somut olaya uygulanması amacıyla anlamının ortaya çıkarılmasına yönelik zihinsel bir faaliyettir<sup>107</sup>. Başka bir tanıma göre yorum, "somut durum, olay ve gündelik uyumsuzluklar bağlamında yasama bakışıyla oluşturulan değer yargılarını/kalıpları, yeni bir bakış açısı ve disiplinle yeniden tanımlamadır"<sup>108</sup>.

Kanunların yorumlanması günümüzde bir zorunluluktur. Çünkü bir kanunun kullandığı sayılar, tarihler, oranlar vb. hariç olmak üzere bütün kavramlar yeterli açıklıkta kaleme alınmamış olabilirler ya da birden çok anlama sahip olabilirler. Hâkim bir ceza hükmünün içeriğini, yorum sayesinde şüpheyi ortadan kaldırarak açıklığa kavuşturur. Örneğin teşebbüsteki "doğrudan doğruya icraya başlama" koşulunun (TCK md. 35) kapsamı yorum yoluyla doldurulur ve sınırlandırılır. Aynı şekilde yeminin yalan yere yapılması (TCK md. 275), görüntü, yazı veya sözlerin müstehcen olması (TCK md. 226), yarar sağlanması (TCK md. 157) yorum yoluyla çözüme kavuşturulabilir. Yorumu muhtaç olan kavramlar sadece normatif kavramlar değildir. Suç tipindeki betimleyici kavramların da yorumlanması zaman zaman gerekmektedir. Örneğin, beyin ölümü gerçekleşmiş, ancak dolaşım sistemi çalışan birinin insan sayılıp sayılmayacağı yorum yoluyla çözümlenmesi gereken bir sorundur<sup>109</sup>.

Kanun ifadesinin soyutluk derecesi ne kadar yüksek ise, yorumu da o kadar problemlidir. Soyutluk derecesi çok yüksek olduğunda, başka bir ifadeyle norm ve maddî vakıa birbirlerinden çok uzaksa, normun maddî vakıa üzerinde somutlaştırılması süreci de uzun sürer<sup>110</sup>.

#### b. Yorum Türleri

##### aa. Biçimsel Bakımdan Yorum Türleri

Yorum, yorumu yapan makama göre yasama yorumu, yargı yorumu ve doktrin yorumu şeklinde üçe ayrılmaktadır.

Yasama yorumu iki şekilde olmaktadır. Birincisi, kanun koyucunun kanunda geçen kavramları aynı kanunda bizzat tanımlamasıdır. Örneğin TCK md. 6'da birçok kavram tanımlanmıştır. Yasama yorumunun ikinci şekli ise, yorum kararıdır. 1924 Anayasası 26. maddesinde TBMM'ne kanunları yorumlama

<sup>106</sup> ÜNVER/HAKERİ *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (4), sh: 26-27; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16), sh: 616.

<sup>107</sup> MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, (8), § 9, No: 1.

<sup>108</sup> OTACI, "Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu", sh: 440.

<sup>109</sup> ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 27.

<sup>110</sup> BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 60.

yetkisi vermekteydi. Ancak bu yetki 1961 ve 1982 Anayasaları'nda kabul edilmemiştir<sup>111</sup>.

Yargı yorumu ise, mahkemelerin baktıkları olaylara kanunu uyguladıkları esnada kanunun anlamını ortaya koymaya yönelik yapmış oldukları yorumdur. Mahkemelerin yapmış oldukları yorumlar bakmış oldukları davayla sınırlıdır. Bir mahkemenin yorumu başka mahkemeleri bağlamayacağı gibi, kendisinin daha sonraki kararlarındaki yorumlar için de bağlayıcı değildir<sup>112</sup>. Bu bağlamda bağlayıcı nitelikte olan içtihatları birleştirme kararları belirli bir yorumun dayatılması ve o konuda yeni bir yorum yapılmasına engel olduklarından yorumun amaç ve ilkeleriyle bağdaşmamaktadırlar<sup>113</sup>.

Doktrin yorumu ise, bilim adamlarının kanunu açıklamak amacıyla yapmış oldukları yorumdur. Yargı yorumundan farkı, bir kavramı veya kurumu kural olarak somut bir olay üzerinden değil, genel olarak yorumlamasıdır. Ancak istisnaen karar incelemesi gibi çalışmalarda somut olay üzerinden kavram veya kurumlar açıklanır<sup>114</sup>.

#### bb. Maddî Bakımdan Yorum Türleri

Dar yorum, kanunun kullandığı bir kavramın çok geniş olduğu ve kanun koyucu tarafından cezalandırılmak istenmeyen hareket biçimlerini de kapsayabileceği durumlarda sözkonusu olmaktadır<sup>115</sup>. Başka bir ifadeyle dar yorum, kanunda kullanılan ifadeler kanun koyucunun kastettiği anlamı aşmaktaysa, sözkonusu olmaktadır<sup>116</sup>.

Geniş yoruma ise, kanunda kullanılan ifadelerin kanun koyucunun kastettiği anlamdan daha dar olması hâlinde başvurulur. Böylece kullanılan ifade amaca uygun olarak geniş yorumlanmaktadır<sup>117</sup>. Dolayısıyla geniş yorum, amaca uygun (teleolojik) yorumu teşkil etmektedir<sup>118</sup>. Örneğin TCK md. 116'daki konut kavramının geniş yorumlanarak çadır, kayık, baraka, karavan gibi kavramları da

<sup>111</sup> DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6), sh: 118-119; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14), sh: 104-105; DÖNMEZER/ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c: I, (11), No: 265-266; OTACI, "Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu", sh: 454-455.

<sup>112</sup> DÖNMEZER/ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c: I, (11), No: 272; OTACI, "Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu", sh: 456.

<sup>113</sup> OTACI, "Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu", sh: 457-458.

<sup>114</sup> DÖNMEZER/ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c: I, (11), No: 273; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6), sh: 119-120.

<sup>115</sup> BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 64.

<sup>116</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 118; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 144.

<sup>117</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 118; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 144.

<sup>118</sup> DÖNMEZER/ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c: I, (11), No: 278.



kapsadığı kabul edilmektedir<sup>119</sup>. Yine TCK md. 243'de geçen bilişim sisteminin kapsamına sadece bilgisayarların değil, bilgisayar olmamalarına rağmen veri iletişimi sağladığı için bilişim alanına dâhil unsurlardan olan diğer elektronik, manyetik, mekanik araçlar veya bunları veri iletişimi için birbirine bağlayan soyut veya somut ağların da girdiği ifade edilmektedir<sup>120</sup>.

Doktrinde bir fikir ceza hukukunda geniş yorumun caiz olmadığını, sadece dar yorumun yapılabileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, ceza hukuku kişisel özgürlükleri kısıtlayan normlar içermektedir ve istisnai bir karaktere sahiptir<sup>121</sup>. Fransız Ceza Kanunu md. 111-4'de yer alan "ceza kanunu dar yorumlanır" şeklindeki hükmün, her normun mümkün olduğu kadar dar anlaşılması anlamını taşımadığı, sadece kıyasa başvurulmasını yasakladığı ifade edilmektedir. Böylece bu kural, amaca uygun yorum yapılmasını engellemekte, yalnızca bu yorumun sınırını kıyas yapılması olarak görmektedir<sup>122</sup>.

Ancak doktrindeki ağırlıklı görüş, ceza hukukunda da geniş yorum yapılabileceği yönündedir<sup>123</sup>. Buna göre, ceza hukukunda yorumun salt yüzeysel olarak ifadenin doğal anlamına yöneldiğinin kabulü yanlış olur. Çünkü kelimeye dar bir bağlılık da hukuksal güvenin garanti altına alınmasına olanak sağlamaz. Belirleyici olan husus, uygulamacının kanunun makul anlamını ortaya koymaya çalışmasıdır. Bu anlayış açısından aslında geniş yorum yoktur, sadece doğru yorum vardır<sup>124</sup>. TCK md. 2/3'deki "suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz" şeklindeki hüküm, genişletici yorumu değil, genişletici yorum adı altında kıyas yapılmasını yasaklamaktadır<sup>125</sup>. Bu düzenlemenin konulmasının nedeni 765 sayılı TCK dönemindeki Yargıtay uygulamasına yönelik tepkidir. Çünkü o dönemde Yargıtay, 06.06.1991 tarihli ve 3756 sayılı kanunla TCK md. 491'e ikinci fıkra olarak "ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır" ifadesi henüz eklenmeden önce izinsiz elektrik enerjisini

<sup>119</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 119; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 145.

<sup>120</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 144-145.

<sup>121</sup> MERLE/VITU, *Traité de droit criminel I*, (7), No: 174.

<sup>122</sup> LELIEUR, Juliette/PFÜTZNER, Peggy/VOLZ, Sabine: "Das Gesetlichkeitsprinzip in Frankreich", *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II*, Berlin 2008, sh: 47.

<sup>123</sup> KLESCZEWSKI, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 2, No: 51.

<sup>124</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 17 IV 4; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 64.

<sup>125</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 51; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 124; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 119; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (5), sh: 92; ZAFER, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 62; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6), sh: 116; ÖZTÜRK/ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (9), No: 43.

kullanmayı ve başkasının telefon hattına saplama yaparak kullanmayı genişletici yorum adı altında hırsızlık suçu kapsamına sokmuştu<sup>126</sup>.

### c. Yorum Yöntemleri

Bir hukuk kuralının anlamını ortaya çıkarmak için birçok yorum yöntemine başvurulabilir. Bu yorum yöntemleri tek başlarına ele alınmamalıdır. Aksine birlikte kullanıldıklarında daha sağlıklı sonuç vermektedirler.

#### aa. Gramatik Yorum

Başvurulması gereken ilk yorum yöntemi gramatik yorumdur. Gramatik yorumda kanun metninin anlamı kullanılan dilin anlamından çıkarılmaya çalışılır<sup>127</sup>. Özellikle bir kavramın cümle yapısındaki yeri ve anlamı önem arz etmektedir<sup>128</sup>. Buna göre, yorumlanması gereken kuralın tam metninden hareket edilir. Kanun metninin muhtemel anlamı izin verilen kazaî yorumun en uç sınırına işaret ettiği için, metnin anlamının ortaya koyulması aynı zamanda yorum faaliyetinin aşılmasını da göstermektedir. Kanun metninde yer alan kelimelerin anlamı, günlük dilin kullanımıyla ya da mevcut olduğu takdirde özel bir hukuk dilinin kullanımıyla tespit edilir<sup>129</sup>. Örneğin, kanun metninde

<sup>126</sup> "Türk Ceza Kanunu'nun 491. maddesinin 1. fıkrasında hırsızlık şöyle tarif edilmiştir: 'Her kim, diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden alırsa, altı aydan üç seneye kadar hapsedilir'. Bu tanım açısından içtihadı birleştirmenin konusu (taşınabilir mal), ve (bulunduğu yerden alma) kavramları yönünden özellik kazanmaktadır. Bu sözler değerlendirilirken kuşkusuz (zilyetlik) ve (mamelek) kavramlarının dikkate alınmaları zorunludur. İchtihadı birleştirmeye esas tutulan kararlarda sözü edilen olayların ortak özelliği herhangi bir kişiye ait telefon hattından saplama yapmak suretiyle hat alıp sanığın kendisine ait telefon makinesi ile rıza olmaksızın konuşma sağlaması keyfîyettir. Ceza Genel Kurulu'na intikal eden diğer bir olayda ise sanıkların kendi evlerinde kurdukları özel telefon santralleri ile Tarabya santrallerini kullanarak kaçak milletlerarası konuşmalar yapılmasını sağlamaları söz konusu edilmiştir. Bu olayların Türk toplumunun değer yargılarına tamamen ters düştüğü, ahlaka ve hukuka aykırı sonuçlar doğurduğu tartışmasızdır. Türk Ceza Kanununun 491. maddesinin ilk fıkrasındaki unsurlar genişletici yoruma tabi tutulduğunda yukarıda özetlenen eylemleri kapsamına aldığı kabulü gerekli görülmüştür. Zira yorumda toplumun değer yargıları ve teknolojinin gerisinde kalınmaz. // Görüşmeler sırasında Ceza Hukukunda kıyasın caiz olmadığı, toplumun değer yargılarına göre, yasada açıklık olmadığı halde bir eylemin suç sayılamayacağı ileri sürülmüşse de, çoğunluk olayda kıyas yoluna başvurulmadığı, yukarıda da açıklandığı üzere genişletici yorum yapıldığı; buna da cezada cevaz bulunduğu; genişletici yorum yoluna başvurulurken toplumun değer yargılarından yararlanılabileceği gerekçeleriyle bu görüşlere katılmamıştır. // Buradaki genişletici yorum TCK.nun 491. maddesinin kapsamı dışında kalan bir eylemi madde kapsamına dahil etmek anlamında değil; esasen maddenin içinde mündemiç bulunan ve zamanın teknolojik gelişmeleri ile ekonomik değeri olan her türlü şeyin sahibinin rızası dışında kullanılması eylemlerinin de TCK.nun 491. maddesinin kapsamında olduğunu açıklığa kavuşturmaktan ibarettir. // Yukarıda açıklanan nedenlerle telefon hizmetinden çeşitli usul ve yöntemlerle saplama yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanmanın, Türk Ceza Kanunu açısından hırsızlık fiilini oluşturacağına, 6.4.1990 gününde ilk görüşmede üçte ikiyi geçen çoğunlukla karar verildi" (YİBGK, 06.04.1990, E. 1989-2/K. 1990-3, RG. 29.06.1990, sy: 20563). Ayrıca bkz. CGK 25.10.1976, E. 1976-6-433/K. 1976-444, (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 02.10.2011).

<sup>127</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 17 IV 1 a); NK-SIG<sup>3</sup> (HASSEMER/KARGL), § 1, No: 106.

<sup>128</sup> BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 82.

<sup>129</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 37, 54;

“bilerek” ifadesi geçmekteyse (TCK 154/2; TCK md. 82/1-f), ilgili suç tipi olası kastla işlenemez anlamı çıkmaktadır<sup>130</sup>.

Bazı durumlarda kanun, kavramları bizzat tanımlama yoluna gitmiş olabilir. Örneğin TCK md. 6’da birçok kavramın yasal tanımını bulmak mümkündür.

#### bb. Sistematik Yorum

Günlük dilin kullanımı veya özel kanun dilinin kullanımı bir ifadenin anlamının tespit edilmesine her zaman izin vermeyebilir. Ayrıca hukuk kavramları hukukun ilgili alanlarına bağlı olarak bir göreceliliğe de sahip olabilmektedirler. Bu durumlarda sistematik yoruma başvurulabilir. Sistematik yorumda bir kavramın kanunda kullanıldığı sistematik bağlam dikkate alınır. Hukuksal bir ifadenin anlamı, çoğu zaman bütün kuralın bir parçası olarak görüldüğü zaman elde edilebilir. Bu nedenle bir düzenlemenin kanundaki yeri, belirli bir yorum tarzının diğer kurallara etkisi ve başka düzenlemelerde aynı şekilde kullanılmış olan ifadelerin anlamı dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte, aynı şekilde ifade edilmiş unsurların normun amacı bakımından farklı yorumlanması zorunluluğu gözönünde bulundurulmalıdır<sup>131</sup>.

TCK’daki madde başlıkları madde metninden sayılmalıdır. Bu başlıklar maddenin konusunu belirttiğinden yorumda yol gösterici olabilmektedirler<sup>132</sup>.

#### cc. Amaca Uygun (Teleolojik) Yorum

Gramatik yorum ve sistematik yorum farklı yorum tarzlarının yapılmasını mümkün kıldığı takdirde, hükmün ortaya çıkış tarihçesi dikkate alınarak amacı araştırılır. Teleolojik yorumda çeşitli alt yöntemlere başvurulması mümkündür.

#### aaa. Sübjektif-Tarihî Yöntem

Sübjektif-tarihî yöntemde kuralın ortaya çıkış tarihçesi ve tarihî kanun koyucunun iradesi belirleyici rol oynamaktadır. Buna göre, kanunun yapılışı sırasında kanun koyucunun gerçek iradesi tespit edilerek kavramlar yorumlanmaktadır. Bu yüzden, karşılaştığı sorunları belirli bir tarzda kurala bağlayan bir kanunun, bununla makul olarak neyi amaçladığının ya da o zamanki topluma egemen olan kültürün hangi değer yargılarını ifade ettiğinin her defasında ortaya konulması gerekmektedir<sup>133</sup>. Bu yöntemde özellikle kanun

LK-StGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 301; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 17 IV 1 a); GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (3), § 2, No: 20; FREUND, Georg: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg 2009, § 1, No: 28.

<sup>130</sup> OTACI, “Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu”, sh: 461.

<sup>131</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 39; NK-StGB<sup>3</sup> (HASSEMER/KARGL), § 1, No: 107; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 17 IV 1 a); BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 78, 80.

<sup>132</sup> ZAFER, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 59.

<sup>133</sup> Bkz. SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 41; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 74.

tasarılarının, gerekçelerinin, komisyon ve genel kurul tutanaklarının incelenmesi gerekmektedir<sup>134</sup>.

Kanun koyucunun tarihî iradesine bu şekilde tek taraflı olarak dayanılması isabetli bulunmamaktadır. Çünkü sübjektif-tarihî yönetime başvurulduğu takdirde, kanunun doktrin ve uygulama tarafından sürekli geliştirilmesinin yolunun tıkanması ve kanunun yeni hukuk politikası sorunlarına karşılık verme yetisini kaybetmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Bu yorum yöntemi esas alındığı takdirde, çok hızlı toplumsal ve ekonomik gelişmelerin yaşandığı dönemlerde kanun koyucudan kanunları sürekli uyarlaması şeklinde çok şey beklenmesi gerekecektir<sup>135</sup>. Bütünün birbirine bağlı parçalarının sürekli değişimi, hâkimi ceza hukuku kavramlarının bütün hukuk sisteminin diğer alanlarındaki kanun koyucunun kararları ile uyumunu sağlamak için bunlar hakkında yeniden düşünme yükümlülüğü ile her zaman karşı karşıya bırakacaktır<sup>136</sup>.

#### bbb. Objektif-Teleolojik Yöntem

Bir suç tipinin kanunlaştırılmasının geçmişi ne kadar çok eskiye dayanmaktaysa, ifadesinin sübjektif-tarihî yorumunun inandırıcılık gücü de o kadar zayıflamaktadır<sup>137</sup>. Bu nedenle objektif-teleolojik yorum yöntemine başvurulmaktadır. Objektif-teleolojik yorumda kanunların objektif amacının araştırılması sözkonusudur. Buna göre, kanun koyucunun objektifleştirilmiş iradesi olarak kanunun bir hukuk toplumunda etkisini sürdüren bir güce sahip olduğunun kavranması gerekir. Günümüzdeki sorunlar ve menfaat dengeleri karşısında kanunla neyin makul olarak takip edilebileceği araştırılır<sup>138</sup>. Bir ceza kanununun yürürlüğe girmesinden beri önemli ölçüde değişen sosyal koşullar karşısında, bu kanuna kanun koyucunun geçmişte yaptığından başka bir anlam yüklenmesi ihtiyacı ortaya çıkabilmektedir. Böylece kanunun ifadesinin bugünkü anlamı belirlenecektir. Bununla birlikte, kanun metninin muhtemel anlamı objektif-teleolojik yöntemi sınırlamaktadır<sup>139</sup>. Objektif-teleolojik yorum yöntemi, kanun metnini, yazıldığı zamanın ötesine taşımakta, ona tarih ötesi kimlik vermekte, zamanın yıpratıcılığından korumaktadır<sup>140</sup>.

<sup>134</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 17 IV 1 b); ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 114.

<sup>135</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 41; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 76.

<sup>136</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 42.

<sup>137</sup> NK-StGB<sup>3</sup> (HASSEMER/KARGL), § 1, No: 109.

<sup>138</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 43; GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (3), § 2, No: 23; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 17 IV 1 b).

<sup>139</sup> LK-StGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 316.

<sup>140</sup> OTACI, “Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu”, sh: 440.

Bununla birlikte, objektif-teleolojik yorum yöntemi, kanunun ortaya çıkış sürecini ve böylece tarihî kanun koyucunun yaklaşımlarını da dışlayamaz. Çünkü değişen toplumsal ilişkilerin veya tarihî kanun koyucu tarafından öngörülmemiş olay biçimlerinin dikkate alınıp alınmayacakları veya hangi ölçüde dikkate alınacakları yalnızca bunlar sayesinde tespit edilebilir<sup>141</sup>.

Ceza düzenlemeleri belirli bir hukuksal değer korunmasını amaçladıkları için normun koruma amacının (ratio legis) belirlenmesi yorum bakımından kaçınılmazdır<sup>142</sup>. Ancak *ratio legis* kanun koyucunun değil, kanunun irade ve amacıdır<sup>143</sup>.

Ceza Kanunu'nun amacını gösteren TCK md. 1 ile adaleť ve kanun önünde eşitlik ilkesine yer veren TCK md. 3 de bir yorum aracı olarak kullanılabilir<sup>144</sup>.

Yine ceza miktarının yüksekliği de kanun koyucunun değerlendirmelerinde ölçü olarak yorumda önemli bir hareket noktası sunmaktadır<sup>145</sup>.

#### d. Anayasaya Uygun Yorum

Ceza hukuku bütün hukuk düzenini koruma görevi gördüğü için ceza hukuku normlarının amaca uygun olarak yorumlanmasında hukuk düzeninin yöneldiği amaç, başka bir deyişle toplumsal birlikte yaşama amacına yönelik kurallar da gözönünde bulundurulmalıdır<sup>146</sup>. Bu yüzden ceza hukukunda yorum anayasa normları dikkate alınarak yapılmalıdır. Anayasaya uygun yorum, sadece anayasaya aykırı yorum yapılmasından kaçınılması değil, anayasanın amacına uygun yorum anlamına da gelmektedir. Birden çok anlamlı bir yorumun elde edilebildiği hukuk kavram ve kurumları anayasa çerçevesinde kalınarak yorumlanmalıdır. Özellikle anayasadaki değerler düzeni dikkate alınmalıdır<sup>147</sup>. Normlar hiyerarşisinin gereği olarak en üst basamakta bulunan bir norm olarak anayasanın daha alttaki hukuk normlarının içeriğini belirlediği düşüncesi, yorumun anayasaya uygun olarak yapılmasını da gerektirmektedir<sup>148</sup>.

<sup>141</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 43.

<sup>142</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 17 IV 3; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 68; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 114.

<sup>143</sup> BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 76; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 115.

<sup>144</sup> ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 114.

<sup>145</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 49.

<sup>146</sup> BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 70.

<sup>147</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 50; KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), § 3, No: 7; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 17 IV 1 b); NK-StGB<sup>3</sup> (HASSEMER/KARGL), § 1, No: 110.

<sup>148</sup> LK-StGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 326.

#### e. Yorum ve Kıyas Yasağı Arasındaki Sınır

Cezakanunlarının yorumlanmasının kanunilik ilkesiyle nasıl bağdaştırılabileceği çözüme kavuşturulması gereken bir sorundur. Doktrinde geliştirilen bir fikre göre, kanun koyucu bir hükümde kullandığı ifadelerle bir kuralın çerçevesini çizmekte, bu çerçevenin somut durumda hâkim tarafından doldurulmasını öngörmektedir. Kanun koyucu kuralın çerçevesini kanun metnindeki kelimelerin günlük dildeki olası anlamları ile sınırlı olarak belirler. Buna karşın hâkim, bu çerçeve içerisinde kalmak koşuluyla kelimelerin en yakın anlamını, geçmişteki kanun koyucunun düşüncesini, kanunun amacına göre kanun sistematigindeki anlam ilişkisini gözönünde bulundurarak yorumunu gerçekleştirir (amaçsal yorum)<sup>149</sup>. Bir ceza hükmünde yer alan kelimenin olası anlamı tarafından kapsanmayan bir yorum, kanun koyucu tarafından çizilen kural çerçevesinin dışına taşacağından kıyas anlamına gelir ve ceza hukukunda kabul edilemez<sup>150</sup>. Kanun metninden kanun koyucunun hangi amacı takip ettiği anlaşılamiyorsa, kanun belirsizdir ve kavramların olası yorumları sınırsız olabilecektir.

Yorum tipiklikle çizilen kavramsal çerçeve içerisinde kalırken; kıyas, kanunun, düzenlemediği bir olaya genişletilerek uygulanmasıdır<sup>151</sup>. Yorumda hukuk normlarının veya hukuksal kavramların belirleyici olan anlamsal içeriğinin açıklığa kavuşturulmaya çalışılması sözkonusudur ve yorum faaliyeti bunların anlamının ortaya konulmasıyla sınırlıdır. Buna karşılık kıyasta, hukuk kuralının doğrudan uygulama alanını çizdiği çerçevenin dışına çıkılması sözkonusudur. Böylece yorumun amacı, kanunun anlamının ortaya konulması, değişen ihtiyaçlara ve günümüzün bakış açısına adapte edilmesi iken, kıyasın amacı kanunun genişletilmesi ve geliştirilmesi suretiyle kanun boşluklarının doldurulmasıdır<sup>152</sup>.

#### D. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Yaratılması Yasağı

Kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunu yerine getirebilmesi için suçun ve ceza yaptırımlarının sadece şekli anlamdaki kanun ile tarif edilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, suç ve ceza yaptırımı koyma yetkisi sadece yasama organının elindedir ve o da bu yetkisini yalnızca kanun şeklindeki yasama işlemiyle kullanabilir. Böylece cezalandırılabilirliğin bütün koşulları yasama yetkisine dâhildir ve bu yetki TBMM tarafından başka bir organa devredilemez (AY md. 7). Ayrıca temel hak ve özgürlüklerin sadece kanunla sınırlanabileceğini öngören AY md. 13 de bunu teyit etmektedir. Nitekim bu kurallar TCK md. 2/2'de de karşılığını bulmuştur. Bu düzenlemeye göre; "İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza

<sup>149</sup> ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 28.

<sup>150</sup> ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 5, No: 28.

<sup>151</sup> KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, (4), § 1, No: 7.

<sup>152</sup> WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (40), No: 56; KREY/ESSER, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), No: 81.

konulamaz". Ancak TCK md. 2/2'deki bu hüküm, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza koymasını engellemeye tek başına yeterli gelmemektedir. Çünkü böyle açık bir düzenlemenin Anayasa'da da yer alması gerekmektedir<sup>153</sup>. Bununla birlikte 31.12.2008'de yürürlüğe girmiş olan TCK md. 5 gereğince, 01.06.2005 tarihinden önce yürürlükte bulunup da, yeni ceza mevzuatıyla uyumlulaştırılmayan ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratılmasına imkân sağlayan düzenlemeler TCK md. 2/2 karşısında ilga edilmişlerdir<sup>154</sup>.

Kanunilik ilkesine ilişkin birçok anayasal dayanağa rağmen, bazı kanunlarda cezanın türü ve oranı açıkça gösterildikten sonra, cezalandırılabilirliğin koşullarının genel çerçevesi çizilerek ayrıntıların doldurulması için idarî makamlara yetki verilmektedir. Başka bir ifadeyle, idare, kanunda gösterilen çerçeveyi genel düzenleyici işlemleriyle doldurma yetkisine sahip olmaktadır. Bunun sonucu olarak, idarenin genel düzenleyici işlemlerine aykırı davranmak suç teşkil etmekte ve çerçeve kanunun öngördüğü yaptırım uygulanmaktadır. İdareye yetki veren bu tür kanunlara *beyaz norm*, *açık ceza normu* veya *çerçeve kanun* adı verilmektedir. Çerçeve kanunların tercih edilmesinin nedeni, çerçeve düzenlemeyi dolduran normların acil ihtiyaçlar (ekonomik kriz vb.) karşısında değiştirilebilirlik bakımından elastik olmaları veya zaman içinde değişen ilişki ve koşulların (vergilendirmede veya ithalatta olduğu gibi) dikkate alınmasını sağlamalarıdır.

Mevzuatımızda idareye düzenleme yapma yetkisi veren birçok çerçeve kanuna rastlamak mümkündür. Örneğin TCK md. 297/1 uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme araçlarının infaz kurumuna veya tutukevine sokulmasını veya bulundurulmasını suç olarak tanımlamaktadır. TCK md. 297/2 ise, bu eşyalar dışında kalıp da *yetkili makamlar* tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyanın buralara sokulmasını cezalandırmaktaydı. Böylece yetkili makamlar hangi eşyanın infaz kurumuna veya tutukevine sokulamayacağını düzenleyerek suçun maddî unsurlarından suçun konusunu belirleme yetkisine sahip olmaktadır. Bunun kanunilik ilkesini

<sup>153</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 74-75.

<sup>154</sup> Bu konuda bkz. UĞUR, Hüsamettin: "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar", TBB (Kasım-Aralık) 2010, yıl: 23, sy: 91, sh: 308 vd. "...sanıklara atılı eylem, ceza içeren özel bir hukuk düzenlemesi olup 5'inci maddede sözü edilen özel ceza kanunları ya da ceza içeren kanunlar kapsamında bulunmaktadır. O halde atılı eylem TCK'nın 2'nci maddesi hükmü kapsamında değerlendirilmelidir. Bu duruma göre, KHK hükmüyle getirilen bu düzenleme TCK'nın 2'nci maddesinde öngörülen kanunilik ilkesine uygun bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 03.01.2008 gün ve 2005/15 E, 2008/2 K sayılı iptal kararı gerekçesinde kanunsuz suç ve ceza konulamayacağını, Kanun Hükmünde Kararname hükmüyle suç ve ceza getirilemeyeceğini açıkça vurgulamıştır. Bu durum karşısında, 5252 Sayılı Kanunun geçici birinci maddesi ile TCK'nın 2'nci maddesi ve 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5 inci maddesi birlikte değerlendirildiğinde; 556 sayılı KHK'nın suç tanımlayan hükümlerinin tümüyle zımni olarak ilga edildiğinin (örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığı) kabulü gerekmektedir. Bu hukuki değerlendirmeye göre atılı eylem 556 Sayılı KHK hükümleri kapsamında suç oluşturmayacaktır" (7. CD., 21.01.2010, E. 2007-7050/K. 2010-362, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 27.09.2011).

ihlal ettiği ve TCK md. 297/2'deki "bu yasağı bilerek" ibaresinin de bireyler için kanunilik ilkesi kadar güvence sağlayamadığı açıktı. Nitekim Anayasa Mahkemesi TCK md. 297/2'yi kanunilik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir<sup>155</sup>. TCK md. 195, bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair *yetkili makamlarca alınan tedbirlere* uymayan kişiye ceza verilmesini öngörmekte ve böylece idareye suç oluşturma yetkisi vermektedir.

Yine 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu md. 65/b, *koruma bölge kurullarınca* belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapanların veya yaptırımların adli para cezasıyla cezalandırılmasını öngörmektedir.

Çerçeve kanunlarda idareye düzenleyici işlemlerle suç yaratma yetkisi verilmesinin kanunilik ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, idareye yetki veren çerçeve kanunlar suçta kanunilik ilkesinin

<sup>155</sup> "Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 'belirlilik'tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenle 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'nın 7. maddesinde, 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.' denilmektedir. Buna göre, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme 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. // Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, 'Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz' denilerek 'suçun yasallığı', üçüncü fıkrasında da 'ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur' denilerek, 'cezanın yasallığı' ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 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. // 297. maddenin (1) numaralı fıkrasında suçta konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına karşın, itiraz konusu kuralda böyle bir nitelik belirlenmesi yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suçta konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suçta 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. // Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 7., 11. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir" (AYM 07.07.2011, E. 2010-69/K. 2011-116, RG. 21.10.2011, sy: 28091).

dolanılması anlamını taşıdığından kanunilik ilkesine ve dolayısıyla da AY md. 38'e aykırıdır. Aksi bir yaklaşım yasama yetkisinin devri ve bunun sonucunda da kuvvetler ayrılığının ihlâl edilmesi anlamına gelecek ve kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunun içi boşaltılmış olacaktır<sup>156</sup>. Bu görüşün en önemli dayanaklarından birini, AY md. 91'in KHK ile suç ve ceza oluşturma imkânını vermemişken, normlar hiyerarşisinde KHK'nin altında yer alan tüzük, yönetmelik ve diğer adsız düzenleyici işlemlerle böyle bir yetkinin kullanılmayacağı gerekçesi teşkil etmektedir<sup>157</sup>.

Diğer görüşe göre, idarenin düzenleyici işlemleriyle de suç yaratılması belirli koşullara uyulduğu takdirde kanunilik ilkesine aykırı düşmez. Bu görüşe göre, idare düzenleyici işlemleriyle şekli anlamda kanunun kendisine verdiği düzenleme yapma yetkisi çerçevesinde hareket ederek suç yaratmaktadır. Ancak suç karşılığında uygulanacak ceza mutlaka şekli anlamdaki kanunda gösterilmelidir. Kanun koyucu şekli kanunda idarenin uyması gereken ilke ve kuralları da gösterecektir. Bu şekilde işleyen bir sistem kanunilik ilkesiyle bağdaşır<sup>158</sup>. AY md. 91, sadece KHK ile suç yaratılmayacağına ilişkin bir kısıtlama getirdiğinden idarenin diğer düzenleyici işlemleriyle suç oluşturulmasını engellemez<sup>159</sup>. Bu görüş AY md. 38'in

<sup>156</sup> ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 106; ÖZGENÇ, "Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu", sh: 91; KOCA/ÖZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 53; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 74; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 120-121; İÇEL/DONAY, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, (4), sh: 112-116; ÖZTÜRK/ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (9), No: 25; YARSUVAT, *Duygun: "Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası"*, İÜHF 1963, c: XXIX, sy: 3, sh: 555, 559; YILDIZ, Ali Kemal: "Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç ve Ceza Yaratması", Çetin ÖZEK Armağanı, İstanbul 2004, sh: 1051-1053; GÖKCEN, Ahmet: "Yardım Toplama Kanunu'nun 29. Maddesinin Uygulanışı, Yargıtay'ın Konu ile İlgili Kararlarının Özellikle Kanunilik İlkesi ve İdarenin Düzenleyici İşlemlerle Suç İhdası Yönünden Değerlendirilmesi", *Hukuk Araştırmaları* 1995, c: 9, sy: 1-3, sh: 183-184, 186, 187-188; AKYILDIZ, Ali: "İdari İşlemlerle Suç İhdası: Özel Güvenlik Bölgesini İhlal Suçu", HPD (Temmuz) 2006, sy: 7, sh: 83-84; CAN, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", sh: 105, 117; BEKRİ, "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri ile Uluslararası Ceza Hukuku Uygulamalarındaki Durumu", sh: 62.

<sup>157</sup> ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 107-108; ÖZGENÇ, "Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu", sh: 94; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 121-122; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (5), sh: 62; HAKERİ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 21-22; İÇEL/DONAY, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, (4), sh: 114; ÖZTÜRK/ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (9), No: 25; YILDIZ, "Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç ve Ceza Yaratması", sh: 1053; GÖKCEN, "Yardım Toplama Kanunu'nun 29. Maddesinin Uygulanışı, Yargıtay'ın Konu ile İlgili Kararlarının Özellikle Kanunilik İlkesi ve İdarenin Düzenleyici İşlemlerle Suç İhdası Yönünden Değerlendirilmesi", sh: 187-188; CAN, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", sh: 109-110, 112.

<sup>158</sup> ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, sh: 65; DÖNMEZER/ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c: I, (11), No: 210; DÖNMEZER, Sulhi: "İcranın Tanzim Tasarrufları İle Suç İhdası, Anayasaya Aykırılık İddiası Halinde Verilmesi İcabeden Karar", İÜHF 1962, c: XXVIII, sy: 1, sh: 244; TOSUN, Öztekin: "Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması", İÜHF 1962, c: XXVIII, sy: 2, sh: 351-352, 354, 360; BAŞLAR, Kemal: "Yürütmenin Düzenleyici İşlemlerle Suç İhdasının Anayasalılığı Sorunu", Ergun ÖZBUDUN'a Armağan, c: II Anayasa Hukuku, Ankara 2008, sh: 163.

<sup>159</sup> ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, sh: 65.

gerekçesinden de beslenmektedir<sup>160</sup>. Ayrıca TCK md. 2/2'deki düzenleme daha sonraki bir kanunla idareye düzenleyici işlemlerle suç yaratma yetkisi verilmesine engel değildir. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratmasının önüne geçilmek isteniyorsa, TCK md. 2/2'deki düzenlemeye benzer bir düzenlemeye Anayasa'da yer verilmeliydi. Bu yaklaşıma göre, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratması ve kanunla çerçevesi çizilen bir suçun içeriğinin düzenleyici işlemlerle belirlenmesi farklı kavramlardır. İdarenin, doğrudan bir kanun hükmüne dayanmadan suç yaratması mümkün değildir. İdare düzenleyici işlemlerle suç yaratmamakla birlikte, kanun ile çerçevenin çizildiği hâllerde suç kanunla yaratılmış demektir. İdarenin düzenleyici işlemleriyle çerçevenin içeriğini doldurması suç yaratmak anlamına gelmez ve kanunilik ilkesini ihlâl etmez<sup>161</sup>.

Kanaatimizce de birinci görüşün benimsenmesi gerekir. Buna göre, kanunilik ilkesi şekli anlamdaki kanun ile suç yaratılmasını ve cezasının gösterilmesi zorunlu kılar. Başka bir ifadeyle, suç ve ceza yasama organı tarafından belirli usullere göre kanun adı altında çıkarılan metinler ile tanımlanmak zorundadır. AY md. 13, temel hak ve özgürlüklerin sadece kanunla sınırlandırılabilceğini ifade ederek suç yaratma yetkisinin yasama organının tekelinde olduğunu belirtmektedir. Bu yüzden de idareye bu konuda yetki verilmesi yasama yetkisinin devri anlamına gelecek, bu da AY md. 7'ye aykırı olacaktır. Maddî kanun kavramına başvurularak idarenin düzenleyici işlemlerle suç yaratması yolu asla açılmaz. Zaten olağan dönem KHK ile suç yaratılmayacağını AY md. 91 açıkça belirtmiştir<sup>162</sup>. Dolayısıyla normlar hiyerarşisinde KHK'nin altında yer alan tüzük, yönetmelik veya adsız düzenleyici işlemlerle suç yaratılması veya çerçeve kanunun doldurulması mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratılması konusunda istikrarlı bir içtihadı mevcut değildir. Bazı kararlarında idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratılabilceğini kabul etmişken<sup>163</sup>, bazı kararlarında

<sup>160</sup> AY md. 38'in gerekçesinin ilgili bölümüne göre; "Bu hükme göre suç ve cezalar ve güvenlik tedbirleri ancak yasama tasarrufu ile konulabilecektir. Keza, gene bu kural uyarınca, kanunun suç olarak öngörmediği ve ceza koymadığı bir fiil sebebiyle de kimse cezalandırılmayacaktır. Bu hüküm kanun koyucunun 'açık suç hükmü' koymasına; yani 'fiili' bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir. Meselâ Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkındaki Kanunun yaptığı gibi; bu gibi hallerde ne yasama yetkisi devredilmiş ne de 'kanunsuz suç olmaz' ilkesi ihlâl edilmiştir".

<sup>161</sup> ZAFER, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 44, 47-48.

<sup>162</sup> AYM 05.02.2009, E. 2005-57/K. 2009-19 (RG., 10.06.2009, sy: 27254); AYM 03.01.2008, E. 2005-15/K. 2008-2 (RG., 05.07.2008, sy: 26927); AYM 02.03.2004, E. 2002-92/K. 2004-25 (RG., 14.05.2004, sy: 25462).

<sup>163</sup> "Yasakoyucu, Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen ilkeler ile ceza hukukunun genel ilkelerini ve kamu yararını gözetenek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bu suçlara ne miktar ve ne çeşit ceza verileceğini, hangi cezaların nasıl uygulanacağını saptayabilir. // Kaldı ki, suçun maddî unsurunun Bakanlar Kurulu kararı ile 'belirlenen yerler dışında ateş yakmak' olarak tesbit edilmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Çünkü, idareye verilen bu yetki suçun tanımını doğrudan belirleyen bir yetki olmayıp, ulusal park sınırları içinde ateş yakılabilecek yerlerin belirlenmesiyle ilgilidir. Esasen coğrafi koşullara

ise bu yönetime karşı çıkmıştır<sup>164</sup>. Bunun nedeni, kanunilik ilkesinin yorumunda gramatik yorum veya amaca uygun yorum yöntemlerine başvurulmasındaki tercihten ileri geldiği ifade edilmektedir<sup>165</sup>. Kanaatimizce, amaca uygun yorum yapılsa bile, Anayasa'dan idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratılabileceği sonucu çıkarılamaz.

Bazı çerçeve kanunlar daha da ileri giderek idareye genel düzenleyici işlemlerle değil, birel işlemlerle suç koyma yetkisi vermektedir. Örneğin Bankacılık Kanunu md. 152 böyle bir uygulamaya olanak sağlayan bir düzenleme ihtiva etmektedir<sup>166</sup>.

Alman hukukunda idarenin düzenleyici işlemlerinin de ceza hukukunda kaynak teşkil edebileceği kabul edilmektedir (Alman AY md. 80 I). Bununla birlikte, hürriyeti bağlayıcı cezalara hükmedilebilmesi için Alman AY md. 104 I gereğince her zaman şekli bir kanunun bulunması zorunludur. Ancak bu zorunluluk, suç tiplerinin daha ayrıntılı olarak spesifikleştirilmesinin idareye devredilmesini engellememektedir. Bununla birlikte, cezalandırılabilirliğin koşulları ile cezaların tür ve oranlarının vatandaşlar tarafından yasal yetkilendirmeden yeterince anlaşılabilir olması gerektiği vurgulanmaktadır<sup>167</sup>.

göre değişiklikler gösterebileceği gözetildiğinde işin niteliği gereği ateş yakılabilecek yerlerin yasa ile belirlenmesi de mümkün değildir. Bu durumda itiraz konusu düzenlemenin suçta kanunilik ilkesinin gereklerine aykırılığından söz edilemez" (AYM 10.02.2004, E. 2001-143/K. 2004-11, RG. 12.05.2004, sy: 25460). Aynı yönde bkz. AYM 28.03.1963, E. 1963-4/K. 1963-71 (RG. 18.10.1963, sy: 11534); AYM 08.10.1998, E. 1997-53/K. 1998-62 (RG. 04.07.2001, sy: 24452); AYM 05.04.1977, E. 1977-1/K. 1977-20 (RG. 05.12.1977-16130); AYM 07.06.1973, E. 1973-12/K. 1973-24 (RG. 09.11.1973, sy: 14707).

<sup>164</sup> "Anayasa'nın 91. maddesinde TBMM'nce Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilebileceği öngörülmekte ve KHK ile düzenlenemeyecek konular sayılmaktadır. 'Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin esaslar' başlığını taşıyan 38. maddesi, kanun hükmünde kararnameyle düzenlenemeyecek yasak alan kapsamına girmektedir. Yürütme organının KHK ile suç oluşturmaya Anayasa'da izin verilmez iken düzenleme olanakları ve biçimleri KHK'lere göre çok daha kolay olan ve hukuk kuralları hiyerarşisinde daha sonra gelen idarî düzenlemelerle kimi eylemlerin suç sayılması açıklanan Anayasa kurallarına aykırı düşer ... // Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme 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 aykırı durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. // Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer. // Anayasa'nın 38. maddesindeki 'kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesi gereğince hangi eylemin suç sayılacağına yasayla belirlenmesi zorunludur. İthal ve ihracı yasaklama yetkisine sahip olan Bakanlar Kurulu bu yolla eylemin suç sayılıp sayılmayacağını belirlemiş olmaktadır" (AYM 27.09.1994, E. 1993-42/K. 1994-72, RG. 22.09.1995, sy: 22412). Aynı yönde bkz. AYM 06.07.1993, E. 1993-5/K. 1993-25 (RG. 25.02.1995, sy: 22213); AYM 18.01.1996, E. 1995-28/K. 1996-2 (RG. 22.07.2000, sy: 24117).

<sup>165</sup> BAŞLAR, "Yürütmenin Düzenleyici İşlemlerle Suç İhdasının Anayasallığı Sorunu", sh: 127.

<sup>166</sup> Bkz. ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, (5), sh: 110.

<sup>167</sup> JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil, (2), 4/11; FRISTER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, (4), 4/8; SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch Kommentar<sup>28</sup>, (ESER/HECKER), § 1, No: 8; LK-StGB<sup>12</sup> (DANNECKER), § 1, No: 115.

Fransa'da 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi md. 5, 8 ve 1810 tarihli Ceza Kanunu md. 4 şekli anlamdaki kanunları ifade etmekteydiler. Ancak zaman içerisinde ceza hukuku kuralları koyma yetkisi kanun koyucu tarafından sık sık idareye devredilmeye başlandı. Böylece ceza hukuku kanun hükmünde kararname (décrets-lois) ile tamamlandı ve değiştirildi. 1958 Anayasası da bu uygulamayı göz ardı etmeyerek 34. ve 37. maddelerinde kanunun sadece cürüm ve cünhaları düzenlemesini, kabahatlerin ise idarenin düzenleyici işlemleriyle gerçekleştirilebilmesini kabul etmiştir. 1994 tarihli Ceza Kanunu da Anayasa hükümlerine paralel hükümler getirmiştir (md. 111-2, 111-3). Ancak belirtelim ki, Fransa'da cürüm ve cünhaları tanımlayan kanun kavramı çok geniş olarak anlaşılmakta, kanun hükmünde kararnamelerin (décrets-lois) yanısıra, parlamentonun verdiği izinle hükümet tarafından çıkarılan kararnameler (AY md. 38) ve ayrıca olağanüstü durumlarda Cumhurbaşkanı tarafından yapılan düzenleyici işlemler (AY md. 16) de kanunla eşdeğer sayılmaktadır<sup>168</sup>. Buna karşılık kabahatlerin idarenin düzenleyici işlemleriyle tanımlanması mümkündür. Bu noktada belirtelim ki, Fransız hukukunda kabahatler (contraventions) idarî yaptırım gerektiren düzene aykırılıklar olarak değil, suç niteliğine sahip fiiller olarak anlaşılmaktadır. Ceza Kanunu md. 111-2 ve 111-3'de kullanılan "règlement" kavramının yalnızca başbakanlık kararnameleri ya da anayasal yetkileri çerçevesinde (AY md. 13, 21) Cumhurbaşkanı'nın çıkardığı kararnameleri ifade ettiği belirtilmektedir. Ayrıca Ceza Kanunu md. R. 610-1, kabahat tanımı içeren kararnameler bakımından Conseil d'état'ın (Danıştay'ın) görüşünün alınmasını öngörmektedir. Bununla birlikte, kabahatlerin kararnameler ile düzenlenebilmesi için kanun tarafından genel çerçevenin çizilmesi gerekmektedir (CK md. 111-2)<sup>169</sup>. Yine Fransız hukukunda beyaz ceza normlarına izin verilmektedir. Buna göre, kanun veya kararname bir suç tipinin somutlaştırılmasını daha alt derecedeki idarî bir işleme bırakabilmektedir. Örneğin, Ceza Kanunu md. 222-41 uyuşturucu-uyarıcı maddeden ne anlaşılması gerektiği konusunda Kamu Sağlığı Kanunu'nun L. 627. maddesine atıfta bulunmakta, bu hüküm de Sağlık Bakanlığı'nın düzenleyici işlemlerine işaret etmektedir. Anayasa Konseyi bu yasama tekniğini kanunilik ilkesine aykırı görmemiştir<sup>170</sup>.

İtalyan hukukunda olağan dönem KHK (decreti legislativo veya leggi delegate) veya olağanüstü KHK (decreti-legge) ile suç yaratılmasının, bunların şekli anlamdaki kanunlarla normlar hiyerarşisinde aynı yerde bulunmaları ve AY md. 76-77 gereğince aynı etkilere sahip olmaları nedeniyle hâkim düşünce tarafından kanunilik ilkesiyle bağdaştığı kabul edilmektedir. Yine savaş zamanlarında hükümet tüzüklerle ceza hükümleri getirebilmekte ve bunlar da AY

<sup>168</sup> BOULOC, Droit pénal général, (21), No: 118; LELIEUR/PFÜTZNER/VOLZ, "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Frankreich", sh: 43-44.

<sup>169</sup> LELIEUR/PFÜTZNER/VOLZ, "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Frankreich", sh: 44.

<sup>170</sup> LELIEUR/PFÜTZNER/VOLZ, "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Frankreich", sh: 45.

md. 78 gereğince şekli anlamdaki kanuna eşdeğer sayılmaktadır<sup>171</sup>. Yine İtalyan hukukunda çerçeve normlarla (*norme penali in bianco*) suç ihdas edilmesinin, şekli anlamdaki kanunun altında yer alan bir hukuk normuna atıf yapılması hâlinde kanunilik ilkesini ihlâl edeceği ifade edilmektedir<sup>172</sup>.

### E. Geçmişe Uygulama Yasağı

Kanunilik ilkesi, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı hiç kimsenin cezalandırılmayacağı ve hiç kimseye de suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği sonucuna ulaşılmasını da gerektirmektedir (AY md. 38/1; TCK md. 2/1). Böylece işlendiği zaman bir suç tanıma uygun düşmeyen bir fiil, sonradan çıkarılan bir kanunla suç hâline dönüştürülmüş olsa bile, cezalandırılmaz. Aynı şekilde, suçun işlendiği zaman kanunda yazılı cezadan nitelik veya nicelik olarak daha ağır bir cezanın faile uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla ceza hukukunda kural olarak geçmişe uygulama yasağı geçerlidir. Başka bir ifadeyle, failin aleyhine olan kanun yürürlük tarihinden önceki fiillere uygulanamaz. Bununla birlikte, yeni kanunun lehe olduğu tespit edildiği takdirde, yürürlük tarihinden önceki fiillere de uygulanması gerekmektedir (TCK md. 7). Geçmişe uygulama yasağı olağanüstü durumlarda bile kısıtlanamaz veya ortadan kaldırılamaz (AY md. 15; AİHS 15). Geçmişe uygulama yasağı aynı zamanda ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması çerçevesinde incelenmesi gereken kapsamlı bir konu olduğundan bu çalışmada yer verilmemiştir.

<sup>171</sup> JARVERS, "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Italien", sh: 58.

<sup>172</sup> JARVERS, "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Italien", sh: 58.

### KAYNAKÇA

- AKYILDIZ, Ali: "İdari İşlemlerle Suç İhdası: Özel Güvenlik Bölgesini İhlal Suçu", HPD (Temmuz) 2006, sy: 7, sh: 77-84.
- ALACAKAPTAN, Uğur: *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, Ankara 1958.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2009.
- BAŞLAR, Kemal: "Yürütmenin Düzenleyici İşlemlerle Suç İhdasının Anayasallığı Sorunu", Ergun ÖZBUDUN'a Armağan, c: II Anayasa Hukuku, Ankara 2008, sh: 127-163.
- BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/IMITSCH, Wolfgang: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11. Auflage, Bielefeld 2003.
- BEKRİ, M. Nedim: "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri ile Uluslararası Ceza Hukuku Uygulamalarındaki Durumu", AD (Eylül) 2010, sy: 38, sh: 58-88.
- BOULOC, Bernard: *Droit pénal général*, 21<sup>e</sup> éd., Paris 2009.
- CAN, Osman: "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", AÜEHFD 2005, c: IX, sy: 1-2, sh: 89-125.
- CENEL, 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.
- CORNILS, Karin/GREVE, Vagn: *Das dänische Strafgesetz*, 2. Auflage, Freiburg im Breisgau 2001.
- DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Ankara 2009.
- DÖNMEZER, Sulhi: "İcranın Tanzim Tasarrufları ile Suç İhdası, Anayasaya Aykırılık İddiası Halinde Verilmesi İcabeden Karar", İÜHFM 1962, c: XXVIII, sy: 1, sh: 237-246.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c: I, 11. Bası, İstanbul 1994.
- EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin: *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara 1997.
- 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.
- FREUND, Georg: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg 2009.
- FRISTER, Helmut: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München 2009.

- FUCHS, Helmut:** *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 7. Auflage, Wien-New York 2008.
- GÖKCEN, Ahmet:** "Yardım Toplama Kanunu'nun 29. Maddesinin Uygulanışı, Yargıtay'ın Konu ile ilgili Kararlarının Özellikle Kanunilik İlkesi ve İdarenin Düzenleyici İşlemlerle Suç İhdası Yönünden Değerlendirilmesi", Hukuk Araştırmaları 1995, c: 9, sy: 1-3, sh: 179-202.
- 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.
- 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:** *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, (Çev.: Feridun YENİSEY), 2. Baskı, İstanbul 2007.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas:** *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996.
- KANGAL, Zeynel T.:** *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Ankara 2010.
- KANGAL, Zeynel T.:** *Askerî Ceza Hukuku*, Ankara 2010.
- KANGAL, Zeynel T.:** "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçme", Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht, Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung, Baden-Baden 2010, sh: 335-361.
- 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, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ulrich:** *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band I (§§1-145d)*, 3. Auflage, Baden-Baden 2010. [Kısaltma: NK-StGB<sup>3</sup> (HASSEMER/KARGL), § 1, No:].
- KLESCZEWSKI, Diethelm:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bonn 2008.
- 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 Dalı 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-StGB (DANNECKER), § 1, 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/ZIPE, Heinz:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, 8. Auflage, Heidelberg 1992.
- MERLE, Roger/VITU, André:** *Traité de droit criminel*, Tome I, 7<sup>e</sup> éd., Paris 1997.
- MUNDAY, Roderick:** "İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi", (Çev.: Zeynel T. KANGAL), İÜHF 2003, c: LXI, sy: 1-2, sh: 441-464.
- OTACI, Cengiz:** "Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu", TBBD (Temmuz-Ağustos) 2010, yıl: 23, sy: 89, sh: 439-491.
- 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<sup>e</sup> éd., Paris 2002.
- RENGIER, Rudolf:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, München 2010.
- ROXIN, Claus:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München 2006.
- SCHMIDT, Rolf:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Bremen 2010.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst:** *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München 2010.
- SEELMANN, Kurt:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Basel 2009.
- SOYASLAN, Doğan:** "Ceza Hukukunda Kıyas", AD 1983, yıl: 74, sy: 5, sh: 948-963.
- 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.
- SUMMERS, Sarah: "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Schottland", *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II*, Berlin 2008, sh: 104-112.
- TOSUN, Öztekin: "Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan", *İÜHFİM* 1962, c: XXVII, sy: 1-4, sh: 45-61.
- TOSUN, Öztekin: "Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması", *İÜHFİM* 1962, c: XXVIII, sy: 2, sh: 349-366.
- TOSUN, Öztekin: "Suçların Kanuniliği Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku", *İÜHFİM* 1964, c: XXX, sy: 1-2, sh: 21-28.
- TRECHSEL, Stefan/JEAN-RICHARD, Marc: *Schweizerisches Strafbgesetzbuch, Praxiskommentar*, Zürich 2008.
- TRIFFTERER, Otto: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Wien-New York 1994.
- UĞUR, Hüsamettin: "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar", *TBBĐ (Kasım-Aralık)* 2010, yıl: 23, sy: 91, sh: 300-334.
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2011.
- WEIGEND, Ewa: "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Polen", *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II*, Berlin 2008, sh: 92-104.
- WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 40. Auflage, Heidelberg 2010.
- YARSUVAT, Duygun: "Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası", *İÜHFİM* 1963, c: XXIX, sy: 3, sh: 540-559.
- YARSUVAT, Duygun: "Sovyet ve Amerikan Ceza Hukuklarında Kıyas Prensibinin Değerlendirilmesi", *İÜMHAD* 1968, c: 1, sy: 2, sh: 59-80.
- YILDIZ, Ali Kemal: "Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç ve Ceza Yaratması", Çetin ÖZEK Armağanı, İstanbul 2004, sh: 1033-1056.
- ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2010.
- ZERBES, Ingeborg: "Das Gesetzlichkeitsprinzip in Österreich", *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II*, Berlin 2008, sh: 81-91.
- 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.

## CİNSEL SUÇLARI ÖNLEMEDE KİMYASAL KASTRASYON SEÇENEĞİ

Yrd. Doç. Dr. Pervin Aksoy İPEKÇİOĞLU

**Özet:** Kastrasyon, özellikle erkek cinsel suçluların erkeklik hormonu üreten testislerinin cerrahi müdahale ile alınması ya da ilaçla bu hormonun üretilmesinin azaltılması olarak tanımlanır. Kastrasyon, kimyasal ya da cerrahi nitelikte olabilir. Cerrahi kastrasyon, erkek pedofillerin testislerinin alınarak yeniden suç işlemelerini önlemek için uygulanan yöntemdir. Bu tedavide bireyin üreme organları alınarak erkeklik hormonu en az seviyeye indirilir. Kimyasal kastrasyon tedavisinde ise erkek pedofillere antiandrojen ilaçlar verilerek, erkeklik hormonu azaltılmaya çalışılır. Çocuklara karşı cinsel istek duyan kişilere "pedofil" denilir. Pedofiller, çocuklara karşı kontrol edilemez bir cinsel istek duyarlar. Bu kişiler, cinsel dürtülerine göre hareket ederler ve cinsel tercihlerini çocukların bedenine yönelik olarak kullanırlar. Dünyada yapılan istatistikî çalışmalar, pedofilleri harekete geçiren cinsel güdünün, uzun hapis cezalarıyla azaltılmasının mümkün olmadığını göstermiştir. Bu nedenle, devletler cinsel suçluların cinsel tercihlerinin değişmeyeceğinin bilinciyle alternatif seçenekler düşünmeye başlamışlardır. Pedofilik bireylerin tedavisinde amaç, onların cinsel eğilimlerini değiştirmek değil, bu eğilimler doğrultusunda yeniden eylemde bulunmalarını azaltmaktır. Bu amaç doğrultusunda birçok ülkede pedofilik bireylere adli ve klinik izleme, psikoterapi, psiko-farmakolojik ilaçlar ile kimyasal ve cerrahi kastrasyon uygulanmaktadır. Türkiye'de de çocukların cinsel istismarındaki artış ve bu suçların işlenmesinin engellenememesine çare olarak kimyasal kastrasyon yöntemi tartışılmaya başlanmıştır. Kastrasyon, bireylerin yaşamlarını sürdürmek için katlanmak zorunda oldukları bir tedavi yöntemi değildir, bu nedenle bu tedavi yöntemi sonucunda ortaya çıkacak yan etkilerin titizlikle tartışılması ve bireysel özgürlüklerle sosyal savunma arasındaki hassas dengenin kamu vicdanını yaralamayacak şekilde oluşturulması gerekir.

**Anahtar Kelimeler:** Kimyasal Kastrasyon, Cerrahi Kastrasyon, Pedofil, Tedavi.

### CHEMICAL CASTRATION AS AN OPTION IN PREVENTING SEXUAL CRIMES

**Abstract:** Statistical studies in the world have shown that long prison sentences are ineffective to reduce the sexual urge of motivating pedophilia. As a result of repeated sexual crimes of pedophilia individuals, it has been understood that only prison sentences are ineffective to prevent committing the sexual crimes. Therefore, states have started to consider alternative options to prevent the sexual crimes of pedophilia. Castration is an alternative option of solving this problem. Castration has two forms: The first form is surgical castration. It is an operation to remove the testis that produce the testosterone. The second form is chemical castration, which is a kind of method that medicine is given regularly to reduce the production of testosterone. So, when the testosterone is reduced in any forms, the pedophilia does not desire the sexual activities. The fact that there is an increase of child sexual abuse in Turkey, chemical castration has been

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi