



**T. C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI**

**SUÇTA VE CEZADA KANUNLARIK PRENSİBİNİN
ANAYASAL TEMELLERİ**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Faruk Yasin TURANAY

**Danışman:
Prof. Dr. Kemal GÖZLER**

BURSA - 2013



**T. C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI**

**SUÇTA VE CEZADA KANUNLARIK PRENSİBİNİN
ANAYASAL TEMELLERİ**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Faruk Yasin TURANAY

**Danışman:
Prof. Dr. Kemal GÖZLER**

BURSA - 2013

T. C.
ULUDA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

..... Anabilim Dalı,
..... Bilim Dalında
numaralı,
hazırladığı,
ö.....
...ö konulu (Yüksek Lisans Tezi) ile ilgili tez savunma
sınavı,/...../ 20.... günü -saatleri arasında yapılmış, sorulara
alınan cevaplar sonunda adayın tezinin/çalışması,
(başarılı/başarısız) olduğuuna (oybirliği/oy çokluğu) ile karar
verilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu
Başkanı)
Akademik Unvanı, Adı, Soyadı,
Üniversitesi

Üye
Akademik Unvanı, Adı, Soyadı,
Üniversitesi

Üye
Akademik Unvanı, Adı, Soyadı,
Üniversitesi

...../...../ 20.....

ÖZET

Yazar Ad, ve Soyad, : Faruk Yasin Turinay
Üniversite : Uluda Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dal, : Kamu Hukuku
Bilim Dal, : Anayasa Hukuku
Tezin Niteli i : Yüksek Lisans Tezi
Sayfa Say,s, : IX + 212
Mezuniyet Tarihi : 1 . / 1 . / 2011 ..
TezDan, man(lar), : Prof. Dr. Kemal Gözler

SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK PRENSİBİNİN ANAYASAL TEMELLERİ

Cezalandırma yetkisinin kullanılmasının insan haklarına yönelik en muhtemel tehlike olduğu söylenebilir. Suçta ve cezada kanunilik prensibi cezalandırma yetkisinin kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla benimsenmiştir. Suçta ve Cezada Kanunilik Prensibinin Anayasal Temelleri isimli çalışmada kanunilik ilkesinin fikri ve hukuki kökenleri ele alınmaktadır.

Be bölümden oluşan incelemenin ilk bölümü ilkenin Roma hukukuyla başlayan tarihi gelişiminin yanı sıra suç, ceza, kanun, kanunî ve kanunilik kavramlarının terminolojik ve kavramsal yapısının de erlendirilmesine tahsis edilmiştir. İkinci bölümde, hukuk devleti kavramının hukuki ve siyasi yönleri, kanun devleti-hukuk devleti kavramları, ve kanunilik prensibi-hukuk devleti ilişkisi incelenmektedir. Kuvvetler ayrılığı, kuram, cezalandırma yetkisi ve toplumsal sözleşme teorisi bağlamında anayasal düzenlemlerle kanunilik ilkesinin ortak temelleri, Hobbes, Montesquieu, Voltaire ve Beccaria'nın fikirleri takip eden bölümde de erlendirilmiştir. Dördüncü bölümde, kanunilik ilkesinin unsurları, yargı kararlarının da katkıyla tahlil edilmektedir. Son olarak birlikte en az diğ erleri kadar önem taşıyan be inci bölüm Magna Carta Libertatum, Habeas Corpus Act, Tanzimat Fermanı, ve Islahat Fermanı, Philadelphia Kongresi kararları, Fransız İnsan ve Yurtta Hakları Beyanname si ve İnsan Hakları Evrensel Beyanname si, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uygulamaları, ve son olarak Afrika İnsan ve Halkları Hakları Sözleşmesinin kanunilik ilkesiyle doğrudan ve dolaylı ilişkileri hükümlerinin incelenmesini içermektedir. İlave olarak, 1876 Kanun-u Esasi, 1921 ve 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunları, 1945, 1961 ve 1982 Anayasaları, Fransız V. Cumhuriyet Anayasası, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, ve 1947 İtalyan Anayasasının ilgili düzenlemelerinin de erlendirilmesiyle çalışmamız tamamlanmaktadır.

Anahtar Sözcükler:

kanunilik prensibi

suç

ceza

hukuk devleti

ABSTRACT

Name and Surname : Faruk Yasin Turinay
University : Uluda University
Institution : Social Science Institution
Field : Public Law
Branch : Constitutional Law
Degree Awarded : Master
Page Number : IX + 212
Degree Date : 1 . / 1 . / 201 1 ..
Supervisor : Prof. Dr. Kemal Gözler

CONSTITUTIONAL BASES OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY OF CRIMES AND PUNISHMENTS

It can be argued that using of punishment authority is the most probable peril to human rights. The principle of legality of crimes and punishments has been adopted in order to prevent misuse of punishment authority. Philosophical and legal bases of principle of legality is handled at this dissertation named "Constitutional Bases of the Principle of Legality of Crimes and Punishments".

First part of the dissertation which has five sections is allocated for commantating terminological and conceptual structure of these concepts, "crime", "punishment", "law", "legal" and "legality" besides historical evolution what begun with Roman law, of the principle. Legal and political aspects of the concept of rule of law, state of statute-rule of law comparison and principle of legality-rule of law relation are examined in second part. Mutual bases of and constitutional thought and principle of legality in the context of the theories of seperation of powers and social contract, authority of punishment, the ideas of Hobbes, Montesquieu, Voltaire and of Beccaria are tackled at following section. In fourth part, elements of the principle of legality are analysed with judicial decisions' contribution. The last but not the least, fifth part contains provisions directly or indirectly related to the principle of legality, of Magna Carta Libertatum, Habeas Corpus Act, Edict of Gulhane and Ottoman Reform Edict of 1856 Philadelphia Convention decisions, Declaration of the Rights of Man and of the Citizen and Universal Declaration of Human Rights, European Convention on Human Rights with its practice, and finally African Charter on Human and Peoples' Rights. In addition, study is finalized with evaluating relevant rules of Ottoman Constitution of 1876, Turkish Constitution of 1921, 1924, 1961 and of 1982, Constitution of Fifth French Republic, United States Constitution, and of Constitution of Italian Republic.

Keywords:

principle of legality

crime

punishment

rule of law

ÖNSÖZ

Birkaç ay önce Johann Wolfgang von Goethe'nin bir cümlesini okudu umda, az taraftar, olan görüşüne güçlü, edebi ve tarihi bir destek bulan birinin sevinciyle mutlu olmu tum. Faust'un yaratıcılığı, dünyada bilim ve sanat eserlerinin tamamının bir bütünü parçalar, oldu unu söylüyordu. Modernitenin gerek bilim gerekse sanat çalınmalarında disiplinle meye sevk eden ruhunun tesiri altında kalan bir ça da pek de muteber olmayan bu cümlede kendini ele veren düşünceyi uzun zamandan beri sık sık aklımdan geçirdi imi hatırlıyorum. Okuduktan sonra fikrî yalnızca, düşünme dinmi ti.

Düşünce ve muhayyilenin ürünü olan eserlerin ayn, merkezden beslenmelerinden çıkarılabilecek en önemli sonuç, sanırım, tüm bu çalınmaların birbiriyle alakalı olmaları; ilkiyle bağlantılı olan diğeri ise uzmanlık alanı daraldıkça ayn, daldaki çalınmaların kökenlerinin daha çok benze meye başlaması. Bu ikinci istihraç, benî, hukukun farklı alanları, ceza hukukunu, idare hukukunu, vergi hukukunu, anayasa hukukunu ilgilendiren kanunilik prensibinin hukukun genel veya anayasal yapısına hâkim olan teoriler ve ilkelerle ayn, düşünsel temelden beslendiğini kanaatine ulaştırdı.

Gerek geniş kapsamlı olursa gerekse pozitif hukuka büyük oranda yansımaları, bir düşünceye doğrudan doğruya kanunilik prensibi, meraklı, harekete geçirecek kadar cazip görünüyordu. Tezimin konusu böylece berraklık kazanmıştı.

Prensiple alakalı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, yanısıra talyanca doktrin hususundaki teferruatlı yardımı, ve ricalarıyla ilgili gösterdiği hassasiyet dolayısıyla Sapienza Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Sayın Prof. Dr. Alfredo Gaito'ya teşekkürlerimi sunuyorum.

Yalova, 2013

Faruk Turinay

Ç NDEK LER

	Sayfa
TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ	v
Ç NDEK LER.....	vi
KISALTMALAR.....	ix
G R	1

B R NC BÖLÜM KANUN L K PRENS B NDE TERM NOLOJ VE KAVRAMLARIN NCELENMES

I. KANUN L K PRENS B N N GENEL ANLAMII	...3
II. SUÇ VE CEZA BAKIMINDAN KANUN L K PRENS B	...6
III. TER MLER VE KAVRAMLARI	...8
A. öSuçöi	...9
B. öCezaöi	...11
C. Üçlü Bir Matru kan,n ncelenmesi	...12
1. öKanunöi	...12
2. öKanunöi	...19
3. öKanuniliköi	...20

K NC BÖLÜM HUKUK DEVLET LE KANUN L K L K S N N KURULMASI

I. HUKUK DEVLET N N MAH YET	25
A. Hukuk Devletinin Siyasi ve Hukuki Yönleri.....	25
B. Hukuki Boyutuyla öRechtsstaatöi	...28
C. Beklentiler ve Neticeleri	...31
D. Pozitivizmden Realizme: Hukuk Devletinin Uygulama Sorunu	...33
II. HUKUK-DEVLET -KANUN DEVLET L K S	...36
III. HUKUK DEVLET N N B R UNSURU OLARAK KANUN L K.....	41
A. Kanun nhisar,n,n Önemi.....	41
B. Dicey: Hukuk Devletinin Üç Anlam,nda Kanunilik.....	43
C. Hukuki Himayenin Aklîle tirilmesi: K,l,ç Ve Asaí	...45
D. Alt Unsurlar,n Paralelli inin De erlendirilmesi	...46

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM KANUN L K PRENS B N N KÜRAMSAL YAPISI VE ANAYASAL DÜ ÜNCE

I. LKEN N DO U U VEYA KT DARIN SINIRLANMASI.....	51
A. Kanunilik Prensibi ile Anayasal Dü ünçe Aras,ndaki Ba lant,n,n Kurulmas,....í	...52

1. Kuvvetler Ayrılması ve Kanunilikli kişilerin Kanunilikli olması	52
2. Cezaalandırma Yetkisi ve Kanunilikli kişilerin Kanunilikli olması	55
a. Leviathan'da cezaalandırma yetkisinin kaynağı	56
b. Cezaalandırmanın anayasal niteliği	57
c. Cezaalandırma yetkisinin kullanılmasında kanunilikli sorgulanması	59
d. Grammatica ve Nuvoles'in katkısı	61
3. Toplumsal Sözleşme: Kanunun ve Kanunilikli Mevzuatın Kaynağı	64
a. Kuralların, sınırların, ve modern hukuk düzeninin kaynağı	64
b. Kanuna ve toplumsal sözleşmeye uygunluğun özdeğeri	65
c. Sözleşme dışı olmayan düzende kanunilikli yaklaşım	66
B. Kanunilik Prensiplerinin Felsefi Temelleri	68
1. XVII. Yüzyılda Kanunilikli Düzenlemek: Thomas Hobbes	69
a. Suçun konumunun belirlenmesi	69
b. Kanunun ilahî kaynağı	70
c. Ceza, derecelendirilmesi ya da tanımlanması	72
d. Cezaalandırma yetkisinin sözleşme-dışı kaynağı	73
2. Kanunların Ruhunda ve Her Mektuplarında Kanunilik: Baron de Montesquieu	75
Yönetim şeklinin kanunilik düzenine tesiri	76
Hâkimin yetkisinin kısıtlanması, yöntemi	77
Bill de Attendre ve Her Mektuplarından Bir Örnek	78
3. François-Marie Arouet Voltaire ve Bazı Fransız Aydınları	81
4. Cezaî Adaletin Kanunla Kurulması: Cesare Beccaria	81
a. Usulün önemi ve kanunun anlaşılması	82
b. Prensiplerin kapsamının genişletilmesi	83
c. Kanunilik unsurlarının hayata geçirilmesinin yararları	85
II. PRENSİBİBE YÖNELTİLEN BAZI ELEŞTİRELİ TARTIŞILMASI	87
A. Öngörülebilirlik Unsuru Her Zaman Geçerli midir?	88
B. Geçmişe Yürüme Yasasının Makul Stisnaları	90
C. Belirliliğin Sakıncası	92
D. Kanunun Niteliği	93
E. Kanunla Türme Sürecinin Hıml Edilen Etkisi	94

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KANUNLİK PRENSİBİNİN UNSURLARI

I. ALT LİKELERE GENEL BİR BAKIŞ	97
A. Kanunilik Prensiplerinin Anayasa Hukukuna Dahil Edilmesi	98
B. Aslı Kanun ile Kame Kanununun Farkı	101
C. Prensiplerin Yapısında Unsurların Önemi	102
II. YAZILILIK VEYA LEX SCRIPTA	106
III. BELİRLİLİK VEYA LEX CERTA	107
A. Gerekçeler: Bilinme, Nesnellik ve Hürriyetin Kısıtlanması	108
B. Kanundaki Kavramların Tanımlanması, Meselesi	112
C. Fransız ve Türk Çıhatları, İnanç Kanununun Bütünlüğü Sorunu	115
D. Belirlilik İlkesinin Somutlaştırılması ve Konumunun Tespiti	119
IV. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK VEYA LEX PRAEVIA	127
A. Kanunun Öngörülmesi Gerekliliğinin Teorik Kökenleri	127
B. Uygulamadan Hareketle Bir Değerlendirme	128
V. KIYAS YASA	133

VI. DAREN N SUÇ VE CEZA YARATAMAMASI	135
A. Yürütmenin Diğer Erklere Farklı,ı	136
B. darenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları	137
C. Bakanlar Kurulunun Niteliğinin Etkisi	140
D. Kanun Hükmünde Kararnamenin Düzenleyiciliği	143
VII. GEÇMİŞTE YÜRÜME YASAĞI	145
A. Yasaların Gerekliliği	146
B. Bir istisna: Lehe Kanun Prensipleri	147

BEKÇİ BÖLÜMÜ

KANUNLARIK PRENSİPLERİNİN POZİTİF HUKUKA YANSIMASI

I. ANAYASAL BELGELERDE KANUNLARIK İLKELERİNİN POZİTİF HUKUKA YANSIMASI	150
A. İngiliz Anayasal Belgeleri	150
1. Magna Carta Libertatumı	150
2. Habeas Corpus Actı	154
B. Osmanlı-Türk Anayasal Belgeleri	156
1. Tanzimat Fermanı	156
2. Islahat Fermanı	158
II. ULUSLAR ARASI METİNLERDE KANUNLARIK İLKELERİNİN POZİTİF HUKUKA YANSIMASI	159
A. Philadelphia Kongresi Kararları	160
B. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi	161
C. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi	165
D. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	166
E. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi	170
III. ANAYASAL SEVİYEDEKİ DÜZENLEMELER	172
A. Osmanlı-Türk Anayasaları	172
1. Kanun-u Esasi ve 1909 Değişikliğinin Getirdikleri	172
2. 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu	174
3. 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu	175
4. 1945 Anayasası	177
5. 1961 Anayasası	179
6. Bir Antrparantez: Kanunculuk (Legalism) Etkisi ve 1982 Anayasası	181
B. Fransız V. Cumhuriyet Anayasası	185
C. Amerika Birleşik Devletleri Anayasası	186
D. 1947 İtalyan Anayasası	189

GENEL DEĞERLENDİRME	191
BİBLİYOGRAFYA	196
ÖZGEÇMİŞ	212

KISALTMALAR

K,saltma	Bibliyografik Bilgi
a.e.	Ayn, Eser
a.g.e.	Ad, Geçen Eser
a.g.m.	Ad, Geçen Makale
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.a.	Eserin bütününe at,f
Bkz.	Bak,n,z
C. eur. dir. umani	Convenzione Europea dei Diritti Umani
CEDAM	Casa Editrice Dottore Antonio Milani
c.	Contro
çev.	Çeviren
E.	Esas
ed.	Editör
ÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuas,
JCLIL	Journal of Comparative Legislation and International Law
K.	Karar
M.Ö.	Milattan önce
md.	Madde
p.	Page, Pagina
pp.	Pages, Pagine
PUF	Presses Universitaires de France
s.	Sayfa
sez.	Sezione
ss.	Sayfadan sayfaya
ty.	Bas,m tarihi yok
vb.	Ve benzeri
v.	Versus
vd.	Ve devam,
Vol.	Volume
YLJ	Yale Law Journal

G R

Devlet ile bireyin yetkilerinin paylaşılması, kamu hukuku disiplinlerinde benimsenen kanunilik prensibinin özellikle Kıtada Avrupas, sistemi kapsamındaki hukuk düzenlerinde en çok itibar gören birkaç ilkedden biri oldu u söylenebilir. Devletin cezalandırma yetkisini kullandığı alan, bireyin hakları en çok tehdit edildiği ve bu nedenle suçta ve cezada kanunilik prensibinin salayaca, güvenceye en fazla ihtiyaç duyulan uygulama sahasını oluşturmaktadır. Bununla beraber, prensibin cezalandırma boyutu üzerine uluslararası literatürde pek çok monografinin olması, Türkiye'de 1958 tarihli bir eserde, kitap hacminde, yayımlanmış, müstakil bir çalışmaya rastlanmamaktadır. Öte yandan, kanunilik prensibi anayasal boyutu açısından ele alındığında, kamu iktidarının sınırlandırılması, amaçla olmak üzere anayasal düzenlemlerle prensibin fikri kökenleri ve tarihi gelişimi arasında yakınlıklar ve paralellikler olduğu gözlemlenmektedir. Bu nedenler, kanunilik ilkesinin anayasal temellerini konu alan bir çalışmanın hayata geçirilmesini gerekli kılmaktadır.

Be bölümden oluşan incelemenin ilk bölümü, kanunilik ilkesinin hukuk biliminin genelinde sahip olduğu önemin tespitiyle başlamaktadır. Kamu gücünün ceza verme yetkisini kullandığı alanda ilkenin birey hakları ve hürriyetlerinin korunmasındaki ikame edilemezliğin yanısıra ilkenin Roma hukukuyla başlayan tarihi gelişimi, suç- ceza- kanun- kanunî ve kanunilik kavramlarının terminolojik ve kavramsal yapısını ele almasıyla ilk kısım sona ermektedir.

İkinci bölümde, kanunilik düzenini kapsadığı ileri sürülebilecek hukuk devleti kavramının hukuki ve siyasi yönleri, hukuk devletinin ilke olarak kabul edilip uygulanmasından beklenen yararlar ve gerçekleştiren sonuçlar, ilkenin esasında bir uygulama sorunu olması ile ilgili yaklaşımlardan başka kanun devleti / hukuk devleti kavramı, değerlendirilmektedir. Kanunilik prensibinin hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olarak ele alınması, kanun normunun münhasır düzenleyiciliği, Dicey'nin hukuk devleti telakkilerinin katkısı, hakları himayesinin rasyonelleştirilmesi ve kanunilik ve hukuk devleti ilkelerinin unsurları arasındaki ilişkilerin belirlenmesi meseleleri ikinci bölümün kapsamında bulunmaktadır.

Anayasal yaklaşımla kanunilik düncesinin felsefi esasları da derlendirilmesini amaçlayan üçüncü bölümde, kuvvetler ayrılığı, kuram, cezalandırma yetkisi ve toplumsal sözleşme teorisi bağlamında anayasal ilke ile kanunilik ilkesinin paylaşılması, ortak hususlar tetkik edilmektedir. Ayrıca, XVI. yüzyılda Hobbes'da başlayan düünsel ilerlemeler ve neden-sonuç ilişkileri, Montesquieu, Voltaire ve Beccaria'nın fikirleri, kanunilik ilkesi ve unsurlarıyla beraber derlendirilmektedir. Bölümde son olarak, ilkeye yöneltilen belirli eleştirilerin kanunilik kapsamında ele alınabilecek meseleler bağlamında tartışılmaktadır.

Takip eden kısım, kanunilik prensibinin unsurları, anayasal boyutları, sonuçları, çizmektedir. Unsurların prensip açısından uhdesinde tuttuğu vazgeçilmez niteliğinin tespit edilmesiyle bağlayan dördüncü bölümde, yazılılık, belirlilik, öngörülebilirlik, kanun yasama, idarenin suç ve ceza yaratamaması, ile geçmişe yürüme yasasının düünsel temelleri, yargı kararlarından faydalanılmak suretiyle tahlil edilmektedir.

Son bölüm ise, suçta ve cezada kanunilik prensibinin -anayasal belgeleri de içerecek biçimde- pozitif hukuka yansımaları, konu almaktadır. Bu kısımda, öncelikle, İngiliz anayasal kaynaklarından Magna Carta Libertatum ve Habeas Corpus Act, Osmanlı-Türk anayasal tarihinden Tanzimat ve Islahat Fermanları'nın hükümlerinin incelenmesiyle kanunilik ilkesi açısından düünsel temellerden yürürlükteki hukuka geçi ortaya konulmaktadır. Ardından, uluslararası metinler kapsamında Philadelphia Kongresi kararları, Fransız İnsan ve Yurtta Hakları, Beyanname ve İnsan Hakları, Evrensel Beyanname, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uygulaması, ve son olarak Afrika İnsan ve Halkları Hakları Sözleşmesi'nin kanunilik ilkesiyle doğrudan ve dolaylı ilişkileri incelenmektedir. Normatif ve ekli açıdan en üst norm statüsünü bünyesinde barındıran 1876 Kanun-u Esasi, 1921 ve 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunları, 1945, 1961 ve 1982 Anayasaları, Fransız V. Cumhuriyet Anayasası, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, ve nihayet 1947 İtalyan Anayasası'nın ilgili düzenlemelerinin derlendirilmesiyle çalışmamız tamamlanmaktadır.

Çalışmamız boyunca, kanunilik ilkesinin kökenine yönelik inceleme mümkün olduğu kadar erken bir tarihi noktadan başlatılmamıştır. Diğer yandan, ilkenin muhtevassına ilişkin tartışmalarda büyük ölçüde kanun, kanaatlerin aksini savunan unsurlar ve ilkelerin istisnaları'nın olabileceğini ileri süren yaklaşımlar dikkate alınmamıştır.

B R NC BÖLÜM

KANUN L K PRENS B NDE TERM NOLOJ VE KAVRAMLARIN NCELENMES

Hukuk biliminin genelinde kanunilik ilkesinin sahip oldu u önemin de erlendirmesiyle ba layan ilk bölümde kamu gücünün ceza verme yetkisini kulland, , alanda ilkenin birey haklar, ve hürriyetlerinin korunmas,ndaki ikame edilemez i Levinin yan, s,ra ilkenin Roma hukukuyla ba layan tarihi geli imi, "suç" "ceza" "kanun" "kanunî" ve "kanunilik" kavramlar,n,n terminolojik ve kavramsal yap,s, ele al,nmaktad,r.

I. KANUN L K PRENS B N N GENEL ANLAMI

dare hukuku, vergi hukuku, ceza hukuku gibi farklı alanlarda geçerlilik arz eden kanunilik prensibi, esasen, geçerli oldu u konularda asli kaynak olarak kanunun münhas,r düzenleyici norm olmas,n, öngören ilkeler toplulu unu ifade etmektedir.

Temel hak ve hürriyetler insan,n s,rf insan olmas,ndan kaynaklanan, do umuyla beraber iktisap etti i, hukuk düzenince korunan menfaatler ve serbestliklerdir. Hukuki güvenli e sahip olmak hem bir hak, hem de özgürle tirme mücadeleleri neticesinde elde edilen bir hürriyettir. La Brède Baronu'nun ifadesiyle, "Hiçbir ey, bu güvenli i kamusal veya özel suçland,rmalar kadar ihlal edemez"¹. Öyleyse, bireylerin ceza soru turma ve kovu turmalar,na kar , korunmas,n,n en temel hak ve hürriyet meseleleri aras,nda yer ald, ,n, dile getirmek gerekir. Cezaland,rma gücü ba lam,nda, devletin yetkileri, bireyin temel haklar,n,n s,n,rlanmas, i Levi ve haklar ile yetkiler aras,nda anayasal dengenin sa lanmas,n,n dâhil oldu u çerçeve içerisinde kanunilik ilkesinin hassas bir noktada yer

¹ Charles Louis de Secondat Baron de Montesquieu, **De l'Esprit des Lois**, Livre XII, Chapitre II, Librairie Garnier Frères, Paris, bas,m tarihi yok (ty.), p.171. Yazar,n özgün ifadesi u ekildedir: "Cette sûreté n'est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées."

ald, , gözlemlenmektedir².

Il Principe yazar,n,n da i aret etti i üzere, insanlar güçle de il, kanunla yönetilmeye lay,kt,r³. Di er taraftan, hukukun hukuk-d, , alandaki belirsiz sorunlar, *res judicata* özelli i sayesinde belirli ekilde çözüme sanat, oldu u kabul edilirse, hukukun asli kaynaklar,ndan biri olan kanundan aç,k seçik, belirli ve kesin bir hukuki düzlem yaratmas, beklenir. Yaz,l,, belirli, öngörülebilir, k,yas,n hüküm sürdü ü uygulama alan,n,n daralt,ld, ,, suç ve cezan,n geçmi e yürümedi i bir hukuk düzeninin kanunlar,, yasaman,n ayr,nt,l, düzenlemeleri ve hâkimin dar yorum ilkesine (*principio di tassatività*) uymas, sayesinde -mümkün olabilecek en iyi düzeyde- hukuki kesinli in boyutlar,n, geni letecektir⁴. Bu ba lamda kanunilik ilkesi hukuki kesinli in teminat,d,r⁵.

Kanunilik prensibinin hukukun kaynaklar, aras,nda konumunu belirlemek için Gabriel Hallevy'nin sözünü etti i *bilimsel hukuk teorisinden* yararlanmak isabetli olabilir. Teorinin yap,s,, normlar piramidini ça r, t,racak ekilde dört katmanl,, hiyerar ik, her bir kural,n üst seviyedeki ilkelere ayk,r, olamayaca , bir kurallar silsilesinden olu maktad,r. En üstteki katmanda bilimsel hukuk teorisinin zorunlu unsurunu ve özünü olu turan bir ölkeler-üstü ilkeö (*supra-principle*) bulunmaktadır. Bu seviyede istisnalara ihtiyaç duyulmas, teorinin tamam,n,n de i tirilmesini gerektirir. Hukuk devleti prensibinin örnek olarak verilebilece i ölkeler-üstü ilkeö somut uygulamalar neticesinde bölünür ve böylece temel ilkeler (*fundamental principles*) meydana gelir. Ayn, ekilde temel hukuki ilkeler de tali ilkeler (*secondary principles*)'ın kayna ,n, olu turur. Tali ilkeler temel hukuki ilkelerin maddi uygulamas,n,n hukuki biçimini yarat,r. Nihayet, tali ilkelere kayna ,n, alan özel hukuki hükümler (*specific legal provisions*) de tali ilkeleri somut vakalara uygulanabilir hale getirir⁶. Bilimsel hukuk teorisi , , ,nda kanunilik prensibi ele al,n,rsa, hukuk devleti ölkeler-üstü ilkeö olarak konumland,r,lacakt,r. Belli bir hukuk sisteminin olmazsa olmaz özelli ini ta ,yan hukuk devletinin normatif olarak alt,nda yer alan temel ilkeler, kanunilik

² Francesca Angelini, **Ordine Pubblico e Integrazione Costituzionale Europea: I Principi Fondamentali nelle Relazioni Interordinamentali**, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 2007, p.48.

³ Niccolò Machiavelli, **Il Principe**, Crescere Edizioni, Varese, 2012, p.62.

⁴ Salvatore Donato Messina - Giorgia Spinnato, **Diritto Penale: Manuale Breve**, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p.20.

⁵ Ugo Nicolini, **Il Principio di Legalità nelle Democrazie Italiane: Legislazione e Dottrina Politico-Giuridica dell'Età Comunale**, CEDAM, Padova, 1955, p.XVI.

⁶ Gabriel Hallevy, **A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law**, Springer-Verlag, Berlin, 2010, p.3.

prensibinin hukuki konumunu olu turacakt,r. Bu halde kanunilik ilkesinin belirlilik, öngörülebilirlik, geçmi e yürüme yasa , gibi unsurlar,, ötalı ilkelerö s,n,f,nda de erlendirilecek; son olarak anayasalarda ve ondan daha çok kanunlarda yer alan somut düzenlemeler öözel hukuki hükümlerö kapsam,na sokulacakt,r.

Hukuk devletinin öilkeler-üstü ilkeö olarak de erlendirilmesi kavram,n bulan,kla t,racakt düzeyde bir geni li e sahip olmas,ndan ötürüdür. Nitekim Desmond Manderson hukuk devletini geni ve bulutsu bir kavram olarak tan,mlamaktad,r⁷. üphe yok ki, kavram,n belirsiz ve ihatal, yap,s, onun hukuki de erini azaltmam, olup Bat, tarz, hukuk düzenlerinin tamam,n,n hukuk devletine pozitif önem atfetti i bilinmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, Hallevy, kendi hukuk yakla ,m, içerisinde, ilkeler üstü ilke konumuna hukuk devletini de il serbest tercih ilkesini⁸ yerle tirmekte⁹, fakat temel ilkeler (*fundamental principles*) aras,nda -bu sat,rılar,n yazar,n,n tercihiyle örtü ecek ekilde- kanunilik prensibine yer vermektedir¹⁰.

Genel anlam,yla kanunilik ilkesi, hukukun farklı dallar,n,n kesiti i bir anlam noktas,nda yer almaktad,r. Soyut kurallar arac,l, ,yla nesnellik sa lanmaya çal, ld, , gibi, kesinli e ula man,n bu yöntemiyle temel hak ve özgürlüklerin korunmas, amaçlan,r.

Hak ve hürriyetlerin hukuk vas,tas,yla korunmas,na yönelik bir ilke olan kanunilik normlar hiyerar isinin tabii bir sonucu olarak anayasal kurallar çerçevesinde de erlendirilip uygulan,r. *Rechtsstaat* (hukuk devleti) kavram,n,n bizatihi kendisi zorunlu olarak büyük önem ta ,yan kanunilikle birlikte dü ünülürse bu ilkenin anayasan,n kat,l, ,na engel te kil etmeyece i söylenebilir¹¹.

⁷ Desmond Manderson, **Kangaroo Courts and the Rule of Law: the Legacy of Modernism**, Routledge, New York, 2012, p.70.

⁸ Yazar ilkeyi öprinciple of free choiceö olarak ifade etmektedir.

⁹ Hallevy, **A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law**, a.g.e., p.3.

¹⁰ Di er temel ilkeleröhareket ilkesi (*principle of conduct*), kusur ilkesi (*principle of culpability*) ve ahsi sorumluluk ilkesi (*principle of personal liability*)ödir. Hallevy, **A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law**, a.g.e., p.4.

¹¹ Lorenza Carlassare, **Regolamenti dell'Esecutivo e Principio di Legalità**, CEDAM, Padova, 1966, p.162.

II. SUÇ VE CEZA BAKIMINDAN KANUNLARI KANUNLARI

Pek çok yazar aksi yöndeki görüşüne ikna olmuş görünmesine rağmen¹², Montesquieu'nün, suç ve cezaların kanunla düzenlenmesini öngören ilkenin tarihini Roma hukukuyla bağlantılamakta haklı olduğunu¹³ söylenebilir. Yazar, *De l'Esprit des Lois*'ün (Kanunların Ruhu Üzerine) pek çok yerinde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin Feuerbach'ın kuramı ve kanunu ile bağlantı kurduğunu, buna işaret edecek bilgiler ve kanaatler sunmaktadır.

De l'Esprit des Lois'ün yazarı, Roma idaresinde yargı kuvveti üzerine kaleme aldığı, *Livre XI, Chapitre XVIII*'de kanunsuz yargılamadan kanuna dayalı yargılamaya nasıl geçildiğini gözler önüne sermektedir. Buna göre, Romada ceza davaları, nadir hallerde hükümdarlar tarafından bakıldı; daha sonra konsüller bu davaları sonuçlandırmaya başladılar¹⁴. Askeri güçlerini elinde tutan konsüllerin bu işlerin ceza muhakemesi yetkileri Valerien Kanunu ile kaldırıldı. Kanun, vatandaşlara, konsüllerce insan hayatına tehlikeye atan kararların halkın huzurunda gözden geçirilip, iddia edilen suçun konusunu oluşturan fiilin yeniden yargılanması hakkını veriyordu. Valerien Kanunundan sonra konsüller halk iradesine başvuramaz, Roma'da bir vatandaşın ölüm cezası veremeyecek duruma geldi. Antik Yunan'daki Solon Kanununa paralel olarak, Valerien Kanunu, halkın iradesine başvuramaz, konsüllerin atanmasıyla da ilgiliydi¹⁵.

Kutsal olduğu söylenen kanunlara istinaden bağlantıda halk mahkemeleri (*plébéiens des tribuns*) kuruldu¹⁶. Valerien Kanunu senatörler, patrisyenler ve halktan oluşan topluluğa yeniden yargılama yetkisi vermişti. Bir süre sonra halkın istinafla alakalı işlere sadece kendisinin bakabileceğini kabul ettirdi. Ardından halkın bir patrisyeni yargılama yetkisine sahip olup olmadığını, sorunu *Coriolan* davasında gündeme geldi ve

¹² Halleve, *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*, a.g.e., p.8; Jerome Hall, *Nulla Poena Sine Lege*, *Yale Law Journal (YLJ)*, Vol. 47, No. 2, 1937, p.165; Öztekin Tosun, *Suçların Kanunilik Prensipleri Aleyhindeki Cereyanı*, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (ÜHFİM)*, Cilt XXVII, Sayı 1-4, 1962, s.45.

¹³ Uğur Alacakaptan, *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanunilik Prensipleri*, Ankara Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1958, s.3. Alacakaptan, Roma döneminde kanunilik ilkesinin izlerine rastlamadığını mümkün olduğunu teyit etmektedir.

¹⁴ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Livre XI- *Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution*, Chapitre XVIII- *De la puissance de juger dans le gouvernement de Rome*, a.g.e., p.164.

¹⁵ Mario Turchetti, *Tyrannie et Tyrannicide de l'Antiquité à Nos Jours*, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 2001, p.570.

¹⁶ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, a.g.e., p.165.

çözüldü. Halkın önünde mahkeme tarafından itham edilen Coriolanus¹⁷, patrisyen sınıfından oldu u için kendisini yalnız konsüllerin yargılayabileceğini ileri sürüyordu. Bu iddia, eserinin ismine de yansıtıldı, gibi, Valerius adıyla bilinen *kanunun ruhuna aykırıldı*¹⁸. Halk ise yine aynı kanunun ruhuna aykırık bir başka iddiayı, Coriolanus'un ancak halk tarafından yargılanabileceğini ortaya attı ve gerçekten yargılandı. On'un ki Levha Kanunu (*La loi des Douze Tables*) bu uygulamayı, de iştirak bir vatandaşın hayatı üzerinde ancak halkın büyük meclislerinin karar verebileceğini hükme bağladı. Halk meclisi nezdindeki asıl cezai süreçlerde, On'un ki Levha Kanununun 9. Tabulası olan *de capite civis nisi per maximum comitiatum ne ferunt* (Ancak en yüksek meclis ki iyi idama mahkûm edebilir) kuralı esas alınıyordu¹⁹. Ölüm cezasına çarptırılmak için kanun gerekirken, para cezasına mahkûm etmek için halk oylaması yapıldı²⁰. Roma hukukunun tarihi gelişimi içerisinde cezalar arasında ayrılmayı başlandı, için kanundan kaynaklanma şartının konulması, iki bin yıl önce kanunilik ilkesinin başlangıç noktası olarak değerlendirilebilecektir. Tarihte kurumların ve ilkelerin hemen her zaman tedricen gelişimi dikkate alınrsa kanunilik prensibinin gerek suç tipleri gerekse zaman itibarıyla yukarıda arz edilen şekilde gelişimi olması, aşırı, de ildir.

Romada hâkimlerin sadece sanığın somut, belli bir suçu *i leyp i lemedi* karar verdiklerini vurgulayan Fransız filozof, cezanın ancak kanun metninden kaynaklandığını, bu durumun Roma döneminin kanunlarında da görüldüğünü ortaya koymaktadır²¹. Nitekim Roma hukukunda, hâkimlerin ögemenlik yetkisinin bir tezahürü olarak hukuku uygulamayı yalnızca hukukun ne olduğunu açıklamakla yetinmeleri, Roma hâkimlerinin hakem olarak nitelendirilebilmesi için güçlü bir gerekçe olmaktadır²². Yine aynı doğrultuda, Cicero'nun *de Legibus*'ün ikinci kitabına atıfta bulunarak, On'un ki Levha Kanunları'nın tam bir belirlilik timsali (*un modèle de précision*) olduğunu; söz konusu

¹⁷ Gaius Marcius Coriolanus, M.Ö. 5. yüzyılda yaşıyor ve Coriolanus'un hayat hikâyesinden ilhamla *Coriolanus* oyununu kaleme aldı, Roma, komutanıdır.

¹⁸ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, a.g.e., p.165.

¹⁹ Roberto Pesaresi, *Studi sul Processo Penale in Età Repubblicana: Dai Tribunali Rivoluzionari alla Difesa della Legalità Democratica*, Jovene Editore, Napoli, 2005, p.80.

²⁰ Il fallait une loi pour infliger une peine capitale; pour condamner à une peine pécuniaire, il ne fallait qu'un plébiscite. Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, a.g.e., p.165.

²¹ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Livre VI, Chapitre III, a.g.e., p.73.

²² William Livesey Burdick, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, 3rd Printing, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2007, p.542.

kanunlar, çocuklar, ezberleyebildi ini belirtmektedir²³. Montesquieu'nün tesirleri hala güçlü bir şekilde hissedilen dü ünlüler arasında olu u bir yana, Roma hukuku ve Roma tarihi üzerine yaptı, ,, Romalılar, Azameti ve Çökü ünün Sebepleri Üzerine Dü ünceler (*Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*) adıyla kitap olarak da yayımlanan²⁴, uzun ve derin çalımlar göz önünde bulunduruldu unda, kanunluluğun kökeni konusundaki kanaatinin ikna kuvvetinin arttı, , söylenebilecektir.

Bilinen haliyle, Alman hukukçu Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach'ın kendi döneminde hukuk metinlerinin kaleme alındı, , Almanca yerine Latince olarak, ilk önce 1801 yılında *Lehrbuch des peinlichen Rechts* adlı eserinde ifade ettiği *„nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legaliö* (kanunsuz suç olmaz, suç olmadan ceza olmaz, ceza kanunu olmadan suç olmaz) prensibi²⁵ suçta ve cezada kanunilik ilkesini ifade etmektedir. Feuerbach 1813 yılında Bavyera Ceza Kanunu'nda bu ilkeye yer vererek prensibi kanunla tırmı, t.r. Görüldü ü üzere Feuerbach, uygulamacıkımlı ilkeyle kanunilik prensibini kanunla tırmadan on iki sene önce kendi yaklaşımı, , , , nda dü ünsel boyutta tasarlamı, t.r. Alman hukukçunun ortaya koyduğu kanunilik anlayışı, , Avrupa'dan Kuzey ve Güney Amerika'ya yayıldı, ; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasında dercedilmiştir²⁶.

Kanunilik prensibi, ne 1850 yılına kadar Prusya Anayasasında, ne 1851'e kadar Prusya Ceza Kanununda, ne de 1870'dere de in İmparatorluk Kanunu'nda (*Reich²⁷ Code*) kendine yer bulabilmiştir²⁸.

Feuerbach'da birlikte anılan Latince vecizeyle alakalı olarak ilave etmek gerekir ki, Pietro Nuvolone, sırasıyla ceza ve suçla ilgili olan *nulla poena sine lege* ve *nullum crimen*

²³ Montesquieu, **De l'Esprit des Lois**, Livre XXIX, Chapitre XVI, a.g.e., p.532-533.

²⁴ 1734'te yayımlanan kitap, kendisinden daha tanınmış olan Edward Gibbon'ın *Decline and Fall of Roman Empire* isimli eserinin ilham kaynağıdır.

²⁵ Jerome Hall, **General Principles of Criminal Law**, Second Edition, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2005, p.34.

²⁶ Nina Persak, **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**, Springer, New York, 2007, p.119, 520 numaralı dipnot.

²⁷ Almanca *reichö* kelimesi imparatorluk, krallık, ülke anlamlarında kullanılmaktadır. Tarihi olarak bakıldığında bu kelimenin X. yüzyıldan 1806'ya kadar hüküm süren Kutsal Roma İmparatorluğu'na (*Heiliges Römisches Reich*), 1871'den 1918'e kadar egemenliğini sürdüren Alman İmparatorluğu'na (*Deutsches Kaiserreich*) ve son olarak Nazi Almanyası'na matuf kullanıldığını görülmektedir. Carl Cavanagh Hodge (ed.), **Encyclopedia of the Age of Liberalism 1800-1914**, Westport, Greenwood Press, 2008, p.589-590.

²⁸ Hall, **General Principles of Criminal Law**, a.g.e., p.34.

sine lege prensiplerini birbiriyle bağlantılı ilan etmekte, ikincisinin ardından birincisinin doğrulanması, kanunilik sorununu derinleştirilmekte ²⁹.

III. TERİMLER VE KAVRAMLAR

Suçta ve cezada kanunilik prensibinin lafzında ve anlamında ön plana çıkarılarak, terimler etimolojik ve kavramsal açıdan incelenmeyi hak etmektedir. Bu bağlamda suç, ceza, kanun, kanunî ve kanunilik terimleri ele alınacaktır.

A. SUÇ

Günlük dilde kabahat, yükümlülük, töhmet gibi çeşitli anlamlarda kullanılan suç, Resimli Türkçe Sözlükte *cürm / cürüm*³⁰ kelimesinin eş anlamlı ve varsayım doğrultusunda öbir topluluğun varlığına işaret eden bir davranış³¹ olarak gösterilmektedir.

Cürüm ve ceza kelimeleri her ne kadar iki ayrı anlam bölgesinde yer alıyor görünse de, arasındaki bağlantıdan ilginç olan şudur ki, *cürüm* Arapça bir isim ekinde vasıflandırılarak, aynı kökenden geldiğine kuşku olmayan *cürmâne* kelimesi Farsça bir kelime olarak nitelenmekle kalmayıp *ceza* anlamıyla karışılmaktadır³². Farsçada *-âne* ekinin öncesinde gelen kelimeye *övari* ekine benzer surette *ötarz,nda, yara ,r ekilde* anlam kattığı, göz önünde bulundurulursa *cürüm* ile *ceza*,n dilbilgisi ve anlam açısından akrabalıkla, n denli yakın olduğu anlaşılmaktadır.

Angilizcede suç anlamındaki *crime* ile Türkçedeki *cürüm* kelimelerinin sessiz harflerinin aynı olması, diller arasındaki kelime geçişlerinin sessiz harflerin korunması suretiyle gerçekleştiği dikkat alınması, etimolojik kökenlerinin aynı olduğu düşünülmektedir. Nitekim *American Heritage Dictionary*'de *crime* kelimesinin Hint-Avrupa dil ailesindeki

²⁹ Filippo Gramatica, **Toplumsal Savunma İlkeleri**, çev. Sami Selçuk, 2. Baskı, İstanbul, 2005, s.195.

³⁰ Esasen bu kelimenin doğru yazılışı, *cürm* olup çoğulu *cürüm* veya *ceraim* ekinindedir. Ferit Devellio lu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 2003, s.149.

³¹ Kemal Demiray - Muammer Bakır, **Resimli Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu, Ankara, 1977, s.109.

³² Devellio lu, a.g.e., s.149.

krei kökünden kayna ,n, ald , , görülmektedir³³. Farsçada ceza anlam,nda mücazat sözcü ünün kullan,ld , hesaba kat,l,rsa, etimolojik olarak crime ile cürüm kelimelerinin ortak bir kökene dayand ,n, söylemek yanl , olmayacaktır. Di er yandan, birtak,m etimoloji sözlüklerinde, *crime* kelimesinin onüçüncü yüzy,l,n ortalar,nda ögünahkârl,kö anlam,yla olu tu u belirtilmekte³⁴, köken olarak Latince'de karar vermek anlam,ndaki *cernere* fiil kökünden türemi olabilece i ileri sürülen *crimen* ve eski Frans,zcadaki *crimne* sözcükleri gösterilmekte ve *crime*ın ça da anlam,na, ondördüncü yüzy,l,n sonuna do ru kavu tu u tahmin edilmektedir³⁵.

Thomas Hobbes'ın kuram,nda suç, kanunun yasaklad , , bir davran ,n sözle yahut fiille yap,lmas,ndan veya kanunun emretti i bir davran ,n yap,lmmas,yla meydana gelir³⁶. Dü ünürün suçun özelliklerini tespit ederken kulland , , araç ökabahat / günahö (*sinne*³⁷) ile ösuçö (*crime*) aras,ndaki ayr,md,r³⁸. ki terim aras,ndaki ayr,m,n yap,lmas, baz , aç ,lar,na göre kolay olmamakla birlikte³⁹, günah,n, suça göre daha kapsaml , bir terim olup kanunun ihlalinin yan , s,ra niyet (*intention*) gibi öznel veya dini anlamlar , da bünyesinde bar,nd,rd , , söylenebilir. Dolay,s,yla, *every crime is a sinne, but not every sinne a crime*⁴⁰. (Her suç bir günah,t,r; ama her günah bir suç de ildir). Yunanlı,lar ise bu ayr,m, *amartema* () ile *egklema* () veya *aitia* () aras,nda yapar. öyle ki, *amartema* () geni manada bir ihlal, günah, talyanca *colpa*ın,n muadili olacak bir anlama gelmektedir. Nitekim Mario Vegetti'ın *Lætica degli antichi* (*Kadimlerin Ahlak*,) isimli çal , mas,nda *colpa* kelimesi *amartema* kelimesini kar ,layacak

³³ Calvert Watkins (ed.), **The American Heritage Dictionary of Indo-European Roots**, Second Edition, Houghton Mifflin, Boston, 2000, p.44.

³⁴ Online Etymology Dictionary, öcrimeö,

http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=crime&searchmode=none, (21.03.2013), p. 1.

³⁵ Walter W. Skeat, **A Concise Etymological Dictionary of English Language**, Cosimo, New York, 2005, p.120.

³⁶ Thomas Hobbes, **Leviathan**, The Second Part, Part II, Chapter XXVII, edited with an introduction by Crawford Brough Macpherson, Penguin Classics, London, 1985, p.336. Türkçe çevirisi için bak,n,z (bkz): Thomas Hobbes, **Leviathan**, çev. Semih Lim, 10. Bask., Yap, Kredi Yay,nlar,, stanbul, 2012, s.218 vd.

³⁷ Hobbes'ın Leviathan'ın özgün metninde kulland , , kelime *sinne*dir. *Sinne* kelimesi, ça da ngilizcede *sin* olarak kullan,lmaktadır.

³⁸ Hobbes, **Leviathan**, The Second Part, Chapter XXVII, a.g.e., p.336.

³⁹ Clyde A. Holbrook, öCrime and Sin in Puritan Massachusettsö, **Crime, Values, and Religion**, James M. Day ó William S. Laufer, Ablex Publishing, Norwood, NJ, 1987, p.11. Suçun günah say,lmas, veya günah,n suç kapsam,na al,nmas, konusunda dini ve laik otoritelerin müdahalesi sorunu göreceli hale getirmektedir. Holbrook, öCrime and Sin in Puritan Massachusettsö, a.g.e., p.11.

⁴⁰ Hobbes, **Leviathan**, The Second Part, Chapter XXVII, a.g.e., p.336.

ekilde kullanılmaktadır⁴¹. *Egklema* () ile *aitia* () ise -buradaki ba lam çerçevesinde- suç kelimesini ifade etmektedir⁴². Latinler ise *peccatum* kelimesiyle -hataø -kusurø⁴³ ve kanuna uymayan bütün davran, lar, kast etmelerine mukabil, algılamak anlamındaki *cerno* kelimesinden türettikleri *crimen* ile bir hâkim önünde somutla tırlabilen, görünür hale getirilebilen, böylelikle sadece öyükar,da belirtilen-niyetten (*intention*) ibaret olmayan fiilleri ifade ederler⁴⁴.

Cesare Beccaria suçø (*delitto*) bir mecaz yardımıyla tanımlar: ökarga a merdiveniö (*scala di disordini*)⁴⁵. İnsanların toplum içinde ya amaya mecbur olmas, ve ahsi menfaatlerden do an sözle meler bir karga a merdiveni⁴⁶ meydana getirmektedir. Bu merdivenin ilk basama nda toplumu derhal yıkan ayaklanmalar, son basama nda ise toplumun üyelerine kar , yapılan küçük haksızlıklar bulunmaktadır. *Suçlar* olarak isimlendirilen kamu düzenine aykır, tüm fiiller, sözü edilen iki uç basamak aras,nda ise yer almaktadır⁴⁷.

B. ÖCEZAÖ

Devellio lu lügatinde ö yi ya da kötü kar ,lık, azapö⁴⁸ biçiminde tanımlanan ceza, Arapçadan Türkçeye geçen kelimelerdendir. öKötü kar ,lık, ceza,n ilk akla gelen imgesine aykır, olmamakta iken öyi kar ,lık, tanımı, ceza kelimesini ödölø yak,n bir anlam noktas,na do ru sürüklemektedir. Cezada elemin, ,st,rab,n varlı , olmazsa olmaz

⁴¹ Mario Vegetti, *l'Etica degli Antichi*, Laterza Editore, Bari, 1990, p.86.

⁴² Hobbes, *Leviathan*, The Second Part, Chapter XXVII, a.g.e., p.336.

⁴³ Sidney Chawner Woodhouse (ed.), *Latin Dictionary: Latin-English / English-Latin*, Routledge&Kegan Paul, London, 1987, p.123.

⁴⁴ Hobbes, *Leviathan*, The Second Part, Chapter XXVII, a.g.e., p.337.

⁴⁵ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano, 2005, öVI- Proporzioe fra i delitti e le peneö, p.45.

⁴⁶ öKarga a merdiveniö (*scala disordini*) teriminin, öe it düzeydeki cezalar merdiveniö (*scala corrispondente di pene*) ile birlikte de erlendirilebilecek özellikte oldu u söylenebilir. Francioni Giovanni, öNotizia sul manoscritto della seconda redazione del «Dei delitti e delle pene» (con una appendice di inediti di Pietro Verri relativi all'opera di Beccaria)ö, *Studi Settecenteschi*, Vol. 7-8, 1985-86, p. 248.

⁴⁷ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a.g.e., p.45. Toplumu derhal yıkan ayaklanmalar,n (distruiggono immediatamente la società) suç olarak kabul edilmemesine kanıt olarak ba ar,ya ula m, ve tamamlanm , Beccaria'nın metoforunu yeniden kullanmak gerekirse, karga a merdiveniö'nün en üstünde yer ald , söylenebilecek olan anayasay, ihlal vak,alar,, siyasi bir anlatımla askeri müdahaleler ve ihtilaller örnek gösterilebilir. Gerçekten de toplum düzenini do rudan yıkan bir fiili yargılayacak sabıktıktidar artıktı mevcut olmad ,ndan söz konusu fiilin yargılanmas, mümkün de ildir. Hiç ku kusuz insanlı ,a kar , suç, sava suç, soykırım veya saldı, suç, tekil eden fiiller saklıdır.

⁴⁸ Devellio lu, a.g.e., s.139.

görülmektedir; öyle ki, ac, vermeyen cezadan bahsetmenin, -karanlık, -kø veya -so uk ate øten söz etmekle ayn, oldu u ileri sürülmektedir⁴⁹.

Ceza kelimesinin muadili olarak, İngilizcede *punishment* ve *penalty*, Fransızcada *peine* ve *pénalité*, İtalyancada *pena*, *castigo* ve *punizione* (öpenaö ve öcastigoö sözcükleri İspanyolcada da ayn, anlamda ve biçimdedir), Almandada *Strafe* ve *Bestrafung* kelimeleri kullanılmaktadır⁵⁰. Cezanın, -st, -rap anlamıyla alakalı olarak, Fransızcadaki öpeineö kelimesinin karşılığı, oldukça dikkat çekicidir: öa r, ö, öac, ö, öeziyetö⁵¹.

Genel itibarıyla hukuki yaptırımların, -s, -n, -fland, -r, -l, -rsa, önarmaö ve öödetmeö ekinde iki hukuki tazmin yönteminin varlığından bahsedilebilir. Onarmanın bazı hallerde olduğu hukuki kötülüğü telafi etmekten aciz olması, veya kötülük bakımından yeterince uygun olmaması halinde geriye sadece öödetmeö yolu kalmaktadır. Sözü edilen ikinci yol, geniş anlamda cezalandırılmadığıdır. Geniş anlam vurgusunun yapılması, cezalandırma yetkisinin kullanımında geleneksel, -gerçek anlamdaø -bastırıcı, ø ceza kuralları, -bunlara *pene criminale* adı verilmektedir⁵²- yerine hukukun farklı alanları, -na sirayet etmiş farklı ekillerde cezai yaptırımların varlığından söz edilebilir. Dar anlamdaki cezanın devletin bireye karşı sergilediği zararlı, kötü bir tepki olduğu, ki ileri ya da malvarlığına zarar verme amacıyla yaratıldığı, -adli para cezalarının ödenmemesi ya da ödenmesinin ihmal edilmesi halinde bireyin hürriyetinin kısıtlanması, öngören kuralları (örneğin 5237 sayılı Kanunun 52. maddesi) düzenlenmiş biçimi göz önüne alınması ceza bakımından bir ekillerde ki ileri ini ve fiziki varlığı, -nın düzenlemeye konu olduğu kabul edilecektir⁵³.

C. ÜÇLÜ B R MATRU KANIN NCELENMESİ

ncelemeye konu prensip kanunilik olması, -na ra men kanun ve kanunî kelimelerine açıklık getirilmedikçe kanuniliği tamamen kavramak mümkün olmayabilir. Bu nedenle bu

⁴⁹ Zeki Hafızoğulları, **„Ceza Normu: Normatif Bir Yapı, Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1987, s.216.

⁵⁰ Lawrence Deems Egbert, (ed.), **Multilingual Law Dictionary: English, Français, Español, Deutsch**, (Fernando Morales-Macedo, joint author), Kluwer Academic Publishers, Alphen aan den Rijn, 1978, p.209.

⁵¹ Merriam-Webster, **Merriam-Webster's French-English Dictionary, Dictionnaire Anglais-Français**, Merriam-Webster, Springfield, Massachusetts, 2000, p.261.

⁵² Antonio Pagliaro - Savatore Ardizzone, **Sommario del Diritto Penale Italiano: parte generale**, Seconda Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p.341.

⁵³ Hafızoğulları, **„Ceza Normu: Normatif Bir Yapı, Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, a.g.e., s.217.

iki terimi kanunilikten önce ayrı, birer başlık altında incelemek yararlı olacaktır.

1. Ökanunö

Devletin te rîv kuvveti tarafından herkesçe uyulmak üzere konulan her türlü nizam, kaide, kural ve herhangi bir mevzu üzerindeki kanunu taşıyan kitap eklerinde tanımlanan⁵⁴ kanun, öyasa ile eş anlamlı kullanılmaktadır.⁵⁵

Eski Yunancadaki *kanôn* (κανών) kelimesi sadece Türkçe ökanunö, Latince ve pek çok Batı dilindeki öcanonö kelimelerinin etimolojik kökenini oluşturmaktadır.⁵⁶ ÖCanonö Kilise hukukuna ait kural, üst düzey kilise mensubu, tevarüs kuralları,⁵⁷ kural, norm, tarz⁵⁸ anlamlarında kullanılmaktadır. Arapçadaki kanun (قانون) ve branice ö ö (*qaneh*) kelimesinin kaynağı, da farklıdır.⁵⁹

Kanun ibaresinin içinde yer aldığı, dikkat çekici birkaç terimi incelemek kelimenin anlam yelpazesine nüfuz edebilmek açısından faydalı olabilir. Mesela, *kanûn-*, *kadîm* tabirinde kanun, öal, ölm, olan, gelenekler, görenekler, âdetler⁶⁰ manasında kullanılmaktadır. Yazılı kuraldan ziyade teamülü esas alan bu çerçevede başlıca, olan örf ve adet hukukunu⁶¹ yahut İngiliz ceza hukukundaki kanunilik anlayışın,⁶² dü ünmemek mümkün değildir. Buna mukabil kanunun bilinen anlamlarıyla ters dü en kullanılmaları, n oldu u da bir gerçektir. Bunlardan birkaçına değ inmek faydalı olacaktır.

⁵⁴ Devellio lu, a.g.e., s.487.

⁵⁵ Ölkü Yalın - Özcan Yalın, **Türkçede E ve Karşıt Anlamlar Sözlüğü**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1983, s.207, 414.

⁵⁶ Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, 9. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2012, s.153.

⁵⁷ Stewart Rapalje - Robert L. Lawrence, **A Dictionary of American and English Law with Definitions of the Technical Terms of Canon and Civil Laws**, Vol. I, 3rd Reprinting, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2002, p.166.

⁵⁸ Giunti, **Dizionario Italiano: Con Grammatica della Lingua Italiana Per Stranieri**, Giunti Gruppo Editoriale, Firenze, 2001, p.69.

⁵⁹ Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s.153.

⁶⁰ Devellio lu, a.g.e., s.487.

⁶¹ David J. Bederman, **Custom as a Source of Law**, Cambridge University Press, New York, 2010, p.IX, 20, 26, 38, 113, 134, 139. Aydın Aybay - Rona Aybay, **Hukuka Giriş**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s.115-116.

⁶² Bkz: Uğur Alacakaptan, **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezalar, Kanunilik Prensipleri**, a.g.e., s.41, s.117.

Bir ba ka örnek *kanun-u teferrüd* olup sözlükte öbî-reyöe atfen kar ,lanmaktad,r⁶³. *Teferrüd* ün kazanma ve seçkinle me⁶⁴, öherkesten ayr,l,p tek, yaln,z, تنها kalmaö⁶⁵ anlam,nda oldu una göre, ilk bak, ta *kanun-u teferrüd*ün tek kalma kural, gibi bir manaya geldi i söylenebilecektir. Nitekim terimin ÷bireyleme ilkesiø ad, verilen felsefi bir kullan,m, kar ,lad, , görölmektedir⁶⁶. Terimde yer alan *bî-rey*, öoysuz, dü üncesini söylemeyenödir⁶⁷. Bu halde, *kanun-u teferrüd* tabirinde kanunün ödurumö anlam,na geldi i söylenebilecektir ki bu sonuç kanunun al, ,lmam, bir kullan,m,n,n varl, ,na i aret etmektedir.

Di er yandan *kanûn-*, *tekevvün*, öbiyojenetikö anlam,na gelmekle⁶⁸, söz konusu terimde kanun öbilim dal,ö veya öilkeö anlam,ndad,r. Bu do rultuda bni Sinañ,n t,p üzerine yazd, , bir eserine öKanun-uø - ifaö ismini verdi ini hat,rlatmak gerekir. Tahmin edilebilece i üzere bu eserin isminde kanun öbilimsel kurallar bütünüö anlam,nda kullan,lm, t,r.

Hukuki bir niteli i olmas,na ra men, kanunün bilinen anlamlar,ndan aç,kça ayr,ld, , bir örnek olan *kanûn-*, *örfi*, Devellio lu sözlü ünde öörfi idare, s,k,yönetimö⁶⁹ ekinde tan,m,lanmaktad,r. Öyleyse *kanûn-*, *örfi* teriminde kanun öyönetimö anlam,nda kullan,lmaktad,r. Örnek özelinde kanunün öuyulmas, zorunlu kuralö iken ökurallar,n uyguland, , hukuki durumöü kar ,layacak ekilde bir anlam kaymas,na u rad, , söylenebilecektir.

Son olarak özel anlam,yla dikkat çeken *kanun-*, *duaöya* de inmek gerekirse, bu terim, ösefer duas,ön,⁷⁰ veya ba ka bir tan,m,la öOsmanl, ordusu dü man topraklar,nda iken edilen duaöy, ifade etmektedir⁷¹. Burada kanun kelimesinin *âdet* veya *teamül* yerine kullan,ld, , tespitini yapmak mümkündür.

⁶³ Devellio lu, a.g.e., s.488.

⁶⁴ Ahmet Vahit Moran, **A Turkish-English Dictionary**, Milli E itim Bakanl, , Yay,nlar,, stanbul, 1945, p.1243.

⁶⁵ Devellio lu, a.g.e., s.1057.

⁶⁶ Orhan Hançerlio lu, **Felsefe Ansiklopedisi: Kavramlar ve Ak,m,lar**, Cilt III, Remzi Kitabevi, stanbul, 1977, s.206.

⁶⁷ Devellio lu, a.g.e., s.109.

⁶⁸ Armand Cuvillier, **Küçük Felsefe Sözlü ü**, çev. Osman Pazarl,, Maarif Matbaas,, Ankara, 1944, s.29.

⁶⁹ Devellio lu, a.g.e., s.488.

⁷⁰ Bekir S,tk, Baykal, **Tarih Terimleri Sözlü ü**, mge Kitabevi, stanbul, 2000, s.176.

⁷¹ Devellio lu, a.g.e., s.488.

*Leviathan*ın yaratıcısı, eserini *devlet hakkı*nda kaleme alan ikinci ana eser, *Toplum Kanunları, Üzerine* (*Of Civil Laws*) başlıklı, yirmi altı bölüme ayrılmış bir eserdir. Hobbes'e göre kanun bir tavsiye değil ancak emir olarak nitelendirilebilir⁷². Emir herhangi birinin herhangi birine verilen bir talimat değil, daha önceki bir vakitte itaat ettirme yetkisini uhdesine almış bir kişinin sözü edilen kişiye itaat etmeye mecbur olduğunu tespit edilmiş bir emirdir. Toplum kanunları, (*civil laws*) ise tahmin edilebileceği gibi toplum adına daha önce sözleşme ile kurulan devletin, bireylerin iradelerinin kesin bir tezahürü olan *persona civitatis*ın⁷³ veya devletin (*commonwealth*) verilen emirlerden ibarettir. Tek cümleyle tanımlamak gerekirse, kanun, sözleşme, yazıyla veya iradenin başka yeterli bir iradeyle, doğrudan doğruyla, aydınlatılması amacıyla kullanılan devletin vatandaşları emrettiği bütün kuralları ifade etmektedir⁷⁴. Bununla beraber tanımdaki doğrudan doğruyla, iyi ve kötü olarak anlamlandırılmak gerekir; zira iyi ile kötü öznel değerlendirilmelidir⁷⁵. Diğer yandan, bir haksızlık kanuna aykırı olmama ihtimali düşünülmemesi gibi kanun yapmak ancak devletin kullanabileceği türden bir yetkiyi ifade eder⁷⁶.

Cezalar, içeren kanun ceza kanunu olarak isimlendirilir. Cesare Beccariaın *Dei Delitti e Delle Pene* (Suçlar ve Cezalar Hakkında) adlı eserinin dördüncü bölümünün başlığında, daha önce tercih etmediği gözlemlenen *leggi penali* (ceza kanunları) tanımlamasını kullandığını görülmektedir⁷⁷. Yazar, kanunları yorumu başlığında ceza kanununu diğer kanunlardan ayırma ihtiyacını hissetmiş görünmektedir.

Montesquieuün *Lettres Persanes* (Fars Mektupları) isimli eserinde kitabın baş karakteri Usbekın Mirza'ya (metindeki özgün adıyla *Meme*) hitaben yazdığı, on dördüncü mektupta, mefhum-u muhalefet (*argumentum a contrario*) biçiminde, *Troglodyt* ismiyle bilinen tarihi bir topluluğun kendilerine kral olarak seçtikleri kendi halinde bir

⁷² Thomas Hobbes, *Leviathan*, çeviren Semih Lim, Onuncu Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2012, s.200.

⁷³ Alberto Scerbo, *Giustizia, Sovranità, Virtù*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2004, p.26.

⁷⁴ Hobbes, *Leviathan*, a.g.e., s.200.

⁷⁵ Martin Rhonheimer, *La Filosofia Politica di Thomas Hobbes: Coerenza e Contraddizioni di Un Paradigma*, Armando Editore, Roma, 1997, p.209.

⁷⁶ Hobbes, *Leviathan*, a.g.e., s.201.

⁷⁷ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, öIV- Interpretazione delle leggi, a.g.e., p.40.

ihthiyar,n topluluk üyelerine kar , yapt, , konu mada *kanundan* bahsedilir⁷⁸. Toplulu un ilk kral, olarak seçilen ihtiyar konu mas,nda kanunu hükümdar,n ihdas etti i, örf ve âdetin z,dd, bir terim anlam,yla kullanılmaktadır,⁷⁹. Mektuptaki ba lam içerisinde toplulu un uzun yıllard,r örf ve adet kurallar,na riayet edip mutlu ve adil bir düzen içinde ya ad, , bir makam taraf,ndan tesis edilecek kanunlar,n örf ve âdetin yerine ikame edilmek istendi i anla lmaktadır. Sonunda en adil ki i olarak görülen bir ihtiyar kral seçilir. Kral olarak seçilmekten ho nut olmam, ihtiyar,n *büyük suçlar,n önlenmesi* (ihtiyar övous évitiez de tomber dans *les grands crimes*ö ifadesini kullanılmaktadır.) amac,yla da ç,kar,lacak kanunlar, olumsuz bir düzenleme kal,b, ekinde de erlendirdi i görülmektedir⁸⁰. Mektupta kanunun kayna , toplumun gelenekleri de il, -pozitivist bir yakla ,mla-egemenin koydu u kurallar olarak gösterilmesi kanunilik ilkesi ba lam,nda kanun kavram,n,n ele al,n, ekli bak,m,ndan kanunun öpozitif bir düzenlemeö boyutuna i aret etmesi itibariyle manidard,r. Örnekten yola ç,k,larak, örf ve adet hukukunun suçta ve cezaya kaynak te kil etmemesi gerekti i sonucu ç,kar,labilmesine ra men, kanunun örf ve adetten yararlanarak suç ve ceza yaratmas,n,n kanunilik ilkesi bak,m,ndan sak,ncal, olmad, , söylenebilecektir⁸¹.

Pozitivist teorinin hukuk dünyas,na hâkim olmas,yla ortaya ç,kan farklı düzeyde etkilili e (*efficacité*) ve birbirlerine göre hukuki üstünlü e sahip kurallar aras,nda kanunun özel bir yeri vard,r. Yeri geldi inde anayasa da kanun niteli inde oldu u gibi tüzükler ve yönetmelikler de geni anlam,yla kanun emsiyesi alt,nda de erlendirilebilir. Tarihin belli

⁷⁸ Charles-Louis de Secondat Baron de La Bréde et de Montesquieu, **Lettres Persanes in ñ uvres Completes**, Voltaire Foundation, Oxford, 2004, Vol. I, Lettre XIV, p.171. Charles Louis de Secondat Baron de Montesquieu, **ran Mektuplar,,** Çev. Muhiddin Göklü, Anka Yay,nlar,, stanbul, 2003, s.76-78.

⁷⁹ Montesquieu, **Lettres Persanes in ñ uvres Completes**, a.g.e., p.171; Montesquieu, **ran Mektuplar,,** a.g.e., s.77. htiyar -ku kusuz söylediklerinin tersini kast ederek- alayc, bir üslupla u sözleri söylemektedir: ö...vous aimez mieux être soumis à un prince, et obéir à ses lois, moins rigides que vos moeurs. Vous savez que pour lors vous pourrez contenter votre ambition, acquérir des richesses, et languir dans une lâche volupté; et que, pourvu que vous évitiez de tomber dans les grands crimes, vous n'aurez pas besoin de la vertu.ö Montesquieu, **Lettres Persanes in ñ uvres Completes**, a.g.e., p.171. Türkçesi için Muhiddin Göklü'nün tercümesiyle öyledir: ö... bir kralla, onun kanunlar,na uymak, tabi oldu unuz a ,r örf ve adetlerden s,yr,lmak için didiniyorsunuz. Bunlardan daha yumu ak, daha kolay çarelere ba vurmak istiyorsunuz. Servetlere gark olmak [sic], yahut da [sic] mefur ehvet batakl, , içinde erimek gibi ihtiraslar,n,z, söndürmek ve büyük cürümlerin i lenmesine mani olmak hevesindediniz. Öyle de il mi? O halde, bu arzular,n,z,n kanunlarla tatmini mümkün iken, ne diye örf ve âdetin esiri olacaksınız?ö. Montesquieu, **ran Mektuplar,,** a.g.e., s.77.

⁸⁰ Montesquieu, **Lettres Persanes in ñ uvres Completes**, a.g.e., p.171; Montesquieu, **ran Mektuplar,,** a.g.e., s.76, s.77.

⁸¹ Öztekin Tosun, öCeza Hukukunun Gerçek Kaynaklar,ö, **ÜHF**M, Cilt XXVIII, Say,: 3-4, stanbul, 1963, s.620 vd.

bir döneminde insanlar-üstü, herkesçe ayn, veya benzer ekilde yorumlanabilir ve kendisini yaratan egemenin hâkimiyetinin geçerli oldu u co rafyada ya ayan bütün insanlar,n riayet etmek durumunda oldu u kurallar koyma ihtiyac, belirdi inde, olu an norma genellikle kanun (*act, loi*) ad, verilmi tir. Anayasal nitelikte oldu undan ku ku duyulmayan öAct of Settlementö, öParliament Actö, öAct of Supremacyö gibi ngiliz hukuk normlar,na⁸², Frans,z anayasalar, aras,nda gösterilen öLois Constitutionnelles de 1875ö⁸³, öLoi Constitutionnelle de 1940ö⁸⁴, öLoi Constitutionnelle de 1945ö⁸⁵ metinlerine kanun (ng. *act, Fr. loi*) ad,n,n verilmi olmas,, norm isimlerinin zamana göre de i iklik gösterebildi ini kan,tlamas,, kanun teriminin hukuk kurallar,n, ifade etmekteki gücü ve geni bir kullanma alan,na sahip olmas, bak,m,ndan dikkate ayand,r. öKanunö anlam,nda *atto* ve *statuto* kelimelerinin kullan,ld, , talya anayasal tarihine gelince, 1849 tarihli öAtto Costituzionale di Gaeta per la Siciliaö⁸⁶ ile ülkenin geçmi inde önemli bir konuma sahip öStatuto Albertinoö⁸⁷, kanun teriminin anayasal metinlerde kullan,m,na örnek olarak verilebilecektir.

Kanun teriminin hem anayasa hem de tüzük ve yönetmelik terimlerinden daha önce ortaya ç,kt, , söylenebilir. Türk Anayasa Mahkemesinin bir karar,, mahkemenin genel temayülüne göre daha derin yakla ,m,ndan dolay, kanun terimi bak,m,ndan de erlendirme kapsam,na al,nabilir:

ö18 Sefer 1299 günlü Zab,taif Saydiye Nizamnamesi yasama yetkisini de elinde bulunduran o zaman,n hükümdar, taraf,ndan 1882 y,l,n,na ba ,nda ç,kar,lm, t,r. Ad, nizamname olmakla birlikte toplum için uyulmas, zorunlu, genel, soyut, süretli ve konuyu do rudan do ruya düzenler nitelikte kurallar kapsar; yani kanun de er ve gücündedir. Nizamname ad,n, ta ,mas,n,n, o ça da kanunla nizamname aras,ndaki ay,r,m,n kesin olarak belirmemi ve tüzük (nizamname) deyiminin henüz bu günkü

⁸² Kanun niteli indeki ve ço u zaman kanun ad,n, ta ,yan ngiliz anayasal belgeleri için bkz: E. W. Ridges, öngiliz Anayasa Hukukuö, çev. Mukbil H. Özyörük, **AÜHFD**, Cilt VIII, Say,: 3-4, 1951, s.184 vd.

⁸³ Üçüncü Cumhuriyet Anayasas, olarak bilinmektedir. Bertrand Pauvert, **Droit Constitutionnel**, Studyrama, Levallois-Perret, 2004, p.220.

⁸⁴ Vichy Rejimi döneminde yürürlükte olan anayasad,r. Bkz: Bénédicte Decourt, öLe contentieux du personnel de la fonction publique devant le Conseil de préfecture interdépartemental des Alpes-Maritimes, de la Corse et du Varö, **La Justice Administrative à Nice**, ed. Olivier Vernier - Marc Ortolani, Serre Editeur, Nice, 2006, p.216.

⁸⁵ GPRF ekinde k,salt,lan *Gouvernement Provisoire de la République Française* (Fransa Cumhuriyeti Geçici Hükümeti) döneminde yap,ld, , bilinmektedir. Édouard Leduc, **La République en France**, Éditions Publibook, Paris, 2012, p.115. Anayasal belgelerde kanun teriminin kullan,lm,na yine Frans,z tarihinden bir örnek daha verilebilir: *Acte additionnel de 1815*.

⁸⁶ Tam metni için bkz: <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/gaeta-sici.htm>, (28.01.2013).

⁸⁷ Kral Carlo Alberto taraf,ndan 1848 y,l,nda ihdas edilen Statuto Albertino ve genel olarak talyan anayasa tarihi için bkz: Gianna Bonis Cuaz, **Dallo Statuto Albertino alla Costituzione Repubblicana**, Loescher, Torino, 1967, b.a.

anlam ve kavramıyla yerle mesi bulunmas,ndan ileri geldi i söylenebilir. Zab,taî Saydiye Nizamnamesi, daima bir kanun niteli i ile uygulanagelmi ; kimi hükümlerinin de i tirilmesi veya kad,r,lmas, yahut yeni hükümler eklenmesi hep kanun ç,kar,lmas, yoluyla sa lanm, t,r. (Sözgelimi; 16/4/1338 günlü ve 218 say,l, Kanun 24/4/1936 günlü ve 2956 say,l, Kanun v.b) mevzuat,m,zda kanun 18/1/1926 günlü ve 721 say,l, kanun, 22/4/1926 günlü ve 820 say,l, kanun, ad,n, ta ,mamakla birlikte kanun niteli inde metinler bulundu u gerçe i 44 say,l, ve 22/4/1962 günlü Kanunun geçici 5 inci maddesinin 3 üncü f,kras, hükmü ile de aç, a vurulmaktad,r. Öte yandan itirazda bulunan mahkeme, Zab,taî Saydiye Nizamnamesinin kanun niteli inde oldu u kabul etmedi i halde Anayasa'n,n ancak Kanunlar için tan,d, , 151. maddesinde yaz,l, yoldan yararlanarak Anayasa Mahkemesine ba vurdu u için bir de çeli meye dü mü tür. Özetlenecek olursa Zab,taî Saydiye Nizamnamesi kanun niteli indedir.ö⁸⁸

Karar üzerinden de erlendirme yapmadan evvel, birkaç hususu dile getirmekte fayda vard,r.

-Nizamnameø olarak adland,r,lan tüzüklerin ilk kez kanunlar,n alt,nda bir norm olarak hukuken nitelendirildikleri metin 1924 Te kilat-, Esasiye Kanunudur. Yap,ld, , dönemde -anayasaø olarak adland,r,lmayan 1924 Anayasas,, elli ikinci maddesinde ö crâ Vekilleri Heyœeti, kanûnlar,n sûver-i tatbikiyesini irâe veyahut kanûnun emretti i hususat, tesbit için ahkâm-, cedideyi muhtevî olmamak ve ura-y, Devletin nâzâr, tetkikinden geçirilmek artiyle nizamnameler tedvin eder. Nizamnameler Reisicumhûrun imzâ ve ilâniyle mâmûlünbih olur. Nizamnamelerin kavânine mugâyereti iddia olundukta bunun mercii hâlli Türkiye Büyük Millet Meclisidir.ö⁸⁹ hükmüyle nizamnameøyi kanundan kaynaklanan ve kanuna ayk,r, olmayan bir kurallar bütünü olarak tan,m,lmam, ve hukuken yaratm, t,r. Hâlbuki 1924ø kadar nizamname teriminin kanun anlam,nda kullan,ld, ,na hiç de az rastlanmamaktad,r. Mevzuat Bilgi Sistemiønde -Osmanl, kanunuø olarak s,n,fland,r,lan 1869 Maarif-i Umumiye Nizamnamesi, 1871 Vilayet Nizamnamesi, Demiryollar,n,n Usulü Zab,tas,na Dair Nizamname ve Darülaceze Nizamnamesinin yan, s,ra Anayasa Mahkemesinin yukar,daki karar,nda somut norm denetimine konu olan Zab,taî Saydiye Nizamnamesi, kanun niteli indeki nizamnamelere örnek olarak gösterilebilir.

Kanun ile nizamname aras,ndaki terminolojik ve hukuki ayr,m,n varl, ,n,n 1924 Te kilat-, Esasiye Kanunu ile ba lam, olmas,, Anayasa Mahkemesinin yukar,da yer verilen karar,nda vurgulad, , nizamname terimindeki belirsizlikle birlikte dü ünüldü ünde

⁸⁸ Anayasa Mahkemesi, 03.05.1966, 1964/4 E., 1966/25 K., Resmi Gazete Tarih/Say,: 11.07.1966/12345, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Say, 4, Ankara, 1964, s.39.

⁸⁹ Necmi Yüzba ,o lu, **Anayasa Hukukunun Temel Metinleri**, Beta Yay,nevi, stanbul, 2011, s.21.

ceza içeren nizamname~~ler~~er bak,m,ndan bile kanun niteli inin de i medi i söylenebilecektir. Üstelik 1924~~ten~~ sonra bile nizamname ismini ta ,yan normlar, ayn, ismi payla t,klar, nizamnameler ile de il, kanunlar vas,tas,yla de i tirilmi ve ilga edilmi lerdir. 10 Safer 1329 Tarihli Ta ocaklar, Nizamnamesine Müzeyyel Kanun⁹⁰ ile Rumeli Demiryollar, letme Nizamnamesinin Ziya Ve Hasar Tazminat,na Müteallik Birinci Bab 29, 37 42 Ve kinci Bab 20~~nci~~ Maddelerindeki Hadlerin Tadiline Dair Kanun⁹¹, Ta ocaklar, Nizamnamesini ilga eden 5177 say,l, kanun, nizamnamelerin nizamname veya 1945 sonras,nda⁹² tüzük de il de kanunla tadil ve ilga edildi ine birer örnektir.

Bir normun yarat,c,s,n,n kim oldu u normun de eri hakk,nda önemli bir ölçüttür. Yüksek mahkemenin karar,nda belirtti i, nizamnamenin sadece yürütmenin ba , de il ayn, zamanda kanun koyucu olan dönemin hükümdar, (padi ah) taraf,ndan ihdas edilmesi olgusu, söz konusu normun yürütmenin düzenleyici i lemlerinden ibaret say,lmay,p kanun olarak de erlendirilmesi gerekti ine i aret etmektedir. Di er yandan genel, mücerret, daimi ve do rudan hüküm do uran nizamnamelerin kanun say,lmas, mahkemeye göre tabii olup kararda sergilenen içtihadî tavr,n kanunun maddi anlamda yorumlanmas, yönünde oldu unu dile getirmemek için sebep yoktur.

Anayasa Mahkemesinin öne sürdü ü gerekçelerden, kanun terimine ekli anlamda de il, maddi anlamda de er atfetti i anla ,lmaktad,r. -Kanunø ya da bir nebze onunla e it say,labilecek -yasaø terimlerine s,k, s,k,ya sadakat göstermeyerek kanunilik ilkesinin Anglo-Sakson yorumuna oldukça denk dü tü ü söylenebilecek bir yakla ,mla mahkeme, kanun kavram,n, maddi anlam,na ilaveten organik aç,dan, normu yapan makam bak,m,ndan kanunilik prensibi çerçevesinde de erlendirmi tir.

2. öKanunî

İlk akla gelen manayla örtü ece i üzere, *kanunî* terimi ökanuna ait, kanunla ilgiliö

⁹⁰ Tertip: 1, Resmi Gazete: 22.07.1330, Say,: 1897.

⁹¹ Tertip: 3, Resmi Gazete: 24.06.1937, Say,: 3639.

⁹² 1924 Te kilat-, Esasiye Kanununun sadece tirilmesiyle ortaya ç,kan ekli anlamda yeni bir anayasa olan 1945 Anayasas,n,n 52. maddesinde nizamnameøyerine tüzükøterimi tercih edilmi tir.

eklinde tanımlanmaktadır⁹³. Fakat terimin bir başka anlam, ise *kanun koyucu* olup ihdas ettiği kanunlardan ötürü Osmanlı İmparatoru I. Süleyman *kanunî* lakabıyla anılmaktadır⁹⁴.

Terimin İngilizcede karışılması, bilindiği üzere *legal* olup, etimolojik sözlükte, *legal* kelimesinin ökanunla ilgili eklindeki anlamının ön plana çıkması, Latince *kanun* anlamına gelen *lex* kelimesinden türediği, *legalis* biçiminde bir kökeninin olduğu, Latince *legere* kelimesiyle akraba kabul edildiği, Orta Fransızca *legal* kelimesinin İngiliz diline geçmesiyle kullanılmaya başlandı, ve toplamak, bir araya getirmek anlamındaki bir kelimeyle yakınlığa sahip olduğu görülmektedir⁹⁵.

Bernard Stuart Jackson, *Semiotics & Legal Theory* adlı çalışmada, bir fiilin genel anlamıyla hukuken tavsif edilmesi bağlamında *kanuni* kelimesinin hemen peşinden parantez içinde *nesnel* kelimesine yer vermiştir⁹⁶. Filippo Gramatica, aynı şekilde cezalandırma yetkisinin kökenini ve meşruiyetini ele aldığı, *Principi di Difesa Sociale*’de, *kanuni (legale)* kelimesini cezai sorumluluk bağlamında, içerisinde büyük ölçüde nesnel (*eminamente oggettiva*) anlamında kullanmış, parantez içinde bu ele tirmeyi özellikle belirtmiştir⁹⁷.

3. Ökanunilik

Zaman zaman *kanuniyet* eklinde de kullanılan⁹⁸ kanunilik terimi, ökanuna sık sık, ya

⁹³ Devellio lu, a.g.e., s.488.

⁹⁴ Caroline Finkel, *Osmanlı Dream: The History of Ottoman Empire*, Basic Books, New York, 2007, p.116.

⁹⁵ Skeat, *A Concise Etymological Dictionary of the English Language*, a.g.e., p.289-290.

⁹⁶ Bernard Stuart Jackson, *Semiotics & Legal Theory*, Routledge, New York, 1987, p.177. Jackson kanuni ve nesnel anlamında *legal* ve *objective* kelimelerini kullanmış, t.r. Burada *legal* kelimesinin kanunilik anlamında, layacak şekilde sadece *hukuki* anlamına gelecek şekilde kullanıldığını ileri sürülebilir. Fakat yazarın bağlam içerisinde genel anlamdaki hukukilik yerine belli başlı bir kural, *legal norm* ön plana çıkmış, görülmektedir. Jackson, *Semiotics & Legal Theory*, a.g.e., p.177.

⁹⁷ Filippo Gramatica, *Principi di Difesa Sociale*, CEDAM, Padova, 1961, p.5; *Accanto al "delinquente", il positivismo affermò infatti la nozione del reato o "delitto"; anzi, aggravò la nozione della "responsabilità" penale attraverso l'idea della responsabilità "sociale" o "legale" (eminamente "oggettiva")*. Gramatica, *Principi di Difesa Sociale*, a.g.e., p.5. Gramatica, *Toplumsal Savunma İlkeleri*, a.g.e., s.38. Selçuk’un tercümesi şöyledir: *Gerçekten pozitivizm (suçlunun) yan, sıra, öyasaya aykırılık ya da ösuç (delitto) kavramın, öngörüyor; üstelik ötoplumsal ya da öyasalö (büyük ölçüde nesnel) sorumluluk dü üncesi aracılığıyla cezai ösorumluluk kavramın, daha da a rla t r,yordu.ö Gramatica, Toplumsal Savunma İlkeleri, a.g.e., s.38. (Türkçe ve talyanca cümlelerdeki italikler bana aittir. F.T.)*

⁹⁸ Bkz: Uur Alacakaptan, *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezalar, n Kanunili i Prensibi*, Ankara Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1958, s.10, 24.

ba l,l,k, emir, ilke ya da doktrin; kanuni olma niteli iö⁹⁹ ve ökanuna uyma durumu, yasall,kö¹⁰⁰ ekinde tan,mnanmaktad,r. Kanuniyet teriminin ökanun haline gelmeö, ökanunla maö ekinde bir anlam,n,n oldu u, nitekim Osmanl, Devletiönde padi ah,n kanunun kanuniyetini *irade eyledi i* bilinmektedir¹⁰¹. Kanunilik kelimesinin *kanuniyet* ekindeki kullan,m,n,n birinci anlam, olan kanunili in yan, s,ra, öyasala ma, kanun haline gelmeö¹⁰² biçiminde tan,mnand, , görölmektedir.

Kanunilik kelimesi, Türkçede, yukar,da incelenen -kanuniös,fat, ile s,fattan ve isimden isim yapma eki olan ö-likö hecesinin birle mesiyle meydana gelmi tir.

ngilizcede, bir üst ba l,kta incelenen *legal* kelimesine ö-ityö isim yapan ekinin gelmesiyle olu an *legality* biçiminde kullan,lan terimin, istisnai olarak, gereksiz oldu u vurgulanmakla birlikte sözlükte kendine yer bulan *legalness* ekinde de kullan,ld, , anla ,lmaktad,r¹⁰³.

Hukuk kitaplar,n,n s,n,rlar,n, a an kavrama Shakespeareön kulland, , hukuki terimleri inceleyen bir çal, mada rastlan,lmaktad,r. Burada, *Venedik Taciriön*in ba ,ms,z bir adada ya ayan kahraman, Portiaön,n babas,n,n k,z,n,n evlenece i ki inin nas,l belirlenece iyle ilgili vasiyetinin¹⁰⁴ hükümsüzlü ünün, kanunili inin bilinmemesinden veya umursamazl,ktan ziyade, kas,tl, olarak ima edildi i gözlemlenmektedir¹⁰⁵. Vasiyetin kanunili i hakk,ndaki belirsizlik, kanuna itaat durumunun ticarile en Venediköte olumsuz, kötü niyetli müdahalelere, hileli yönlendirmelere aç,k yap,s,yla tevil edilebilecektir¹⁰⁶.

öKanunilik ilkesiö teriminde vergiyle alakal, düzenlemelerin yasama organ,nca

⁹⁹ Bryan A. Garner, **Dictionary of Modern Legal Usage**, Second Edition, Oxford University Press, New York, 1995, p.516.

¹⁰⁰ Ejder Y,lmaz, **Hukuk Sözlü ü**, Yetkin Yay,nlar,, Ankara, 2006, s.354.

¹⁰¹ Örne in özgün ad, övakt-i Seferde craat-, Hükümete Kar , Gelenler çin Cihet-i Askeriyece ttihaz Olunacak Tedabir Hakk,nda Kanun-u Muvakkatö olan Sevk ve skân Kanunuönda Padi ah Mehmet Re atön öMeclis-i Umumünin ictimânda kanuniyeti teklif olunmak üzere, i bu Layiha-i Kanuniyenin muvakkaten mevki-i meriyyete vazön, ve kavânin-i devlete ilâvesini irade eyledim.ö ekindeki iradesi yer almaktad,r. **Takvim-i Vekayi**, Tarih: 19 May,s 1331, Say,: 2189.

¹⁰² Y,lmaz, **Hukuk Sözlü ü**, a.g.e., s.354.

¹⁰³ Garner, **Dictionary of Modern Legal Usage**, a.g.e., p.518.

¹⁰⁴ William Shakespeare, **The Merchant of Venice**, edited by Roma Gill, Oxford University Press, Oxford, 2001, p.VIII, X, 9-10, 103-104.

¹⁰⁵ B.J. Sokol - Mary Sokol, **Shakespeareö Legal Language: A Dictionary**, Continuum, London, 2004, p.414.

¹⁰⁶ Sokol - Sokol, **Shakespeareö Legal Language: A Dictionary**, a.g.e., p.415.

yapılması, gerektiğinde dair bir baskın anlam oldu u söylenebilirse de¹⁰⁷, terimin idare hukuku ve özellikle ceza hukukundaki yaygın ve asli kullanımı, inkâr edilemeyeceği idü ünülmektedir.

Bir alt başlık olarak öcezada kanunilikö terimi incelendiğinde, her ne kadar kullanımı, içinde ceza yer alsa da suçta kanunilikle neredeyse örtü ecek şekilde kanunilik bakımında suç ile cezayı, birbirinden ayırmama kaygısıyla, gözler önüne serildiği dikkat çekmektedir. Cezanın sadece türünün (*tipo*), içeriğinin (*contenuti*) de il ölçüsünün, miktarının (*misura*) da kanunla öngörülmesi¹⁰⁸ gerekliliği, bir başka tabirle cezanın ölçülebilir niteliği, cezanın kanuniliği bakımından bir farklılık noktası olarak görülebilir. Suç olarak tanımlanan fiil için takdir edilecek cezanın miktarının kanunda belirtilmesini içeren tanımda suçun kim tarafından tanımlanacağı, aynı başlıkta devamında vurgulanarak, kanunun suç olarak tanımlanması, fiile yine kanun tarafından ceza uygulanamaya, belirtilmekte, böylece suçun kanuniliği ile cezanın kanuniliği arasında bir paralellik kurulmaktadır¹⁰⁹. Kanunda belirtilmeyen yasaklı davranış olan suçta ceza verilememesiyle suç olduğu hakkında çüphe duyulmayan fiillere ancak kanun tarafından tespit edilen yaptırımın, cezanın verilebilmesi birbirinden ayrı, de erlendirilmemekte; tek taraflı görünen terminolojik tercihe rağmen ilkenin iki boyutu neredeyse birbirinin yerine kullanılmaktadır.

Kanunilik teriminin içinde geçen kanun terimiyle ilgili bir içtihadî yorumu bu başlıkta hatırlamakta fayda vardır. Cumhuriyet öncesi dönemde, padişah tarafından yürürlüğe konulmuş teknik anlamda ve ismen önizamnameö olarak anılan normların kanunilik ilkesini sağlayamayacağına, de erlendiren bir kararında¹¹⁰ Türk Anayasa Mahkemesinin nizamnameler tarafından yaratılan suçların ve cezaların suçta ve cezada kanunilik prensibine aykırı bulmadığı, görülmektedir. Mahkemeye göre, dönemin me ru ve hukuki kanun koyucusu olan padişahın ihdas ettiği düzenleyici işlemler *kanun* hükmündedir, (kanun hükmünde kararnamelemlerin suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından gerçek anlamda kanun hükmünde sayılmadığı, göz önünde

¹⁰⁷ Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, a.g.e., s.354.

¹⁰⁸ Giorgio Marinucci ó Emilio Dolcini, **Manuale di Diritto Penale: Parte Generale**, Terza Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p.61.

¹⁰⁹ Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, a.g.e., s.123.

¹¹⁰ 10.04.1322 tarihli Asar-, Atika Nizamnamesinin kanunilik ilkesi bakımından de erlendirilmesine ilişkin karar, E. 1965/16, K. 1965/41, 04.11.1965, Anayasa Mahkemesi, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı: 3, s.173-174.

bulundurulmal,d,r) hatta bizatihi kanundur¹¹¹. Mahkemenin say,lar, hiç de fazla olmayan nizamnameleri, hukuken ve teknik anlamda *kanun* saymayarak suçta ve cezada kanunilik ilkesindeki *kanun* terimini dar yorumlama imkân, varken¹¹², kanunøa ekli de il maddi bir hukuki anlam yüklemesi dikkat çekmektedir.

Yukar,da yer verilen terimlere ili kin bu aç,klamalardan sonra çal, mada söz konusu terimlerin hukuki ba lam içerisinde kullan,ld, ,n, ayr,ca belirtmeye gerek yoktur. Yaln,z, suçlar ve cezalar, hukuki boyut içerisinde, idari suçlar (kabahatler) ve idari cezalar (idari para cezas, ve di er yapt,r,mlar) d, ar,da b,rak,lacak ekilde telakki edilmelidir.

¹¹¹ Anayasa Mahkemesi, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Say,: 3, s.174.

¹¹² Kemal Ba lar, **Anayasa Yarg,s,nda Mahkeme Kavram,**, Roma Yay,nlar,, Ankara, 2005, s.6.

K NC BÖLÜM

HUKUK DEVLET LE KANUN L K L K S N N KURULMASI

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin anayasal temelleri üzerine dü ünürken hukuk devletinin en önemli kavramlardan biri oldu unu tespit etmek zor olmayacaktır.

Birey ile devlet aras,ndaki cezaland,rma ili kisinde hukuk devletinin zorunlu bir neticesi olarak zay,f olan bireyin güçlü olan devlete kar , kanun marifetiyle korunmas,, kanunilik prensibinin bir ba ka ifadesidir.

Türkçede "hukuk devleti" olarak kullan,m, yerle en kavram,n as,l kayna , Almanca *rechtsstaat* olup, K,ta Avrupas, dü ünncesinde bu kavram,n on dokuzuncu asr,n ilk yar,s,nda Friedrich Julius Stahl, Rudolf von Gneist, Robert von Mohl ve Otto Bähr gibi belli ba l, geleneksel yorumcular,n görmezden gelinemez katk,lar, neticesinde meydana geldi i bilinmektedir¹. Terminolojik aç,dan *rechtsstaat* kelimesinin *état de droit* ve di er terimlere tekaddüm etti i söylenebilir².

Hukuk devletinin -bu noktada *rule of law* teriminin kastedildi ini belirtmek daha yararlı olabilir- Kuzey Amerikada sadece sömürgeci anavatana kar , gerçekte tirilen ünlü ayaklanma ba lam,nda de il, ayn, zamanda Amerikal, yerlilerin maruz kald, , soyk,r,m ba lam,nda da in a edildi i, ayr,ca uzun bir zaman boyunca süren Afro-Amerikanlar,n köleli i ile onlara kar , yap,lan ,rk ayr,mc,l, ,n,n katk,s,, ihmal edilen hususlardand,r³

¹ Danilo Zolo, "The Rule of Law: A Critical Reappraisal", **The Rule of Law: History, Theory and Criticism**, ed. Pietro Costa, Danilo Zolo, Springer, Dordrecht, 2007, p.6.

² R. C. Van Caenegem, **Legal History: A European Perspective**, The Hambledon Press, London, 1991, p.185.

³ Zolo, "The Rule of Law: A Critical Reappraisal", a.g.e., p.6.

I. HUKUK DEVLETİNİN MAHİYETİ

Bir terim olarak düşünüldüğünde, hukuk devletinin sadece Türkçede değil, aynı zamanda gerek aslı kökeni olan Almandaki *rechtsstaat*, gerek Fransızcadaki *état de droit* (hukuk devleti) ve *primauté de droit* (hukukun üstünlüğü), gerekse İngilizcedeki *rule of law* terimlerinin bir isim tamlaması biçiminde kullanıldığını görülmektedir⁴. Bütün kullanımlarla alakalı, ortak tespitte bulunmak gerekirse, isim tamlamalarında olduğu gibi, tamlayan kelimenin (hukuk, *recht*, *droit*, *law*) tamlanan kelimenin (devlet, *staat*, *état*, *rule*) ifade ettiği anlam açısından daraltıcı ve ikincinin türünü belirleyecek şekilde bir yapı olduğu söylenebilir. Başka bir anlatımla, hukuk devleti, farklı türlerde olması mümkün olan devletin sadece bir cinsini diğerleriyle birebir örtümeyecek şekilde aksi halde hukuk devletinin birbirinden ayrıştırılamayacağı, pek çok anlamı oluşturduğunu ifade etmek maksadıyla kullanılmaktadır. Liberal devlet, sosyalist devlet, faşist devlet, laik devlet, sosyal devlet tanımlarında olduğu gibi hukuk devleti terimiyle belli birtakım soyut veya somut⁶ özellikleri taşıyan devlet türünün kast edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

A. HUKUK DEVLETİNİN ESASLARI VE HUKUK YÖNLERİ

Terimin genel anlamı doğrultusunda, Carl Schmitt, anayasa kavramı yanında, sınırsız hukuk devletini de ayrıntılı şekilde incelediği *Constitutional Theory* isimli eserinde, yürürlükteki objektif hukuka ve subjektif hakları veren, ona kayıtsız şartsız saygı duyan devletin, hukuk devleti olarak adlandırılabilir olduğunu düşünmektedir⁷. Alman hukukçunun özgün metinde yürürlükteki objektif hukuk (*valid objective law*) ve subjektif haklar (*subjective rights*) ifadelerindeki zıtlığı, tesadüfî olarak değerlendirilmemesi pek isabetli olmayacaktır. Nitekim görülmektedir ki, subjektif hukuk (*diritto soggettivo*)daki ayrıntılı kavramları, somut ve istikrarlı bir şekilde birbirini takip etmesinin ardından objektif hukuk (*diritto oggettivo*)

⁴ İngilizcede daha spesifik anlamda, *rechtsstaat* kavramı, layacak şekilde *state of law*, *state of justice*, *state of rights* ve *ölegal state* terimlerinin kullanılmamasına rastlamak mümkündür.

⁵ İtalyancada ve İspanyolcada durum farklıdır; hukuk devleti anlamına gelecek biçimde ilkinde *diritto* di *diritto* ikincisinde *estado de derecho* terimleri kullanılmaktadır.

⁶ Soyut kurullar yanında, sınırsız kurulların somut uygulamaları hukuk devleti kavramına tesiri takip eden bölümde değerlendirilecektir.

⁷ Carl Schmitt, **Constitutional Theory**, translated and edited by Jeffrey Seitzer, Duke University Press, Durham N.C., 2008, p.172.

tedrici olarak ortaya ç,km, t,r⁸. Schmitt, mevcut õrechtsstaatõ kavram,n,n ancak burjuva özgürlükleri bak, aç,s,yla tan,mlanabilece ini, böylece belirsiz hukuk devleti teriminin kendine mahsus bir anlam kazanaca ,n, ileri sürmektedir⁹.

Özellikle ilkeyi sonradan hukuk düzenlerine dâhil etmi ÷lkelerde, me ruiyetinin, do rulu unun, gereklili inin genellikle sorgulanmaks,z,n kabul edildi i, ilkeye kar , itirazlar,n sosyalistler ile yeni tarihli baz, kuramlardan geldi i gör÷lmektedir¹⁰. Hukuk devleti ilkesinin sorgusuz sualsiz benimsendi i gör÷ü lerde dikkat çeken, ilkenin özgür hukuk düzeni, insan onuruna sayg,l, devlet gibi ideallerle kar, t,r,lmas,d,r. Hukuk devleti, iyi bir hukuk düzeninin kurulmas,n, sa layan bir dü ünçe olarak ele al,nd, ,nda, zorunlu bir ekilde hukukun amac,n, tayin etmesi, yönünü göstermesi ve de erlerini belirlemesi sorunlar,yla bir arada dü ünülebilir hale gelecektir. Hukuk devletinin s,n,rlar,n, çizmek bu nedenle önem arz etmektedir. õHukuk devleti iyi bir ey olsa bile fazlas, kötü olabilir.õ¹¹. Bat, tarz, demokrasilerin birbiriyle çeli en iki ana kural,n,n hukuk devleti ve ço unluk kural, oldu u hesaba kat,l,rsa¹², hukuk devleti prensibinin dengelenmeye muhtaç yap,s, daha kolay anla ,lacakt,r.

Dolayl, bir aç,dan bak,lacak olursa, hukukun içsel ve sadece kendine özgü, *sui generis* niteli i hukuk devletinin tan,m,n, olu turabilir¹³. Totolojik ve tuhaf görünmekle beraber, hukukun üstünlü ünün sa lanmas,nda hukuk devletinin nas,l bir rol oynayaca , sorusu, hukuk üzerinden hukuk devletiõni dü ünmeyi gerekli k,lmaktad,r¹⁴. Günlük ya am,n ola an kurumlar,ndan say,lamayacak olan hukukun, soyut ve (sonradan tasarlanan anlam,nda) yapay bir zemin, toplumsal örgütlenmenin biçimi olarak kendisinden beklenen özelli i göstermesi, insan davran, lar,na ekil verebilecek durumda olmas, gerekmektedir. Hukuk tarafs,z bir yöntem, usul, araç ve ekil oldu undan, hukukun ay,rt edici ve içsel

⁸ Carmelo Restivo, **Contributo Ad Una Teoria dell'Abuso del Diritto**, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p.37.

⁹ Schmitt, **Constitutional Theory**, a.g.e., p.172.

¹⁰ Christine Sypnowich, õUtopia and Rule of Lawõ, **Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order**, ed. David Dyzenhaus, Hart Publishing, Oxford, 1999, p.179.

¹¹ Andrei Marmor, õHukuk Devleti ve S,n,rlar, õ, çeviren Sevdâ Gültekin Göktoğla, **Hukuk Devleti: Hukuki Bir lke Siyasi Bir deal, Hukuk Devleti: Hukuki Bir lke Siyasi Bir deal**, ed. Ali R,za Çoban - Bilal Canatan - Adnan Küçük, Adres Yay,nlar,, Ankara, 2008, s.170.

¹² Armando P. Ribas, **Rule of Law: The Path to Freedom**, Stockcero, Doral-Florida, 2012, p.7. Bat, medeniyetinin takdimi hakk,ndaki felsefi ke meke in yan, s,ra Bat, demokrasisinin iddial, ekilde en iyi tarz, ortaya koydu u dü üncesinin hukuk devleti ile ço unlu un üstünlü ü çeli kisini güçlendirdi i savunulabilir. Ribas, **Rule of Law: The Path to Freedom**, a.g.e., p.7.

¹³ Joseph Raz, õHukuk Devleti ve Erdemiõ, a.g.e., s.163.

¹⁴ David Dyzenhaus, õThe Justice of Common Law: Judges, Democracy and the Limits of Rule of Lawõ, **The Rule of Law**, ed. Cheryl Saunders ó Katherine Le Roy, The Federation Press, Sydney, 2003, p.22.

niteli i olan hukuk devleti de son tahlilde esastan çok biçimi ön plan ç,karan söz konusu s,fatlarla nitelendirilebilecek; iyi veya kötü gayeyle kullan,labilen hukuk düzeninden bahsedilebilecektir¹⁵. Hukuktan beklenen, hukuk devletinden beklenenle ayn,d,r; tesirli bir araç olmas,d,r. Hukuku etkin, amaçlar,n, gerçeğe tirmeye elveri li hale getiren unsurlar hukuk devleti prensibi ve onun gerektirdi i daha çok kanunlar, muhatap alan kurallar ve niteliklerdir. Hukuk devleti hakk,ndaki ekli yakla ,m,n kanunilik ilkesiyle ba lant,s,n,n derecesi ve güçlülü ü aç,s,ndan, hukuk devletinin maddi, esasa dayal, yorumundan farklı, olmad, , söylenebilecektir. Kanunili in hukuk devletinin esasa, içeri e dayal, yorumundaki önemini idrak edebilmek için Friedrich Hayek'ın fikirlerine ba vurulmas, yerinde olacaktır,r.

Hayek'te, genel ve soyut kurallardan olu an kanunlara uyulmas,, di er insanlar,n iradelerine uyamak durumunda kalmaktan kurtulman,n ve özgürlü ü elde etmenin yolu olup hukuk önünde özgürlük kavram,n, tarif etmektedir. Benzer biçimde, somut uyu mazl,klarda kanunu uygulamakla yükümlü hâkimler yürürlükteki kanunlar ile uyu mazl, ,n çözülmesi hususunda keyfi bir seçim yapamayacaktır. O halde, insanlar,n de il, kanunlar,n yönetiminden bahsedilebilecektir. Hakiki bir kanunun belirli bir grubu muhatap olmas, dü ünülemeyece i gibi, baz, insanlar, veya topluluklar, göz ard, etmesi de mümkün olmayacaktır,¹⁶. Bununla beraber, Raz'ın, Hayek'ın kanunlar,n genelli i ve hukuk devleti ili kisi aç,s,ndan geldi i nokt,n hatal, oldu unun kendisinin dahi fark,na vararak farklı, bir do rultuya geçti ini söyledi i görülmektedir¹⁷. Yeni çizgide Avusturyal, dü ünür, istisnalar öngörmektedir. Hukukun genel olmas, gerekti ine dair ilkenin özel baz, hallerde ihmal edilebilece i, özel kurallar,n benimsenmesinin mümkün oldu u, mesela, kad,nlara, engellilere ya da belli bir ya ,n üzerindeki insanlara hitap eden, -kural,n özellikle kimleri ilgilendirdi i aç,klanmayabilece i- kanunlar,n yap,lmas,n,n makul kar ,land, , görülmektedir¹⁸. Belli baz, toplumsal gruplar,n ve onlar,n d, ,nda yer alan bireylerin kabul etmesi art,yla, ayrınt,l, kanunlar,n yap,lmas,, bir toplulu un bir ba ka toplulu un keyfi iradesine uyma zorunlulu u getirmedi i için hukuk devletine uygun olarak de erlendirilmektedir. Hayek'ın toplumsal adalet kavram,n,n suiistimal edilebilece i

¹⁵ Joseph Raz, *Hukuk Devleti ve Erdemiö*, **Hukuk Devleti: Hukuki Bir lke Siyasi Bir deal, Hukuk Devleti: Hukuki Bir lke Siyasi Bir deal**, a.g.e., s.163.

¹⁶ Friedrich A. Von Hayek, **The Constitution of Liberty: Text and Documents**, the definitive edition, University of Chicago Press, Chicago, 2011, p.221.

¹⁷ Raz, *Hukuk Devleti ve Erdemiö*, a.g.e., s.164.

¹⁸ Hayek, **The Constitution of Liberty: Text and Documents**, a.g.e., p.222.

do rultusundaki görü lerinin geni kitlelerde makes bulmad, ,n, antrparantez belirtmekte fayda vard,r¹⁹. Di er yandan, oybirli inin art olmad, , r,zan,n belirlenmesi hallerinde ki isel görü lerin bireyin topluluklara dâhil say,l,p say,lmayaca ,na ba l, olmad, , dü ünülmektedir²⁰. Her ne kadar, kaç,n,lmaz olarak nitelenebilecek istisnalar, de erlendirmesine dâhil etse de, kanunilik ilkesinin ekli yorumundan ziyade içeri e dayanan yorumunu benimsedi i anla ,lan Hayek'ın özellikle haklar ve özgürlükle aç,s,ndan, düzenlemelerin esas itibariyle insanlardan, topluluklardan soyutlanm, , genel nitelikte kanunlarla yap,lmas, gerekti ine dair hukuk devleti yakla ,m, kendini göstermektedir.

B. HUKUK BOYUTUYLA RECHTSSTAAT

Pozitivist hukuk devleti veya bir anlamda kanun devleti anlay, ,n, savunan Joseph Raz, Hayek'ın hukuk devleti tan,m,n, oldukça önemsemekle beraber fazla idealist bulmakta, hukuk devletine gere inden fazla de er atfetti i gerekçesiyle ele tirmektedir²¹. Raz'ın Hayek'ın tan,m,n, esas alarak hukuk devleti hakk,ndaki mütalaalar,n, ortaya koymaya ba lamas, a ,rt,c, olmay,p Hayek'ın hukukun üstünlü ü (*rule of law*) olarak isimlendirdi i ilke hakk,ndaki tarifi yayg,n ve ku at,c,d,r. öyle ki, Karl Mannheim'dan kendi liberal hukuk anlay, ,na giden yolu ayd,nlatacak bir al,nt,yla ba layan, *The Road to Serfdom* ad,ndaki kült eserinin öplanlama ve hukuk devletiö ba l,kl, bölümünde, Friedrich Hayek, hukuk devletinin, devletin önceden tespit ve ilan edilmi kurullarla ba l, olmas, anlam,na geldi ini iddia ettikten sonra sözünü etti i kurullar,n bireylere devletin zorlama kuvvetini belirli durumlarda ne ekilde kullanaca ,n, tahmin etme ve ona göre tutum alma ve ahsi hayat,n, tasarlama imkân, verdi inden dem vurmaktad,r²². Raz'ın Alman filozofun dü ünceleri hakk,ndaki ele tirilerini takip etmek hukuk devletinin hem mahiyeti hem de çe itli yorumlar,n, kavramak için en kestirme yol olarak görünmektedir.

¹⁹ David Miller, **Principles of Social Justice**, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1999, p.90.

²⁰ Hayek, **The Constitution of Liberty: Text and Documents**, a.g.e., p.222.

²¹ Joseph Raz, **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2009, p.210.

²² Friedrich A. Von Hayek, **The Road to Serfdom: Text and Documents**, edited by Bruce Caldwell, University of Chicago Press, Chicago, 2007, p.112.

Hukuk devletinin anlam, öncelikle hukukun tan,m,n,n yap,lmas,yla anla ,labilecektir. Fakat hukukun anlam, hukukçular ve halk için farklıdır. Hukukçular, kurulu düzenin devletin zorlay,c, gücüyle koruma altına alınm, kurallar,n geçerliliği adına öngördüğü artlar, yerine getiren her unsur hukuk kapsam,na alınırken, s,radan insanlar,n nezdinde hukuk, aç,k, anla ,l,r, birbirini tekrarlayan, az çok uyum içinde olan, devamlı,k arz eden kurallardır. Hukuk devletinin insanlar tarafından değil hukuk tarafından idare edilenindeki anlat,m,n,n totolojiden ar,nabilmesi, ikinci hukuk tan,m,n,n benimsenmesiyle mümkün olabilecektir. Yine de halk,n hukuk tan,m,n,n benimsenmesi sayesinde kendini tekrarlamaktan kurtulan söz konusu hukuk devleti tan,m,n,n belirsizliğin ortadan kalkt, ,n, söylemek güçtür. Zira hukukun tamamen genel kurallardan oluşması, hem imkâns,zd,r; hem de arzu edilen bir durum değildir²³.

Anayasaya uygunluk denetimi, hukuk devletinin unsurları, arasında kendine yer bulmaktadır. Mahkemelerin genel denetim görevinin yasama işlemlerine temel edilmesiyle oluşan bir parçası, olarak değerlendirilebilecek anayasal denetimin, hukuk devletinin gereklerine uygunluğunun denetlenmesiyle s,n,rl, oldu una dair görüşün, pozitivist yaklaşımla uyum teşkil edecek surette yerindelik denetimini d, lad, ,, hukuki denetimi benimsediği dile getirilebilir²⁴. Razø,n, mahkemelerin hukuk devleti ilkesine yulup uyulmad, ,yla ilgili denetim koşullarının da aralarında bulunduğu unsurlar,n ço una, -ahlakilikø (morality) adı altında, sraili yazar,n bazen kat,ld, , bazen ele tirdiği Lon Fullerøda rastlamak mümkündür²⁵. Kanunlar,n genelliği, geriye yürüme yasa ,, kanunlar,n belirliliği, anla ,l,rl, , Fullerø,n hukukun üstünlüğünün unsurları, olarak sayd, , ve Razø,n seçtiği hukuk devletinin kaydade er alt kurallar,yla örtü en ilkeler arasında gösterilebilir²⁶. Diğer taraftan, Joseph Razø,n hukuk devleti bağlam,nda önemsediyi, suçu önlemekle görevli kurumlara tan,nan takdir yetkisinin yozlaşması,na müsaade edilmemesi art,, kanunilik ilkesiyle ilişkilendirilebilir. Kanunun birey özgürlüğünün ileri derecede k,s,tlanması,na yol açan yasaklı fiiller veya suçlar ile yapt,r,mlar,n sadece tespitinde değil, ayn, zamanda soru turma ve kovu turma usullerinde de, hem mahkemelere hem de idari mercilere sunduğu takdir yetkisinin geni olmamas,, hukuk devletinin bahsedilen

²³ Raz, öHukuk Devleti ve Erdemiö, a.g.e., s.152.

²⁴ Raz, a.e., s.156.

²⁵ Ramo Siltala, **A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post Analytical Philosophy of Law**, Hart Publishing, Oxford, 2000, p.165.

²⁶ Siltala, **A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post Analytical Philosophy of Law**, a.g.e., p.165.

yans,mas,n,n amac,na ula mas,n, sa layabilecektir²⁷; soru turma makamlar,n,n suça mani olma çabalar,ndan ba ka mali tefti i dahi hukuk devletiyle ili kilendirilebilir. Anayasalarda devletin görevleri aras,nda say,lan suçü önleme amac,n,n yan, s,ra kaç,n,lmaz oldu u kabul edilen ceza uygulamalar,n,n takdir yetkisi bak,m,ndan k,s,tlanmas, hukuk devletinin ve suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir tezahürü olarak görünmektedir.

hlal, hukuk düzenince çi nenmemesi emredilen prensibi olu turan ilkeye göre alt seviyedeki birbirini tamamlay,c, kurallardan birine veya birkaç,na uyulmamas, sonucunda olu an hukuka ayk,r,l, ,n ad, olarak tan,m,lanabilir. Ne var ki, pek çok say,da alt düzeyde kural, bünyesinde bar,nd,ran bir prensibin, üstelik *hukuk devleti* gibi oldukça geni bir anlam zemininde benimsenip kullan,lan bir prensibin, kendisini olu turan unsurlar,n tamam,n,n birden ayn, anda ihlal edilmesi pek zay,f bir ihtimal olarak görünmektedir²⁸. Hart'ın *Concept of Law* kitab,ndaki görü leriyle paralellik arz eden bu görü göz önüne al,n,p, hukuk ilkelerinin hukuk müesseselerinin olu mas,ndaki güçlü etkisi hesaba kat,l,rsa, her ne kadar özel uyu mazl,klar,n çözümü için özel kurallar,n gerekli oldu u dü üncesi göz ard, edilemezse de, genel itibariyle bütün uyu mazl,klar,n çözüme kavu turulmas, için hukuki kurumlar, hukuki kurumlar,n te ekkülü için de genel ilkeler olmak durumundadır. Ayn, do rultuda, geçmi e yürüyen kanunlar,n geçerlili i için kanunlar,n uygulanmas,n, düzenleyen, usuli nitelikte ve gelece e yürüyen bir kanunun olmas, zorunlu görünmektedir.

Hukuk devleti ilkesinin bir parças,n, olu turan geçmi e yürüme yasa ,n,n küçük çaplı, bir görünüm de i ikli inden sonra hukuki kurumlar, yaratan bir temel ilke olarak görünmesi, kanun kavram, ve niteli i ile hukuk devleti ba lant,s,na giden yolda kaydade er bir kö e ta , olarak de erlendirilebilir. Daha aç,k bir dille tarif etmek gerekirse, hukuk devleti ilkesi mucibince, hukuk düzenlerinde kanunlar,n tan,ma, zaman çizelgesinde geçerlili in i leme do rultusu ve yönü, usul ve teknik özellikler ve di er metotla ilgili nitelikleri ancak gelece e yürüyen, aç,k, anla ,l,r, tereddüde mahal b,rakmayan ve genel nitelikteki bir kanunla belirlenebilecektir²⁹. Di er yandan, kanunlar,n, belirlilik ilkesine³⁰

²⁷ Raz, *Hukuk Devleti ve Erdemiö*, a.g.e., s.156.

²⁸ Raz'ın genel hukuk yakla ,m, da ayn, do rultuda ekillenmi tir. Bkz: Joseph Raz, **Practical Reason and Norms**, Hutchinson, London, 1975, pp.132-154.

²⁹ Raz, *Hukuk Devleti ve Erdemiö*, a.g.e., s.161.

³⁰ Hukuk devleti ve belirlilik ilkeleri aras,nda ili ki hakk,nda bkz: Selda Ça lar, **Hukuk Devletinin Belirlilik İlkesi Üzerinden De erlendirilmesi**, Beta Yay,nevi, stanbul, 2013, b.a.

ve geçmi e yürüme yasa ,na uygun nitelikleri ta ,mas,, cezaland,rmada keyfili in bertaraf edilebilmesi³¹, hukukun ve hukuk devletinin anla ,lmas, bak,m,ndan gereklidir fakat yeterli de ildir. Dahas,, sözü edilen vas,flara sahip, -iyiø bir kanun³² da hukuk devleti kavram,n,n ça r, t,rd, , effaf, adil, özgür ortam, her zaman sa lamayabilece i gibi bir de ihlallerin hukuki gerekçesini olu turabilir. O yüzden hukuk devletini, iyi, etik veya ahlaki gibi hukuk-d, , s,fatlarla ve bu s,fatlar,n z,t anlamlar,yla birlikte kullanmak isabetli olmayacaktır.

Genellik, yay,mılanma, geçmi e yürümeme artlar,na ilave olarak anla ,l,rl,k, çeli meme, imkâns,z olmama, istikrar ve tutarlı,k unsurlar,n,n hukuk düzenini hem gerçek anlamda hukuki bir düzen yapan, hem de hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesini sa lad, , dü ünülmektedir. İlk bak, ta, devamlı,k unsurunun modern hukuk sistemlerinde s,k s,k görülen de i iklikler kar ,s,nda dar yorumlanmas, gerekti i, kanuni de i ikliklerin fazla s,k olmas, halinde insanlar,n kurallara riayet etmesinin beklenemeyece i, kanunun konu ald, , insan davran, lar,n,n tasarlama, haz,rl,k yapma, sonraki zamanlarda olu acak kanuni yap, hakk,nda en az,ndan k,smen teminat alt,na al,nm, beklentilerle ekillendi i varsay,lmaktadır³³.

C. BEKLENT LER VE NET CELER

Hukuk devletinin esas itibariyle edilgen bir anlama sahip ve amac,n,n idarenin keyfili ini mümkün oldu unca azaltmak oldu u söylenebilir³⁴. Sadece idare de il, yasama organ, dahi, kendi yapt, , kanunlara uymak durumunda kalacak, böylece yaratt, , hukuki i lemler, keyfi bir kural olmaktan uzakla ,p -yasamaø faaliyeti kapsam,na girebilecektir³⁵. Hukukun ve kanunlar,n ayn, zamanda öngörülemez, istikrars,z, belirsizliklerle dolu ya da geçmi e yürümekte olu unun insan haklar,n,n ve hürriyetlerinin ihlal edilmesine sebep olmas, genel varsay,m ve beklentidir. Geline nokta oldukça önemlidir: hukuk devleti

³¹ Stefan Glaser, öNullum Crimen Sine Legeö, **Journal of Comparative Legislation and International Law (JCLIL)**, Vol. 24, No: 1, 1942, p.34.

³² Kanunsuzluklar,n ahsi ve maø eri vicdanlar, s,zlatt, , ça lardan ve *de l'Esprit des Lois* yazar,ndan ilhamla, böylesi bir kanunun ancak *üstün zekâl, ki ilerin marifeti* olabilece i söylenebilecektir. Montesquieu, **De l'Esprit des Lois**, Livre XXIX, Chapitre XVI, a.g.e., p.532.

³³ Marmor, öHukuk Devleti ve S,n,rlar, ö, a.g.e., s.174-175.

³⁴ Raz, öHukuk Devleti ve Erdemiö, a.g.e., s.161.

³⁵ Schmitt, **Constitutional Theory**, a.g.e., p.181.

kavram,n,n uhdesinde bulundurdu u edilgen, negatif, müdahale-d, , niteli inin iki sonucundan birincisi, hukuk devleti prensibine uyulmas,n,n bizatihi, kendili inden prensipten beklenen hukuki yarar, temin etmeyece idir; di eri ise hukuk devletine riayet edilmesi sayesinde uzakla ,lan hukuka ayk,r,l, ,n hukuk dünyas,ndaki bir hukuka ayk,r,l,k oldu udur³⁶. Bir ba ka anlat,mıla, ilk sonuç, hukuk devletinin her kap,y, açan bir anahtar, tüm yararlı, ilkeleri bünyesinde bar,nd,ran en kapsamlı, hukuki kurum olmad, , ve sadece hukuk devleti ilkesine uyularak tüm anayasal teminatler,n güvence alt,na al,nm, olmas,n,n dü ünülemeyece i noktas,na i aret etmektedir. kincisine gelince, ilk sonuçla ba lant,l, olarak, vurgulanmak istenen husus hukukun üstünlü ü anlay, ,n,n benimsendi i hukuk düzenlerini sadece ve sadece hukuki düzlemdeki olumsuzluklardan koruyabilece i; ilkeye uyuldu unda her ko ul alt,nda haklar,n, özgürlüklerin somut yans,malar,nda ve uygulamalar,nda do rudan yarar ve koruma sa lan,p sa lanamaya , konusunda kesin bir kanaatin ileri sürülemeyece i olarak dile getirilebilir. Ayn, dü ünçeyle denilebilir ki, kanunlar hukuk devletinin bütün vas,flar,yıla donat,lm, olduklar, halde hak ihlallerine ve hürriyet k,s,tlamalar,na yol açabilir. Ele tirilerden hareketle, hukuk devletinin, varl, ,n,, kendisine yönelen yayg,n ve sorgulanmam, bir inançborçlu oldu u söylenebilecektir³⁷.

Hukuk devleti kavram,n,n bulundu u hukuki ve tabii soyut düzlem ile bireylerin ya am,n, sürdürdü ü, hukuken korunan menfaatlerini ve özgürlüklerini kulland, , ya da kullanmad, , somut düzlem aras,ndaki uyumsuzluklarla ilgili mant,ki ba lant,y, aç,klamak bab,nda, baz, örnekler verilebilir. leti im yetene inden yoksun olan ki inin yalan söylememekte olu u o ki iyi erdemli yapmayaca , gibi, zihni veya fiziki yetersizli inden dolayı, bir ki iyi öldürme gücünden ve imkân,ndan mahrum olan birinin kimseyi öldürmemesi o ki inin istikrarlı, ekilde hukuka uygun davrand, ,na ve faziletli oldu una karine te kil etmeyecektir. ÷Ayn, ekilde, hukuk sisteminin özel, geçmi e yürürlü ve mu lâk kurallar nedeniyle, idarenin keyfili ini ya da özgürlüklere ve insan onuruna yönelik ihlalleri önlemekte/cezaland,rmakta yetersiz kalmas,ndan ahlaki bir sonuç ç,kar,lama(yaca ,)ö gibi³⁸, hukuk devletinden bu sorunu çözmesi de beklenemeyecektir. Hukuk devletinin dar fakat gerçekçi bir yorumundan hareketle var,lan yukarı,daki sonuçlar,

³⁶ Raz, ÷Hukuk Devleti ve Erdemiö, a.g.e., s.161.

³⁷ Brian Z. Tamanaha, **On the Rule of Law: History, Politics, Theory**, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p.58. Hukuk devletinin a maz do rulu una yönelik sözü edilen inanç, idareyi s,n,rlayan temel ve kesin ilkeler konusunda daha belirgindir. Tamanaha, **On the Rule of Law: History, Politics, Theory**, a.g.e., p.58.

³⁸ Raz, ÷Hukuk Devleti ve Erdemiö, a.g.e., s.162.

özellikle, kanunun bir norm olarak önem taşıdığı, hukuk düzenlerinde geçerli ve isabetli görünmektedir.

Kavramın hem beklentileri karşılaması, hem pozitivizmle bağdaşması, mümkün görünmektedir. Terry Nardin, pozitivizm düşüncesi altında yer alan hukukun üstünlüğüne dayalı, pozitivizm kavramının keyfi kurallardan farklı olarak, hukuk devletinin tutarlı bir açıklaması olduğunu savunmaktadır³⁹. Hukuk devletinin edilgen bir değer olması, hukukun amaçları, gerçeğe dönüşürken özgürlüklerin ve insan onurunun maruz kalacağı zararlar, asgari hale getirmek için değil, hukukun amaçları, gerçekleştirebilecek donanımına sahip olması için tasarlanması, hukukun mahiyetine ilişkin bir değer sıfatıyla hukuk devletinin hukuk düzleminde ancak tâli bir rolünün olabileceği, hukuk devletinin ve kendiliğinden kanunilik prensibinin ekli, pozitivist olarak nitelenebilecek yorumunun ulaştırılması, sonuçlar arasında yer almaktadır⁴⁰. Belirtmek gerekir ki, hukukun üstünlüğünün pozitivist yorumu, keyfi kurallara kadar iktidardan ve ahlaktan kaynaklanan hukuktan da ayrı, bir noktada durmaktadır⁴¹. Bu çerçevede, hukuk devletine uygunluğunun hukukun varlığına gayesini ortaya koyma bakımından anlamlı iken, kanunlar için tek başına bir amaç olmadığı, hukuk devleti prensibinin söz konusu ikincil ilerin prensibinin mahiyetinin yanı sıra sonuçları da ortaya koyduğu ileri sürülebilecektir⁴². Yine de aynı bağlam içerisinde, hukuk teriminin anlamı, korumak adına, hukuk devletinin toplumsal beklentilerin karşılanmasıyla engel teşkil etmemesi gerektiği vurgulanması, mukabil, toplumsal anlamda iyi olan hukuk yoluyla gerçekleştirilmesini amaçladığı, savunularak daha dengeli bir tutum ortaya konmuş görünmektedir.

D. POZİTİVİZMİN REALİZME: HUKUK DEVLETİNİN UYGULAMA SORUNU

Genellikle rastlanılmayan bir unsur olarak kurallarla uygulama arasındaki uyum ve tutarlılık hukuk devletinin başlıca tartışılma noktaları, ortaya çıkarmaktadır. Hukukun

³⁹ Terry Nardin, "Legal Positivism as a Theory of International Society", **International Society: Diverse Ethical Perspectives**, ed. David R. Mapel - Terry Nardin, Princeton University Press, New Jersey, 1998, p.17.

⁴⁰ Raz, "Hukuk Devleti ve Erdemi", a.g.e., s.166.

⁴¹ Nardin, "Legal Positivism as a Theory of International Society", a.g.e., p.17.

⁴² Raz, "Hukuk Devleti ve Erdemi", a.g.e., s.166.

soyutlu u ve fiziki imkân, zı, n, zorunlu olarak, kurallar, n say, lamayacak kadar çok miktardaki somut olaylara uygulanmas, nda farklı, l, klar, n olu mas, na yol açt, , n, söylemek yanlı, olmayacaktır. Fakat yine de hukuk devletinden söz edebilmek için olaylara göre sabit olarak s, fatland, r, labilecek nitelikteki kurallar ile bunlar, n uyu mazlı, klara uygulanmas, neticesinde ortaya ç, kan hükümler aras, nda belirli nispette bir tutarlı, l, , n olmas, gerekir⁴³. Kurallar, n uygulamayla uyumlulu unun önemli bir sonucunu ortaya koymakta fayda vard, r: kurallar ögenellikle beklendi i üzere- sabit kald, , süre boyunca somut olaylar, n çözümlerinin az çok istikrar göstermesi gerekiyorsa, ayn, ekilde, kurallar de i ikliklere maruz kald, kça ve hiç üphe yok ki de i ikliklere paralel olarak, mahkemelerin hükümleri de i melidir⁴⁴. Bir ba ka anlat, mla, hukuki düzlemdeki de i im, mümkün oldu unca somut olaylar, n çözümlerine yans, mal, d, r. İlk bak, ta basit gibi görünen paralellik sorununa Türkiye'den üstelik anayasa yarg, s, yla ilgili olarak, anayasa de i ikliklerinin yarg, sal denetimi konusunda anayasa koyucunun gerek 1961 Anayasas, n, n yürürlükte oldu u zaman dilimi boyunca gerekse 1982 Anayasas, döneminde sürekli denetimi k, s, tlay, c, yönde baz, anayasa de i iklikler yap, lm, idiye de, mahkemenin anayasa kurallar, ndaki de i ikli e ald, r, etmeksizin anayasa de i ikliklerini çetli tevellere ba vurmak suretiyle anayasa koyucunun iradesi hilaf, na *boyutlarda* denetlemeye devam etmesi⁴⁵ (ekil veya esas aç, s, ndan denetim meselesi tart, man, n d, , nda kalmaktad, r) hemen ileri sürülebilecek bir misal olarak verilebilecektir.

Kanunlar, n aç, k, genel, objektif, öngörülebilir, geçmi e etkili ve hukuk devletinin zorunlu tuttu u niteliklere sahip oldu u artlar alt, nda bile, hukuk düzeni, haklar, n ölçüsüzce k, s, tland, , özgürlüklerin geni boyutlarda s, n, rland, , bir ortam, n olu mas, na, bir ba ka tabirle prensibin istenmeyen amaçlar do rultusunda bir araç konumuna getirilmesine neden olabilir. Fakat hukuk devletinin pozitivizme yak, n olarak konumland, r, labilecek yorumunun prensibin gereklili ine, önemine, erdemine gölge dü ürmeyece i teyit edilmektedir⁴⁶. Hukuk devleti, te bihte hata olmayaca , kabul edilirse, i ini iyi yapan, keskin, sivri bir b, çak olarak⁴⁷ hukuk düzenine hükmedenlerin kudret elinin alt, nda bulunmakta, effaf, adil, hür bir düzenin kurulmas, do rultusunda kullan, labilece i

⁴³ Marmor, *ÖHukuk Devleti ve S, n, rlar, ö*, a.g.e., s.175.

⁴⁴ Marmor, *ÖHukuk Devleti ve S, n, rlar, ö*, a.e., s.176.

⁴⁵ Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Ekin Press, Bursa, 2008, s.4-5, 40 vd.

⁴⁶ Raz, *ÖHukuk Devleti ve Erdemiö*, a.g.e., s.163.

⁴⁷ Hilaire Barnett, *Constitutional & Administrative Law*, Eighth Edition, Routledge, New York, 2011, p.61.

gibi, tam tersi, arzu edilmeyen bir adli yap,n,n olu mas,na da yol açabilir; keskinlik b,ça ,n gerekli ve iyili ini gösteren bir niteli idir⁴⁸. Ayn, biçimde, kanunlar,n yaz,l, olmas,, öngörülebilirli i, tutarlı, bir bütün arzetmesi, belirlili i, geçmi e yürümemesi, idarenin düzenleyici i lemlerle suç ve ceza yaratamamas, ve di er unsurlar, hukuk devletinde aranan, gerekli nitelikleri olu turmakta; ekli bir de er olarak hukuk devletinin vas,fl,l, ,n, art,rmakta veya azaltmaktad,r. Ahlaken tarafs,z fakat kavramsal bir bak, aç,s,yla hukuk devletini ele alan⁴⁹ Raz,ın deyi iyle, ö hukukun özü, kurallar ve bu kurallar, uygulamakla yükümlü mahkemeler arac,l, ,yla insanlar,n davran, lar,na yön vermektir. Bu nedenle, *hukuk devleti, hukukun kalbidir*.⁵⁰ Fakat u nokta görmezden gelinemez ki, hukuk devletinin gereklerini yerine getirilip getirilmemesi kurallar,n içeri inden ayr, tutuldu unda dahi tek ba ,na de er ta ,maktad,r; zaten hukuk devleti ilkesine uyulup uyulmad, , hususunda yasama organ,na, idari mercilere ve mahkemelere sorumluluk verilmesi, hukuk devletinin söz konusu ba ,ms,z özelli inden ve de erinden kaynaklanmaktad,r. Dolay,s,yla, hukuk devleti prensibi ile onun temel, asli bir parças,n, olu turan kanunilik prensibinin hukuk kurallar,n,n yaln,z içeri ine indirgenmeden ele al,nmas, gerekmektedir.

Kurallar,n hukuk devleti prensibine uygun olarak yarat,l,p uyguland, , bir hukuk düzeninde sadece i levsel veya ekli bir yeterlili in varlı ,ndan söz edilebilir. Marmor, hukuki bak, aç,s,yla görünmeyecek ekilde hukuk devletinin unsurlar,n,n hukuktan farklı, yöntem ve etkiler sonucunda hukuk devleti ilkesinden umulan yararlar,n sa lanmas,na katkı,da bulundu unu dü ünmektedir⁵¹. Bu dü ünçe, devletin hukuk devleti prensibine uygun kurallar yapmas,n, çe itli boyutlar,yla zorunlu tutan unsurlar,n çifte bir etkiye sahip oldu unu ima etmektedir. Hemen alt,n, çizmek gerekir ki, unsurlar,n tesirleri birbirinden ba ,ms,z ve farklı, düzlemlerdedir. Mesela, kanunlar,n genel olmas,n, öngören ilkenin hem kanunun toplum nezdindeki denetim arac, i levine sahip olmas,n, sa lad, , hem de en az,ndan belirli seviyede tarafs,zlı, a eri mesini mümkün k,ld, , söylenebilecektir. Yine, bireyler taraf,ndan öngörülebilme art,n,n gerçekleşmesi yolunu açan kanunlar,n ilan edilerek muhataplar,na ula t,r,lmas,n, içeren unsurun, bir yandan hukuki güvenli in tesis edilmesini mümkün hale getirirken di er yandan kanunun siyasi tart, malar,n konusu

⁴⁸ Raz, *Hukuk Devleti ve Erdemi*, a.g.e., s.163.

⁴⁹ Barnett, *Constitutional & Administrative Law*, a.g.e., p.60.

⁵⁰ Raz, *Hukuk Devleti ve Erdemi*, a.g.e., s.163.

⁵¹ Marmor, *Hukuk Devleti ve S,n,rlar,ö*, a.g.e., s.176.

yapılması, netlik ve hesap verilebilirliğin sağlanması, katkıda bulunduğu iddia edilebilecektir.

II. HUKUK DEVLETİ -KANUN DEVLETİ İLAKSİ

Kanun normunun baskınlığı, altındaki devlet tarafından yaratılmada hukuk devletinin büyük bir öneme sahip olduğu kabul gören bir düstürdür⁵². Kanun koyucunun siyasi tercihleri doğrultusunda, zaman zaman geçmişte yürüyen düzenleme yapması, ani veya örtülü değişikliklere başvurmaması, yasaklanması, ve bu türden hukuk devletinin bir özelliği olarak görülmesi⁵³, hukuk devleti ile kanun devletinin pozitivist görüşüne nazaran, birbirinden ayrılabilirliğini göstermesi itibarıyla ilgi çekici görünmektedir.

Hukuk devleti (*état de droit*) ile kanun devleti (*état légal*) ayrımı, Carré de Malberg'e mülkiyetli olarak görülmektedir⁵⁴. Söz konusu ikili tasnif, hukuk devletinin dilbilimsel yapıyla ilgili bir noktayı ipucunu vermektedir. İngilizcede birincil anlam düzeyinde, hukuk ile kanun anlamları aynı kelimeyle (*law*) kullanılmakta olduğu, bu dilde terminolojik olarak hukuk-kanun ayrımı yapılmamasına müsaade etmemektedir. Buna karşın, Latin kökenli dillerde, İtalyancada (*diritto, legge*), Fransızca (*droit, loi*) ve İspanyolcada (*derecho, ley*)⁵⁵ hukuk ile kanun kelimelerinin farklı olması, bu dillerde hukuk devleti / kanun devleti tasnifini mümkün kılmaktadır.

Keyfili ve en müsamahasız yaklaşımların alanı yargı olması, kanunilik ilkesine ne denli sıkı baskınlık olduğu, bir bakıma yansımalarıdır. Nitekim Adalet Bakanlığı'nın bilinen örnekleri olduğu üzere, hukuk düzenlerinde mahkemelerin hukuk yaratma yetisi ve meşruiyeti ihtimalden kaçınılmaz olarak birlikte, yargı kanunlara ve yazılı usullere sadakatle uyması, hukuk devleti bakımından kaydedilecek bir nitelik olduğu anlaşılmaktadır. Kanunilik prensibinin amaçlarından olan, yargıdaki asıl özgürlükleri tehdit

⁵² Pietro Costa, *Lo Stato di Diritto: un'Introduzione Storica*, **Lo Stato di Diritto: Storia, Teoria, Critica**, ed. Pietro Costa & Danilo Zolo, Seconda edizione, Giannini Editore, Milano, 2003, p.129. Hukuk devletinin idareyi baskınlığı, özelliği millî egemenlik teorisi (*teoria della sovranità nazionale*) ile ilişkilendirilebilir. Costa, *Lo Stato di diritto: un'Introduzione storica*, a.g.e., p.29.

⁵³ Raz, *Hukuk Devleti ve Erdemi*, a.g.e., s.158.

⁵⁴ Costa, *Lo Stato di Diritto: un'Introduzione Storica*, **Lo Stato di Diritto: Storia, Teoria, Critica**, a.g.e., p.130. Devletin kanuna uyması, bakımından, hukuk devleti (*lo stato di diritto*) ile kanun devleti (*lo stato della legge*) ayrımı, çok genel ve katı olduğu çekincesi hesaba katılmamalıdır.

⁵⁵ Parantez içindeki kelimelerin, üç dil bakımından da ilki hukuk, ikincisi kanun anlamına gelmektedir.

potansiyeli ta ,yan erkin, yürütmenin ve idarenin düzenleyici i lem yapma alan,n,n anayasal kurallar uyar,nca yapt,r,mlar, ve k,s,tlay,c, düzenlemeleri d, ar,da b,rakacak ekilde kurgulanmas,, yine kanunilik ve hukuk devleti ilkelerinin ortak gereklilikleri aras,nda yer almaktad,r. Suç ve ceza sahas,ndan idarenin d, lanmas,, keyfilik ad, alt,nda de erlendirilebilecek ahsi duygu ve dü üncelerin özgürlükler alan,ndaki k,s,tlamalarda saik te kil edememesini sa lamak suretiyle, hukuk devletinin *erdemine* giden yolu açmaktad,r⁵⁶. Hukuk devletinin erdeminin, negatif nitelikte ve gerek hukuk-d, , unsurlar,n neden oldu u, gerekse bizatihi hukukun yol açt, , haks,zl,klar, önlemek oldu u dü ünülürken; kanun koyucunun kendi yarataca , muhtemel haks,zl,klar, önceden gözetip engellemesi prensibin pozitif erdemi oldu u ileri sürülebilir⁵⁷.

Kanunlar,n istikrarl, olmas, gerekti ine dair dü ünce, hukukun üstünlü ü ile hukuk devleti ilkeler demetinin bir parças, olarak görülebilecek kanunilik prensibinin ve kanunilik prensibinin hak ve hürriyetlerin en önemlilerini koruma amac, güttü ü suçlar, ve cezalar, ilgilendiren incelemenin konusunu olu turan alt ilkenin ili kisini ayd,nlatmakta bir hareket noktas, olabilecektir. Birbirini tamamlayan parçalardan olu an bir bütün olarak hukuk düzeninin veya tek ba ,na bir kanunun hukuk devletine, -kanunun bir norm olarak tan,nmas, ve vurgulanmas, nedeniyle burada K,ta Avrupas, anlam,ndaki rechtsstaatın kast edildi i söylenebilir- uyumlu olup olmamas,, kanunlar,n de i ikliklere hangi s,kl,k maruz kald, ,yla alakal, sorunlarla ili kilendirilebilir. Razøa göre, bir kanunun geçmi e yürüdü ü veya yürümedi i az çok sonucu belli, çözümünü nispeten daha kolay, berrak bir meseledir. Buna kar ,l,k, kanunun aç,k, anla ,l,r, belirli olup olmamas,; ilave olarak, çizgileri kesin bir biçimde belirlenmemi zaman dilimlerinde istikrarl, olup olmad, , sorunlar, geçmi e yürüme meselesi kadar basitçe çözümlenebilecek nitelikte de erlendirilemeyecektir⁵⁸. Dolay,s,yla, hukuk devletine ayk,r,l,klar,n say,sal olarak óörne in ihlallerin miktar,n,n belirlenmesiyle- aç, a kavu turulamayacakt,r. Ayr,ca, baz, ihlallerin di erlerine göre hukuk devleti ilkesinin uygulamas,na daha çok zarar verebilme ihtimali göz ard, edilemeyecek ciddiyledir. Di er yandan, hukuk devleti kapsam,nda ele al,nabilecek ilkelerin, kanunlar,n gelecekteki olaylar için anla ,l,r ve geçerli olmas, yoluyla hukukun içeri i ve biçimi üzerinde tesirli oldu u ileri sürülebilir. Söz konusu dü üncenin, istikrar,n

⁵⁶ Raz, öHukuk Devleti ve Erdemiö, a.g.e., s.161 vd.

⁵⁷ Elspeth Attwooll, öIs the Idea of Justice Asymmetric?ö, **Law, Justice and State I: Essays on Justice and Rights**, ed. Aleksander Peczenic ó Mikael M. Karlsson, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1995, p.19-20.

⁵⁸ Raz, öHukuk Devleti ve Erdemiö, a.g.e., s.154.

sa lanmas,n,n yaln,zca hukuki bir mesele olmaktan ç,k,p, hükümet etme usulü veya -basiretø gibi siyaset bilimine yara,r terimlerle aç,klanabilecek bir soruna dönü ebilece ine i aret etti i dile getirilebilecektir.

Sadece bir k,s,m yazarlar,n temas etti i gözlemlenen hukuk devleti unsurlar,ndan biri de kurallar ile uygulama aras,ndaki uyumluluktur. Kurallar,n -yapt,rma göreviyle (*signal-funktion*)⁵⁹ ve öinsanlar,n davran, lar,n, etkilemekö⁶⁰ maksad,yla ekillendirilmi , hukuki, normatif bir dille kaleme al,nmas, yeterli de ildir; ayn, zamanda asl,na uygun olarak uygulanmas, da gerekmektedir. Hukukun üstünlü ünün sa lanmas,, çe itli sebeplere ilave olarak, ilan edilen kanunlardaki kurallar ile uygulama makamlar,n,n her bir spesifik olayda esas al,nan kurallar ayn, olmas,na ba l,d,r. Marmor, uygulama sürecinde kurallara uyulmamas,n,n kural,n çi nenmesi ekinde yorumlanmad,kça yay,mlanan, ba lay,c, oldu u duyurulan kurallar,n insan fiillerini ekillendirmesinin mümkün olmad, ,n, savunur⁶¹. Etkililik olarak adland,r,labilecek kurallar,n söz konusu niteli i, pozitivist görü bak,m,ndan bile bir noktada, asgari etkililik (*minimum dæfficité*) düzeyinde de olsa, hukuk normlar,n,n geçerlili ine tesir eden bir unsur olarak de erlendirilmektedir⁶². Soyut kurallar ile somut uygulama aras,ndaki paralelli in sa lanmas, yaln,zca yarg, erkine atfedilebilecek bir mesele olmay,p hukuk kurallar,n,n mahkemeler ve adliye d, ,nda ba ta kamu görevlileri olmak üzere say,larak tüketilemeyecek kadar çok miktarda uygulay,c,lar,n,n oldu unu hat,rlatmakta fayda vard,r. Dolay,s,yla, kuvvetler ayr,l, ,n,n i levlere ba ,ms,zl,k ve güç verilerek hayata geçirilmesiyle, kurallar,n hakk,yla uygulanmas, sorununun çözülebilece ini dü ünme isabetsiz olacakt,r. Kanunlar,n kamu görevlilerine hitaben, gerekli ko ullar sa land, ,nda belirtilen yapt,r,mlar, uygulamalar,n, -uzun bir liste halinde artlar listesi dikkate al,nmak suretiyle- emredecek ekilde, hukuk düzeninin birer parças,n, olu turdu u kabul gören bir dü üncedir⁶³. Kanunlar,n halka hitaben kaleme al,nd, , görü ünün bir yan,lsamadan kaynakland, ,, hâlbuki kurallar,n son zamanlarda giderek belirginle en ve kanunilik ilkesinin önemini art,ran say,sal çoklu u ve

⁵⁹ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Metodolojisi**, 2. Bask., Ekin Kitabevi Yay,nlar,, Bursa, 1999, s.20.

⁶⁰ Hüseyin Batuhan, Teo Grünberg, **Modern Mant,k**, Orta Do u Teknik Üniversitesi Yay,nlar,, Ankara, 1984, s.111'den nakleden Gözler, **Anayasa Hukukunun Metodolojisi**, a.g.e., s.20.

⁶¹ Andrei Marmor, *Hukuk Devleti ve S,n,rlar,ö*, a.g.e., s.199-200.

⁶² Kemal Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giri : Hukuk Normlar,n,n Geçerlili i ve Yorumu Sorunu**, 2. Bask., US-A Yay,nc,l,k, Ankara, 1998, s.86.

⁶³ Marmor, *Hukuk Devleti ve S,n,rlar,ö*, a.g.e., s.200-201.

normatif çe itlili i dikkate al,n,rsa⁶⁴, bireylerin kurallarla aras,nda ancak kamu görevlilerinin devreye girmesiyle yak,nla t,r,labilecek bir mesafenin bulundu u, kanunlar,n halk, muhatap al,yor -gibi görünseø de, esasen bireylerin ihlal etmesi halinde belirtilen artlar uyar,nca yapt,r,mlar, uygulamakla görevli say,lar, s,n,rl, ki ileri muhatap sayd, , söylenebilecektir. En az,ndan unu teslim etmek gerekir ki, hukuku olu turan kurallardan baz,lar,n,n aç,kça davran, lar, yönlendirme amac,yla bireylere yönelik oldu u söylenebilir; fakat yine de ba ka birtak,m kurallar,n mahiyetleri gere i ancak kurallar, uygulama yetkisiyle donat,lm, kamu görevlilerince i ler hale getirilebilece i göz önünde bulundurulmal,d,r. Hatta bir ad,m ileriye gidilerek bu iki kural topluluunun mutlaka örtü mesinin gerekmedi i, halk, ve uygulay,c,lar, muhatap alan hükümlerin ayr, olabilece i ileri sürülebilir. Dava açma, suç duyurusunda bulunma ve benzeri haklar, bah eden kurallar,n bireylere hitap etti i hususu üphe götürmez iken, ceza kanunlar,ndaki, belli bir davran, , i leyen ki inin belirtilen miktar kadar cezaland,r,laca ,na dair kuralda as,l muhatap,n yarg,ç oldu u görülmekle birlikte, z,mnen bireylere yasakl, davran, lar,n bildirildi i söylenebilecektir; son olarak, örne in, memurlar,n disiplin suçlar,n, karara ba layacak kurulun uymas, gereken ilkeleri belirten kural,n da sadece ama sadece kamu görevlilerine hitap etti i iddia olunabilecektir. Kurallar,n kime hitap etti i meselesinin bireylerin hukuku bilmesini, öngörebilmesini sa lamas, beklenen hukuk devleti kavram,yla alakas,n,n kuvvetli oldu u kendili inden anla ,lmaktad,r; çünkü kurallar ile uygulama aras,ndaki paralellik, kurallar,n muhataplar,n,n kimli inin belirlenmesiyle çözülmeye ba lanacak bir sorun görünümündedir.

Alg, biçimi ve düzeyi farklı olan iki muhtemel muhatap grubuna yönelik ç,kar,lan kurallar,n çeli mesinin her zaman zararlı bir durum olmayabilece i, üstelik hukukun bilhassa ceza alan,nda birbiriyle çat, an menfaatlerin ba da t,r,lmamas,na hizmet edece i savunulabilecektir⁶⁵. öyle ki, hukuk kurallar,n,n bir yandan uygulay,c,lara çok s,k, artlara ba lanm, ekilde hukuka ayk,r,l, , tereddütsüz kabul edilen yasakl, fiilleri, daralt,c, ve teknik biçimde yorumlama talimat, vermesi, di er yandan, halk,n yasakl, davran, lar, oldu undan daha geni , kapsamlı, alg,layarak kurallar,n ayn, olmas, halinde olabilece inden daha yüksek bir cayd,r,c,l, n elde edilmesi mümkün olabilecektir⁶⁶.

⁶⁴ Stefan Glaser, "Nullum Crimen Sine Lege", *JCLIL*, Vol. 24, No: 1, 1942, p.35.

⁶⁵ Marmor, "Hukuk Devleti ve S,n,rlar,ö, a.g.e., s.202.

⁶⁶ Hukuk devletiyle alakalı, genel kabullerin güçlü istisnalar,n,n olabilece ine i aret eden bir çal, ma için bkz:

Ku kusuz tam aksi kabul edilemez: bireylerin yasaklı, fiillerle, suçlarla ve cezalarla ilgili algı, sınırlı, daha sınırlı, olması, ve buna karşılık hukuk uygulayıcıların, muhatap alan kuralları geniş yorumlanması,⁶⁷. Birinci ve isabetli olan istisnai dü ünce uyarınca, bireyler kanunilik sınırında bir davranış sergilemekten daha fazla kaçınacak; bununla beraber kanunun yasakladığı, davranış olup olmadığının kesin bilinmeyen kanunilik in o grı hududunda bir fiil i lemesi halinde hâkim kuralları, dar ve teknik bakımdan, açıklanarak yorumlayarak, faili cezalandırmayacaktır. Bu bağlamda, caydırıcı ve kanuni fiilin ya da yaptırımın kanunilik inin caydırıcı etkisi bakımından önem taşıdığı, söylemek yanlış olmayacaktır.⁶⁸. Böylece ancak failin davranışları, apaçık suç teşkil etmesi halinde cezalandırma yetkisi kullanılabilir ve hukuk devleti ilkesine ve kural-uygulama paralelliği prensibine uygun bir yargılama gerçekleştirilmeye olacaktır. Sonuçta gerek bireylerin gerekse hukuk uygulayıcıların, hukukun üstünlüğüne inanmaları, *ótabir-i caizse- güvenli bölgelerden* ayrılmaları, olacaktır.⁶⁹.

Anayasalarda maddeler halinde sıralanan haklar açısından, bir temel prensip olan hukuk devletinin idari düzenlemelerin örneği, açıklanması ve genel kurallara uygun olması, ilkinin artı, dolayısıyla, bir ekleme de olsa kanuna atıf yapmaktadır. Kanunların genelliği elde tutulup, hukuk devletinin özü olarak tavsif edilebilecek hukuk kuralları, genelliği ile birlikte değerlendirildiğinde, Razı hukukun iki anlamından örneği, istikrarlı ve effaf kuralları biçimindeki ikinci anlamın isabetinin teyit edildiği söylenebilecektir. Böylesi bir değerlendirilmenin, hukuk devletinin pozitivist yorumuyla tutarlılık arz ettiğinden bahsetmek yanlış olmayacaktır. Genel kuralları kanunlar ekinde tevil edilmesi, sıradan yazar tarafından düzenlenmektedir: *Özel kurallara göre daha istikrarlı olan bu genel kanunlar, çeşitli sınırlamalar getirmek suretiyle özel kuralları neden olabileceği öngörülemezliğin en aza indirecektir.*⁷⁰.

Meir Dan-Cohen, **Harmful Thoughts: Essays on Law, Self, and Morality**, Princeton University Press, New Jersey, 2002, p.18 vd.

⁶⁷ Marmor, *Hukuk Devleti ve Sınırları*, a.g.e., s.202, 56 numaralı dipnot.

⁶⁸ Michael Codner, *Defining Deterrence*, **Deterrence in the Twenty-First Century: Proceedings**, 18-19 May 2009, ed. Antony C. Cain, Muir S. Fairchild, London, 2010, p.20.

⁶⁹ Marmor, *Hukuk Devleti ve Sınırları*, a.g.e., s.202.

⁷⁰ Razı, *Hukuk Devleti ve Erdemi*, a.g.e., s.154-155.

III. HUKUK DEVLETİNİN BİR UNSURU OLARAK KANUNİLİK

Toplumı yöneten tekel olan devletin yarattığı, asli düzenleyici işlevler olan kanunlar, hangi nitelikleri taşımaları gerektiği bakımından kanunilik ilkesinin unsurları ile hukuk devleti ilkesinin unsurları arasında, görmezden gelinemeyecek düzeyde bir örtümenin mevcut olduğunu belirtmek isabetli olacaktır. ki prensibin unsurları, kısıtlanmadıkça, hukuk devletinin bireysel negatif statü güvencelerinin hemen tamamını kapsamaması yönüyle, kanunilik düncüsünü de kendiliğinden kapsamadığı ileri sürülebilecektir. Halleve'nin bilimsel hukuk teorisinden ilhamla bu çalışmada ortaya koyulan düncü hatırlanacak olursa, ilkel-üstü ilke (*supra-principle*) / temel ilke (*fundamental principle*) ayrımları⁷¹ hukuk devleti ve kanunilik prensipleri için oldukça uygun kategoriler olduğu söylenebilecektir. Yine vurgulamak gerekir ki, ilkel-üstü ilke kategorisinin müphemliyle hukuk devletinin, Manderson tarafından bulutsu olarak sınıflandırılan, belirsiz mahiyeti⁷² örtülmekteyken; diğer yandan temel ilke kavramının ilkel-üstü ilke terimine nispeten uygulanmaya elverişli içeriği ile kanunilik ilkesinin somutlaşabilen yapısal, ciddi boyutta paralellik arz etmektedir. Bu itibarla, kanunilik ve hukuk devletini birbiriyle aynı dürtüde ayrılmak üzere ilkel olarak da; birinin içinde yer alan, (kanunilik düncüsünün hukuk devleti düncüsüne dâhil olduğu) iç içe geçmiş iki prensip olarak konumlandırılmaları olacaktır.

A. KANUNİLİĞİNİN ÖNEMİ

En mühim eseri olduğu düncülenen *Introduction to the Study of the Law of Constitution* adlı çalışmada, İngiliz anayasa hukuku biliminin kurucusu olarak bilinen Albert Venn Dicey, mahkemelere isnat edilen bir vecizeyi *Year Books* davalarından⁷³ ve Gneistøten iktibas ederek vurgulamaktadır. Vecizede dile getirilen düncünün kökeni on beşinci yüzyıla kadar gitmektedir. Nitekim aynı özgün haline on beşinci yüzyılda İngiliz anayasal fikirlerini inceleyen bir kitapta rastlanılmaktadır: "Kanun, kralın sahip olduğu en büyük mirastır; Çünkü kral ve halk, onunla idare edilir; kanunun olmadığı yerde ne kral ne

⁷¹ Halleve, *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*, a.g.e., p.3.

⁷² Manderson, *Kangaroo Courts and the Rule of Law: the Legacy of Modernism*, a.g.e., p.70.

⁷³ Sözün dile getirildiği davanın künyesi şöyledir: 19 Henry VI, Pas pl I, Rex v. Rector of Eddington. Stanley B. Chrimes, *English Constitutional Ideas in the Fifteenth Century*, Cambridge University Press, New York, 2013, p.357.

de krallık vardı.⁷⁴ Alıntı, hukuk devleti-kanunilik ili kisi çerçevesinde yorumlamadan önce Dicey'nin alıntı, kullandığı, hukuk devleti bağlamındaki yaklaşımın, ele almakta fayda vardır. Bir kere hareket noktası, yazar açısından doğrudan olarak İngiltere olup Norman saldırısından itibaren siyasi kurumların temelinde iki prensibe dayandığı, bunlardan ilkinin Taç'ın tartışılmaz yetkisiyle simgelenen ve sonra parlamentonun üstünlüğüne dönüşen bir merkeze dayanan, merkezi hükümetin ülkenin her tarafında hâkim olması, ikincisinin hukukun üstünlüğü ya da Kutsal Avrupa, terimiyle söylemek gerekirse hukuk devleti olduğu, bu iki temel prensibin birbirini yakından ilgilendirdiği düşünülmektedir.⁷⁵

Parlamentonun yaptığı düzenleyici işlemlerin kanun niteliğini taşıyarak ülkenin tamamında bağlayıcı, ayni ve şahsi haklar, devlet idaresinin merkeziliyeti, hukuk devleti ve doğal tabii Anglosakson boyutuyla kanunilik prensiplerinin aynı potasya eriyerek bağdaştırılabilir hale getirmektedir. Parlamento öncesi dönemde yasama faaliyetini kralın icra ettiği, aynı zamanda merkezi hükümetin yegâne temsilcisinin de yine kral olduğu dikkate alınacak olursa, Dicey'nin atfettiği bulduğu vecize daha bir anlam kazanacaktır. Hukuk devletinin farklı yorumları var, bilinmesine rağmen, hukuk düzenleri arasında ayrımlar yapmaksızın idareyi dizginleyici, sınırlayıcı, iktidarı teslim edileceğine göre, kralın miras kalan kanun, böyle bir kanundur ki yasama işlemleri yapma yetkisi kendi döneminde tartışılmaz olan kralın üzerindedir; dolayısıyla *anayasal* bir kanun olduğu söylemek muhtemelen sakınca doğurmayacaktır. Yine, kralın miras, kanun böyle bir vasa sahiptir ki, sadece herkes, halk değil kral, kendisi de tevarüs edilen kanunla bağlıdır ve o kanuna itaat etmek durumundadır. Diğer yandan, kralın tâbi olduğu kanun böyle bir kanundur ki, sadece kralın değil aynı zamanda krallık varlığı sebebiyle meşruiyet dayanağıdır. *Sera* kelimesinin ülke ve krallık anlamına geldiği göz önüne alınarak, yazarın alıntısından hareketle, siyasi ve hukuki düzenin yanısıra belli bir coğrafyanın ve hukuki iktidarın ve kuvvetin kanunla bağli olduğu söylemek yanlış olmayacaktır.

⁷⁴ *La ley est la plus haute inheritance, que le roi had; car par la ley il meme et toutes ses sujets sont rulés, et si la ley ne fuit, nul roi et nul inheritance sera.* Chrimes, **English Constitutional Ideas in the Fifteenth Century**, a.g.e, p.357. İngiliz mahkemelerine izafe edilen sözün gerek Dicey'nin eserindeki gerekse daha eski metinlerdeki dilinin Fransızca olması dikkat çekmektedir. Fransızca kanun kelimesi olması, iktibasta kanunun *ölâ-yö* kelimesiyle karışılmasının, iktibasın eski oluğuyla tevilye edilebilecek bir husus olarak görünmektedir.

⁷⁵ Albert V. Dicey, *Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamaları*, a.g.e., s.25.

B. DICEY: HUKUK DEVLETİNİN ÜÇ ANLAMINDA KANUNLARI

Sadece Anglo-sakson hukukun üstünlüğü anlayışı, için de il, aynı zamanda hukuk devletinin evrensel mahiyeti hakkındaki tartışmaların da Albert Venn Dicey ile başladığını ileri sürmek isabetli olacaktır.⁷⁶ Hükümetin keyfi kuvvet kullanmaması, herkesin olağan hukuka ve olağan mahkemelere tâbi bulunması, ve son olarak anayasa hukukunun genel ilkelerinin ülkenin olağan hukuk düzeninin ürünü neticesinde meydana gelmesi, biçiminde özetlenebilecek hukuk devletinin üç anlamının varlığından söz eden Dicey, bu üç boyutu farklı, fakat birbiriyle alakalı bulmaktadır.⁷⁷

Hukuk devletinin birinci anlamı, keyfi iktidarın önlenmesiyle bağlantılıdır.⁷⁸ Hukukun üstünlüğü ve hukukun hükümlerine, ki ilerin ancak olağan usuller içerisinde ve olağan merciler tarafından hukuka aykırı davranışın tespiti edildiği takdirde cezalandırılabilmesini gerektirir ki bu anlam geniş, takdire dayanan veya keyfi yetkileri dışlamaktadır. Öte yandan, kimsenin kanunun üzerinde olması kâfi değildir; ayrıca ünvan veya herhangi bir özellik ayrtılmeksizin herkesin olağan usuller çerçevesinde olağan mahkemelerde yargılanması, icap etmektedir.⁷⁹ Ki artı yakını gibi görünse de ayrı anlamlar, deruhte etmektedir. Öyle ki, bir kişi hukuken kanunun emri altında bulunması, nara men bir düzenleme dolayısıyla herkesin yargılandığı usuller doğrultusunda ve mahkemeler tarafından de il de olağın d, ndaki biçimlerde yargılanıyorsa, sözü edilen hukukun üstünlüğü ünü ikinci artı, sa lanmı, olmayacaktır. İngiliz hukukçu, Fransa özelinde tüm K,ta Avrupası devletlerini kanun önünde yargılama e itli i açs,ndan kusurlu bulmaktadır. 1791 Fransız Anayasasında kralın Fransızların de il Fransanın kralı olması, böylece devlet tüzel kişiliğinin olması, devlet idarelerinin iktidarını de i mesiyle hukuki geçerliliğini yitirmemesinin sağlayacağı, dü ünülen güvenceler⁸⁰, Fransa hukuk düzenini ele tirilmekten kurtarmamaktadır. Öyle ki, yazar, İngiltere'nin tarif edilen hukukun üstünlüğü açs,ndan onaltıncı yüzyıla sona ermeden başladığı seviyeyi K,ta Avrupası,

⁷⁶ Kaarlo Tuori, **Ration and Voluntas: The Tention Between Reason and Will in Law**, Ashgate Publishing, Farnham, 2011, p.212.

⁷⁷ Dicey, *Hukuk Devleti: Do as, ve Genel Uygulamaları*, a.g.e., s.28.

⁷⁸ Tuori, **Ration and Voluntas: The Tention Between Reason and Will in Law**, a.g.e., p.212.

⁷⁹ Dicey, *Hukuk Devleti: Do as, ve Genel Uygulamaları*, a.g.e., s.31.

⁸⁰ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 13. Bas., Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.143. Devletin statüsünün, kurucu belgesinin anayasa olması, cezalandırma yetkisi gibi tüm güvencelerin de anayasadan hukuk düzeninde var olmasıyla birlikte başlaması, zorunlu kılmaktadır. K,ta Avrupası, hukuk düzeninin -Fransa özelinde-teminatları, bu açıdan tenkit edilebilir. Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s.142.

ülkelerinin onsekizinci yüzyılın sonuna kadar yakalamaya çalıştığını, ileri sürmektedir⁸¹.

Hukukun üstünlüğünün üçüncü anlamı, anayasa kavramıyla yakından bağlantılı olup İngiliz hukukunun belgelerinden çok ruhuyla alakalıdır⁸²; öyle ki, anayasa-hukuk düzeni bağlantısız bakımdan Kıta Avrupası hukuk geleneğinden apaçık bir farklılık bünyesinde barındırmaktadır. Buna göre, Anglosakson hukuk anlayışında ki isel özgürlük, toplantı hakkı gibi anayasanın genel kaideleri mahkemelerce karara bağlanan davaların sonucunda meydana çıkan birey haklarıyla tekerleştirmek ve hukukun üstünlüğü veya daha yaygın bir terimle hukuk devleti bu kararlar neticesinde anayasanın bir parçası haline gelmektedir⁸³. Kuşkusuz Dicey'nin çizdiği hukuk devletinin bu üçüncü boyutu, Thomas Paine'nin anayasanın bir öznesi değil bir vakıf olduğu ilik fikirlerini⁸⁴ akla getirmektedir. Yine anayasanın sebep değil sonuç olduğu doğrultusundaki hukuk devleti tanımı, bir bağlantılı İngiliz yazarın, Arthur Young'un daha cesur ve çarpıcı olarak derlendirilebilecek "Anayasa Fransızların sahip çıktığı, yeni bir terim olup Fransızlarca kullanılmayan ve yemek tarifıyla yapılan bir pudıngtir!"⁸⁵ diyerek İngiliz tarzı anayasa anlayışıyla Fransız anayasasını alımlan, alaya aldığını, sözünü hatırlatmaktadır.

İngiliz anayasa hukukunun kurucusu, anayasanın yaratıcısı, fakat zaman içinde olutulu düüncesini muhtâl ve lâfzen anlamsız bulmaktaysa da, anayasanın bir hamlede meydana gelmediğini, genel anlamıyla bir yasama işlemi olmadığını, tam tersine haklar ve hürriyetleri korumak amacıyla mahkemelerin giriştiği çabaların sonucunda olutuluunu, son tahlilde hâkim yapış, bir anayasa olduğu, içtihadı olmanın müspet menfi her özelliğini taşıdığı, savunmaktadır⁸⁶. Tabii, sonuçta önemli olan ki isel özgürlüklerin koruma altına alınması, tımdengelim veya tümevarım yöntemiyle, anayasadan ya da uygulamadan kaynaklanmasın, bir ayrıntıdan ibarettir. Cezalandırma yetkisine karşı İngiliz parlamentosunun yaptığı düzenleyici işlem, Habeas Corpus Act'ın manası, mahkeme kararlarıyla varlığını, hukuken benimsenen haklar, bir kat daha güçlendirmek olarak ifade

⁸¹ Dicey, *Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamaları*, a.g.e., s.32.

⁸² Elisabeth Zoller, **Introduction of Public Law: A Comparative Study**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, p.120.

⁸³ Dicey, *Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamaları*, a.g.e., s.32-33.

⁸⁴ Thomas Paine, **Political Writings**, edited by Bruce Kuklick, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, p.81.

⁸⁵ Charles Herman Pritchett, **The American Constitutional System**, 5th edition, McGraw-Hill, New York, 1981, p.2; John Brigham, **The Cult of A Court**, Temple University Press, Philadelphia, 1987, p.40.

⁸⁶ Dicey, *Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamaları*, a.g.e., s.33.

edilebilir ve dolayısıyla söz konusu kanunu ilga etmek sanıldıkça, bundan çok daha az sonuç hak kısıtlayıcı sonuç doğuracak, herkes haklarını kullanmaya devam edecektir. Habeas Corpus, belirgin şekilde herhangi bir ilke koymasa ve herhangi bir hak tanımlamasa da, uygulamada ki i hürriyetini teminat altına alan yüzlerce anayasa maddesinden daha değerli oldu u söylenebilir; fakat bu durum İngiliz hukuk düzenine egemen olan hukuki ruhla dayanan hak-çözüm ilkesinin anayasa ile bağdaşmayacağına, göstermemektedir.

Amerikan anayasası, eyalet anayasaları, Anglosakson içtihat hukuk düzeniyle yazılan anayasalar, hukuk devleti kavramında örtü mesine örnek olarak verilebilecektir. Bir açıdan ada hukuku, özünde fren ve denge sistemi üzerine kurulmuş olmasıyla düzenin hukuken güvence altına alınmadıkça, gerekçesiyle eleştirilmekteyken⁸⁷, diğer tarafta, hukuk devleti ilkesi uyarınca Kıta Avrupası, anayasa koyucularının hakları, önce belirleyerek ifade edilmeden bir kusur olmayıp aslında doğrudan doğruya hukuk geleneğiyle ilişkilendirilmelidir⁸⁸. Hukukun üstünlüğü, ada hukuk düzeninde ki i hakları ve hürriyetlerine ve tabii somut ihlaller hakkındaki içtihatlarla sık sık bağdaşmayan, dar anlamda bir normdan kaynaklanmamaktadır. Dicey'in izah ettiği hukukun üstünlüğü anlayışından hareket edilirse, hukuk devleti ile kanunilik prensibi arasındaki ilişki bağlamında hukukî kanunilik olarak algılanmakta olduğu, kanunun sadece yasamanın genel, soyut, objektif düzenleyicisi şeklinde tanımlanması ve cezalandırma yetkisinin kaynağı, sadece yasama ilminde aranması, Kıta Avrupasındaki kanunilik prensibiyle karşılaştırılmayacağı, söylenebilecektir. Kanunilik prensibinin hukukî ve içtihadî biçiminde algılanması, devletler altında hukuk devleti veya daha doğrudan doğruya bir terimle söylemek gerekirse hukukun üstünlüğünün bilhassa birey özgürlüğünü kısıtlayan cezalandırıcı ilimler açısından kanunilik ilkesiyle yakından alakalı olduğu kendiliğinden anlaşılmaktadır.

C. HUKUK Hİ MAYEN N AKLÎLE T R LMES : KILIÇ VE ASA

Razı çokça tenkit ettiği Dicey'in fikirleri bir kenara bırakılarak, bir hukuk düzeninde genel, anlaşılır ve istikrarlı kanunların olması gerektiği kadar özellikle yasama

⁸⁷ Jesse Macy, **The English Constitution: A Commentary on Its Nature and Growth**, William S. Hein Publishing, New York, 1988, p.35.

⁸⁸ Dicey, *Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamaları*, a.g.e., s.34.

d, ,ndaki di er anayasal erklerin, yürütme ve yarg,n,n i leyi i bak,m,ndan özel, ayr,nt,l, kurallar,n kabul edilmesinin srailli yazar taraf,ndan hukuk devleti ilkesine ayk,r, görülmedi i anla ,lmaktad,r. Tabii, ihtiyaç duyulan teferruatl,, belli bir konuya özgü düzenlemeler, genel, soyut, istikrarl, kanunlara uygun olmal,d,r ki hukuk devletinin bir unsuru sa lanm, olsun. nsanlar,n hukukla idare edilmesi ve di er yandan insanlar,n kurallara boyun e mesi ile hukukun insanlar,n fiillerini ekillendirebilecek durumda olmas,, di er bir anlat,mıla yapt,r,m uygulayabilecek kadar güçlü olmas, hukuk devletinin iki art, olarak gösterilmektedir⁸⁹. Devlet iktidar,n, ehliyle tiren, s,n,rlayan bir prensip olan hukuk devletinin varolabilmesi için, zorlama gücüne sahip bir hukuk otoritesinin varl, ,n,n art ko ulmas, ilk bak, ta bir çeli ki gibi görünse de, kural, ancak ihlal etme yetene ine sahip olan ki i ihlal edebilirø fikri do rultusunda hukuk devletinin bu yorumunda isabetsizlik görünmemektedir. Bu itibarla, hukuk devleti dü ünncesinin ortaya ç,kmas,n,n öncelikle hukukun haklar,nda uyguland, , bireylerin fiillerini ekillendirebilmesine ba l, oldu u söylenebilir. Hukukun, deyim yerindeyse, bu realist yorumu sonucunda kanunlar,n hangi yollarla, yöntemlerle veya kimler taraf,ndan ne ekilde yap,ld, ,yla ilgilenmedi i; bir hükümdar, seçilmi bir topluluk ya da ba ka herhangi bir kuvvet taraf,ndan yap,lmaz,n,n -genel kanaatin aksine- hukuk devleti kavram,n,n müdahil oldu u bir konu olmad, , dü ünülmektedir.

D. ALT UNSURLARIN PARALELL N N DE ERLEND R LMES

Hukuk devletinin pek çok alt unsurdan olu tu u, hukuk devleti hakk,ndaki uçsuz bucaks,z tart, malar,n derinli inden ve yayg,nl, ,ndan istihraç edilebilecek bir bilgi olarak görünmektedir. Prensibin tan,mılar, aras,nda yer alan *öa government of laws, not menö* (insanlar,n de il kanunlar,n yönetimi) ifadesinin belirsizli inin⁹⁰ alt unsurlara bir ölçüde bula t, , ileri sürülebilir. Bununla beraber hukuk devleti emsiyesi alt,nda kümelenen ilkelerden baz,lar,n,n di erlerine nazaran daha ön plana ç,kt, , görülmektedir. Bunlar,n ba ,nda, genel anlamda bu incelemenin konusunu olu turan kanunilik ilkesi gelmektedir. Hukuk devletinde tüm kanunlar, gelece e yürüyen, net, anla ,l,r olmal,d,r. Öte yandan,

⁸⁹ Raz, *öHukuk Devleti ve Erdemiö*, a.g.e., s.152.

⁹⁰ Ignacio Sánchez-Cuenca, *öPower, Rules, and Complianceö*, **Democracy and Rule of Law**, ed. Adam Przeworski - José María Maravall, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p.62.

belirtmek gerekir ki, fiillerin i lendi i andan sonra yap,lan kanunlar,n söz konusu fiillerin insanlar taraf,ndan i lenmesinden önce, do al olarak, fiilleri gerçekte tirilmesi hakk,ndaki karar,, daha hukuki bir tabirle, özgür iradeyi bilinç ba lam,nda etkileyemeyece i hakk,nda tereddüt yoktur; her olgu ancak kendisinden sonrakileri etkileyebilir.

Kanunilik prensibinin zorunlu unsurlar,ndan olan kanunlar,n geriye yürüme yasa ,na tabi olmas,n,n tek isnisnas, bir fikre göre, davran, yap,l,rken geçmi e yürüyecek bir kanunun yap,laca ,n,n bilinmesi halidir⁹¹ ki, ça da hukuk anlay, ,yla bunu ba da t,rnak zordur. kinci olarak, hukukun üstünlü ünün gerçekte tirilebilmesi için kanunlar,n muhataplar,na duyurulmas, zorunludur. Düzenlemelerin ilan,n,n gerekli bulunmas, kanunun resmi gazetelerde ilan,na indirgenemeyecek bir art gibi görünmektedir. Daha aç,k bir ba ka tabirle, insanlar,n kanunun yer ald, , yaz,l,, bas,l,, görsel veya di er platformlardaki kaynaklara ula mas,n,n mümkün olmas, kadar kolay, eri ilebilir olmas, da muhataplara duyurulma gereklili ine dâhil edilebilecek özelliklerdendir. Hatta Hayek'in istemedi i türden bir devlet müdahalesi⁹² ile bireylerin e itim, sosyolojik, sosyo-psikolojik nedenler ve fiziki imkânlar aç,s,ndan kanunlar, takip edebilecek düzeye getirilmeleri dahi kanunlar,n hükümleri alt,na ald,klar, insanlara ilan edilmesi art, kapsam,nda de erlendirilebilecektir. K,sacas,, insanlar kanunlara dilediklerinde eri ebilmelidir; bu art hem hukuk devletinin hem suçlar ve cezalar, da kapsayacak ekilde kanunilik ilkesinin bir sonucudur. Di er yandan, neyi kast etti i anla ,lamayan, kulland, , dili ile üslubu kapal, ve mu lak kurallar yaln,z kurallar,n kendisiyle ilgili olarak de il, ayn, zamanda hukuk düzeninin olu turdu u *Corpus* hakk,nda insanlar,n yeterince bilgilendirebilecek durumda olmad,klar,ndan karma ,k yorumlara ve neticelere yol açabilece inden hukuk devleti ana ilkesi ve keza kanunilik prensibine ayk,r, bulunmaktadır.

Spesifik olarak, suçta ve cezada kanunilik ilkesi boyutuyla bak,ld, ,nda, ilkenin vazgeçilmez unsurlar, aras,nda yer alan belirlilik, geriye yürüme yasa , ve öngörülebilirlik alt prensiplerinin özel bir çaba gerekmeksizin, anayasal boyutu ku ku götürmez hukuk devletinin mahiyeti incelenirken, kendili inden, seyahat özgürlü ünü s,n,rlayacak yarg, kararlar,n, da bilhassa kapsayacak ekilde gözler önüne serildi i anla ,lmaktadır.

Genellik, hukuk devleti ve kanunilik ilkelerinin örtü tü ü unsurlardan biri olup

⁹¹ Raz, öHukuk Devleti ve Erdemiö, a.g.e., s.153.

⁹² Hayek, **The Constitution of Liberty: Text and Documents**, a.g.e., p.329.

herhangi bir normun iki boyutuyla, norm-özne (*norm-subject*) ve norm-fiil (*norm-act*) kavramları, yardımıyla ele alınrsa daha isabetli bir değerlendirme yapılabilir⁹³. Daha önce, genellik ilkesinin bazı şartlar çerçevesinde belirlilik ilkesiyle çelişecek şekilde düzenlemelerin açık seçik olması, düncesine ters düşecek doğrultuda ve ayrıca derecelilik esasına dayalı olarak yorumlanabileceği dile getirilebilir. Marmor'da norm-fiil, ismen belirtilen hukuki öznelerin bir fiili yapması, veya yapmaması, emreden norm çeşidini ifade ederken, soyut ifadelerle belirli bazı özelliklere sahip hukuki öznelerin bir davranış yapması yapılamayacağına, açıklayan normlar norm-özne olarak sınıflandırılmaktadır. Kanunlar, norm-fiil kategorisine girecek şekilde belirli bireylere yönelik biçimde düzenlemelere yer vermesinin niçin yanlış olduğu söylemeye dahi gerek yoktur. Her ne kadar kanunun muhatapları, açık biçimde gösterdiği düzenlemelere kimi zaman ihtiyaç duyulsa ve bu ihtiyaçlar karşısında norm-fiil türünden kanunlar yaratılsa da, çoğunlukla norm-özne olarak sınıflandırılacak, belirlenmiş bir genel niteliğe sahip özneleri muhatap alan düzenlemelere rastlanmaktadır⁹⁴. Dikkat sarf edilmesi gereken nokta şudur ki, norm-özne tipindeki kanunlarda soyut biçimde tanımlanarak belirtilen öznelerin sayısı, bakımından bir sınırlama yapılmamış olup kanunun muhatapları, sayısı, bir kişi ile kanunun geçerli olduğu coğrafyanın tamamındaki insanlar, sayısı, arasında bir miktarda olabilecektir. Bu itibarla, normün tanımlanma gerekçesi ile norm-öznelerin gerçek bir şekilde sınıflandırılması, arasındaki ilişkinin hukuk devleti ve kanunilik prensiplerinin paylaşılması, genellik ilkesinin ifade ettiği anlamla örtüşmesi söylenebilecektir.

Kanunluluğun neredeyse demokrasi kadar zorbalıca da hizmet edebileceği düşünülmektedir⁹⁵. Bilhassa genellik ilkesi bakımından hukuk devleti ilkesine uygun davranılmasını ve böylece norm-öznelerin genellikle riayet edilerek belirlenmesinin her zaman iyi sonuç vermeyeceğini idrak etmek için dar anlamda kanunilik ilkesine uygunluk konusunda ihmal gösterdiği söylenemeyecek olan Güney Afrika'daki Apartheid rejimini

⁹³ Eugenio Bulygin, "Existence of Norms", **Actions, Norms, Values: Discussions with Georg Henrik von Wright**, ed. Georg Meggle, Walter de Gruyter, Berlin, 1998, p.237-238. Helen Fay Nissenbaum, **Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life**, Stanford University Press, Stanford-California, 2010, p.139. Norm-fiil ile norm-özne arasındaki ayrımın ilk defa G.H. von Wright tarafından *Norm and Action* ismini taşıyan eserinde yapıldığı görülmektedir. Bkz: Georg Henrik von Wright, **Norm and Action: a Logical Enquiry**, Routledge, New York, 1963, chapter 5.

⁹⁴ Marmor, "Hukuk Devleti ve Sınırlar", a.g.e., s.177.

⁹⁵ James L. Gibson, **Overcoming Apartheid: Can Truth Reconcile a Divided Nation**, Russell Sage Foundation Press, New York, 2004, p.183.

hatırlamak yeterli olacaktır.⁹⁶ Apartheid rejiminin pozitif anlamda hukukun üstünlüğü için temel alınmadığı tartışılmaktadır.⁹⁷

Kelsen'in yaklaşımına hukuk ile devletin birbirinden ayrı düşünülmesi bir noktasından yola çıkılmasa bile birbiriyle alakasız kuvvetli olduğu çoklukla kabul edilen iki kavram ve müessesenin önceki işlemlerle sonraki işlemler arasında devamlılık veya istikrar olduğu söylenebilir. Kelsen'de hiç de uzak düşmeyen fikirlere sahip olduğu düşünülen Joseph Raz, hukuk devletinin unsurları arasında kanunların belli bir oranda bile olsa istikrar arz etmesini göstermektedir.⁹⁸ Sık sık ya da beklenmedik surette değişikliklere maruz kalan düzenlemelerin muhataplarında tedirginlik, kararsızlık ve öngörülemezlik neden olabileceğini söylemek isabetsiz olmayacaktır. Hukukun üstünlüğüyle ilgili ilkeler (unsurlar), belirsizlik ve öngörülemezlik yaratan kanunlarla artan iktidarın keyfiliğini azaltmayı hedeflemektedir.⁹⁹

İnsan iradesinin biçimlenmesinde eski bilgi, deneyim, olay ve olguların payı inkâr edilemeyeceğine göre özellikle kişisel hürriyetini, temel hak ve hürriyetlerini ilgilendiren kanunların istikrarsız olduğu hukuk düzenlerinde bireyler sürekli mevcut düzenlemelere her an deşebilecek kurallar olarak bakabilecek ve hukuki güvensizliğe ve endişelere kapılabileceklerdir ki, hukukun üstünlüğü anlayışının bertaraf etmek istediği sorunun bu belirsizlik ve itimsizlik olduğu söylenebilecektir. Kanunların istikrar meselesi itibarıyla bir bakıma husus, insanın tersine, nispeten devamlılık arz etmeyen kurallar bütününe sadece kısa vadeli bireysel kararlar, etkilemekle kalmayıp insan ömrü göz önüne alınrsa, uzun vadede olarak nitelenebilecek zaman dilimlerinde bireylerin alacakları sürekli ve tesir doğuran kararlarında da olumsuzluklara, karmaşıklıklara neden olmaktadır. Buna örnek olarak, vergi hukuku veya şirketler hukuku alanlarında en azından temel kuralların, ana çizgilerin hatta kimi zaman teknik ayrıntıların dahi serbest piyasa ekonomisi içerisindeki karar vericilerinin maruz kalacağı öngörülemezlik verilebileceği¹⁰⁰ gibi, yerleşik itimsizlik konularında bireysel özgürlüklerin yeterince güvence altına olmamasından, ceza kanunlarının hakları, sıtlayıcı hükümlerinden ve bu düzenlemelerin deşken olmasından

⁹⁶ Marmor, *Hukuk Devleti ve Sorunları*, a.g.e., s.179.

⁹⁷ Gibson, **Overcoming Apartheid: Can Truth Reconcile a Divided Nation**, p.183.

⁹⁸ Raz, *Hukuk Devleti ve Erdemi*, a.g.e., s.153.

⁹⁹ Robert Barro, *Dictatorship and Rule of Law: Rules and Military Power in Pinochet's Chile*, **Democracy and the Rule of Law**, a.g.e., p.189.

¹⁰⁰ Joseph Raz, *Hukuk Devleti ve Erdemi*, a.g.e., s.153.

dolay, bireylerin verebilece i uzun vadeli kararlar da kanunlar,n istikrar, ve hukuk devletinin ve kanunilik ilkesinin öngörülebilirlik unsurunun önemi aç,s,ndan bir ba ka örnek olu turabilir. Hukuk düzeninin uzun süreli bireysel kararlar, güvence alt,na almas, genelde hukukun üstünlü ü veya hukuk devleti olarak ifade edilen ilkeler *corpus*ıyla, özelde suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle s,k, ba lant,lar, olan bir zorunluluktur. Hangi fiillerin seyahat özgürlü ünün k,s,tlanmas, veya malvarl, , yapt,r,m,yla cezaland,r,laca ,n,n önceden bilinmesi yeterli olmay,p yapt,r,m,la kar ,lanan davran, lar,n nisbeten makul kar ,lanabilecek bir zaman dilimi boyunca kanuni de i ikliklere maruz kalmamas, gerekir ki, ancak bu öngörülebilirlik sayesinde bireyler hukuk devletinin nimetlerinden yararlanabilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KANUNLARIK PRENSİPLERİNİN KURAMSAL YAPISI VE ANAYASAL DÜZÜNCESİ

Hukuk düzenlerinin ulaşılabildiği, gelişimsel, uzmanlaşmaya dayalı, farklılaşma ve konuşulmuş, uzaklaşmış madani ötürü farklı hukuk alanlarındaki ilkelerin birbirinden ayrı, bağımsız teorik ve fiili ortamlarda geliştiği ekinde özetlenebilecek yanlış ya da düzeltilmesinin yolunu açmaktadır. Bütüncül fakat indirgemeci olmayan bir bakış açısıyla, Grek ve Helenistik birikimin katkılarıyla ekilen Akdeniz-Roma hukuk kültürünün kuşatıcı, emsaliyi almayan, mevcut yazılı olmayan örf ve adet hukukuna yazılı, sistematik kurallardan oluşan kanunların eklenmesiyle başlayan¹, hukukun üstünlüğünün kurulmasına yönelik bütün kural ve prensiplerin birbiriyle dolaylı veya doğrudan bağlantılı olduğu söylenebilecektir. Bu bağlamda, devletin sorumlulukları ve yetkilerine getirilen sorumluluklarda anayasal düzeni ile kanunilik ilkesinin göz ardı edilemeyecek ortak hukuki yaklaşımlar, bünyesinde barındırıyor, savunulabilecektir.

I. İLKENİN DOĞUŞU VEYA KTDARIN SINIRLANMASI

Öncelik sonralık ilikisi açısından anayasal sorumluluk düzeni ve özellikle cezalandırma yetkisinin kullanılmada kanuni sorumluluk fikrinin konumuyla ilgili net bir kanaat ileri sürülemezle beraber, her iki teörinin Akdeniz havzasında ve sonra evrensel düzeyde kabul görmüş Roma hukukunun mirasından yararlanarak bağlantılı Aydınlanma döneminde² çağda mahiyetine kavutunu savunmak mümkün görünmektedir.

¹ George Mousourakis, **The Historical and Institutional Context of Roman Law**, Ashgate Publishing, Aldershot, 2005, p.3.

² Carl J. Richard, **The Founders and the Classics: Greece, Rome, and the American Enlightenment**, Harvard University Press, Massachusetts, 1994, p.12-13. Roma hukukunun aydınlanma çağındaki önemini ke fedilmesinde Montesquieu'nün pay, inkar edilemeyecektir. Peter Stein, **Roman Law in European History**, Seventh printing, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p.111.

A. KANUNLİK PRENSİBİ İLE ANAYASAL DÜ ÜNCE ARASINDAKİ BAĞLANTININ KURULMASI

Doğruklar, tarihler ve bak, aç,lar, aç,s,ndan, ayd,ılanma reformlar,n,n tablosu içerisinde cezalandırma konusunda kanunilik ilkesini siyasi dü üncelerden ayrı, dü ünmeğe isabetli olmayacaktır.³ Hukuki güvenlik, kuvvetler ayr,lı, ,, idarenin kanuniliği ve demokratik devlet kavramlar,n,n genel olarak kanunilik prensibiyle yak,ından bağlantılı oldu unu söylememek için sebep yoktur⁴. Kanunilik ilkesinin liberal medeniyetin her boyutunda vazgeçilmez, olmazsa olmaz bir referans noktası, temel ettiği dü üncesi kabul görmektedir⁵. Bireyin yapması,n,n yasakland, ı, fiiller hakk,ındaki alg,s,n,n şekillenmesine ilaveten yasama ile yargı, erklerinin organik farklı,lı, ,n,n fiilî, asli, hukuki farklı,lı, a dönüşmesi, yürütmenin kanuni boyutlar, doldurması,na duyulan ihtiyaç,n azaltılması, ile anayasal haklar,n ayr,nt,lı, kanunlarca teminat altına alınması, gerekliliği, çeşitli yönlerden, anayasal dü ünce ile kanunilik prensibi ilişkinin ayd,ınlatılması,n,n⁶ lüzumu hakkında yeterli gerekçelerden bazı,lar,d,r⁷. Pietro Costa'n,n veciz ifadesiyle, kanunilik ilkesi, hukuki modernitenin nazar,ında şeref simgesi temel eden bir "metropolis" bir merkezdir⁸.

1. Kuvvetler Ayr,lı, ve Kanunilik İlkesi

İlk bakışta anayasa hareketlerinin felsefî kökeninde büyük tesiri bulunan kuvvetler ayr,lı, kuramı, ile suçta ve cezada kanunilik prensibi arasında bir bağlantı oldu ununa, üstelik bu bağlantı neden-sonuç ilişkisi seviyesinde güçlü bir nitelik arz ettiğine ilişkin yaklaşımlar, bilimlerin aralarında katışıklıklar olacak şekilde farklı disiplinlere ayrılan pozitivist modern okulun görüşleri esas alındığında yad,rganması tabiidir. Sözü edilen okulun savunduğu fikirler doğrudan doğruya her bilimin diğerlerinden ayrılmamasıyla yetinilmeyip hepsinin alt

³ Pietro Costa, "Pagina Introduttiva (Il Principio di Legalità: Un Campo di Tensione Nella Modernità Penale)" *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Numero: XXXVI, Tomo I, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p.5.

⁴ Osman Can, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt IX, Sayı: 1-2, s.93.

⁵ Costa, "Pagina Introduttiva (Il Principio di Legalità: Un Campo di Tensione Nella Modernità Penale)", a.g.e., p.15.

⁶ Prensibin anayasal boyutu hakkında bkz: Zeynel T. Kangal, "Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı: 17, ss.61-106.

⁷ Can, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", a.g.m., s.93.

⁸ Costa, "Pagina Introduttiva (Il Principio di Legalità: Un Campo di Tensione Nella Modernità Penale)", a.g.e., p.15.

bilim dallarına ayrıldı, göz önüne alınacak olursa farklı iki hukuk alanında görülen ilkelerin birbiriyle ilişkilendirilmesi ayrılmaz, ayrılmazdır. Ne var ki, farklı bilimsel kulvarlara münhasıran atılması gibi görünen kuram, ilke ve düüncelerin ortaya çıkması kurumsallaşmaların kronolojik olarak yakın tarihlere gerçeğe mesli bunlar arasındaki düüncel bağlantılara kefedilip ortaya konulması, gerekli klmaktadır. Nitekim ismi kuvvetler ayrılığı, kuramıyla beraber alınan Montesquieu'nün, yine ad, kanunilik prensibiyle birlikte zikredilen Beccaria'dan daha önce, 1748 senesinde *de l'Esprit des Lois*, (Kanunların Ruhu Üzerine) yayımlandı, ve bu eserde her iki düüncenin esasını ortaya koydu dikkate alınması kanunilik ile kuvvetler ayrılığı, ancak sadece zaman açısından değil aynı zamanda ikisi ve temel kitap bakımından da gerçeğe tiki anlamı olacaktır. Anayasal düüncenin ve anayasaların sistematik ve normatif üstünlüğü kuvvetler ayrılığı, kanunilik prensibinin önüne geçirmektedir. Bu itibarla kanunilik prensibinin kuvvetler ayrılığı, doğrudan bir sonucu oldu u söylenebilir. Bu sonuca ulaşırken alışılan yolu yukarıda söylendi i üzere kuvvetler ayrılığı, kuramının sahibi Montesquieu aydınlatmaktadır.

Fransız filozof *Kanunların Ruhu*nda "Her devlette üç tür kuvvet vardır: yasama kuvveti, devletler hukukuna bağlı, eyleri yürütme kuvveti ve medeni hukuka bağlı, eyleri yürütme kuvveti."⁹ diyerek kuvvetler ayrılığı, düüncesini ortaya koymuştur¹⁰. Devamındaki paragrafta bu üç kuvvetten tam olarak neleri kast ettiğini açıklayan düüncü, pek karışık yaratmayan yasama kuvveti bir kenara bırakılarak, devlet hukukuna bağlı, ipler olarak gördüğü barış, savaşılamak, savaş açmak, büyükçe gönderip kabul etmek, ülkede güvenli i sağlamak, istilalar, önlemek yetkilerini sıralamıştır¹¹. Ardından cezalandırma yetkisinin hangi kuvvetin altında yer aldığı, açığa kavuşturmuştur: *medeni hukuka bağlı, eyleri yürütme kuvveti*. Her ne kadar isminde *yürütme* kelimesi geçse de, düüncü, belirttiği bu kuvvete yargılama kuvveti (*la puissance de juger*) adını vermiştir.

Kanunilik ilkesinin koruyucusu i Levi, Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığı, kuramıyla birleştirdiği inde daha bir açık, kazanacaktır¹². Montesquieu'nün farklı kuvvetlerin aynı,

⁹ "Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil." Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, a.g.e., p.142.

¹⁰ Lorenzo Ornaghi, *Politica*, Editoriale Jaca Book, Milano, 1996, p.167.

¹¹ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, a.g.e., p.143.

¹² Roelof Haveman, "Principle of Legality", *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis*, ed.

elde birle mesi sonucu hangi tehlikenin meydana gelebilece ini ileri sürdü ü, eserin on birinci kitab,n,n ö ngiliz anayasas, üzerineö (*De la constitution d'Angleterre*) isimli alt,nc, bölümünde serdetti i kanun koyma ile yürütme kuvvetlerinin yarg,lama kuvveti ile birle mesine ili kin görü leri kanunilik prensibinin anayasal temellerinin en güçlülerinden birini olu turmaktad,r. Odak noktas,nda cezaland,rmay, bünyesinde bar,nd,ran yarg,lama kuvvetinin oldu u, söz edilen k,s,m öyledir:

öYarg,lama kuvveti yasama ve yürütme güçlerinden ayr,lmazsa hürriyet diye bir mefhum kalmaz. O (yarg,lama kuvveti) yasama kuvvetiyle birle seydi, vatanda lar,n hayat, ve hürriyeti üzerindeki kuvvet keyfi olacakt,; zira *hâkim kanun koyucu olacakt,*. O (yarg,lama kuvveti) yürütme kuvvetiyle birle seydi hâkim bir bask, gücüne sahip olabilecekti.ö¹³

Suç ve cezada kanunilik prensibi cezai bir uyu mazl,кта devreye giren *lex judicata* (nihai karar verme) veya bir ba ka ifadeyle yarg, gücünün kural koyma ve kural, uygulama güçlerinden ayr,lmaz, ilkesiyle çak, maktad,r. Tabiidir ki, bir suçun i lendi i iddias, hakk,nda son sözü söyleme gücüne sahip ki i keyfi ekilde karar tesis edemiyorsa, anca belli bir kurallar manzumesine dayal, olarak hüküm kurabiliyor ise kural koyma kuvveti ve o kurala *istinaden* nihai karar verme kuvveti ayr,lm, demektir. Öte yandan kuvvetler ayr,l, , kuram, sayesinde kanunlar, ihdas eden yasama makam, kendi yapt, , kanunlarla dayanarak bile olsa birey hakk,nda cezaya hükmedilmeyle sonuçlanacak bir yarg,lama yapamayacakt,r. Böylelikle kural koyma kuvvetinin yarg,lama kuvvetinden ayr,lmaz, sa lanacakt,r ki bu husus -deyim yerindeyse- kuvvetler ayr,l, , dü üncesinin kanunilik prensibine arma an,d,r. Neticede kanun koyucu cezalar öngören kanunlar yapsa da do rudan ceza veremeyecek, hâkimler ise yasama makam,n,n yapt, , kanunlar,n hükmü d, ,na ç,kamayacak, böylece devletin bireye nispeten üstün kudreti parçalanm, ve farkl, ellere da ,t,lm, olacak, temel hak ve hürriyetler teminat alt,na al,nm, olacakt,r. Hakimlerin *kanunun sözlerini telaffuz eden bir a ,zdan ibaret olarak tan,mılanmas,, ayn, amaca hizmet etmektedir*¹⁴.

Montesquieu'nün anlat,m,yla *insanlara korkunç gelen yarg,lama yetkisi*nin

Roelof Haveman, Olga Kavran, Julian Nicholls, Intersentia, Antwerp, 2003, p.51.

¹³ öIl n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car *le juge serait législateur*. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pour-rait avoir la force d'un oppresseur.ö Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, a.g.e., p.143.

Frans,zca ve Türkçe metinlerdeki italik vurgular bu sat,r,lar,n yazar,na aittir.

¹⁴ Haveman, öPrinciple of Legalityö, *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis*, a.g.e., p.52.

ehlile tirilmesi, belli bir mevki veya mesle e özgü de il de belirli kurallara tabi k,l,nmas, ve fark edilemez bir hal almas,, adeta yok olmas,¹⁵ kuvvetler ayr,l, ,n,n hayata geçirilip kanunilik prensibine s,k, s,k,ya itaat edildi i bir hukuki düzende mümkün olacakt,r.

Ça da ceza hukukunda kanunilik ilkesinin kuvvetler ayr,l, ,n,n bir sonucu olma niteli inin d, ,na ta arak, -kesin kes kanunilik unsuruøad, alt,nda kanun koyucunun insan haklar, ve demokratik anayasal haklara ayk,r, cezalar koyan kanunlar yapmama mükellefiyeti yükledi ine dair dü üncenin varl, ,na ra men¹⁶, özellikle yasama ile yarg, kuvvetleri aras,ndaki ayr,m, kanunilik aç,s,ndan dikkate almamak do ru olmayacakt,r.

Görüldü ü üzere, cezaland,rma ili kisi ba lam,nda kuvvetler ayr,l, , ile kanunilik prensipleri gerek kuramsal aç,dan gerekse elde edilen sonuç bak,m,ndan apaç,k surette örtü mektedir. Kanunilik prensibi ile anayasal dü ünce aras,ndaki ba lant, kural koyma ve ceza verme yetkilerinin ayr, t,r,lmas, ve bu sayede bireyin negatif temel hak ve hürriyetlerinin korunmas,ya aç,kl, a kavu turulmu tur.

Yazar,n cezalar,n hükümetin niteli ine ba l, oldu una inand, ,n, tereddüte mahal b,rakmayacak surette beyan etmesi, özellikle Roma tarihinde anayasal de i iklikler ile ceza kanunlar,ndaki de i ikliklerin art arda gelmi olmas,n, ceza-hükümet ekli aras,ndaki ili kinin varl, ,na ili kin yakla ,m,na kuvvetli bir delil olarak göstermesi anayasal dü ünce ile kanunilik prensibi aras,ndaki ba ,n ortaya ç,kar,lmas, aç,s,ndan fevkalade anlaml,d,r¹⁷.

2. Cezaland,rma Yetkisi ve Kanunilik

Birey ile devletin kar , kar ,ya geldi i en hassas alan cezaland,rmad,r. ki taraf

¹⁵ Montesquieu, **De l'Esprit des Lois**, a.g.e., p.144.

¹⁶ Bkz: M. Nedim Bekri, øSuçta ve Cezada Kanunilik İkesi ve İkenin Uluslararası, nsan Haklar, Belgeleri ile Uluslararası, Ceza Hukuku Uygulamalar,ndaki Durumuø, **Adalet Dergisi**, Say,: 38, 2010, s.58.

¹⁷ Montesquieu, **De l'Esprit des Lois**, Livre VI- øConséquences des principes des divers gouvernements par rapport à la simplicité des lois civiles et criminelles, la forme des jugements et l'établissement des peinesø, Chapitre XV- øDes lois des Romains à l'égard des peinesø, p.85. Yazar, -eserlerinin pek çok yerinde oldu u gibi- yine Romal,lar,n uygulamalar,n,, cezalar,n hükümetin ekliyle alakadar oldu una dair kanaatine güçlü bir dayanak olarak göstermektedir. Yazar, Romal,lardan bahsederek, øBu büyük halk,n siyasi kanunlar, her de i tirdi inde [cezalar, düzenleyen] kanunlar,n, de i tirmi oldu unu görünce, cezalar,n hükümetin mahiyetine ba l, oldu una daha çok inan,yorum.ø demektedir. ø...je crois que les peines tiennent à la nature du gouvernement, lorsque je vois ce grand peuple changer à cet égard de lois civiles, à mesure qu'il changeait de lois politiques.ø Montesquieu, **De l'Esprit des Lois**, a.g.e., p.85.

arasındaki asimetrik ili kinin aklile tirilmesi ve böylece iyile tirilmesi, üzerine uzun süre kafa yorulan meseleler arasında yer almaktadır.

a. Leviathan'da cezalandırma yetkisinin kaynağı

1651 senesinde yayımlanan *Leviathan*'ın, manastırıyla bilinen Malmesbury'de yazarı, Thomas Hobbes, eserinin *Sözleşme ile Kurulan Haklar Üzerine* (*Of the Rights of Sovereigns by Institution*) başlıklı, on sekizinci bölümünde, bir insan topluluğunun kendi içlerinde bir sözleşme yapmak suretiyle hepsinin kimini temsil etme biçimi hakkında deyimle temsilci olma yetkisinin hangi kimiyeye ya da hangi kurula verileceği hususunda büyük oranda anlamlarında devletin kurulması olacağını ileri sürmektedir¹⁸. Büyük oranda ne kadar olduğu hakkında kesin bir bilgi vermese de şurası, kesindir ki, düşünür, *institution* kelimesiyle ifade ettiği ¹⁹ *sözleşme* için olumlu oy kullananlar kadar olumsuz ya da kayıtsız tavır takınanlar, kendilerinden olmayanlara karşı, korunmak, barışçıl bir şekilde beraberce ya da amaç maksadıyla yetkilendirilen kimiyeye ya da kurulun yetkisini tanımak durumunda olduğu görülmektedir. Devlet adı verilen kurum halkın rızasıyla böylece kurulduğunda bunun çetveli sonuçları olacaktır. Bu sonuçlar, temsil etme hakkına bundan böyle sahip olan kimiyeye ya da kurulun haklarından (*rights*) ve yetkilerinden (*faculties*) ibarettir²⁰. Bu hak ve yetkileri belirtip sırayla açıklayan Hobbes, on birinci maddede, eserinin sonraki kısımlarında açıklığa belirteceği bir düşünün, kanun olmaksızın suç ve ceza olmayacağına dair ilkeyi benimsediğini ipuçları, vermektedir.

Egemenin hak ve yetkilerinin, topluluğa ders verme ve doğru yola sevk etme amacı güttüğü düşünülebilir²¹ on birincisi, ödül ve ceza vermektir²². Ceza içeren kanunlar,

¹⁸ Thomas Hobbes, **Leviathan**, Chapter XVIII, a.g.e., p.228. Bkz: Hobbes, **Leviathan**, çeviren Semih Lim, a.g.e., s.137.

¹⁹ Institution kelimesi, kurma, yaratma anlamlarına geldiği gibi, kurulan, yaratılan şey manasında da kullanılmaktadır. Nelson Contemporary English Dictionary'de kelimenin kullanımına örnek olarak yeni bir kanun koyma (*the institution of a new law*) ibaresi gösterilmektedir. W.T. Cunningham, **The Nelson Contemporary English Dictionary**, Thomas Nelson and Sons, Ltd, Cheltenham, 1977, p.271. Sözleşmenin hukuki bir yaratım ve işlem (act) olduğu dikkate alınrsa, Leviathan'ın yazarının *institution* kelimesini ortak bir hukuki metni ifade eden sözleşme anlamında kullanması, doğaldır.

²⁰ Hobbes, **Leviathan**, Chapter XVIII, a.g.e., p.229.

²¹ Keally McBride, **Punishment and Political Order**, University of Michigan Press, Michigan, 2007, p.53. Hobbes'un cezalandırmanın gereğini önemseydiğini ileri sürmek hatalı olmayacaktır. McBride, **Punishment and Political Order**, a.g.e., p.52-53.

²² Hobbes, **Leviathan**, Chapter XVIII, a.g.e., p.235; Bkz: Hobbes, **Leviathan**, çeviren Semih Lim, a.g.e.,

ödül ve cezalar devletin veya siyasi topluluğun organik sınırı (*nerve*) niteliindedir²³. Diğer taraftan, suçlar, ve cezalar, düzenleyen önceden yapılmış bir kanun varsa, egemen, *kanuna* dayanmayacak şekilde bir ceza veremeyecektir²⁴. Cezaların varlık amacı, devletin insanlara karşı, caydırma suretiyle korunmasıdır. Bu konulara ve gerekçeye dayanarak bedenî, maddi veya manevi cezalar verilebilir. Egemen hâlihazırda cezaların ölçüsünü düzenleyen bir kanun yoksa egemen dilediği gibi, kendisinin uygun bulduğu biçimde ceza tesis edebilir. Fakat cezalandırılmada sözü edilen serbestlik, yukarıda da belirtildiği üzere, ceza verilmesini gerektirecek davranış sergilendiğinde cezaların düzenleyen bir kanunun hiç mevcut olmaması, artınsız, sıkıya bağlı tutulmuştur. Bu itibarla, eserin kaleme alındığı dönemin ilkel ceza düzenine rağmen, cezaların düzenleyen bir kanunun, en azından bir metnin olmama ihtimalinin dikkate alınması, İngiliz filozofun öngördüğü gibi, cezalandırma yetkisine kanunilik ilkesinin anayasal kökenleri bakımından değerlendirilebilecektir.

Hobbes, her ne kadar kanuna ikincil bir değerlendirilse de, halkın çoğunluğu tarafından halk oluşturan fertlerin tamamının haklarını temsil etme imtiyazıyla donatılmış, egemen kuvvetin oldukça geniş hak ve yetkilerinin saydamlıkla, egemenin cezalandırma yetkisiyle ilgili olarak mevcut bir kanun varsa ekil açılarından riayet etme zorunluluğunu tespit etmesi kanunilik prensibi bakımından azımsanamayacak bir önem taşımaktadır. Üstelik yazarın eserini Ortaçağın sona ermesinin üzerinden henüz iki asr bile geçmediği, suçlu olduğu iddia edilen insanlara tahayyül edilemez kencelerin, ceza ad altında insan onuruna aykırı, türlü eziyetlerin yapıldığı, üstelik bunların hepsinin fevkalade tabii karışıldığı, dönem içinde yer alan bir tarihte okurlarına sunduğu dikkate alınması, yazarın kullandığı ifadelerin görmezden gelinemez bir cesaretin neticesi olduğu anlaşılabilecektir.

b. Cezalandırmanın anayasal niteliği

s.142.

²³ Jacques Derrida, **The Beast and the Sovereign**, Vol. I, University of Chicago Press, Chicago, 2009, p.28. Benzetme açısından Leviathanın başlangıcını hatırlamak gerekmektedir. Egemenliğin toplumun her bir parçasına ulaşması sağlayan sınır hücreleri, ceza kanunu, ödüller ve cezalar, Derrida, **The Beast and the Sovereign**, a.g.e., p.28.

²⁴ Hobbes, **Leviathan**, Chapter XVIII, p.235.

Anayasal bir yetki olarak cezalandırma, devlet gücünün en çarpıcı anlatımıdır²⁵. Anayasal tarihi devlet gücünün sınırlanması, tarihi oldu göre, anayasa düncesi ile cezalandırma kuralları, birlikte ele almak icap eder. Bu doğrultuda cezalandırma yetkisinin sınırlanması, hem devletin hem de onun ihdas ettiği kuralları izafiyeti ve de ikenli inin zorunlu bir sonucu olup Bütün karmaşık, içinde, hukuk düzenini esinleyen ölçütlerin ve devletin yasama gücünün sınırlanması sorunu bu noktada ortaya çıkmaktadır²⁶. Anayasa ise, öktidar, az veya çok kayıtlayan bir manivela ve toplum içinde devlet iktidarı, sınırlanması yolu olarak²⁷ cezalandırma yetkisini sınırlamak isteyenlerin başvurabilecekleri bir araç olabilir.

Felsefi anlamıyla hürriyeti kişinin istediğini yapabilmesi ya da gerçekçi bir yaklaşımla en azından istediğini yapabildiğine kanaatine sahip olması biçiminde tanımlayan Montesquieu, siyasi hürriyetin kişinin güvenli anlamına geldiğini, bu güvenliğin en çok suçlandıkları bozduğunu iddia etmektedir. Filozofa göre, bu durumda vatandaş hürriyetinin asli dayanağı, ceza kanunlarının iyiliğidir (*C'est donc de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen.*)²⁸. İngiltere'ye seyahati sonrasında ülkenin hukuki ve siyasi düzeninden etkilenen ve özellikle kuvvetler ayrılığı, bahsinde ülkeyi idealleştirdiği görülen²⁹ Montesquieu, eserin pek çok yerinde olduğu gibi soyut biçimde, bu ülkenin aynı zamanda, ceza muhakemesinde dikkate alınmayan kesin kaidelere sahip olduğunu belirtmekte³⁰, İngiltere'deki cezalandırma ilkelerinin yeryüzündeki insanlar, en çok ilgilendiren bilgiler olduğunu vurgulamaktadır.

Cesare Beccaria, egemenlik kuramlarına uygun olarak, ceza verme yetkisinin bir

²⁵ Gramatica, **Toplumsal Savunma İlkeleri**, a.g.e., s.34. Yazar cezalandırma, bir yetki değil hak olarak nitelenmektedir. Hâlbuki kamu hukukunda cezalandırmanın yetki niteliği tartışılmaz, kabul görmektedir. Nitekim çevirmen bu noktaya dikkat çekmiş, doğru deyimini cezalandırma yetkisi olduğunu belirtme ihtiyacı duymuştur. Gramatica, **Toplumsal Savunma İlkeleri**, a.g.e., s.34, çevirmen notu.

²⁶ Gramatica, **Toplumsal Savunma İlkeleri**, a.g.e., s.57-58.

²⁷ Faruk Turinay, **Dil, Hukuk ve Siyaset Bağlamında Anayasa Düncesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s.160.

²⁸ Montesquieu, **De l'Esprit des Lois**, Livre XII- Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec le citoyen, Chapitre II- De la liberté du citoyen, a.g.e., p.171.

²⁹ Bu noktada, yazarın eserinin kuvvetler ayrılığı, kuramını, bütünüyle ortaya koyduğu bölümüne *De la constitution d'Angleterre* (İngiltere Anayasası, Üzerine) başlığı, koymasını tesadüf olmadığını söylemek gerekmektedir. Bkz: Montesquieu, **De l'Esprit des Lois**, Livre XI- Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution, Chapitre VI- De la constitution d'Angleterre, a.g.e., p.142.

³⁰ Fehmi Balda, çevirisinde, sözü edilen ifadelerle düncünün İngiltere'yi kast ettiğini dile getirmektedir. Montesquieu, Kanunların Ruhunu Üzerine, çev. Fehmi Balda, a.g.e., s.196. Montesquieu, **De l'Esprit des Lois**, Livre XII- Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec le citoyen, Chapitre II- De la liberté du citoyen, a.g.e., p.172.

vatanda a de il tüm vatanda lara ya da hükümdara ait oldu unu (bu ba lamda hükümdar görmezden gelinbilir), tek ba ,na bir vatanda ,n sadece yetkinin kendine dü en bölümünden feragat edebilece ini, bu feragatin di er vatanda lar,n ceza verme yetkisine zarar vermeyece ini ileri sürmektedir³¹. Bu halde dü ünürün suç ve cezan,n olmazsa olmaz dayana , olarak gösterdi i kanunu tüm vatanda lar veya onlar,n temsilcilerinden olu an meclis yapabilecektir. Bu yakla ,m, modern dü ünçe ba lam,nda millet egemenli ini kanunilik prensibini ba da t,rnakla kalmamakta; birbirine s,k, ba larla ba lamaktad,r.

Öncelikle u tespiti yapmak gerekir ki, kanunilik prensibi anayasal bir yetki olan cezaland,rma yetkisinin kime, ne ekilde, hangi artlarda ait oldu una ili kin büyük meselenin cevab, olarak yüzy,llar içinde ekillenmi tir. Bu itibarla, kanunilik ilkesinin özünde üç erkten biri olan yarg, yetkisinin *sine quo non* unsuru biçiminde nitelenebilecek cezaland,rma i leminin me ru öznesi, usulü ve nesnesi yer almaktad,r. Anayasal düzen toplumun riayet etti i esas kurallar,n yaratt, , nizam, ifade etti ine göre, bilhassa suç ve cezan,n kanunili i ilkesinin bu düzenin tam ortas,nda bulundu unu söylemek gerekir. Anayasal dü ünçeyle kanunilik fikrinin kesi mesi bak,m,ndan Filippo Gramatica³²ya kat,lmamak mümkün de ildir. Yazara göre, öí *cezai sorumluluk*, asl,nda toplum düzenine ili kin tart, malar,n odak noktas,d,r.ö; buradan bir ad,m daha ileri giderek incelemeye konu prensibin tam olarak u sorunun yan,t, oldu u dü ünülmektedir: öBirey í hangi ilke ad,na ve hangi ölçüler içinde sorumlu tutulabilir ve bunun sonucu olarak da cezaland,r,labilir?ö³². Dü ünçe silsilesi böylece anayasal düzen ile kanunilik aras,ndaki ba ,n varl, ,n, ve görmezden gelinemeyece ini ortaya ç,karmaktad,r.

c. *Cezaland,rma yetkisinin kullan,m,nda kanunili in sorgulanmas,*

Kanun cezaland,rman,n soyut, nesnel bir arac,d,r. Kanunun hemen hemen herkesçe ayn, ekilde anla ,l,r olu u, belirli bir ah,s ya da ah,slara mahsus de il de hukuken yarat,lan k,i iöer için kaleme al,nm, olu u her zaman yeterli olmayabilir. Geline nokta da suç ve cezan,n kanunda yer almas,n,n yetmemesi, birey hak ve hürriyetlerinin tehdit alt,na girmesi meselesiyle kar ,la ,lacakt,r. O halde sadece kanunu uygulayan yarg, görevlilerine

³¹ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, öXXIX- Della Catturaö.

³² Gramatica, **Toplumsal Savunma İlkeleri**, a.g.e., s.34.

de il kanuna ve dolay,s,yla onu yapan kanun koyucuya da s,n,rlama getirilmesi ihtiyac, do acakt,r. S,n,rlama, ancak kanundan hukuken daha üstün bir normla getirilirse hukuk düzeninin bütünlü ü bak,m,ndan sorun ç,kmayacakt,r. Bu norm anayasad,r.

Anayasalardan óanayasac,l, ,n bir gere i olarak- s,n,rlamalar,n en geni hudutlar,n,, özgürlüklerin en dar kapsam,n, belirlemesi beklenir. Kanun anayasadan daha fazla hak ve hürriyet bah edebilir. Di er yandan kanun suçlar yarat,p cezalar öngörürken asl,nda bir insana (yarg, mensuplar, ve infaz görevlilerine) ba ka bir insan (san,k) üzerinde hâkimiyet vermektedir. smi kanunilik prensibiyle beraber an,lan Cesare Beccaria, daha genel ekilde *insan,n insan üzerindeki tahakkümünün*³³, Beccaria'n,n aç,kça vurgulad, , üzere Montesquieu ise daha spesifik ekilde *cezan,n kesin zorunluluktan kaynaklanmad,kça zorbal,ktan ibaret olaca ,n, ileri sürmektedir. Bu halde kesin zorunluluk, kanunili i kapsayan bir çerçevedir. Yeniden yukar,daki dü ünceye geri dönüldü ünde, anayasan,n kanundan daha az hak ve hürriyet vermesi olgusu me ru oldu u bilinen bir kanun göz önünde tutulursa kesin zorunluluk / kanunilik ayr,m,nda kesin zorunluluk ile örtü mektedir. Ba ka bir anlat,m,la, hak ve hürriyetlerin geni li i bak,m,ndan anayasa-kanun ikilisi, s,ras,yla, kesin zorunluluk - kanunilik ayr,m,yla e le mektedir. Bir insana ba ka bir insan üzerinde kuvvet uygulama yetkisi veren me ruiyet kayna , geni anlamda anayasa ile onun kabaca çizdi i kesin zorunluluk, ard,ndan onun ayr,nt,l, ve özgürlük lehine geni letilebilir óki lehe kanun uygulamas, bunun bir örne idir- kanun ile kanunilik prensibidir.*

Birey hak ve hürriyetlerini korumak amac,yla yarat,lan di er kurullarla beraber kanunilik prensibi dü ünüldü ünde, genelle tirme, soyutla t,rma ve nihayet nesnelle tirme çabas,n, görmemek mümkün de ildir. Pek çok ilkeyi bünyesinde bar,nd,ran hukuk devleti ilkesi ba l, ba ,na yukar,da say,lan üç amaca hasredilmi tir. Herkes için geçerli olan, belirli ki i ya da ki iler yerine kurgusal bir hukuki ki ili e yönelik, insandan insana de i meyen kurullar óki sözü edilen kanundur- hak ve hürriyetleri korumak hedefine elveri lidir. Topluma zararlı, fiillerin ve yapt,r,mlar,n,n genel, soyut, nesnel kanunlarla düzenlenmesinin zorunlu oldu u bir düzende insan insana itaat etmeyecektir. Bireyler sadece eri ilebilir, nesnel kurullar, dikkate alarak davran, lar,na yön verme mükellefiyeti

³³ Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakk,nda**, çev. Sami Selçuk, mge Kitabevi, 2. Bask., Ankara, 2010, s.17.

alt,nda olacakt,r. Bu do rultuda bir ad,m daha ileriye gidilerek kanunilik ilkesinin insan,n insana itaat etmesini engelledi i, Georges Burdeau'nun deyiimiyle sadece *devlete*, Kemal Gözler'in deyiimiyle yaln,z *hukuka* boyun e erek³⁴ söz konusu mükellefiyetten azade olaca , söylenebilecektir. ki yazardan ilhamla, önsan insan taraf,ndan mahkûm edilmemek için kanunilik ilkesini icat ettiö diyebiliriz.

d. Gramatica'n,n ve Nuvolone'nin katk,s,

Devletin göreceli i veya ba ka bir tabirle devletin kendinden menkul bir varl,k olmamas, kanuna ve kanun koyucunun kuvvetine getirilen s,n,rlama sorununu ku atmaktad,r³⁵. Devletin mutlakl , soyut bir iddia iken, devletin izafiyeti somut kan,tlara dayal,d,r³⁶. Devletin görecelilik sayesinde devletin temel insan haklar,na riayet etme zorunlulu u ortaya ç,kar³⁷. Devleti insanlar -Sokratç, bir yakla ,mla söylemek gerekirse- tabii bir gereklili in sonucu olarak³⁸ kendi ç,karlar, için yaratm, lard,r³⁹. Devlet örgütüne dâhil olmak bir görevdir⁴⁰. Di er yandan, kanun yapma faaliyetini hem uygulanma hem uymayanlar,n tecziyesi aç,s,ndan devlet ile birey aras,ndaki mücadelenin -deyim yerindeyse- tahterevallisi olarak de il, daima insanlar,n iyili ini sa layan kurallar manzumesi ekinde de erlendirmek gerekir.

Toplumsal savunma dü üncesinin ve Uluslararası, Toplumsal Savunma Merkezi'nin kurucusu olan⁴¹ Filippo Gramatica, kanunilik prensibine uygun cezay, dahi sorgulamakta, onu dura anl,kla itham etmekte, buna kar ,l,k devletin bireyler kar ,s,nda toplumsalla t,rma ve yeteneklerini ortaya ç,karmakla mükellef oldu unu savunmakta,

³⁴ Kemal Gözler, öYorum lkeleriö, Sunulmu Bildiri, <http://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf>, (06.12.2012).

³⁵ Gramatica, **Toplumsal Savunma lkeleri**, a.g.e., s.58.

³⁶ Salvatore Lener, öLa Certezza del Diritto, Il Diritto Naturale e Il Magistero della Chiesaö, **Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carnelutti: Filosofia e Teoria Generale del Diritto**, ed. Francesco Carnelutti, Vol. I, CEDAM, Padova, 1950, p.350.

³⁷ Gramatica, **Toplumsal Savunma lkeleri**, a.g.e., s.58.

³⁸ Gioele Solari, **La Formazione Storica e Filosofica dello Stato Moderno**, Quarta Edizione, Guida Editori, Napoli, 2000, p.14. Devletin insanlar taraf,ndan birtak,m somut ihtiyaçlardan ötürü yarat,lmaz,n, öngören dü ünçe, naturalist devlet anlay , kapsam,nda de erlendirilebilir. Solari, **La Formazione Storica e Filosofica dello Stato Moderno**, a.g.e., p.13 vd.

³⁹ Gramatica, **Toplumsal Savunma lkeleri**, a.g.e., s.58.

⁴⁰ Solari, **La Formazione Storica e Filosofica dello Stato Moderno**, a.g.e., p.14.

⁴¹ Eugenio Raúl Zaffaroni - Edmundo Oliveira, **Criminology and Criminal Policy Movements**, University Press of America, Maryland, 2013, .301.

bütün bunlar, *cezai sorumluluk* ve *suç* kavramlar, dahi zayıflattı, ileri sürerek karışık olarak onarıcı, vasıftaki toplumsal savunma ilkelerini önermektedir⁴². Alınması, tavsiye ettiği tedbirler, önleyici, cezai ve iyileştiricidir⁴³. Ona göre, binlerce yıldır uygulanan cezaların yerine önleyici, cezai, toplumsal nitelikte savunma önlemlerinin geçmesi daha akıllıca görünmektedir. Önlemlerle, devlet ve birey arasında savaş, değil, birlikteliği öngören bir savunma sistemi yaratılmalıdır⁴⁴. Cezalandırılmaya böylesi bir bakış, anayasal düzenceye paralel fakat daha cesur şekilde devlet odaklı, *ceza* terimi yerine birey odaklı, *savunma* terimini ikame etmektedir. Bireyi esas alan anlayışın özgürlük teminatı, göz ardı etmesi mümkün olmadıkça ve öngörülebilirliği tabiat gereği içermesi gerektiği düşünüldüğünde, kanunilik prensibinin toplumsal savunma fikrinin bir unsuru ve aynı zamanda hukuka uygunluğunun meşruiyetin güvencesi olarak görülmesi⁴⁵ ayrılmaz olacaktır. Anayasal bir hak olarak tanıması, gereken bilinç özgürlüğü, bireyin serbest hareket alanının kamu iktidarının sınırlandırılması, bir alan olarak⁴⁶ toplumsal savunma kuramı, bakımdan özgün bir örnek olarak görünmektedir. Bilinç özgürlüğünün ontolojik yapıları, yaptırımların ceza yerine savunma tanımlanması, fikriyle uyum içindeyken anayasal bir hak olarak tanıması, duyulan ihtiyaç kanunilik ilkesi bakımından bir bağlantı noktasıdır.

Kuramcının önerdiği ilke, kanun tarafından öngörülen dershanelerin özerkliği ve yargısal uygulamada sınırlı ve ölçütlerin mecburiyeti olarak ifade edilmektedir⁴⁷. Uygulama boyutunda, çağdaş gelişmelerin zorunlu sonucu olarak demokrasinin veya popülizmin tartışılmaz konumunda olduğu kanunilik ilkesini⁴⁸ kuram düzeyinde toplumsal savunma teorisinin benimsediği görülmektedir.

Yazar, *nullum crimen sine lege* kuralının yarattığı meselenin toplumsal savunma kuramına yansımalarından ve bu kuram sayesinde teminat altına alınmış demokrasinin varlığını⁴⁹. Sovyet sosyalist ceza kanununun terminolojik yaklaşımına rağmen toplumsal savunma düzencesinden oldukça uzak düşmesi, Gramaticanın hukuk devleti ve kanunilik

⁴² Gramatica, **Toplumsal Savunma İlkeleri**, a.g.e., s.61.

⁴³ Zaffaroni - Oliveira, **Criminology and Criminal Policy Movements**, a.g.e., p.61.

⁴⁴ Gramatica, **Toplumsal Savunma İlkeleri**, a.g.e., s.61.

⁴⁵ Gramatica, a.e., s.397.

⁴⁶ Ettore Gliozzi, **Legalità e Populismo: I Limiti delle Concezioni Scettiche del Diritto e della Democrazia**, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p.91.

⁴⁷ Gramatica, **Toplumsal Savunma İlkeleri**, a.g.e., s.192.

⁴⁸ Gliozzi, **Legalità e Populismo: I Limiti delle Concezioni Scettiche del Diritto e della Democrazia**, a.g.e., p.10.

⁴⁹ Gramatica, **Toplumsal Savunma İlkeleri**, a.g.e., s.195.

ilkesi lehine tavr,n, korumas,na paraleldir⁵⁰. Bu itibarla, kanunilik ilkesinin bireyin temel hak ve hürriyetlerini teminat alt,na alan anayasac,l,k ak,m,lar,yla örtü ür biçimde toplumsal savunman,n belkemi ini olu turdu u söylenebilir. Fakat u farkla ki, *nulla poena* (ceza yoktur) yasa , -önlemø ve benzeri *savunma* yöntemlerine matuf iken; *nullum crimen* (suç yoktur) yasa , ötoplum ya am,na kar ,tl, ,n göstergesiö olarak nitelendirilmektedir⁵¹.

Ki i özgürlü ünü k,s,tlayan yarg,sal *önlemler*, kanunun öngördü ü ekilde bir -suçun i lenmesinden önce de caridir. Bu sebeple, Nuvoloneøye göre, tespit ve ay,rt edici de er ta ,yan nesnel fiil tipleri olu turmak öki bu kanun marifetiyle yap,labilir- lüzumludur⁵². Toplum hayat,na ayk,r,l, ,n emareleri kanunen tasvir edilmeli, di er yandan ise bilimsel olarak belirlenmelidir⁵³.

Nuvoloneønin yasama faaliyeti bak,m,ndan toplumsal savunma kurallar,n,n yapt,r,mlara ayr,lan k,sm,na ili kin tespiti kayda de erdir. Yazara göre, müeyyide içeren toplumsal savunma kurallar,, emir-norm (*norma-comando*) s,n,f,na de il teminat-norm (*norma-garanzia*) s,n,f,na girmektedir⁵⁴. Söz konusu ikili norm s,n,fland,rmas,n, Nuvoloneøye izafe etmemek için sebep yoktur; yazar eserinde norm tasnifinin temel eksenini kurmu tur⁵⁵. Teminat sa layan bu kurallar,n varl, , kanunilik ilkesinin bireyin menfaatlerini korumada bir araç olarak kullan,laca ,n,n habercisidir. Kanunun araçsalla t,r,lmas, bir ad,m sonra devletin görevi, birey hak ve hürriyetlerinin güvence alt,na al,nmas, gibi anayasal i levleri, bu i levlerin daha üst fakat bu kez hem emredici hem teminat alt,na al,c, anayasa kurallar,nca düzenlenmekte oldu unu dü ündürmektedir. Kuramc,n,n deyimiyile, öHürriyet ve eref, toplumsal savunma dü ünçesinde de özenle muhafaza edilmelidir. Öyle ki, bütün keyfilikler ortadan kald,r,lmal,, hâkim kanun taraf,ndan saptanm, s,n,rlar içerisinde faaliyet gösterebilmeli; kanun, kural olarak toplumsal savunma normlar,n, i letmek görevini sadece hâkime vermelidir.ö⁵⁶.

⁵⁰ Marc Ancel, **Social Defence**, translated into English by J. Wilson and M. Ancel, Routledge, London, 2001, p.85.

⁵¹ Gramatica, **Toplumsal Savunma İlkeleri**, a.g.e., s.398.

⁵² Pietro Nuvolone, **Il Principio di Legalità e il Principio della Difesa Sociale**, Studi in memoria di F. Grispigni, Scuola Positiva, Milano, 1956, p.246.

⁵³ Gramatica, **Toplumsal Savunma İlkeleri**, a.g.e., s.195.

⁵⁴ Nuvolone, **Il Principio di legalità e il principio della difesa sociale**, a.g.e., p.240.

⁵⁵ Giuseppe Bettiol ó Luciano Pettoello Mantovani, **Diritto Penale: Parte Generale**, CEDAM, Padova, 1986, p.110.

⁵⁶ Nuvolone, **Il Principio di legalità e il principio della difesa sociale**, a.g.e., p.241.

3. Toplumsal Sözleşme: Kanunun ve Kanuniliğin Mevzuatı, İhtiyacı, Az

Hukuki müesseselerin ve ilkelerin mevzuatı, ihtiyaç, az olmadıkça, söylemek için düşünce tarihiyle beraber, siyasi tarihin kanun koyucularının faaliyetlerini hatırlamak yeterli olacaktır.

a. Kuralların, İhtiyacı, ve Modern Hukuk Düşüncesi

Kanunilik düşüncesi daha iyi nüfuz edebilmek adına, tüm kurallar içerisinde kanunun iktidar ettiği konumu tespit ederken Cesare Beccaria'nın toplumsal sözleşmeyi ön plana çıkaran yaklaşımına dikkat etmek gerekir. Beccaria toplumsal sözleşme kuramıyla kanunilik ilkesinin beraber düşünülmesini sağlayacak bir yolun taraftarıdır, eserinin öyküsünde de belirtir. Bireylerin Spinoza'nın bir deyişle faaliyet etmekte zorlandıkları veya daha Leibnizvari⁵⁷ bir tabirle benimsedikleri kuralları talyan filozof tarafından üç başlık altında değerlendirilmektedir. Bunlar tanrısal ilham ve emir (vahiy), doğanın tabiatı, ya da tabiat kanunu ve insanlar arasında yapılan (toplumsal) sözleşmelerdir⁵⁸. Kanun, ilk iki sınıf arasında değerlendirilemeyeceğine göre toplumsal sözleşmeler kapsamında ele alınmaktadır. Yazar, kanunun içinde yer aldığı kural topluluğunu diğerlerinden üstün tutmaktadır. Böyle ki, tabiat kanunu, tanrısal emirlere göre, toplumsal sözleşme de tabiat kanununa göre daha az şarh, daha az buyurucu, daha az zorlayıcıdır⁵⁹. Toplumsal sözleşme ürünü kanun diğer kural türlerinden üstün olan birinci özellik budur.

Kanunun insan eliyle yapıldığı, halde başarı kazanması, suç ve ceza gibi insan hürriyetini en ileri derecede sınırlandırarak kurumlar yaratması, suç ve cezaların ancak konulabilmesi prensibinin kabulü ve nihayet kanunun elde ettiği bu münhasır kudretin mevzuatı, toplumsal sözleşme kavramının gün yüzüne çıkması, lüzumlu

⁵⁷ Voltaire'nin Leibniz'i üstü kapalı, alaya aldığı, *Candide ou l'Optimisme*'de, insanların iyimserlikle kanunu benimsedikleri varsayımıyla beraber düşünülebilir.

⁵⁸ Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, a.g.e., s.17. Filozofun bu tasnifinin kaçınılmaz şekilde Spinoza'nın *Tractatus Theologico-Politicus*'ta yaptığı, kanun tasnifini akları getirdiği söylenebilir. Bkz: Benedictus Spinoza, **Teolojik-Politik İnceleme**, Dost Kitabevi, Ankara, 2008, s.97 vd.

⁵⁹ Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, a.g.e., s.18.

kılmaktadır. Kanunilik prensibinin gayesini gerçekleştirebilmesi biraz da *kanunun* me ruiyetine bağlıdır. Tanrısal egemenlik yerine yeryüzü veya halk egemenliğinin geçerli olduğu *modern zamanlarda* dayanağı, halk olmayan bir düncenin veya prensibin ayakta kalma ihtimalinin düşük olduğu göz önünde tutulursa toplumsal sözleşmenin kanunun ve dolayısıyla kanuniliğinin me ruiyet kaynağı, olduğu ileri sürülebilecektir. Ancak toplumun benimsemesine ve kabulüne mazhar olması kanun, kanunilik prensibi sayesinde me ru bir zeminde tutunabilecektir. Toplumsal sözleşme ile me rulaştırılmı kanunu diğer kural türlerinden üstün kılan ikinci özellik de budur.

Tanrısal ilham ve emirler ile tabiat kanunları ortaya koyduğu adalet⁶⁰ tarzları, nezahetleri mahiyetleri gereği ödemiş ve apaçktırklar⁶¹. Ayn, özelliği taşıyan hususlar arasındaki bağ hep aynıdır. Toplumsal sözleşmenin ve tabii kanunların ürünü olan birey adaletinde fiil ile toplumun de iğ halleri arasındaki ilişki budur. İnsan yapısı, adalet bu nedenle de iğken ve esnek değildir. Toplum için yararlı, veya gerekli olmayan fiiller, yaptırımlar daha iyileriyle de iğtirilebilir. Dolayısıyla, Thomas Aquinas'ın önsan yapısı, hukuk de iğtirilebilir mi? sorusunun⁶² cevabı olumludur. Kanunun de iğtirilebilirliği veya esnekliği onu diğer kural türlerinden olumlu şekilde ayıran üçüncü özelliktir.

b. Kanuna ve toplumsal sözleşme uygunluğunun özde iğli iğ

Kanunilik prensibinin toplumsal sözleşme temeline oturması, Beccaria'nın u cümlelerinde barizdir:

ÖHer insan, kamusal / ortak emanete, özgürlüğün sadece olabildiğince küçük bir parçasını vermek istemiştir. Onu baskılar, na karıştıran, savunmaya zorlayan yalnızca bu parçadır. te bireylerin topluluk yararına vazgeçtikleri bu küçük parçaları toplam, ceza verme hakkının temelini oluşturmaktadır. Bunun ötesine geçen, bu temelden uzaklaşan / sapan her iktidar etkinliği, iktidar, kötüye kullanmadır; adaletle

⁶⁰ Yazar adalet terimiyle kastettiğini u ekilde açıklamaktadır: "Adalet sözcüğüyle sadece bireysel çıkarlar, birleştirilen zorunlu bağ, amaçlamaktadır. Bu bağ olmasaydı, toplumsal yaşam, eski kaos dönemlerindeki gibi çözümlenirdi. Bu bağ, salama zorunluluğunu ana bütün cezalar, doğalar, gereği haksızdır, hukuka aykırıdır. Burada adalet sözcüğünün, maddi bir güç ya da var olan bir varlık gibi herhangi bir gerçek olgu düncesi olarak algılanmaktan, ona bu biçimde yaklaşılmaktan özenle kaçınılmazdır." Beccaria, a.g.e., s.29.

⁶¹ Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, a.g.e., s.19.

⁶² Thomas Aquinas, **Summa Theologica**, Hayes Barton Press, Raleigh, 2006, p.1870. Düncenin, birey hukukunun de iğtirilmesinin ölçüsünü ve sınırlarını, da de iğlendirmiştir. Aquinas, **Summa Theologica**, a.g.e., pp.1870-1876.

ba da maz. Böyle bir iktidar, eylemli bir iktidardır, ama asla hukuksal (me ru) de ildir.ö⁶³

Bireylerin özgürlüklerinden belli oranda vazgeçmesi, ortak güce tevdi edilen yetkilerin cezalandırılmaya dayanak teşkil etmesini toplumsal sözleşme ile, bir kuramla tevdi etmek mümkün görünmemektedir. İtalyan düşünürün sözleşmeci yaklaşımın, Benedictus Spinoza, Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau ve diğer toplumsal sözleşme kuramcılarının düşünülerinin devamı olarak görmek gerekmektedir. Bir örnek vermek gerekirse, Locke'a göre, barış, özgürlük ve mutluluğun hüküm sürdüğü tabiat halindeki tek sorun olan suçluların kim tarafından cezalandırılacağı meselesi, sivil toplumun üyesi olan bireylerin aralarında yaptıkları sözleşme vasıtasıyla bireysel cezalandırılma hakkından feragat etmeleri ile mümkün olmuştur⁶⁴. Locke, bireylerin devrettikleri yetkileri belirtirken cezalandırılmanın yanı sıra kanun yapma gücünü de saymaktadır⁶⁵. Görüldüğü gibi cezalandırılma ve onun meşruiyet kaynağı olan kanunilik ile toplumsal sözleşme düşünçesi arasında görmezden gelinemeyecek bir bağ vardır.

Cezalar, ancak kanunun belirleyebileceği sınırları aşmayan Beccaria, kanunun bu kudretinin kaynağı olarak toplumsal sözleşmeyle bir araya gelimi ve toplumun tamamını temsil eden kanun koyucuyu göstermektedir⁶⁶. Gelişigüzel bir şekilde ihkak, hakkın kullanılmaması, toplumun bütün üyelerini bağlayan bir kural ise bu kuralla toplumun bir üyesi olan hâkim de bağlanmalıdır. O halde hâkim dahi kanunla bağlanmalıdır, olduğu gibi, ceza, artırılmaya yönelik biçimde kanunun çizdiği sınırları aşmamalıdır, buna çabukmayacaktır.

c. *Sözleşme olmayan düşünçede kanunilik yaklaşım*

Toplumsal sözleşme kuramına yakınlık, açık olan Beccaria'nın düşünçesini daha iyi anlayabilmek için kendisinin büyük tazim ve hürmet gösterdiği Montesquieu'nün görüşlerine temas etmekte yarar vardır. Sözleşmelerin aksine, Fransız filozof, gerek *Pensées* (Düşünceler) gerekse başka eserlerinde toplumun sözleşme ile kurulmadığını,

⁶³ Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, a.g.e., s.29.

⁶⁴ John Locke, **Two Treatises of Government**, Industrial Systems Research, Manchester, 2009, Treatise 2, Chapter 9 / 130, p.111.

⁶⁵ Turinay, **Dil, Hukuk ve Siyaset Bağlamında Anayasa Düşüncesi**, a.g.e., s.230.

⁶⁶ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, öIII- Conseguenzeö, a.g.e., p.39.

sözle meden çok önce oldu tu una ili kin fikirlerini istikrarlı, ekilde savunmu tur. Tabiat halinde (*état de nature*) dahi insanlar,n toplum halinde ya ad, ,n,, toplumun tabiat,n zorunlu bir sonucu oldu unu söyleyen filozof, bireylerin topluluk halinde ya amaya yeme-içme, bar,nma, cinsellik kadar ihtiyac,n, oldu unu savunmaktad,r. *De l'Esprit des Lois* yazar,n,n ifadesiyle: öCemiyetlerin te ekkülünden önce, insanlar incelenirse, görülür ki, be er türü bu zamanlarda dahi tesis etti i bir hâkimiyete tâbi bulunuyorlard,. Esasen, son derece zayıf ve hassas artlar içindeki çocuklar kendilerine hayat ve bu hayat, devam ettirmek için zarurî araçlar, temin eden babalar,n,n himâyelerine s, ,nm, lar, ona tâbi olmu lard,r.ö⁶⁷.

Montesquieu'nün toplumu sözle me öncesine götüren dü üncelerinden hareketle unlar söylenebilir: Sözle meciiler ile toplumsal sözle me kuram,n, reddeden görüşün cezalandırma amac,na yönelik yaklaşımlar, hiç üphe yok ki farklı olacaktır. Sözle meci yaklaşımların cezalandırma amac,na *mutluk fayda* veya *me ru müdafaa* kültürünü oturtmu tur⁶⁸. Tarihin başlangıc,nda özgür ve başımsız olan insan zorunlu olarak kendi başına yaayan insanlardan maruz kaldı, , saldırganlar, kendi çabasıyla bertaraf etmeye çalıştı. Fakat toplum sözle me vasıtasıyla kurulduktan sonra insan gerek mal,na gerekse fiziki bütünlüğüne karşı, tüm saldırganlar, cezalandırma yetkisi topluma intikal ettirmişti. Bu yeni halde, toplumun herhangi bir ferdine karşı, girişilen saldırı, sözle meye karşı, bir ihlal niteliğinde görülecektir. Söz konusu saldırı,n,n toplumun mütekerrek mutlak faydası, gereği derhal cezalandırılmalı, gerekir. Yalnız bir kişinin menfaatini cezalandırıyormu gibi görünen müeyyide toplumsal bir me ru müdafaa vasf,na, taşınmaktadır.

La Brède Baronu'nun sözle me karşı, dü üncelerinin cezalandırma yetkisindeki değişimleri, de erlendirmeye geçmeden önce, Beccaria'nın cezalandırma hakkındaki fikirlerine değinmek isabetli olacaktır. Çünkü İtalyan hukukçu esasen toplumsal sözle me kuram,n, benimsemi görünmekte olup⁶⁹ bir önceki paragrafta anlatılan yaklaşımlar, belli bir noktaya değin kabul etmektedir. Yazara göre, cezanın me ruiyeti sadece sözle meye ve ona

⁶⁷ Charles Louis de Secondat Baron de Montesquieu, **Pensées**, Tome 1, p.397'den aktaran Muhiddin Göklü, 1 numaralı Çevirmen Notu, Charles Louis de Secondat Baron de Montesquieu, **İkinci Mektuplar**, a.g.e., s.257.

⁶⁸ Muhiddin Göklü, çevirmen notu, **İkinci Mektuplar**, Montesquieu, a.g.e., s.257.

⁶⁹ Bkz: Cesare Beccaria, **Dei Delitti e Delle Pene**, öIII- Conseguenzeö. Toplumsal sözle me kuram,, Montesquieu ile Beccaria'nın farklı tutumları takındı, , istisnai konulardan biri olarak dikkat çekmektedir. Bununla beraber, Beccaria'nın toplumsal sözle meyi ele alması, biçiminin diğer sözle meciilerle aynı olmadı, , gözlemlenmektedir.

dayal, kanunlara de il gerçekte en saldırgan bireyin hayatına ve hürriyetine, toplumun geleceğine, bütünlüğünün korunmasına verdiği zarar oluşması da bildirir⁷⁰. Dolayısıyla genel varsayılana, kanunla yaptırma tâbi tutulmuş bir toplumsal zararın yanı sıra ahsî bir zarar da tahakkuk etmiş olmalıdır ki ceza hukuken me ru görülsün. Toplumsal sözleşmeye dayalı birey ve toplum arasındaki hak ve yetki paylaşımında sözleşme mecilerden fazla olarak cezalandırma gibi hak ve özgürlüklere en iddetteli müdahaleyi öngören bir kudretin kullanımında bireyi himaye eden Beccaria, kanunilikle aynı potada erimiş bir sözleşme / anayasal bir dengeyi savunur görünmektedir. Bu bağlamda, cezalandırmanın toplumsal sözleşme kuramındaki rolünün Jeremy Bentham tarafından da önemsendiğini hatırlatmak faydalı olacaktır⁷¹. Sözleşme mecilerin kuramı içerisinde ceza sadece belirli bir fiilden dolayı verilirken, talyan düşünürün kuramında cezaya hükmedilirken toplumun geleceğine ilaveten bireyin hak ve hürriyetleri de korunmaktadır. Bu bağlamda, sözleşme mecilerin toplumun hâlihazırındaki bir menfaatini koruyan ceza, *Dei Delitti e Delle Pene* yazarı tarafından gelecekteki bir menfaati korumak amacıyla kullanılan bir araç olarak değerlendirilmektedir.

Muhiddin Göklüğe göre, toplum ile sözleşme arasında bir doğum bağı yok ise, toplum sözleşme medeni eskiye ve toplum halinde yaşamak yeme-içme, barınma veya cinsellik gibi bir ihtiyaçsa, Beccaria'nın klasik fayda nazariyesinin Montesquieu'nün sözleşme düşüncesinden kaynaklandığını dile getirmek gerekecektir⁷².

Göklü'nün tespitinden yola çıkarak, esasen sözleşme mecisi olan Beccaria'nın cezalandırmanın seçimli de il zorunlu amaçları⁷³ genişletmek ve böylece sınırları daraltmak suretiyle sözleşme mecisiyle çelişen ve Montesquieu'nün düşünceleriyle uyumlu bir yaklaşıma geliştirdiği söylenebilecektir.

B. KANUNLARIK PRENSİBİNİN FELSEFİ TEMELLERİ

Güçlü olan tüm kamu görevlilerinin herhangi bir kuralla bağlı olmaksızın suç yaratıp

⁷⁰ Muhiddin Göklü, çevirmen notu, **İhtisap Mektupları**, Montesquieu, a.g.e., s.257.

⁷¹ McBride, **Punishment and Political Order**, a.g.e., p.117.

⁷² Muhiddin Göklü, çevirmen notu, Montesquieu, **İhtisap Mektupları**, a.g.e., s.258.

⁷³ Amacın seçimlik de il zorunlu olmasından kast edilen, Beccaria'nın bir ceza verilebilmesi için aynı anda birden amacın gerçekte mesini zorunlu görmesidir.

ceza uygulad,klar, karanlık ça lar,n günah,n, sadece zalim hükümdarlara yüklemek gerçekte ba da mayacakt,r. Gramatica'n,n ifadesiyle, öKral,n ba ,na buyruklu u ya da yarg,çlar,n kararlar,, birlikte kal,nan zindanlar ve bireysel hapis, ceza yasalar,n,n göreceli i kar ,s,nda ayn, eylerdir.ö⁷⁴. Yazar sonra tarih ve yüzy,llar,n hükümlülerine geçit resmi yapt,r,r: ö sa'n,n hüküm giymesi, halk,n ç, l,klar, ve h,çk,r,klar, aras,nda Marie Antoinette'nin sallanan ba ,. Bastille, Napoli Bourbonlar,n,n cezaevleri, günümüzdeki kur una dizilmeler. So uk bir yuvada a lamakl, yavrucaklar,n, cezaevindeki babalar, taraf,ndan yazg,lar,na b,rak,lm, yavrucaklar,n ac,kl, durumlar,.ö. Kanunilik dü üncesinin do al, kaydade er, toplumsal ve iktidardan kaynaklanan temel hak sorunlar,n,n çözülmesi amac,yla do du unu söylemek yanl, olmayacakt,r. Kitab-, Mukaddes'in *Romal,lar 4:15* bahsinde bile kanunilik ilkesine rastlamak mümkündür: *öubi non est lex nec praevaricatio* (Kanunun olmad, , yerde suç da yoktur)⁷⁵.

1. XVII. Yüzy,lda Kanunili i Dü ünnek: Thomas Hobbes

ngiltere tarihinde ayn, ad, ta ,d, , manast,r,n çevresinde filizlenen bir e itim merkezi olarak tan,nan Malmesbury'de 1588'de dünyaya gelen Thomas Hobbes, *magnum opus*u olan *Leviathan*yla ça da ngiliz felsefesinin ve toplumsal sözleşme teorisinin kurucusu olarak bilinmektedir⁷⁶.

a. Suçun konumunun belirlenmesi

Eserinin *öOf Crimes, Excuses, and Extenuations*ö (Suçlar, Mazeretler ve Hafifletici Sebepler Üzerine) ba l,kl, yirmi yedinci bölümünün ba lang,c,nda, yukar,da aç,klanan suç / günah tasnifini yapan dü ünür, yirmi alt,nc, bölümde her vatanda bak,m,ndan do ru ile yanl, , emredici ekilde gösteren kurallar olarak tan,m,lad, , toplum kanunlar,n,n varl, ,n,, sonraki bölümde suçun olu mas, için art ko maktad,r⁷⁷. Yukar,da Hobbes'n yapt, ,

⁷⁴ Gramatica, **Toplumsal Savunma İlkeleri**, a.g.e., s.59.

⁷⁵ Noé Bustamante Bustamante, **Locuciones Latinas en Materia Juridica**, Palibrio, Bloomington-Indiana, 2012, p.414.

⁷⁶ Aloysius P. Martinich, **Hobbes**, Routledge, New York, 2005, p.4.

⁷⁷ Thomas Hobbes, **Leviathan**, Part II, Chapter XXVII, a.g.e., p.337.

toplum kanunu / tabiat kanunu ayr,ma ili kin aç,klamalarda belirtildi i üzere tabiat kanunu (zorunlulukla ve ilahi kurallar) dü ünürün toplum kanunu dedi i kanunlardan ayr, bir düzlemdedir. Herkesin kendi kendisinin hâkimi oldu u, kendi vicdan,nda itham edilip akland, , düzlem teknik anlamda suçun düzlemi de ildir.

Toplum kanunu toplumsal sözleşme ile yetkilendirilen kanun koyucunun yapt, , kanundur. Bu aç,klamalar , , ,nda dü ünürün suç kavram,n, toplum kanunu (genel anlam,yla kanun) ile ayn, ba lamda telakki etti i gözlemlenmektedir. Nitekim Hobbes'a göre adil bir devlet düzeninde⁷⁸, *Where no civil law is, there is no crime*⁷⁹ (Kanunun olmad, , yerde suç yoktur.).

Alt,n, çizmek gerekir ki, Hobbes için egemenlik bir kurumdur; dolay,s,yla tabiat-üstü de il, be eridir⁸⁰. Bu çerçevede kanun koyucu ffilozofun terminolojisini kullanmak gerekirse- *egemen kuvvet*, ortadan kalkt, ,nda suç da kalmaz⁸¹. Suç-kanun koyucu veya suç-egemen kuvvet aras,ndaki yarat,lan-yarat,c, ili kisi kolayl,kla anla ,laca , gibi kanunilik prensibinin anayasal kökenini ortaya ç,karacak mahiyettedir. Suç, ba lam içerisinde, cezaland,rma gücünü ve yetkisini bünyesinde bar,nd,ran asli kurucu iktidar ile varl,k kazanan ve yine asli kurucu iktidarla birlikte yok olan temel bir kavram olarak yerini almaktadır.

Hobbes'ın yakla ,m,ndan ayr,ca her kanuna ayk,r,l, ,n suç olmad, , , fakat her suçun kanundan kaynakland, , sonucu ç,kar ki; bu noktadan ça da hukuk düzenlerindeki suç-kabahat ve suç-haks,z fiil ayr,mlar,na ula mak zor olmayacaktır.

b. Kanunun i levi

Hobbes'ın al ,lm, tabiat kanunu / toplum kanunu ayr,m,na tekrar at,fta bulunmak gerekirse, tabiat kanununun sonsuzlu u, toplum kanununun zaman aç,s,ndan s,n,r,l,l, , ile

⁷⁸ Paul Craig Roberts - Lawrence M. Stratton, **The Tyranny of Good Intentions**, Forum, Rosedale-California, 2000, p.67.

⁷⁹ Hobbes, **Leviathan**, Part II, Chapter XXVII, a.g.e., p.337. *sic.* Metinde kanun (*civil law*) ifadesindeki *civil* kelimesi çift l ile, *civill* biçiminde yaz,lm, t,r. Yukar,da yer verilen cümle, alt ba l,k niteli iyle içeri ini özetledi i paragraf,n yan,nda yer almaktadır.

⁸⁰ Derrida, **The Beast and the Sovereign**, a.g.e., p.40.

⁸¹ Hobbes, **Leviathan**, Part II, Chapter XXVII, a.g.e., p.337.

asli kurucu iktidar,n ve o iktidar,n yaratt, , suçlar,n da yine zaman aç,s,ndan s,n,rl,l, , aras,nda paralellik izahtan varestedir.

Suç ve cezan,n arkas,nda duran anayasal güç, kanunu da ayakta tutmaktad,r. Güç ortadan kalkt, ,nda toplum sözleşmesinin yapıld, , zamandan önceki tabiat haline dönüşecek, kanun korumas, kalkacaktır ki, bu tabloda toplum sözleşmesi kuram, ile suçta ve cezada kanunilik ilkesinin teorik çerçeve içerisinde birbirini teyit ettiği görülecektir. Hukuken suç var eden kerteriz kanun ise, kanun ortadan kalkt, ,nda suç da ortadan kalkacaktır. Kanunun dayana , olan egemenlikten cezaland,rmaya uzanan yol takip edilirse, Montesquieu'nün devletin güçleri hakk,nda yaptığı , tasnifin ayd,nl, ,nda uyu mazl,k çözme veya bir başka deyişle yarg, kuvveti ba l, , alt,nda yer ald, ,n, fark,na var,lacaktır. Devletin unsurlar,ndan olan egemenli in⁸² ortadan kalkmasıyla yarg, kuvveti berhava olacak, yarg, kuvveti berhava olunca cezaland,rma gücü yok olacak ve nihayet cezaland,rma gücünün yaratt, , suç ve ceza kavramlar, da varl, ,n, kaybedecektir. Dü ünce amaçlar, içinde ters doğrultuda gidilecek olursa, birey egemenlik ba ,yla devlete veya kanun koyucuya ba l, oldu unda, yarg, kuvvetine, dolay,s,yla cezaland,rma gücüne de tabi olacaktır. Hobbes'ın ifadesiyle, *For the fact committed once against the law, if he that committed it be obliged to the law, can be no other than a crime.*⁸³ (Kanuna karşı işlenen fiil, ayet fiili ile yeren kişi kanuna tabi ise, suçtan başka bir şey olamaz.).

Suçun hukuki ve psikolojik nedenlerini ele alan dü ünürün, suçun kanuniliğine ula an hukuki yaklaşımlar, kabul görmüşken, manevi unsuru ilgilendiren ve suçun sebepleri olan

⁸² Georg Jellinek, 1900 yılında yayınlad, , *Allgemeine Staatslehre*de ortaya koyduğu üç unsur teorisine (*Dreielementenlehre, three elements theory*) göre, devlet, var olabilmek için, insan (millet) ve toprak (ülke) unsurlar,ndan başka egemenlik unsuruna muhtaçtır. Avusturyalı kamu hukukçusu yazar, devleti, egemenlik gücüyle aslen donatılmış, , belli bir toprak parçası, üzerinde yerleşik bir millet birliği (*corporation d'une nation sédentaire dotée originaiement de la puissance dominante*) olarak tanımlamaktadır. (Georg Jellinek, **L'Etat moderne et son droit**, Traduction française par Georges Fardis, Paris, V. Giard & Brière, 1911, c.I, p.296'dan nakleden Kemal Gözler, **Devletin Genel Teorisi**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2007, s.4.) Kemal Gözler'in İhan Akipekten ilham alarak yaptığı , tanımladığı devlet, devlet, belirli bir insan topluluğunun, belirli bir toprak parçası, üzerinde egemen olmasıyla oluşan, hukukî kişiliğe sahip devamlı bir devlet olarak değerlendirilmektedir. (Gözler, **Devletin Genel Teorisi**, a.g.e., s.6.) Bu tanımlardan hareketle, egemenliğin ortadan kalkt, ,nda devletin ve tabii devletin çeşitli kuvvetleri ile yetkilerinin yok olması, söylenebilir. Gözler'in tanımladığı devletin unsurlar,ndan başka özelliklere rastlanmaktadır. Bu özelliklerden tekilatın yasama, yürütme ve yarg, makamlar,ın oluşturulması, ifade ettiği anlamaktadır. Bir anayasa yapılarak diğer tekilatın yanısıra yarg, organı yaratılarak, ayrıca kanunlar suç ve cezalar yaratılarak cezaland,rma için devlet tarafından gerçekleştirilebilir. Bu itibarla, devletin tekilatlanması, sonuçları,ndan biri olan cezaland,rmanın, anayasa-kanun-suç ve ceza ihdas edilmesi-mahkûmiyet zincirine ve birinci adımı olan egemenliğin esik, s,k,ya bağlanması, bir anayasal kişiliğe dönüşümünü teyit edilebilir.

⁸³ Hobbes, **Leviathan**, Part II, Chapter XXVII, a.g.e., p.345.

saikler konusundaki görü ü ele tirilmektedir⁸⁴. Suçun hukuken kanundan kaynakland, ,, psikolojik aç,dan ise anlay, yetene indeki bir kusurdan, muhakemedeki bir yan,lg,dan veya hislerin aniden kabarmas,ndan meydana geldi i⁸⁵ teoride, -istisnalar d, ,nda- kanunu bilmemenin mazeret say,lmayaca ,n, tahmin etmek birbirini tamamlayan parçalar, birle tirmenin bir sonraki a mas,n, te kil etmektedir.

c. Cezan,n derecelendirilmesi ya da tan,mlanmas,

Cezaland,rman,n hukuki ve kamusal niteli ini vurgulayan⁸⁶ Hobbesın cezai uygulamalar, daraltarak mümkün oldu unca insanile timek için suça göre daha hafif bir kabahatler a mas, yaratt, , söylenebilir. Yazara göre, hâkim güce sahip ki i yahut meclis egemenlik kapsam,ndaki temel bir yetkisinden vazgeçip vatanda lar egemenlikle tevil edilemeyecek bir hürriyet elde ettiklerinde, vatanda lar,n hürriyetlerine ayk,r, bir emre uymamalar, yine de bir kabahat te kil etse de vatanda lar,n sorumlulu una ayk,r, olmakla birlikte suç say,lmayacaktır. Zira vatanda lar egemenli in mahiyetini, egemen gücün tan,m,na ters dü en davran, lar, bilmekle mükelleftir. öyle ki, egemenlik vatanda lar,n r,zas,yla ve onlar,n korunmas, amac,yla tesis edilmi tir. Egemenli in mahiyetine ayk,r, bir özgürlü ün verilmesini zararl, sonuçlarla alakal, bir bilgi eksikli iyle aç,klamak gerekir⁸⁷. Vatanda egemen gücün varl, ,yla çeli kili bir özgürlü ü kullan,rken emre (*emir ifadesiyle kanun kast edilmektedir*) uymamakla kalmaz, bir de emri uygulanmas,nda kamu görevlisini kar , koyarsa, o halde vatanda suç i lemi say,lacakt,r. Yazar bu davran, ,n suç say,lmamas,n,n gerekçesini bir tazmin imkân,na ba lamaktadır: *öBecause he might have been righted [without any breach of the Peace] upon complaint.ö* (Çünkü vatanda [bar, bozulmadan], ikâyetle maruz kald, , zarar, telafi edebilirdi.)

ngiliz filozof, sözle me ile egemenlik hakk, verilmi ki i veya kurulun ihdas etme yetkileri aras,nda sayd, , cezalar ve ödüllere eserinin yirmi sekizinci bölümünü tahsis etmi tir: *öof punishments, and rewardsö*. Bölümün ba lang,c,nda, ceza, insanlar, itaate

⁸⁴ Geoffrey M. Vaughan, **Behemoth Teaches Leviathan: Thomas Hobbes on Political Education**, Lexington Books, Lanham-Maryland, 2007, p.60.

⁸⁵ Hobbes, **Leviathan**, Part II, Chapter XXVII, a.g.e., p.337.

⁸⁶ Juhana Lemetti, **Historical Dictionary of Hobbes Philosophy**, Scarecrow Press, Lanham-Maryland, 2012, p.266.

⁸⁷ Hobbes, **Leviathan**, Part II, Chapter XXVII, a.g.e., p.346-347.

e ilimli k,lmak amac,yla, kamu gücü taraf,ndan kanuna ayk,r,l,k te kil etti i gösterilen fiili yapm, veya ihmal etmi birine ayn, gücün yapt, , kötülük olarak tan,m lanm, t,r⁸⁸.

Egemen gücün koydu u dünyevi cezalar,, kendine özgü bir kategori olu turan ilahi cezalardan ay,rt etmek gerekir⁸⁹. Cezalar, ilahi (*divine*) ve be eri (*humane*) cezalar tasnif eden Hobbesın bu yakla ,m,n,n, suçlar,n ve kanunlar,n yine ayn, ekilde tasnif etmesiyle tamamen örtü tü ünün alt,n, çizmekte fayda vard,r. Yazara göre ilahi / be eri ayr,m, cezalar cezalar,n ilk ve genel s,n,fland,r,lmas,d,r⁹⁰. Be eri cezalar insan iradesinin emir türünden ürünleridir.

d. Cezaland,rma yetkisinin sözle me-d, , kayna ,

Cezan,n tan,m,ndan sonuçlar ç,kar,lmas, cezaland,rma yetkisinin nereden geldi inin cevaplanmas,yla mümkün olabilecektir. Hobbes, hiç kimsenin kendisine iddet uygulamay, içeren bir yetkiyi ba kas,na vermi olamayaca ,n, ileri sürer⁹¹. Bu do rultuda, dü ünüre göre, sözle menin yap,lmas, suretiyle devlet kurulurken herkesin vazgeçti i hak kendini de il ba kas,n, savunma hakk,d,r! Ayr,ca, herkesin verdi i söz kendisinin de il ba kas,n,n cezaland,r,lmas,nda egemen güce yard,m edece ine ili kindir. Kald, ki, cezaland,rma yetkisinin ba kas, üzerinde kullan,lmas,yla ilgili yard,m etme hususunda söz vermek, söz veren ki i egemen ki i ya da kurul mensubu olmad, , sürece, egemen güce cezaland,rma yetkisinin verilmesi olarak yorumlanamaz. Dolay,s,yla, devletin veya temsilcilerinin cezaland,rma yetkisi⁹² vatanda lar,n lütfuna, ihsan,ndan kaynaklanmaz. Devlet kurulmadan önceki tabiat halinde herkesin her konuda kendini korumaya hakk, vard,; öyle ki, ki i kendini korumak amac,yla ba kas,na boyun e direbilir, yaralar, hatta öldürebilirdi. Tabiat halindeki herkesin sahip oldu u sözü edilen bu hak cezaland,rma yetkisinin temelini

⁸⁸ Suçun tan,m,n,n kanun terimi kullan,larak yap,lmas, kanunilik ilkesi bak,ndan kaydade er bir a amad,r. Hobbes, **Leviathan**, Part II, Chapter XXVIII, a.g.e., p.353.

⁸⁹ Lemetti, **Historical Dictionary of Hobbes Philosophy**, a.g.e., p.266. Malmesbury'di dü ünürün cezay,, egemenli i, toplumu dünyevi-ilahi biçiminde s,n,fland,rmas, modern dü üncenin olu umu bak,m,ndan çok mühim bir katk,d,r.

⁹⁰ Hobbes, **Leviathan**, Part II, Chapter XXVIII, a.g.e., p.357.

⁹¹ Cezaland,rma yetkinin devrinin toplumsal sözle meye dahil edilmemesi Hobbesı baz, sözle mecilerden, örne in Locke'tan ay,rılmaktad,r. Hobbes, **Leviathan**, Part II, Chapter XXVIII, a.g.e., p.353.

⁹² Dü ünür, her ne kadar cezaland,rmay, kast ederek *right* (hak) kelimesini kullanm, olsa da, hak özel hukuk kapsam,ndaki hukuken korunan menfaatleri ifade etmesinden dolayı, cezaland,rman,n yetki olarak nitelendirilmesi daha isabetli olacaktır.

olu turmaktadır⁹³. Vatandaşlar müstakil olarak egemene cezalandırma yetkisini vermemiştir. Yalnız, tüm vatandaşların korunması için, kendilerine ait haklarla, egemen gücün yetkisini sağlamalarıdır. Dolayısıyla devredilen bir yetki yoktur, çünkü daha önce böyle bir yetkinin varlığından söz edilemez; sadece toplu halde ve egemen güce münhasır şekilde bırakılan bir yetki söz konusudur.

Cezay, diğer kötülüklerden (*evill*⁹⁴), mesela ahsî nitelikteki müessir fiillerden ve intikamlardan ayrılan unsur kamu gücüdür. Kamu gücüne (*publique authority*) sahip, sıklıkla bağımsız olan kanuni düzenlemeler olmak üzere bir fiil suç sayılamayacaktır.

Cezanın kanunilik ile ayrılmaz bir bütün olarak kamu davası, kanunun yürürlüğe sokulmasından ve suçun işlenmesinden sonra yapılan yargılama ve mahkûmiyet cezalarının olmazsa şartı olarak görülmektedir. Hobbes'a göre, bu unsurların eksik olduğu durumda kamu gücünün fiile karşılık yapıp, kötülük cezası olarak adlandıramaz; böylesi bir davranış *du manca bir hareketten (an hostile act)* başka bir şey değildir. Yazarın bu kanaatleri için gösterdiği gerekçe kanunilik ilkesinin en özgül ifadelerinden biridir: *“The fact for which a man is punished, ought first to be judged by publique authority, to be a transgression of the law.”* (Bir insanın cezalandırılması sebep olan fiil, öncelikle, kamu gücü tarafından kanunun ihlali olarak takdir edilmelidir.)

Hemen belirtme gerekir ki, İngiliz düşünür, cezanın kanunla düzenlenmiş olması, da kâfi bulmamakta; suçun miktarının da kanunilik prensibinin hüküm sürdüğü kapsama dâhil etmektedir. Öyle ki, düşünür, *“If a punishment be determined and prescribed in the law it selfe, and after the crime committed, there be a greater punishment inflicted, the excess is not punishment, but an act of hostility.”*⁹⁵ (Kanunda belirlenmiş ve derpi edilmiş bir ceza varken suçun işlenmesinden sonra daha ağır bir ceza verilirse cezanın fazla olan kısmı, ceza değil bir dümanlık fiilidir.) ifadelerini kullanmaktadır. Cezalandırmanın maksad, intikam değil korkutmadır. Önceden miktar kestirilemeyen ağır bir cezanın caydırıcılığı, nispeten hafif bir cezanın kanunla düzenlenip duyurulmasıyla telafi edilebilir. Bu yüzden umulmayan ilave yapılmış ceza kapsamında sayılamaz.

⁹³ Hobbes, **Leviathan**, Part II, Chapter XXVIII, a.g.e., p.354.

⁹⁴ Hobbesın ya adını, dönemin İngilizcesinde bazı kelimeler günümüzedekine kıyasla sonunda bir de il iki l harfi olacak biçimde kullanılıyordu. Nitekim düşünürün kullandığı, *evill, civill, ecclesiasticall* gibi kelimeler çağda İngilizcede tek l ile; *evil, civil, ecclesiastical* vb. şekilde yazılmaktadır.

⁹⁵ Hobbes, **Leviathan**, Part II, Chapter XXVIII, a.g.e., p.355.

Hobbes'ın suç ve cezalar için kanunu zorunlu gördü ü genel olarak söylenebilirse de, hiç umulmadık bir noktada, kanuniliği teyit edici ifadeleri müteakip kanunilikle çelişen cümlelere yer verdi ine rastlanmaktadır. Buna örnek olarak, yukarıda değinilen, cezanın miktarındaki kanunilik ile ilgili görüşlerini dile getirdiği paragrafın sonuna doğru, -eserin diğer kısımlarındaki söylemlerle belirgin bir çelişki oluştuğundan kanunda belirlenmiş ceza hiç olmadıkça, suçluya zorlayıcı güç uygulanması, cezalandırma olarak gördüğüne ilişkin ifadeleri gösterilebilecektir. Yazarın kanunilik prensibine aykırı olan söz konusu kanaatine gösterdiği gerekçe, herhangi bir ceza öngörülmemi kanuna aykırı bir fiile *dâhil olan* kişinin miktarı, muhtemelen ve tam da bu yüzden keyfi bir cezaya maruz kalacağına, bildiğine dair varsaymaktadır. Kişinin kendinden kaynaklanmayan belirsizlikten ötürü belirsizlikten kaynaklanan potansiyel, muhtemel bir cezalandırılma tehlikesi altında bırakılması, yazarın suç ve ceza hakkında, istikrar gösteremeyen tavırla tezat oluştuğunu söylenebilecektir.

Leviathan'ın yirmi sekizinci bölümü genel olarak değerlendirildiğinde kanunilik ilkesinin hemen her paragrafta doğrudan veya dolaylı fakat mutlaka nüfuz etmiş olduğu gözlemlenmektedir. Kanunilik ilkesiyle birebir ilişkilendirilemeyecek kısımlarda bile kamu gücüne, kamu gücünün eseri olan kanuna (Hobbes'ın sözlüünde *toplum kanunu* kavramına tekabül eder) atıfta bulunulmaktadır. Zorla ele geçirilmiş iktidar tarafından verilen ya da insanlara yararlı olması, umulamayacak veya fiilin zararını yaptığı etkisinin faydasından az olduğu cezalarla ilgili açıklamalar kanuniliğinin sindirici kısımlara örnek olarak gösterilebilir.

2. Kanunların Ruhunda ve Kanun Mektuplarında Kanunilik: Baron de Montesquieu

*«Tout ce que la loi appelle une peine est effectivement une peine.»*⁹⁶ (Kanunun ceza dediği şey gerçekten cezadır.) Montesquieu'nün *de l'Esprit des Lois*'unda (Kanunların Ruhuna Üzerine) dile getirdiği, cezayı, kaba kuvvetten ayrılan unsurun kanun olması, hakikati belki de kanunilik ilkesini en iyi ifadelerinden biridir. Soyut somutun üzerinde olduğu gibi,

⁹⁶ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, «Livre VI- Conséquences des principes des divers gouvernements par rapport à la simplicité des lois civiles et criminelles, la forme des jugements et l'établissement des peines, Chapitre IX- De la sévérité des peines dans les divers gouvernements», a.g.e., p.80.

kurallar ki ilerin üzerinde, kanun da hâkimin üzerindedir. Nitekim yine ayn, eserde, filozof, yukar,daki iktibasla yar, acak vecizlikte ifadeler kullanarak kanunun üstünlü ünü göklere ç,kar,r, hâkimleri yetkisizle tirir: ÷... *les juges de la nation ne sont ... que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*⁹⁷ (Milletin hâkimleri kanunun sözlerini telaffuz eden, kanunun ne kuvvetini ne de sertli ini yumu atacak vaziyette olan cans,z birer varl,kt,rlar.).

a. *Yönetim eklinin kanunilik dü üncesine tesiri*

Voltaire⁹⁸ın, siyasi kanunlarla medeni kanunlar, birbirine kar, t,rd, ,n, iddia etti i⁹⁸ Montesquieu *Kanunlar,n Ruhunu* medeni ve siyasi kanunlar, inceledi i alt,nc, kitab,nda üçüncü bölümün ba l, ,n, kanunilik prensibiyle do rudan alakal, ekilde koymu tur: ÷*Dans quels gouvernements et dans quels cas on doit juger selon un texte précis de la loi.*ö (Hangi hükümetlerde ve hangi durumlarda vatanda lar, kesin bir kanun metnine istinaden yarg,lamak gerekir). Bu bölümde hâkimleri yarg,lama yaparken yönlendirecek bir kanun olmaks,z,n (*sans qu'il y eût des lois pour les diriger*) keyfi ekilde davranmalar,n,n kusur olarak de erlendirildi i Lakedemonya Cumhuriyeti⁹⁹nden söz edilmektedir. Roma⁹⁹da ise ilk konsüllerin, Lakedemonya hâkimleri (*les éphores*) gibi yarg,lama yapmalar,ndaki mahzurlar,n,n anla ,lmas,yla birlikte kesin kanunlar,n ç,kar,lmas,n, sa lad, , belirtilmektedir⁹⁹.

Dü ünür kendine has yönetim ekilleri tasnifi , , ,nda, istibdat, saltanat ve cumhuriyette kanunun durumunun farklı oldu unu ileri sürer. Buna göre, istibdat idarelerinde kanun hiç yoktur, hâkim kendi kendinin kaidesidir. Saltanatta kanun vard,r; hâkim kanunun aç,k oldu u hallerde kanunu uygular, kanun müphem oldu unda, eserine koydu u efsanevi isim devreye girer: hâkim (kanunun) ruhunu arar (*il en cherche l'esprit*). Cumhuriyet idaresinde ise hâkimler kanunu do rudan uygular. Bu durum, yönetim eklinin do as, gere idir.

⁹⁷ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, a.g.e., p.149.

⁹⁸ Voltaire, *Feylosofça Konu malar ve F,kralar*, Milli E itim Bakanl, , Yay,nlar,, ty.øden aktaran Fehmi Balda , ÷Çevirmenin Önsözüö, *Kanunlar,n Ruhü Üzerine*, Charles Louis de Secondat Baron de Montesquieu, Çev. Fehmi Balda , Hiperlink Yay,nlar,, stanbul, T.y., s.28.

⁹⁹ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, a.g.e., p.73.

Bölümün başında sorulduğu gibi Hangi hükümetlerde ve hangi durumlarda vatandaşlar, kesin bir kanun metnine istinaden yargılamak gerekir? sorusunu, öcumhuriyetçi yönetimö (*gouvernement républicain*) ekinde cevaplayan Montesquieu, di er yönetim ekilleri için kanunların belirlili ini reddetmemektedir. Aksine, üslubundan ve eserinin ilgili kısımlarındaki genel yaklaşımdan suç ve cezalar, kanunların açık, net biçimde tespit etmesi gerektiğini savunduğunu anlaşılmaktadır.

b. Hâkimin yetkisinin kısıtlanması yöntemi

Roma uygulamasında cezanın kanundan kaynaklandığından bahseden filozof, hâkime dü en görevin sadece sanığın belirli bir suçu işleyip işlemediğini tespit etmekte olduğundan bahseder. Benzer bir uygulama İngiltere’de görülmektedir ki, jüri sanığın suçu ya da suçsuz olduğunu karara bağlar, hâkim ise ancak kanunda yazılı cezayı vermektedir¹⁰⁰. Nitekim hükmün duyurulmasında jürinin de il, hâkimin ön planda olması¹⁰¹, jüri ile hâkimin görev ayrılığını perçinlemektedir.

Redd-i hâkim müessesesine temas eden Montesquieu, büyük suçların yargılamasında sanığa kendisini yargılayacak hâkimleri bizzat seçme yetkisinin *kanunla* verilmesini gerekli bulmaktadır. Üstelik hâkimi ret hakkı, bir ya da birkaç seferle kullanılmalı, pek çok kez kullanılabilmelidir.

Düünün kanunilik prensibinin uygulanmasında çok katlı bir yaklaşım izlendiğini anlaşılmaktadır. Yazara göre mahkemelerin kararları, tartışılmaz olmalıdır¹⁰². Hatta öyle ki, alınan kararlar kanun metninin birer kopyası olarak görünmelidir. Kararlar hâkimin şahsi kanaatlerinden ibaret olsaydı, ki işi toplum nezdinde verdiği ve kendisine verilen sözlerden habersiz yarırdı. Genel itibarıyla, Fransız filozofun mahkemelerin rolünü önemsemediğini söylenebilecektir¹⁰³. Yukarıda sergilenen düünceler, kaçınılmaz şekilde eserinin aynı bölümünün altında yer alan, yine kendisinin ortaya koyduğu o ünlü ‘Milletin hâkimleri

¹⁰⁰ Montesquieu, a.e., p.74.

¹⁰¹ Nigel Walker, **Crime and Punishment in Britain: The Penal System in Theory, Law, and Practice**, Second Edition, Adline Transaction, New Jersey, 2010, p.146.

¹⁰² Montesquieu, **De l’Esprit des Lois**, a.g.e., p.144.

¹⁰³ Christoph Möllers, **The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers**, Oxford University Press, Oxford, 2013, p.18.

kanunun sözlerini telaffuz eden, kanunun ne kuvvetini ne de sertli ini yumu atacak vaziyette olmayan cans,z birer varl,kt,rö vecizesini hat,rlatmaktad,r. Montesquieu kanunilik prensibinin kendisini dahi sorgulam, t,r:

öCeza kanunlar, her bir cezay, suçun belirli niteli iyle düzenledi inde zafer hürriyetindir. Bütün keyfilikler yok olur; ceza kanun koyucunun keyfinden de il, e yan,n tabiat,ndan kaynaklan,r ve (böylece) insan,n insana iddet uygulamas, mümkün olmaz.ö¹⁰⁴

Kuvvetler ayr,l, ,n,n gerekçesi olarak hürriyeti gösteren yazar, nesnel vas,ftaki kanunilik prensibinin gerekçesini merak edenlere yine hürriyeti takdim etmektedir. Montesquieu'nün bireysel özgürlükle ilgilenmesi kadar mahkeme kararlar,n,n içeri ini derinlemesine incelemesi de, hakimlik yapm, olmas, bilgisiyle bütünlük arz etmektedir¹⁰⁵.

Montesquieu gözalt, i lemine de de inmi ; san, ,n yakalan,p hapsedilmesi kanunen gerçekle mi bir suçtan dolayı, yap,lm, sa ki inin hürriyetine zarar gelmedi ini savunmu tur. Do rudan kanunun emrine itaat etmek özgürlü e zarar vermeyecektir¹⁰⁶.

c. -*Bill de Atteindre* ve ran Mektuplar,ndan bir örnek

Kanunlar,n Ruhunun XII. kitab,n,n *Comment on suspend l'usage de la liberté dans la république* (Cumhuriyetlerde hürriyetin kullan,lm,as, nas,l durdurulur) ba l, ,n, ta ,yan XIX. bölümünde ngiltere'de ihdas edilen, *atteindre* ismi verilen bir kanun (*bill*) türünden bahsedilir. Kanunun isminde yer alan *atteindre* kelimesinin hukuki anlam,, öyakalama, suçlu bulma ve mahkûm etmeö olarak gösterilmektedir¹⁰⁷. Bu öyle bir kanundur ki, hürriyete yüksek bir de er atfedilen ülkelerde óbu iltifat ku kusuz öncelikle ngiltere'ye aittir- sadece herkesin hürriyetini korumak ad,na bir ki inin hürriyetinden mahrum edilebilmesini mümkün k,lmaktad,r¹⁰⁸. Bu sat,rlar,n yazar,n,n elindeki özgün metinde, Montesquieu'nün söz konusu kanundan bahsetti i cümlenin sonunda veya sayfan,n ba ka

¹⁰⁴ öC'est le triomphe de la liberté, lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime. Tout l'arbitraire cesse; la peine ne descend point du caprice du législateur, mais de la nature de la chose; et ce n'est point l'homme qui fait violence à l'homme.ö Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Livre XII, Chapitre IV, a.g.e., p.173.

¹⁰⁵ Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, a.g.e., p.18.

¹⁰⁶ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, a.g.e., p.145.

¹⁰⁷ Harvey Cortlandt Voorhees (ed.), *A Concise Law Dictionary of Words, Phrases, and Maxims*, Little, Boston, 1911, p.86.

¹⁰⁸ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Livre XII, Chapitre XIX, a.g.e., p.186.

bir yerinde herhangi bir açıklamaya rastlanmamasına rağmen, eserin Türkçeye Fehmi Balda tarafından yapılan tercümesinde sözü edilen cümle, bir dipnotla nihayete ermektedir. Sözü edilen bilgi notuna göre, İngiltere’de hâkimlerin baktıkları, ceza davasında kanaat sahibi olmaları, için delilin dahi kanuni olması zorunludur¹⁰⁹. Kanun hüküm kurmak için sanık, sanık aleyhine ahitlik edecek iki kişinin varlığı, sanık art ko ar. Sanık iki ahidin ehadetini çürütürse, kanuna istinaden sanık artık mahkûm edilemez. Bu halde sanık a ceza verilmesi, istisnai bir uygulamayla, ancak sanık, sanık ahsına mahsus bir *bill d’atteindre* ilan edilmesiyle mümkün olabilecektir. Tüm kanunlar (*bill*) gibi *bill d’atteindre*’nin hukuken geçerlilik kazanması, yasama makamının her iki heyetinin de kabulü ile hükümdarın (kralın) onayına bağlıdır. Sanık, sanık müdafileri gibi yasama organına mensuplar, da kanunun aleyhine veya lehine propaganda yapmakta serbesttir¹¹⁰.

Montesquieu’nün önemle zikrettiği, tercümede ayrıntılarına yer verilen İngiltere’de suçta ve cezada kanunilik ilkesine gösterilen ihtimam, kanunilik prensibinin tarihte izlediği seyir açısından fevkalade kayda değer görünmektedir. Yine, *bill d’atteindre* adını taşıyan özel kanun, genel manasıyla kanun kavramının genel, soyut ve nesneliğine zarar verecek bir vasıf taşıyor görünse de kanunilik prensibi bakımından görmezden gelinemeyecek, azımsanamayacak bir değere sahiptir. Zira sadece bir kişinin suçlandırılması, ve belirli bir cezaya mahkûm edilmesi için dahi oldukça karmaşık ve zorlu bir yasama sürecini gözle alımla anlamaktadır.

Fransız düşünürün en az *De l’Esprit des Lois* (Kanunların Ruhu Üzerine) kadar hak ettiği üne kavuşmuş ve söz konusu eserin kamuya mülk olmasından yirmi yedi yıl önce Hollanda’nın Amsterdam şehrinde¹¹¹ imzasız ekilde yayımlanan *Lettres Persanes*’de (İran

¹⁰⁹ Prensipite geçmişine dayalı, tarihi delilden ayrılan hukuki delil kurumuna büyük oranda Anglo-sakson hukuk geleneğinin ayrıntılı usullerinde rastlandığı savunulmaktadır. Hendrik Kaptein, “Burden of Evidence and Prof: Why Bear Them? A Plea for Principled Opportunism in (Leaving) Legal Fact-Finding (Alone)”, **Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic**, ed. Hendrik Kaptein & Henry Prakken and Bart Verheij, Ashgate Publishing, Aldershot, 2009, p.27.

¹¹⁰ Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine**, a.g.e., s.208.

¹¹¹ Eserin Fransa’da değil de Hollanda’da yayımlanması, ülkeye Hollanda Altın Çağı’ndan miras kalan özgür ve çokuluslu siyasi iklim ve *Lettres Persanes*’in kuruluşu siyasi / hukuki düzene karşı pek çok siyasi ve hukuki eleştiriler ve alayları ihtiva etmesi göz önüne alınmasıyla ilişkilendirilebilir. Hollanda Altın Çağı’nın toplumsal hoşgörü ortamıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Maarten Prak, “The Golden Age”, **Discovering the Dutch: On Culture and Society of the Netherlands**, ed. Emmeline Besamusca, Jaap Verheul, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2010, pp.97-108; R. Po-Chia Hsia, Henk Van Nierop, **Calvinism and Religious Toleration in the Dutch Golden Age**, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, b.a.; Wijnand Mijnhardt, “A Tradition of Tolerance”, **Discovering the Dutch: On Culture and Society of the Netherlands**, ed. Emmeline Besamusca, Jaap Verheul, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2010,

Mektuplar,), altm, alt,nc,¹¹² mektuba tahsis edilmi k,sm,nda mektubu kaleme alan *Rica*, bir hâkimle sohbetinden söz eder. Sohbetinde hâkim mesle e ba lad, ,nda paraya ihtiyac, oldu u için ak,l defteri¹¹³ hariç bütün kitaplar,n, satt, ,n,, o kitaplardan elde edece i ilimlere ihtiyac, olmad, ,n, söyler¹¹⁴. Ard,ndan u çarp,c, ifadeleri kullan,r: *Presque tous les cas sont hypothétiques et sortent de la règle générale.ö*¹¹⁵ (*Neredeyse bütün hükümler varsay,ma dayal,d,r, ayn, genel kuraldan ç,kar,l,r.*¹¹⁶). *Rica* ise durum böyle oldu u halde insanlar,n niçin (kanun) kitaplar,n, muhafaza ettiklerini, hâkimlerin kanunu bilmeden nas,l hüküm kurabileceklerini sorarak tepki gösterir¹¹⁷. Esasen mektupta kurgu içerisindeki hâkimin dilinden alayc, bir üslupla, hâkimlerin kanuna uymadan genel kurallar, k,yas yöntemiyle keyfi biçimde geni letmeleri ve dolay,s,yla genel anlam,yla *kanunilik ilkesine riayetsizlikleri* ele tirilmektedir. Nitekim sözü edilen mektuptaki kanunilik prensibine ili kin ba lant, Muhiddin Göklü taraf,ndan da kurulmu tur. Yazar Cesare Beccaria'n, *Dei Delitti e Delle Pene* (Suçlar ve Cezalar Hakk,nda) aheserinin kanunilik prensibinin apaç,k ekilde dile getirildi i üçüncü bölümüne at,fta bulunmakta ve çevirisinde not olarak talyan dü ünürün sözü edilen cümlelerine yer vermektedir¹¹⁸. Bu at,f ayn, zamanda kanunilik prensibi bak,m,ndan Montesquieu ile Beccaria aras,ndaki dü ünsel devaml,l, ,n ve ba ,n bir kan,t,d,r.

pp.109-120.

¹¹² Bask,dan bask,ya mektuplar,n numaralar, de i mektedir. Örne in yukar,da sözü edilen mektubun numaras, Montesquieu, **Lettres Persanes ñ uvres Completes**, Voltaire Foundation, Oxford, 2004, Vol. I'de altm, alt, iken, Muhiddin Göklü'nün esas ald, , metinde altm, sekizdir. Bu de i ikli in sebebi Montesquieu'nün eserin sonraki bask,lar,nda baz, mektuplar, eserden ç,karmas,d,r. Mesela Usbek'in Rustan'a yazd, , birinci mektuba 1721'deki ikinci bask,da, Rustan'a'n Usbek'e yazd, , be inci mektuba yine ayn, bask,da yazar taraf,ndan eserde yer verilmemi tir.

¹¹³ *ÖAk,l defteri*ö ifadesi iki anlamda kullan,lm, t,r. Bir ki inin ya da bir tüccar,n kazançlar,n, ve giderlerini kaydetti i defter anlam,nda kullan,lan bu tabirin (Bkz: Montesquieu, **ran Mektuplar,**, a.g.e., s.203, 1 numaral, çevirmen notu.) ayn, zamanda ak,l yürütmeyi kast edecek ekilde bir istiare olarak kullan,ld, , görülmektedir.

¹¹⁴ Montesquieu, **Lettres Persanes ñ uvres Completes**, a.g.e., p.316. Bkz: Montesquieu, **ran Mektuplar,**, a.g.e., s.203.

¹¹⁵ Montesquieu, **Lettres Persanes ñ uvres Completes**, Vol. I, Lettre LXVI, a.g.e., p.316.

¹¹⁶ Muhiddin Göklü özgün metnin d, ,na ç,karak *hypothétique* kelimesini kar ,lamak için *farazî* ifadesiyle yetinmemi , *k,yasî* kelimesini de eklemi tir. Montesquieu, **ran Mektuplar,**, a.g.e., s.203.

¹¹⁷ Montesquieu, **Lettres Persanes ñ uvres Completes**, Vol. I, Lettre LXVI, a.g.e., p.316. Montesquieu, **ran Mektuplar,**, a.g.e., s.203.

¹¹⁸ Muhiddin Göklü, 1 numaral, çevirmen notu, içinde: Montesquieu, **ran Mektuplar,**, a.g.e., s.204, s.205. Göklü'nün ifadesiyle: *ÖBu muhte em mektubun içerdi i hakikatler, Beccaria'n, eserinde prensiplere dönü mü ve muas,r milletlerin ceza kanunlar,nda ise, de i mez ceza ana kaidelerine, demokrasinin e bu rejim saadetinin hürriyeti içinde ya ayan insanlar,n fethedilmez kalelerini dikmi tir.ö Montesquieu, **ran Mektuplar,**, a.g.e., s.204, 1 numaral, çevirmen notu.*

3. François-Marie Arouet Voltaire ve Baz, Frans,z Ayd,nlar,

smi Ayd,nlanma Ça ,øyla özde le en Voltaire, Frans,z Devrimi sonras,nda ceza kanunu reformlar,n,n te vikinde önemli bir rol oynam, olup yarg, kararlar,n,n kanuna dayal, olmas,n,, kanunlar,n daha aç,k ve anla ,l,r olmas, gerekti ini savunmu tur¹¹⁹.

*Feylosofça Konu malar ve F,kralar*n,n Montesquieu'nün aheserini alaya ald, , bölümünde, *de Løesprit de Lois* yazar,n,n siyasi kanunlarla medeni kanunlar, birbirine kar, t,rd, ,n,, medeni kanunlar,n asl,nda ösenin hakk,nla benimle hakk,m, belirtecek kanunlarö oldu unu söyledikten sonra suçlara ve cezalara ili kin kanunlardan bahseder. K,vrak anlat,m,yla, siyasi kanunlar,n esasen suçlar, ve cezalar, düzenlemekte oldu unu, devleti yönetenlerin siyasi kanunlar, koruyucusu oldu unu ileri sürer.

Voltaire'e göre hâkimler suç ve cezalar, belirleyen kanunlar, uygulamak zorundadır. Kanun yetersiz, hatal, veya kötü de olsa hâkime dü en, sadece eksiklikleri kanun koyucuya bildirmektir¹²⁰. Yoksa kendi karar,yla kanunun d, ,na ç,kamayacaktır.

*Candide ou l'Optimisme*n yazar,, dönemindeki ceza hukukunu ele tirmede yaln,z de ildir; Mably, Chaussard, Servan, Marat, Carrad, Risi ve Merveil de hâkimin önceden konulmu kanuni s,n,r,lar çerçevesinde yarg,lama yapmas,n, savunmu lard,r¹²¹.

4. Cezai Adaletin Kanunla Kurulmas,: Cesare Beccaria Bonesana

Franco Venturi'nin deyiimiyle ö talyan ayd,nlanmas,n,n aheseriö ve öbütün bir XVIII. yüzy,l,n en önemli ve kaydade er kitaplar,ndan biriö¹²² olarak tan,nan *Dei Delitti e Delle Pene* (Suçlar ve Cezalar Hakk,nda) adl, eserde, Cesare Beccaria, suçta ve cezada kanunilik prensibini ça da anlam,yla ortaya koymu tur. Öyle ki, prensip yazar,n ad,yla beraber an,lmaktadır.

¹¹⁹ Aniceto Masferrer, öThe Liberal State and Criminal Law in Spainö, **The Rule of Law in Comparative Perspective**, ed. Mortimer Sellers ó Tadeusz Tomaszewski, Springer, Dordrecht, 2010, p.28.

¹²⁰ Voltaire, **Feylosofça Konu malar ve F,kralar**, Milli E itim Bas,mevi, 1962, s.øden aktaran Fehmi Balda , öÇevirmenin Önsözüö, **Kanunlar,n Ruhü Üzerine**, Montesquieu, a.g.e., s.28.

¹²¹ Masferrer, öThe Liberal State and Criminal Law in Spainö, a.g.e., p.29.

¹²² Franco Venturi, **Discussion entre historiens italiens et soviétiques**, Droz, Paris, 1966, p.3øten aktaran Ettore Gherbezza, **Dei delitti e delle pene nella traduzione di Michail M. TMerbatov**, Firenze University Press, Firenze, 2007, p.IX.

Suçlar için öngörülen cezalar, sadece kanunlar, n belirleyebilece ini vurgulayan yazar, toplumun fertlerinden biri olan hâkimin, adalet ad, na, toplumun bir ba ka ferdini kanunun öngörmedi i bir cezaya çarpt, rmas, n, n kabul edilemeyece ini savunmaktad, r¹²³. Bundan ba ka, hâkimin, kanunun tespit etti i s, n, rlar, a arak daha fazla bir cezaya hükmetmesi de haks, zd, r, kanuna ayk, r, d, r. Çünkü bu kanuni cezaya ba ka bir cezay, ilave etmektir. Bu sebeple, hâkim, çok çaba sarf etti i veya kamu esenli i gibi gerekçelerle suçlu bir vatanda için önceden kanunla öngörölmü cezay, kendili inden art, ramaz.

a. Usulün önemi ve kanunun anla , l, r l, ,

Kanunu ve di er düzenlemeleri de kapsayacak ekilde kurallar, n veya bir ba ka anlat, mla öusul ve merasimöin (*le formalità e le ceremonie*), adaletin yerine getirilmesi için Beccaria taraf, ndan vazgeçilmez say, lmas, ilk bak, ta hayal k, r, kl, , yaratmaktad, r¹²⁴. Fakat hâkimin keyfi davran, lar, n, ancak usullerin engelleyebilece i do rultusundaki yazar, n görü ü¹²⁵ güçlü bir gerekçe olu turmaktad, r. Yazara göre tutarl,, düzenli, kaidelere uygun bir yarg, lama alg, s, n, n dedikodular, n ve tarafgirlik iddialar, n, n yerine geçebilmesi ancak bu yöntemlere uyulmas, yla sa lanabilir. Bilgisi zay, f olan halk, n nezdinde bazen sade bazense karma , k olan gerçek baz, debdebeli merasimler sayesinde sayg, görür. Fakat söz konusu merasimler ve kaideler telafi edilemez tehlikelere yol açmamal,, *kanun* taraf, ndan gerçe e zarar vermeyecek ekilde ortaya konmal, d, r. Buna kar , l, k, zorbal, ktan ibaret örneklerin daha tehlikeli olabilece i; çünkü haks, z yere verilen cezalar, n ço u zaman düzenli uygulamalarla meydana geldi i¹²⁶ gerekçesiyle Beccaria n, n görü ü ele tirilebilir.

Milanolu dü ünürün yakla , m, nda, kanunilik prensibinin yasama organ, n, n genel, soyut, nesnel bir te rii i lemi olan kanuna uygunlu u aacak ve amac, n, gerçekle tirebilecek düzeyde güce sahip kurallara sadakatle desteklenen geni bir yelpazedeki normlar, n üstünlü ünü savundu una dair kan, tlar bulmak mümkündür. Bu

¹²³ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, öIII- Conseguenzeö, a.g.e., p.39.

¹²⁴ Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, **Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy**, Giuffrè Editore, Milano, 1990, p.126.

¹²⁵ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, öXVIII- Interrogazioni Suggestive, Deposizioniö.

¹²⁶ James Fieser - Norman Lillegard, **Philosophical Question: Readings and Interactive Guides**, Oxford University Press, New York, 2005, p.601.

halde uygulaması sürekli ve ciddi olmas, kaydıyla hâkimin muhakeme esnasında onu temsil edecek herhangi bir simgeyi kullanması, duruma bulaşma merasimi, sorgu usullerinde hitap etme usulü gibi pek çok ek gelenek genel anlamda kanunilik ilkesiyle alakalıdır. Çünkü sözü edilen, Beccaria'nın deyişiyle, örsül ve merasim, hâkimin baktığı, her bir davada keyfi olarak de i tiremeyeceği ve muhakemeye ciddiyet, istikrar ve saygı kazandıracak niteliktedir. Hiç üphe yok ki, filozofun da özellikle altı çizdiği gibi, bütün bu biçimsel uygulamalar kanun tarafından belirlenmelidir. Zira asıl amacı, kanunilik ilkesinin temelinde yatan amaçla aynı; temel hak ve hürriyetleri sağlamak, kabul edilemez cezai uygulamaları imkânsız hale getirmektir. Dahası, kanunlar soyut bir bilim dünü türülmemeli, herkes kanunları okuyunca anlayabilmelidir; öböylesi bir millete ne mutlu¹²⁷.

b. Prensibin kapsamının genişletilmesi

Beccaria'nın kitabında suçların kanunilik prensibini farklı bağlamlarda defalarca vurguladığı görülmektedir. Kanunilik özgürleştirici, adil, kokusu eserin hemen her tarafına sinmi tir. Mesela *Dei Delitti e delle Pene* (*kence Hakkında*) bölümünde ö u ikilem yeni de ildir: Suç gerçektir, i lenmi tir ya da gerçek-d, d, r, i lenmemi tir; ayet suç i lenmi se suçu i leyen ki iye kanunun belirledi i cezadan farklı bir ceza verilemez¹²⁸ ifadelerini kullanmaktadır. Yine eserinin *Dei Delitti e delle Pene* (*Kendine Özgü Bir Suç Üzerine*) bölümünün sonunda filozof, kanunilik ilkesiyle birbirini teyit eden pozitivist ve laik bakış açısına, ortaya koymakta, *Io non parlo che dei delitti che emanano dalla natura umana e dal patto sociale, e non dei peccati* (Ben günahlardan değil, insanın tabiatından ve toplumsal sözleşme kaynağına, alan suçlardan bahsediyorum.) ifadesini kullanmaktadır. Beccaria'nın yukarıda belirtildiği üzere- toplumsal sözleşme meyi önemsemi ve kanunun dayanağı, ve me rutiyetinin kaynağı olarak telakki ettiği hatırlanacak olursa kanunilik ilkesi ile anayasal düzen arasında ki ilişki, daha kolay gerçekleştirilebilecektir.

¹²⁷ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, öXIV- Indizi, e forme di giudiziö, a.g.e., p.57.

¹²⁸ *Non è nuovo questo dilemma: o il delitto è certo o incerto; se certo, non gli conviene altra pena che la stabilita dalle leggi.* Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, öXVI- Della Torturaö.

Nitekim eserin Sami Selçuk tarafından yapılan tercümesinde, ilgili bölümde *toplumsal sözleşme* ibaresinden hemen sonra parantez içerisinde öyasaö terimine yerine verilmiş tir¹²⁹.

Kanun tarafından, zı, ,yla gözü ba l, ekilde a ,r ve hafif kusur ayrımları, n, (*le distinzioni di grave e di leggero*) yapılmalıdır. Bu ayrımları, n yap, lması, keyfi ve tehlikeli takdir yetkisine sahip hâkime bırak, lamaz¹³⁰.

Güvenlik tedbirlerinin, örneğin tutuklanma, n kanunilik ilkesi kapsamında de erlendirilip de erlendirilmeyece i hakkında Beccaria'n, n savunmakta yalnız kalmad, , görü ü tereddüde mahal bırakmamaktadır. Tutuklama (*cattura*) ceza, n bir türü olarak dü ünülebilir¹³¹. Hakk, nda tutuklama yapılan suçun önceden belirlenmesi gerekir. Fakat tutuklanma, n bu niteli i onu bir insan, n hangi cezaya maruz bırak, lacağı, n kanunlarca belirlenmesi prensibi d, ,na ç, karmaz. Bilakis tutuklama da kanuna dayal, olmalıdır. Suçlunun tutuklanması, n, soru turulması, n, incelenmesinin yolunu açan deliller kanun tarafından tespit edilmelidir. Filozof bu kanaatlerine dayanak olarak, hâkimlerin kanun-d, , her türlü uygulamaları, n her zaman özgürlükleri s, n, rlay, c, oldu una dair *a priori* kabulünü göstermektedir. Görüldü ü üzere Beccaria'n, n kanunilik alg, s, ceza kavram, n, n s, n, rları, n, geni letmekte, teknik anlamda güvenlik tedbirlerini dahi bir ceza olarak kanunilik kapsamında de erlendirmesini sa lamaktadır. Diğer yandan filozof, ceza muhakemesindeki süreleri dahi kanunilik prensibinin uygulama alan, na dâhil eder. Buna göre, san, , n savunması, ve suçla ili kin delillerin toplanması, bak, m, ndan kanun kesin bir zaman dilimi (*un certo spazio di tempo*) belirlemelidir¹³². Adalet düzeninin tarafından, zı, , aç, s, ndan lüzumlu olan bu süreler¹³³ kanundan ba ka bir düzenleme ile tespit edilemez. Zira suçun ispatlanacağı, zaman dilimine hâkimler karar verseydi, kanun koyucu yerine geçmi olurlardı, ¹³⁴. Güvenlik tedbirlerinden ba ka süreler konusunda da kanunilik ilkesini gerekli bulan filozof ilkeyi usul hukukunun unsurları, na temel etmekte ku ku duymam, t, r.

¹²⁹ Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakk, nda**, a.g.e., s.196.

¹³⁰ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, öXXXIV- Dei Debitoriö.

¹³¹ Gennaro F. Vito - Jeffrey R. Maahs, **Criminology: Theory, Research, and Policy**, 3rd Edition, Jones&Bartlett, Massachusetts, 2012, p.62.

¹³² Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, öXXIX- Della Catturaö.

¹³³ Carlo Fiorio, **La Prova Nuova nel Processo Penale**, CEDAM, Padova, 2008, p.8.

¹³⁴ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, öXXX- Processi e Prescrizioneö.

c. *Kanunilik unsurlar,n,n hayata geçirilmesinin yararlar,*

Kanunlar,n sadele tirilip anlamlar,n,n aç,kl, a kavu turulmas, suçlar, azaltacaktır. Kanunlar,n suçlar, tan,mılamamas, pek çok aç,dan sak,ncal, oldu u gibi suçlar,n do uraca , sonuçlar,n önceden tahmin edilememesi bak,m,ndan da sak,ncal,d,r. lenen bütün fiillerin sonuçlar,n,n belirsiz olmas,na al, an insanlar suçlar,n sonuçlar,n, da kestiremezler¹³⁵. Belirsizlikten ba ,bo tutkular yararlanacaktır¹³⁶. O halde suçlar,n kanun taraf,ndan düzenlenmemesi suç siyaseti bak,m,ndan da isabetsizdir. Kanunilik prensibine riayet edilmemesi dü ünüre göre i lenen suçlar,n say,s,n, art,racaktır.

Montesquieu'nün tesirinin hissedildi i k,s,mlar,n birinde, dü ünür net olarak anla ,lmayan kanunlar,n ya ad,klar, iklimden dolayı, umursamaz, miskin olan bir toplumda öki Montesquieu bunlar,n s,cak iklimde ya ad,klar,n, ileri sürer¹³⁷- bezginli in ve miskinli in artaca ,ndan dem vurmaktadır. Buna mukabil, kanunlar,n müphemli i faal milletlerde görülürse o milletlerin faalli i hilelere, ihanetlere, ikiyüzlülü e yönelir¹³⁸. Beccaria'nın sözünü etti i bu ikinci grup toplumun, *Kanunlar,n Ruhü* yazar,n,n toplum-iklim s,n,fland,rmas, dikkate al,n,rsa¹³⁹, so uk veya ,l,man iklimde ya ad, ,

¹³⁵ Ki iyi suça yönelten unsurun, ömotiveöin Beccaria taraf,ndan insan tabiat, hakk,ndaki maddeci bilgi birikimi kullan,larak ele al,nd, , söylenebilir. Bu do rultuda suçlular rasyonel hareket edebilen ki ilerdir ki, kanunun sadeli i ayn, sebeple beyhude de ildir. Wayne Morrison, **Theoretical Criminology: From Modernity to Post-modernism**, Cavendish Publishing, London, 1995, p.98.

¹³⁶ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, öXLI- Come Si Prevegano I Delittiö.

¹³⁷ Montesquieu, **De l'Esprit des Lois**, Livre Quatorzième: Lois dans le rapport qu'elles ont avec la nature du climat, Chapitre II: Combien les hommes sont différents dans les divers climats, p.207, p.210.; Türkçesi için bkz: Charles Louis de Secondat Baron de Montesquieu, **Kanunlar,n Ruhü Üzerine**, a.g.e., s.228-230.

¹³⁸ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, öXLI- Come Si Prevegano I Delittiö.

¹³⁹ Montesquieu, **De l'Esprit des Lois**, Livre XIV, Chapitre II, p.207-210, so uk ve ,l,man iklim toplumlar, bak,m,ndan özellikle p.209 ve p.210. Montesquieu, **Kanunlar,n Ruhü Üzerine**, Çev. Fehmi Balda , s.228-230. So uk iklim insanlar, nispeten dinçtir (ö... *plus de vigueur dans les climats froids*.ö), kendine güvenleri yüksektir bu yüzden *cesurdur*, üstünlü ünün fark,ndad,r bu yüzden *intikam duygusu azd,r*, varl, , onlara güven verir bu yüzden *merttir*. Herhangi bir konuda üpheye dü mesi zordur. *Hileli veya ikiyüzlü davranmaz*. S,cak havan,n oldu u bir yere giden ki i *faal* davranmaz, *tembelle ir*, kendini güçsüz hisseder. S,cak iklim insanlar, ürkektir. So uk iklim insanlar, ise cesaretlidir. S,cak iklimde ya ayanlar,n alg,s, yüksektir, buna mukabil so uk iklimde ya ayanlar,n hisleri daha zay,ft,r. (Montesquieu bir koyunun dili üzerine yapt, , deneyinden so uk-s,cak iklim insanlar,n,n fiziki hissetme düzeyleri bak,m,ndan sonuçlar ç,karmaktadır. - Tüm italikler bu sat,r,lar,n yazar,na aittir. F.T.-) Ehl-i keyflik veya zevklere dü künlük aç,s,ndan so uk iklim insanlar, dü ük bir e ilim gösterirken, ,l,man iklim insanlar,nda e ilim artar, s,cak iklim insanlar,nda ise a ,r, bir zevke dü künlük görülür. Buradan hareketle iklimler enlemlere paralel olarak hissetme dereceleri bak,m,ndan tasnif edilebilecektir! Kuzey ülkelerinin insanlar, (Kuzey yar,m küre itibariyle -F.T.-) ruhen ,st,raba kar , daha dayan,kl,d,r, sa l,kl, ve sapasa lamd,r; samimi ve *aç,k yüreklidir*. Güney ülkelerinin insanlar, ruhen zarif, hafif ve duyguludur; ahlaktan yoksundur, fiziken bitap dü mü tür ve bu mecalsizlik ruha da bula ,r. S,cak iklim insanlar,nda havan,n s,cakl, ,ndan dolayı, irade, asalet, mertlik azal,r, insanlar tembellik ve edilgenlikle mutlu olacak hale gelir; *tutkular,ndan ötürü daha çok suç i ler*, tutkular, telafi edecek kaynaklar payla ,lamayacak kadar azd,r. *Ceza yemeyi asil bir davran, , sergilemeye tercih eder*. *Ba ,ms,z olup kendini idare etmektense itaat etmeyi ye ler*. *Il,man iklim insan, ise davran, lar,nda*,

söylenebilecektir. Di er yandan söz konusu olan cesur ve kuvvetli bir millet ise önce özgürlükten esarete, sonra esaretten özgürlüğe med-cezirler sürer durur; sonunda ise kanunlar belirlilik kazanır¹⁴⁰. Son olarak, kanunlar, neticede istikrarlı, anlaşılır hale geldiği söylenen bu toplumun sosyal ikliminde ya da, ileride sürülebilecektir¹⁴¹. İklimi de göz önünde tutan bir tavırla kanunilik prensibinin belirlilik unsurundaki eksiklerin yol açabileceği tehlikeleri gösteren düşünür, ümitsiz, kanunların suçları, tanınmalarını ve cezaları, belirlerken kesinlikten uzaklaşmamaları, tavsiye etmektedir.

Af müessesesini kanunilik prensibi kapsamında değerlendirilen *Dei Delitti e Delle Pene* yazarı, kanun uygulayıcıları veya bir başka deyişle yürütmenin af çökertmeyeceğini, ancak kanunla af ilan edilebileceğini savunur. Çünkü af, kanun koyucuya ait bir yetki ve erdemdir¹⁴². Bu bağlamda, kamu hukukunda benimsenen, yetkide ve usulde paralellik ve iktisadi yapının söz konusu iktisadi gerilemeye yetkili olduğu ilkesi kural, cezalara da uygulanabilir. Sonuçta, ceza verilmesi (mahkûmiyet) bir kamu hukuku ilkesidir. Affın ceza iktisadının geri alınması, hukuken ortadan kaldırılması, olduğu gibi göz önüne alınması, affın kanunilik¹⁴³ de kanunilik prensibinin bir parçası, olarak değerlendirilebilir.

Milanolu yazar, tüm bu şartlar, sağlayabilen bir hukuk düzenini de yeterince adil bulmamakta; bir milletin içinde bulunduğu şartlarda suçların önlenmesi için en iyi yöntemi bulamamış olan kanuna uygun olarak verilen cezayı, bile haksız bulmaktadır¹⁴⁴. Yazarın bu hassasiyetinin ya da, döneminde ahit olduğu insan hakları, ihlallerinden ve yaygın ceza adaletsizliklerinden kaynaklanabileceğini söylemek kehanet olmayacaktır.

talyan düşünür, sözlerine -deyim yerindeyse- bir manifestoyla, bir *hüküm fıkhası*,¹⁴⁵ ile son vermektedir. Eserin son cümlesi ceza düzeninin verimliliği bakımından aranan

eksiklerinde, vasıflarında, her açından karar verilebilir; iklim, sosyal ülkelerde olduğu gibi belirsizliği telafi edemeyecek niteliktedir. Montesquieu, De l'Esprit des Lois, a.g.e., p.207-210; Montesquieu, Kanunların Ruhunu Üzerine, Çev. Fehmi Balda, a.g.e., s.228-230.

¹⁴⁰ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, öXLI- Come Si Prevedano I Delitti.

¹⁴¹ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Livre XIV, Chapitre II, p.207, p.209.

¹⁴² Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, öDelle Grazie.

¹⁴³ Af kurumundaki kanunilik ilkesi bakımından kaydadeğer örnekler için bkz: L. Mallinder, öExploring Practice of States in Introducing Amnesties, *Building a Future on Peace and Justice*, ed. Kai Ambos & Judith Large & Marieke Wierda, Springer-Verlag, Berlin, 2009, p.143.

¹⁴⁴ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, öXXXI- Delitti di Prova Difficile.

¹⁴⁵ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, a.g.e., s.222, 2 numaralı çevirmen notu. -Hüküm fıkhası, benzetmesi Sami Selçuk'tan ödünç alınmıştır, t.r.

niteliklerin bir hülâsas, olup¹⁴⁶ kanunilik prensibinin hemen tüm unsurların, ihtiva eden en veciz özeti şeklinde vasfılandırılabılır. ÖHüküm fıkra, ö benzetmesinin de sahibi Sami Selçuk'un tercümesi şu şekildedir:

ÖBir ceza, n bir ya da birden çok kişi tarafından bir yurttan başka bir yerde, uygulanan kaba bir güç, iddet olmaması, ve sayılmaması, için her şeyden önce kesinlikle herkese açık, çabuk, kaçınılmaz, belli koşullarda olabilir yaptırımların en ilmi, ve en az, suçların ağırlığıyla orantılı, ve yasalar tarafından belirlenmiş bulunması, zorunludur.¹⁴⁷

Filozofun cezaların kanuniliği düüncesini dile getirdiği ifadeler XIX. yüzyıl ve sonrasında de iktisadî şekillerde anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde hukuken pozitif nitelik kazanmış, tır.

II. PRENSİBİN YÖNELTİLEN BAZI ELEŞTİRELİNİ TARTIŞILMASI

Kanunilik prensibi, peşinen her açıdan kanuna uygun bir ceza yargılamasının, doğrudan doğruya varsayan bir düünce arka planına sahip gibi görünse de, kanunilikle riayet edilmiş bir muhakemenin sonunda kesinlikle en bir mahkeme kararı, sadece bir kanuni hakikat (*verité legale*) teşkil ettiğinin¹⁴⁸ ve maddi hakikatle örtüşme ihtimali olduğunun altını çizmek gerekir.

Failin kanun boşluklarından yararlanma fırsatı elde etmesi kanunilik ilkesinin mahzurlu yanları arasında sıkı sıkıya gösterilen unsurlardanır. Kanun yasak olması halinde hâkimin toplumu korumayı amaçlayan cezalara hükmetme konusunda engellenmesi olacağından kanun yasak değil görev sayılması gerektiği düünülmemektedir¹⁴⁹. Pozitivist teoride suç iradenin ürünü değil de pek çok sebepten kaynaklanan *marazî bir bileşke* olarak tanımlanmış, kanunun caydırıcılığından değil, ancak özel önleme seviyesinde sözü edilebileceği hesaba katılarak, kanunilik ilkesinin büsbütün reddedilmesini anlamak mümkündür¹⁵⁰. İktiden, tarihin bir döneminde cezalandırma yetkisinin keyfi kullanılması,

¹⁴⁶ Francesco Sidoti, **Criminologia e Investigazione**, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p.49.

¹⁴⁷ Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, çev. Sami Selçuk, a.g.e., s.222.

¹⁴⁸ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt II, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2011, s.446.

¹⁴⁹ Faruk Erem - Ahmet Dan, man - Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bas., Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s.97.

¹⁵⁰ Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Cilt I, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1994, s.26-27.

ortadan kaldırma maksadıyla yararlanıldı, fakat artık miadın doldurduğu ekledeki iddia, kanunilik prensibinin de erini takdir etmekle birlikte öneminin geçmi te kaldı, dü üncesine dayanmaktadır. İkeyi benimsemeyen bazı ülkelerde özgürlüklerin zarar görmedi i tespit edildi ine göre hâkimler nitelikli ve bağımsız oldu u sürece genişletici yorumun sakınca do urmadı, iddia olunmaktadır. Cezalandırılmas, gereken fiillerin tamamının kanunda gösterilmesinin makul olmayıp temel suç tiplerinin kanunla tanımlanıp geriye kalanlara hukuki kaynak tekil etmesi bir bakıma görülmüştür¹⁵¹. Buna mukabil, kanun koyucunun temel suç tiplerini daima kanunla düzenledi i, diğer ayrıntılı suçların muhtemel zarar, mal, olmasın ve takdirin kanun koyucuya ait olmasın kanunilik ilkesinden vazgeçilmesine gerek bırakmadı, dü ünülmektedir¹⁵². Faillerin suç i lerken öen azından adi suçların failleri bakımından iddia edilebilir ki- kanundaki suç tanımları, gözetmedikleri, yasaları varlı ya da yokluğunun fail davranışını etkilemedi i, dolayısıyla hukukun diğer uygulama alanlarında oldu u gibi, cezalandırma yetkisinin kullanılmasında da kullanılabilmesi savunulmaktadır¹⁵³. Kanunilik prensibine yöneltilen söz konusu eleştirilerin bilinmesi dolayısıyla, prensibin anayasal boyutunu aydınlatacak, unsurlar, ve hukuk devleti kavramıyla ilgili yeni yaklaşımların ele alınması, isabetli olabilir.

A. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK UNSURU HER ZAMAN GEÇERLİ MİDİR?

Kanunların ilan edilerek bilmelerini ve farkında olmaları, sağlamak maksadıyla muhataplarına duyurulması, kanunilik ilkesinin hukuk devletinin ortak unsurlarından kabul edildi i bilinmektedir. Fakat bilinme veya daha popüler bir deyimle *farkındalık* oran, arttıkça hukuk devletinin niteliğinin arttı, söylenmesinin her zaman isabetli olacağı konusunda üpheye kapılmak için yeterince sebebin oldu u dü ünülebilir.

Genel kanaatin aksine olmas, ve bu çalınan inceleme konusuyla çarpışıkilde örtümesi hasebiyle dikkate alınması, kaçınılmaz olan Marmoron dü üncesine göre, ceza hukuku sahasında kanunen kışmen bilinmemekte olmas, bazen ahlaken arzu edilen bir durumdur. Ünlü *öignorance is blissö* deyişini hatırlatan, ceza kanununu bilmemenin, tıpkı,

¹⁵¹ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, Beta Yayınları, İstanbul, 1991, s.110.

¹⁵² Öztekin Tosun, *öSuçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyanö*, a.g.m., s.61.

¹⁵³ Erem Ö Dan, *man - Artık*, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, a.g.e., s.98.

hukuk devletinin egemen oldu u bir düzen gibi arzu edilen bir durum olmas,, ödayak yiyen kad,n sendromuö ekinde an,lan son zamanlarda ceza hukukunda revaç bulan savunma ve yar,-savunma meselesiyle örneklendirilip izah edilebilir. iddete maruz kalan kad,n,n kocas,n, öldürmesinden sonra yap,lan yarg,lamas,nda kad,n,n cezas,n,n iddete maruz kald, , için indirilmesini öngören bir kural örne in hareket noktas,n, olu turmaktad,r. efkat, merhamet duygular, kad,n,n savunmas,n, güçlendiren bir öge görünümündeyken, kad,nlar taraf,ndan iddete u rad, , hallerde kocas,n, öldürmesi durumunda cezada indirim gidilece ini bilmesi cezalar,n cayd,r,c,l, ,n, öngören hukuk düzeni için çetin bir açmaz yaratmaktad,r. Hukuk devleti prensibinin kabul gördü ü ülkelerde uzun zaman dilimleri boyunca görmezden gelinmesi imkân,s,z kötü muameleye ve iddete maruz kalan kad,nlar,n kocalar,n, öldürmeyi cayd,r,c,l,k ba lam,nda k,smen de olsa te vik eden kurallar,n ma dur kad,nlar taraf,ndan bilinmesini hukuk düzeninin tasvip etmesi beklenmemelidir. Hukuki bak, aç,s, içerisinde, adaleti, yapt,r,m ile fiil aras,ndaki dengeyi koruyucu nitelikteki kad,nlara uygulanacak cezalar,n azalt,lmas,n, düzenleyen hükmün fiilin i lenmesinden önce ma dur kad,nlar taraf,ndan bilinmemesi, fakat fiil gerçekleşen sonra hakkaniyetin sa lanmas, ad,na adi kasten öldürme suçunun ola an cezas,nda indirim gidilmesi daha isabetli görünmektedir. Bu itibarla, t,pk, ödayak yiyen kad,n sendromuö örne indeki gibi hallerde, kanunun muhataplar,nca bilinmesinin hukuk devleti ilkesinden beklenen hukuki yarar, sa lamayaca , dü ünülebilecektir¹⁵⁴.

En az,ndan unu kabul etmek gerekir ki, hukukun üstünlü ü ve kanunilik ilkeleri ile hukukun amaçlar, aras,nda ba lant, kurulurken, ilkelerin unsurlar, aç,s,ndan müspet ya da menfi pe in hükümlü olunmamas, ve dolay,s,yla somut ba lam çerçevesinde hukuk kurallar,n,n bilinmemesinin her zaman hukuk devleti ve kanunilik prensibine ayk,r,l,k te kil etmeme ihtimaline aç,k kap, b,rak,lmas, gerekmektedir. De inilen örne in ne kadar genelle tirilece i farklı bir mesele olup, kural ile etkisini esas alan akustik ayr, ,møolarak adland,r,lan unsurun yararlar,n,n savunma yap,l,rken ve ceza kurallar, tanzim edilirken dikkate al,nd, , söylenmekle yetinilebilir. Bu ba lamda hukukun üstünlü ü aç,s,ndan, cezai adalet açmaz,n,n olay öncesi (*ex ante*) cayd,r,c,l, , ile olay sonrası, (*ex post*) merhameti aras,ndaki gerilimle ekillendi i gözlemlenmektedir¹⁵⁵. Bireylere yasaklanan davran, lar,n gerçekleşen halinde baz, hallerle s,n,r,l, olarak cezan,n tenkisi veya

¹⁵⁴ Marmor, öHukuk Devleti ve S,n,rlar,ö, a.g.e., s.185.

¹⁵⁵ Marmor, a.e., s.185.

tamamen kaldırılması, kabul gördüğüne göre, kanun koyucunun veya hukuk düzeninin halleri açıklayan kurallar bakımından kastî bir bilgisizlik yaratması, hukuk devleti prensibine aykır, bulunmaması, makul kararlanabilecektir.

Kabul gören ilkeler açısından göz ardı edilemeyecek istisnalar tespit eden *Harmful Thoughts* yazarından ilhamla, küçük yaştaki çocuğa ceza almayacağı, ya da cezasında indirime gidileceğine ilişkin kanuni düzenlemenin bilinmesi sayesinde suçun iltirilmesi bazı hallerde bireylerin ceza hukuku kuralları, bilmemesinin hukuk devleti nazarında daha iyi olabileceğine dair esaslı bir örnek olarak gösterilebilecektir.

B. GEÇMİ E YÜRÜME YASALARINA İLAKİN MAKUL İSTİSNALAR

Zaman bakımından uygulama sorunuyla ilgili geçmişte yürüme yasaları, gerek hukuk devleti gerekse kanunilik ilkelerinin bir unsurunu teşkil ettiği göz önüne alındığında, yasa ihlali unsurunun deşerini ve temas edeceği yararları gösterebilecektir. Geçmişteki olaylara uygulanacak biçimde belli fiilleri suç olarak tanıyan kanunun, kanunları sadece geleceğe etkili şekilde uygulanması, emreden prensibin *en açık ihlali* olduğu yönündeki görüşüne itiraz etmek zordur¹⁵⁶. Kuşkusuz bu görüş, hukuki güvenliğin en çok kamusal veya özel suçlandırmaları yüzünden tehdit edildiğini dile getiren *de l'Esprit des Lois* yazarının yaklaşımla uyum içindedir¹⁵⁷. Cezai uyumsuz, a sonradan konulan bir olayın gerçekleştiği sırada kanunî kabul edilirken, sonradan kanuna aykır, sayılı cezalandırılması, hukuk devletiyle bağdaştırılabilir bir taraf yoktur.

Geçmişte yürüme yasasında bireyin algısı ve bilinci yasaların konulmasında kanuna aykır, farkında olup olmama bakımından kaydadeğer hususlardandır¹⁵⁸. Hukukun üstünlüğü gereğince, birey için belirlilik, genellik, öngörülebilirlik, yayımlanmalarla koruma altına alınması, yine aynı sebepten dolayı, kuralları geçmişteki vakalara uygulanması, engelleyen kuralları himaye edilmektedir. Bireyin yaptırım, olmadıkça, bildiği davranış, özgür şekilde sergilerken, daha sonra ihdas edilen bir düzenlemeyle hukuki durumu deşitirilen, eğer yaptırım, olduğunu bilseydi yapmayacağı,

¹⁵⁶ Marmor, a.e.,s.187.

¹⁵⁷ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Livre XII, Chapitre II, a.g.e., p.171.

¹⁵⁸ Marmor, *Hukuk Devleti ve Sorunları*, ö, a.g.e.,s.187.

davran, , sergilemekten dolayı, sorumlu tutulamayacaktır.

Marmorøa göre, geçmi e yürüme yasa ,n,n biri daha ziyade ihmal edilen iki faydas, vard,r. İkine göre, geçmi e etkili kanun, kendisinden beklenen hukuki yarar, sa lamaktan, geri gelmeyecek ve dolay,s,yla telafi edilemeyecek zaman unsurundan ötürü acizdir; çünkü hâlihaz,rda çoktan cereyan etmi davran, lar, yönlendirebilecek, ekillendirebilecek durumda de ildir. kincisi, hukuk devleti anlay, ,n,n ortaya ç,kmas, bak,m,ndan genellikle kaynak gösterilen ve do al hukuk men eli insan onuru, insana rasyonel biçimde muamele edilmesi ve özgürlük kavramlar,n,n korunmas,d,r. Ne var ki, t,pk, yukar,da kanunlar,n muhataplar, taraf,ndan bilinmesinin sa lanmas, meselesinde vurguland, , gibi, geçmi e yürüme yasa ,n,n da istisnas, olmas, makul kar ,lanabilmelidir. Bu defa varsay,m, ço u zaman rastland, , üzere belirli oranda adil bir hukuk düzenine de il, asgari seviyede bile adil say,lamayacak düzenler üzerine kuruludur. Nazi Almanyas,, ,rk ayr,mc,l, , döneminde Güney Afrika istisnaya gösterilebilecek sadece iki örnektir. Nazi Almanyas,ø,n¹⁵⁹ ve -apartheidø dönemi Güney Afrikaø,n,n vatandaş lar,n,n söz konusu zaman dilimlerinde yapmak istedikleri her davran, ,n yasakl, olmad, ,n, ileri sürmeye, -en az,ndan etik aç,dan-haklar,n,n olmad, , söylenebilecektir¹⁶⁰. Söz konusu varsay,m,n artlar, alt,nda, yukar,da belirtilen geçmi e yürüme yasa ,n,n iki faydas,ndan birisi, insan,n do u tan getirdi i farz edilen haklar,n,n ve hürriyetlerinin korunmas, art olarak aranmayacak; geçmi e etkili ç,kar,lan kanunun yalnızca cezaland,rmay, amaçlad, , anla ,lacakt,r. Almanyaø,n,n birle me öncesi dönemde, Do u Alman askerlerinin Berlin Duvar, üzerinden ülkenin bat, taraf,na geçmek isteyenlerin öldürülmesi emrini, Do u Almanya hukukuna ve kanunlar,na uygun ekillde tatbik ettikten sonra ç,kar,lan kanunla cezaland,r,lmas, bu bak,m,ndan ihmal edilemeyecek bir örnek olarak görünmektedir¹⁶¹. Kanunili in tasvip edilmesi imkân,s,z davran, lara kar ,, tabir-i caizse, bir kalkan olarak kullan,lmas,n, engelleyecek geçmi e yürüme yasa ,n,n baz, durumlarda uygulanmamas, yöntemi hukukun üstünlü ü bak,m,ndan göz ard, edilmemesinde fayda vard,r.

C. BEL RL L N SAKINCASI

¹⁵⁹ Robert Alexy, øA Defence of Radbruchø Formulaø, **Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order**, ed. David Dyzenhaus, Hart Publishing, Oxford, 1999, s.15.

¹⁶⁰ Marmor, øHukuk Devleti ve S,n,rlar,ø, a.g.e.,s.187.

¹⁶¹ Alexy, øA Defence of Radbruchø Formulaø, a.g.e., s.15.

Kurallar,n aç,kl, , veya daha yayg,n bir kullan,m, tercih etmek gerekirse belirlilik ilkesinde, kural olarak, bireylerin tabi olacaklar, normlar, bilmelerinin gereklili inden daha do al bir kaide yoktur. Bununla beraber, kanunun muhataplar,n,n her hukuk dal, aç,s,ndan ayn, derecede aç,k düzenlemelerle kar ,la ma zorunlulu u sorgulanmal,d,r. En az,ndan unu ortaya koymak gerekir ki, hukukun baz, alanlar,nda belirlilik ihtiyac,n,n di erlerine göre daha fazla oldu u ve ayn, biçimde baz, alanlarda kurallar,n daha az anla ,l,r olmas,n,n makul ya da yeterli kar ,lanmas, gerekti i iddia olunabilecektir¹⁶².

Marmor'a göre, hukukun eri ilebilir varl, ,n, gözler önüne seren mevzuat,n büyük ço unlu unun bütün insanlar taraf,ndan de il, yaln,zca hukuk uzmanlar,, kamu yöneticileri ve say,lar, s,n,rl, uygulay,c,lar¹⁶³ taraf,ndan bilinmesinin yeterli olaca ,; kanunlar,n normatif yap,daki, emredici hükümlerinin esas itibariyle çok az say,daki söz konusu ki ilere hitaben kaleme al,nd, , söylenebilecektir. Dolay,s,yla, belirlilik ilkesini, baz, hukuk kurallar,n, do al, ola an halinde anlayamayacak ki ilerin idrak seviyesinde düzenleme ekinde telakki etmek gerekir. Al, ,lmam, bir görü ü and,rsa da, hukuk dilinin ne kadar anla ,l,r ve ne kadar berrak olursa o kadar iyi olaca ,na dair kanaatin sorgulanmas,n,n gereklili ine i aret eden yakla ,m, dikkate almak gerekmektedir. Buna göre, õ hukuk ne kadar anla ,l,r ve kesin ise o kadar iyidirö dü üncesi, aç,kl, ,n her zaman ve her artta erdem oldu u fikri yanl, t,r. Çünkü hukuk kurallar, ne kadar aç,ksa o kadar kesin ve kat,d,r. Hâlbuki hukukun çözüm bekleyen sonsuz miktardaki olas,l, ,n kesi mesiyle meydana ç,kan somut olaylarla boy ölçü mesi ve olaylar,n tamam,n, bir kurala ba lamas, mümkün de ildir; o nedenle yoruma, hatta bazen geni yoruma ba vurulmas, kaç,n,lmazd,r. Hukuk belli bir oranda esnek olmal,d,r ki, farkl, özellikleri haiz çok say,da olaylar,n hepsine birden tatbik edilebilsin. Kesinlik ve kat,l,k, hukukta óbu kanaat ÷baz, hallerdeø ibaresiyle yumu at,labilir- kusurdan ibarettir¹⁶⁴. Anla ,l,rl,k ve aç,kl,k kendili inden kat,l, ,n yolunu açt, ,na göre ve hukuk devleti bak,m,ndan kat,l,k göz ard, edilebilecek olumsuz nitelikler aras,nda oldu undan hukuk kurallar,n,n belirlilik ilkesi uyar,nca *her zaman* aç,k seçik ve anla ,l,r olmas, gerekti i dü üncesini yüceltmenin anlam, olmayacaktır. Hukuk kurallar,ndaki nispi belirsizli in kural uygulay,c,lar,n,n, idarenin, mahkemelerin mevcut ihtiyaçlar,, artlar,, farkl,l,klar, göz önünde bulundurarak

¹⁶² Andrei Marmor, *õHukuk Devleti ve S,n,rlar,ö*, a.g.e., s.193.

¹⁶³ Apartman ve dernek yöneticileri bu uygulay,c,lara örnek olarak gösterilebilir.

¹⁶⁴ Marmor, a.e.,s.193.

kurallar, amaçlar,na uygun ekilde yorumlayabilmelerine hizmet edece i dü ünmesini payla mamak elde de ildir. Dahas,, say,lan sebeplerden dolay,, hukukun belli bir nispette mu lâk ve müphem olmas,,n,n hukuk devletinin gereklerinden biri oldu una dair yakla ,m,n bir ç,rp,da reddedilemeyecek kadar güçlü bir arka plana dayand, , görülmektedir.

D. KANUNUN N TEL

Mümkün olabilen en geni ekilde yorumlanmas, gereken ifade özgürlü ünün s,,rlama biçimi, kanunilik prensibi bak,m,ndan yol gösterici olabilir.

fade özgürlü ünün de aralar,nda bulundu u temel hak ve hürriyetlerin s,,rlanmas,,n,n hukuken öngörülmesinin genellikle kanunilik prensibi olarak isimlendirildi i görülmektedir¹⁶⁵. Yine prensibin unsurlar,ndan kurallar,n öngörülebilir (*foreseeable*) ve eri ilebilir (*accessible*) ekilde düzenlenmesi özgürlü ün k,s,tlanabilmesi için di er artlardan ikisidir¹⁶⁶. Fakat düzenleme yapan makam,n kurallar, öngörülebilir ve eri ilebilir bir içerikle koymas, yetmez; söz konusu düzenleme ayn, zamanda hak sahipleri taraf,ndan eri ilebilir ve öngörülebilir olmal,d,r. Dolay,s,yla öngörülebilirlik (*foreseeability*) ve eri ilebilirlik (*accessibility*) artlar,,n,n gerek düzenleyici taraf gerekse düzenlemeye tabi taraf bak,m,ndan zorunlu oldu u söylenebilecektir. Fakat Avrupa nsan Haklar, Mahkemesi nezdinde aç,lan *Sunday Times versus (v.) United Kingdom* davas,nda yaz,ı,ık art,n, sa lamayan, bu yüzden ilk bak,ta eri ilebilir ve öngörülebilir görünmeyen kurallar, uygulayan Common Law mahkemelerinin yapt,r,m kararlar, kanunilik prensibi kapsam,nda yer alan sözü edilen iki arta uygun bulunmu tur¹⁶⁷. Buna mukabil, *Karademirci and Others v. Turkey* davas,nda mahkeme, kanunun, özellikle belli ekil kurallar,,n,n uygulanmas,nda makul düzeyde öngörülebilir olmas, gerekti ini hükme

¹⁶⁵ Kemal ahin, **nsan Haklar, ve Özgürlük Boyutuyla fade Özgürlü ü: Gerekçeleri ve S,,rlar,,** On ki Levha Yay,nlar,, stanbul, 2009, s.390; M. Semih Gemalmaz - H. Burak Gemalmaz, **Ulusalüstü nsan Haklar, Standartlar, I , ,nda, Türkiye'de Bilgi Edinme Dü ünçe- fade ve leti im Mevzuat,,** Yaz,hane Yay,nlar,, stanbul, ty, s.196.

¹⁶⁶ ahin, **nsan Haklar, ve Özgürlük Boyutuyla fade Özgürlü ü**, a.g.e., s.390.

¹⁶⁷ European Court of Human Rights, **Case of Sunday Times v. United Kingdom**, Application no. 6538/74, Judgment of 26 April 1979, paragraph 48-50, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584#{"itemid":\["001-57584"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584#{), eri im tarihi: 17.12.2012.

ba lam, t,r¹⁶⁸. Öte yandan, düzenlemenin teknik anlamda bir kanun normu olmas, zorunlu de ildir. Hatta Avrupa nsan Haklar, Mahkemesiönin *Bartold v. Germany* davas,nda bir meslek odas,n,n ihdas etti i yönetmelikleri k,s,tlama için yeterli olan geçerli bir hukuk normu sayd, , görülmektedir¹⁶⁹.

E. KANUNLA TIRMA SÜRECİNİN HEMAL EDİLEN ETKİSİ

Belirlilik ilkesiyle ilgili genel kabul gören görüşün aksini savunan yaklaşım açısından, hukuk kuralları, bir dereceye kadar belirsiz düzenlenmesini tasvip edilmesinin yasama süreci bakımından bir yönü daha vardır. Demokrasi ve hukuk değerlerini doğal bir şekilde oluşturan alt yapı, kurumlar, olgun olduğu, çok yönlü hukuki düzenlerde, kanunlar, kimi zaman mu lâk olmas, sebebi yasama organ, ve bazı kurullar, yaptıkları hatalar de ildir. Böyle düzenlerde kanunlar toplumun çok farklı, birbiriyle tamamen veya kısmen çelişen grupları, dâhil oldukları, ayrıntılı tartışmalar ve sıkı müzakerelerin neticesinde şekillenir¹⁷⁰; yasama organ, toplumsal mutabakat sonucu oluşan kanaatlere sonuçlarını vererek kaleme alan makam durumundadır. Dolayısıyla, kanun metnini oluşturan ifadeler, çoğu zaman iki kesin görüşü de ilde nispeten ortada bir ortak fikri yansıtmak amacıyla bir parça belirsiz bırakılır. Düzenlemelerdeki mu lâklık, büyük çoğunluğun metin üzerindeki katkılarından ve desteğinden kaynaklanır. Uzlaşımın kaçınılmaz yolu, bir grubun yahut diğer gruplardan birinin homojen, muhtemelen kesin ve katı olan görüşüne, hemen herkesin üzerinde ittifak edebileceği ve kendi lehine yorumlanmasından, ümit edebileceği nispeten belirsiz, ciddi yorumlama çabaları, gerektiren bir metin yaratılmasıdır. Kanunlar, her zaman anlaşılır, açık olmas, gerektiği düüncesi terk edilmeyecek olursa, sadece mutlak çoğunluğun sözünün geçtiği, kazananın her şeyi aldığı, kaybedenin her şeyi kaybettiği (*winner takes all, loser loses all*) bir metinle karşılaşılacaktır. Hâlbuki hukukun üstünlüğü prensibinin mutlak çoğunluğun kesin ve katı iradesiyle örtüşmeye müsait olmayan, esnekliği reddetmeyen bir hassasiyetle

¹⁶⁸ ECHR, **Case of Karademirci and Others v. Turkey**, Application no. 37096/97, Judgment of 25 January 2005, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57432#{"fulltext":\["karademirci"\],"itemid":\["001-68084"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57432#{), (17.12.2012), paragraph 40.

¹⁶⁹ ECHR, **Case of Bartold v. Germany**, Application no. 8734/79, Judgment of 25 March 1985, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57432#{"itemid":\["001-57432"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57432#{), (17.12.2012), paragraph 48, 49.

¹⁷⁰ Marmor, *ÖHukuk Devleti ve Sınırları*, ö. a.g.e., s.193.

olu turuldu unu söylemek yanl, olmayacaktır. Çok ulusluk ile hukuk devleti, belirsizlik ilkesinin -en azından- yumuşak yorumlanması, hususunda bazı tartışılmas, gereken iki de er olarak görünmektedir. Düzenlemelerin mümkün olduğu kadar açık olması, ilkesinin yasama sürecindeki uzlaşmalar, zora sokacak, göz önüne alınması, çok ulusluğu mümkün kılacak, oranda belirlilik ilkesinden taviz verilmesini makul karşılamak isabetli görünmektedir¹⁷¹. Böylelikle, geçmişte yürüme yasa, nın yan, sıra kuralları, nın açık ve belirli olması, ilkesinin yarattığı sorunlar göz önünde bulundurulduğunda, hukuk devletinin unsurlarının mutlak olmadıkça, unsurlardan bazıları, nın taviz verilmeksizin uygulandığında çetleli haksızlıklara neden olabileceği makul şekilde düşünülebilecektir.

¹⁷¹ Marmor, *Hukuk Devleti ve Sorunları*, a.g.e., s.193-194.

I. ALT LKELERE GENEL B R BAKI

Unsurlar,ndan ayr, ba l,klar alt,nda ele al,nmas,ndan önce, ba ka baz, iptal kararlar,yla³, dikkat çekecek ekilde ve boyutta, birtak,m fiilleri suç kapsam,ndan ç,karan⁴ Türk Anayasa Mahkemesi'nin 1993'te kanunilik ilkesine ilkin olarak verdi i belki de en teferruatlı, karar, incelemek faydal, olabilir. Karar yüksek mahkemenin ilkeye yakla ,m biçimini, ilkenin kapsam, ve unsurlar, hakk,ndaki kanaatlerini yans,tmaktad,r. tiraz yoluna ba vuran mahkemenin anayasadaki "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi uyar,nca suçlar,n her yönüyle do rudan do ruya kanun taraf,ndan tespit edilmesi gerekti ini; idarenin, yönetmelik, karar, sirküler gibi düzenleyici idari i lemlerle yasak koyabilece ini ya da yükümlülük getirebilece ini, ancak, buna dayalı, olarak bir ceza konulamayaca ,n, ve kald,r,lamayaca ,n, bu nedenlerle itiraz konusu kural,n Anayasa'n,n 38. maddesine ayk,r, oldu unu ileri sürdü ü gözlemlenmektedir. Buna kar ,l,k Anayasa Mahkemesi'nin yapt, , de erlendirmeler öyledir:

öAnayasa'n,n suç ve cezaya ilkin 38. maddesindeki ilkelerden biri "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesidir. Anayasa'n,n 38. maddesinin ilk f,kras,nda, "kimse, kanunun suç saymad, , bir fiilden dolayı, cezaland,r,lamaz" denilerek "suçun yasall, ," , üçüncü f,kras,nda da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek "cezan,n yasall, ," ilkeleri getirilmi tir. "Suç ve cezan,n yasall, ," ilkesi; Anayasa'n,n yasaklay,c, ve buyurucu kurallar, ile gerek toplum ya am, gerek ki i hak ve özgürlükleri yönlerinden getirdi i güvencelere ayk,r, olmamak ko uluyla bu konuda gerekli düzenlemeleri yapma yetkisinin yalnız yasa koyucuya ait olmas,n, zorunlu k,lar. Anayasa hukukunun temel ilkelerinden birini olu turan suç ve cezada yasall,k ilkesi, özgürlük ve insan haklar,n,n geli erek bireyin öne ç,kt, , günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini olu turmaktadır. Günümüzde bu ilkeye uluslararası, hukukta ve insan haklar, belgelerinde de yer verilmektedir. Anayasan,n 38. maddesine göre hangi eylemlerin suç say,laca , ancak yasayla öngörülebilir. Anayasa'n,n 7. ve 87. maddeleri gere ince yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olup bu yetki devredilemez. Anayasadaki aç,kl,k kar ,s,nda yürütmenin suç olu turabilmesi olanaklı, de ildir. Anayasa'n,n 91. maddesinde TBMM'nce Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname ç,karma yetkisinin verilebilece i öngörülmekte ve KHK ile düzenlenemeyecek konular say,lmaktad,r. "Anayasa'n,n suç ve cezalara ilkin esaslar" ba l, ,n, ta ,yan 38. maddesi, kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyecek yasak alan kapsam,na girmektedir. Yürütme organ,n,n KHK ile suç olu turmas,na Anayasa'da izin verilmez iken düzenleme olanaklar, ve biçimleri KHK'lere göre çok daha kolay olan ve hukuk kurallar, hiyerar isinde daha sonra

³ Anayasa Mahkemesi, 19.01.2006, 2005/99 E., 2006/8 K., **Resmi Gazete**, Tarih/Say,: 20.07.2006/26234; Anayasa Mahkemesi, 17.4.2008, 2005/5, E., 2008/93 K., **Resmi Gazete**, Tarih/Say,: 5.11.2008/27045; Anayasa Mahkemesi, 18.06.2009, 2006/121 E., 2009/90 K., **Resmi Gazete**, Tarih/Say,: 26.11.2009/27418.

⁴ Hüsamettin U ur, öSuçta ve Cezada Kanunilik lkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlar, Kar ,s,nda Yapt,r,ms,z Kalan Baz, Suçlarö, **Türkiye Barolar Birli i Dergisi**, Say,: 91, 2010, s.304-308.

gelen idarî düzenlemelerle kimi eylemlerin suç sayılması, açılan Anayasa kurulları, na aykırı, düzenler.⁵

Kanun koyucunun ikame edilemez, devredilemez, münhasır ve *sui generis* suç ve ceza yaratma yetkisine vurgu yapılır, María José Falcón y Tella da teyit etti i, kanunilik ilkesinin en azından K,ta Avrupası, hukuk düzenindeki anlam, olan yasama organından kaynaklanma zorunluluğuna⁶ işaret etmesi itibariyle dikkat çekmektedir. Diğeryandan, mahkemenin 1982 Anayasasının 38. maddesini yorumlarken kanunilik suç ve ceza için ayrı f,kralarda düzenlenmesini önemseydiğini ima eden ifadeler kullanılmı, olmasın, hem menedilmi ve yaptırımın bağılanmı, fiilin içeriğini hem de yaptırımın türü ve miktarı, açısından kanunilik prensibini önen azından konu bazında- bütüncül bir yaklaşımla ele aldığını göstermektedir.

A. KANUNİLİK İLKESİNİN ANAYASA HUKUKUNA DÂHİL EDİLMESİ

Anayasadan ekli anlamda kanunu ve eylemleri diğeryer normlar, inceleyen disipline katkıda bulunması, kanunun hukuki kaynağından bir başka ifadesidir⁷. Anayasal düünce bakıldığında, açılması, itibariyle, yüksek mahkemenin kararda dile getirdiğini en çarpıcı ve dikkate alınması gereken görüşü, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin öncelikle anayasa hukukunun temel ilkeleri arasında yer aldığı, belirtmesidir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin anayasal niteliğini öyle açıklar; öyle ki, ilkenin ceza hukukunun temel ilkeleri arasında değıerlendirilmesi anayasa hukukunun kökenini oluşturan kaideler kapsamında dâhil edilmesinden sonra bırakılmı, tır. Kararda geçen öceza hukuku söz öbeğinden sonra ödaö bağılacı, kanunilik kullanılmı, olmasın, kanunilik prensibi bakımından anayasa hukukunun ceza hukukundan önde geldiğini göstermektedir. Mahkeme, öAnayasa hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturan suç ve cezada yasallık ilkesi, özgürlük ve insan hakları, geliğerecek bireyin öne geçmesi, günümüzde, *ceza hukukunun da*⁸ temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır.ö ifadesini kullanılmı, tır. Buna ilave olarak, anayasal yaklaşıma öncelikli, asli bir konum

⁵ Anayasa Mahkemesi, 27.11.1980, 1993/5 E., 1993/25 K., Resmi Gazete Tarih/Say.: 25.02.1995/22213. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1068&content=, (21.02.2013).

⁶ María José Falcón y Tella, **Civil Disobedience**, translated from Spanish by Peter Muckley, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, p.317.

⁷ Diego Solenne - Antonio Verrilli, **Compendio di Diritto Costituzionale**, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2012, p.300.

⁸ talik vurgu bu satırların yazarı tarafından yapılmı, tır.

biçilmesinin ipuçları, yine aynı cümlede bulmak mümkündür: Özgürlük ve insan hakları geli erek bireyin öne çıkması, günümüzde... Özgürlük ve insan hakları ile anayasal düzen arasındaki bağlantı kurulması ile ilgili farklı yönleriyle iddia ve izah olunduğu gibi, ayet disiplinler ve disiplinlere hâkim olan felsefi arka planlar arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi kurulacaksa, anayasal yaklaşımın önce geldiğini teslim etmek gerekecektir. Tarihin akışı içerisinde siyasi değişimlerin ve onların yarattığı hak dalgaları önce geldiği toplumsal sözleşme, kuvvetler ayrılığı, cezalandırmanın insaniletirilmesi veya hümanizm gibi temel yapısal, (*constitutional*⁹) ihtiyaçlar ve kuramlar bu gelişmelerin tabana inmesi ve alt disiplinlere yayılmasıyla oluşmuştur. Tabii ki, alt disiplinler arasında ceza düzenini inceleyen hukuk dalı da bulunmaktadır. Cezalandırmanın insanlık toplumu haline getirmeye başlamasından itibaren daima var olan bir kurum olması bakımından meseledir cezalandırmanın tarihin belli bir dönemindeki gelişmelerin ardından aydınlanma çağına armağan, hümanizmin sayesinde insaniletmesi ise farklı bir meseledir. Dolayısıyla, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ilk çağdan bugüne kadar gelen uzun cezalandırma sürecinin belli bir noktadan sonra anılmaya, benimsenmeye ve hukukiletirilmeye başladığına göre, daha eski bir geçmişe dayanan anayasal düzenin genel anlamdaki ceza hukuku düzenine kaynaklık yapması tabiidir. Açık bir şekilde belirtmemekle birlikte, yüksek mahkemenin atfında bulunduğu özgürlük ile insan hakları kavramları, söz konusu kavramların anayasal düzen ile cezalandırmanın insaniletirilmesi ve cezalandırmanın insaniletirilmesinin bir arada olan suç ve cezanın kanunilik prensibi arasındaki dünsel bağlantıyı kullanılabilecek, anahtar rol oynayabilecek kavramlar olarak değerlendirilebilecektir.

İngiliz anayasal belgelerine bakıldığında, cezalandırma yetkisinin sınırlanmasında ilk kayda geçirilmeyen Habeas Corpus Act'ın, on üçüncü yüzyıldan itibaren yönetimin (kralın) yetkilerini bir şekilde kısıtlayan 1215'te kabul edilen Magna Carta Libertatum'un, 1297 tarihli Statutum de Tallagio non Concedendo'nun¹⁰, 1628'de benimsenen Petition of Rights ve yine birinci İngiliz anayasası olarak anılan 1653 Instrument of Government ismini taşıyan anayasal belgelerinden sonra hukuk tarihindeki yerini alması,¹¹ anayasal düzenin eskiliği bakımından bir kanıt olarak gösterilebilecektir.

⁹ Yaygın anlam, "anayasal olmayan" İngilizce "constitutional" kelimesi, "yapısal" anlamında da kullanılmaktadır.

¹⁰ Anglosakson anayasal belgeleri arasında kendisine atfında bulunulan, ayrıca vergi hukuku bakımından önemli bir konuma sahip olan düzenleme, "Başlanmayan Vergi Hakkında Kanun" ekinde tercüme edilebilir. *Tallagio*, bir bütünün bir kısmını ifade eden Fransızca *tailleur* kelimesinden türemiştir.

¹¹ Jan Hendrik Willen Verzijl, **International Law in Historical Perspective**, Vol. V, Martinus Nijhoff

Habeas Corpus Act'ten önce tarih sahnesine çıkan, daha az bilinen belgeler arasında Provisions of Oxford (1258), Provisions of Westminster (1259), Statute of Marlborough (1267) ile Statute of Gloucester (1278) gösterilebileceği gibi¹², Laws in Wales Act (1535-1542) ve ikinci İngiliz anayasası, olarak bilinen Humble Petition and Advice (1657) da bunlara ilave edilebilir. Keyfi olarak hapsedilme durumuna karşı, güvence sağlayan Habeas Corpus Act'ın 1679'a tarihlendiği göz önünde bulundurulursa, anayasal ilk hareketlerinin ve iktidardaki merkezi yapıyı, sürekli toplumun farklı kesimlerine, önce asillere sonradan halka kadar uzanan farklı, giderek genişleyen gruplara kaydırılan gelişmelerin Habeas Corpus'tan dört yüzyıldan fazla önce başlamış olduğunu ortaya çıkaracaktır.

Anayasa Mahkemesi, kanunilik prensibinin temel ilkeleri arasında girdiği hukuk alanlarında uluslararası hukuk ve nihayet insan hakları belgelerini de eklemektedir. Uluslararası hukukun ve insan hakları hukukunun esasen yirminci yüzyılda geliştiği hesaba katılrsa¹³, mahkemenin yaptığı, sıralamadan yanlı olmayacağı, söylenebilecektir. Bu bağlamda, uluslararası örgütlerin yarattığı, teamülî hukukun, esas itibarıyla hukukî ve ya kanunî ve matuf bir inanç olan *opinio iuris* kavramının, inandırıcılığı, uluslararası hukukun kanunilik ilkesine katkı olarak görülebilir¹⁴.

Yasama yetkisinin temelde kanunilik ilkesiyle alakalı bir uyumsuzlukta değerlendirilme kapsamına alınması, ilkenin anayasal boyuta sahip olduğunu doğrulayan bir bağlamda veri olarak kararda kendini göstermektedir. Suçun ve cezanın ancak kanun marifetiyle yaratılabileceğini öngören anayasa hükmü, hiç kuşku yok ki, kanunun normatif niteliğini kendisini diğer normlardan ayıran özelliklerin deyimleriyle- *alâmet-i fârikas*, önemsemektedir. Anayasanın yasama yetkisinin ancak yasama organı tarafından kullanılacağına, dolayısıyla devredilemezliğini hüküm altına alan iki hükmünün madde yedi ile madde seksen yedinin içeriği de kanunilik prensibiyle yakından alakalıdır. Soyut olarak bakıldığında bile görünen bağlantı, yüksek mahkemenin çözmek durumunda olduğu uyumsuzluklara konu olan aykırılıklar ve ihlallerde daha bir belirginlik kazanmaktadır. Kanunun cezanın içeriği, çerçevesi ya da miktarında veya suçun tanımı ve yorumu

Publishers, Leiden, 1972, p.210.

¹² Ronald H. Fritze, William Baxter Robison, **Historical Dictionary of Late Medieval England, 1272-1485**, Greenwood Press, Westport, 2002, p.173.

¹³ J. H. W. Verzijl, **International Law in Historical Perspective**, Part VIII, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1976, p.5.

¹⁴ Kenneth S. Gallant, **The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p.306.

hususlar,nda yürütme makamlar,na yetki tan,d, , haller, kanunilik ilkesinin ihmalinin öne ç,kt, , anayasal uyu mazl,klara örnek olarak verilebilecektir. Anayasa Mahkemesi, anayasada düzenlenen yasama yetkisinin devredilmezli i ile suçta ve cezada kanunilik prensiplerinin kaç,n,lmaz ekilde yürütmenin düzenleyici i lemleriyle suç ve ceza yarat,lamayaca , sonucunu hakl, olarak ç,karmaktad,r ki, bu sonuç ayn, zamanda kanunilik prensibinin olmazsa olmaz bir unsurunu olu turmaktad,r.

B. ASIL KANUN LE KAME KANUNUN FARKI

Kanun hükmünde kararname, -ad, üstünde- kanun yerine geçmeleri, hukuken pek çok zeminde kanunlarla e de er olmalar, hasebiyle kanunilik ilkesi bak,m,ndan ilk bak, ta tereddüde sevk eden bir mahiyete sahip görünmektedir. Yasama makam,n,n kanun hükmünde kararname onaylayarak me ruiyetini ve yaln,zca yasama i lemi olmas, ba lam,nda -kanuni niteli ini art,r,yor olmas,, kanun hükmünde kararnamele karma ,k yap,s,n, güçlendiren hususlar aras,nda say,labilir. lave olarak, kanun hükmünde kararnamele, yasama organ,yla sürekli iç içe olan ve yasama organ,n,n içinden ç,kan yürütmenin en üst mercii olan Bakanlar Kurulunca yap,lmas, ve parlamentonun onay,na arz edilmesi bu normun hukuki itibar,n, art,ran unsurlardand,r. Buna mukabil, yürütme makam,n, güçlendirme e iliminde olan ve kanun hükmünde kararname ç,karma yetkisini yürütme organ,na veren 1982 Anayasas,, yine de bu norm ile her konunun düzenlenmesini engelleme i, kanunilik prensibinin de aralar,nda yer ald, , temel hak ve hürriyetler ile siyasi hak ve hürriyetlerin kanun hükmünde kararnamelele tanzim edilmesini hukuken imkâns,z hale getirecek bir hüküm yaratm, t,r. O halde kanun hükmünde kararnamelele suç veya ceza konulamayaca ,, suç götürmez bir gerçektir. Yürütmenin en üst düzey kural-i lemi olan kanun hükmünde kararname vas,tas,yla suç ve ceza yarat,lam,yorsa, yürütmenin, daha alt seviyede bulunan tüzük, yönetmelik ve di er ads,z düzenleyici i lemler arac,l, ,yla evleviyetle suç ve ceza yaratamayaca , sonucuna var,lacakt,r¹⁵. Anayasa Mahkemesi'nin kararda vurgulad, , üzere, yürütme erkinin sahip oldu u kanun hükmünde kararname

¹⁵ Mehmet Emin Artuk - Ahmet Gökçen - A. Caner Yenidünya, **Çeza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bask., Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.120. Kanun hükmünde kararnamelele suç ve ceza yaratmas, mümkün olmayan normlar olarak 1971 de i ikli inden itibaren Türk Anayasa Hukukuna dahil edilmesi, daha alt düzey normlar,n suç ve ceza yaratmas,n, evleviyetle imkans,z k,lmaktad,r. Artuk - Gökçen - Yenidünya, **Çeza Hukuku Genel Hükümler**, a.g.e., s.120.

haricindeki düzenleyici i lemlerin düzenleme imkânlar,n,n ve usullerinin daha kolay oldu u göz önünde tutulursa, suç ve ceza yaratma yeterliliklerinin olmad, , daha da kesinlik kazanacaktır.

C. PRENS B N YAPISINDA UNSURLARIN ÖNEM

Her hukuk ilkesi gibi uygulamay, hedef alan kanunilik prensibinin varlık amac,na ula bilmesinin unsurlar,na s,k, s,k,ya ba l, oldu u söylenebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, bir karar,nda kanunilik prensibinin kendi d, ndaki ilke ve alanlarla ili kisinden ba ka, iç yap,s,n, ve unsurlar,n,n önemini vurgulamaktadır.

ÖTüm bunlar suç ve cezalar,n yaln,zca yasayla konulup kald,r,lmas,n,n yeterli olmad, ,, konulan kural,n aç,k, anla ,l,r ve s,n,rlar,n,n belirli olmas, gerekti i sonucunu do urmaktadır. Yasay, bilmemenin özür say,lmayaca , bir ceza hukuku ilkesi oldu una göre yasan,n herkesçe anla ,lacak ölçüde aç,k olmas, da bunun do al sonucudur. Nitekim, Türk Ceza Yasas,'n,n 1. maddesinde "kanunun sarih olarak suç saymad, , bir fiil için kimseye ceza verilmez" denilerek bu husus vurgulanm, t,r. Dava konusu kural,n suç ve cezada yasall,k ilkesine ayk,r, olup olmad, , yukarıdaki aç,klamalara göre de erlendirilmelidir. Cezan,n yasall, , ilkesi, bir suça uygulanacak yapt,r,m türlerinin, ölçülerinin, hangi s,n,rlar içinde uygulanaca ,n,n, nelerin ne ölçüde hafifletici veya a ,rla t,r,c, neden olaca ,n,n yasakoyucu taraf,ndan kurala ba lanmas,n, zorunlu k,lmaktadır. 1918 say,l, Yasa'n,n 25. maddesinin de i ik ikinci f,kras,nda bu f,kraya göre verilecek cezalar,n türü ve miktar, aç,kça belirlenmi tir. Bu nedenle f,kran,n "cezan,n yasall, ," yönünden Anayasa'n,n 38. maddesine ayk,r,l, , sav, yerinde de ildir. Bakanlar Kurulu'nca bir mal,n ithal veya ihrac,n,n yasaklanmas, ile eylem suç olu turmaktadır. Böylece itiraz konusu kuralda suç saptanamamakta, suç olma niteli i Bakanlar Kurulu karar,na b,rak,lmaktadır. Bu ise Anayasa'n,n 38. maddesinde öngörülen "suçun yasall, ," ilkesine ayk,r,d,r.ö¹⁶

Yasama merciinin usulüne uygun olarak yapt, , herkes için geçerli, soyut ve objektif bir düzenleyici i lemle, baz, davran, lar, bir ekilde yapt,r,m,la kar ,lanarak kesin hüküm do uracak surette yasaklanabilir. Ancak, kanunun tek ba ,na yasakl, fiili ve cezas,n, öngörmesi kanunilik prensibinin uygulama buldu unu göstermez. Zira *res judicata* anlam,nda daima hukukun cevap verdi i önas,l?ö sorusu, hukukun tüm kural ve ilkelerinde oldu u gibi kanunilik prensibinde de kaç,n,lmaz, zorunlu bir tart, man,n kap,s,n, aralayacaktır. Yasakl, davran, yasaklanmayan davran, lardan önas,lö ay,rt edilecektir?

¹⁶ Anayasa Mahkemesi, 27.11.1980, 1993/5 E., 1993/25 K., Resmi Gazete Tarih/Say,: 25.02.1995/22213. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1068&content=, (21.02.2013).

Yasaklı, davranışın yapıldığı, nasıl ve hangi türde tespit edilecek, ne şekilde infaz edilecektir? Suçu teşkil eden davranışın suç olmayan davranışlardan ayrıştırılması için kanunda herhangi bir hükmün varlığı, bunun kâfi gelmeyeceği açıktır. Bundan başka, cezanın parasal mı, fiziki mi olacağı, miktarı, çektirilme yöntemi, istisnalar, neye bağlı veya paralel olarak takdir edileceği ve diğer pek çok sorun cezanın kabaca belirtilmesiyle giderilemeyecek özelliktedir. Kanun koyucunun keyfi olarak kanunda birtakım suçlar, ve cezalar, üstünkörü düzenlemesi kanunilik prensibinin uyulması sağlayacak mıdır? Kuşkusuz, bu soruya öngörülebilir cevap vermek gerekir. O halde, suç ve ceza için kanunun devrede olması yeterli olmadıkça, göre, kanunun bunları nasıl düzenleneceği meselesi de mecburen bir kanunilik prensibi meselesidir. Anayasa Mahkemesi, burada önemi vurgulanan öngörülebilirliğe öncelikle, suçun yani ne gibi eylemlerin yasaklandığını, hiçbir üpheye yer verilmeyecek şekilde belirtilerek cevap vererek çözümler, yüksek bir noktaya yerleştirir. Üstelik mahkemeye göre, suçların tereddütsüz şekilde tanımlanması, temel hakların ve özgürlüklerin güvencesidir. Bu noktadan hareketle denilebilir ki, kanunun suç ve cezayı nasıl düzenlemesi gerektiği, üphesiz bir temel hak ve özgürlük meselesi ve dolayısıyla anayasal bir sorundur. Böylelikle, kararda kanunilik prensibi ile anayasal düzenlemedeki bağlantı bir kez daha teyit edildiği söylenebilecektir. Bu ikinci doğrultuda, kanunilik ilkesinin diğer hukuk ilkeleri ve alanlarıyla ilgili de il, kendi unsurlarıyla alakalıdır. Netice itibarıyla, kanunun suç ve cezayı nasıl düzenlemesi gerektiğine dair sorunların, temel hakları, ilgilendirmesi açısından anayasal nitelik taşıdığı, gibi; kanunilik ilkesinin kendinden ibaret, tek parça bir yapıdan oluşmadığını, bazı unsurlardan müteekkil, eklektik yapıda, ortaya koymaktadır. Böylece, yüksek mahkeme içtihadının da katkıyla, anayasal düzenlemede suçta ve cezada kanunilik prensibinin *unsurları*, arasındaki bağlantıyı aydınlatılmaya çalışılmaktadır.

Açıklık, anlaşılabilirlik ve kuralın sınırları, kesin çizgilerle tespit edilmesi, kanunilik ilkesini amaçlarına uygun biçimde hayata geçirilmesini sağlayacak unsurlar arasında değerlendirilmektedir. Birey, suç işlediğinde, davranışının suç teşkil ettiğini bilmediğini ileri sürmüyorsa, kanun da öylesine net ve berrak nitelik taşımalı, ki, bireyin suç oluşturan davranışlarından haberinin bulunmaması, imkânsız olmalıdır. 1982 Anayasasının, başlangıç metninde ve Anayasa Mahkemesinin 2004 tarihli bir kararında vurgulandığı, gibi,

hukuk nazarında nimetlerin ve külfetlerin e it olmas, gereklili i göz önüne al,n,rsa¹⁷, bireyin suçu bilmedi ini iddia edememesine mukabil, kanunun üpheye yer b,rakmayacak kadar aç,k olmas, anayasan,n ve hukuk devleti dü üncesinin bir ba ka yoldan kaç,n,lmaz sonucunu olu turmaktad,r. Totolojik bir nitelik de olsa da gerek 765 say,l, eski ceza kanunu, gerekse 5237 say,l, mer'î ceza kanunu, kanunun sarih olarakø veya -ikincisinin kulland, , terimle- aç,kçaø suç saymad, , fiilin cezaland,r,lmas,n, yasaklamas, bireyin kanunu bilmemenin mazeret say,lmayaca , kural,n, dengeleyerek anayasal haklar, ve hürriyetleri korumaktad,r. Ki inin sorumlulu u ve haklar, aras,ndaki mazeretsizlik / kanunda aç,kl,k biçimindeki birey-devlet dengesinin, kuvvetler ayr,l, , kuram,ndaki fren ve denge (*checks and balances*) düzene iyle paralellik arz etti i söylenebilecektir.

Cezan,n belirlili i bak,m,ndan, kanunilikte, yüksek mahkeme düzenlemede iki özelli in yer al,p almad, ,na itibar etmektedir: cezan,n türü ve miktar,. Ceza, do as, gere i daha somut, rakamsal, ölçülebilir bir yap,ya sahip oldu u için cezan,n kanunili i sorunu, daha çok cezan,n türü ve miktar,n,n belirsizli inde de il, cezan,n miktar, tespit edilirken esas al,nan verilerin kanuni olup olmad, ,nda tart, ma yaratmaktad,r. Nitekim a a ,da, belirlilik unsurunun incelendi i bölümde, cezan,n miktar,n,n belirlenmesinde yasama organ, d, ,ndaki etkenlerin rol oynamas,n,n kanunilik prensibiyle ba da ,p ba da mad, , meselesi de erlendirilecektir.

Suçun içeri inin belirlenmesi hiç kolay de ildir. Çünkü suç, eninde sonunda, içinden ç,k,lamayacak kadar karma ,k olabilen bir insan davran, ,d,r. Suç te kil eden davran, ,n olumlu mu, olumsuz mu oldu u, kabaca tan,m,, uygulamada kar ,la ,lan davran, lar hayat,n karma as,, say,s,z dü ünce ve duygulardan kaynakland, ,, k,sacas, çok somut oldu u halde soyut bir ekilde betimlenme zorunlulu u failin kimli i, zaman,, yeri ve tehdit etti i hukuki menfaatin neler oldu u ve daha pek çok sorun, kuramsal boyutta bile suçun kanunili i meselesinin çözümünü fevkalade zorla t,r,maktad,r. Anayasa Mahkemesi'nin çözmek durumunda oldu u uyu mazl,kta, Kaçakç,l, ,n Men Takibine Dair Kanun¹⁸ suçun içeri i hususunda Bakanlar Kurulu'na yetki tan,nd, , görülmektedir.

¹⁷ Anayasa Mahkemesi, 06.05.2004, 2002/70 E., 2004/56 K., Resmi Gazete Tarih/Say,: 01.06.2005/25832, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1971&content=, (22.02.2013).

¹⁸ Kaçakç,l, ,n Men Takibine Dair Kanun (mülga), Kabul tarihi: 07.01.1932, Say,: 1918. Yay,mlandı, , Resmi Gazete Tarihi: 12/01/1932 Yay,mlandı, , Resmi Gazete Say,s,: 2000. Kanun, 09/07/2003 tarih ve

Mahkeme yaptı, , anayasaya uygunluk denetimini ithalat kelimesiyle s,n,rl, tutmu ve bu kelimeyi anayasaya ayk,r, bularak iptal etmi tir. Hemen belirtmek gerekir ki, mahkemenin kanunun ilgili hükmünde yer alan "ithalat ve ihracat rejimi kararlar,yla yasaklanm, olmas," ibaresi yerine sadece ithalat kelimesini iptal etmesinin sebebi esasla alakal, olmay,p tamamen teknik bir sorundan kaynaklanmaktad,r. Karar,n yukar,da al,nt,lanmayan, ösas,n incelenmesiö bölümünün ba lang,c,nda yer alan ös,n,rlama sorunuö ba l, , alt,nda belirtildi i üzere, mesele, somut norm denetimine ba vuran yerel mahkemenin önüne gelen uyu mazl, ,n sadece ithalat ile ilgili olmas,d,r. Yeniden uyu mazl, ,n esas,na geri dönmek gerekirse, kanuni düzenleme Mal veya e yan,n, tekele tabi olmas, veya memlekete ithalinin veya ihrac,n,n özel kanunlarla veya ithalat ve ihracat rejimi kararlar,yla yasaklanm, olmas, durumunda fail hakk,nda ayr,ca bir seneden be seneye kadar hapis cezas,na da hükmolunur." hükmünü içermektedir. Mevzuata göre, ithalat ve ihracat rejimi kararlar, Bakanlar Kurulu taraf,ndan verilmektedir. Bu durumda, Bakanlar Kurulu'nun kanun olmaks,z,n failin cezas,n,n art,r,lmas,n, sa layabilece ini söylemek hatal, olmayacakt,r. Bakanlar Kurulu yürütme erki içinde yer ald, ,na ve Bakanlar Kurulu kararlar, idarenin düzenleyici i lemi oldu una göre, Kurulun cezan,n belirlenmesinde etkili olmas, suçun kanunili i prensibine ayk,r,d,r. Dikkat sarf edilmesi gereken nokta udur ki, düzenlemede Bakanlar Kurulu'nun suç üzerindeki etkisi öyle fazlad,r ki, cezan,n miktar,n, -üstelik hiç de az,msanamayacak derecede, bir seneden be seneye kadar- art,r,maktad,r; bu nedenle dolayl, say,lamayacakt,r. Buna kar ,l,k, yüksek mahkemeye göre, düzenlemedeki ifadelerde suç tespit edilmemekte, davran, ,n =suç olma niteli iö Bakanlar Kurulu karar,na b,rak,l,maktad,r. Her halükarda düzenlemenin burada arz edilen sebepler dolay,s,yla suçun kanunili i ilkesine ayk,r, oldu u söylenebilecektir.

Karardan dev irilmesi gereken en önemli sonuç, suçta ve cezada kanunilik prensibinin sadece kanun taraf,ndan düzenlenmeyi de il ayn, zamanda kanunun suçu ve cezay, düzenleyi biçiminin en az kanun taraf,ndan yarat,lma niteli i kadar önem arz etmesidir. Örf ve adet hukukunun suç ve cezaya kaynak te kil etmemesi ekinde dile getirilen ve kanunilik prensibindeki kanun teriminin dar anlamda yorumland, , takdirde di er unsurlar düzeyinde tart, malara gebe olmayan kural bir kenara b,rak,l,rsa prensibin baz, yönlerinin ön plana ç,kt, , görülecektir. E er kanunilik prensibi, farkl,

25173 say,l, R.G.'de yay,m,lanan, 10/07/2003 kabul tarihli 4926 say,l, "Kaçakç,l,kla Mücadele Kanunu"nun 38. maddesi ile yürürlükten kald,r,lm, t,r.

görünümleriyle, yazılı olmak üzere, belirlilik, öngörülebilirlik, k yasaya , ile idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza koyma yasasına ek olarak geçmişte yürüme yasası, unsurlarla bir bütün halinde değerlendirilirse¹⁹, prensibin esaslı gayesi olan temel hakların ve hürriyetlerin güvence altına alınması, hayata geçirilebilecektir. Unsurlarla ilgili bir noktaya, imdiden Göreceli yapıdan, ötürü belirlilik unsurunun diğerlerine göre daha fazla uyumla, a ve tartıma, maya yol açmış oldu u görüleceği gibi, belirsizlikten ötürü kendisiyle çelişme, belki bir *dikotomi* içerisinde olduğu da anlaşılacaktır.

II. YAZILILIK VEYA LEX SCRIPTA

İnsan haklarının teminat altında olduğu, ahsı özgürlüklerin hukuk düzenince korunduğu bir toplumda arzu edilmemesine rağmen toplum düzenini bozucu davranışlar belirli bir metinde toplanmalıdır. Öyle ki, belirli, somut bir davranış hakkında toplum düzenini ihlal etme itibarıyla farklı görüşler ortaya atıldığında genel, nesnel, içerdiği anlamlı ifadeler üzerinde herkesçe makul düzeyde kabullenilebilecek bir yorumun yapılması, mümkün olan anlamlı ses ve harflerden mütekkil cümlelerden oluşan, sabit, kısa vadede de işleyen, nihai bir metin mevcut olmalıdır. Gerçi toplum düzenini bozan, suç olarak adlandırılan davranışların yapılmış olan cezalar ifahi bir şekilde de tespit edilip hukuki değer atfedilebilir. Fakat söz üzerine inandırılmış kuralların yorumu bir yana içeriği dahi hukukun gerektirdiği kesinliği bünyesinde barındırmayacaktır. Yazının icat edilmesiyle kuralların zamana az çok dirençli bir zemine, tablete, levhaya veya parçaya aktarılması, arasında kısa bir süre olması²⁰, yeryüzünde yazının icat edildiği yer ile ilk kanunların yapıldığı yerin aynı olması²¹ tesadüf değildir. Zira bir Latin atasözünün ifade ettiği gibi, *verba volant scripta manent*²² (söz uçar, yaz, kalır).

Hobbesın yarattığı kavramlar dünyasında insanlar, yaptıkları kanunların zıddı olarak

¹⁹ Aly Mokhtar, *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects*, **Statute Law Review**, Vol. 26, No: 1, Oxford University Press, 2005, p.41.

²⁰ Fred Lerner, **The Story of Libraries: From the Invention of Writing to the Computer Age**, 2nd Edition, Continuum Publishing, New York, 2009, p.1; W. W. Davies, **The Codes of Hammurabi and Moses**, Cosimo, New York, 2010, p.7.

²¹ Y. C. Chiu, **An Introduction to the History of Project Management: From the Earliest Times to A.D. 1900**, Eburon, Delft, 2010, p.21.

²² Eugene C. Gerhart, **Quote It Completely: world reference guide to more than 5.500 memorable quotations from law and literature**, William S. Hein, Buffalo N.Y., 1998, p.1171.

görülen tabiat kanunları yazılmadıkça, belirtilir. Bir başka anlatımla, tabiat kanunları, suçlar, ve cezalar, da düzenleyen insan yapımı kanunların mefhum-u muhalifi olarak ortaya konulmakta, ayrıca kanunların yazılmaması, bu düzenlemelerin ilan edilerek muhataplarıca tüm vatandaşlarla paylaşılabilmesinin başka bir yöntemi olarak değerlendirilmektedir. Doğrusu, burada yazılmakla ilgili temkinli ifadeler kullanılmamasının sebebi, İngiliz filozofun *Part II, Chapter XXVI*’de kanunun niteliklerinden, yazılmaması, ama ilan edilmemesi kanunlar, kanun saymadıkça, belirttiği sekizincisinde sözle veya başka bir şekilde duyurulmaya değinmesi olmasıdır. Esas olarak bakıldığında, filozofun *“Nothing is law where the legislator cannot be known”* (Kanun koyucu bilinmiyorsa hiçbir şey kanun değildir) cümlesini kurduğu paragraftan itibaren yapılacak dikkatli bir okuma yazılmak ilkesini kanunlar için art telakki ettiğini gösterecektir. Misal olarak yukarıdaki cümlenin hemen ardından gelen *“Nor is it enough the Law be written, and published; but also that there be manifest signs, that it proceedeth from the will of the Sovereign.”* (Kanunun yazılmaması, ve ilan, da yeterli değildir; bundan başka egemenin iradesinden kaynaklandıkça, açık işaretleri de taşımaması) ifadeleri yazılmak kuralının devriletiyle kabul edildiğini göstermektedir²³. Yine aynı bölümdeki (*Chapter XVI*) kanunun resmi kayıtlarla, resmi yazılarıyla ve mühürlerle doğrulanması için ve nasıl gerekli olduunu ortaya koyan açıklamalar Hobbes’un kanunların yazılmaması gerektiğini savunduğuna dair görüşü güçlü bir biçimde teyit eder niteliktedir.

Kanunilik ilkesini sistematik şekilde olmasa da, çeşitli unsurlarıyla ilk kez ayrıntılı olarak inceleyen Cesare Beccaria, ünlü eserinin *“Oscurità delle leggi”* (Kanunların Bilinmezliği) başlıklı beşinci bölümünde yazılmak prensibine vurgu yapar. Ona göre, *“Senza la scrittura una società non prenderà una forma fissa di governo.”*²⁴ (Yazılmak kurallar, olmayan bir toplum hiçbir zaman yerleşik bir yönetim ekline kavuamaz.).

III. BELİRLİLİK VEYA LEX CERTA

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, paradoksal şekilde, belirlilik ilkesi belirsiz bir yöne

²³ Hobbes, **Leviathan**, The Second Part: Of Commonwealth, Chapter XXVI: Of Civil Laws, p.318-319.

²⁴ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, öV- *Oscurità delle leggi*, a.g.e., p.43.

sahiptir. Zira tüm metinler için oldu u gibi kanunlar için de yorum kaç,n,lmazd,r²⁵. Yorumun söz konusu oldu u yerde mutlak bir kesinlik veya belirlilikten bahsetmek isabetli olmayacaktır. Bununla beraber -mümkün oldu uncaøkayd, dü ülererek bir ceza kanununun olabilece i en belirli hali alması, gereklili ini ifade eden belirlilik ilkesi, Corpus Iuris Civilis'in dört parçasından biri olan Codex'te yer ald , , ekilde öQuia leges ab omnibus sciri debent et intelligio²⁶ (Kanunlar herkes taraf,ndan bilinmeli ve anla ,labilmelidir.) sözüyle ifade edilebilir.

A. GEREKÇELER: B L NME, NESNELL K VE HÜRR YET N KISITLANMASI

Kanunilik prensibinin belirlilik unsuruyla ilgili çe itli gerekçeler ileri sürülmü tür. Hobbes, *Leviathan*nda kanunlar,n yeterli i aretlerle (*by sufficient signs*) gösterilmesi gerekti ini, aksi halde ki ilerin o kanunlara riayet etmesinin gerekip gerekmedi ini bilemeyece ini vurgulamaktadır. Filozofa göre, öLaw made, if not also made known, is no lawö²⁷ (Yap,lm, ama bildirilmemi kanun, kanun de ildir). Kanun onu anlayabilecekler için ba lay,c,d,r. Ak,l hastalar,n,n, delilerin, çocuklar,n pek çok kanunda kurallardan muaf tutulması, bu ki ilerin kanunu anlayamamas,yla ili kilendirilebilir. Kanunun varl ,ndan haberdar olma imkân,na sahip olmayan ki i, kanuna uymayan bir fiil i ledi inde suçlu kabul edilemez.

Spinoza'n,n *Tractatus Theologico-Politicus*'ta tasnif etti i gibi²⁸, insan yap,s, kanunlar,

²⁵ Réne David *et al.*, **International Encyclopedia of Comparative Law**, Vol. II, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1972, 3-151, p.84.; Michel Rosenfeld, **Just Interpretations: Law Between Ethics and Politics**, University of California Press, Berkeley, 1998, p.2. Erwin Chemerinsky, **Interpreting the Constitution**, Praeger Publishers, New York, 1987, p.47.

²⁶ Codex Iustinianus 1.14.9. Thomas Gilby, **Principality and Polity: Aquinas and the Rise of State Theory in the West**, Longman, London, 1958, p.134. Ernst Lautenbach, **Latein ó Deutsch: Zitate-Lexikon: Quellennachweise**, Lit-Verlag, Münster, 2002, p.405.

²⁷ Hobbes, **Leviathan**, The Second Part: Of Commonwealth, Chapter XXVI: Of Civil Laws, a.g.e., p.317.

²⁸ Benedictus Spinoza, **Teolojik-Politik nceleme**, çev. Cemal Bali Akal - Reyda Ergün, Dost Kitabevi Yay,nlar,, Ankara, 2008, s.95 vd. Spinoza'ya göre, öMutlak anlam,yla yasa sözcü ü, ister ayn, türden olsun, ister baz,lar,, bireylerin kesin ve belirli, tek ve ayn, neden uyar,nca davrand, ,n, anlat,r. O ya tabiat,n zorunlulu una ya da insanlar,n bir karar,na ba l,d,r. Tabiat,n zorunlulu una ba l, olan yasa zorunlulukla eyin tabiat,ndan ya da tan,m,ndan kaynaklanan yasad,r. Bir insani karara ba l, olan ve daha özel biçimde hukuk kural, diye adlandır,lan yasay, ise insanlar kendileri ve ba kalar, için koyarlar; daha güvenli, daha rahat bir biçimde ya amak amac,yla ya da ba ka nedenlerle... Ama gerçekte yasa sözcü ü tabii eylere metaforik olarak uyarlanm, a benzer. Yasadan genel olarak anla ,lan ey, yaln,zca insanlar,n yerine getirebilecekleri ya da ihmal edebilecekleri bir buyruktur. Çünkü yasa insani gücü belirli s,n,rlar içinde

di er tüm kanunlardan ay,r,d, , anla ,lan Hobbes, istisnas,z tüm insanlar, ba layan, yaz,s,z, ilan edilmemi kanunlar,n mutlaka tabiattan kaynakland, ,n, söyleyerek, ancak tabiat kanunlar, için duyurman,n gerekmece ini, di er tüm kanunlar,n muhataplar,na iletilmesinin zorunlu oldu unu savunmaktadır²⁹.

Kanunlar, ilan etmenin bir sonucu olarak görülebilecek *Nul nœst censé ignorer la loi* kural,n,n³⁰ istisnas, olan kanunu bilmemenin mazeret say,ld, , say,l, hallerden biri, Hobbesœ göre, insan,n kendi ülkesinin kanunlar,n,n kendisine ö renebilece i ekilde yeterince duyurulmad, , durumdur³¹. Kanunun bireylere hukuken tatmin edici düzeyde anla ,labilir, alg,lanabilir bir aç,kl,k ile tebli edilmesi, hiç ku ku yok ki, kanunilik ilkesinin belirlilik unsuru kapsam,nda bir zorunluluktur; ngiliz filozofun nazar,nda kanunun yeterli boyutta belirli olmad, , sözü edilen her halde kanunilik art, yerine getirilmemi say,lacakt,r.

Suçlar konusunda belirlili in eksik oldu u hallerde bireyin mazur oldu unu savunan ngiliz dü ünür, cezalarla ilgili olarak ayn, kanaatte de ildir. Dü ünüre göre, cezay, bilmemek ki i için mazeret say,lmaz³². Çünkü kanunun suçu belirtip suçun cezas,n, belirtmemesi makul kabul edilemez. Ceza her devlette kanuna ayk,r,l, ,n sonuçlar,ndan biri olarak görülür. Suç kavram olarak cezaya s,k, s,k,ya ba l,d,r. Suç belirli oldu u sürece cezan,n belirlili i cezaland,rma art, olarak aranmaz. Kendi özgür iradesiyle suç te kil edecek düzeyde haks,zl,k yapan ki i, kanun koyucunun özgür iradesiyle cezaland,r,lmaz, akla uygundur.

Kanun yapmay, ak,l edecek kadar dahi ki ilere iltifat,n, esirgemeyen Montesquieuœnün ayn, ki ilere kar , tavsiyeleri vard,r. Bir kere, kanun sade (*concis*) olmal,d,r. On ki Levha

tutar. Oysa insani gücün kendisi bu s,n,rlar,n çok ötesindedir. Yasa bu s,n,rlar, a an hiçbir ey buyuramaz. Bu yüzden, görünü e bak,l,rsa yasa daha özel bir tan,m gerektirir: Herhangi bir amaca yönelik olarak, insan,n kendisi ya da ba kalar, için belirledi i ya ama usulü. ... Öyleyse, görünü e bak,l,rsa, yasay, insani yasa ve tanr,sal yasa diye ikiye ay,r,mak gerekecektir. nsani yasadan insan hayat, ve devletin güvenli ine hizmet eden ya ama usulünü anl,yorum.ö Spinoza, **Teolojik-Politik nceleme** a.g.e., s.95, 96, 97. Spinozaœn,n *insani yasaœ*, suç ve ceza yaratmaktadır, filozofu deyimiyelöinsani gücü belirli s,n,rlar içinde tutötu undan ve böylece özgürlü ü esas olan insan davran, ,n s,n,rlama getirdi inden belirlilik prensibine uygun kaleme al,nmak durumundadır.

²⁹ Hobbes, **Leviathan**, çeviren Semih Lim, a.g.e., s.205.

³⁰ Xavier Labbée, **Introduction Générale au Droit: Pour Approche Éthique**, 4e édition, Presses Universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 2010, p.66.

³¹ Hobbes, **Leviathan**, Part II, Chapter XXVII, a.g.e., p.338.

³² Hobbes, a.e., p.338.

kanunlar,, çocuklar,n ezberleyebilece i ölçüde aç,k olup tam bir belirlilik timsalidir³³. Antrparantez u hususun alt,n, çizmek gerekir ki, Frans,z dü ünürün kanunlar,n nas,l olmas, gerekti iyle ilgili fikirleri ayd,nlanma dü üncesine te mil edilebilir³⁴. *Kanunlar,n Ruhü* yazar,n,n sadelik tavsiyesinden yarg, kararlar, bak,m,ndan da bir ders ç,kar,labilecektir³⁵. Di er yandan, kanun özlü oldu u kadar anla ,l,r olmal,d,r; do rudan anlat,m (*expression directe*), dolayl, anlat,ma (*expression réfléchie*) tercih edilmelidir. Nitekim Bizans mparatorlu uönun kanunlar, özentisizdir ve bu metinlerde hükümdarlar t,pk, hatipler gibi konu turulmu tur. Kanunlar,n ifadeleri her insanda ayn, fikirleri uyand,rmal,d,r. Mesela öbirini s,k,nt,ya sokmaö (*inquiétude*) do rudan ki inin hassasiyet derecesine göre de i en, oldukça belirsiz bir ifadedir; kar ,l, ,nda kanunda ceza öngörülmesi kabul edilemez. unu da ilave etmek gerekir ki, kanunda belirsiz ifadeler özellikle belirli ifadelerle beraber bulunmamal,d,r. Herkeste ayn, anlam, ça r, t,ran kurallar nesneldir; bu yüzden kanunilik prensibini güçlendirecektir. Öte yandan, belirlili in içinde belirsizlik varsa, bir ba ka anlat,m,la, belirli ve belirsiz ifadeler kanunda ayn, anda mevcutsa, belirli k,s,mlarda yer almayan hemen her konunun belirsiz ifadeler kapsam,nda de erlendirilmesi tehlikesi olu abilecektir. Montesquieuönün farklı, düzeyde anla ,l,r olan ifadelerin kanunda yer almamas, yönündeki görü ünün sebebi sözü edilen tehlike olabilir.

Frans,z yazar yüzy,llar önceden kanun gerekçelerinin önemini, kanun koyucular,n yapt,k,lar, kanunlar,n sebeplerini göstermeye ihtiyaç duyabileceklerini fark etmekle kalmam, , gerekçelerin kanuna lay,k olmas, gerekti ini iddia etmi tir³⁶. ddiaya dayanak te kil edecek bir ifadeye yer vermeyen Montesquieuönün yakla ,m, suçta ve cezada kanunilik prensibi aç,s,ndan de erlidir. Genel bir bak, la, kanunlar,n gai / teleolojik yorumunda kullan,lan ba l,ca unsur olma özelli ini ta ,yan kanun gerekçelerinin kanunilik prensibinin temel düzenleme biçimi olan kanunun hukuken anlamland,r,lmas,nda büyük pay sahibi oldu u göz önünde bulundurulursa, gerekçelerin nitelik bak,m,ndan kanuna paralel ekilde aç,k, anla ,l,r, berrak olmas,n,n gerekli oldu u söylenebilir. Hüküm giyen birinin hukuk düzeni ve toplum nezdinde *suçlu* say,ld, , hürriyeti tahdide veya mala zarar

³³ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Livre XXIX, Chapitre XVI, a.g.e., p.532-533.

³⁴ Amalia Diurni - Dieter Henrich, *Percorsi Europei di Diritto Privato e Comparato*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p.74.

³⁵ Véronique Champeil-Desplats, öLes Clairs-Obscurs de la Clarté Juridiqueö, *Legal Language and the Search for Clarity: Practice and Tools*, ed. Anne Wagner - Sophie Cacciaguidi-Fahy, Peter Lang, Bern, 2006, p.35.

³⁶ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, a.g.e., p.534.

verme fiillerine de il de *cezaya* mahkûm oldu u tablo içerisinde, kanuna konu edilen bireylerin özgürlü ü, insanlık onuru, malvarlık, haklar, söz konusu oldu una göre, bilhassa ceza içeren kanunların gerekçelerinin kanunilik ilkesi gereince kanunun taşınması, gereken maddi özelliklere sahip olması, gerekir.

Kanunların yorumlanması, sakıncalı, bulan Beccaria, kanunların yorum yapılması, zorunlu kılacak şekilde müphem bir dille yazılması, eleştirir. Halkın anlayamadığı, bir dille kaleme alınan, sadelikten ve barizlikten uzak bir kanunun pek çok mahzuru olacaktır.³⁷ Dili anlamaz olan kanunların uygulandığı, bir toplumda yönetilenler ne hürriyetlerin ne de yasakların mahiyetine nüfuz edebilecek davranışların sonunda başına neler gelebileceğini tahmin edemeyecek, kanunların yorumlama yetkisini elinde bulunduran küçük bir azınlığın kölesi olacaklardır. Kanunilik düncesi kapsamındaki kanunların çözüm yolu da hukuk düzeninin niteliyle, kötü ya da iyi oluyula alakalıdır: *malam partem* ya da *bonam partem*. Hukukun düzeninin iyi olduğu durumlarda kanunların (analogia) yapılabilen kuralları artacaktır.³⁸ Paralel şekilde, filozofun dramatik anlatımıyla, *Quanto maggiore sarà il numero di quelli che intenderanno e avranno fralle mani il sacro codice delle leggi, tanto men frequenti saranno i delitti, perché non v'ha dubbio che l'ignoranza e l'incertezza delle pene aiutino l'eloquenza delle passioni.*³⁹ (Kanunların kutsal kuralları, elinde tutup dikkate alabilecek olanların sayısı, arttığında suçlarla daha az karşılaşılacaktır; zira hiç kuşku yok ki, cezaların bilinmezliği ve müphemliği tutkuların korkutmasını, yolunu açacaktır.)

talyan düşünürden ilham alınarak söylenebilir ki, kanunların hukuken suç sayılan davranışları, açıkça göstererek suç teşkil etmeyen insanların sayısındaki davranışa serbestlik tanıması, suç konusu davranışları için tereddüde mahal bırakmayacak cezalar tespit etmesi kadar mümkün olduğu kadar çok sayısındaki bireyin suç ve ceza içeren kanunların varlıklarından ve en azından muhtemel etkilerinin farkında olması, da kanunilik ilkesi bakımından kaydedilirdir. Dar bir kesimin imtiyazı olmayı sürdüren kanunların varlığı, ilkedeki beklenen haklar ve özgürlükler lehine sonuçları, sağlamamak hususunda yeterli olmayacaktır. Öte yandan cezayla karşılanan fiillerin, insan tabiatının vazgeçilmez unsuru olan tutkuların iradenin hâkimiyetinden çıkması, neticesinde ilendileri göz önünde tutulursa, tutkular ile

³⁷ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, 5V- Oscurità delle leggi, a.g.e., p.43.

³⁸ Gabriele L. Verrina, **l'Associazione di Stampa Mafioso**, Wolters Kluwer Italia, Torino, 2008, p.131.

³⁹ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, a.g.e., p.43.

kanunun ba da t,r,lmas, gereklidir. Tutkular,n daha ziyade cezbe veya co kunluk gibi hallerde ortaya ç,kabilece i ve kar ,l, ,nda ceza öngörülen davran, lar,n bilgisinin tutkulu davran, lar, törpüleyebilece i akla uzak görünmemektedir. Bu ba lamda suçlar ve cezalar do rulu u ve üstünlü ü sabit kanunlarda belirlilik kazand,kça, daha anla ,l,r oldukça bireylerin yasakl, fiillere ve yapt,r,mlara ili kin bilgisi artacak, iradenin ehliyle tiremedi i tutkular azalma e ilimi gösterebilecektir.

B. KANUNDAK KAVRAMLARIN TANIMLANMASI MESELES

Türk Anayasa Mahkemesi suçlar ve cezalar bak,m,ndan kanunilik prensibinin belirlilik unsuru bak,m,ndan pek çok karara imza atm, t,r. Mesela, 1980 tarihli bir kararda suçun tan,m,nda geçen her bir kavram,n kanunca tan,m,lanmas,n,n gerekip gerekmedi i meselesi tart, ma konusudur:

öYasada her kavram,n tan,m,n,n yap,lmas,nda zorunluluk bulunmad, , gibi, ço u kez buna gerek de yoktur. Hatta kimi durumlarda bir kavram,n yasada tan,m,n,n yap,lmas, yasama tekni ine de uygun dü meyebilir. "Sosyal s,n,f", " ktisadî ve sosyal temel düzen" kavran,lan da ö reti ve uygulamada yeterince aç,kl, a kavu turulmu bulunduklar,ndan, bunlar,n yasada tan,m,lanmas,n, zorunlu ya da gerekli k,lan bir durumun varl, ,ndan söz edilemez. Yeri gelmi ken u noktay, da belirtmekte yarar vard,r; Yukar,da itiraz konusu hükümlerin nitelik ve kapsam, bölümünde, Türk Ceza Yasas,n,n 142. maddesinin birinci f,kras,n,n incelemeye konu edilen hükümleriyle, ihtilâlcî sosyalizm (Komünizm) için yap,lan propaganda eylemlerini yasaklaman,n amaçland, , belirtilmi ve Anayasaya uygunluk denetimi de, söz konusu hükümler bu anlam ve çerçeve içinde ele al,narak yap,lm, bulunmaktad,r. Bu nedenlerle, iptali istenilen hükümlerle yasaklanan konular,n maddede aç,kl,kla gösterilmedi i, böylece Anayasan,n 33. maddesinde yer alan "suçta yasall,k" ilkesinin zedelendi i yolundaki sav,n da kabulüne olanak yoktur.ö⁴⁰

istanbul S,k,yönetim Komutanl, , Askeri Mahkemesiönin somut norm denetimi yolunu i letmesiyle yüksek mahkemenin önüne gelen davada yerel mahkemenin tereddütsüz bir ekilde kanunun suçu aç,kça tan,m,lamas, ile ki i hak ve hürriyetlerinin s,n,rılanmas, aras,nda anayasal bir ba kurdu u görülmektedir. öyle ki, içeri i net olarak belirlenmemi ifadelerin yer ald, , kanuni düzenlemeler vatanda lar, sürekli ceza tehdidi alt,nda b,rakmak suretiyle anayasa taraf,ndan öngörülen özgürlüklerini kullanmaktan al,koyulmas, askeri mahkemece kanunilik prensibinin ihlalidir.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, 27.11.1980, 1963/298 E., 1963/283 K., Resmi Gazete Tarih/Say,: 08.01.1981/17214, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Say, 18, Ankara, 1981, s.339 vd.

Özgürlükler lehine bir tavır hissedildiği itiraz kararları verildiği tarihin 12 Eylül askeri müdahalesinin hemen sonrasında rastlamasından başka, itiraz eden makamların sivil devlet askeri mahkeme olması, gerek siyasi ortam gerekse müdahale sonrasında yaratılan özgürlükler aleyhine ağır, güvenlik siyasetiyle çelişmesi itibarıyla manidar görünmektedir.

tiraza konu 142. maddenin belirli bir siyasi görüşe mensup kişiler bakımından istikrarlı şekilde hürriyetleri kısıtlamasıyla ünlenmesi, bu bağlamda tartışılmaya değer bulunmuştur. Düzenlemenin yöneldiği hak ve hürriyetlerin bazıları, düştürünce hürriyeti ile dernek ve siyasi parti kurma haklarıdır⁴¹. Konuyu ele alan ve bağlamında "Demokratik Anayasa" ibaresini taşıyan, dikkat çeken bir makalenin Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki kararından neredeyse on beş yıl önce okurla buluşması, ilgili hükümlerin uzun süredir anayasal açıdan sorunlu olduğunu bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.

Yerel mahkemenin belirlilikle alakalı, yaklaşık sosyal sınıflar kavramıyla örneklenerek güçlendirilmeye çalışılmıştır. Mahkemeye göre sosyal sınıflar kavramının kanunca tanımlanması, oldu undan, kavramın suçun tanımında cezalandırılmaya yol açacak biçimde yer alması, suç açısından anayasaya tanımlanmış kanunilik ilkesine aykırıdır. Buna karşılık, yüksek mahkeme farklı görüştedir; belki de yanlışlıkla kurulan bir cümleyle kanunda her tanımın yapılması zorunlu olmadıkça, gibi buna gerek de olmadıkça, düştürmektedir ki, zorunlu olan unsurun gerekli olduğu dikkatten kaçmı görünmektedir. Fakat sonraki cümlede yüksek mahkeme bir adım daha ileriye giderek kimi zaman kanunun tanımlanması, yasama tekniğine uymayabileceğini ileri sürmektedir. Tiraza konu edilerek tanımlanmaması, eksiklik olarak görülen ökonomik ve sosyal temel düzen gibi kavramların yazarlar ve mahkemeler tarafından tereddüt payı taşıyan, savunulmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin suçun tanımında geçen kavramlar itibarıyla zorunluluk gibi hususların yerine "imkân" meselesini tartışması, kusuz bir eksikliktir. Kanun koyucunun sayısız yüzleri bulan suçların her birinin içinde geçen öcinsel dokunulmazlık, öyöl kesmek, öbadethane, öbilişim sistemleri, ötoprak kayması, öuyar, c, madde, ökamuyu bar, ö, öte hircilik, ödinsel tören, ögenel felaket, öTürklük ve daha sayısız artırılabilecek yüzlerce kavramın tanımlanmaması, mümkün olup olmadığı, hiç üphe yok ki,

⁴¹ Uur Alacakaptan, "Demokratik Anayasa ve Ceza Kanununun 141 ve 142'nci Maddeleri", AÜHFD, Cilt 22, Sayı 1, Ankara, 1966, s.3.

karar,n gündeme getirdi i ve çözmesi gereken en mühim meselelerin ba ,nda gelmektedir. Mahkemenin imkâns,zl , zorunlu veya gerekli olmama ekinde isimlendirdi i do rultusunda yap,lacak bir yorum durumu ancak aç,klayabilecektir.

Do rusu, itiraz makam,n,n öne sürdü ü suç tan,m,nda yer alan kavramlar,n tan,m,n,n mu lâkl , meselesinde iki husus göz önüne al,nmal,d,r. Birincisi, kanun koyucu suçlar, tan,m,mlarken mümkün oldu unca hukuken ve dilbilgisi aç,s,ndan çeli kili yorumlara neden olmayacak nitelikte kavramlar kullanmal,d,r. Böylece, kaç,n,lmaz olan yarg,sal yorum, kanunun anlamland,r,lmas, a amas,nda ortaya ç,kabilecek belirsizlikler büyük ölçüde bertaraf edilebilecektir. kinci olarak, prensipte kanun koyucunun suç tan,m,nda yer verilen kavramlar,n ne oldu unu aç,klamas, kanunilikteki belirlilik unsuru bak,m,ndan zorunlu görülmemelidir. Çünkü yukar,daki paragrafta belirtildi i üzere, söz konusu kavramlar,n say,s, kanun koyucunun böylesi bir te ebbüsüne engel olacak kadar yüksektir.

Belirlilik unsuru bak,m,ndan var olan eksikli in suç veya ceza içeren norm d, ,ndaki normlardan faydalan,lmak suretiyle giderilip giderilmeyece i meselesi, kanunili in belirlilik boyutu bak,m,ndan kaydade er tart, ma konular,ndan birini te kil etmektedir. üphesiz kabul etmek gerekir ki, suç ile cezan,n ayn, veya ayr, yerlerde, maddelerde düzenlenmesi, suçun tan,m,nda yer alan kavramlar,n belirlenmesi için ba ka maddelere hatta ba ka normlara at,fta bulunulmas, kanun koyucunun takdirinde olup ancak kanun koyma tekni i olarak vas,fland,r,labilir⁴². Cezai düzenlemelerin baz, hallerde ba ka bir kanunun, daha genel bir ifadeyle farklı, bir normun izah etti i kavramlar, kullanmas,nda hukuken sak,nca yoktur. Fakat ceza kural,n,n ba ka normlar,n tan,m,mlad, ,, bu yüzden de ba ka normlar,n de erlendirilmeye dâhil edilmesi gereken artlar alt,nda, ceza verilebilmesi için çifte ihlalin varl, , gerekir. San,k taraf,ndan hem as,l cezai düzenleme, hem de kavram,n unsurlar,yla birlikte tan,m,n,n bulundu u yard,mc,, talî norm çi nenmelidir. Bu halde, iki norm aras,ndaki ili ki, koruyan-korunan norm ili kisidir⁴³. Di er bir tabirle, as,l ceza normu içerd i yapt,r,m sayesinde, at,fta bulundu u normu korumaktad,r. Ceza içeren normun ba ka düzenlemelere at,f yapmas, ancak teknik bir zorunluluk olarak de erlendirilebilir.

⁴² Dönmezer - Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, a.g.e., s.136.

⁴³ Dönmezer - Erman, a.e., s.136.

C. FRANSIZ VE TÜRK ÇT HATLARI I I INDA KANUNUN BÜTÜNLÜ Ü SORUNU

Suç ve ceza içeren soyut, nesnel ve genel yasama i lemlerinde kaç,n,lmaz ekilde kullan,lan kavramlar,n tan,m,n,n kanunilik ilkesi bak,m,ndan gerekli olup olmad, ,yla ilgili olarak Türk Anayasa Mahkemesi'nin 1987 y,l,nda imza att, , bir ba ka karar,nda söz konusu kavram yahut kavramlar,n ne oldu una ili kin eksikli in bir ba ka kanun sayesinde giderilmi oldu u ileri sürülmektedir. Hiç ku ku yok ki, kanunilikle ilgili hukuka ayk,r,l, , tart, maya aç,lm, bir sorunda ayk,r,l, , giderici bir unsur olarak suçun veya cezan,n düzenlendi i kanundan farklı, bir ba ka kanunun görülmesi Frans,z Anayasa Mahkemesi'nin vermi oldu u, kamuoyuna çe itli biçimlerde, siyasi yönleri a ,r basacak ve dahas, içeri i neredeyse tamamen hatal, ekilde yans,m, bir karar, hat,rlatmaktadır. Conseil Constitutionnel'in bu sözü edilen karar,na gelmeden önce Türk Anayasa Mahkemesi'nin kanuni eksikli i ba ka bir kanunla giderilebilece ini mümkün gören karar,n, incelemek daha isabetli olabilir.

ö3266 say,l, Yasan,n 1. maddesiyle de i tirilmi bulunan 1117 say,l, Küçükleri Muz,r Ne riyattan Koruma Kanunu'nun 1. maddesindeki "18 ya ,ndan küçüklerin maneviyat, üzerinde muz,r tesir yapaca , anla ,lan mevku te ve mevku te tan,m,na girmeyen di er bas,lm, eserler a a ,daki maddelerde gösterilen s,n,rlamalara tabi tutulur." ... Davac,, yine an,lan Yasan,n 1. maddesine yöneltti i iptal istemini, "muz,r tesir yapacak eser" ifadesinin içeri i ve belirleyici ö eleri bulunmayan genel bir kavram oldu u, Yasan,n suç sayd, , fiilin belli olmad, , gerekçesine dayand,rmakta ve bu maddenin Anayasa'n,n 38. maddesine ayk,r, oldu unu ileri sürmektedir. Anayasa'n,n "Suç ve cezalara ili kin esaslar", düzenleyen 38. maddesinin davac, sav, ile ilgili hükümleri "Kimse i lendi i zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymad, , bir fiilden dolayı, cezaland,r,lamaz; kimseye suç u i ledi i zaman kanunda o suç için konulmu olan cezadan daha a ,r bir ceza verilemez. ... Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur..." biçimindedir. Yukar,da (a) f,kras,nda yap,lan de erlendirmede de i aret edildi i gibi "...bas,lm, eserlerin küçükler için muz,r olup olmad, , hususunda..." Kurul'un yapaca , incelemede 1739 say,l, Milli E itim Temel Kanunu'ndaki genel amaç ve ilkeleri aç,klayan yeterli düzeyde ayr,nt,l, ve aç,k ö eleri içeren maddeleri gözönünde bulundurma zorunlulu u vard,r. Bu maddelere ayk,r,l,k, yay,m suç u do urmaktadır. Suçu olu turan eylemin nitelikleri aç,klanm, t,r. Bu durumda suç ve cezan,n yasall,k ilkesinin ihlal edildi i sav, yerinde görülmemi tir. Anayasa'n,n 38. maddesine ayk,r,l,k yoktur.ö⁴⁴.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, 11.02.1987, 1986/12 E., 1987/4 K., Resmi Gazete Tarih/Say,: 21.11.1987/19641, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Say, 23, Ankara, 1989, s.47 vd.

ptali istenen, 1927 senesinde ihdas edilmi kanunun bir parças, olan düzenleme, sonradan de i ikli e maruz kalm, ; de i ikli sonras, metin henüz uygulanma f,rsat, bulamadan, soyut norm denetimi yoluyla yüksek mahkemenin önüne getirilmi tir.

Uyu mazl, a konu olan kavram ömuz,r tesir yapacak eserö olup, içeri inin geni yorumlanabilme niteli inden ötürü kanunilik ilkesinde kavram veya terim tan,mlanmas, meselesi aç,s,ndan tipik bir örnek olarak görünmektedir. ptal davas,n, açarak düzenlemenin -ba ka birtak,m anayasal hükümlerin yan, s,ra- kanunilik prensibine ve anayasaya ayk,r,l, ,n, iddia eden siyasi parti grubu kavram,n ilkenin belirlilik unsurundaki kusura dikkat çekmektedir. ptal talebinde bulunan makama göre ömuz,r tesir yapacak eserö kavram,n,n a) içeri i yoktur, b) belirleyici ö eleri yoktur, c) bu ibare genel bir kavram olarak nitelenmelidir. Öncelikle, kavram,n içeri inin (hiç) olmamas,⁴⁵ kabule ayan bir iddia de ildir. Çünkü kavram, yaln,zca kendinden ibaret ve zihinlerde var olan bir anlam ta ,r; içeri i söz konusu kavram, zihninde te ekkül ettirenlerin yakla ,m,yla tespit edilir. Bir kavramdan söz ediliyorsa, kavram zaten vard,r. Sorun içeri in olmamas, de il herhalde içeri inin belirlilik derecesidir. Bu itibarla, ikinci ihtimal, kavram,n belirleyici ö elerinin olmamas, kabul edilebilir bir iddiad,r. Üçüncüsü, baz, artlar dâhilinde geçerli say,labilir; zira bazen kanun öyle bir kavramdan bahsedebilir ki, haddinden fazla geni olup ki iden ki iye çok farklı,k arz edebilir. Kanunilik bak,m,ndan geni bir kavram,n sak,ncas,n,n, en çok, düzenlemede kavram,n geni li ini dengeleyecek ba ka daralt,c, ifadeler kullan,lmad, ,nda ortaya ç,kaca ,n, söylemek mümkündür. Somut düzenlemeye bu noktadan harekele bak,lacak olursa, ömuz,r tesir yapacak eserö teriminden önce ön sekiz ya ,ndan küçüklerin maneviyat, üzerindeö ibaresinin yer almakta oldu u görülecektir. Bu durumda, ortada herhangi bir zararlı etkiye sahip eser de il, *on sekiz ya ,ndan küçüklerin maneviyat, üzerinde zararlı etki do uracak eserler vard,r* ve bu kapsaml, ifadede tan,m, yap,lan eserler yasaklama kapsam,na sokulmu tur, denilebilir.

Anayasaya ayk,r,l, , ileri sürülen kanunun yap,lmamas,n,n 1923 Cenevre Sözle mesiğin hükümlerine paralel ekilde küçüklerin müstehcen ve zararlı yay,nlardan korunmas, hususunda kanun koyucular,n daha müdahaleci bir tav,r tak,n,lmamas, ve daha a ,r cezalar öngörülmesi yönündeki e ilimle uyum içerisinde oldu unu ifade etmek gerekir⁴⁶. Sözü edilen Cenevre Sözle mesiğnden dört sene sonra düzenleme kabul edilmi tir. Kanunun ilk

⁴⁵ içeri inin olmamas,n, içeri inin *hiç* olmamas, olarak anlamak mümkündür.

⁴⁶ Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Beta Yay,nlar,, stanbul, 1991, ss.388-397.

hali ceza normu içermemekte olup kanunun anayasaya aykırılık itirazı nesnesi haline gelmesi 06.03.1986 tarihli, 3266 sayılı kanunla de i ikli e maruz kalması, neticesinde gerçekleşmiştir.

Hemen altı, çizmek gerekir ki, nitelikleri kanunca belirlenmiş bazı eserlerin yayımlanması, kısıtlayan kanuni düzenlemeye ilişkin mahkeme içtihadının kanunilik prensibi açısından değerlendirilmeye alınması, 1117 sayılı kanunun 7. ve ek 2. maddelerinden kaynaklanmaktadır. 7. maddenin eserlerin yayımlanmasında rol oynayan bazı kişiler için para cezası, öngördüğü ünü, ek 2. maddenin ise yine aynı kişiler için Ceza Kanununun ilgili hükümlerine atıfta bulunduğunu hatırlatmakta fayda vardır.

Yüksek mahkeme, Milli Eğitim Temel Kanunundaki bazı düzenlemeleri 1117 sayılı, Küçükleri Muz, Ne Riyattan Koruma Kanununun 1. maddesindeki hukuki eksikliği tamamlamaya, nitelikte görmektedir. Hangi eserlerin çocuklar için muz, olup olmadığı, konusundaki belirsizliği ortadan öyle amaç ve ilkeler vardır ki, Milli Eğitim Temel Kanununda düzenlenmiştir. Mahkeme, sözü edilen hükümleri sadece yasaklayıcı, düzenlemedeki kanunilik noksanına katkıda bulunan bir surette görmemekte, aynı zamanda Temel Kanunda yer verilen genel amaç ve ilkeleri yasaklama açısından yeterince açık ve ayrıntılı bulmaktadır. Anayasa Mahkemesinin karar, pek çok açıdan ele tirilebilir. Bir kere, Milli Eğitim Temel Kanununun amacı, ve kaleme alınmış biçimini yasaklayıcı ve cezalandırıcı, Küçükleri Muz, Ne Riyattan Koruma Kanunuyla beraber, ve aynı pota içinde eriterek hukuki bir sonuca ulaşmanın denli başarılı oldu u fevkalade üphelidir. İkili eğitim sistemini esas alan bir düzenlemeyken, diğeri cezai yaptırımlar içermesinden dolayı, adli sistemi ilgilendirmektedir. Farklı terimlere yer vermeleri öyle dursun, aynı terimleri kullansalar bile bunların aynı şekilde hukuken anlamlandırılması, da doğru olmayabilecektir. Fakat daha önemlisi, cezai düzenlemelerin kavram veya tanımları bazında da olsa farklı kanunlarda yer alması, meselesidir ki, Fransız Anayasa Konseyinin 28 Şubat 2012 tarihli kararıyla⁴⁷ birlikte değerlendirilmeye elverişlidir.

Fransız Anayasa Konseyi, başta Fransız anayasasının 61. maddesinin ikinci fıkrası olmak üzere, bu çalışmada da konu başlığında inceleme kapsamına alınan 1789 Beyannamesi, 1881 tarihli başlı hürriyetine ilişkin kanun⁴⁸ ve diğer ilgili hükümlere

⁴⁷ Conseil Constitutionnel, Décision n° 20126647 DC, du 28 février 2012.

⁴⁸ ifade özgürlüğüyle kanunilik ilkesinin korunmasının örtümesi başlığında önem taşıyan, Conseil

istinaden soyk,r,m,n varl ,n, inkâr edenleri cezaland,ran, 31 Ocak 2012de kanunla an düzenlemeyi anayasaya ayk,r, bulmu tur⁴⁹. Söz konusu düzenlemenin soyk,r,m, zalimce yok saymay, veya küçümsemeyi (*ont contesté ou minimisé de façon outrancière*) cezaland,rd, ,n, ve hapis cezas,na ilaveten 45.000 Euro para cezas,n, öngördü ünü hat,rlatmakta fayda vard,r. Karar,n hüküm f,kras,ø niteli ine sahip alt,nc, paragraf, son hükmü etkileyen tüm unsurlar,n de erlendirildi i ve as,l iptal sebebinin aç,kland, , k,s,m olarak önem ta ,maktad,r:

öBir soyk,r,m suçunu *tan,may*,⁵⁰ konu alan kanuni bir düzenlemeye reşen bir kanuna at,f yapan normatif tesir yüklenemeyece i, fakat söz konusu kanunun 1. maddesinin bir Frans,z kanunuyla kabul edilenø bir ya da daha fazla soyk,r,m suçunun varl ,n, sorgulamay, veya küçümsemeyi cezaland,rd, ,, kanun koyucunun bizatihi kabul etti i ve nitelendirdi i suçlar,n varl ,n,n ve hukuki nitelendirmesinin sorgulanmas,na bu ekilde engel olarak ifade ve ileti im özgürlü ünün kullan,lmas,na yönelik anayasaya ayk,r, bir ihlalde bulundu u göz önünde tutulursa, di er itirazlar,n incelenmesine ihtiyaç duyulmaks,z,n, söz konusu kanunun 1. maddesinin anayasaya ayk,r, oldu u ilan edilmek zorundad,r; ilkinden ayrılmayan 2. maddenin ayn, biçimde anayasaya ayk,r, oldu u ilan edilmek zorundad,r.ö⁵¹

Soyk,r,m, inkârdan kast edilenin ne oldu u daha önce ihdas edilmi bir kanunla yap,lm, ken, söz konusu kararda iptali talep edilen ve suç tan,m, içermeyip yaln,zca ceza öngören norm yeni, ba ka bir kanundur. Bu bilgi göz önünde bulundurularak denilebilir ki, kararda dikkat çeken önemli bir husus, suçun maddi içeri iyle ya da tan,m,yla cezan,n ayr, yerlerde düzenlenmekte olu unun karar,n gerekçeleri aras,nda yer almas, olup kanunilik prensibinin iki boyutunu te kil eden suç ile cezalar,n ayr, normlarda düzenlenmeleri

Constitutionnelin at,fta bulundu u anayasal nitelikte oldu u söylenebilecek kanun öyle an,lmaktad,r: öLa loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presseö.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070722&dateTexte=vig>, eri im tarihi: 18.02.2013.

⁴⁹ **Conseil Constitutionnel**, Décision n° 20126647 DC, du 28 février 2012, Journal officiel du 2 mars 2012, p. 3988 (@ 2), ECLI:FR:CC:2012:2012.647.DC,

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012-647-dc/decision-n-2012-647-dc-du-28-fevrier-2012.104949.html>, (17.02.2013).

⁵⁰ öReconnaîtreö kelimesine vurgu Anayasa Konseyi taraf,ndan yap,lm, t,r.

⁵¹ öConsidérant qu'une disposition législative ayant pour objet de « reconnaître » un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi ; que, toutefois, l'article 1er de la loi déferée réprime la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide « reconnus comme tels par la loi française » ; qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, l'article 1er de la loi déferée doit être déclaré contraire à la Constitution ; que son article 2, qui n'en est pas séparable, doit être également déclaré contraire à la Constitutionö. **Conseil Constitutionnel**, Décision n° 20126647 DC, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012-647-dc/decision-n-2012-647-dc-du-28-fevrier-2012.104949.html>, (17.02.2013).

anayasaya aykır, dır. Suç ile ceza ayrı, düzenlemede yer almalı, dır. Fakat uraya dikkat edilmesi gerekir ki, Fransız anayasası, ve anayasal, k blo u (*bloc de constitutionnalité*) kapsam, nda görülen sözleşme ve diğer metinler tahmin edilebilece i üzere böylesine spesifik bir konuda açık bir hüküm içermemektedir. Böylesi bir sonuç, metinlerde yer alan kanunilik ilkesinin çetli yansımalar, ıyla, bilhassa belirlilik unsuru bakım, ndan tamamen örtülmektedir. Eriilebilirlik, öngörülebilirlik gibi unsurlar, n yan, s, ra özellikle belirlilik aç, s, ndan kanunilik prensibinin bütünüyle uygulanabilmesi için cezalandır, c, düzenleme ile cezalandır, lan davran, n tan, m, n, içeren düzenlemenin ayrı, norm öki tabiat, ıyla bu norm kanun olmak durumundadır, r- içinde yer alması, gerekli görülebilir.

Yukarıdaki Türk Anayasa Mahkemesi içtihadına gelince, burada durumun kısmen aksi yönde olduğu söylenebilir. Her ne kadar suçun ne olduğu ile öngörülen ceza ayrı, bir düzenlemede, Küçükleri Muzır Ne Riyattan Koruma Kanununda⁵² yer aldığı, görülmekteyse de, kanunda tan, m, n içerisinde geçen ömüz, r tesir yapacak eserö ibaresinin geniş yorumlanmaya müsait yap, s, ndan ötürü doğabilece k bo lu un, tamamen farklı bir bak, aç, s, na ve terminolojiye sahip olan Milli Eğitim Temel Kanunundan⁵³ yararlanılarak telafi edilmesinin me ru görülmesi, bu doğrultuda bireyin cezalandır, lması, n, n makul bulunması, ele tirilebilecektir.

D. BELİRLİLİK İLKESİNİN SOMUTLA TIRILMASI VE KONUMUNUN TESPİTİ

Türk Anayasa Mahkemesinin kararları, arasından belirlilik unsurunu diğerlerine göre daha derin ele alma özelliğiyle ayrılan bir karar, belirlilikten kast edilenin ne olduğu unun iyi anlaşılabilmesi için daha kapsamlı şekilde terminolojik açıdan incelemektedir. Kararda, kuya yer bırakmayacak şekilde belirlilik unsurunun ne olduğu açıklanmış, tır. Yüksek mahkeme bu karar, nda belirlilik unsuruna ek olarak kanunilik prensibinin genel hatları, na ve diğer unsurları, na da dikkat çekmekte, ayrıca kendisine ait bir başka içtihadatı, fta bulunmaktadır. Gerek uzunluğu gerekse farklı konulara atılması, k vermesi nedeniyle karar birkaç bölüm halinde değerlendirilebilir.

⁵² Küçükleri Muzır Ne Riyattan Koruma Kanununun eski bir tarihte kabul edildiği göz önüne alınabilir. Kanun numarası: 1117, Kabul Tarihi: 21.6.1927, Resmi Gazete: Tarih 07.07.1927, Sayı 627.

⁵³ Milli Eğitim Temel Kanununun kendiliğinden pedagojik bir alt yapıya sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Kanun numarası: 1739, Kabul Tarihi: 14.6.1973, Resmi Gazete: Tarih 24.6.1973, Sayı 14574.

Öncelenen kuralda yer alan "cebir, iddet, tehdit" kavramlar, Türk Ceza Yasas,nda sıkça karılaşılan öğelerdir. Buna karşılık, "baskı, korkutma, yıldırma, sindirme" kavramları pek başvurulmamıştır. Türk Ceza Yasas,ın 498. maddesinde korkutmaktan söz edildiği görülmektedir. Ancak, bu madde 496. ve 497. maddelerle birlikte düşünüldüğünde, bu sözcüklerin tehditle eş anlamlı olarak kullanıldığını görülmüştür. Sözlükte yıldırma, "Korkutma, sindirme, yıldırma, uydurma, yalvarma, na neden olmak" biçiminde tanımlanmaktadır. Görülüyor ki, inceleme konusu kuralda yer alan tüm kavramlar ya eş anlamlı, ya da birbirine çok yakın anlamlı sözcüklerden oluşmaktadır. Bir eylemin bu kavramlardan hangisinin kapsamına girdiğini saptamaya çok kez olanak bulunmayabilir. Sözlükte, "Baskı," sözcüğü, "Hak ve özgürlükleri kısıtlayarak zor altında bulundurma durumu", olarak tanımlanmaktadır. Birbirine yakın olan bu kavramlardan "cebir ve iddet" birlikte değerlendirilerek, "baskı" olarak maddede yer almaktadır. Bunlardan herhangi birinin varlığı, diğer kökülleri de gerçekleştirmesiyle "terör"den söz edebilmek için yeterlidir. Ceza uygulamasının bilinen kavramları, yakın anlamlara gelen yeni sözcükler eklenmesinden çok, baskı, cebir ve iddet, korkutma, yıldırma, sindirme, tehdit öğeleri, "yöntem" olarak nitelendirilmekle bu kavramlara yeni boyutlar kazandırılmıştır. "Yöntem" sözcüğü ünvan kullanılarak, bu kavramlara "kitleleri hedef alan", "belli bir yönlülük", "iddet ve sistem içinde yapılmış" ve "örgütsel baskı" gibi yeni anlamlar edindirilmiştir. Korkutma, yıldırma, sindirme bir saik olarak değil, etkili bir yöntem olarak anlaşılmaktadır.⁵⁴

Suç ve ceza yaratan düzenlemeler arasında temel hak ve hürriyetlerin ihlaline en çok yol açabilen Terörle Mücadele Kanununun müteaddit maddeleri yüksek mahkeme huzuruna getirilmiştir. Bu konuyu tartışılmaktadır. Söz konusu olan, terör suçunun tanımlandığı kavramların yorumudur. Fakat asıl dikkat sarf edilmesi gereken husus, mahkemenin tanımladığı yer alan kavramlara yaklaşımlarında sergilediği duyarlılıktır. Son tahlilde belirlilik, cezalandırma, hukuk kuralının yorumunun nasıl yapılacağıyla alakalı bir meseledir. Mesela, geniş yorum gibi genişletici niteliği daha ön planda olan bir yorum yönteminin ceza içeren hukuk kuralları yorumunda kullanılması kanunilik prensibinin varlığıyla amaçlanan hukuki himaye için zararlı olabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Yukarıda ele alınan, ceza hükmü içeren bir kanunda yer alan kavramların tam olarak ne olduğu unutulmuş, bu kanunun tamamlayıcı olarak kullanılmaması meselesi açısından, yüksek mahkeme, kararda Türk Ceza Kanunu'nu önermektedir. Burada Terörle Mücadele Kanunu asıl düzenlemenin bulunduğu norm iken, Türk Ceza Kanunu adı geçen kanundaki suç tanımlarında kullanılan terimlerin aydınlatılması, müracaat edilen norm özelliğiyle kendini göstermektedir. Yeni durumda, Milli Eğitim Temel Kanunu'nun yardımcı, açıklayıcı norm olması, halindeki gibi konu

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, 31.03.1993, 1991/18 E., 1992/20 K., Resmi Gazete Tarih/Say.: 27.01.1993/21478, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Say, 28, Cilt 1, Ankara, 1993, s.268-269.

ve/veya ba lam d, , olmaktan kaynaklanan bir sorun bulunmamaktadır. Dahası,, Ceza Kanunu, Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinde de düzenlendi i gibi, ceza içeren tüm özel ceza düzenlemelerinin genel hükümler bakımından hareket noktası, temel noktasıdır. Bu itibarla, yukarıda da vurgulanan, suç tanımlarında kullanılan terimlerin aydınlatılması, için bazı kaynaklara bakmanın kaçınılmaz bir ihtiyaç olduğu göz önünde bulundurulursa, sözü edilen kaynaklar içinde belki de en başta geleni bütün temel suçları düzenledi i genel ceza kanunu (*code pénal*) olmalıdır. Anayasa Mahkemesinin Türk Ceza Kanununu tanımlamak, maddelerinden tereddüde düştüğünde ilk başvurulacak norm olarak görmesinin isabetli olduğu söylenebilecektir.

Kanunilik ilkesinin soyut yönüne de belirgin surette temas eden tafsilatlı karar öyle devam etmektedir:

"Suç ve cezalar, yasalar, ilkesi anayasalar ve ceza yasaları temel kurallardan biri haline gelmiştir. Bu ilke yalnızca suçlar ve cezalar yasayla konulmasından ibaret olmayıp, buna bağlı bir dizi sonuç, ceza hukukunun temel kurallarıdır. Bu sonuçlardan kimileri şöyle sıralanabilir: Ceza kuralları, yasayla değil, yasa yoluyla yasanın öngörmediği alanlara yaygınlaşmaz. Ceza kuralları, olabildiğince sözüne uygun yorumlanmalıdır. Bir eylemi suç durumuna getiren veya suça öngörülen cezayı, etkileyici tüm kurallar ceza kuralıdır. Bir ceza kuralı, konular, amaç ve anlam, belirsiz ise, yargı, bunu sanık lehine yorumlaması gerekir. Tüm bunlar suç ve cezalar yalnızca yasayla konulup kaldırılması yeterli olmadıkça, konulan kuralın açıklanması ve sonuçları da belirli olması gerektiği sonucunu doğurur. Yasa'yı, bilmemenin özür sayılmayacağı, bir ceza hukuku ilkesi olduğuna göre, yasa herkesçe anlaşılacak ölçüde açıklanmalıdır. Nitekim, Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde "Kanunun sarıh olarak suç saymadıkça, bir fiil için kimseye ceza verilemez" denilerek bu husus vurgulanmış, tıpkı Ceza sorumluluğu suçlunun eyleminin bilincinde olduğu, özgür iradeyle suç olan eylemi seçtiği varsayılmalıdır. Bu nedenle, suçlunun eyleminden sorumlu olması, için, hangi eylemlerin suç olduğu yasalarda açıkça gösterilmelidir."⁵⁵

Kararın incelenen ikinci kısmında, prensip soyut haliyle unsurları ayrı ayrı açıklanmaktadır. Kanunilik ilkesi, lâfzî yorum ilkesi, kanunilik ilkesinin kapsamını genişletici nitelikte olan özecece kural, özetle tanımlanmış kapsayıcı, kuşatıcı, ekilde yapılmış, sanık lehine yorum ve temel kanunilik ilkesinin belirlilik unsuru ve bu unsurun niçin önem taşıdığı, gösteren gerekçeler kararda dikkat çekmektedir. Fakat karardan istihraç edilebilecek en kayda değer düğünce, kanunilik prensibinin kanuna uygunluktan ibaret olmayıp, çeşitli *sine quo non* unsurlarıyla anlaşılabilirliği ve görmezden

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, 31.03.1993, 1991/18 E., 1992/20 K., Resmi Gazete Tarih/Sayı: 27.01.1993/21478, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı 28, Cilt 1, Ankara, 1993, s.274.

gelenemeyecek haklar,n ve özgürlüklerin himayesi yoluyla anayasal bir boyut ta ,makta olu udur.

Bir yorum yöntemi olarak lâfzî yorumun belirlilik unsurunu destekleyici bir yöntem olarak de erlendirildi i görülmektedir. Kanunun mümkün oldu unca sözüne uygun yorumlanmas,, belirlili e hizmet edecek bir art olarak ön plana ç,kmaktadır. Esas itibariyle karar,n bütününde belirlilik unsurunun tesirinin görüldü ü göz önüne al,n,rsa, lâfzî yorumun daralt,c, bir yakla ,mla benimsenmesinin belirlilik aç,s,ndan hukuki korumayı, güçlendirdi ini dile getirmek isabetsiz olmayacaktır. Di er yandan ceza kural,n,n ne oldu unun önem ta ,mas, kanunilik prensibi aç,s,ndan temel tart, ma ve geli im noktalar,ndan biri olarak de erlendirilebilir. Yüksek mahkeme ceza kural,n,n tan,m, hususunda takdir edilmesi gereken bir geni yoruma tevessül etmi tir. Buna göre, öBir eylemi suç durumuna getiren veya suça öngörülen cezayı, etkileyici tüm kurallar ceza kural,d,rö. Çizilen bu yeni tan,m,n s,n,rlar, oldukça geni tir. öyle ki, suçun maddi unsurunu düzenleyen, bireyin etken veya edilgen davran, lar,na ili kin kanun hükümlerinden ba ka, ceza,n türüne, miktar,na, usulüne tesir edebilecek en küçük ve nispeten önemsiz görülen düzenlemeler dahi kanunilik prensibinin geçerli oldu u hukuki himaye alan,na dâhil edilmi tir. Kanunilik ilkesinin anayasa yarg,s, denetimiyle desteklenen geçerlilik sahas,n,n geni lemesinin, birey haklar, ve özgürlüklerinin korunmas,na ne denli olumlu katkıda bulunaca ,n, söylemeye bile gerek yoktur.

Anayasa Mahkemesi, karar,n ikinci k,sm,nda kanuni düzenlemenin ihtimaller aras,nda oldu undan ku ku duyulmayacak ÷belirsiz÷ olma seçene inde ceza,n z,dd, olan özgürlükler lehine bir güvencenin tan,nmas,n, zorunlu görmektedir: *san,k lehine yorum*. Devletin cezaland,r,c, ve sadece kendisinin denetiminde olan kudretinden yine kendi yasama organ,n,n yaratt, , kanunlara s, ,nan birey, e er kanunlarda umdu u himayeyi bulamazsa, geni yorumlanma tehlikesini davet edebilecek, hak ihlalına te ne bir belirsizlikle kar ,la ,rsa ne yapacaktır? Bu konuda anayasaya uygunluk denetimi mercii, pratik ve kesin sonuç verebilecek elveri li bir araç,, san,k lehine yorum ilkesine hukuki bir teminat olarak i aret etmektedir. San,k lehine yoruma ancak belirsizlik halinde ba vurulabilece i dü ünülmekte ve kabul görmektedir⁵⁶.

⁵⁶ Abelardo C. Estrada, **Criminal Law**, Rex Book, Quezon, 2011, p.3.

Ceza içeren kurallar, n lafz, na s, k, s, k, ya ba l, kal, narak yorumlanmas,, ceza kural, ø eklinde s, n, fland, r, lan düzenlemelere suç ve cezalara do rudan veya dolayl, etki eden her türlü hükmü kapsayacak surette geni bir anlam verilmesi ve belirsizlikten san, , n istifade edece ine dair ilke, yüksek mahkemenin nazar, nda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin belirlilik unsurunun gerekçeleridir. Ceza hükümleri, özel hukuk kurallar, n, n aksine, özüyle de il sadece ve sadece sözüyle de indi i konularda uygulan, r, sa cezai düzenleme belirginle ecektir⁵⁷. Yine, kanunilik kapsam, na al, nmas, n, sa layacak ceza veya cezai içeren kuraløtan, m, n, n esnek ve haklar lehine yap, lmas, di er hukuk kurallar, na göre daha belirli olmak durumunda olan ve birey haklar, n, tahdit eden düzenlemelerin say, s, n, art, racakt, r. Nihayet, laik hukuk düzeninin benimsenmesinden itibaren insan zihninin eseri olarak görülen hukuk kurallar, ndan cezaland, r, c, olanlar, nda, yasama sürecinde ve yarg, lama i lemleri esnas, nda dikkat ve özen gösterilse bile, öyle veya böyle bir ekilde belirsizliklerin ortaya ç, kmas, muhtemeldir. Bu durumda ortada vuzuhtan, sarahatten uzak bir kural var demektir ve söz konusu kural, n hâlihaz, rda yürürlükte oldu u hayat, n ola an ak, , na göre varsay, lacak olursa uygulanmak zorunda oldu unu teslim etmek gerekir. Ne var ki, bu zorunluluk anlam, bulan, k kural, n üpheli veya san, a uygulanmas, n, n yarataca , hak ihlallerini adaletli ve do al hukuk anlay, , çerçevesinde me ru hale getirmeyecektir. O halde bir çözüm yolu bulunmal, d, r. E er belirsizlikten kaynaklanan üpheden san, , n yararland, , kabul edilecek olursa bir hak ihlaline kap, aç, lmam, olacakt, r. Belirsizli in do uraca , hukuka ayk, r, l, k tehlikesi alt, nda, Albertus Gandinusun on üçüncü yüzy, lda ileri sürdü ü, üpheden san, k yararlan, r, öin dubio pro reo ilkesi benimsenmeli ve anayasal koruma alt, na al, nmal, d, r⁵⁸. Böylece belirlilik ile di er yan veya alt ilkeler aras, nda ba lant, kurulmu olmaktadır.

Kanunu bilmemenin mazeret say, lmayaca , ilkesi halk tabakalar, taraf, ndan dahi bilinecek derecede yayg, n ve kaç, n, lmaz özelli iyle⁵⁹, Anayasa Mahkemesi taraf, ndan, kanunilikte belirlilik unsurunun dengeleyicisi ve sebebi olarak de erlendirilmektedir.

⁵⁷ Yorum bak, m, ndan yakla , m tarzlar, aras, ndaki farklı, l, , ortaya koymak bak, m, ndan Medeni Kanunun 1. maddesindeki öKanun, sözüyle ve özüyle de indi i bütün konularda uygulan, r. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsayd, nas, l bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yarg, kararlar, ndan yararlan, r. ö hükmü hat, rlat, labilir.

⁵⁸ James Q. Whitman, **The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial**, Yale University Press, New Haven, 2008, p.123.

⁵⁹ M. G. Derreux, öKanunu Bilmemek Özür Say, lmaz Kaidesi Hakk, nda Baz, Dü üncelerö, çev. Jale Güral, **AÜHFD**, Say, 4, Cilt 2, 1945, s.197.

Bireyin hukukçular taraf,ndan bile zaman zaman tamamen vak,f olunamayacak kurallar,n ne oldu unun ayr,nt,lar,yla bilmesi mümkün olmad, ,na ve ökural, biliyor olmakö kural,n bireye uygulanma art, olamayaca ,na göre óki her ihlalci bu durumda kural, bmedi ini iddia ederek ceza düzenini bozar- bir denge kurulmal,d,r. Bilmemenin hukuk düzeninin genel yap,s, içerisinde baz, hallerde benimsenmi olan hukuki korunmay, sa lay,c, özelli i (bu konuda -iyiniyetin korunmas,örnek verilebilir) göz önünde bulundurulursa, bilmeme halindeki güvencesizlik, yarg,lama s,ras,nda hâkim k,l,nacak ilkelerle dengeye oturtulmal,d,r. Kanunun tafsilatlı, düzenlemelerinin fark,nda olmamas,na ra men suç i ledi i iddias,yla devletin ba ,ms,z cezaland,rma makam,n,n kar ,s,na ópek muhtemelen arzusu hilaf,na- ç,kar,lan birey öncelikle ve özellikle *kanunun metninin niteli inden kaynaklanan* bir (yetkiye kar ,l,k) haktan yararland,r,lmal,d,r. Kanun herkesin makul bir çabayla anlayabilece i kadar aç,k seçik ve berrak oldu unda, birey, belirlilik ilkesinin yukar,da içtihat , , ,nda aç,klanan yans,malar,yla koruma alt,na al,nm, olacakt,r. Böylece kanunu anlayabilmek ayr,cal,k olmaktan ç,kacak, kanunilik ilkesi amac,na ula m, olacakt,r. Bu noktada, tekrara dü mek pahas,na Beccaria'n,n u cümlesine yer verilmesi dü ünçe silsilesi içinde kanunilik ve belirlilik aras,ndaki bütünleyicilik ve devaml,l, , teyit edecektir. *Quanto maggiore sarà il numero di quelli che intenderanno e avranno fralle mani il sacro codice delle leggi, tanto men frequenti saranno i delitti, perché non vòha dubbio che l'ignoranza e l'incertezza delle pene aiutino l'eloquenza delle passioni.*⁶⁰ (Kanunlar,n kutsal⁶¹ kurallar,n, elinde tutup dikkate alabilecek olanlar,n say,s, artt, ,nda suçlarla daha az kar ,la ,lacakt,r; zira hiç ku ku yok ki, cezalar,n bilinmezli i ve müphemli i tutkular,n k, k,rt,lmas,n,n yolunu açacakt,r.).

çtihatlar aras,nda istikrar,n k,smen de olsa kanunilik ilkesinin belirlilik unsuru bak,m,ndan mevcut oldu u karar,n devam,ndan anla ,lmaktad,r.

õ1. maddede terör tan,m, yap,l,rken, cebir, iddet, tehdit gibi ceza yasa,nda s,kça ba vurulan, yerle mi , uygulamada sorun yaratmayan kavramlar yan,nda, "bask,", "korkutma", "y,ld,rma", "sindirme" gibi yeni kavramlara yer verilmi tir. Ne var ki, bu belirtilen kavramlar yasall,k ilkesini zedeleyebilecek nitelikte, anla ,lmaz, ilgisiz, özgürlükler aç,s,ndan kötüye kullan,labilir kavramlar de ildir. í 1. maddede terör tan,m, yap,ld, ,na göre, kullan,lan sözcüklerin bu kavram,n önemine uygun bir biçimde yorumlanmas, gerekir. Bir eylemin terör say,lmas, için yaln,z, "Korkutma, y,ld,rma" gibi yöntemlerin kullan,lmas,, yeterli de ildir. Bunun

⁶⁰ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, õV- Oscurità delle leggiö, a.g.e., p.43.

⁶¹ Beccaria'n,n -sacroø(kutsal) kelimesini kanunlar,n yaln,zca belli bir kesim taraf,ndan anla ,labilmesine matuf kulland, ,n, söylemeye gerek yoktur.

yan,nda eylemin 1. maddede gösterilen amaçlara yönelik olmas, gerekir. Maddede say,lan amaçlar,n belirsiz oldu u ileri sürülmektedir. Oysa, bu amaçlar, olu turan hukuksal nitelikler belirlenmi tir. í Dava dilekçesinde "Her türlü eylem" sözcü ünün çok geni ve belirsiz oldu u, dü ünsel eylemlerin de madde kapsam,na girece i, bunun da dü ünçe özgürlü ünü k,s,tlayaca , ileri sürülmektedir. "Her türlü eylem" genel bir anlat,m olmakla birlikte, ilgili maddede gerek kendi içinde gerek di er maddelerle ba lant,l, olarak s,n,rlamalar vard,r. Eylemin, bask,, cebir, iddet, korkutma, y,ld,rma gibi yöntemler kullan,larak, 1. maddede belirtilen amaçlarla gerçekte tirilmesi gerekir. Ancak, bu s,n,rlamalar yeterli de ildir. Terör tan,m,na giren bir eylemin terör suçunu olu turabilmesi için 4. ve 7. maddelerdeki öğeleri içermesi gerekir. Yasa'n,n 3. maddesinde say,lan eylemler, ba ka bir ko ul aranmaks,z,n, terör suçu olarak kabul edilmektedir. Buna kar ,l,k 4. maddede say,lan suçlar, 1. maddede belirtilen terör amac, ile i lenmeleri ko uluyla terör suçu say,lacaklard,r. Yasa'n,n 1. maddesi ile ilgili olarak ileri sürülen Anayasa'ya ayk,r,l,k savlar, yerindelikle ilgilidir. Maddedeki terör tan,m,lanmas, yeterince aç,kt,r.ö⁶²

Yüksek mahkeme 1961 Anayasas, ile 1982 Anayasas,n,n ilkinin 33. maddede, ikincisinin 38. maddede kanunilik prensibini benzer ekilde düzenledi ini belirterek kurallar ve içtihatlar aras,ndaki paralelli e vurgu yapmaktad,r. Fakat kanunilikte anayasal dü ünceyi izlemek bak,m,ndan daha mühimi, mahkemenin, yasaklanm, fiillerin kanunda yaz,l, olmas,yla ki inin temel hak ve özgürlükler aras,nda ba kurmas,d,r ki, kesinlik ve öngörülebilirlik kural,na uygun yap,lan suçlaman,n ya ama hakk,yla k,yaslanabilecek ölçüde önemli oldu u dü ünülmektedir⁶³. Buna göre, bireyin, yap,lmamas, gereken eylemlerin neler oldu unu ve bu eylemler için öngörülen yapt,r,mlar, *önceden* bilmesi, temel haklar ve hürriyetlere teminat olu turacak kadar önemlidir. Kanunilik ilkesinin anayasan,n genel sistemati i içerisinde devlete müdahale etmeme sorumlulu u yükleyen negatif statü haklar,n,n, bir ba ka deyi le temel haklarøn bulundu u ba l, ,n alt,nda tanzim edilmesi suçlar ve cezalar,n kanunla yarat,lmamas,n,n bireyin özgürlü ünü sa lamaya yönelik bir anayasal zorunluluk oldu unu teyit etmektedir.

ptal talebine konu edilmi kanunun yedinci maddesi cezan,n miktar,n, ve türünü gösterirken, birinci maddesi suçun tan,m,n, ve unsurlar,n, içermektedir. Mahkemenin gerek yedinci maddeyi gerekse birinci maddeyi kanunilik ilkesi bak,m,ndan anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulmaya de er bulmas,, bilhassa karar,n önceki k,s,mlar,nda ceza kural,øn,n tan,m, hususunda esnek ve geni yorumdan yana sergiledi i tav,rla

⁶² Anayasa Mahkemesi, 31.03.1993, 1991/18 E., 1992/20 K., Resmi Gazete Tarih/Say,: 27.01.1993/21478, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Say, 28, Cilt 1, Ankara, 1993, s.274-276.

⁶³ Francesco Viçanò, *òDiritto Penale del Nemico e Diritti Fondamentaliò*, **Legalità Penale e Crisi del Diritto, Oggi: Un Percorso Disciplinare**, a cura di Alessandro Bernardi ó Baldassare Pastore ó Andrea Pugiotto, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p.108.

tutarlı, k arz etmesi gerekliliği itibarıyla isabetlidir. Kanunun terminolojisine sonradan girmiş korkutma, sindirme, y, ld, rma, bask, ve diğer terimlerin bizatihi kendilerinden kaynaklanan bir belirsizliğin bulunmadığı, konusunda yüksek mahkemeye katılmamak elde değildir. Bu artla ki, suçun isminin ve evrensel algı, s, n, n yarattığı, izlenim ile sindirme, y, ld, rma gibi terimlerin anlamlandırılması, arasında makul bir uyum ve oran kurulmalıdır. Psikolojik, sosyolojik ve psikososyolojik boyutlara sahip söz konusu kavramlar, ancak sonradan bir suç terörü suç haline getirecek bir dönüşümü ratacak kadar iddettli sonuçlar yaratmaya matuf şekilde yorumlanırsa, terör suçunun, terör suçu için belirlenen ceza, n ve tüm bu mevzuat, n özgürlükleri s, n, rland, r, c, yönleri telafi edilmiş olabilecektir. Anayasa Mahkemesi, suçun özgün yap, s, bak, m, ndan kaydede er olan durumu takdir ederek söz konusu terimlerin, suçun niteliği göz önünde bulundurularak, kavram, n önemine uygun, pek muhtemelen, dar yorumlanmas, gerektiği görüşünü savunmaktadır.

Bir sonuç veya bir giriş olarak, anayasa hukuku kavramları, ile ceza hukuku kavramları, n, n çarp, c, şekilde iç içe geçmesine belki de en iyi örnek terör suçudur denilebilir. Gerçekten de, uyuşmazlıkta konu kanunun birinci maddesinde anlaşılan cumhuriyetin nitelikleri, siyasi düzen, hukuki düzen, sosyal düzen, laik düzen, ekonomik düzen, kamu düzeni, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, Türk devleti, cumhuriyetin varlığı, devlet otoritesi, temel hak ve hürriyetler, devletin iç ve dış güvenliği ve genel sağlık kavramları, tereddüde mahal bırakmayacak şekilde anayasa hukuku terimleridir; anayasal kavramları, r. üphesiz suç tanımlan, n içinde yer alması, söz konusu anayasal kavramları, aynı zamanda ceza hukuku terimleri haline getirir; fakat bu keyfiyet, kavramları, n anayasal mahiyetini, içeriğini ortadan kaldırmadığı, gibi anayasa hukuku kavramı, olma niteliğini de azaltmamaktadır. Yargılamayı yapan makam, kanunilik ilkesi gereğince kanunu harfi harfine uygularken, metin içinde karışık kavramlar için anayasal kaynaklara müracaat etmek durumundadır. Anayasalar bir yana, Anayasa Mahkemesi kararları, anayasa hukuku doktrini de bu açıdan cezalandırma yetkisiyle donatılmış yargı mercisinin kuralları, anlamlandırırken istifade edeceği bazı kaynaklar arasında yer alacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, yukarıda iktibas edilen kararında sözü edilen terimlerin hukuken yorumlanmas, bak, m, ndan -bir karar özelinde⁶⁴- kendisinin ortaya koyduğu içtihatları, adres göstermektedir. Kanunilik ilkesinin belirlilik unsuru

⁶⁴ Bkz: Anayasa Mahkemesi, 7.6.1973, Esas 1973-12-24, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı 11, s.265-283.

aç,s,ndan suç ve ceza içeren kural,n anayasaya uygunlu unun tart, ,ld, , durumda, belirlili in mevcut olup olmad, ,n,n tespit edilmesi amac,yla, terminoloji olarak anayasa hukukunun kelime da arc, ,n, ve entelektüel altyap,s,n, kullanan yüksek mahkeme kararlar,n,n anahtar i lev olarak de erlendirilmesi, anayasal dü ünce ile kanunilik ilkesi aras,ndaki hem hukuki ve hem de fikrî irtibat,n bir ba ka tezahürüdür.

Dava dilekçesinde çok geni ve belirsiz oldu u iddia olunan öher türlü eylem ö ibaresinin anayasaya uygun oldu una kanaat getiren mahkeme, gerekçe olarak, düzenlemenin di er maddelerindeki suç tan,m,na matuf s,n,r,lay,c,, anlam, daralt,c, hükümlerin varl, ,n, göstermekte hakl,d,r. Anayasaya uygunluk denetiminde, suç ve ceza içeren kurallar teker teker de il bir bütün olarak de erlendirilmelidir. Hiç ku ku yok ki, suçun ve cezan,n tam olarak ne oldu una yönelik anayasall,k incelemesinde sergilenecek, kavramlar,n s,n,r,lar,n, kesin çizgilerle belirleyici tavr,n ayn,s,n, kurallar,n uygulay,c,s, ve haklar,n as,l k,s,tlay,c,s, olan mahkeme de göstermeli, cezai hükümlerin yorumunda kanunilik ilkesinin belirlilik unsurunu özenle dikkate almal,d,r. Aksi halde anayasaya ve hukuka ayk,r,l,k kaç,n,lmaz olacakt,r.

IV. ÖNGÖRÜLEB L RL K VEYA LEX PRAEVIA

Bir metinde yaz,l, olan ve belirlilik özelliklerini ta ,yan kanun o kanuna tabi olacak bireyler taraf,ndan eri ilebilir, anla ,labilir ve öngörülebilir olmayabilir. Günün birinde san,k olarak yarg,lanma ihtimali her zaman mevcut olan bireylerin kanunun hükümlerine kolayl,kla eri ebilmeleri, rahat anlayabilmeleri, sonuçlar,n, basit bir biçimde tahmin edebilmeleri gerekir. Bu nedenle *ömoneat lex priusquam feriat.ö* (*La loi doit avertir avant de frapper / Kanun cezaland,rmadan önce uyarmal,d,r.*)⁶⁵.

A. KANUNUN ÖNGÖRÜLMES GEREKL L N N TEOR K KÖKENLER

Kanunlar,n Ruhunun yarat,c,s,, dar yorum ilkesinin gereklerinin aksine⁶⁶, kanunlar,n ince ve teferruatlı, olmamas, gerekti ini savunmaktad,r⁶⁷. stisnalar,n, s,n,r,lamalar,n, uyarlamalar,n bir kanunda bulunmas, lüzumlu de ilse, bunlara yer vermemek daha iyidir. Ne kadar fazla fiil suç kapsam,nda düzenlenirse, özgürlükler için tehdit olu turabilecek

⁶⁵ Gérard Cornu, **Vocabulaire Juridique**, PUF, Paris, 2000, p.921.

⁶⁶ Messina - Spinnato, **Diritto Penale: Manuale Breve**, a.g.e., p.14.

⁶⁷ Montesquieu, **De l'Esprit des Lois**, Livre XXIX, Chapitre XVI, a.g.e., p.534.

istisnai hükümler ve k,s,tlay,c, uygulamalara yol açabilecek düzenlemeler yarat,l,rsa kanunilik prensibi, varl,k amac, sa lanamad, ,ndan, ihmal edilmi ilkeler aras,nda kalabilecektir. Ayr,ca bir kanunda yeterli sebep (*raison suffisante*) olmad,kça de i iklik yap,lmamal,d,r. Ceza kanunlar,nda s,k de i iklik yap,lmaz,, kanunilik prensibinin unsurlar,ndan biri olan hukuki öngörülebilirli in ihlali sonucunu do uracaktır.

Suçlar ve Cezalar Hakk,nda yazar,na göre toplumun idaresi tüm vatanda lar,n her an yararlanabilecekleri temel bir kanunun kurallar,na uygun surette icra edilmelidir⁶⁸. Böylesi bir temel kanun yerine istikrars,z, geli igüzel kurallara dayan,l,rsa siyasi özgürlük zay,flar, zora dayal, bir yönetimin kap,s, aralan,r. Her vatanda hangi davran, ,n,n onu suçlu dü ürece ini, hangi davran, ,yla sorumlu olmayaca ,n, bilmelidir. Bu tabloda, belirlilik ilkesiyle de tevil edilebilecek öngörülebilirlik unsurunun kanunilik prensibinin bir parças, haline getirildi i görülmektedir.

B. UYGULAMADAN HAREKETLE B R DE ERLEND RME

Türk Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi yoluyla önüne gelen bir davada yapt, , de erlendirmede öngörülebilirli i kanunilik ilkesinin bir unsuru olarak kerteriz alm, t,r. Oyçoklu uyla verilen kararda, yüksek mahkemenin itiraz makam,n,n ilgili düzenlemenin ayk,r, oldu unu ileri sürdü ü anayasa hükümleri aras,nda kanunilik prensibinin düzenlendi i otuz sekizinci madde yer almamas,na ra men, kendisinin taraflar,n ileri sürdü ü gerekçelerle ba l, olmad, ,n, vurgulayarak uyu mazl, , kanunilik prensibi bak,m,ndan ele almas, dikkat çekmektedir.

öAnayasa'n,n 38. maddesinde suç ve cezalar,n yasall, , ilkesi öngörölmü tür. Yasakoyucunun ceza alan,nda yasama yetkisini kullan,rken Anayasa'n,n temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallar,na ba l, kalmak ko uluyla, toplumda belli eylemlerin suç say,l,p say,lmamas,, suç say,l,rsa hangi tür ve ölçüdeki ceza yapt,r,m,yla kar ,lanmalar, gerekti i, hangi durum ve davran, lar,n a ,rla t,r,c, ya da hafifletici ö e olarak kabul edilece i konular,nda takdir yetkisine elat,lamaz. ptali istenen Yasa kural, uyar,nca kaçakç,l, a te ebbüs nedeniyle hükmolunan hapis cezas,n,n paraya çevrilmesi durumunda, para cezas,n,n tutar,n,n hesab,nda hapis cezas,n,n her bir günü için sanayi sektörü için belirlenen yürürlükteki asgari ücretin bir ayl,k tutar,n,n yar,s, esas al,naca ,ndan ki iye suç i ledi i zaman o suç için öngörülen ceza suç gününden önce belirgindir. Bu düzenlemede cezalar,n yasall, , ilkesine ve Anayasa'n,n 38. maddesine ayk,r, bir yön görölmemi tir.ö⁶⁹

Öngörülebilirlik ilkesiyle ilgili karar, de erlendirmeden önce, mahkemenin ilk olarak

⁶⁸ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, öXI- Della Tranquillità Pubblicaö, a.g.e., p.53.

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, 06.06.1991, 1990/35 E., 1991/13 K., Resmi Gazete Tarih/Say,: 27.10.1994/22094, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=938&content=, (20.02.2012).

de indi i konuyla alakal, birkaç hususa vurgu yap,labilir. Hangi davran, lar,n yasama organ, taraf,ndan suç say,labilece i, dü ünce aç,klamak veya yak,nlar, aleyhine tan,kl,ktan kaç,nmak gibi suç olmamas, gereken fiiller ekinde bir s,n,f olu turulup olu turulamayaca , meseleleri, temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren bir konu olsa da kanunilikle bir arada ele almak pek yararlı, görülemeyecektir. Kural olarak, yasaklı, fiillerin, cezalar,n belirlenmesi anayasa koyucu taraf,ndan yasama organ,na tevdi edilmi bir yetkidir. Kanunilik prensibi bak,m,ndan ak,l yürütmeyi ya kanuna dayanmayan bir ceza hakk,nda ya da óyayg,n görüleni bu ikincisidir- ortada eksik veya hukuka ayk,r, fakat sonuçta mevcut bir kanun metnine dayalı, olarak yapmak gerekecektir. Tabiat,yla, temel amaç bireyin üstün kamu otoritesine kar , himaye edilmesi olsa da anayasan,n çizdi i s,n,rlar içerisinde ceza siyaseti ile cezan,n kanunili i sorunlar,n, ayr, düzlemlerde ele almak isabetli olacaktır.

Cezada kanunilik k,stas,n, kerteriz alan yüksek mahkeme, suçun i lendi i anda cezan,n varlı, ,n,n ve miktar,n,n bilindi i olgusuna istinaden itiraz edilen kural,n anayasaya ve prensibe uygun oldu una hükmetmi tir. Hukuka uygun oldu u belirtilen kanun kural,n,n öngördü ü cezan,n türü para cezas, olup asl,na bak,l,rsa do rudan para cezas, de il hapis cezas, koyulmu , fakat mahkemeye hapis cezas,n, belli bir usul çerçevesinde hapis cezas,na dönü türebilme yetkisi tan,nm, t,r. Buna göre mahkeme taraf,ndan hükmolunan hapis cezas,n,n paraya çevrilmesi durumunda, para cezas,n,n tutar,n,n hesab,nda hapis cezas,n,n her bir günü için sanayi sektörü için belirlenen yürürlükteki asgari ücretin bir ayl,k tutar,n,n yar,s, esas al,nacakt,r. Anayasa Mahkemesi, y,llara göre art, e ilimiyle de i kenlik gösteren asgari ücret gibi iktisadi bir ölçütün cezan,n miktar, belirlenirken kullan,lmas,n, kanunilik ilkesine ayk,r, bulmam, t,r.

Uyu mazlı,k, anayasall,k, kanunilik ve iktisadi gerçekli in kesiti i bir üçgende bulunmaktad,r. İlk olarak teslim etmek gerekir ki, sorun anayasald,r. Çünkü bireyin yasaklanan fiil için biçilen yapt,r,m, önceden bilememesi, miktar, hususunda yeterince ayd,nlat,lmam, olma meselesi karara konu uyu mazlı, ,n belkemi ini olu turmaktad,r. Bat,l, anlamda bir hukuk devletinde, yasaklar ve yapt,r,mlar yaratan kamu gücünün, koydu u yasaklar,n s,n,rlar,n, ve yapt,r,mlar,n ayr,nt,lar,n, öngörülebilir ve anla ,labilir bir biçimde aç,klama yükümlülü ü vard,r. Kanun koyucu, -cezan,n miktar,n, hâkim tayin ederø diyemeyece i gibi, hâkime cezan,n belirlenmesinde çok geni bir miktar aralı, ,nda takdir yetkisi veremez. Olayda ceza, kanun koyucunun uhdesinde olmayan bir de i kene,

güncel asgari ücret meblağına bağlıdır. Ayrıca uyuşmazlık, anayasaya uygunluk denetimine tâbi tutulması, söz konusudur. İkinci, kanunilik prensibi, cezanın miktar, açışından, aslında kural koyan normun temel norm olduğu düşüncesinden hareketle değerlendirilmesinin anayasal boyutuyla beraber iç içe geçmiş şekilde etkinliğini sergilemektedir. İncelemeye konu olan prensip açışından temel sorun, somut uyuşmazlıktaki cezanın miktarına tesir eden asgari ücretin kanun koyucu tarafından belirlenmemesidir. Asgari ücret, cezanın parasal miktarının belirlenmesinde rol oynamaması, kanunilik ilkesine aykırılık, ilerisi sürülebilmesine tek bir şekilde yürütme erkinin altındaki teklifler, idari bir kurul tarafından belirlenmektedir⁷⁰. 1475 sayılı Kanununun otuz üçüncü maddesi uyarınca oluşturulan Asgari Ücret Tespit Komisyonu⁷¹ asgari ücretin belirlenmesi yetkisini uhdesinde bulundurmaktadır⁷². 1475 sayılı Kanunu 2003 yılında yerini 4857 sayılı yeni Kanuna bırakmış, t.r. Asgari Ücret Tespit Komisyonunun kimlerden oluştuğuna bakıldığında, halen yürürlükte olan Kanununun 39. maddesine göre, komisyon, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın tespit edeceği üyelerden birinin başkanlığında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Çalışma Genel Müdürü veya yardımcısı, Sağlık ve Güvenlik Genel Müdürü veya yardımcısı, Devlet İstatistik Enstitüsü Ekonomik İstatistikler Dairesi Başkanı veya yardımcısı, Hazine Müsteşarı, temsilcisi, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarı tarafından konu ile ilgili dairenin başkanı veya yetki vereceği bir görevli ile bünyesinde en çok işi bulduran en üst işi kuruluştan de işi kollar, için seçecekleri beş, bünyesinde en çok iş vereni bulduran iş veren kuruluştan de işi kollar, için seçeceği beş temsilciden oluşmaktadır. Görüldüğü gibi para cezalarının belirlenmesinde kanunun emriyle esas alınan kıstas miktar, tespit edecek kurulun teklifinde yasama organının en küçük bir etkisi dahi yoktur. Bu itibarla, kanunilik ilkesine aykırılık olduğu söylenebilecektir. Nitekim, yüksek mahkemenin kararına karşın, başkan Yekta Güngör Özden kararına yazdığında "Bir yasanın herhangi bir yöntemi getirmesi, önermesi, bir başka yöntemle yollama yapması, cezanın yapılmasını doğrudan yasa ile getirilmesi zorunluluğuna uyulduğunu göstermez. Anayasa'nın yasa ile düzenlenmesini öngördüğü konuların, yasa adı altında gerçekleştirilmesi bir biçimde il, öz

⁷⁰ Ersan İnan, **Anayasa Mahkemesi Kararları,nda Ceza Hukuku Ceza Özel Hukuku Ceza Yargılaması, Hukuku Ceza İnfaz Hukuku: 1962-1997**, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s.49.

⁷¹ Bu çalışmanın yapıldığı zaman dilimi itibarıyla, Asgari Ücret Tespit Komisyonu son toplantısını, 27.12.2012 tarihinde yapmış, komisyon kararı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, üst yazısıyla 29.12.2012 tarih ve 28512 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış, t.r.

⁷² İnan, a.g.e., s.49.

sorunudur. Yasa, konuyu kendisi düzenleyip çözmeli, kendisi öngörüp belirlemelidir. Yasa'da o konudan sözedilmesi yeterli de ildir.⁷³ ifadelerini kullanmaktadır. Özden'e göre, kanun ceza,n miktar,ndaki de i menin bir kurulca yap,lmas,n, bir usul olarak benimseyecekse, kanun koyucu bunu kendi düzeniyle, kendi yöntemiyle yapmal,yd,. Yarg,ç konunun, anayasal boyutunu da do rudan ilgilendiren u cümleleri sarf etmektedir: "Cezay, bir ba ka kurula, onun istencine b,rakmak, Anayasa'n,n 38. maddesine ayk,r, oldu u gibi yasama yetkisinin devredilemeyece ini bildiren 7. maddesine de ayk,r,d,r. Yasakoyucu, yasakoyma, yasa ile ceza belirleme yetkisini ba ka bir organ,n (yürütme gücünün egemenli inde) eline b,rakamaz. Yasama yetkisi, özenle, duyarlıkla ve hiçbir ödün verilmeden kullan,lacak özgün bir yetkidir. Ba ka bir güce ya da organa geçici de olsa, az da olsa asla devredilemez, devir niteli inde b,rak,lamaz. Kimi KHK'lerde oldu u gibi itiraz konusu kuralda da yasama yetkisinin devri say,lacak bir nitelik vard,r.ö"⁷⁴ Bu dü ünçe takip edildi inde, ceza,n asgari ücretle birlikte artmas,n,n, hukuk devleti aç,s,ndan tuhaf, yad,rgat,c,, usulen sorunlu oldu u gibi yasama yetkisinin münhas,r bir yetki olmas, prensibine ve do al olarak kanunilik ilkesine ayk,r, oldu u sonucuna ula mak kaç,n,lmazd,r. Uyu mazlık konusu kural, kanunun hükmünün para cezas,n, iktisadi bir de i kene endekslemesiyle yaln,z i çi ve i veren piyasas,n, ilgilendirmesi beklenen asgari ücret gibi teknik bir parametreyi anayasal sorunlar,n, üpheli ve san,k haklar,n,n korunmas, meselesinin ve kanunilik ilkesine ili kin mülahazalar,n gündemine girmesine neden olmu tur.

Kanunilik prensibi, önceden bilinebilirli e indirgenemez. Aksi halde, özellikle normlar hiyerar isinin oldu u hukuk düzenlerinde "kanun"un özgün konumu ihmal edilmi ; böylece, Bat,l, tipte bir demokrasinin üst yap,s,n, olu turan hukuki yap,da sadece halk,n belirledi i temsilcilerden olu an bir makam,n *kanun* yapabilmesinin bir manas, kalmam, olur. Kanun iktisadi gerçekliklerden ötürü de i meye mahkûm ölçüleri yine kanunilik ilkesinin özüne ayk,r, dü meyecek, yasama organ,n,n endemik, kendine has özelli ini anlams,z k,lmayacak ölçü ve usullerle belirlemeli veya belirlenmesini sa layacak te kilat,

⁷³ Yekta Güngör Özden, Kar ,oy Yaz,s,, Anayasa Mahkemesi, 06.06.1991, 1990/35 E., 1991/13 K., Resmi Gazete Tarih/Say,: 27.10.1994/22094, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=938&content=, (20.02.2012).

⁷⁴ Yekta Güngör Özden, Kar ,oy Yaz,s,, Anayasa Mahkemesi, 06.06.1991, 1990/35 E., 1991/13 K., Resmi Gazete Tarih/Say,: 27.10.1994/22094, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=938&content=, (20.02.2012).

kurmal,d,r. Kendileri de halk,n oyuyla i ba ,na gelmemi üst düzey kamu yöneticilerinin emri alt,nda çal, an memurlardan ve demokrasiyle de il kooptasyon⁷⁵ usulünce olu mu yap,ya sahip oldu undan ku ku duyulmayacak i çi ve i veren sendikalar,n,n üyelerinden olu an⁷⁶ bir heyetin san,klar,n katlanmak zorunda olduklar, cezan,n belirlenmesinde rol oynamalar, gerek hukuk devleti gerekse kanunilik ilkelerine göre kabul edilemez bir olgudur. Anayasa Mahkemesi'nin i aret etti i önceden bilinebilirlik, tahmin edilebilirlik veya öngörülebilirlikle örtü en husus, kanunilik ilkesinin tâlî unsurlar,ndand,r. Do rudan yasama merciinin ihdas etmedi i kural veya usullerle cezan,n belirlenmesi, yüksek mahkemenin yukar,da belirlilik bahsinde incelenen kararlar,nda da teyit edildi i üzere, ceza kural,n,n geni yorumlanmas, gereklili i de göz önüne al,n,rsa, kanunilikten uzakt,r. Kanunilik prensibi öncelikle kanun koyucunun soyut, nesnel ve genel kural-i lemlerine s,k,ya ba l, bir mahiyete sahiptir. Belirlilik, öngörülebilirlik gibi unsurlar evleviyetle de erlendirilecek hususlardan de ildir; me erki cezai yarg,lama i lemleri do rudan kanun koyucunun yaratt, , norm olan kanuna dayans,n. Ek olarak, Anayasa Mahkemesinin söz konusu karar,n,n cezan,n miktar, aç,s,ndan ayn, zamanda kanunilik ilkesinin unsurlar,ndan olan idarenin düzenleyici i lemlerle suç ve veza yaratamamas,na ili kin kural,na da ayk,r, dü tü ünü vurgulamak gerekir. Yine yukar,da alt, çizildi i üzere, cezan,n tespitinde görmezden gelinemez bir rol oynayan iktisadi de i kenin yürütme organ,nca belirlenmesi hukuka ve kanunilik prensibine ayk,r, oldu u gibi, de i kenin yürütmenin en üst düzey mercii olan Bakanlar Kurulunca veya bakanl,klardan biri taraf,ndan da de il, alt, üstü bir bakanl,k uhdesinde bürokratlardan ve i çi ile i veren temsilcilerinden olu an kurulca belirlenmesi evleviyetle hukukla ve kanunilik prensibiyle çeli mektedir. Özetlemek gerekirse, yüksek mahkemenin cezan,n belirlenmesinde bir yürütme i lemiyle, Asgari Ücret Tespit Komisyonu karar,yla belirlenen asgari ücretin bir ölçüt olarak kullan,lmas,n, anayasaya, kanunilik ve hukuk devleti ilkelerine uygun bulmas,, kanunilik prensibinin as,l temelinin isminden anla ,laca , üzere kanun normu olmas, ve yasama organ,n,n diledi i takdirde kendi belirleyebilece i bir ölçüyü yürütme erkinin içinde bile en üst düzeyde yer olmayan bir kurula terk etmesinin anayasadaki yasama yetkisinin devredilemezli i ilkesine ayk,r,l, ,ndan dolay, kabul edilemez ve hukuka ayk,r,d,r.

⁷⁵ Kooptasyon kavram, (fr. *cooptation*) çok genel anlamda istihdam, ifade etmekte olup özellikle bir anayasa hukuku kavram,d,r. G. T. Torrisi, *ôPour Un Modèle de Pouvoirô*, a.g.e., p.120. Meslek temsilcilerinin kendi temsilcilerini belirlemesi kooptasyon olarak adland,r,lmaktad,r.

⁷⁶ Meslek temsilcilerinin kendi temsilcilerini belirlemesi kooptasyon olarak adland,r,lmaktad,r. Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 8. Bask,, Yetkin Yay,nlar,, Ankara, 2005, s.53.

V. KIYAS YASA I

Geni yorum ilkesiyle beraber ele alınması, mümkün olan suç ve ceza içeren kurallarda kiyas yapılması mümkün olup olmadığıyla ilgili görüş birliğinin olmadığı, öncelikle belirtmek gerekir. Kanunilik ilkesinin müdafilerinden Beccaria'nın kiyas hakkında tahmin edilenin tersine bir kanaate sahip olduğunu anlamaktadır. Buna göre, her suç muhakeme edilirken mükemmel bir kiyaslama (*sillogismo*) yapılmak durumunda⁷⁷. Bu doğrultuda, muhakeme sürecinin kendiliğinden kiyasa dayalı bir yapıya sahip olduğunu söylemek yanlış olmaz⁷⁸. Bu kıyasta büyük ve ana kural (*la maggiore*) genel kanun iken küçük önerme (*la minore*) fiilin kanuna uygun olup olmadığıdır (*conforme o no alla legge*). Sonuç ya hürriyettir, sanık beraat eder; ya da cezadır, sanık hüküm giyer. Hâkim, iki tür kiyasa birden zorlanırsa yahut kendisi isteyerek bu kiyaslamalar yaparsa, belirsizlik in kapsamlı olacaktır. Hâkimi kanunun ruhuna baktırma zorunda bırakılan genel / ortak aksiyomdan daha tehlikeli hiçbir şey yoktur⁷⁹. Fakat şurası önemlidir ki, ana önerme yorumuna dayalı iken küçük önerme kanıta dayalı (*probatorio*) olmalıdır⁸⁰.

Bilgiler ve dünceler karmaşık ve birbirine bağlanabilir. Bir kişinin düncesi farklı zamanlarda farklı şekilde tezahür edebilir. Bu durum hâkim için de geçerlidir; kanunun ruhu da hâkimin iyi veya kötü mantığından, kolay ya da sakıncalı çözümler, an sindirim sisteminden etkilenebilecektir⁸¹! Kanunun ruhu, hâkimin tutkularının ölçüsüne, müteki ile bağlantılıdır ve daha pek çok etkene ve nedenlere göre değişebilecektir!

Kiyasın mahkemelerin her bir uygulamasıyla yeniden yaratılması, ve yargı kararlarının kiyasın asıl temel kaynağı olduğu söylemek yanlış olmayacaktır⁸². *Dei Delitti e Delle Pene*'nin yazarı, bir yandan yapılmış zorunlu olan kıyastan bahsederken, söz konusu zorunluluğun nerede sona erdiği güçlü bir vurgu yapmaktadır. Dünyanın anlatılmıyola,

ÖBir vatandaşın kaderinin farklı mahkemeler önünde çoğunlukla değiştiğini

⁷⁷ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, öIV- Interpetrazione delle leggi a.g.e., p.41.

⁷⁸ Antonino Fallone, **Il Processo Aperto: Il Principio di Falsificazione Oltre Ogni Ragionevole Dubbio Nel Processo Penale**, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p.112.

⁷⁹ Yazarın özgün ifadeleri şöyledir: "Non v'è più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge." Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, a.g.e., p.112.

⁸⁰ Fallone, **Il Processo Aperto: Il Principio di Falsificazione Oltre Ogni Ragionevole Dubbio Nel Processo Penale**, a.g.e., p.112.

⁸¹ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, a.g.e., p.41.

⁸² Vincenzo Garofali ó Claudio Papagno, "L'accertamento della Responsabilità", **La Prova Penale**, Vol. I, ed. Alfredo Gaito, Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET) Giuridica, Torino, 2008, p.452.

görmekteyiz ve bu zavall,lar,n hayatlar,n,n, kanuni yorum yerine zihne dolu an tüm karma ,k kavramlar serisinin ya da sahte muhakemelerin sisli, müphem neticesini dikkate alan bir hâkimin do as,n,n, ruh halinin o güne has a ,r,l, ,n,n kurban, oldu unu görmekteyiz. Bu sebeplerle ayn, mahkemenin ayn, suçlar, farklı, ekilde cezaland,rd, ,na muhtelif zamanlarda ahit olmaktadır. Zira kanunun sabit ve istikrarlı, sesine de il yorumlar,n ba ,bo lu una ve karars,zl, ,na ba vurulmaktadır.⁸³

Dar yorum ve belirlilik ilkeleri (*principi di tassatività e determinatezza*) mukayeseli ve tündengelimli, büyük ve küçük önermenin kullan,ld, , bir muhakeme biçimini gerektirmektedir⁸⁴. Bununla beraber, k,yas,n keyfili e elveri li bir araç olmas,, ceza kanunlar,n,n yorumunda kullan,lmaz,n, sak,ncal, k,lmaktadır. Bununla beraber k,yastan kaç,n,larak kanunun harfi harfine uygulanmas,n,n hiç mahzuru yok mudur? Beccaria bu soruya olumlu cevap vermekte, fakat yine de kanunun yorumundan kaynaklanan sorunlar,n birebir uygulanmas,ndan do an sorunlara göre çok daha fazla oldu unun alt,n, çizmektedir⁸⁵. Zaten vatandaşlar kendi emniyetlerini ceza kanununa ancak kelimesi kelimesine uyulursa sa layabilecektir.

Giuliano Vassalli, Alman öznel kuram,n,n (*Willensstrafrecht e del Tätertyp*) yan, s,ra k,yas,n kanuni s,n,rlar,n d, ,nda geli igüzel uygulanmas,n,n yol açabilece i mahzurlar, ciddiye almakta, bu dü üncesini yukarıda de inilen toplumsal savunma dü üncesince in a edilen hukuki teminat anlay, ,na dayandırmaktadır⁸⁶. Ceza ancak toplumsal savunma niteli ini ta ,d, , sürece kaba kuvvet olmaktan kurtulacaksa, toplumun kendini koruma ihtiyacı, hissetti i hallerin belirli ve mümkün oldu unca az say,da olmas, amac,yla k,yas,n ya hiç uygulanmamas, ya da dar yorumlanmas, gerekecektir.

Beccaria'ya göre, temel bir kanunun metnine bütünüyle uymak gereklidir. Böylesi temel bir kanun hâkime sadece vatandaşlar,n fiillerinin yaz,ıl, haldeki kanuna uygunlu unu tespit etmekten ba ka bir külfet yüklememektedir⁸⁷. Ceza kanununun dar kapsamlı, konulara tahsis edilmi bir kanun (*loi, legge*) de il aksine hemen her ülkede mutlaka bir

⁸³ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, a.g.e., p.41-42. "Quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiarsi spesso volte nel passaggio che fa a diversi tribunali., e le vite deø miserabili essere la vittima dei falsi raziocini o dell'attuale fermento degli umori d'øn giudice, che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tuta quella confusa serie di nozioni che gli muove la mente. Quindi veggiamo gli stessi delitti dallo stesso tribunale puniti diversamente in diversi tempi, per aver consultato non la costante e fissa voce della legge, ma l'errante instabilità delle interpretazioni.ö.

⁸⁴ Aniello Nappi, **Manuale di Diritto Penale: Parte Generale**, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p.175. Büyük önermenin, kural (*norma*); küçük önermenin olay (*fatto*) oldu unu belirtmeye gerek yoktur. Nappi, **Manuale di Diritto Penale: Parte Generale**, a.g.e., p.175.

⁸⁵ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, a.g.e., p.42.

⁸⁶ Gramatica, **Toplumsal Savunma İlkeleri**, a.g.e., s.194-195.

⁸⁷ Beccaria, **Dei delitti e delle pene**, a.g.e., p.42.

ekilde yürürlükte olan genel nitelikli bir kanun (*code, codice*) oldu u göz önünde bulundurulursa, Milanolu dü ünürün yukarıdaki yaklaşımla da rüdan suç ve cezanın kanunili i prensibine ulaşmak mümkündür. Ayrıca, böylesi bir kanunun varlığı, özgürlükleri sınırlayıcı yorumlarla kanunun uygulama alanının genişletilmesi tehlikesini azaltabilecektir.

VI. DARENİN SUÇ VE CEZA YARATAMAMASI

Bütün anayasal erkler gibi yürütmenin de tüm işlemlerinin hukuki dayanağını, anayasadan aldığı, göz önünde bulundurulduğunda, soyut düzlemde, yürütmenin işlevi, olan idarenin yapmakta olduğu işlemlere hukukilik kazandıran temel olarak anayasanın öne sürülmesi doğaldır. Suçlar ve cezalarla ilgili idari işlemleri ele almaya geçmeden önce dikkat sarfedilmesi gereken mesele, genel manada anayasalarda yürütme ve idare kavramlarının düzenleme yetkisiyle bağdaştırılmadığı, ekilde tanımlanmadığı, objektif işlem-subjektif işlem şeklinde bir ayrımın yapılmadığıdır⁸⁸. Başta Türk anayasalar olmak üzere⁸⁹ pek çok anayasada, idare hukuku kapsamındaki idari işlem tasnifinin yapılması, öyle dursun, daha genel ve hayati konularda, örneğin hangi seçim sisteminin tercih edileceği hususunda kural koymada, gözlemlenmektedir. İdari işlemlerin sadece işlevsiz değil, yürütmenin, tabiiyetle çelişmez, maddi nitelikleri itibarıyla kanun gibi genel, soyut ve nesnel düzenlemeler yapabileceğini söylemekte sakınca yoktur⁹⁰. İdarenin düzenleyici işlem yapma yetkisinin genellikle ikinin tartışılması, bir kenara bırakılmasa, idarenin anayasa tarafından subjektif işlemler değil, objektif kural- işlemler bakımından kısıtlamaya tabi tutulduğu; yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi karşısında idarenin düzenleyici işlem yapabilmesi sorununun anayasal genel yetki ile kanuni özel yetki ayrımıyla çözülebileceği düşünülmektedir⁹¹. Yasama organının kör, beyaz veya açık ceza kanunu olarak isimlendirilen kanunlarla suç ve ceza, bir ölçüde belirlemekle yetinip yürütme organına baz, yetkiler devretmesi halinde yürütme organının

⁸⁸ Turan Güne, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1965, s.49.

⁸⁹ 1961 Anayasasından itibaren anayasaların uyarılması, terminolojik ve hukuki deyimlilik, idarenin düzenleyici işlemlerini sınırlayacak şekilde yansıtılması, t.r. Sulhi Dönmezer, Önerilen Tanzim Tasarrufları ile Suç Hukuku, Anayasaya Aykırılıkların Halinde Verilmesi Gereken Karar (Kronik)ö, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XXVIII, Sayı: 1, 1962, s.237.

⁹⁰ Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1996, s.5.

⁹¹ Güne, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, a.g.e., s.51.

yaptı, i lemler ceza kanununun yarataca, sonuçlar, yaratacaktır⁹². Kanunla idareye suç ve ceza düzenleme yetkisinin k,smen verilip verilemeyece i meselesi, idarenin düzenleyici i lemlerinin kökeni ile suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kapsam, konular,n,n çak, t, , nokta olarak görülmektedir.

A. YÜRÜTMENİN DİĞER ERKLERDEN FARKLILIKLARI

Sadece yasama organ,n,n suç ve ceza içeren kanunlar yapabilmesi, tam ceza kanunu eklinde nitelendirilen ve kanunilik prensibine her aç,dan uygun normlar,n yap,labilmesini sa layacaktır⁹³. öyle ki, egemenli in uzmanla m, ve organik olarak farklıla m, birkaç erkin aras,nda anayasa arac,l, yla payla t,r,ld, , ça da devlet düzenlerinde, suçlar, ve cezalar, daha so ukkanl, ve objektif oldu u, dü ünülen yasama makam,n,n daha zor de i ti i söylenebilecek⁹⁴ kanun normu vas,tas,yla koymas,n, ifade eden kanunilik ilkesine yönelik en kayda de er tehdidi olu turacak erkin hangisi oldu u pek netameli bir soru say,lmaz: *yürütme*. Gerçekten, bireyin do rudan haklar,n, k,s,tlayabilecek fiziki donan,ma, insan kaynaklar,na ve güçlü ve i levsel karar alma mekanizmalar,na sahip olan organ,n yarg, olma ihtimali çok zayıf,r; geriye ise yalnız icra kuvveti kalmaktadı,r. Te bih mazur görülürse, tokma, elinde tutan elin ayn, zamanda vurø emri verebilecek olmas, her an davul sesinin ç,kabilece i anlam,na gelir. Ayn, ekilde ki ilerin haklar,n, k,s,tlayacak maddi güçle, kolluk kuvvetiyle donat,lm, yürütmenin ilaveten k,s,tlamam,n hangi hallerde ve ne ekilde yap,labilece ini belirleme yetkisini uhdesine almas,, ki ilerin haklar,n,n her an ellerinden al,nabilmesini mümkün k,lacaktır. Öte yandan, yürütme ve idarenin yapaca, i lemlerin kanunlara k,yasla daha kolay ve hızlı, de i ikliklere maruz bırak,labilece i dikkate al,n,rsa, bireylerin suç ve cezalar,n içeri i hakk,ndaki güncel hukuki durumu takip etmeleri güç hale gelecek, güvence ortadan kalkacaktır⁹⁵. Diğer normlardan kanunø niteli iyle ayrılan düzenleme ile suçlar,n ve cezalar,n düzenlenmesinin ki i haklar, ve hürriyetleri bakım,ndan óen az,ndan bir ölçüde- teminat olu turaca, ileri sürülebilecektir⁹⁶. Bu sebeple, suçta ve cezada kanunilik prensibini ba l,ca tehlike kayna,

⁹² Öztekin Tosun, *öYürütme Organlar,n,n Koydu u Kaidelere Ayk,r,l,klar,n Cezaland,r,lmas,ö*, **istanbul Hukuk Fakültesi Mecmuas,,** Cilt: XXVIII, Say,: 2,1962, s.362-363.

⁹³ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Yay,nevi, istanbul, 1992, s.65.

⁹⁴ Burhan Kuzu, **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler**, Üçdal Ne riyat, istanbul, 1985, s.43.

⁹⁵ Duygun Yarsuvat, *öYürütme Organ,n,n Koydu u Kaidelerle Suç hdas, ve 1961 Anayasas,ö*, **ÜHFİM**, Cilt: XXIX, Say,: 3,1963, s.540.

⁹⁶ Kuzu, **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler**, a.g.e. s.43.

olan yürütme kuvvetine karşı, koruyucu zemin, idarenin düzenleyici işlemlerle suç ve ceza yaratamaması, öngören unsurdur.

Yürütme erkine cezai düzenleme yetkisi verilmesi gerektiği yönündeki, yasama faaliyetinin yavaşlaması, bölgeye göre suç olarak tanımlanması, gereken fiiller de işlebileceğinden merkezi yasama organı, yerine mahalli yürütme birimlerinin düzenleme yapması, daha isabetli olduğu, teknik veya daha az önemli konuların yasama erki tarafından düzenlenmesinin vakit kaybına neden olabileceği ekindeki görüşlerin her birinin, yetkinin sadece yasama erkine tevdi edilmesini haklı çıkaracak unsurlar, bünyesinde barındırıyor, söylenebilir⁹⁷. Yasama organının faaliyetinin hızlanması, olmaması, ya da daha az önemli suçların gerekliliğinin kulu olduğu, kanunun geneli yorumuna müsait esnek düzenlemelerinin sakıncaları, birey haklarının cezalandırılmada eksikliklerin yaratacağı mahzurlara rağmen korunması, lüzumlu olduğu teyit etmektedir⁹⁸. Egemenliğin millete ait olduğu düzenlerde egemenliğin erkler arasında yasama organı tarafından temsil edilmesi, yürütmenin ceza gibi asli konularda düzenleme yapmaktan men edilmesiyle paralellik arz etmektedir.

B. DARENİN DÜZENLEME YETKİSİNİN SINIRLARI

Anayasa Mahkemesinin idareye kanunla düzenleyici alan bırakılması, bir konuya ilişkin, suç içeren bir hüküm hakkındaki karar, üzerinden yürütmenin tanzim yetkisini ele almak daha faydalı olabilir.

Yasama organı, kanun yaparken bütün ihtimalleri gözönünde bulundurarak ayrıntılara ilişkin hükümleri de belli etmek yetkisine sahip olmakla birlikte zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınması veya alınan tedbirlerin kaldırılması ve yerine göre tekrar konması lüzum görülen hallerde; yasama organının yapması, bakımından alınması ve günlük olaylar, izleyerek zamanında tedbirler alınması güçlü bir kararında esaslı hükümleri belli ettikten sonra ihtisas ve idare tekniği ile ilgili olan konuların düzenlenmesi için yürütme organının görevlendirmesinin yasama yetkisinin yürütme organına bırakılması, anlamına gelmeyeceği, ekinci maddenin birinci fıkrası ile ikinci maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı, iddiası, üzerine Mahkememizce verilen 10/12/1962 günlü ve 1962/198-111⁹⁹ sayılı kararda gerekçeleriyle açıklanmış ve

⁹⁷ Erol Cihan, Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **Ceza - Ceza Usul Anabilim Dalı, Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu**, İstanbul, 1997, s.11; Yarsuvat, "Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç Haddi, ve 1961 Anayasası", a.g.m., s.541 vd.

⁹⁸ Zeynep Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 105; Ali Kemal Yılmaz, "Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç ve Ceza Yaratması", **Çetin Özek Armatan**, İstanbul, 2004, s. 1051 vd.

⁹⁹ Anayasa Mahkemesi, 10.12.1962, 1962/198 E., 1962/111 K., **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı: 1, s.34 vd.

ortada bu görü ü de i tirecek bir durum da bulunmam, t.r. ... Kanunun emrine dayanarak yürütme organ,n,n bu konuda objektif kararlar alabilece ini kabul etmek idare hukuku esaslar,na da uygun dü er. Kald, ki idarenin bütün eylem ve i lemleri yarg, mercilerinin denetimi alt,nda oldu undan bu i lemleri yaparken kanunun gözetti i s,n,r ve maksat d, ,na ç,k,lmas,n,n önlenmesi de mümkündür. Bu bak,mlardan yasama yetkisinin yürütme organ,na devredildi i yolundaki itiraz yerinde görülmemi tir. ... Burada suç kanunla belirtilmi ve temel haklar,n kay,tland,r,lmas, da kanuna dayanmakta bulunmu tur. darenin alaca , karar da kanunun emrine uygun olacakt,r. Bir an için idarenin kanunun emri d, ,na ç,km, olabilece i dü ünülse bile bunun Anayasa ile ilgisi yoktur. í Bu sebeplerle sözü edilen hükmün suçta kanunilik prensibini bozdu u itiraz, yersiz görülmü tür.¹⁰⁰

Kaçakç,l, ,n Men ve Takibine dair Kanunun¹⁰¹ 6829 say,l, kanunla de i ik 53üncü maddesi ile 58üncü maddesinin 2üncü ve 1918 say,l, kanuna 6829 say,l, kanunun 2üncü maddesi ile eklenen ek lüncü maddenin birinci ve ek 2üncü maddenin II say,l, f,kralar,n,n Anayasa'ya ayk,r, oldu u iddias,n, de erlendiren Anayasa Mahkemesinin, bu karar,nda di er kararlar,na oranla daha ayr,nt,l, bir tetkik yapt, , gözlemlenmektedir. Mahkeme yürütmenin suç alan,nda düzenleyici i lem yapma yetkisinin mazur ve hukuka uygun say,labilece i baz, hallerden söz etmektedir. Olgular dünyas,nda kanun koyucunun bast,rmakta yeti emeyece i h,zla cereyan eden geli meler ile düzenlenme itibariyle uzmanl,k ve idare tekni ini zorunlu k,lan baz, suç konular,n,n varl, , mahkemenin öne sürdü ü durumlard,r. Yasama organ,n,n kanun yapma sürecinin yava i liyor olu u, bu sebeple günlük de i meleri dikkate alacak yap,ya, -deyim yerindeyse- *senkronizasyona* sahip olmamas, dikkate de er bir gerekçe olarak gözükmemektedir. Di er yandan kanun koyucunun asl,nda suç hakk,nda istedi i kadar ayr,nt,l, düzenlemeler yapma yetkisine sahip oldu unun vurgulanmas, kanunilik ilkesinin ósöz konusu uyu mazl,k ba lam,nda-tart, ma ekseninin suçla yapt,r,ma tabi k,l,nmas, gereken davran, lar,n aniden belirmesi durumuna oturmas,n, sa lamaktad,r.

Güvenlik bölgelerinin s,n,r,lar, ve denetime tabi mallar,n cins ve neveleri (bu yak,n anlaml, iki kelimededen ilki mal, di er mallardan ayr,ran niteli ini, ikincisi ayn, mal,n çe itli alt türlerini ifade etti i dü ünülebilir) kanun koyucu taraf,ndan öngörülebilir. Kaçakç,l, ,n önlenmesi, ku kusuz anayasan,n öngördü ü devletin görevleri kapsam,nda de erlendirilebilecek kamusal bir amaç,t,r. Fakat kaçakç,l,k suçuyla alakal, uyu mazl, a konu böyle unsurlar,n münhas,ran kanunla düzenlenmesinin yaratabilece i öörne in alt,

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, 29.11.1963, 1963/298 E., 1963/283 K., **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Say, 1, s.424.

¹⁰¹ Say,,: 1918, Kabul Tarihi: 07.01.1932.

ayl,k- bir gecikmenin kanunilik ilkesini geni yorumlamaya de ecek kadar güçlü bir gerekçe oldu u üphelidir. Yüksek mahkemenin bu karar,n, ald, , dönemde yürürlükte olan 1961 Anayasas,ın, n 64. maddesine eklenen bir hükümle¹⁰² Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname ç,karma yetkisi verilmesinin nedenlerinden birinin kanunlar,n uzun sürede yap,labilmesi ve yürürlü e girmesi oldu u, 1982 Anayasas, döneminde ise yasama usullerinin uygulanma sürecini uzatan Cumhuriyet Senatosu'na yer verilmeyerek yasama organ, tek kamaradan olu turuldu undan gecikme sorununun do mad, , bu ba lamda hat,rılanabilir¹⁰³. Gerek anayasalar,n engel olmas, gerekse birey haklar,n,n güvenceden mahrum kalmas,, idarenin düzenleme yetkisinin olmamas, gerekti ine i aret etmektedir¹⁰⁴. 1982 Anayasas, döneminde Anayasa Mahkemesinin kanunlar,n anayasaya uygunlu unun denetlenmesine ili kin yetkilerinin daralt,ld, , bilinmektedir¹⁰⁵. darenin kanun koyucu yerine geçmesi ekinde tan,mlanabilecek hukuki sak,nca ve yasama sürecinin daha sakin, temkinli ve z,t görü lerin uyumlu hale getirilmesine te ne niteli inden ötürü idarenin düzenleyici yetkisi k,s,tlanmal,d,r¹⁰⁶. Hâlihaz,rdaki uygulamada ise parlamentonun gerekti i takdirde birkaç gün içinde dahi kanun ihdas edebildi i¹⁰⁷ göz önüne al,n,rsa, yüksek mahkemenin yukar,daki karar,nda öne sürdü ü gecikme handikab,n,n yeterince tatmin edici olmad, ,n, söylememek için sebep yoktur. Di er yandan, cins ve nevi ayr,m, bir kenara b,rak,l,rsa, incelemeye al,nacak mallar,n nitelik aç,s,ndan kanunla belirlenmesinin sak,ncal, oldu u rahat,lkla söylenemeyecektir. Yukar,da varsay,lan süre yeniden esas al,n,rsa, alt, ay içinde yeni mallar,n kaçakç,l, , yap,lmaya ba lan,rsa olu abilecek cezai tedbir eksikli i, kanunilik prensibine dar anlamda uymamayı, mazur gösterecek bir durum olarak de erlendirilemeyecektir.

darenin nesnel karar alacak bir kurum oldu una dair yüksek mahkemenin ortaya koydu u varsay,m, günlük hayattaki pek çok subjektif idari kararlar kar ,s,nda hakl, bulmak zordur. Öte yandan idarenin eylem ve i lemlerinin, dolay,s,yla tüm düzenlemelerinin yarg, denetimine tabi olmas, idarenin suçta ili kin koydu u kurallar, kanunile tirmeyecektir. Mahkemeler herhangi bir uygulamayı, kanuni hale

¹⁰² Söz konusu anayasa de i ikli i 20.09.1971 tarihli 1488 say,l, kanunla gerçekte tirilmi tir.

¹⁰³ Do an Soyaslan, **Yürütme Organ,n,n Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, Kazanc, Hukuk Yay,nlar,, Ankara, 1990, s.99.

¹⁰⁴ Y,ld,z, öYürütme Organ,n,n Düzenleyici lemlerle Suç ve Ceza Yaratmas,ö, s.1046.

¹⁰⁵ Soyaslan, **Yürütme Organ,n,n Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, a.g.e., s.99.

¹⁰⁶ Kay,han çel ó Süheyl Donay, **Kar ,la t,rmal, ve Uygulamal, Ceza Hukuku: Genel K,s,m**, 4.Bas., Beta Yay,nlar,, stanbul, 2006, s.113.

¹⁰⁷ Soyaslan, **Yürütme Organ,n,n Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, a.g.e., s.99.

getiremeyece ine göre anayasan,n suçta kanunilikle ilgili hükmüne yeterli kanuni düzenleme olmaks,z,n birtak,m içtihatlar marifetiyle uyuldu u söylenemeyektir. Mahkemenin yarg, denetimini kanunilikle ili kilendirdi i bu gerekçesinin, uyu mazl,k çözücü kural ile kural, uygulamay, özenle ay,ran K,ta Avrupas, hukuk sistemi içerisinde dayanak bulmas, hiç de kolay görünmemektedir. ngiltere gibi Common Law düzenine be iklik eden bir ülkede on dokuzuncu yüzy,ldan itibaren suçlar,n ve cezalar,n büyük oranda yasama makam,nca yap,lm, kanunlarla yarat,ld, ,¹⁰⁸, ayn, durumun Amerikaç,n,n baz, eyaletlerinde gerçekleş ti i¹⁰⁹ göz önünde bulundurulursa K,ta Avrupas, hukukunu benimsemi Türkiye gibi ülkelerde tek ba ,na mahkeme kararlar,n,n kanunilik prensibi kar ,s,nda bir anlam ifade etmedi ini söylemek yanl, olmayacaktır.

darenin ihdas etti i karar ve tebli lerin resmi kanallarda veya ba ka yollardan ilan edilmesi kanunilik prensibinin sadece bir unsuru bak,m,ndan yeterlidir: öngörülebilirlik. O nedenle kararda yer verilen öngörülebilirli e ili kin gerekçe kanunilik de erlendirmesinde yeterli görünmemektedir.

Yukar,daki kararlarla ilgili son olarak, yasama ve yürütme organlar,n,n yap,lar,n,n kanunilik prensibi ba lam,nda ta ,d, , önemin metinde geçen ifadelerle aç, a kavu tu u söylenebilir. ki erk aras,nda anayasal bir tercih sonucu yasama organ,n,n esas belirleyici oldu u kanunilik ilkesine ili kin kararda erklerin anayasal mahiyetlerinin incelenmeye ihtiyaç duyulmas,, anayasa dü üncesi ile prensip aras,ndaki ba ,n bir ba ka kan,t,d,r.

C. BAKANLAR KURULUNUN N TEL N N ETK S

darenin ba ,ndaki anayasal organ olan Bakanlar Kurulunun aç,k ceza hükmünü doldurup dolduramayaca ,na ili kin yüksek mahkemenin bir karar, a a ,dad,r:

ö1567 say,1, kanunun 3. maddesi ise; ÷cra Vekilleri Heyetinceø 1. maddeye istinaden ittihaz edilen kararlara ayk,r, hareket edenlere ceza tâyin etmi tir. Bu hükümle; suçun kanunî unsuru ÷cra Vekilleri Heyetininø 1. maddeye göre ald, , kararlara ayk,r, harekette bulunmakt,r. u halde suçun ne oldu u kanunla belirtilmi tir. Kald, ki Bakanlar Kurulu karar,, daha önce Resmî Gazete'de ne redilmek suretiyle ki ilere hangi fiillerin yasakland, , duyurulmakta ve böylece ki inin teminat, sa lanmakta ve ceza da kanunda gösterilmekte olmas,na göre

¹⁰⁸ Richard G Singer - John Q. La Fond, **Criminal Law: Examples&Explanations**, 5th Edition, Wolters Kluwer, New York, 2010, p.6.

¹⁰⁹ Singer - La Fond, **Criminal Law: Examples&Explanations**, a.g.e., p.6-7.

mücerret kararname ile suç ihdas, söz konusu olam,yaca ,ndan bu konuya ili kin itiraz yerinde görülmemi tir.ö¹¹⁰

Mahkemenin yakla ,m, benimsenecek olursa, suçun tan,m, her ne kadar soyut ekilde kanunda yer alsa da, Bakanlar Kurulu'nun alaca , keyfi kararlarla suç te kil eden davran, lar, art,rmas,n,n mümkün oldu unu kabul etmek gerekir. Bakanlar Kurulu, kanun koyucu makam olan meclis ile mukayese edildi inde, tabiat, gere i birbiriyle uyumlu çal, an ki ilerden olu an, icrai kararlar almakla görevli oldu undan her an toplant, halinde olabilen ve karar alma usulleri parlamentoya göre üphe götürmeyecek biçimde kolay olan idari bir mercidir. Hâlbuki meclis, do al olarak, z,t görü lere sahip üyelerden müte ekkil, suç haline getirilmesi dü ünülen bir davran, ,n enine boyuna çe itli yönleriyle tart, ,labilece i, karar alma usulleri daha karma ,k ve siyasi olarak zor olan¹¹¹ bir zemindir. Buna kar ,l,k, yürütmenin daha tutarlı ve sistemati i sa lam düzenlemeler yapabilece i ileri sürülebilir. Kanunilik prensibinin amaçlar, aras,nda de erlendirilebilecek, suç say,lar,n,n ve kapsam,n,n kanun koyucuya münhas,r bir yetki verilmek suretiyle daralt,lmas, göz önüne al,n,rsa Bakanlar Kurulu'na dolaylı bir ekilde suç kapsam,n, geni letme yetki verilmesinin prensibe ayk,r, oldu unu söylemeye dahi gerek yoktur. Buna kar ,l,k, yüksek mahkemenin yine bir ba ka karar,nda, ö...suçun unsuru, kanunun at,fta bulundu u f,kralar,n tatbikat, ile ilgili olarak iki Bakanl,kça birlikte düzenlenip ne ir ve ilân edilecek tebli de yer alan hükümlere, riayet etmemektir. Dâva ile ilgili tebli , Resmî Gazete'de ve tebli de art ko uldu u üzere mahallinde ilân edilece ine göre, ki i, yasak eylemleri ve uyulmad, , takdirde cezalar,n,n ne oldu unu, kanun hükmü ile bilmektedir.ö¹¹² ifadeleriyle Bakanlar Kurulu bir kenara bakanl,klar,n bile ç,karacaklar, tebli lerle¹¹³ suç alan,n, geni letmelerini kanunilik ilkesine uygun bulmas, da ayn, ekilde de erlendirilebilir.

¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi, 28.03.1963, 1963/4 E., 1963/71 K., Resmi Gazete Tarih/Say,: 18.10.1963/11534, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Say, 1, Ankara, 1964, s.132.

¹¹¹ Ku kusuz, bu tespit parlamentonun temsili demokrasi ilkeleri do rultusunda, adil artlarla yap,lan seçimlerle meydana geldi i, milletvekili-parti lideri ili kisi gibi yap,sal özelliklerin meclis-içi tart, malar, anlams,z k,lmayacak düzeyde oldu u, içtüzü ünün muhalefete yeterli haklar tan,d, , bir hukuk düzeninde geçerli olacakt,r.

¹¹² Anayasa Mahkemesi, 16.01.1963, 1962/32 E., 1963/9 K., Resmi Gazete Tarih/Say,: 11.5.1963/11400, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Say, 1, Ankara, 1964, s.63.

¹¹³ Tebli lerin normlar piramidinde yönetmeliklerin dahi alt,nda yer alan ads,z düzenleyici i lemler aras,nda oldu u dikkate al,nd, ,nda mahkemenin kanunilik ilkesini ne denli dar yorumlad, , daha iyi anla ,lmaktad,r.

Öte yandan, bir suçun önceden ilan edilmesinin onun idare taraf,ndan düzenlenmesinin getirece i mahzurlar, telafi edebilece ini söylemek isabetli olmayacaktır. Resmi Gazete her gün hatta bazen ayn, gün içinde birkaç defa ömükerreryay,mlanmaktadır. Bakanlar Kurulu ise her gün pek çok karar alabilmekte ve almaktadır. cra yetkileriyle donat,lm, idarenin ba ,ndaki makam,n kanunun geni yorumlanabilecek k,sa bir hükmüyle s,n,rlanm, olmas, Bakanlar Kurulunun ayn, gün içinde dahi suç kapsam,na giren davran, lar,n türünü ve say,s,n, art,rmas,na mani olabilecek kudrete sahip de ildir. Bu itibarla, gerek kanundaki suç tan,m,n,n yeterlili i gerekse Bakanlar Kurulu kararlar,n,n Resmi Gazeteøde yay,mlan,yor olu u aç,s,ndan mahkemenin gerekçeleri tatmin edici görünmemektedir.

Suçlar ve cezalar bak,m,ndan düzenleyici i lem yapma yasa ,n,n idarenin bir k,s,m te kilatlar,n, m,, yoksa tamam,n, m, kapsad, , meselesini dü ündüren Anayasa Mahkemesinin bir karar, ne yaz,k ki meseleyi tereddüde yer vermeyecek ekilde çözmemi tir:

öOlayda 1705 say,l, kanun, hangi amaçlarla, hangi mallar hakk,nda ne gibi tedbirler al,nmas, lâz,m geldi inin takdirini ve bu tedbirlerin al,nmas,n, Bakanlar Kuruluna b,rakt, ,na ve "Deri Gön ve Kösele Murakabe Nizamnamesi" bu hükümlere uygun olarak düzenlendi ine; Bakanlar Kurulunca 1705 say,l, kanunun 1 inci maddesinin amaç ve kapsam, içinde ç,kar,lacak tüzük hükümlerine ayk,r, hareketler ayn, kanunun 6 nc, maddesi gere ince suç say,l,p cezalar, da maddede gösterildi ine göre yasama yetkisinin, Anayasa'n,n 5 inci maddesine ayk,r, olarak yürütme "organ,na devredilmesi söz konusu olam,yaca , gibi, Anayasa'n,n 33 üncü maddesine ayk,r, surette, kanunla ihdas edilmesi gereken suçun, tüzükle ihdas edildi i iddias, da yerinde de ildir.ö¹¹⁴

Suç konusu olabilecek mallar,n idari bir kurulca belirlenmesinde sak,nca görmemekle kalmayan mahkeme, kurallar piramidinde kanunun alt,nda yer alan (*lex inferior*) ve üstelik kanundan kaynaklanan (*secundum legem*) niteli e sahip olan tüzü ün varl, ,n, kanunilik prensibi aç,s,ndan kâfi bulmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu karar,nda tüzü ün (söz konusu olayda -nizamnameøolarak geçmektedir) bir norm olarak kanunilik ilkesi kar ,s,nda de erini ve konumunu tespiti yönelik herhangi bir ifade kullanmad, , gibi Bakanlar Kurulunun hangi dereceye kadar kanuni bir at,f marifetiyle suç konular,n, geni letebilece ini aç,klamamaktadır. Mesela, kanunda, õhangi tür mallar,n zilyedinin

¹¹⁴ Anayasa Mahkemesi, 04.04.1991, 1990/12 E., 1991/7 K., Resmi Gazete Tarih/Say,: 13.08.1991/20959. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=932&content=, (23.02.2013).

r,zas, olmadan yarar sa lamak amac,yla bulundu u yerden al,nd, ,nda h,rs,zl,k suçu te kil edece i Bakanlar Kurulu taraf,ndan tüzük ç,kar,lmak suretiyle belirlenir.ö eklinde bir hüküm olsayd,, mahkemenin nas,l bir tav,r tak,naca ,n, karardan ç,karmak mümkün de ildir. Ya da, öCebir veya tehdit kullan,larak ma durun, kendisini veya ba kas,n, borç alt,na sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kald, ,n, aç,klayan bir vesikay, vermeye, böyle bir senedin al,nmas,na kar , koymamaya, ilerde böyle bir senet hâline getirilebilecek bir kâ ,d, imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhas,na kar , koymamaya mecbur edilmesi hâlinde ya ma gerçekleşe mi say,l,r. Ya ma suçuna konu belgenin türleri Adalet Bakanl, ,nca tespit edilir. ö eklinde bir hüküm söz konusu olsayd, mahkemenin niçin Adalet Bakanl, ,n, kanunilik ilkesi bak,m,ndan suç konusunu dolayl, ve k,smen de olsa belirlemeye yetkili bir makam olarak say,p saymayaca , kestirilememektedir. Bakanlar Kurulunu -ilke bak,m,ndan- di er idari makamlardan ay,rt eden unsur nedir, sorusunun cevab,n, ayd,nlatabilecek en ufak bir anlama karar metninde rastlan,lmamaktad,r. Anayasa Mahkemesinin önüne gelen söz konusu uyu mazl,kta, kanun tüzü e de il de yönetmeli e at,f yapsayd,, mahkemenin karar, ne yönde olacakt,? Karar metninden bu soruyu kar ,layabilecek bir dü ünçe ba lang,c,, bir ipucu ç,karmak mümkün olmamaktad,r.

D. KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMENİN DÜZENLEYİCİSİ

1991 tarihli bir kararda Türk Anayasa Mahkemesi idarenin en üst seviyedeki düzenleyici i lemi olan kanun hükmünde kararnamelerin yürürlü e girmeden önce de anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulabildi ini tespit ettikten sonra, iptali istenen düzenlemenin tamam,n,¹¹⁵ anayasaya ayk,r, bularak iptal etmiştir. Kanun hükmünde kararnamenin 60. maddesinde ceza ile ilgili düzenlemelerin yürürlü ünün kanunla ma art,na ba land, ,, bu nedenle öncelikle Anayasa'ya ayk,r,l,k bak,m,ndan inceleme yetene inin bulunup bulunmad, ,n,n tespit edilmesine hükmedildi i görülmektedir. Mahkemenin yakla ,m, öyle özetlenebilir: Anayasa'n,n 148. maddesinde kanun hükmünde kararnamelerin ekil ve esas bak,m,ndan Anayasa'ya uygunlu unun denetlenece i hükme ba lanm, t,r. öBu hükme göre kanun hükmünde kararnamenin tüm maddeleri, yürürlükte olsun olmas,n Anayasa'ya uygunluk denetimine ba l, tutulmal,d,r.

¹¹⁵ Sözü edilen düzenleme Kamu ktisadi Te bbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 say,l, Kanun Hükmünde Kararnamenin Baz, Maddelerinin Yürürlükten Kald,r,lmas,na Dair Kanun Hükmünde Kararnamedir.

Çünkü 148. maddede yürürlük art, bulunmamaktadır. Kanun hükmünde kararnamenin bir maddesinin yürürlü ünün belli bir tarihe bırakılması, ile kanunla mada art,na bırakılması, arasında anayasal denetim açısından bir fark, n olduğu söylenemeyecektir. Yürürlü ü yasala ma ko uluna bırakılan madde anayasal denetime bağlı, tutulmayacaksa, belli bir tarihte yürürlü e girmesi öngörülen maddenin de Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması, gerekir. Ne var ki, belli bir tarihte yürürlü e girecek maddenin anayasal denetiminin yapılması, zorunludur. Çünkü aksi halde söz konusu maddelerin soyut norm denetimine tabi tutulması, mümkün olmayacaktır. O halde, yürürlü ü kanunla ma tarihine bırakılan maddenin Anayasa'ya uygunluğunun da incelenmesi kaçınılmazdır. Kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyecek alanda yapılan düzenleme, iptalin sebebinin oluşturulmaktadır.¹¹⁶

Yüksek mahkemenin kararında anayasa hukuku ile ceza hukukunun kesiti ine dair burada ileri sürülen görüşün teyit edildi i görülmektedir¹¹⁷. Kesime noktası, anayasal yargı, denetiminin kanun veya kanun hükmünde kararnameleri yürürlükten önce inceleyip inceleyemeyeceği meselesidir. Sonuçta yürürlü e girmemi olsa da suç ya da ceza, n benimsenmesi ve böylece cezalandırma yetkisinin kaynağıyla ilgili sorun çözümlenmektedir. Sadece yürürlü e girmesi, dolayısıyla hukuk dünyasında etki do urmaya başlaması, düzenlemelerin incelenebileceğini ileri sürmek, uygulanmasında hukuken soyut düzlemde var olan fakat anayasaya aykırı, olan suç ve cezalar, n varlığı, n sürdürmesini kabul etmek anlamına gelecektir. Anayasanın doksan birinci maddesi, kanunilik ilkesinin bulunduğu ikinci kısımın, n birinci bölümünün kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesini hukuken imkânsızla tır, tır.

Gerek kanunilik prensibinin varlığı, n olan temel hakların korunması, gerekse düzenlendiği sistematik, kanun hükmünde kararnameler vasıtasıyla suç yaratan ve cezaya az veya çok tesir eden düzenlemelerin yapılması, na izin vermemektedir; ki karar bu do rultudadır. ekli anlamda kanun hükmünde kararname niteliğinde olan bir normun, yasama makamının onayına sunulması ve onaylansa dahi normun kanun hükmünde kararname özelliğinin de i meyeceğini, hiçbir zaman gerçek bir kanun olamayacağı, n dile getirmek bu bağlamda yararlı olacaktır. Disiplin suçları, n suçta ve cezada kanunilik

¹¹⁶ Anayasa Mahkemesi, 07.03.1973, 1962/281 E., 1963/52 K., Resmi Gazete Tarih/Say.: 11.5.1963/11400

¹¹⁷ en, **Anayasa Mahkemesi Kararları, nda Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması, Hukuku, Ceza infaz Hukuku: 1962-1997**, a.g.e., s.99.

ilkesinin düzenlendi i Anayasan, n 38. maddesi kapsam, nda anayasal koruma alt, nda olup olmad, , konusunda Anayasa Mahkemesi, önemli z, t görüş lerin varl, ,na ra men¹¹⁸, ayn, karar, n devam, nda hükümde adli ve idari cezalar aras, nda ayr, m yap, lmamas, konusunda anayasa koyucunun susmas, n, kan, t göstererek disiplin cezalar, n, n prensip kapsam, nda oldu unu ileri sürmü tür. Suç ve ceza terimlerinin geni yorumlanmas, do rultusundaki yukar, da serdedilen görüş lere paralel ekilde, mahkemenin özgürlükler lehine 38. maddeyi yorumlamas, isabetli görünmektedir.

VII. GEÇM E YÜRÜME YASA I

Hukuk dilinde *makable ümul*, Latincece *ex post facto*, ngilizcede *retroactivity* olarak ifade edilen -geçmi e yürümeøkural, n, n, suç ve ceza içeren kanunlar bak, m, ndan kanunilik ilkesinin bir gere i olarak uygulanmamas, n, n zorunlu görülmesiyle, suç ve cezada geçmi e yürüme yasa ,, (*non-retroactivity of crimes and punishments, non-rétroactivité de la loi pénale*) ortaya ç, km, t, r.

Avrupa Birli i Adalet Divan,, hukuk devletinin alt ilkelerinden biri olan hukuki kesinlik ilkesinin kanunilik ilkesiyle mutlaka tamamlanmas, gerekti ini ortaya koymaktad, r¹¹⁹. Ayn, ba lam içerisinde Divan, n kararlar, ndan hareket ederek geçmi e yürüme yasa ,, n, hukuki kesinlikle ba lant, land, r, mak mümkün de ildir¹²⁰.

¹¹⁸ Dönmezer - Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, a.g.e., s.344. Ayr, ca karar, veren heyette kar , oy kullanan yarg, çlardan Erol Cansel, Yavuz Nazaro lu ve Ha im K, l, ç ortakla a kaleme ald, klar, kar , oy yaz, s, nda disiplin suçlar, n, n kanun hükmünde kararnamelerin düzenleme yapamayaca , alanda yer almad, , n, savunmaktad, r. Yarg, çlara göre, özellikle, Anayasa'n, n 38. maddesindeki "suç ve cezalar, n kanunla düzenlenmeleri" ilkesi disiplin suçlar, bak, m, ndan da do ru olamaz. Nitekim yukar, da and, , m, z, 30 Aral, k 1972 tarihli, 2 say, l, KHK (RG. 14407) disiplin suçlar, n, düzenlemektedir. Bu tarihte 1961 Anayasas, yürürlükte idi ve 1982 Anayasas, 'n, n 91. maddesindeki "s, k, yönetim ve ola anüstü haller sakl, kalmak üzere Anayasan, n ikinci k, sm, n, n birinci ve ikinci bölümünde yer alan temel haklar ve ki i haklar, ve ödevleri ... KHK. lerle düzenlenemez" hükmü eski Anayasada da aynen yer alm, t, (md. 64 Son bent). Yine 1961 Anayasas, 'nda da cezalar, n kanunla düzenlenece ine dair hüküm aynen mevcuttu (md. 33). Bu hükümler gözönünde iken kanunkoyucunun disiplin suçlar, n, ve cezalar, n, KHK ile düzenleyerek bunlar, suç ve cezalar, n kanunili i ilkesini koyan 1961 Anayasas, 'n, n 33. maddesinin kapsam, nda görmemesi dikkat çekici ve savundu umuz görüş ü do rulay, c, niteliktedir.ö Anayasa Mahkemesi, 04.04.1991, 1990/12 E., 1991/7 K., Resmi Gazete Tarih/Say,: 13.08.1991/20959. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=932&content=, (23.02.2013).

¹¹⁹ Juha Raitio, **The Principle of Legal Certainty in EC Law**, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2003, p.187.

¹²⁰ Raitio, a.e., p.187.

A. YASA IN GEREKÇELER

Kanunilik ilkesinin ilk mimarlarından Hobbes, *Leviathan*'ın yirmi yedinci bölümünde ilkenin vazgeçilmez unsurlarından sonradan ihdas edilmiş ceza kanununun gerçeğe en bir olaya uygulanamayacağına, şu cümleyle dile getirmektedir: "Nothing can be made a crime by a law made after the fact."¹²¹ (Hiçbir şey, olaydan sonra yapılmış, bir kanun tarafından suç haline getirilemez.). Yazar, bu kanaatini aynı zamanda tetkik edilecek olan sonraki kanunun cezayı artırarak hükmünün geçerli olmamasıyla ilgili düşüncesinde gösterdiği gerekçelere atıfta bulunarak savunmaktadır¹²².

Hobbes, suç düzenlemelerinin normun ihdasından daha önce gerçeğe en olaylara uygulanma sorununa ilişkin kanaatini savunduğu paragraftan önceki kısmında, geçmişte yürüme yasağının cezayla ilgili kısmının, sonradan öngördüğü cezayı artırarak kanun yerine suç işlendiği anda yürürlükte olan kanunun uygulanması gerektiğini tereddüde mahal bırakmayacak surette ortaya koymaktadır. Yazara göre, "Punishments declared before the fact, excuse from greater punishments after it."¹²³ (Olaydan önce duyurulan cezalar, ki iyi olaydan sonra daha büyük cezalara çarptırılmaktan mazur kılınır.).

Kendisinden sonra gelen Montesquieu ve Beccaria'nın cezalandırılma alanında geçmişte yürüme yasağının kabulü hakkındaki görüşlerini etkileyen Hobbes¹²⁴, sonraki kanunun daha yüksek ceza düzenlediği durumda önceki kanunun geçerli olduğuna ilişkin kanaatini cezaların caydırıcılığıyla ilgili bir dayanakla açıklamaktadır. Önceden farkında olmayan ceza insanları suç işlemekten vazgeçirecek kadar ağır değilse bu kanunun insanları suç işlemeye çağıracağı anlamında yorumlanabilir¹²⁵. İnsanlar gerçeğe göre hakları, fayda ile cezaların getireceği zarar, kayıplar ve tabiatıyla kendilerine en iyi görünen seçeneği tercih ederler. Eğer seçenekten suçu seçtikleri ihtimalde, öngördükleri cezadan daha ağır bir cezayla tecziye olunurlarsa kanunla aldatılmış olurlar. Çünkü suçu işledikleri vakit yapacakları haksızlık daha az bir yaptırımla karşılanacağına, düşüneceklerdir.

Kanunda suç olarak tanımlanan fiilin yine kanunca tespit edilen cezasının miktarı,

¹²¹ Hobbes, *Leviathan*, Part II, Chapter XXVII, a.g.e., p.339.

¹²² Fakat hak ve özgürlükler açısından sonradan suç yaratılmaması, sonradan ceza artırılmasına göre daha ağır bir tehdit olduğu düşünüldüğünden, burada, suçta geçmişte yürüme yasağına ilişkin kısmında daha önce verilmiştir.

¹²³ Hobbes, *Leviathan*, Part II, Chapter XXVII, a.g.e., p.339.

¹²⁴ Georg Rusche - Otto Kirchheimer, *Punishment and Social Structure*, 5th Printing, Transaction Publishers, New Jersey, 2003, p.74.

¹²⁵ Hobbes, *Leviathan*, Part II, Chapter XXVII, a.g.e., p.339.

konusunda kanun koyucu taraf,ndan yan,lt,lan ki i, incelemeye konu olan ilkenin yapt,r,mıla ilgili k,sm, olan cezan,n kanunili inden yararlanamam, olacakt,r. Ki i, maruz kalaca , cezan,n daha fazla oldu unu bilememesi, cezay, öngörememesi anlam,nda gelir. Öngörememe ise kanunilik prensibinin suçluyu odak noktas,na koyan bir unsurdur. Hiç ku ku yok ki, Hobbes'un i aret etti i kanunun güvenilirli i ve cayd,r,c,l,k nedeni ile ilgili gerekçe, pekâlâ kanunilik prensibinin öngörülebilirlik unsuruyla (*lex preavia*) alakaland,r,labilecektir.

Sonradan yap,lm, bir kanunla ki inin cezaya çarpt,r,lmas,n,n reddedildi ine, Leviathan'ın yirmi sekizinci bölümünde de aç,k bir ekilde rastlanmaktadır. Keyfi ve belirsiz cezaland,rmay, reddeden¹²⁶ ifade u ekildedir: *“Hurt inflicted for a fact done before the law, no punishment.”*¹²⁷ (Kanundan önce i lenmi bir fiil kar ,l, , verilen zarar ceza de ildir.). Yazara göre bunun sebebi ihlalin gerçekleşmesi için öncelikle ihlal edilebilecek bir düzenlemenin mevcut olmas, gerekir. *Kanundan önce kanun ihlal edilemez.* Cezaland,rma kanunu ihlal edici olarak tespit edilmi bir fiilin varl ,n, gerektirir.

B. B R ST SNA: LEHE KANUN PRENS B

Temel hak ve hürriyetleri s,n,rılay,c,, ceza içeren kanunlar,n bireyin aleyhine uygulanmamas,n,n ba lang,c, 1748 y,l,na kadar götürülebilecek¹²⁸, çok güçlü, köklü, entelektüel bir temeli vard,r: Montesquieu. Frans,z filozof, esasen belirlilik ilkesine temas etti i *de L'Esprit des Lois*'ın alt,nc, kitap, üçüncü bölümünde kanunilik prensibinin temel unsurlar,ndan olup ça da hukuk düzenlerinin olmazsa olmaz, aleyhe kanunun uygulanmamas, kural,n, u ekilde ifade etmektedir: *“Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur, ou de sa vie.”*¹²⁹ (Malvarl, ,, erefi veya hayat, söz konusu oldu unda bir kanun vatanda ,n aleyhine yorumlanamaz.).

En önemli ve en yayg,n suçlar, kapsayan bu ifadenin suça konu menfaatler veya ceza

¹²⁶ Karren J. Warren, **An Unconventional History of Western Philosophy: Conversations Between Men and Women Philosophers**, Rowman & Littlefield Publishers, Maryland, 2009, p.203.

¹²⁷ Hobbes, **Leviathan**, Part II, Chapter XXVIII, a.g.e., p.356.

¹²⁸ **De l'Esprit des Lois** (Kanunlar,n Ruhü Üzerine) isimli eserin ilk kez yay,mıland, , tarihtir.

¹²⁹ Montesquieu, **De l'Esprit des Lois**, *“Livre VI- Conséquences des principes des divers gouvernements par rapport à la simplicité des lois civiles et criminelles, la forme des jugements et l'établissement des peines, Chapitre III- Dans quels gouvernements et dans quels cas on doit juger selon un texte précis de la loi”*, a.g.e., p.73.

türleri aç,s,ndan geni yorumlanmas,yla, sonradan öngördü ü cezalar a ,rla t,r,lan bir kanunun vatanda a uygulanmas,n,n önlenmesinin ça da ceza anlay ,na katkıda bulundu u söylenebilecektir. Lehe kanun prensibinin, geçmi e yürüme yasa ,n,n ça da ceza hukukunda özellikle koruma alt,ndaki üphelinin, san, ,n veya mahkûmun aleyhine kullan,lmamas,n, sa lamak maksad,yla yarat,ld, ,n, söylemek isabetli ve özetleyici olacaktır,r.

BE NC BÖLÜM

KANUN L K PRENS B N N POZ T F HUKUKA YANSIMASI

Önemi kan,ksanm, hukuki ilkeler, genellikle, zaman,n ak, , içerisinde önce dü ünürlerin zihinlerinde ve eserlerinde teori olarak meydana ç,kar; soyut ve somut düzlemde tart, ,l,r, ele tirilir, savunulur, ayakta kal,r. Ard,ndan devletlerin geni anlamdaki hukuki düzenine etki eden anayasal belgelerinde yer al,r; sonras,nda ça da anlam,yla en üst norm olan anayasalarda ve do rudan uygulanabilmeye daha elveri li olan kanunlarda yerini al,r. Hukuk prensiplerinin genel itibariyle izledi i bu yolun kanunilik ilkesi bak,m,ndan da geçerli oldu unu teslim etmemek için sebep yok gibidir. Hobbes'un, Montesquieu'nün, Dicey'nin, Bentham'ın, Beccaria'nın büyük katk,lar,yla te ekkül eden prensibin teorik yap,s,, on üçüncü yüzy,ldan itibaren anayasal belgelerde örtülü ya da aç,k biçimde kendini göstermeye ba lam, , son yüzy,la gelince anayasac,l,k hareketlerinin revaç bulmas, sayesinde hemen bütün anayasalarda düzenlenmi ve son olarak ceza kanunlar,n,n hemen tamam,nda itibar görmü tür.

Prensibin düzenlendi i kanunlar aç,s,ndan, incelemenin konusunun ilkenin anayasal kökenlerine ili kin olmas,ndan ötürü ayr,nt,lar,na girilmeyecek düzenlemeleri hat,rlatmak yararlı olabilecektir. Osmanlı,-Türk hukukunda kanun baz,nda ilk kez 1274 (miladi 1858) Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda görülen kanunilik ilkesi, Cumhuriyet döneminde 1926'da kanunla an 675 say,l, eski Türk Ceza Kanunu ve 2004'te kabul edilen 5237 say,l, yeni Türk Ceza Kanununda düzenlenmi tir. Avrupa hukuk tarihi kronolojik olarak incelenirse, on sekizinci yüzy,lda prensibe yer veren tek düzenlemeyle kar ,la ,labilir: İmparator II. Joseph taraf,ndan, Frans,z htılali'nden iki sene önce ilan edilen 1787 Avusturya ceza kanunu¹. On dokuzuncu yüzy,la gelindi inde büyük çapta kodifiye edilen Frans,z hukukunda erken bir örnek olarak gösterilebilecek 1810 tarihli Frans,z ceza kanunu (*Code Pénal*)² ile selefinin Frans,z ceza kanunu oldu u bilinen ve onun yerine 1834'ten itibaren haz,rlanmaya ba lanan 1867 Belçika ceza kanunundan³ ba ka 1870'de

¹ Carl Ludwig von Bar, **A History of Continental Criminal Law**, translated by Thomas S. Bell, The Lawbook Exchange, New Jersey, 1999, p.251; Hakk, Demirel, *öSuçlar,n ve Cezalar,n Kanunili i Prensibi*, a.g.e., s.38.

² Walter Cairns - Robert McKeon, **Introduction to French Law**, Cavendish Publishing, London, 1995, p.145.

³ Bar, **A History of Continental Criminal Law**, a.g.e., p.367.

Alman imparatorluğunun kurulmasından bir yıl sonra, imparatorluğun ilk yasama projelerinden biri olarak kabul edilen 1871 Alman ceza kanunuyla (*Reichsstrafgesetzbuch*)⁴ ve 1873 Ticino Kantonu ceza kanunu ile Alman ceza kanunu esas alınarak suretiyle pek çok taslak olarak uzun bir hazırlık sürecinin sonunda ortaya çıkan 1889 İtalyan ceza kanunuyla⁵ karşılaşılmaktadır. Yirminci yüzyılın ilk yarısında 1930 senesinde ihdas edilen İtalyan ceza kanunu ile 1937 tarihli İsviçre ceza kanunu, ikinci yarısında ise farklı bir kanunilik anlayışı olduğu bilinen Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin 1960 yılında yapılan ceza kanununun⁶ yanı sıra 1971 İspanyol ceza kanunu kanunilik prensibinin düzenlendiği kanun düzeyindeki normlar açısından gösterilebilecek bazı örnekler arasında yer almaktadır.

I. ANAYASAL BELGELERDE KANUNİLİK

Adı anayasasız olarak anılmadığı, veya anayasa seviyesinde hukuki itibar görmediği halde temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından önem taşıyan bazı belgelerin kanunilik ilkesine yer verdiklerini görmek mümkündür.

A. İNGİLİZ ANAYASAL BELGELERİ

Kanunilik ilkesi bakımından ön plana çıkan iki anayasal metinden ilki Magna Carta Libertatum, ikincisi ise Habeas Corpus Actıdır.

1. Magna Carta Libertatum

Kanunilik prensibi ile incelemeye konu belge yan yana getirildiğinde, ilk akla gelen Alman hukukçu Franz von Liszt'in *kanunilik ilkesinin suçlunun Magna Carta'ya, oldu una dair bilinen vecizesidir*⁷.

⁴ Thomas Weigend, İtalya, **The Handbook of Comparative Criminal Law**, ed. Kevin Jon Heller - Markus D. Dubber, Stanford University Press, California, 2011, p.253.

⁵ Mauro Cappelletti - John Henry Merryman - Joseph M. Perillo, **The Italian Legal System**, Stanford University Press, California, 1967, p.47.

⁶ Sovyetler Birliği, kanunilik ilkesinin uygulanmadığı, ülkelere örnek olarak gösterilmekle birlikte, bu kanaatin bir indirgeme olduğu, Bolşevik ihtilalinden sadece beş yıl sonra, 1922'de ceza kanununun kabul edildiği, söz konusu kanunun kabul etmesinin kanunilik ilkesini tamamen reddetmediği, söylenebilir. Öztekin Tosun, *İtalyan Kanunilik Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku*, **ÜHFİM**, Cilt XXX, Sayı: 1-2 (Ord. Prof. Dr. Halil Arslan, *Yayın*), 1964, s.21-23. 6 Ocak 1959 tarihinde kabul edilen ve anayasasız olarak cezalandırma yetkisinin kullanıldığı, alandaki temel ilkeleri gösteren belge, kanunilik ilkesinin benimsendiğinin veya ilkeye geri dönüşün göstergesi olarak değerlendirilebilir. Tosun, *İtalyan Kanunilik Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku* a.g.m., s.21, s.25.

⁷ René van Swaaningen, **Critical Criminology: Visions from Europe**, SAGE, London, 1997, p.33. Antonio Cassese, *Nullum Crimen Sine Lege*, **The Oxford Companion to International Criminal Justice**, ed.

Ö retimin ilk a amalar,ndan itibaren farklı, ba lamlarda bir ekilde hakk,nda bilgiler aktar,lan Magna Carta'n, n ismini, imzaland, , ülkeyi, hatta tarihini ve taraflar,n, bilmeyen pek az ki i oldu unu söylemek yanl, olmayacakt,r. 1215'te İngiltere'de, Kral John ve baronlar, taraf,ndan imzaland, ,n, söylemek yerine, ayn, senenin ba ,ndan alt,nc, ay,na kadar süren müzakereler sonucunda "Bilinmeyen Özgürlükler Ferman,ö (*The Unknown Charter of Liberties*) olarak bilinen ilk tasla ,n,n olu turuldu undan⁸, kral,n zor duruma dü mesinden yararlanmak isteyen Fransa Veliht, Prens Louis ve skoç Kral, II. Alexander'ın deste iyle 10 Haziran'da Londra'da, Thames nehri yak,nlar,nda imzalan,p yürürlü e girdi inden⁹, hâlihaz,rda korunmu dört nüshas, mevcut olan özgün metnin Latince kaleme al,n,p halen Salisbury ve Lincoln Katedralleri ile British Library'de muhafaza ve te hir edildi inden¹⁰ bahsetmek daha ilgi çekici bulunacakt,r.

İngilizcede Büyük Sözle me (*Great Charter*) olarak isimlendirilen belgede kanunilik ilkesiyle ili kilendirilebilecek hükümleri ele almadan evvel, bir iki hususun alt,n,n çizilmesinde fayda oldu u dü ünülmektedir. Hukukun çe itli bran lar,nda farklı, ekillerde at,flar alan *Büyük Özgürlük Ferman,ın*,n t,pk, ça da anayasalar gibi bir ba lang,ç metni (*dibace, preamble*) ile ba lay,p ard, ,k surette maddelendirilmi altm, üç bölümden olu tu u görülmektedir¹¹. Öte yandan, kanunilik ilkesi ile yasama organ, aras,ndaki óen az,ndan k,ta Avrupas, hukuku ba lam,ndaki- güçlü ba lant,n,n erken döneme ait, öncü bir habercisi olarak metin boyunca, baz, maddelerde "Krall, ,m,z,n Genel Kuruluø (*Common Counsel of Our Kingdom*) biçiminde an,lan makama do rudan veya dolayl, olarak yetkiler tan,nd, , özel bir çaba sarfedilmeksizin dikkat çekmektedir. Ferman'ın on ikinci ve on dördüncü maddelerinde Genel Kurul (*Common Counsel*) makam,na do rudan at,fta bulunuldu u tespit edilmi tir¹². Genel Kurul, hükümdar,n

Antonio Cassese, Oxford University Press, Oxford, 2009, p.438.

⁸ Austin Lane Poole, **From Domesday Books to Magna Carta, 1087-1216**, 2nd Edition, Oxford University Press, New York, 1993, p.471-472.

⁹ Bkz: Andrew D.M. Barrell, **Medieval Scotland**, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p.74.; Stephen F. Rohde, **Freedom of Assembly**, Infobase Publishing, New York, 2005, p.1.

¹⁰ Peter Linebaugh, **The Magna Carta Manifesto, Liberties and Commons for All**, University of California Press, Berkeley, 2008, p.38.

¹¹ A.E.Dick Howard, **Magna Carta: Text and Commentary**, University of Virginia Press, Charlottesville, 1998, pp.33-54.

¹² Hükümler s,ras,yla u ekildedir: "12. No scutage nor aid shall be imposed on our kingdom, unless by common counsel of our kingdom, except for ransoming our person, for making our eldest son a knight, and for once marrying our eldest daughter; and for these there shall not be levied more than a reasonable aid. In like manner it shall be done concerning aids from the city of London. 14. And for obtaining the common counsel of the kingdom anent the assessing of an aid (except in the three cases aforesaid) or of a scutage, we will cause to be summoned the archbishops, bishops, abbots, earls, and greater barons, severally by our

varl, ,na ra men, askerlik yapmaman,n kar ,l, , olarak vergi veya ba ka bir ödemenin zorla toplanmas,na karar verme yetkisiyle donat,lm, t,r. Yine, ça da anayasal düzenlerde görüldü ü gibi, yasama organ, olmak yolunda ilerleyece i tahmin edilebilecek meclisin toplanma süresi, ekli ve usulü Magna Carta'da düzenlenen konular aras,nda yerini alm, t,r. Ku kusuz sözü edilen kurul, dünya genelinde yürütme organ,ndan yasama organ,n,n ayr,lmas,yla, hükümdara kar , çok say,da ki iden olu an bir meclisin hükümdar,n yetkilerinden bir k,sm,n, uhdesine almas,yla ba layan parlamenter sistem gelene inin bilinen ilk örne ini olu turmaktad,r. Kanunilik ilkesiyle alakal, olarak, Magna Carta'da ön plana ç,kan iktidara ortak olmaya ba layan meclisin, Genel Kurul'un (*Common Counsel*) görmezden gelinemeyecek boyutta itibar görmesinin büyük önem ta ,d, ,n, söylemek isabetli olacakt,r.

Devletin cezaland,rma yetkisine kar , bireylerin anayasalø olarak nitelendirilebilecek bir norm ile teminat alt,na al,nmas, aç,s,ndan ilk ad,m te kil etti i ileri sürülebilecek olan Büyük Ferman'da, cezai güvenceler muhtelif maddelerde göze çarpmaktad,r. Mesela, cezan,n miktar, ve türü bak,m,ndan s,n,r lama getiren yirminci maddede, özgür bir insan,n suçun derecesine göre küçük bir suç için sadece para cezas,na çarpt,r,labilece i, büyük boyuttaki bir suçun, suçun derecesine göre para cezas,na çarpt,r,labilece i, tüccarlar,n ise mallar,na zarar verilmeksizin ayn, ekilde cezaland,r,labilece i ve yine, bir suçluya verilmi olan a ,r bir cezan,n para cezas,na dönü türülebilece i düzenlenmektedir¹³. Devam,ndaki yirminci maddede sözle meyi imzalayan kral ve asilzadeler taraf,ndan, hâkimlerin gerçek ve itimat edilebilir delillere

letters; and we will moveover cause to be summoned generally, through our sheriffs and bailiffs, and others who hold of us in chief, for a fixed date, namely, after the expiry of at least forty days, and at a fixed place; and in all letters of such summons we will specify the reason of the summons. And when the summons has thus been made, the business shall proceed on the day appointed, according to the counsel of such as are present, although not all who were summoned have come.ö (12. Krall, ,m,zda, ülkemizin *Genel Kurulunun* izni olmad,kça zorla, askerlik hizmeti kar ,l, , olarak vergi ya da yard,m paras, al,namaz. Fiziki mevcudiyetimizin diyet verilerek esaretten kurtar,lmas,, en ya l, o lumuzun övallyeli e kabul töreni veya en büyük k,z,m,z,n ilk evlili i durumlar, bunun d, ,ndad,r. Bu üç amaç için makul bir yard,m talep edilebilir. Londra kentinin yard,m paralar, da benzer bir biçimde ayarlanacakt,r. 14. E er yukar,da bahsedilen o üç durumun d, ,nda yard,m paras,n,n ya da askerlik yapmama kar ,l, ,nda al,nacak verginin miktar,n, belirlemek sözkonusu olursa, *Krall, ,m,z,n Genel Kurulunun* toplanmas, amac,yla, en az 40 gün önceden olmas, ko uluyla, belirli bir gün ve yerde toplanabilmeleri için, tüm ba piskoposlar,, piskoposlar,, manast,r ba rahiplerini, kontlar, ve büyük baronlar, mühürlü mektuplarla davet edece iz. Ayr,ca, en yüksek mevkideki tüm ki ileri erifler ve görevli memurlar,m,z vas,tas,yla toplant, için ça ,raca ,z. Tüm davet mektuplar,nda toplant,n,n gerekçesini de aç,klayaca ,z. Ve böylece ba ar,yla yerine getirilen bir davetten sonra, sözkonusu olan i , ça r,lanlar,n tümü gelmemi olsa bile, sadece kat,lanlardan olu an meclis taraf,ndan kararla t,r,lan günde yerine getirilecektir.) Howard (ed.), **Magna Carta: Text and Commentary**, a.g.e., p.40.

¹³ Joanne Banker Hames - Yvonne Ekerne, **Constitutional Law: Principles & Practice**, 2nd Edition, Delmar Cengage Learning, New York, 2012, p.476.

dayanma zorunlulu u getirildi i görülmektedir.

Dü ünsel anlamda hükümdardan ayr, yasama organ, gelene ine dayanakl,k olu turmas, yönüyle, ekli aç,dan kanunilik ilkesiyle irtibat, ortaya ç,kar,lan, Taçøn yetkilerini s,n,rlayan ve medeni hürriyetlerin kurucu belgeleri aras,nda gösterilen Magna Carta'n,n maddi içerik aç,s,ndan kanunilik prensibiyle do rudan alakaland,r,labilecek hükmüne otuz dokuzuncu k,s,mda rastlanmaktadır: "Kendi emsallerinden¹⁴ olanlara ili kin kanuni muhakemeye ya da ülkenin ilgili kanunlar,na uygun olarak verilen bir karar olmad,kça hiçbir özgür insan tutuklanamaz, hapse at,lamaz, mal ve mülkü elinden al,namaz, sürgüne yollanamaz veya herhangi bir ekilde kötü muameleye maruz b,rak,lamaz.ö (*No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.*)¹⁵.

Bireyin, ba lang,çta seçkinler öncelikli ekilde olsa da- cezai devlet yetkilerinden korunmas,n, hedefleyen kurallar kapsam,nda de erlendirilebilecek düzenlemede, mahkûmiyet bir karara (kesin hükme) dayanmak zorunda b,rak,lmakta; dahas, mahkeme karar,n,n kanuna dayal, olmas, art ko ulmaktadır. Yarg,lama usullerinin kanunili i dahi düzenlemeden istihraç edilebilecek sonuçlar aras,na dâhil edilebilir; çünkü kanuni yarg,lama(*lawful judgment*) ilkesinden aç,kça söz edilmektedir. Öte yandan, birey özgürlü üne cezai yetkiler çerçevesinde giri len müdahaleler, hüküm giyme ile s,n,rland,r,lmam, ; tutuklama, müsadere (malvarl, ,na el koyma), zorunlu göç ve di er kötü muameleler kanunilik prensibinin geçerli oldu u konular aras,na ilave edilmi tir. "Ülkenin kanunlar,ø (*the law of the land*) ile kanuni hüküm ve yarg,lama düzenlemenin oda ,nda yer almakta oldu u göz önünde bulundurulacak olursa, anayasal belgelerde kanunilik prensibinin düzenleni ini Magna Carta Libertatum ile ba latmamak için sebep yok gibidir. Bununla beraber, prensip ile Magna Carta'n,n bir ba lant,s,n,n olmad, ,n, savunan görü ler de nadir de ildir. Bu görü lerden birine göre, belgede yer alan özgür bir insan,n sadece kanuni bir kararla tutuklan,p hapsedilebilece ini belirten düzenlemeyi,

¹⁴ *Peer* kelimesinin akran, emsal gibi anlamlar,na ilave olarak *lord* manas,na sahip olmas,, Büyük Özgürlük Ferman,øn, imzalayan taraflardan birinin lordlar olmas, hesaba kat,ld, ,nda ilginç bir terimsel tercih olarak görünmektedir. Öte yandan daha sonraki dönemlerde, on alt,nc, yüzy,lda Shakespeare'ın tutarl, ve sürekli olarak *peer* kelimesini öBirle ik Krall,k asalet derecelerinden birine sahip ki iö anlam,nda kullanm, olmas, çarp,c, bir linguistik veri olarak bu ba lamda göz önüne al,nabilecektir. Bkz: Rebecca Ann Bach,öThe çpeerlessøMacbeth: Friendship and Family in Macbethö, **Macbeth: New Critical Essays**, ed. Nick Moschovaki, Routledge, New York, 2008, p.104.

¹⁵ Christopher Peter Latimer, **Civil Liberties and the State: A Documentary and Reference Guide**, ABC-CLIO, California, 2011, p.39.

bireyin dokunulmazlı, ,n,n usul hukukunu ilgilendiren teminatlar,n, ortaya koyan bir hüküm olarak de erlendirmek do ru olacaktır,¹⁶.

2. Habeas Corpus Act

Latince "sahip olmak" anlamındaki *hab re* fiilinin¹⁷ ikinci tekil şahsa göre çekimlenmiş hali olan *habeas* ve yine aynı, dilde "beden" anlamına gelen¹⁸ *corpus* kelimelerinden oluşan, Türkçeye "övücuduna/kendine sahipsin" şeklinde tercüme edilebilecek olan "Habeas Corpus", geleneksel Anglosakson hukukunun temellerini oluşturmuş ve sıkı baskıya vurulan bir ilke ve düzenlemedir. Bireyin bedeniyle özgürleştirilen kişisel özgürlüğünün korunması, amaçlayan prensip, kendisine izafe edilen bir suç nedeniyle tutuklanan kişinin belirli bir maksatla hâkim huzuruna çıkarılması, emreden müzekkere veya mahkeme kararının ilkesel ve hukuki dayanağına dayanarak turmaktadır,¹⁹.

Habeas Corpus'un, evrensel düzeyde Büyük Özgürlük Fermanı, (*Great Writ of Liberty*) olarak tanınması ve önemi kazandığı görülmektedir. Diğer yandan, vatandaşların alıkoyması, kanun dışı olarak hâkimin kanunla tutulması, öncesinde daha doğru bir deyimle "hukuk dışı mahkemece tutulması, usulünü düzenleyen prensibin nadiren hukuki terimlerle tartışılmaya, gözlemlenmektedir²⁰. Hükümetin müdahalesinin baskıya çıkarılması, ve hukukun üstünlüğünün hayata geçirilmesi, hukuka aykırı şekilde hapsedilmiş bireyin mahkeme tarafından verilen bir karar sayesinde özgürlüğünün iade edilmesiyle mümkün olabilecektir.

İlkenin en önemli yanı sıra, kişinin gözaltına alınması ve hapsedilmesini mahkemenin idaresine teslim edilmesini öngörmekte olup *ad subjiciendum* şeklinde anılmaktayken, Habeas Corpus'un kanunla tutulmasından önce, İngiltere'de, özellikle Stuart hanedanının hüküm sürdüğü dönemde siyasi sebeplerin mahkûmiyetin kanun dışı etkisi etmemesinin denetlenmesinde sıkı baskıya vurulan bir hukuki temel olduğu bilinmektedir²¹. Prensibin kanunla tutulması, esasen uygulama sorunlarından ötürü ihtiyaç duyulmuş; mahkemelerin hapisanelerdeki mahkûmlar hakkında söz konusu himaye

¹⁶ Uğur Alacakaptan, **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezalar, Kanun Dışı Prensibi**, a.g.e., s.3-4.

¹⁷ Stanley Alexander Handford - Mary Herberg, **Langenscheidt's Latin-English Dictionary**, Langenscheidt, Berlin, 1955, p.91.

¹⁸ Handford - Herberg, a.g.e., p.150.

¹⁹ Rapalje - Lawrence, a.g.e., p.387.

²⁰ Eric M. Freedman, **Habeas Corpus: Rethinking the Great Writ of Liberty**, New York University Press, New York, 2003, p.1.

²¹ Rapalje - Lawrence, **A Dictionary of American and English Law**, a.g.e., p.387.

yetkisini kullanmaktan kaçınmalar, ve sistimal etmeleri neticesinde yol açılm, ve yasama süreci gerçekte tirilmi tir.

Büyük Özgürlük Ferman, ekinde anılan ilkenin birinci ve öncelikli olarak hukuki bir usul oldu unu, herhangi maddi hukuka ili kin bir hak yaratmad, n,, fakat bireyin kanuni haklar,n,n ihlali veya hukuki bir yükümlü ünün ihmal edilmesi hallerinde mahkeme odaklı, bir yöntemle çözüm buldu unu vurgulamak gerekmektedir²². Ba ka bir ekinde ifade etmek gerekirse, Habeas Corpus, kabul edilen, uygulamaya konulan, tan,nan ve bir surette hukuk düzeninde kendine yer bulan haklar,n ve görevlerin yarg,n,n zorlay,c, gücü vas,tas,yla hayata geçirilmesini sa layan usuli bir mekanizmad,r²³.

çtihadı bir gelenek olmas,n,n yan, s,ra pozitif bir norm niteli i ta ,makta oldu u söylenebilecek Habeas Corpus'un kodifiye edildi ini görebilmek için on yedinci yüzyıl,n son çeyre ini beklemek gerekecektir. Kral II. Charles'ın hükümdarlı , s,ras,nda ngiliz Parlamentosunca ihdas edilip 27 Mayıs 1679 tarihinde kral taraf,ndan ,s,da edilen²⁴ Habeas Corpus Act, 1888 tarihli *Statute Law Revision Act*, 1967 *Criminal Law Act*, 1971 *Courts Act* ve son olarak 1976 tarihli *Bail Act* düzenlemeleriyle geni bir zaman diliminde baz, de i iklere maruz kalsa da, on yedinci yüzyıldaki esas mahiyetine sahip olmay, sürdürmektedir. Magna Carta ile -büyük ferman'ın payesini payla an Habeas Corpus Act'ın öki i özgürlü üyle ilgili teminatlar,n iyile tirilmesi ve deniz a ,r, mahkumiyetlerin engellenmesi hakk,nda kanunö (*An act for the better securing the liberty of the subject, and for prevention of imprisonments beyond the seas*) ba l, n, ta ,d, , ve hemen her biri oldukça uzun yirmi bir maddeden olu tu u görülmektedir²⁵. 1679 Düzenlemesi, bir anayasal belge ve bir kanun olarak, bireyin kesin hüküm giymesi öyle dursun, ça da terimlerle ifade etmek gerekirse, gözalt,na al,nmas,n, ve tutuklanmas,n, dahi kanunilik ilkesi kapsam,na alm, t,r.

B. OSMANLI-TÜRK ANAYASAL BELGELER

Kanunilik prensibinin Sened-i ttifak ile ba layan Türk anayasal tarihinde ba , çeken düzenlemelerde kökeni arand, ,nda, herhangi bir a ,r, yorum'a giri meksizin kar ,la ,lan

²² Nancy J. King - Joseph L. Hoffmann, **Habeas for Twenty-First Century: Uses, Abuses, and the Future of the Great Writ**, University of Chicago Press, Chicago, 2011, p.4.

²³ King - Hoffmann, a.g.e., p.4.

²⁴ Bkz: Andrew Swatland, **The House of Lords in the Reign of Charles II**, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p.223.

²⁵ Andrew Browning, **English Historical Documents: 1660-1714**, Volume VI, Routledge, New York, 2001, p.92 vd.

ilk belge Tanzimat Fermanı, olmaktadır. Sened-i ttifakın esas itibarıyla ayanlar, ve merkezi otoriteyi ilgilendiren, vergi geleneği ve hukukuyla ilgili hususiyetler bir kenara bırakılarak, padişah hükümdarın yetkilerinden bazıları, hanedanında yer alan sadrazama terk etmesinin bir nişanesi olan niteliği²⁶ göz önünde bulundurulduğunda, kanunilik ilkesiyle ilgili kılendirebilecek birtakım düzenlemelere rastlamak için Sened-i ttifak yerine, halka hitap etmesi, tıpkı Habeas Corpus'un övritö olma özelliği göstermesi gibi, "ferman" ismini ve vassıfını taşıyan Tanzimat Fermanının hükümlerinin ayrıntılarına, ara tırmanına daha yararlı olduğu anlaşılmaktadır.

1. Tanzimat Fermanı,

Sened-i ttifakın müphem ve çekingen varlığıyla kısa süreli ine parlamen- tasyonun ardından çabada la ma sürecinin hediyesi sifatıyla, yakıtırlabilecektir, cesaret ve irade-i seniye eserini ilk anayasal belge Tanzimat Fermanıdır. 1839 yılının Kasım ayının üçünde Sultan Abdülmecit'in talimatıyla Koca Mustafa Reşit Paşa tarafından Gülhane Parkında elçiler, devlet erkânı ve halkın huzurunda ilan edilen Ferman²⁷, "Tanzimat", Hayriye ve "Gülhane Hatt-ı şerifi" isimleriyle de anılmaktadır.

Bazı kaynaklarda sayfaya ancak kadar uzun cümlelere rastlanan Fermanın girişiinde, Sultanın diliyle öbundan böyle Devlet-i Âliye ve memâlik-i mahrusâm, zımnı hüsn-i idaresi zımnında bazı kavânîn-i cedîde vazıve tesisi lâzım ve mühim görünödü ünden²⁸ dem vurulmaktadır. Sultan Abdülmecit'in daha önceden, her seviyedeki muhataplarına eksiksiz bir emirlik getireceğini vaat ettiği²⁹, ihtiyacı, hissedilen kanunlar arasında ceza kanununun olduğu Fermanın ikinci cümlesinden anılmaktadır. Metnin tamamında "kanun" teriminin üç kez, kanun kelimesinin çoğulu olan "kavânîn" teriminin ise tam on iki kez kullanılması, Tanzimat Fermanı, kaleme alanların *kanunu* özellikle bir terim olarak ne denli önemsemişini gösteren ciddi bir veridir.

Kanun, Fermanında öylesine üstün bir konuma yerleştirilmiştir ki, devlet erkânı, dahi bu güçten müstesna değildir. Yeni bir ceza kanunu kaçınlamazdır: ölemâ ve vüzerâdan ve-

²⁶ Bkz: Gülsevîm Yumuk, "Is Everything That Is Legal Ethical: Research on the Turkish Tax System", **The Ashgate Research Companion to Corporate Social Responsibility**, ed. David Crowther, Nicholas Capaldi, Ashgate Publishing, Hampshire, 2008, p.307.

²⁷ Bülent Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, Yapı Kredi Yayınları, 21. Baskı, İstanbul, 2011, s.83.

²⁸ Suna Kili - A. Şeref Gözübüyük, **Sened-i ttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, Türkiye Bankası Kültür Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2006, s.12.

²⁹ Bkz: Roderic H. Davison, **Nineteenth Century Ottoman Diplomacy and Reforms**, ISIS Press, İstanbul, 1999, p.455.

l-hâs,l her kim olur ise olsun kavânîn-i erşyyeye muhalif hareket edenlerin kabahat-i sabitelerine göre tedibât-, lây,klar,n,n hiç rütbe ve hat,r ve gönüle bak,lm,yarak icrâs, z,mn,nda mahsûsen ceza kanûnnâmesi dahi tanzîm ettirilsin³⁰. Bu ba lamda hat,rlatmak gerekir ki, Tanzimat Ferman,øn,n kanun temelli tutumu, II. Mahmutøun ölümünden sonra da sürdürölmü tür³¹.

Fermana göre padi ah bile kanunlara ayk,r, hareket edemeyecektir; bunun teminat, olarak yemin etmektedir: öcânib-i Hümayûnumuzdan hilâf,na hareket vukû bulm,yaca ,na ahd ü misak olunupö³². Böylece iktidar kendi kendini s,n,r,lamakta,r; dolay,s,yla *auto-limitation*øun varl, ,ndan bahsetmemek için sebep yoktur³³. Bu ba lamda ortaya ç,kan -kanunun üstünlü üø ve -kanuna sayg,ø kavramlar,, kanunilik ilkesinin anayasal temeline inen merdiven basamaklar,ndan ikisi olarak de erlendirilmelidir.

Tanzimat Ferman,ønda kanunilik ilkesinin kökenlerinin bulundu unu Bülent Tanör teyit etmektedir. Yazar, ku kuya mahal vermeyecek ekilde, -ki i dokunulmazl, , ve güvenli iø ba lam,nda, kanun-d, , nedenlerle suç i lemekle itham edilmeme ve cezaland,r,lmama hakk,n,n, daha bilinen ifadesiyle -kanunsuz suç ve ceza olmazø ilkesini Tanzimat Ferman,øn,n sonuçlar, aras,nda göstermektedir³⁴.

Kanunilik prensibini bünyesinde bar,nd,ran ceza muhakamesine ili kin teminatlar,n, anayasal de er ta ,makla ayr, bir ba l,k alt,nda de erlendirilmesi³⁵, prensip ile anayasal dü ünçe aras,ndaki ba ,n tezahürlerinden biridir.

Gülhane Hatt-, Hümayunuønda kanunilik prensibi öfi-mâbaød eshab-, cünhan,n dâvâlar, kavânîn-i erşyye iktizas,nca alenen ber-vech-i tetkîk görölüp hükmolunmad,kça hiç kimse hakk,nda hafî ve celi idam ve tesmim muamelesi icrâs, câiz olmamakö³⁶ ifadelerinden ç,kar,labilir. Suç i leyenlerin davalar,n,n kanunlar,n gere ince görölmesini emreden Ferman,n, kanuni düzenleme ve mahkeme karar, olmaks,z,n özellikle idam cezas, verilemeyece ini vurgulamas, Beccariaø,n da *Dei delitti e delle pene*øde temas etti i, kanunilik ilkesinin öncelikle ve bilhassa en a ,r suç olan idam bak,m,ndan geçerli oldu u dü ünçesiyle ili kilendirilebilir. Hukuk devleti ve anayasal güvenceler konusundaki olumlu geli meølerin ad, üzerinde ani ve nihai bir sonuç eklinde de il de geli ime dayal,, tedrici

³⁰ Kili - Gözübüyük, **Sened-i ttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, a.g.e., s.14.

³¹ Bkz: Davison, **Nineteenth Century Ottoman Diplomacy and Reforms**, a.g.e., p.455.

³² Kili - Gözübüyük, **Sened-i ttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, a.g.e., s.13-14.

³³ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yay,nlar,, Bursa, 2000, s.13.

³⁴ Tanör, **Osmanl,-Türk Anayasal Geli meleri**, a.g.e., s.89.

³⁵ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s.13.

³⁶ Kili - Gözübüyük, **Sened-i ttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, a.g.e., s.13.

olmas,, ölüm cezası niçin kanunilik prensibinin ilk uygulandı, , yapılmı oldu u konusunda yeterince açıklanmış.

2. Islahat Fermanı,

Hicri 11 Cemaziyelahir 1272 tarihine tekabül eden 28 Ocak 1856'da Bâb-ı Âlîde bütün vekiller, yüksek memurlar, eyhülslâm, hahamba, patrikler ve cemaat ileri gelenleri önünde okunarak ilan edilen³⁷, başlangıcında İslâhâta dair taraf-ı vekâlet-i mutlaka'ya hitaben bâlâs, Hatt-ı Hümayûn ile muvâhâfâta şâri'ye olan Fermân-ı Âlînin sûretidir. Öibaresinin bulunduğu *Islahat Fermanı*³⁸ özgün metninde kanun kelimesinin üç defa kullanılmış, görülmektedir. Fermanın adı olarak içerdiği gayr-müslim hakları itibarıyla dış baskı altında hazırlanmış görüntüsünün olumsuzluğu uluslararası belge olmak yerine iç hukuk belgesi niteliği taşıması tercih edilmiştir. Belgeyle getirilen düzenlemelere bakıldığında, incelemeye konu belgenin içerisinde İslam dininden çekim (irtidat etmenin) idamla cezalandırılmaması, gayrimüslimlerin ahitli haklarının geçerli kabul edilmesi, yargılamasının aleniliği, yeni ceza kanunları yapılması, kâfîrlerin kaldırılması ve ceza uygulamalarının insanileştirilmesinin ön plana çıkması, görülmektedir³⁹.

Özünden de anlaşılacağı gibi, Osmanlı hükümdarı tebaasına bahsettiği veya vaat ettiği haklara yer veren *Ferman*'de kanunun ceza zorunlu kaynağı olarak gösterildiği kısımlar şöyledir:

Ö... tedibât-ı cezaiyyeye müstahak bulunanların haps ve tevkifine mahsûs olan kâffe-i mahbes ve mahalli sairede usûl-i hapsiyenin mümkün mertebeye müddet-i kalile zarfında şlâh, müba'eret olunması, ve herhalde hapishânelerde bile cânib-i saltanat-ı seniyyemden vazı'k, nizamât-ı inzibatiyeye muvâfık olan muamelâtta maada hiçbir gûna mücazaât-ı cismaniye ve eziyet ve kenceye mü'abih kâffe-i muamele dahi kâmilen la'v ve iptal kılınması, ve bunun hilâfında vukû bulacak hareket ediden men' ve zecrolunacağından maada bunun icrâsını emreden memurîn ile bi-l-fiil icrâ eyleyen kâsân dahi *ceza kanûnnâmesi iktizasınca* takdir ve tedip olunması, ...⁴⁰

Hemen belirtmek gerekir ki, *kanunname* terimi Osmanlı imparatorluğu hukukunda kanun (hatta genel kanun veya *code*) anlamında kullanılmaktaydı⁴¹. Gayr-müslimlere verilen haklarla ilgili kısımlarda da kanun terimi, cezalandırma normu olarak yerini almıştır:

³⁷ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s.19.

³⁸ Düstur, Birinci Tertip, Cilt I, s.7.

³⁹ Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, a.g.e., s.96.

⁴⁰ Kili - Gözübüyük, **Sened-i tîfaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, a.g.e., s.19.

⁴¹ Sulhi Dönmezer, *ÖTemel Kanunö, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, Cilt I., ed. Köksal Bayraktar *et al.*, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 2008, s.172.

õ... mücazaât ... kanûnlariyle muhtelif divânlar,nda icrâ olunacak usûl ve nizamât-, mürafaat mümkün mertebe sürûtle ikmâl olunarak ve zapt ü tedvîn k,l,narak memâlik-i mahrusâ-i âhânemde müstamel olan elsine-i muhtelifeye tercüme ile ne r ü ilân olunmas,...ö⁴²

mparatorluk toplumunun dil bak,m,ndan çe itlilik arz etmesinden ötürü Türk dilinde ihdas edilen kanunun çe itli lisanlara çevrilmesinin oldukça ileri bir ad,m oldu unu kabul etmek gerekir. Bu ba lamda kanunun belirlili ini öngörülebilirli ini art,ran tercüme düzenlemesi, 1856 metninin gayr,müslim milletler aç,s,ndan hukuki sekülerle tirmenin⁴³ bir parçası, olarak nitelendirilebilir. Di er yandan, kanunun kamu görevlilerinin haks,z davran, lar da bulunmas,n, önlenmesini öngören kural, içeren bir düzenleme olarak kullan,ld, , k,s,m, Islahat Ferman,nda öyle yer almaktadır: õ... ahad-, nâs beyinde veyahut memurîn taraflar,ndan dahi mûcib-i in ve ar olacak veya nâmusa dokunacak her türlü tarif ve tavsifin istimali *kanûnen mençolunmas,...ö*⁴⁴. Kanunun memurlar,n ve bireylerin ó pek muhtemelen- suç te kil eden davran, lar,n,n yasaklanmas,n,n usulü ve biçimi olmas, Fermanın söz konusu hükmünün sonuçlar,ndan kanunilik ilkesine en yak,n olan, ekinde de erlendirilebilecektir.

II. ULUSLARARASI MET NLERDE KANUN L K

ç hukuk düzenlerinin anayasal yap,lar,n, etkilemek hususunda bilinen bir etkiye sahip milletlerarası, sözle melerde, sadece âkit devletlerin vatandaşlar, bak,m,ndan yaratt, , hukuki sonuçlarla de il, sözle menin taraf, olmayan devletlerin vatandaşlar, bak,m,ndan cezai soru turmalar ve kovu turmalar,n kuralla ba lanmas,n, öngören güvencelerin dolayl, ekinde sa lanmas,na yönelik etkisiyle de kanunilik prensibi kendini göstermektedir. Uluslararası, sözle melerde kanunilikle alakalı, düzenlemeleri inceleyen bu ba lıkta, kanunilikle ilgili hükümleri bilinenbaz, sözle meler, incelemeye konu edilen sözle melerin hükümleriyle çok yak,n veya birebir içeri e sahip olmas, nedeniyle de erlendirme d, , b,rak,lm, t,r. 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Sözle mesi⁴⁵ ve 1969 tarihinde Kosta Rika da imzalanan San Jose Paktı, olarak da bilinen Amerikan nsan Haklar, Sözle mesi⁴⁶,

⁴² Kili - Gözübüyük, **Sened-i ttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, a.g.e., s.19.

⁴³ Stanford Jay Shaw ó Ezel Kural Shaw, **History of the Ottoman Empire and Modern Turkey: Reform, Revolution and Republic**, Vol. II, Cambridge University Press, Cambridge, 1977, p.124.

⁴⁴ Kili - Gözübüyük, **Sened-i ttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, a.g.e., s.18.

⁴⁵ Özgün metin için bkz: H. Victor Condé, **A Handbook of International Human Rights Terminology**, second edition, University of Nebraska Press, Lincoln, 2004, p.286-302.

⁴⁶ Özgün metin için bkz: Inter-American Commission on Human Rights, **Ten Years of Activities: 1971-1981**, Organisation of American States, Washington, 1982, pp.22-41.

kanunilik prensibiyle ba lant,land,r,labilecek kurallar, bünyesinde bar,nd,rnakla birlikte incelemeye konu edilen sözle melerin hükümlerine k,yasla benzer veya ayn, anlamlar, ifade eden düzenlemelere yer vermesi hasebiyle ele al,nmayan milletleraras, belgelere örnek olarak gösterilebilecektir. Di er yandan, Uluslararası, Ceza Mahkemesi Roma Antlaşması'nın kanunilik prensibini ilgilendiren ayrıntılı hükümlerinin uluslararası hukukla ilgili anayasal temellerin d ,na ta acak tart, malar, bünyesinde bar,nd,rmas,ndan ötürü de erlendirmeye dâhil edilmedi ini belirtmekte fayda vard,r.

A. PHILADELPHIA KONGRES KARARLARI

İngiltere'den ayrılp ba ,ms,zl, a giden yolda k,ta çap,nda yapılan ikinci Philadelphia Kongresi, Amerika Birle ik Devletleri'nin ba ,ms,zl,k beyannamesiyle sonuçlanm, t,r. John Locke Jean Jacques Rousseau'dan ilham al,narak haz,rlanan metinde tüm insanl, , ilgilendiren ilkelerin ilan edildi i giri k,sm,n,n devam,nda Büyük Britanya kral,n,n say,lan sebeplerden ötürü itham edildi i ve ba ,ms,zl, ,n ilan,na temel olu turacak aç,klamalar yer almaktadır.

Kral,n suçland, , k,s,mda, kanunilik prensibiyle alakaland,r,labilecek bir de erlendirmeye rastlanmaktadır. Kongreye göre, kral, anayasaya ayk,r, dü en ve kendi kanunlar,yla ba da mayacak düzenlemelere Amerikan halk,n, tâbi k,lmak istemi tir⁴⁷. Bu nedenle baz, kanunlar, onaylam, t,r. Sözü edilen kanunlar,n konular, aras,nda, gerçekte i lenmemi , sahte suçlar nedeniyle yarg,lanmak üzere Amerikan halk,na mensup ki ilerin deniza ,r, ülkelere gönderilmesi bulunmaktadır⁴⁸.

Beynamede dikkat çeken noktalar, Amerikan halk,n,n cezai soru turma ve kovu turmas,n,n ba ka ülkelerin mahkemeleri taraf,ndan yapılmamas,n,n reddedilmesinin yan, s,ra at,fta bulunulan suçlar,n Amerikan kanunlar,na göre gerçek suçlar olmamalar,, sahte, uydurma suçlar (pretended offence) olarak nitelenmi olmas,d,r. Kendi halk,n, olu turan bireylerin cezaland,r,lmamas, yetkisinin Amerika'daki mahkemelerce yapılmamas,n,n gerekli görüldü ü, Amerika'da geçerli olan kanunlar,n Birle ik Krallık'nın kanunlar,na göre haklı ve üstün say,ld, ,, böylece Amerikan federal ulusal hukuk anlay, ,n,n olu tu u⁴⁹ ekinde sonuçlar ç,kar,labilece i gözlemlenmektedir. Suçlar bak,m,ndan Amerikan

⁴⁷ Thomas Jefferson, **The Works of Thomas Jefferson**, Vol. II, Cosimo Inc., New York, 2009, p.207.

⁴⁸ "Transporting us beyond seas to be tried for pretended offences". Jefferson, **The Works of Thomas Jefferson**, a.g.e., p.207-208.

⁴⁹ Bkz: Joseph F. Zimmerman, **Contemporary American Federalism: The Growth of National Power**, 2nd Edition, State University Of New York Press, New York, 2008, p.2 vd.

kanunlar,n,n esas al,nd, ,, reddedilen kanunlar,n konular,n,n s,raland, , k,sm,n ba lang,c,nda ökanunlar,m,zca onaylanmam, ö (*unacknowledged by our Laws*⁵⁰) ibaresinden anla ,lmaktad,r. Siyasi ayr,l,k talebinin me rula t,r,lmas, bak,m,ndan metni de erlendirmek mümkün olsa da, suçlar,n kayna , olarak, üstelik ça da *ulusal* hukuk anlay, ,yla örtü ecek Amerikan kanunlar,n,n -dolayl, ekilde- gösterilmi olmas, kanunilik ilkesi bak,m,ndan anlams,z olarak nitelendirilemeyecektir. Nitekim beyannamenin ba lang,c,nda bireyin do u tan gelen haklar,ndan söz edilmesinin, kral,n *yemel* kanunlara ayk,r, ekilde suç i ledi i iddias,yla ki ilerin ülke d, ,na ç,kar,lmas,n,n kabul edilemez bulunmas, olgusuyla paralellik gösterdi i söylenebilecektir.

B. FRANSIZ NSAN VE YURTTA HAKLARI BEYANNAMES

nsan haklar, tarihinde önemli bir konuma sahip Frans,z htılaliğnin temel belgelerinden biri olan, yap,ld, , dönemde evrensel düzeyde kabul görmü ógenel kanaatin aksine-toplumun tüm s,n,flar,n,n bireysel ve toplu haklar,n, yans,tt, , dü ünülen Frans,z nsan ve Yurtta Haklar, Beyannamesi (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*), her yerde ve tüm zamanlar için geçerli ve insan tabiat,na uygunluk k,stas,n, ön plana ç,karan do al hak kuram,ndan kayna ,n, alan⁵¹ uluslararası, belgelerdendir. Frans,z Milli Kurucu Meclisi, beyanname metni üzerinde kesin olmamakla birlikte 27 A ustos 1789 tarihinde uzla maya varm, , sorunlu hükümlerle ilgili meseleler anayasağn,n yap,lmas,na kadar ask,ya al,nm, t,r⁵². Beyannamenin pek çok maddesi kanunlara at,fta bulunmaktadır. Kanunilik ilkesiyle ili kilendirilmesi mümkün olmayan hükümler bir yana b,rak,l,rsa baz, maddeler dolayl, ekilde (dördüncü, be inci, on birinci maddeler), baz,lar, ise do rudan (yedinci, sekizinci, maddeler) suçta ve cezada kanunilik prensibini ilgilendirmektedir. Apaç,k ekilde suçlardan veya cezalardan bahsetmeyen ve dolayl, olarak suçta ve cezada kanunilik prensibini ilgilendirdi i dü ünülen hükümler öyledir:

Madde 4

Özgürlük, ba kas,na zarar vermeyecek her eyi yapabilmektir. Böylece her insan,n

⁵⁰ Jefferson, *The Works of Thomas Jefferson*, a.g.e., p.207.

⁵¹ Bkz: William Frank Smith, *Catholic Church Milestones: People and Events that Shape the Institutional Church*, Dog Ear Publishing, Indianapolis, 2010, p.62.

⁵² Keith Michael Baker, öThe Idea of a Declaration of Rightsö, *The French Idea of Freedom: The Old Regime and the Declaration of Rights of 1789*, ed. Dale Van Kley, Stanford University Press, California, 1994, p.189.

do al haklar,n, kullanmas,, toplumun di er üyelerinin ayn, haklardan yararlanmalar,n, sa layan s,n,rlarla belirlidir. Bu s,n,rlar ise ancak kanun ile belirlenebilir.

Madde 5

Kanun ancak toplum için zararlı, fiilleri yasaklayabilir. Kanunun yasaklamad, , bir ey engellenemez ve hiç kimse kanunun emretmedi i bir eyi yapmaya zorlanamaz.

Madde 11

Dü üncelerin ve inançlar,n özgürce iletilmesi insan,n en de erli haklar,ndandır. Bu nedenle her yurttta serbestçe konu abilir, yazabilir ve yay,nlayabilir, ancak bu özgürlü ün kanunda belirlenen kötüyeye kullan,lmaz, hallerinden sorumlu olur.⁵³

Kanun koyucu taraf,ndan cezaland,r,lmay, hak etti i belirlenen fiiller veya suçlar, ço u zaman özgürlükleri s,n,rlay,c, yapt,r,mlara tabi tutulur. Beyannamenin dayand, , tabii hukuk anlay, ,yla çeli en, ironik bir biçimde dördüncü madde, cezalar,n infaz,nda doruk noktas,na ula an özgürlü ün k,s,tlanmas, ile ilgili s,n,rlar, ancak kanunun belirleyebilece ini ilan etmektedir.

Yasaklanan ve i lendi inde genellikle yapt,r,mla cezaland,r,lan fiillerin tespitinde kanuna tekel yetkisi bah eden be inci madde, ayn, zamanda kanunu da s,n,rlamakta, ancak toplum için zararlı, fiillerin i lenmesinin kanun taraf,ndan yasaklanabilece ini hükme ba lamaktadır. Kanunilik ilkesini benimsedi i halde, bir ba ka hükmüyle me ruiyet dayana , haline getirdi i kanunu dahi tamamen serbest b,rakmayan be inci maddenin, kanun koyucununun kural koyarken uymas, gereken bir art öngörmesi anayasal bir vas,f olarak de erlendirilebilir.

⁵³ Beyannameni dördüncü, be inci ve on birinci maddelerinin Frans,zca özgün metinleri ve ngilizce tercümelemi u ekildedir:

öArticle 4 La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. Article 5 La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. Article 11 La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.ö Stéphane Caporal, öDocuments constitutionnels de la France et de la Corseö, Horst Dippel, **Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century**, Walter de Gruyter, Göttingen, 2010, p.29-30. öArticle 4 Liberty consists in the freedom to do everything which injures no one else; hence the exercise of the natural rights of each man has no limits except those which assure to the other members of the society the enjoyment of the same rights. These limits can only be determined by law. Article 5 Law can only prohibit such actions as are hurtful to society. Nothing may be prevented which is not forbidden by law, and no one may be forced to do anything not provided for by law. Article 11 The free communication of ideas and opinions is one of the most precious of the rights of man. Every citizen may, accordingly, speak, write, and print with freedom, but shall be responsible for such abuses of this freedom as shall be defined by law.ö **The French Idea of Freedom: The Old Regime and the Declaration of Rights of 1789**, ed. Dale Van Kley, Stanford University Press, California, 1994, p.1-2.

fade özgürlü ü ile inanç özgürlü ü yayg,n ekilde devletin cezaland,rma yetkisiyle kar , kar ,ya gelen hürriyetler aras,nda yer al,r. On birinci madde dü üncelerin ve inançlar,n dile getirilmesini ve aktar,lmas,n, serbest b,rakmakta, kötüye kullan,lmas,nda bir yapt,r,m,n, cezan,n uygulanmas,na ancak kanunla düzenlenmi oldu u takdirde izin vermektedir. nsan haklar,n,n en çok kabul görüp önemsendi i XXI. yüzy,lda Türkiye'nin de aralar,nda bulundu u baz, ülkelerde kanunilik unsuru tart, mal,, özellikle ifade özgürlü üne ili kin ceza davalar,n,n görülmesi, Fransa'da anayasall,k blo una (*bloc de constitutionnalité*) dâhil edilen, di er ülkelerde ise ikincil düzeyde olsa da anayasal de er atfedilen Frans,z nsan ve Yurtta Haklar, Beyannamesi'nin on birinci maddesinin gereklili ini sürdürdü ünün bir kan,t,d,r.

Ku kuya yer b,rakmayacak surette suçta ve cezada kanunilik ilkesini pozitifle tiren beyanname hükümleri u ekildedir:

Madde 7

Kanunun belirledi i haller veya kanunun öngördü ü biçimin d, ,nda ba ka bir yoldan hiç kimse suçlanamaz, yakalanamaz ve tutuklanamaz. Keyfi düzenlemeler yap,lmas,n, isteyen, keyfi emirler veren, bunlar, uygulayan veya uygulanmas,na izin verenler cezaland,r,lmal,d,r. Ancak kanuna uymaya davet edilen veya kanunlarca yakalanan her vatanda kanunlara itaat etmelidir. Kanunlara kar , gelmek vatanda , suçlu hale getirir.

Madde 8

Kanunlar sadece kesin ve aç,k bir ekilde gereklili i olan cezalar belirlemelidir ve hiç kimse suçun i lenmesinden önce ilan edilen ve gere i ekilde uygulanan kanunlar,n icab, d, ,nda cezaland,r,lamaz⁵⁴.

Beyannamenin yedinci maddesinin ilk cümlesinde kullan,lan ökanunun belirledi i hallerö (*les cas déterminés par la Loi*) ifadesi suçta ve cezada kanunilik prensibinin maddi

⁵⁴ Beyannamenin ilgili hükümlerinin Frans,zca özgün metni ile ngilizce tercümesi u ekildedir:

Article 7. Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance. Article 8. La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. Stéphane Caporal, Documents constitutionnels de la France et de la Corse, Horst Dippel, **Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century**, a.g.e., p.29-30. Article 7: No person shall be accused, arrested, or imprisoned except in the cases and according to the forms prescribed by law. Any one soliciting, transmitting, executing, or causing to be executed, any arbitrary order, shall be punished. But any citizen summoned or arrested in virtue of the law shall submit without delay, as resistance constitutes an offense. Article 8: The law shall provide for such punishments only as are strictly and obviously necessary, and no one shall suffer punishment except it be legally inflicted in virtue of a law passed and promulgated before the commission of the offense. **The French Idea of Freedom: The Old Regime and the Declaration of Rights of 1789**, ed. Dale Van Kley, a.g.e., p.2.

hukuka ili kin k,s,m,n,n bir yans,mas,d,r; kanunilik ilkesinin, suçun tan,m, ve cezan,n miktar,n,n kanunla belirlenece i eklindeki genel kabul gören içeri ini yans,tmaktad,r. Öte yandan ayn, cümlede yer bulan õkanunun öngördü ü biçimö (*les formes qu'elle (la loi) a prescrites*) ibaresi, beyannamenin kanunilik ilkesini yaln,z maddi hukuka ili kin de il ayn, zamanda usul hukuku ba lam,nda da telakki etti ine i aret etmektedir. Yaln,z mahkûm edilmek de il, suçlanmak, yakalanmak ve tutuklanmak dahi kanunilik ilkesinin uyguland, , alana dâhil edilmi tir. Bu noktada, suçlar ve cezalar bak,m,ndan, k,yas yasa ,n,n egemen oldu u maddi hukuka kar ,l,k usul hukukunda k,yas,n serbest oldu una dair yayg,n kanaati hat,rlatmak faydal, olacakt,r.

Bireylerin herhangi bir zorlamaya itaat etmesinin tek yolu kanunun emretmesidir. Bir ki i ancak kanun gere i suçlu görülebilir.

Kanunilik prensibi beyannamede sadece kanunu yücelten de il, onu s,n,rland,ran da bir mahiyete sahip ekilde telakki edilmi tir. Öyle ki, kanunlar,n veya daha do ru bir ifadeyle kanun koyucular,n geli igüzel, özensiz, belirsiz, kesinlikten uzak bir surette suçlar, ve cezalar, tanzim etme yetkisi yoktur. Sekizinci maddenin ilk cümlesine göre, kanunlar -sadece kesin ve aç,k bir ekilde gereklilik arz eden cezalarø (*peines strictement et évidemment nécessaires*) koyabilir. Esasen bu s,n,rlama *anayasal* bir yap,ya sahiptir; zira kanunun uygulay,c,lar,n, de il, bizatihi kanun koyucuyu ba lamaktad,r. Di er yandan ayn, hükümle ilgili unu da belirtmek gerekir ki, hükümde vurgulanan *gereklilik* hukuki bir zorunluluktan çok siyasi bir yöne sahiptir; *ceza hukukunu* de il, *ceza siyasetini* ilgilendirmektedir. Ayn, maddede belirtilen bir ba ka anayasal s,n,rlama, kanunun gere inin yerine getirilebilmesi için -suç i lenmesinden önce ilan edilmesini (*promulguée antérieurement au délit*) art ko maktad,r. üphesiz bu art da kanun koyucuyu muhatap almaktad,r.

C. NSAN HAKLARI EVRENSEL BEYANNAMES

Birle mi Milletler nsan Haklar, Komisyonu'nun 1948 yaz,nda haz,rlay,p Birle mi Milletler Genel Kurulu'nun ayn, y,l,n sonunda kabul etti i otuz maddelik nsan Haklar, Evrensel Beyannamesi'nin (*Universal Declaration of Human Rights*) 11. maddesi

kanunilik ilkesiyle alakalıdır. Hüküm u ekildedir:

1. Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanınması, açık bir yargılama sonunda, kanuna göre suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır.
2. Hiç kimse ihsan edilmemesi, ulusal yada uluslararası, hukuka göre bir suç oluşturmamış herhangi bir fiil veya ihmalden dolayı, suçlu sayılamaz. Kimseye suçun ihsan edilmemesi, ulusal uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.⁵⁵

Beyannamenin ilanından 50. yıl, anısına, Hollanda Dış İleri Bakanlığı, tarafından yayımlanan bir kitapta, beyanname hükümlerinin illüstrasyonlarla canlandırılmış, görülmektedir⁵⁶. 11. Maddeyle ilgili illüstrasyonda sarı, bir zemin üzerinde mavi pantolonlu, kahverengi kemerli, koyu renk spor mont giymiş, kenarları dikdörtgen bir çizmeye ayakta duran bir adam resmedilmiştir. Ayakları, içerde birbirine yönelik şekilde tutmaktadır. Görünen o ki, adam tedirgindir. Dışeri halleri bir yana, bir elini ağızına götürmüştür; başparmağı, ağızına kapatmaktadır. Dışeri elinin işaret parmağıyla ağızına işaret etmektedir. Çizim, yan durması, kayıplarının uyumsuzluğu da, özensiz halinin bir tezahürüdür. Yüzüne bakıldığında burnu ve ağız, seçilememektedir ki bu manzara onun sızdıran, kendine has özelliklerini kaybettiğini işaret etmektedir. Ağız, kapalı, kendini ifade etme imkânından mahrum olduğu, bir eliyle ağız, göstermesi savunma hakkını kullanamadığını, ima etmektedir. Muhtemelen bu kişinin bir suçunu işlemekle itham edilmiştir. Kendini savunabilmesi için yeterince güvence sağlanmayan, kapalı, bir yargılamaya tabi tutulmuştur. Kişinin ayet öngörülemez bir durumla karşılaşması gibidir. Onun hürriyeti muhtemelen nesnel bir kanuni delile (*preuves légales*) değil, yargılamada kullanılan tahkik sisteminin (*système inquisitoire*) bir sonucu olan⁵⁷, kötüye kullanılmaya tabi bir vicdani

⁵⁵ Maddenin özgün metni şöyledir:

“(1) Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.

(2) No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.ö. Barend Van Der Heijden - Bahia Tahzib-Lie (ed.), **Reflections of Universal Declaration of Human Rights: A Fiftieth Anniversary Anthology**, Kluwer Law International, The Hague, 1998, p.120.

⁵⁶ Heijden-Tahzib-Lie (ed.), **Reflections of Universal Declaration of Human Rights: A Fiftieth Anniversary Anthology**, a.g.e., p.120.

⁵⁷ Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, a.g.e., s.427-428. Bununla beraber belirtmek gerekir ki, ceza yargılamasında sadece daha özgürlükçü olan itham sisteminin (*système accusatoire*) kullanılması mümkün değildir. Yazarın deyimiyle, çünkü ceza davasında maddî hakikat aranır. Bu ise sadece tarafların sunacağı kanunî delil sistemiyle mümkün değildir. Bu nedenle ceza usulünde tahkik sistemi uygulanır.ö. Gözler, a.g.e., s.430.

delile⁵⁸ (*intime conviction*) istinaden k,s,tlanm, t,r. Nitekim yüzünün halinden a k,n ve karars,z oldu u sezilmektedir. Dolay,s,yla, i ledi i fiilden ötürü yarg,lanabilece ini bilmemesi hiç de küçümsenecek bir ihtimal de ildir.

Düzenlemede birinci f,kra ceza usulüyle alakal, temel insan haklar,n, içerirken, müteakip f,kra ceza hukuku uygulamas,nda esas al,nan kanunilik ilkesini ele almaktad,r⁵⁹. Common Law ülkelerinin terimleriyle ifade etmek gerekirse, bu hüküm bir yandan usuli süreç (*procedural due process*) di er yandan maddi süreç (*substantive due process*) bak,m,ndan asgari standartlar, veya bir ba ka tabirle olmazsa olmazlar, tan,m lamaktad,r. Sözle mein kanunilik ilkesi lehine düzenlemesindeki as,l amac,n yürütmenin keyfi fiillerini önlenmesi oldu unu söylemek yanl, olmayacakt,r⁶⁰. K,ta Avrupas, hukuk dü üncesine gelince, orada, bu ilkenin õanayasaya uygun yönetilen devletö (*constitutionally governed State*) ve õhukuki kesinlikö (*legal certainty*) kavramlar,yla paralellik arz edecek ekilde yasama ve yarg, organlar,n,n kendi bask,c, kuvvetleri bak,m,ndan dizginlenmesinde bir esas olarak telakki edildi i görölmektedir⁶¹. Hükümün ikinci paragraf,n,n taslaklar,na bak,ld, ,nda anla ,lmaktad,r ki, bu düzenleme, aleyhine olan ceza kanunlar,n,n geriye yürütmesine (*ex post facto, retroactive*) kar , ki ileri korumak amac,yla da ihdas edilmi tir⁶².

D. AVRUPA NSAN HAKLARI SÖZLE MES

Avrupa nsan Haklar, Sözle mesiñin pek çok maddesinde kanunilik ilkesinin tesiri görölmektedir. Ya ama hakk,n, düzenleyen ikinci maddede ya ama hakk,n,n istisnas, olan ölüm cezas,n,n ve cezaya kar ,l,k gelen suçun kanunla düzenlenmesi art ko ulmu tur. Söz konusu madde õNo one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of *a crime for which this penalty is provided by law*.⁶³ (*Kanunun ölüm cezas, ile cezaland,rd, , bir suçtan* dolayı, hakk,nda mahkemece

⁵⁸ Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, a.g.e., s.428.

⁵⁹ Raimo Lahti, õArticle 11ö, **The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement**, Kluwer Law International, ed. Gudmundur Alferdsson-Asbjorn Eide, The Hague, 1999, p.239.

⁶⁰ Anna-Lena Svensson-McCarthy, **The International Law of Human Rights and States of Exception**, Kluwer Law International, The Hague, 1998, p.58.

⁶¹ Raimo Lahti, õArticle 11ö, a.g.e., p.239.

⁶² Allen Buchanan, **Human Rights, Legitimacy & the Use of Force**, Oxford University Press, New York, 2010, p.99; Raimo Lahti, õArticle 11ö, a.g.e., p.245.

⁶³ Francisco Forrest Martin *et al.*, **International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases & Analysis**, Cambridge University Press, New York, 2006, p.308.

hükmedilen bu ceza,n infaz edilmesi d, ,nda, hiç kimsenin hayat,na kasten son verilemez.) hükmünü içermektedir.

Sözleşmenin 7. maddesi do rudan kanunilik prensibini ifade eden bir ba lıkta ,maktad,r. Hüküm u ekildedir:

Madde 7

Kanunsuz ceza olmaz

1. Hiç kimse, i lendi i zaman ulusal veya uluslararası, hukuka göre suç olu turmayan bir fiil veya ihmalden dolayı, suçlu bulunamaz. Ayn, ekilde, suçun i lendi i s,rada uygulanabilir olan cezadan daha a ,r bir ceza verilemez.

2. Bu madde, i lendi i zaman medeni milletler taraf,ndan tan,nan genel hukuk ilkelerine göre suç say,lan bir fiil veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yarg,lanmas,na ve cezaland,r,lmas,na engel de ildir⁶⁴.

Takdir edilecektir ki, kanunilik prensibi ile dolayl, ya da do rudan ili kilendirilebilecek uluslararası, sözleşmeler aras,nda, sahip oldu u güçlü yarg, denetimi sayesinde farklı bir konum i gal eden Avrupa nsan Haklar, Sözleşmesi'nin ilgili düzenlemesini, Avrupa nsan Haklar, Mahkemesi'nin kararlar, üzerinden ele almak daha faydal, olacaktır,r.

2001 y,l,nda karara ba lanan, *Streletz, Kessler, and Krenz v. Germany* davas,nda⁶⁵, Almanya'n,n iki devletli döneminde s,n,r güvenli inin sa lanmas, gerekçesiyle gerçekleştirilen ve ölümlere yol açan fiiller nedeniyle yeni Almanya'n,n yerel mahkemesinin sava suçundan sorumlu sayd, ,⁶⁶ ki iler, Sözleşme'nin yedinci maddesinin ihlal edildi i iddias,yla uyu mazl, , Avrupa nsan Haklar, Mahkemesi'ne ta ,m, lard,r. Davac,lar,n Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde⁶⁷ s,n,r güvenli inin korunmas, için gerekli önlemleri alma yetkisiyle donat,lm, parti yöneticili i ve bakanlık gibi üst düzey görevler üstlendi i bilinmektedir. Berlin Bölge Mahkemesi, 1993 tarihinde verdi i mahkûmiyet karar,yla 1971'den 1989'da Berlin Duvar,ın,n y,k,lmas,na kadar uzanan

⁶⁴ Article 7 No punishment without law

(1) No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.

(2) This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations.ö M. Cherif Bassiouni, **International Criminal Law: Sources, Subjects and Contents**, Vol. I, Martinus Nijhoff Publishers, 3rd Edition, Leiden, 2008, p.91.

⁶⁵ Case of Streletz, Kessler, and Krenz v. Germany, Applications nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, Grand Chamber 22.03.2001, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59353>, (23.03.2013).

⁶⁶ Sonja C. Grover, **The European Court of Human Rights As a Pathway to Impunity for International Crimes**, Springer, New York, 2010, p.210.

⁶⁷ *Deutsche Demokratische Republik* sosyalist Do u Almanya'n,n resmi ad,d,r.

süreçte Streletz ve Kessler'ın, Do u Almanya ile Bat, Almanya aras,ndaki s,n,r, geçmeye çal, an insanlar,n öldürülmesinde sorumluluk ta ,d,klar,ndan ötürü kasten öldürmeye te vik suçundan ilki için be y,l alt, ay di eri için yedi y,l alt, ay cezaya hükmetmi tir. Krenz ise 1997'de s,n,r denetimi ile ilgili yetkili yönetimin karar,na kat,lmaktan ötürü kasten öldürme suçunun dolayl, faili olarak mahkûm edilmi tir. Tahmin edilece i üzere, ba vuranlar, i ledikleri fiillerin dönemin ceza kanununa göre suç te kil etmedi ini belirterek öngörülebilirlik ilkesinin çi nendi ini ileri sürmü lerdir. Hemen belirtmek gerekir ki, yüksek mahkeme, ba vuranlar,n ceza hukukuna göre konumlar,n,n belirlenmesini de il, anayasal bir uyu mazl,k olan Sözle me hükümlerinin taraf devletin kamu gücü taraf,ndan ihlal edilip edilmedi ini tespitle görevli ve yetkilidir. Di er yandan, mahkemeye göre, kanunilik ilkesinin, normlar hiyerar isinde yer alan kanun normuna uygunlu un ötesinde içtihatlarla var,ncaya dek geni bir anlam, ifade etti ini vurgulamak lüzumludur. Nitekim Büyük Daire, fiillerin i lendi i dönemdeki Do u Almanya Cumhuriyeti hukukunu incelemi ; ba vuranlar,n fiillerinin sadece içerik aç,s,ndan de il, ayn, zamanda tarih bak,m,ndan Do u Almanya Anayasas,n,n ondokuzuncu ve otuzuncu maddeleriyle beraber de erlendirilebilecek Ceza Kanunu, Polis Kanunu ve Devlet S,n,rlar, Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre suç te kil etti ini karara ba lam, t,r. Mahkûm edilen fiillerin zarar verdi i ya ama hakk,n,n, kendinden menkul ve di er haklardan daha imtiyazl, niteli inden dolayı, mahkeme taraf,ndan ayr,ca önemsendi i görülmektedir.

Yüksek mahkemeye göre, davac,lar,n kanunlar,, milletleraras, düzenlemeleri bilmemeleri konumlar, gere i mümkün de ildir. Buna kar ,l,k, söz konusu dava ile pek çok ortak niteli i bünyesinde bar,nd,ran *K.-H.W. v. Germany* davas,nda⁶⁸, yine ayn, do rultuda karar verilmekle birlikte, davac,n,n konumu kanunlar, vesair mevzuat, bilmesini gerektirmeyecek düzeyde dü ük oldu u anla ,lm, olsa ve her ne kadar emir alt,nda fiil i lense de, ya ama hakk,n,n ihlaliyle sonuçlanacak talimatlar,n sorgulanmaks,z,n yerine getirilmesinin mazeret say,lamayaca ,na hükmedilmi tir. Her iki davada ihlalin olmad, , do rultusunda karar tesis edilmesinden ba ka, kararlar,n ayn, tarihte, 22 Mart 2001'de verilmi olmas,n,n dikkat çektii not edilebilir. u nokta önemlidir ki, mahkeme aç,s,ndan, özellikle ilk söz konusu edilen davadaki yakla ,m, göz önünde tutulursa, fiilden sonraki tarihte yap,lan yarg,lama esnas,nda, *ex post facto* durumuna dü ülmeksizin, yaln,zca yeni benimsenen hukuk devleti yakla ,m,n,n dikkate

⁶⁸ Case of *K.-H.W. v. Germany*, Applications no. 37201/97, Grand Chamber, 22.03.2001, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59352>, (23.03.2013).

alınması, kanunilik ilkesini zedelemeyecek bir uygulamadır. Bu itibarla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin suçta ve cezada kanunilik prensibini düzenleyen yedinci maddesinin, kurallara ve uygulamaya ya da bir başka terimle ifade etmek gerekirse *hukuka uygunluk* bakımından prensibin ilkelerine sadakatle, dar bir çerçevede yorumlanabileceği söylenebilir; meşhur E. K. v. *Öner* kararı uyuşmazlık konusu yargılamalarda etki yaratan insan hakları ve hukuk devleti konusunda *olumlu* bir anlayışa işaret etmektedir.

Nihayet oldukça yakın tarihli *Camilleri c. Malta* davasında⁶⁹ ise uyuşmazlık turuncu extacy bulundurmaktan 2005 Kasımında on beş sene hürce cezası, ve 35000 eurodan fazla para cezasına mahkûm olan Malta vatandaşı John Camilleri, iç hukuk yollarından tüketerek Sözleşmenin kanunilik ilkesiyle beraber değerlendirilebilecek adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle yüksek mahkemeye başvurmuştur⁷⁰. Buna mukabil, mahkeme, adaletin tesisi açısından ve hukuken daha isabetli bulduğu kanunilik ilkesinin düzenlendiği 7. maddenin göz önüne alınması gerektiğini ortaya koymuştur. Davada 7. maddenin Keyfi soruşturmaya, mahkûmiyete veya cezaya izin vermediğini belirten yüksek mahkeme, kanuni düzenlemenin öngörülebilirlik artışı ve keyfi cezalandırılmaya karşı yeterli teminat içermemesinden ötürü kanunilik ilkesinin ihlal edildiğini belirtmiştir; 6. maddeyle ilgili itiraz, değerlendirilmeye ihtiyaç olmadığına hükmetmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu tutumu, kanunilik ilkesinin adil yargılanma hakkıyla yakın bir ilişki içerisinde olduğunu işaret etmektedir.

E. AVRUPA İNSAN VE HALKLARIN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Afrika'da insan hakları ve temel hürriyetlerin korunması üzerine uzun süre düşünüldüğü de neticede öncelikli bir konu olarak değerlendirilmediğinden, Afrika Birliği Organizasyonunun 23 Mayıs 1963'te Addis Ababa'da kabul edilen kurucu antlaşmasıyla

⁶⁹ Camilleri contro (c.) Malta, 22 Gennaio 2013, Convenzione Europea dei Diritti Umani (C. eur. dir. Uomo), quarta sezione. <http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/23-/2073-la-corte-europea-sul-principio-di-legalita-della-pena/> (02.04.2013).

⁷⁰ Garuti Giulio, *Diritto Un Equo Processo e Principio di Legalità*, **Diritto Penale e Processo**, No: 3, Marzo 2013, p.382 vd. Kanunilik ilkesine ilişkin ayni doğrultuda veya ilkenin adil yargılanma hakkı, (*diritto ad un processo equo*) ile birlikte ele alındığında, bazı kararlar için bkz: Convenzione Europea dei Diritti Umani (C. eur. dir. Umani), Sezione (Sez.) V, 7 giugno 2012, K. contro (c.) Germania e G. c. Germania, in questa *Rivista*, 2012, 1043; C. eur. dir. umani, Sez. V, 6 ottobre 2011, Soros c. Francia, *ivi*, 2011, 1539; C. eur. dir. umani, Sez. V, 14 aprile 2011, Jendrowiak c. Germania, *ibidem*, 774; C. eur. dir. umani, Sez. V, 17 dicembre 2009, M. c. Germania, www.echr.coe.it; C. eur. dir. umani, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, in questa *Rivista*, 2009, 1427; C. eur. dir. umani, Sez. V, 25 giugno 2009, Livik c. Estonia, *ibidem*, 1177; C. eur. dir. umani, Grande Camera, 12 febbraio 2008, Kāfkaris c. Cipro, *ivi*, 2008, 538.

kadar birey haklar, ve bu haklar,n korunmas,na ili kin ba ar,l, bir giri im olmam, t,⁷¹. S,n,r ta , olarak nitelenebilecek bu antla ma sadece ba lang,ç metninin dokuzuncu paragraf,nda aç,kça insan haklar,na at,fta bulunuyordu⁷². Metinde Afrikal, liderlerin Birle mi Milletler Kurucu Antla mas,ına ve nsan Haklar Evremsel Beyannamesi'ne ba l,l,klar,n,, devletler aras,nda sa lam ve bar, ç,l i birli inin sa lanmas,na yönelik iradelerini teyit ettikleri görülmekteydi. Bununla beraber çabalar,n yetersizli inden ku ku duyulmuyordu. 1970'lerin sonuna kadar de i meyen temel insan haklar,n,n korunmas,yla ilgili olumsuz tablo, 27 Haziran 1981 tarihinde Banjul Sözle mesi olarak da bilinen Afrika nsan ve Halklar,n Haklar, Sözle mesi'nin (*The African Charter on Human and Peoples' Rights*) kabulüyle a amal, ekilde de i meye ba lad,⁷³. 21 Ekim 1986'da yürürlü e giren Sözle meye hâlihaz,rda biri hariç⁷⁴ tüm Afrika ülkeleri taraft,r⁷⁵.

Kanunun keyfili i önleyici, özellikle ki isel özgürlükleri cezai adaletin temelini olu turan haklar, koruyucu niteli i Sözle me'nin 6. maddesine yans,m, t,r.

Madde 6

Her birey ki i özgürlü ü ve güvenli i hakk,na sahiptir. Hiç kimse, kanun taraf,ndan önceden düzenlenmi nedenler ve ko ullar hariç, özgürlü ünden yoksun b,rak,lamaz. Özellikle, hiç kimse keyfi olarak gözalt,na al,namaz ya da gözalt,nda tutulamaz.⁷⁶

Kanunun özgürlükleri k,s,tlama aç,s,ndan hem eklen hem de esasen bir yöntem ve bir düzenleme olmas, hükümden ç,kar,labilecek sonuçlardand,r. Ayr,ca hükümden kanunilik prensibinin sadece kesin hüküm haline gelmi cezalar,n yerine getirilmesinde de il, geçici vas,ftaki güvenlik tedbirlerinin uygulanmas,nda da benimsendi i de ç,kar,lmaktad,r.

⁷¹ Fatsah Ouguergouz, **The African Charter of Human and Peoples' Rights: A Comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003, p.2.

⁷² Ouguergouz, a.e., p.2.

⁷³ Machteld Boot, **Nullum Crimen Sine Lege and Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes**, Intersentia, Antwerp, 2002, p.173.

⁷⁴ 1983 y,l,nda Afrika Birli i'ne üyeli i ask,ya al,nan Fas, Aral,k 2012 itibariyle sözle meye taraf olmama durumunu sürdürmektedir. Fas'ın yine Aral,k2012 itibariyle Afrika Birli i'ne üye olmad, ,n, hat,rlatmak yararlı olabilir.

⁷⁵ Ouguergouz, **The African Charter of Human and Peoples' Rights**, a.g.e., p.2.

⁷⁶ Afrika nsan ve Halklar,n Haklar, Sözle mesi'nin 6. maddesinin özgün ngilizce metni u ekildedir: "Every individual shall have the right to liberty and to the security of his person. No one may be deprived of his freedom except for reasons and conditions previously laid down by law. In particular, no one may be arbitrarily arrested or detained." Bronwen Manby, "Civil and Political Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights: Article 1-7", **The African Charter of Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986-2006**, ed. Malcolm Evans, Rachel Murray, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p.197.

Sözle menin 7. maddesi esasen adil yargılanma hakkı, (*diritto ad un processo equo*) içeriyorsa da özellikle ikinci fıkranın kanunilik ilkesine açık yer vermektedir. Düzenlemenin mahiyeti, suçta ve cezada kanunilik prensibinin adil yargılanma hakkı, kapsamındaki konumunu göstermesi ve bu genel nitelikteki hak ile bağlantılı, açıkça göstermesi bakımından kayda değerdir.

Madde 7

Ö1. Her birey davası / taleplerinin dinlenmesine hak sahibidir. Bu hak aşağıdaki hususlar, kapsar:

- a. Yürürlükteki sözleşmeler, kanunlar, düzenlemeler ve teamüllerle tanınan ve teminat altına alınan temel hakları, ihlal eden tasarruflara karşı yetkili ulusal organlara başvurma hakkı;
- b. Bir yetkili mahkeme ya da yargı yeri tarafından suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılma hakkı;
- c. Kendi seçeceği bir avukat tarafından savunulması, dahil, savunma hakkı;
- d. Bir tarafsız mahkeme ya da yargı yeri tarafından makul bir süre içerisinde yargılanma hakkı.

2. Hiç kimse i lendi i zaman kanuni olarak cezalandırılmaz bir suç olu turmayan bir eylem ya da ihmalden ötürü suçlanamaz. lendi i tarihte hiçbir hükümle düzenlenmemi bulunan bir suç için hiçbir ceza verilemez. Ceza ahsidir ve yalnızca suçlu üzerinde uygulanabilir. ö⁷⁷.

Suçlar ve cezalar kanunla düzenlenmesi artı zaman bakımından uygulanması belirgin şekilde incelemeye konu prensip ile aynı zamanda düzenlenmesi, geçmiye yürüme yasağının kanunilik ilkesi bakımından uhdesinde bulunduruğu önemi i aret etmesi bakımından bir veri olarak düşünülebilecektir. Kurallar düzleminin sade ve tek boyutlu yapıyla somut olayların karmaşık düzlemi arasındaki uyumsuzlukların öngörüldüğüünü ima eden ö lendi i tarihte hiçbir hükümle düzenlenmemi bulunan bir suç için hiçbir ceza verilemez.ö düzenlemesini, cezai hükümler içeren kanunun ancak geleceğe yürüyebileceği ve zaman bakımından uygulamanın istisnasız olacağına yönelik bir vurgunun olduğu ekinde yorumlamak mümkün görünmektedir. Diğer pek çok milletlerarası sözleşmelerin ve milli seviyede anayasaların ilgili hükümlerinin yanı sıra

⁷⁷ Afrika insan ve Halkların Hakları, Sözleşmesinin 7. maddesinin özgün İngilizce metni şeklindedir:

Ö1. Every individual shall have the right to have his cause heard. This comprises:

- a. The right to an appeal to competent national organs against acts of violating his fundamental rights as recognized and guaranteed by conventions, laws, regulations and customs in force;
- b. The right to be presumed innocent until proved guilty by a competent court or tribunal;
- c. The right to defence, including the right to be defended by counsel of his choice;
- d. The right to be tried within a reasonable time by an impartial court or tribunal.

2. No one may be condemned for an act or omission which did not constitute a legally punishable offence at the time it was committed. No penalty may be inflicted for an offence for which no provision was made at the time it was committed. Punishment is personal and can be imposed only on the offender.ö. Bronwen Manby, "Civil and Political Rights in the African Charter on Human and Peoples Rights: Article 1-7", içinde: Malcolm Evans, Rachel Murray (eds.), **The African Charter of Human and Peoples Rights: The System in Practice 1986-2006**, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p.198-199.

Afrika insan ve Halklar,ın Haklar, Sözleşmelerinin kanunilik ile alakalı, maddesinde de dikkat çeken kanunilik prensibinin cezanın ahsili i ile hemen her düzenlemede birlikte ele alınması, durumu tespitlere eklenebilecektir.

III. ANAYASAL SEV YEDEK DÜZENLEMELER

Birleşmiş Milletler üyesi ülkelerin anayasalarını bakıldığında, 193 ülkeden 161'inin anayasalarında kanunilik temel unsurlardan biri olan geriye yürüme yasağına, tanındığı, görülmektedir. Ülkelerin dörtte üçünden fazlası, (145 ülke) anayasalarıyla ceza artırım, düzenlemelerin geriye yürütmesini yasaklamıştır.⁷⁸

A. OSMANLI-TÜRK ANAYASALARI

1876 tarihli Kanun-u Esasi ile başlayan, 1921 ve 1924 Teşkilat-, Esasiye Kanunları,, 1945, 1961 ve 1982 Anayasalarıyla devam eden Osmanlı-Türk anayasalarında kanunilik ilkesinin doğrudan ve dolaylı temelleri bu başlık altında incelenecektir.⁷⁹

1. Kanun-u Esasi ve 1909 Değişikliklerinin Getirdikleri

Kanun-u Esasi'nin 10. maddesi Osmanlı-Türk anayasacıların hareketlerinde kanunilik ilkesinin düzenlendiği ilke örnek olarak nitelendirilebilir: "Hürriyeti ahsiyeye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebebe ve suretten maada bir bahane ile mücazat olunamaz."⁸⁰ Öncelikle altını çizmek gerekir ki, hükümde geçen "bahane" tahmin edilebilecek üzere günlük dildeki anlamında değil, hukuki gerekçe manasında kullanılmıştır. Kanunilik prensibinin ilk kökenini Türk hukukunda açık şekilde Kanun-u Esasi'de bulmak mümkündür. Onuncu maddede geçen "sebep" suçun tanımından başka neyi ifade ediyor olabilir? Yine, aynı hükümdeki "suret" terimi ceza usulünden başka neyle tevildir? 1876 Anayasasına göre hiç kimse kanunun belirlediği hal ve usuller dışında bir nedenle cezalandırılmaz. Düzenlemenin yeni gelişen ekonomik şartların ihtiyacı duyduğu kanuna dayalı, özgürlüklere katkıda bulunduğu söylenebilecektir.⁸¹

Kanunilik prensibiyle beraber değerlendirilebilecek kanuni hâkim teminatı, 1876

⁷⁸ Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, a.g.e., Chapter 7.

⁷⁹ 1924 ve 1952 metinlerindeki kanunilik ilkesiyle alakalı, düzenlemelerde gerek lafzen gerek anlam açısından farklılık olmadıkça, sadece ekli anlamdaki anayasalardan 1945 Anayasasına ayrı bir başlık tahsis edilmesine karşılık 1952 Anayasası ayrı başlıkta ele alınmamıştır.

⁸⁰ Kili, Gözübüyük, *Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri*, a.g.e., s.37.

⁸¹ Bu doğrultuda bkz: Muzaffer Sencer, *Türkiye'de Siyasal Partilerin Sosyal Temelleri*, Geçici Yayınları, İstanbul, 1971, s.22.

metninin 23. maddesinde öYap,lacak usulü muhakeme hükmünce hiç kimse kanunen mensup oldu u mahkemeden ba ka bir mahkemeye gitmeye icbar olunamaz.ö⁸² ekinde hukukile tirilmi tir. Yasama makam,n,n yaratt, , kanun Tanzimat Ferman,ından itibaren giderek artan önemiyle⁸³, mahkemeler aras,ndaki görev taksimat, gibi nispeten ayr,nt,l, olarak nitelenebilecek bir konuyu dahi düzenler hale gelmi tir. Fakat göz ard, edilmemesi gereken husus, bu düzenlemede ceza yarg,lamas,ndaki kanunili in bireyin temel haklar, ve hürriyetlerinin bir güvencesi olarak ele al,nm, olmas,d,r.

91. maddede do rudan kanunilik ilkesine yönelmemekle beraber kanunun ceza davalar,nda rol oynamas,n, düzenler: öUmuru cezaiyede hukuku âmmeyi vikayeye memur müddeî umumiler bulunacak ve bunlar,n vezaif ve derecat, kanun ile tâyin k,l,nacakt,r.ö⁸⁴ Ceza muhakemesindeki i levinin önemli rolü inkâr edilemeyecek olan savc,n,n görevlerinin kanunla düzenlenecek olmas, ile suçta ve cezada kanunilik ilkesi birbirinin anlam,n, ve amac,n, ayd,nlatacak, süreç içerisinde kanunilik bak,m,ndan devaml,l, , sa layan kazan,m,lar olarak de erlendirilebilir.

1909 kinci Me rutiyetinin Kanun-i Esasiye getirdi i kanunilikle alakand,r,labilecek yenilik 10. maddede gerçekte tirilmi tir. De i ikli in ilk teklifinde, kanun kelimesinden önce yer alan ö erö kelimesi, gayrimüslim mebuslar,n itirazlar, üzerine metinden ç,kar,arak⁸⁵ sadece metin laikle tirilmemi ; ayn, zamanda kanuna normatif tekel gücü tan,nm, t,r. Yeni 10. madde öHürriyeti ahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tayin etti i sebep ve suretten maada bir bahane ile *tevkif ve mücazat* olunamaz.ö⁸⁶ hükmünü havidir. Kanun-u Esasienin bu yeni halinde, kanunilik prensibinin düzenlendi i onuncu maddeye eklenen ötevkifö kelimesiyle, art,k, bireyin mahkeme taraf,ndan keyfi olarak özgürlü ünde al,koyulmas,n,n bir güvencesi olarak tutuklama da kanunilik kapsam, alt,na al,nm, t,r.

2. 1921 Te kilat-, Esasiye Kanunu

Büyük Millet Meclisi (Birinci Meclis) taraf,ndan 20 Ocak 1921 tarihinde kabul

⁸² Kili - Gözübüyük, **Sened-i ttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, a.g.e., s.38.

⁸³ Rudolph Peters, öFrom JuristsøLaw to Statute Law or What Happens When the Shariæa is Codifiedö, **Shaping the Current Islamic Reformation**, ed. Barbara Allen Roberson, Frank Cass Publishers, London, 2003, p.88.

⁸⁴ Kili - Gözübüyük, **Sened-i ttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, a.g.e., s.47.

⁸⁵ Kenan Olgun, **1908-1912 Osmanl, Meclis-i Mebusan,ın Faaliyetleri ve Demokrasi Tarihimizdeki Yeri**, Atatürk Ara tırma Merkezi, Ankara, 2008, s.142.

⁸⁶ Kili - Gözübüyük, **Sened-i ttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, a.g.e., s.89.

edilen, yirmi üç madde ve bir madde-i münferideden ibaret olan 1921 Anayasası, veya özgün ismiyle Teşkilat-ı Esasiye Kanunu⁸⁷’nda da anayasa sistematiklerinde yer alan temel hak ve hürriyetlere yer vermediği gibi yargı erkine tahsis edilmiş bir bölüm de içermemektedir. Anayasa, icra kudretinin ve tekerlikli yetkilerinin tecelli ve temerküz ettiği çok güçlü bir yasama makamı yaratmış, yedinci madde hükmü haricinde meclisin kanun yapma yetkisine herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Mevadd-ı Esasiye Kanununda yer alan, sözü edilen maddeye göre, “Kavanin ve nizamat tanziminde muamelât, nâsırfak ve ihtiyacat, zamana evfak ahkâm, Fıkhiye ve hukukiye ile âdâp ve muamelât esas ittihaz kılınır.”⁸⁸ Buna göre, insanlar, ihtiyaçları zaman, ihtiyaçları uygun fıkhi ve hukuk hükümleri, usulleri ve icra emreleri kanun yapılmadan esas alınır. Fakat bu hüküm her ne kadar kanun yapma yetkisine anayasal bir sınırlama getirirse de bazı yetkilerin ancak kanunla yapılması zorunlu kılacak bir yorumla imkân tanımamaktadır. Ancak 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanununda kanunilik prensibiyle alakalandırılacak iki hükmün var olduğunu teslim etmek gerekir.

Teşkilat-ı Esasiye Kanununun yasama makamı, en azından *hukuken* sınırlanmış yedinci maddesinin yukarıda anlatılan hükmünden sonra gelen ve dengeleyici ve kanunun yasama organının gücünü artıran meclisteki görüşmeler esnasında madde üzerinde mutabakat sağlanması mümkün kılınan⁸⁹ bazı düzenlemeler Büyük Millet Meclisinin yapacağı kanunlara münhasır yetkiler veren kanunilik prensibiyle örtülen mahiyette ve aynı doğrultudadır. Mesela, yedinci maddenin son cümlesi “Heyeti Vekilenin vazife ve mesuliyeti kanunu mahsus ile tayin edilir.”⁹⁰ ibaresine yer vererek Bakanlar Kurulunun görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceğini, dolayısıyla icrai bir makam olan Bakanlar Kurulunun kanun olmaksızın suç ve ceza yaratamayacağına işaret etmektedir. Yasama makamından sonra en güçlü yetkilere sahip olan Bakanlar Kurulunun yetkiler bakımından kanunla kısıtlanmasıyla genel anlamda kanunilik ilkesinin doğrudan, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin dolaylı şekilde 1921 Anayasasına yansımaları, söylenebilecektir.

Adalet hiç kuşku yok ki hükümetin örgütlendiği daireler arasında yer almaktadır.

⁸⁷ Kanun No: 85, Kabul Tarihi: 20 Ocak 1337 / 1921, 3. Tertip Düstur, Cilt 1, s.196. Ceride-i Resmîye, 1-7 Şubat 1337 / 1921.

⁸⁸ Yüzbaşıoğlu, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, a.g.e., s.4.

⁸⁹ Bkz: Ahmet Yekil, *Türkiye Cumhuriyetinde İlk Teşkilat, Muhalefet Hareketi: Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası*, Cedit Neşriyat, Ankara, 2002, s.72.

⁹⁰ Yüzbaşıoğlu, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, a.g.e., s.4.

Te kilat-, Esasiye Kanunu'nun, sonradan baz, de i iklik tekliflerine temel te kil eden⁹¹ sekizinci maddesine göre, öBüyük Millet Meclisi, hükümetin ink,sam eyledi i devairi kanunu mahsus mucibince intihap kerdesi olan vekiller vasitas, ile idare ederö⁹². Hüküm, Büyük Millet Meclisi'nin hükümetin dairelerini veya bir ba ka ifadeyle bakanl,klar, özel kanunlar gere ince idare edebilece ini düzenlemektedir. O halde yasama organ, bile, alelaide bir kararlar da adalet alan,nda düzenleme yapamayaca , gibi suç ve ceza dahi yaratamayacaktır. Yasama organ, ancak ihdas edece i bir kanunla adalet alan,nda ve tabii suçlar ve cezalar koyabilecektir. Bu yüzden söz konusu hükmün kanunilik prensibi çerçevesinde de erlendirilmesi makul görünmektedir.

3. 1924 Te kilat-, Esasiye Kanunu

Cumhuriyetin ilan,n,n ard,ndan 20 Nisan 1340 / 1924 tarihinde kabul edilen Te kilat-, Esasiye Kanunu, selefiyle ayn, ismi ta ,makta olup, ikili anayasal yap,y, 1876 Kanun-u Esasi ile 1921 Te kilat-, Esasiye Kanunu'nu ilga ederek ortadan kald,rm, ⁹³, üniter düzenin hukukile mesini peki tirmi tir. 1924 Anayasas, olarak an,lan düzenlemenin 103. maddesindeki öTe kilât, Esasiye Kanununun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile ihmal veya tatil olunamaz. Hiçbir kanun Te kilât, Esasiye Kanununa münafi olamaz.ö hükmü ile anayasan,n üstünlü ü aç, a kavu turulmu tur.

Anayasan,n üstünlü ünün tereddüte yer b,rakmayacak ifadelerle ilan edilmesinin kanunilik prensibi aç,s,ndan ta ,d, , de eri ortaya koymak için prensibin yarg, erkinin ve özellikle yürütme organ,n,n bireysel özgürlüklere keyfi müdahalesini engellemeyi ama edindi ini hat,rlatman,n yeterli olaca , söylenebilir. Buna kar ,l,k, 1924 Te kilât, Esasiye Kanunu'nun kanunlar,n anayasaya uygunlu unu denetlemek yetkisiyle donat,lm, bir anayasal makam yaratmad, , gibi genel mahkemelere anayasaya ayk,r, kanunlar, uygulamama, ihmal etme yetkisi tan,mad, ,, bu yüzden 1924 Anayasas, döneminde gerçek anlamda bir anayasan,n üstünlü ünden söz edilemeyece i, söz konusu kurumun varl, , kabul edilse bile, anayasan,n üstünlü ünün tan,nmas,n,n kanunilik ilkesi bak,m,ndan fayda sa layamayaca , ileri sürülebilecektir. Ne var ki, öncelikle, anayasan,n üstünlü ü ilkesinin 1924 Te kilât, Esasiye Kanununun yürürlükte oldu u zaman diliminde var olmad, , dü üncesi hukukun genel teorisi aç,s,ndan kabul edilemeyecektir. Anayasa yarg,s,n,n veya

⁹¹ Bkz: Sadi Irmak, **Atatürk Devrimleri Tarihi**, Fatih Yay,nevi, stanbul, 1973, s.196.

⁹² Yüzba ,o lu, **Anayasa Hukukunun Temel Metinleri**, a.g.e., s.4.

⁹³ Tanör, **Osmanl,-Türk Anayasal Geli meleri**, a.g.e., s.290.

genel mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimi yetkisinin olmadı, hukuk düzenlerinde, (Hollanda bu konuda itibarlı bir örnek teşkil edebilir⁹⁴) anayasa kuralları, geçersiz ya da etkisiz olduğu söylenemez; sadece savunulabilir ki, anayasanın üstünlüğünün düzenlendiği hüküm sadece yasama organına, muhatap almaktadır ve kanunun kabulü, kanunun anayasaya uygunluğunun doğrulanması, ekinde yorumlanabilecektir⁹⁵.

1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununda kanunilik prensibiyle ilgili iki hüküm göze çarpmaktadır. Diğer maddeler gibi herhangi bir bağlamda, yedinci maddede göre, "Kanunen muayyen olan ahval ve hâlden başka bir suretle hiçbir kimse derdest ve tevkif edilemez."⁹⁶ Kanunilik ilkesinden söz edildiğinde ilk bağlamda düşünülmeyecek, fakat prensibin yargılama usulüne yansımalarıyla yorumun sonuçları, anayasaya⁹⁷ bağ vurulması, ilgilendirilebilecek düzenlemeye ise seksen üçüncü maddede rastlanmaktadır: "Hiçbir kimse kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye celp ve sevk olunamaz."⁹⁸

İlk olarak, yedinci maddedeki düzenleme incelenecek olursa, kanunun başka bir normla ikame edilemeyecek düzeyde, tek başına münhasır düzenleme ayrıcalığına sahip olduğu alanları derdest etme (yakalama) ve tevkif etme (tutuklama) olduğu, suçun kanuniliği ile cezaları kanuniliği hakkında düzenlemeden bir sonuç çıkarılmayacağı, kanaatine bir an için kapılmak mümkünse de, metin dikkatli bir biçimde değerlendirildiğinde güvenlik tedbirleri niteliğindeki yakalama ve tutuklamayla sonuçlanmayan bir kanunilik ilkesi anlayışının, norma mündemiç olduğu söylenebilecektir. Hukuk alanında yaygın şekilde kabul görmüş, geniş kapsamlı olan, dar kapsamlı olan, içerdiği zor olan, kolay olan, kapsadığı⁹⁹ ve bu doğrultudaki diğer düüncelerin ifade ettiği evleviyet (*argumentum a fortiori*) ilkesi güvenlik tedbirleri ve cezalara uygulanması, cezadan özellikle yaptırım süresi bakımından daha hafif sonuçlar yarattığı, varsayılabilir güvenlik tedbirlerinin kanuniliğinin kabul edildiği bir hukuk düzeninde cezaları kanuniliğinin, kendiliğinden, hayli hayli evleviyetle varsayıldığı, iddia

⁹⁴ Bkz: Dutch Scientific Council for Government Policy, **Rediscovering Europe in the Netherlands**, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2008, p.102.

⁹⁵ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, s.59-60.

⁹⁶ Yüzbaşıoğlu, **Anayasa Hukukunun Temel Metinleri**, a.g.e., s.25.

⁹⁷ Bkz: Umberto Eco, **Interpretazione e sovrainterpretazione**, Bompiani, Milano, 1995, b.a.

⁹⁸ Yüzbaşıoğlu, **Anayasa Hukukunun Temel Metinleri**, a.g.e., s.27.

⁹⁹ Aleksander Peczenik, **On Law and Reason**, 2nd Edition, Springer, New York, 2009, p.328. Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normları, Geçerliliği ve Yorum Sorunu**, a.g.e., s.178.

olunabilecektir. Dolayısıyla, *argumentum a minori ad maius* ekinde ifade edilen, azın yasaklandığı, durumda çoğun yasaklı oldu unu belirten¹⁰⁰ ilke do rultusunda, yakalama ve tutukluluk hallerinde kanunilik ilkesi geçerli oldu una göre, daha a r nitelikteki cezalar için kanunilik ilkesinin evleviyet prensibi gere ince do al olarak geçerli oldu u haklı, olarak savunulabilecektir. Öte yandan, 1961 ve 1982 Anayasalar,ın aksine 1924 Te kilat-, Esasiye Kanunuında ba lık olarak belirtilmese de, kanuni hâkim ilkesini düzenleyen seksen üçüncü maddede öHiçbir kimse kanunen tabi oldu u mahkemeden ba ka bir mahkemeye celp ve sevk olunamaz.ö cümlesindeki *sevk* kelimesinden bireyin cezai güvenli inin korunmasıyla alakalı, bir sonuç ç,karmamak elde de ildir. Dolayısıyla, kanuni hâkim güvencesinin düzenledi i hükmü, suçta ve cezada kanunilik prensibinin anayasal kökenleri aras,nda de erlendirmek isabetli olacaktır.

4. 1945 Anayasas,

1952 y,lında 24 Aralık 1952 tarihli 5997 sayılı Kanunla¹⁰¹ yürürlükten kaldırılmas,na kadar uygulanan, yapıldığı, sene olan 1945 ile di er anayasalardan ayr,t edilen anayasan,ın 1945 Anayasas, olarak isimlendirilmesinde ekli anlamda anayasa (*constitution au sens formel*¹⁰²) anlayış, benimsendi i takdirde bir mahzurun olmadığı, söylenebilecektir. Bu itibarla, 1952de yeniden yürürlü e sokulan ilk metni içeren düzenlemenin de 1952 Anayasas, olarak adlandırılmas, isabetli olmakla birlikte, 1924 Te kilat-, Esasiye Kanunu ile ö1952 Te kilat-, Esasiye Kanunuönün öen az,ndan- kanunilik prensibiyle ilgili hükmünde farklılık olmadığı, ndan, söz konusu eklen var olan fakat maddi anlamda varlığı, kabul görmeyen anayasalardan 1952 y,ına ait olan, incelemeye dahil edilmemi, lafzen farklı olan 1945 metni ile yetinilmiştir. 10 Ocak 1945 tarih ve 4695 sayılı kanunda¹⁰³ ömanada ve kavramda bir de i iklik yapılmaks,z,ın Türkçe ile tirilmi tirö ibaresinin yer alması, yukarıda at,fta bulunulan ekli anlamda anayasa yaklaşı,m, karış,ında hukuken sonucu de i tirmemektedir¹⁰⁴. Üstelik, manada ve kavramda görmezden gelinemeyecek bir farklılık oldu unu bu noktada ifade etmek gerekir. Her iki anayasada

¹⁰⁰ Peczenik, **On Law and Reason**, a.g.e., p.328.

¹⁰¹ **Resmi Gazete**, 31 Aralık 1952, Say.: 8297.

¹⁰² ekli anlamda anayasa kavramı, için bkz: Christian Behrendt - Frédéric Bouhon, **Introduction à la Théorie Générale de l'État - Manuel**, Éditions Larcier, Bruxelles, 2009, p.182-183.

¹⁰³ **Resmi Gazete**, 15 Ocak 1945, Say.: 5905.

¹⁰⁴ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s.73.

da yetmi ikinci maddede düzenlenen kanunilik prensibiyle ilgili hüküm¹⁰⁵ hem genel hem özel sonuçlar istihraç etmek amacıyla incelenecek olursa, mesela "muayyen olan" ifadesinin 1945'te "yazılı" kelimesiyle karışlandırılması, halbuki, "muayyen olan" söz öbeğinde belirliliğe özel bir vurgu yapıldığı, söylenebilecektir. Yine, 1924 metnindeki "ba ka bir suretle" ibaresi, 1945 Anayasasında "ba ka türlü" ifadesiyle karışlandırılması, ki, "suret" kelimesinin "yöntem" "usul" ekindeki anlamı, ve dolayısıyla kanunilik bakımından belirlilik unsuru çerçevesinde yöntem anlamındaki "suret" in daha az hukuki ve daha geniş bir anlama sahip olduğu ileri sürülebilecek "türlü" kelimesiyle aynı manaya gelmediği dikkate alınması, anlam farklılığı, ve doğal olarak deyim mesisi mümkün olan hukuki sonucu kabul etmemek elde değildir.

Demokrat Parti'nin Esas itibarıyla 1924 Teşkilat-, Esasîye Kanununun anayasa koyucu tarafından dil tercihi saikiyle, öz Türkçecilik akımının tesiriyle¹⁰⁶ sadeleştirilmesi neticesinde meydana çıkan ve bir terim olarak "anayasa" kelimesinin ilk defa kullanıldığı, anayasal norm olma özelliğini gösteren 1945 Anayasasında kanunilik ilkesinin varlığından ancak çok dar bir şekilde bahsedilebilecektir.

Anayasanın öki güvenli iö babil, n, ta, yan yetmi ikinci maddesine bakılacak olursa öyle düzenlendiği görülecektir: "Kanunda yazılı, hal ve ekillerden ba ka türlü hiçbir kimse yakalanamaz ve tutulamaz."¹⁰⁷ Kalıcı olan ve sonraki anayasalarda terminolojik etki doğurmuş yeni kavramlardan "yasal" teriminin kullanıldığı,¹⁰⁸ "Yasal yargı" babil, kl, seksen üçüncü madde, "Hiç kimse kanunca babil, oldu u mahkemeden ba ka bir mahkemeye verilemez ve yollanamaz."¹⁰⁹ hükmünü içermektedir. 1924 Anayasası, babil, kl, bölümde izah edildiği üzere, hukukta evleviyet ilkesinin kabul edilmesi, t.p.k, Teşkilat-, Esasîye Kanunu'ndaki düzenlemede olduğu gibi, 1945 metninde yakalama ve tutuklama terimlerinin yer almaması oldu u, buna karşılık suçlar, mahkûmiyeti, kesin hüküm giymeyi ifade eden bir ifadenin mevcut olmadığı, biçiminde dile getirilebilecek sorunu çözebilecektir. Yargılama usulü çerçevesinde, görevli ve yetkili mahkemenin kanunla belirlenmesine yönelik düzenleme, kanuni hâkim güvencesi ve ilkesinin gerek genel anlamıyla gerekse suçlar ve cezalar açısından kanunilik ilkesinin kapsamında

¹⁰⁵ Bkz: Yüzbaşıoğlu, **Anayasa Hukukunun Temel Metinleri**, a.g.e., s.25.

¹⁰⁶ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s.72.

¹⁰⁷ Yüzbaşıoğlu, **Anayasa Hukukunun Temel Metinleri**, a.g.e., s.25.

¹⁰⁸ Bkz: Yücel Karlıkl., "1945 Anayasası ve Türk Hukuk Diline Katkı", **dare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt XIII, Sayı 1, 2000, s.221.

¹⁰⁹ Yüzbaşıoğlu, **Anayasa Hukukunun Temel Metinleri**, a.g.e., s.27.

de erlendirilebilece ini göstermektedir. Seksen üçüncü maddedeki ö..verilemez ve yollanamazö ibaresinden bireyin cezai güvenli ini hukuk devleti ve kanunilik prensipleri gere ince koruyan bir sonuç ç,kar,lmas, kaç,n,lmazd,r.

5. 1961 Anayasas,

Sistemati i içerisinde temel haklar ve ödevlerden e itlik ve di er genel hükümlerön d, nda kalan ki inin haklar, ve ödevleri bölümünde, Haklar,n korunmas, ile ilgili hükümlerø ba l, , alt,nda yer alan, öcezalar,n kanuni ve ahsi olmas,; zorlama yasa ,ö ba l,kl, maddede incelemeye konu prensibe yer veren 1961 Anayasas,nda, hakk,ndaki genel kanaate paralel olarak, di er haklar ve hürriyetler konusundaki hassasiyetin kanunilik ilkesine de gösterildi i anla ,lmakta; böylece ayr,nt,l, bir düzenlemeyle kar ,la ,lmaktad,r. Anayasa, ad,m ad,m ilkeye do ru giden yolda ki i güvenli ini, hak arama özgürlü ünü ve nihayet kanuni yarg, yolunu düzenlemi , farkl, yönleriyle ilkeyi ilgilendiren sözü edilen hükümlerden sonra otuz üçüncü maddede kanunilik prensibini pozitivist anlamda hukukile tirmi tir. Madde ba l, ,nda öncelikle dikkat çeken husus prensibin ismen yer almas, olup ard,ndan, sadece cezalar bak,m,ndan bir kullan,m,n tercih edildi i anla ,lmaktad,r. 1961 Anayasas,n,n halefi olan anayasada olmad, , ekilde, prensibin ismine k,smen de olsa anayasan,n sistematik düzeni içerisinde yer vermesi öne ç,kan özelliklerindedir. A a ,da 1982 Anayasas,ın,n ilgili hükmünün ele al,nd, , k,s,mda görülece i üzere, kanunilik prensibini emsiyesi alt,nda bulunduran maddeler mukayese edildi inde, 1961 metnindeki düzenlemenin daha k,sa oldu u, buna mukabil 1982 metnindeki madde hükmünün selefinden farkl, olarak birden fazla defa anayasa de i ikli ine maruz kald, , tespit edilebilmektedir. Bu genel tespitlerden sonra 1961 düzenlemesi gözden geçirilebilir:

öMadde 33- Kimse, i lendi i zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymad, , bir fiilinden dolayı, cezaland,r,lamaz. Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur. Kimseye, suçu i ledi i zaman kanunda o suç için konulmu olan cezadan daha a ,r bir ceza verilemez. Kimse, kendisini veya kanunun gösterdi i yak,nlar,n, suçland,rma sonucu do uracak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Ceza sorumlulu u ahsîdir. Genel müsadere cezas, konulamaz.ö

Bireyin öngörüsünü art,ran nitelikler kapsam,nda de erlendirilebilecek, kanunun baz, fiilleri ku kuya dü meyi engelleyecek kadar aç,k düzenlenmesinin¹¹⁰ anayasada

¹¹⁰ Bkz: Gürbüz Önbilgin - Muammer Oytan, **Ö retide Uygulamada T.C. Anayasas,n,n lke ve Kurallar,**

kendine yer bulamadı, gözelemlenmektedir. Düzenlemenin üstünde bulunan madde ba l, nda kanunilik ilkesine sadece cezalar aç,s,ndan, ismen, öcezan,n kanuni ... olmas,ö biçiminde yer veren 1961 Anayasas,n,n kurucu iktidar,, bununla beraber, daha hükmün ilk f,kras,nda suçun kanunili ini düzenlemektedir. Suçun i lendi i zaman,n önem ta ,d, , bir yap,ya sahip olan hüküm, madde ba l, nda yer almaya lay,k görülen cezan,n kanunili ini ancak ikinci f,kras,nda tanzim edebilmiştir. Geriye yürüme yasa ,n,n suçlarda ve cezalarda zaman unsurunun temel yans,mas, oldu u düzenlemede, geriye yürüme yasa ,n,n san,k lehine yorum ilkesiyle yumu at,larak elde edilmi istisnas, niteli ine sahip olan lehe kanun uygulamas,, kanunilik prensibi kapsam,nda anayasal bir ilke olarak normlar hiyerar isinde asli ve en üst düzey bir konuma eri mi tir. Avusturyal, Georg Jellinek'ın haklar,n genel tasnifi kuram, ba lam,nda de erlendirmek gerekirse¹¹¹, ki ilerin kendisinden ba ka kanunun gösterdi i yak,nlar,n, da soru turmaya ve/veya kovu turmaya maruz b,rakacak aç,klamalar yapmaya, ilave olarak bu yolda kan,t göstermek zorunda b,rak,lamayaca , hükmünün, devlete müdahale etmeme mükellefiyeti yüklemesi göz önüne al,n,rsa Jellinek'ten ba ka Grabitz'ın *Freiheit und Verfassungsrecht* eserinde *status libertatis*¹¹² olarak isimlendirdi i negatif statü haklar, kapsam,nda yer ald, , söylenebilecektir. Fakat, ki inin manevi olarak kendisi kadar veya en az,ndan kendisine yak,n, hatta kimi zaman kendisinden daha fazla de er atfetti i yak,nlar, aç,s,ndan ceza güvenli iyle alakal, çk mühim bir güvence olan aleyhe beyanda bulunmama ve delil göstermeme haklar,n,n yak,nlar,n kimli i yönüyle kanunla düzenleme art, getirilmek suretiyle teminat alt,na al,nm, olmas, ihmal edilebilecek bir güvence de ildir. Bu düzenlemeyle, ki inin devletin cezaland,rma gücü ile ailevi ya da arkada esasl, yak,nl,klar aras,nda tercih yapma zorunlulu u büyük ölçüde kald,r,lm, ; özellikle yürütme erkine ve hukuken idare ad, verilen te kilat,na ki i aç,s,ndan aleyhinde cezai takibata yol açabilecek fiillere giri mek istemedi i ki ilerin kimler olaca , hususunda yetki tan,nmayarak kanunilik prensibinin bir ba ka ekilde soru turma ve yarg,lama sürecine yans,mas, sa lanm, t,r. 1961 Anayasas,n,n Türk anayasal geli meleri içerisinde ba ka pek çok hak itibariyle oldu u gibi kanunilik prensibi ve onun kapsad, , haklar bak,m,ndan da en az,ndan kendi dönemi aç,s,ndan en ileri noktay, temsil etti ini ileri sürmemek için sebep bulunmamaktad,r.

ile Anayasa Mahkemesi Kararlar, Dizini, Do an Bas,mevi, Ankara, 1977, s.39.

¹¹¹ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2010, p.166.

¹¹² Alexy, a.e., p.163.

6. Bir Antrparantez: Kanunculuk (*Legalism*) E ilimi ve 1982 Anayasas,

Türk anayasac,l,k tarihinde 1982 Anayasas,n,n belki de en çok ön plana ç,kan özelli i, mümkün oldu unca her konuda hüküm belirtmek e iliminde olmas,, kazuistik yap,s,, düzenleyici anayasaø s,n,f,nda de erlendirilebilecek ayr,nt,l, düzenlemeler içermesidir¹¹³. Bununla beraber 1982 Anayasas,n,n ayr,nt,l, bir içeri e sahip oldu una yönelik genel kanaatin varl, ,, di er Türk anayasalar,n, kazuistik olmad, , ekinde yorumlanamayacaktır; örne in 1961 Anayasas,n,n durumu halefinden pek farklı say,lamaz¹¹⁴.

Türk anayasa hukukuna hâkim olan ve 1982 Anayasas,yla s,n,rl, kalmayan söz konusu *a ,r, düzenleyicilik*, kanunilik ilkesiyle irtibatland,r,labilecek bir sebepten kaynaklanmaktadır: Her türlü siyasi ve toplumsal sorunu mutlaka hukuk ve yasama yoluyla çözmeye e ilim gösteren Türk siyasi kültürünün ó ekli anlamda- kanunlara s,k, s,k,ya ba l, veya Özbudun'ın nitelendirmesiyle ökanuncuö (*legalistic*)¹¹⁵ veya -deyim yerindeyse- *normativist* yap,s, anayasa ve kanun yaz,m, gelene ini etkilemi tir. Türk siyasi kültüründe anayasa kelimesinin semantik ça r, ,m,n,n daha ziyade ödevletin temel te kilat,n, ve i leyi ini gösteren kurallar bütünüö ekinde olmas,¹¹⁶, söz konusu normativist gelenele uyum içindedir. Sözü edilen *a ,r, düzenleyicilik* e iliminin kanun düzeyindeki normlara yans,y,p yans,mad, , bak,m,ndan hemen bir hüküm vermek zor olsa da, konudan konuya farklı,l,k olmakla birlikte kanuncu bir e ilimin varl, ,ndan söz edilebilir. Her çözümün kanunla, kanunun sayg,nl, ,ndan yararlan,larak sa lanabilece i do rultusundaki dü ünçe ökanunculukö (*legalism*) olarak adland,r,lmakta¹¹⁷ *legalism*ın genel anlam,yla da geni bir yelpazede kabul gördü ü tespiti yap,lmaktadır¹¹⁸. Kanunculuk, odak noktas,nda kanunun yer ald, , yöntemin siyasi kurumlara göre daha etkili oldu una ili kin bir yakla ,m,n tezahürü biçiminde de erlendirilebilir¹¹⁹. Suçlar ve cezalar,n münhas,r ekilde kanunla düzenlenmesi, yasama organ,n,n her türlü ayr,nt,da

¹¹³ Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasan,n Anlam,,** 11. Bask,, Gerçek Yay,nevi, stanbul, 1997, s.110 vd. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s.99. Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s.57-58.

¹¹⁴ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s.99.

¹¹⁵ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s.58.

¹¹⁶ Ali Ya ar Sar,bay, "Politik Anayasac,l,k: Hukukun Politik Mant, ," , **Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Arma an**, Cilt I, ed. Serap Yaz,c, - Kemal Gözler ó Fuat Keyman, Yetkin Yay,nlar,, Ankara, 2008, s.384.

¹¹⁷ Eric A. Posner, **The Perils of Global Legalism**, University of Chicago Press, Chicago, 2009, p.XII.

¹¹⁸ Judith N. Shklar, **Legalism: Law, Morals, and Political Trials**, Harvard University Press, Massachusetts, 1964, p.1.

¹¹⁹ Posner, **The Perils of Global Legalism**, a.g.e., p.XII.

sürekli müdahaleci davranması, zorunlu olacaktır. Türk hukukunun kazuistik düzenleme ile ilime sahip olduğu varsayılacak olursa, Türkiye’de yasama organının suçlar ve cezalar hakkında da ayrıntılı hükümler serdedeceği ileri sürülebilirdi. Ne var ki, bir kıyaslama yapılacak olursa, Türk kanun koyucunun Fransız kanun koyucusuna göre daha az düzenleyici olduğu; Fransız Ceza Kanunu 727 maddeden oluşuyorken¹²⁰, Türk Ceza Kanunu’nun 345 madde ve bir geçici maddeden ibaret olduğu görülecektir. Kanun maddelerinin uzunluğunun farklı olabileceği ileri sürülebilirse de, genel bir inceleme neticesinde her bir maddenin uzunluğu bakımından Fransız kanununun daha önde olduğu dahi söylenebilecektir. 1982 Anayasasının kazuistik olması, hareketle, Türk hukukunun ve Türk siyasi kültürünün özelliği göz önünde bulundurulduğunda, anayasa ve kanun koyucunun ayrıntılı olarak düzenleme ile iliminin haklar ve özgürlüklerin korunması bakımından belirlilik unsuru açısından kanunilik prensibi lehine bir sonuç doğması, beklenmesine rağmen, dramatik şekilde, ayrı düzenleyici tavrın suçlara ve cezalara yansımada, görülmektedir.

Her ne kadar kanunilik ilkesi dışında bazı birtakım temel cezai ilkelere yer verseye de¹²¹ 1982’de halkoylamasına sunulup kabul edilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının prensibinin içeriğinden doğrudan ilgilendiren ösuç ve cezalar ile ilgili esaslarö baki, otuz sekizinci maddesinin, bütünlüğünün ve sistematizasyonunun derlendirebilmesi önem arz etmekte olup yürürlükteki en üst düzey norm olarak suçta ve cezada kanunilik ilkesinin anayasal kökenini oluşturmaktadır:

Madde 386 Kimse, ilerideki zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı, bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu ilerideki zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşım ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları, konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılmaz. Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlardan, suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez¹²². Ceza sorumluluğu ahsîdir. Hiç kimse, yalnızca sözleşme

¹²⁰ Code pénal français, http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D99F103D4D0ED36D6A489A791603D392.tpdjo12v_3?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20130315, (15 Mart 2013).

¹²¹ Başta temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması ve kullanılmasını, durdurulması, düzenleyen madde 14 ve madde 15 olmak üzere, kişiyi dokunulmazlaştıran, maddi ve manevi varlıklarını, konu alan madde 17, kişiyi hürriyetinin sınırlarını gösteren madde 19, haberleşme hürriyetini düzenleyen madde 22, yerleşme ve seyahat özgürlüğünü düzenleyen madde 23, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlarını düzenleyen madde 26 ve özellikle hak arama hürriyetine ve adil yargılanma hakkına yer veren madde 36, kanuni hakim güvencesini düzenleyen madde 37, 1982 Anayasasının 38. maddesi dışında kalan cezai güvencelerin serpiştirildiği hükümler arasında gösterilebilecektir.

¹²² (Ek: 3.10.2001-4709/15 md.)

do an bir yükümlülü ü yerine getirememesinden dolayı, özgürlü ünden alıkonulamaz¹²³. Ölüm cezası, ve genel müsadere cezası, verilemez. Örneğin, ki i hürriyetinin kısıtlanması, sonucunu doğurmayan bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir¹²⁴. Uluslararası Ceza Divanı tarafından getirildiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaşlar, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.¹²⁵

Maddenin ilk fıkrasında, gerek suç gerekse ceza bakımından suçun işlendiği zaman, merkez olarak geçmişe yürüme yasağına, düzenlenmekteyken, cezada kanunilik ilkesinin esas düzenlendiği hüküm üçüncü fıkrada kendine yer bulabilmektedir: *Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*. Bireyi ceza davası, tehdidinin sonsuza kadar sürmesinden korunması, kanunilik güvencesi altına alan ikinci fıkra, aynı zamanda mahkûmiyet sonrası mahkûmun karar, karar, ya kalacağı, hak ve hürriyet kısıtlamaları, da güvence kapsamına dâhil etmektedir.

Öte yandan ayrıntılı bir düzenlemeyle ceza yetkisinin kullanılmasını, amaçlarından, yürütme erki, ki inin aleyhine açıklama yapmaya veya kanıt göstermeye mecbur olmadıkça, yakınlardan, belirleme yetkisinden mahrum bırakılmaması; ki inin yakınlardan kanunla tanzim edilme şartı getirilmiştir. Ayrıca ki inin hak ve hürriyetini sınırlandıran cezaların infazına hukuki dayanak teşkil etme niteliği olan deliller dahi kanunilik kapsamına alınmıştır.

Anayasa koyucu, kural olarak hangi davranışlar, cezalandırılacak, hususunda serbest olan kanun koyucuyu ki ilerinin iki tarafı, özel hukuk ilmi vassıfta, yan sözleşmeye aykırı olarak dolayısıyla cezaya maruz bırakılmayacağına, hükme bağlamak suretiyle -deyim yerindeyse- ki ilerinin kanunilik prensibine uygun muhtemel uygulamalardan dahi korumu tuttur.

Prensibin unsurlarından olan idarenin düzenleyici ilimleriyle suç ve ceza yaratılmaması, kuralı, konu itibarıyla fıkra bütünlüğü bozacak ve kanun yapma tekniğiyle çelişecek şekilde ölüm cezasına, yasaklayan kısımda tanzim edilmiştir. Darenin ki i hürriyetini kısıtlayıcı bir müeyyide uygulayamaması, i in aslında bakıldığında, hukuken gerçekleştirilemeyecek ve uygulanmayan bir hükümdür; çünkü -ki i hürriyeti ile cezadan farklı bir terim olan -müeyyide- cezanın aksine- geniş kavramlardır; bunların tanımları, ne anayasa ne de kanunlar tarafından yapılmıştır. Zaten uygulamada, trafik denetimlerinden gösterilerde alınan güvenlik önlemlerine kadar pek çok alanda -müeyyide-lerin pekâlâ

¹²³ (Ek: 3.10.2001-4709/15 md.) Eklenen fıkra, takip eden dokuzuncu fıkra, 7 Mayıs 2004 tarihli 5170 sayılı anayasa değişikliği içeren kanunun beşinci maddesinde ilga edilmiştir.

¹²⁴ (Değişiklik: 7.5.2004-5170/5 md.)

¹²⁵ (Değişiklik: 7.5.2004-5170/5 md.)

uygulandı, , gözlemlenmektedir. Hâlbuki hüküm, sadece Silahlı Kuvvetlerin iç düzenine bakılmadan kanunla istisna getirilebileceğini belirtmektedir. Silahlı Kuvvetler dâhilinde, gerek merkezi yönetimin gerekse yerinden yönetimin kolluk kuvvetlerinin somut ihtiyaçları, kararlaştırmak amacıyla yaptırımlar uygulamakta olması, hükmün ne şekilde tatbikattan uzak kaldığını, bir başka ifadeyle, Kabahatler Kanunu ve uygulaması, sadece birer örnektir. Bir başka açıdan, düzenleme, tüzük ve yönetmelik bir yana kanun hükmünde kararnameyle bile suç ve ceza yaratılmaması ile alakalandırılabilir. Her ne kadar yasama makamının onayına tabi olsa da kanun hükmünde kararnamenin idarenin başına, ve onun parçası olan Bakanlar Kurulunca ihdas ediliyor olması, söz konusu ilemin genel manada kanun hükmünde olmasıyla men, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da vurguladığı üzere¹²⁶ suç ve ceza bakımından aslında kanun hükmünde olmadığı, görülmektedir. Yine yüksek mahkemenin bir başka içtihadında da örneği, ki iliminin kısıtlanması, sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Örneğin, düzenleme, gerçek veya teknik anlamdaki cezalar ile idari yaptırımların birbirinden tefrik edilmesinde dayanak noktası olarak kendine yer bulmaktadır¹²⁷. İdarenin ki iliminin özgürlüğüünü sürdürülecek yaptırımlar uygulayamaması, anayasanın doğrudan doğruya birey lehine haklarını ve özgürlüklerini koruyacak bir tavır takınması, neticesinde anayasal bir nitelik arz etmektedir. Anayasa, bu hükmüyle, ilkenin benimsenmesinden murat edilen amaç, açıklamaktadır. Bu amaç ki iliminin teminat altına alınmasıdır. Her ne kadar idare hukukunda idarenin kanunilik ilkesinde bir ilke var olsa da, takdir edilecektir ki, idarenin kanunilik ilkesindeki kanunilik anlayışıyla suçta ve cezada kanunilik anlayışının tamamen örtülmüşü mümkün olmadıkça, gibi, aralarında, bireyin sahip olduğu özgürlüklerin anayasa tarafından himaye edilmesi açısından ciddi bir hassasiyet farkı mevcuttur. Ceza hukuku ve bu disiplin başındaki cezalandırma, Montesquieu'nün de dile getirdiği gibi, ki iliminin hürriyeti bakımından en büyük tehdidi oluşturmaktadır¹²⁸. Öte yandan, idarenin iliminin ve eylemlerine sınırlama getiren söz konusu düzenleme, idari cezalar, mesela vergi

¹²⁶ Anayasa Mahkemesi, 04.04.1991, 1990/12 E., 1991/7 K., Resmi Gazete: Say, 20959, 13.08.1991. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=932&content=, (22.02.2013).

¹²⁷ İdari nitelikteki vergi suç ve cezalarından söz eden mahkeme, bunlar, örneği, ki iliminin kısıtlanması, sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Örneğin, hükmüne istinaden maddi ceza hukuku anlamındaki suç ve cezalardan ayrı değerlendirilmektedir. Anayasa Mahkemesi, 25.05.1993, 1993/3 E., 1993/20 K., Resmi Gazete: Say, 22477, 28.10.1995. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1063&content=, (22.02.2013).

¹²⁸ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Livre XII, Chapitre II, a.g.e., p.171.

cezalar,n,n¹²⁹ durumunu akla getirmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 38. madde aç,s,ndan inceleme yapt, , bir karar,nda, Dan, tay Dördüncü Dairesi, Anayasa'n,n 38. maddesinde yer alan suç ve cezalara ilgili ilkenin vergilendirmeye ili kin idari nitelikteki suç ve cezalar için de geçerli olaca ,n,, dava konusu f,kradaki müteselsil sorumlulu un bir tür ceza oldu unu ve bu sorumlulu u belirlemek üzere yap,lacak idari düzenlemelerin suç olu turmas, anlam,na gelece ini, bunun da 38. maddesiyle ayk,r,l,k olu turaca , savunmas,na ra men, yap,s, gere i vergi cezalar,n suçta ve cezada kanunilik ba lam,ndaki cezalardan nitelik itibariyle farklı oldu unu belirtme ihtiyac, hissetmi tir¹³⁰.

Eksiklerin belirlenmesi gerekirse, 1982 Anayasas,n,n otuz sekizinci maddesinde ne belirlilik unsuruna, ne de öngörülebilirlik unsuruna dolayl, biçimde dahi rastlanmamaktad,r. Ceza ile ilgili tüm mevzuat,n yaz,l, olma gelene i hasebiyle yaz,l,l,k unsuru müstesna tutuldu unda, kanunun anla ,l,r ve tahmin edilebilir olmas, aç,s,ndan herhangi bir hüküm serdetmeyen anayasa koyucunun, bunlar,n yan, s,ra, k,yas yasa ,n, anayasa-d, , b,rakt, , görülmektedir.

B. FRANSIZ V. CUMHUR YET ANAYASASI

28 Eylül 1958 tarihinde yap,lan halkoylamas, sonucunda kabul edilip 4 Ekim 1958'de ilan edilen ve Be inci Cumhuriyeti kuran Frans,z Anayasas,¹³¹, esas itibariyle devlet te kilat,n,, yetkileri ve sorumluluklar, düzenlemekte olup kanunilik ilkesinin yer almas, muhtemel bir temel hak ve özgürlükler bölümünü bünyesinde bar,nd,r,mamaktad,r. Frans,z anayasal yap,s,nda haklar,n ve özgürlüklerin anayasall,k denetimi, anayasall,k bloku (*bloc de constitutionnalité*) kapsam,nda yer verilen 1789 nsan ve Yurtta Haklar, Beyannamesi¹³², 1946 Anayasas,n,n Ba lang,ç bölümü¹³³, 2004 Çevre Tüzü ü¹³⁴ esas al,narak yap,lmaktad,r. V. Cumhuriyet Anayasas,n,n as,l metninde kanunilikle alakal, bir

¹²⁹ Literatürde vergi cezas, tabirinin yayg,n ekilde kullan,ld, ,n, hat,rlatmakta fayda vard,r. Mesela Fransa'da öDroit Pénal Fiscalö terimi kullan,lmaktad,r. Thierry Afschrift, **Traité de la preuve en droit fiscal**, Larcier, Bruxelles, 2004, p.507 vd. Kitapta bir ba l,k vergi ceza hukukuna ayr,lm, t,r. Türkçedeki kullan,m için bkz: Mualla Öncel - Nami Ça an - Ahmet Kumrulu, **Vergi Hukuku: Genel K,s,m**, Cilt 1, 2. Bas,m, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay,nlar,, Ankara, 1985, s.23, 85, 93 vd.; N. Bilici, **Vergi Hukuku**, 13. Bask., Seçkin Yay,nlar,, Ankara, 2007.

¹³⁰ Anayasa Mahkemesi, 25.05.1993, 1993/3 E., 1993/20 K., Resmi Gazete: Say, 22477, 28.10.1995. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1063&content=, (22.02.2013).

¹³¹ Véronique Champeil-Desplats, **Les Grandes Questions du Droit Constitutionnel**, Connaissance, Paris, 2003, p.13.

¹³² öDéclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789ö.

¹³³ öPréambule de la constitution de 1946ö.

¹³⁴ öCharte de l'Environnementö.

bölüm bulunmadı, buna göre, anayasanın atıfta bulunduğu pozitif devletlerin diğer metinler incelenmelidir.

1789 İnsan ve Yurtta Haklar, Beyannamesinin kanunilik prensibiyle alakalı, düzenlemesi, ayrı bir başlık halinde yukarıda ele alınmış, t.r. Beyannamenin dördüncü, beinci ve on birinci maddeleri nispeten dolayı, olarak, yedinci ve sekizinci maddeleri ise tereddüt edilemeyecek şekilde kanunilik prensibini düzenlemektedir. Tekrar düzenlemeye adanmış burada, İnsan ve Yurtta Haklar, Beyannamesini inceleyen kısımındaki açıklamalarla yetinilmektedir.

Anayasal ve pozitif devletlerin yürürlükte olmayan ve 1946 tarihli IV. Cumhuriyet Anayasasının başlangıç kısmı incelendiğinde, kanunilik prensibiyle ilişkilendirilebilecek bir düzenlemeyle karşılaşmamaktadır¹³⁵.

Fransız hukukundaki anayasal blokuna 2004'te dahil olup 1 Mart 2005'te ilan edilen Çevre Tüzüğü'nün (*Charte de l'Environnement*) üçüncü, dördüncü ve yedinci maddelerinde bazı şart ve şartlamalar, ancak kanunla belirlenebileceği belirtilerek kanun normuna atıf yapılmış olsa da¹³⁶, düzenlemenin asıl konusunun çevrenin korunması, olduğundan dolayı, söz konusu şartlar, ve şartlamalar, kanunilik suçta ve cezada kanunilik prensibinin anayasal temelleri kapsamında değerlendirilmemesi mümkün görünmemektedir.

C. AMERİKABİRLEŞİK DEVLETLER ANAYASASI

Sistematik açılarından incelendiğinde her biri *article* ad verilen ana bölümler ve *section* terimiyle ifade edilen alt kısımlardan oluşan Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının ayrıntılı olarak mahkemelerin görev ve yetkilerinin düzenlendiği yargıya tahsis edilmiş üçüncü ana bölümün (*Article III*) ikinci alt kısmının (*Section 2*) son paragrafında, bütün suçların jüri tarafından yargılanacağı ve muhakemenin suçun işlendiği eyaletin şartları, içerisinde yapılacağından başka, konuyla alakalı olarak, suç eyaletlerden birinin şartları, içerisinde işlenmediği takdirde yargılanmayacağı, yerin veya yerlerin Kongre tarafından ihdas edilecek bir kanunla belirleneceği düzenlenmektedir¹³⁷. Suçun ya da

¹³⁵ Bkz: Jacques Robert, **Préambule de la Constitution de 1946: un contrat de société**, La Documentation française, Paris, 1994, b.a.

¹³⁶ Charte de l'Environnement, <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Charte-de-l-environnement-de-2004>, (15.03.2013).

¹³⁷ Ronald J. Bacigal, **Criminal Law and Procedure: An Overview**, 3rd Edition, Delmar Cengage, New York, 2009, p.327.

cezanın mahiyetiyle doğrudan alakalı, olmamakla beraber uyumsuzluk halinde suçun yargılanması, mahkemenin ancak Amerikan Kongresi tarafından *federal düzeydeki kanunlarla* tespit edilebilecek olması, usul hukuku açısından kanunilik prensibinin bir yansıması olarak değerlendirilebilecektir.

Federal devlete tanınan yetkilerin sınırlarının gösterildiği dokuzuncu ana bölümde, isyan ve diğer hallerinde bile genel güvenlik zorunlu kılınmadıkça Habeas Corpus Act başlıklı, altıncı maddede ele alınan bireyin özgürlüğünün mahkeme kararıyla sağlanmasıyla ilgili bir güvence oluşturulan ve özgün metinde *habeas corpus* ekinde anlatılan teminatlarla dokunulamayacağı, hükme bağlanmaktadır. Habeas Corpus güvencesinden başka aynı bölümde, kanunilik prensibinin olmazsa olmaz bir unsurunun düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, geçmişte yürüyen kanunlar yapılamaz. Diğer yandan düzenlemeyle terminolojide *bill of attainder* olarak isimlendirilen mahkeme tarafından yargılanmasıyla yapılmaksızın kanunla suçun işlendiğinin tespitini ve cezanın verilmesini ifade eden usul yasaklanmıştır.¹³⁸

Amerikan anayasasında suçta ve cezada kanunilik için asıl gösterilebilecek düzenleme, anayasanın beşinci kez maruz kaldığı, İngiltere'deki anayasal belgelerden biriyle aynı adı taşıyan *bill of rights* olarak adlandırılan ilk on demelik kapsamında değerlendirilen, 25 Eylül 1789'da teklif edilip 15 Aralık 1791'de kabul edilen¹³⁹ *fifth amendment to the United States Constitution* ekinde anlatılan demelikte birlikte anayasallık kazanmıştır. Cezalandırma yetkisinin kullanılmasına, alanında yapılacak suçlandırma ve özel mülkiyete saygının düzenlendiği 1791 demelikindeki ilgili hükme göre, önkayımlı usullere uyulmaksızın kimse hayatından, özgürlüğünden ve mülkiyetinden mahrum bırakılamaz.¹⁴⁰ Hükümde geçen *due process of law* bir kavram ve bir kurum olarak Amerikan hukukunda Kıta Avrupası'ndaki kanunilik prensibinin hukuki ve anayasal temelini oluşturmaktadır.¹⁴¹ Amerikan Yüksek Mahkemesinin kararları, özellikle genel bir tespit yapmak gerekirse, *due process of law* kavramının yukarıda kanunilik ilkesiyle ilişkilisi bağlamında atıfta bulunulan Alman doktrini kökenli *rechtsstaat* (hukuk devleti) ve Anglosakson kökenli *rule of law* (hukukun üstünlüğü) kavramlarıyla hemen

¹³⁸ Joycelyn M. Pollock, **Criminal Law**, 10th edition, Elsevier, Massachusetts, 2013, p.18.

¹³⁹ Bkz: Paul S. Boyer, Melvyn Dubofsky (ed.), **The Oxford Companion to United States History**, Oxford University Press, New York, 2001, p.73.

¹⁴⁰ "...nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law..." Bacigal, **Criminal Law and Procedure: An Overview**, a.g.e., p.328.

¹⁴¹ Roelof Haveman, "The Context of the Law", **Supranational Criminal Law: A System Sui Generis**, ed. Roelof Haveman, Olga Kavran, Julian Nicholls, Anwerp, Intersentia, 2003, p.40.

hemen örtü tü ü ileri sürülebilecektir¹⁴².

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ba lam,nda cezan,n birey hürriyetini k,s,tlad, ,, adli para cezalar, dikkate al,n,rsa malvarl, ,na zarar verdi i, hatta incelemeye konu anayasan,n yürürlükte oldu u Amerika Birle ik Devletleri'nin de aralar,nda bulundu u baz, ülkelerde ya ama hakk,n,n çi nenmesine neden olan bir kavram ve hukuki niteleme oldu u göz önünde bulundurulursa, Amerikan anayasas,ndaki be inci de i ikli i kanunilik prensibi bak,m,ndan yüksek düzeyde bir ilerleme olarak de erlendirmek mümkün görünmektedir.

Yine yukar,da at,fta bulunulan mahkemenin yer bak,m,ndan yetkisinin belirlenmesinin kanun vas,ta,s,yla yap,ld, , düzenlemeye at,fta bulunan alt,nc, de i ikli e göre, ceza soru turmas,nda, san,k vakit kaybedilmeksizin aleni ekilde kanunun belirledi i eyalette tarafs,z jüri taraf,ndan yarg,lan,r. Kanunun bireyin cezai güvenli ini sa lamaya yönelik söz konusu düzenlemedeki bir ba ka i levi, san, ,n kendi lehine ahitlerin dinlenmesi gibi haklar,n,n kanun güvencesi alt,na al,nmas,d,r. Hüküm, san, ,n bireysel özgürlü ünün korunmas, amaçlanarak tan,nan haklar, kanuni yollar çerçevesinde kullan,lmas,n, emretmektedir¹⁴³.

Hemen belirtmek gerekir ki, be inci de i iklik, t,pk, kendisi gibi *reconstruction amendments* biçiminde nitelendirilen de i iklikler kapsam,nda yer alan ondördüncü tadil (*amendment*) ile alakal,d,r. öHukuka, kanuna uygun olarak ö biçiminde Türkçe tirilebilecek *due process of law* kavram,na¹⁴⁴, ondördüncü de i iklikte de at,fta bulunulmaktad,r. Düzenlemeye göre, hiçbir eyalet kanuna/hukuka ayk,r, yollar d, ,nda hayat,ndan özgürlü ünden ve mülkiyetinden mahrum edemez; idaresi alt,ndaki hiç kimseyi e itlik çerçevesinde kanunlar,n himayesinin d, ,na ç,karamaz¹⁴⁵. Ondördüncü ve be inci de i iklikler k,yasland, ,nda, sonradan yap,lan ondördüncü *amendment*ta eyaletlerin hukuki sorumlulu una vurgu yap,ld, , söylenebilecektir. Dahas,, e itlik ilkesi ile kanunilik ilkesi birbirinden ayr,lmayacak do rultuda bir hukuki yorumla ele al,nmaya mecbur k,l,nm, t,r.

u hususun yeniden alt,n, çizmek gerekir ki, Amerikan anayasal düzeninde anayasan,n ilgili bütün hükümleri itibariyle kanunilik prensibinin *due process of law* kavram,

¹⁴² Ford P. Hall *et al.*, **American National Government: Law and Practice**, Harpers and Brothers Publishers, New York, 1949, p.220.

¹⁴³ Bacigal, **Criminal Law and Proedure: An Overview**, a.g.e., p.329.

¹⁴⁴ Amerikan hukukuna özgü *due process of law* kavram, için bkz: John V. Orth, **Due Process of Law: A Brief History**, University Press of Kansas, Lawrence-Kansas, 2003, b.a.

¹⁴⁵ Bacigal, **Criminal Law and Proedure: An Overview**, a.g.e., p.329.

ba lam,nda de erlendirilmesi isabetli olacakt,r.

D. 1947 TALYAN ANAYASASI

Eylül 1946 ile Ocak 1947 tarihleri aras,nda altm, be temsilciden olu an bir kurul taraf,ndan esas itibariyle ekillendirilen talyan anayasas,yla ilgili olarak kurumsal reformlar hakk,ndaki tart, malar,n ve talya Cumhuriyeti'nin belli bir zaman dilimiyle s,n,rlanamayacak bunal,mlar,n,n haz,rlan, sürecinin önemine katk,da bulundu unu söylemek yeterli olacakt,r¹⁴⁶. talyan Anayasas,n,n bireyin cezai güvenli ine ili kin belli ba l, güvencelere yer veren yirmi yedinci maddesinde, umulan,n aksine, ceza sorumlulu unun ahsili i, kesin hükme kadar san, ,n suçsuz say,lamayaca , anlam,ndaki masumiyet karinesi ve cezaland,rman,n insanili i ve yap,c,l, ,n,n yan, s,ra ölüm cezas,n, yasaklayan hükümlerin varl, ,na ra men, suçlar,n ve cezalar,n kanuna dayanmas,n, do rudan veya dolayl, biçimde emreden bir hükme rastlanmamaktad,r. Bununla beraber, cezan,n kanunili iyle ili kilendirilebilecek ve güvenlik tedbirlerini de kapsayan teminatlara, esas itibariyle ki i el özgürlüklere yer veren¹⁴⁷ on üçüncü maddede rastlamak mümkündür.

öKi i özgürlü ü dokunulmazd,r. Yaln,z kanunun belirtti i durumlarda ve biçimlerde, bir yarg, makam,n,n gerekçelerini belirten müzekkeresi olmadan hiçbir eilde ne tutuklama, denetim veya ki isel arama ne de ki i özgürlü ünün s,n,rlanmas, kabul edilemez. Emniyet birimleri, kanunun aç,kça belirtti i istisnai zorunluluk ve acil durumlarda, keyfiyeti k,rk sekiz saat içerisinde adli makamlara bildirmek suretiyle geçici önlemler alabilir; bu önlemler, takip eden k,rk sekiz saat içerisinde adli makamlarca onaylanmazsa kald,r,lm, say,l,r ve hiçbir sonuç do urmam, olurlar. Herhangi bir biçimde özgürlü ü k,s,tlanen bireylere kar , her türlü fiziki ve manevi iddet cezaland,r,l,r. Mahkemeye ç,kar,lmas,na kadarki azami gözetim süresi kanunla belirlenir.ö¹⁴⁸

Kanunilik prensibinin talyan anayasas,nda as,l düzenlendi i yer, yirmi be inci madde olup ayn, hüküm içinde prensibin bir parças, olarak nitelendirilebilecek kanuni hâkim ilkesinin de kendine yer buldu u görülmektedir. Düzenlemeye göre, öHiçkimse kanunen

¹⁴⁶ Domenico Novacco, **L'officina della Costituzione Italiana: 1943-1948**, Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano, 2000, p.9.

¹⁴⁷ Massimo Drago (ed.), **La Costituzione Italiana**, Alpha Test, Milano, 2008, p.48.

¹⁴⁸ öLa libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di Pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'Autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.ö Massimo Drago (ed.), **La Costituzione Italiana**, a.g.e., s.47.

tabi oldu u do al hakimden ba ka bir merci önüne ç,kar,amaz. Hiçkimse, suçun i lenmesinden önce yürürlükte olmayan cezaland,r,amaz. Kanunda belirtilen durumlar d, ,nda kimsenin özgürlüklerine k,s,tlama getirilemez.ö¹⁴⁹

Kanuni hakim ilkesi ile suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ço u anayasalarda ayr, maddelerde düzenlenmi olmas,na ra men, talyan anayasas,nda ayn, madde içerisinde hukukile tirilmi olmas,, kanuni hakim ilkesinin suçta ve cezada kanunilik ilkesinden ayr, dü ünülmemesi gerekti ini ima eden pozitif bir gösterge olarak de erlendirilebilecektir. Di er yandan metinde geçmi e yürüme yasa ,n,n kanunilik ile iç içe geçmi bir ekilde ele al,nm, olmas,n,n cezai hükümler içeren kanunlar,n ancak gelecekteki olaylara uygulanabildi i takdirde bir güvence te kil edebilece ine i aret etti i söylenebilecektir. Bireyin özgürlüklerine en büyük tehdidin ceza ile sonuçlanma ihtimali olan soru turma ve kovu turmalardan gelebilece i göz önünde bulundurulursa, düzenlemeyi genel bir güvence ile tamamlayan hükmün son cümlesinin de eri kendili inden anla ,lacakt,r. Kanunilik prensibinin varl,k amac,n,n karma ,k ve güçlü devlet ayg,t,n,n sahip oldu u mekanizmalara kar , asimetrik bir hukuki konumda bulunan bireyin serbestçe hareket edebilmesini sa lama amac,yla yarat,ld, , ve somut olaylarda hukuki yarar,n korunmas,n,n yolunu açmas, ve güvencenin effafl, ,n,n olu turulmas, dü üncesiyle pozitif metinlere yans,t,ld, ,n, ileri sürmek yanl, olmayacakt,r.

talyan anayasas,ndaki kanunilik düzenlemesi, Türk anayasal normlar,yla kar ,la t,r,ld, ,nda, genel bir güvence ile tamamlanan metnin gerek 1961 Anayasas,ındaki gerekse 1982 Anayasas,ındaki kanunilik prensibine ili kin düzenlemelere göre daha k,sa oldu u, suçun kanunili ini aç,kça belirtmemesinden ötürü eksiklik ta ,d, , söylenebilecektir. Buna kar ,l,k, Türk anayasalar,nda kanuna dayanmad,kça bireyin özgürlü ünün k,s,tlanamayaca ,na dair mevcut hükümlerden ayr, ve genel güvence te kil edebilecek bir düzenlemenin bulunmamas,, 1947 talyan Anayasas,ın,n kanunilik prensibiyle alakal, kurallar,n,n incelenmesi sonucunda varl, , tespit edilebilecek bir kusur olarak nitelendirilebilecektir.

¹⁴⁹ öNessuno può essere distolto dal giudice naturale preconstituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge.ö. Drago (ed.), **La Costituzione Italiana**, a.g.e., p.60.

GENEL DE ERLENDİRME

Hukuk düzenlerinin kurumsallaşması, ve insan haklarının gelişmesi ekinde iki tarihi dinamiğe dayandı, , söylenebilecek olan suçta ve cezada kanunilik prensibinin anayasal kökenleri, öanayasalö kelimesinin düalist yapı,s,ndan hareketle iki noktaya at,fta bulunmaktadır: normatif köken ve dü ünsel köken. Bir yandan, ilkeyi dolayl, veya do rudan düzenleyen *anayasal* belgeler, uluslar aras, antla malar, anayasalar, kanunlar, di er düzenleyici i lemler ve teamülî hukuk kuralları,; di er yandan, prensibe duyulan ihtiyac,n yaratt, , iddialar, ak,l yürütmeler ve tart, malardan olu an fikri birikim, kanunilik ilkesinin anayasal orijini olu turmaktadır. Bu ba lamda, çal, ma, prensibin men eini *anayasal* teriminin iki anlam,ndan hareketle ele alma kayg,s,yla kaleme al,nm, t,r. stisnalar, olmakla birlikte, dü üncenin norma tekaddüm etti i göz önünde bulundurulursa, sistematik içerisinde kanunilik ilkesinin, önce dü ünsel temelleri, ard,ndan pozitif hukuktaki yans,malar, de erlendirilmi tir.

Terminolojik aç,dan, prensibin anlamlandır,lmada ön plana ç,kan kavramlar incelendi inde, ölçülü bir genellemeyle, suç, ceza, kanun ve kanunilik terimlerinin geli im süreci içerisinde bir kapsam daralması, oldu u söylenebilecektir. Bu do rultuda, suç say,lan fiillerin, yapt,r,m miktarları,n,n, suç ve ceza yaratan makam ve normları,n azald, ,; di er taraftan, kanunilik teriminin Anglo-sakson hukuk gelene inin de özel tesiriyle geni yorumlandı, , gözlemlenmektedir. İkenin tabiat, gere i, kanunilik kriteri, suç ve cezay, s,n,r,layarak kendi uygulama alan,n, geni letmi tir. İkenin s,n,r,laması,, cezaland,r,lan davran, lar,n kapsam,n,n daralması,, cezalar,n tür ve infaz ekli aç,s,ndan daha insani, daha ölçülü, daha tutarlı,; miktar bak,m,ndan daha k,s,tl, uygulanması, ekinde sonuçlar do urmu tur. Dolay,s,yla, prensibin terimlerindeki anlam daralması,n,n, fikri geli melere paralel gerçekte ini savunmak yanl, olmayacaktır.

Kanunilik prensibiyle ilgili kaydade er bir ihtilaf konusu, prensibin tarihinin Roma hukukuyla ba lay,p ba lamada, ,d,r. M.Ö. 509'da ilan edilen Valérienne Kanununun cezaland,r,ma yetkisinin kullan,m,na ili kin kuralları,, a ,r cezalar gerektiren bazı suçları,n halk,n huzurunda yeniden yarg,lanması,n, emretti i bilinmektedir¹⁵⁰. Kanun-yasama-halk

¹⁵⁰ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, a.g.e., p.164-165.

iradesi biçiminde özetlenebilecek dü ünce ba lant,s, dikkate al,n,rsa, gerek kural, yaratan normun kanun olmas,, gerekse ça da kanun anlay, ,n,n yönetilenlerin iradesiyle me ruiyet kazanmas,n, öngörmesi bak,m,ndan kanunilik prensibinin kökenini Roma hukuk tarihine dayand,rmamak için sebep yoktur. Valérienne kanununu takip eden süreçte, ceza muhakemesinde halk mahkemeleri kurulmas,na kadar varacak düzeyde halk,n etkisinin giderek artmas,, ça da mahkemelerin ömillet ad,naö karar vermesiyle tutarl,l,k ve devaml,l,k arz etmektedir. Öte yandan, kanunilik ilkesinin kendisi bir yana, belirlilik unsurunu dahi ta ,d, , dü ünülen On ki Levha Kanununun ölüm cezas,n,n ancak egemenli in en üst makam,nca verilebilmesini ve böylece kanuni hale gelmesini öngören *de capite civis nisi per maximum comitatum ne ferunto* (Ancak en yüksek meclis ki iyi idama mahkûm edebilir)¹⁵¹ kural,yla, daha sonra bütün suçlara ve cezalara hâkim olacak, tedrici bir kanunilik e iliminin güçlendi i savunulabilecektir. Valérienne ve On ki Levha Kanunlar,n,n düzenlemelerinden ba ka, Roma hâkimlerinin özellikle cezaland,rma yetkisini kullan,rken kanuna s,k, s,k,ya ba l,l,k sergilemeleri, daha ziyade öhakemö tavr,yla kurallar, uygulamakla yetinmeleri, kanunilik prensibinin Roma hukukuyla ba lad, , do rultusundaki görü ü teyit etmektedir.

Hem pozitif hukuk kurallar,yla, bilhassa anayasalarla düzenlenmesi, hem de Hallevy'nin katk,s,yla öilkeler-üstü ilkeö biçiminde isimlendirilebilecek dü ünsel arka plan,yla¹⁵² hukuk devleti, suçta ve cezada kanunilik prensibinin anayasal temelleri aras,nda mühim bir konuma sahiptir. Hukuk devletinin kanunilik ilkesinin yan, s,ra devlete kar , bireyin haklar,n, korumay, amaçlayan di er ilkeleri kapsad, , kabul edilebilir. Bununla beraber kanunilik ve hukuk devleti prensiplerinin belirlilik, geçmi e yürüme yasa ,, öngörülebilirlik gibi pek çok alt unsur sayesinde örtü tü ü görülmektedir. Bu itibarla, kanunilik prensibinin, hukuk devleti emsiyesi alt,nda olsa da, hukuk devleti ilkesiyle mukayese edilebilir bir kapsam geni li i ve uygulama alan,na sahip oldu unu iddia etmek mümkündür. Ne var ki, iki ilkenin paralelli i, özellikle pozitivist görü çerçevesinde, kanun devleti-hukuk devleti ikilemini ortadan kald,rmamaktad,r. Di er yandan hukuk devletinin kuraldan çok bir uygulama meselesi olu u kanunilik ilkesinin hukuk devleti dü üncesiyle ba ,n, karma ,kla t,rılmaktad,r. Kanunun, pozitivist yakla ,mdan uzakla t,kça *res judicata* etkisini yitirmesine kar ,l,k do al hukuk dü üncesinde insan haklar,n,

¹⁵¹ Pesaresi, **Studi sul Processo Penale in Età Repubblicana: Dai Tribunali Rivoluzionari alla Difesa della Legalità Democratica**, a.g.e., p.80.

¹⁵² Hallevy, **A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law**, a.g.e., p.3.

koruyucu niteliğinin kuvvetlendirilmesi, fakat hukuki koruma için elverişli araçlarla donatılması, sorununun açıklanması, kavu turulmadığı, söylenebilir.

Bireyin temel haklarının hiçbir ihlalinin suçlandırılma kadar tehlikeli olamayacağı, ilerisi süren *Kanunların Ruhunu* yazarın, yaklaşımları¹⁵³, fikri boyutta kanunilik ve anayasal düzen arasındaki bağlantı, kuran bağlantı noktalarından biridir. Birey ile devlet arasındaki asimetrik ilişkinin hukuki güvenlikle teminat altına alınması, kuvvetler ayrılığı, cezalandırma yetkisinin kullanılması ve toplumsal sözleşme üzerine düzenlemeyi gerektirmektedir. Esasen birbirleriyle alakalı olan söz konusu üç bağlantı noktası, anayasal düzen biçimiyle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin yaklaşımı, belirginleştirilmektedir. Cezalandırma yetkisinin egemenliğin bir parçası ve çağdaş düzenlerde yargı biriciliği olduysa, dahası, anayasalarda kaçınılmaz şekilde düzenlenegeldiği ve her ceza kuralının anayasa tarafından yaratılması, imkânsızlığı, dikkate alınması, anayasa koyucunun anayasadan sonra en muteber ikinci norm olan kanunu ve kanun koyucuyu suç ve ceza koyma yetkisiyle donatması tabiidir. İkinci olarak, tüm demokratik yönetim düzenlerinin benimsediği kuvvetler ayrılığı, sisteminin suç ve ceza konulması ve yargılama yetkilerini farklı erklerle tevdi edilmesini zorunlu sayması, suçların ve cezaların ancak yasama makamınca kanun vasıtasıyla yaratılması, hâkimin sadece kanun hükümlerini uygulamakla yetinmesini ve bu sayede kanunilik ilkesini meydana getirmektedir. Gelinecek anlamda, suçun ve cezanın yalnızca kanunla ihdas edilmesi konusunda tereddüt kalmamaktadır. Ne var ki, kanunun ne olduğu, kim tarafından, hangi usullerle ve ne için yapılacağı, kısacası, meşruiyet meselesi çözüm beklemektedir. Bu noktada, kanunilik ile anayasal düzen ilişkisini temellendiren üçüncü teori devreye girmektedir: toplumsal sözleşme. Egemenliğin kaynağı, ve kullanılması biçimini gösteren, anayasa ile özdeşleşen sözleşme, genel esaslar, belirtmekle kalamayacak, toplumun bir parçası olan bireyin hakları, doğrudan ilgilendiren kanunların koyucusunu, içeriğini ve biçimini etkileyecek ve toplum iradesi marifetiyle mevrut olacaktır. Böylelikle, cezalandırma, kuvvetler ayrılığı, ve toplumsal sözleşme kuramları, kanunilik prensibinin temelleri arasında yerini almaktadır.

Düzen tarihinin esas kaynakları, özenle okunduğunda, suçta ve cezada kanunilik prensibinin felsefi kökenlerine rastlamamak zordur. Üstelik, *Leviathan*'da, *Kanunların Ruhunu*'nda, *San Mektupları*'nda, *Suçlar ve Cezalar*'da, *Felsefi Konular* ve *Fıkralar*'da,

¹⁵³ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, a.g.e., p.171.

Anayasa Hukuku Çalışması, Giriş, Sosyal Savunma Prensiplerinde iddia olunan görüşlerin, prensibin genel hatları, bir yana, kimi zaman unsurlarına dahi temas ettiği görülmektedir. Thomas Hobbes'un suçu ve cezayı tanımlayarak kapsamını daraltması, Baron de Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığı kuramı ile suç ve ceza yaratmaktan hâkimleri men etmesi, Voltaire'in Kanunların Ruhunu ele tirişken bile suçun ve cezanın kanuniliğini benimsediğini açıkça vurgulamaması, Albert Dicey'in hukukun üstünlüğü ile Anglo-sakson tarzı kanunilik düşüncesine sevk eden yaklaşım, prensibin çağdaş algısının büyük ölçüde, daha XX. yüzyıla varmadan oluştuğunu göstermektedir. Filippo Gramatica'nın ceza, toplumun kendi kendini savunması olarak görülürken, kanunu söz konusu tepkinin zorunlu araç sayması, dikkate alındığında Cesare Beccaria ise kanunun açık ve anlaşılabilir olması ile öngörülebilir olması gerektiğini savunan fikirleriyle suçta ve cezada kanunilik prensibinin unsurlarını, resmederek, neredeyse kendisinden sonraki düşünürlere kanunilik hakkında söyleyecek pek az söz bırakmıştır.

Herhalde kanunilik ilkesinin yargı ve yürütme güçlerine karşı güvensizlikten ötürü kabul edildiğini söylemek isabetsiz olmayacaktır. Bu durumda, genel olarak, Kıta Avrupası, hukuk düzeninde, özellikle Türk hukukunda, kanun ve dolayısıyla kanunilik kavramları, dar yorumlandı, ilerisi sürmek mümkündür. Buna karşılık, Anglo-sakson hukuk düzeninde kanunilik ilkesinin içtihadî hukuku temel alacak ölçüde geniş yorumlanması, hak ihlalleri bakımından olumsuz sonuçlara yol açmamaktadır. *Sunday Times v. United Kingdom*¹⁵⁴ veya *Bartold v. Germany*¹⁵⁵ kararları, ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kanunilik terimini geniş yorumladığını, her iki hukuk düzenine ait uyuşmazlıklara bulduğu çözüme iki karakteristik örnek teşkil etmektedir. Diğer yandan, anayasal seviyede kanunilik ilkesinin benimsendiği görülen bazı hukuk düzenlerinde mevzuatın yeterliliğine rağmen ilkedeki umulan hukuki güvenliliğinin tesis edilemediği görülmektedir. Anayasasında kanunilik ilkesi düzenlenen her ülkede kendiliğinden bireylerin cezalandırılma yetkisinin kötüye kullanılması, korunması gerektiğini söylemek zordur. Bu olgular göz önünde bulundurulduğunda, suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle ilgili hukuki açmazların kanun-yargılamaya uyumsuzluğu olarak ifade edilebilecek, temelde bir uygulama meselesi olduğunu kabul etmek gerekecektir.

¹⁵⁴ ECHR, **Case of Sunday Times v. United Kingdom**, Application no. 6538/74, Judgment of 26 April 1979, paragraph 48-50.

¹⁵⁵ ECHR, **Case of Bartold v. Germany**, Application no. 8734/79, Judgment of 25 March 1985, paragraph 48-49.

Türk Anayasa Mahkemesi nezdinde açılan davaların içeriği ve yüksek mahkemenin kararları, incelendiğinde, kanunilik ilkesinin uygulanması, sorununun, kanunda anılan terimlerin dahi kanunla düzenlenmesinin gerekip gerekmediği sorusuna neden olacak kadar mevzuatla ilgilendirildiği, somut hak talepleriyle birlikte yeterince değerlendirilmediği, istikrar arz etmediği gözlemlenmektedir. Buna mukabil, Fransız Anayasa Konseyinin 28ubat 2012 tarihli kararında¹⁵⁶ suç ile cezaların aynen, kanunda düzenlenmesini gerekli bulması, dikkat çekmektedir.

Yukarıdaki paragrafta atıfta bulunulan, kanunilik ilkesinin yalnızca mevzuata dayalı bir mesele olarak algılanması, belki, Türk hukuk geleneğine temelde edilebilir. Her türlü siyasi, toplumsal sorunun ancak anayasa dışındakiyle, kanunla veya başka bir normla çözülebileceğine yönelik *legalistic* eğiliminin¹⁵⁷, kanunilik prensibinin bir hak ve uygulama meselesinden ziyade mevzuat sorunu olduğu doğrudan doğruya eleştiriyeye açık, yetersiz, beslediği ileri sürülebilecektir.

Neticede, suçta ve cezada kanunilik prensibi, dünsel ve normatif gelişimi içerisinde, daima, devletin asimetrik cezalandırma yetkisine karşı, birey haklarının korunması, adaletin ve hukuki himayenin sağlanması, arayışının bir ürünü olmudur ve temelde bir uygulama sorunu olmaya devam edecektir. Earl Warren'ın veciz ifadesiyle noktalamak gerekirse, "adaleti ya atan, kanunun ekli de il ruhudur"¹⁵⁸.

¹⁵⁶ **Conseil Constitutionnel**, Décision n° 20126647 DC, du 28 février 2012, Journal officiel du 2 mars 2012, p. 3988 (@ 2), ECLI:FR:CC:2012:2012.647.DC.

¹⁵⁷ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s.58.

¹⁵⁸ Earl Warren, **The Public Papers of Earl Warren**, ed. Henry M. Christman, Greenwood, Westport-Connecticut, 1974, p.229. "It is the spirit and not the form of law that keeps justice alive."

B BL YOGRAFYA

ALACAKAPTAN U ur, **ngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezalar,n Kanunili i Prensibi**, Ankara Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yay,nlar,, Ankara, 1958.

ALACAKAPTAN U ur, öDemokratik Anayasa ve Ceza Kanununun 141 ve 142öncü Maddeleriö, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 22, Say, 1, Ankara, 1966, ss.3-20.

ALEXY Robert, **A Theory of Constitutional Rights**, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2010.

ALEXY Robert, öA Defence of Radbruch's Formulaö, **Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order**, ed. David Dyzenhaus, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp.15-39.

ANCEL Marc, **Social Defence**, translated into English by J. Wilson and M. Ancel, Routledge, London, 2001.

ANGELINI Francesca, **Ordine Pubblico e Integrazione Costituzionale Europea: I Princìpi Fundamentali nelle Relazioni Interordinamentali**, Casa Editrice Dott. Antonio Milani / CEDAM, Padova, 2007.

AQUINAS Thomas, **Summa Theologica**, Hayes Barton Press, Raleigh, 2006.

ARTUK Mehmet Emin - Ahmet GÖKCEN - A. Caner YEN DÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bask., Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

ATTWOOLL Elspeth, öIs the Idea of Justice Asymmetric?ö, **Law, Justice and State I: Essays on Justice and Rights**, ed. Aleksander Peczenic ó Mikael M. Karlsson, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1995.

BACIGAL Ronald J., **Criminal Law and Proedure: An Overview**, 3rd Edition, Delmar Cengage, New York, 2009.

BAKER Keith Michael, öThe Idea of a Declaration of Rightsö, **The French Idea of Freedom: The Old Regime and the Declaration of Rights of 1789**, ed. Dale Van Kley, Stanford University Press, California, 1994, pp. 154-196.

BALDA Fehmi, öÇevirmenin Önsözüö, **Kanunlar,n Ruhü Üzerine**, Charles Louis de Secondat Baron de Montesquieu, Çev. Fehmi Balda , Hiperlink Yay,nlar,, stanbul, T.y.

BAR Carl Ludwig von, **A History of Continental Criminal Law**, translated by Thomas S. Bell, The Lawbook Exchange, New Jersey, 1999.

BARNETT Hilaire, **Constitutional & Administrative Law**, Eighth Edition, Routledge, New York, 2011.

BARRO Robert, "Dictatorship and Rule of Law: Rules and Military Power in Pinochet's Chile", **Democracy and Rule of Law**, ed. Adam Przeworski - José María Maravall, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 188-219.

BASSIOUNI M. Cherif, **International Criminal Law: Sources, Subjects and Contents**, Vol. I, Martinus Nijhoff Publishers, 3rd Edition, Leiden, 2008.

BA LAR Kemal, **Anayasa Yargıs,nda Mahkeme Kavramı**, Roma Yayınları, Ankara, 2005.

BAYKAL Bekir Sıtkı, **Tarih Terimleri Sözlüğü**, İnce Kitapevi, İstanbul, 2000.

BECCARIA Cesare, **Dei delitti e delle pene**, Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano, 2005.

BECCARIA Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, çev. Sami Selçuk, İnce Kitapevi, 2. Baskı, Ankara, 2010.

BEDERMAN David J., **Custom as a Source of Law**, Cambridge University Press, New York, 2010.

BETTIOL Giuseppe ve MANTOVANI Luciano Pettoello, **Diritto Penale: Parte Generale**, CEDAM, Padova, 1986.

BOOT Machteld, **Nullum Crimen Sine Lege and Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes**, Intersentia, Antwerp, 2002.

BRIGHAM John, **The Cult of A Court**, Temple University Press, Philadelphia, 1987.

BROWNING Andrew, **English Historical Documents: 1660-1714**, Volume VI, Routledge, New York, 2001.

BUCHANAN Allen, **Human Rights, Legitimacy & the Use of Force**, Oxford University Press, New York, 2010.

BULYGIN Eugenio, "Existence of Norms", **Actions, Norms, Values: Discussions with Georg Henrik von Wright**, ed. Georg Meggle, Walter de Gruyter, Berlin, 1998, pp. 237-244.

BURDICK William Livesey, **The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law**, Third Printing, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2007.

BUSTAMANTE Noé Bustamante, **Locuciones Latinas en Materia Juridica**, Palibrio, Bloomington-Indiana, 2012.

CAENEGEM R. C. Van, **Legal History: A European Perspective**, The Hambledon Press, London, 1991.

CAIRNS Walter ve Robert McKEON, **Introduction to French Law**, Cavendish Publishing,

London, 1995.

CAN Osman, "Belirli İkesine Anayasal Bak, ö, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt IX, Sayı: 1-2, pp. 89-125.

CAPPELETTI Mauro - John Henry MERRYMAN - Joseph M. PERILLO, **The Italian Legal System**, Stanford University Press, California, 1967.

CARLASSARE Lorenza, **Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità**, CEDAM, Padova, 1966.

CASSESE Antonio, "Nullum Crimen Sine Lege", **The Oxford Companion to International Criminal Justice**, ed. Antonio Cassese, Oxford University Press, Oxford, 2009.

CENTRO Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, **Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy**, Giuffrè Editore, Milano, 1990.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, **Les Grandes Questions du Droit Constitutionnel**, Connaissance, Paris, 2003.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, "Les Clairs-Obscurs de la Clarté Juridique", **Legal Language and the Search for Clarity: Practice and Tools**, ed. Anne Wagner - Sophie Cacciaguidi-Fahy, Peter Lang, Bern, 2006, pp. 35-64.

CHEMERINSKY Erwin, **Interpreting the Constitution**, Praeger Publishers, New York, 1987.

CHIO Y. C., **An Introduction to the History of Project Management: From the Earliest Times to A.D. 1900**, Eburon, Delft, 2010.

CHRIMES Stanley B., **English Constitutional Ideas in the Fifteenth Century**, Cambridge University Press, New York, 2013.

C HAN Erol, "Suçta ve Cezada Kanunilik İkesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **Ceza - Ceza Usul**

Anabilim Dalı, Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu, İstanbul, 1997, ss.7-11.

CODNER Michael, "Defining Deterrence", **Deterrence in the Twenty-First Century: Proceedings**, 18-19 May 2009, ed. Antony C. Cain, Muir S. Fairchild, London, 2010, pp. 15-26.

CORNU Gérard, **Vocabulaire Juridique**, Presses Universitaires de France, Paris, 2000.

COSTA Pietro, "Pagina Introduttiva (Il Principio di Legalità: Un Campo di Tensione Nella Modernità Penale)", **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, Numero: XXXVI, Tomo I, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 1-39.

COSTA Pietro, "Lo Stato di diritto: un'Introduzione storica", **Lo stato di diritto: Storia, Teoria, Critica**, ed. Pietro Costa ó Danilo Zolo, Seconda edizione, Giangiacom Feltrinelli Editore, Milano, 2003, pp. 89-170.

CUNNINGHAM W.T., **The Nelson Contemporary English Dictionary**, Thomas Nelson and Sons, Ltd, Cheltenham, 1977.

CUVILLIER Armand, **Küçük Felsefe Sözlü ü**, çev. Osman Pazarl., Maarif Matbaas., Ankara, 1944.

DAVID René *et al.*, **International Encyclopedia of Comparative Law**, Vol. II, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1972.

DAVIES W. W., **The Codes of Hammurabi and Moses**, Cosimo, New York, 2010.

DECOURT Bénédicte, "Le contentieux du personnel de la fonction publique devant le Conseil de préfecture interdépartemental des Alpes-Maritimes, de la Corse et du Var", **La Justice Administrative à Nice**, Olivier Vernier - Marc Ortolani (ed.), Serre Editeur, Nice, 2006, ss.199-225.

DEM RAY Kemal - Muammer BAKIR, **Resimli Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu, Ankara, 1977.

DEM REL Hakk., "Suçlar, n ve Cezalar, n Kanunili i Prensibiö", **Türkiye Noterler Birli i Dergisi**, Say,: 21, 1979, ss.37-41.

DERREUX M. G., "Kanunu Bilmemek Özür Say,lmaz Kaidesi Hakk,nda Baz, Dü üncelerö", çev. Jale Güral, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Say, 4, Cilt 2, 1945, ss.197-233.

DERRIDA Jacques, **The Beast and the Sovereign**, Vol. I, University of Chicago Press, Chicago, 2009.

Albert V. Dicey, "Hukuk Devleti: Do as, ve Genel Uygulamalarö", çev. Ali R,za Çoban, **Hukuk Devleti: Hukuki Bir lke Siyasi Bir deal, Hukuk Devleti: Hukuki Bir lke Siyasi Bir deal**, ed. Ali R,za Çoban - Bilal Canatan - Adnan Küçük, Adres Yay,nlar,, Ankara, 2008, ss. 25-38.

DIPPEL Horst, **Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century**, Walter de Gruyter, Göttingen, 2010.

DIURNI Amalia ó Dieter HENRICH, **Percorsi Europei di Diritto Privato e Comparato**, Giuffrè Editore, Milano, 2006.

DEVELL O LU Ferit, **Osmanl,ca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, Ayd,n Kitabevi Yay,nlar,, Ankara, 2003.

DÖNMEZER Sulhi, "Temel Kanunö", **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Arma an,**, Cilt I., ed. Köksal Bayraktar *et al.*, Atatürk Ara t,rma Merkezi, Ankara, 2008, pp. 171-174.

DÖNMEZER Sulhi, *Önceden Tanzım Tasarrufları ile Suç Haddesi: Anayasaya Aykırılık Haddesi, Halinde Verilmesi Gereken Karar (Kronik)*, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XXVIII, Sayı: 1, 1962, ss.237-246.

DÖNMEZER Sulhi *ve* SAHİR ERMAN, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Cilt I, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1994.

DRAGO Massimo, **La Costituzione Italiana**, Alpha Test, Milano, 2008.

DYZENHAUS David, *The Justice of Common Law: Judges, Democracy and the Limits of Rule of Law*, **The Rule of Law**, ed. Cheryl Saunders *ve* Katherine Le Roy, The Federation Press, Sydney, 2003, pp. 21-51.

EGBERT Lawrence Deems (ed.), **Multilingual Law Dictionary: English, Français, Español, Deutsch**, (Fernando Morales-Macedo, joint author), Kluwer Academic Publishers, Alphen aan den Rijn, 1978.

EREM Faruk - Ahmet DANI MAN - Mehmet Emin ARTUK, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.

ESTRADA Abelardo C., **Criminal Law**, Rex Book, Quezon, 2011.

FALLONE Antonino, **Il Processo Aperto: Il Principio di Falsificazione Oltre Ogni Ragionevole Dubbio Nel Processo Penale**, Giuffrè Editore, Milano, 2012.

FIESER James - Norman LILLEGARD, **Philosophical Questions: Readings and Interactive Guides**, Oxford University Press, New York, 2005.

FINKEL Caroline, **Osmanlı Dream: The History of Ottoman Empire**, Basic Books, New York, 2007.

FIORIO Carlo, **La Prova Nuova nel Processo Penale**, CEDAM, Padova, 2008.

FREEDMAN Eric M., **Habeas Corpus: Rethinking the Great Writ of Liberty**, New York University Press, New York, 2003.

FRITZE Ronald H., William Baxter ROBISON, **Historical Dictionary of Late Medieval England, 1272-1485**, Greenwood Press, Westport, 2002.

GALLANT Kenneth S., **The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

GARNER Bryan A., **Dictionary of Modern Legal Usage**, Second Edition, Oxford University Press, New York, 1995.

GARAFOLI Vincenzo *ve* Claudio PAPAGNO, *L'accertamento della Responsabilità*, **La Prova Penale**, Vol. I, ed. Alfredo Gaito, UTET Giuridica, Torino, 2008, pp. 419-493.

Garuti Giulio, *Diritto Un Equo Processo e Principio di Legalità*, **Diritto Penale e Processo**, No: 3, Marzo 2013, pp. 382-390.

GEMALMAZ M. Semih - H. Burak GEMALMAZ, **Ulusalüstü nsan Haklar, Standartlar, I** , ,nda, **Türkiyeöde Bilgi Edinme Dü ünçe- fade ve leti im Mevzuat,**, Yaz,hane Yay,nlar,, stanbul, ty.

GERHART Eugene C., **Quote It Completely: world reference guide to more than 5.500 memorable quotations from law and literature**, William S. Hein, Buffalo N.Y., 1998.

GHERBEZZA Ettore, **Dei delitti e delle pene nella traduzione di Michail M. TMerbatov**, Firenze University Press, Firenze, 2007.

GIBSON James L., **Overoming Apartheid: Can Truth Reconcile a Divided Nation**, Russell Sage Foundation Press, New York, 2004.

GILBY Thomas, **Principality and Polity: Aquinas and the Rise of State Theory in the West**, Longman, London, 1958.

GIOVANNI Francioni, öNotizia sul manoscritto della seconda redazione del «Dei delitti e delle pene» (con una appendice di inediti di Pietro Verri relativi alløopera di Beccaria)ö, **Studi Settecenteschi**, Vol. 7-8, 1985-86, ss. 229-296.

GIUNTI, **Dizionario Italiano: Con Grammatica della Lingua Italiana Per Stranieri**, Giunti Gruppo Editoriale, Firenze, 2001.

GLASER Stefan, öNullum Crimen Sine Legeö, **Journal of Comparative Legislation and International Law**, Vol. 24, No: 1, 1942, pp. 29-37.

GLIOZZI Ettore, **Legalità e Populismo: I Limiti delle Concezioni Scettiche del Diritto e della Democrazia**, Giuffrè Editore, Milano, 2011.

GÖZLER Kemal, **Hukuka Giri** , 9. Bask., Ekin Kitabevi Yay,nlar,, Bursa, 2012.

GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt I-II, Ekin Kitabevi Yay,nlar,, Bursa, 2011.

GÖZLER Kemal, **Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study**, Ekin Press, Bursa, 2008.

GÖZLER Kemal, **Devletin Genel Teorisi**, Ekin Kitabevi Yay,nlar,, Bursa, 2007.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yay,nlar,, Bursa, 2000.

GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Metodolojisi**, 2. Bask., Ekin Kitabevi Yay,nlar,, Bursa, 1999.

GÖZLER Kemal, **Hukukun Genel Teorisine Giri : Hukuk Normlar,n,n Geçerlili i ve Yorumu Sorunu**, 2. Bask., US-A Yay,nc,l,k, Ankara, 1998.

GÖZLER Kemal, öYorum lkeleriö, Sunulmu Bildiri, <http://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf>, (06.12.2012).

GRAMATICA Filippo, **Principi di Difesa Sociale**, CEDAM, Padova, 1961.

GRAMATICA Filippo, **Toplumsal Savunma İlkeleri**, çev. Sami Selçuk, 2. Bask., İstanbul, 2005.

GROVER Sonja C., **The European Court of Human Rights As a Pathway to Impunity for International Crimes**, Springer, New York, 2010.

GÜNE Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organlarının Düzenleyici İşlevleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1965.

HAFIZO ULLARI Zeki, **Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1987.

HALL Ford P. *et al.*, **American National Government: Law and Practice**, Harpers and Brothers Publishers, New York, 1949.

HALL Jerome, **General Principles of Criminal Law**, Second Edition, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2005.

HALL Jerome, "Nulla Poena Sine Lege", **Yale Law Journal**, Vol. 47, No. 2, 1937, pp. **165-193**.

HALLEVY Gabriel, **A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law**, Springer-Verlag, Berlin, 2010.

HAMES Joanne Banker & EKEME Yvonne, **Constitutional Law: Principles & Practice**, 2nd Edition, Delmar Cengage Learning, New York, 2012.

HANÇERLİ ÖLÜ Orhan, **Felsefe Ansiklopedisi: Kavramlar ve Akımlar**, Cilt III, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1977.

HANDFORD Stanley Alexander - Mary HERBERG, **Langenscheidt's Latin-English Dictionary**, Langenscheidt, Berlin, 1955.

HAVEMAN Roelof, "The Context of the Law", **Supranational Criminal Law: A System Sui Generis**, ed. Roelof Haveman, Olga Kavran, Julian Nicholls, Antwerp, Intersentia, 2003, pp. 9-38.

HAVEMAN Roelof, "Principle of Legality", **Supranational Criminal Law: A System Sui Generis**, ed. Roelof Haveman, Olga Kavran, Julian Nicholls, Intersentia, Antwerp, 2003, pp. 39-77.

HAYEK Friedrich A. Von, **The Constitution of Liberty: Text and Documents**, the definitive edition, University of Chicago Press, Chicago, 2011.

HAYEK Friedrich A. Von, **The Road to Serfdom: Text and Documents**, the definitive edition, edited by Bruce Caldwell, University of Chicago Press, Chicago, 2007.

HEIJDEN Barend Van Der - Bahia TAHZIB-LIE (ed.), **Reflections of Universal**

Declaration of Human Rights: A Fiftieth Anniversary Anthology, Kluwer Law International, The Hague, 1998.

HOBBS Thomas, **Leviathan**, edited with an introduction by Crawford Brough Macpherson, Penguin Classics, London, 1985.

HOBBS Thomas, **Leviathan**, çev. Semih Lim, 10. Bask., Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2012

HODGE Carl Cavanagh (ed.), **Encyclopedia of the Age of Liberalism 1800-1914**, Westport, Greenwood Press, 2008.

HOLBROOK Clyde A., "Crime and Sin in Puritan Massachusetts", **Crime, Values, and Religion**, James M. Day - William S. Laufer, Ablex Publishing, Norwood, NJ, 1987, pp. 1-21.

HOWARD A.E. Dick, **Magna Carta: Text and Commentary**, University of Virginia Press, Charlottesville, 1998.

ÇELİK Kayhan ve DONAY Süheyl, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku: Genel Kuram**, 4. Bask., Beta Yayınları, İstanbul, 2006.

JACKSON Bernard Stuart, **Semiotics & Legal Theory**, Routledge, New York, 1987.

JEFFERSON Thomas, **The Works of Thomas Jefferson**, Vol. II, Cosimo Inc., New York, 2009.

KAPTEIN Hendrik, "Burden of Evidence and Proof: Why Bear Them? A Plea for Principled Opportunism in (Leaving) Legal Fact-Finding (Alone)", **Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic**, ed. Hendrik Kaptein ve Henry Prakken - Bart Verheij, Ashgate Publishing, Aldershot, 2009, pp. 15-38.

K L Suna - A. ÖZGÖZÜBÜYÜK, **Sened-i Milliyyet'ten Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, Türkiye Bankası Kültür Yayınları, 3. Bask., İstanbul, 2006.

KING Nancy J. - Joseph L. HOFFMANN, **Habeas for Twenty-First Century: Uses, Abuses, and the Future of the Great Writ**, University of Chicago Press, Chicago, 2011.

KUZU Burhan, **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler**, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985.

LABBÉE Xavier, **Introduction Générale au Droit: Pour Approche Éthique**, 4e édition, Presses Universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 2010.

LAHTI Raimo, "Article 11", **The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement**, Kluwer Law International, ed. Gudmundur Alferdsson-Asbjörn Eide, The Hague, 1999, pp. 239-249.

LATIMER Christopher Peter, **Civil Liberties and the State: A Documentary and Reference Guide**, ABC-CLIO, California, 2011.

LAUTENBACH Ernst, **Latein ó Deutsch: Zitaten-Lexikon: Quellennachweise**, Lit-Verlag, Münster, 2002.

LEDUC Édouard, **La République en France**, Éditions Publibook, Paris, 2012.

LEMETTI Juhana, **Historical Dictionary of Hobbes Philosophy**, Scarecrow Press, Lanham-Maryland, 2012.

LENER Salvatore, "La Certezza del Diritto, Il Diritto Naturale e Il Magistero della Chiesa", **Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carnelutti: Filosofia e Teoria Generale del Diritto**, ed. Francesco Carnelutti, Vol. I, CEDAM, Padova, 1950, pp.345-387.

LERNER Fred, **The Story of Libraries: From the Invention of Writing to the Computer Age**, 2nd Edition, Continuum Publishing, New York, 2009.

LINEBAUGH Peter, **The Magna Carta Manifesto, Liberties and Commons for All**, University of California Press, Berkeley, 2008.

LOCKE John, **Two Treatises of Government**, Industrial Systems Research, Manchester, 2009.

MACHIAVELLI Niccolò, **Il Principe**, Crescere Edizioni, Varese, 2012.

MACY Jesse, **The English Constitution: A Commentary on Its Nature and Growth**, William S. Hein Publishing, New York, 1988.

MANBY Bronwen, "Civil and Political Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights: Article 1-7", **The African Charter of Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986-2006**, ed. Malcolm Evans, Rachel Murray, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 171-212.

MANDERSON Desmond, **Kangaroo Courts and the Rule of Law: the Legacy of Modernism**, Routledge, New York, 2012.

MARINUCCI Giorgio ó Emilio DOLCINI, **Manuale di Diritto Penale: Parte Generale**, Terza Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2009.

MARMOR Andrei, "Hukuk Devleti ve S,n,rlar, ö, çev. Sevda Gültekin Göktolga, **Hukuk Devleti: Hukuki Bir lke Siyasi Bir deal, Hukuk Devleti: Hukuki Bir lke Siyasi Bir deal**, ed. Ali R,za Çoban - Bilal Canatan - Adnan Küçük, Adres Yay,nlar,, Ankara, 2008, ss. 169-207.

MARTIN Francisco Forrest *et al.*, **International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases & Analysis**, Cambridge University Press, New York, 2006.

MARTINICH Aloysius P., **Hobbes**, Routledge, New York, 2005.

MASFERRER Aniceto, "The Liberal State and Criminal Law in Spain", **The Rule of Law in Comparative Perspective**, ed. Mortimer Sellers ó Tadeusz Tomaszewski, Springer,

Dordrecht, 2010, pp.19-40.

McBRIDE Keally, **Punishment and Political Order**, University of Michigan Press, Michigan, 2007.

MERRIAM-WEBSTER, **Merriam-Webster's French-English Dictionary, Dictionnaire Anglais-Français**, Merriam-Webster, Springfield, Massachusetts, 2000.

MESSINA Salvatore Donato ó Giorgia SPINNATO, **Diritto Penale: Manuele Breve**, Giuffrè Editore, Milano, 2012.

MILLER David, **Principles of Social Justice**, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1999.

MOKHTAR Aly, "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects", **Statute Law Review**, Vol. 26, No: 1, Oxford University Press, 2005, pp.41-55.

MONTESQUIEU Charles Louis de Secondat Baron de, **De l'Esprit des Lois**, Livre XII, Chapitre II, Librairie Garnier Frères, Paris, 1748.

MONTESQUIEU Charles Louis de Secondat Baron de, **Lettres Persanes in űuvres Completes**, Voltaire Foundation, Oxford, 2004.

MONTESQUIEU Charles Louis de Secondat Baron de, **San Mektuplar**, Çev. Muhiddin Göklü, Anka Yayınları, İstanbul, 2003.

MORAN Ahmet Vahit, **A Turkish-English Dictionary**, Milli Eğitim Bakanlığı, İstanbul, 1945.

MORRISON Wayne, **Theoretical Criminology: From Modernity to Post-modernism**, Cavendish Publishing, London, 1995.

MOUSOURAKIS George, **The Historical and Institutional Context of Roman Law**, Ashgate Publishing, Aldershot, 2005.

MÖLLERS Christoph, **The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers**, Oxford University Press, Oxford, 2013.

NAPPI Aniello, **Manuale di Diritto Penale: Parte Generale**, Giuffrè Editore, Milano, 2010.

NARDIN Terry, "Legal Positivism as a Theory of International Society", **International Society: Diverse Ethical Perspectives**, ed. David R. Mapel - Terry Nardin, Princeton University Press, New Jersey, 1998, pp. 17-35.

NICOLINI Ugo, **Il Principio di Legalità nelle Democrazie Italiane: Legislazione e Dottrina Politico-Giuridica dell'Età Comunale**, CEDAM, Padova, 1955.

NISSENBAUM Helen Fay, **Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life**, Stanford University Press, Stanford-California, 2010.

NOVACCO Domenico, **L'officina della Costituzione Italiana: 1943-1948**, Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano, 2000.

NUVOLONE Pietro, **Il Principio di Legalità e Il Principio della Difesa Sociale**, Studi in memoria di F. Grisignani, Scuola Positiva, Milano, 1956.

OLGUN Kenan, **1908-1912 Osmanlı Meclis-i Mebusanının Faaliyetleri ve Demokrasi Tarihimizdeki Yeri**, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 2008.

ORNAGHI Lorenzo, **Politica**, Editoriale Jaca Book, Milano, 1996.

OUGUERGOUZ Fatsah, **The African Charter of Human and Peoples Rights: A Comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003.

ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1992.

ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, Beta Yayınları, İstanbul, 1991.

ÖNDER Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul, 1991.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ÖZGENÇ Zeynep, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.

PAGLIARO Antonio óSavatore ARDIZZONE, **Sommario del Diritto Penale Italiano: parte generale**, Seconda Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2006.

PAINE Thomas, **Political Writings**, edited by Bruce Kuklick, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

PAUVERT Bertrand, **Droit Constitutionnel**, Studyrama, Levallois-Perret, 2004.

PECZENIC Aleksander, **On Law and Reason**, 2nd Edition, Springer, New York, 2009.

PERSAK Nina, **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**, Springer, New York, 2007.

PESARESI Roberto, **Studi sul Processo Penale in Età Repubblicana: Dai Tribunali Rivoluzionari alla Difesa della Legalità Democratica**, Jovene Editore, Napoli, 2005.

PETERS Rudolph, "From Jurists' Law to Statute Law or What Happens When the Shari'ah is Codified", **Shaping the Current Islamic Reformation**, ed. Barbara Allen Roberson, Frank Cass Publishers, London, 2003, pp. 81-93.

POLLOCK Joycelyn M., **Criminal Law**, 10th edition, Elsevier, Massachusetts, 2013.

POOLE Austin Lane, **From Domesday Books to Magna Carta, 1087-1216**, 2nd Edition, Oxford University Press, New York, 1993.

POSNER Eric A., **The Perils of Global Legalism**, University of Chicago Press, Chicago,

2009.

PRITCHETT Charles Herman, **The American Constitutional System**, 5th edition, McGraw-Hill, New York, 1981.

RAITIO Juha, **The Principle of Legal Certainty in EC Law**, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2003.

RAPALJE Stewart - Robert L. LAWRENCE, **A Dictionary of American and English Law with Definitions of the Technical Terms of Canon and Civil Laws**, Vol. I, 3rd Reprinting, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2002.

RAZ Joseph, **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2009.

RAZ Joseph, "Hukuk Devleti ve Erdemi", çev. Bilal Canatan, **Hukuk Devleti: Hukuki Bir İnceleme**, ed. Ali Rıza Çoban - Bilal Canatan - Adnan Küçük, Adres Yayınları, Ankara, 2008, ss. 149-166.

RESTIVO Carmelo, **Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto**, Giuffrè Editore, Milano, 2007.

RHONHEIMER Martin, **La Filosofia Politica di Thomas Hobbes: Coerenza e Contraddizioni di Un Paradigma**, Armando Editore, Roma, 1997.

RIBAS Armando P., **Rule of Law: The Path to Freedom**, Stockcero, Doral-Florida, 2012.

RICHARD Carl J., **The Founders and the Classics: Greece, Rome, and the American Enlightenment**, Harvard University Press, Massachusetts, 1994.

ROBERTS Paul Craig - Lawrence M. STRATTON, **The Tyranny of Good Intentions**, Forum, Rosedale-California, 2000.

ROSENFELD Michel, **Just Interpretations: Law Between Ethics and Politics**, University of California Press, Berkeley, 1998.

RUSCHE Georg ó Otto KIRCHHEIMER, **Punishment and Social Structure**, 5th Printing, Transaction Publishers, New Jersey, 2003.

SÁNCHEZ-CUENCA Ignacio, "Power, Rules, and Compliance", **Democracy and Rule of Law**, ed. Adam Przeworski - José María Maravall, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 62-93.

SARIBAY Ali Yaşar, "Politik Anayasalar: Hukukun Politik Mantığı", **Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan**, Cilt I, ed. Serap Yazıcı - Kemal Gözler ó Fuat Keyman, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

SCERBO Alberto, **Giustizia, Sovranità, Virtù**, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2004.

SCHMITT Carl, **Constitutional Theory**, translated and edited by Jeffrey Seitzer, Duke University Press, Durham N.C., 2008.

SHAKESPEARE William, **The Merchant of Venice**, edited by Roma Gill, Oxford University Press, Oxford, 2001.

SHAW Stanford Jay ó Ezel Kural SHAW, **History of the Ottoman Empire and Modern Turkey: Reform, Revolution and Republic**, Vol. II, Cambridge University Press, Cambridge, 1977.

SHKLAR Judith N., **Legalism: Law, Morals, and Political Trials**, Harvard University Press, Massachusetts, 1964.

SIDOTI Francesco, **Criminologia e Investigazione**, Giuffrè Editore, Milano, 2006.

SILTALA Ramo, **A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post Analytical Philosophy of Law**, Hart Publishing, Oxford, 2000.

SINGER Richard G. - John Q. La FOND, **Criminal Law: Examples&Explanations**, 5th Edition, Wolters Kluwer, New York, 2010.

SKEAT Walter W., **A Concise Etymological Dictionary of English Language**, Cosimo, New York, 2005.

SOKOL B. J. - Mary SOKOL, **Shakespeare's Legal Language: A Dictionary**, Continuum, London, 2004.

SOLARI Gioele, **La Formazione Storica e Filosofica dello Stato Moderno**, Quarta Edizione, Guida Editori, Napoli, 2000.

SOLENNI Diego - Antonio VERRILLI, **Compendio di Diritto Costituzionale**, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2012.

SOYSAL Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 11. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1997.

SVENSSON-McCARTHY Anna-Lena, **The International Law of Human Rights and States of Exception**, Kluwer Law International, The Hague, 1998.

SOYASLAN Doğan, **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayıncılık, Ankara, 1990.

SPINOZA Benedictus, **Teolojik-Politik İnceleme**, çev. Cemal Bali Akal - Reyda Ergün, Dost Kitabevi Yayıncılık, Ankara, 2008.

STEIN Peter, **Roman Law in European History**, Seventh printing, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

SWAANINGEN René van, **Critical Criminology: Visions from Europe**, SAGE, London, 1997.

SYPNOWICH Christine, "Utopia and Rule of Law", **Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order**, ed. David Dyzenhaus, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 178-195.

AH N Kemal, **İnsan Haklar, ve Özgürlük Boyutuyla ifade Özgürlüğü: Gereksinimleri ve Sorunları**, Onur İnce Yayınları, İstanbul, 2009.

EN Ersan, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku Ceza Özel Hukuku Ceza Yargılaması, Hukuku Ceza İnfaz Hukuku: 1962-1997**, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.

TAMANAH Brian Z., **On the Rule of Law: History, Politics, Theory**, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

TANÖR Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, Yapı Kredi Yayınları, 21. Baskı, İstanbul, 2011.

TELLA María José Falcón y, **Civil Disobedience**, translated from Spanish by Peter Muckley, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004.

TEZ Ç Erdoğdu, **Anayasa Hukuku**, 13. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

TORRISI G. T., "Pour Un Modèle de Pouvoir", **Revue Européenne des Sciences Sociales, Sociologie critique et critique de la sociologie**, Tome XIV, N°36, Librairie Droz, Genève, 1976, ss.95-121.

TOSUN Öztekin, "Suçların Kanuniliği Prensipli Aleyhindeki Cereyanı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XXVII, Sayı 1-4, 1962, ss.45-61.

TOSUN Öztekin, "Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XXVIII, Sayı: 3-4, İstanbul, 1963, ss.620-631.

TOSUN Öztekin, "Yürütme Organlarının Koydukları Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması", **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XXVIII, Sayı: 2, 1962, ss.349-366.

TOSUN Öztekin, "Suçların Kanuniliği Prensipli ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XXX, Sayı: 1-2 (Ord. Prof. Dr. Halil Arslan, Özyazın), 1964, ss.21-28.

TUORI Kaarlo, **Ration and Voluntas: The Tension Between Reason and Will in Law**, Ashgate Publishing, Farnham, 2011.

TURCHETTI Mario, **Tyrannie et Tyrannicide de l'Antiquité à Nos Jours**, Presses Universitaires de France, Paris, 2001.

TUR NAY Faruk, **Dil, Hukuk ve Siyaset Bağlamında Anayasa Düzeni**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

UĞUR Hüsamettin, "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları",

Kar ,s,nda Yapt,r,ms,z Kalan Baz, Suçlarö, **Türkiye Barolar Birli i Dergisi**, Say,: 91, 2010, ss.300-334.

WALKER Nigel, **Crime and Punishment in Britain: The Penal System in Theory, Law, and Practice**, Second Edition, Adline Transaction, New Jersey, 2010.

WARREN Karren J., **An Unconventional History of Western Philosophy: Conversations Between Men and Women Philosophers**, Rowman & Littlefield Publishers, Maryland, 2009.

WATKINS Calvert (ed.), **The American Heritage Dictionary of Indo-European Roots**, Second Edition, Houghton Mifflin, Boston, 2000.

WEIGEND Thomas, öGermanyö, **The Handbook of Comparative Criminal Law**, ed. Kevin Jon Heller - Markus D. Dubber, Stanford University Press, California, 2011, pp. 252-287.

WHITMAN James Q., **The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial**, Yale University Press, New Haven, 2008.

WOODHOUSE Sidney Chawner (ed.), **Latin Dictionary: Latin-English / English-Latin**, Routledge&Kegan Paul, London, 1987.

VAUGHAN Geoffrey M., **Behemoth Teaches Leviathan: Thomas Hobbes on Political Education**, Lexington Books, Lanham-Maryland, 2007.

VEGETTI Mario, **Etica degli Antichi**, Laterza Editore, Bari, 1990.

VERRINA Gabriele L., **Associazione di Stampo Mafioso**, Wolters Kluwer Italia, Torino, 2008.

VERZIIL Jan Hendrik Willen, **International Law in Historical Perspective**, Vol. V-Part VIII, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1972-76.

VIGANÒ Francesco, öDiritto Penale del Nemico e Diritti Fondamentaliö, **Legalità Penale e Crisi del Diritto, Oggi: Un Percorso Disciplinare**, a cura di Alessandro Bernardi ó Baldassare Pastore ó Andrea Pugiotto, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pp. 107-148.

VITO Gennaro F. óJeffrey R. MAAHS, **Criminology: Theory, Research, and Policy**, 3rd Edition, Jones&Bartlett, Massachusetts, 2012.

VOORHEES Harvey Cortlandt (ed.), **A Concise Law Dictionary of Words, Phrases, and Maxims**, Little, Boston, 1911.

YALIM Ülkü - Özcan YALIM, **Türkçede E ve Kar ,t Anlam,lar Sözlü ü**, Bilgi Yay,nevi, Ankara, 1983.

YARSUVAT Duygun, öYürütme Organ,n,n Koydu u Kaidelerle Suç hdas, ve 1961 Anayasas,ö, **istanbul Hukuk Fakültesi Mecmuas,, Cilt: XXIX, Say,: 3,1963, ss.540-559.**

YILDIZ Ali Kemal, öYürütme Organ,n,n Düzenleyici lemlerle Suç ve Ceza Yaratmas,ö, **Çetin Özek Arma an,**, stanbul, 2004, ss.1033-1056.

YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlü ü**, Yetkin Yay,nlar,, Ankara, 2006.

YÜZBA IO LU Necmi, **Anayasa Hukukunun Temel Metinleri**, Beta Yay,nevi, stanbul, 2011.

YÜZBA IO LU Necmi, **1982 Anayasas, ve Anayasa Mahkemesi Kararlar,na Göre Türkiyeöde Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, Beta Yay,nevi, stanbul, 1996.

ZAFFARONI Eugenio Raúl ó Edmundo OLIVEIRA, **Criminology and Criminal Policy Movements**, University Press of America, Maryland, 2013.

ZOLLER Elisabeth, **Introduction of Public Law: A Comparative Study**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008.

ZOLO Danilo, öThe Rule of Law: A Critical Reappraisalö, **The Rule of Law: History, Theory and Criticism**, ed. Pietro Costa, Danilo Zolo, Springer, Dordrecht, 2007, ss.3-71.

nternet Kaynaklar,

www.anayasa.gov.tr/

www.hudoc.echr.coe.int/

<http://www.penalecontemporaneo.it/>

www.legifrance.gouv.fr/

www.conseil-constitutionnel.fr/

ÖZGEÇM			
Ad,, Soyad,	Faruk Yasin		Turinay
Do um Yeri ve Y,l,	Ankara		1988
Bildi i Yabanc, Diller	ngilizce		talyanca, Frans,zca
ve Düzeyi	yi		Orta
E itim Durumu	Ba lama - Bitirme Y,l,		Kurum Ad,
Lisans	2005	2010	stanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans	2011		Uluda Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Çal, t, , Kurum (lar)	Ba lama - Ayr,lma Y,l,		Çal, ,lan Kurumun Ad,
	2011		Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Kat,ld, , Proje ve Toplant,lar	Kamu Hukukçular, Platformu, Ankara, 2012. Hukukun Gençleri Sempozyumu, Umut Vakf,, Antalya, 2012.		
Yay,nlar:	<p><i>Dil, Hukuk ve Siyaset Ba lam,nda Anayasa Dü üncesi</i>, Seçkin Yay,nlar,, Ankara, 2012, 289 s.</p> <p>öSahneler ve nsanlarö, <i>Güncel Hukuk Dergisi</i>, Say, 113, May,s 2013.</p> <p>"Beccaria'n,n Gökkubbesi Alt,nda Hukuku Dü ünme", <i>Güncel Hukuk Dergisi</i>, Say,: 109, Ocak 2013.</p> <p>öAnayasay, hlal Suçu Üzerine Bir ncelemeö, <i>Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>, Say,: 2012/1, ss.289-310.</p>		
leti im (e-posta):	f.turinay@gmail.com		

