

BELİRLİLİK İLKESİNE ANAYASAL BAKIŞ

*Sana, hakikat ve adalet idesine,
Seni seveceğim, sana itaat edeceğim, senin çizginden sapmayacağım!
Sen, rehber ol, hata yaptığımda, elini uzat, kuşkuya düştüğümde,
Sen, düşünce çatışmalarında dirayet ver.
Engellerle savaşımında cesaret, tüm sıkıntılarında teselli!
Seni yaşayacağım, sana itaat edeceğim
Sana kendimi ve yaşamımı adıyorum!*

Paul Johann Anselm
von Feuerbach

Dr. Osman CAN*

I. NULLA POENA SINE LEGE (CERTA) / BELİRLİLİK İLKESİ

A. İlkenin Gelişimi ve Anlamsal Dönüşümü

*Feuerbach*¹ tarafından “*nulla poena sine lege*” veciz sözüyle hukuk terminolojisine kazandırılan cezalandırmanın yasal belirliliği ilkesi aydınlanma düşüncesinin bir ürünüdür.² Bireyin, “cezalandırıcı siyasal iktidar keyfiliğine

* *Anayasa Mahkemesi Raportörü.*

Anayasa Mahkemesi kararlarına ilişkin atıfta 1. rakam cilt, 2. rakam kararın başlangıç sayfasını, parantez içindeki rakam ise atfın yapıldığı ifadelerin bulunduğu sayfayı göstermektedir.

¹ Paul Johann Anselm von *Feuerbach*, *Lehrbuch des Peinlichen Rechts* (1801) § 24’den aktaran Walter Sax, *Grundsätze der Strafpflege*, in: *Bettermann-Nipperday-Scheuner*, *Die Grundrechte*, Cilt III/2, Berlin 1959, s. 992.

² İlke Latince bugün kullanılageldiği biçimde ilk defa *Feuerbach* tarafından kullanılmışsa da Francis *Bacon*’un (1561-1626) “*legis tantum interest, ut certa sit, ut absque hoc nec justa esse possit*” (Yasa için, olmazsa adil olması da mümkün olmayan belirlilik o kadar önemli ki!) sözü bu ilkenin içerik olarak aydınlanma öncesinde bile bir değer olarak kabul edildiğini göstermektedir. Latince söz için bkz. Gustav *Radbruch*, *Kleines Rechtsbrevier*, (derl) Fritz von *Hippel* 1954, s. 47’den aktaran Hans Joachim *Faller*, *Das rechts-*

karşı ancak yasallık ilkesiyle korunabileceği”ne dair aydınlanma düşüncesi-
ne dayalı bu ilke, ilk pratik yansımasını³ 1789 Fransız yurttaş ve insan hak-
ları bildirgesinin 8. maddesinde bulur.⁴

Almanya’da *Feuerbach* ve *Bauer* gibi ceza hukukçularının teorik tartış-
maları tarafından şekillenen Ceza Yasası Tasarıları sonradan Fransız Code
Pénal etkisinde kalınarak bu ilke kabul edilmiş, anayasal düzeyde ise 1919
tarihli Weimar Anayasasının 119. maddesinde ifadesini bulmuştur. 1949 ta-
rihli Alman Anayasası da *nulla poena sine lege* ilkesini 103/II maddesinde
düzenlemiştir.

Bireyin, cezalandırma yetkisine sahip siyasal toplumla olan ilişkisini be-
lirleyen “kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi” başlangıçta genel bir insan
hakkı ve anayasal ilke olarak tasarlanmıştı. İlke yalnızca doğal olguların
değil, ancak aynı zamanda tüm sosyal ve bireysel fenomenlerin kesin olarak
yasayla düzenlenebileceği biçimindeki aydınlanmacı inançta temellenmekte-
dir.⁵ Başka bir anlatımla, ilke, bireyin tüm sosyal ilişkilerinin öngörülebilir-
liğine ve buna paralel olarak düzenlenebilirliğine olanak vermekte, hatta
bunu zorunlu kılmaktadır. Çünkü bireysel özgürlük, ancak sosyal ve bireysel
aktivitelerin “eşyanın doğasında” meşruiyet kazandıkları ve “eşyanın doğa-
sına” ait, akıl yardımıyla saptanabilir gerçeklikleri somutlaştıran yasalarla
belirlendikleri ölçüde anlam ifade edebilir. Ceza yasalarının belirliliği ilkesi,
en kapsamlı ve en somut özgürlüğü sınırlayıcı toplumsal aktivite alanında
(Ceza hukuku alanında) bu genel özgürlük idesini somutlaştıran bir anayasal

staatliche Bestimmtheitsgebot in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,
FS. Merz, 1992, s. 61.

³ Her ne kadar cezalandırmanın yasayla öngörüleceğine ilişkin 1787 tarihli Avusturya
Ceza Yasasının 1 maddesi ve 1794 tarihli Prusya Genel Ülke Yasası § 9, Kısım II, Başlık
20’de öngörülmüş olsa da, bunlar aydınlanmacı-özgürlükçü bir özden çok mutlakiyetçi
bir anlayışa dayanmaktadır. Bkz. *Sax*, a.g.e. s. 992 ve orada belirtilen kaynaklar, *We-
ber*, ZStrW 56, 653 vd, 671 vd; *Heinrich Drost*, Das Ermessen des Strafrichters: zugleich
ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt, Berlin 1930, 103 vd.

⁴ 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin 8. maddesi: “Yasa sadece, kesin biçimde
ve apaçık olarak gerekli olan cezalar koymalıdır ve hiç kimse, suçtan önce çıkarılmış ve
ilan edilmiş ve yasal uygulaması yapılmış bir yasa olmadıkça cezalandırılmaz.” M. Se-
mih *Gemalmaz*, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, İstanbul
1997, s. 50. Aynı ilke 1791 ve 1793 tarihli devrim anayasalarında da ifadesini bulur. 1793
tarihli Anayasanın 14. maddesi şu çarpıcı ifadeleri içerir: La loi qui punirait des délits
commis avant qu’elle existât, serait une tyrannie; l’effet rétroactif donné a la loi serait un
crime (Çıkarılmasından önceki bir suçu cezalandırmak isteyen bir yasa tiranlık olur; bir
yasayı geriye etkili kılmak cinayet olur.). Bu ilke 1810 tarihli Code Pénal’in Md. 4’nde
güntümüze kadar gelmiştir.

⁵ *Sax*, a.g.e, s. 994; *Drost*, Das Ermessen des Strafrichters (1930), s. 82 vd.

ilkedir⁶. Bu ilkenin içeriği, yasanın yürürlüğe girmeden önceki olaylara uygulanmaması, zorunlu sonucu da ceza normunu uygulayan yargıcın suç ve cezanın öngörülebirliliğini engelleyici hukuk yaratıcı ya da yorumlayıcı öznel davranış ve kararlarının önüne geçilmesidir. Nitekim aydınlanma düşüncesi de bu olguyu ciddiye alarak -*Montesquieu*'nun sözleriyle- yargıcı “la bouche qui prononce les paroles de la loi”⁷, yargı erkini “en quelque façon nulle”⁸ olarak nitelendirmekteydi. Aynı zamanda yasanın lafzına ilişkin tüm kuşkuları baştan engelleyen boşluksuz ve belirli yasalara⁹ yönelik talebiyle ceza yasalarının “unsurlarının belirliliğini”, “tüm yasal kavramların kesin nesnel gerçekliğini” ceza hukuksal yorum yasağının zorunlu bileşeni olarak kabul etmekteydi.

Her ne kadar bu anlayış aydınlanmacı özgürlük idesine dayanıyor olsa da, Fransız devrimiyle insan hakkı niteliğini kazanan ve Kant felsefesince şekillenen bu saf bilimsel anlayış ilkesel yalınlıktan ve vazgeçilmezlikten yoksundu. Bu ilkeyi Latince *nulla poena sine lege* olarak somutlaştıran *Feuerbach* için dahi pozitif düzenleme sağlandıktan sonra sorun çözülmüş olmaktadır.¹⁰ Bu bağlamda artık yaptırım öngören ceza yasasının niteliği önemini yitirmekteydi. Belirsiz, özellikle anlamlandırma zorunluluğu bulunan bir yasa biçiminde olsa bile, biçimsel bir yasa cezanın belirlenmesi için yeterliydi. Kıyas ile yorum arasında ayırım yapılmasının ikisi de reddedilmekteydi. Bu hem öğreti hem de yargılama için sıkıntı yaratmaktaydı, çünkü kıyas ve yorumun ayrılmazlığı anlayışı, ceza yasalarının en asli gücü olan

6 *Sax*, a.g.e.

7 “Yasanın sözcüklerini bildiren bir ağız”, *Montesquieu*, De l’Esprit des Lois XI 6’den aktaran *Hirsch*, Günther, Yüksek Federal Mahkeme Başkanı, 15 Eylül 2001 Karlsruhe Yargıçlar Günü konuşması, <http://www.dvs-bw.de/hirsch1.htm>. Yazar Avrupa’da yargıçların hiçbir zaman yasanın sözcüklerini bildiren bir ağız olmadıklarını ve aksine yasanın yorumlanması ve hukuk yaratımının yargıçların yetkilerinden olduğu ve esasen bunun Avrupa’da hukukun gelişimini sağladığını belirtmektedir.

8 “Bir anlamda hiç mevcut değil”, *Montesquieu*, De l’Esprit des Lois, Tome I, Livre XI, Chapitre VI, p.174’dan aktaran, Peter Unruh, Rechtsprechung und Verfassungsgerichtsbarkeit, <http://www.ajk.elte.hu/student/nko/Deutsche%20Rechtsschule/P.%20Unruh/Budapest-Text%20.txt>, (i.t. 10.03.2003)

9 *Drost*, a.g.e., s. 86 vd.

10 Zaten dikkat çeken bir pozitivist olan *Feuerbach* pozitif yasa ile onun uygulanışı arasında nüfuz etmeye çalışan tüm doğal hukuksal düşüncelere açıkça karşı çıkar. Ona göre “ceza yargıçsal irade oyunu haline ve yargıçlarımızı yasa koyucu ve yarı yargıç haline getiren belirli felsefi prensiplerin arzulan otoriteleri arasında git-gel”lere karşı durmak zorunludur. Yasa, yasa koyucunun akla aykırı iradesine dayansa dahi, mevcut yasa bağlayıcıdır; çünkü davranışların cezalandırılabilirlik nedenleri konusunda karar yasa koyucuya aittir. *Sax*, a.g.e., s. 995 vd.

“gerçek ve etkin yorum”a engel oluşturmaktaydı.¹¹ *V. Hippel* haklı olarak *nulla poena sine lege* ilkesinin ceza hukukunun en önemli kültürel temeli olarak ceza yasasına dahil olmasına karşın Weimar Anayasasının 116. maddesinde yalnızca “bir temel hak olarak kabul”den başka bir anlamı olmadığı saptamasını yapar. Zaten ilkenin anayasal olarak korunan özgürlük ve insan hakkı niteliğinden uygulamada çok da bir şey kalmaz ve ilke 1935 yılında Nazi-Faşizmiyle birlikte “maddi adalete engel” olduğu iddiasıyla ceza yasasından da çıkarılır.¹²

Tüm sosyal olayların mekanik olarak öngörülebilirliği, bunların eksiksiz bir şekilde Newton Yasaları gibi açık ve öngörülebilir olan yasalarla tespit edilebilirliğine olan inanç artık geçerliliğini yitirmiştir. Bu zaten hep bir ütopyaydı. Kesin, lafza sıkı sıkıya bağlı ceza yasası uygulaması dönemlerinde dahi yasa gücünün önceden hesaplanmamış ve bu nedenle yasanın lafzınca kapsanmamış düzenleme gereksinimine, yani ceza yasası yorumuna—ceza yargıcına yasak olmasına rağmen - engel olamamıştır.¹³

1933-1945 dönemlerindeki “yasal haksızlık” tecrübesi karşısında artık yasayla düzenlenmiş olmanın mutlaka özgürlük getirmeyeceği görülmüştür.

B. İlkenin Dogmatik Temeli

Belirlilik ilkesinin içeriksel dönüşümünü tamamlayabilmek için bugün genel olarak ilkedeki neyin anlaşılması gerektiğine de bakmakta yarar vardır. Belirlilik ilkesi bugün artık hukuk devleti ilkesinin bir türevi, bir alt ilkesi olarak görülmektedir.¹⁴ Bu ilke hukuk devleti ilkesini, bir yönüyle soyut ve somutlaşmaya muhtaç bir anlayış olmaktan çıkarmakta, ölçülülük ilkesiyle birlikte onun -diğer anayasal normlar gibi- anayasal düzenin kuruluşunda

¹¹ Detaylı bilgi için bkz. *Sax*, a.g.e., s. 996.

¹² Bkz. *Ayhan Önder*, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, İstanbul 1991, s. 109 vd. özellikle s. 111.

¹³ *Sax*, a.g.e., s. 998. Burada yine *Gustav Radbruch*'un sözlerine göz atmakta yarar vardır: “Adalet ile hukuksal güvenlik arasındaki çatışma, anayasa ve iktidara dayanan pozitif hukukun içeriksel olarak gayri adil ve amaca aykırı olsa bile öncelik kazanmasıyla çözümlür, meğer ki pozitif hukukun adalete aykırılığı öyle tahammül edilemez bir düzeye ulaşsın ki, yasa ‘yanlış hukuk’ olarak adalet karşısında geri çekilsin”. Ancak “Adaletin amaç bile edinilmediği, adaletin özünü oluşturan eşitliğin pozitif hukukun oluşturulmasında bilinçli olarak yadsındığı yerde yasa yalnızca ‘yanlış hukuk’ değil, aksine hukukun doğasına aykırıdır.”, *Gustav Radbruch*, *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, *Gustav Radbruch Gesamtausgaben* Cilt 3, *Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer* (Edit), s. 83 (90)'den aktaran *Christoph Martin Scheueren*, http://rechtsgeschichte-life.jura.uni-sb.de/Scheuren_Radbruch.htm (i.t. 29.12.2002)

¹⁴ *Faller*, a.g.e.

etkin hale getirmektedir. Bu nedenle normların açıklığı ve belirliliği, hukukun kendisi kadar eski, hukukun üstünlüğünden bir parça ve hukuk devletinin ayrılmaz doğal parçasıdır.¹⁵

Belirlilik ilkesi öncelikle hukuk devleti ilkesinin alt ilkesi olan *hukuksal güvenlikle* doğrudan bağlantılıdır; birey, yasadan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın/sonucun bağlandığı, bunların devlete ait hangi müdahale yetkisini doğurduğunun anlaşılabilmesi durumunda ancak kendine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışını ona göre ayarlayabilir.

İkinci olarak *erkler ayrılığı ilkesiyle* bağlantılıdır; çünkü belirlilik ilkesi olmaksızın yasamanın esaslı kararları yasayla alması zorunluluğu anlamını yitirir. Yasama, soyut düzenlemelere başvurma yoluyla somut ve nesnel kararları yargıya bıraktığında, yürütme, tek başına kendisini hem yönlendiren hem de denetleyen bir yargı erkiyle karşı karşıya kalmış olur. Oysa ki yürütmenin sınırlanması ve denetimi hem yargı hem de yasama erki tarafından sağlanır.¹⁶

Üçüncü olarak bu ilke *yürütmenin yasayla bağlılığı ilkesiyle* bağlantılıdır; yasa yeterli somut veriler içermeyip, hukuku uygulayan yürütme organına her türlü yorum olanağını tanıması durumunda yürütmenin yasayla bağlılığı ilkesi içi boş bir söylemden öteye gidemeyecektir.¹⁷

Son olarak tüm yaşamsal alanların yasama erkince yasa yapma yoluyla düzenlenmesi zorunluluğu, yani anayasada öngörülen, siyasal sistemin ve yürütmenin işleyişine ve temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasına ilişkin anayasal normların yasalarla somutlaşması zorunluluğu, bu zorunluluğun da ancak açık ve belirli yasalarla yerine getirilebileceği gerçeği, belirlilik ilkesinin *demokratik devlet ilkesiyle* de bağlantısını göstermektedir. Çünkü belirsiz bir yasayla yukarıda sayılan anayasal zorunluluğa uygun davranılmamış, yürütmeye ve yargıya demokratik devlet ilkesinin kabul edemeyeceği yetkiler devredilmiş, bu erkler kaynağını Anayasadan almayan bir yetkiyi kullanır duruma gelmiş olur.¹⁸

¹⁵ Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, München 1984, s. 829.

¹⁶ Hans-Jürgen Papier/Johannes Möller, *Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung*, AöR 122 (1997), s. 180.

¹⁷ Papier/Möller, a.g.e.; BVerfGE 8, 274, 325; 69, 1, 43.

¹⁸ Demokratik meşruiyet zincirinin parçalanmamış olması gerekir. "Halkın özgür iradesine dayanan bir anayasa, bu anayasaya uygun olarak çıkarılan bir yasa, yasaya uygun yönetmelik ve buna dayalı somut idari işlem" demokratik meşruiyet zinciri olarak tanımla-

Belirsizlik ya da icra kabiliyeti bulunmayan ve bu nedenle temel hak süjesini hukuksal durumun takdirinde, yani temel hakkını kullanması durumunda karşısına çıkacak hukuksal sonuçları algılamasında aşılması zor problemlerle karşı karşıya getiren yasalar, hukuk devletinin “etkin temel hak koruması” gereğine aykırıdır.¹⁹ Bu nedenle *belirlilik ilkesi* hem objektif-hukuksal “hukuk devleti ilkesi”nin hem de bireysel temel hak korumasının bir ifadesi olarak kabul edilmektedir.²⁰

Ancak belirlilik ilkesine uygun bir yasayla, bireylerin davranışlarını hukuka uyarılama, kendilerine bir ödev yükleyen iktidar işleminin hukuka uygunluğunu en azından genel olarak değerlendirip somut bir biçimde eleştirebilmesi olanağı sağlanmış olur. Bir yasa tüm bu işlevleri ancak açıklık, belirlilik, anlaşılabilirlik ve uygulanabilirlikle yerine getirebilir; hukuka riayet bilinci ancak bu özelliklere sahip yasalarla sağlanabilir.²¹

Yukarıda anlatılanlar ışığında belirlilik ilkesinin hukuk düzeninin tümüne ait bir temel ilke olduğunu görülmektedir. Yasama faaliyeti yoluyla herhangi bir yaşamsal alanın düzenlenmesi durumunda, hukuk devleti ilkesinin gereği bu yasanın belirli olması zorunludur. Bu zorunluluğun tüm yaşamsal alanların düzenlenmesinde aynı oranda kendisini dayattığını söylemek ise mümkün değildir. Bireyin belki mülkiyet ya da girişim özgürlüğüne yönelik sınırlama öngören bir idare hukuku normu ya da vergi hukuku normuna ilişkin belirlilik zorunluluğu ile, Anayasanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin kısmında “genel hükümlerden” sonra gelen ilk özgürlük normları (Md. 17-18-19) olan bireyin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne müdahale niteliğindeki yasalara ve onların öngördüğü yasal yaptırımlara ilişkin belirlilik zorunluluğu arasında nitelik farkı vardır. Bu nitelik farkı özgürlük mücadelesi tarihinden çıktığı gibi (1679 tarihli Habeas Corpus Act ve 1839 tarihli Tanzimat Fermanından günümüze gelen çizgi), doğrudan doğruya Anayasanın sistematik yorumundan da çıkmaktadır. Anayasanın 73/3. maddesinde vergiye ilişkin esaslarla 17. madde bağlamında 19. maddedeki kişi güvenliğine ilişkin esasların hem madde sıralamasında farklı yerlerde bulunması, hem de

nabilir. Yasanın belirsizliği ve muğlaklığı nedeniyle yasamaya anayasayla tanınan bir yaşamsal alanının düzenlenmesi yetkisi/ödevi pratik olarak yürütmeye devredilmiş olur. Yasa ile yetkilendirme, hiç yasa olmamasından farklı bir sonuç doğurmayacak ise artık demokratik meşruiyet zincirinin korunduğundan söz edilemez.

19 *Papier/Möller*, a.g.e., s. 181; BVerfGE 88, 366, (379).

20 *Papier/Möller*, a.g.e., s. 183.

21 Philipp *Kunig*, *Das Rechtsstaatsprinzip, Die Überlegung zu einer Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 1986, s. 396.

19. maddenin metninin kapsamının çok geniş, özgürlüğün kısıtlanmasında usule ilişkin bilgilerin çok detaylı olması bizi bu sonuca götürebilmektedir.

Ceza hukukunda belirliлик ilkesi anayasamızda özel bir düzenlemeye konu olacak düzeyde önemsenmiştir. Anayasanın genel esaslar kısmında Md. 2’de hukuk devleti ilkesi benimsenmiş olmasına rağmen, ceza yasaların belirliliğinin önemini gösterir biçimde bir somutlaşma Anayasanın 38. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Belirliлик ilkesi genel olarak hukuk devleti ilkesinin bir alt ilkesi olarak Anayasanın 2. maddesinden anlaşılabilmesine rağmen detaylı bir düzenlemenin ayrıca yapılmış olması, bir ceza yasasının belirliliğiyle diğer yasaların belirliliği arasında nitelik, bizi oran ve işlev bakımından farklılıklar olduğu sonucuna götürür. Belirliлик ilkesinin özellikle Anayasanın 2. Bölüm’ündeki klasik özgürlükler kısmında düzenlenmiş olması da, Anayasanın temel tercihini yansıttığı gibi, hem yasa koyucuya hem de yasa uygulayıcısına yönelik bir temel ödevi yansıtmaktadır.

Kısacası belirlilık ilkesinin gereklerine uymayan bir yasa bireyin özgürlüklerine Anayasanın meşru saymadığı bir müdahale anlamına gelecektir.

C. Yasamaya Düşen Görev

Belirlilık ilkesi, yasaları ilgilendirdiğine ve yasa yapmanın da yasama erkinin görev ve yetkisi alanına girdiğine göre, kural olarak öncelikle yasamaya yönelik bir ödev olarak anlaşılmalıdır. Yasadan ne anlaşılması gerektiği tartışılabilir olmakla birlikte Kıta Avrupa’sı hukuk sistemini ve normlar hiyerarşisini benimseyen ülkemizde “yasa” ile anlatılmak istenen, maddi anlamda onay, yasak ya da emir içeren herhangi bir hukuksal düzenleme değil, bu niteliğinin yanında, parlamento tarafından anayasada öngörülen koşullar çerçevesinde çıkarılıp yürürlüğe giren, normlar hiyerarşisinde anayasanın altında ve kural olarak diğer yürütme tasarruflarının üstünde bulunan *biçimsel anlamda yasadır*.²²

Bu kural, ceza normlarının, hem bireylerin norma bağlılığını sağlayacak kadar açık olmasını gerektirmekte; hem de, kendi davranışlarını o norma uydurabilecekleri somutlukta ve hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak bu olgu, yasa koyucunun yasal olarak tanımlanmaları olanaksız, yargıç tarafından somut olay bağlamında içerik kazanabilecek soyut bazı hukuksal kavramları kullanmasına kesin bir engel olarak algılanmamalıdır.

²² Bu yöndeki tartışmalar için bkz. Erdoğan *Teziç*, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1972, s. 33 vd; Sax, a.g.e. s. 101 vd.

Hukuksal değerlendirme sonucu anlamları ortaya çıkabilecek kavramları, onay verilebilir “belirsiz hukuksal kavramlar” olarak değerlendirmek gerekir. Yine de bu tür kavramlar belirli bir oranda görecelilik /rölativite içerdiklerinden, *norm belirliliği* ile *norm belirsizliği* olguları arasındaki sabit olmayan bir skaladan söz etmek yanlış olmaz olur.²³ Bu alt ve üst sınırlar arasında “doğru” olan skala, ancak her bir somut normun değerlendirilmesinde farklı olabileceğinden, belirlilik ilkesinin yasadan beklediği mutlak bir ölçütün varlığından da söz etmek oldukça zordur.

1. Belirliliğin Sağlanmasında Elverişlilik

Belirlilik gerekleri, düzenlemenin yapılacağı alana ilişkin koşulların dayattığı zorluklara göre değişebilmektedir. Bazı kavramların bazı alanlar için kullanılması durumunda belirlilik ilkesi gerekleri yerine getirilmişken, aynı belirlilik oranı diğer bir alan için yeterli olmayabilir. Yukarıda da verdiğimiz örnekte olduğu gibi, vergi hukukuna ilişkin belirlilik gereği ile ceza hukukuna ilişkin belirlilik gereği birbirinden farklı olacaktır. Ancak bu farklılık her bir hukuk disiplini içinde de ortaya çıkabilir. Bu konuda Alman Anayasa Mahkemesinin içtihadı oldukça yol göstericidir. Mahkeme “Çocuklara zararlı eserlerin yayımı hakkında yasa”ya ilişkin bir kararında *normun daha kesin ve açık bir düzenlemeye olanak tanınamaması* nedeniyle Anayasaya aykırı olmadığını kabul etmiştir.²⁴ Ona göre yasa koyucu “pratik olarak genel-soyut düzenlemeye elverişli olanı” gerçekleştirmeli²⁵, yani normu öyle belirli biçimde koymalı ki, “normun amacı dikkate alınarak düzenlenecek yaşamsal alanın özelliğine göre mümkün olsun”.²⁶ Ancak bu yaşamsal alanın daha somut ifadelerle düzenlenebilir olması, belirlilik ilkesine aykırılık sonucunu doğurmaz. Çünkü düzenleme her halükarda “yasayla” olmalı ve yasa da “genel-soyut” niteliğini kaybetmemelidir.

Düzenlemeye konu alan, özellikle daima hızlı ve önceden öngörülmesi tamamen imkansız değişimlere maruz kaldığı durumlarda belirsiz hukuksal kavramların kullanılması dinamik bir temel hak koruması için zorunlu da olabilir. Alman Anayasa Mahkemesi bu görüşü “Bilim ve Tekniğin duru-

²³ *Papier/Möller*, a.g.e., s. 185.

²⁴ Diğer taraftan yasal unsurun (yasada belirtilen niteliklere sahip eserleri listeleme) daha somut ve açık olarak tasvir edilmesi olanaksız gözükmektedir. Kural olarak böyle durumlarda yasa koyucu genel ilkelere başvurabilir. Yorum sorunlarının bilinen hukuksal yöntemlerle giderilebildiği durumda belirliliğin asgari koşulu yerine getirilmiş olur. BVerfGE 90, 1, (16 vd).

²⁵ BVerfGE 57, 9, 22.

²⁶ BVerfGE 49, 168, (181); 59, 104, (114).

mu”²⁷ kavramı için dile getirmiştir.²⁸ Buradan anlaşıldığı üzere, düzenlenecek alanın (bilim ve tekniğin, nükleer enerjinin kullanılmasına ilişkin kuralların) özneteliği, belirtilik gereğini daha fazla temel hak koruması ve daha fazla güvenlik amacıyla azaltabilir.

Buna karşın belirtilik gereklerini “yaşamın çetrefilliği” ya da “toplumsal ilişkilerin çeşitliliği” nedeniyle zayıflatmak pek ikna edici gözükmemektedir. Çünkü her bir yasa belirsiz bir çok olguyu kapsar, bu zaten soyut-genel bir düzenleme olan yasanın doğasından kaynaklanmaktadır. Ancak bir yasanın daha fazla somutlaştırılması ve netleştirilmesi olanaksız boyutta çok olguyu kapsamaması durumunda, yasa koyucunun artık bu çok sayıda farklı olguları tek normla değil, birden fazla “belirli” normla düzenlemesi, hukuksal güvenlik açısından zorunludur.²⁹ Yasa koyucunun bu olanağı olduğu sürece –ki zaten yasamanın yasa yapma tekniğine ilişkin konularda geniş bir hareket alanı vardır – bireylerden, “düzenlenmesi gereken olguların çokluğu nedeniyle” belirsizliğe ve buna bağlı olarak da hukuksal güvensizliğe katlanmalarını bekleyemez.

“İdari ödevlerin çokluğu”³⁰ gerekçesi de belirsizliğin ve buna bağlı hukuksal güvensizliğin gerekçesi olmaktan uzaktır. İdare, Anayasanın 123. maddesi uyarınca yasayla düzenlenir, kendisine yüklenen ödevleri yine Anayasa ve yasalar çerçevesinde yerine getirir. İdari ödevlerin çokluğu yasal çerçevenin dışına çıkma gerekçesi olamaz. Yine ödevi öngören yasaya ilişkin hukuksal sakıncaların, öngörülen ödevlerin yerine getirilmesiyle bertaraf edilebileceğini ileri sürmek de mümkün değildir.³¹ Başka bir anlatımla *Anayasaya aykırı bir yetki devri, bu yetkinin ilgili birim tarafından olumlu yönde kullanılmasıyla Anayasaya uygun hale gelmez.*

27 “Stand der Wissenschaft und Technik”

28 BVerfGE 49, 89, (136). Nükleer Enerjinin Barışçı Amaçlarla Kullanılması ve Tehlikelelerinden Korunmaya İlişkin Yasa hakkındaki bu mahkeme kararına göre, “Katı yasal kuralların konması yoluyla belirli bir güvenlik standardının sağlanması ise –ki buna olanak varsa eğer- teknik gelişimi ve bununla birlikte uygun bir temel hak korumasını desteklemekten öte engelleyecektir. Böyle bir durum güvenliği geriletici bir adım olur. Yasa koyucuyu, belirtilik ilkesi adına sabit ve katı kurallar koymaya zorlamak, belirtilik ilkesini anlamamanın bir ifadesi olur ancak...”

29 *Papier/Möller*, a.g.e., s. 186.

30 AYMKD 11, 265 (271); BVerfGE 8, 274 (326).

31 *Kunig*, *Das Rechtsstaatsprinzip*, s. 407.

Yine “belirsiz hukuksal kavramlar”ın kullanımının somut olaya ilişkin kararın maddi doğruluğunun sağlanması için gerekli olduğu görüşü³² de bazı sakıncalı sonuçlara götürebilir. Çünkü “belirsiz hukuksal kavramlara” ilişkin sakıncalar zaten maddi adaleti ve yargıçsal kararların maddi doğruluğunu sağlayamamaları ve keyfiliğe yol açmaları nedeniyle ortaya çıkmaktadırlar. Bir hukuksal alanda kabul edilmiş ve tekil olayların doğruluğunda ölçüt olabilecek Anayasal ilkelerin³³ varlığı durumunda ancak, bu durum nispi bir belirsizliğe tahammül edebilir.

Öte yandan yine vergi hukukunda vergi kaçırmanın önüne geçmek için öngörülen bazı yasal tedbirlerin belirlilik ilkesi gereklerini zayıflatabileceğini kabul etmek gerekir. Özellikle biçime ilişkin unsurlarda yasanın öngördüğünden farklı yöntemler izlenerek vergi kaçırılmasının önüne geçmek için vergiyi doğuran olayın biçimine değil, olayın gerçek mahiyetine bakılması öngörülebilir (VUK Md. 3/2)³⁴. Kötüye kullanmaya ilişkin yasanın kendisi de çok katı ve kesin kavramlardan oluşması durumunda bu normun dahi dolanılmasının önüne geçilemeyebilecektir. Burada esas olan bireyin öngörebileceği ya da bilinçli olarak neden olduğu hukuksal biçim-ekonomik amaç çelişkisidir.

2. Belirlilik Gereklere ve Temel Hak Müdahaleleri

Burada karşımıza çıkan temel gereksinim, normun hitap ettiği bireylerin hukuksal güvenlik gereksinimlerinin karşılanmasıdır. *Norm temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa, o normun belirlilik oranı da o kadar yüksek olmalıdır.*³⁵ Bu nedenle Anayasanın 2. maddesindeki “hukuk devleti ilkesi”nden ayrı olarak özel nitelikli 38. maddedeki “ceza yasalarının belirliliği” daha sert ve kesin kayıtlar öngörmektedir. Hukuk devleti ilkesi gereği yasaların belirliliği ilkesi yanında özel olarak ceza normlarının belirliliğine vurgu

32 Pozitif hukuk, adaleti sağlamanın ve yargıç kararlarındaki maddi doğruluğun temel dayanağını oluşturmaktadır. Ancak kimi zaman pozitif hukuksal normun “belirgin” unsurlarına uygun verilmiş yargıçsal kararın kendisi, yargıcın vicdanı başta olmak üzere kamu vicdanını ve adalet duygularını zedeleyebilmektedir. Bu bağlamda “belirsiz bazı hukuksal kavramların” kullanımının bu sakıncalı sonuçları giderebileceği ileri sürülebilir.

33 Vergi hukuku alanında Alman doktrini ve yargılaması tarafından geliştirilen ödeme gücü ilkesi buna örnek verilebilir. Bkz. *Kunig*, a.g.e., s. 410.

34 Bu konuya ilişkin Alman Vergi Yasasının 42. maddesi ise daha açık bir düzenleme öngörmüştür: “Hukukun biçime ilişkin olanakları yoluyla vergi yasaları dolanılmaz. Bir kötüye kullanım söz konusu ise, vergi talebi, o ekonomik işlemlere uygun hukuksal biçimlerden herhangi biri için nasıl gerçekleşecek idiyse öyle saptanır.”

35 BVerfGE 83, 130 (145).

yapılması geleneği hem uluslararası düzenlemelerde hem de çağdaş ulusal düzenlemelerde göze çarpmaktadır.³⁶ Temel haklara müdahale niteliğindeki yasalar içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli olmalıdırlar; bu yalnızca yasaların yürütmeyi düzenleyici işlemlerle yetkilendirmeleri için geçerli değil, yasaların kendisinin yük getirici bir etki doğurması durumunda da geçerliliğini korur.

Görüşümüze göre mülkiyet hakkına yönelik bir yasal müdahalede aranacak belirtilik oranı, yaşam hakkına müdahale, ya da özgürlüğü bağlayıcı nitelikli bir müdahale söz konusu olduğunda daha da artacaktır.³⁷ Bu durumda mülkiyet hakkına vergi salma yoluyla yapılacak müdahale için öngörülen belirtilik koşulu, veraset vergisinden kaçmak için farklı bir hukuksal işlem biçiminin öngörülmesinin VUK Md. 3/2 uyarınca -o biçime ilişkin daha düşük vergi oranı öngörülmüş ya da vergi dışı bırakılmış olsa dahi yine de olguyu veraset olarak değerlendirip vergi alınması örneğindeki gibi, belirtilik ilkesini ihlal etmezken, benzeri bir “mahiyetin esas alınması yoluyla” öngörülen düzenlemenin hürriyeti bağlama sonucunu doğurması durumunda belirtilik ilkesinin ortadan kaldırıldığından söz etmemiz gerekecektir.

3. Belirtilik Gereklere ve Belirlenebilirlik

“Belirsiz bir hukuksal kavramın” kullanılması, daima, ortaya çıkan yorum problemlerinin daha önce yargılama (örf ve adet ya da aynı konudaki eski düzenlemelere ilişkin yargılama) yoluyla çözülmüş, ya da hukuk metodolojisinin bilinen yöntemleriyle çözülebilir olmasını şart koşturmaktadır.³⁸ Esasen bu koşul, hukuk düzeninde “belirsiz hukuksal kavramların” kullanılmasının başlı başına bir meşruiyet temelini oluşturmaktadır. *Yargılama ya da hukuksal yorum yöntemlerince belirlenebilir olmayan kavramların hukuksal olarak nitelendirilmeleri olanaksızdır.*

³⁶ İHEB Md. 11/2; Birleşmiş Milletler MSHP Md. 15/1; İHAS Md. 7/1; Federal Almanya Anayasası Md. 103/2; Finlandiya Anayasası 8. madde; Belçika Anayasasının 14. maddesi; Yunanistan Anayasasının 7. maddesi; İtalya Anayasasının 25. maddesi; İspanya Anayasası 25. madde ...

³⁷ *Kunig*, benzer açıklamaları farklı örneklerle yapmaktadır. Ona göre meslek icra özgürlüğü ile meslek seçme özgürlüğü arasında farklı belirtilik oranları söz konusudur. Meslek icra özgürlüğü -eczacılık, noterlik vb- kimi durumlarda -yörenin gereksinimleri, kapasitesi vb. gibi - biraz daha belirsiz hukuksal kavramlarla sınırlanabilecek iken, meslek seçme özgürlüğünün aynı kavramlarla sınırlanabilmesi hukuka uygun düşmeyecektir. *Kunig*, a.g.e., s. 414 vd.; aynı şekilde *von Münch/Kunig*, GG-Kommentar, 4. Bası, Art. 2, Rdn. (prg) 86.

³⁸ Alman Anayasa Mahkemesinin bu konuya ilişkin yerleşik bir içtihadı vardır. Bkz. BVerfGE 26, 41 (43); 17, 67 (82); 83, 130 (145); 90, 1 (16 vd).

Ancak bu, yasamanın, Anayasanın 2. ve 13. maddeleri ışığında 38. maddesinin kendisine yüklediği suçta ve cezada yasallık/belirlilik ödevini *belirsiz, ancak belirlenebilir hukuksal kavramların* kullanılması yoluyla yargı erkine bıraktığı ya da rahatlıkla bırakabileceği anlamına gelmez. Belki Ceza Yasasının 450. maddesinde hürriyeti bağlayıcı sonuca etki eden “taammüden” kavramının yasa yoluyla daha da belirginleştirilmesi zor olabilir ve bu nedenle belirlenebilirliği yargılamaya bırakılabilir. Ancak Ceza yasasının 526. maddesinde – Anayasada yer alması bile kimi eleştirilere neden olabilen – “kamu düzeni”, “kamu güvenliği”, “genel sağlık” kavramlarına hürriyeti bağlayıcı sonuç bağlanması için aynı yargıya ulaşmak çok zordur. Bu kavramların Anayasa’da kullanılmış olması, belirlenebilir olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü Anayasal normlarda kullanılan belirsiz kavramların, öncelikle yasal boyutta somutlaşmış olması, somutlaşma sonrasında kullanılmak zorunda olunan belirsiz kavramların da yargısal süreç içinde ya da yorum yöntemleriyle belirlenebilir olması gerekir.

D. Uluslararası Yargısal Standartlar

1. İHAM Standartları

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin İHAS Md. 7’ e ilişkin içtihadında sıklıkla suç ve cezanın ancak bir yasayla tespit edilebileceği (nullum crimen, nulla poena sine lege), aynı şekilde bir ceza yasasının –örneğin analogi yoluyla– sanık aleyhine genişletici (extensive) bir biçimde yorumlanamayacağı belirtilmiştir. Bundan bir yasaya ihlalinin ve bu ihlal için öngörülen cezanın yasada açık ve kesin bir biçimde belirlenmiş olması gerektiği sonucu çıkar. Mahkemeye göre birey, tartışma konusu kuraldan, gerektiğinde bu kuralın mahkemeler yoluyla yorumlanması yardımıyla, hangi eylem ve ihmali nedeniyle suç işlemiş olacağını kestirebiliyorsa, kanunsuz suç ve ceza kuralının gereklerine uyulmuş olur. Mahkemeye göre İHAS Md. 7’deki “hukuk” kavramı (“droit”/“law”), Sözleşmenin diğer maddelerinde kullanılan “yasa” (“loi”/“law”) anlamındadır. Bu kavram, yasaları ve içtihatları kapsadığı gibi, özellikle ulaşılabilirlik/bilinebilirlik ve öngörülebilirlik gibi niteliksel gereklilikleri karşılama koşuluyla yürütmenin düzenleyici işlemlerini de kapsamında değerlendirmektedir.³⁹ Mahkeme, Şahin kararında, bir temel hak sınırlamasının “yasayla sınırlama” koşulunu yerine getirmesi için, bu sınır-

³⁹ Bkz. *Cantoni vs. France*, ECHR 1998-V, s. 20 Prg. 29; *S.W. vs United Kingdom*, ECHR 1995, Seri-A, 335 - B, s. 41-42, Prg. 35; *C.R. vs. United Kingdom*, ECHR 1995, Serie A, 335 - C, s. 68-69, Prg. 33; *Başkaya-Okçuğlu vs. Turkey*, 8.7.1999 tarihli ve 23536/94 ve 24408/94 nolu karar, Prg. 36; *De Vilde, Ooms ve Versyp vs. Belçika*, Prg. 93; *Barthold vs Germany*, Prg. 46.

lamanın ilk defa ve asli olarak yargı kararıyla ortaya çıkmasını yeterli görmüştür.⁴⁰

Ancak mahkemenin içtihatlarında kullanılan yasa kavramının, normlar hiyerarşisi sisteminin geçerli olmadığı anglo-sakson hukukunun da gözetilmesi zorunluluğu karşısında,⁴¹ maddi anlamda kullanılması ve mahkemenin anayasallık denetimi yapmaması gerçeği karşısında, ülkemiz anayasallık denetiminde ulusal çözümlerin ilerisinde bir kolaylık sağlayamayacağı, ulusal güvencelerin gerisinde bir güvence sağladığı düşüncesindeyiz.

2. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Standartları

Alman Anayasa Mahkemesinin belirtilik ilkesine ilişkin içtihadına göre, Ceza yargılaması bakımından özel bir takdir/keyfilik yasağı öngören Alman Anayasasının (GG=Grundgesetz) 103. maddesinin 2. fıkrası, yasama organını, cezalandırılabilirliğin koşullarını, suç unsurlarının kapsamı ve uygulama alanı anlaşılabilir ve yorumla saptanabilir olacak biçimde, somut olarak tanımlama yükümü altına almaktadır. Ancak bu düzenlemeye göre bir zorunluluk olan suç unsurlarının belirtiliği, yargıçların yorumlamasına gereksinim gösterecek kavramların kullanılmasına engel değildir. Bu nedenle eşyanın doğası gereği, kimi durumlarda bir eylemin yasal unsur kapsamına girip girmediği konusunda kuşkuların doğabilmesi olasıdır. Her halükarda norma tabi olan bireyin kural olarak, yasal düzenleme yardımıyla belirli bir davranışının cezalandırılabilir olup olmadığını öngörebilmelidir. En azından kuşku halinde cezalandırılabilirlik riski bulunduğu görülebilmesi gerekir. Yasal belirtilik ilkesinden yargıç için kıyas yoluyla suç yaratma yasağı çıkmaktadır. Lafız, izin verilen yargıçsal yorumun sınırını çizer.⁴² Anayasanın 103. maddesinin 2. fıkrası bireyler için ceza tehdidinin öngörülebilirliğini güvenceye almak istediğinden, lafzın sınırı da bu amaç ışığında belirlenmelidir.⁴³ Alman Anayasa Mahkemesinin bu içtihadı 2000 yılında verdiği bir kararla da süreklilik kazanmış durumdadır.⁴⁴ Çalışmanın genelinde çeşitli önermelerin temellendirilmesinde Alman doktrini ve yargılamasına başvurulduğundan bu başlık altındaki açıklamaların yeterli olduğu düşünülmektedir.

40 Şahin vs. Türkiye, Prg. 74 vd., özellikle Prg. 77.

41 Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, 1. Cilt, 2. Bası, Ankara 1998, s. 43.

42 Krşl., BVerfGE 64, 389 (393 vd.); 71, 108 (114 vd.); 92, 1 (12).

43 Bkz. BVerfGE 92, 1 (12).

44 12.12.2000 tarihli Alman Anayasa Mahkemesi Kararı, 2 BvR 1290/99, Prg. 19.

E. Belirlilik İlkesine İlişkin Kriterler

Yukarıda belirlilik ilkesine ilişkin açıklamalardan sonra belirlilik ilkesinin soyut bir söylem olmadığı ve anayasallık denetiminde çözümü kolaylaştırıcı somut kriterler içerdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Özellikle *ceza normları* için geçerli bu kriterleri sayarsak;

- Niteliğine göre temel haklara müdahalenin ağırlığı oranında belirginlik artmalıdır
- Yasa tekniği açısından daha somut düzenleme ve daha belirgin kavram kullanma olanağı olmamalıdır
- Başvurulan belirsiz hukuksal kavram en azından yargılama ya da hukuksal yorum yöntemleriyle belirlenebilir olmalıdır.
- Yasanın uygulamasında yeknesaklığın sağlanamamış olması belirsizliğin kanıtıdır.
- Giderilebilir belirsizlik, pratik olarak yalnızca önemsiz sonuçlar doğuruyorsa yasa iptal edilemeyebilir.

II. ANAYASAL YORUM BİLİMİ VE TARİHSEL YORUM YÖNTEMİNİN GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Anayasanın 38. maddesinin gerekçesinde “*Bu hüküm kanun koyucunun ‘açık suç hükmü’ koymasına; yani ‘fili’ bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir*” ifadesi yukarıda savduğumuz tezlerle çatışabilir. Bu çerçevede anayasal yorum yöntemleri hakkında sınırlı bazı açıklamalarda bulunma gereği doğmaktadır.

Anayasal yorum yöntemlerine, bir anayasal sorunun Anayasanın pozitif düzenlemeleri ışığında kesin olarak çözülemediği durumda başvurulur. Şüphe bulunmadığı durumda yoruma gidilmez ve genellikle yoruma da ihtiyaç kalmaz.⁴⁵ Yorumun görevi, -yalnızca karar vermiş olmak için karar vermek değil-, rasyonel ve kontrol edilebilir bir süreç içinde anayasal açıdan “doğru” sonucu bulmak, bu sonucu rasyonel ve kontrol edilebilir bir biçimde gerekçelendirmek ve bu şekilde hukuksal güvenlik ve öngörülebilirlik yaratabilmektir.⁴⁶ Ancak sonuç yalnızca klasik yorum kriterleri ile ulaşılabilecek sonuç değildir. Hukuk düzeninin kaynağında bulunan anayasal metin ilkesel veriler içermektedir ve yorumlanması gerekir. Anayasal yorum ise öncelikle

⁴⁵ Konrad Hesse, a.g.e., s. 19 vd.; BVerfGE 1, 263 (264).

⁴⁶ Hesse, a.g.e., s. 20.

somutlaştırmadır.⁴⁷ Yalnızca anayasal normun *norm programının* anlaşılmasında Savigny'nin geliştirdiği klasik yorum kurallarına başvurulur.⁴⁸ Klasik yorum yöntemleri anayasal normun lafzının ve norm programının nasıl anlaşılması gerektiğini ortaya çıkarmakla birlikte, aynı zamanda yasamanın "anayasanın somutlaştırılması" işlevini "Anayasanın norm programı"na uygun bir biçimde yerine getirip getirmediğinin anlaşılmasında da yaşamsal bir işlev üstlenir.⁴⁹

Yorum yöntemleri ışığında Anayasanın 38. madde ve gerekçesi ilişkisinin nasıl anlaşılması gerektiğine gelince;

1982 tarihli Anayasamızın 1961 Anayasasının normatif düzenlemelerine ve yine o Anayasanın yürürlükte bulunduğu dönemdeki anayasal uygulamalara bir tepki olarak ortaya çıktığı, bu nedenle *otorite-özgürlük* ilişkisinde ağırlığı otoriteye vermiş olduğu bilinen ve üzerinde görüş birliği bulunan bir gerçektir.⁵⁰ Daha somut bir ifadeyle özgürlükler bir önceki Anayasaya göre daha ileri düzeyde sınırlandırılmış, Geçici 15. madde ile temel hak ve özgürlükleri doğrudan ilgilendiren 669⁵¹ yasa ve 139 KHK (olmak üzere 800'ü aşan yasama tasarrufu) anayasallık denetimi dışına çıkarılmıştı.⁵² Bireyler yalnızca *Kutsal devlet* anlayışıyla biçimlenen *bu Anayasadaki* temel haklara

47 Hesse, a.g.e., s. 24. Daha detaylı bilgi için bkz. a.g.e., s. 24 vd.; Friedrich Müler, Normstruktur und Normativität, Berlin 1966; Otto Depenheuer, der Wortlaut als Grenze, Heidelberg 1988.

48 Müler, Juristische Methodik, Berlin 1990, s. 207 vd.

49 Anayasa Mahkemesinin Anayasa Yorumu için bkz., Osman Can, Auslegung der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei, in: Deutsch-Türkisches Forum für Staatsrechtslehre I, Depenheuer/Dogan/Can (Ed.)Münster 2004, 39 vd.

50 Esasen otorite – özgürlük dengesi kamu hukuku teorisi açısından çelişik bir söylemdir. Çünkü demokratik bir sistemde otoritenin özgürlükle çatışması, dolayısıyla denge sağlanması söz konusu olamaz. Olması o siyasal iktidarın ya da otoritenin demokratik meşruiyetini ortadan kaldırır. Sözleşme teorileri ve günümüz insan hakları kuramı ışığında siyasal iktidarın varlık nedeni özgürlükleri korumak, onların reel olarak yaşanabileceği bir ortam sağlamaktır. Düşünce tarihi açısından demokratik-özgürlükçü anayasa modeli, otonom birey ve insan onuru düşüncesinde temellenmektedir: Özgür ve eşit olan bireyin kendi kaderini tayin hakkı, tüm anayasal düzenin yükümlü bulunduğu ve meşruiyet kazandığı anayasa-teorik bir temel değerdir. Siyasal iktidar bu yükümünü yerine getirmek için yeterli donanıma sahip olmayıp bu donanımı güçlendirmek isteyebilir. Ancak bu, özgürlük ile otoritenin çatıştığı şeklinde doktriner anomaliyi anlamlandıracak bir olgu değildir. Araç ile amaç çatışmaz. Çatışma durumunda araç değiştirilir. Amacı gerçekleştirmeye elverişli olmayan araç gibi, özgürlüklerle çatışan otorite meşruiyetini kaybeder.

51 Tanör bu rakamı rutin ve geçici yasalar hariç 626 olarak belirlemektedir, bkz., Bülent Tanör, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 3. Bası, İstanbul 1994, s. 182.

52 Rakamlar ve geniş değerlendirmeler için bkz. Nuri Alan, Anayasanın İdari Yargıda Somutlaştırılması, Danıştay Dergisi, Sayı 92 (1997), s. 1 (25).

ve ödevlere sahip idiler. Anayasanın gerekçesi de bu anlayış çerçevesinde ve 1980-82 atmosferinde oluşturulmuştu. Bugün itibariyle ise Anayasa koyucu tarafından temel hak ve özgürlüklere ilişkin demokratik bir sistemin kabul edemeyeceği sınırlandırmalar azaltılmış, Geçici 15. maddenin insan hak ve özgürlüklerine aykırı normların ayıklanmasına olanak vermeyen düzenlemesi kaldırılmış, kutsal devletten onurlu insana evrilen bir aşamaya geçilmiş; yine Anayasa Mahkemesinin içtihatlarıyla 'bu anayasada' öngörülen demokratik toplum "çağdaş demokrasilerdeki topluma" dönüşmüştür.⁵³ Bu durumda o dönemin koşullarında oluşan ve temel hak ve özgürlükler aleyhine bir anlam ifade edebilecek "Anayasa gerekçesinin" öncelikle göz önünde bulundurulmasının felsefi ve (Anayasa) teorik temeli bulunmamaktadır.

Yine Anayasa koyucusunun iradesini bize yansıtan ilk kaynak olan gerekçenin Anayasanın sistematik yorumuna (ya da Anayasanın bütünlüğüne) ters sonuçlar vermesi durumunda anayasal metodolojik açıdan takip edilmesi gereken yöntem, sistematik yorumun önceliğidir. Çünkü gerekçeler kurucu iktidarın sübjektif iradesini yansıtırken Anayasanın sistematigi objektif bir niteliğe sahip olmaktadır. Anayasanın tekil unsurlarının ilişkileri ve karşılıklı bağımlılıkları, yalnızca tekil normu değil, aynı zamanda normun parçası olduğu bütünsel bağlamı görmeyi de zorunlu kılar. Tüm anayasal normlar, diğer anayasal normlarla çelişkiye meydan vermeyecek biçimde yorumlanmalıdır.⁵⁴ Anayasanın anlam bütünlüğünden ve sistematiginden ortaya çıkmayan bir istisna, Anayasanın anlam bütünlüğünü ve sistematigini parçalayacak biçimde yalnızca "gerekçe"ye dayandırılmaz.

Anayasalar hukuksal geçerliliklerini, başlangıçta metni ortaya çıkaran kurucu iktidarların sübjektif iradelerinden almaktaysa da bu geçerlilik, sübjektif kurucu iktidar iradesinden bağımsızlaşan ve daima yenilenen bir geçerliliktir. Meşruiyet normun geçerlilik koşuludur ve geçerlilik yaşanan 'an'a bağlı olduğuna göre, bir anayasanın meşruiyeti daima günceldir. Ona meşruiyet kazandıran irade, o iradenin arandığı 'an'daki *halk*'ın iradesidir. Şu an için meşru olan bir Anayasa metninin anlamını ve amacını sorgulamak için yapılması gereken, öncelikle *metni oluşturan* halk (kurucu iktidar/pouvoir constituant) ve onun temsilcisi iradenin (kurucu meclis/État constituant)

⁵³ E. 1985/8, K. 1986/27, Kt. 26.11.1986, AYMKD 22, 323 (365 vd.).

⁵⁴ Bu zorunluluk, tarihsel gelişim içinde artık ulusal anayasa hukukunun kapsamını aşan insan hak ve özgürlüklerine ilişkin evrensel insan hakları normları için de geçerlidir. Avrupa insan hakları sözleşmesi ve -Avrupa Birliğine giriş sürecinde Türkiye için de bağlayıcı duruma gelecek olan- Avrupa Birliği temel hak garantilerinin de Anayasamızdaki temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında göz önünde bulundurulması gerekir. Bu gereklilik insan haklarına (somut=İHAS'ne) uygun yorum yöntemi olarak adlandırılmaktadır. Benzeri görüşler için bkz. *Hesse*, a.g.e., s. 25, özellikle 28. nolu dipnot.

araştırılması değil, normun amacının araştırıldığı ‘an’da geçerli olan ve meşruiyetini o ‘an’da yaşayan *halktan alan objektif iradenin* araştırılmasıdır. Yani normun *telos*’unun (amaç) ve *ratio*’sunun (anlam) araştırılmasıdır.⁵⁵ Sonuçları çok ağır olan ve toplumsal düzenin sıradanlık/basitlik boyutlarını aşar düzeyde bozulması karşısında, istisnai olarak öngörülen bir yaptırım gerektiren bir eylemin suç olarak nitelendirilmesi yetkisi -istisna öngörülmezsizin- soyut/genel/objektif/belirli yasa koyma yoluyla yasama organına verilmiştir. Anayasanın 38. maddenin bu açık anlam ve amacı karşısında, gerekçeden yürütmenin de -yetki verilsin, ya da verilmesin- suç yaratabileceğine ilişkin aksi yönde bir sonuç çıkarmak normun anlam ve amacına aykırıdır.

Son olarak tarihsel yorum dahil olmak üzere tüm yorum kurallarının sınırını lafız oluştururken ve lafız da istisna öngörmeyen bir açıklıkta iken gerekçeden istisna çıkarmak Anayasamızın 11. maddesi karşısında kabul edilmesi mümkün olmayan *contra legem* (kanuna karşı) hukuk yaratma anlamına gelecektir.

Bu değerlendirmeler ışığında Anayasanın 38. maddesinin gerekçesinde yer alan “Bu hüküm kanun koyucunun ‘açık suç hükmü’ koymasına; yani ‘fili’ bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir” ifadelerinin, 38. maddenin lafzı, anlam ve amacı, Anayasanın sistematiği ve anlam bütünlüğünün ulaştığı sonuca aykırı bir sonucu doğurması anayasal hermenetik kurallarına uymamaktadır.

III. YASAMA YETKİSİNİN DEVREDİLMEZLİĞİ

Yukarıdaki açıklamalarımızda, belirlilik ilkesinin, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle de ilişkili olduğunu, özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir düzenlemenin belirsizlik nedeniyle yürütmeye veya yargıya “keyfilik” olanağı sağladığı durumlarda yasama yetkisinin devredilmesi anlamına geleceğini belirtmiştik. Bu ilişkinin irdelenmesi gerekir.

⁵⁵ Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi de *Savigny*’in vücut verdiği klasik yorum kuralları temelinde “objektif teoriyi”ye göre kararlarını gerekçelendirmiştir. Mahkemenin 21 Mayıs 1952 tarihli kararına göre “bir yasal düzenlemenin yorumu için ölçüt, yasal düzenlemenin lafzı ve bu lafza içkin anlam ilişkisinden çıkan yasa koyucunun objektifleştirilmiş iradesidir. Yasama sürecine katılan organların ya da üyelerinin kuralın anlamı hakkındaki subjektif yargıları ise esas alınmaz. Bir kuralın oluşum tarihi bu kuralın yorumu için, ancak diğer yorum kurallarından elde edilen sonucu desteklemesi ya da bu yorum kurallarının uygulanmasına rağmen giderilemeyen şüphenin varlığı durumunda anlam ifade edebilir.” Bkz. BVerfGE 1, 299 (312).

A. Genel Olarak

Anayasal sistemimizde, Kıta Avrupası sisteminde olduğu gibi, yasamanın genelliği ilkesi geçerlidir.⁵⁶ Bu genel yasama yetkisi Anayasanın 7. maddesinde ifadesini bulmaktadır. Bu yetkinin yalnızca yasama tarafından kullanılabilmesi ve başka bir organa devredilemeyeceği, “yasamanın genelliği ve münhasır niteliğini” açıkça dile getirmektedir.⁵⁷

Ancak Anayasada yasama yetkisi tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne ait olduğuna ilişkin 7. madde hükmü ve yine TBMM’nin görevlerini sıralayan 87. madde hükmü birlikte değerlendirildiğinde, 7. maddede TBMM’ne tanınan yasama yetkisinin 87. maddedeki yetkiler olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır.⁵⁸

Anayasamız bir *çerçeve Anayasa* değildir. Aksine kapalı, anayasal düzeyde tüm yaşamsal alanlara ilişkin hükümler içeren ya da içerme iddiasında olan katı bir anayasadır. Anayasal normlar ve ilkeler yorumlanırken öncelikle ilgili anayasal normun Anayasanın sisteminde nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde durmak gerekir. Yani anayasal normların yorumunda ve anlaşılmasında sistematik yorum yönteminin göz ardı edilmesi yanlış sonuçlara götürebilir. Bu bakımdan yasanın tanımının yapılmasında yarar vardır.

Yasa, Anayasada öngörülen yöntem ve koşullara uygun olarak yasa adı altında yapılan yasama işlemleridir. Bu tanım çerçevesinde yasanın şekli ya da maddi olarak tanımlanması tartışması üzerinden durmayacağız⁵⁹. Çünkü Anayasamızın sistematigi de buna pek olanak verir gözükmemektedir.⁶⁰ Yasanın bir yargısal kararı konu almasının ya da yasanın yürütülmesini konu edinmesinin mümkün olmadığı doktrinde genellikle kabul edilmektedir.⁶¹

⁵⁶ Erdoğan Teziç, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1972, s. 82 vd.

⁵⁷ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, s. 364 vd.

⁵⁸ Aynı değerlendirme için bkz. Gözler, a.g.e., s. 363 vd.

⁵⁹ Zaten maddi-şekli yasa tartışmasının pozitif bir dayanağı olmadığı genellikle kabul edilmektedir. Bkz. Gözler, a.g.e., s. 399 vd, özellikle Dipnot 68’deki değerlendirmeler; Server Tanilli, Devlet ve Demokrasi, İstanbul 2000, s. 316 (1961 Anayasası açısından).

⁶⁰ Anayasamızda bu yönde bir kesinlikten söz etmek mümkün iken, Alman Anayasasının “yasa” kavramı bazen maddi bazen de biçimsel anlamda kullanılmaktadır. Örneğin 3. maddedeki eşitlik ilkesinin “yasa” sözcüğü, ya da 97. maddedeki “yargıçlar yalnızca yasaya tabidirler” cümlesindeki yasadaki anlaşılması gereken maddi anlamda tüm düzenleyici normlardır. Ancak bizim Anayasanın 138. maddesinde ‘anayasa’, ‘yasa’ ve ‘hukuk’ kavramlarının bir arada kullanılmış olması burada dahi ‘yasa’ kavramından biçimsel yasanın anlaşılması gerektiği düşüncesini güçlendirmektedir.

⁶¹ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 4. Bası, Ankara 1995, s. 175 vd.

Ancak yasaların kamu yararı amacını gütmesi, eşitlik ilkelerine aykırı olmaması, hukuk devleti ilkesinin çerçevesinin dışına çıkmaması ve her halükarda parlamento tarafından “yasa” diye nitelendirilmesi gerekir. Parlamento işlemi niteliği “yasa”nın varlık koşuludur. Parlamento tarafından Anayasanın öngördüğü yönetime uygunluğun bulunmadığı yerde “yasa”dan söz etme olanağımız olmaz.

Görüşümüze göre yasa kavramının, düzenleme konusu bakımından bazen biçimsel bazen de maddi niteliği ön plana çıkar. Devletin temel kuruluşunu, işleyişini, iktidarın el değiştirmesini ve iktidar karşısında⁶² bireylerin özgürlüklerini düzenleyen temel metin olan Anayasanın öngördüğü koşullar çerçevesinde çıkarılan yasaların devletin işleyişine ilişkin alanlarda biçimsel nitelik gösterdiği, ancak temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu sürece de artan oranda maddi nitelik gösterdiği/göstermek zorunda olduğunu belirtmek gerekir. Yani temel haklara ilişkin bir yasanın genel, soyut, sürekli, objektif, kişiye özgü olmayan nitelikte bir hukuksal norm olması gerekir. Nitekim bütçe yasasıyla Anayasanın 13. maddesi çerçevesinde temel hak ve özgürlükleri sınırlayacak yasanın nitelik açısından farklılaşmasının temelinde bu gerekçe yatar.

Kısaca Anayasanın 13. maddesi anlamında temel hak ve özgürlüklere sınır çizecek, yani temel haklara herhangi bir biçimde müdahaleye olanak sağlayacak hukuksal düzenlemenin biçim olarak Parlamento tarafından çıkarılan genel, soyut, sürekli, objektif, kişiye özgü olmayan nitelikte *belirli* bir yasa olması gerekir.

Yasamanın devredilmezliği, genel ve asli niteliği itibariyle Anayasanın öngördüğü koşullar ve yöntemlerle genel/soyut/sürekli/objektif nitelikli bir yasa ile *preater legem*/asli olarak düzenlemesi gereken bir alanın başka bir organa, yani *secundum legem*/türevsel yetki kullanan yürütme organına bira-

⁶² Anayasa hukukunun tanımına ilişkin benzer söylemler (*Teziç*, Anayasa Hukuku, İstanbul 1991, s. 4) siyasal iktidar-devlet-özgürlükler üçlüsünün anlamsal dönüşümü karşısında anlamlarını yitirmektedirler. Nitekim temel haklar yalnızca siyasal iktidar karşısında korunmaz, siyasal iktidarın yanında tüzel kişilik olarak devletin bütününe karşı da korunmalıdır. Temel hak ve özgürlükler, kendilerini koruma işlevine sahip yargı erkine karşı da korunacaktır, ki yasaların belirliliği ilkesi ve ceza yasalarında yargıcın taktir hakkının genelde “yorum” ile sınırlanmış olması bunun bir ifadesidir. Bunun ötesinde temel haklar yalnızca “devlet”e karşı değil, “toplum”a ve “üçüncü kişiler”e karşı da korunacaktır (“pozitif yükümlülük” olgusunu kabul eden İHAM kararları için bkz. Case of Airey v. Ireland, 09/10/1979, Appl.Nr. 00006289/73, Prg.: 25; Case of Plattform “Ärzte Für Das Leben” v. Austria, 21/06/1988, Appl.Nr. 00010126/82, Prg.: 29 vd.). Bu açıklamadan sonra anayasa hukukunu “Temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesini, bunun ön koşulu olan devlet tüzel kişisinin temel kuruluşunu, işleyişini, iktidarın el değiştirmesini inceleyen bilim disiplini” olarak tanımlamak gerekir.

kılmamasını öngörür. *Özbudun*'a göre yasama yetkisinin devredilmezliğiyle yasaklanan, her şeyden önce yasa adı altında veya bu adı taşıyorsa bile yasayla eş değerde ya da yasa gücüne sahip hukuksal işlemler yapma yetkisinin devredilmesidir.⁶³ Yani (Anayasanın 87. Maddesinde Parlamentonun yetkilerinden sayılan) biçimsel anlamda yasayla düzenlenmesi gereken bir olgunun düzenlenmesinin yasama dışı bir organa devredilmesidir. *Özbudun* yasama yetkisinin asliliği ilkesiyle de bağlantı kurarak, bir düzenleyici işlemin, mevcut yasa hükümlerini değiştirmemek ve ortadan kaldırmamakla birlikte, hakkında hiçbir yasal düzenleme bulunmayan bir alanda asli, yani ilk elden ya da doğrudan düzenleme yapması durumunda, böyle bir işlemin de idarenin türevselliği ilkesi karşısında yasa niteliğinde görülmesi gerektiğini belirtmekte ve dolaylı olarak böyle bir düzenleyici işlemin yasama yetkisinin devredilmezliği temel ilkesini ihlal edeceğini belirtmektedir.⁶⁴ Kısacası yasanın bulunmadığı yerde yürütme de yoktur.⁶⁵

Bu koşullara bağlı kalınarak yürütmeye kapsam, amaç ve süresi belirtilmek koşuluyla genel/soyut düzenleyici işlemler yapma yetkisi verilebilir. Ancak Anayasanın özellikle vurguladığı ve özel düzenleme sevk ettiği alanlar için yasa koyucunun belirsiz düzenlemeler öngörme yoluyla dolaylı olarak ya da doğrudan doğruya yasal unsurların tayinini yürütmeye bırakması, Anayasanın kabul etmeyeceği bir yetki devri anlamına gelir.

Kıta Avrupası Anayasal sistemleri içinde hem anayasal düzenlemelerimize, özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin alanlarda kaynaklık eden, hem de Weimar Anayasası tecrübesiyle pozitif hukuksal ve yargılamaya ilişkin⁶⁶ temel hak garantileri bakımından en ileri sistemi geliştirmiş bulunan Alman Anayasa dogmatikliğinde yasamanın devredilmezliğine ilişkin olarak Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen "önemlilik teorisi"ne de değinmekte yarar vardır. Bu teoriye göre, müdahalenin sınırlayıcı özelliklerinden bağımsız olarak, bireyleri doğrudan etkileyen tüm temel sorunların doğrudan doğruya Parlamento tarafından çözülmesi gerekir.⁶⁷ Temel hak ve özgürlüklere ilişkin alanlar *daima* önemlidir ve bu alanların kesinlikle şekli

63 *Özbudun*, a.g.e., s. 167.

64 Bkz. *Özbudun*, a.g.e.

65 *Gözler*, a.g.e., s. 367.

66 Suç ve cezalara ilişkin hükümler, hukuksal dinlenme ve adil yargılama hakkı, yasal hakim güvencesi bu kategoride değerlendirilmektedir.

67 Erich *Bülow*, § 30 Gesetzgebung, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, C. 2, s. 1463 vd.

anlamda yasalarla düzenlenmesi gerekir.⁶⁸ Ancak doğrudan doğruya temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmayan, ancak Anayasal düzen açısından önemli diğer alanlarda da bu kural geçerlidir. Bu alanlarda da sorunun parlamento tarafından çözümlenmesi gerekir.⁶⁹

Alman Anayasa Hukuku dogmatığında bu teori ile çözülmüş sorun, bizim Anayasamızın sistematiğinde pozitif hukuksal olarak çözülmüştür. Anayasanın 91. maddesindeki açık düzenleme, yine aynı maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesiyle Anayasanın 7., 13. maddesi ve 38. maddeleri bir arada değerlendirildiğinde bu sonucu görmek daha da kolaylaşmaktadır.

Bu sonucu biraz daha açabiliriz. Anayasa Mahkemesinin haklı olarak belirttiği gibi Anayasanın 91. maddesinde öngörülen Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisinin yasama yetkisinin devri anlamına geldiğine ilişkin öğretide hakim bir görüş yoktur.⁷⁰ Her halükarda, yetki devri anlamına gelsin, ya da gelmesin, Anayasanın kendisi hem 7. madde de yasama yetkisinin devredilmeyeceğini belirtmiş, hem de 91. maddede Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi vermiştir. Anayasa Hukuku teorisi açısından çözülmesi gereken bir soru olmakla birlikte, bunun anayasallık denetiminde somut bir etkisi bulunmamaktadır.⁷¹ Anayasallık denetiminde sorun KHK'nin yasama yetkisinin devri olduğunun ya da olmadığına tespiti değil, Anayasanın 91. maddesindeki KHK çıkarmaya ilişkin koşullara ve Anayasa Mahkemesinin bu olguya ilişkin geliştirdiği ilkelere uyulup uyulmadığıdır.⁷²

Bunun ötesinde yürütmenin istisnai olarak yasa-benzeri işlevle donatılması, yani 'soyut/genel/objektif' norm koymakla yetkili kılınması durumunda dahi çok sıkı koşullara tabi tutulduğunu görmekteyiz. 91. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde KHK'lerle düzenlenemez alanlar açıkça belirtilmiş ve bu alanlarda KHK'lere mutlak bir yasak alan getirilmiştir. Bu alanlara ilişkin olarak KHK ile "düzenleme" yapılamayacağı gibi "sınırlama" da (haydi haydi) yapılamaz. 91. madde "düzenleme" kavramını kullandığına göre "Sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerde" düzenleme yapılabilenekte,

⁶⁸ *Bülow*; a.g.e.; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Bası, Heidelberg 1993, s. 208.

⁶⁹ Ekkehart Stein, a.g.e., s. 161. Bkz. aynı zamanda Alman Anayasa Mahkemesi Kararları BVerfGE 47, 46 (79 vd); 49, 89 (126 vd).

⁷⁰ AYM E. 1988/62, K. 1990/3, K.t. 06.02.1990, AYMKD 26, 94 (103)

⁷¹ Bu konuda doktrindeki karşıt görüşlere ilişkin geniş bir değerlendirme için bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, s. 361 vd, özellikle 365-366.

⁷² Bu koşulları "önemlilik, ivedilik ve zorunluluk" olarak belirlenmiştir. AYMKD 26, 94 (111 vd); 31/2, 583 (601 vd.); 26, 94 (103 vd.); 27/2, 679 (699 vd.); 30/1, 222 (260 vd.).

ancak 'sınırlama' yapılabilmesi, özellikle negatif statü hakkı niteliği taşıyan sendika özgürlüğü gibi temel haklar bakımından Anayasanın 13. maddesinin açık hükmü karşısında zor gözükmektedir.⁷³

Yürütmenin, tüzük (Any. Md. 115), yönetmelik (124) ve bunların altındaki tamamen türevsel (derivatif) nitelikteki düzenleyici işlemlerin ise yalnızca yasaların uygulanmasını sağlamak (hiyerarşik sıra içinde birinin bir üstteki işleme uygun ve onun uygulamasını sağlamak) amacıyla çıkarılan düzenlemeler oldukları ve ancak bir alanı asli ve ilk elden düzenleyen bir yasayla varlık kazanabildikleri gerçeği karşısında KHK'lere tanınmayan bir imtiyazın Tüzüğe, yönetmeliğe, tebliğe vs. tanınmış olduğunu ileri sürmek yorum kurallarına aykırı düşer. *Argumentum a fortiori* kuralı gereği KHK'lerle yapılamayacak bir temel hak müdahalesi, tebliğle haydi haydi yapılamaz.

Suç tayini hem toplumsal hem de bireysel açıdan sonuçları ağır bir temel hak müdahalesidir. Temel hak müdahalesi ancak yasayla yapılabilir. Bu o kadar önemli bir vurgudur ki, Anayasa bunun dışında hiyerarşik açıdan yasalarla eşdeğer olan KHK'lerle dahi temel hak müdahalesine izin vermemiştir. Öte yandan Anayasa 7. maddesindeki yasama yetkisinin devredilmezliği genel ilkesi yanında, 13. maddedeki temel hak sınırlamalarının ancak yasayla yapılmasına ilişkin açık ve kesin kuralı yeterli görmemekte, suç ve cezalara ilişkin olarak daha özel, kesin ve istisnalara olanak tanımayan bir düzenleme getirme gereksinimi duymuştur.

Bu durumda suç tayini biçiminde bir düzenleyici işlemin yasamanın devredilmezliği, genelliği ve asliliği ilkelerini ihlal edeceği açıktır. Konunun önemi ve yukarıdaki açıklamalar ışığında idarenin doğrudan suç tayini olanaksız olduğu gibi, daha yaygın olan "idari işlemin eylem unsurunun önkoşulunu oluşturması" biçimindeki "örtülü" suç yaratma olgusuna da Anayasamızın olanak tanımadığı düşünülmektedir.

B. İdarenin Suç Yaratma Yetkisi Ve Yeni Yönelimler

Yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin açıklamalarımızda yürütmenin KHK'lerle suç yaratma olanağının olmadığını belirtmiştik. Anayasanın açık hükmü ve bütünlüğü karşısında Anayasa hukukçuları açısından sorun görünmemektedir.⁷⁴ Ceza Hukuku doktrinin de ağırlıklı görüşü KHK ile suç

⁷³ Aynı yönde görüş için bkz. *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, a.g.e., s. 372.

⁷⁴ Burhan Kuzu, *Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler*, İstanbul 1982, s. 357 vd.; *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, a.g.e., s. 370 vd (genel ifadelerle); *Özbudun*, a.g.e., s. 205 vd (genel ifadelerle).

yaratılamayacağı savunulurken⁷⁵, bazı hukukçular KHK'lerle suç yaratmanın bir gereksinim olduğunu belirtmektedirler⁷⁶. Nitekim *Soyaslan*'a göre "her zaman aksinin söylenmesi mümkün olsa da suç ve ceza ihdası gibi Anayasaya göre sadece kanunla düzenlenebilecek bazı hususların kanun hükmünde kararnameye konu olmasının kanunilik ilkesine aykırı olmadığı da iddia olunabilecektir. ... Esasen kanun hükmünde kararname ile suç ihdasına karşı çıkılırsa, tüzükle suç ihdası izahsız kalacaktır. Kaldı ki kanun hükmünde kararnameler tüzüğe göre yürütmenin yetkilerinin biraz daha genişletilmiş şeklinden ibarettir."⁷⁷ Yazar bu görüşünü aynı zamanda karşılaştırmalı hukuktan örnekler vererek desteklemeye çalışmaktadır.⁷⁸

Ancak karşılaştırmalı hukukta örnekleme yoluna gidilebilmesi için konuların aynı ve örnekleme yapılacak benzer (Anayasa) hukuksal düzenlemelerin olması gerekir. Özellikle ağırlıklı örnek olarak gösterilen Alman hukukunun yazarın görüşlerini desteklemediğini düşünmekteyiz. Bir kere *Nulla poena sine lege* kuralı Alman Anayasasının 103. maddesinin 2. fıkrasında herhangi bir kayda tabi tutulmadan kabul edilmiştir. Yine *hürriyetten yoksun kılmada hukuksal garantiler* başlığını taşıyan 104. maddesinin 1. fıkrasında kişi özgürlüğünün *ancak biçimsel bir yasaya* dayalı olarak ve orada belirtilen *biçim koşullarına* riayet edilerek sınırlanabileceği belirtilmektedir. Alman doktrininin bu konuya ilişkin (olmayan) tartışmalarına girmeden sırf pozitif düzenlemelerin buna izin vermediği anlaşılabilmektedir. Öte yandan yazarın yine kendine destek olarak sunduğu 81. maddenin ise yürütmenin düzenleyici işlemleri ya da KHK'lerle bir ilgisi bulunmamaktadır. *Yasama Aciliyeti* başlığını taşıyan 81. madde bir yasa tasarısının hükümetçe *acil* olarak nitelendirilmesine rağmen Federal Meclis tarafından reddedilmesi durumunda tasarının Federal Senato yardımıyla yasalaşmasına olanak tanımaktadır. Bu düzenleme yasama faaliyetine ilişkin olağan dışı bir yöntemi konu almaktadır.

⁷⁵ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 1, 14. Bası, s. 151, Yazar Anayasasının 91. maddesinin "Bakanlar Kuruluna suç yaratma yetkisi vermemesi karşısında niyabet yoluyla tüzük ve kararnameler marifetiyle suç yaratabilmek hususunda yürüyüp giden uygulamanın kanuniliği hususunda artık tereddüt edilebilir" diyerek bu yöndeki sorunu dile getirdikten sonra (bizce yorum kurallarına aykırı olarak- *abç.*) yine de yürütmenin suç yaratmasının 91. maddenin *ratio legis*'ine uygun olduğunda ısrar etmektedir; Turhan Tufan *Yüce*, Ceza Hukuku Dersleri, Cilt 1, s. 70 vd. Kayıhan *İçel/Süheyl Donay*, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1. Kitap, 3. Bası, İstanbul 1999, s. 111; Ersan *Şen*, Çevre Ceza Hukuku, İstanbul 1994, s. 101 vd.

⁷⁶ Doğan *Soyaslan*, Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Ankara 1990, s. 94 vd.

⁷⁷ *Soyaslan*, a.g.e., s. 94 vd.

⁷⁸ a.g.e., s. 85 vd.

Öte yandan yazar bir ön kabul'den (*Vorverständnis*) hareket etmektedir: Tüzükle suç ihdası hukuka uygundur (Temel önerme). O halde KHK ile suç ihdası haydi haydi hukuka uygundur (1. çıkarım)⁷⁹. Bu durumda Anayasanın 91. maddesindeki konu yönünden sınırlama sakıncalıdır (2. çıkarım)⁸⁰. Bu anlayışa katılmak hukuk metodolojisi açısından olanaksızdır. Çünkü, temel önerme temel normdan türer. Diğer çıkarımlar ise temel norma uygun olarak bağlı/zincirleme bir doğruluğa sahiptir. Bu temel normun (*hypothetische Grundnorm*)⁸¹ somut ifadesi, normlar hiyerarşisini benimsemiş hukuk düzenimiz için Anayasa'dır (Anayasa Md. 11). O halde temel norm Anayasadır ve şu sonuç *dedüksiyon (tümden gelim)* ile doğruluk kazanır: Anayasaya göre KHK ile temel hak garantileri düzenlenemez (evleviyetle sınırlanamaz), suç ve cezalara ilişkin esaslar temel hak garantisi olarak 38. maddede düzenlenmiş ve ancak yasayla suç yaratılabileceği öngörülmüştür (temel önerme). O halde KHK ile suç ihdası Anayasaya aykırıdır (1. çıkarım). Tüzükle suç ihdası ise haydi haydi (*a fortiori*) Anayasaya aykırıdır (KHK ile suç ihdasına izin vermeyen Anayasa, daha alt bir işlem olan tüzükle suç tayinine *a fortiori* izin vermez) (2. çıkarım).⁸² Anayasa Mahkemesi de aynı çıkarımı şu ifadelerle yapmıştır: “Anayasa'nın ‘suç ve cezalara ilişkin esaslar’ başlığını taşıyan 38. maddesi, kanun hükmünde kararnamele düzenlenemeyecek yasak alan kapsamına girmektedir. Yürütme organının KHK ile suç oluşturmaya Anayasa'da izin verilmez iken düzenleme olanakları ve biçimleri KHK'lere göre çok daha kolay olan ve hukuk kuralları hiyerarşisinde daha sonra gelen idarî düzenlemelerle kimi eylemlerin suç sayılması açıklanan Anayasa kural-larına aykırı düşer”.⁸³

Yukarıdaki eleştiriler “Her ne kadar kanun hükmünde kararnamele ile suç yaratılabilmesini Anayasa (md.91) açık hüküm sevk ederek engellemiş ise de, bu düzenleme yalnız kanun hükmünde kararnamele için geçerli olup,

79 a.g.e., s. 94.

80 a.g.e., s. 95.

81 Hans Kelsen'in varsayımsal Temel Norm'a ilişkin görüşleri ve teorik tartışmalar için bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Bursa 1999, s. 82 vd.

82 Nitekim Sahir Erman da benzer görüşleri savunmaktadır. Ona göre kanun hükmünde kararnamelele konulmasına olanak bulunmayan suçların, bu güce sahip bulunmayan kararnamele ve tüzüklerle ihdas edilebileceklerini ileri sürmek en basit yorum kurallarına aykırı olur. Gerçekten de suçların kanun hükmünde kararnamelele konulabilmesine izin vermemiş olan Anayasanın bunlardan daha aşağı derecede bulunan çeşitli düzenleyici tasarruflar yoluyla suç yaratmasını kabul ettiği iddia olunamaz..., Sahir Erman, *Ticari Ceza Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1984, s. 42.

83 AYMKD 31/1, 218 (225).

yürütmenin suç yaratabilme yetkisine bir engel teşkil etmediği görüşündeyiz.” biçimindeki *Önder*'in görüşü hakkında da geçerlidir.⁸⁴

C. Çerçeve Yasalarla Bağımsız Suç Oluşturma

Yürütmenin doğrudan doğruya -KHK'lerle de olsa- suç yaratamayacağını yukarıdaki tartışmalar göstermiştir. Ancak yasa koyucunun belirli bir alana ilişkin olarak çerçeveyi çizdikten sonra yürütmenin bu çerçeve içinde suç oluşturup oluşturamayacağı hukukumuzda tartışılmaktadır.

1. Tartışmalar

Yürütmenin çerçeve yasalara dayanarak suç yaratabileceği görüşü⁸⁵ şu gerekçelere dayanmaktadır⁸⁶:

- Yasama organı, yasa yaparken bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak ayrıntılı hükümler koyma yetkisine sahipse de –ki yasamanın genelliği ve asliliği ilkesi bu sonuca götürür–; zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirlerin alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konmasına lüzum görülen hallerde, yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü karşısında, kanun koyucunun esaslı hükümleri tespit ettikten sonra, ihtisas ve idare tekniğine ait hususların düzenlenmesi için yürütmeye yetki vermesi yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Şu hale göre bu durumu yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı anlamında kabul etmek doğru değildir.
- Çerçeve yasası hükümete yetki verirken, yürütmenin tasarrufta bulunabileceği alan, maksat ve esas amacı hakkında açıklamada bulunmuş, esas hükümleri belirtilmiş ve zamana, teknik ve ekonomik gereklere göre idare bu boşlukları doldurmuş ise, yine yetki devrinden söz edilemeyecektir.

⁸⁴ *Önder*, a.g.e. s. 124.

⁸⁵ Bu görüşte olanlardan bazıları *Önder*, a.g.e., s. 123 vd.; *Soyastan*, a.g.e., s. 105 vd.; *Dönmezer/Erman*, a.g.e., s. 143 vd.; Sulhi *Dönmezer*, İcranın Tanzimi Tasarruflarıyla Suç İhdası, Anayasaya Aykırılık İddiası Halinde Verilmesi İcabeden Karar, İÜHFİM 28, s. 241; Öztekin *Tosun*, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhine Cereyan, İÜHFİM 27, s. 1-4; Feyyaz *Gölcüklü*, İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki, AÜSBFD 18, s. 123.

⁸⁶ Bu tartışmalar için bkz. *Önder*, a.g.e., s. 121 vd.

- Elastikiyet isteyen işlerde, bu hususların önceden tespit edilmesi bazı sakıncalar doğurabilir.
- Yürütme organının bütün eylem ve işlemleri yargı mercilerinin denetimi altında olduğundan, bu işlemleri yaparken yasanın gözettiği sınır ve maksat dışına çıkılmasının önlenmesi mümkündür. Bu itibarla Anayasanın 7. maddesine aykırılık söz konusu olamaz.
- Anayasanın 38. maddesinde yer alan ve TCK Md. 1 'de ifadesini bulan kanunsuz suç olmaz prensibinin esası, yasa tarafından, suçun yine ne gibi eylemleri yasakladığının hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde belirtilmesinden ve buna göre cezanın tayin edilmesinden ibarettir. Kişinin yasak eylemler ve bunların cezalarını önceden bilmesi gerekir ve bu hal, kişinin hak ve hürriyetinin teminatıdır ve bu teminata Anayasanın kişinin hakları ve ödevlerine ait bulunan ikinci bölümde yer verilmiştir. Yürütmenin yasak eylemlerin neler olduğunu tespit edip önceden kişilere duyurması ve yayınlaması kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamaktadır.

Yürütmenin çerçeve yasalara dayanarak suç tayin etmesinin Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin görüşler⁸⁷ ise şöyle gerekçelendirilmektedir⁸⁸:

- Anayasa tarafından yasamanın münhasır alanına giren bir olgunun etraflıca tayin ve tespit olunmamış olması, yürütme organınca yapılan düzenlemenin genellik ve sınırsızlık göstermesi durumunda yetki devri söz konusudur.
- Suçların tayininde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddedeki temel ilkeler geçerlidir.
- Suçta yasallık ilkesinin gerçekleşmiş olması için yalnızca yaptırımın yasada gösterilmiş olması yeterli olmayıp, suçun maddi unsurlarının da yasa tarafından açıkça gösterilmesi gerekir. Çer-

⁸⁷ Duygun *Yarsuvat*, Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası Ve 1961 Anayasası, İÜHFM C. 29, s. 556 vd.; A. Fuat *Başgil*, Türkiye Teşkilat Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tabi Olduğu Hukuki Rejim, *Yarsuvat*, a.g.e., s. 545 vd. atfıyla.; Faruk *Erem*, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt 1, 10. Bası, Ankara 1973, s. 72 vd.; Nurullah *Kunter*, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1970, s. 368, *Soyaslan*, a.g.e., s. 73 atfıyla; Sahir *Erman*, Ticari Ceza Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1984, s. 42; Kayıhan *İçel/Süheyl Donay*, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1. Kitap, 3. Bası, İstanbul 1999, s. 111; Ersan *Şen*, Çevre Ceza Hukuku, İstanbul 1994, s. 101 vd.

⁸⁸ *Soyaslan*, a.g.e.

çerçeve yasalar ise yaptırımını yasayla belirtmekte ancak suçun maddi unsurlarının tayinini yürütmeye/idareye bırakmaktadırlar. Bu ise suçta yasallık ilkesine aykırıdır.

- Delegasyon tezinin anayasanın somut pozitif hükümleri karşısında savunulması mümkün değildir.
- Yürütmenin düzenleyici işlemleri Anayasada sınırlarıyla belirtilmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin asli olarak düzenlenmesi ya da sınırlanması bu sınırların dışındadır.
- Yasamanın her zaman sık sık değişen durumlar ve ihtiyaçlar karşısında ağır kaldığı ve yürütmeye bu alanda tedbir alma yetkisi verme gereği, Anayasal ilkelerin ihlalini haklı göstermez. Zorunluluklar ve anayasal ilkeler arasında uyumlu çözümler üretmek yasa koyucunun görevidir.

Bunun yanında çerçeve yasalara dayanılarak suç yaratılamayacağını, ancak TCY 526. maddesinin çerçeve yasa niteliğinde olmadığını, burada yasa yetkisinin kullanıldığını, çünkü suçun yasa tarafından belirlenmiş olduğu görüşünü de belirtmekte yarar vardır.⁸⁹ Nitekim Anayasa Mahkemesi TCY 526. maddesine ilişkin verdiği 07.06.1973 tarih ve E. 1973/12, K. 1973/24 sayılı kararında da kararında da benzeri bir görüşü dile getirmiştir.

2. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

Karşılaştırmalı hukuk açısından incelendiğinde, farklı anayasal sistemleri benimsemiş olanların farklı çözümler ürettikleri görülür. İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mart 1973 tarihli kararında Hayvanlarda Salgınla Mücadele Yasasının 20. maddesine dayalı olarak çıkarılan Yönetmeliğin Md. 17/7 hükmüne ilişkin bir değerlendirmede, yürütmenin hayvan salgınlarıyla mücadelede yasayla (ilgili yasanın 48. maddesi) cezanın belirlenmesinden sonra suçun oluşumunun yürütmenin düzenleyici işlemlerine bırakılmasının idari ceza hukukunda sıkça rastlanan bir durum olduğunu ve hukuksal bir sakıncasının olmadığını belirtmiştir.⁹⁰ Ancak İsviçre Anayasasının⁹¹ “Temel hakların sınırlanması” başlığını taşıyan 36. maddesindeki “Temel hakların sınırlanması yasal bir dayanağa gereksinim duyar. Ağır sınırlamaların yasanın

⁸⁹ Ersan Şen, a.g.e., s. 107.

⁹⁰ PolyReg: Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts; Collection des arrêts du Tribunal; fédéral suisse; Raccolta delle decisioni del Tribunale federale svizzero, <http://www.polyreg.ch/bgeleitentscheide/Band991973/BGE99 IV36.html> (i.t. 21.01.2003)

⁹¹ 19 Nisan 1999 tarihli yeni İsviçre Anayasası, <http://www.verfassungen.de/ch/index99.htm> (i.t. 21.01.2003)

kendisi tarafından öngörülmüş olması gerekir” biçimindeki – bizim Anayasamızın 13. ve 38 . madde metinleri karşısında oldukça esnek – düzenleme karşısında farklı sonuca da ulaşamaz. Ayrıca İsviçre Anayasasında Anayasamızın 38. ve Alman Anayasasının benzer 103/2. maddelerine benzer bir düzenlemenin bulunmadığını belirtmek gerekir.

Alman hukuku açısından değerlendirdiğimizde şu tespitlerle karşılaşırız. Yukarıda da kısmen açıklandığı gibi, Alman Anayasasının 103/2 maddesi *nulla poena sine lege* kuralını benimsemiştir. 104/1 maddesinin ilk cümlesinde ise kişi özgürlüğünün *ancak biçimsel bir yasaya* dayalı olarak ve orada belirtilen *biçim koşullarına* riayet edilerek sınırlanabileceği belirtilmektedir. Yine aynı Anayasanın 80. maddesinde Anayasamızın 91. maddesine paralel koşullarda yürütmeye – *kanun hükmünde olmayan* – kararname çıkarma yetkisi vermektedir. Bu maddeler birlikte değerlendirildiğinde Alman Anayasa koyucusunun hürriyeti bağlayıcı bir suçun oluşturulmasını biçimsel bir yasaya bıraktığını, ancak onun dışındaki bazı suçların yasal unsurlarının tanımını yasal yetkilendirmeye yürütmeye bırakabileceği sonucuna ulaşabiliriz.⁹² Nitekim Alman doktrininde cezayı belirleyip suçun unsurlarının tespitini ya da tanımlanmasını idareye⁹³ bırakan bu tür yasalara “beyaz ceza yasaları” (*Blankettstrafgesetze*) denilmektedir.

Alman Anayasa Mahkemesinin 21.08.2001 tarihli 2 BvR 1941/00 kararına göre de “Anayasanın 103/2. maddesindeki ‘yasa’dan yalnızca biçimsel anlamda bir yasayı anlamamak gerekir (BVerfGE 32, 346, 362). Kararnamelerle dahi, Anayasanın 80/1. maddesi 2. cümle gereklerine uygun, cezanın türü ve ölçüsünü ve cezalandırılabilir eylemi kendisinin yeterli açıklıkla belirlediği yetki yasaları çerçevesinde çıkarılmak koşuluyla cezai kurallar içerebilirler (BVerfGE 37, 201, 209). Yasa koyucu bu yolu seçmiş ve yasal unsurun tanımlanmasını bir kararnameye bırakmışsa, bu durumda, ancak, suçun unsurları ve cezanın tür ve ölçütünün daha önce yasa tarafından yeterli açıklıkta belirlenmiş olması durumunda Md. 103/2 gereklerine uyulmuş olur (BVerfGE 78, 374, 382). Kararnameyi düzenleyen organa yalnızca yasal unsurun–yasalarla düzenlenmesi beklenemeyecek- belirli detaylarının belir-

⁹² Aynı yönde detaylı bilgi için bkz., Andreas Hamann, Das Grundgesetz, 2. Bası, Berlin 1956, s. 423; Sax, a.g.e., s. 1001 vd; Stephan Gierthmühlen, Die Strafbarkeit von Insolvenzdelikten im Übergang von Konkurs- und Vergleichsordnung zur Insolvenzordnung 1999, (iflas suçları bakımından) <http://www.hausarbeiten.de/rd/faccher/hausarbeit/juf/15155.html>, (i.t. 22.01.2003).

⁹³ Federal bir yasayla düzenlenmesi gereken bir alanda federal yasanın çerçeveyi çizip detayları ya da unsurlarının belirlenmesini *eyalet yasa koyucusuna* bıraktığı durumda da beyaz yasalardan söz edilmektedir. Dolayısıyla Alman hukuk sisteminde beyaz yasa (Blankettgesetz) kavramı yalnızca idareye yapılan delegasyonları ifade etmez.

lenmesi bırakılabilir. Yasa koyucu öngörülen ceza ne kadar ağır ise, o oranda da suçun unsurlarını tam ve kesin olarak belirlemek zorundadır. Nihayetinde açık ceza yasasını (*Blankettstrafgesetz*) dolduran karamamenin kendisi de Md. 103/2'deki belirlilik ilkesinin gereklerine uymak zorundadır".⁹⁴

Bu yöndeki kararların incelediği ve Anayasaya uygun gördüğü yasal düzenlemelerin ortak özelliği "gıda ve ihtiyaç malzemeleri", "atom enerjisi" gibi teknik olarak "yasa" ile düzenlenmeye olanak tanımayan olgular olduğu görülür. Nitekim Alman hukukunda bu tür "beyaz" yasalar "çevre", "ekonomi", "uluslararası ticaret" ve "vergi" gibi alanlarda göze çarpmaktadır.

Bizim kanaatimiz genel açıklamalarımıza paralel olarak çerçeve yasalarla suç oluşturulamayacağı yönündedir. Zaten dikkat edildiğinde yürütmenin suç yaratabileceğine ilişkin tezler argümanlarını genellikle "idarenin genel düzenleme" yetkisi ve zorunluluğuna ilişkin düşüncelere dayandırmaktadır. Yani yürütmenin KHK, tüzük, ya da yönetmelikle düzenleme yapma gereksinimine ilişkin açıklamalar, idarenin suç yaratmasının gerekçesi olarak sunulmaktadır. Görüşümüze göre, herhangi bir idari düzenlemeye olan gereksinim suç yaratmaya ilişkin gereksinimle aynı değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de "...hangi *eylemlerin* suç sayılabileceği ancak yasayla öngörülebilir. Anayasanın 7. ve 87. maddeleri gereğince yasama yetkisi TBMM'ne ait bir yetki olup bu yetki devredilemez. Anayasadaki açıklık karşısında yürütmenin suç oluşturabilmesi olanaklı değildir."⁹⁵ "Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi..."nin verilmesi Anayasanın 7. maddesinin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini aykırı düşer.⁹⁶

3. Yeni Yönelimler

İkinci Dünya Savaşından sonra Avrupa'da gelişen kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimine paralel olarak ülkemizde de bu yönde tartışmalar yapılmaktadır.⁹⁷ Bu akım, kabahatleri ceza hukuku anlamında suç olmaktan

⁹⁴ Aynı yönde Alman Anayasa Mahkemesi Kararları 9.10.2001 tarihli BvR 1627/95; 2.3. 1992 tarihli BvF 1/94 .

⁹⁵ E. 1993/5, K. 1993/25, AYMKD 31/1, 218 (224). Aynı gerekçelerle E. 1993/42, K. 1994/72, AYMKD 31/1, 443 (448 vd).

⁹⁶ Aynı karar, AYMKD 31/1, 218 (226).

⁹⁷ *Dönmezer/Erman*, a.g.e., S. 33 vd.; Fatih Selami *Mahmutoğlu*, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, İstanbul 1995, (Kitap tamamen bu konuyu işlemektedir); Kayıhan *İçel*, İdari

çıkarma, dolayısıyla kendilerine bağlanan hürriyeti bağlayıcı cezalar gibi, ağır sonuçlardan bireyleri kurtarma amacındadır. Yine küçük ve önemsiz bazı eylemlerin, mahkemelerin çok zamanını alması ve bu yüzden daha ciddi, kamu düzenini tehdit edici suçların kovuşturulmasının güçleşmesi ve gecikmesinin önüne geçilmek istenmektedir.⁹⁸ Bununla hukuk yaşamında kabahatlerin unsuru olan eylemlerin yaptırımsız kalacağı anlaşılmamalıdır.⁹⁹ 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan yeni TCY'nın bu yeni anlayışla oluşturulduğunu belirtmek gerekir.

Devlet toplumsal düzeni korumak ve bu düzene aykırılıkları önlemek amacıyla idaresini bir takım ceza hukuksal niteliği olmayan yetkilerle donatabilir. Belirli bir ağırlığa ulaşmadığından dolayı bireyler için ceza hukukundaki gibi ağır sonuçları (tekerrüre esas olma, adli sicile kayıt, hürriyeti bağlayıcı sonuç...) doğurmayacak¹⁰⁰, ancak yaptırımsız da kalmayacak eylemler (kabahatler), bu bağlamda yeni bir yaptırım rejimine tabi tutulabilir. Düzene Aykırılıklar Hukuku olarak nitelendirilen bu disiplin, söz konusu idari yetkilerin nasıl kullanılacağını, yaptırıma tabi eylemlerin hangileri olduğu ve bunlara karşı ne türden yaptırım ve önlemlerin uygulanacağını gösteren bağımsız bir kamu hukuku dalı olarak kabul edilmektedir.¹⁰¹ Yasallık ve kusur ilkeleri ile yargı yolunun açık oluşu bakımından ceza hukuku disipliniyle paralel nitelik gösteren bu disiplin, "açık ceza normu"na olanak tanınması nedeniyle de kamu düzeninin sağlanmasında idarenin hızlı ve etkin önlem almasına olanak tanımakta ve "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin katı uygulanmasından doğabilecek sorunları çözebilmektedir.¹⁰²

IV. ANAYASA MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesi belirlilik ilkesi-idarenin suç yaratması ilişkisini erken dönemlerden itibaren ele almış ve bugüne kadar verdiği kararlarla bir içtihat oluşturmaya çalışmıştır.

Ceza Hukuk ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, İÜHF 50 (1984), s. 117; Köksal Bayraktar, Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı, İÜHF 50 (1984), s. 197 vd.

98 Suç olmaktan çıkarma eğiliminin nedenler ve eleştirisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bayraktar, a.g.e., s. 201 vd.

99 Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 35.

100 Kayıhan İçel, a.g.e., s. 130 vd.

101 Mahmutoğlu, a.g.e., s. 101.

102 Bu konuya ilişkin daha somut tartışmalar ve TCY 526. maddeye ilişkin öneriler için bkz., Mahmutoğlu, a.g.e., s. 107 vd.

Mahkeme 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanununa ilişkin verdiği 28.03.1963 tarihli ilk kararında¹⁰³ şu görüşleri dile getirmiştir: “Yasama organı, herhangi bir sahayı Anayasaya uygun olmak şartı ile düzenleyebilir. Bu düzenlemede bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de tespit etmek yetkisini haiz ise de; zamanın gereklerine göre sık sık tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konulmasına lüzum görülen hallerde, yasama organının yapısı bakımından, ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler almasının güçlüğü karşısında esaslı hükümleri tespit ettikten sonra ihtisasa ve idare tekniğine taalluk eden hususların düzenlenmesi için Hükümeti görevlendirmesi de yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. ... İktisad kanunlarının kabul ettiği esaslara göre yürütülecek olan ve bunun dışına çıkıldığı takdirde memleketi büyük mali zararlara uğratacağı şüphesiz bulunan ve teknik konuları kapsayan ve geciktirmeden zamanında tedbirler alınması ve icabında derhal kaldırılması ve değiştirilmesi gereken bu alanın, kanun koyucu tarafından doğrudan doğruya düzenlenmesi bazı sakıncalar doğurabilir. Çünkü, yukarıda da söylendiği gibi yasama organlarının yapısı itibariyle günlük olayları izleyememesi ve ağır işlemesi yüzünden bunun zamanında sağlanması mümkün olmaz. Bu sebeptendir ki, kanun koyucu düzenleme alanının esaslarını tespit ve amacı tayin ettikten sonra alınacak tedbirlerin ihtiyaca uygunluğunu sağlamak üzere yürütme organını görevlendirmiş ve bu görevin gerektirdiği tasarruflarda bulunmak yetkisini vermek suretiyle yasama yetkisini bu yolda kullanmayı uygun bulmuştur. ... 1567 Sayılı Kanunun 3. maddesi ise; ‘İcra Vekilleri Heyetince’ 1. maddeye istinaden itihaz edilen kararlara aykırı hareket edenlere ceza tayin etmiştir. Bu hükümlerle; suçun kanuni unsuru ‘İcra Vekilleri Heyetinin’ 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı harekette bulunmaktır. Şu halde suçun ne olduğu kanunla belirtilmiştir. Kaldı ki Bakanlar Kurulu kararı, daha önce Resmi Gazetede neşredilmek suretiyle kişilere hangi fiillerin yasaklandığı duyurulmakta ve böylece kişinin teminatı sağlanmakta ve ceza da kanunda gösterilmekte olmasına göre mücerret kararname ile suç ihdası söz konusu olamayacağından bu konuya ilişkin itiraz yerinde görülmemiştir.”¹⁰⁴

Anayasa Mahkemesi bu tarihten sonra verdiği kararlarda ağırlıklı olarak aynı yaklaşımı benimsemiştir. Bu kararlardaki ana temaları belirlemek gerekirse: Mahkeme, yasa koyucunun ceza yaptırımını ile karşıladığı eylemlerin yasada düzenlenmesinin şart olduğunu, ancak yasa koyucunun suçun ögele-

¹⁰³ 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanununun 1. 3. ve 4. maddelerine ilişkin karar, E. 1693/4, K. 1963/71, AYMKD 1, 161.

¹⁰⁴ AYMKD 1, 161 (164 vd.).

rini genel ve sabit bir biçimde saptayabileceğini,¹⁰⁵ suç oluşturan eylemin ve cezasının yasada açıkça belirlenmesinden sonra ayrıntılarla uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların¹⁰⁶ düzenlenmesinde yürütmeye yetki verilmesinin kararlar suç oluşturma anlamına gelmeyeceğini ve ‘yasallık’ ilkesinin ihlal edilmeyeceğini kabul etmektedir.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi bazen bu içtihadından sapmış ve “Bakanlar Kurulunca çıkarılan kararlara aykırılığa” cezai yaptırım öngören düzenlemeyi, idari düzenlemelerle suç yaratılmasına olanak tanındığı, dolayısıyla yasama yetkisinin devredildiği gerekçesiyle Anayasanın 7. maddesine aykırı görmüştür. Mahkeme Anayasanın 38. maddesine göre, “...ayrıca hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın ‘açık’, ‘anlaşılır’ ve ‘sınırlarının belli olması’ gerektiği”ni belirterek, düzenlemeyi bu yönden de Anayasaya aykırı olarak görmüştür.¹⁰⁷

Anayasa Mahkemesi’nin içtihadındaki bu istikrarsızlık genellikle “cezanın yasada tanımlanması, suç unsurlarının belirlenmesinin ise idareye bırakılabileceği” biçiminde algılanmaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi’nin bu anlayışı yansıtan klinik bir kararının irdelenmesi gerekli görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi 07.06.1973 tarih ve E. 1973/12, K. 1973/24 sayılı kararında¹⁰⁸ TCY 526. maddesinin 1. fıkrasının Anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁹

Anayasa Mahkemesinin kararı şu gerekçelere dayanmaktaydı:

Türk Ceza Yasasının 526. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “kamu güvenliği”, “kamu düzeni” ve “mülhaza” gibi kavramlar kesinlik taşımayan, yoruma muhtaç, kişilerin bakış açılarına göre değişiklik gösteren sözcüklerden ibaret olmayıp tersine anlamları uygulamalarla belirilmiş, hukuk ve Anayasa diline girmiş kavramlardır. Hukuk diline ve üstelik bir kısmı Anayasaya girmiş bu terimlerin anlamının yoruma muhtaç olduğundan ve kişile-

¹⁰⁵ AYMKD 9, 403 (411, 413).

¹⁰⁶ AYMKD 1, 121 (123); AYMKD 27/2, 609 (619).

¹⁰⁷ AYMKD 1, 34 (37); 28/1, 232 (275); 31/1, 218 (225).

¹⁰⁸ AYMKD 11, 265 vd.

¹⁰⁹ Mülga TCY 526/1: “Yetkili makamlar tarafından adli işlemler dolayısıyla ya da kamu güvenliği ve kamu düzeni veya genel sağlığın korunması düşüncesiyle kanun ve nizam-lara aykırı olmayarak verilen bir buyruğu dinlemeyen veya bu yolda alınmış bir önleme uymayan kimse, eylem ayrı bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan altı aya kadar hafif hapis ve bin liradan üçbin liraya kadar hafif para cezasıyla cezalandırılır.”

re göre değişebileceğinden söz edilerek ve bu gibi nedenlere dayanarak bir yasanın Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesi olanaksızdır.¹¹⁰

Yasa, metninde koşulları belirlenmiş, önceden ilan ve neşir edilmiş emir ve önlemlere aykırılığı yaptırım altına almaktadır. Bu haliyle suçun unsurları açık olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla suçun yasallığı ilkesine aykırılık yoktur.¹¹¹

Yasama organının, kanun yaparken bütün olasılıkları göz önünde bulundurularak ayrıntı kuralları da saptamak yetkisi varsa da sık sık değişen durumlar ve ihtiyaçlar karşısında bu organın, yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü dolayısıyla kanunda esaslı hükümleri saptadıktan sonra acil olaylarda hükümete veya kimi makamlara tedbir almak yetkisi bırakması da yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Bu durumda yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı gibi bir anlam çıkarmak doğru olamaz.¹¹²

Yargıtay içtihatlarında TCY 526. maddeye ilişkin kararlarda çelişki olması durumunda bunun çözüm yeri usul yasalarının öngördüğü kurumlardır. Bunun Anayasaya aykırılık gerekçesi olması mümkün değildir.¹¹³

“Kanun ve nizamla aykırı olmayarak” deyimini (1961 Anayasasının) 107. maddesindeki (Tüzüklere ilişkin) düzenlemeye de paralellik göstermesi nedeniyle Anayasanın esprisine uygun düşmektedir.¹¹⁴

Anayasa Mahkemesinin o dönemin koşulları içinde verdiği kararın dayandığı gerekçeler bir çok bakımdan eleştirilebilir.

“Kamu güvenliği”, “kamu düzeni” gibi kavramlar o günün koşullarında kesinlik kazanmış belirli kavramlar olmadığı gibi, bugün dahi aynı niteliklerini sürdürmektedirler. Bu kavramların hukuk diline geçmiş olması, Anayasada yer almış olması bunları yine belirgin hale getirmez. Anayasalarda yer alması bile tartışmalı olan, eleştirilere neden olan kavramların somutlaştırılmadan doğrudan doğruya uygulanır nitelikteki ceza yasalarına aktarılması hukuk metodolojisi kurallarına aykırı iken, belirsiz kavramların Anayasada yer almış olmasını, aynı kavramların yasalarda da, hiçbir somutlaştırma sağlamaksızın olduğu gibi yer almasının gerekçesi olamaz. Çünkü Anayasalar

¹¹⁰ AYMKD 11, 265 (269 vd.).

¹¹¹ AYMKD 11, 265 (270).

¹¹² AYMKD 11, 265 (271).

¹¹³ AYMKD 11, 265 (272).

¹¹⁴ AYMKD 11, 265 (273).

yapısal olarak bir çerçeve düzen niteliğindedirler.¹¹⁵ Yani Anayasalar tipik olarak *siyasal işlem ve karar sürecine* ilişkin çerçeve koşulları ve usul kural-larını tespit ederler; birey-toplum-devlet ilişkilerine yönelik temel ilkeleri belirler; ancak adli ya da idari anlamda doğrudan doğruya uygulanabilecek tekil normlar –kural olarak– içermezler.¹¹⁶ Bu niteliğe sahip Anayasaların soyut ve ilkesel normlar ve kavramlar içermeleri doğaldır. Yasaların ise, özellikle bireyler aleyhine sonuçlar doğurabilecek normatif niteliğe sahip olmaları durumunda –somutlaştırma olanağı bulunduğu sürece– bu tür soyut ve ilkesel kavramları içermemeleri belirlilik ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Çünkü yasalar, Anayasalarda yer alan bu ilkesel normları somutlaştırarak anayasal düzene uygun bir hukuk düzenini gerçekleştirirler.¹¹⁷ Bu durumda tartışmalı ve soyut bazı kavramların Anayasalarda yer edinmiş olması, bun-ların olduğu gibi yasalara da aktarılmasını Anayasaya uygun kılmaz. Nite-kim yakın zamanda Anayasa Mahkemesince verilen bir kararda aynı yakla-şımı görmekteyiz.¹¹⁸

Öte yandan önceden ilan edilme ve neşir koşulu doğrudan doğruya TCY 526. maddesinin 1. fıkrasından çıkmadığı gibi, yargılamada ve öğretide “acil ve hızlı önlem alınmasını gerektiren durumlarda” yazılılık ve neşir koşulu-nun gerçekleşmesinin beklenmeyeceği; bir şekilde ilgilinin önlemden ve emirden haberdar olabileceği kabul edildiğinde suçun maddi unsurunun ger-çekleştiği kabul edilmektedir.¹¹⁹ Ayrıca ilan ve neşir şartının Anayasanın gereklerine uygunluk sağladığı düşünülürse, bu durumda Anayasanın 38. (61 Anayasasının 33.) maddesindeki suç ve cezaların *yasallığı* ve temel hak ve özgürlüklerin *ancak yasayla* sınırlanabileceğine ilişkin vurgulamalara gerek kalmaz.

¹¹⁵ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Eine Bestandsaufnahme und Kritik (Anayasa Yorumu Yöntemleri – Bir Değerlendirme ve Eleştiri), NJW 1976, s. 2091.

¹¹⁶ Böckenförde, a.g.e., s. 2099. Kuşkusuz bu açıklamadan temel hak sahipliği olgusunun da doğrudan uygulanırlığının yadsınması sonucunun çıkarılması olanaklı değildir. Anaya-sa'daki temel hak güvencelerine sahip olma bakımından, anayasal normlarının doğrudan sonuç doğurması tartışmasız olmakla birlikte bunların sınırlarının ve ihlallerinin yasalar-la saptanması zorunluluğu açıktır.

¹¹⁷ Böckenförde, a.g.e., s. 2091; Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung (Hukuk ya-ratma teorisi), 1967, s. 84; Friedrich Müller, Juristische Methodik (Hukuksal Metodik), 1971, s. 60 vd.

¹¹⁸ E. 2000/75, K 2002/200, Kt. 17.12.2002, AYMKD 39/1, 285 (292).

¹¹⁹ Çünkü 526. madde sözlü emir ve önlemleri de kapsamaktadır. Bkz., Lütfi Duran, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul 1982, s. 270.

Yine yasama organının, kanun yaparken bütün olasılıkları göz önünde bulundurarak ayrıntı kuralları da saptamak yetkisi olsa bile, sık sık değişen durumlar ve ihtiyaçlar karşısında bu organın, yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü dolayısıyla kanunda esaslı hükümleri saptadıktan sonra acil olaylarda hükümete veya kimi makamlara tedbir almak yetkisi bırakması genel bir değerlendirme olarak doğru gözükse bile, bu argümanın ceza hukuku alanına sınırlamasız aktarılmasının olanaksız olduğu düşünülmektedir. Çünkü yukarıda çeşitli yerlerde açıklandığı gibi ceza normu doğrudan doğruya uygulanır niteliği, yani norm ile yargıç kararı arasında herhangi bir somutlaştırma gereksinimi bulunmaması nedeniyle, suçun bütün unsurlarını hiçbir şüpheye yer vermeyecek biçimde saptar ve bu biçimiyle yargıca –lafız sınırı aşılmamak koşuluyla– yorum yöntemlerini kullanarak anlam ve kapsam saptamasından öte başka bir unsura/düzenlemeye gereksinim bırakmaz.¹²⁰ Oysa TCY 526. maddesi gibi yürütmenin bir emir, önlem ya da kararına hukuksal sonuç bağlayan yasalar her ne kadar yasama organınca çıkarılmakta ise de doğrudan uygulanması olanaksızdır ve yürütmenin bazı düzenlemelerine, birtakım işlemlerine gereksinime duymaktadırlar. Bu durumda yargı organının doğrudan uygulayabileceği bir yasadan söz etme olanağı kalmamaktadır.¹²¹ Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da bu yönde açık değerlendirmeler bulunmaktadır.¹²² Mahkemeye göre “Anayasanın 38., Türk Ceza Kanunu’nun 1. maddesinde yer alan ‘Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi’, hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesini, kuralın ‘açık’, ‘anlaşılır’ ve ‘sınırlarının belli olması’nı zorunlu kılmaktadır. Bu ilke, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanmakta, böylece temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmaktadır”. Elbette ki bu ilke yalnızca kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanmaktadır. Bunun yanında kişi özgürlüklerinin ancak bir yasayla sınırlanabileceği, idarenin ya da yargının takdirine bırakılamayacağı düşüncesi de belirleyicidir. Duyurma işlemi, bu tür düzenlemelerle suç yaratılmasına ve belirli-

¹²⁰ Nitekim *İçel/Sokullu-Akıncı/...* Cezalandırmaya esas alınacak yasa metninin, yürütme ya da başka bir organın herhangi başkaca işlemine gerek duyurmayacak ve yargı organının doğrudan uygulayabileceği kadar açık olması gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. Kayıhan *İçel/Fusun Sokullu-Donay/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, İçel Yaptırım Teorisi*, 3. Kitap, İstanbul 2000, s. 13.

¹²¹ *İçel/Sokullu-Akıncı/...*, a.g.e.

¹²² AYMKD 36/1, 14 (20).

lik ilkesinden vazgeçilmesine gerekçe oluşturamaz.¹²³ Ayrıca tüm olguların yasama organı tarafından öngörülmesinin imkansızlığı birey için bir güvence iken ve belirlilik ilkesinin konmasının temel gerekçesini oluştururken, tersine bir düşünceyle yasama organınca öngörülemezliği idarenin “yasak eylemleri tespit” yoluyla “dolaylı” suç yaratmasının gerekçesi olarak sunmak, Anayasanın 91., 38., 13. ve 7. (61 Anayasasının 64/son, 33, 11 ve 5.) maddelerindeki temel tercih ve eğilimle uyuşmamaktadır.¹²⁴ Yasama organı suç normunu somutlaştırabildiği sürece somutlaştırmak, başka bir olanak olmadığı ve ancak ceza normu koymak yönünde vazgeçilmez gereksinim bulunması durumunda göreceli belirsiz bir norm koyabilecektir.¹²⁵

Karara uymama, suçun fiil unsurunu tamamen karşılıyorsa, tüm hukuk düzenini bir yasayla düzenleme imkanı olur. “Yetkili mercilerin kararlarına aykırı davranan kişi, karar kamu düzenini ilgilendiriyorsa, ‘x’ yıl, sağlığı ilgilendiriyorsa ‘y’ yıl, bireylerin yaşam hakkına ilişkinse ‘z’ yıl...” biçimindeki bir yasa sorunu çözmüş olacak ve bu da yasallık ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır. Hukuk devletinde böyle bir sonucu kabul etmek mümkün değildir.

Öte yandan içtihatteki yeknesaklığın yokluğu yasal düzenlemenin belirsizliğinin belirtisidir ve görüşümüze göre anayasaya aykırılığı güçlendiren bir veridir.

Son olarak “kanun ve nizamlara aykırı olmamak üzere” tamlamasının Anayasanın esprisine ve Tüzüklere ilişkin 115. maddesine uygun olduğu görüşüne de katılmamaktayız. Anayasanın 115. maddesindeki tüzük çıkarma yetkisi tipik bir bağıl yetki kullanma durumudur. Tüzükler yasanın uygulanması göstermek veya emrettiği işleri belirtmek amacıyla ve kanunlara aykırı olmayarak çıkarılabilmektedir. Buradaki “kanunlara aykırı olmayarak” tamlaması sınırlayıcıdır ve bağıllığı pekiştirmektedir. Yani yasanın uygulanmasını gösteren veya emrettiği işleri belirten tüzük, bu “gösterme” ve “belirtme” işlevinde yasaya/yasalara aykırı olamayacaktır. Oysa ki TCY 526. madde 1936 değişikliğinden önce bağıl yetki kullanımını öngörürken, değişiklikten sonra sınırlayıcı koşul ortadan kalkmış ve “kanun ve nizamlara aykırı olmayarak alınan tedbir ve verilen emir” den söz etmekte ve anayasal düzenimize yabancı bir *idarenin genelliği* anlayışına pirim verir konu-

¹²³ İçell/Sokullu-Akıncı/..., a.g.e. Farklı görüş için bkz. Öztekin Tosun, Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılığın Cezalandırılması, İÜHFM 28, s. 362 vd.

¹²⁴ Farklı yönden benzer yaklaşım için bkz., İçell/Sokullu-Akıncı/..., a.g.e. s. 12.

¹²⁵ Kuşkusuz, aynı koşullar ceza hukuku dışındaki alanlarda geçerli olmayabilir. Zaten Anayasanın kendisi bu alanlarda istisnalar öngörmekte, temel ilkeleri belirleme koşuluyla idareye çeşitli düzenleyici işlemler yapma yetkisi vermektedir.

ma girmektedir. İdarenin bu yetkilerini ancak “kamu düzeni” vb gibi düşüncelerle sınırlı kullanmasının da, bu kavramın toplumsal ve siyasal tüm olguları kapsayabilecek genişlikte olması karşısında güvence niteliğinden uzak olduğu ortadadır.

