

İNGİLİZ HUKUKUNDA VE COMMON LAW ÜLKELERİNDE KANUNİLİK İLKESİ*

Dr. Roderick MUNDAY**

Çeviren: Ar.Gör. Zeynel T. KANGAL***

1959 yılında İngiliz kanun koyucusu hayat kadınlarına kamuya açık yerlerde mesleklerini icra etmeyi yasaklayan bir kanunu *Street Offences Act*'ı yayınladı. Sokaklarda meslekî faaliyetlerini yapmaları artık yasaklanan hayat kadınlarının durumuna acıyan bir kişi olan M. SHAW, *The Ladies' Directory* başlıklı bir broşür yayınlayarak kâr amacı da güden bir jest yaptı. 28 sayfalık bu basit kitapçık, M. SHAW'ın mahkûm olmasına yol açarak İngiliz ceza içtihadında iyi bilinen ünlü suçlular içerisinde yerini almasını sağladı. Bu kitapçık hayat kadınlarının isimlerini ve adreslerini, çıplak kadın fotoğraflarını içeriyor ve bu kadınların telefon numaralarını göstermenin yanı sıra, sundukları hizmetleri üstü kapalı bir şekilde kibarca anlatıyordu. Elbette ki, hayat kadınları kendilerinin reklâmını yapan M. SHAW'a ücret ödemekteydiler. M. SHAW, eserini yayınlamadan önce polise danıştığını ileri sürmesine karşın, koğuşturma yapıldı ve kadın satıcılığı, müstehcen bir eser yayınlama ve özellikle de kamusal ahlâkı bozmaya yönelik bir komploya iştirak (*conspiracy to corrupt public morals*) şeklinde üç suçlama nedeninden mahkûm oldu. Lordlar Kamarası 1962 yılında, kamusal

*) "Le principe de la légalité en droit anglais et dans les pays de common law" başlığıyla RPDP (Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal) 2001, sh: 357-373'de yayınlanmış olup, yazarın izniyle tercüme edilmiştir.

**) Cambridge Üniversitesi (İngiltere) Öğretim Üyesi.

***) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

ahlâkı bozmaya yönelik bir komploya iştirakin İngiliz hukuku tarafından tanınan bir suçlama dayanağını oluşturup oluşturmadığı sorununu çözüme kavuşturdu. Lordlar Kamarası'nın beş üyesinden dördü, bu suçun İngiliz hukukunda mevcut olduğuna karar verdiler. Yalnızca Lord REID, tanımını bu denli belirsiz olan böyle bir suçun mevcudiyetini reddetti:

Lord REID, «hukukumuzun ve özellikle de ceza hukukumuzun belirli olması temel önemlilikte olan bir ilke olarak daima kabul görmüştür» şeklinde bir ifadede bulunduktan sonra şöyle devam etmektedir: “Bireyin hangi davranışların cezalandırıldığını ve hangilerinin cezalandırılmadığını, özellikle cezalar ağır bir nitelik taşıyorsa, bilmesi gerekir... Kanımca, jüri üyeleri “saptırmak”, “bozmak” ve “baştan çıkarmak” gibi sert terimleri yalnızca “ahlâken yoldan çıkarmak” anlamına gelinceye dek yumuşatma hakkını kendilerinde görürlerse, mahkeme jüri üyeleri lehine *cancel morum* (ahlâk zabıtası) rolünden vazgeçmiş olur ve davada jüri üyeleri tarafından sürdürülen düşünce ne olursa olsun, kanun suçu tasvir etmelidir. Aksi takdirde, hukukun bu dalı, hukukumuzun diğer bütün dallarına nazaran haklı olarak daha çok önem verdiğimiz bütün belirliliğini kaybedecektir”¹:

XVII. yüzyıldan itibaren İngiliz mahkemeleri – özellikle King's Bench (Kraliyet Mahkemesi) – ceza hukukunda

1) [1962] A.C. 220, 281-2. Viscount SIMMONDS karşı görüşü benimsemiştir: «Mahkeme, herhangi bir kanun *Common law*'un yerini doldurmak için henüz devreye girmediği takdirde, kamu huzuruna zarar veren suçları (*offences which are prejudicial to the public welfare*) kuralla bağlama yetkisini elinde tutar. Böyle durumlara az rastlanır, zira Parlamento, kamunun ilgisi uyandırıldığı zaman kanun yapmakta ağır davranmamaktadır. Fakat insanın kötü niyetiyle biraraya geldiğinde toplumdaki düzeni bozabilen bütün yolları hiç kimse öngöremediği için boşluklar kalmaktadır ve her zaman da kalacaktır... Kanun koyucu bunlarla meşgul olacak zamanı buluncaya kadar beklemek gerekir mi? Bu koşullar çerçevesinde *Common law* etkisiz kalıyorsa, artık ona uygun hareket etmemiz gerekmediği kanısındayım. Ancak *Common law*'un daima etkili olduğunu ve Majeste'nin yargıçlarına Lord Mansfield'in onlara gösterdiği rolü oynamak düştüğünü ifade ediyorum» ([1962] A.C. 220, 268).

tespit ettikleri boşlukları doldurma hakkını giderek kendilerinde görmeye başlamışlardı. Örneğin 1663 yılında Sir Charles SIDLEY Covent Garden'da bir balkon üzerinde büyük bir kalabalık önünde soyunur, aşağıda biriken kalabalığın üzerine idrarını yapmaya başlar ve hatta kafalarına şişeler fırlatır. Şişelerle neden olunan yaralanmaların Mahkeme'nin yargılama görevine girdiği sorun teşkil etmemesine karşın, Sir Charles SIDLEY'in diğer dışa vurumları aynı şekilde değildi. Bununla birlikte, King's Bench şöyle demektedir: «Bu mahkeme Kral'ın bütün uyruklarının custos morum (ahlâk zabıtası)'udur ve bugün için bu aykırılık türünü cezalandırmaktadır»². Mahkemeler diğer davalarda da bu ilkeyi benimsemişlerdir³. XX. yüzyılda az sayıda dava olsa bile, Profesör JEFFRIES'e göre, günümüzde herkesin tasvip etmeyeceği hukuksal bir yenilik örneği oluşturan⁴ 1933 yılındaki *Manley* davasında⁵ Lord HEWART, C.J., alt derece mahkemesinin kararında J. Lawrence tarafından ortaya atılan aşağıdaki ifadeyi onaylamıştır: «Kamusal nitelikteki her suç, başka bir ifadeyle, kamuya bir zarar vermeye yönelen her türlü eylem veya teşebbüs ceza mahkemeleri önünde koğuşturulabilir»⁶. Böyle bir eylemin sonucunun kamusal zarara (*public mischief*) yol açıp açmayacağına karar vermede bütün görevi yargıçların takdirine bırakan bir kuralın, yargıçlara ceza hukuku içerisinde aşırı ve belirsizliğe yol açan bir yetki verdiği açıktır. Sir Charles SIDLEY'in Covent Garden'da kalabalığın üzerine idrarını yapmayı kafasına koyduğundan iki buçuk asır sonra Lord SUMNER'in açıkladığı gibi, bu tür kararlar bu işlevle ne-

2) R v. SIDLEY (1663) 1 Sid. 168.

3) R v. CURL (1727) 2 Stra. 788, 789 per Lord Raymond, C.J.

4) *Legality, Vagueness and the Construction of Penal Statutes*, 71 Va. L. Rev. 189, 224 (1985).

5) [1933] 1 K.B. 529.

6) R v. Higgins, 2 East 5, 21. Ayrıca bkz. R v. Bagg (1616) 11 Co. Rep. 98a ve Jones v. Randall (1774) Lofft 383 içerisinde özellikle Lord Mansfield'in sözleri şu şekildedir: «Hukukumuzun temel ilkeleri iyi ahlâk ve yaşama biçimine karşı (*contra bonos mores et decorum*) olan her şeyi yasaklamaktadır ve kamusal ahlâkın denetçisi ve bekçisi olarak King's Bench bunu azaltmak ve cezalandırmakla yükümlüdür».

redeyse görevli olan dinsel ve sivil mahkemelerin din ve ahlâka yönelik ihlâlleri artık cezalandırmadığı bir dönem için zorunlu olarak düşünülmüştü⁷.

1962 yılında suçluluk alanını genişletmekte serbest olan mahkemelerin *custodes morum* (ahlâk zabıtası) olarak daimî yön değiştirdiğinin ortaya çıkması herkesin pek hoşuna gitmemiştir. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki, İngiliz doktrini, Lordlar Kamarası'nın *Shaw* davasındaki kararını beğenmemekte görüş birliğine varmış değildir. Profesör Glanville WILLIAMS, ceza hukuku kurallarının "bir eylemin yasaklanmış olup olmadığını hiç kimse'nin bir mahkeme kararından önce kestiremeyeceği derecede somut anlamdan yoksun olmaması" kanısında olmasına karşın⁸, Profesör A.L. GOODHART, ceza alanında belirliliğin bir aşama sorunu olduğunu ve «istenilen hususun, makul bir insanın, suçun, yasak davranışın spesifik ve bilinebilir bir kategorisiyle ilgili olduğunu kavrayabilmesi için, yeterince açık bir biçimde tanımlanması olduğunu» ileri sürerek bu bakımdan daha az kaygılanmaktaydı. Zaten ahlâk anlayışının bir dönemden başka bir döneme değişme eğiliminde olması sorun teşkil etmemektedir, yeter ki bir jürinin bu konuda karar verebilmesi için tanım yeterince açık olsun⁹.

7) *Bowman v. Secular Society Ltd* [1917] A.C. 406. 456.

8) *Conspiracy to Corrupt*, *The Listener*, 24 Ağustos 1961, p. 275. Bu düşünce BECCARIA'nın sözlerini hatırlatmaksızın yapamıyor: «toplumun bir üyesi olan hâkim cezanın gerekçesini toplumun başka bir üyesine adaletsizlik olmadan benimsetemez» (*Des délits et des peines*, s. 3).

9) *The Shaw Case: The Law and Public Morals* (1961) 77 L.Q.R. 560, 565. *Shaw* kararı iki büyük liberal, yargıç Lord DEVLIN (*The enforcement of Morals* (1959) Oxford) ve hukuk filozofu H.L.A. HART (*Law, Liberty and Morality* (1963) Oxford) arasında önemli bir tartışmaya neden olmuştur... Ceza hukukunun rolünün «en kaba hatlarıyla kötü eğilimin önlenmesinden» ibaret olduğunu ileri süren hukukçu Victorien James FITZJAMES STEPHEN tarafından açıklanan düşüncelere (*Liberty, Equality, Fraternity* (1967) Cambridge ed. White) yaklaşan fikirler ortaya atan Lord DEVLIN, «kötü eğilimin ortadan kaldırılmasının zarar verici faaliyetin ortadan kaldırılması kadar aynı derecede hukukun işlevi olduğu» kanaatindeydi. John Stuart MILL'in yazılarından (ve özellikle *On Liberty* – *Özgürlük Üzerine* – el kitabından) daha çok esinlenen HART, ce-

Lordlar Kamarası, içerisinde homoseksüeller tarafından verilen ilânlar bulunan bir magazin dergisinin editörlerinin, 1962 yılında SHAW'a yönelik ileri sürülen suçlama dayanaklarından biri de olan, kamu ahlâkını bozmaya yönelik komplo kurmaktan dolayı koğuşturulduğu 1973 yılındaki *Knüller* davasında¹⁰, hukukun belirsizliği ve mahkemelerin yeni suçlar oluşturma yetkisi sorununa geri dönmüştür. Lordlar Kamarası, bu davada *Shaw* davasındaki kararından ayrılmayı reddetmiştir. Lordlar Kamarası'nın iki üyesi alt derece mahkemesinin kararını onaylamışlardır. Kararın gerekçesini göstermek için de Lord MORRIS, özellikle "ince buz ilkesini" ortaya atmış ve bunu şu şekilde açıklamıştır: «Çok ince bir buzun üzerinde paten yapanlar [veya gergin bir ip üzerinde bulunanlar], orada, kendilerine, düşecekleri belirgin yeri gösteren bir uyarı duyurusunun bulunmasını pek bekleyemezler»¹¹. Bu ilke, çok kısa süreli bir eylemin ahlâk dışılığının suç hâline getirilmesinin haklı kılınabilmesini, alenî bir tartışmaya gereksinim duymaksızın ve kanun koyucunun iradesini ve yetkilerini göz önünde bulundurmaksızın önceden varsaymaktadır.

Bununla birlikte, Lordlar Kamarası'nın diğer üç üyesi, alt derece mahkemesinin kararı yasal temelden yoksun olsa bile, karara, kanun koyucu tarafından aksi gerçekleştirilinceye kadar uyulması gerektiğini ifade ederek şüphelerini de ortaya koymuşlardır. Aynı zamanda, Lordlardan dördü, *Shaw* davasının, mahkemelerin bu zamana kadar gözden kaçan bir davranış kategorisini cezalandırılabilir hâle getirecek derecede kendilerine yeni suçlar oluşturma veya mevcut suçların uygulama alanını genişletme olanağı sağlayan genel bir hakkı benimseme-

zalındırılabilir eylemlerin kamuda güçlü ahlâkî bir kınamaya yol açmalarından dolayı yalnızca bunları dile getiren Lord DEVLIN'in tezini sertçe eleştirmiş ve yalnızca başkalarının zararına (harm) neden olan eylemlerle meşgul olan bir ceza hukuku ilkesini benimsemeyi tercih etmiştir.

10) *Knüller v. Director of Public Prosecutions* [1973] AC. 435.)

11) *Ibid.*, p. 463. Cp. BECCARIA'nın düşüncesine göre (*op. cit.*, s. 4): «Hiçbir şey kanunun ruhuna göre hareket edilmesi gerekliliği şeklindeki ortak aksiyomdan daha tehlikeli değildir».

sini doğruladığını kesin olarak reddetmişlerdir¹². Durum oldukça karmaşıktır. Yine de, Lordlar Kamarası'nın kendini *custos morum* (ahlâk zabıtası) olarak sunduğu ve yeni bir suç oluşturduğu *Shaw* davasındaki kararının ölçülü olduğunu söylemek mümkündür. Fakat İngiltere'de Knüller davasından beri – ironinin Lordlar Kamarası'nı bir suç daha icat etmiş görünmesine engel olduğu davada; Heathrow havaalanının araba parkının üçüncü katında park hâlindeki bir otomobilin kaputunun üzerinde çılgın fantezilerinin filmi çekirtten bir çiftle ilgili olarak Ekim 1998'de devam ettirilen uygulamada bu kez kamu ahlâkına aykırı davranma (*outraging public decency*) suçu sözkonusuydu¹³ – Lordlar Kamarası ceza hukukunun oluşturulmasında yaratıcı rolünden açıkça vazgeçmektedir.

Birleşik Krallık'ta her yerde durum böyle değildir. Zira İskoçya'da yargıçlar, ceza hukukunu günün sosyal gereklerine uyarlama hakkını daima ellerinde bulundurmaktadırlar. Böylece kendilerine özgü, tinercilere yönelik materyal satışı suçunu ortaya koymuşlar¹⁴; ve 1989 yılında, bu zamana kadar İskoç ceza hukukunda bilinmeyen bir suç olan bir kocanın karısının ırzına geçmesinden dolayı mahkûm edilebileceğini ileri sürmüşlerdir¹⁵ (Göreceğimiz gibi, İngiliz mahkemeleri aynı şekilde bu suçu 1995 yılında kabul etmişlerdir). Kuşkusuz, felsefeleri, hem İskoç yargıçlarının ceza hukukunun korumasına lâyık olan sosyal değerleri tanımlayabildiklerini, hem de bunu yapmadıkları takdirde kanun koyucunun elbette ki yaptırım altına alınmaya lâyık olan ahlâk dışı veya rahatsız edici davranışları suç hâline getirmek için müdahale etmeyeceğini varsaymaktadır. Bazıları için bu karine biraz tahminî görünmektedir.

12) *Ibid.*, pp. 457-458 per Lord REID; pp. 464-465 per Lord MORRIS OF BORTH-Y-GEST; p. 490 per Lord SIMON OF GLAISDALE; p. 496 per Lord KILBRANDON.

13) *R v. Curran* (1998) 29 Ekim (İstinaf Mahkemesi).

14) *Khaliq v. H.M. Advocate* 1983 S.C.C.R. 483.

15) *Stallard v. H.M. Advocate* 1989 S.C.C.R. 248. Genel olarak bkz. FARMER, «The Genius of our Law»: *Criminal Law and the Scottish Legal Tradition* (1992) 55 M.L.R. 25.

Mart 1999'da yüz yaşına ulaşarak hayatını kaybeden büyük yargıcımız Lord DENNING, daha 1949 yılında *Freedom under the Law* (Hukuk Dahilinde Özgürlük) adlı kitabında şunları yazmaktaydı:

«Kamuya zarar veren (*public mischief*) her eylemin cezalandırılabilirliği öğretisi, ... kanunun kodlarda yansıttığı özgürlüğü tercih eden Fransa'ya ve diğer bütün kıta Avrupası ülkelerine tamamen yabancıdır. Bu ülkeler durumlarını, hiç kimsenin, davranışının kanun tarafından açıkça yasaklanmadığı sürece cezalandırılmaması ilkesine dayandırmaktadır (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*). Bu ilkeyi özgürlük şartı olarak kabul etmektedirler. Ülkemizde, aksine, *Common law* böyle sınırlı değildir. *Common law* bir koddan değil, ansızın ortaya çıkan bazı yeni durumları kurala bağlamak için gerekli ilkeleri dile getiren ve geliştiren yargıçların sinesinden (*from the breasts of the judges*) çıkmaktadır. "Bu düşünce biçiminin", Sovyet hukukçularının sosyal bir tehlike gösteren eylemlerin cezalandırılmasını haklı kıldıkları düşüncelerini tehlikeli bir biçimde andırdığı kanısı sözlerimize eklenebilecektir»¹⁶.

Bu düşünceden 13 yıl sonra *Shaw* davası, bir *common law* sisteminin kaynağında yoğunlaşmış bir görünümde bulunan, temel olarak üç ana sorunun simgesini oluş-

16) (1949), pp. 40-42. Kanunilik ilkesi hem suçlarla hem de cezalarla ilgilidir. Çalışmamız spesifik olarak ceza sorununu ele almamasına karşın, belirtmek gerekir ki, bu alanda da İngiliz hukuku özellikler taşır. Özellikle – özgürlüğü bağlayıcı cezaların ya da para cezasının söz konusu olduğu – *common law* suçlarında, kanun koyucu cezaları kurala bağlamak için müdahale etmediği sürece, İngiliz mahkemelerinin hükmedebileceği yaptırımlar sınırsız kalmaktadır. Böylece, birini herhangi bir suç işlemeye tahrik etme eylemi *common law*'un yetki alanına girdiği için, bu eylemden sorumlu olan kişi, teorik olarak ömür boyu hapis cezası tehlikesiyle karşı karşıya bulunmaktadır: e.g., *R v. Booth* [1999] Crim. L.R. 144 (yangın çıkarmaya tahrik). Fakat gerçekte, mahkemeler, içtihat tarafından hazırlanan bir kural koymaklar ve cezaların uygulanması «bir bilim değil, sanat» teşkil etmesine karşın (*R v. Graham* (1999) 12 Şubat, İstinaf Mahkemesi), yargıcın takdiri oldukça sıkı bir biçimde sınırlı kalmaktadır.

turmaktadır. Kuşkusuz bunlar birbirine bağlıdırlar. Fakat aşağıdaki sorular sorulmaktadır:

1° Mahkemeler yeni suçlar oluşturma ya da mevcut suçların etki alanlarını aşırı bir şekilde genişletme hakkına sahip midirler?

2° Mahkeme kararlarının geçmişe uygulanabilir etkisinden dolayı içtihadın suçların kapsamını genişletebildiği *common law* sistemlerinde kanunilik ilkesi, ceza içtihadının geçmişe uygulanmasına uyarlanabilir mi?

3° *Common law* sistemlerinde içtihat bazen ceza hukuku kurallarının gelişiminde baskın bir rol oynar (Üstelik jüri kararları belirsizliklerin daha da artmasını sağlamaktadır). Yargılanan kişilerin, yargıcın önemli bir yer tuttuğu bir sistemde ceza hukukunun tam durumunu keşfetmeye çalıştıklarında hissettikleri güçlüklerle eklelen bu belirlilik eksikliği kanunilik ilkesine yeterince uygun düşmekte midir?

Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada'ya Toplu Bir Bakış

Araya kısa bir parantez olarak girecek olursam, çözümleme şekli her zaman aynı olmamasına karşın, bütün *common law* sistemlerinde bu üç sorunun ortaya çıktığı görülmektedir. Şu hâlde, bir *common law* ülkesi olan Amerika Birleşik Devletleri'nde oldukça yakın bir döneme kadar, mahkemelerin, yalnızca kamuya zarar vermeye yönelen eylemleri cezalandırma hakkını kimi kez kendisinde gördüğü bir gerçektir. Böylece 1955 yılında *Commonwealth v. Mochan* kararında¹⁷ bir mahkeme, müstahcen telefon çağrıları yapmış olan bir sanığı, böyle bir davranışı cezalandıran kanunun yokluğunda, mahkûm etmek için bu öğretiyeye başvurmuştu. Ancak her kanunun, her mahkeme kararının uygun olmak zorunda olduğu bir kriter olan Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın ve

17) 110 A. 2d 788 (1955). Henüz 1900 yılında bu yetkiyi dile getiren mahkeme kararlarına az rastlanmaktaydı. Ayrıca bkz. *Commonwealth v. Donoghue*, 63 S.W. 2d 3 (1933).

özellikle de anayasal gereklerinin, mahkemelerin yeni suçlar oluşturma ya da daha önce mevcut olan suçları genişletme serbestisini kesin bir şekilde sınırlandırdığı ve aynı zamanda kanun koyuculara çok muğlâk ceza kanunları yapmayı yasakladığı açıktır.

Klasik doktrine göre, kanunilik ilkesi Amerika Birleşik Devletleri'nde üç görünüm altında ortaya çıkmaktadır¹⁸. İlkin, suç ve cezaların oluşturulması kanun koyucunun tekelci yetkisine düşmektedir. Bu kuvvetler ayrılığı aksi-yomu kimi kez mahkeme kararlarında ya da hatta eyaletlerin ceza mevzuatlarında dile getirilmektedir¹⁹. Fakat doğrusunu söylemek gerekirse, bu kavrama çok seyrek olarak başvurulmaktadır. Genellikle mahkemeler birbirine çok bağlı olan iki fikre, bir taraftan suçların ceza mevzuatında açıkça kaleme alınması gerektiği fikrine, diğer taraftan bu kanunların mahkemelerce uygulanmasının kanuna sıkı sıkıya uygun ve dar olması gerekliliği fikrine müracaat etmektedirler. Böylelikle, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'ne göre:

«Orta bir zekâ düzeyine sahip insanları, uygulama alanında, öngörülerinde yanılgiya düşürecek duruma getirecek derecede belirlilikten yoksun olan terimler çerçevesinde bir davranışı yasaklayan ya da emreden bir kanun, muhakeme adaletinin (*due process of law*) vazgeçilmez ilkelerini ihlâl eder»²⁰.

Bu emir, oldukça izlenimci ifadelerle kendiliğinden anlaşılmasına karşın, yine de kanun koyucuya ceza kanunlarının açık bir şekilde kaleme alınması gerekliliği mesajını vermeye yaramaktadır²¹. Bu emir, iki kavramın somut örneğini teşkil etmektedir:

18) Genel olarak bkz. JEFFRIES, *Legality, Vagueness and the Construction of Penal Statutes*, 71 Va. L. Rev. 189 (1985).

19) E.g., *Keeler v. Superior Court*, 2 Cal. 3d 619, 470 P. 2d 617 (1970).

20) *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385, 391 (1926).

21) Benzer şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İngiltere'de yürürlüğe girecek olması bir İngiliz yargıcını [*Westminster City Council v. Blenheim Leisure (Restaurants) Ltd and Banger and Cura* (1999) kararı 163 J.P. 401, 406-7'de BROOKE, L.J.] bir tüzük konusunda açık bir dilde şunları açıklamaya itmiştir: «İngiliz *common law* suçlarının, kritik özeni, yurttaş haklarının

Birincisi, kanunların öngörüsüdür. Bu, yalnızca, Anayasa'nın 1. maddesinin 9 ve 10. fıkralarının kanun koyucuya geçmişe uygulanabilen kanunların oylanmasını yasakladığını düşündürmemekte, aynı zamanda yargılabilecek bir kişinin, davranışlarının ceza hukukunu ihlâl etme riskiyle karşı karşıya olduğu konusunda «*adil bir uyarı*» (*fair warning*) hakkına sahip olduğunun da altını çizmektedir²²;

İkincisi, bu kanunî belirliliğe başvuru hem polisler tarafından hem de mahkemeler tarafından ceza kanunlarının keyfî ya da yer ve zamana göre değişen uygulamasını engellemeyi sağlamaktadır²³.

Papachristou v. City of Jacksonville davasında Yargıç DOUGLAS'ın açıkladığı gibi, muhakemenin bu temel ilkeleri «toplumumuzu birleştiren önemli değerleri oluşturmaktadır»²⁴.

İngiliz Hukukunda Kanunilik İlkesi: nullum crimen, nulla poena sine lege

İngiliz hukukunun spesifik bağlamında bu değeri inceleyelim.

Kanunilik ilkesi Jerome HALL tarafından ceza hukukunun yedi büyük ilkesinden biri olarak tanımlanmasına karşın²⁵, giriş olarak, bazı itiraflarda bulunalım: Kanuni-

korunmasına hasredilen bir içtihadın ulusal bekçileri olan yargıçlardan hiç almadığı bir dönemde, hayat kadınlarının faaliyetlerinin denetiminde çok belirsiz bir niteliğe sahip olan "iyi düzenin sürdürülmesi" kavramının uygulanması belki kabul görmüş olabilir, fakat bu dönem yakında sona erecektir. İngiliz yargıçları, suçların belirli şekilde tanımlanması gerekliliğini zorunlu kılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yürürlüğe girer girmez bunu uygulayacaklardır».

22) Bkz. *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *U.S. v. Harriss*, 347 U.S. 612 (19). Cp. *Burg v. Municipal Court*, 35 Cal. 3d 257, 673 P. 2d 732 (1983)'de sarhoş durumda otomobil kullanılması hakkındaki kanunun, ifadeleri çok belirli olduğu için, bu anayasal ilkeyi ihlâl etmediği belirtilmiştir!

23) *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88, 97-98 (19); *Kolendor v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983).

24) Cit. *Supra*.

25) *General Principles of Criminal Law* (1960) 2nd ed., p. 18.

lik ilkesi İngiliz yazarlarca çok seyrek olarak zikredilmektedir²⁶. Glaser'nin cümlesini anımsatacak olursak, kanunilik ilkesi İngiliz hukukunda hiçbir yerde «somutlaşmamıştır» ve doktrinde bile tartışmalıdır²⁷.

Tarihî açıdan baktığımızda, geçmişte İngiliz mahkemelerinin suçlar oluşturmaya sürdürdüğü açıktır. Aksi takdirde, bugün bir ceza hukuku mevcut olmayacaktı. Yoksa, tamamen mahkeme kararlarıyla kabul ettirilen kuralları olan adam öldürme suçunun günümüze kadar neden bir *common law* suçu olarak kaldığı nasıl açıklanabilir? Ancak XX. yüzyıl boyunca, İngiliz mahkemelerinin bir ceza *common law*'unu kurala bağlama (İskoçya'da mahkemelerce daima büyük bir cesaretle sürdürülen bir rol) iddiasından yavaş yavaş vazgeçtiklerini görmekteyiz. Fakat İngilizler için *Shaw* davası, ASHWORTH'ın söylediği gibi, bu öğretinin «büyük bir zaferini» ifade etmektedir²⁸.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – ve özellikle 7. maddesi – İngiliz hukukuyla henüz bütünleşmemesine karşın²⁹, kanunun önceden ilân edilmesi gerekliliği ve buna ulaşmanın en etkili yolunun da yasama olduğu uzun zamandan beri kabul edilmektedir. Kuşkusuz yazılı kanun, mahkemeleri bütün yorum yetkilerinden yoksun bırakmamaktadır. Fakat bu fonksiyonun zayıfladığı görülebilir. Kanun koyucu ceza hukukunun oluşturulmasında mahkemelerin rolünü azaltıp sadece, demokratik anayasacılığın temel verilerine uygun davranmalıdır.

26) Cp. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law* (1995, Oxford) 2nd ed., pp. 58ff.

27) S. GLASER, «Le principe de la légalité en matière pénale, notamment en droit codifié et en droit coutumier» (*sic*), *Rev. dr. pén. et de crim.*, 899, 945 (1966).

28) *Ibid.*, p. 68.

29) Başlangıçta bu kanunun 1 Ocak 2000 için yürürlüğe girmesini öngören hükümet, bunun gerçekleşmesini daha sonraya, belki 2001 yılına kadar ertelenmesini tasarladı. Sorumlu bakan Lord Williams of MOSTYN şöyle demektedir: «Sözleşmenin bütünüyle yürürlüğe ne zaman gireceğine henüz tam olarak karar vermedik. Yine de, bunu mümkün olduğu kadar çabuk yapacağız» (*The Independent*, 7 Nisan 1999). 19 Nisan 1999 tarihli *Financial Times* bu kanunun 1 Ekim 2000'de yürürlüğe gireceğini belirtmekteydi.

Kanunilik İlkesinin Üç Görünümü

1. Geçmişe Uygulanabilir Mevzuat ve İçtihat

Şu hâlde, günümüz mahkemeleri ceza hukukunun oluşturulmasında kanun koyucunun önceliğini kabul etmektedirler. Acaba yasama yetkisinde sınırlar mevcut mudur? Kanunilik ilkesi kanunların geçmişe uygulanamazlığını da kapsamına alır mı? Tam olarak değil.

Mevzuatın geçmişe yönelik etkisi sorunu İngiliz mahkemelerinin önünde kimi kez ortaya çıkmıştır. Kanunların geçmişe uygulanamazlığı (ilkenin kanunlarda ve kuşkusuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde belirtildiği) Fransa'da-kindenden daha az biçimsel bir şekilde kendini göstermektedir. İngiliz hukukunda kanunların geçmişe uygulanamazlığı, *lex prospicit non respicit* özdeyişi şeklinde³⁰ ve aynı zamanda mevzuatın yorumlanmasında mahkemeleri bağlayan bir karine olarak uzun zamandan beri mevcuttur. Kanun koyucunun teorik olarak (muhtemelen 1 Ekim 2000'de yürürlüğe girecek olan *Human Rights Act* 1998'in yürürlüğe girmesine kadar) geçmişe etkili kanunları, aksine güdülen bir amaç hariç olmak üzere, oylayıp kabul edebilmesine karşın, mahkemelerce, kanun koyucunun kanun hükümlerinin geleceğe yönelik ve böylece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifadelerine uygun olmasını arzu ettiği varsayılmaktadır³¹. Şu hâlde, bir kanun biri geleceğe yönelik diğeri geçmişe yönelik uygulama olmak üzere iki yoruma da müsait ise, metnin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin imzacı tarafı olan Birleşik Krallık'ın yükümlülüklerine uygun olarak, sözkonusu Sözleşme İngiliz hukukuyla henüz bütünleşmemiş olsa bile, geleceğe yönelik uygulamayı amaçladığı varsayılacaktır. Üstelik bir Birleşik Krallık vatandaşının haklarının 7. maddeye aykırı olarak ihlâl edildiği değerlendirilmesinde bulunan Strasbourg Mahke-

30) 2 Co. Inst. 292.

31) *Brind v. Secretary of State for the Home Department* [1991] 1 All E.R. 720, 722-3 per Lord Bridge. Ayrıca bkz. *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (1969) 12th ed., p. 215. *Carson v. Carson* [1964] 1 W.L.R. 511, 516.

mesi'nin önündeki bir davanın ardından, hatta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinden daha önce, Birleşik Krallık, kanunlarını sözkonusu Sözleşme'nin ifadelerine uyum sağlamak için değiştirmişti³².

Kanunların geçmişe uygulanabilirliği sorunu, doksanlı yılların başlangıcında Britanya Hükümeti savaş suçları hakkında bir kanunu (son olarak 1991 yılında oylanan kanun: *War Crimes Act*) iki defa yürürlüğe sokmaya çalıştığında keskin bir biçimde ortaya çıkmıştır. Bu dönemde, kimi yazarlar bu yeni suçu oluşturan bir kanunun *nullum crimen, nulla poena sine lege* ilkesini ihlâl ettiğini ileri sürmekteydiler. İngiliz mahkemelerinin kimi kez, «belki de hiçbir kanun yorumu ilkesinin kanunilik ilkesinden daha iyi yerleşmiş olmadığını – bir kanunun geçmişe uygulanabilir bir yorumu kabul etmeyeceğini, zira bunun, yalnızca muhakeme sorunlarına ilişkin olmadığı sürece, yargılanan kişilerin hak ve yükümlülüklerine zarar vereceğini... –» belirtmeleri bir gerçektir³³. 1991 tarihli kanunda cezalandırılabilir eylemler, işlenme tarihlerinde bu nitelikleri kabul edilen bütün savaş suçları olduğundan ve kanun yalnızca bu davaları yargılamak için İngiliz mahkemelerinin yetkisini genişlettiğinden geçmişe uygulama etkisi bir muhakeme sorununa ilişkindi ve böylece yukarıda anılan karineyi hiçbir şekilde ihlâl etmiyordu. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 1991 yılından önce kanun koyucu, yeni ceza sorumluluğu biçimleri icat etmektense, geçmişe etkili kanunları yürürlüğe sokmak suretiyle ilâve haklar tanıyarak bu konuya daha önce müdahale etmişti [Aksine bu kanunların farazî savaş suçları davalarına olanak sağlamaktansa, savaş mağdurlarının zararlarını

32) *Welch v. U.K.* (1995) 20 E.H.R.R. 847. *R v. Director of Public Prosecutions, ex parte Kebilene, Boukemiche and Souidi* (1999) 30 Mart (Q.B.D.)'de, bir sanığa karşı kamu yararıyla koğuşturma açıldığı takdirde, koğuşturmacının bir mahkûmiyetin insan hakları hakkındaki kanunun (*Human Rights Act* 1998) yürürlüğe girmesinden sonra bozulabileceği riskini de diğer sorunlar yanında göz önünde bulundurması zorunluluğu tespit edilerek daha genel bir karar verildi.

33) *Re Athlumney* [1898] Q.B. 547, 551 per Wright, J.

telâfi etmeyi amaçladıkları (*War Damage Act 1965*) bir gerçektir]³⁴.

İngiliz hukukunda genel olarak geçmişe uygulama sorunu içtihat bağlamında tartışılmaktadır. Sorun iki biçimde ortaya çıkmaktadır: Mahkemeler *ya* yeni bir suç oluşturabilmektedirler veya mevcut bir suçu genişletebilmektedirler, *ya da* sanığın talebi üzerine suçlamanın uygulama alanını daraltabilmektedirler. Örneğin *Howe* davasında³⁵ Lordlar Kamarası, zorlayıcı kuvvetin adam öldürme suçunda artık bir mazeret nedeni teşkil etmeyeceğine karar vermiş, böylece sanığı, daha önceden kendisine tanınan suçlama dayanağına cevap verme hakkından yoksun bırakmıştı. İki durumda da, mahkemeler, bu zamana kadar hukuken beraat edebileceğine biraz inanan sanıklar hakkında *ex post facto* yaptırımlara karar vermektedirler. Anayasasında kanunilik ilkesini açıkça zikreden Amerika Birleşik Devletleri'nin aksine, İngiltere'de mahkemeler bundan pek bahsetmemektedirler. Örneğin 1995 yılında *C* davasında³⁶ Lordlar Kamarası, 10-14 yaşları arasındaki küçük çocukların yargılanamayacağı karinesinin ortadan kaldırıldığını³⁷ ileri süren alt derece mahkemesinin kararını bozmuş (aksine delil ileri sürülmedikçe: *doli incapax*), fakat Lordlar Kamarası kanunilik ilkesine açık hiçbir göndermede bulunmamıştır. Lordlar Kamarası ceza hukuku kurallarını değiştirmeye çalışan bütün mahkemelere aşağıdaki tavsiyeleri sağlamakla yetinmiştir:

– Birden fazla çözüm yolu ortaya çıktığında, mahkemeler bir çare bulmadan önce duraksayıp düşünmek zorundadırlar;

– Kanun koyucu reformu kanuna vardırılmayı bilinçli

34) Genel olarak bkz. E. STEINER, *Prosecuting War Criminals in England and France* [1991] Crim. L.R. 180.

35) [1987] A.C. 417. Ayrıca bkz. *Pommell* [1995] 2 Cr. App. R. 607.

36) *C v. D.P.P.* [1995] 2 All E.R. 43.

37) Sonuç olarak bu reform, suç ve düzensiz yaşam hakkındaki 1998 tarihli kanunun (*Crime and Disorder Act 1998*) 34. maddesiyle gerçekleştirildi.

olarak ihmal ederse, mahkemeler buna başlamadan önce duraksayıp düşünmek zorundadırlar;

– Tartışmalı sosyal sorunlar söz konusu olduğunda, mahkemeler, kural koymadan önce duraksayıp düşünmek zorundadırlar;

– Sistemin temelindeki önemli ilkelerden iyi düşünülmeden vazgeçilmemelidir;

– Mahkemeler ceza hukuku kurallarını yalnızca, yapılacak değişiklikler amaca ve belirliliğe katkı sağlayacaksa, değiştirmelidirler.

Lordlar Kamarası C davasında ölçülülüğü ve ihtiyatlılığı tavsiye etmiştir. Belirtmek gerekir ki, hiçbir açık metin kanunilik ilkesine uyum sağlayamamıştır. Aynı zamanda hiçbir öneri de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesine uyum sağlayamamıştır.

Yazılı Olmayan Hukuk ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. Maddesi: C.R. c/Birleşik Krallık

Yargıcın önem taşıdığı bir sistemin geçmişe uygulanabilir karakterinden doğan bir sakınca da, İngiliz mahkemelerinin *common law*'u yorumlayarak ve hazırlayarak verdiği kararların, "hiç kimse işlendiği zaman ulusal... hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir eylemden dolayı mahkûm edilemez..." hükmünü taşıyan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması hakkındaki Avrupa Sözleşmesi'nin 7. maddesini ihlâl etmeye elverişli olabileceğidir³⁸. Bu hipotez 1995 yılında C.R. c/Birleşik Krallık

38) Bir köpeğin terbiye edilmesiyle aynı şekilde *ex post facto* (eylem sonrası) yargılananları da eğitmeye çalıştığı gerekçesiyle BENTHAM tarafından «köpek kanunu» (*dog law*) olarak adlandırılan içtihat yalnızca, kanunda bir değişiklik getiren istisnâî durumda geçmişe yönelik etkiye sahiptir. Böylece karar, örneğin suçların belirli bir kategorisi çerçevesinde uygulanabilen cezaları azaltarak bir hukuk kuralını yumuşatmaktaysa, sözkonusu karardan önce mahkûm olan kişiler hiçbir şekilde cezaları için istinaf kanun yoluna başvurma hakkına sahip değildirler: R v. GRAHAM (1999) 12 Şubat (İstinaf Mahkemesi). Kimi kez İngiliz yazarlar (e.g., NICOL, *Prospective Overruling: A new Device for English Courts?* (1976) 39 Modern Law Review 542) ve hatta yargıçlar

davasında denemeden geçirilmiştir³⁹. C.R. artık beraber yaşamadığı karısının ırzına geçmeye teşebbüsten dolayı mahkûm olmuştu⁴⁰. Mahkemelerin bazı kararlarının daha önceden, bir kocanın günümüzde evlilik içerisinde zorla cinsel ilişki yoluyla karısının ırzına geçmesinin asla mümkün olamayacağı şeklindeki geleneksel dokunulmazlık alanına (kadının sırf evlenmekten dolayı kocasıyla cinsel ilişkilere zımnen rıza göstereceği varsayılmaktadır)⁴¹ istisnalar oluşturduğu bir gerçektir. Aynı zamanda bazı yargıçlar da, kadınların çağdaş durumunu artık yansıtmayan böyle bir dokunulmazlığı eleştirmektedirler⁴². Fakat yine de AİHM'ne başvuran, eyleminin işlediği sırada İngiliz hukukuna göre suç teşkil etmediğini haklı olarak ileri sürmekteydi. Strasbourg Mahkemesi, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini ve genel olarak da ceza kanununun sanığın aleyhine olarak geniş bir biçimde uygulanmamasını dikte eden bir ilkeyi benimseyen 7. maddenin, bir suçun kanun tarafından açıkça tanımlanması gerekliliğini empoze ettiğini kabul etmektedir⁴³. Bu koşul, yargılanan kişinin, hangi icraî ve ihmali hareketlerin sorumluluğunu doğuracağını, belirgin hükmün kaleme alınmasından itibaren ve gerektiğinde mahkemelerce hükmün yorumunun yardımıyla bilebildiği takdirde yerine getirilecektir. 7. maddede kullanılan «hukuk» kav-

(e.g., *Jones v. Secretary of State for State Services* [1972] A.C. 944, 1026 *per* Lord Simon of Glaisdale) gelecek bakımından içtihadın bir yön değiştirme sistemini kurumsallaştırmaya çalışmakta iseler de, bu girişimler sonuçsuz kalmaktadır. Böyle bir reformun leh ve aleyhindeki argümanların gözden geçirildiği genel bir eser olarak bkz. C. MOULY, *Le revirement pour l'avenir*, J.C.P., 1994.I.3776.

39) Dava no: 48/1994/495/577. Ayrıca bkz. *S.W. v. Birleşik Krallık* (1995) E.H.R.R. 363.

40) Bkz. *R v. R* [1991] 2 All E.R. 257 (İstinaf Mahkemesi), [1991] 4 All E.R. 481 (Lordlar Kamarası).

41) Örneğin KOWALSKI (1987) 86 Cr. App. R. 339: «belirli, iyi oturmuş ve eski bir hukuka göre, fail olarak bir erkek karısının ırzına geçmekten dolayı sorumlu olamaz». Ayrıca bkz. ROBERTS [1986] Crim. L.R. 188.

42) *R v. C* [1991] 1 All E.R. 755.

43) *Kokkinakis c. Yunanistan*, seri A no: 260-A (1993) par. 52.

ramı böylelikle, hem yazılı hukuku hem de yazılı olmayan hukuku kapsamaktadır ve mahkemeye göre, niteliksel koşullar olarak, ulaşılabilirliği ve öngörülebilirliği de içermektedir⁴⁴. Hukukun, «Sözleşmeye taraf diğer devletler gibi Birleşik Krallık'ın hukuk geleneği çerçevesinde sağlam bir temele oturtulduğunu ve hukuk kaynağı olarak içtihadın kaçınılmaz olarak ceza hukukunun derece derece gelişimine katkı sağladığını» kabul eden 7. madde, «bir davadan diğerine mahkemelerin yorumuyla ceza sorumluluğu kurallarının aşamalı olarak açıklığa kavuşturulmasını, ortaya çıkacak sonucun suçun özünü tutarlı ve makul bir biçimde öngörülebilir olması koşuluyla, hiçbir şekilde yasaklamamaktadır»⁴⁵. İngiliz mahkemeleri, karısının ırzına geçmekten dolayı sanık olan kocanın yararlandığı geleneksel dokunulmazlığı ortadan kaldırarak, mevcut bir suçu *common law*'un bu zamana kadar reddetmiş olduğu bir davranışı kapsamına alacak bir şekilde uyarlamalarına karşın, kararları «yalnızca, kocayı koğuş-turmalarından koruyan dokunulmazlığı yıkarak içtihadın gelişimi çerçevesinde anlaşılabilir bir eğilimi devam ettirmektedir». Strasbourg Mahkemesi, bu gelişimin, «dokunulmazlığın ortadan kalkmasının mahkemelerce kabul edilmesiyle birlikte, kanunun makul bir şekilde öngörülebilir bir safhasını artık oluşturduğunu» açıklamıştır⁴⁶. Böylece öngörülebilirlik koşulu konusunda, mahkemele- rin inisiyatifleri 7. maddenin hükümlerini ihlâl etmeye- cektir, yeter ki içtihadî değişim «açık bir gelişimi» izlesin. 1995 yılında *Tolstoy Miloslavsky c/Birleşik Krallık* dava- sında Strasbourg Mahkemesi, kararında belirlilikten daha az dile getirse de, özellikle belirlenmiş başka bir ko- şulu, ulaşılabilirliği ortaya atmaktadır. Kısacası içtihadın içeriğinin bunu bilmeyenlere ulaşması güçtür. Fakat C.R.

44) *Tolstoy Miloslavsky c. Birleşik Krallık*, seri A no: 316-B (1995) par. 37.

45) C.R. c. *Birleşik Krallık*, par. 34. Bu sonuç *R v. Kelly* [1998] 3 All E.R. 741, 748'de «*common law*'un oluşturulması, bize göre, ka- nunların geçmişe uygulanması sorununu ortaya çıkaramaz» ifa- desini kullanan L.J. Rose'nin açıklamasına tam olarak uygun düşmemektedir.

46) *Ibid.*, par. 41.

c/Birleşik Krallık davasında bu koşula spesifik olarak başvurmaksızın, çağdaş yaşamın verileriyle ters düşen bu dokunulmazlığın eskiyen niteliğinden dolayı Strasbourg Mahkemesi, «bir kocanın karısının ırzına geçmekten dolayı koğuşturulamayacağı şeklindeki kabul edilemez fi-kirden vazgeçilmesinin... evliliğin uygar anlamına... ve özellikle kendi özünde insan onuruna ve özgürlüğüne saygı olan Sözleşme'nin temel amaçlarına uygun düşece-ği» düşüncesine sığınmıştır⁴⁷.

Kanuna ulaşılabilirlik sorunu hem yazılı hukuk hem de yazılı olmayan hukuk yargılamalarında ortaya çık-maktadır. Kanuna ulaşılabilirlik, hukukun vatandaşlar bakımından olduğu kadar yargıçlar bakımından da anla-şılabilir olması ve özellikle çok belirsiz olmaması gerekli-liği şeklindeki oldukça geniş bir kavramın bir parçasıdır. Örneğin 1998 yılında Kanada Yüksek Mahkemesi *R. v. Lucas* davasında⁴⁸ bu sorunun üzerine eğilmiştir. Dava bir hakaret suçlamasına ilişkin ve özellikle şu sorunu or-taya atmıştır: Bir mahkeme bir hukuk kuralının belirsiz-liğini hangi kriterlere göre – bu durumda bizim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmemizle birçok ortak noktayı payla-şan bir belge olan Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına dair Kanada Şartı çerçevesinde – değerlendirmelidir? Mahkemenin çoğunluğu bu alanda iki ilkenin etkili oldu-ğunu ifade etmiştir. *Birincisi*, «yargıçların, sayesinde adli yükümlülüklerini yerine getirebildikleri anlaşılır bir nor-mun» gereksinimlerine karşılık vermeyen bir hukuk ku-ralı⁴⁹, belirsiz ve böylece Şart tarafından korunan anaya-sal ilkelerle, özellikle adaletin temel ilkelerini garanti altı-na almış olan 7. maddeyle bağdaşmaz olarak düşünüle-cektir. *İkincisi*, bir hukuk kuralı açık bir şekilde kamunun bilgisine sunulmalıdır. Mahkeme, kanunun yargılanacak kişilere adil bir uyarıda (*fair notice*) bulunmak zorunda olduğunu kabul ederek, böyle bir uyarının «kanunun be-lirli bir davranış üzerinde etkili olduğu, yalnızca sözko-nusu kanun hükmünün kaynağında bulunan değerlerin

47) *Ibid.*, par. 42.

48) (1998) 5 B.H.R.C. 409.

49) *Irwin Toy Ltd v. Att.-Gen. for Quebec* [1989] 1 S.C.R. 927, 983.

dayanağına değil, aynı zamanda sözkonusu hükmün sosyal yaşamda oynadığı role de dayalı olan sübjektif bir bilgiden ibaret olduğunu ifade etmiştir... Ayrıca vatandaşın sağlanan adil bir uyarı isme ilişkin bir görünümü, şöyle ki bazı davranışların yasal denetimlere konu olduğunu anlayabilme yetisini de kapsamına alır⁵⁰. Mahkeme kendi kriterlerini belirli bir şekilde pek tanımlamamıştır. Bu, belki yalnızca insana özgü bir durumun bir görünümüdür. Fakat bu karar en azından, sınırların mevcut olduğunu ve belirsiz ifadelerle sınırları gerçekten aşan bir suçun Kanada mahkemeleri tarafından anayasal nitelikte olmadığına ifade edildiğini göstermektedir.

2. Kanunilik İlkesi ve Maksimum Belirlilik

Yargıcın önem taşıdığı bir sistem olarak *common law*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesine aykırı olmasa bile, (ceza alanında mahkemelerin kurucu rolünü daima doğrulayan ülke olan İskoçya örneği aynı değildir) niteliği gereği belirsiz kalmaktadır. Genellikle, böyle bir belirsizlik bir kusur olarak düşünülebilecektir. Fakat bazen *common law*, onun bir sosyal savunma politikasıyla haklı kılındığını düşünenlerce övülmektedir. Bunlar, düzenin güçlerinin (mahkemelerin), kanun koyucunun alışagelmış yavaşlığıyla harekete geçmesini beklemeye gerek kalmaksızın, ortaya çıktıkları ölçüde suçluluğun yeni şekillerini cezalandırmalarına olanak sağlamak için geniş bir takdir hakkına gereksinim duydukları kanısındadırlar. Hatta ceza hukukunun bu belirsizliği kanun koyucunun ceza politikasını daha az görülebilir kılabilmektedir. Böylece bu, yargıçların cübbelerinin arkasına gizlenen kanun koyucu için bir lütuftur⁵¹. Sözümona, belirsiz

50) (1998) 5 B.H.R.C. 409, 417 per Cory, J., *R v. Nova Scotia Pharmaceutical Society* [1992] 2 S.C.R. 606, 634-5'de J. Gonthier'in kararından alınan metin. Aynı şekilde, koğuşturmaları açan savcılık tarafından takdirin kullanılmasında sınırların yokluğunun bir hükmün çok belirsiz olduğunu göstermeye de yaradığını ileri süren J. Gonthier'in görüşünü benimsedi: *ibid.*, p. 642.

51) N. LACEY, C. WELLS & D. MEURE, *Reconstructing Criminal Law* (1990) p. 114.

bir içtihat ile de ortaya çıkan serbestlik alanı, bireylerin, suçluluk oranında etkili olan kanunun belirsizliğinden (özellikle malî ve ekonomik alanlarda yer alan bir fenomen) yararlanacakları durumlar hariç olmak üzere, mahkûm olmalarına olanak sağlamaktadır⁵². Fakat gerçeği söylemek gerekirse, bu argümanlar ikna edici değildir. Bu kategorileri, bugün mahkemelerin bu «takdir payından» vazgeçtikleri – *Shaw* davası, *Knulier* davası vs. gibi – (çoğunluğu bakımından) ahlâk davaları olan durumlardan ayırt etmek kolay değildir.

Ceza hukukunun hazırlanmasında içtihadı temel rol tanıyan *common law*'un kanunilik ilkesi üzerinde ilâve baskılar uyguladığı açıktır. Fakat sistem yargıçlık geleneğine dayanmasına rağmen, İngiltere'de XIX. yüzyılın başından beri birçok kez bir ceza kanunu yapma girişiminin olduğunu unutmamak gerekir. İlk defa 1818 yılında Parlâmento, Kral'dan İngiliz mevzuatının içinde bulunduğu karmaşık durumu düzene koymak ve bunu sağlamlaştırmak görevini üstlenecek olan bir komisyon kurmak için talepte bulunarak, bu süreci teşvik etmeye çalışmıştır. Bu komisyon bir ceza kanunu tasarısını kaleme almış, ancak bu sonuçsuz kalmıştır. 1879 yılında da bir *Kraliyet Komisyonu* yaklaşık 550 maddelik bir ceza kanunu tasarısı daha önermiş, fakat bu girişim de başarısız olmuştur. Daha sonra 1965 yılında Parlâmento, Kurucu Kanunu'nun ifadelerine göre «hukukun düzenli gelişimini ve hukuk reformunu, özellikle kanun düzenlemesi de dahil olmak üzere» kolaylaştırmaya ve genel olarak İngiliz hukukunu basitleştirmeye ve modernize etmeye çalışmak

52) Ceza hukukunda böyle bir takdir payının yargılanan kişilere açıkçası zarar vermediği eklenebilir. Bu kişiler suçlu olduğunu ortaya çıkarabilecek bir yola girmeden önce avukatlarına danışmak alışkanlığına sahip değildirler. Kanunun belirginliği onları ilgilendirmemektedir. Ayrıca ceza hukukunun yalnızca ahlâkı ifade ettiği gerçek ise, ahlâk verilerini ihlâl eden sanığın, mahkemelerin bu eylemi ceza yaptırımlarının uygulanabileceği bir eylem olarak ele almalarını öğrenip öğrenemeyeceklerinden gerçekten yakınma hakları var mıdır?

53) Genel olarak bkz. Sir John SMITH, *Codification of the Criminal Law* (1986, Child & Co. Lecture).

üzere görevlendirilen bir organ olan *Hukuk Komisyonu*'nu (*Law Commission*) kurmuştur. *Hukuk Komisyonu*'nun başarıyla sonuçlandığı tasarılar arasında Sözleşmeler Kanunu (sonuçsuz kaldığı için bahsetmek yararsızdır) ve 1989 yılında gün ışığına çıkan Ceza Kanunu (şimdilik bu da sonuçsuz kalmıştır) yer almaktadır. Bununla birlikte, bu tasarının günün birinde kanunlaşması mümkündür. Geçen yıl yüksek mahkememizin daire başkanı ve yukarıda da ismi zikredilen ceza yargıcımız Lord BINGHAM Londra Belediye Başkanı'nın dairesinde (*Mansion House*) toplanan yargıçlar önünde İngiliz Ceza Kanunu'nun yapılmasının nedenlerini savunan coşkulu bir konuşma yaptı⁵⁴. Geçmişte İngiltere, kodları genellikle kolonilerine intikal ettirmekteydi: Hindistan için hazırlanan ceza kanununun bu ülkedeki önemli başarısı bilinmektedir⁵⁵. Aynı şekilde birçok *common law* ülkesi – örneğin, ceza kanunun yüzüncü yılını kutlayan Kanada⁵⁶ – bir kodun varlığına alışmışlardır. Böylelikle, belirlilik, ulaşma kolaylığı, tutarlılık ve açıklık adına Lord Bingham şunları ifade etmiştir:

«*Common law*'un en ateşli taraftarları bile, yedi yüz yıllık bir uygulamadan ardından yüksek mahkememizin (Lordlar Kamarası), en eski ve en ağır suç olan adam öldürme suçunun manevî unsurunun içeriğinin belirlenmesinin çalışılmasına sık sık davet etmek suretiyle son yıllarda hep sürdürdüğü siteminin yerindeliğini kabul etmelidirler»⁵⁷.

54) *A Criminal Code: Must We Wait for Ever?* [1998] Criminal Law Review 694. Ayrıca bkz. The Hon. Mrs Justice Arden DBE, *Criminal Law at the Crossroads: The Impact of Human Rights from the law Commission's Perspective and the Need for a Code* [1999] Crim. L.R. 439.

55) Örneğin bkz. M.P. JAIN, *Outlines of Indian Legal History* (1966) 2nd éd., pp. 655-656.

56) Bkz. Desmond H. BROWN (ed.), *The Birth of a Criminal Code: The evolution of Canada's Justice System* (1995, University of Toronto Pres).

57) [1998] Criminal Law Review 694, 695. Ayrıca bkz. *R v. Armstrong-Braun* (1999) 163 J.P. 271, 277 per Brookes, L.J.; *R v. Baker* [1997] Crim. L.R. 497, LEXIS transcript; *R v. Abdul-Hussain* (1999) The Times, 26 Ocak (İstinaf Mahkemesi).

Bir yazılı hukuk yargılamasının modernleştirilmek istenen her sistemin hammaddesi olarak düşünülebilecek bir safhası olan bir ceza kanununun yapılmasını sağlamak için İngiltere'de etkili seslerin yükseltilmesi ilk değildir⁵⁸. Bu destek karşısında, kanunilik ilkesinin güçlendirilmesi konusunda böyle bir reformün olası sonuçlarının bir tablosunu çizmeye ihtiyaç duymuyorum. Fakat İngilizler hukuk alanında soğukkanlı bir mantıktan genellikle pek hoşlanmamaktadırlar. Profesör Raoul van CAENEGEM'in ifade ettiği gibi, «içtihadî gelenek ve İngiliz hukukçularının etkili olduğu ampirizm, kodlara oldukça az elverişli bir alan sağlamaktadır»⁵⁹. 1992'daki yıllık raporunda *Hukuk Komisyonu*, kanun koyucunun, gerçekte kimilerinin düşlediği kodu dile getirmek bakımından bir kanunu devreye sokmak için zamanı olmayacağı olasılığını kabul etmek zorunda kalmıştır⁶⁰. Bugünkü stratejisi Kodu Parlâmento'dan yavaş yavaş geçirtmektir.

3. Kanunilik İlkesi ve Ceza Hukukunun Dar Yorumlanması

Kanunilik kavramımıza katkı sağlamaya elverişli son

-
- 58) Aynı şekilde, *R v. Stoke-on-Trent Justices, ex parte Wilby* (1999) 163 J.P. 369, 370'de L.J. Brooke cezalar konusunda, özellikle de 21 yaş altı gençlerle ilgili bir Ceza Usul Kanunu'nun eksikliği konusunda İngiliz mevzuatının karmaşıklığını kınamıştır.
- 59) *The Birth of the English Common Law* (1973, Cambridge University Press) p. 89. Genel olarak bkz. Roderick MUNDAY, *The Common Lawyer's Philosophy of Legislation* (1982) 14 *Rechtstheorie* 191.
- 60) *Law Commission 27th Annual Report 1992* (1993) Law Com. No. 210, para. 2. 16. Yine de sorunu çok fazla abartmak gerekmez. Kanunilik ilkesi hakkındaki makalesinin sonuç kısmında, *Shaw* kararını ayrıntılı bir analizden geçiren GLASER şunları yazmaktaydı: «İngiliz hukukunda kanunilik ilkesi ve bunun sonucu olarak geçmişe uygulama yasağının durumu bugüne kadar tam olarak oturmamıştır. Yine de, bunun, sadece kısmen kanunlaştırılmış olan bir hukuk sisteminin etkisi nedeniyle, şaşırtıcı bir yanı yoktur»: cit. *supra*, p. 955. Ancak bütün yargılamalardaki yargıçların yaratıcılığı ve kodlar dışındaki modern mevzuatın çoğalması ve karmaşıklığı göz önüne alındığında, öyle görünüyor ki kodlar boş değilse de, yalnızca kısmî bir koruma sunmaktadırlar.

bir unsur, ceza mevzuatının dar, katı bir şekilde yorumlanması gerekliliği ilkesidir (*Poenalia sunt restringenda*). Başka bir deyişle, bir ceza hükmünün anlamı konusundaki şüpheler sanığın lehine olarak çözümlenmelidir karnesi mevcuttur. Aslında mahkemeler çoğu zaman riayet etmedikleri bu ilkeyi ihlâl etmektedirler⁶¹. Öte yandan BENNION'un «şüpheli cezalandırma ilkesi» olarak karakterize ettiği bu ilke⁶², mahkemelerce ne kadar seyrek olarak uygulanırsa uygulansın, muhafazası biraz sürprize neden olmak eğilimindedir⁶³. Böylece dar yorum sistematik olarak kendisini kabul ettirememiştir⁶⁴.

Üstelik mahkemelerin bu tutumu hiçbir sürprize yol açmamalıdır. Ceza politikası sorunlarını müzakere etmek bakımından doğal olarak ideal bir tartışma ortamı sunmamalarına karşın, mahkemeler vatandaşları suçluluğa yönelmekten caydırmakla ve böylece kollektif huzuru sağlamakla görevlidirler. Bu amaçla, kanunun uygulama alanını genişletme ehliyetleri yararsız değildir. Üstelik mahkemeler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesiyle ters düşseler bile, Strasbourg Mahkemesi'nin bu maddeyi geniş bir şekilde uyguladığını, «bir davadan diğerine mahkemelerin yorumuyla ceza sorumluluğu kurallarının aşamalı olarak açıklığa kavuşturulmasını» yasaklamadığını keşfedeceklerdir⁶⁵.

Amerika Birleşik Devletleri'nde de mahkemeler, mevzuatın dar şekilde yorumlanması gerektiği; her türlü şüphenin sanığın lehine olarak çözüme kavuşturulması gerektiği kavramına yüz çevirmişlerdir. Profesör JEFFRIES'in de söylediği gibi, bu yorum metodu «bir pratikten çok, ihtiyaca göre başvurulması veya reddedilmesi artık hemen hemen hiç gerekmeyen bir slogana benzemekte-

61) E.g., *R v. Charles* [1997] A.C. 177.

62) F. BENNION, *Statutory Interpretation*, 3rd ed.

63) E.g., *R v. Bristol Magistrates' Court, ex parte E* [1999] Crim. L.R. 161, 162, Sir John Smith'in notu.

64) Genel olarak bkz. ASHWORTH, *Interpreting Criminal Statutes: A Crisis of Legality?* (1991) 107 L.Q.R. 419. a. I purnaletre.

65) C.R. c. Birleşik Krallık, dava No. 48/1994/495/577, par. 34.

dir»⁶⁶. Bu yazara göre, Amerikan mahkemeleri ceza hukukunu düzene koyabilirler; yeter ki şu üç kurala riayet etsinler:

- Kanun koyma fonksiyonunu açıkça gasbedemezler;
- Yargılanacak kişilerin hiçbir şekilde öngöremeyecekleri bir ceza sorumluluğu biçimi oluşturarak onları hazırlıksız yakalayamazlar;
- Yalnızca mahkeme önündeki özel olaya uygun düşen ceza alanındaki oldukça bireyselleştirilmiş kararları, genel bir içeriğe sahip kuralların yerine koyarak belirsiz kural koyamazlar.

İngiliz hukukunun tutumu da oldukça benzerdir.

66) *Legality, Vagueness and the Construction of Penal Statutes*, 71 V. L. Rev. P. 244 (1985).