

NELUM CRIMEN SINE LEGE VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLER*

*Prof. Dr. Şeref ERTAŞ***

1. İLKENİN ÖNEMİ

Kanunsuz suç ve ceza olmaz (nelum crimen sine lege, nula poena sine lege) kuralı, Roma hukukundan beri tüm medeni toplumların ortak kuralı olmuştur. Bu kural tüm özgürlüklerin temelini oluşturur. Engizisyon devrinde dahi bu kuralın kutsiyeti kabul olunmuştur. Centel haklı olarak “günümüzde bu ilkenin anlamı sadece suç ve cezanın kanunsuz olamayacağı değildir, bu ilke aynı zamanda yasakoyucuya insan haklarının ve demokratik anayasal hakları ihlal eden ceza yasaları getirmeme yükümlülüğü getiren bir anlam taşımaktadır” dedikten sonra¹ bu ilkenin anlamı ve işlevinin üç yönlü olduğunu ifade etmektedir:

- “- bireylerin hangi davranışlarının suç oluşturduğunu ve bunların hangisinin karşılığında hangi cezaların öngörüldüğünü bilmelerine olanak sağlamak,
- hakimlerin bireyleri keyfi cezalandırmalarını önlemek,
- yasakoyucunun insan haklarına ve demokratik anayasal haklara ters düşen yasalar yapmasını engellemedir” diyerek bu ilkenin önemini vurgulamaktadır.

2. ÜLKEMİZDE BU İLKENİN AÇIKLI UYGULAMASI

Biz burada, bir Medeni hukuk öğretim üyesi olarak haddimizi aşmak suretiyle ülkemizde bu kuralın uygulaması ile ilgili çok genel bir değerlendirme yapmak istiyoruz. Bu yazıyı neden yazdığımıza gelince, bir defa Doğan Soysalan, benim 40 yıllık dostumdur. Bir cezacıya özel hukuk ile ilgili birşeyler yazmak içimden gelmedi. ve biliyorum ki değerli hocamızın, kanunilik ilkesi en sevdiği

* Bir Özel Hukukçu olarak, saf ceza hukuku konusu sayılan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi üzerinde yazı yazma cesaretimin, kadim dostum Armağanın sahibi Doğan Soysalan'ın hatırı için hoş görüleceğini umuyorum.

** Yaşar Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

¹ Centel/Zafet/Çakmut, Türk Ceza hukukuna Giriş s. 46, Konuyu felsefi açıdan inceleyen Montesquue, Kanunların Ruhu adlı eserinde “Özgürlük yasaların izin verdiği herşeyi yapabilmektir. Yurttaş yasaların yasaklamadığı her şeyi yapabilir. Bireylerin özgürlüğünü sınırlayacak her şey yasalar da belirtilmelidir. Beldaş çevirisi s.232.

konulardan biridir. Hepsinden önemlisi, ülkemizin hapisaneleri, yazarçizer deposu olarak kullanmasıdır. Bu kişiler hapisanede sadece, hareket özgürlüğünden yoksun bırakılmazlar, yazmaktan, çizmekten ve hatta düşünmekten bile yasaklanmaktadırlar. Bir hapis cezası, mahkumunun özgürlük dünyasının ne kadarına kadar uzanacaktır? Bir çok değerli yazarımız, büyük eserlerini hapisanede, yönetimden gizli tuvalet kağıtlarına yazmak zorunda kalmıştır. Cumhuriyet tarihimizin en büyük şairi kabul olunan Nazım Hikmet, yaşamının dörtte birini hapiste geçirmiştir.

3. İLKENİN POZİTİF HUKUKUMUZDAKİ YERİ

Tanzimat fermanından itibaren² Türkiye “kanunsuz suç olmaz” ilkesini pozitif hukuk olarak benimsemiştir. Bütün Anayasalarımızda bu ilke vurgulanmıştır. Bu ilke Hukuk devletinin de temelini oluşturmaktadır. Bu ilkenin geçerli olmadığı ülke olsa olsa haydut devlet olabilir.

Sine poena lege ilkesi Anayasamızın 38. m.'sinde “kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Kimse suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş cezadan daha ağır bir ceza verilemez” şeklinde ifade edilmiştir. Aynı ilke 5237 sayılı TCK. 2. m. de “Kanunda açıkça suç sayılmadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez” şeklinde tekrarlanmaktadır.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7/1 m.'sinde yer almıştır.

4. İLKENİN “KANUNSUZ CEZA OLMAZ” KISMI UYGULANMAMAKTADIR

Maksadımız bu ilkeyi burada şerh etmek değildir. Bu görev ceza hukuku uzmanı meslektaşlarımızdır. Ben burada bu ilkenin ülkemizdeki yanlış uygulanmasına dikkat çekmek istiyorum.

Crimen ve Poena sine lege kuralı esasında iki temel ilkeyi içermektedir.

- Kanunsuz suç olmaz
- Kanunsuz ceza olmaz.

Sorun bu ilkenin ikinci kısmının uygulamadaki yorumundan çıkmaktadır. Klasik ceza Hukuku kitaplarında konu sadece suçun unsurları bakımından incelenmekte, cezanın unsurları üzerinde durulmamaktadır.³ Suçlar gibi cezalar da

² Centel, age s.52

³ Örneğin blz. İzzet Özgeç, Türk ceza hukuku s.106 vd

tüm ayrıncı ögeleri ile yasada düzenlenmeli, mahkuma bu ceza ögeleri dışında veya bunları aşacak şekilde cezai yaptırımlar uygulanmamalıdır.

Türk Ceza Kanunu 45. m. suç karşılığı uygulanabilecek cezaları “hapis ve adli para cezası” olarak sınırlamıştır. Yani bir kişiye suç işlediği sabit olsa bile bu cezaların dışında bir ceza vermek mümkün değildir.

Değildir de bu hapis cezası nedir, ne anlama gelir, hapis cezasının yasal ögeleri nelerdir? Eğer bunun sınırlarını çizmezseniz hapis cezası ile mahkum bir kişi tüm özgürlüklerinden yoksun bırakılabilir.

Yasalarda hapis cezasının tanımı yapılmamıştır. Halbuki kanunilik ilkesi gereği suç gibi bu cezanın da tanımı yapılmalı, unsurları belirtilmelidir. Timur Demirbaş İnfaz Hukuku adlı eserinde, hapis cezasını “Failin işlediği suç karşılığı olarak kanunda öngörülen süre için özgürlüklerinden yoksun bırakılmasıdır” şeklinde tanımlamaktadır. İnsaf be meslektaşım, burada sadece süre mi önemlidir? Mahkum bu süre içinde tüm özgürlüklerinden mahrum mu edilecek. Burada yoksun bırakılacak özgürlüğün sadece failin hareket özgürlüğü olduğu yasal bir tanımla belirtilmelidir. Ancak o zaman nulam crimem sine lege ilkesi gerçekleşmiş olur.

İnsanların anayasalarda ve uluslararası belgelerde garanti altına alınmış temel özgürlükleri, renk skalası gibidir. Tek bir renkten ibaret değildir. Bir cezanın kişi bu skaladaki hangi renkten, temel hak ve özgürlükten yoksun bırakacağıının da yasal ceza tanımında düzenlenmiş olması lazımdır. veya bu yapılmamış ise sayın Ceza Hukuku hocaları bu görevi yerine getirmelidir. Renkler skalasından bir rengin çıkarılması, renk skalasını ortadan kaldırmaz. Cezalar da, özgürlükler skalasındaki hangi özgürlüğü sınırladığı açıkça⁴ belli değilse, Anayasanın 2. m.'sindeki devletin temelini oluşturan hukuk devleti amacına ulaşamaz.

Ceza Hukukçuların bu temel ilkenin daha ziyade kanunsuz suç olmaz ilkesi üzerinde durarak, yürütme organının yaptığı düzenlemelerle suç yaratıp yarata-mayacağı konusunu tartışmakta, cezaların içeriğini çok incelememektedir.

Alman Hukuku'ndan bir örnek olay vererek meselenin önemini ortaya ko-yalım. Tanınmış bir ressam hapis cezasına mahkum olur. İnfaz başladıktan sonra kendisine resim yapmak için malzeme ve ortam temini için hapisane yönetimine başvurur. Hapisane yönetimi talebi reddeder. Onlara göre hapis cezası, kişinin her türlü faaliyetten men edilmesi anlamına gelir, mesleki sanatsal faaliyetten yoksun olmak bu cezasının içindedir. Ressam mahkum bu karara karşı dava açar, ona göre hapis cezası mahkumu sadece hareket özgürlüğünden yoksun bırakan bir cezadır, mahkumun anayasa ile teminat altına alınmış diğer temel hakları, özgürlükleri devam eder, bunun içinde sanat ve bilim özgürlüğü de

⁴ Aksi takdirde biz özel hukukçuların bu alana girmelerini hoşgörü ile karşılasınlar.

vardır. Hapishane yönetimi hukuka aykırı olarak kendisini bu özgürlükten yoksun bırakmaktadır. Mesele Alman Anayasa Mahkemesinin önüne kadar gider. Alman Anayasa Mahkemesi, hapis cezasının dar yorumlanması gerektiğine, sadece mahkumun hareket özgürlüğünün bu yolla kısıtlanmış olduğunu, mahkumunun anayasada teminat altına alınmış özgürlüklerini koruduğunu, bunları kullanmasının engellenmesinin anayasaya aykırı olduğuna karar verir.

Bizdeki uygulamada mahkum, infaz yönetimi uygun görmezse, yazamaz, çizemez, bırakın dizüstü bilgisayarı, bir kaleme dahi sahip olamaz. Sanki mülkiyet hakkı dahi ortadan kalkmıştır. 21 Şubat darbecilerinden Talat Aydemir, yargılandı ve darbeci olarak asıldı. Asılmadan önce darbe günlüğünü yazdı, bu günlüğü hapishane yönetiminden gizli tuvalet kağıdına yazdı, sonra bu günlük gizlice dışarı çıkarıldı ve basıldı. Bir çok büyük yazar en önemli eserlerini hapishanede yazmıştır. Almanya'da en fazla okunan baskı yapan Karl May'in, romanlarını hapishanede yazdığı bilinmektedir. Büyük mizah yazarımız Aziz Nesin, hayatının neredeyse yarısını hapishanede geçirmiştir. Hababam Sınıfı yazarı Rifat Ilgaz'ın başına gelenler malumdur. Bilinmelidir ki, hapis cezası, mahkumun sadece hareket özgürlüğünü kısıtlayan bir cezadır. Hapis cezası ile mahkum bir kişinin:

- Meslek ve sanatını icra etme özgürlüğü devam eder.
- Sağlık üzerinde özgürlüğü devam eder.
- Mülkiyet hakkı devam eder.
- Din ve vicdan özgürlüğü devam eder.

Bu nedenle nasıl bir mahkumunun dini, ibadet özgürlüğü devam ediyorsa, şiir yazma, roman yazma, resim yapma, sağlıklı yaşama özgürlüğü de devam eder. Topluma mal olmuş bir sanatçıyı, hapishanede sanatını icradan men etme, toplumu da onun yaratacağı sanat eserlerinden mahrum etmek anlamına gelir. Bir gazete köşe yazarı, tutuklandığı veya hapse mahkum edildi diye, köşe yazılarını yazması engellenemez. Hepsinden önemlisi insan sağlığı üzerindeki hakları. Balyoz ve Ergenekon davalarında bir çok tutuklu gereken tedaviler yapılmadığı için hayatını kaybetmiştir.

Anayasamızın 13. m.'si kişilerin temel hak ve özgürlüklerden ancak yasa ve hakim kararı ile yoksun bırakılacağını belirtmektedir. Bu bakımdan mahkum ve tutukluların, açık yasal dayanak ve hakim kararı olmadan bir temel hakkından yoksun bırakılması, hukuka aykırıdır, bunlara neden olan yargıçlar, ceza infaz yöneticileri en azından TCK'daki görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş olduğu kabul olunmalıdır.