

KITA AVRUPASI VE COMMON LAW SİSTEMLERİNDE CEZA HUKUKUNDA KANUNİLİK İLKESİNİN GELİŞİMİ VE GENEL ESASLARI

Alp ÖZTEKİN*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Av., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Doktora Öğrencisi.

E-posta: alpozztekin@gmail.com

ORCID: 0000-0002-8748-1534

Makale Geliş Tarihi: 16 Nisan 2025

Makale Kabul Tarihi: 12 Aralık 2025

KITA AVRUPASI VE COMMON LAW SİSTEMLERİNDE CEZA HUKUKUNDA KANUNİLİK İLKESİNİN GELİŞİMİ VE GENEL ESASLARI

ÖZ

HAKEMLİ

Günümüzde hem kıta Avrupası hem de common law sistemlerinde benimsenmiş olan kanunilik ilkesi, aydınlanma ve klasik okulun etkisiyle on sekizinci yüzyılın sonlarından itibaren pozitif hukuk metinlerine girmeye başlamıştır. Bu reformlardan önce ise ceza hukukunun son derece öngörülemez bir yapıda olduğunu ve hakimın sınırsıza yakın bir takdir yetkisi bulunduğunu söylemek mümkündür. Kanunilik ilkesini ve temel felsefesini geliştiren klasik okulun bu uğurdaki en temel amacı da işte hakimın bu takdir yetkisini sınırlandırabilmek, insanlara hukuk nezdinde öngörülebilir bir yaşam sunabilmek olmuştur. Aynı zamanda liberal hukuk devleti ideolojisini de geliştiren aydınlanma filozofları; bu ideoloji ile doğrudan bağlantılı olan kanunilik ilkesini, bireyin devlete karşı kalkanı olarak kuramlaştırmışlardır. Feuerbach ise ilkenin nihai amacını genel önleme şeklinde beyan etmekle, ilkenin kalkan şeklindeki temel versiyonuna bir temel versiyon daha eklemiş ve bu kalkanın yanına kılıcı da yerleştirmiştir. İlkenin bir diğer versiyonu ise Locke ekseninde, tabii hukukun pozitif hukuk normlarından üstün tutulduğu versiyonudur. Aydınlanma ile birlikte kıta Avrupası'nda kanunilik ilkesi reformu gerçekleşmeye başlamış ise de common law sistemlerinde bu reformun gerçekleştirilebilmesi yaklaşık iki yüz yıllık bir gecikmeyle olmuştur. Bu reform öncesinde ise hakimlerin ceza hukuku alanında hukuk yaratabilmesi kabul edilmiş ve bu yaratılan hukuktan doğan common law külliyatı da ceza hukukunun bağlayıcı bir kaynağı olarak benimsenmiştir. Bu sebeple toplu normlar içeren ciddi ceza kanunları da yürürlüğe koyulmamıştır. Lakin öngörülebilirlik noktasında ciddi eleştirilere konu olan bu sistem, özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısından sonra ekseriyetle tüm common law ülkelerinde değiştirilmiş, kıta Avrupası'na yakın bir sisteme geçilmiştir. İlkenin bütün versiyonları ve gerek kıta Avrupası gerekse kanunilik ilkesi reformlarından sonra kıta Avrupası'na benzer bir görünüme kavuşan common law sistemlerindeki ortak olan genel esasları; içerisinde kıyas yasağını, kanunların

açıkça kaleme alınması gereğini ve geçmişe etki yasağını barındıran belirlilik ilkesi ile (*common law sistemlerindeki birkaç istisnai durum dışında*) suç ve ceza hukuku yaptırımlarının ancak kanunla yürürlüğe koyulabilmesi esası şeklindedir. Temelde suç ile ceza hukuku yaptırımları bakımından geçerli olan kanunilik ilkesi, suç ve yaptırımların tespitinde doğrudan yahut dolaylı etkisi sebebiyle muhakeme hukuku bakımından da geçerlidir.

Anahtar kelimeler: Kanunilik, belirlilik, Kıta Avrupası, Common Law, öngörülebilir.

DEVELOPMENT AND GENERAL BASIS OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN CRIMINAL LAW IN CONTINENTAL EUROPE AND COMMON LAW SYSTEMS

ABSTRACT

The principle of legality, which has been adopted in both continental European and common law systems today, has been introduced into positive legal texts since the late eighteenth century under the influence of the enlightenment and the classical school. Before these reforms, it is possible to say that criminal law had a highly unpredictable structure and the judge had an almost unlimited discretionary power. The main aim of the classical school, which developed the principle of legality and its basic philosophy, was to limit this discretionary power of the judge and to provide people with a predictable life under the law. Enlightenment philosophers, who also developed the liberal ideology of the rule of law; theorized the principle of legality, which is directly related to this ideology, as the shield of the individual against the state. Whereas Feuerbach, by declaring the ultimate aim of the principle as general prevention, added another version to the basic shield version of the principle and placed a sword next to this shield. Another version of the principle is the Lockean version in which natural law is prioritized over positive legal norms. Although the reform of the principle of legality started to be realized in continental Europe with the Enlightenment, the realization of this reform in common law systems was delayed by about two hundred years. Prior to this reform, it was accepted that judges could create law in the field of criminal law and the common law corpus arising from this law was adopted as a binding source of criminal law. For this reason, seriously criminal codes which containing collective norms, were not enacted. However, this system, which was subject to serious criticism in terms of predictability, was changed in all common law countries especially after the second half of the twentieth century and the system became similar to continental Europe. The general principles of the principle, which common to all versions and continental European and common law systems after the reforms are; the principle of certainty,

which includes the prohibition of analogy, the need for clear drafting of laws and the prohibition of retroactivity and (*with a few exceptions in common law systems*) the principle that crimes and criminal law sanctions can only be enacted by code. The principle of legality, which basically applies to crimes and criminal law sanctions, also applies to the procedural law due to its direct or indirect effect on the determination of crimes and sanctions.

Keywords: Principle of legality, certainly, Continental Europe, Common Law, predictable.

GİRİŞ

Bireysel özgürlüklerin temeli olarak görülen kanunilik ilkesi,^[1] bugün için gerek kıta Avrupası gerekse common law sistemlerinde büyük ölçüde benimsenmiş olup, ceza hukukunun en temel esası olarak kabul edilmektedir. Ceza hukukunda kanunilik ilkesi, her iki sistemi de kapsadığı için çatı bir aktarımla, suçları ve ceza hukuku yaptırımlarını içerisinde barındıran yazılı yahut yazısız her türlü kuralın^[2] şu esaslara sahip olmasını gerektirir: Evvela kanunların, ona uymakla mükellef olanların anlayabilmesi ve hakimlerin olması gerektiği gibi uygulayabilmesi için açıkça ve mümkün olduğunca kesin bir dille kaleme alınması ve bilinebilir olması gerekir. İkinci olarak da kıyasın ve geçmişe etkili kanun çıkartılabilmesinin yasaklanmış olması gerekir. Dar yorum esasını da bu şartlar arasına eklemek doğru olacaktır.^[3] Bugün için doktrin ve içtihatlardaki genel eğilim, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında doğrudan yahut dolaylı olarak etki ettiği için ceza muhakemesinde de kanunilik ilkesinin tüm esaslariyla geçerli olduğudur^[4].

- [1] Sami Selçuk, *Batıgil Demokrasinin ve Hukukun Doğuşu Serüveninden Kesitler*, (İstanbul: Truva, 2009), 89-90.
- [2] Kanunilik ilkesinin klasik görünümüne göre suç ve ceza hukuku yaptırımları pozitif kanunlar ile konur. Fakat common law sistemlerinde halen bu kuralın bazı istisnaları mevcuttur. İşte bu istisnalar bakımından da kanunilik ilkesinin “pozitif kanun” şartı haricindeki genel esasları geçerlidir. Genel esasların yazılı-yazısız, suç ve cezalara dair tüm normlara uygulanacağına dair bkz. Harald Renout, *Droit Penal General*, 18. Edition (Bruxelles: Larcier, 2013), 37.
- [3] John Rawls, *Bir Adalet Teorisi*, çev. Vedat Ahsen Coşar, (Ankara: Phoenix, 2018), 266-267.
- [4] Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Auflage (Berlin: De Gruyter, 1969), 21; Renout, *Droit Penal General*, 26; Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım*, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1971, s.41; Yves Cartuyvels, Christine Guillaín ve Olivia Nederlandt, *Droit Penal General (Partie I)*, (Bruxelles: Université Saint-Louis, 2020), 121; Jean Pradel, *Manuel de Droit Penal General*, 16. Edition (Paris: Cujas, 2006), 124; Claus Roxin ve Luis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 5. Auflage (München: C. H. Beck, 2020), 236-237; Sami Selçuk, *Suç Hukuku Cilt 4-Suç Olgusuna Yaklaşımlar ve Suç Genel Kuramı*, 2. Baskı. (Ankara: İmge, 2023), 73; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 1*, 14. Baskı. (İstanbul: DER, 2016), 20-2. 1974’te Budapeşte’de toplanan 11. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi’nde de ilkenin usul hukukunu da kapsamı gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. Pradel,

Aydınlanma sonrasında gerçekleşen, öngörülebilirliğe dayalı hukuk devleti ve kanunilik ilkesi reformları, yirminci yüzyıl başındaki totaliter ideolojiler vasıtasıyla sarsılmış olsa da bugün için artık totaliter idareleri ve kanunların üzerinde yer alan Führer ya da il Duce gibi lider kültlerini savunan hukukçular azınlıkta kalmıştır.^[5] Dolayısıyla dünyada kanunilik ilkesinin

Manuel de Droit Penal General, 128. Bu noktada yalnızca geçmişe etki yasağının muhakeme hukuku alanında geçerli olmadığı ileri sürülmektedir. Bkz. Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 246. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de suçluluğu ve cezanın ağırlığını etkileyen usul kurallarını maddi ceza hükmü saymakta ve kanunilik ilkesinin geçerli olacağını, bu alanlara etki etmeyen usul kuralları içinse ilkenin geçerli olmayacağını beyan etmektedir. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Scoppola v. Italy* (no 2), Avrupa Konseyi, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Madde Rehberi,” Avrupa Konseyi, erişim 30 Nisan 2025, https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_7_tur, 11; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Kafkaris v. Cyprus*. Avrupa Konseyi, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Madde Rehberi,” 13; Aynı yönde bkz. Abdullah Batuhan Baytaç, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 377-378. Ceza muhakemesi alanında kanunilik ilkesinin geçerli olmadığı yönünde bkz. Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage (Berlin: Duncker & Humblot, 1996), 136; Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage. (Berlin: Springer, 2015), 99.

- [5] Nazi Almanyası’nın önemli kuramcılarında Schmitt, Nazi iktidarının yıktığı Weimar Cumhuriyeti’nin benimsediği hukuk devleti (*Rechtsstaat*) ve kanunilik ilkesini eleştirirken şöyle demiştir: “*Ceza hukukundan suçluların Magna Charta’sını çıkarma arayışı, liberal yasa düşüncesinin hukuki körlüğünün ayırt edici özelliği idi. Bu düşünceye göre anayasa hukuku da vatan hainlerinin Magna Charta’sı olmak durumundaydı. Hukuk böylece, suça ilişkin öngördüğü ve hesapladığı işleyişler sayesinde suçluya kazanılmış öznal bir hak veren bir hesaplama işlemine dönüşür. ... Gerçek tek esas yargı ise Führer’in fiiliydi. Führer yargının altında durmaz; aksine kendisi en yüksek yargıdır. O, en acil durumda en yüksek hukuku korur ve bu hukukun yargısal, intikamcı gerçekleşmesi en yüksek düzeyde ortaya çıkar.*” Carl Schmitt, “Führer Hukuku Korumak,” içinde Carl Schmitt, *Hukuki Düşüncenin Üç Türü*, çev. Toros Güneş Esgün, (İstanbul: Pinhan, 2021), 86-87. Schmitt’e göre Weimar Cumhuriyeti’nin benimsediği pozitivist felsefe ile liberal hukuk devleti ideolojisi ve bu anlayıştan doğan kodifiye edilmiş hukuk, birey haklarının korunması için devleti belirli bir alana hapseder. Bununla birlikte başta Führer’in gücünü sınırladığı ve bilahare de devlet ile hukuk düzenine karşı gelecekleri belirli bir alan dışında serbest bıraktığı için eşyanın tabiatına aykırı ve zararlı bir anlayıştır. Kanunilik ilkesi ve hukuk devleti ideolojisinin, ona göre yok edilmesi

dar yorum esası gibi bazı yönleri dışında artık hukukçular arasında pek bir tartışmalı tarafı da bulunmamaktadır.^[6] Ancak bu durum yaklaşık iki yüzyıl öncesine kadar böyle değildir. İnsanlığın binlerce yıldır süren kara yazgısı, öngörülemez ve oldukça keyfi bir ceza hukukun kamçısı altında inlemek olmuş, aydınlanmanın fikri ve cebri savaşmaları sonucunda ve kanunilik ilkesi ile bu kaostan çıkılabilmektedir. İşbu çalışma; ceza hukukunda kanunilik ilkesinin ortaya çıkış gerekçelerini, oluşum sürecini, pozitif hukuk metinlerine girişini ve bu ilkenin genel esaslarını hem kıta Avrupası hem de common law sistemleri perspektifinden açıklamaktadır.

I. KLASİK OKUL VE AYDINLANMANIN BİR BAŞARISI OLARAK KANUNİLİK İLKESİ

A) AYDINLANMA ÖNCESİ KANUNİLİK İLKESİNİN YOKLUĞUNDAN KAYNAKLI ÖNGÖRÜLEMEZLİK ORTAMI VE NULLA POENA SINE LEGE ÖZDEYİŞİNİN KÖKENLERİ ÜZERİNE

1- Avrupa'daki Durum ve Nulla Poena Sine Lege Özdeyişinin Kökeni

Aydınlanma felsefesi medeni devletler tarafından benimsendikten sonraki durum, Rossi'nin deyimiyle “İnsan, yasaklanmayan her şeyi yapma hürriyetine sahiptir”^[7] şeklindeki, günümüz liberal hukuk devleti ideolojisinin temelinde bulunan anlayıştır. Ancak insanlık, çok yakın tarihe kadar binlerce yıl boyunca, bugünün insanına son derece olağan gelen bu “öngörülebilir düzenin” kıyısına bile yaklaşmadan yaşamıştır ki o dönemler için aslında olağandışı olan şey öngörülebilirliktir. Kuvvetler ayrılığının mevcut olmadığı aydınlanma öncesinde; monark hem kanunlar koymuş hem de doğrudan yahut kendine bağlı bürokratlarca yargılama yapmış, hakimler de aynı şeyi önlerine gelen (veya re’sen kovuşturdukları) yargılamalarda gerçekleştirmiştir.

gerekmektedir. Bkz. Carl Schmitt, *Hukuki Düşüncenin Üç Türü*, çev. Toros Güneş Esgün, (İstanbul: Pinhan, 2021), 35-40-41-44-46-47-57-58-81-82; Ali Emre Zeybekoğlu, “Carl Schmitt’in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı,” Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2009. YÖK 263004, 151-152-153. Yürütme veya Führer gibi tek adam kültlerini kanunların üzerinde tutan ideolojilerin eleştirisi için bkz. Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, (Wien: Mohr Siebeck, 2019), 581-582-583 vd.

[6] Dar yorum esası ve bunun karşısında yer alan geniş yorum imkanı konusundaki farklı fikirler, içtihatlar ve kanunlar, makale içerisindeki ilgili bölümlerde dile getirilmiştir.

[7] Pellegrino Rossi, *Traite de Droit Penal Vol 3.*, (Paris: A. Sautet, 1829), 224.

Bu hem öngörülemezliğin olağan olduğu düzenin bir gereğidir ve hem de zaten yürürlükteki yazılı kanunlar yeterli olmadığı için hukuk yani suç ile cezalar mecburen hakimler ve monarklarca zaman içinde peyderpey yaratılmak zorunda kalmıştır. Kıyas ise yargılamalarda vazgeçilmez bir unsur olmuştur.^[8]

Ceza hukukunun bu binlerce yıldır süregelen öngörülemezlik ve keyfiliği, aydınlanmaya kadar devam etmiştir.^[9] Peki madem ki durum böyledir, hukuk kitaplarının ekserisinde görülen *Nulla poena sine lege* ve benzeri özdeyişlerin kökeni nedir? Bu köken evvela ana dilin Latince olduğu Roma'da aranabilir. Zira gerçekten de özdeyişin Latince olması, okuyan insanda böyle bir izlenim oluşturma potansiyeline sahiptir.^[10] Bazı yazarlar Roma'da ve hatta Antik Yunan'da suç ve cezaların geçmişe etkili olamamasına dair temel bir ilkenin varlığını ileri sürmüşler^[11] ise de durum böyle değildir ve bu özdeyişlerde bahsedilen hukuki düzene Roma döneminde rastlanamamaktadır. Öyle ki ne Roma öncesinde ne de Roma'da, geçmişe etkili olamama esası dahil kanunilik ilkesinin hiçbir esası geçerli olmayıp, durum tam bir öngörülemezliktir.^[12]

Roma'da örfi hukuktan kaynaklı belirsizliği bir nebze ortadan kaldıracı bilmek amacıyla XII Levha Kanunları'ndan beri bir kısım kodifikasyon

[8] Pradel, *Manuel de Droit Penal General*, 124-125; Öztekin Tosun, *Suç Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı (İstanbul: AR, 1982), 19; Carl Ludwig von Bar, *A History of Continental Criminal Law*, Translator Thomas S. Bell, (Boston: Little-Brown and Company, 1916), 315-316; Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. Baskı. (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1953), 132.

[9] Rossi, *Traite de Droit Penal Vol 3*, 222-223; Aniceto Masferrer, "Principle of Legality and Codification in the Western Criminal Law Reform," içinde *From the Judge's Arbitrium' to the Legality Principle: Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, ed. Georges Martyn, Anthony Musson ve Heikki Pihlajamäki, (Berlin: Duncker and Humblot, 2013), 253-255.

[10] Öztekin Tosun, "Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 27, no. 1 (1961), 45-61, 45.

[11] Jerome Hall, "Nulla Poena Sine Lege," *The Yale Law Journal*, 47, no. 2, (1937), 165-166.

[12] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 19-20; Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 216.

hareketleri görülmüş ise de bunlar içerisinde her suçun düzenlendiği toplu kanunnameler olmayıp, monarklar ve hakimler devamlı hukuk yaratabilmiştir.^[13] Yaratılan hukukun daha sonra derlendiği toplu kanunnamelerde de cezalandırılabilir eylemlerin tamamının bunlar olduğuna (*yani kanuniliğe*) dair bir beyan olmadığı gibi kanun maddelerinin pek çoğunda da suçların cezaları belli değildir.^[14] Örneğin Corpus Iuris Civilis'in^[15] birinci bölümü olan Codex'in pek çok maddesinde "en ağır şekilde cezalandırılır" denilmektedir. Okuyucu, ilk bakışta haklı olarak bunun bir idam cezası olduğunu düşünecektir fakat kanunilik ilkesi

[13] Von Bar, *A History of Continental Criminal Law*, 22. Örneğin suçluları hem yargılayıp hem de cezalandırması gereken yönetici Pliny, henüz Hristiyanlık serbest bırakılmamışken, Hristiyanların resmi dine boyun eğmedikleri için nasıl cezalandırılmaları gerektiğine dair bilgi edinmek için imparator Trahan'a mektup yazmıştır. Zira ortada cezaların geçmişi yürütülememesi diye bir ilke yoktur ve esasında suçların pek çoğunun cezaları da belli değildir. Pliny bu mektupta mevcut suç ve ceza uygulamasını da aktarmış ve faillere hapis cezası verdiğini fakat bunun doğru olup olmadığının teyit edilmesini istemiştir. Trajan da bu yolun doğru olduğuna dair cevabi bir mektup yazmıştır. *Batıya Yön Veren Metinler Cilt 1*, der. Alev Alatlı, (Kapadokya: İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı, 2010), 174-175.

[14] Codex'in ilk kitabının 8'inci başlığının ilk maddesinde aynen şöyle bir düzenleme mevcuttur: "Göksel İlahiyat dinini her şekilde korumak bizim titizliğimiz olduğundan, Kurtarıcı Mesih'in suretini ne toprağa, ne taşa, ne de toprağa yerleştirilmiş mermere çizmeye, oymaya veya kazımaya izin verilmeyeceğini, nerede bulunursa silineceğini ve bu konuda yasalarımızı ihlal etmeye teşebbüs eden herkesin ağır bir cezaya çarptırılacağını özellikle emrediyoruz."

[15] "Corpus Iuris Civilis", erişim 10 Nisan 2025, <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/corpjurciv.htm>.

bulunmadığı için durum böyle değildir.^[16] Dolayısıyla mesele çoğu zaman hükmü verecek olan makamın takdirine kalmıştır.^[17]

Durum Batı Roma'nın çöküşünden sonra ortaya çıkan Avrupa krallıkları için de aynıdır.^[18] On altıncı yüzyılda Kutsal Roma Germen İmparatorluğu'nda yürürlüğe koyulan Carolina gibi ciddi kanunlaştırma çalışmalarında dahi pek çok suçun cezasının belli olmaması ve cezalandırılacak suçların da salt kanunda yazanlar olduğuna dair bir hükmün kanunda bulunmaması,^[19] hakimın hukuk yaratabilmesine dair anlayışın

[16] Corpus Iuris Civilis'in ikinci bölümü olan Digesta'da; Ulpianus, Prokonsüllerin Görevleri Üzerine, Kitap VIII'den yapılan alıntıda da zaten şöyle denilmektedir: “*İlahi Hadrian, Baetica Konseyi'nde sığır hırsızlarıyla ilgili bir Rescript'te şöyle demiştir: «Sığıruları çalanlar en ağır şekilde cezalandırıldığında, genellikle kılıçla öldürülürler.» Ancak, her yerde böyle cezalandırılmazlar, yalnızca bu tür suçların en sık işlendiği yerlerde böyle cezalandırılırlar; aksi takdirde, kamu hizmetlerinde ağır çalışmaya mahkum edilirler ve bazen de yalnızca geçici olarak cezalandırılırlar.*”.

[17] Bu konudaki başka bir örnek olarak Theodosius Kodeksi'nde yer alan kanunlar verilebilir. Örneğin Bizans'taki Theodosius Kodeksi'nde kurban kesip organlarından kehanette bulunmaya çalışmak yani paganlık suçunun cezası belli değildir ve kanunda failin “en uygun biçimde cezalandırılacağı” yazılıdır. Aynı durum casusluk, bela okumak, huzur bozmak gibi suçlar için de geçerlidir. *Batıya Yön Veren Metinler Cilt 1*, 183.

[18] Örneğin Kutsal Roma Germen İmparatoru Şarlman'ın 802 tarihli Fermanı'nda “*Ensest ilişki suçunu tamamen yasaklıyoruz. Eğer bir kimse günahkar bir zina ile kirlenmişse, ağır bir cezaya çarptırılmadan salıverilmeyecek, ancak başkalarının da aynısını yapmaktan korkmasını sağlayacak şekilde cezalandırılacaktır: böylece kirlilik Hristiyan halkından tamamen uzaklaştırılacak ve suçlu adam, piskoposu tarafından kendisine verilecek kefaretle kefarecini tamamen ödeyecektir.*” şeklinde bir hüküm mevcuttur ki bu, hakime sınırsız varan bir takdir yetkisi sağlamaktadır. Bkz. “Capitulary of Charlemagne Issued in the Year 802,” *Yale Law School Avalon Project*, erişim 10 Nisan 2025, <https://avalon.law.yale.edu/medieval/capitula.asp>.

[19] Carolina'nın pek çok maddesinde, “imparatorluk yasasına göre” yahut “örfi hukuka göre” gibi cezalandırma ölçütleri mevcut olup, doğrudan bir ceza öngörülmemiştir. Bkz. J. Kohler ve Willy Scheel, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls Consitutio Criminalis Carolina*, (Halle: Buchhandlung des Waisenhauses, 1905). Carolina'dan önce yürürlüğe koyulan ve onun prototipi niteliğindeki Bambergensis, Bamberg Prensiği için yürürlüğe koyulmuş ve ağırlıklı olarak usul hükümlerini içeren bir ceza kanunudur. Bu kanunun başarılı olduğu görüldükten sonra bütün bir imparatorluk için ortak bir ceza kanunu olarak Carolina tasarlanmıştır. Fakat

devam ettiğinin göstergesidir.^[20] İlgili kanunun 105. maddesinde, cezaların yalnızca kanunda düzenlenenler (*poena ordinaria*) olmadığı açıkça zikredilmiştir. Yine ne kanun ne de örfi hukuk gibi yazısız hukuk kurallarının (*poena extraordinaria*) düzenlemediği yahut iki hukuk kuralının farklı düzenlediği suç ve cezalar bakımından da hakimler, bu hallerde ölüm cezası veremeseler de sair cezalara çarptırabilme bakımından serbest bırakılmıştır. Dolayısıyla kıyasın serbest olduğu bu sistemde, kanunda düzenlenmemiş durumlarda yazısız hukuk kurallarında bulunan suçlardan cezalandırmaya gidilebilmiş, her iki alanda da suç olarak düzenlenmemiş fiiller noktasında ise hakimler hukuk yaratabilmiştir.^[21]

Renout ve von Bar, eski rejimde hakimlerin Fransa'da sınırsız yakın bir takdir yetkisi bulunduğunu söylemektedir.^[22] Voltaire'in 1762 yılında Toulouse'daki Calas ailesinin yargılanmasını anlatırken, tüm aileye işkence edildikten sonra baba hakkında "yakılsın mı, çarkta mı öldürülsün" tartışması sonucunda hakimlerin takdiri sonrası babanın oy çokluğuyla çark cezasıyla işkence edilerek ölüme mahkum edilmesini aktarışı, bu noktada dikkat çekici bir örnektir.^[23] Gerçek şudur ki o dönemde zaten Fransa'da toplu hükümler içeren bir ceza kanunu dahi yoktur. İhtilal sonrasında 1791 tarihinde yürürlüğe koyulan ilk ceza kanunu öncesinde Fransa'da cezalar; suçların ve cezalarının belli olmadığı, suçlara uygulanabilecek cezaları çerçeve biçimde sıralayan 1670 Kararnamesi'ne ve örfe göre verilmiştir. Kanunilik ilkesi bulunmadığı için örfi cezaların hangi koşullarda ve hangi suçlara karşı

prenslikler, kendi örfi hukuklarını uygulama arzularından vazgeçemedikleri için Carolina ancak içerisinde yer alan, "yerel prenslerin hukukuna saygılı olunacağı" vurgusuyla yürürlüğe koyulabilmiştir. Dolayısıyla bu kanunun içerisindeki örfi hukuk vurgusu, bir yönüyle feodalite gerçeğinden de kaynaklıdır. Bkz. Von Bar, 208-209-210-211-214-215-216-217 vd.

[20] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.

[21] Mehmet Cemil Ozansü, *Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi*, (İstanbul: On İki Levha, 2014), 328-329-330-331-343.

[22] Renout, *Droit Penal General*, 18; Von Bar bu noktada yalnızca, hakimlerin örfte yeri bulunmayan "açlıktan öldürme" gibi değişik cezalara hükmedemediği şerhini düşmektedir. Von Bar, *A History of Continental Criminal Law*, 264-265.

[23] Voltaire, *Hoşgörü Üzerine İnceleme*, çev. Mustafa Topal, (İstanbul: Karbon, 2023), 9-10-11-13-15-17-19-145 vd.

verileceği de belli olmayıp; bu cezaların işkence edilerek öldürme, uzuv kesme, yakma, para cezası, hapis, kınama gibi pek çok çeşidi bulunmuştur.^[24]

Fransa örneğini detaylandırmak gerekirse, mutlak monarşinin sağlanamadığı feodal dönemde durum daha da karışık olup, birkaç kilometre arayla benzer eylemlere çok farklı cezaların verilebildiği görülmüştür. Zira kralın yanında her feodalin ayrı bir yasama ve yargı yetkisi de bulunmuştur. Pekala buna af yetkisi de eşlik etmektedir ve durum öylesine öngörülemezdir ki kimi zaman halk doğrudan bu işe karışıp, zindanları basarak cezaları kendileri dahi vermeye girişmiştir. Orta çağ Avrupa'sında bu tür olaylar çokça kayıtlıdır.^[25] Zira bir faile ne olacağı çoğu zaman öngörülebilir değildir. Mutlak monarşi Fransa'sında yani kuvvetlerin yalnız kralda bulunduğu, kralın bunu temsilen taç giyme törenlerinde adaletin elini de aldığı dönemlerde,^[26] kralın tüm kuvvetleri elinde tutması dolayısıyla yürütmenin organları da hem yasama hem yargı ve hem de yürütme yetkisini kullanabilmiş, bürokrasinin ve hatta polis memurlarının bile kanun, fermanlar yahut örfte suç olabilecek durumları re'sen bir yargılama dahi yapmadan keyfi biçimde cezalandırmaları olağan bir durum olarak kabul edilmiştir.^[27]

Peki temel dilin Latince olduğu Roma hukukunda ve bilahare Latincenin bilim ve edebiyat dili olduğu orta ve yeni çağ Avrupası'nda kanunilik ilkesinden eser dahi yoksa, nulla poena sine lege gibi Latince özdeyişlerin kökeni nedir? Doğrusu bu Latince özdeyişlerin temeli, Feuerbach'ın 18. yüzyılda yazdığı ceza hukuku kitabı yani aydınlanma çağıdır. Feuerbach, Pufendorf'tan sonra Alman klasik okulunun ceza hukuku teorisinin temellerini atan eserinde genel önleme amaçlı kanunilik ilkesinin unsurlarını ortaya koyarken, Latince olarak, “*Nulla poena sine lege-Nulla poena sine crimine-Nullum*

[24] Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 8. Baskı (Ankara: İmge, 2019), 71-72-74.

[25] François Guizot, *Madame de Witt ve Mayo Williamson Hazeltine, France: To 1789*, trans. Robert Black, (New York: P. F. Collier, 1898), 223.

[26] Renaud Denoix de Saint Marc, *Devlet*, çev. İsmail Yerguz, (Ankara: Dost, 2009), 74-75.

[27] Guizot, Witt ve Hazeltine, *France: To 1789*, 223; Guizot, Witt ve Hazeltine, eski rejimin 18. yüzyıl Fransa'sını aktarırken şöyle bir olay anlatmaktadır: “... ve polis memuru, hırsızlık yaptıkları evlerin pencerelerine iki yağmacıyı astırdı.” Guizot, Witt ve Hazeltine, *France: To 1789*, 181.

crimen sine poena legali^[28] demiştir.^[29] O dönemin hukukçuları doğrudan Feuerbach'tan, diğerleri de kendilerinden önceki nesilden aktararak, bir silsile halinde Feuerbach'a ait olan bu Latince özdeyişi tekrar etmiştir.^[30]

2- İslam Şeriatı ve Osmanlı'nın Naslardan Kaynaklanan Ayrık Durumu

Binding'in Eski Ahit üzerinden zikrettiği “ilahi otoritenin emri olan, değiştirilemez yazılı kurallara sahip bir ceza hukuku”, şüphesiz ki belirlilik noktasında müspet bir yapı ortaya koymaktadır.^[31] Dolayısıyla tıpkı Yahudi şeriatında olduğu gibi İslam şeriatında da Kur'an vasıtasıyla oluşturulmuş bir belirliliğin mevcut olduğunu söylemek gerekir. İslam ceza hukuku yani ukubat içerisinde suç ve cezaların kaynağı evvela *nas*lardır. Bunlar Kur'an ve sünnettir. İkinci olarak da müçtehitlerin *nas*ların yorumu vasıtasıyla ortaya koyduğu bağlayıcı içtihatlar bulunur. Bunlar *nas*ların açıklaması niteliğinde olabileceği gibi *nas*larda hüküm bulunmayan alanlarda *nas*lardaki temel şeriata aykırı olmayacak şekilde hukuk yaratma şeklinde de görülür. Üçüncü olarak, ilahi norm niteliğindeki *nas*larda hüküm bulunmayan

[28] Feuerbach'ın kitabının ilgili bölümünün İngilizce çevirisinde bu özdeyişler sırasıyla, “no penalty without law-no punishment without a crime- no crime without a legal penalty” şeklinde çevrilmiştir. Bkz. *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, ed. Markus D. Dubber, (Oxford: Oxford University Press, 2014), 386. Bunların Türkçe çevirisi ise “kanun olmadan ceza olmaz-suç olmadan ceza olmaz-kanuni ceza olmadan suç olmaz” şeklindedir. Yani Feuerbach cezaların kanunlarda düzenlenmesi gerektiğini, bunların ancak bir suça karşılık öngörülebileceğini ve suçların da yalnızca kanunlarda düzenlenen bu cezalar ile cezalandırılan durumlar olduğunu zikrederek, kanunilik ilkesinin genel esaslarını ortaya koymuştur. Ayrıca bkz. Tatjana Hörnle, “PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law,” içinde *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, ed. Markus D. Dubber, 119-141. Oxford: Oxford University Press, 2014, 131-132.

[29] Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach ve Carl Joseph Anton Mittermaier, *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Gültigen Peinlichen Rechts*, 13. Auflage (Giessen: Georg Friedrich Heyer's Verlag, 1847), 41-42.

[30] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 20; Hörnle, “PJA von Feuerbach and His Textbook of the Common Penal Law,” 131.

[31] Karl Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung Band 1*, 2. Auflage. (Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1890), 136-137-138-141 vd.

hallerde uygulanacak olan ve *nas*lara aykırı olamayan, beşeri iktidarın ta'ziren koyduğu hukuk kuralları bulunur.^[32]

Ukubattaki belirlilik, temel olarak *nas*lardan doğar ve bu kaynaklarda yer alan suçlar da hadd ile kısas suçlarıdır.^[33] Fıkıh kitaplarında “ukubatta kanunilik ilkesinin geçerli olduğu” yönünde görüşler mevcuttur.^[34] Lakin ukubat için geçerli olan bu belirlilik, külli olarak ceza hukukunun öngörülebilir bir yapıda olması sonucunu doğurmamaktadır. Dolayısıyla burada kanunilik ilkesiyle tamamen örtüşen bir yapı yoktur. Zira evvela *nas*larda her suç belirli olmayıp, ta'ziren suç ve cezalar türetilmesi gerekmiştir. *Nas*larda yer alan suçların unsurları yahut şahit sayısı gibi koşullar oluşmadığında da ta'ziren cezalandırma yoluna gidilebilmesi meşru görülmüştür.^[35] İkinci olarak *nas*larda yer alan hadd ve kısas suçlarının unsurları ve bunların cezaları

[32] Fahrettin Atar, *Fıkıh Usulü*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, 1998), 335; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, (İstanbul: İrfan, 1974), 138-140-141 vd.; Şamil Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara, 1999), 23-24 vd.

[33] Doğrudan Kur'an ayetlerinde yer alan ve fıkıh alimleri tarafından sistemleştirilen hadd ve kısas suçları, dayanağını *nas*lardan alır ve içtihatlar yoluyla somutlaştırılır. Hadd suçları Allah'a karşı işlenmiş sayılır ve Allah için cezalandırılır. Kısas suçları ise kişilere karşı işlenmiş sayılır ve kul hakkı için cezalandırılır. Hadd suçları; zina, zina iftirası, içki içmek, hırsızlık, yol kesme, dinden dönme, isyan etme şeklindedir. Zina suçu İsrâ 17/32 ve Nur 24/2'de, zina iftirası suçu Nur 24/4'te, içki içme suçu Nur 24/4 ve Maide 5/90'da, hırsızlık suçu Maide 5/38'de, yol kesme suçu Maide 5/33'te, dinden dönme suçu Ali İmran 3/85 ve Bakara 2/217'de ve isyan etme suçu ise Hucurat 49/9'da düzenlenmiştir. Kısas suçları ise cinayet ve yaralama suçları olup, her türlü işleniş biçimleri ve neticeleri ayrıntılarıyla düzenlenmemiş ise de genel hatlarıyla Bakara 178-179, İsrâ 34 ve Maide 45'te düzenlenmişlerdir. Bkz. Abdulkadir Udeh, *Mukayeseli İslam Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, çev. Ali Şafak, (İstanbul: Kayihan, 2012), 109-110-147-148-149; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 125-136; *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, 23.

[34] Servet Armağan, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı, 2015), 166-167; M. Cevat Akşit, *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, (İstanbul: Edebiyat Fakültesi Matbaası, 1976), 68; Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, 35.

[35] Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 139-140-141.

noktasında da mezhepler arasında farklı yorum ve uygulamalara gidilmiş, bu yorum farkı mezheplerin kendi içinde de görülebilmektedir.^[36]

Ukubatta, kanunilik ilkesinin bugünkü anlayışı ile külliyen örtüşen bir yapı bulunmasa da kanunilik ilkesinin Avrupa'da ancak 19. yüzyılda benimsenebildiği göz önünde bulundurulduğunda, özünde ukubatın yüzlerce yıl boyunca çağı için belirlilik ilkesi noktasında son derece başarılı bir portre çizdiğini söylemek gerekir. Yine bu noktada unutulmaması gerekir ki kanunilik beşeri hukuku hedef alan bir ilkedir ve bütün suçlar ile cezalarının ilahi bir kaynaktan yazıyor olmasını beklemek, hatalı bir anlayış olacaktır.

Osmanlı ceza hukukunu da aydınlanmaya kadar Avrupa'daki çağdaşlarından belirlilik noktasında olumlu yönde ayıran husus, bir İslam devleti olarak imparatorluğun şeriat temelli ukubatı uygulaması olmuştur. Fakat Osmanlı'da da şeriat haricinde padişahın ta'ziren yürürlüğe koyduğu kurallar (*örf*), hukukun önemli bir bölümünü oluşturmuştur. Kural olarak ta'ziren konulan bu normlar şeriata aykırı olamayacak ise de^[37] Osmanlı'da zaman zaman farklı yönde kanunlaştırma hareketlerine gidildiği de görülmüştür.^[38] Osmanlı'da yüzyıllar boyunca belli başlı kanunlaştırma hareketleri gerçekleşmiş ise de Ortaylı'nın da belirttiği gibi imparatorlukta ciddi bir kodifikasyon eksikliği görülmektedir.^[39] Dolayısıyla tıpkı Avrupalı devletler gibi Osmanlı'da da kodifikasyon eksikliği sebebiyle yargılamalara yönelik padişahın, yöneticilerin ve kadıların suç ve cezalar ürettiği görülmüş, yargılamalarda kıyas olağan bir uygulama olmuştur.^[40] Tüm bunların ötesinde doktrinde öngörülebilirlik noktasında en çok eleştirilen husus; Tanzimat Fermanı ile padişah bu hakkından feragat edene kadar, Osmanlı'da yazılı

[36] Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 126-127-131-136-156.

[37] Halil İnalcık, "Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 13 no. 2 (1958), 102-26, 102-103-107; Sami Selçuk, *Adalet ve Yaşayan Hukuk*, (Ankara: İmge, 2009), 165.

[38] Recai G. Okandan, *Amme Hukukumuzun Anahatları Cilt 1*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972) 47-48.

[39] İlber Ortaylı, *Osmanlı'da Değişim ve Anayasal Rejim Sorunu*, (İstanbul: Türkiye İş Bankası, 2017), 29.

[40] Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı. (Ankara: Yetkin, 2016), 73.

yahut yazısız bir suç normu bulunsun ya da bulunmasın, padişahın yargılama dahi yapmadan tek taraflı iradesiyle birinin idamını yahut daha hafif şekilde cezalandırılmasını emredebiliyor oluşudur.^[41]

B) AYDINLANMA ÖNCESİNDE KANUNİLİK İLKESİNE BENZER SÖYLEMLER

Bugün bildiğimiz şekliyle kanunilik ilkesinin tamamen aydınlanmanın eseri olduğunu söylemek yanlış olmaz.^[42] Ancak aydınlanma filozoflarının fikirlerinden önce de kanunilik ilkesine benzer istisnai söylemler olmuştur. Dolayısıyla Feuerbach'ın Latince söylediği özdeyiş aslında Yunanca olabilirdi. Zira Yeni Ahit'in bir parçası kabul edilen Pavlus'un Romalılara Mektuplar'ı Yunanca yazılmıştır ve orada aynen şöyle bir ifade mevcuttur: “Çünkü Yasa Tanrı'nın öfkesine neden olur. Oysa Yasa'nın olmadığı yerde Yasa'ya karşı suç da yoktur.”^[43] Ancak şüphesiz ki Pavlus burada şeriatı kastetmektedir.

Antik çağdaki ceza hukuku anlayışı, genel olarak von Bar'ın deyimiyle “bireyi topluma feda eden”^[44] bir niteliğe sahip olsa da Pavlus'tan önce bu tür söylemler antik Yunan ve antik Çin'de de görülmüştür. Milattan önce dördüncü yüzyılda yaşadığı düşünülen Aristo'ya göre kanunlarda düzenlenebilecek her konuyu ayrıntısıyla düzenleyerek, hakimlerin takdir yetkisini mümkün olduğunca kısıtlamak gerekir. Bunun sebebi, kanunların uzun ve istişarelerle geçen süreçler sonucu hazırlanırken, hakimlerin kararlarını kısa sürede veriyor olması, kanunlar belirli bir olaya değil genele yönelik düzenlenirken, hakimlerin belirli bir olaya yönelik karar vermesi ve bunda da kişisel görüşlerini işin içine katabilecek olmasıdır. Aristo'ya göre hakimler hukuki yorum yapamaz, yapamamalıdır. Onların görevi sadece maddi uyumsuzluğu çözmek ve mevcut kuralı olduğu gibi uygulamaktır. Ona göre suça konu eylemler, kanunlarda açıkça tanımlanmalıdır. Zira bir insan “malı

[41] Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, (Ankara: Yetkin, 2013), 95; Selçuk, *Adalet ve Yaşayan Hukuk*, 168-169-173.

[42] Jean Pradel, *Histoire des Doctrines Penales*, (Paris: Presses Universitaires de France, 1989), 23; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 20; Günther Jacobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (Berlin: De Gruyter, 1983), 52; Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 132-133; Michael Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (Berlin: Springer, 1997), 77; Masferrer, “Principle of Legality,” 257.

[43] Yeni Ahit, Romalılara Mektuplar, (4:15).

[44] Von Bar, *A History of Continental Criminal Law*, 386

aldım ama hırsızlık yapmadım” dediği zaman, aksini kanıtlayabilmek için bu haksız eylem tiplerinin tanımlanmış olması gerekir. Aristo’ya göre olması gereken budur fakat Aristo, kanunların her türlü ayrıntıyı tanımlamasının imkansız olduğunu söyleyerek, yer yer genellemelere başvurulabileceği ve bunun da hakim yorumunu zaruri kılacağını söylemiş, hakim yorumunun sınırını ise hakkaniyet olarak açıklamıştır.^[45]

Peki Aristo’nun burada “yasa-kanun” ile kastettiği şeyin anlamı nedir? Aristo yazılı olmayan kanunlarla^[46] da suç oluşturulabileceğini ve hatta bu tür kanunları çiğnemenin daha ağır cezaları hak ettiğini söylemektedir ki burada kastedilen tabii hukuktur. Aristo, beşeri kanunlara göre haksızlık oluşturan bir eylemi tabiat kanunları yani tabii hukukun meşru hale getirebileceğini, hakimlerin bunu da dikkate alması gerektiğini de söylemektedir.^[47] Aristo’nun hocası Platon’un da Yasalar’da ortaya koymuş olduğu bazı “hukuka bağlı

[45] Aristoteles, *Retorik*, çev. Ari Çokona, 5. Baskı (İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2021), 3-4-68-69.

[46] Antik Yunan’da gelenekler, töreler ve eskiden beri süregelen örfi kurallar yahut ilahi şeriatın müteşekkil tabii hukuka karşılık *nomos* kavramı, yazılı hukuk kurallarına karşılık ise *thesmos* kavramı kullanılmıştır. Bkz. Jerzy Zajadlo, “The Concept of Nomos,” *TOM 12*, no. 3 (2020), 143-61, 158. Antik Yunan’da özünde yazılı kanunlar önemli bir yer etmiştir ve Aristo’nun beyanına göre Atina’da ilk yazılı kanunları yapan, milattan önce 621 yılında Drakon olmuştur. Bilahare Solon, onun acımasız kanunlarını yürürlükten kaldırarak kendi yazılı kanunlarını koymuştur. Fakat yazısız hukuk da yürürlükte kalmıştır. Bkz. Aristoteles. *Atinalıların Devleti*, çev. Oğuz Yarlığaş. (İstanbul: Alfa, 2019), 45-47-51. Yine Ksenophon’un aktardığı üzere Sparta’da da yazılı kanunlar mevcuttur fakat yazısız hukuk da yürürlükte. Bkz. Ksenophon. *Spartalıların Devleti-Atinalıların Devleti*, çev. Okan Demir. (İstanbul: Pinhan, 2021), 19-21-25-35 vd.

[47] Aristoteles, *Retorik*, 72-73. Aristo’nun kendi penceresinden bakılır ve “tabii hukuku herkes bilir” denilir ise bu anlayış yazılı kanun şartı dışında bugünün kanunilik ilkesi ile paraleldir denilebilir. Fakat şüphesiz ki gerçekler böyle değildir ve Aristo’nun kuramının yalnızca yazılı kanunlar yönüyle bu paralelliği sayılabileceği ve yazısız hukuka göre yapılabilecek cezalandırmaların da aleyhe uygulandığı zaman öngörülebilirlik ile bağdaşmadığı açıktır.

devlet-kanunlara göre cezalandırma gereği” vurguları mevcuttur^[48] ki bunlar da yazısız kanunları da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.

Konfüçyüsçülük sonrası milattan önce üçüncü yüzyıl Çin’inde ise yasacılar ve onların yasacılık felsefesine rastlanmaktadır. Yasacıların temel amacı, düzen ve öngörülebilirlik olmuştur. Onlar, mutlak monarşiyle yönetilecek devletin bağlayıcı kurallar yani hukuk ile sıkı sıkıya bağlı kalması gerektiğini söylemiştir. Kanunların kamuya açık ve herkesin anlayabileceği şekilde ilan edilmesi gerektiğini dile getirmiştir. Onlara göre kanunlardaki cezalar da belli olacak ve hakim, hukuk yaratamayacaktır.^[49] Tüm bu okumalar, yasacıların bugünün kanunilik ilkesinin temelini attığını ve hatta uygulamaya koymaya çalıştığını söylemek için yeterli gibidir. Fakat Pines, bunun anakronizm olduğunu, çoğunlukla yapılan, yasacıları bugünün hukuk devleti anlayışına yaklaştıran yorumların hatalı olduğunu ve yasacılık felsefesinde yasa-kanun anlamında kullanılan “fa” kelimesinin yazılı hukuktan çok daha geniş bir manaya sahip olduğunu belirtmektedir.^[50]

Öyleyse eski çağlardaki bu ve benzeri beyanları yazılı hukuk özelinde değil; yazılı hukuk ile birlikte tabii hukuk, şeriat yahut örfi hukuk veya töre şeklinde anlamak daha mantıklı olacaktır.^[51] İşte zaten böyle olunca da belirlilik ve öngörülebilirlik ortadan kalkmakta ve bu söylemler kanunilik ilkesine yalnızca “benzer” olmak sınırının ötesine geçememektedir.

[48] Platon, *Yasalar*, çev. Candan Şentuna ve Saffet Babür, (İstanbul: Kabalcı, 2012), 57-172-173.

[49] Alain Supiot, *Homo Juridicus*, çev. Bige Açımuz, (Ankara: Dost, 2014), 65; Clive Ponting, *Dünya Tarihi*, çev. Eşref Bengi Özbilen, 7. Baskı. (İstanbul: Alfa, 2018), 181-182; Bridgette Byrd O’Connor, “Legalism,” erişim 10 Nisan 2025, <https://www.oerproject.com/OER-Materials/OER-Media/HTML-Articles/Origins/Unit4/Legalism/760L>; Qiang Fang, “The Spirit of the Rule of Law in China,” *Education About ASIA* 13, no. 1 (Spring, 2008): 36-41, 36-37-38 vd.

[50] Yuri Pines, “Legalism in Chinese Philosophy,” içinde *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2020 Edition)*, Editor Edward N. Zalta, <https://leibniz.stanford.edu/friends/preview/chinese-legalism/>, 1-2-3 vd.

[51] Karl Binding, *Handbuch des Strafrechts* 1, (Leipzig: Duncker & Humblot, 1885), 17-18-19-20-21.

Peki bu eski doktrinlere değilse bile kanuniliğin temeli Magna Charta'ya götürülemez mi? Zira kimilerine göre ilkenin kökeni Magna Charta ile başlamaktadır.^[52] Hatta Magna Charta Latince yazılmıştır ve özünde bu görüş doğruysa, Feuerbach'ın Latince özdeyişlerini Roma değil, İngiliz hukukunda bulmak mümkün olacaktır. Fakat Magna Charta'da bu özdeyişler ile birebir örtüşen bir madde yoktur. Dahası Magna Charta, *habeas corpus*^[53] ile tabii hakim ilkesini külliyen düzenliyor olsa da kanunilik ilkesine yalnızca ufak bir dokunuş yapmakla yetinmiştir ki metnin amacı da zaten kanunilik ilkesi değildir. Zaten yazılı olmayan İngiliz ceza hukukunun “*monark ve feodallerin buyrukları ile toplumsal örfün yahut salt takdirin şekillendirdiği yargıç kararları*” ekseninde geliştirilmesi sebebiyle dönemin common law sisteminde böyle bir anlayışın mevcut olması da mümkün değildir.^[54] Durum böyle olmakla birlikte kral ile feodaller arasında yapılan Magna Charta'nın kanunilik ilkesi

[52] Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1973), 75.

[53] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde yer alan özgürlük ve güvenlik hakkının temel argümanı olan, yasal süreç yani hukuki dayanağa sahip bir idari emir yahut mahkeme kararına dayanmaksızın hiç kimsenin özgürlüğünden mahrum bırakılamayacağına ve bu durumların itiraza konu edilebileceğine dair ilke, common law geleneğinde habeas corpus olarak temellenmiş ve common law geleneğinde yazılı olarak ilk kez Magna Charta'nın 39. (kimi kaynaklarda 40. madde olarak geçmektedir) maddesinde ortaya konmuştur. İlgili madde şu şekildedir: “*Hiçbir özgür insan, eşitlerinin/akranlarının yasal kararı ya da ülkenin kanunları/hukuku (law-legen) dışında, tutuklanmayacak, hapsedilmeyecek, mallarına el konulmayacak, sürgüne gönderilmeyecek ya da herhangi bir şekilde yok edilmeyecek.*” Bu ilke günümüzde olduğu gibi yalnızca hürriyetten yoksun kılma noktasında değil, cebre dayalı uygulamalar noktasında da yasal süreç zorunluluğunu getirmektedir. Bkz. Amanda Tyler, “Second Magna Carta: The English Habeas Corpus Act and The Statutory Origins of The Habeas Privilege,” *Notre Dame Law Review* 91, no. 5, 1949-96, 1957-1958-1959; Brenda Hale, “Magna Carta: Our Shared Heritage,” *Journal of Supreme Court History* 41, no. 2 (2016), 135-146, 135-136-137-144-145-146.

[54] Benzer yönde bkz. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı. (Ankara: Adalet, 2022), 160.

ile gerçekten de ilgili gözüken bazı maddeleri mevcuttur^[55]. Ancak Magna Charta'daki kanuniliğe benzer bu tür düzenlemelerin anlamının bugünkü gibi anlaşılması mantıklı bir düşünce olmayıp, bu düzenlemelerin usule dair bir yollamaya işaret edebileceğini söylemek gerekir.^[56] Ayrıca Schmitt'in de ifade ettiği üzere modern kavramları 13. yüzyılda kral ile soylular arasında imzalanmış bir belgeye atfetmek hatalı olacaktır. Dahası ona göre Magna Charta, soylu (*freeman*) olmayan halka yönelik bir hak da barındırmamaktadır.^[57] Tüm bunların yanında, Magna Charta'nın kanunilik ilkesiyle açıkça çelişen yönlerinin bulunduğunu da belirtmek gerekir.^[58]

[55] “39. Hiçbir özgür insan, eşitlerinin/akranlarının yasal kararı ya da ülkenin kanunları/hukuku (*law-legen*) dışında, tutuklanmayacak, hapsedilmeyecek, mallarına el konulmayacak, sürgüne gönderilmeyecek ya da herhangi bir şekilde yok edilmeyecek ... - 52. Herhangi biri eşitlerinin/akranlarının yasal yargısı olmadan, bizim tarafımızdan topraklarından, kalelerinden, imtiyazlarından veya haklarından mahrum bırakılmış veya uzaklaştırılmışsa, bunları derhal kendisine geri vereceğiz ve bu konuda bir anlaşmazlık çıkarsa bu, aşağıda barışın sağlanmasına ilişkin maddede adı geçen yirmi beş baron tarafından karara bağlansın. ...”. Metin için bkz. “Magna Charta,” Yale Law School Avalon Project, erişim 10 Nisan 2025, <https://avalon.law.yale.edu/medieval/magframe.asp>.

[56] Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 131.

[57] Habeas corpus ilkesinin düzenlendiği madde dahil, metnin her maddesinde hakların süjelerine yönelik “freeman” vurgusu mevcuttur. Bkz. Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, trans. Jeffrey Seitzer, (London: Duke University Press, 2008), 98.

[58] Magna Charta, bir kişinin eşitleri tarafından verilen ve örf dışında ne şekilde verileceği belli olmayan kararlar ile cezalandırılabilmesini mümkün kılmaktadır. Ayrıca metin gerek bedensel cezalar gerekse sair pek çok cezaya değinmeyerek salt “hapsedilme-sürgün-idam” hususlarına değinmiş, hapis ise o dönemde bir ceza olarak uygulanmadığı ve salt bir tutuklama işlemi olarak gerçekleştirildiği için sürgün ve idam cezaları dışında daha çok *habeas corpus* ile bağlantılı olduğunu ortaya koymuştur. İkinci olarak, “eşitlerinin/akranlarının yasal kararı ya da ülkenin kanunları/hukuku (*law-legen*) dışında” denilerek eşitler arasında yapılacak yargılamaya alternatif bir cezalandırma dayanağı olarak getirilen ve “ülkenin kanunları/hukuku” kısmındaki kavram yazılı hukuka karşılık gelmemektedir. Zira yüzyıllar sonra Hobbes ve Blackstone bile hukukun üstünlüğünü aktarırken *law* kavramını yazısız hukuk ile içtihatları da kapsar şekilde kullanmıştır. Bkz. William Blackstone, *Commentaries On the Laws of England Book 1*, ed. William Gardiner Hammond, (San Francisco: Bancroft-Whitney, 1890), 296-297-298-302-304-305 vd.; Thomas Hobbes, *Leviathan*, çev. Semih Lim, 19. Baskı. (İstanbul: Yapı Kredi, 2019), 201-204-205-214-220-221. Esasında zaten Magna Charta Yurtsuz John (*kral*) tarafından imzalandıktan sonra uygulanmaması uğruna

C) AYDINLANMA FELSEFESİNDE KANUNİLİK İLKESİ VE İLKENİN DOĞUŞU

Aydınlanma felsefesi, yıktığı skolastik felsefenin aksine insanın özgür irade sahibi olduğunu ve aklını kullanarak, rasyonel biçimde kararlar aldığını dile getirmiştir. İnsanı yaptıklarından sorumlu kılan da işte bu özelliğidir. Doğru ile yanlış arasındaki farkı akıl yoluyla kavrayıp, davranışlarına yön verebilecek insanın bu özelliğini kullanabilmesi için de nelerin doğru nelerin yanlış olduğunun bilinebilir olması gerekir. Aksi halde insan, öngöremeyeceği bir şey yüzünden sorumlu tutulmuş olacaktır ki bu doğru değildir.^[59] Dolayısıyla devletin de belirli hukuk normları vasıtasıyla sınırlandırılması gerekmektedir. Bu belirli hukuk normları hem devletin keyfiliğini önleyecek ve hem de insanın yanlış olanın bilgisi sayesinde doğruya yönelebilmesini sağlayacaktır.^[60] Bu anlayışıyla aydınlanma, tabii hukukun kendinden önceki “ödevci” anlayışını yıkarak, bugünün insan hakları doktrinini doğuran “hakçı” bir tabii hukuk anlayışını yaratmıştır.^[61] Dolayısıyla bu felsefe totaliter değil, liberal olmuş, devleti hukuk eliyle sınırlandırarak insan yaşamını öngörülebilir

feodal beyler ile savaşa dahi girişilmiş (bkz. *Birinci Baronlar Savaşı*) ve 17. yüzyılda parlamentodan bir kanun olarak *habeas corpus* çerçevesinde çıkarılmadan önce pek de uygulanmamıştır. Bkz. Neil Douglas McFeeley, “The Historical Development of Haberas Corpus,” *Southwestern Law Journal* 30, (1976): 585-600, 586-587 vd.

[59] Johann Gottlieb Fichte, *The Science of Rights*, çev. A. E. Kroeger, (London: Trübner & Co, 1889), 16-17-19-20-22-67-68-78 vd; Jean Jacques Burlamaqui, *Doğal Hukukun İlkeleri*, çev. Barkın Asal, (İstanbul: Pinhan, 2021), 20-21-24-31-32-39-41; Samuel Pufendorf, *Doğal Hukuka Göre İnsanın ve Yurttaşın Ödevi*, çev. Reha Kuldaşlı, (İstanbul: Timaş, 2023), 53-55-56-57-63-64; Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, çev. Cenap Karakaya, (İstanbul: Sümer, 2015), 113-116-117-118-119-120-129-130; Benedict De Spinoza, *Tractatus Theologico-Politicus*, çev. R. H. M. Elwes, (London: George Routledge and Sons, 1862), 294-295; Thomas Hobbes, *Elements of Natural Law: Natural and Politic*, (Oxford: Thornton, 1888), 60-61-62-63-64 vd.; Hugo Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, çev. Seha L. Meray, (İstanbul: Say, 2011), s. 178-179-181-185-186.

[60] Ortolan, *Elements de Droit Penal Vol 1*, 105; Hörnle, “PJA von Feuerbach and His Textbook of the Common Penal Law,” 123-124-125; David Scott and Nick Flynn, *Prisons and Punishment*, (London: SAGE, 2014), 42; Xingliang Chen, *Humanistic Foundation of Criminal Law*, (Singapore: Springer Nature, 2023), 23-24-25 vd.; Özgür Küçüktaşdemir, “Aydınlanma ve Ceza Hukuku,” *TBB Dergisi*, no. 113 (2014), 57-98, 70.

[61] Michel Troper, *Hukuk Felsefesi*, çev: Işık Ergüden. (Ankara: Dost, 2019), 20-21.

ve değerli kılmayı hedeflemiştir. Bu özelliği sebebiyle aydınlanma felsefesi, günümüz liberal hukuk devleti ideolojisinin de temellerini atmıştır.^[62]

Aydınlanma felsefesinin ceza hukuku alanındaki görünümü, hukuk literatüründe “klasik okul” olarak adlandırılmaktadır.^[63] Klasik okul mensupları, ceza hukukundaki hakim-monark keyfiliği ve öngörülemezliğe bir tepki olarak, eserleri ve söylemlerinde kanunilik ilkesini de içeren köklü ceza hukuku reformlarını şiddetle dile getirmiştir. Dolayısıyla insanlığın makus talihini değiştiren klasik okulun felsefesi, zalimane cezalara ve belirlilik/kanunilik ilkesinin yokluğundan doğan kaosa karşı adeta bir baş kaldırı niteliğindedir.^[64]

[62] Georg Jellinek, *The Declaration of The Rights of Man and of Citizens: A Contribution to Modern Constitutional History*, trans. Max Farrand. New York: Henry Holt and Company, 1901, 94; Küçüktaşdemir, “Aydınlanma ve Ceza Hukuku, 73; Şunu da belirtmek gerekir ki bu bir genellemedir. Zira örneğin Hayek’in “totalitarizmin ana kaynağı” olarak nitelediği Hegel felsefesinde, olması gereken yönetim biçimi kuvvetler birliğine oldukça yakın bir görünüm çizer. Bu konuda bkz. Friedrich A. Hayek, *Kanun, Yasama Faaliyetleri ve Özgürlük Cilt 1*, çev. Atilla Yayla, İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 1994, 49; Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* 280-289.

[63] Klasik okul, aydınlanma felsefesini ceza hukukuna uyarlamaya çalışan Hobbes, Spinoza, Pufendorf, Locke, Leibniz, Thomasius, Wolff, Rousseau, Beccaria gibi filozof-hukukçuların içerisine dahil edildiği bir kavramdır. Neo-klasik okul kavramı ise ceza hukuku devrimini yapan klasik okulu, devrim sonrası yani 19. yüzyıldaki benzer görüşleri paylaşanlardan ayırmak için üretilmiştir. Bu çerçevede neo-klasik okul kavramı; Carrara, Guizot, Ortolan, Rossi, Binding gibi klasik okulun 19. yüzyıl ve sonraki takipçilerine karşılık gelir. Bkz Cartuyvels, Guillaïn et Nederlandt, *Droit Penal General (Partie 1)*, 1; Pradel, *Manuel de Droit Penal General*, 95; George B. Vold, Thomas J. Bernard and Jeffrey B. Snipes, *Theoretical Criminology*, (New York: Oxford University Press, 1998), 21-22; Von Bar, *A History of Continental Criminal Law* 398-400-407-409 vd.

[64] Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 76; Masferrer, “Principle of Legality,” 271; Joseph Louis Elzear Ortolan, *Elements de Droit Penal Vol. 1*, (Paris: Plon, 1859), 237; Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 217; Pierre-Louis Bodson, *Manuel de Droit Penal*, (Liege: Universite de Liege, 1986), 39-40; Rossi, *Traite de Droit Penal Vol 3*, 227-228; Von Bar, *A History of Continental Criminal Law*, 316-317-318 vd.

Erasmus'un kanunilik noktasında önemli söylemleri^[65] dikkat çekse de Beccaira dahil kendinden sonra gelenleri etkileyen, klasik okulu başlatan ve antik çağdaki istisnai akımlardan sonra kanunilik ilkesi dahil pek çok esası etraflica ilk kez ortaya koyan düşünürün Hobbes olduğunu söylemek gerekir.^[66] Ancak Hobbes'ta bu ilke, yazılı kanun esasına indirgenmez. Hobbes her ne kadar keyfiliğin önünü sınırsızca açan ve mutlak monarkın istediği her türlü suç ve cezayı koyabileceğini, kendi koyduğu kanuna aykırı davranışa bile kılıç hakkı gereğince tamamen sorumsuz olduğunu söyleyen bir felsefeyi *De Cive*'de ortaya koymuş^[67] olsa da *Leviathan*'da; sübjektif sorumluluğa dayalı suç genel teorisini, kusurluluğu kaldıran halleri^[68] ve kanunilik ilkesini yani ceza hukukuna dair bugün mevcut olan yapıyı diğerlerinden çok daha önce ortaya koymuştur. Hobbes, kanunilik ilkesinin "yasama işlemi olan kanunla koyulma" boyutu haricinde bugün kabul edilen tüm yönlerini etraflica ortaya koymuştur. Tabii hukuku beşeri iktidarın yarattığı normların üzerine koymayan Hobbes, bu şekilde Aristo'dan gelen eğilim ile Locke ve benzerlerinin ortaya koyduğu düzenden daha pozitivist bir yol ortaya koymuştur^[69]. Dolayısıyla Hobbes'a göre suçlar ancak beşeri kanunun ihlali sonucu oluşabilir. Hobbes, beşeri kanunu, yazılı ve yazısız kanunlar şeklinde

[65] Hobbes'tan önce yaşamış olan Erasmus, olması gereken bir yöneticinin "çıkartmak ve yürütmekten sorumlu olduğu yasaların öngördüğünden bir karış öteye geçemeyeceği" inancında olmuştur. Bkz. Erasmus, *Deliliğe Övgü*, çev. Yücel Sivri, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2017), 93.

[66] Luke Willam Hunt, "Hobbesian Causation and Personal Identity In The History of Criminology," *Intellectual History Review* 31, no. 2 (2021), 15; Bernard E Harcourt, "Beccaria's On Crimes and Punishments: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law," içinde *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Editor Markus D Dubber, (Oxford: Oxford University Press, 2014), 39-59, 44.

[67] Thomas Hobbes, *De Cive*, çev. Cihan Deniz Zarakolu, 3. Baskı. (İstanbul: Belge, 2018), 91-92-93-94 vd.

[68] Hobbes, *Leviathan*, 204-224-225-226.

[69] "Doğal hukuk, ancak bir devlet kurulduğunda, gerçekten yasa hükmü kazanır, daha önce değil; çünkü ancak o zaman devletin buyruğu ve devletin yasası haline gelir. İnsanları ona uymaya zorlayan şey egemen güçtür." Hobbes, *Leviathan*, 202.

tanımlayarak^[70], bu ilkeyi daha çok belirlilik ilkesiyle bağdaştırmıştır.^[71] Yazılı olsun ya da olmasın Hobbes’a göre kanunlar, insanların onlara itaat edilmesi gerektiğini bilebilecekleri şekilde topluma duyurulmalı, ilan edilmeli, gösterilmelidir. Aksi halde kanun yok hükmündedir. Ceza kanunlarında ise suça karşılık hangi cezanın verileceği de mutlaka gösterilmelidir. Öyle ki suç ve cezaların belirli olması, kişilerin bunlara uyabilecek olmasına yani genel önlemeye ve keyfi cezalandırmanın önlenmesine yarayacaktır. Yine hiçbir suç ve ceza asla ama asla geçmişe etkili olamaz ki Hobbes’a göre bu artık cezalandırma değil, düşmanlık olacaktır.^[72]

Kanunilik ilkesini ortaya koyan fakat bunu “liberal tabii hukuk anlayışının üstünlüğü” ile gerçekleştirdiği için özünde beşeri kanunların üzerine onları ilga etme potansiyeli bulunan yoruma açık tabii hukuku koyarak kanunilik ilkesini tabii hukuk ekseninde yumuşatan Locke^[73] ise suç ve cezaların özünde tabii hakların korunmasını amaçlaması gerektiğini belirtirken, yasamanın kural koymadığı alanlarda ise insanların tamamen özgür olacaklarını söylemiştir. Yasamanın kural koymadığı yerde serbestliğin olduğu liberal bir düzen fikri, kanunilik ilkesini zaten kendi içinde barındırır. Fakat Locke, meselenin ciddiyeti sebebiyle ceza hukuku alanında bu durumu ayrıca zikretmiş ve “cezalandırmaya dayalı cebir gücü ancak yasamanın tabii hukuka uygun

[70] “*Toplum yasası, her uyruk için, sözle, yazıyla veya iradenin bir başka yeterli işaretiyle, doğru ve yanlışın ayırdedilmesi için, yani neyin kurala aykırı olup neyin olmadığının ayırdedilmesi için kullanılmak üzere, devletin uyruklarına emrettiği kurallardır.*” Hobbes, *Leviathan*, 200.

[71] Yukarıdaki başlık altında gerek Almanya gerek Fransa örneklerinde bahsedildiği üzere, o çağdaki hukuk sistemleri yazılı kanunların yanında yazısız hukuk kurallarını da ceza hukukunun esas kaynakları arasında değerlendirmiştir. Hobbes’un buradaki belirlilik vurgusu; yazılı ve yazısız hukuk kurallarının yanında hakimin de suç ve ceza yaratma noktasında bir takdir yetkisinin bulunuyor olmasına karşı yapılmış bir eleştiri niteliğindedir.

[72] Hobbes, *Leviathan*, 200-201-202-204-205-214-218-219-220-221-233-234.

[73] Bu tür felsefeler her daim tartışmalı olmuş, meşruiyete kimin ne şekilde karar vereceği noktasındaki belirsizlik yüzünden eleştirilmiştir. Bu konudaki en sert eleştirilerden biri Bentham’dan gelmiştir. Bu konuda bkz. Jeremy Bentham, *Yasamanın İlkeleri*, çev. Barkın Asal, (İstanbul: On İki Levha, 2017). 9-10,108-109-110.

düşen pozitif kanunlarına göre yapılabilir” demiş ve kanunilik ilkesinin gerekliliğini vurgulamıştır.^[74]

Aydınlanma çağı ve Fransız İhtilali’ne giden yolun en önemli düşünürlerinden olan Montesquieu de kanunilik ilkesi taraftarı olup, hakimlerin keyfi hüküm vermesine karşı çıkmıştır. Roma hukukundan örnek vererek bu keyfiliği ciddi biçimde yermektedir. Ona göre “olması gereken” cumhuriyet rejimlerinde, hakimler ancak kanunun sınırları dahilinde hakları sınırlandırılabilir. Suçlara karşılık verilecek cezalar kanunlarda belli olmalıdır ki bu olduğunda, doğru cezanın verilmesi ve sanık aleyhine yorum yapılmaması için hakimın kör olmaması yeterli olacaktır.^[75] Fransız aydınlanmasının mühim filozoflarından bir diğeri olan J.J. Rousseau; Toplum Sözleşmesi adlı eserinde, kanunilik ilkesinden açıkça bahsetmese de genel iradenin ürünü parlamentodan çıkacak kanunların genelliğini ve herkese eşitlik ilkesi çerçevesinde uygulanacağını dile getirmiştir.^[76] Anayasa Projeleri adlı eserinde ise İngiltere’deki yargı kararları ve kanunların iç içe geçtiği common law sistemini yererek, kanunların son derece açık ve belirgin olması ile okullarda okutulması gerektiğini belirterek, dolaylı yoldan kanunilik ilkesini vurgulamıştır.^[77] Ekonomi Politik adlı eserinde ise yönetimin kanunlara bağlı olması gerektiği üzerinde durmuştur.^[78]

Bir diğr ünlü Fransız aydınlanma filozofu olan Voltaire’in ancak devletin pozitif hukukunun temel hak ve hürriyetleri kısıtlayabileceğine dair görüşündeki “pozitif hukuk” vurgusu ve kanunların belirlilik ilkesine uygun biçimde yürürlüğe koyulması gerektiğine dair görüşlerinin, özünde kanunilik ilkesini de barındırdığını söylemek mümkündür. Ayrıca Voltaire, hakimlerin asla yoruma başvurmamaları gerektiğine dair düşüncelerini de açıkça ortaya

[74] John Locke, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, çev. Fahri Bakırcı, 5. Baskı. (İstanbul: Serbest, 2019), 35-96.

[75] Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, çev. Berna Günen, 9. Baskı. (İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2023), 95-96.

[76] J. J. Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, çev. Vedat Günyol, 23. Baskı. (İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2016), 35.

[77] J. J. Rousseau, *Anayasa Projeleri*, çev. İsmail Yerguz, (İstanbul: Say, 2008), 137-138.

[78] J. J. Rousseau, *Ekonomi Politik*, çev. İsmet Birkan, 2. Baskı. (Ankara: İmge, 2015), 18.

koymuştur.^[79] Bunlara ek olarak Voltaire, Beccaria'nın Suçlar ve Cezalar Hakkında kitabına yazdığı şerhte de kanunilik ilkesine dair Beccaria'nın görüşlerini tasdik etmektedir.^[80]

Yukarıda zikredilen bu Fransız filozofların görüşleri Aristo yahut Locke ekseninde değildir. Locke gibi tabiat kanunları ile çeliştiği an ilga olacak pozitif hukuku dile getirmemiş, tabii hukuku genel iradenin ürünü beşeri kanunun üzerine koymamışlar fakat genel iradenin zaten tabii hukuka uygun normlar koyacağı gibi bir anlayışı da vurgulamışlardır. Dönemin Fransız filozoflarından Trosne ise Locke'un izinden giderek, tabii hukuku beşeri normların üzerinde tutmuş ve ihtilalden hemen önce 1777 tarihinde kaleme aldığı suç ve cezalara dair eserinde, tıpkı Aristo gibi hırsızlık yahut cinayet gibi tabii hukuka aykırılıkların cezalandırılması için ortada bir pozitif hukuk normuna gerek olmadığını dile getirmiştir. Trosne bunların suç olduğunun herkesçe bilineceğini belirtmiş fakat her suç için bu öngörülebilirlik geçerli olmadığından, "tabii hukuka aykırı olmamak şartıyla" suç ve cezada belirlilik ile öngörülebilir bir düzen için her türlü suç ve cezasının ancak pozitif kanunla koyulabileceğini, iktidarın yegane görevinin bu olduğunu dile getirmiştir. Trosne de diğer klasik okul mensupları gibi hakimlerin kıyasa başvurmasına tamamen karşıdır. Ona göre ne hakimler kanun koyabilir ne de krallar yargılama yapabilir. Zira ikisi birbirinden tamamen ayrı kuvvetlerdir.^[81]

Kanunilik ilkesi noktasındaki en ünlü filozof ise şüphesiz İtalyan Cesare Beccaria'dır. Pradel, Ceza Doktrinlerinin Tarihi adlı eserinde kanuniliğe dair Beccaria'dan önceki doktrinleri de dile getirmekte ve sonrasında, Beccaria'nın bu ilkeyi parlamentodan çıkan yazılı kanun zorunluluğu dahil, günümüzdeki haliyle sistemleştiren esas kişi olduğunu yazmaktadır.^[82] Hobbes'un aksine

[79] Voltaire, *Felsefe Sözlüğü Cilt 2*, (İstanbul: MEB, 1995), 177.

[80] O dönemde kanunilik ilkesi bulunmadığı ve özellikle hakimlerin keyfi olarak suç ve cezalar üretmeleri filozofların hiddetini çektiği için bu kitapta daha çok kanunların suç ve ceza öngörmediği davranışların yargıya taşındığında hakimlerin ne yapması gerektiği hakkında görüşler mevcuttur. Bkz. Voltaire, *Commentaire sur le Livre Des Delits Et Des Peines*, (Geneve, 1766), 22-23-24 vd.

[81] Guillaume-François le Trosne, *Vues Sur La Justice Criminelle: Discours Prononce au Bailliage d'Orleans*, (Paris: Debure Freres, 1777), 13- 25-31-96-97.

[82] Pradel, *Histoire des Doctrines Penales*, 26.

monarkın keyfi olarak koyduğu kanunları bu ilke ile bağdaştırmayarak, ilkeyi Locke ve Fransız filozoflar gibi liberal değerler üzerine oturtan yani bugünün liberal hukuk devleti ideolojisinin özündeki, “*meşruiyet için haklarını kısıtlayanın yine halkın kendisi olması*” esasını da vurgulayan Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında adlı ünlü eserinde kanunilik ilkesinin bugünkü liberal anlayışını her yönüyle olması gereken biçimde ortaya koymuştur. Beccaria da tıpkı Voltaire gibi hakimin pozitif hukuk normunu yorumlamaya devam edebilmesi ihtimalinden çok korkmuştur. Zira o dönemlerde bu imkan hiç de iyi sonuçlar doğurmamaktadır. Dolayısıyla o da Voltaire gibi yasama yorumunu benimsemiş ve kanunu ancak yasama organının yorumlayabilmesi gerektiğini söylemiştir. Ona göre “yapmaması gerekir ise de” eğer bir hakim yorum yapacaksa, bu yorum geniş bir yorum olamaz ve yasanın sözüne mutlaka bağlı kalınması gerekir. Yasanın sözünün de mantıklı bir yoruma müsait biçimde açık olması şüphesiz şarttır.^[83] Hobbes ve Feuerbach’ın aksine, ona göre kanunilik ilkesi ile genel önleme tam olarak bağdaşmaz. Zira bu ancak etkin biçimde cezaların tatbik edilmesiyle sağlanabilir.^[84]

Özellikle Napoleon Ceza Kanunu’nda büyük etkisi görülen Filangieri de Beccaria temelli bir kanunilik ilkesini ileri sürmüştür.^[85] Bentham da kanunilik ilkesini belirlilik boyutuyla birlikte vurgulamış, genel önleme-kanunilik noktasında da Beccaria gibi düşünmüştür.^[86] Kanunilik ilkesi taraftarı olan ve bunu aynı zamanda genel önleme amacı ile doğrudan bağdaştıran Feuerbach

[83] “... bir yurttaşın alın yazsının, başka başka mahkemeler önüne getirildiğinde, çoğu kez değiştiğini görmekteyiz. Zira bu zavallıların yaşamlarının, sahte usavurmaların ya da yasal yorum yerine zihne üşüşen bütün karmakarışık kavramlar dizisinin puslu, belirsiz sonucunu göz önünde tutan bir yargıcın yaradılışının, ruh durumunun o günkü taşkınlığının kurbanı olduklarını görmekteyiz. Yine aynı nedenlerle, çeşitli zamanlarda aynı mahkemenin aynı suçları başka başka cezalara çarptırdığına tanık olmaktadır. Çünkü, yasanın sürekli, değişmez ve kalıcı sesine değil, keyfi yorumların aldatıcı değişkenliğine teslim olunmaktadır.” Cesare Beccaria, *Suç ve Cezalar Hakkında*, çev. Sami Selçuk, 7. Baskı. (Ankara: İmge, 2018), 38.

[84] Beccaria, *Suç ve Cezalar Hakkında*, 31-36-38-41-150-203-206-222.

[85] Gaetano Filangieri, *La Science de la Legislation Vol 4*, (Paris: Chez Cuchet, 1787), 71-72-73.

[86] Bentham, *Yasamanın İlkeleri*, 63; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 1*, 66-67; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 80.

ise ülkesinde, kanunilik ilkesi çerçevesinde hakimlerin takdir yetkilerinin kısıtlanması noktasında reform gerçekleştirmeyi amaçlamıştır.^[87] Fichte de bu yöndeki benzer görüşlerini dile getirmiştir.^[88]

D) AYDINLANMANIN BAŞARISI VE KANUNİLİK İLKESİNİN POZİTİF HUKUK METİNLERİNE GİRİŞİ

Aydınlanma felsefesi, akıl sahibi bireye aklını kullanarak uyup uymama noktasında özgür seçimini yapacağı “binebilir” hukuk kuralları ışığında bir yaşam vaat etmiştir. Kanunlaştırma hareketlerinin başlıca sebebi, bu öngörülebilirliktir. Diğer sebebiyse şüphesiz ki iktidarı hukuk eliyle ve hatta meşruiyetini halktan alan bir hukuk yani parlamentolardan çıkan kanunlar vasıtasıyla sınırlandırmaktır. Dolayısıyla aydınlanma felsefesi ve yarattığı *(ve aslında devrimler eliyle dayattığı)*^[89] “öngörülebilir yaşam ve hukuka bağlı, sınırlı yönetim” fikri yalnızca ceza hukuku alanında değil, devletin kanun üstü metinler vasıtasıyla sınırlandırılması bağlamındaki anayasacılık faaliyetleri dahil, hukukun her alanında kodifikasyon hareketlerini tetiklemiştir. Kanunilik ilkesi ve kodifikasyon hareketleri arasındaki fark, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunlar ile sınırlandırılabilmesine dair temel ilkeyi içerisinde barındıran 1789 Fransız Bildirisi gibi metinlere bağlı olmayan hukuk düzenlerinde, kanunların mevcudiyetinin hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik noktasında başarılı olamayacağıdır. Böyle bir öngörülebilirlik ancak kanunilik ilkesinin varlığı ile mümkün olabileceği için bu ilkenin

[87] Feuerbach ve Mittermaier, *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Gültigen Peinlichen Rechts*, 40-41-42 vd.

[88] “Çünkü herkes hangi kanuna göre cezalandırılacağını önceden bilmelidir. Aksi halde ceza adaletsizlik anlamına gelir. Kanunun insanları suç işlemekten caydırma şeklindeki amacına da ancak kanunun yayınlanmasıyla ulaşılabilir.” Fichte, *The Science of Rights*, 351.

[89] Aydınlanma felsefesi ve bu felsefeye bağlı kodifikasyon hareketleri, özünde aydınlanmanın meşru gördüğü liberal hukuk devleti ideolojisine dayalı bir siyasi yapıyı da içerir. Dolayısıyla bu anlayış, bireyi devlete karşı korumayı ve devleti sınırlandırmayı amaç edinmeyen anayasaları da *(günümüzdeki anayasacılık anlayışı)* yok saymış, bu tür anayasal düzenlerin yıkılarak yerine meşru gördükleri “liberal hukuk devleti ideolojisine dayalı” düzenin gelmesi için fikri ve fiili mücadeleye girişmiştir. Bkz. Schmitt, *Constitutional Theory*, 90-91-92-102-169-170 vd.; Ayrıca bkz. Küçüktaşdemir, “Aydınlanma ve Ceza Hukuku,” 73.

pozitif hukuka girişi evvela en ağır müeyyidelere sahip hukuk dalı olan ceza hukukunda yaşanmıştır.^[90]

On sekizinci yüzyıl sonlarına doğru Kuzey Amerika'daki İngiliz kolonilerinde patlak veren devrim, ceza hukukunda kanunilik ilkesinin ve aydınlanma felsefesinin pozitif hukuka girişini başlatmıştır. Tam olarak Locke eksenli bir felsefe ortaya koyan ve hukukla sınırlı devlet/anayasacılık anlayışı bağlamında öncül olan metin,^[91] 1776 tarihli Maryland Anayasası^[92] ve onun haklar bölümüdür. İlk maddesinde toplum sözleşmesinden kaynaklı hukuk

[90] Makalenin konusu ceza hukuku olduğu için aydınlanma sonrası gelişen kodifikasyon hareketleri detaylandırılmamıştır. Ancak örnek olarak şu sıralama verilebilir: Amerika Birleşik Devletleri'nde federal anayasa, 1789 yılında yürürlüğe girmiş ve 1791 tarihinde anayasaya haklar bildirgesi eklenmiştir. Fransa'da 1791 ve 1793 tarihlerinde cumhuriyet rejiminin ilk iki anayasası yürürlüğe girmiş, 1800 tarihinde ise Napoleon Anayasası plebisit yoluyla kabul edilmiştir. 1804 tarihinde Medeni Kanun, 1806 tarihinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 1807 yılında Ticaret Kanunu, 1812 tarihinde Ceza Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmiştir. Aydınlanma sonrası gelişen kodifikasyon hareketleri ve konuya dair aktarımlar için bkz. Remy Cabrillac, "La Codification," *Bulletin annuel de l'Académie des Sciences et Lettres de Montpellier* 52, (2021), 195-207, 202; Jean Carbonnier, "La Passion des Lois au Siecle des Lumieres," *Bulletins de l'Academie Royale de Belgique* 62, (1976), 540-54, 543-547, 548-549; Rodolfo Batiza, "The French Revolution and Codification: Comment on the Enlightenment, the French Revolution, and the Napoleonic Codes," *Valparaiso University Law Review* 18, no. 3 (1984), 675-82, 675-676. Belirlilik ve kanunilik ilkesinin önemli görüldüğü bir diğer alan ise vergilendirme olmuş ve ceza hukukuna kanunilik ilkesinin girdiği dönemde, bu ilke genel olarak vergi hukukuna da girmiştir. Bkz. Bas Bergmans, "Safeguarding the Role of the Principle of Legality in the International Tax Arena," *Masterscriptie Fiscaal Recht*. Tilburg: Tilburg Law School, 2024. SNR 2058865, 23-24-25-26-27 vd. Montesquieu'nün vergide kanunilik vurgusu için ayrıca bkz. Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, 276. Vergide kanunilik ilkesinden sonra olmakla birlikte, bilahare aydınlanma etkisiyle bu durum, hukuk devletinin bir gereği olarak kanuna bağlı yürütme (*idarenin kanuniliği*) şeklinde tezahür etmiştir. Bkz. Schmitt, *Constitutional Theory*, 174; Frederic Rolland, "L'historicite du Droit Administratif Français a L'epruve de la Pratique Juridique," *Revue Juridique de l'Ouest* 2, (2007), 113-56, 128-129-130 vd.

[91] Jellinek, *The Declaration of The Rights of Man and of Citizens*, 48-56.

[92] "Constitution of Maryland," Yale Law School Avalon Project, erişim 8 Nisan 2025, https://avalon.law.yale.edu/17th_century/ma02.asp.

devleti ideolojisine vurgu yapan, 4'üncü maddesinde tabii hukuk ile çelişen uygulamaların gayrimeşruluğuna ve hatta bunlara direnilmesi gerektiğine dair bir düzenleme içeren anayasa, kuvvetler ayrılığını da 6'ncı maddesinde zikretmiştir. Kanunilik ilkesinin tüm esaslarını açıkça vurgulamasa da^[93] geçmişe etkili suç ve ceza yaratılamayacağı ilkesini 15'inci maddesinde ortaya koymuştur.

Belirtmek gerekir ki klasik okul felsefesinde kanunilik ilkesinin temel amacı öngörülebilirlik ve hakimin hukuk yaratmasını tamamen, yorumunu ise mümkünse tamamen, mümkün değilse büyük ölçüde yok etmektir. Common law sistemlerinde ise hakimin hukuk yaratması esastır. Dolayısıyla aydınlanma ile birlikte yasama ile yargı yetkilerinin keskin bir biçimde ayrılması ve hakimin ceza hukuku alanında asla hukuk yaratamaması temelli bir kanunilik ilkesinin pozitif hukuk metinlerine girişi, kıta Avrupası temelidir.^[94] Bu sebeple kanunilik ilkesinin pozitif hukuka ilk girişinin Maryland Anayasası ile değil, 1787 tarihli Avusturya Ceza Kanunu yani Josefina ile olduğunu söylemek gerekir.^[95] Kanun^[96] suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen ilk ceza kanunu ve hatta ilk pozitif hukuk metni olmakla kalmamış, ilkeyi tüm esaslarıyla birlikte pozitif hukuka geçirmiştir. İlk maddesinde suçta kanuniliği “*Her haksız fiil ceza gerektiren bir suç veya ağır suç değildir; yalnızca mevcut ceza kanunu tarafından kanuna aykırı olarak ilan edilen fiiller ceza gerektiren suçlar olarak görülmeli ve muamele görmelidir.*” diyerek düzenlemiştir. Bilahare 12 ve 19'uncu maddelerinde geçmişe etki yasağını da kapsayacak şekilde cezada kanunilik ilkesini düzenlemiş, kanunda öngörülen cezalar dışında bir cezaya hükmedilemeyeceğini belirtmiştir.^[97]

[93] Roxin ve Greco bu konuda farklı düşünmekte ve kanunilik ilkesini getiren ilk pozitif hukuk metninin Maryland Anayasası olduğunu zikretmektedir. Bkz. Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 217; Ancak belirttiğimiz üzere ilgili metin kanunilik ilkesinin bütün esaslarını kapsar bir metin durumunda değildir.

[94] Bodson, *Manuel de Droit Penal*, 34-35

[95] Masferrer, “Principle of Legality,” 264; Hall, “Nulla Poena Sine Lege,” 168.

[96] “Josephinisches Strafgesetz,” erişim 8 Nisan 2025, <https://www.koeblergerhard.de/Fontes/Strafgesetz1787.pdf>

[97] Kanunda bu ilkenin hayata geçiriliş tarzı hayli ilginçtir. Kanunun 22'nci maddesinde süreli cezalar ağırlıklarına göre derecelendirilmiş, 23'üncü maddede ise bu derecelerdeki suçların alt ve üst sınırları belirlenmiştir. Diğer maddelerde de idam, ağır çalışma

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile birlikte aynı zamanda daha çatı bir ilke olarak “her türlü temel hak ve hürriyetin kısıtlanmasında kanunilik ilkesini” getiren ilk pozitif hukuk metni^[98] ise ihtilal mücadelesi sürerken ilan edilen 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’dir.^[99] Fransız ve Belçikalı hukukçular, Fransa’da kanunilik ilkesinin temelini Rousseau, Montesquieu ve Beccaria’nın fikirlerini temel almış^[100] bu bildirge ile başlatırlar.^[101] Beşinci Cumhuriyet’in 1958 Anayasası’nın aradaki bağı kurması sebebiyle halen daha Fransa’da anayasal statüde^[102] ve hatta anayasa üstü kabul edilen^[103] bildirgenin^[104] 7 ve 8’inci maddelerinin ilgili

ve sair cezaların ne şekilde tatbik edilebileceği düzenlenmiştir. Özel hükümlerde ise suçun maddi unsuru/objektif tipikliği ile suçun cezasının yahut ceza derecesinin belirtildiği ceza hükmü farklı maddelerde düzenlenmiştir. Yani her suçun cezası doğrudan özel hükümlerde düzenlenmek yerine genel hükümleri devreye sokarak cezanın belirlendiği bir sistem yaratılmıştır. Örneğin imparatora saygısızlığın suç olarak düzenlendiği 43’üncü maddedeki suçun cezası, 44’üncü maddede “*Bu suçun cezası ikinci dereceden daha hafif hapis cezasıdır*” şeklinde düzenlenmiştir.

- [98] Belge, Avrupa’da “hukuk ile sınırlı devlet” fikrine dayanan anayasacılık faaliyetlerinde, kendinden sonraki anayasal metinler tarafından model metin kabul edilmiştir. Bkz. Jellinek, *The Declaration of The Rights of Man and of Citizens*, 2-3-4.
- [99] Renout, *Droit Penal General*, 18-19.
- [100] Jellinek ise bu belgenin Rousseau’nun fikirlerini yansıtmadığını, büyük ölçüde Amerika Birleşik Devletleri’nin anayasal metinlerinden iktibas olduğu beyan etmekte, bunu ispatlamak adına da kitabında Amerikan anayasal metinleri ile Fransız metnini madde madde karşılaştırmaktadır. Ancak Jellinek’in tespiti doğru olsa bile Amerikan ve Fransız metinlerinin beslendiği felsefi öz aynıdır. Bkz. Jellinek, *The Declaration of The Rights of Man and of Citizens*, 8-9-10-13-14-15-20-27-28-29 vd.
- [101] Ortolan, *Elements de Droit Penal Vol. 1*, 237; Pradel, *Manuel de Droit Penal General*, 125; Renout, *Droit Penal General*, 26-27; Bernard Bouloc, *Droit Penal General*, 25. Edition. (Paris: Dalloz, 2017), 101; Belçika için bkz. Adolphe Prins, *Science Penal et Droit Positif*, (Bruxelles: E. Bruylant, 1899), 39.
- [102] Renout, *Droit Penal General*, 28-29.
- [103] Jacques Chevallier, *Hukuk Devleti*, çev. Ertuğrul Cenk Gürçan, (Ankara: İmaj, 2010), 20.
- [104] “Declaration of Rights of Man 1789,” Yale Law School Avalon Project, erişim 12 Nisan 2025, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp.

kısımları şöyledir: “*Kanunda belirtilen durumlar ve usuller dışında hiç kimse suçlanamaz, tutuklanamaz veya hapsedilemez. ... Kanun ancak kesinlikle ve açıkça gerekli olan cezaları öngörür ve hiç kimse, suçun işlenmesinden önce kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiş bir kanun uyarınca yasal olarak verilmiş cezalar dışında bir cezaya çarptırılamaz.*”.

1791 yılında Fransız Cumhuriyeti’nin ilk ceza kanunu^[105] yürürlüğe koyulmuştur. Doktrinde bu kanunun klasik okulun hakimnin takdir yetkisini tamamen sonlandırmayı amaçlayan fikirleri ile örtüşen, Beccaria ve Voltaire’den esinlenmiş ve sabit cezaları getiren bir kanun olduğu belirtilmektedir.^[106] Kanunda gerçekten de bir iki istisna dışında suçların cezaları sabit olup, hakime cezayı bireyselleştirme imkanı neredeyse hiç tanınmamıştır. Kanunda cezaların ne olduğu ile nasıl infaz edileceği açıkça belirlidir fakat kanunilik ilkesine dair bir madde yoktur. Durum böyle olmakla birlikte, yürürlükte olan 1789 Bildirisi’nde bu ilke mevcuttur. Sorun şudur ki ihtilal sürdüğü ve terör dönemi başladığı için pratikte kanunilik ilkesinin temel esaslarının tatbik edilmiş olduğundan bahsetmek pek doğru olmayacaktır. Zira kararnameler ile pek çok hak askıya alınmış, yargısız infaz meşru olmuştur.^[107] Robespierre’in düşüşü ile terör dönemi 1794’te bittikten sonra 1795 tarihinde yürürlüğe koyulan yeni Fransız Ceza Kanunu, 1787 tarihli Josefine’den sonra suç ve cezada kanunilik ilkesini her yönüyle ortaya koyan ikinci ceza kanunu olmuştur. İlke kanunun 1, 2 ve 3’üncü maddelerinde şu şekilde düzenlenmiştir: “1) *Yasak olanı yapmak, toplumsal düzeni ve kamu huzurunu korumayı amaç edinen kanunların emrettiklerini yapmamak suçtur.* 2) *Daha önce yayımlanmış bir kanuna aykırılık teşkil etmediği sürece hiçbir eylem ve hiçbir ihmal suç sayılamaz.* 3) *Hiçbir suç, işlenmeden önce kanunda öngörülmemiş olan cezalarla cezalandırılamaz.*”^[108]

[105] “Code Penal 1791,” erişim 11 Nisan 2025, https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm.

[106] Renout, *Droit Penal General*, 19; Pradel, *Histoire des Doctrines Penales*, 38-39.

[107] “Reign of Terror,” *Britannica*, erişim 8 Nisan 2025, <https://www.britannica.com/event/Reign-of-Terror>.

[108] “Code Des Delits Et Des Peines Du 3 Brumaire, Le Droit Criminel,” erişim 11 Nisan 2025, https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_delits_et_peines_1795.htm.

Kanunilik ilkesi bakımından yukarıda zikredilen kanunlar önemlidir. Fakat gerek bu ilke gerekse temel ceza kanunu sistematigi bakımından çaği için model kanun niteliği taşıyan ve neredeyse tüm medeni dünyanın az ya da çok ıktibas ettiğı kanun, 1810 Napoleon Ceza Kanunu'dur.^[109] İlkenin düzenlenişine dair 1795 tarihli kanundaki sistemi terk eden kanun, 4'üncü maddesinde, “*Hiçbir kabahat, suç veya ağır suç, işlenmeden önce kanunla belirlenmemiş bir cezayla cezalandırılmaz.*” diyerek, sanki yalnızca cezada kanunilik ve cezaların geçmişe yürütülememesi hususlarını düzenler gibidir. Zira maddede suçta kanuniliğe dair bir vurgu yoktur. Fakat kanunun genel sistematiginden, aksi yönde bir sonuç apaçık biçimde ortaya çıkmaktadır. Zira kanunda ceza çeşitleri teker teker sayılmıştır ve kanunun 1'inci maddesinde, bu teker teker sayılan cezalar ile cezalandırıldığı belirtilen ve ağırlıklarına göre derecelendirilmiş üç ayrı suç derecesi (*contravention-delin-crime*) düzenlenmiştir. Yani 4'üncü maddeye göre bu üç suç derecesi ancak kanunla belirlenmiş cezalar ile cezalandırılabilir ve bu üç suç derecesi de zaten kanunun belirlediğı cezalar ile cezalandırıldığı için suçtur. Bu iki husus birleşince, kanunla belirlenmiş bir cezanın konusu olmayan eylemin suç olamayacağı ve cezalandırılmayacağı ortaya çıkmaktadır. Ancak kanun, sürmekte olan Napoleon Savaşları'ndan olsa gerek, 5'inci maddesi ile askeri suçlar açısından kanunilik ilkesinin geçerli olmadığını düzenlemiştir.

Almanya'da kanunilik ilkesi reformunu gerçekleştiren Feuerbach'ın hazırladığı 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu da 2'nci maddesinde suçları bu şekilde üçlü ayrıma tabi tutmuş ve kanunilik ilkesini düzenlemiştir.^[110] 1871 tarihli Alman İmparatorluğu Ceza Kanunu'nda da durum aynıdır.^[111] 1858 tarihli Osmanlı İmparatorluğu Ceza Kanunu için de aynı durum geçerlidir fakat Osmanlı; kabahat-cünha-cinayet tipi suçlar açısından kanunilik ilkesini getirirken, bu ilkeye iki adet temel istisna bırakmıştır. Bunlardan ilki kısas suçlarının, kanunun ilk maddesinde şer'i şerife göre yargılanıp (*şer'ie*

[109] “Napoleon Penal Code,” erişim 11 Nisan 2025, https://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c_penalcode1.html.

[110] Bu konuda bkz. Von Bar, *A History of Continental Criminal Law*, 328-329-330-331-332-344.

[111] Binding 1890 tarihli eserinde, o gün için Almanya'da halen içerisinde kanunilik ilkesini barındıran 1871 tarihli İmparatorluk Ceza Kanunu'nu yürürlüğe koymamış ve ceza hukukunu yazılı hale getirememiş, örfi hukukun uygulandığı bölgeler olduğunu belirtmektedir. Bkz. Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung Band 1*, 135

mahkemelerince) cezalandırılmaya devam edileceğinin düzenlenmiş olmasıdır. İkinci olarak, mehz kanunun yani 1810 Napoleon Ceza Kanunu'nun 4'üncü maddesi ya çeviri hatası ya da kasıtlı olarak 1858 tarihli kanuna farklı biçimde geçmiştir. Kanunun kanunilik ilkesini düzenleyen 15'inci maddesinde, her nedense “*suçun, tespit edildiği yahut şikayet/ihbarın yapıldığı tarihteki kanunlarda öngörülen cezası dışında bir ceza uygulanamaz*” denilmiştir.^[112] Bu vurgu, geçmişe etki yasağı ile açıkça çelişmektedir.

II. İLKENİN HAYATA GEÇEN ÇEŞİTLİ VERSİYONLARI ÜZERİNE

A) ÜÇLÜ AYRIM

Kanunilik ilkesi suçta ve genellikle güvenlik tedbirlerini de kapsayacak şekilde “ceza hukuku yaptırımında kanunilik” şeklinde tezahür eder.^[113] Günümüzde ayırksı felsefeler^[114] bulunmakla birlikte temel eğilim artık ceza hukukunda hakimın hukuk yaratamayacağı ve yaptırımların geriye yürü-meyeceğidir. Ancak bu temel eğilimin yanında, ilkenin çeşitli versiyonları arasında bazı farklar da mevcuttur. Bugün için gerek doktrin gerekse de içtihatlar da kendine yer bulan birinci versiyon, bireyi devletten korumayı amaçlayan liberal hukuk devleti ideolojisi eksenli anlayıştır. İkincisi ise daha çok Alman hukuku ve ondan etkilenen ülke hukuklarında kendine yer bulmuş, temellerini Hobbes ve esas olarak da Feuerbach'ın attığı, “kanunilik genel önlemeyi amaçlar” temelli anlayıştır.^[115] Fletcher pek yerinde

[112] Mehaz kanun ile 1858 tarihli kanun arasında bu konuya yönelik karşılaştırma için ayrıca bkz. John Alexander Strachey Bucknill ve Haig Apisoghom S. Utidjian, *The Imperial Ottoman Penal Code*, (London: Humphrey Milkorb Oxford University Press, 1913), 14.

[113] Bouloc, *Droit Penal General*, 133-134; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 30. Baskı. (Ankara: Adalet, 2024), 27.

[114] Kanunların yoruma açık düzenlenmeleri gereği ile hakimın çok geniş bir takdir yetkisine sahip olduğuna ve hatta hakimlerin kanun üstü bir pozisyonda olduklarına yönelik görüşlerin toplandığı çatı bir felsefe olan, serbest hukuk okuluna dair bkz. Gökhan Antalya, *Hukuk Teorisi Cilt 1*, (Ankara: Seçkin, 2020), 173-174-175.

[115] Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 217-218-219-220 vd.; George P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, (New York: Oxford University, 1998), 207-208.

olarak, bu iki temel anlayıştan ilkinin kalkan ve ikincisini ise kılıç olarak nitelendirmektedir.^[116]

Bu iki temel versiyonun yanında ilkenin, yeri geldiğinde tabii hukukun pozitif hukuku ilga edebileceğini söyleyen üçüncü bir versiyonu daha mevcuttur.^[117] Yukarıda Aristo, Locke ve Trosne üzerinden aktarılan bu görüşler, özünde tabii hukukun “olması gereken-meşru düzenin” her daim pozitif hukukun bekçiliğini yapacağı ve tabii hukuk ile çatıştığında da meşruluğunu yitiren pozitif hukuku yola getireceği anlayışına^[118] dayanır. Dikkat edilmesi gerekir ki bu versiyon salt felsefi düzlemde kalmamıştır. Radbruch, kendinden önceki bu görüşleri tekrardan bir geçersizlik doktrini şeklinde dile getirmiş ve tabii hukuka aykırı zorba kanunların geçerli sayılamayacağını, bunlara dayanarak işlem gerçekleştirenlerin de suç işlemiş kabul edilmesi gerektiğini beyan etmiştir.^[119] Nürnberg ve Tokyo gibi uluslararası mahkemeler ile Nazi Almanyası ve sair totaliter rejimleri yargılamış yerel mahkemelerdeki temel argüman da Radbruch’un ortaya koyduğu üzere, bu devletlerde kanunlarda

[116] Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, 207.

[117] Pozitif hukukun üzerinde bir hukuk olduğu noktasındaki tek doktrin tabii hukuk değildir. Ancak ceza hukuku özelinde tartışılan ve hayata da geçirilmiş doktrin tabii hukuka ait olduğu için bu makale içeriğinde detaylandırılan doktrin tabii hukuk doktrini olmuştur. Yine de bir dipnot olarak aktarmak gerekir ki hukuku “toplumsal ilişkilerin zaman içinde gelişmiş doğal bir ürünü” olarak gören Duguit, bu kolektif irade ürününün toplumdaki iktidar sınıf dahil herkese kurallarını dayattığını söyleyerek, hukukun üstünlüğünün de temelde bu olduğunu söylemiştir. Duguit ayrıca tıpkı tabii hukukçular gibi toplumsal davranış kuralları (*objektif hukuk*) ile çelişen pozitif hukukun geçerli olmadığını dile getirmiştir. Bkz. Leon Duguit, *Etudes de Droit Public Vol 1*, (Paris: Albert Fontemoing, 1901), 91-92-93-100-259-260-261-265-266-267-428.

[118] Orhan Münir Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, 4. Baskı. (İstanbul: Fakülteler Mecmuası, 1971), 391-392-400-401-402-403; “Özellikle hukukun kötüye kullanılmasından sonraki çöküntü zamanlarında yeğîn olarak bir doğru hukukun, adaleti tam olarak yansıtan bir hukukun araştırılmasına girilmesi ve böyle zamanlarda pozitivizmin susup başını örtmek zorunda kalması, bundandır.” Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 48.

[119] Herbert Lionel Adolphus Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals,” *Harvard Law Review* 71, no. 4 (Şubat, 1958), 593-629, 617.

yazan aşağılık uygulamaları gerçekleştirenlerin pozitif hukuk ve kanunilik ilkesinin şemsiyesi altına saklanamayacağı olmuştur.^[120]

Adaleti sağlaması gereken pozitif hukukun bizzat adaletsizliğin kendisi haline gelebileceği tehlikesi^[121] karşısında tabii hukukun üstünlüğüne dayalı bu anlayışın, bir zaruret olduğu söylenebilir.^[122] Modern ceza hukuku doktrininde de Bodson, temel insan haklarına (*ki bu tabii hukukun yazılı halidir*) aykırı bir kanunun geçersiz olduğunu, Nürnberg’de olduğu gibi bu tür ceza normlarının herhangi bir bağlayıcılığının bulunmadığına her zaman hükmedilebileceğini söyleyerek, kanunilik ilkesinin ancak temel insan haklarına uygun normlar ve hukuk sistemleri bakımından söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir.^[123]

Tabii hukukun bu “pozitif hukuk ile onun üzerinde yer alan tabii hukuka bağlı” ikici anlayışının yanında, tek meşru hukuku pozitif hukuk kabul eden hukuki pozitivizm anlayışı yer almaktadır.^[124] Yukarıda zikredilen bu

[120] Örneğin kanunu uygulanıp bir Yahudi’yi kurşuna dizmeyen Nazi’nin ya da sınırdan kaçmaya çalışan vatandaşı vurmeyen bir Doğu Alman’ın cezalandırılacağına dair kanunlar tabii hukuk gereğince geçersiz sayıldığı gibi bu tür emirleri içeren kanunlar da geçersiz sayılmış ve kanunu tatbik eden görevliler cezalandırılmıştır. Bkz. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals,” 618-619; Sevtap Metin ve Altan Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, 3. Baskı. (İstanbul: Tekin, 2018), 53-85-87; Heinz-Willi Heynckes, “Taterschaft und Teilnahme bei NS-Tötungsverbrechen,” Inauguraldissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors, Berlin, 2005, 1-2-3-4-5-6-7-76-77-78-79-88-89 vd. Nazi hukukunu uygulayan hakimler de Nürnberg’de yargılandıkları sırada “pozitif hukuku uygulamak dışında bir şey yapmadıkları” savunması yapmalarına rağmen suçlu bulunmuşlardır. Bkz. *Nazi Almanyası’nda Hukuk*, ed. Alan E. Steinweis and Robert D. Rachlin, çev. Kılıncım Turanlı. (İstanbul: Zoe, 2022), 21.

[121] Frederic Bastiat, *Hukuk*, çev. Çağrı Aksoy, (İstanbul: Liberus, 2021), 16.

[122] Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, 398-521-529-530; Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 46.

[123] Bodson, *Manuel de Droit Penal*, 105-106

[124] Troper, *Hukuk Felsefesi*, 20; Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, 392; Pozitivizm; Pascal’ın, adaletin en iyi tanımının kanunlarda öngörülenlere uygun bir düzen olduğunu ve kanunlara adil oldukları değil, yürürlükte oldukları için itaat edilmesi gerektiğini söylediği zamanlardan beri taraftar bulan bir anlayış olmuştur. Bkz. Blaise Pascal, *Düşünceler*, çev. Metin Karabaşoğlu, (İstanbul: Kaknüs, 2000), 36. Dolayısıyla

üçüncü versiyonun Nürnberg’de tecelli etmesi, Hart gibi ılımlı pozitivistler tarafından bile ciddi eleştirilere konu olmuştur. Hart, bu geçersizlik doktrinini eleştirmiş ve tabii hukukla çelişen pozitif hukuku geçersiz saymak yerine, savaş sonrasında geçmişe etkili ceza kanunları çıkartılarak Nazilerin cezalandırılmasının daha doğru olacağını dile getirmiştir.^[125] Schlink de benzer şekilde, geçersiz saymak yerine bu tür olağanüstü dönemlerde spesifik yargılamalar için değil, anayasal olarak geçmişe etki yasağının kaldırılması gerektiğini dile getirmiştir.^[126]

Hukuku zalim bir baskı aracı haline getiren faşizm ve nasyonal sosyalizmin çöküşünden sonra “günahkar” bir kavrama dönüşmüş olsa da pozitivism, halen güncelliğini korumaktadır.^[127] Özellikle ceza hukukunda önemli bir

Nazi kanunlarının meşru ve geçerli olamayacak kadar iğrenç ve korkunç olduğuna dair tabii hukuk tezinin aksine pozitivist anlayışa göre bu kanunları uygulayarak insanlara zulmedenlerin fiillerini gerçekleştirdikleri sırada yürürlükte olan hukuka göre suçlu olduklarından bahsedilebilmesi mümkün değildir. Bkz. Troper, *Hukuk Felsefesi*, 9.

[125] Hart; zalim de olsa o günün hukukuna göre yürürlükte olan kanunların geçerli olacağını, o günün hukukuna göre bu tür eylemlerin suç olarak düzenlenmediğini ve geçmişe etkili kanunlar çıkartılmadığı sürece Nazilerin suçlu kabul edilmesinin hukuken doğru olmayacağını düşünmüştür. Bkz. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals,” 619-624.

[126] Bernhard Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, çev. Reyda Ergün, (İstanbul: Zoe, 2019), 44-46-47-50-51-52-53.

[127] Troper, *Hukuk Felsefesi*, 24-25; Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals,” 595. Pozitivizmin katı yorumu, özünde en zorba rejimleri bile meşrulaştırmaya yarar. Zira egemenin her kanununu adil, meşru bir hukuk kuralı olarak görür ve buna dayalı egemen cebrini de meşrulaştırır. Pozitivizm, hukuk yoluyla toplumun her alanını egemenin isteğine göre şekillendirmeyi mümkün ve meşru kılan bir düşünce sistemi olarak, en çok da totaliter rejimlerde taraftar toplamıştır. Bkz. Friedrich A. Hayek, *Kanun, Yasama Faaliyetleri ve Özgürlük Cilt 2*, Çeviren Mustafa Erdoğan. İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 1995, 72-76-78-82-85. Pozitivizmin daha ılımlı yorumları ise Fuller ve özellikle de Hart tarafından yapılmıştır. Hart, modern hukuk sistemlerinde meşruiyeti ortaya koyan belirli kurallar bütünü olduğunu ve bunun da toplumca meşru kabul edildiğini söyleyerek, normun meşruiyetini bu sistemin ürünü olarak yürürlüğe konmuş olması ve nihayetinde de bu sayede toplumca yani muhataplarınca ve resmi makamlarca tanınmış olmasına bağlamıştır. Fakat Hart, bu tanıma olgusunun hukuk sisteminde belirli ahlaki kriterlerin varlığına bağlı olduğunu

ağırlığa sahip olan teknik okul, özünde hukuki pozitivizme dayanır.^[128] Dolayısıyla bu eleştiriler halen kıymetini korumaktadır. Ancak tabii hukukun pozitif hukuku ilga edeceğine dair bu üçüncü versiyon, bugün için liberal hukuk devleti ideolojisinin barındırdığı temel bir ilke olarak kabul edilmektedir.^[129] Bu doğrultuda ilkenin üçüncü versiyonu da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kanunilik ilkesine dair 7'inci maddesinin ikinci fıkrasında açıkça kabul edilmiştir. Bu maddeye göre kanunilik ilkesi, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.^[130] Durum böyle olmakla birlikte, ilkenin bu versiyonu olağan hallerde uygulamaya koyulamayacağı ve uluslararası sözleşmeler dışında hukuk sistemlerinin temel sistematğinde yer almadığı

da iddia etmektedir. Yani hukukun meşru kabul edilmesi, çekirdek bir ahlaki kriterler bütününe uygun olmasına bağlıdır. Fuller ise pozitif hukukun belirli kriterleri içerdiği zaman meşru olacağını söylemiştir. Bu kriterler de şunlardır: Pozitif hukuk alenen duyurulur, genele yönelik yapılır, açık biçimde kaleme alınır, tutarlı olmalıdır, imkansız istememelidir, istikrarlı olmalı ve güven sarsacak biçimde sıklıkla değiştirilmemelidir ve uygulamada geniş yorumlanmamalıdır. Bkz. Kenneth Einar Himma, *Hukukun Ahlaki Kriterleri*, Çeviren Saim Üye. Ankara: Bilgesu, 2010, 17-18-32-161-162-163.

[128] Ceza hukukunun salt normatif olarak anlaşılması gerektiğini, yürürlükteki normların felsefi kavramlar ve kriminolojik değerlendirmelerden soyutlanması ve tek meşru hukukun yalnızca pozitif hukuk olduğunu söyleyen teknik okulun kurucusu Arturo Rocco, Mussolini'nin adalet bakanı Alfredo Rocco'nun kardeşidir. Musumeci'nin zikrettiği üzere Rocco'nun bu kuramını böylesi bir amaçla oluşturup oluşturmadığı bilinemese de sonuç olarak kuram, faşizmin meşrulaştırılmasında bir araç olmuştur. Bkz. Emilia Musumeci, "Fascism and Criminal Law in Italy: an Outline," *Forum Historiae Iuris*, (Ekim, 2017), erişim 10 Nisan 2025, https://forhistiur.net/media/zeitschrift/Musumeci_-_1-fo_sVtYS4X.pdf, 5-6; Teknik okula dair ayrıca bkz. Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 74-75.

[129] Kendi kendini sınırlayan bir devletin özünde sınırsız güce sahip olacağı için tabii hakların pozitif hukuka yansması olan insan haklarının devleti sınırladığı kabul edilir. Anayasacılık noktasında da ancak bu insan haklarına dayalı sınırlama durumunu içeren anayasalar maddi anlamda anayasa sayılır ve diğer anayasalar ise meşru olmayan bağlamında, salt şekli anayasa kabul edilir. Bkz. Troper, *Hukuk Felsefesi*, 98; Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 596-597.

[130] Bu tür suçları işleyenlerin uluslarüstü bir şekilde yargılanabilmesi için Roma Statüsü gereğince Uluslararası Ceza Mahkemesi bulunmaktadır.

için aşağıdaki başlıklar altında yalnızca ilkenin temel iki versiyonu, Fletcher'ın nitelemesinden de esinlenilerek detaylandırılmıştır.

B) İKİLİ AYRIM VE TEMEL VERSİYONLAR

1- Birinci Temel Versiyon: Devlete Karşı Bireyin Kalkanı

Kanunilik ilkesinin birinci temel versiyonu, klasik okulun genel portresini çizen liberal hukuk devleti ideolojisinin eseri olan, “kanuniliğin temel amacı bireyi devletten korumaktır” şeklindeki anlayıştır. Kanunilik ilkesi, tabii hukuka bağlı klasik okul anlayışına dayanmaktadır. Dolayısıyla toplum sözleşmesi eksenli bir değerlendirmede bu *(ki klasik okulun çoğunluğu böyle düşünüyordu)*, insan tabii haklarından bir kısmını *(veya Hobbes'a göre tümünü)* devlete devredecekse, bu devrin öngörülebilir ve belirli kurallar çerçevesinde mutlu-güvenli bir yaşam için yapılacağı argümanından kaynaklanmıştır. Aksi halde yani öngörülebilirlik olmadığında, toplum sözleşmesi bireyin özgürlüklerinin garantisi ve onun lehine olmaktan çok, despot bir devlette insanın her an ceza korkusuyla yaşamasına sebep olacaktır. Böyle bir sözleşme ve düzen ise şüphesiz ki meşru değildir.^[131] Dolayısıyla kanunilik ilkesindeki temel husus, en yüksek derecede öngörülebilirlik ve belirliliktir. Bu anlayışta devletin egemenlik gücünün tezahürlerinden yasamanın son derece açık, net ve ortalama bireyler tarafından anlaşılabilir, hakim yorumuna en az müsaade edecek kanunları yürürlüğe koyması esastır. İkinci olarak yargı yani hakimler de mümkün olduğunca yorumdan kaçınacak, yorum yapması gerektiğinde ise dar yoruma başvuracaktır.

Binding klasik okulun kuramı için şöyle demiştir: “*Daha önce her şeye gücü yeten hakim, bir anda kendi aklı ve iradesini kullanmadan, yasa köle gibi uygulayan bir şahsa dönüştürülecekti.*”^[132] Kanunilik ilkesinin bu birinci versiyonu, klasik okul ve aydınlanmanın kahir ekseriyetinin fikirleri ile daha çok uyum içindedir. Peki bu birinci versiyon neden bu gibi fikirler ile tam değil de “daha çok” uyum içindedir? Bunun temel sebebi, yorumu dahi yasaklamak isteyen klasik okulun bir idea olarak kuramlaştırdığı kanunilik ilkesi ile bunun normatif alana ve uygulamaya yansımış hali arasında büyük bir fark mevcut olmasıdır. 1795 ve 1810 tarihli Fransız ceza kanunları ile

[131] Renout, *Droit Penal General*, 26-27-28.

[132] Binding, *Handbuch des Strafrechts* 1, 22.

birlikte ceza hukukuna bireyselleştirmenin (*cezada alt-üst sınırlar, alternatif yaptırımlar, tedbirler vb.*) girmiş olması, hakimin yorumunu tamamen kısacık şekilde ceza kanunları yapılamayacağı ve yasama yorumunun da işlevsel olmadığının kısa sürede anlaşılması sebebiyle ilke, uygulamaya konduktan kısa süre sonra bile bir idea olarak yaratıldığı felsefi alemdekenden çok daha yumuşak bir görünüme kavuşmuştur.^[133]

İlkenin bu birinci versiyonuna yakın doktrin ve uygulama bugün için özellikle Amerika Birleşik Devletleri ve (*alt sınırların pek çok suçta kaldırılması sebebiyle yaptırımda belirlilik yönüyle olmasa da*) Fransız hukukunda mevcuttur. Ancak diğer ülkelerde de bu versiyona yakın görüşler bulunmaktadır. Ayrıca Fransız doktrininde de bu versiyondan uzaklaşan fikirler bulunduğu zikretmek gerekir. Bu versiyonun Amerika Birleşik Devletleri ve Fransız hukuk sistemlerine yansımaları somutlaştırmak gerekirse; Fransız hukukunda kanunların olabildiğince kesin biçimde kaleme alınması gerekir ve Fransız Ceza Kanunu'nun 111-4'üncü maddesinde ceza normlarının sıkı(*stricte*)/dar yorumlanacağı açıkça yazılıdır. Bu durum, liberal hukuk devleti ideolojisinin bir gereği olarak anlaşılır ve normun amacının belirsizliği durumunda hakimin olası ihtimaller arasından sanığın en lehine olan yorum neticesini kabul etmesi gerektiği kabul edilir.^[134] Ancak aşağıda açıklandığı üzere Fransız doktrininde sanık lehine yorum esasından sapmaya müsait beyanlar da mevcuttur.

Amerika Birleşik Devletleri hukukunda ise bu versiyon neredeyse birebir hayata geçirilmiştir. Makalenin common law sistemlerine dair bölümünde detaylandırıldığı üzere bazı eyalet kanunlarında istisnalar bulunsa da Amerika Birleşik Devletleri'nde ne anayasa ne de federal yahut eyalet ceza kanunlarında kanunilik ilkesine dair temel bir düzenleme olmadığı gibi dar yorum esası da düzenlenmemiştir. Bu esas tamamen liberal hukuk devleti ideolojisi eksenli bir doktrin ve Yüksek Mahkeme uygulamasından kaynaklanmaktadır. Lipmann şöyle demiştir: “*Geniş manalı kanunlar, en uç muhalifleri bile hükümet tacizinden korumakta kararlı olduğumuz bir demokraside, açık bir*

[133] Cartuyvels, Guillaïn et Nederlandt, *Droit Penal General (Partie 1)*, 131; Renout, *Droit Penal General*, 20-41.

[134] Bouloc, *Droit Penal General*, 134-135-136; Pradel, *Manuel de Droit Penal General*, 126-133; Belçika için bkz. Prins, *Science Penal et Droit Positif*, 42.

tehdittir.”^[135] Amerika Birleşik Devletleri’nde bu hususa çok dikkat edilmekte olup, ceza kanunlarının hakimlerin değil “ortalama insanın” anlayabileceği kesinlikte kaleme alınması gerektiği şeklinde bir anlayış hakimdir. Kanunilik ilkesini ihlal ettiği için bir ceza normunun iptalini görüşürken Kolender v. Lawson davasında Yüksek Mahkeme,^[136] “Genel olarak belirtildiği gibi, belirsizlik nedeniyle geçersizlik ilkesi; bir ceza kanununun suçu, sıradan insanların hangi davranışın yasak olduğunu anlayabilecekleri ve keyfi-ayrımcı bir uygulamayı teşvik etmeyecek derecede yeterli bir kesinlikle tanımlamasını gerektirir.” demiştir. Bu uygulama, Amerika Birleşik Devletleri hukukunda belirsizlik nedeniyle geçersizlik (*void for vagueness*) ilkesi olarak, belirlilik ilkesinin temel bir ögesi olarak görülmektedir.^[137] Amerika Birleşik Devletleri’nde buna ek olarak, bu tür bir kesinlik sağlanamaz ve hakim normun amacını yorum yoluyla ortaya çıkarması gerekirse, olasılıklar arasından sanığın en lehine olan neticeyi seçmek yani normu dar yorumlamakla yükümlü olduğu ilkesi hakimdir.^[138] Bu dar yorum esasına, merhamet ilkesi (*rule of lenity*) denilmektedir.^[139] Öyle ki kanunilik ilkesinin amacı bireyi devlete karşı korumaktır^[140] ve bu sebeple Rawls’ın haklı olarak zikrettiği üzere

[135] Matthew Lipmann, *Contemporary Criminal Law*, 2. Edition. (California: SAGE, 2010), 25.

[136] U.S. Supreme Court, Kolender v. Lawson, 2 Mayıs 1983, §3, erişim 8 Nisan 2025, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/461/352/>

[137] “Yasakları açıkça tanımlanmamışsa, bir kanunun belirsizlik nedeniyle geçersiz sayılması, usulüne uygun yargılamanın temel bir ilkesidir. Belirsiz yasalar birçok önemli değeri ihlal eder. İlk olarak, insanın hukuka uygun ve hukuka aykırı fiiller arasında seçim yapma özgürlüğüne sahip olduğunu varsaydığımız için kanunların ortalama zekaya sahip bir kişiye neyin yasak olduğunu bilmesi ve buna göre hareket etmesi için makul bir fırsat vermesi gerektiği konusunda ısrarcıyız. Belirsiz kanunlar, adil bir uyarı sağlamadığı için masumları tuzağa düşürebilir. İkinci olarak, keyfi ve ayrımcı bir uygulamanın önlenmesi için, kanunların onları uygulayanlar için açık standartlar sağlaması gerekir.” U.S. Supreme Court, Grayned v. City of Rockford, Kt. 26.07.1972, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/104/>.

[138] Joshua Dressler ve Stephen P. Garvey, *Criminal Law*, 8. Edition. (Minnesota: West Academic, 2019), §91; Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, 208.

[139] Joel Samaha, *Criminal Law*, 12. Edition. (Boston: CENGAGE, 2017), 46-47.

[140] Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, 207.

hakimin bir ceza normunu yanlış yorumlaması yani kanun koyucunun gerçek amacını ortaya çıkartmak isterken hataya düşerek sanık aleyhine bir durum yaratması, bir haksız fiil teşkil edecektir.^[141]

2- İkinci Temel Versiyon: Hem Devletin Bireye Karşı Kılıcı ve Hem De Bireyin Devlete Karşı Kalkanı

Feuerbach ilkenin ikinci versiyonuna kaynaklık eden eserinde, kanunların amacının genel önleme olduğunu ve failin nasıl davranırsa cezalandırılacağını ve hangi durumlarda fiilinin suç olduğunu bilmesi ile suçların önlenebileceğini söylemiştir. Bunun temel yolu da yasamanın kanunları olacaktır. Feuerbach, bu kuralı ceza hukukunun en üstün ilkesi olarak ilan etmektedir.^[142] Cezanın hukuki dayanağının yazılı kanunun bu tehdidi olduğunu söylemesiyle, amaçsal olarak değilse de pratikte Feuerbach'ın teorisi klasik okulun diğer kanadının öngörülebilirlik temelli anlayışı ile kısmen örtüşür. Fakat amacın genel önleme olması, ilkenin temel kuramdan çok daha gevşek olmasına sebep olur. Bu ikinci versiyonda suç ve cezaların geçmişe etki edememesi, ancak kanun ile koyulabilmeleri ve kıyas yasağı, bireyin devlete karşı kalkanıdır fakat genel önleme bir kılıçtır ve suçların önlenebilmesi için de yeri geldiğinde kılıcın kalkanı parçalayabilecek kadar keskin olması gerekir. Dolayısıyla bu anlayış, lafzın tam olarak içerisinde yer almayan eylemlerin kanundan kaçamaması için sentezci metodu ve ceza normlarının dar değil, geniş yorumlanabilmesi şeklinde bir anlayışı doğurur.^[143]

Feuerbach'tan kaynaklı genel önlemeci, sentezci ve geniş yorumu mümkün kılan bu ikinci versiyon, bugün için genel olarak Alman hukukunda ve ondan etkilenmiş sair pek çok hukuk sisteminde hakimdir.^[144] Avrupa'nın ekserisine hakim olan bu anlayışta, genel önleme amacıyla sentezci metot temel kanunlaştırma yöntemi olarak izlenir ki failler boşluklardan yararlanıp

[141] Rawls, *Bir Adalet Teorisi*, 263.

[142] Feuerbach ve Mittermaier, *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Gültigen Peinlichen Rechts*, 38-39-40-41-42.

[143] Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, 208-209.

[144] Markus D. Dubber, "The Legality Principle in American and German Criminal Law: An Essay in Comparative Legal History," *University of Toronto*, 2013, <https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/88960/1/Dubber%20Legality%20Principle.pdf>, s.15-16.

beraat edemesin ve böyle bir ihtimali düşünüp de suça yönelmesin.^[145] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 1996 tarihli *Cantoni v. France* kararında, sentezci metodun tek başına belirlilik ilkesiyle çelişir bir durumunun olmadığına, hukukçular tarafından normun somutlaştırılabilir olmasının yeterli olduğuna hükmetmiştir.^[146] Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ortalama bir vatandaşın ancak hukuki tavsiye alarak anlayabileceği kanunların da belirlilik ilkesiyle çelişmeyeceğini ortaya koymuştur.^[147]

Alman hukuku temelli bu versiyonda, geniş yorum yasağına dair zayıf itirazların^[148] yanında doktrinde kahir ekseriyet; şüpheden sanık yararlanır ilkesinin kanunilik ilkesi bakımından söz konusu olamayacağını, hakim bir normu yorumlarken çeşitli neticelere vardığında, bunlar arasından sanığın en lehine olanı seçme gibi bir yükümlülüğünün olmadığını düşünmektedir. Buna göre hakim, kendisine en doğru geleni seçecek ve kıyasa varmadığı sürece geniş yorum imkanına sahip olacaktır.^[149] Alman Anayasa Mahkemesi de belirlilik ilkesinin mutlak kesinlik olarak anlaşılamayacağını, hakimlerin kanun normlarını yorumlayarak anlamı ortaya koyabileceğini ve

[145] Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 89; Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 254-255-256; Dennis Bock, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (Berlin: Springer, 2018), 97; Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 102; Halbuki Binding'in pek doğru olarak ortaya koyduğu üzere çoğu fail, suça konu fiilini işlediği sırada ceza kanununu ve cezasını bilmeden hareket etmektedir. Dolayısıyla kanunların genel önlemeyi sağlayacağı varsayımı doğru değildir ve ilkenin özünde tamamen öngörülebilirlik bulunmaktadır. Karl Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung Band 3*, (Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1918), 91.

[146] Renout, *Droit Penal General*, 31-32.

[147] “Bu sonuçların mutlak bir kesinlikle öngörülebilir olması gerekmez. Kesinlik arzu edilir olsa da beraberinde aşırı katılığı da getirebilir ve kanunun değişen koşullara ayak uydurabilmesi gerekir. ... İlgili kişi, belirli bir eylemin yol açabileceği sonuçları, koşullar altında makul olan bir dereceye kadar değerlendirmek için uygun hukuki tavsiye almak zorunda kalsa bile, bir kanun yine de öngörülebilirlik gerekliliğini karşılayabilir.” Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Chauvy and Others v. France*, §43-44, Avrupa Konseyi, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Madde Rehberi,” 13.

[148] Jacobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 68.

[149] Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 154; Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 222-223-224.

normun anlamı yerleşik içtihatlar ile ortaya konmuşsa diğer ilgililer için de öngörülebilirliğin sağlanmış olacağını içtihat etmektedir.^[150] Ancak sorun şudur ki bu durum geniş yorum imkanıyla da birleşince, öngörülebilirlikten fazlasıyla uzaklaşmaktadır.^[151]

Türk hukukunda da ağırlıklı eğilim; genel önlemeyi amaçlayan, sentezci metodun ve ortalama vatandaşın anlamasının gerekmeyeceği şekilde kanunlar yürürlüğe koymanın geçerli olduğu, bu tür normları hakimlerin içtihat yoluyla somutlaştırabileceği^[152] ve 26 Eylül 2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2’nci maddesinin üçüncü fıkrasında “... *kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*” denildiği için geniş yorumun mümkün kabul edildiği bir anlayıştır.^[153] Geniş yorumun kabulü, maddi ceza hukukunda şüpheden sanık yararlanır ilkesinin kabul edilmediği anlamına gelmektedir.^[154] Lakin doktrinde zıt yönde görüşler de mevcuttur.^[155]

[150] Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 4. Auflage. (Berlin: De Gruyter, 1992), 17-18.

[151] Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 89.

[152] “... Ceza yaptırımına ilişkin düzenlemelerin öngörülebilirliği ve erişilebilirliği hususundaki öncelikli ölçüt, mahkemelerin yorumunu ve hangi eylemlerin ne tür bir cezayla karşılık bulduğunu, gerektiğinde hukuki bir yardımla kişilerin bilebilmelerini sağlamasıdır. Bu bağlamda tüm ayrıntıların düzenleme içinde yer alması şart olmayıp bazı muhtemel belirsizliklerin yargısal yorumla zamanla açıklanıp aydınlatılması imkân dâhilindedir. ...”Anayasa Mahkemesi, E. 2023/132, K. 2023/183, Kt. 26.10.2023, RG. 8.12.2023-32393

[153] Selçuk, *Batıgil Demokrasinin ve Hukukun Doğuşu Serüveninden Kesitler*, 113; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 1*, 22; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı. (İstanbul: Beta, 2021), 112. Belirtmek gerekir ki doktrinde haklı olarak bu geniş yorum imkanının, ülkemizdeki uygulamada kıyasa varan bir yoruma dönüştüğü ve bunun son derece tehlikeli olduğu dile getirilmektedir. Bkz. Hakeri *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 28.

[154] Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 166.

[155] Belirsizlik durumunda şüpheden sanığın yararlanacağı ve sanık lehine yorum yapılması gerektiği yönünde bkz. Koray Doğan, *Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkusundan Sanık Yararlanır İlkesi*, Ankara: Seçkin, 2022, 166-167.

İlkenin bu ikinci versiyonunun Fransa'daki temsilcisi ise neo-klasik okuldan^[156] Rossi olmuştur. Rossi, Ceza Hukuku İncelemesi'nin üçüncü cildinde, kanunilik ilkesinin genel önlemeyi de amaçladığını söyledikten sonra hakimin kanunun ağız olamayacağını ve dolayısıyla hakime takdir yetkisi bırakılması gerektiğini dile getirdikten sonra cezalarda alt sınırın açık uçlu olmaması gerektiğini, “bunun cezasızlık algısı yaratarak, genel önlemeye zarar verebileceğini” söylemiştir.^[157] Genel önleme amacını Fransa'da halen dile getirenler mevcuttur.^[158] Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki Fransız Yargıtayı, dar yorum esasını uygularken, hakimin “kanun koyucunun amacını aşmasını” sınır olarak görmektedir.^[159] Yine Fransız Ceza Kanunu'ndaki dar yorum esasını “amacı ortaya koyan, kıyasa varmayan geniş yorum imkanı” olarak algılayanlar da mevcuttur.^[160]

Gerçek şudur ki bir hukuk sisteminin geneli insan haklarına dayalı liberal hukuk devleti ideolojisini benimsemiş ve uygulama da buna dayanıyorsa, bu ikinci versiyonda bireyin devlete karşı kalkını yine de işlevseldir ve ilke bir yönüyle klasik okulun amacına ulaşır. Fakat ülkedeki genel durum liberal hukuk devleti ideolojisinden sapma eğilimindeyse veya zaten sapmışsa, bu ikinci versiyonun mevcudiyetinde kanunilik ilkesi yalnızca devletin kılıcını meşrulaştırmaya yarayan, amacından sapmış şekli bir ilke olacaktır.^[161]

[156] Neo-klasik okul kavramına yönelik 41. dipnota bakınız.

[157] Rossi, *Traite de Droit Penal Vol 3*, 225-226-227-228-229.

[158] Renout, *Droit Penal General*, 28.

[159] Cour de Cassation, Chambre Criminelle, No. 69-93354, Kt. 1.07.1970.

[160] Renout, *Droit Penal General*, 29-32-33-34-35; Jean Constant, *Precis de Droit Penal - Les Principes Generaux*, (Liege: l'Universite de Liege, 1975), 45-46-47.

[161] Bu “kılıcın meşrulaştırılması” ve ilkenin içeriğinin boşaltılmasının en tipik örneği; Mussolini'nin adalet bakanı Rocco'nun, ceza hukukçusu kardeşinin teknikizmini esas alarak hazırlattığı 1930 Faşist İtalyan Ceza Kanunu'dur. Kanunilik ilkesinin detaylı olarak tüm tipik unsurlarıyla düzenlendiği kanunda sentezci metot ve geniş yorum imkanı kabul edildiği için öngörülebilirlik yok olmuştur. Öyle ki tek bir parti ve onun yüce liderinin (*il Duce*) ötesinde bir gücün bulunmadığı bir yapıda sentezci metotla oluşturulan kanunlar, bağımsız olmayan yargının geniş yorum imkanıyla birleşmiş ve kanunilik ilkesi de böylece resmi ideolojinin yargı eliyle meşrulaştırılmasına yönelik bir ilke olmaktan öteye gidememiştir. Bkz. Musumeci, “Fascism and Criminal Law

III. COMMON LAW SİSTEMLERİNDE KANUNİLİK İLKESİNİN GENEL GÖRÜNÜMÜ

A) 20. YÜZYIL KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ ÖNCESİ COMMON LAW SİSTEMLERİNDEKİ GENEL GÖRÜNÜM

Duverger, common law sistemi için şöyle demektedir: “Kral, onun yerini tutmak için değil, onu tamamlamak ve ayrıntılarını belli etmek için yasa çıkarıyor. Hukukun geliştirilmesi daima common law ile sınırlanmış olarak gördükleri krala değil, yargıçlara ait.”^[162] Common law sistemlerindeki klasik görünüm, toplu hale getirilmelerinin istisna olduğu yetersiz sayıdaki yazılı kanunların yanında, hakimlerin eski teamüller, içtihatlar yahut toplumsal örften beslenerek veya çeşitli hukuk kurallarından kıyasla ortaya koydukları geçmişten beri istikrar kazanmış kararlarının ve kıyasa konu bir dayanak olmaması durumunda doğrudan kendilerinin yarattığı hukukun da ceza hukukunun asli kaynağı kabul edilmesidir. Bu sistemlerde ekseriyetle jüri bulunduğu ve jüri de bu kararları tasdik ettiği için uygulama kısmen genel iradenin de ürünü sayılır ki common law denilen bu sistem, temelde İngiliz ürünüdür.^[163]

Pozitif hukuk metinlerinden oluşan mevzuatın yanında hakimlerin de bağlayıcı hukuk kuralları yaratabildiği ve örfi hukukun da yargılamalarda esas alındığı sistem, esasında aydınlanmaya kadar dünyanın genelinde hakim olmuştur. Zira uzun yıllar boyunca yazılı kanunlarda suç ve cezaların pek çoğu belli olmadığı gibi örfi hukukta da bunlardan pek çoğu belli değildir. Bu dönemler içerisinde İngiltere’nin diğer memleketlerden farkı, yarattığı common law sisteminden kaynaklanır. Evvela İngiltere, *habeas corpus* ilkesini kabul etmiştir. Bu ilke dolayısıyla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakacak uygulamaların, sürgünün ve idam cezasının (*yazılı-yazısız*) hukuka bağlılığı Magna Charta ile getirilmiştir. İngiltere’de aynı zamanda 14. yüzyıldan beri

in Italy: an Outline,” 8; Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan,” 58-59.

[162] Maurice Duverger, *Bati’nın İki Yüzü*, çev. Cem Eroğul, Fazıl Sağlam, (Ankara: Doğan, 1977), 23.

[163] Benjamin N. Cardozo, *Yargı Sürecinin Doğası*, çev. Muzaffer Dülger ve Sedat Erçin, (İstanbul: İstanbul, 2018), 34; Roderick Munday, “İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi,” Çeviren Zeynel T. Kangal, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 61, no. 1-2 (2003): 441-64, 442-443-446; Bodson, *Manuel de Droit Penal*, 33.

gerek fermanlar gerekse örfi hukuk uygulamalarıyla oturmuş bir, “idam ve uzuv kesme cezaları verilirken” açık hukuki dayanak (*örf-içtihat-ferman-kanun vb.*) olması şartı da aranmıştır ki bu ilke *habeas corpus* ile birlikte değerlendirildiğinde, diğer Avrupa memleketlerinin aksine kısmi bir belirlilik ilkesini gündeme getirmiştir.^[164] İngiltere’deki bu sistemde idam ve uzuv kesmeyi gerektiren suçların örfi hukukta, içtihatla yahut yazılı hukukta belirli olması ve *habeas corpus* ilkesi mevcutsa da “cezaların” belirliliği gibi bir anlayış yoktur. Cezaların çerçeve olarak belirliliği ilkesi ancak on sekizinci yüzyılda İngiliz hukukuna girebilmiş ve artık hakimler keyfi biçimde; işkence ederek öldürme, ağaca bağlama, taşlama, meydanda çırılçıplak gezdirmeye gibi cezalar veremez olmuştur. Böylece her suçun ne ile cezalandırılacağı halen belirsiz kalsa da suçların cezaları; dayak, teşhir, idam, hapis, sürgün gibi belirli çerçevelerde infaz edilebilir hale gelmiştir. Çerçevenin içeriğini ise hakim keyfi takdirine göre doldurabilmiş, örneğin idam cezasını sanığı atlara parçalatarak yahut asarak gerçekleştirebilmiştir.^[165]

Blackstone, kendi dönemi yani 18. yüzyıl için İngiltere’de kralın, taç giyme töreninde yazılı ve yazısız hukuka bağlı kalacağına dair yemin ettiğini dile getirmektedir.^[166] Ayrıca common law geleneğinde 17. yüzyıldan itibaren içtihatlar derlenmeye başladıkça, *stare decisis*^[167] olarak isimlendirilen, açıkça

[164] Makalenin ilk bölümünde de zikredildiği üzere Magna Charta’nın *habeas corpus* kısmı, 17. yüzyılda bu yönde bir kanun çıkarılana kadar harfiyen uyulmuş bir ilke değildir ve bu ilkenin soylulara yönelik geçerli olduğunu düşünmek daha mantıklıdır. Bu konuda bkz. Schmitt, *Constitutional Theory*, 98.

[165] Blackstone, *Commentaries on the Laws of England Book 1*, 296-297-298-302-304-305 vd.; William Blackstone, *Commentaries On the Laws of England Book 4*, (London: Cadell & Davies, 1800), 376-377.

[166] Blackstone, *Commentaries on the Laws of England Book 1*, 363-364-467-468-469.

[167] İlke bugün de common law ülkelerinde geçerlidir. “Önceki kararları geçersiz kılmak asla küçük bir mesele değildir. *Stare decisis* —İngilizcede, bugünün Mahkemesinin dünkü kararlarının arkasında durması gerektiği fikri— “hukukun üstünlüğünün temel taşıdır. ... Bu doktrinin uygulanması, “kaçınılmaz bir emir olmasa da”, “tercih edilen yoldur çünkü hukuki ilkelerin tarafsız, öngörülebilir ve tutarlı gelişimini teşvik eder, yargı kararlarına güveni teşvik eder ve yargı sürecinin gerçek ve algılanan bütünlüğüne katkıda bulunur.” U.S. Supreme Court, *Kimble v. Marvel Entertainment*, Kt. 02.07.2015, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/13-720>.

adaletsiz, saçma veya yanlış olmadığı sürece önceki içtihatların öngörülebilirlik amacıyla sonraki yargılamalarda bağlayıcı olduğuna dair temel bir ilke de kabul edilmiştir.^[168] Tüm bu zikredilenler sebebiyle, bu sistemde aydınlanmaya kadar diğer ülke hukuklarına nazaran belirliliğe daha fazla yaklaşan bir yapı olduğu söylenebilir. Yine de common law uygulamasında hakimlerin boşluk durumunda hukuk yaratarak cezalandırması, olağan bir uygulama olmuştur.^[169] İngiliz hukukunda ayrıca 19. yüzyıla kadar parlamentonun, geçmişte gerçekleştirilen ve yasak olduğuna dair ne yazılı ne de yazısız bir kanunun bulunmadığı bir eylemi cezalandırabilmek adına kanun çıkartabilme yetkisi (*bill of attainder*) de mevcut olmuştur. Özellikle vatan hainliği gibi durumlarda gündeme gelmiş olan bu uygulama, aynı zamanda parlamento eliyle doğrudan bir mahkumiyet kararını da içermektedir.^[170]

Common law bu şekilde aktarıldığında, genellikle ortada belirsiz bir ceza hukuku uygulaması varmış gibi anlaşılabılır. Ancak durum tam olarak böyle değildir. Zira yüzlerce yıl içerisinde ve ekseriyetle içtihatlar kanalıyla gelişen ve *stare decisis* ilkesinin hakim olduğu bu hukuk sisteminde, pek çok olayda nasıl hüküm kurulacağı, belirli bir tarihten sonra en azından hukukçular için son derece öngörülebilir hale gelmiştir. Konuyu örneklendirmek gerekirse Harris; 1877 tarihli ceza hukuku kitabında, İngiltere’de ceza hukukunun yazılı kanunlar dışındaki bir diğer kaynağını da common law olarak zikrettikten sonra, suçu da (*yazılı/yazısız*) bir norm ile cezalandırılan haksız fiil olarak tanımlamıştır.^[171] Harris kitabında pek çok suçun

[168] George T. Evans, “The Development of the Doctrine of Stare Decisis and the Extent to Which It Should Be Applied,” *Denver Law Review* 23, no. 2 (1946), 32-42, 34-35-36; Christopher P. Banks, “Reversals of Precedent and Judicial Policy-Making: How Judicial Conceptions of Stare Decisis In The U.S. Supreme Court Influence Social Change,” *Akron Law Review* 32, (1999), 3-4.

[169] Jens David Ohlin, *Criminal Law: Doctrine, Application and Practice*, (New York: Wolters Kluwer, 2016), 113-114.

[170] Gaetano Mosca, *Siyasi Doktrinler Tarihi*, çev. Samih Tiryakioğlu, (İstanbul: Varlık, 1968), 145-148; Michael L. Landsman, “From Enemies of The Crown to Regional Telephone Companies: Bills of Attainder Reappraised,” *Touro Law Review* 15, no. 2 (1999), 761-78, 762-763 vd.; Tosun, *Suçların Kanuniliği Aleyhindeki Cereyan*, 46.

[171] Seymour F. Harris, *Principles of Criminal Law*, (London: Stevens & Haynes, 1877), 1-5.

unsurlarını aktarırken, bunların kaynağını herhangi bir yazılı kanundan değil (*çünkü yok*), doğrudan içtihatlar ve doktrin kaynaklı common law üzerinden aktarmaktadır. Bu aktarımda da suçun (*maddi unsur/objektif tipiklik*) *actus reus* unsuru hiç de belirsiz değil, aksine uzun yıllardır sabit hale gelen içtihat ve doktrin gereğince oldukça açık ve belirlidir.^[172]

Amerika Birleşik Devletleri'nde görülen yakın tarihli bir dava, common law uygulamasının nasıl gerçekleştiği noktasında faydalı bir örnek sunmaktadır. Common law uygulamasını kaldırmayan Michigan eyaletinde bir sanık, intihara yardım fiili kanunda bir suç olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen, 1994 tarihinde yapılan yargılama neticesinde common law gereğince mahkum edilmiştir. Mahkumiyetin gerekçesini teşkil eden common law dayanağı ise benzer bir olayı cinayet suçu içerisinde değerlendiren 1920 tarihli bir içtihat olmuştur.^[173]

B) COMMON LAW SİSTEMİNİN KLASİK GÖRÜNÜMÜNÜN KANUNİLİK İLKESİYLE AÇIKÇA ÇELİŞTİĞİ

Hegel, milletlerin belirli bir medeniyet seviyesine ilerlediklerinde örfi hukuklarını ve varsa param parça olan yazılı fermanlarını toplu kanunlar haline getirme ve kodifikasyon hareketlerine giriştiklerini ileri sürmektedir. Hegel pekala toplu kanunların istisna olduğu dönemin common law sistemlerinin ve bu sistemi benimseyen İngiltere gibi ülkelerin medeniyet derecelerinin farkındadır. Ancak o, yazılı kanunların yetersiz ve dağınık olduğu bu tür hukuk sistemlerinde, hukukun ne olduğunun bilinebilirliğinin çok zor olduğu ve bu tür ülkelerde hukukun seçkin bir azınlığın imtiyazı olarak kaldığını, halkın da istese bile kolay kolay hukuka uygun davranmayı başaramayacağını düşünmektedir.^[174] Tıpkı Hegel gibi düşünen Tocqueville de common law sistemini uygulayan bir ülkede halkın hukukun ne olduğunu bilebilmesi kadar zor bir şey olmadığını söylemiş, bu tür ülkelerde sırf bu nedenle hukukçu kesiminin ayrıcalıklı bir üst sınıf konumuna yükseldiğini belirtmiştir.^[175]

[172] Harris, *Principles of Criminal Law*, 42-43-44-45 vd.

[173] Ohlin, *Criminal Law: Doctrine, Application and Practice*, 115-116-117.

[174] Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, 207-208.

[175] Alexis de Tocqueville, *Amerika'da Demokrasi*, çev. Seçkin Sertdemir Özdemir, 3. Baskı. (İstanbul: İletişim, 2022), 276.

Denilir ki common law sisteminde mahkemeler bir hukuk laboratuvarıdır ve kurallar mahkemelerde üretilir, değiştirilir, kaldırılır, geliştirilir ve zamanın şartlarına da uydurulabilir.^[176] Bu sistemde içtihatların yani hukukun kaynağının bilahare bir yargılama sırasında değiştirilebilir olması ciddi bir sorundur. Fakat ortada daha büyük bir sorun mevcuttur ki o da önceden suç olmayan bir hususun boşluk durumunda bir yargılama sırasında suç olarak değerlendirilip, suç ve ceza yaratılabiliyor oluşudur. Dolayısıyla common law sistemi, kanunilik ilkesinin temel felsefesi ile büyük bir çelişki halindedir.^[177] Daha da ötesinde, en üst mahkemelerin bile yanlış kararlar verebildiği bir gerçektir ki iş “hukuk yaratmaya” vardığında, bu yanlış kararlardan bütün bir toplum etkilenmektedir.^[178]

C) 20. YÜZYIL KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ VE COMMON LAW SİSTEMİNİN KLASİK GÖRÜNÜMÜNDEN KOPUŞ: KANUNİLİK İLKESİ REFORMU

Common law sistemini yürüten ülkelerden ekserisi halen Birleşik Krallık ile Commonwealth’in üyesi yahut eski İngiliz kolonisi-sömürgesidir. Kanunilik ilkesi ve diğer açılardan doğan tüm bu problemler sebebiyle, özellikle 20. yüzyıl sonrasında, bu ülkelerden pek çoğu bu sistemi büyük ölçüde terk ederek ciddi kanunlaştırma hareketlerine girişmiş ve büyük ölçüde kanunilik ilkesi eksenli bir belirliliği benimsemiştir.^[179] En uzun süren direniş ise İngiltere’de olmuştur. İngiltere’nin tipik kanunilik ilkesi karşısında common law sistemini sürdürmekteki uzun direnişinin^[180] de artık büyük ölçüde sonlandığını belirtmek, pek de yanlış olmayacaktır.

Bu ülkelerin pek çoğunun mevzuatında “suç ve cezalar ancak kanunla koyulur” şeklinde açık bir düzenleme olmamasına rağmen bunlar, aydınlanma ile gelişen kanunlaştırma hareketini ve esas olarak da belirlilik ilkesini

[176] Cardozo, *Yargı Sürecinin Doğası*, 10-11-39-40.

[177] Kent Roach, *Criminal Law*, 7. Edition. (Toronto: Irwin, 2018), 130; Hall, “Nulla Poena Sine Lege,” 171.

[178] Ronald Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı*, çev. Ertuğrul Uzun, (İstanbul: Nora, 2018), 20.

[179] Masferrer, “Principle of Legality,” 278.

[180] Masferrer, “Principle of Legality,” 260-261-262-288.

özümsemişlerdir.^[181] Özellikle kıta Avrupası'nın bazı sentezci kanunları ile common law sisteminden doğma kanunlardaki ceza normları karşılaştırıldığında; ekseriyetle common law sistemlerindeki belirlilik ilkesine daha uygun oldukları, son derece detaylı ve açıkça kaleme alındıkları, hakim yorum imkanını olabildiğince kısıtladıkları görülmektedir.

1-Yumuşak Reform Örneği: İngiltere

1977 tarihli İngiltere Ceza Kanunu'nun^[182] başında da yazdığı üzere; bu kanunlaştırma hareketlerinin amacı, common law külliyyatının yerine pozitif kanunlar vasıtasıyla yeni suç ve cezalar koymak yani common law'ı ilga ederek, suç ve cezaları kanunlaştırmaktır. Fakat bu reform hareketi İngiltere'de common law külliyyatını tamamen ilga etmemiştir. Örneğin 1977 tarihli kanunun bazı hükümlerinde *“Bu bölümün aşağıdaki hükümleri saklı kalmak üzere common law'da komplo suçu kaldırılmıştır. ... Yukarıdaki (1) numaralı alt bölüm, dolandırıcılık amaçlı komplo ile ilgili olduğu sürece common law'da yer alan komplo suçunu etkilemez.”* şeklinde normlar mevcuttur. Üstelik İngiltere'de halen derli toplu bir genel ceza kanunu da yoktur. İngiltere'de 2005 tarihli Anayasal Reform Kanunu gibi çeşitli anayasa benzeri metinler bulunsa da halen somut bir üstün anayasası bile olmayan İngiltere'nin bu durumuna pek de şaşırmamak gerekir. Fakat Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan İngiltere'de 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu^[183] yürürlüktedir ki bu kanunun temel amacı da anayasa olmadığı için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki temel hak ve hürriyetleri somut güvencelere bağlamaktır. İlgili kanunda da kanunilik ilkesi düzenlenmiştir.^[184] Dolayısıyla common law'dan kaynaklı bazı suçlar varlığını korusa bile artık hakim suç ve ceza yaratması ve bunu geçmişe yürütmesi noktasında bir serbestisinin kalmadığını söylemek gerekir.

[181] Dubber, “The Legality Principle in American and German Criminal Law: An Essay in Comparative Legal History,” 9.

[182] “UK Criminal Law Act,” erişim 12 Nisan 2025, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/45>.

[183] “UK Human Rights Act,” erişim 12 Nisan 2025, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>.

[184] Ayrıca bkz. Jonathan Sumption, *Mahkemelerin Yükselişi, Yasamanın Gerileyişi ve Hukuk Üzerine*, çev. Anıl Aygen, (Ankara: Lykeion, 2021), 48.

2- Daha Katı Reform Örneği: Avustralya

Avustralya’da kanunilik ilkesi reformu, İngiltere’de olduğundan çok daha katı biçimde gerçekleşmiştir. Avustralya Federal Ceza Kanunu’nda^[185] kanunilik ilkesine dair bir kural bulunmamakla birlikte, kanun genel hükümlerinde suçun unsurlarını dahi tek tek detaylı olarak açıklamış, mahkumiyet için cezanın bireyselleştirilmesi hususunda pek çok kıstas koyarak hakimın takdir yetkisini olabildiğince kısıtlamış ve cezanın suçlunun kişiliğine uygun şekilde bireyselleştirilmesi amacıyla bilirkişi raporlarını da devreye sokmuştur. Bu kanundaki common law külliyyatına yapılan temel yollama ise ihmali suçlar yönünden “*ancak kanunun common law’a bir gönderme yapması durumunda bu suçların oluşabileceğine*” dair yollamadır ki bu kural da özünde kanuna dayalı olma esasını getirmektedir. Doğruyu söylemek gerekirse bu kanun belirlilik ilkesiyle, kanunilik ilkesini normatif olarak düzenlemiş pek çok ülkenin kanunlarından daha çok bağdaşmaktadır.^[186]

3- Katı Reform Örneği: Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri’nde ne Federal Anayasa ne de Federal Ceza Kanunu’nda “suç ve cezalar parlamentodan çıkan kanunlarla koyulur” gibi bir düzenleme yoktur. Federal Anayasa’da, belirsizlik ve boşluk durumunda hürriyetin asıl olduğu, Locke eksenli bir anlayış ile doğrudan anayasal bir

[185] “Australia Criminal Code Act,” erişim 12 Nisan 2025, <https://www.legislation.gov.au/C2004A04868/latest/text>.

[186] Kanunda pek çok mesele oldukça somut biçimde düzenlenmiştir. Kanunun suçun unsurları başlıklı bölümü 3’üncü maddeden başlayarak, suçun unsurlarını açıklamaktadır. Kanunda suç, “*Bir suç, maddi ve manevi unsurlardan oluşur*” şeklinde 3’üncü maddenin ilk fıkrasında tanımlanmıştır. Bir sonraki maddede suçun maddi unsurları; hareket, netice ve koşul/illiyet bağı olarak belirtilmiş, daha sonra tek tek bunlar tanımlanmış ve bilahare hareketin icrai hareket ve ihmali hareket olarak ikiye ayrıldığı düzenlenmiştir. Hareketin iradi olması şartı hakkında madde 4.2/1’de “*Bir hareket ancak iradi ise maddi bir unsur olabilir*” denilerek, konu çözüme kavuşturulmuştur. Dahası maddenin üçüncü fıkrasında “*Aşağıdakiler iradi olmayan davranış örnekleridir: (a) spazm, konvülsiyon veya diğer irade dışı bedensel hareketler (b) uyku veya bilinçsizlik sırasında gerçekleştirilen bir hareket (c) kişiyi hareket etme iradesinden yoksun bırakan bilinç bozukluğu sırasında gerçekleştirilen bir hareket.*” denilerek, mesele belirlilik ilkesi karşısında daha da sağlam bir konuma getirilmiştir. Diğer hususlar yönünden de kanun fazlasıyla detaycı düzenlemeler ile doludur.

kural olarak getirilmiştir.^[187] Federal Anayasa'nın haklar bildirgesi bölümündeki 5'inci değişiklikte “*Hiç kimse ... yasal süreç olmadan yaşamından, hürriyetinden veya mal varlığından yoksun bırakılamaz*” denilmekte, on dördüncü değişiklikte de eyaletlerin böyle kanunlar çıkartamayacağı düzenlenmektedir. Federal Anayasa'nın haklar bildirgesi içerisinde yer almayan (değişiklikler bölümü dışındaki) 9 ve 10'uncu maddeleri ise *bill of attainder* niteliğinde veya geçmişe etkili kanun çıkartılmasını yasaklamıştır.

Görüldüğü üzere Federal Anayasa'da geriye yürüme yasağı dışında kanunilik ilkesinin herhangi bir esası açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak Beccaria eksenli ve kıta Avrupa'sındaki pek çok ülkeden çok daha katı bir kanunilik ilkesi anlayışı, bugün için Amerika Birleşik Devletleri ceza hukukunun en temel ilkesi olarak görülmektedir.^[188] Amerika Birleşik Devletleri'nde bu ilke, yasamanın yargının yetkilerini tepeden inme biçimde kısıtlamasıyla değil, liberal hukuk devleti ideolojisine uygun olarak bizzat Yüksek Mahkeme'nin bu yöndeki içtihatları vasıtasıyla ortaya konmuştur.^[189] Yani common law sistemi, kendi kendisini sınırlandırmıştır.

Yüksek Mahkeme yukarıda zikredilen Federal Anayasa normlarını liberal hukuk devleti ideolojisi çerçevesinde yorumlayarak, bu sonuca ulaşmıştır. Mahkeme, anayasada yer alan “yasal süreç” ibaresini, hukukun genel ilkelerini ve dolayısıyla belirlilik ilkesini de kapsayacak şekilde yorumlamış; belirlilik ilkesine uygun biçimde suç ve ceza hukuku yaptırımları önceden son derece açık biçimde belirlenmemişse, (*ortalama vatandaş*) kimsenin özgürlüğünden, yaşamından, malından yoksun kılınamayacağını temel bir ilke olarak kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme'nin belirsizlik nedeniyle geçersizlik (*void for vagueness*) şeklinde adlandırılan bu ilkeyi uyguladığı *Grayned v. Rockford* kararında, “çete üyesi olmak” şeklindeki bir eylem tipine dair kanun, 5'inci

[187] Anayasada yer alan haklar bildirgesindeki 9'uncu değişiklik, “*Belirli hakların Anayasa'da sayılması, halkın sahip olduğu diğer hakları reddedecek veya küçümseyecek şekilde yorumlanmayacaktır.*” şeklinde, 10'uncu değişiklik ise “*Anayasa tarafından Amerika Birleşik Devletleri'ne devredilmeyen veya eyaletlere yasaklanmayan yetkiler, sırasıyla eyaletlere veya halka aittir.*” şeklindedir. Bu noktada ayrıca bkz. Munday, “İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi,” 448-449-450.

[188] Dressler ve Garvey, *Criminal Law*, §91; Lipmann, *Contemporary Criminal Law*, 4-22; Samaha, *Criminal Law*, 40.

[189] Lipmann, *Contemporary Criminal Law*, 22; Samaha, *Criminal Law*, 42-43.

ve 14'üncü değişikliklere aykırılık sebebiyle iptal edilmiştir. Yine Coastes v. Cincinnati kararında, “rahatsız edici şekilde davranmak” şeklindeki eylem tipi, belirsizlik nedeniyle aynı maddelere dayanılarak iptal edilmiştir.^[190] Öyle ki Amerika Birleşik Devletleri’ndeki belirlilik anlayışına göre önceden açıkça haberdar edilmediği bir hukuk normu yüzünden insanın sorumlu tutulması, açıkça adaletsiz olacaktır.^[191]

Amerika Birleşik Devletleri’nde common law külliyatına başvurarak suçlamada bulunmak ve cezalandırmak yakın zamana kadar meşru sayılmakla birlikte, Yüksek Mahkeme yoluyla kanunilik ilkesi oturduğundan beri hakim hukuk yaratması durumu kabul edilmemiştir. Bu sebeple yakın zamana kadar eyaletlerin ceza kanunlarında “*common law’a başvurulabilir-common law’da yer alan suçlar cezalandırılmaya devam eder vb.*” şekilde düzenlemeler mevcut olmuş fakat boşluk durumunda hakimler yeni suç ve cezalar yaratamamıştır. Örneğin Pennsylvania Eyalet Mahkemesi, 1939 tarihli Pennsylvania Ceza Kanunu’nda bu yönde bir hüküm bulunduğu için sanığın eyleminin suç olduğunu belirten ayrı bir kanun maddesi bulunmamasına rağmen, sanığın common law külliyatına dayalı olarak mahkum edilmiş olmasına dair kararı onamıştır.^[192]

Yirminci yüzyılın ikinci yarısında ise bu düzen terk edilerek, ekseriyetle Beccaria’nın sistemi yani yazılı kanunlara dayalı olan düzen getirilmiştir. Eyaletlerin neredeyse tamamı, common law külliyatına başvurabilmeyi öngören kanun maddelerini kaldırmış ve birkaç eyalet, kanunilik ilkesini doğrudan ceza kanununda düzenlemiştir. Örneğin Kentucky Ceza Kanunu’nda, açıkça

[190] Lipmann, *Contemporary Criminal Law*, 24; Ohlin, *Criminal Law: Doctrine, Application and Practice*, 114-115; Ayrıca bkz. “Yasakları açıkça tanımlanmamışsa, bir kanunun belirsizlik nedeniyle geçersiz sayılması, usulüne uygun yargılamanın temel bir ilkesidir. Belirsiz yasalar birçok önemli değeri ihlal eder. İlk olarak, insanın hukuka uygun ve hukuka aykırı fiiller arasında seçim yapma özgürlüğüne sahip olduğunu varsaydığımız için kanunların ortalama zekaya sahip bir kişiye neyin yasak olduğunu bilmesi ve buna göre hareket etmesi için makul bir fırsat vermesi gerektiği konusunda ısrarcıyız. Belirsiz kanunlar, adil bir uyarı sağlamadığı için masumları tuzağa düşürebilir. İkinci olarak, keyfi ve ayrımcı bir uygulamanın önlenmesi için, kanunların onları uygulayanlar için açık standartlar sağlaması gerekir.” U.S. Supreme Court, *Grayned v. City of Rockford*, Kt. 26.07.1972, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/104/>

[191] Ohlin, *Criminal Law: Doctrine, Application and Practice*, 113.

[192] Dressler ve Garvey, *Criminal Law*, §92-93.

“common law kaldırılmıştır” denilmekte ve “Common law suçları kaldırılmıştır ve bu kanun veya bu eyaletin başka bir kanunu kapsamında bir suç veya ihlal olarak tanımlanmadıkça, hiçbir eylem veya ihmal suç teşkil etmeyecektir.” denilmiştir. (bkz. m. 500.20).^[193] Dolayısıyla istisnai iki eyalet dışında^[194], Amerika Birleşik Devletleri’nde artık suç ve ceza hukuku yaptırımları noktasında yazılı kanun dışında bir kaynak bulunmamakta, hakimler de hukuk yaratamamaktadır. Ancak yazılı kanundaki belirsizlik durumunda yoruma dayanak teşkil etmesi amacıyla common law külliyyatındaki temel prensiplere başvurulabilmesi halen mümkündür.^[195] Ayrıca belirlilik gereğince *stare decisis* yani eski içtihadı bağlılık kuralı da Amerika Birleşik Devletleri’nde geçerlidir.^[196]

Peki Amerika Birleşik Devletleri’nde ilkenin Beccaria eksenli görünümü salt “yazılı kanunlar” noktasında mıdır? Hayır aksine, bu yönde hiçbir norm olmamasına rağmen Amerika Birleşik Devletleri’nde yargı ve doktrin, “dar yorum” yani “belirsizlik durumunda sanık lehine yorum” esasını benimsemiş ve uygulamada bu durum tamamen yerleşmiştir.^[197] Yine Amerika Birleşik Devletleri’nde kanunilik ilkesinin amacı bireyi devletten korumak ve bireyin

[193] “Kentucky Penal Code,” erişim 24 Ağustos 2025, <https://codes.findlaw.com/ky/title-l-kentucky-penal-code/>.

[194] Bu eyaletler Rhode Island ve Michigan’dır. Rhode Island Ceza Kanunu’nun 11-1-1. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesi şöyledir: “Common law’a göre suç teşkil eden ve genel kanunlarca herhangi bir ceza öngörülme-yen her türlü eylem ve ihmal, common law gereğince suç olarak kovuşturulabilir ve cezalandırılabilir.” Bkz. “Rhode Island General Laws Title 11,” erişim 23 Ağustos 2025, <https://law.justia.com/codes/rhode-island/title-11/>. Michigan Ceza Kanunu’nun 750.505. maddesi ise şöyledir: “Bu eyaletin herhangi bir kanununda cezası açıkça belirtilmeyen ve common law’a göre suç teşkil eden herhangi bir fiili işleyen kişi, mahkemenin takdirine bağlı olarak, eyalet hapisanesinde en fazla 5 yıl hapis cezası veya 10.000,00 doları geçmeyen para cezası veya her ikisiyle cezalandırılabilir.” Bkz. “Michigan Penal Code,” erişim 23 Ağustos 2025, <https://codes.findlaw.com/mi/chapter-750-michigan-penal-code>. Michigan’daki sistemin eleştirisi için bkz. Ohlin, *Criminal Law: Doctrine, Application and Practice*, 115-116-117.

[195] Dressler ve Garvey, *Criminal Law*, §94-95-96-107 vd.; Ohlin, *Criminal Law: Doctrine, Application and Practice*, 114.

[196] Ohlin, *Criminal Law: Doctrine, Application and Practice*, 114.

[197] Dressler ve Garvey, *Criminal Law*, §91; Samaha, *Criminal Law*, 46-47.

yaşamını öngörülebilir kılmak olarak anlaşıldığı için kıta Avrupası'nın aksine, kanunların hukukçu yardımıyla anlaşılacak biçimde kaleme alınması anlayışı da kabul edilmemekte, ortalama vatandaş için belirliliğin sağlanması gerektiği içtihat edilmektedir.^[198] Yine Amerika Birleşik Devletleri'nde geçmişe etki yasağı katı biçimde ve zamanaşımı yönünden de geçerli olacak şekilde yorumlanmaktadır. Örneğin Stogner v. California kararında Yüksek Mahkeme, zamanaşımını genişleten ve zamanaşımına uğramış suçların yargılanmasına imkan tanıyan kanunu geçmişe etkili kanun çıkarılamaz kuralına aykırı bulmuştur. Zira devlet, belirli bir zamanaşımı süresi öngörüp daha sonra suçlu bile olsa vatandaşına tuzak kuracak şekilde keyfi davranamaz.^[199]

4- Kanunilik İlkesini Açıkça Düzenleyen Katı Reform Örnekleri: Yeni Zelanda ve Kanada

Yeni Zelanda'da kanunilik ilkesi noktasında katı bir reform çalışması yürütülmüştür. Son derece detaylı bir kanun olan Yeni Zelanda Ceza Kanunu'nun^[200] 9'uncu maddesinde, hiç kimsenin ceza kanunları dışında common law gereğince suçlanarak cezalandırılmayacağı düzenlenmiş, 10/A maddesinde hiç kimsenin kanunun öngörmediği bir eylemden dolayı suçlanamayacağı belirtilmiştir. Kanunun 20'nci maddesinde ise common law külliyyatının ancak kanunlar ile çelişmemesi ve sanık lehine mazeret sebebi yahut savunma teşkil etmesi durumunda gündeme geleceği zikredilmiş yani sanık lehine yazısız hukukun uygulanabilmesi mümkün kılınmıştır. Bazı maddelerde ise bu imkan açıkça yasaklanmaktadır. Örneğin ebeveynlerin gelenek-göreneklerden kaynaklı olarak çocukları üzerindeki güç kullanımını yasaklayan kanun, 59'uncu maddesinde, “*hiçbir common law kuralı bunu meşru kılamaz*” demiştir.

Kanada'da da aynı reform çalışması yürütülmüştür. Son derece detaylı hükümlere sahip olan Kanada Ceza Kanunu'nun 9'uncu maddesi, common law külliyyatına başvurmayı “mahkemeye hakaret-saygısızlık durumları” dışında yasaklamıştır. Bunun tek istisnası, 8'inci maddede öngörüldüğü

[198] U.S. Supreme Court, Kolender v. Lawson, §3, Kt. 2.05.1983, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/461/352/>

[199] Lipmann, *Contemporary Criminal Law*, 24.

[200] “New Zealand Crimes Act”, erişim 24 Ağustos 2025, https://sherloc.unodc.org/cld/document/nzl/1962/crimes_act_1961.html.

üzere sanığın lehine olan hallerdir. Dolayısıyla Kanada’da, 1953 tarihinde bu normun yürürlüğe girişinden sonra, yasama organının bir kanun olarak yürürlüğe koymadığı kurallara göre suçlama ve cezalandırma yapılamamaktadır.^[201]

IV. KANUNİLİK İLKESİNİN GENEL ESASLARI

A) BELİRLİLİK

1- Liberal Hukuk Devleti İdeolojisinin Bir Gereği Olarak Belirlilik

Kanunilik ilkesi, bünyesinde derin bir felsefi birikimi ve liberal hukuk devleti ideolojisinden kaynaklı “meşru bir yönetim biçimi” anlayışını^[202]

[201] Roach, *Criminal Law*, 95-96.

[202] Temel hak ve hürriyetlere müdahalenin kanuna dayanması yani kanunilik ilkesi, hukuk devletinin bir gereğidir. Ancak hukuk devleti ideolojisinin kanunlara bağlı devlet şeklinde normatif bir boyutu olduğu gibi liberal-demokratik değerlere bağlı bir siyasal boyutu daha vardır. Bu da Amerikan ve Fransız devrimlerine dayanak teşkil eden, Locke ile başlayan ekolün bir eseridir. Dolayısıyla hukuk devletinde devlet kendi kendini sınırlayamaz ve onu sınırlayan mutlaka hukuk vasıtasıyla halk olmalıdır. Meşruiyetin temel dayanağı budur ve Schmitt’in söylemiyle bu, “demokratik hukuktur”. Schmitt, *Constitutional Theory*, 173-174-187-188-189; Ayrıca bkz. De Saint Marc, *Devlet*, 9. Liberal hukuk devleti ideolojisi (*hukuk devleti*) ve kanun devleti anlayışı arasındaki farkın anlaşılabilmesi, bu noktada önemlidir. Kanun devleti veya “biçimsel anlamda hukuk devleti/ hukuka bağlı devlet” anlayışına göre devlet, kanunlar ve varsa kanun üstü bir anayasa ile sınırlandırılmış, bu kurallara uymakla mükellef tutulmuş ve aksi durumda sorumluluğun doğacağı hususu kabullenilmiştir. Bu anlayışa göre hukuk belirli bir ideoloji ile sınırlandırılmayabileceği gibi faşizm, sosyalizm gibi belirli ideolojiler çerçevesinde de sınırlandırılabilir. Bu ikinci görünüm, temelde kanunilik ilkesi reformu sonrası Sovyetler Birliği’nde ve en çok da günümüzdeki Çin Halk Cumhuriyeti’nde somutlaşmıştır. Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası’nın birinci maddesi, devletin halkın demokratik diktatörlüğü altında sosyalist bir devlet olduğunu, sosyalist sistemin herhangi bir kuruluş veya kişi tarafından bozulmasının yasak olduğunu ilan etmekte, anayasanın diğer bölümleri de iktidarı anayasadaki kurallar ile sınırlandırmaktadır. Çin Halk Cumhuriyeti Ceza Kanunu’nun 2. maddesinde de cezalandırmanın ve ceza kanununun amacının, halkın demokratik diktatörlüğü ve sosyalist sistemin gücünü savunmak ve sosyalist yapı ile sosyalizmin düzgün ilerlemesini sağlamak olduğu yazılıdır. Kanunda ayrıca kanunilik ilkesi de düzenlenmiştir. Tamanaha’nın da belirttiği üzere burada bir “hukuk devleti” değil, “kanun devleti” anlayışı mevcuttur. Hukuk devleti ideolojisi

barındırmaktadır.^[203] Liberal hukuk devleti ideolojisi, sınırsız ve öngörülemez polis devleti anlayışına karşı öne sürülen üç özden doğmuştur. Bunlar; Weimar Cumhuriyeti'nde gelişen *rechtsstaat* anlayışı, tabii hukuk ekolünden gelen ikinci ve üçüncüler ise İngiliz common law sistemindeki *rule of law* ve pozitif kanuna bağlılık yönüyle Fransız sistemindeki *etat de droit* anlayışıdır. Her üç anlayışta da devletin, onu sınırlayan hukuka göre yönetilmesi gerekir ve bu öngörülebilir yaşamın bir anahtarı kabul edilir. Alman ve Fransız sistemlerinde buna ek olarak, sınırlayıcı hukukun halkın seçtiği parlamentodan çıkan pozitif hukuk metinleri olması şartı da koşulur.

ile kanun devleti anlayışı arasındaki en büyük ayrım, hukuk devletinin özündeki liberal-demokratik değerler, insan haklarına bağlılık ve iktidarın bu değerler çerçevesinde sınırlandırılıyor oluşudur. Bkz. Brian Z. Tamanaha, *Hukukun Üstünlüğü*, Çeviren Ali Fahri Doğan. (İstanbul: Runik Kitap), 2020, 14-15-145-146-147-148 vd. Kanun devleti anlayışına yönelik ayrıca bkz. Ömer Keskinsoy ve Semih Batur Kaya, "Hukuk Devletinin Kanun Devletine Anayasal Devletin Anayasalı Devlete Evrilmesi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, no. 3 (2021), 1147-206, 1153-1154-1156-1157 vd.; Schmitt, *Constitutional Theory*, 181-182; Çin mevzuatından yapılan aktarımlar için bkz. "Constitution of the People's Republic of China," erişim 28 Ağustos 2025, http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Constitution/2007-11/15/content_1372963.htm; "Criminal Law of the People's Republic of China," Erişim 28 Ağustos 2025, <https://www.cecc.gov/resources/legal-provisions/criminal-law-of-the-peoples-republic-of-china>.

- [203] Ceza kanunumuzun genel gerekçesi denilebilecek Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu'nda, ilkenin hukuk devleti felsefesi ile olan bağı son derece doğru biçimde zikredilmiştir. Bkz. "Hukuk devleti ilkesi, hukukun bireylere sağladığı güvenceyi belirtir. ... Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, belirlilik ilkesi, kıyas yasağı, geçmişe uygulama yasağı, hukuk devleti ilkesinin gerekleridir. Devletin hukuka bağlılığının ideal bir biçimde gerçekleştirilebilmesi için ceza kanunlarının içerik yönünden nasıl düzenlenmesi gerektiğini, hukuk devleti ilkesi belirler. ..." "Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)," erişim 8 Nisan 2025, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>, 226-227. Anayasa Mahkemesi de belirlilik ilkesini hukuk devletinin bir gereği olarak ele almaktadır. Bkz. "Hukuk devletinin unsurları, doktrinde de belirlenmiş olup, bunlardan konuyla ilgili iki tanesi "hukuki güvenlik" ve "belirlilik" ilkeleridir. Bireyin devlete güven duyması, ancak hukuki güvenliğin sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde mümkün olabilecektir. Anayasada öngörülen temel hak ve hürriyetlerin kullanılması ve insan haklarının insan hayatına egemen kılması için Devlet, bireylerin hukuka olan inançlarını ve güvenlerini korumakla yükümlüdür." Anayasa Mahkemesi, E. 2015/94, K. 2016/27, Kt. 7.04.2016, RG. 03.05.2016-29701.

Bu üç anlayışta da temel amaç öngörülebilirlik olduğu için liberal hukuk devleti ideolojisinin temel argümanı; kanunların açıkça kaleme alınmış ve bilinebilir-anlaşılabilir-öngörülebilir olması(*belirlilik ilkesi*), kanunların geriye yürütülememesi, kanun önünde eşitliğin sağlanması, yürütmenin de kanunlar uyarınca işlem gerçekleştirebilmesi, bağımsız bir idari yargının mevcudiyeti, hakim bağımsızlığı ve teminatının varlığı, anayasa mahkemesinin varlığı^[204] ile kuvvetler ayrılığına dayalı (*bireyin temel hak ve hürriyetlerinin devleti sınırladığı*) liberal, demokratik, bir hukuk sistemidir.^[205]

Binding'in haklı olarak belirttiği üzere kendisine yasaklar ve yasaklara aykırılık durumunda başına geleceklerin bildirilmediği bir bireyin sorumlu tutulması söz konusu olamaz. Dolayısıyla kanunilik ilkesi, temel olarak belirliliği ve öngörülebilirliği amaçlar.^[206] Welzel de “*Nulla poena sine lege ilkesine yönelik asıl tehlike kıyastan değil, belirsiz ceza kanunlarından kaynaklanmaktadır.*” demiştir.^[207] Dolayısıyla belirlilik ilkesi, kanunilik ilkesinin temel yapı taşıdır ve belirlilik olmadığında bu ilke de ortadan kalkacaktır. Yukarıda, ilkenin iki farklı temel versiyonunun bulunduğu ve kıta Avrupası ile common law sistemlerindeki kanunilik ilkesi anlayışlarının günümüzde büyük ölçüde benzer hale geldiği aktarıldı. Her iki versiyon ve sistemde temel olan şey, belirlilik ilkesinin özünde liberal hukuk devleti ideolojisinin “öngörülebilir ve belirli kurallar çerçevesinde, hukuki güvenlik içinde serbestçe maddi-manevi varlığını geliştirebilme” felsefesinden kaynaklandığı ve bütün bir hukuk için geçerli olduğu, ceza hukukuna dair belirliliğin bu

[204] Avrupa Konseyi'nin bir danışma organı olan Venedik Komisyonu'nun, amacı özellikle rule of law, rechtsstaat ve etat de droit kavramlarına yönelik çatı ilkeleri belirlemek olan, hukuk devleti ideolojisi ile ilgili raporu ve kontrol listesinde, bağımsız bir anayasa mahkemesi tavsiye edilmiş fakat sair bir yüksek mahkeme yahut kurulun da anayasaya uygunluk denetimini yaptığı sistemlerin hukuk devleti ile çelişmeyeceği dile getirilmiştir. Bkz. “Report On The Rule of Law,” Venice Comission, 2011, 3; “The Rule of Law Checklist,” Venice Comission, 2016, 47.

[205] Chevallier, *Hukuk Devleti*, 7-8-12-13- 24-49-50-53-68-74-78-79-91-101-103-104-105; Dubber, “The Legality Principle in American and German Criminal Law: An Essay in Comparative Legal History,” 9; Venice Comission, “Report On The Rule of Law,” 10-11-12 vd.; Venice Comission, “The Rule of Law Checklist,” 9-18-19-40-44.

[206] Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung Band 1*, 12-135

[207] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 23.

ana kuralın ceza hukukuna dair bir yansıması olduğu anlayışıdır.^[208] Fark ise belirlilik ve öngörülebilirliğin pratikteki tezahür derecesi noktasındadır. Bu da bizleri, “bir hukuk devletinde olması gereken belirlilik nedir?” sorusuna götürmektedir.

2) Belirlilikten Ne Anlaşılması Gerektiği Sorunu

Artık common law sistemlerinde de istisnalar haricinde suç ve ceza hukuku yaptırımlarında yazılı bir kanuna dayanma şartı gerektiği için meseleyi genel olarak yazılı kanunlar özelinde ele almak daha doğru olacaktır. Belirlilik ilkesinin varlığı yahut yokluğu, bugün için kanunilik ilkesi çerçevesinde tartışılan bir alan değildir. Tartışılan husus, belirlilikten ne anlaşılması gerektiği ve kanunların kimin için belirli olması gerektiği noktasındadır.

Hegel, kanunlara uyulması zorunlu ise devletin, bunları herkes tarafından kolayca bilinebilir kılmak zorunda olduğunu söylemiştir.^[209] Rossi, Hegel’in dile getirdiği “ceza kanunlarının herkesi bağladığı ve öyleyse belirlilik çerçevesinde bu kanunların herkes tarafından anlaşılması gerektiği” hususunu yorumlarken, bu “ne dediği anlaşılması gereken” kanunların nasıl kaleme alınması gerektiği noktasındaki belirsizliğe ve “her kafadan bir ses çıkması” hususuna dikkat çekmiştir. Rossi haklı olarak, kanunların akademik bir dille mi, saray diliyle mi yoksa alelade sokak jargonuyla mı kaleme alınacağı noktasında belirlilik eksenli bir problem bulunduğunu dile getirmektedir.^[210] Gerçekten de eğitimsiz insanların bile ceza kanununu okuduğunda anlaması gerekir mi? Peki okuma yazma bilmeyenler için ne yapılacaktır? Daha da ötesinde çok iyi eğitilmiş biri hukuk eğitimi almamış olduğu için kanunu

[208] Ayrıca bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı. (Ankara: Seçkin, 2017), 108; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 1*, 21; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 159; Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 98; Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 74-75; Pradel, *Manuel de Droit Penal General*, 126; Bodson, *Manuel de Droit Penal*, 37; Renout, *Droit Penal General*, 28; Anayasa Mahkemesi, E. 2012/116, K. 2013/32, Kt. 28.02.2013, RG. 13.08.2013-28734; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, C.R. v. UK § 33; Venice Commission, “The Rule of Law Checklist,” 25-26-27-28; Anayasa Mahkemesi, E. 2018/125 K. 2020/4, Kt. 22.01.2020, RG. 13.5.2020-31126.

[209] Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, 211.

[210] Pellegrino Rossi, *Traite de Droit Penal Vol. 1*, (Paris: A. Sautet, 1829), 32-33-34 vd.

anlayamıyor ise bu bir sorun mudur? Bu sorular sanıyoruz ki Rossi'den önce de günceldir, Rossi de bunları dile getirirken haklıdır ve şu an da aynı sorun güncelliğini sürdürmektedir.

Yukarıda zikredildiği üzere ilkenin klasik okulun genel kuramına daha yakın olan ve büyük ölçüde Amerika Birleşik Devletleri'nde tezahür etmiş temel anlayış, “ortalama vatandaş için belirlilik” durumudur. Ülkemizde de bu doğrultuda görüşler dile getirilmiştir.^[211] Gerçekten de madem ki belirlilik ve kanuniliğin temel amacı öngörülebilirlik, güven içinde yaşama arzusu ve hakimin keyfi takdir yetkisini önlemektir,^[212] öyleyse belirlilik gerçekten de kanunilik ilkesinin ceza hukuku karşısında öngörülebilir bir yaşam vaat ettiği ortalama vatandaşa yönelik olmalıdır. Ancak mesele pekala bu kadar basit değildir. Amerika Birleşik Devletleri'nin kanunları incelenirse, diğer ülkelerin ceza kanunlarını ikiye katlayacak kadar çok madde içeren bu kanunların gerçekten de ekseriyetle her ayrıntıyı düzenlemeye çalıştığı görülecektir. Ancak bu kanunlarda bile doktrin ve içtihatlar bakmadan anlamına vakıf olunamayan normlar ve sentezci metoda göre kaleme alınmış metinlerle karşılaşılabilir. Yani bu “ortalama vatandaş için belirlilik” unsurunu pratikte hayata geçirmek, özünde pek de mümkün bir husus değildir. Montaigne 16. yüzyılda, bu durum üzerine bir deneme yazmıştır. Ona göre kanunlar ne kadar çoğaltılırsa çoğaltılsın her somut duruma uygun bir kanun yapılması mümkün olmadığı için hakimlerin takdir yetkisi hayatın bir gerçeğidir.^[213] Ayrıca Binding'in de ortaya koyduğu üzere yasak fiillerin çok detaylı olarak düzenlenmesi de özünde hiçbir detay verilmemesi kadar sakıncalı bir uygulama olacaktır.^[214]

Sanıyoruz ki hukukçu olmayanların yani “ortalama vatandaşın” rahatça anlayabileceği bir ceza kanunu yazmaya çalışmak, beyhude bir çaba

[211] Selçuk, *Suç Hukuku Cilt 4*, 78; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı. (Ankara: Adalet, 2018), 106; Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18.

[212] Samaha, *Criminal Law*, 40; Otto, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 17-21-22; Bouloc, *Droit Penal General*, 102; Rawls, *Bir Adalet Teorisi*, 269-270; Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14-15.

[213] Montaigne, *Denemeler*, çev. Sabahattin Eyüboğlu, (İstanbul: Cem, 1991), 256.

[214] Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung Band 1*, 49

olacaktır.^[215] Zira nasıl ki bir fizik kuramını etrafıca anlayabilmek için belirli bir seviyenin ötesinde fizik bilmek gerekirse, aynı durum pek çok suç normunun doğru anlaşılabilmesi için de geçerlidir. Öyleyse okuma yazma bilen herhangi birinin ancak hukuki bir birikim ile anlayabileceği şekilde kaleme alınmış normların belirlilik ilkesi ile çalışmayacağını söylemek gerekir. Olması gereken, kanunun; kalitesini, zenginliğini ve derinliğini bozmadan, olabilecek en sade ve anlaşılabilir biçimde, olabildiğince yorum gerektirmeyecek kesinlikte kaleme alınmasıdır. Aksi bir durum yani daha kesin bir dille kaleme alınabilecekken, kanun koyucu tarafından kasten daha belirsiz biçimde ve yoruma açık kaleme alınmış ceza normları, belirlilik ilkesiyle çelişecektir.^[216]

Çağımızda genel eğilim; sentezci yani genel önlemeyi amaçlayan, bu sebeple kanunda boşluk bırakmama amacıyla ortalama vatandaşın anlayamayabileceği ve hatta hakimlerin bile ancak uzun uğraşlar sonucu anlamını ortaya çıkarabildiği ve pek çok hakiminde farklı yorumlayabildiği, yoruma müsait ve değişen şartlara uyarlanabilen normlar kaleme almaktır.^[217] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ceza kanunlarının değişen şartlara uyarlanabilir esneklikte kaleme alınabileceğini ve vatandaşın bir hukuki tavsiye olarak anlayabileceği açıklıkta olmasının yeterli olduğuna hükmetmiştir.^[218] Yine mahkeme, kanunda genel ifadelerle kaleme alınmış ve suçun unsurlarına yönelik olan kavramların içeriğinin, zaman içinde içtihatlar yoluyla doldurulabileceğini ve belirliliğin bu şekilde oluşacağını kabul etmektedir.^[219] Belçika Anayasa

[215] Bock, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 98.

[216] Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 87-88; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Filiz, 1992), 60.

[217] Pradel, *Manuel de Droit Penal General*, 132.

[218] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Chauvy and Others v. France, §43-44; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, S.W. v. UK, §36; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Streletz, Kessler and Krenz v. Germany, §50; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kononov v. Latvia, §185; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kafkaris v. Cyprus, §141, Avrupa Konseyi, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Madde Rehberi,” 13; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Yüksel Yalçınkaya v. Turkey, §238.

[219] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Cantoni v. France, §34-35; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Badescu and others v. Romain, §132.

Mahkemesi,^[220] Alman Anayasa Mahkemesi^[221] ve ülkemiz Anayasa Mahkemesi'nin^[222] kararları da aynı yöndedir.

Doktrinde sentezci metodun kabul edilebilir olduğu fakat belirlilik ilkesi kesin ve açık bir dili gerektirdiği için kanun koyucunun görevinin, kanunu mümkün olan en kesin dilde kaleme almak olduğu dile getirilmektedir.^[223] Gerçek şudur ki sentezci metot, “olabilecek en kesin biçimde kaleme alma” anlayışına terstir. Zira bu metotta kanunlar daha yüksek bir kesinlikte kaleme alınabilecek olmasına rağmen, kasıtlı olarak bir belirsizlik yaratılır ki hukukta bir boşluk kalmasın. Belirliliğin ortalama vatandaşa hitap edecek olması gerekmeseyse de en azından hukukçu ve hakimlere hitap edecek seviyeye gelmesi için bunlara yönelik olabilecek en yüksek derecedeki kesinlik şartı bir gerekliliktir^[224] ve buna sentezci metot denilecekse bu, ancak “dar manada bir sentezci metot” olarak anlaşılabilir. Peki bu “olabilecek en yüksek kesinlik” nasıl sağlanabilir?

Suçun tüm unsurları^[225] ama evvela yasak davranış, normda mümkün olduğunca açık ve objektif olarak anlaşılabilir şekilde tanımlanmalıdır.^[226] Zira belirli çerçeve eylem tipleri normda gereği gibi açıklanmadığında, belirlilik ilkesi yok olacaktır. Pek çok kanunda hırsızlık, güveni kötüye kullanma gibi eylem tiplerinin içeriği, olması gereken şekilde normlarda açıkça kaleme alınır ve hangi somut eylemlerin bu çerçeve hırsızlık ve benzeri eylemi teşkil edeceği okuyucuya açıklanır. Ancak çoğu zaman kanun koyucular her fiil için böyle hareket etmez ve kanunlarda; *hakaret, aşağılama, ihanet etme, kötülük yapma, kötü alışkanlıklara sahip olma, ahlaka aykırılık, uyuşturucu, işkence, canavarca gerçekleştirme, ahlaki*

[220] Cartuyvels, Guillaïn ve Nederlandt, *Droit Penal General (Partie 1)*, 129.

[221] Otto, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 17-18.

[222] Anayasa Mahkemesi, E. 2023/132, K. 2023/183, Kt. 26.10.2023, RG. 8.12.2023-32393.

[223] Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 110-111; Renout, *Droit Penal General*, 30-31.

[224] Jacobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 65.

[225] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 23.

[226] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 49; Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 88; Bouloc, *Droit Penal General*, 131; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 60.

tehlikeye atmak, korku ve panik yaratmak, önemli kamu yararını tehlikeye atmak, kamusal yarara zarar vermek gibi kavramlar da kullanılır ve belirlilik ilkesiyle çelişecek biçimde, hakim yorum yoluyla adeta hukuk yaratmasına ve ilgili kavramlar ile hangi somut fiillerin yasaklandığına karar vermesine izin verilir.^[227]

Gerçek şudur ki hakimler belirlilik ilkesiyle çelişen normları uygulamayabilir veya ülkemizde de olduğu gibi anayasaya aykırılık gerekçesiyle bu normlar iptali için anayasa mahkemelerine götürülebilir.^[228] Ancak belirlilik ilkesiyle çelişen normlar mevzuattan temizlenmeye ve iptal edilmeye kalkılırsa, belki de ortada yarı yarıya eksilmiş bir kanun kalacaktır ki bu durum pek çok ülke için geçerlidir. Dolayısıyla böyle bir durumu yaratması pratik olarak sakıncalı olduğu için çoğu zaman “sentezci ve yoruma açık normlar belirlilik ilkesiyle çelişmez” şeklinde hüküm veren anayasa mahkemelerine bu işi bırakmamak ve belirlilik ilkesinin temel

[227] Bodson, *Manuel de Droit Penal*, 112-113-114; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 23; Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung Band 1*, 47-48-49. Mesele şöyle örneklendirilebilir: Türk Ceza Kanunu’nun 102’nci maddesinde cinsel saldırı suçu düzenlenmiştir. Normun birinci fıkrasında “... *Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.*” şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Kanunun 105’inci maddesinde ise cinsel taciz suçu düzenlenmiş olup, “*bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etmek*”, suça konu fiildir. Aklımızdaki içtihatları ve doktrin bilgisini bir kenara bırakıp, sair hukuki bilgi birikimimizle bu normu okuduğumuzda aradaki farkın ne olduğunu anlayabiliyor muyuz? Hatta daha da ötesinde cinsel amaçlı sarkıntılık ya da cinsel amaçlı tacizin ne olduğu hakkında aklımızda net bir eylem çerçevesi oluşuyor mu? Cevap hayırsa, hakim yorum yoluyla adeta hukuk yaratmasına müsaade edecek bu norm, belirsizlik ve öngörülemezlik yaratmaya müsait olacak, belirlilik ilkesi ile çelişecektir. Bu konuda ayrıca bkz. Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18-19.

[228] Renout, *Droit Penal General*, 31. Anayasa Mahkemesi ara ara bu durumu göz önünde bulundurup, bir kısım normları iptal etmiştir. Örneğin bir kararında “...*Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. ... Bu durum son derece ağır bir itham ve ceza öngören bir suçun kapsamını ölçütleri belirsiz olacak biçimde genişletmektedir. Yargı makamlarının da örgüt adına işlenen suç kavramını her somut olayın özelliklerine göre farklı yorumladıkları ve belirliliğin yargısal yorumla da sağlanamadığı anlaşılmaktadır...* Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 38. maddesine aykırıdır.” Anayasa Mahkemesi, E. 2023/132, K. 2023/183, Kt. 26.10.2023, RG. 8.12.2023-32393.

muhatapı olan yasamanın sentezci metottan olabildiğince uzaklaşması gerektiğini söylemek gerekir.

Sentezci metot ve boşluk doğmaması adına yoruma açık normlar kaleme almak, kusurluluk noktasında da ciddi bir problem yaratmaktadır. Zira kanunun belirsizliği sebebiyle failin yasak davranışı bilebilme imkanı yoksa yahut kaçınılamaz biçimde davranışının hukuka uygun olduğu kanaatine varmışsa, kusurluluk da oluşmayacaktır.^[229] Bu konu aşağıda detaylandırılmıştır.

3) Belirsizlik ve Kusurluluk Bağlantısı: Haksızlık Yanılgısı

Aydınlanma felsefesinin temelinde, aklını kullanarak doğru ile yanlış arasında bir seçim yapacak olan özgür irade sahibi insanın, bu seçimini öngörülebilir bir düzen içerisinde ve belirli kanunlar ışığında yapması gerektiği anlayışının bulunduğu yukarıda aktarıldı. Klasik okulun suç genel kuramının temelinde de maddi bir unsur olarak kanunilik ve manevi bir unsur olarak *dolus* (kast) - *culpa* (taksir) dereceleri içerisinde, özgürce suça yönelmiş iradenin gerekliliği bulunmuştur. Dolayısıyla klasik okula göre insan suça konu fiili gerçekleştirirken yaptığı anti-sosyal seçiminde özgür değilse, fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacaktır.^[230] Kanunu bilmemek tek başına bir mazeret sayılmasa da fiilinin hukuk düzen ile çeliştiği

[229] Rawls, *Bir Adalet Teorisi*, 270; Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 220-221.

[230] Pufendorf, *Doğal Hukuka Göre İnsanın ve Yurttaşın Ödevi*, 58; Ortolan, *Elements de Droit Penal Vol 1*, 98-99-100-106-107-108-126-127 vd.; Filangieri, *La Science de la Legislation Vol 4*, 5-157; Alfred Bertauld, *Cours de Code Penal et Leçons de Legislation Criminelle*, (Paris: Cosse et Marchal, 1864), 330; Burlamaqui, *Doğal Hukukun İlkeleri*, 49-50; Prins, *Science Penal et Droit Positif*, 180-181-182-184 vd.; Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, 129-130; Pellegrino Rossi, *Traite de Droit Penal Vol. 2*, 4. Edition. (Paris: A. Sautet, 1872), 1-2-3-4-5-70-71 vd. Ayrıca bkz. “Onlara göre cezai yaptırımın meşruluğu, suçlunun ahlaki sorumluluğu ilkesine dayanmaktadır; Ceza, suçlunun sorumluluk derecesine göre ölçülmeli ve bu sorumluluk derecesi de suçlunun suç yolu ile erdem yolu arasındaki seçimini yaptığı anda sahip olduğu özgür iradenin derecesi ile tam olarak örtüşmelidir.” Jean Constant, *Precis de Droit Penal Vol. 1*, (Liege: Ecole de Sciences Administratives et d’Officiers de Police, 1975), 27.

noktasındaki mutlak cehaleti durumunda, failin suça yönelen iradesi baskı altına alındığı için sorumluluğu doğmayacaktır.^[231]

Pufendorf 17. yüzyıldaki eserinde, mutlak cehaletin sorumsuzluk getireceğini fakat salt kanunu bilmemenin sorumsuzluk doğurmayacağını zikretmiştir. Ona göre insan kanunu ve kanunun ne demek istediğini öğrenmeye çalışmalı, kendi hatasından kaynaklanmayan mutlak cehaleti söz konusu olduğunda ise sorumsuz sayılmalıdır.^[232] Günümüzde bu yöndeki normatif düzenlemeler sebebiyle ceza kanunlarını bilmemenin veya yanlış yorumlamanın hiçbir şekilde sorumsuzluk yaratmayacağına yönelik görüşler bulunsa da^[233] genel eğilim, Pufendorf’un yüzyıllar önce ortaya koyduğu “mutlak cehalet” doktrinine benzer biçimde, “kaçınılamaz haksızlık

[231] Filangieri, *La Science de la Legislation Vol 4*, 156-157; Rossi, *Traite de Droit Penal Vol 2*, 51-52-55 vd.; Pufendorf, *Doğal Hukuka Göre İnsanın ve Yurttaşın Ödevi*, 60; Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung Band 3*, 9-156-157-158-169 vd.

[232] Pufendorf, *Doğal Hukuka Göre İnsanın ve Yurttaşın Ödevi*, 60.

[233] Ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağına dair düzenleme TCK m. 4’te de yer almaktadır. Doktrinde bu sebeple, ceza kanunlarını bilmemek ve yanlış yorumlamanın sorumluluğu etkilemeyeceği yönünde görüşler mevcuttur. Bkz. Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 390-391-392; Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 447; İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 489. Ancak haksızlık yanlışlığına dair düzenlemeler (Bkz. TCK m. 30/4) karşısında, ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağına dair düzenlemelerin “bilememek” derecesinde bir bilinci de kapsayacak şekilde anlaşılması doğru değildir. Bkz. Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 427; İlgili düzenlemenin kanundan kaldırılmasına yönelik haklı görüşlere dair bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı (Ankara: Seçkin, 2018), 371.

yanılgısının” sorumluluğu (*özgür iradeden doğan kast veya kusurluluğu*)^[234] kaldıracığı yönündedir.^[235]

Failin fiilinin haksızlık oluşturduğunu bilebilecek durumda olmaması anlamına gelen haksızlık yanılgısı, kanunilik ilkesi gereğince, temelde ceza kanunlarına dair bilgi sahibi olmama durumu ile ilgilidir. Dolayısıyla öncelikle failde, fiilinin suç olduğuna yönelik normatif bir bilincin yokluğu gerekir. Bundan sonra ise toplumsal ve sosyolojik etkenler gereğince failin fiilinin haksızlığı noktasındaki yanılgısına dair çeşitli olasılıklar değerlendirilebilir.^[236] Öyleyse haksızlık bilinci, temelde ceza kanununu bilmemek veya onu yanlış yorumlamakla ilgili bulunmaktadır.^[237]

Binding günümüzden yaklaşık yüz yıl önce, norm enflasyonunun olduğu bir dönemde şehirli insan bile bu normlara tamamen vakıf olamazken, dağ

[234] Kastın anlamı, klasik kuramda özgür bir iradenin suça yönelik biçimi (*dolus*) şeklinde anlaşılır. Dolayısıyla burada kast yani suça yönelen irade, iyi ile kötü arasında özgürce seçim yapma imkanına sahip zihinden doğan “kötüyü seçmiş” bir iradedir ve failin anti-sosyal bir davranış gerçekleştirdiği bilincini de içerir. Ortolan, *Elements de Droit Penal Vol 1*, 99; Filangieri, *La Science de la Legislation Vol 4*, 157; Bouloc, *Droit Penal General*, 252-253-254-255 vd.; Pradel, *Manuel de Droit Penal General*, 463. Kast bu şekilde anlaşıldığında, kaçınılmaz haksızlık yanılgısı suçun özgür iradeyle bağlantılı diğer bir unsuru olan kusurluluğa gitmeden, evvela kastın oluşmamasına sebep olacaktır. Bkz. Henri Donnedieu de Vabres, *Traite Elementaire de Droit Criminel et de Legislation Penale Compare*, (Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1937), 91-92. Ancak kastın, özgür irade ve anti-sosyallik bilincinden ayrılarak, “maddi unsurları bilme ve isteme” şeklinde anlaşılması da söz konusu olmuştur. Dolayısıyla kastın “maddi unsurları bilme ve isteme” şeklinde anlaşıldığı kuramlar noktasında, haksızlık yanılgısı kastı değil, özgür iradeyle bağlantılı olan suçun kusurluluk unsurunu (*veya cezalandırılabilirliğin bir şartı olarak kusurluluğu*) kaldıracaktır. Bkz. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 470; Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 452-453.

[235] Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 427; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 666-667; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 470; Fatih S. Mahmutoglu ve Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, (İstanbul: Beta, 2017), 716; Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 1057-1064 vd.; Bouloc, *Droit Penal General*, 403; Pradel, *Manuel de Droit Penal General*, 459.

[236] Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 426-427.

[237] Bouloc, *Droit Penal General*, 400-401-402-403.

başındaki bir insanın neyin yasak olduğu bilincine nasıl varabileceğini haklı olarak sorgulamıştır.^[238] Bugünün internet çağında böyle bir yorum yapmak aşırıya kaçmak olacak ise de gerçekten de günümüzde de insanların kanunları öğrenmek istemesine rağmen öğrenememesi veya sosyolojik sebeplerle fiilinin hukuka aykırı olabileceği düşüncesi aklına bile gelmediği için böyle bir kanunun varlığı ihtimalini akıl edememesi mümkün olabilir. Ancak günümüzde haksızlık yanlışlığının halen önemini sürdüren esas sebebinin, kanunun ne demek istediğini anlayamamak yani yorum ile ilgili olduğunu söylemek daha doğru olacaktır. Bunun en önemli kaynağı ise şüphesiz ki neyi yasakladığı tam olarak anlaşılamayan kanunlardır. Öyleyse Rawls'ın *mens rea* kavramı ile ortaya koyduğu üzere, belirlilik ilkesinin özgür iradede kaynaklı ceza sorumluluğu noktasında çok önemli bir rolü bulunduğunu söylemek gerekir.^[239]

Evvela bir fail, kanunun lafzının belirsizliği veya kimi durumlarda belirsizliği giderecek içtihatların yokluğu yüzünden ceza kanununu kaçınılmaz olarak yanlış yorumlayabilir.^[240] İkinci olarak da failin danıştığı bir hukukçu, aynı nedenle kanunu yanlış yorumlayabilir ve dolayısıyla faili de yanlış yönlendirebilir. Tüm bu durumlarda, *(her bir olayı kendi özelinde değerlendirmek gerekse de)* failde kaçınılmaz haksızlık yanlışlığı mevcut olduğu sonucuna varılabilecektir.^[241] Böyle bir haksızlık yanlışlığının yalnızca belirsiz kanunlar dolayısıyla değil, çelişkili içtihatlar dolayısıyla oluşabileceğini de söylemek gerekir. Dolayısıyla üçüncü olarak da failin çelişkili içtihatlar sebebiyle ve örneğin güvendiği içtihadı yargılanmakta olduğu mahkemenin

[238] Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung Band 3*, 155.

[239] Rawls, *Bir Adalet Teorisi*, 270.

[240] Ortalama bir vatandaşın hukuki yeterliliğe sahip olmadığı için her durumda ceza kanununu doğru anlayamayacağının bilincinde olması gerekir. Fakat bu gereklilik, yalnızca ne dediği açıkça belirli kanunlar için söz konusudur ve belirsiz kanunların yorumu durumunda haksızlık yanlışlığının oluşabilme ihtimalini ortadan kaldırmamaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 1086-1087-1089.

[241] Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung Band 3*, 156-157-158-169; Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 1081; Mahmutoglu ve Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, 719.

benimsememesi sebebiyle kaçınılmaz bir haksızlık yanılığı içerisine düşmesi mümkündür.^[242]

4) Yaptırımın Bireyselleştirilmesi Gereği Karşısında Yaptırımda Belirlilik Problemi

Kanunilik ilkesi, teoride suçta olduğu gibi yaptırımda da belirliliği hedefler.^[243] Yaptırımda belirlilik, hakim bu alandaki takdir yetkisinin sınırlandırılması amacıyla evvela cezanın infaz şeklinin belirli olmasıyla tecelli edecektir. İkinci olarak da yaptırımda belirlilik, infaz süresinin belirli olması şeklinde tecelli eder.^[244]

Gerçek şudur ki tıpkı Platon'un batını *idealar* evrenindeki "saf-asıl-olması gereken" varlıkları ile zahiri düzende varlığını sürdüren daha niteliksiz yansımalarına dair temel öğretisinde olduğu gibi yaptırımda belirlilik ilkesinin Beccaria gibi kuramcılarının geliştirdiği son derece katı ve 1791 tarihli kanundaki gibi bir *idea* görünümü, normatif düzlemde kısa süre içinde bozulmuştur. Yani yaptırımın belirliliğinin süre yönünden hayata geçirilebilmesinin oldukça kısa bir zaman dilimi dışında ceza hukuku tarihinde gerçekleşemediğini söylemek gerekir. Makalenin ilk bölümünde de zikredildiği üzere 1795 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan itibaren yaptırımlarda bireyselleştirme imkanı kanunlara girmiş ve dar tutulan alt ve üst sınırlar dahilinde sınırlı bir bireyselleştirmenin gerekliliği fikri neo-klasik okul^[245] tarafından benimsenmiştir.^[246]

Bugün doktrinde bir görüş, belirsiz bir yaptırım tehdidi altında yaşamını sürdüren birinin hür olduğundan bahsedilemeyeceğini, belirsiz-öngörülemez

[242] Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 249-250-1086.

[243] Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 99-107; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Dragotoni and Militaru-Pidhorni v. Romania §43-47; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Dallas v. UK §72-77; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Alimuçaj v. Albania §154-162; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Del Río Prada v. Spain, §111-117, Avrupa Konseyi, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Madde Rehberi," 16.

[244] Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung Band 1*, 28-29.

[245] Neo-klasik okul kavramına yönelik 41. dipnota bakınız.

[246] Rossi, *Traite de Droit Penal Vol. 1*, 271-274-292-300-302; Rossi, *Traite de Droit Penal Vol. 3*, 227-228-229.

yaptırım tehdidinin kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla neo-klasik okul öğretisine uygun biçimde yaptırımda bireyselleştirmenin sınırlarının belirli olmasını ve koşullarının açıkça kanunda düzenlenmesini, alt ve üst sınırlar arasındaki alanın da dar tutulması gerektiğini halen dile getiren görüşler mevcuttur.^[247] Bu yöndeki ceza kanunları da halen mevcuttur. Fakat determinist akımlar, yaptırımların süre yönünden belirli olmasını eleştirmiştir. Zira cezanın amacı ıslah ise ıslah olmayan birinin belirli süreli cezasını çekip salıverilmesi de ıslah olan birinin kefaret mahkumu gibi hapiste tutulmaya devam edilmesi de doğru değildir. Bu sebeple onlar, yaptırımların belirsiz süreli olarak uygulanması gerektiğini dile getirmişlerdir. Günümüzde pek çok ceza kanunu, bir yönüyle bu fikirleri benimsemiştir. Kanunlar gerek ceza sonrası uygulanan ve gerekse cezalandırılmayan akıl hastası ve benzeri konumdakilere uygulanan güvenlik tedbirlerinde, “tedbirin unsurları” yönünden belirliliği sürdürmekle birlikte, yaptırımın süresini belirsiz tutmuştur. Bu anlayışa göre azami bir sınır varsa bu sınıra kadar, yoksa ölene kadar tedbirin uygulanması mümkün olup, tedbir ancak tehlikelilik sonlandığında kaldırılacaktır. Yine Fransız Ceza Kanunu gibi bazı ceza kanunları, cezanın fail özelinde bireyselleştirilebilmesi amacıyla ağır suçlar haricinde cezalarda asgari hapis cezası sınırını (*alt sınırı*) genel olarak kaldırmıştır.^[248]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de cezanın bireyselleştirilmesinin ötesinde yaptırımda sürenin ıslaha bağlandığı tamamen belirsiz süreli güvenlik tedbirlerindeki sürenin belirsizliğini kanunilik ilkesine aykırı görmemektedir.^[249] Dolayısıyla ilkenin yaptırımda belirlilik boyutu günümüzde daha çok yaptırım seçenekleri ile bunların infazının ne şekilde gerçekleştirileceğinin belirliliği ve bireyselleştirmenin şartlarının kanunda açıkça öngörülmesi

[247] Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 100; Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 88; Veli Özer Özbek, *TCK İzmir Şerhi Cilt 1*, 4. Baskı. (Ankara: Seçkin, 2010), 32; Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17.

[248] Burada dikkat edilmesi gereken husus; güvenlik tedbirlerinde infazı gereken süre tamamen belirsizken, alt sınırı düzenlenmemiş cezalarda hakimnin nihayetinde cezayı bireyselleştirerek “belirli süreli” bir cezaya hükmediyor olmasıdır. Determinist akımlar dolayısıyla yaşanan gelişmelere dair ayrıca bkz. Bouloc, *Droit Penal General*, s.143-144-145-146-147-148-149 vd.; Pradel, *Manuel de Droit Penal General*, 135.

[249] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Berland v. France*; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Ilseher v. Germany*; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Adamson v. UK*.

şeklinde anlaşılmalıdır. Bu doğrultuda ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler kanunda son derece detaylı olarak belirtilmelidir.^[250]

5) Olması Gereken Yorum Şekli: Dar Yorum Esası

Belirlilik ilkesi öngörülebilirliği hedefler.^[251] Dolayısıyla belirsizliği ve yoruma açıklığı amaç edinmiş sentezci bir metot kabul edilemez ise de nasıl ki ortalama vatandaşın okuduğunda anlayabileceği bir ceza kanunu yapmak beyhude bir çaba olacaksa, her bir hukukçunun yahut daha da önemlisi her bir hakimın okuduğunda aynı anlamı çıkartacağı, yoruma kapalı bir ceza kanunu yapmak da ne kadar uğraşılırsa uğraşılsın imkansız olacaktır.^[252] Dolayısıyla klasik okulun yorumu yasaklayıcı genel eğiliminin^[253] aksine hakime yorumu değil, hukuk yaratmayı ve hakimın kanun koyucunun

HAKEMLİ

[250] Bu yönde olumlu bir örnek, 2005 tarihli Danimarka Ceza Kanunu'nun 80, 81, 81/a ve 82'nci maddelerinde düzenlenen, cezanın bireyselleştirilmesine yönelik hükümlerdir. 80'inci maddede “*Suçun ciddiyeti değerlendirilirken, suçla ilişkin zarar, tehlike ve ihlalin yanı sıra failin bu konuda ne bildiği veya ne bilmesi gerektiği de dikkate alınmalıdır. Failin bilgileri değerlendirilirken, onun genel kişisel ve sosyal durumu, suç öncesi ve sonrası koşulları, suçla yönelik motivasyonları dikkate alınmalıdır.*” denilmiş ve daha sonra 81'inci maddede hakime yol göstermesi için cezayı ağırlaştırmayı gerektirecek sebepler teker teker on iki fıkra halinde sıralanmıştır. Bu fıkralarda da kusur, amaç gibi soyut kavramlar değil, “*suçun topluca işlenmesi, tasarlanarak işlenmesi, doğan zarardan çok daha yüksek bir zararı hedefleyerek işlenmesi, mağdurun etnik kökeni-cinsel yönelimi-dini inancı gibi özellikler sebebiyle işlenmesi, cebir kullanarak işlenmesi, karşı tarafın gençliğinden yahut maddi-manevi zaruretlerinden faydalanılarak işlenmesi*” gibi pek çok somut kavrama yer verilmiştir. Bunun dışında 81/a maddesinde sair ağırlaştırıcı durumlar düzenlenmiş, 82'nci maddede ise pek çok kanunda bulunmayan, özel bir düzenleme olmasa da cezayı hafifletmeyi mümkün kılan durumlar 14 fıkra halinde düzenlenmiştir. Bkz. “2005 Danish Criminal Code”, (E.T. 12 Nisan 2025, <https://www.legal-tools.org/doc/606ecd/pdf>).

[251] Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 213.

[252] Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 129; Cardozo, *Yargı Sürecinin Doğası*, 5-6; Boulloc, *Droit Penal General*, 132; Cartuyvels, Guillaïn ve Nederlandt, *Droit Penal General (Partie 1)*, 130; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 50-51.

[253] Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 221.

yerine geçmesini yasak etmek gerektiği bugün için genel kabul görmüş bir kuraldır.^[254]

Yorumun eşyanın tabiatından kaynaklandığına karar verilerek, “gerektiğinde hakim yorumu şarttır” denilse ve bu gereklilik sentezci metot olabilirdiğince dışlanarak mümkün mertebe sınırlı tutulsa bile yorum ile belirlilik ilkesinin çatışabileceği sorunu ortadan kalkmamaktadır. Peki idealar aleminden yeryüzüne indirilmiş bir kanunilik ilkesini tekrardan gök yüzüne çıkartamayacak olsak da idea görünümüne en yakın durum ve esasında en güçlü öngörülebilirlik nasıl bir yorum yoluyla sağlanabilir?

Yorumda^[255] hakim yapacağı şey, normun lafzına bağlı kalarak, onun gerçek amacını ortaya çıkarmaktır.^[256] Denilmiştir ki doğru bir sonuca ulaşmak için önce lafzi yorum yapılır, işin içinden çıkılamıyorsa sistematik

[254] Renout, *Droit Penal General*, 29-32; Bu noktada hatırlatmak gerekir ki 1961 Anayasası’nın yürürlüğe girmesinden önce, 1924 Anayasası gereğince yasama yorumu esası geçerliydi. Buna göre bir kanunun yorumu gerektiğinde meclise başvuruluyor veya meclis re’sen bu konuda karar alıp, bağlayıcı bir yorum kanunu yürürlüğe koyuyordu. Ancak bu, klasik okulun kuramının bir izdüşümü değildi. Zira klasik okula göre hakim yorum yapamazken, yasama yorumuna dayalı Türk hukuk uygulamasında mahkemelerin yargılamalarda yoruma başvurması olağan kabul edilmişti. Yasama yorumu ile arasındaki fark, yasama yorumunun bağlayıcı olmasıydı. Bkz. Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 161-162-163.

[255] Yorumda temel metotlar dört adettir. Bunlardan ilki, normun salt lafzı üzerinden ortaya çıkan temel anlama yani kelimelerin günlük dildeki karşılıklarına farklı bir çerçeveden bakmadan, anlamı bununla sınırlandıran lafzi yorumdur. İkincisi, lafzı kanunun genel sistematığı üzerinden anlamlandırmaya çalışan sistematik yorumdur. Üçüncüsü, kanun koyucunun kanunu yürürlüğe koyarken sahip olduğu amacı bulmaya dair tarihsel yorum ve nihayetinde dördüncüsü ise normu zaman ve mekandan bağımsız olarak inceleyerek, o günün koşulları için normun amacının ne olması gerektiğine dair yapılan amaçsal yorumdur. Pekala bu yöntemlerden bir kaçını veya tümünü hakim bir arada kullanmaması için hiçbir gerekçe yoktur. Bkz. Eveline T. Feteris, *Hukuki Argümantasyonun Temelleri*, çev. Ertuğrul Uzun, (İstanbul: Pinhan, 2019), 35; Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 105-106. Ayrıca tüm bu yorum metotlarını tatbik ederken hakim içtihatlarından ve doktrinden de faydalanacağı unutulmamalıdır. Bkz. Cardozo, *Yargı Sürecinin Doğası*, 7.

[256] Sami Selçuk, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, (Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1999), 448-449; Selçuk, *Batıgil Demokrasinin ve Hukukun Doğuşu Serüveninden Kesitler*, 302-310; Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 161; Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 29.

yorumu geçilir, bu da olmuyorsa amaçsal yorum yapılır.^[257] Araya tarihsel yorumu da eklemekte bir sakınca görmüyoruz. Ancak sorun şudur ki lafzi yorum zaten çoğu zaman işe yaramazdır zira yorum ihtiyacının doğması, bizatihi normun lafzından uyuşmazlığa uygulanabilir somut bir anlam çıkartılamadığını göstermektedir. Sistematik yorum da çoğu zaman bir çözüm üretememektedir zira kanunlar çelişkilerle doludur. Yine tarihsel yorum da genellikle işlevsizdir zira çoğu zaman kanunların hangi amaçla çıkartıldıkları bilgisi, meclis tutanakları ve sair bilgi-belge yoluyla elde edilemez ve normun yazıya geçirilmiş açık bir gerekçesi yoksa, parlamenterlerden her birinin bu kanun hakkında farklı bir fikri bile olabilir.^[258] Dahası, gerekçenin de bu konuda doğru bir yol gösterici olamama ihtimali mevcuttur. Zira gerekçenin yorumda önemli bir unsur olduğu yönünde görüşler^[259] bulunmakla birlikte, gerçek amacın ortaya konmasında hataya sebebiyet vereceği için yorumda gerekçenin esas alınmaması gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur.^[260]

Öyleyse hakim elinde çoğu zaman tek bir esaslı yorum yöntemi kalmaktadır ki o da mecburen hakim adalet-ahlak-etik gibi kavramlara

[257] Feteris, *Hukuki Argümantasyonun Temelleri*, 39.

[258] Jacobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 63.

[259] Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 165; Derya Tekin, “Ceza Normunun Yorumlanmasında Bir Araç Olarak Madde Gerekçesi,” *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 12 (2024), 1112-37, 1114-1115.

[260] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 1993/1 E. ve 1995/1 K. sayılı ve 30.06.1995 tarihli içtihadı birleştirme kararının karşı oyunda Sami Selçuk şöyle yazmıştır: “... Çünkü, gerekçe ve hazırlık çalışmaları, metne yansımaları takdirde, hiç bir ülkede hiç bir değer taşımazlar. ... O nedenle de, yasallık ilkesinin konusu ve muhatabı, yayımlanan bu metindir. Gerekçe ve hazırlık çalışmaları bunların dışındadır. Bu yüzden, yurttaşlar yasayı bilmekle yükümlüdür. Ama, hiç kimse gerekçe ve hazırlık çalışmalarını bilmek zorunda değildir. ... Dahası yapılan araştırmalar da, pratik nedenlerle, gerekçe ve hazırlık çalışmalarının gözetilmemesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Zira Meclis Genel Kurulu’nun anlayışı; uygulamada komisyon ve kişilerin anlayışından çoğu zaman başka olmuş; hatta, gerekçe, önerenlerin ve değiştirenlerin görüşlerini yansıtmamış; herkes sözcüklere başka başka anlamlar yüklemiş, algılama ayrılıklarının çoğu kez ayırdına bile varılmamıştır. ... 4/4 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında Türk Yargıtayı, “... Herşeyden önce, bir yasanın hazırlanmasına ilişkin tüm belgeler ve bu arada gerekçeler, bugünkü anlayışa göre, yorumda artık eski geçerliliğini yitirmiştir” demiş ...”

verdiği anlamlar ile siyasi-ideolojik-felsefi iç benliğinden etkilenen,^[261] amaçsal yorum metodudur. Feteris haklı olarak, hakimlerin karar verirken ve hukuku yorumlarken neden böyle davrandıklarının gerekçesini ortaya koymak ve bunun hesabını vermek zorunda olduklarını söylemektedir.^[262] Peki amaçsal yorum böylesi sübjektif özellikler barındırırken, hakimler bu hesabı kime ve hangi ölçütlere göre vereceklerdir?

Fransızlar ekseriyetle hakimin hukuk yaratamayacağını ve ancak kanun açık değilse, gerçek anlamı ortaya koyabilmesi için “dar yorum esasına dayalı” bir yoruma başvurabileceğini söylemektedir.^[263] Amerika Birleşik Devletleri’nde de dar yorum esası geçerlidir.^[264] Almanlar ise ekseriyetle hakimin hukuk yaratamayacağını söylemekle birlikte, geniş yorumu kıyasa varmadığı sürece meşru görmektedir.^[265] Türk Ceza Kanunu’nun 2’nci maddesindeki “kıyasa varan yorum yasağı” sebebiyle, ülkemizde de genel eğilim bu yöndedir.^[266] Bu meseleler yukarıda, kanunilik ilkesinin iki ayrı versiyonu aktarılırken detaylandırıldı.

Anayasa Mahkemesi meseleye yönelik, “*Ceza hükmünün kanunun özünden uzaklaşacak şekilde genişletici yoruma tabi tutulması suç ve cezaların kanuniliği ilkesini ihlal edebilir*”^[267] diyerek, özden uzaklaşmaya sebep olacak bir genişletici yorumun kanunilik ilkesi ile çelişeceğini vurgulamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise 7’nci maddeye dair yayınladığı rehberde, kanunilik ilkesinin esasları arasında geniş yorum yasağını da saymıştır.^[268] Ancak

[261] Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı*, 132-133.

[262] Feteris, *Hukuki Argümantasyonun Temelleri*, 47.

[263] Bouloc, *Droit Penal General*, 106-107.

[264] Samaha, *Criminal Law*, 46-47.

[265] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 22.

[266] Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı. (Ankara: Seçkin, 2018), 121; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 206; Aksi yönde bkz. Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, (Ankara: USA, 2014), 20; Baytaz, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, 275.

[267] Anayasa Mahkemesi, Fuat Fettahoğlu [GK], B. No: 2019/33972, 17.05.2023.

[268] Avrupa Konseyi, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 7. Madde Rehberi,” 5.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, içtihatlarda belirlilik ve öngörülebilirlik sağlanması şartıyla, hakimin yorum yoluyla normun uygulanma alanına yönelik eylem tiplerini yüksek bir takdir yetkisi ile yorumlayabileceğini belirtmektedir.^[269] Mahkeme hukuk yaratmaya varacak şekilde geniş yorum kanunilik ilkesiyle çeliştiğini içtihat ettiği^[270] için burada mahkemenin dar yoruma verdiği anlamın “kıyasa varmayan yorum” olduğunu söylemek gerekir.

Belirtmek gerekir ki Fransa ve Amerika Birleşik Devletleri’ndeki dar yorum esası, özden uzaklaşma-kıyasa varacak şekilde genişletici yorum yasağı şeklinde anlaşılmamaktadır. Dar yorum esasına verilen anlam; belirsizlik durumunda hakimin metni aşmadan normu yorumladığı sırada, sanığın en lehine olacak neticede karar kılmasıdır. Yani burada genişletici yorumun en hafifi bile söz konusu değildir.^[271] Sanıyoruz ki liberal eğilimli ve hürriyetin asıl, sınırlandırmanın ise istisnai olduğu^[272] bir ceza hukuku sisteminde, bu anlamıyla bir dar yorum esası ve “belirsizlik durumunda temel hak ve hürriyetleri sınırlandırmaya yönelik bir yorum yapılamayacağı” ilkesi geçerli olmalıdır.

6) Belirlilik Açısından Bir Diğer Problem: Yorumda İstikrar Sorunu

a) İçtihat Farklılıklarını Giderecek Çatı Kurum Gerekliliği

1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 11’inci maddesinde kanunilik ilkesi düzenlenirken, “kanun” yerine “hukuk” sözcüğü kullanılmıştır. Kanunilik ilkesini düzenleyen Avrupa İnsan Hakları

[269] “Örneğin *kıyas yoluyla kapsamlı bir şekilde sanığın aleyhine yorumlanamaz. Bu ilkelerden, suçun kanunda açıkça tanımlanması gerektiği sonucu çıkmaktadır. ... Sözleşme’nin 7. maddesi (mad. 7), ortaya çıkan gelişmenin *suçun özüyle tutarlı olması* ve makul bir şekilde öngörülebilmesi koşuluyla, cezai sorumluluk kurallarının olaydan olaya adli yorum yoluyla kademeli olarak açıklığa kavuşturulmasını yasaklayacak şekilde okunamaz.” Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, C.R. v. UK, §33-36 vd.; Ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, S.W. v. UK, §35-36-40.*

[270] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Yüksel Yalçinkaya v. Turkey, §238-249-272.

[271] Dressler ve Garvey, *Criminal Law*, §91; Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, 208; Samaha, *Criminal Law*, 46-47; Bouloc, *Droit Penal General*, 134-135-136; Pradel, *Manuel de Droit Penal General*, 126-133.

[272] Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 233.

Sözleşmesi de 7'nci maddesinde aynı şekilde hukuk kavramını, yazılı ve yazısız hukuku kapsayacak şekilde içermektedir.^[273] Bunun bir sebebi şüphesiz ki common law sistemleridir. İkinci sebebi ise sentezci metodu benimseyen kıta Avrupası sistemleridir. Dolayısıyla belirlilik ilkesi, kanunları yorumlayarak anlamını ortaya koyan mahkeme içtihatları açısından da geçerlidir.^[274]

Hukuki öngörülebilirliğin içtihatlar ile bağlantısı olduğu^[275] için içtihatların da açıkça kaleme alınması gerekir. İkinci olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, içtihatlarda belirli bir istikrarın sağlanması da şarttır.^[276] Zira aksi halde öngörülebilirlik ortadan kalkacaktır.^[277] İlk derece mahkemeleri açısından bunu sağlamak pek de mümkün değildir fakat kanun yolu mahkemeleri için içtihat farklılıklarını giderecek çatı bir kurumun varlığı şarttır. Venedik Komisyonu da hukuk devletin gerekliliklerine dair raporunda bu tür içtihat farklılıklarının belirlilik ilkesi ve hukuk devletiyle bağdaşmayacağını, içtihat farklılıklarını giderecek çatı bir kurumun gerekliliğini vurgulamıştır.^[278]

Sorun şudur ki “içtihadı birleştirme” gibi kurumlar çok katı biçimde uygulanmadığı sürece bu tür bir mekanizmanın sistem içerisinde bulunması, tek başına öngörülebilirlik problemini ortadan kaldıramaz. Örneğin Türkiye’de, lehe olması durumunda geçmişe etkili olmasa da^[279] içtihatlar arasındaki

[273] Cartuyvels, Guillaïn ve Nederlandt, *Droit Penal General (Partie 1)*, 132-133.

[274] Roxin, Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 249; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Yüksel Yalçınkaya v. Turkey, §238; Badescu and others v. Romain, §112

[275] Ohlin, *Criminal Law: Doctrine, Application and Practice*, 114.

[276] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Nejdett Şahin ve Perihan Şahin v. Turkey.

[277] “... Bu durumda bireylerin davranışlarını hangi içtihadı göre yönlendirecekleri belirsizleşeceğinden öngörülebilirlik ortadan kalkar” Anayasa Mahkemesi, Ford Motor Company Başvurusu, Başvuru no. 2014/13518, Kt. 26.10.2017, RG. 13.12.2017-30269.

[278] Venice Commission, “Report On The Rule of Law,” 11.

[279] İctihadı birleştirme kararlarının geçmişe etkili olamayacağına yönelik ayrıca bkz. Hakan Kaşka, “Türk Ceza Hukukunun Bağlayıcı Kaynaklarından Biri Olarak Yargıtay İctihadı Birleştirme Kararları,” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2025/1), 41-58, 52-53.

çelişkileri gidererek öngörülebilirliği sağlamayı amaç edinen^[280] bağlayıcı bir içtihadı birleştirme kurumu bulunmaktadır. Ancak bu kurum her türlü yorum farkına değil,^[281] süregelen ciddi yorum farklarına yönelik uygulanabildiği gibi bazen bu halde dahi birleştirme tercih edilmemektedir.^[282] Ayrıca ülkemiz açısından bu tür kararların bağlayıcılığı salt Yargıtay kararlarına yönelik verilen birleştirme kararları için söz konusu olmakta, Yargıtay'ın her türlü farklı kararında bu yola gidilmediği gibi Yargıtay'a gitmeyen pek çok dava da farklı yönde sonuçlanabilmektedir.^[283]

Ülkemiz açısından içtihadı birleştirme kurumunun sert biçimde uygulanmaması ve bundan doğan yorum farklılığının belirlilik ilkesiyle nasıl çelişebileceğini göstermek adına konu, basit bir “lan” kelimesi üzerinden özetlenebilir. Yargıtay On Sekizinci Ceza Dairesi, 2015/38451 esas ve 2017/10429 karar sayılı içtihadında bu kelimeyi hakaret suçu içerisinde değerlendirmemiştir. Fakat Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/756 esas ve 2015/124 karar sayılı içtihadında, aynı kelimeyi hakaret suçu içerisinde

[280] Burak Taş, “Ceza Hukuku Bağlamında Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları ve İlgili Sorunlar,” *TBB Dergisi*, no 174 (2024), 1-38, 2-23.

[281] “... *Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nin görüşünün Daire uygulamasında kararlılık kazandığı, aksi yöndeki Hukuk Genel Kurulu'nun 2.4.1986 gün ve 802/329 sayılı kararının tek bir karardan ibaret bulunduğu yapılan inceleme ve açıklamalardan anlaşılmıştır. Hâl böyle olunca yerleşmiş ve kararlılık kazanmış uygulama karşısında aksi yöndeki bir karar dolayısıyla içtihadı birleştirme yoluna gidilmesinde hukuki yarar olmadığı sonucuna varılmıştır.*” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, E. 1987/1, K. 1987/7, Kt. 27.11.1987.

[282] “... *Bu durum karşısında Ceza Genel Kurulu'nun olaysal değerlendirmeye ağırlık veren yeni temayülü karşısında uygulamanın netleşmesini beklemek yerinde olacak ve dolayısıyla şimdilik içtihadı birleştirme yoluna gitmekte hukuki yarar bulunmayacaktır.*” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, E. 1991/5, K. 1993/1, Kt. 18.01.1993

[283] Türkiye’de bu kurum 4 Şubat 1983 tarih ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nda düzenlenmiştir. Kanunun 45’inci maddesinde bu kararların bağlayıcı olduğu ve 15’inci maddesinde ise Yargıtay dairelerinin içtihat farklılıklarının giderilmesine yönelik bir yol olduğu düzenlenmiştir. 26 Eylül 2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 35’inci maddesinde de istinaf mahkemeleri açısından benzer bir kurum yaratılmışsa da istinaf mahkemelerinin çelişkili kararları arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi için Yargıtay’a başvurulacağı hususu zikredilmekle yetinilmiş, Yargıtay kararının bağlayıcı olacağı ise düzenlenmemiştir.

değerlendirmiştir. Ortada bu kelimeye yönelik bir içtihadı birleştirme kararı da yoktur. Kanun her kelimeyi tek tek zikrederek hakaret suçunu tanımlayamayacağına göre mesele yargı yorumu ile çözülecektir fakat halihazırda bir kişi “lan” kelimesini kullandığında, suç işleyip işlemediğini öngörebilecek bir konumda değildir. Zira içtihat farklılığı vardır. Bu da belirlilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla belirlilik ilkesine uygun, öngörülebilir bir sistem kurmak için içtihadı birleştirme kurumunu katı biçimde uygulamak şarttır.^[284]

b) İstikrar Kazanmış İçtihatların Sanık Aleyhine Değiştirilmesinin Belirlilik Karşısındaki Sorunlu Durumu

İçtihatla belirlilik noktasında belki de en önemli mesele, yerleşik içtihattan sanık aleyhine dönülüp dönülemeyeceği meselesidir.^[285] Gerçek şudur ki bir kuralın uygulaması ansızın değişir ise insanlar hareketlerini hukuka uydurmayı ve hukuka uygun bir hayat sürmeyi, isteseler de başaramazlar.^[286] Dolayısıyla yerleşik içtihattan bir anda sanık aleyhine sapılması, belirlilik ilkesine aykırı olacaktır.^[287] Common law sistemleri ve özellikle Amerika Birleşik Devletleri’ndeki “yerleşik içtihadı bağlılık” yani *stare decisis* ilkesi yukarıda zikredildi. Burada bir kez daha tekrarlamak gerekirse; common law sistemlerinde açıkça adaletsiz ve/veya yanlış değilse, öngörülebilirlik sebebiyle önceki içtihatlarla bağlı kalınması temel kuraldır. Zira insanların

[284] Doktrinde içtihadı birleştirme kurumuna; hakim bağımsızlığını olumsuz etkilediği, Yargıtay’ın her türlü kararını bağlayıcı gösterme tehlikesi barındırdığı ve yargıya yasama yetkisi verildiği gerekçeleriyle karşı çıkan görüşler de mevcuttur. Bkz. Kaşka, “Türk Ceza Hukukunun Bağlayıcı Kaynaklarından Biri Olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları,” 49-52-54; Sanıyoruz ki içtihadı birleştirme kararları yasama faaliyeti değil, yargısal bir yorumdan ibarettir. Aynı yönde bkz. Taş, “Ceza Hukuku Bağlamında Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları ve İlgili Sorunlar,” 12.

[285] Yerleşik içtihattan sanık lehine dönüldüğü de görülebilmektedir. Örneğin hekim destekli intiharın suç kapsamına girdiği yönündeki önceki içtihadından dönen Kanada Yüksek Mahkemesi, Carter kararında önceki içtihadın aksine bunun ceza kanunu kapsamına giren bir suç olmadığını belirtmiştir. Bkz. Michel Shneer, “Stare Decisis or a License to Disturb Settled Matters?” *Commercial & Business Litigation Review* 1, (2016), 1.

[286] Rawls, *Bir Adalet Teorisi*, 266.

[287] Otto, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 20.

kendi davalarında da mahkemelerin benzer konularda benzer kararlar vereceğine dair haklı beklentileri, bir hukuk devletinde mümkün olduğunca karşılanmalıdır.^[288] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise mahkemenin, makul biçimde gerekçelendirmiş ise kökleşmiş içtihadından farklı bir karar verebileceğini belirtmektedir.^[289] Anayasa Mahkemesi'nin bu noktadaki görüşü de aynı doğrultudadır.^[290] Bu kural ise şüphesiz ki *stare decisis*ten daha yumuşak bir anlayış ortaya koymaktadır.

Yerleşik içtihattan sanık aleyhine dönülmesine dair İngiltere'de yaşanan somut bir örnek şöyledir: İngiltere'de ceza kanununda düzenlenmiş tecavüz suçunun uygulanmasında eşler arasında bu durumun suç oluşturmayaacağı şeklinde kökleşmiş bir içtihat mevcuttur ve bu içtihada güvenen bir kişi, yargının bir anda yerleşik içtihadından ayrılması ile tecavüz suçundan mahkum edilmiştir. Konunun taşındığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ortada bir kanun bulunduğu ve bunun yorumlandığını belirttikten sonra içtihat değişikliğinin mantıklı sebeplere dayandığını vurgulayarak, bu durumu sözleşmeye uygun bulmuştur.^[291]

Böyle bir durumda eski içtihadın açıkça adaletsiz olduğunu ve mahkemenin de içtihat değişikliğini makul biçimde gerekçelendirdiğini söylemek mümkündür. Zira gerçekten de tecavüz fiili kime karşı gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin suç olmalıdır. Venedik Komisyonu mevzuatta istikrara dair, “... *Meşru beklenti doktrinine göre, hukuka dayanarak iyi niyetle hareket*

[288] Banks, “Reversals of Precedent and Judicial Policy-Making: How Judicial Conceptions of Stare Decisis In The U.S. Supreme Court Influence Social Change,” 3-4-6-7.

[289] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Stoilkovska v. The Former Yugoslav Republic Of Macedonia, §44-48-49.

[290] Anayasa Mahkemesi, Ford Motor Company Başvurusu, Başvuru no. 2014/13518, Kt. 26.10.2017, RG. 13.12.2017-30269.

[291] İlgili gerekçe şöyledir: “... *Dahası, bir kocanın karısına tecavüz nedeniyle kovuşturmaya karşı bağışık olması şeklindeki kabul edilemez fıkirden vazgeçilmesi, yalnızca medeni evlilik anlayışına değil, aynı zamanda ve her şeyden önce Sözleşme'nin temel hedeflerine de uygundur. Bunun özü insan onuruna ve insan özgürlüğüne saygıdır. ... Kısacası, Hükümet ve Komisyon gibi Mahkeme de ulusal mahkemelerin, başvuranın karısına tecavüze teşebbüs suçundan mahkumiyet ve cezadan kurtulmak için dokunulmazlık talep edemeyeceği yönündeki kararlarının, 7. maddedeki haklarının ihlaline yol açmadığı kanaatindedir.*” Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, C.R. v. UK, §39-42-43 vd.

edenlerin meşru beklentilerinde hüsrana uğramamaları gerekir. Ancak yeni durumlar, istisnai durumlarda yasal beklentileri boşa çıkaran mevzuat değişikliklerini haklı gösterebilir. ...^[292] demiştir. Aynı durum içtihatlar için de geçerlidir ve şüphesiz ki hakimler önceki kökleşmiş içtihatlara körü körüne bağlı kalmamalı ve hatalı kararları değiştirebilmelidirler.^[293] Ancak buradaki sorun, geçmişteki bir içtihada güvenen kişi hakkında, içtihadın tam tersi bir gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmiş olmasıdır. Dolayısıyla sorun meşru bir beklentinin ötesinde, insanın çok ciddi hapis cezalarıyla muhatap kalabilme tehlikesi ile bağlantılıdır.

Böyle bir durumda önceki içtihada güvenerek hareket eden kişi, yargının önceki hatalı kararlarından vazgeçişinin günahını yüklenmiş bir günah keçisi konumundadır. Peki bir hukuk devleti, insanlarını kendi günahları uğruna kurban edebilir mi? Üstelik böyle bir durumda içtihada güvenen şahısta kaçınılamaz haksızlık yanılığı bulunabileceği için faili suçtan sorumlu tutan mahkeme kararı, belirlilik ilkesi dışında ceza sorumluluğunun temel esaslarını da ihlal etmiş olabilecektir.^[294] Öyleyse belirtmek gerekir ki yerleşik içtihada güvenen bir kişinin aleyhine içtihat değişikliğine gidilmesi, son derece adaletsiz bir uygulamadır. Hayek'in de vurguladığı üzere böyle bir durum gerçekleştirilecekse, içtihat değişikliğinin önceden bilinir hale getirilmesi ve kişiler üzerinden bu değişikliğin yapılmaması daha doğru olacaktır.^[295]

Bu noktada tartışılması gereken bir diğer mesele de yargı ve savcılık teşkilatının uzun süredir sessiz kaldığı ceza normlarıdır. Constant, yürürlükte olan bir suç normunun çok uzun süre tatbik edilmemesi ve bu uygulamanın istikrar kazanmasının, bir daha bu suçtan kimsenin yargılanamayacağı anlamına gelmeyeceğini ve ceza hukukunda metruk hale gelme gibi bir durumun söz konusu olmadığını, bunun kuvvetler ayrılığı ile de bağdaşmayacağını zikretmektedir.^[296] Aynı şekilde Hafızoğulları da ceza normunu uygulanabilir bir hukuk kuralı yapan özelliğin etkililik ve uygulanma değil, yürürlükte

[292] Venice Comission, "The Rule of Law Checklist," 26-27.

[293] Örneğin hayasızca hareketler gibi bir suç yorumlanırken, toplum yapısı değişmiş ise artık içtihadın da bu yapıya ayak uydurabilmesi gerekecektir.

[294] Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 249-250.

[295] Hayek, *Kanun, Yasama Faaliyetleri ve Özgürlük Cilt 1*, 134.

[296] Constant, *Precis de Droit Penal - Les Principes Generaux*, 42-43-44.

bulunma olduğunu belirtmiştir.^[297] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya dair yorumu da aynıdır.^[298] Bu görüşler doğrultusunda bir kimse, herkes ihlal ettiği halde uzun yıllardır soruşturulmayan-kovuşturulmayan bir ceza normunu bu uygulamaya güvenerek ihlal ettiğinde, mahkum edilebilecektir. Kanaatimizce böyle bir durum, öngörülebilirlik ve belirlilik ilkeleriyle çelişmektedir.

7) Belirlilik ilkesinden Doğan Bir Esas Olarak Kıyas Yasağı

Temel anlamıyla kıyas; benzer bir durum için yürürlüğe koyulmuş normun, kanun boşluğu durumunda o olaya da uygulanmasıdır. Daha geniş anlamıyla kıyasta örften, içtihadattan yahut hukukun genel prensiplerinden de esinlenilebilir. Yorumda ise boşluk yoktur fakat normun anlamı-amacı açık olmadığı için bu ortaya çıkartılamaya çalışılır.^[299] Kanunilik ilkesinden doğan kıyas yasağının temel gerekçesi öngörülebilirlik ve belirliliktir.^[300] Zira kıyasın mevcudiyeti^[301] demek, belirsizlik ve yargı bağımsız ise yargının,

HAKEMLİ

[297] Zeki Hafızogulları, *Ceza Normu*, (Ankara: USA, 1996), 58-59-364-365.

[298] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, §816-820, Avrupa Konseyi, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Madde Rehberi," 15.

[299] Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 64; Özbek, *TCK İzmir Şerhi Cilt 1*, 30-31; Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 110; Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 121; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 205; İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 108-109; Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 124.

[300] Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 134; Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 67.

[301] Doktrinde kanunilik ilkesinin "yalnızca kanun ile konulabilme" boyutunun biçimsel bir anlayışı yansıttığı ve bunun "biçimsel kanunilik ilkesi" olduğu, bunun yanında bir de maddi anlamda kanunilik ilkesinin bulunduğu dile getirilmektedir. İlgili görüşe göre kanunda suç olarak düzenlenmese bile toplumsal açıdan tehlike yaratan fiillerin cezalandırılması ve kanun tarafından suç sayılsa bile tehlike yaratmayan fiillerin cezalandırılmamasına yönelik determinist görüşe kıyas serbestisinin eklenmesiyle oluşan totaliter rejimlerdeki sistem, maddi anlamda kanunilik ilkesidir. Bkz. Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Baskı. (Ankara: Savaş, 2018), 43-44. Sanıyoruz ki totaliter rejimlerin yarattığı bu sistematığı kanunilik kavramı yerine Taner'in kullandığı "şekli kusur-maddi kusur" kavramı ile aktarmak daha doğru olacaktır. Bkz. Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 140. Zira kıyas serbestisi ile kanunilik ilkesi zıt kavramlardır. Konuyu detaylandırmak gerekirse;

bağımsız değil ise bağımlı olduğu gücün meşrulaştırılmış keyfiliği demektir.^[302] Öyleyse açıkça ceza kanunlarında öngörülmemiş olsa bile kıyas yasağı, kanunilik ilkesinin tabiatından doğmaktadır.^[303]

Kıyas yasağı suçun unsurları, yaptırımlar ve bunlarla bağlantılı (*iştirak, ağırlaştırıcı sebepler, kast-taksir düzenlemeleri vb.*) genel hükümler açısından geçerlidir.^[304] Kıyas yasağının belirlilik ilkesinin özünden doğduğu ve

totaliter rejimlerin fikirlerini çarpıttığı determinist akımlar (*pozitivist okul, Uluslararası Ceza Hukuku Birliği vd.*), “suçta ve yaptırımda kanuniliği” savunmuştur. Onlara göre toplumsal savunma tedbirleri de kanuna dayanmak zorundadır ve bu anlayış, Ferri’nin 1921 tarihli İtalyan Ceza Kanunu Tasarısı’nın 11. maddesinde somutlaşmıştır. Tehlikeli olmadığı için cezalandırılmayacak veya suçun oluşmasını engelleyecek eylemlerin özellikleri de Ferri Tasarısı’nda kanunilik ilkesine uygun biçimde teker teker düzenlenmiştir. Determinist akımların kanunilik ilkesiyle kısmen çatışır gibi görünen tek fikri, yaptırımın süresinin belirsizliğini savunmuş olmalarıdır ki bu durum da artık güvenlik tedbirleri açısından kabullenilmiştir. Bkz. Cartuyvels, Guillaïn ve Nederlandt, *Droit Penal General (Partie 1)*, 3-29; Enrico Ferri, *La Justice Penale*, Bruxelles: Larcier, 1898, 34-36-69-79-80; Bouloc, *Droit Penal General*, 65; Constant, *Precis de Droit Penal Vol. 1*, 28; Prins, *Science Penal et Droit Positif*, 39. Ferri Tasarısı’nı büyük ölçüde iktibas yoluyla kanunlaştıran Sovyetler Birliği, bu tasarıdaki kanunilik ilkesini yok saymış ve iktibasını bu şekilde gerçekleştirmiştir. Aynı durum, ceza kanunundan kıyas yasağını kaldıran Naziler için de geçerlidir. Benzer bir sistemi yani “maddi anlamda kusur” anlayışını benimseyen her hukuk sistemi için geçerli değil ise de Nazi ve Sovyet rejimlerinin suçu “toplumsal açıdan tehlikeli fiil” saymaları ve tehlikeliliğe bağlı belirsiz süreli yaptırımlar sistematiğini “kanunilik ilkesinden ayırarak” benimsemeleri, muhalifleri (*Yahudiler-burjuva-sosyalistler vd.*) kanunilik ilkesinin sınırlarına takılmadan yok edebilmek amacıyla olmuştur. Konuya dair detaylı aktarım için bkz. Alp Öztekin, *Toplumsal Savunma Felsefesi*, (Ankara: Seçkin, 2025), 111-112-113-147-148-149-150-161-162-167-168-169; Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 141.

[302] Ayrıca bkz. Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 120; Hafızoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22-23;

[303] Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 108. Örneğin 1889 İtalyan (*Zanardelli*) Ceza Kanunu ve ondan iktibas 1926 tarihli mülga Türk Ceza Kanunu’nda kanunilik ilkesi ilk maddede düzenlenmiş fakat kıyas yasağına açıkça yer verilmemişti. Lakin bu anlam yine de ilkeden çıkartılıyordu. Bkz. *Majno Şerhi Cilt 1*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1977), 1-2-3-11 vd.

[304] Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 114; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 173-174; Constant, *Precis de Droit Penal - Les*

aleyhe kıyasın söz konusu olamayacağı kolayca söylenebilse de yasağın salt aleyhe mi olduğu yoksa lehe kıyası da kapsayacak şekilde mi uygulanması gerektiği hususu tartışmalıdır.^[305] Kanunilik ilkesinin genel önlemeci ikinci versiyonunu temel almış Alman doktrinde bu tür durumlarda lehe kıyasın mümkün olduğuna dair görüşler mevcuttur.^[306] Türk hukukunda da bu tür durumlarda lehe kıyasın mümkün olduğu yönünde görüşler^[307] bulunduğu gibi ilkenin genel önlemeyi de amaçlayan yönü sebebiyle bunun mümkün olmadığı^[308] yönünde görüşler de mevcuttur.

Türk Ceza Kanunu'nun 61'inci maddesinin onuncu fıkrasında “*Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.*” hükmü bulunmaktadır.^[309] ve bir hukuk devletinde öngörülebilirlik, toplumdaki failer/potansiyel failer açısından geçerli olduğu kadar mağdurlar/potansiyel mağdurlar açısından da geçerlidir. Ayrıca kıyas yasağı

Principes Generaux, 41; Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 216; Pradel, *Manuel de Droit Penal General*, 133; Otto, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 20; Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 136; Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 87; Abdullah Pulat Gözübüyük, *Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 1*, (İstanbul: Kazancı, 1980), 19.

[305] Belirtmek gerekir ki lehe kıyas tartışması özünde genel hükümler yahut özel hükümlerde düzenlenmiş suç ve yaptırım içermeyen normlar yönünden gündeme gelebilir. Zira suç ve yaptırım içeren normlarda bir boşluk varsa, bu durum zaten lehe olduğu, boşluk durumunda hürriyet asıl olduğu için lehe kıyas yapacak bir mesele olmayacaktır. Dolayısıyla suç ve yaptırım içermeyen normlardan lehe kıyasa konu olabilecekler, cezayı veya suçluluğu kaldıran yahut hafifleten normlardır.

[306] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 23; Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 237; Bock, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 100; Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 136.

[307] Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 103; Hafızoğulları, *Ceza Normu*, 356; Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 68.

[308] . Türk Ceza Kanunu'nun 2'nci maddesi gereğince suç ve ceza içeren hükümlerde lehe kıyasın da yasaklandığı ve ayrıca kanunilik ilkesinin genel önleme yani caydırıcılık amacı gereğince de bunun mümkün olmadığı hususu doktrinde dile getirilmektedir. Bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 174.

[309] İlgili düzenlemenin, lehe kıyas yoluyla cezaların azaltılması veya ortadan kaldırılmasını yasakladığını söylemek mümkündür. Konuya dair ayrıca bkz. Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 66.

kuvvetler ayrılığı ile de bağlantılı olup,^[310] lehe kıyasın kabul edilmesi demek hakimın hukuk yaratması demek olacaktır. Zira ne halk ne de yasama, böyle bir duruma rıza göstermemiştir. Ancak lehe kıyas yasağını mutlak anlamamak gerekir. Kanaatimizce bunun tek bir istisnası vardır ki o da *qui potest maius, potest etiam minus* yani çoğu yapmaya yetkili olanın azı yapmaya da yetkili olacağının kabulüne dair yorum ilkesidir^[311] ki bu aslında doğrudan kıyas değil, kıyasa varan bir yorum olacaktır.^[312]

8) Belirlilik İlkesinden Doğan Bir Esas Olarak Geçmişe Etkili Kanun Yasağı

Liberal hukuk devleti ideolojisi ve belirlilik ilkesinden çıkan bir diğer sonuç, geçmişe etkili kanun çıkartılamaması veya yargı tarafından mevcut kanunların geçmişe yürütülerek tatbik edilememesidir.^[313] Zira aksi durum, öngörülebilir bir düzenin tamamen sonlanması demektir.^[314] Kimi görüşler, kanunilik-belirlilik ilkesinin geçmişe etki yasağını kapsamadığını belirterek,

[310] Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 134.

[311] İlkeye dair bkz. Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri,” içinde *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Hazırlayan Ozan Ergül, 15-120. (Ankara: TBB, 2012), 93-94-95.

[312] Konuya dair çok tipik bir örneği, 1810 Napoleon Ceza Kanunu’nun ünlü 324’üncü maddesinden vermek mümkündür. Bu maddede anlık yoğun öfke sebebiyle *dolus* azaldığı için kocanın, zina halinde karısı ve partnerini öldürmesi durumunda cezasının hafifletileceği, bunun bir mazeret sebebi olduğu düzenlenmişti. Maddenin 1858 tarihli Osmanlı İmparatorluğu Ceza Kanunu’ndaki iktibas da benzerdi ve hatta 1911 değişiklikleri, bu halde cezayı tamamen kaldırmıştı. İşte böyle bir durumda koca kendisini aldatan eşi ve partnerini öldürmek yerine dövse, bu eylem tipi mazeret sebebi içinde düzenlenmemiştir denilerek kocanın cezası hafifletilmeyecek midir? Şüphesiz ki burada çoğun içinde az da vardır denilerek, öldürme eylemine yönelik bu düzenleme kıyasen yaralama eylemine de uygulanmalıdır. Zira burada normun amacı açıktır. Fakat bu gibi durumlarda bile meseleyi dar ele almak ve anlık öfke ile bağlantısı olmayan hırsızlık gibi suçları kıyasın konusu etmemek gerekir. Osmanlı Ceza Kanunu’na dair bkz. Bucknill ve Utidjian, *The Imperial Ottoman Penal Code*, 140-141-142.

[313] Venice Comission, “Report On The Rule of Law,” 10; Bodson, *Manuel de Droit Penal*, 37; Ortolan, *Elements de Droit Penal Vol. 1*, 235; Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 137-138; Pradel, *Manuel de Droit Penal General*, 129.

[314] Rawls, *Bir Adalet Teorisi*, 267.

geçmişe etkili kanun çıkartılabileceğini öne sürmüşler ise de^[315] hukuk devleti felsefesi ve belirlilik ilkesi mevcutken, ortada açık bir kanun hükmü yoksa kişinin hukuka uygun davranmış sayılacağı esastır.^[316] Geçmişe etki yasağı noktasında failin yakalandığı yahut cezalandırıldığı tarih değil, suçun işlendiği tarih esas alınır.^[317] Bu yasak, olağanüstü hallerde bile bu tür uygulamalara girişilemeyeceği esasını da içerecek şekilde uluslararası sözleşmelerde (*bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 15, Birleşmiş Milletler Kişi Hakları ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 15*) düzenlenmiştir.

Geçmişe etki yasağının tek istisnası, sanık lehine olan kanunların geçmişe etki etmesi esasıdır.^[318] Lehe kanun geçmişe etkili olur ve geriye yürür çünkü artık ilgili durum hukuka uygundur ve hukuka uygunluk cezalandırılmaz yahut artık ilgili durumun daha hafif cezayı hak ettiği düşünülür ve daha ağır ceza gayri meşru kabul edilir.^[319] Lehe kanunun geçmişe etkili olması hem süren yargılamalar ve hem de kesinleşmiş yargılamalar için geçerli olup,^[320] infazı sonlandırır.

B) SUÇ VE CEZA HUKUKU YAPTIRIMI ÖNGÖREN HÜKÜMLERİN ANCAK KANUNLA YÜRÜRLÜĞE KOYULABİLMESİ ESASI

1- Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımı Öngören Hükümlerin Ancak Yasamanın Genel Amaçlı Düzenleyici İşlemi Olan “Kanun” ile Yürürlüğe Koyulabiliyor Olmasının Temel Felsefesi

[315] Dubber, “The Legality Principle in American and German Criminal Law: An Essay in Comparative Legal History,” 16-17. Güvenlik tedbirleri noktasında geçmişe etki yasağının söz konusu olmadığı yönünde bkz. Gözübüyük, *Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 1*, 26.

[316] Geçmişe etki yasağının hukuk devleti ile ilişkisi yönünde ayrıca bkz. Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, 40.

[317] Bock, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 91-92; Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 138.

[318] Binding, *Handbuch des Strafrechts 1*, 250-251; Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 188.

[319] Ortolan, *Elements de Droit Penal Vol. 1*, 238.

[320] Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 76.

Kanunilik ilkesinin ikinci temel bileşeni ise suç ve ceza hukuku yaptırımı içeren normların yalnızca kanun ile yürürlüğe koyulabilmesi gereğidir. Günümüz common law sistemlerinin de ekseriyetle benimsemiş olduğu kıta Avrupası temelli sistemde kanun kavramı, dar manada bir kanun kavramıdır. Bu kavram, yasama işlemleri arasından^[321] yalnızca kanun adı altında ve genele yönelik yürürlüğe konulan düzenleyici işlemlere karşılık gelir.^[322] Doktrinde bu gibi kanunlara “dar anlamda maddi kanun” da denilmektedir.^[323]

Peki bir suçun tüzükte, yönetmelikte yahut kanunda bulunmasının ne önemi vardır? Aynı şekilde; kanunilik ilkesi hakimın suç ve yaptırım yaratmasını yasak etmek amacıyla geliştirildiği^[324] için hakimın bir yargılamada suç ve yaptırım yaratması pekala öngörülebilirlikte bağdaşmayacaktır fakat geçmişten beri istikrar kazanmış, açıkça kaleme alınmış ve ilan edilmiş bağlayıcı içtihatlar neden suç ve yaptırıma kaynaklık edememektedir? İşte bu soruları cevaplayabilmek, ilkenin bu esasının ardında yatan temel felsefeyi anlamayı, bu felsefeyi anlayabilmek de evvela Rousseau ve Fransız İhtilali’ne gitmeyi gerekmektedir. Zira bu anlayış, özünde temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılabilceği anlayışının, ceza hukukuna yansımış halidir^[325]

[321] Yasama işlemleri kanunlar ve parlamento kararlarıdır. İç tüzükler de niteliği itibarıyla parlamento kararı statüsündedir. Bkz. Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 14. Baskı. (Ankara: Seçkin, 2021), 209-210-211-212-213 vd.

[322] Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 108-109; Otto, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 17; Cartuyvels, Guillain ve Nederlandt, *Droit Penal General (Partie 1)*, 122; Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 545-547-548; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 60.

[323] Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 200-201.

[324] Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 74-75; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 111.

[325] “24. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi Anayasa’nın 13. maddesinde ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilceğine ilişkin kuralın suç ve cezalar yönünden özel düzenlemesi olarak değerlendirilebilir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, cezalandırmanın temel haklara etkisinden kaynaklanan önemi nedeniyle zaman içinde bir ceza hukuku kavramı olarak alt ilkeler de içerecek şekilde gelişmiştir.” Anayasa Mahkemesi, E. 2023/132, K. 2023/183, Kt. 26.10.2023, RG. 8.12.2023-32393.

ve bu anlayışın temel kaynağı da 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'dir.

Bildiri'nin temel hak ve hürriyetlerin kanunlar haricinde sınırlandırılmayacağını düzenlemesinin yegane sebebi, kanunun genel irade yani halkın seçtiği yasamanın ürünü olması ve dolayısıyla meşruluğun ancak böyle sağlanabileceğidir.^[326] Bu anlayış, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 4 ve 5'inci maddelerinde temellenmiş olup,^[327] bilahare evrenselleşmiştir.^[328] Fransız metninde temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılabilir oluşunun yazmasının sebebi ise metnin 6'ncı maddesinde açıkça zikredildiği üzere^[329] Rousseau perspektifinden bir öğretiyle; kanunların, "genel iradenin ürünü" olmasıdır.^[330] ki sınırlandırmanın meşruiyetini de işte ancak bu husus sağlayacaktır. Zira genel iradenin ürünü olmayan; monarkın, aristokrasinin, belli bir kesimin örfünün, yargının yahut ruhban sınıfının kural ve kaideleri toplumun onayını almadığı için meşru kabul edilemezler. Genel irade ve onun meşruiyeti ise şüphesiz ki ihtilal ile getirilen demokraside (*her ne kadar o dönem anayasalarına göre genel oy esası belirlenmemiş ve belirli bir vergi dilimini geçenlere oy hakkı tanınmış ise de*), hürriyetleri halkın yine kendisinin, seçtiği temsilciler vasıtasıyla sınırlandırıyor oluşundan doğar.^[331] Dolayısıyla suç ve ceza hukuku yaptırımlarının yalnızca kanun ile koyulabileceği ilkesinin temelinde meşruiyet

[326] Michel Troper, *Hukuk Felsefesi*, çev. Işık Ergüden, (Ankara: Dost, 2019), 93-94.

[327] Madde 4: "Özgürlük, başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmektir. Böylece her insanın tabii haklarının kullanımı, toplumun diğer üyelerinin aynı haklardan yararlanmalarını sağlayan sınırlarla belirlidir. Bu sınırlar ise ancak kanun ile belirlenebilir." Madde 5: "Kanun ancak topluma zarar veren fiilleri yasaklayabilir. Kanunun yasaklamadığı hiçbir şey engellenemez ve hiç kimse kanunun emretmediği bir şeyi yapmaya zorlanamaz."

[328] De Saint Marc, *Devlet*, 9; Masferrer, "Principle of Legality," 273-274.

[329] Madde 6: "Kanun, genel iradenin ifadesidir. Tüm yurttaşların, bizzat ya da temsilcileri aracılığı ile kanunun yapılmasına katılma hakları vardır. Kanun ister koruyucu, ister cezalandırıcı olsun herkes için aynıdır. Tüm yurttaşlar kanun önünde eşit olduklarından, yeteneklerine göre her türlü kamu görevi, rütbe ve mevkiine eşit olarak kabul edilirler, bu konuda yurttaşlar arasında erdem ve yeteneklerinden başka bir ayırım gözetilmez."

[330] Bu konuda bkz. Rousseau, *Ekonomi Politik*, 14-16.

[331] Masferrer, "Principle of Legality," 258-267-268-269.

arayışı yatmaktadır. Bunun kaynağı da Rousseau'nun genel iradenin meşruluğuna dair kuramıdır.^[332]

Bu “genel iradenin meşruluğu” söylemi, niteliksiz gruplardan oluşabilme ihtimali sebebiyle genel iradenin gücünü hayli eleştiren Tocqueville'de bile görülür.^[333] Evet, birilerinin keyfi olarak yürürlüğe koyduğu kurallar değil, halkın seçtiği ve genel iradeyi temsil eden parlamentonun koyduğu kurallara göre suç ve ceza hukuku yaptırımı yaratılabiliyor olması, genel irade halkın çok büyük bir kesimini kapsıyor ise gerçekten de meşruiyeti sağlar.^[334] Peki her daim böyle mi oluyor? Bu noktada Schmitt, parlamentoda kanun yapma çoğunluğunu elde edenlerin bütün bir hukuku ele geçireceğini, geri kalanların bu “meşru” hukukun tespitinden tamamen dışlanacağını söylemiştir.^[335] Bu söylemleriyle çelişir biçimde Führer'e sınırsız yetki tanımış olsa da Schmitt,^[336] bu konuda haklıdır. Ayrıca unutulmamalıdır ki kanunların

[332] Jacobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 59; Renout, *Droit Penal General*, 28; Ortolan, *Elements de Droit Penal Vol. 1*, 235; Cartuyvels, Guillain ve Nederlandt, *Droit Penal General (Partie 1)*, 122; Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 128; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 1*, 21-22; Masferrer, “Principle of Legality,” 271; Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15.

[333] Tocqueville, *Amerika'da Demokrasi*, 250-251.

[334] Masferrer, “Principle of Legality,” 268; Venice Comission, “The Rule of Law Checklist,” 14-20-29.

[335] Carl Schmitt, *Kanunilik ve Meşruiyet*, çev. Mehmet Cemil Ozansü, (İstanbul: İthaki, 2016), 21-22-32-35.

[336] Schmitt, liberal hukuk devleti ideolojisindeki bireyi önceleyen anlayışa, evvela parlamentodan çıkan yasalar ile sınırlandırılmış bir devlette bu yasaların devletin ve bireylerden üstün bir yapı olarak toplumun değil, parlamentoda tezahür eden belirli çıkar odaklarının gücünü hakim kılacağı için eleştirir. İkinci olarak bu anlayış pozitivist bir anlayış ile birleştiğinde hukuk, meşruiyetinin temeli ne olursa olsun bir şekilde parlamentoda kanun yapma gücünü ele geçiren parlamenterlerin çıkarttığı yasalar halini alacağı için özünde hukuk devleti değil kanun devleti boyutuna da dönüşecektir. Dolayısıyla hukuku yazılı kanunlar ile sınırlandırmak, Schmitt'e göre doğru değildir. Schmitt belirli grupların tekeline geçme tehlikesi bulunan “hukuku”, devlet ve toplumun çıkarı için hukukun üzerinde yer alan siyasi liderin (*Führer*) tekeline vermeyi daha doğru görür. Bkz. Zeybekoğlu, “Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı,” 149-150-151-152-153-154 vd.

ardında her daim yasama gücünü elinde bulunduranların siyasi-ideolojik fikirleri bulunur^[337] ve yasama bağımsız ise de parlamenterlerin, seçilememe korkusu sebebiyle bir yönüyle seçmenlerinin arzularına bağımlı olduklarını söylemek gerekir.^[338] Dolayısıyla genel iradenin meşruluğunun “çoğunluğun zorbalığının meşruluğuna” dönüşmemesi için bu sistem, kanunların insan haklarını üstün tutan bir anayasaya aykırı olamamasını ve aykırılıkları yüksek bir (bağımsız) mahkemenin denetleyebilmesini gerektirir.

Bu noktada “*madem temel gerekçe meşruiyettir, öyleyse neden parlamentodan çıkan ve genel iradenin ürünü olan parlamento kararlarıyla suç ve ceza hukuku yaptırımını koyulamamaktadır?*” sorusu haklı olarak sorulabilir.^[339] Doktrinde bunun sebebinin, aydınlanmanın belirlilik ilkesini yekpare mevzuatlar olan kanunlar ile hayata geçirmeyi daha akılcı bulduğu ve farklı farklı yasama işlemleri ile belirliliğin azalacağını düşünmüş olmaları olduğu söylenmektedir.^[340] Ancak bu yasağın temelinin, genele yönelik düzenlemeler içeren kanunlar ile böyle bir özellikten yoksun olan parlamento kararları arasındaki işlevsel ayırmadan kaynaklanmış olması da kuvvetli bir ihtimaldir. Zira “yasama” temel olarak yasa-kanun yapmak anlamına gelen bir kuvvet olup, yasamanın temel görevi budur.^[341]

Bu başlığı sonlandırırken şunu da zikretmek gerekir ki common law sistemlerinde bu külliyatın ilga edilerek kanunlaştırma hareketlerine gidilmesindeki temel amaç, belirlilik ve öngörülebilirliktir. Fakat her ne kadar bu sistemlerde jüri bulunsa ve bu bir nebze genel iradeyi temsil ediyor olsa

[337] Schmitt, *Constitutional Theory*, 65-70-89.

[338] Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 740-741-742.

[339] Kanunlar; belirli kişilere yönelik çıkartılabilir olma veya bütçe kanunu gibi bir hukuk normu içermeme durumu gibi istisnalar dışında, toplumun geneline yönelik hükümler içeren hukuk normları ortaya koyarlar. Parlamento kararları ise ekseriyetle toplumun geneline yönelik hukuk normları ortaya koymayan, (*olağanüstü hal ilanının onayı yahut Yüce Divan’a sevk gibi*) anayasa ve kanunlarda o karara bağlı olarak uygulanabileceği öngörülmüş kuralların uygulanmasını mümkün kılan yahut (*İç tüzüğün hazırlanması-kabulü gibi*) parlamentonun iç işleyişine yönelik kararlardır. Bkz. Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 200-201-210-211 vd.; Erdoğan Teziç, “Parlamento Kararı ve Kanun,” *Anayasa Yargısı Dergisi*, no 5 (1988), 121- 30, 123-124-127 vd.

[340] Masferrer “Principle of Legality,” 271.

[341] Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 546.

da hakimın suç ve ceza hukuku yaptırımını oluşturabilmesinin yasak edilişi ve bu yetkinin parlamentolara verilmesinde, common law sistemleri için de meşruiyet temelli bir gerekçeden söz etmek mümkündür.^[342]

2- Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımlarının Kanun ile Koyulabilmesi Esasının Hukukun Diğer Kaynakları ile İlişkisi

a) Örfi Hukuk Gibi Yazısız Hukuk Kurallarıyla Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımı Oluşturulamaması

Örf belki de ceza hukukunun en eski kaynağıdır. Aydınlanma öncesi çağlarda her türlü yasama faaliyeti bir yönüyle de olsa örfе dayanarak hukuki kural ve kaideler yaratmış, ortada her türlü suç isnadına karşı uygulanacak detaylı pozitif hukuk metinleri olmadığı için hakimler örfе dayanmış yahut hakimlerin veya yöneticilerin kökleşmiş hukuki uygulamaları zamanla örf haline gelerek bağlayıcı kabul edilir olmuştur. Common law sistemlerinde ise bu görünüm yakın zamanlara kadar devam etmiştir.^[343]

Kanunilik ilkesi, örfün kanunlaştırmada bir kaynak olarak alınmasına karşı çıkmaz. İlkenin yasakladığı kısım, hakimın toplumsal-yargısal örfе dayanarak, kanunlarda yer almayan suç ve yaptırımları yargılamada esas almasıdır.^[344] Örfе dayanılarak suç ve ceza hukuku yaptırımını yaratılamayacağına^[345] göre

[342] Masferrer, “Principle of Legality,” 253-254-278-283-284 vd.

[343] Munday, “İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi,” 442-443-446.

[344] Masferrer, “Principle of Legality,” 275-276; Pradel, *Manuel de Droit Penal General*, 133; Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 216; Bock, *Strafrecht Allgemeiner Teil* 99; Constant, *Precis de Droit Penal - Les Principes Generaux*, 42; Jacobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 74. Hiçbir müeyyide içermeyen bir fakat belirli eylem tiplerini yasaklayan normların (*lex imperfecta*) varlığında da hakim, örften dayanakla bir ceza yaratamaz. Bkz. Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung Band 1*, 66; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 59.

[345] Bu durum yazısız hukuk kurallarından örf için nettir. Fakat makalenin ikinci bölümünün “A) Üçlü Ayrım” başlığı altında detaylandırıldığı üzere, ortada yazılı bir kanun olmasa ve hatta yazılı kanun tam tersini emretse bile tabii hukuk ekseninde bu tür normlar geçersiz sayılarak, failler cezalandırılabilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 7’inci maddesinde de bu imkan açıkça düzenlenmiştir. Ancak burada tabii hukukun artık genel olarak benimsenmiş ve insan hakları metinlerine geçirilmiş olan, “insan hakları” boyutu özelinde bir imkan olduğunu belirtmek gerekir.

bu alanda kıyas da yapılamaması gerekir.^[346] Ancak doktrinde örfi hukukun lehe kıyasa konu edilebileceği yani boşluk durumunda örften kıyasla sanık lehine uygulamaya gidilebileceği yönünde görüşler mevcuttur.^[347] İnsan hakları doktrinin kökeni olan tabii hukuk açısından bunu söylemek mümkün ise de^[348] örf için aynı şeyi söylemek doğru olmayacaktır. Zira bir hukuk devletinde kanunun genel sistematığı de parlamentonun genel kanunlaştırma amacı da insan hakları doktrinine aykırı olamaz fakat toplumsal yahut yargısal örfte aykırı olma ihtimali mevcuttur. Örneğin bir babanın çocuğunu dövmesi, kızını eve kapatması gibi durumlar örften hareketle fail lehine uygulanamaz.^[349]

Aleyhe kıyasa konu edilemiyor ise de örfi hukuk, tabii hukuk, gelenek-görenek-adetler ve ahlaki değerler gibi yazısız hukuk kurallarının, yorumda kaçınılmaz olarak devreye girdiğini^[350] ve fail aleyhine bir sonuç yaratabildiğini söylemek gerekir. Bunun tipik örneği, hakaret suçunda gerçekleşir.^[351] Burada aslında bir boşluk yoktur fakat neyin hakaret teşkil edeceği hususu sövme durumları dışında çoğu zaman belirsiz olduğu için özünde hakim, yorum yoluyla yazısız hukuka başvurarak normun içeriğini doldurur. Yine örneğin havuz kenarında mayoyla yarı çıplak durmak, sahil bölgesinde bu şekilde restorana gitmek yahut sokaklarda dolaşmak, örf-adet gereği suç

[346] Örneğin Mezopotamya coğrafyasındaki bir hakim, önüne gelen bir davada kanunda düzenlenmemiş olsa bile kocasına yahut babasına saygısızlık eden birinin bu fiilini “Hammurabi Kanunları’ndan beri bu bir suçtur, örfte yeri vardır” diyerek cezalandıramaz yahut benzer bir fiile kıyasen bu örfi hukuku uygulayamaz. Ayrıca bkz. Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 38-39-60-61.

[347] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 23; Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 134; Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 23.

[348] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 19.

[349] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 51.

[350] Bouloc, *Droit Penal General*, 106-107; Selçuk, *Suç Hukuku Cilt 4*, 81; Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 103-104; Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 108; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 60-61-62; Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 52.

[351] Selçuk, *Suç Hukuku Cilt 4*, 81.

sayılmazken, adliye koridorunda bu şekilde dolaşmak aynı gerekçelerle suç sayılabilecektir^[352] ki bu netice, yorum yoluyla ortaya konmaktadır.

b) İdarenin Düzenleyici İşlemleri ile Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımı Yaratılamaması ile Açık Ceza Normlarının Bu Esas Karşısındaki Konumu

Kuvvetler ayırımına aykırı olacağı üzere, temel hak ve hürriyetler yürütmenin düzenleyici işlemleri ile kısıtlanamaz ve dolayısıyla bunlar ile suç ve ceza hukuku yaptırımı yaratılamaz.^[353] 18 Ekim 1982 tarihli Anayasa, durumun ehemmiyeti gereğince 2017 değişikliği öncesinde 91’inci maddesinde kanun hükmünde kararname ile suç ve ceza koyulamayacağını açıkça düzenlediği gibi mevcut halinde de 104.^[354] maddesinde olağan dönem cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle suç ve ceza yaratılamayacağını zikretmiştir.^[355] Bu kural öylesine önemlidir ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15’inci maddesinde, sözleşmenin 7’nci maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesinin savaş yahut olağanüstü hallerde dahi dokunulmaz olduğu düzenlenmiştir.^[356]

[352] Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 108.

[353] Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 101.

[354] Maddenin ilgili bölümü şöyledir: “... Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. ...”

[355] Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 65; Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 119; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 115; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 170.

[356] Ancak makale içerisinde de belirtildiği üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin kanunilik ilkesine dair 7’inci maddesindeki “kanun” kavramı, yazılı kanunlara yönelik değildir. Dolayısıyla Anayasa’nın 119’uncu maddesine göre kanun hükmünde olan olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnameleri vasıtasıyla da geçmişe yürürlük yasağı ve belirlilik ilkesine sadık kalındığı sürece, suç ve ceza hukuku yaptırımı koyulabileceğini söylemek mümkündür. (Bkz. Hasan İba, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Suç ve Ceza İhdası Sorunu,” *Anayasa Yargısı Dergisi* 42, no. 1 (2025), 269-314, 307). Fakat yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 53’üncü maddesinde, taraf devletlerin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda sözleşmeden daha katı bir ölçüt belirlemesi durumunda, sözleşmenin değil taraf devlet hükmünün esas alınması gerektiği yazılıdır. Dolayısıyla bu noktada suç ve ceza hukuku

Yürütmenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza hukuku yaptırımını yaratılamayacağı kuralı Fransız İhtilali'nden beri sabittir. Ancak sırf bu kuralı dolanabilmek adına, açık ceza normları türetilmiş ve üstelik bu durum yargı ve yasama eliyle meşrulaştırılmıştır. Açık ceza normu kavramı, sentezci bir metotla hazırlanan normlarda, salt cezayı belirleyen ceza normunun içeriğinin kalan kısmının doldurulmasının yani suçun unsurlarının belirlenmesinin hakim yoruma değil, yürütmenin düzenleyici işlemlerine bırakılmasıdır.^[357]

Cezayı belirtip suçun unsurlarını tanımlamayan bu tür normlar, Fransa'da mevcuttur.^[358] Hatta Fransa'da *contravention (kabahat)* tipi suçlarda, suçun ve (ceza kanununda *contravention* tipi suçlar için belirlenen aralıktaki) cezanın yürütmenin düzenleyici işlemleri ile belirlenebilmesi de mümkündür.^[359]

yaptırımlarına dair kanunilik ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 38'inci maddesinin göz önünde bulundurularak, olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnameleri vasıtasıyla da suç ve ceza hukuku yaptırımını koyulamayacağını söylemek gerekir. (Bkz. Seydi Kaymaz, "Cumhurbaşkanlığı ve Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Suç İhdas Edilmesi ve Ceza Kanunlarında Değişiklik Yapılmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu," içinde *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimleri Sempozyumu*, Editör İzzet Özgenç (Ankara: Seçkin, 2022), 131-147, 141-142-143 vd.).

[357] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 67. Hafizoğulları, müeyyidesi metin içerisinde bulunmayan normları eksik, salt müeyyidesi bulunup fiilin tanımlanmamış olduğu normları ise açık ceza normları olarak nitelendirmektedir. Bkz. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, 280-281. Doktrinde bir de gerçek olmayan açık ceza normu diye bir kavram bulunmaktadır ki burada suça konu fiiller yasama organının çıkarttığı başka bir kanunda bulunur yani bir kanun, diğerine yollama yapar. Bkz. Tolga Şirin, "Türkiye'de Beyaza Ceza Normları -Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Perspektifinden Bir Analiz," *Anayasa Yargısı Dergisi* 42, no. 1 (2025), 1-69, 7.

[358] Bouloc, *Droit Penal General*, 121-122-123-143; Renout, *Droit Penal General*, 40-41.

[359] Bouloc, *Droit Penal General*, 124-125.

Beşinci Cumhuriyet'in 1958 Anayasası'nın 34'üncü maddesinde crime ve delit tipi suçların yasama kanunlarıyla düzenleneceği yazılı olup, contra-vention tipi suçlar ayırık tutulmuştur. Açık ceza normları Almanya'da^[360] ve ülkemizde de mevcuttur. Hatta Anayasa'nın kanunilik ilkesini düzenleyen 38'inci maddesinin gerekçesinde bu durum açıkça meşrulaştırılmaktadır.^[361]

Doktrinde ne meşruiyet ne de kuvvetler ayrılığı ile bağdaşmayan bu tür normların, kanunilik ilkesine açıkça aykırı olduğu ileri sürülmektedir.^[362] Mesele belirlilik yönünden de oldukça sorunludur ve Pradel, konuyu son derece mantıklı olarak şu şekilde özetlemektedir: Örneğin uyuşturucu olarak nitelendirilen maddelerin kullanımını cezalandıran fakat uyuşturucu maddeleri tanımlamayan bir kanunun varlığını düşünelim. Uyuşturucu kavramının içerisine giren maddeleri düzenleyen mevzuatın bir yönetmelik olması durumunda, yönetmeliği hazırlayan yürütmenin bu yönetmeliğe tütününü de katması durumunda ne olacaktır? Şüphesiz ki böyle bir durumda yasamanın kanunu yürürlüğe koyarken hiç istemediği bir durum, bir bakanın veya bürokratların inisiyatifıyla suç olabilecektir.^[363]

Yukarıdaki paragrafta zikredilen hususlar somut gerçeklerdir. Ancak doktrinde açık ceza normlarının kanunilik ilkesine aykırı olmadığı yönünde

[360] Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 89-90.

[361] Gerekçede, "... Bu hüküm kanun koyucunun, «açık suç hükmü» koymasına; yani «fili» bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir. Mesela Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkındaki Kanunun yaptığı gibi; bu gibi hallerde ne yasama etkisi devrilmiş ne de «kanunsuz suç olmaz» ilkesi ihlal edilmiştir." denilmiştir. Bu gerekçe, kanunilik ilkesinin "kanunla koyulma" boyutunun genel iradeye bağlı meşruiyet felsefesinin anayasa yapıcılar tarafından pek de anlaşılamadığını yahut benimsenmediğini ortaya koymaktadır. Bu gerekçe doktrinde de eleştiriye konu olmuştur. Bkz. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 112.

[362] Roxin ve Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 253-254; Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 89-90; Özbek, *TCK İzmir Şerhi Cilt 1*, 37; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 169; Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 99-100-101; Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 56. Kuvvetler ayrılığı ile çatışmaya yönelik ayrıca bkz. Şirin, "Türkiye'de Beyaza Ceza Normları -Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Perspektifinden Bir Analiz," 14-43-44; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 60-69.

[363] Pradel, *Manuel de Droit Penal General*, 132.

görüşler de mevcuttur.^[364] Anayasa Mahkemesi de bazı kararlarında, kanunun salt cezayı belirterek objektif tipikliği belirlemeyi doğrudan idarenin düzenleyici işlemlerine bıraktığı ve örneğin “bakanlıkça yasaklanan işlemleri gerçekleştirme” şeklindeki bir fiil unsurunu içerisinde barındıran normların ilkeye aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir.^[365] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Ermenistan’a yönelik verdiği tavsiye kararında, açık ceza normlarının varlığını tek başına kanunilik ilkesini ihlal eder görmemiştir. Mahkeme, hukuki yardımla da olsa yollama yapılan normlardan kanun maddesinin ne demek istediği anlaşılabiliriyorsa, bu tür normlarda sözleşme ile bağdaşmayan bir yön bulmamaktadır.^[366]

Açık ceza normlarının, suçun unsurlarını doğrudan yürütmenin düzenleyici işlemlerine bırakan ve “bakanlıkça yasaklanan işlemleri gerçekleştirme” gibi eylem tipleri belirleyen versiyonunun kanunilik ilkesiyle hiçbir şekilde bağdaşmadığını söylemek gerekir.^[367] Açık ceza normlarının daha yumuşak bir diğer görünümü ise kanunun “bakanlıkça yasaklanan ürünleri satmak-ithal etmek-bozmak-temin etmek” gibi düzenlemeler içermesidir. Bu durumda kanun koyucu unsurların belirsizliğini kısmen giderdikten sonra, konunun yine yürütmenin düzenleyici işlemleri vasıtasıyla somutlaştırılması arzusundadır ki bunun aslında “hakaret etmek-aşağılamak-korku ve panik yaratmak-kamu düzenini bozmak” gibi kavramlar ile hakim yorumuna

[364] Tosun, Suç Hukuku El Kitabı, s.32-33-34; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 64-65.

[365] Anayasa Mahkemesi, E. 1997/5, K. 1998/62, Ekrem Çetintürk, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaz İlkesi,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 5, no. 9 (Haziran, 2017): 39-180, 123-124; Anayasa Mahkemesi, 198/111 ve Anayasa Mahkemesi, 4/71, Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 63.

[366] Şirin, “Türkiye’de Beyaza Ceza Normları -Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Perspektifinden Bir Analiz,” 25-26-27.

[367] Ayrıca bkz. “Anayasa’nın 38. maddesindeki “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi gereğince hangi eylemin suç sayılacağına yasayla belirlenmesi zorunludur. İthal ve ihracı yasaklama yetkisine sahip olan Bakanlar Kurulu bu yolla eylemin suç sayılıp sayılmayacağını belirlemiş olmaktadır. ... Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlenmesine bırakmaması gerekir. ... Anayasa’nın 7. maddesine aykırı düşer.” Anayasa Mahkemesi, E. 1993/5, K. 1993/25, Kt. 6.07.1993, RG. 25.02.1995-22213.

müsait normlar hazırlamaktan pek de farkı yoktur. Değişen şartlara kısa sürede uyarlanması gereken alanlara yönelik suçlarda bu tür düzenlemelerin kanunlaştırma hareketinin fıtratından doğacağı ve kanunilik ilkesi ile doğrudan bir çelişki içerisinde olmadığı^[368] söylenebilir ise de sanıyoruz ki bu tür açık ceza normları bile kanunilik ilkesi ile bağdaşmaz.^[369] Burada meşruiyet sorunu bir nebze olsun törpülenebilse de belirlilik karşısındaki sorun gün gibi ortada kalır. Zira belirlilik boyutuyla tam bir uyumun gerçekleşebilmesi için normu somutlaştıracak olan yürütmenin düzenleyici işleminin de alenen yayınlanan ve açıkça kaleme alınmış bir metin olması gerekir. Ceza kanunu ise tek başına açık ceza normunu düzenleyerek bunu garanti edememektedir.^[370]

SONUÇ

Kanunilik ilkesi, bugün için hem kıta Avrupası ve hem de common law sistemlerinde muhakeme hukuku dahil, ceza hukukunun en temel ilkesi olarak kabul edilmektedir. Ancak bu durum binlerce yıllık insanlık tarihinin çok uzun bir kesiminde böyle değildir. Aydınlanma öncesinde ceza hukuku neredeyse tamamen öngörülemez bir durumdadır. Kanunilik ilkesi söz konusu olmadığı için tüm bu çağlar boyunca ceza hukuku alanında gerek hakim gerekse monarkın-yöneticinin sınırsız yakın bir takdir yetkisi söz konusu olmuştur. Bu noktada şeriat temelli hukuk sistemleri ve ukubatın, ilahi metinlerdeki değiştirilemez nitelikteki bağlayıcı suç ve ceza hükümleri dolayısıyla, diğer ceza hukuku sistemlerine nazaran belirlilik noktasında daha olumlu bir görünüm sergilediğini belirtmek gerekir. Aydınlanma öncesinde antik Çin ve antik Yunan'da kanunilik ilkesine benzer felsefeler

[368] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 21.

[369] Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 167.

[370] Anayasa Mahkemesi de bir kararında, "... 297. maddenin (1) numaralı fıkrasında suça konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına karşın, itiraz konusu kuralda böyle bir nitelik belirlemesi yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir." diyerek bu sorunu vurgulamıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2010/69, K. 2011/116, Kt. 7.07.2011, RG. 21.10.2011-28091.

ileri sürülmüş, Yeni Ahit ve özellikle de Magna Charta içerisinde ilkeye oldukça benzer söylemler bulunduğu görülmüştür. Lakin tüm bunlar, bugünün kanunilik anlayışını aşan, salt yazılı bir hukuku değil; içerisine ilahi hukuku, tabii hukuku, örfü, içtihadı ve benzeri yazısız hukuk kuralını koyan bir anlayışın ürünüdür. Bugünkü anlamıyla “kanun olmadan suç ve ceza olmaz” şeklindeki kanunilik anlayışı ise aydınlanma felsefesi ve klasik okulun eseridir. *Nulla poena sine lege* özdeyişinin kökeni de Feuerbach’ın aydınlanma çağında kaleme aldığı ceza hukuku kitabıdır.

Klasik okulun kanunilik ilkesine dair felsefesi Hobbes’tan başlamış ve Locke, Montesquieu, Rousseau, Beccaria, Voltaire, Trosne, Filangieri, Bentham, Feuerbach ve Fichte ile devam etmiş, ilkenin yasama organlarınınca benimsenmesiyle birlikte de bu felsefe, pozitif hukuk metinlerine girmiştir. Klasik okulun kanunilik ilkesine dair kuramı temelde aynıdır. Ancak Hobbes’un yazısız hukuk kurallarını da ilkenin içerisinde değerlendirmiş olması ve Locke ile Trosne’nin tabii hukuku pozitif hukukun üzerine koyma düşüncesi temel kuramdan biraz ayrılmaktadır. Temelde benzer görüşlerden kaynaklanan kanunilik ilkesi ve ilkenin ardında yatan felsefe, kısmen 1776 tarihli Maryland Anayasası’nda pozitif hukuka girmiş, bilahare tamamıyla pozitif hukukta yer alışı ise 1787 Avusturya Ceza Kanunu ile olmuştur. Daha sonra 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, ilkenin tüm yönlerini temel felsefesiyle birlikte bütün insanlara dair bir hak olarak ilan etmiştir. Bilahare 1795 ve 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunları ile pozitif hukukta sağlamlaşan ilke, kısa süre içerisinde küresel bağlamda benimsenmiş ve kıta Avrupası sistemini benimseyen diğer ceza kanunlarında da yer edinmiştir.

Kanunilik ilkesi, ilkeyi ortaya koyan görüşler ekseninde üç versiyonda çeşitlenmiştir. Bunlardan birincisi; Beccaria, Voltaire, Rousseau, Montesquieu gibilerinin temsil ettiği ve liberal hukuk devleti ideolojisi temeline oturan, ilkeyi bireyin devlete karşı bir kalkını olarak ortaya koyan versiyondur. Bu versiyonda sentezci metot mümkün olduğunca dışlanır ve kanunlar dar yoruma tabi tutulur. İkinci versiyon ise Feuerbach ve Alman hukukunda temellenmiş, genel önlemeyi de amaçlayan versiyondur ki bu versiyonda genel önlemenin tecelli edebilmesi amacıyla sentezci metoda başvurulur, kanunlar da anlamları hukukçu yardımıyla anlaşılabilir şekilde yahut bilahare içtihatlar ile ortaya konacak şekilde kaleme alınabilir. Geniş yorum da kıyasa varmadığı sürece meşru kabul edilir. Bu iki versiyon, çeşitli hukuk

sistemlerinin mevzuat, uygulama ve doktrinlerine genel olarak yerleşmiş temel versiyonlardır. İlkenin üçüncü versiyonu ise olağanüstü zamanlarda kendisine başvurulmuş, uluslararası metinler dışında pozitif hukuk metinlerinde kendisine yer bulamayan ve olağan dönemlerde gündeme gelmeyen, tabii hukukun üstünlüğüne dair versiyondur. Bu versiyon, ilkenin Locke ve Trosne eksenli anlayışına dayanır. Bu anlayışa göre suç ve ceza hukuku yaptırımları kanuna dayanmalıdır fakat kanun yani pozitif hukuk tabii hukuk ile çelişir ise meşru sayılmaz ve geçersiz olur. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra uygulanan bu versiyonun pozitif hukuktaki temel yansıması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yedinci maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemedir.

Common law sistemleri, kanunilik ilkesi reformundan çok uzun yıllar etkilendenmeden klasik görünümünü korumayı başaramamışlardır. Common law ülkelerindeki bu sistem, İngiltere'de doğmuş ve orada gelişmiştir. Neredeyse yirminci yüzyıla kadar uygulanan klasik görünümünde common law; yetersiz sayıdaki ceza kanununun yanında hakimlerin yarattığı hukukun da ceza hukukunun temel bir bağlayıcı kaynağı olmasını gerektirir ve bu sistemde hakimler, hukuk yaratmaya devam edebilir. Common law sisteminin eski çağlardaki diğer ülke hukuklarından temel farkı; *habeas corpus* ve bazı suçlarda yazılı-yazısız hukuk olmaksızın suçlanamama ilkesini geliştirmiş, jürili (*eşitleri tarafından*) yargılamayı ilke edinmiş ve önceki içtihatlarla bağlılık kuralını benimsemiş olmasıdır. Bu sistem bir nebze belirlilik sağlamakla birlikte, aydınlanma ile birlikte gelişen kanunilik ilkesi reformu ile çelişmektedir. Evvela hakimlerin hukuk yaratabilmesi başlı başına bir sorundur ve geçmişe etki yasağı da bu sistemde tam olarak uygulanamamaktadır. Dolayısıyla aydınlanma sonrası common law sistemleri “öngörülemezlik-bilinemezlik” temelinde ciddi eleştirilere tabi tutulmuş ve bu eleştiriler de ilgili ülkelerde bir dizi reformun yaşanmasına sebebiyet vermiştir.

Common law ülkelerinde gerçekleşen kanunilik ilkesi reformları yirminci yüzyıldan sonra ve büyük ölçüde de ilkenin Beccaria ile örtüşen birinci temel versiyonu ekseninde şekillenmiştir. Halen derli toplu bir ceza kanunu bulunmayan İngiltere, common law külliyatını büyük ölçüde ceza hukuku içerisinden kaldırmış ise de yumuşak bir reform örneği sergilemiş ve bu külliyata dayanmayı tamamen yasaklamamıştır. Pozitif hukukunda ilkeyi açıkça düzenlemeyen Avustralya ise bu külliyata dayanmayı yalnızca kanunun açıkça yollama yapması durumunda ve ihmali suçlar yönünden

kabul etmiş, son derece detaylı bir ceza kanununu yürürlüğe koymuştur. Amerika Birleşik Devletleri'nin pozitif hukuk mevzuatında da kanunilik ilkesi açıkça düzenlenmemiştir fakat Yüksek Mahkeme, ilkeyi en katı biçimiyle içtihat yoluyla Amerikan ceza hukukuna yerleştirmiştir. Yine eyaletlerin ekserisi ceza kanunlarında common law külliyatına dayanmayı yasaklamış ve detaylı ceza kanunlarını yürürlüğe koymuştur. Yeni Zelanda ve Kanada ise belirlilik ilkesine uygun biçimde yürürlüğe koydukları ceza kanunlarında kanunilik ilkesini açıkça düzenlemişlerdir.

Common law sistemlerindeki yirminci yüzyıl reformlarından sonra bu ülkelerdeki sistem, kıta Avrupası sistemine oldukça yaklaşmıştır. Dolayısıyla kanunilik ilkesinin genel esasları, bazı istisnai durumlarda common law külliyatına dayanmayı mümkün kılan uygulamalar haricinde artık her iki sistem için de aynıdır. Kanunilik ilkesinin bu genel esasları da liberal hukuk devleti ideolojisinde temellenen belirlilik ilkesi ile suç ve ceza hukuku yaptırımlarının ancak parlamentodan çıkan ve genele yönelik düzenlemeler içeren kanunlar ile koyulabiliyor olmasıdır.

Belirlilik ilkesi, temelde hem suçlar hem de ceza hukuku yaptırımları için geçerlidir. Ceza hukukundaki determinist akımlar sonrası gelişen reformlar sebebiyle ceza hukukunda bireyselleştirme ön plana çıkmış, gerek cezalandırılabilir gerekse de cezalandırılmayan faillerin tehlikeliliğine yönelik uygulanan güvenlik tedbirlerinde süre belirsiz tutulmuş, Fransa gibi bazı ülkeler ise pek çok suçta alt sınırları kaldırmıştır. Dolayısıyla belirlilik ilkesi bugün için büyük ölçüde suç, bireyselleştirme prensiplerine ve yaptırımın şekline yönelik algılanmaktadır.

Belirlilik ilkesine uygun biçimde kaleme alınması gereken kanunların; sentezci metottan olabildiğince kaçınılarak, yorum ihtiyacı ve öngörülemezliği olabildiğince azaltacak şekilde kaleme alınması gerekir. Belirsiz kanunların, insanların onları yanlış yorumlayarak haksızlık yanılığı içine düşmemelerine sebep olabileceği hususu da önemli bir sorundur. Yorum ihtiyacını tamamen sonlandırmak mümkün olmasa da belirlilik ilkesiyle en bağdaşır yorum metodu, dar yorum yani belirsizlik halinde normun amacını ortaya koymak için yapılan yorumdan ortaya çıkan çeşitli sonuçlar arasından, sanığın en lehine olanı seçmeye dayalı yorum metodudur. Yorum tamamen sonlandırılmayacağı için içtihat da belirliliğin sağlanması ve içtihat farklılıklarını giderecek çatı bir kurumun varlığı gerekir. İchtihat belirlilikte belki de en önemli sorun, kökleşmiş içtihattan sanık aleyhine dönülüp dönülemeyeceği

meselesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bu yönde hakimlere belirli bir serbesti tanımış olsa da olması gereken, kökleşmiş içtihadın yanlış olduğu düşünülüyor ise bundan dönülebilmesi fakat bunun önceden ilanıdır. Zira aksi halde belirlilik, ilgili sanık açısından kaldırılmış olacaktır.

Belirlilik ilkesinden doğan bir diğer esas ise kıyas yasağıdır. Belirlilik ilkesi gereğince aleyhe kıyasın yasak olduğunda doktrin hem fikirdir. Ancak bazı görüşler lehe kıyasın mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Belirlilik ilkesinden doğan diğer bir esas ise geçmişe etki yasağıdır. Geçmişe etkili bir kanun, öngörülebilirliği tamamen kaldıracağı için bu esas belki de belirliliğin en önemli unsurudur. Geçmişe etki yasağı gereğince geriye yürüyen bir suç yahut ceza hukuku yaptırımı yürürlüğe koyulamaz. Ancak lehe kanunların geçmişe etkili olması da temel esas olarak kabul edilir. Zira bu durumda geçmişteki aleyhe durum artık hukuka aykırı değildir.

Kanunilik ilkesinin belirlilik ilkesinden sonraki ikinci temel esası, suç ve ceza hukuku yaptırımı içeren normların ancak parlamentodan çıkan ve genele dair düzenlemeler içeren pozitif kanunlar ile yürürlüğe koyulabiliyor olmasıdır. Yirminci yüzyıl reformlarından sonra bu esas büyük ölçüde bu sistemler için de geçerli hale gelmiştir. Suç ve ceza hukuku yaptırımlarının ancak kanun ile yürürlüğe koyulabilmesi esasının temelinde Rousseau ve 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin beyanları ile bu beyanlardaki “genel irade” vurgusundan doğan meşruiyet kavramı yatar. Bu esastan doğan sonuçlardan ilki, yasamanın kanun harici parlamento kararı gibi işlemleri ile suç ve ceza hukuku yaptırımı yaratılamayacak olmasıdır. İkincisi, örfi yahut tabii hukuk gibi yazısız hukuk kurallarının ceza hukukunun kaynağı olamamasıdır. Ancak tür yazısız hukuk kuralları doğrudan aleyhe kaynak olamasa da özellikle sentezci metot temel alınarak hazırlanmış bazı normların yorumunda aleyhe sonuç doğurabilecek şekilde temel kaynak niteliğinde olmaktadır. Bu esastan doğan üçüncü sonuç ise idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza hukuku yaptırımı koyulamamasıdır. Ancak bu sonuncu netice, pek çok hukuk sisteminde açık ceza normlarının üretilmesiyle, delinme bile etrafından dolanılarak bertaraf edilebilmektedir. Kanunda suçun unsurlarının değil salt cezasının belirli olduğu ve unsurları yürütmenin düzenleyici işlemlerinin ortaya koyduğu açık ceza normlarının, kanunilik ilkesi ve kuvvetler ayrılığı ile çeliştiğini söylemek mümkündür.

KAYNAKLAR

- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı. Ankara: Adalet, 2018.
- Akşit, M. Cevat. *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, İstanbul: Edebiyat Fakültesi Matbaası, 1976.
- Antalya, Gökhan. *Hukuk Teorisi Cilt 1*, Ankara: Seçkin, 2020.
- Aral, Vecdi. *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Aristoteles. *Atinalıların Devleti*, Çeviren Oğuz Yarlıgış. İstanbul: Alfa, 2019.
- Aristoteles. *Retorik*, Çeviren Ari Çokona, 5. Baskı. İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2021.
- Armağan, Servet. *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara, 2015.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı. Ankara: Adalet, 2022.
- Atar, Fahrettin. *Fıkıh Usulü*, İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, 1998.
- Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 14. Baskı. Ankara: Seçkin, 2021.
- Avrupa Konseyi. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Madde Rehberi.” erişim 30 Nisan 2025, https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_7_tur.
- Banks, Christopher P. “Reversals of Precedent and Judicial Policy-Making: How Judicial Conceptions of Stare Decisis In The U.S. Supreme Court Influence Social Change.” *Akron Law Review* 32, (1999).
- Bastiat, Frederic. *Hukuk*, Çeviren Çağrı Aksoy. İstanbul: Liberus, 2021.
- Batıya Yön Veren Metinler Cilt 1, Derleyen Alev Alatlı, Kapadokya: İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı, 2010.
- Batiza. Rodolfo, “The French Revolution and Codification: Comment on the Enlightenment, the French Revolution, and the Napoleonic Codes.” *Valparaiso University Law Review* 18, no. 3 (1984), 675-82.

- Baytaz, Abdullah Batuhan. *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Bergmans, Bas. “Safeguarding the Role of the Principle of Legality in the International Tax Arena.” Masterscriptie Fiscaal Recht. Tilburg: Tilburg Law School, 2024. SNR 2058865.
- Beccaria, Cesare. *Suç ve Cezalar Hakkında*, Çeviren Sami Selçuk, 7. Baskı. Ankara: İmge, 2018.
- Bentham, Jeremy. *Yasamanın İlkeleri*, Çeviren Barkın Asal, İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Bertauld, Alfred. *Cours de Code Penal et Leçons de Legislation Criminelle*, Paris: Cosse et Marchal, 1864.
- Binding, Karl. *Die Normen und Ihre Übertretung Band 1*, 2. Auflage. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1890.
- Binding, Karl. *Die Normen und Ihre Übertretung Band 3*, Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1918.
- Binding, Karl. *Handbuch des Strafrechts 1*, Leipzig: Duncker & Humblot, 1885.
- Blackstone, William. *Commentaries On the Laws of England Book 1*, Editor William Gardiner Hammond, San Francisco: Bancroft-Whitney, 1890.
- Blackstone, William. *Commentaries On the Laws of England Book 4*, London: Cadell & Davies, 1800.
- Bock, Dennis. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin: Springer, 2018.
- Bodson, Pierre-Louis. *Manuel de Droit Penal*, Liege: Universite de Liege, 1986.
- Bouloc, Bernard. *Droit Penal General*, 25. Edition. Paris: Dalloz, 2017.
- Bucknill, John Alexander Strachey ve Haig Apisoghom S. Utidjian. *The Imperial Ottoman Penal Code*, London: Humphrey Milkorb Oxford University Press, 1913.
- Burlamaqui, Jean Jacques. *Doğal Hukukun İlkeleri*, Çeviren Barkın Asal, İstanbul: Pinhan, 2021.

- Britannica. “Reign of Terror.” erişim 8 Nisan 2025, <https://www.britannica.com/event/Reign-of-Terror>.
- Cabrillac, Remy. “La Codification.” *Bulletin annuel de l’Académie des Sciences et Lettres de Montpellier* 52, (2021), 195-207.
- Carbonnier, Jean. “La Passion des Lois au Siecle des Lumieres.” *Bulletins de l’Academie Royale de Belgique* 62, (1976), 540-54.
- Cardozo, Benjamin N. *Yargı Sürecinin Doğası*, Çevirenler Muzaffer Dülger ve Sedat Erçin, İstanbul: İstanbul, 2018.
- Cartuyvels, Yves, Christine Guillain ve Olivia Nederlandt. *Droit Penal General (Partie 1)*, Bruxelles: Universite Saint-Louis, 2020.
- Chen, Xingliang. *Humanistic Foundation of Criminal Law*, Singapore: Springer Nature, 2023.
- Chevallier, Jacques. *Hukuk Devleti*, Çeviren Ertuğrul Cenk Gürcan, Ankara: İmaj, 2010.
- Constant, Jean. *Precis de Droit Penal - Les Principes Generaux*, Liege: l’Universite de Liege, 1975.
- Constant, Jean. *Precis de Droit Penal Vol. 1*, Liege: Ecole de Sciences Administratives et d’Officiers de Police, 1975.
- Çağıl, Orhan Münir. *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, 4. Baskı. İstanbul: Fakülteler Mecmuası, 1971.
- Çetintürk, Ekrem, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaz İlkesi.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 5, no. 9 (Haziran, 2017): 39-180.
- Dağcı, Şamil. *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı, 1999.
- De Saint Marc, Renaud Denoix. *Devlet*, Çeviren İsmail Yerguz, Ankara: Dost, 2009.
- De Tocqueville, Alexis. *Amerika’da Demokrasi*, Çeviren Seçkin Sertdemir Özdemir, 3. Baskı. İstanbul: İletişim, 2022.
- De Vabres, Henri Donnedieu. *Traite Elementaire de Droit Criminel et de Legislation Penale Compare*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1937.

- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı. Ankara: Seçkin, 2018.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 1*, 14. Baskı. İstanbul: DER, 2016.
- Dressler, Joshua ve Stephen P. Garvey. *Criminal Law*, 8. Edition. Minnesota: West Academic, 2019.
- Doğan, Koray. *Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi*, Ankara: Seçkin, 2022.
- Dubber, Markus D. "The Legality Principle in American and German Criminal Law: An Essay in Comparative Legal History." *University of Toronto*, 2013, <https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/88960/1/Dubber%20Legality%20Prinicple.pdf>.
- Duguit, Leon. *Etudes de Droit Public Vol 1*, Paris: Albert Fontemoing, 1901.
- Duverger, Maurice. *Batı'nın İki Yüzü*, Çevirenler Cem Eroğul ve Fazıl Sağlam, Ankara: Doğan, 1977.
- Dworkin, Ronald. *Hukukun Hükümleri*, Çeviren Ertuğrul Uzun, İstanbul: Nora, 2018.
- Erasmus, *Deliliğe Övgü*, Çeviren Yücel Sivri. İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2017.
- Erem, Faruk. *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1973.
- Evans, George T. "The Development of the Doctrine of Stare Decisis and the Extent to Which It Should Be Applied." *Denver Law Review* 23, no. 2 (1946), 32-42.
- Fang, Qiang. "The Spirit of the Rule of Law in China." *Education About ASIA* 13, no. 1 (Spring, 2008): 36-41.
- Feteris, Eveline T. *Hukuki Argümantasyonun Temelleri*, Çeviren Ertuğrul Uzun, İstanbul: Pinhan, 2019.
- Ferri, Enrico. *La Justice Penale*, Bruxelles: Larcier, 1898.
- Filangieri, Gaetano. *La Science de la Legislation Vol 4*, Paris: Chez Cuchet, 1787.

- Fichte, Johann Gottlieb. *The Science of Rights*, Çeviren A. E. Kroeger, London: Trübner & Co, 1889.
- Fletcher, George P. *Basic Concepts of Criminal Law*, New York: Oxford University, 1998.
- Foucault, Michel. *Hapishanenin Doğuşu*, Çeviren Mehmet Ali Kılıçbay, 8. Baskı. Ankara: İmge, 2019.
- Gökberk, Macit. *Felsefe Tarihi*, İstanbul: Remzi, 2012.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat. *Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 1*, İstanbul: Kazancı, 1980.
- Gözler, Kemal. “Yorum İlkeleri.” içinde *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Hazırlayan Ozan Ergül, 15-120. Ankara: TBB, 2012.
- Gropp, Walter. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage. Berlin: Springer, 2015.
- Grotius, Hugo. *Savaş ve Barış Hukuku*, Çeviren Seha L. Meray. İstanbul: Say, 2011.
- Guizot, François, Madame de Witt ve Mayo Williamson Hazeltine. *France: To 1789*, Translator Robert Black, New York: P. F. Collier, 1898.
- Hafizoğulları, Zeki. *Ceza Normu*, Ankara: USA, 1996.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı. Ankara: USA, 2014.
- Hall, Jerome. “Nulla Poena Sine Lege.” *The Yale Law Journal* 47, no. 2 (1937): 165-93.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 30. Baskı. Ankara: Adalet, 2024.
- Hale, Brenda. “Magna Carta: Our Shared Heritage.” *Journal of Supreme Court History* 41, no. 2 (2016), 135-146.
- Harris, Seymour F. *Principles of Criminal Law*, London: Stevens & Haynes, 1877.

- Hart, Herbert Lionel Adolphus. "Positivism and the Separation of Law and Morals." *Harvard Law Review* 71, no. 4 (Şubat, 1958), 593-629.
- Hayek, Friedrich A. *Kanun, Yasama Faaliyetleri ve Özgürlük Cilt 1*, Çeviren Atilla Yayla, İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 1994.
- Hayek, Friedrich A. *Kanun, Yasama Faaliyetleri ve Özgürlük Cilt 2*, Çeviren Mustafa Erdoğan. İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 1995.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, Çeviren Cenap Karakaya, İstanbul: Sümer, 2015.
- Heynckes, Heinz-Willi. "Taterschaft und Teilnahme bei NS-Tötungsverbrechen." Inauguraldissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors, Berlin, 2005.
- Himma, Kenneth Einar. *Hukukun Ahlaki Kriterleri*, Çeviren Saim Üye. Ankara: Bilgesu, 2010.
- Hobbes, Thomas. *De Cive*, Çeviren Cihan Deniz Zarakolu, 3. Baskı. İstanbul: Belge, 2018.
- Hobbes, Thomas. *Elements of Natural Law: Natural and Politic*, Oxford: Thornton, 1888.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*, Çeviren Semih Lim, 19. Baskı. İstanbul: Yapı Kredi, 2019.
- Hörnle, Tatjana. "PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law." içinde *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Editor Markus D. Dubber, 119-141. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Hunt, Luke William. "Hobbesian Causation and Personal Identity In The History of Criminology." *Intellectual History Review* 31, no. 2 (2021).
- Harcourt, Bernard E. "Beccaria's On Crimes and Punishments: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law." içinde *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Editor Markus D. Dubber, 39-59. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Halil İnalçık. "Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları." *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 13 no. 2 (1958).

- İba, Şeref. “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Suç ve Ceza İhdası Sorunu.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 42, no. 1 (2025), 269-314.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı. İstanbul: Beta, 2021.
- Jacobs, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin: De Gruyter, 1983.
- Jellinek, Georg. *The Declaration of The Rights of Man and of Citizens: A Contribution to Modern Constitutional History*, Translator Max Farrand. New York: Henry Holt and Company, 1901.
- Jescheck, Hans-Heinrich ve Thomas Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- Kapani, Münci. *Kamu Hürriyetleri*, Ankara: Yetkin, 2013.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul: İrfan, 1974.
- Kaşka, Hakan. “Türk Ceza Hukukunun Bağlayıcı Kaynaklarından Biri Olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2025/1), 41-58.
- Kaymaz, Seydi. “Cumhurbaşkanlığı ve Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Suç İhdas Edilmesi ve Ceza Kanunlarında Değişiklik Yapılmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu.” içinde *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimleri Sempozyumu*, Editör İzzet Özgenç (Ankara: Seçkin, 2022), 131-147.
- Kelsen, Hans. *Allgemeine Staatslehre*, Wien: Mohr Siebeck, 2019.
- Keskinsoy, Ömer ve Semih Batur Kaya, “Hukuk Devletin Kanun Devletine Anayasal Devletin Anayasalı Devlete Evrilmesi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, no. 3 (2021), 1147-206.
- Ksenophon. *Spartalıların Devleti-Atinalıların Devleti*, Çeviren Okan Demir. İstanbul: Pinhan, 2021.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara: Seçkin, 2018.
- Kohler, J. ve Willy Scheel. *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls Consitutio Criminalis Carolina*, Halle: Buchhandlung des Waisenhauses, 1905.
- Köhler, Michael. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin: Springer, 1997.

- Küçüktaşdemir, Özgür. “Aydınlanma ve Ceza Hukuku.” *TBB Dergisi*, no. 113 (2014), 57-98.
- Landsman, Michael L. “From Enemies of The Crown to Regional Telephone Companies: Bills of Attainder Reappraised.” *Touro Law Review* 15, no. 2 (1999), 761-78.
- Le Trosne, Guillaume-François. *Vues Sur La Justice Criminelle: Discours Prononce au Bailliage d’Orleans*, Paris: Debure Freres, 1777.
- Lipmann, Matthew. *Contemporary Criminal Law*, 2. Edition. California: SAGE, 2010.
- Locke, John. *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, Çeviren Fahri Bakırcı, 5. Baskı. İstanbul: Serbest, 2019.
- Mahmutoğlu, Fatih S. ve Serra Karadeniz. *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, İstanbul: Beta, 2017.
- Majno Şerhi Cilt 1*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1977.
- Masferrer, Aniceto. “Principle of Legality and Codification in the Western Criminal Law Reform.” içinde *From the Judge’s Arbitrium’ to the Legality Principle: Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Editors Georges Martyn, Anthony Musson ve Heikki Pihlajamaki, 253-94. Berlin: Duncker and Humblot, 2013.
- McFeeley, Neil Douglas. “The Historical Development of Habercus Corpus.” *Southwestern Law Journal* 30, no. 3 (1976): 585-600
- Metin, Sevtap ve Altan Heper. *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, İstanbul: Tekin, 2018.
- Montaigne. *Denemeler*, Çeviren Sabahattin Eyüboğlu, İstanbul: Cem, 1991.
- Montesquieu. *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çeviren Berna Günen, 9. Baskı. İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2023.
- Mosca, Gaetano. *Siyasi Doktrinler Tarihi*, Çeviren Samih Tiryakioğlu, İstanbul: Varlık, 1968.
- Munday, Roderick. “İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi.” Çeviren Zeynel T. Kangal, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 61, no. 1-2 (2003): 441-64.

- Musumeci, Emilia. “Fascism and Criminal Law in Italy: an Outline.” *Forum Historiae Iuris*, (Ekim, 2017), erişim 10 Nisan 2025, https://forhistiur.net/media/zeitschrift/Musumeci_-_1-fo_sVtYS4X.pdf.
- Nazi Almanyası’nda Hukuk*, Editor Alan E. Steinweis and Robert D. Rachlin, Çeviren Kıvılcım Turanlı. İstanbul: Zoe, 2022.
- O’Connor Bridgette Byrd. “Legalism.” erişim 10 Nisan 2025, <https://www.oerproject.com/OER-Materials/OER-Media/HTML-Articles/Origins/Unit4/Legalism/760L>.
- Ohlin, Jens David. *Criminal Law: Doctrine, Application and Practice*, New York: Wolters Kluwer, 2016.
- Okandan, Recai G. *Amme Hukukumuzun Anahatları Cilt 1*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972.
- Ortaylı, İlber. *Osmanlı’da Değişim ve Anayasal Rejim Sorunu*, İstanbul: Türkiye İş Bankası, 2017.
- Ortolan, Joseph Louis Elzear. *Elements de Droit Penal Vol. 1*. Paris: Plon, 1859.
- Otto, Harro. *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 4. Auflage. Berlin: De Gruyter, 1992.
- Ozansü, Mehmet Cemil. *Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi*, İstanbul: On İki Levha, 2014.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz, 1992.
- Özbek, Veli Özer. *TCK İzmir Şerhi Cilt 1*, 4. Baskı. Ankara: Seçkin, 2010.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı. Ankara: Seçkin, 2017.
- Öztekin, Alp. *Toplumsal Savunma Felsefesi*, Ankara: Seçkin, 2025.
- Pascal, Blaise. *Düşünceler*, Çeviren Metin Karabaşoğlu. İstanbul: Kaknüs, 2000.
- Pines, Yuri. “Legalism in Chinese Philosophy.” içinde *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2020 Edition)*, Editor Edward N. Zalta, <https://leibniz.stanford.edu/friends/preview/chinese-legalism/>

- Platon. *Yasalar*, Çevirenler Candan Şentuna ve Saffet Babür, İstanbul: Kabalcı, 2012.
- Ponting, Clive. *Dünya Tarihi*, Çeviren Eşref Bengi Özbilen, 7. Baskı. İstanbul: Alfa, 2018.
- Pradel, Jean. *Histoire des Doctrines Penales*, Paris: Presses Universitaires de France, 1989.
- Pradel, Jean. *Manuel de Droit Penal General*, 16. Edition. Paris, Cujas, 2006.
- Prins, Adolphe. *Science Penal et Droit Positif*, Bruxelles: E. Bruylant, 1899.
- Pufendorf, Samuel. *Doğal Hukuka Göre İnsanın ve Yurttaşın Ödevi*, Çeviren Reha Kuldaşlı, İstanbul: Timaş, 2023.
- Ragnolo, Sandy. “Le Traitement Penal de la Dangersite.” These de Doctorat, Nice: Universite Cote D’azur, 2016. HAL (01448372).
- Rawls, John. *Bir Adalet Teorisi*, Çeviren Vedat Ahsen Coşar, Ankara: Phoenix, 2018.
- Renout, Harald. *Droit Penal General*, 18. Edition. Bruxelles: Larcier, 2013.
- Ritter von Feuerbach, Paul Johann Anselm ve Carl Joseph Anton Mittermaier. *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Gültigen Peinlichen Rechts*, 13. Auflage. Giessen: Georg Friedrich Heyer’s Verlag, 1847.
- Roach, Kent. *Criminal Law*, 7. Edition. Toronto: Irwin, 2018.
- Rolland, Frederic. “L’historique du Droit Administratif Français a L’épreuve de la Pratique Juridique.” *Revue Juridique de l’Ouest* 2, (2007), 113-56.
- Rossi, Pellegrino. *Traite de Droit Penal Vol. 1*, Paris: A. Sautetlet, 1829.
- Rossi, Pellegrino. *Traite de Droit Penal Vol 3*, Paris: A. Sautetlet, 1829.
- Rossi, Pellegrino. *Traite de Droit Penal Vol. 2*, 4. Edition. Paris: A. Sautetlet, 1872.
- Rousseau, J. J. *Anayasa Projeleri*, Çeviren İsmail Yerguz, İstanbul: Say, 2008.
- Rousseau, J. J. *Toplum Sözleşmesi*, Çeviren Vedat Günyol, 23. Baskı. İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2016.

- Rousseau, J. J. *Ekonomi Politik*, Çeviren İsmet Birkan, 2. Baskı. Ankara: İmge, 2015.
- Roxin, Claus ve Luis Greco. *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 5. Auflage. München: C. H. Beck, 2020.
- Samaha, Joel. *Criminal Law*, 12. Edition. Boston: CENGAGE, 2017.
- Schlink, Bernhard. *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, Çeviren Reyda Ergün, İstanbul: Zoe, 2019.
- Schmitt, Carl. *Constitutional Theory*, Translator Jeffrey Seitzer, London: Duke University Press, 2008.
- Schmitt, Carl. *Kanunilik ve Meşruiyet*, Çeviren Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul: İthaki, 2016.
- Schmitt, Carl. *Hukuki Düşüncenin Üç Türü*, Çeviren Toros Güneş Esgün. İstanbul: Pinhan, 2021.
- Schmitt, Carl. “Führer Hukuku Korur.” içinde Carl Schmitt, *Hukuki Düşüncenin Üç Türü*, Çeviren Toros Güneş Esgün, 85-91. İstanbul: Pinhan, 2021.
- Scott, David and Nick Flynn, *Prisons and Punishment*, London: SAGE, 2014.
- Selçuk, Sami. *Adalet ve Yaşayan Hukuk*, Ankara: İmge, 2009.
- Selçuk, Sami. *Batıgil Demokrasinin ve Hukukun Doğugil Serüveninden Kesitler*, İstanbul: Truva, 2009.
- Selçuk, Sami. *Suç Hukuku Cilt 4-Suç Olgusuna Yaklaşımlar ve Suç Genel Kuramı*, 2. Baskı Ankara: İmge, 2023.
- Selçuk, Sami. *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1999.
- Shneer, Michel. “Stare Decisis or a License to Disturb Settled Matters?” *Commercial & Business Litigation Review* 1, (2016).
- Spinoza. *Tractatus Theologico-Politicus*, Translator R. H. M. Elwes. London: George Routledge and Sons, 1862.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı. Ankara: Yetkin, 2016.

- Sumption, Jonathan. *Mahkemelerin Yükselişi, Yasamanın Gerileyişi ve Hukuk Üzerine*, Çeviren Anıl Aygen, Ankara: Lykeion, 2021.
- Supiot, Alain. *Homo Juridicus*, Çeviren Bige Açımız, Ankara: Dost, 2014.
- Şirin, Tolga. “Türkiye’de Beyaza Ceza Normları -Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Perspektifinden Bir Analiz.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 42, no. 1 (2025), 1–69
- Tamanaha, Brian Z. *Hukukun Üstünlüğü*, Çeviren Ali Fahri Doğan. İstanbul: Runik Kitap, 2020.
- Taner, Tahir. *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. Baskı. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1953.
- Taş, Burak. “Ceza Hukuku Bağlamında Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları ve İlgili Sorunlar.” *TBB Dergisi*, no 174 (2024), 1-38.
- Tekin, Derya. “Ceza Normunun Yorumlanmasında Bir Araç Olarak Madde Gerekçesi.” *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 12 (2024), 1112-37.
- Teziç, Erdoğan. “Parlamento Kararı ve Kanun.” *Anayasa Yargısı Dergisi*, no 5 (1988), 121- 30.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Baskı. Ankara: Savaş, 2018.
- Tosun, Öztekin. “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 27, no. 1 (1961), 45-61.
- Tosun, Öztekin. *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım*, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1971.
- Tosun, Öztekin. *Suç Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı. İstanbul: AR, 1982.
- Troper, Michel. *Hukuk Felsefesi*, Çeviren Işık Ergüden, Ankara: Dost, 2019.
- Tyler, Amanda. “Second Magna Carta: The English Habeas Corpus Act and The Statutory Origins of The Habeas Privilege.” *Notre Dame Law Review* 91, no. 5, 1949-96.
- Udeh, Abdulkadir. *Mukayeseli İslam Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Çeviren Ali Şafak, İstanbul: Kayıhan, 2012.

- Uslu, Cennet. *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Ankara: Liberte, 2009.
- Venice Comission. “Report On The Rule of Law.” erişim 8 Nisan 2025, <https://rm.coe.int/1680700a61>.
- Venice Comission. “The Rule of Law Checklist.” erişim 8 Nisan 2025, https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf.
- Vold, George B., Thomas J. Bernard and Jeffrey B. Snipes. *Theoretical Criminology*, New York: Oxford University Press, 1998.
- Voltaire. *Felsefe Sözlüğü Cilt 2*, İstanbul: MEB, 1995.
- Voltaire *Hoşgörü Üzerine İnceleme*, Çeviren Mustafa Topal, İstanbul: Karbon, 2023.
- Voltaire. *Commentaire sur le Livre Des Delits Et Des Peines*, Geneve, 1766.
- Von Bar, Carl Ludwig. *A History of Continental Criminal Law*, Translator Thomas S. Bell, Boston: Little-Brown and Company, 1916.
- Welzel, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Auflage. Berlin: De Gruyter, 1969.
- Zajadlo, Jerzy. “The Concept of Nomos.” *TOM* 12, no. 3 (2020), 143-61.
- Zeybekoğlu, Ali Emre. “Carl Schmitt’in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı.” Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2009. YÖK 263004.
- Diğer Kaynaklar
- “Australia Criminal Code Act.” erişim 8 Nisan 2025, <https://www.legislation.gov.au/C2004A04868/latest/text>
- “Code des Delits et des Peines du 3 Brumaire.” erişim 8 Nisan 2025, https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_delits_et_peines_1795.htm
- “Code Penal 1971.” erişim 11 Nisan 2025, https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm
- “Corpus Iuris Civilis.” erişim 10 Nisan 2025, <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/corpjurciv.htm>.

- “Constitution of the People’s Republic of China.” Erişim 28 Ağustos 2025, http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Constitution/2007-11/15/content_1372963.htm.
- “Criminal Law of the People’s Republic of China.” Erişim 28 Ağustos 2025, <https://www.cecc.gov/resources/legal-provisions/criminal-law-of-the-peoples-republic-of-china>.
- “Çocuk Adaletinin İcrasına Dair Birleşmiş Milletler Minimum Standart Kuralları.” erişim 8 Nisan 2025, <https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/198201915572615.pdf>
- “2005 Danish Criminal Code.” erişim 12 Nisan 2025, <https://www.legal-tools.org/doc/606ecd/pdf>
- “Josephinisches Strafgesetz.” erişim 8 Nisan 2025, <https://www.koeblergerhard.de/Fontes/Strafgesetz1787.pdf>
- “Kentucky Penal Code.” erişim 24 Ağustos 2025, <https://codes.findlaw.com/ky/title-l-kentucky-penal-code/>
- “Michigan Penal Code.” erişim 23 Ağustos 2025, <https://codes.findlaw.com/mi/chapter-750-michigan-penal-code>.
- “Napoleon Penal Code.” erişim 8 Nisan 2025, https://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c_penalcode1.html
- “New Zealand Crimes Act.” erişim 24 Ağustos 2025, https://sherloc.unodc.org/cld/document/nzl/1962/crimes_act_1961.html
- “Rhode Island General Laws Title 11.” erişim 23 Ağustos 2025, <https://law.justia.com/codes/rhode-island/title-11/>.
- “Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593).” erişim 8 Nisan 2025, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>
- “UK Criminal Law Act.” erişim 8 Nisan 2025, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/45>
- “UK Human Rights Act.” erişim 8 Nisan 2025, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>
- “US Federal Penal Code/Title 18.” erişim 8 Nisan 2025, <https://law.justia.com/codes/us/2010/title18/parti/>

Yale Law School Avalon Project. “Magna Charta.” erişim 8 Nisan 2025, <https://avalon.law.yale.edu/medieval/magframe.asp>

Yale Law School Avalon Project. “Declaration of Rights of Man 1789.” erişim 8 Nisan 2025, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp

Yale Law School Avalon Project. “Constitution of Maryland.” erişim 8 Nisan 2025, https://avalon.law.yale.edu/17th_century/ma02.asp

Yale Law School Avalon Project. “Capitulary of Charlemagne Issued in the Year 802.” erişim 8 Nisan 2025, <https://avalon.law.yale.edu/medieval/capitula.asp>