

ÖN SÖZ YERİNE*

TÜRK CEZA HUKUKU REFORMU

Prof. Dr. Adem Sözüer**

2004 yılında çıkarılan ve 2005 yılında yürürlüğe giren ceza kanunlarıyla başlayan ceza hukuku reformu, ülkemiz ceza hukuku alanındaki kanunlaştırma hareketlerinin en kapsamlısıdır. Hocamızın bu reformun ortaya çıkış ve gelişimindeki katkıları nedeniyle söz konusu reforma ilişkin değerlendirmelerimize burada yer vermek istedik.

A. KİŞİ HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ BAĞLAMINDA CEZA HUKUKU

Suç, her toplumda varlığı arzulanmamasına rağmen daima gerçekleşen bir olaydır. Toplumsal düzenin barış içinde devam etmesi için devletten beklenen, suçların önlenmesi, işlendiğinde soruşturulması, sanıkların adil biçimde yargılanması ve suçlu bulunarak mahkûm edilenlerin cezalarının infaz edilmesidir. Bu süreçte ise, zorunlu olarak kişi hak ve özgürlüklerine müdahale edilmektedir. Örneğin, suç şüphesi altında bulunan kişinin konutunda arama yapılmakta, kişi gözaltına alınmakta, tutuklanmakta, iletişimi dinlenmekte ve kaydedilmektedir.

Bu uygulamalar yapılırken kişinin suçlu olup olmadığı hukuken kesin olarak bilinmemekte, sadece hakkında suç işlediğine dair bir şüphe duyulmaktadır. İşte bu şüpheye dayanarak, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında, kişinin hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesini gerektiren arama, el koyma, gözaltına alma, yakalama, tutuklama gibi çeşitli koruma tedbirlerine başvurulmaktadır.

Soruşturma veya kovuşturma aşamasında başvuru bu tedbirler, bir yaptırım değildir. Ancak işlenen suçun aydınlatılması veya verilecek kararın kâğıt üzerinde kalmaması için suçu işlediğinden şüphe duyulan kişi hakkında, bu tür hak ve özgürlükleri sınırlandıran tedbirlere başvurulması, bir zorunluluk arz etmektedir. Kesin olarak mahkûm edilmediği sürece kişi suçlu olarak nitelendirilmese de, kişinin konut dokunulmazlığı (arama), mülkiyeti (el koyma), özel hayatı (iletişimin denetlenmesi), kişi dokunulmazlığı (tutuklama) gibi haklarına müdahale edilmektedir. Ancak tekrar vurgulamak gerekir ki haklarına müdahale edilen kişinin suçlu olup olmadığı henüz bilinmemekte, yalnızca kişi hakkında suç işlediği yönünde şüphe duyulmaktadır. İşte bu şüphe, söz konusu müdahaleleri haklı kılmaktadır. Bu şüphe üzerine yapılan yargılama sonucunda ise, kişinin suçlu olduğu sonucuna varılması halinde hapis cezası, adli para cezası veya bunlarla birlikte ya da tek başına hak yok-

* Önsöz yazımız hakem değerlendirmesinden geçmemiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

sunlulukları, müsadere gibi güvenlik tedbirleri yaptırımlarına hükmedilmektedir. Hüküm kesinleştiğinde ise, bu hükmün infaz edilmesi aşamasına geçilmektedir.

Görüldüğü üzere sadece muhakeme sürecinin sonucunda hükmedilen ceza hukuku yaptırımları değil soruşturma ve kovuşturma esnasındaki işlem ve tedbirlerle de kişi hak ve özgürlüklerine derin müdahalelerde bulunulmaktadır. Ceza hukukunun kişi hak ve özgürlüklerine yönelik müdahaleleri ise, devletin diğer hukuk dallarıyla yaptığı tüm müdahalelerden daha ağır niteliktedir. Buna rağmen toplumun barış içinde yaşaması, hak ve özgürlüklerin, işlenmesi muhtemel suçlara karşı korunması amacıyla ceza hukuku araçlarına başvurulması zorunlu ve meşru bir gerekliliktir¹.

Ancak kanun koyucu, gelişigüzel her hangi bir davranışı suç haline getiremez. Devlet de suçları aydınlatmak amacıyla her yönetime başvuramaz. Ceza hukuku kötüye kullanıldığında, hakları koruyan ve adaleti sağlayan bir hukuk dalı olmak yerine bizzat kendisi haksızlık oluşturabilir. Böyle bir haksızlık, toplumsal barış ile kişi hak ve özgürlüklerini tehdit eder nitelikte olup toplumun ve bireylerin ceza hukuku yoluyla yapılabilecek keyfi ve haksız bu tür uygulamalara karşı da korunması zorunlu ve meşru bir gerekliliktir. Bu nedenle ceza hukuku alanında hukuk devleti güvenceleri en güçlü şekilde oluşturulmalı ve ceza hukukunun kötüye kullanımına karşı özel ve etkin önlemler öngörülmelidir². Bunu mümkün kılmamanın emel şekillerinden biri, ceza hukukuna ilişkin güvencelere anayasalarda yer verilmesidir. Bu güvenceler suçlar, yaptırımlar, suçların muhakemesi ve infaz bakımından geçerlidir. Öğretilerde ceza hukukunun anayasal düzeydeki önemi, “ceza hukuku, anayasa hukukunun uygulamasıdır”³; “ceza muhakemesi, anayasanın sismografıdır”⁴ şeklinde ifade edilmektedir. Bu nedenle bir devletin siyasi yapılanmasındaki özellikler ve değişimler, doğrudan ceza hukukuna da yansımaktadır. Örneğin iktidarın, darbe gibi demokrasi dışı yöntemlerle ele geçirildiği ve sürdürüldüğü totaliter-otoriter rejimlerde, güç tek bir kişi veya grubun tekelindedir. Böyle rejimlerde genellikle sadece tek bir parti bulunmakta; yürütme, yasama ve yargı gücü tek elde toplanmaktadır. Bunun sonucu olarak söz konusu rejimlerde bağımsız bir yargı yerine, rejimin siyasi amaçlarına hizmet eden bir adli sistem ortaya çıkmaktadır. Keyfi cezalandırmaya ve ideolojik amaçları gerçekleştirmeye yönelik suç düzenlemeleriyle oluşturulan baskıcı sistemle, rejime sadık bir toplum oluşturulmaya çalışılır. Bu tür sistemlerde şüpheli veya sanık, ceza muhakemesinin öznesi değil, nesnesi haline gelmekte ve bu nedenle işkence, ceza muhakemesinin bir yöntemi olarak kullanılmaktadır. Totaliter-otoriter düzenlerde var olan kanunlarda öngörülen hakların, iktidarı elinde bulunduranların çıkarlarına aykırı sonuç doğuracak nitelikte olması ihtimalinde, bu haklar sadece kâğıt üzerinde kalır veya fiilen kullanılamaz. Bazen mevcut Anayasa ve kanunlar tamamen devre dışı bırakılarak adil yargılama haklarını tümüyle devre dışı bırakan, bir anlamda “infaz kurulu” gibi çalışan mahkeme-

¹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku, 7. bs., Ankara, 2012, s. 33-34.

² Hans-Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker-Humblot, Berlin 1996, s. 26, 126.

³ Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl., Tübingen, 5/34.

⁴ Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 20. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 1987, s. 9.

ler oluşturulur. Böyle mahkemelerde yapılan yargılamalarda, tutuklama gibi kararlara karşı itiraz hakkı, savunma hakkı ve hükmü temyiz etme hakkı tanınmaz. Ceza muhakemesinde bulunan ve demokrasinin bir sonucu olan muhakemenin halka açıklığı, yani alenilik ilkesi ise totaliter-otoriter rejimlerde iki şekilde etkisiz hale getirilir: Bunlardan birincisi, rejim karşıtı olarak görülen kişilerin gizli şekilde yargılanması, diğeri ise rejim taraftarı seyircilerden oluşan bir “arenada” görüntüde bir yargılamanın yapılmasıdır⁵. Bu nedenlerle demokratik hukuk toplumlarında ceza hukukunun kötüye kullanılmasının önüne geçmek ve ceza hukukunun kişi hak ve özgürlüklerinin güvencesi olmasını sağlamak için evrensel nitelikte ilkeler oluşturulmuştur.

B. CEZA HUKUKUNUN GÖREVİ: HUKUKİ DEĞERLERİ KORUMAK

Ceza hukuku bakımından suç, kanun koyucu tarafından ceza hukuku yaptırımına bağlanan fiil olarak tanımlanabilir. Ancak bu biçimsel tarif ile bir davranışın hangi tarzda oluşup da devletin onu cezalandırmasının haklı olacağı sorunu açıklığa kavuşmamaktadır. Suç tanımı yapma, anayasanın kanun koyucuya tanıdığı bir yetkidir. Ancak bu yetkinin varlığı, kanun koyucuya dilediği gibi her hangi bir davranışı suç haline getirmesini haklı kılmamaktadır. Örneğin, “*sakal bırakan kamu görevlisi hakkında altı ay hapis cezasına hükümlenir*” şeklindeki suç düzenlemesinin kanunla yapıldı diye meşru sayılmaması gerekir. Bu nedenle kanun koyucunun bir davranışı suç olarak tanımlaması ve ceza hukuku yaptırımlarına bağlamasını haklı kılacak bazı ilke ve ölçütlere ihtiyaç bulunmaktadır. Bu ilke ve ölçütler kanun koyucuya, hangi davranışı cezalandıracağı hangi davranışı cezasız bırakacağı bakımından yol gösterici olacaktır.

Söz konusu ilke ve ölçütlerin neler olduğu ise, çoğulcu demokratik bir hukuk toplumunda ceza hukukunun görevinden hareketle ortaya konabilir. Günümüzde ceza hukukunun görevi, kişi hak ve özgürlüklerini güvenceye almak suretiyle vatandaşların özgürlük ve barış içinde birlikte yaşamalarını sağlamaktır. Bu görevi kısaca “*hukuki değerlerin korunması*” olarak belirtebiliriz. TCK’nın 1. maddesinde de ceza kanununun temel amacı “*kişi hak ve özgürlüklerini... toplum barışını korumak*” şeklinde ifade edilmiştir. Belirtmemiz gerekir ki hukuki değerlerin korunması, sosyal düzenin ve barışın sağlanması sadece ceza hukukunun değil, diğer hukuk dallarının da görevidir. Ancak ceza hukuku yaptırımları kişinin hak ve özgürlüklerine diğer hukuki yaptırımlara (medenî hukuk, idare hukuku vs.) oranla çok daha ağır müdahalelerde bulunmaktadır. Bu nedenle, ceza hukuku yaptırımlarına, diğer hukuk dallarının yetersiz kaldığı durumlarda, en son çare olarak başvurulur. Eğer bir hukuki değer, o hukuki değeri ihlal eden bir davranışa karşı örneğin, tazminat yaptırımıyla korunabiliyorsa, o davranışın ceza hukuku yaptırımına bağlanması gerekmez. Bu husus ceza hukukunun “*en son araç oluşu*” (ultima ratio) şeklinde ifade edilir. Ceza hukukuna zorunlu hallerde başvurulması, bu hukuk dalının görevinin hukuki değerlerin korunması yönünden yardımcı bir nitelikte olmasını sonuçlamakta ve “*ceza hukukunun yardımcılık niteliği*” olarak adlandırılmaktadır.

⁵ Roxin, Strafverfahrensrecht, s. 9-10.

Hukuki değerlerin kaynağı, esas itibarıyla anayasadır. Ancak bu anayasanın, hukuk devleti ve onun özünü oluşturan insan haysiyeti değeri ile kişi hak ve özgürlüklerini güvenceye alan bir nitelikte olması gerekir. Hukuki değerler ise, bireylerin özgürlük içinde gelişimi ve haklarını gerçekleştirme esaslarına dayanan bir devlet sisteminin işleme için gerekli olan, tüm olgular veya güdülen amaçlardır. Örneğin; hayat, vücut bütünlüğü, cinsel dokunulmazlık, özel hayatın dokunulmazlığı, şeref ve mülkiyet hakkı vb. Ancak sadece bu tür bireysel hukuki değerler değil, etkin bir adli sistem, dürüst bir kamu idaresi, kamu barışı, güvenilir bir para, çevre gibi kamusal hukuki değerlerin de, bir toplumun barış içinde yaşamasını güvenceye olmak için korunmaları gerekmektedir. Bu nedenle yalan tanıklık, parada sahtecilik, rüşvet, halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik (nefret suçları), çevreye karşı suçlar oluşturulmuştur.

Ceza hukukunun hukuki değerleri korumak bakımından son araç oluşu ve yardımcılık niteliği ise, kanun koyucunun ceza yaptırımlarını içeren suç düzenlemeleri yapmasına çeşitli açılardan sınır getirmektedir. Bu sınırlamalara ilişkin ilke ve ölçütleri şöyle belirtebiliriz:

Kişinin özgürlük içinde gelişme hakkı ve sosyal düzenin kişi hak ve özgürlüklerine dayalı biçimde işlev görmesine hizmet etmeyen suçlar oluşturulmamalıdır. Bu nedenle, keyfi cezalandırmaya yönelik suçların oluşturulması, hukuki değerleri koruma görevi ile bağdaşmaz. Sadece ideolojik amaçları gerçekleştirmeye yönelik ceza hukuku düzenlemeleri ile de hukuki değerler oluşturulamaz. Örneğin, bir dönem Almanya'da, "*Alman kanununun saflığını sağlamak amacıyla*" Yahudilerle evlenmenin suç haline getirilmesi gibi⁶.

Barış içinde bir arada yaşamayı zedelemeyen veya bir zarar meydana getirmeyen bir davranışın, kanun koyucu tarafından başka bir amaçla suç haline getirilmesi suretiyle, ceza hukukunun koruması gereken bir hukuki değer oluşturulamamalıdır. Örneğin bazı ülkelerde, herhangi bir tehlike doğurmasa ve aşağılama içermese dahi, tarihteki bazı olayların "*soykırım olmadığını*" ifade etmenin suç haline getirilerek, düşüncüyü açıklama hakkı ihlalini sonuçlayan düzenlemeler yapılması doğru değildir.

Sadece moral değerlere aykırı olduğu gerekçesiyle suç düzenlemelerine gidilmemelidir. Bu nedenle kişilerin karşılıklı rızası ile özel yaşam alanında gerçekleşen davranışlar suç olarak öngörülmemektedir. Yine ahlaki açıdan olumsuz görülebilmemesine karşılık bazı davranışlar, başkalarının hakları ihlal etmediği için cezalandırılmamalıdır. Bu nedenle, çocukların yer almadığı, şiddet içermeyen müstehcen yayınların yetişkinlerce okunması, izlenmesi, satılması suç olmaktan çıkarılmıştır (TCK md. 226). Aynı şekilde soyut yalan ahlaka aykırı bir davranış olmakla birlikte, ceza hukukunun müdahalesini gerektiren bir davranış değildir. Ancak yalanın başkasının haklarını ihlal etmesi veya belli biçimlerde söylenmesi durumlarında, yalan tanıklık, iftira dolandırıcılık gibi suçlar oluşabilecektir. Bu örneklerden de anlaşıldığı gibi, ceza ve güvenlik tedbirleri hukuki değerleri koruma işlevini görmekte; ancak, başkasının haklarını ihlal etmeyen bazı ahlaka aykırı davranışlara, ceza hukuku yaptırımlarının uygulanması kabul edilmemektedir. Diğer bir deyişle, ahlak ve hukukun ortak

⁶ Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I (AT I), 3. Aufl. München 1997, s. 15.

bir dayanağı olmasına karşılık, gayri ahlaki veya benzeri nedenlerle kınanabilir olsa dahi, barış içinde birlikte yaşamının koşullarını ihlal etmedikleri sürece, her ahlaka aykırılık ceza hukukunun müdahale alanına girmemektedir⁷.

Belirtmek gerekir ki insan haysiyeti, korunması gereken en temel hukuki değerlerden biridir. Bir başkasının onurunu zedeleyici davranışlar, işkence, zorla deneye tabi tutma, cinsel saldırı gibi fiiller barış içinde birlikte yaşamının en önemli kurallarını ihlal etmeleri nedeniyle cezalandırılmaları gerekir. Buna karşılık kişinin bazen bizzat kendinin onurunu kırıcı bazı davranışları insan haysiyetine aykırı olsa bile, salt bu gerekçe tek başına cezalandırılabilirlik için yeterli değildir. Örneğin, intihar insan haysiyeti değerini zedeleyici bir davranış olarak değerlendirilse dahi intihara teşebbüs eden kişi cezalandırılmamaktadır.

Çoğulcu bir toplumda kişilerin kendi benimsedikleri değerlerine göre olumsuz gördükleri davranış biçimlerine katlanması barış içinde bir arada yaşamının temel koşullarından biridir. Kişilerin bazı davranışlar karşısında hoş olmayan, olumsuz duygulara kapılmaları, ceza hukuku yaptırımlarının uygulanmasını haklı kılmaz. Ancak, bir davranış ile bireylerin güvenlik içinde yaşama duygusu zedeleniyorsa, ceza hukukunun müdahale etmesi gerekebilecektir. Çünkü kişinin başkalarından korkmadan veya küçük düşürülmeden yaşaması, barış içinde birlikte yaşamın gereğidir. Bu nedenle suç işlemeye tahrik, mensup olunan din, ırk v.s dolayısıyla aşağılanma, hakaret gibi fiiller gibi suç olarak düzenlenmiştir.

Hukuki değerlerin korunması için ceza hukuku yaptırımlarına başvurulmasında ceza hukukunun son araç oluşundan ortaya çıkan diğer bir sınırlama, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılmasıdır. Belirtmek gerekir ki kabahatler de hukuki değerleri ihlal etmekte olup bu açıdan suç ve kabahatler arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak ceza hukukunun son araç oluşu ve yardımcılık niteliği, suç ve kabahatlerin ayrılmasında bir sınırlama ölçütü olmaktadır. Kanun koyucu bir davranışın doğurduğu sosyal rahatsızlığı, cezadan daha iyi veya en az onun kadar etkili, ancak kişiye daha az bir yük getiren idari para cezası gibi idari yaptırımlarla giderebiliyorsa o zaman ceza hukuku yaptırımlarına başvurmamalıdır. Hukuka aykırı davranışlara devletin bir tepki göstermesi gerektiği olaylarda çoğunlukla, bu davranışların sosyal yönden gösterdiği tehlikeliliğin ağır olmayışı da, bu tür davranışların ceza yerine kabahatlere ilişkin yaptırımlarla karşılanmasını gerektirmektedir. Suçlar ve kabahatler arasında esas itibarıyla bir nitelik farkı bulunmadığı hususu Kabahatler Kanununun gerekçesinde de, “*söz konusu tasnif, haksızlıklar arasındaki nicelik farkına dayanmaktadır*” şeklinde belirtilmiştir⁸.

C. SUÇ POLİTİKASININ TEMEL İLKELERİ

Devletin görevi, kişi hak ve özgürlüklerini korumaktır. Kanun koyucu bakımından ise suç politikasının ve ceza muhakemesinin ilkelerini dikkate almak bir zorunluluktur. Suç politikasının temel ilkeleri, hukuk devleti, kusur ve insanilik (hümanizm) olarak kabul edilmektedir. Ceza muhakemesi bakımından ise, doğal hâkim ilkesi, masumiyet karinesi, bağımsız ve tarafsız yargı,

⁷ Roxin, AT I, s. 16 vd.

⁸ Özgenç, s. 96-102.

savunma hakkı, adil yargılanma hakkı gibi bazı ilkeler söz konusudur. Bir anayasa, bu ilkeleri hayata geçirmeye imkan tanınmalıdır. Bu nedenle ülkemizde de, anayasadaki ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerle ceza hukuku mevzuat ve uygulamalarının bu ilkeler açısından değerlendirilmesi gerekir.

I. Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk devleti ilkesi, şekli ve maddi olmak üzere iki şekilde anlamlandırılmaktadır. Maddi anlamda hukuk devleti ilkesi, anayasal değerler sisteminin temel norm olarak insan haysiyetinin korunmasına dayanmakta ve ceza hukukunun içeriğinin oluşturulmasında dikkate alınması gereken ölçütleri ortaya koymaktadır. Bu ilkenin gereği olarak, ceza hukuku düzenleme ve uygulamalarında eşitlik ve orantılılığa uyulması, ceza hukuku yaptırımlarına toplumun barış içinde bir arada yaşamasını güvenceye almak bakımından ancak zorunlu olduğu anlarda başvurulması gerekmektedir. Bunların yanı sıra, ceza hukuku yaptırımlarının ve bunların infazının, zalimane veya aşağılayıcı nitelikte olmaması, bir davranışın cezalandırılabilirliğinin belirlenmesinde, önyargılar gibi duygusal gerekçelerden hareket edilmemesi; hâkimlerin kararlarında şahsi değer yargılarına değil, kanun koyucunun ortaya koyduğu ölçülere, objektif gerekçelere ve genel geçer bilgilere dayanılması sayılabilir⁹.

Şekli anlamda hukuk devleti ilkesi ise, kişi hak ve özgürlüklerine sınırlama getiren düzenlemelerin ancak biçimsel anlamdaki kanunlarla yapılabileceğini ifade etmektedir. Bu husus, temel hak ve özgürlüklere müdahale eden ceza muhakemesi işlem ve tedbirleri için de aynı şekilde geçerlidir. Hukuk devleti ilkesinin şekli garantileri en güçlü biçimde ceza hukuku alanında geçerli olmalıdır. Maddi ceza hukuku bakımından kanunilik ilkesinin tarihsel gelişim sürecinde, bu ilkeye bağlı olarak dört temel yasağın ortaya çıktığı görülmektedir. Bunlar; örf ve adet hukuku yasağı, geçmişe uygulama yasağı, kıyas yasağı ve belirsiz ceza kanunları koyma yasağıdır.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz -Nullum crimen, nulla poena sine lege

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suç sayılan fiillerin ve bunlarla ilgili yaptırımların önceden kanun tarafından açıkça belirlenmesi anlamına gelmektedir. Bu ilkenin dayandığı temel düşünce, cezalandırmanın suç soruşturma makamları ve mahkemelerin keyfililiğine bağlı olmaması ve ceza hukuku yaptırımlarının demokratik meşruiyeti olan kanun koyucu tarafından belirlenmesi gereğidir. Nitekim TCK'nın 2/1 maddesinde de, "*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez.*" şeklindeki düzenleme ile suç ve cezaların ancak kanunla öngörülebileceği kabul edilmiştir. Bu bakımdan Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen önemli bir yenilik de "*İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.*" (TCK. md. 2/2) şeklindeki düzenlemedir. Buna göre suç ve ceza, ancak TBMM'nin yasama tasarrufuyla konulabilecektir. Bu düzenlemenin gerekçesinde belirtildiği üzere, "*beyaz hüküm*", "*açık ceza normu*", "*çerçeve kanun*" ola-

⁹ Jescheck/Weigend, s. 26-27.

rak adlandırılan hükümlerle özellikle suç tanımlarının yapılmasının önüne geçilmek istenmiştir¹⁰.

Örf ve adete dayalı cezalandırma yasağı-Nullum Crimen Sine Lege Scripta

Bu kurala göre, kişi salt örf ve adet hukukuna dayalı olarak cezalandırılmayacağı gibi kanunda öngörülenden daha ağır biçimde de cezalandırılmayacaktır. Bu kuralın gerekçesi, suçların ve ceza hukuku yaptırımlarının sadece demokratik meşruiyeti olan kanun koyucu tarafından belirlenmesi gerekliliğidir. Örf ve adet hukuku, ceza hukuku alanında sadece dolaylı kaynak olarak sınırlı bir uygulanma alanına sahiptir¹¹. TCK'nın 2/1 maddesinde de suçun ve ceza hukuku yaptırımlarının kanunda açıkça öngörülmüş olması gerektiği ifade edilmiş olduğundan örf ve adet hukuku esas alınarak kişi hakkında ceza hukuku yaptırımlarının uygulanması mümkün değildir.

Belirlilik ilkesi -Nullum Crimen Sine Lege Certa

Kanunilik ilkesinin ortaya çıkardığı diğer bir kural belirlilik ilkesi olarak adlandırılmakta olup bu ilke belirsiz ceza kanunları yapma yasağını ortaya çıkarmaktadır. Buna göre suç tanımları ve hukuki sonuçlarının, çok genişletilebilir kavramlardan kaçınılarak mümkün olduğunca net bir biçimde yapılması ve ceza miktarlarına ilişkin alt ve üst sınırlar arasındaki aralığın aşırı biçimde açık olmaması gerekir¹². Belirlilik kuralı ile halkın temsilcisi olan kanun koyucunun iradesinin kanun metinlerinde açık bir biçimde ifadesini bulması ve bu suretle hâkimin sübjektif-keyfi kararlarının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Belirsiz kanunların varlığı halinde, devletin cezalandırma yetkisi güvenceli bir şekilde sınırlanmış olmayacaktır. Bu durumda ise vatandaşlar, keyfiliğe karşı korumasız kalacak ve ceza hukukunun güvence fonksiyonu etkin bir şekilde işlev görmeyecektir. Hâkime çok geniş-sübjektif bir yorum alanının oluşturulması, aynı zamanda yasama alanına bir müdahale etkisi doğuracağından kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırı bir durum ortaya çıkmış olacaktır. Bu nedenle ceza hâkiminin kararlarının kanuna uygunluğunun etkin bir biçimde denetlenebilir olması gerekmekte olup böyle bir denetim, ancak belirlilik kuralına uygun kanunlarla iyi bir biçimde yapılabilecektir¹³. Suçlara ilişkin kanun hükümlerinin açık ve seçik nitelik göstermesi, çok genişletilebilen ve farklı anlamlara gelen kavramlar kullanılmaması gereğini karşılaması bakımından TCK'nın 2/1 maddesinde, "açıkça" terimine yer verilmiştir.

Kıyas yasağı-Nullum Crimen Sine Lege Stricta

Kıyas yasağı suç ve ceza hukuku yaptırımı içeren düzenlemelerin yorumunda söz konusudur. Kıyas, bir olaya ilişkin hukuk kuralının kanun tarafından düzenlenmemiş benzer bir olaya uyarlanması, diğer bir deyişle "yeni bir

¹⁰ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. bs., Ankara, Seçkin, 2012, s. 56-58

¹¹ Jescheck/Weigend, s.134; Özgenç, s.106-112; Koca/Üzülmöz, s. 51.

¹² Jescheck/Weigend, s. 136-137; Özgenç, s.112, 113.

¹³ Jescheck/Weigend, s. 137.

hukuk kuralının yaratılması” anlamına gelmektedir. Kıyas yasağı ile suç ve ceza yaptırımı içeren düzenlemelerdeki boşlukların yorum yoluyla doldurulmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Çünkü herhangi bir boşluğun söz konusu olması halinde, kanunilik ilkesi gereğince bunu ancak kanun koyucunun gidermesi gerekir¹⁴. 765 sayılı mülga TCK’da kıyas yasağı, kanunda açıkça öngörülmemekle birlikte, kanunilik ilkesiyle ilgili hükümlerin bir sonucu olarak kabul edilmekteydi. Ancak kıyas yasağının kapsamının kanunen belirlenmesi dolayısıyla, mahkemeler genişletici yorum adı altında kıyasa varan uygulamalar yapmaktaydılar. Bu uygulamalarla kıyas yasağı dolanılmaktaydı. İşte bu nedendir ki yeni Türk Ceza Kanunu’nun 2/3. maddesinde hem kıyas yasağı ilkesi, “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz.*” şeklinde öngörülmüş; hem de “*Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*” hükmüyle kıyas yasağının kapsamı belirlenmiştir. Böylece kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunun etkin bir biçimde gerçekleşmesi amaçlanmıştır.

Geçmişe yürüme yasağı –Nullum Crimen Sine Lege Praevia-

İşlendiği zaman ceza hukuku yaptırımı gerektirmeyen bir fiil, yeni çıkarılan bir kanunla geçmişe yürürlü olarak ceza yaptırımı altına alınamaz. Aynı şekilde işlendiği zamanın kanununda ceza yaptırımı gerektiren bir fiil hakkında önceki kanunda öngörülen yaptırımdan daha ağır bir yaptım öngören kanun, geçmişe yürürlü olarak uygulanamaz. Kanunilik ilkesinin bu gerekleri TCK’da, “*İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüştü infazı ve kanunî neticeleri kendiliğinden kalkar.*” şeklinde öngörülmüştür (md. 7/1). Geçmişe yürüme yasağının kişinin aleyhine sonuç doğurması halinde, “*Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.*” (md. 7/2) hükmünün uygulanması söz konusu olup bu hükümle birlikte lehe durum doğuran kanunlar geçmişe etkili olarak uygulanabilecektir. İnfaz rejimine ilişkin kanunlar bakımından ise derhal uygulama ilkesi kabul edilmiş olup bu tür düzenlemeler, yürürlüğe girdiği andan itibaren sadece ileriye doğru uygulanacaktır. Ancak hürriyeti bağlayıcı ceza niteliği gösteren yaptırımlar ile bu tür cezaların süresine ilişkin düzenlemeler, tedbir veya infaz hükmü niteliğinde olsalar dahi geçmişe yürüme yasağı ve lehe uygulama ilkesine tabidirler: “*Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır.*” (md. 7/3).

Mülga Türk Ceza Kanunu döneminde, geçici ve süreli kanunlara ilişkin zaman bakımından uygulama konusunda çeşitli tartışmalar bulunmaktaydı. Bu konuda mülga Kanun’da açık kanuni bir düzenlemenin olmaması, hukuk güvenliği bakımından ciddi bir sorun teşkil etmekteydi. Bu sorun yeni Kanun’da bir düzenleme yapılmak suretiyle çözüme kavuşturulmuştur. Bu dü-

¹⁴ Jescheck/Weigend, s. 135; Özgenç, s. 113 vd.

zenlemeye göre, bir suçun geçici veya süreli bir kanunun yürürlükte olduğu esnada işlenmesi halinde bu suç hakkında o suçla ilgili geçici veya süreli kanunun uygulanmasına devam edilecektir (md. 7/4).

II. Kusur İlkesi

Kusur ilkesi, ilk olarak işlenen bir suç nedeniyle kişinin ancak kusurlu olması halinde cezalandırılabilceğini ifade eder. Bu anlamda kusur ilkesinin cezayı temellendiren bir işlevi vardır. Kişinin işlediği suçla bağlantılı olarak kusurlu olmaması halinde kişi hakkında yalnızca güvenlik tedbirlerine başvurulabilir. İlkenin ikinci işlevi ise, kişinin kusuruyla orantılı olarak cezalandırılabilmesidir. Bu açıdan kusur ilkesi, cezayı sınırlandıran bir ölçüt olup adil cezalandırmanın sağlanmasına hizmet eder. Özellikle kişilerin suç işlemekten caydırılmaları, genel önlemenin sağlanması gibi gerekçelerle, toplumda cezaların aşırı biçimde artırılması talepleri ortaya çıkabilmektedir. Ancak kanun koyucunun kusur ilkesini bu noktada dikkate alarak, kişinin kusuruyla orantısız cezalandırmaya yönelik düzenlemeler yapmaması gerekir. Kusur ilkesi, Anayasamızda cezaların şahsiliği (AY md. 38/7) ilkesi kapsamında kabul edilmekte ve aynı zamanda kişinin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağını da ifade etmektedir. Bunun bir gereği olarak TCK'da tüzel kişilerin ceza sorumlulukları kabul edilmemiş, buna karşılık bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar nedeniyle tüzel kişiye yönelik yaptırım olarak yalnızca kanunda öngörülen güvenlik tedbirleri uygulanabileceği düzenlenmiştir (TCK md. 20/2).

Ceza hukukunda kişiye ceza yaptırımının uygulanabilmesi için kişinin kast veya taksirine dayalı bir davranışı nedeniyle kusurlu olması gerekir. Bazı hallerde, suç oluşturan fiili işleyen kişinin, kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, kişi gerçekleşen ağır veya başka netice bakımından kasten hareket etmemektedir. Bu durumun tipik örneği, mağduru yaralamak isteyen failin, yaralamaya yönelik olarak gerçekleştirdiği kasıtlı hareketinin kişinin ölümüne neden olması durumudur. 765 sayılı mülga TCK'da bu gibi durumlarda objektif sorumluluk öngörül-müştü. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar açısından geçerli olan bu tür kusursuz sorumluluk halleri, kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çelişmekteydi. TCK'nın "*neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç*" başlıklı 23. maddesinde ise, kişinin kastetmediği daha ağır veya başka bir neticenin meydana gelmesine sebebiyet vermesi halinde meydana gelen daha ağır veya başka netice bakımından sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir. Böylece 5237 sayılı TCK ile birlikte, bu suçlarda objektif sorumluluğun öngör-üldüğü mülga TCK hükümleri yerine sübjektif sorumluluk esasına dayanan bir düzenleme getirilmiştir.

Bir kanunda kusur ilkesinin en temel göstergelerinden biri, o kanunda haksızlık hatasına yer verilip verilmediğidir. TCK'nın 30. maddesine 4. fıkraya eklenen "*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*" hükmü ile kusur ilkesinin bu önemli gereği de yerine getirilmiştir. TCK'da haksızlık hatası dışındaki hata halleri de sistematik bir biçimde düzenlenmiştir (TCK md. 30/1-3). Bu düzenlemeler, Kanun'da modern suç teorisinin kabul ettiği, haksızlık ve kusur ayrımı ile kast ve taksirin bir kusur türü olarak değil, haksızlığın gerçekleşme biçimleri olarak kabul edilmesine ilişkin teorik esaslara dayanmaktadır.

TCK'da somut cezanın tayininde kusurun ağırlığı, temel ölçülerden biri olarak kabul edilmiştir. Somut cezanın belirlenmesinde hâkim, TCK'nın 61/1 maddesinde belirtilen nedenleri göz önünde bulundurmak suretiyle işlenen suç tanımındaki cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyecektir. TCK md. 61/1'de yer alan nedenlerden birisi de "*Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı*"dır. Böylece kusursuz ceza olmaz ilkesinin bir sonucu olan "*kusurla orantılı ceza*" ilkesi kanunda açıkça öngörülmüştür.

Sübjektif sorumluluk, yalnızca suçlar bakımından değil, kabahatler açısından da geçerlidir. Nitekim Kabahatler Kanunu'nun 9. maddesinde yer alan hüküm gereği kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde hem kasten hem de taksirle işlenebilir.

III. Hümanizm İlkesi

Hümanizm ilkesi, cezaya hükmedilirken ve bu cezanın infazı sırasında mahkûmun durumunun gözetilmesini, suç işleyen kişinin yeniden sosyalleştirilip topluma kazandırılmasını amaçlar (CGİK md. 3). Bu ilke uyarınca kimse, insan haysiyetiyle bağdaşmayan cezaya ya da muameleye tabi tutulamaz (AY md. 17), ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz (CGİK md. 2/2). Örneğin, ölüm cezasına, süresiz hak yoksunluklarına, hadım gibi bedeni cezalara yer verilmemesi, hümanizm ilkesinin bir gereğidir.

D. TÜRKİYE'DE CEZA HUKUKU MEVZUATI DEĞİŞİM VE UYGULAMALARI

2004 yılında başlayan Türk Ceza Hukuku reformunun değerlendirilmesi yukarıda değinilen temel ilkeler bakımından yapılmalıdır. Böyle bir değerlendirme bakımından ise, öncelikle Türkiye'deki ceza hukuku değişim ve uygulamalarının tarihsel gelişiminin de göz önünde tutulması gerekir. Ülkemizde modern anlamda ceza hukuku alanında kanunlaştırma hareketlerinin Tanzimat ile başladığı kabul edildiğinden, biz de tarihsel gelişime ilişkin açıklamalarımızı bu dönemden itibaren yapacağız. Bunun diğer bir nedeni, Tanzimat öncesi Osmanlı İmparatorluğu ceza hukukunun durumu hakkında, yeterli derecede bilimsel araştırmaların bulunmadığı yönündeki kanaatimizdir.

Tanzimat ve 1876 Anayasası Dönemi

Türkiye'de modern anlamda kanunlaştırma hareketleri ile diğer ülkelerden kanunların iktibas edilmesi, ceza hukuku bakımından da, Tanzimat dönemi ile başlamıştır. Bu dönemin en önemli belgeleri ise 1839 Gülhane Hatt-ı Hümayunu ve 1851 Islahat Fermanıdır. Bu fermanlarda kanun önünde eşitlik ilkesi, hayat hakkı, mülkiyet hakkı ile "*ırz ve namus*" güvenliği, kanunilik ilkesi, adil ve aleni yargılama ilkesi, cezalara yalnızca kanunla kurulmuş mahkemeler tarafından hükmedilebileceği gibi temel haklara ve ceza hukukuna ilişkin temel ilkelere yer verilmişti. Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nda, çıkarılacak kanunlara aykırı davrananların cezalarının tespit edilmesi amacıyla ayrıca bir ceza kanununun çıkarılacağı açıklanmıştır. Femandaki bu talimatın gereği olarak ilk olarak 3 Mayıs 1840 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu ve daha sonra bu kanundaki eksiklikleri gidermek üzere de 14 Temmuz 1851 Tarihli

yeni bir ceza kanunu yapılmıştır¹⁵. 9 Ağustos 1858 tarihli, “*Ceza Kanunname-i Hümayunu*” ise Islahat Fermanında yer alan talimat gereği çıkarılmış olup büyük ölçüde 1810 Fransız Ceza Kanunu’ndan iktibas edilerek yürürlüğe konulmuştur. Cumhuriyetin kurulması ve 1926 Türk Ceza Kanunu’nun kabul edilmesine kadar yürürlükte kalan 1858 Ceza Kanunu, önceki iki kanundan farklı olarak genel ve özel hükümler bölümlerini içermesi nedeniyle, modern ceza hukuku kurumlarının oluşturulması ve uygulanmasında önemli bir dönüm noktası sayılmaktadır.

Ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerin yer aldığı ilk Anayasa ise, klasik bireysel hakların Tanzimat Fermanlarına göre daha kapsamlı biçimde yer verildiği 1876 Kanun-i Esasi’dir. Kişi özgürlüğü, kişi dokunulmazlığı, kimsenin kanunun gösterdiği koşullar dışında cezalandırılmayacağı, konut dokunulmazlığı gibi hakların öngörüldüğü, her türlü eziyet, işkence, müsadere ve angaryanın yasaklandığı¹⁶ 1876 Anayasasında, özellikle bağımsız yargılamayı sağlamaya yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Nitekim hâkimlerin özlük işlemlerinin kanunla düzenlenmesi ve bir suçtan mahkûm olmadıkça azledilememeleri, mahkemelerin her türlü müdahaleden korunmaları, yargıçların atanmasının yürütmenin takdirinden çıkartılması ve kanunlara tabi kılınması, savcılık kurumunun anayasallaştırılması, tabii hâkim ilkesinin gereği olarak kimsenin kanunla belirlenen mahkemeden başka mahkeme önünde yargılanamaması, var olan mahkemeler dışında olağanüstü mahkemeler ya da yargı yetkisine sahip özel komisyonların kurulamaması gibi hususlar, 1876 Anayasasında açıkça öngörülmüştü¹⁷. Bu dönemde (1879) 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’ndan iktibas edilen Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Ceza infaz kurumlarının durumunu iyileştirmek amacıyla 1880 yılında “*Tevkifhane ve Hapishanelerin İdarelerine Dair Nizamname*” çıkartılmıştır¹⁸. Adli teşkilattaki yenilikler çerçevesinde Şer’iye mahkemelerinin yanı sıra ilk derece ve istinaf yargılaması nizamiye mahkemeleri, temyiz mahkemesi olarak da Divanı Ahkam-ı Adliye kurulmuştur¹⁹. 1876 Anayasası, 1908 yılına kadar fiilen uygulanmamıştır²⁰. 1908 yılında başlayan ikinci meşrutiyet döneminde, 1876 Anayasasında, özellikle 1909 yılında temel hakları güçlendiren bazı değişiklikler yapılmıştır. Nitekim bu değişikliklerle birlikte toplanma ve dernek kurma hakları öngörülmüş, keyfi tutuklama ve cezalandırmalara karşı yeni güvenceler getirilmiş, posta gönderilerine ancak hâkim kararıyla el konu-

¹⁵ Tahir Taner, Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, in: Tanzimat I, İstanbul 1940, s. 225; Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, 13. Bs., Ankara 2008, s. 331; Sulhi Dönmezer, Cumhuriyet Ceza Hukuku, in: Atatürk Sempozyumu Atatürk İlkeleri ve Ceza Hukuku, İstanbul 1984, s. 25; Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 7. bs., Beta, İstanbul, 2009, s. 428-429; Mustafa Şentop, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku, İstanbul, 2004, s. 27.

¹⁶ Tahsin Erdinç, Batı Demokrasilerinde Klasik Kamu Özgürlükleri Alanında Görülen Sapmalar, 2. bs., İstanbul, 2002 s. 99.

¹⁷ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 10. bs., İstanbul, 2011, s. 202.

¹⁸ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 345

¹⁹ Aydın, s. 424-428.

²⁰ Tanör, s. 152, 161

labileceği kabul edilmiştir. Ancak Balkan savaşları ve ardından I. Dünya savaşı ortamında, bu reformların hayata geçirilmesi mümkün olmamıştır²¹.

Cumhuriyetin Kuruluşu ve Tek Parti Rejimi Dönemi

Cumhuriyet Dönemindeki temel hakları düzenleyen ilk anayasa olan 1924 Anayasasında, klasik temel hakların tümüne yer verilmiştir. Nitekim “*Kişî dokunulmazlığı, vicdan, düşünme, söz, yayım, seyahat, sözleşme, çalışma, mülkiyet, toplanma, dernek kurma, ortaklık kurma*” gibi hak ve özgürlüklerin doğal haklardan (md. 70) olduğu vurgulanmıştır. 1924 Anayasasında ayrıca kanunun belirttiği haller dışında yakalanmama ve tutuklanmama, işkence, eziyet, müsadere ve angarya yasağı, kanuni sebepler dışında konuta girememe ve burada arama yapamama, hâkim veya mahkeme kararı olmaksızın, haberleşmenin gizliliğine müdahale edilemeyeceği, doğal hakim ilkesi, hakimlerin bağımsızlığı, aleni yargılama hakkı, savunma hakkı gibi²²kişi güvenliği ve adil yargılanma hakkını ilgilendiren haklara da geniş ölçüde yer verilmiştir.

Kanunlaştırma ve iktibas hareketleri,765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 1889 İtalyan Zanerdelli Kanunu'ndan, 1412 sayılı Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun ise Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan iktibas edilmesi suretiyle Cumhuriyet döneminde de devam etmiştir²³. Tek parti rejiminin hâkim olduğu 1925-1946 dönemi, yürütme gücünün egemenliği altında geçmiştir. Devlet ve tek partinin özdeşleştiği bu dönemde, 1924 Anayasasındaki temel haklara, ceza hukuku ve adil yargılanma ilkelerine aykırı pek çok kanun ve uygulama söz konusu olmuştur²⁴. Bu uygulamaların gerçekleştirilmesi için iki yol izlenmiştir. Bu yollardan ilki, liberal ve özgürlükçü bir anlayışı yansıtan Zanerdelli Kanunu'ndan iktibas edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun değiştirilmesidir. Bu değişikliklerde²⁵, İtalya'da Mussolini döneminde yapılan yeni İtalyan Ceza Kanunu'ndan (1931) esinlenilerek 765 sayılı TCK, otoriter bir kimliğe büründürülmüş²⁶, örneğin sosyalist veya dini düşüncelerin açıklanması ya da bu düşünceler kapsamında örgütlenmesi suç olarak öngörülmüştür²⁷. Bu dönemdeki ceza hukuku ilkelerine aykırı düzenleme ve uygulamaların gerçekleştirilmesindeki diğer yol ise, Anayasadaki temel haklara aykırı bazı özel kanunlarla²⁸ olağanüstü özel mahkemeler kurulmasıdır. Doğal hakim, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine aykırı bir şekilde oluşturulmuş, bu mahkemelerde yapılan yargılamalarda, başta savunma hakkı olmak üzere adil

²¹ Erdinç. s. 179-181

²² Selçuk Özçelik, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1976, s.108-109.

²³ Ceza hukuku alanı dışında da iktibas yoluyla kanunlaştırmalar yapılmıştır: Örneğin 1926 Türk Medeni Kanunu, İsviçre Medeni Kanunu'ndan, 1926 Türk Ticaret Kanunu ise Alman Ticaret Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Bkz.: Plagemann, s. 169-170.

²⁴ Tanör, s. 314 vd.

²⁵ Bu kapsamlı değişiklik, 23.2.1936 tarih ve 3038 sayılı Kanun'la gerçekleştirilmiştir.

²⁶ Çetin Özek, *Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler*, İstanbul, 1967, s. 32. vd.

²⁷ Mülga TCK'nın 141 ve 142. maddeleri, 1931 İtalyan Ceza Kanunu'nun 270 ve 272. maddelerinden iktibas edilmiştir (Uğur Alacakaptan, *Demokratik Anayasa ve Türk Ceza Kanunu'nun 141 ve 142'inci maddeleri*, s. 5).

²⁸ Bu kanunlar için bkz.: Erdinç. s. 259-263.

yargılanma hakları kullandırılmamış, verilen kararlara karşı itiraz, temyiz gibi kanun yolları tanınmamış ve kişiler ölüm cezası başta olmak üzere ağır cezalara çarptırılmıştır²⁹.

Çok Partili Dönem ve 27 Mayıs Rejimi

1945 yılında çok partili hayata geçilmesi ve 1950 yılında Demokrat Parti'nin iktidara gelmesiyle birlikte, Türkiye'de kişi hak ve özgürlükleri alanında olumlu gelişmeler yaşanmaya başlamıştır³⁰. Ancak yapılan üç seçimi kazanan iktidar partisi özellikle son dönemlerinde, meclis çoğunluğuna dayanarak demokrasi ve özgürlükler açısından sorunlu kanun ve uygulamalar gerçekleştirmiştir. Bunun da etkisiyle siyasi ve toplumsal hayatta gerginlikler ve düşmanca kamplaşmalar ortaya çıkmış³¹ ve 27 Mayıs 1960 tarihinde bir grup subay “*Ülkeyi buhran ve felakete sürükleyen hırslı politikacıların elinden kurtarmak, Cumhuriyeti korumak ve kollamak*” gibi gerekçelere dayalı olarak iktidara zorla el koymuştur. Darbeden sonra Demokrat Parti kapatılarak, cumhurbaşkanı, başbakan, bakanlar, milletvekilleri, bürokratlar ve parti mensuplarına yönelik olarak, hukuk fakültesi diplomasına sahip bir grup tarafından Yassıada'da “Yüksek Adalet Divanı”³² adı altında bir linç icraatı gerçekleştirilmiştir. Bunun sonucunda başbakan ve iki bakan idam edilmek suretiyle öldürülmüş, birçok kişi uzun süre özgürlüklerinden mahrum edilmiştir. Yargıtay, Danıştay ve yerel mahkemelerde görev yapan yüzlerce hakim ve savcı tasfiye edilmiştir³³, 147 öğretim üyesi üniversiteden atılmıştır. Daha sonra Yargıtay darbeyi meşrulaştırıcı kararlar vermiş³⁴, hukukçu akademisyenler darbecilerin oluşturduğu Yassıada tasfiyesi için oluşturduğu soruşturma komisyonlarında görev almış, 65 yaşının üzerindeki kişilerin idam cezasının infazını yasaklayan, 765 sayılı TCK'nın 56. maddesini yürürlükten kaldıran ve “Bayar Kanunu” olarak adlandırılan Kanun, bu değişikliğin aleyhe olarak geçmişe etkili biçimde uygulanması için görüş bildirmiştir³⁵. 1960 darbecileri ve onu destekleyen kesimler, kapatılan Demokrat Parti taraftarlarını dışlayarak 1961 Anayasasını yapmışlardır. 1961 Anayasasının dayandığı temel düşünce

²⁹ Erdinç, s. 261.

³⁰ Ali Fuad Başgil, 27 Mayıs İhtilali ve Sebepleri, 2. bs., İstanbul, 2006, s. 71; Erdinç, s. 262-263.

³¹ Ergun Özbudun, Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye, İstanbul, 2011, s. 127 vd.; Davut Dursun, 27 Mayıs Darbesi, İstanbul, 2001, s. 11-36; Demokrat Partinin çoğunlukçu bir demokrasi anlayışıyla anti demokratik uygulamaları yaptığıyla ilgili olarak, bkz: Tanör; s. 352 vd.; Başgil, s. 85, vd.; Erdinç, s.269.

³² Milli Birlik Komitesi'nin yayınladığı 14.06.1969 tarih ve 1. No'lu geçici Kanun'un 6. maddesiyle kurulmuştur. “Yüksek Adalet Divanı”nın icraatları ile darbe dönemindeki keyfi özgürlük kısıtlamaları ve yargısız idamları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Osman Doğru, 27 Mayıs Rejimi, Ankara, 1998.

³³ Darbe rejiminin, mülki idare, yerel yönetimler, silahlı kuvvetlerde, üniversitelerde ve yargıdaki tasfiyeleri için bkz.: Doğru, s. 111-119.

³⁴ Bu kararlar için bkz.: Doğru, s. 58-61.

³⁵ Doğru, s. 208 v.d; Hukukçu akademisyenlerin ceza kanunlarının aleyhe olarak geçmişe etkili biçimde uygulanacağına yönelik “utanç belgesi”, darbe rejimini yücelten bir kitapta yayınlanmıştır: Hasan Halis Sungur, Anayasayı İhlal Suçları, İstanbul, 1961, s. 306-311.

seçilmişlerin iktidarını sınırlamak olmuştur. Bunu sağlamak için Milli Güvenlik Kurulu gibi çeşitli mekanizmalar öngörülmüş olup³⁶ bu nedenle 1961 Anayasası ile bir “vesayet rejimi” oluşturulduğu kabul edilmektedir³⁷. 1961 Anayasasında, klasik bütün temel hak ve özgürlükler ile ceza hukuku ilkelerine yer verilmiştir. Temel hak ve özgürlükler bakımından etkin güvence sağlanması için bir Anayasa Mahkemesi dahi kurulmuştur. Ancak, Anayasa Mahkemesi darbe döneminde Yassıada’da görev yapan “Yüksek Adalet Divanı”nın bitirdiği bazı “davalara” bakmakla görevlendirilmiştir³⁸. Anayasa Mahkemesi, birçok kararında kişi hak ve özgürlükleriyle ilgili olarak özgürlükleri genişleten değil, sınırlayan içtihatlarda bulunmuştur. Nitekim 27 Mayıs 1960 darbesi ve o dönemdeki uygulamaları olumsuzlayan görüşlerin ifade edilmesi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasını gerektiren suç olarak öngörülmüştür³⁹. Böylece hiçbir hukuki değeri ihlal etmeyen düşünce açıklamaları, darbecilerin siyasi amaçlarını gerçekleştirmek üzere suç haline getirilmiştir. Söz konusu keyfi cezalandırma ise, “*düşünce sadece insan kafasının içinde kaldığı sürece sınırsızdır*” gibi gerekçelerle Anayasa’ya uygun bulunmuştur⁴⁰. Yine şiddet içermese dahi bazı görüşlerin örneğin “komünizm” propagandası veya bu düşünceler kapsamındaki örgütlenmenin suç olarak öngörüldüğü mülga TCK’nın 141 ve 142 maddeleri Anayasa’ya aykırı görülmemiştir⁴¹. Mahkeme, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç konulmasına⁴², kusursuz cezalandırmaya⁴³, disiplin amacıyla askeri komutanların hakim kararı olmadan “katıksız hapis” cezası verilmesine⁴⁴, fuhuş yapan kadına yönelik cinsel saldırı suçu işlendiğinde daha az cezaya hükmedilmesine⁴⁵ ilişkin düzenlemeleri de Anayasa’ya uygun

³⁶ Serap Yazıcı, *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul, 2009, s. 84 vd.; Erdinç, s. 272.

³⁷ Özbudun, s.132; Erdinç, s. 273.

³⁸ Nitekim 22.04.1962 tarih ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un Geçici 7. maddesine göre, “Yüksek Adalet Divanı”, Anayasa Mahkemesi’nin kurulmasıyla kapatılmakta ve orada görülen işler Anayasa Mahkemesi’ne devredilmekteydi.

³⁹ 7.3.1962 tarih ve 38 sayılı Anayasa Nizamını, Milli Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller Hakkında Kanun’un 1. maddesine göre, 1960 darbesini herhangi bir şekilde olumsuz gösteren veya darbeye devrilen Demokrat Parti iktidarını herhangi bir şekilde öven her tür düşünce açıklaması suç haline getirilmiştir.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, T. 8.4.1963, E.1963/16, K. 1963/83.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, T. 26. 9. 1965, E.1963/73, K.1965/40; Anayasa Mahkemesi’nin ifade özgürlüğünü aşırı biçimde sınırlayan bu içtihatları, mahkemenin 2000’li yıllara değin verdiği hemen hemen tüm kararlarında tekrarlanmıştır (Bkz.: Reyhan Sunay, *İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara, 2001, s. 286).

⁴² Anayasa Mahkemesi, T. 28.03.1963, E. 1963/4, K. 1963/71.

⁴³ Anayasa Mahkemesi, T. 21.09.1966, E. 1966/14 E. 1966/36; T.14.12.1968, E. 1968/32, K. 1968/62.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, T. 27.12.1965, E. 1963/57, K. 1965/65. Askeri Ceza Kanunu’nun 23 ve 26. maddelerine göre, katıksız hapis, er ve erbaşlar hakkında sadece ekme ve su verilerek üç haftaya kadar uygulanan bu disiplin cezası, 22.03.2000 tarihinde kaldırılmıştır (Bkz.: 4551 sayılı Kanun, md. 38).

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, T. 12.01.1989, E. 1988/4, K. 1989/3.

bulmuştur. Görüldüğü üzere eşitlik, suçta ve cezada kanunilik ve kusur gibi ilkeler, Anayasa Mahkemesi'nce adeta içi boşaltılarak yorumlanmıştır.

1961 Anayasasında rejimin güvencesi için oluşturan çeşitli mekanizmalara rağmen, “zinde güçler” örneğin “sakıncalı” siyasi partilerin iktidara gelmesi gibi siyasi gelişmeler ortaya çıktığında, darbe girişimlerinde ve tehditlerinde bulunmuş⁴⁶, muhtıralar verilmek suretiyle hükümetler düşürülmüş ve “ara rejimler” oluşturulmuştur. Bu dönemlerde de, temel haklara ve ceza hukuku ilkelerine aykırı kanun ve uygulamalar söz konusu olmuştur⁴⁷.

12 Eylül Rejimi Dönemi

1970'li yıllardaki siyasi istikrarsızlık ve politik gruplar arasında binlerce kişinin ölümüne yol açan çatışmalar, yeni bir askeri darbeye zemin hazırlamıştır. Nitekim 12 Eylül 1980 tarihinde Silahlı Kuvvetler, “*kendi kendini kontrol edemeyen demokrasiyi sağlam temeller üzerine oturtmak, kaybolan Devlet otoritesini yeniden tesis etmek için yönetime el koymak zorunda kalmıştır*”⁴⁸. Darbe gerekçe ve amaçları, 1982 Anayasası'nın tüm düzenlemelerinde etkili olmuş, darbe rejimi tasarruflarına anayasal bağışıklık getirilmiştir⁴⁹. Anayasası'nın giriş bölümünde insan hakları, demokrasi, temel hak ve özgürlüklerden ziyade ideolojik kavramlara vurgu yapılmış ve “Hiçbir düşüncenin!” bu ideoloji karşısında korunmayacağı ifade edilmiş⁵⁰, otoriter anlayış özellikle Anayasanın temel hak ve özgürlükler rejimine ilişkin kurallarına yansımıştır.⁵¹ Bu otoriter

⁴⁶ Örneğin 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden hemen sonra, 15 Ekim 1961 tarihinde yapılan ilk seçimlerin hemen ardından, darbeyle kapatılan Demokrat Parti çizgisindeki siyasi partilerin seçimlerde üstünlük sağlaması üzerine, Silahlı Kuvvetler mensupları, darbe tehdidi yoluyla isteklerini siyasi parti liderlerine kabul ettirmişler ve buna ilişkin bir protokol imzalatmışlardır (Erdinç, s. 274-275).

⁴⁷ Bunlardan en önemlisi, Silahlı Kuvvetlerin 12 Mart 1971'de bir muhtıra vererek Adalet Partisi hükümetini istifaya zorlamalarıdır. 12 Mart muhtırası sonrası 1961 Anayasası'nda, temel hakları sınırlayan yönde değişiklik yapılmış, Silahlı Kuvvetler Sayıştay denetimine dışına çıkarılmış, sıkıyönetim ilanı kolaylaştırılmış, Sıkıyönetim Kanunu sıkıyönetim ilan edilmeden önceki olaylara uygulanacak şekilde değiştirilerek tabii hakim ilkesine aykırı düzenlemelere gidilmiş, subayların da görev yaptığı Devlet Güvenlik Mahkemeleri'ne Anayasa'da yer verilmiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kurulmuştur (Yazıcı, Demokratikleşme, s. 87-92; Erdinç, s. 318-319).

⁴⁸ Resmi Gazete: T. 12.09.1980, s. 17103.

⁴⁹ 1960 darbesinden sonra 1961 Anayasası'nın Geçici 4. maddesi ile Askeri tüm rejimin eylem ve kararlarına dokunulmazlık getirilmişti. Benzer düzenlemeye 1982 Anayasasının geçici 15. Maddesinde yer verilmişti. Maddenin Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan Kanun, Kanun Hükmünde Kararname, ve Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesini yasaklayan son fıkrası 2001 yılında; darbecilerin sorumluluklarını kaldıran ilk ve ikinci fıkraları ise 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandum ile kabul edilen Anayasa değişikliği ile kaldırılmıştır.

⁵⁰ Bülent Tanör, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul, 1994, s. 197. Anayasa Mahkemesi, başlangıç bölümünü kararlarında kullanmaktadır (Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul, 1993, s. 126).

⁵¹ Demokratik toplum düzeninin gerekleri konusunda Anayasa Mahkemesi içtihatlarının değişimi için bkz.: Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, s. 312; Tanör, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 204.

rejimi etkin kılmak için, ceza hukuku araçları özellikle ifade, örgütlenme ve siyasi özgürlükler alanındaki sınırlamalarda ölçüsüz biçimde kullanılmıştır⁵².

Düşünceleri açıklama özgürlüğünün ancak yasaklanmamış dillerle mümkün olduğu belirtilerek yasaklı diller gibi bir kategori oluşturulmuş, ifade özgürlüğünü sınırlayan suçlara ilişkin düzenlemeler, olabildiğince geniş yorumlanmış, bu düzenlemeler aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurular ise reddedilmiştir⁵³. 1982 Anayasası ile kişi güvenliği ve adil yargılanma hakkı bakımından da olağan dışı sınırlamalar getirilmiştir. Gözaltı süresinin azami sınırının 15 gün olarak belirlenmesi, bu sürenin olağanüstü hal ve sıkıyönetim durumunda uzatılabilmesi, Anayasa'nın 143. maddesinde düzenlenen Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nde (DGM) askeri bir üyenin görev yapması ve bu Mahkemelere ilişkin Kanun'un soruşturma ve kovuşturmayla ilişkin düzenlemelerinde savunma hakkı başta olmak üzere adil yargılama haklarını sınırlayan hükümlerini buna örnek olarak verebiliriz. DGM'lerde askeri bir üyenin görev yapmasının bağımsız ve tarafsız hâkim ilkesini ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal ettiği, bu Mahkemelerde yapılan yargılamalara ilişkin olarak AİHM'e yapılan tüm başvurularda kabul edilmiş ve Türkiye defalarca mahkûm edilmiştir⁵⁴.

Zaten ciddi ölçüde sınırlanmış kişi hak ve özgürlüklerinin, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde "kullanılmasının durdurulması" öngörülmüştür. Bu Anayasal düzenleme (md.15) ve buna ilişkin sıkıyönetim ve olağanüstü hal kanunlarının uygulanması, hukuk güvenliğini ortadan kaldırmıştır. Türkiye'de bazı illerde sıkıyönetimin 1987 yılına kadar, olağanüstü halin ise 2002 yılına kadar devam etmesi hususu düşünüldüğünde, bu düzenlemelerin kişi hak ve özgürlükleri bakımından ne ölçüde sakıncalı olduğu daha iyi anlaşılacaktır.

Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatı ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmakla birlikte Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısı, Kurul'un kararlarına karşı yargı yoluna gidilememesi, Kurul üyelerinin Yüksek Yargı üyelerini, Yüksek Yargı üyelerinin de Kurul üyelerini seçmesi gibi bir sistemin benimsenmiş olması, yerel hâkimlerin verdikleri kararlar dikkate alınarak kariyerlerinin, yüksek yargı üyelerinin verecekleri notlara göre belirlenmesi gibi birçok etken, yargının bağımsız üyelerden oluşan bir erk olmasını engelleyerek, hiyerarşinin en son derecesiyle etkin olduğu bir yapıya dönüşmesine neden olmuştur.

Her ne kadar Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin hükümlerini içeren 38. maddesi, normatif anlamda suçta ve cezada kanunilik, ceza kanunlarının geriye yürümezliği, nemo tenatur ilkesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği gibi prensipleri içerse de, bu ilkelere aykırı pek çok kanun ve uygulama söz konusu olmuştur⁵⁵.

⁵² Benzer hüküm, 1961 Anayasası'nın 11. maddesine 1971 değişikliği ile eklenmiştir. Özellikle TCK'nın 142. maddesi bakımından bkz. Bülent Tanör, TCK 142. Madde, Düşünce Özgürlüğü ve Uygulaması, İstanbul, 1979, s. 98-103; Tanör, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 205.

⁵³ Tanör, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 63, 73.

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Sibel Özel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002, s. 177 vd.

⁵⁵ Özgenç, s. 106 vd.

Türkiye’de her zaman bir soruşturma yöntemi olarak uygulanan işkence, 1980 darbesinden sonra daha sistematik ve yaygın hale gelmiştir⁵⁶. Yine bu dönemde güvenlik güçlerine tanınan ölçüsüz silah kullanma yetkisi sonucu çok sayıda insan hayatını kaybetmiştir⁵⁷. AIHM’ye Türkiye hakkında açılan davalardan 2011 yılı itibarıyla 2747 adedi karara bağlanmış, bunların 2404 adedinde en az bir ihlalin bulunduğu hükmedilmiştir⁵⁸.

E. TÜRK CEZA HUKUKU REFORMU

Türkiye’nin AIHM’ye bireysel başvuru hakkını kabul etmesi ve 1999 yılında AB’ye aday ülke olarak kabul edilmesi ile birlikte başta Anayasa olmak üzere ceza hukuku mevzuatında köklü değişikliklere gidilmiştir. Anayasada, 19 kez değişikliğe gidilerek temel hak ve özgürlükleri genişleten, adil yargılama, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik hükümler getirilmiştir. Bu değişim sürecindeki en önemli adımlardan biri 26 Eylül 2004 tarihinde kabul edilen 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren ceza kanunlarıdır. Yeni bir Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Kabahatler Kanunu, Çocuk Koruma Kanunu gibi çok sayıda yeni kanun çıkarılmıştır. Başlatılan ve halen devam eden bu reform, gerek yöntem ve amaç gerekse dayandığı ilkeler bakımından Tanzimat dönemi ve Cumhuriyetin kuruluşundaki hukuk değişimlerinden farklılık arz etmektedir.

Tanzimat döneminde yapılan reformun amacı, devletin istikrara kavuşturulması ve imparatorluğun dağılmasını önlemek olup Cumhuriyetin başlangıcındaki reformun amacı ise, yeni kurulan cumhuriyet rejiminin anlayışını topluma hakim kılmaktır⁵⁹. Her iki reformda yukarıdan aşağıya doğru gerçekleşen bir yöntem izlenmiştir. Buna karşılık 2004’te başlayan Türk Ceza Hukuku reformunun amacı, birey özgürlüklerini güçlendirmek ve güvenceye almaktır. 2005 Türk Ceza Hukuku Reformu kapsamındaki tüm temel kanunlar, parlamento tarafından ve muhalefet ile uzlaşılarak kabul edilmiştir. Bu kadar kapsamlı bir kanunlaştırma hareketinin, demokratik seçimlerle oluşmuş bir meclis tarafından gerçekleştirilmesi ülkemiz tarihinde bir ilktir. Diğer yandan bu sürece, başta kadın örgütleri olmak üzere sivil toplum kuruluşları ile Üniversitelerin ve ilgili diğer paydaşların dahil olması Türk Ceza Hukuku Reformu’nun demokratik bir yöntemle “aşağıdan yukarıya” oluştuğunu göstermektedir.

Reformlarla ilgili olarak, iki farklı ceza hukuku anlayışının bulunduğu görülecektir. Birinci yaklaşım, ceza hukukundaki değişikliklerde, kişi hak ve özgürlüklerinin değil, Cumhuriyet kuruluşundaki koşullardaki siyasi amaçlı ceza hukuku anlayışının devam ettirilmesidir. Bu görüşe göre, “*Türkiye’de bir kanun hazırlanırken bazı temel ilkeler göz ardı edilmemelidir. Bu ilkeler Atatürk*

⁵⁶ Tanör, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, s. 26 vd.

⁵⁷ Bkz.: Adem Sözüer, Die Strafrechtliche Bewertung des tödlichen polizeilichen Schusswaffeneinsatzes gegen Flüchtlinge in der Türkei, Strafrecht als Scientia Universalis – Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Band II, s. 1753 vd.

⁵⁸ Bkz.: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+data/>

⁵⁹ Sulhi Dönmezer, Devletin Ülkesi ve Milleti ile Bütünlüğü ve Bölünmezliği İlkesi, 50. Yıl Armağanı – Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul, 1973, s. 1-4, 20.

tarafından konulan Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşundan beri var olan ilkelerdir. Bu nedenle yeni kanunlarda ne dinci ne de ayrılıkçı eylemlerin desteklenmesine izin verilemez. 1920 yıllarda kabul edilen ilkelerin korunmasına ve süreklilik göstermesine dikkat edilmek zorundadır.⁶⁰ Buna karşılık biz, yukarıda ceza hukukunun görevi ve suç politikasının temel ilkeleri bölümünde açıkladığımız üzere, ceza hukuku araçlarının “dinci” “ayrılıkçı” gibi içeriği belirsiz kavramlarla ideolojik amaçların gerçekleştirilmesi için kullanılmayacağı görüşündeyiz. Cumhuriyetin ve devletin etkin biçimde korunması ve güçlü olması, devletin vatandaşlarının hak ve özgürlüklerini güvenceye alma yükümlülüğü ve görevini yerine getirmesi bağlamında meşrudur. Devletin kendisi bizatihi bir amaç değildir, amaç insandır, insan haysiyetinin korunmasıdır! İşte bu amacı gerçekleştirmek için, hukuk devleti güçlü olmalıdır.

Böyle bir anlayışa dayanan 2005 Türk Ceza Hukuku Reformu bakımından öne çıkan hususlar şu şekilde belirlenebilir: Sistematik işkence uygulamalarına son vermeye yönelik düzenlemeler getirilmiş olup bu düzenlemelerle sorun çok büyük ölçüde giderilmiştir. Ölüm cezası kaldırılmıştır. Kolluğun silah kullanma yetkisinin sınırı, yaşam hakkı olarak belirlenmiştir. Kolluğun ancak silah kullanma yetkisini meşru kılan amaçla sınırlı olarak bu yola başvurabileceği ve ölüm sonucunu doğuracak ölçüde silah kullanımının hukuka aykırı olduğu kabul edilmiştir. TCK’da hukuki değerler, bireyin dokunulmazlığı anlayışına uygun olarak belirlenmiştir: Vücut dokunulmazlığına, cinsel dokunulmazlığa, özel hayatın dokunulmazlığına karşı suçlar gibi. İfade özgürlüğü bakımından sorun yaratan TCK’nın 216⁶¹ maddelerindeki gibi suçlar düşünce özgürlüğü dikkate alınarak yeniden kaleme alınmıştır. Bu suçların en azından somut tehlike suçu olarak düzenlenmesi amaçlanmıştır⁶². Ancak cebir, tehdit gibi yöntemleri kullanarak suç işleyen “silahlı örgütlerin” terör örgütü sayılacağı kabul edilmiştir⁶³. Özetle, suç politikasının ana ilkeleri olan hukuk devleti, hümanizm ve kusur ilkeleri, yeni ceza mevzuatının düzenlenmesinde esas alınmıştır⁶⁴.

Ceza Muhakemesi Kanunu yeniden düzenlenirken adil yargılanma hakkının gerekleri esas alınmış, şüpheli ve sanık hakları, AİHM kararları da dikkate alınarak düzenlenmiştir: Örneğin, zorunlu müdafilik sistemi kısmen kabul

⁶⁰ Hakan Hakeri, Türk Ceza Hukukunun Tarihçesi ve Türk Ceza Hukuku Dogmatikğine Yabancı Hukukun Etkisi, DasStrafrecht im deutsch-türkischenRechtsvergleich – Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Editör:EricHilgendorf, s. 117. (http://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02150100/IWAS/Materialien/Deutsch-tuerkische_Tagung_Sammelband.pdf (21.10.2012)). Köksal Bayraktar, Türkiye’de Hukuku Güncelleştirmede Başvurulacak İlk Yöntemler”,Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı Temmuz Ağustos 1996, Yıl 2, No: 10, s. 183; Sulhi Dönmezer, Hukuk Kurultayı 2000, C. I, s. 13.

⁶¹ Öykü Didem Aydın, YTCK Açısından Salt İfade Suç Tiplerine Eleştirel Bir Bakış, HPD, S. 6, s. 131-133.

⁶² Ahmet Gökçen, Düşünce Özgürlüğü, HPD, S. 2, s. 114-115.

⁶³ İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, Ankara, 2010, s. 50.

⁶⁴ Claus Roxin, Suç Teorisindeki Gelişmeler Açısından Türk ve Alman Ceza Hukuku Reformlarını Değerlendirme Sempozyumu, (Çev.: Ali İhsan Erdağ), HPD – Temmuz 2006, S. 7, s. 50; Adem Sözüer, ZStW 119 (2007), s. 717 vd.; İzzet Özgenç, Ana Hatlarıyla TCK Tasarısı, HPD, S. 2, s. 104.

edilmiş, adli kolluk bir ölçüde oluşturulabilmiş, kolluğun soruşturma ve kovuşturmayı yönlendirmesinin önüne geçecek düzenlemeler yapılmıştır. Gözaltına alma, yakalama, arama, el koyma gibi tedbirler bakımından kolluğun yetkileri suçüstü gibi haller hariç olmak üzere kaldırılmış, hemen tüm koruma tedbirleri için hakim güvencesi getirilmiş, tutuklama süre bakımından sınırlanarak güvenceli koşullara bağlanmış, tutuklamaya sık başvurulmaması için adli kontrol tedbirleri öngörülmüş, iletişimin denetlenmesine ancak başka şekilde delil elde edilememesi durumunda son çare olarak ve belli suçlar için başvurulabileceği düzenlenmiş, iddianamenin iadesi kurumu kabul edilmiş, suçun ancak hukuka uygun delillerle ispatlanabileceği öngörülmüştür⁶⁵. Gelişen nokta itibarıyla yeni Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ceza hukuku ilkeleri ve özgürlüklerin korunması bakımından 1982 Anayasası'nın çizdiği çerçeveye göre çok daha özgürlükçü oldukları açıktır. Ancak, olumlu anayasa değişiklikleri ve ceza hukuku reformundaki ileri adımlara rağmen, uygulamada özel yetkili ağır ceza mahkemeleri kapsamında yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda çok ciddi sorunlar bulunmaktadır. Bu sorunların başında tutuklamanın geçmişte olduğu gibi bir asayiş tedbiri anlayışıyla ve cezalandırma amacıyla uygulanmasıdır. Geçmişteki devleti ve rejimi korumak gerekçeleriyle ceza hukuku ilkelerine aykırı uygulamaların mazur görülemeyeceği gibi, geçmişte daha büyük sorunlar vardı gibi bahaneler de günümüzdeki yanlış uygulamalar da mazur görülemez. Haksızlıkları şu veya bu gerekçeyle aklamak isteyen bahaneci yaklaşımlardan vazgeçilmelidir. Bir haksızlık başka bir haksızlıkla giderilemez.

Türk Ceza Hukuku Reformu ile getirilen ve başta adil yargılanma hakkı olmak üzere ceza hukuku güvencelerini güçlendiren düzenlemelere rağmen, uygulamadaki sorunların sebebi nedir ve nasıl çözümlenebilir? Sorunların nedeninin tespiti bakımından henüz yeterli bilimsel araştırma bulunmamaktadır. Bu nedenle kişisel bazı gözlemlerimizi ifade edebiliriz: Kanımızca sorunların temelinde yatan nedenlerden biri, ülkemizde son on yıl hariç Cumhuriyetin kuruluşundan itibaren sıkıyönetim veya olağanüstü hal gibi olağan üstü dönemler ile dolaylı veya doğrudan darbeler yoluyla toplumu biçimlendirmek girişimlerinin varlığıdır. Yargı bu toplum mühendisliği girişimlerinin amaçlarını gerçekleştirmenin araçlarından biri olarak görülmüş, yargıya bu girişimlerin oluşturduğu olağan dışı rejimi korumak ve kollamak misyonu yüklenmiştir. Yargıdan beklenen hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesine bağlı olarak kişi hak ve özgürlüklerinin korunması değil, söz konusu misyonu hayata geçirmek olmuştur. Bu durum birkaç örnekle açıkça anlaşılabilir: Uzun yıllar devam eden sistematik işkenceye rağmen, işkence fiilleri etkin biçimde soruşturulmamış, açılan davalarda ise nadiren mahkumiyet kararı verilmiştir. Silah kullanma yetkisinin açıkça aşılması nedeniyle meydana gelen çok sayıda ölümlerle ilgili yargı içtihadı kolluk mensuplarını fiillerinden dolayı sorumlu tutmamak yönünde olmuştur. Mülga TCK'nın 312. maddesi gibi ifade özgürlüğüyle ilgili suçların uygulanmasındaki içtihadta, bu özgürlüğün aşırı sınırlanması sonucunu doğurmuştu. Tüm bu hususların oluşturduğu "zihniyet" ve "yargı kültürü" Türkiye'deki hukuk uygulamasını belirlemiş, yapılan reformlarını etkin biçimde hayata geçişini engellemiş ve engellemeye devam

⁶⁵ Bahri Öztürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin, 2009, s. 208.

etmektedir. Bu bakımdan yeni ceza kanunlarının 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra başta bazı ceza hukuku akademisyenleri tarafından olmak üzere özellikle kolluğa yönelik olarak “*yetkileriniz elinizden alındı, bu kanunlarla terörle mücadele edilmez, suçlar önlenmez*” şeklindeki propaganda faaliyetleri de etkili olmuştur.

Uygulamada devam eden sorunları gidermek üzere, ceza kanunlarında temel ilkelerin dikkate alınmasızın yapılan sık kanun değişiklikleri ile sorunların giderilmesi bir yana yeni sorunlar doğmaktadır. Yapılması gereken, bir konseptte dayalı olmaksızın kanunları değiştirmek değil, kanunların doğru uygulanmasını sağlayacak tedbirler almaktır. Kısa vadede yapılması gerekenler olarak şunları ifade edebiliriz: AİHM içtihatlarına ve kanunlara aykırı olarak tutuklama v.b gibi kararı verenlerin sorumluluğuna gidilecek hukuki yolları etkinleştirmek, adli kolluğu tam olarak oluşturmak, savcı hakim birlikteliğine son vermek, tarafsız yargılama güvencelerini artırmak, gizlilik kararı olan dosyalarda tutuklama yasağı öngörmek. Uzun vadeli olarak ise, özerk kişilikli ve donanımı güçlü hukukçular yetiştirmek için hukuk fakülteleri eğitim ve öğretimini köklü bir reforma tabi tutmaktır. Bu bağlamda, lisans öğretiminden sonra bir devlet sınavı, ücretli staj ve akabinde ikinci bir devlet sınavı yapılmalı ve hakim, savcı ve avukat olabilmek için bu sınavlardan başarılı olunması aranmalıdır.

En önemli olarak ise, halen askeri dönemin otoriter felsefe ve izlerini taşıyan ve yeni ceza kanunlarındaki ceza hukuku ilkelerini Anayasal olarak yeterince güvence altına almayan, toplumdaki meşruiyet temeli halen tartışmalı olan ve toplumsal kabulü çok sınırlı 1982 Anayasası'nın yerine yeni bir anayasa yapılmalıdır.

Yeni Anayasada ceza hukukuna ilişkin önerilerimizin temel başlıklarını şöyle sıralayabiliriz: Öncelikle Anayasada belli bir ideolojiye yer verilmemeli, yeni Anayasanın temel değerlerinden biri olarak insan haysiyetini temel almak, insanı hangi nedenle olursa olsun bir araç veya bir eşya konumuna indirmek benimsenmelidir.

Ceza hukukunun temel ilkeleri olan kanunilik ilkesi, kusur ilkesi gibi ilkeler ile adil yargılanma hakları güvenceleriyle birlikte açıkça düzenlenmelidir.

Güvenlik güçlerinin yakalama amacıyla silah kullanma yetkisi yaşama hakkının bir istisnası olarak öngörülmemelidir. Kişi dokunulmazlığı ve güvenliği, arama, yakalama, gözaltına alma ceza hukuku bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle söz konusu düzenlemelerdeki güvenceler, AİHM içtihatları da göz önünde tutularak düzenlenmelidir.

1982 Anayasasında milletvekilleri bakımından sorumsuzluğa ve dokunulmazlığa ilişkin hükümler yer almakla birlikte ceza hukuku açısından dokunulmazlık kurumu önem taşımaktadır. Dokunulmazlık bağlamında anayasada bir milletvekilinin tutulamayacağı ve tutuklanamayacağı ifade edilmekte, ancak bir milletvekilinin üzerinde, eşyasında, konutunda arama yapıp yapılmayacağına dair bir açıklık getirilmemektedir. En önemli sorun, dokunulmazlığın istisnalarındadır. Özellikle Anayasanın 14. maddesi kapsamına giren suçlarda dokunulmazlığın geçerli olmadığı ifade edilirken, hangi suçların bu kapsama girdiğinin açıkça belli olmaması, keyfi uygulamalara yol açabilmektedir. Bu kapsamda, 14. madde dokunulmazlığın istisnası olmaktan çıkarılmalıdır.

Hangi suç olursa olsun, bir mahkumiyete bağılı olarak ömür boyu devam eden hak yoksunlukları olmamalıdır. Bu bakımdan Türk Ceza Kanununda yer alan süreli hak yoksunlukları sistemi Anayasal güvenceye kavuşturulmalıdır.

Arama, teknik araçla izleme, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlemesi gibi uygulamaların adli amaçla ve önleme amaçlı yapılması arasında, temel hak ve özgürlük sınırlamaları da dikkate alınarak, şartları itibariyle bir ayırım yapılması gerekir. Örneğin özel hayata müdahale gerektiren uygulamalar bakımından, önleme-istihbarat amacıyla yapılan uygulamanın ve soruşturma alanının Anayasa’da ayrı ayrı düzenlenmesi gerekir.

Ceza hukuku bakımından Anayasa’da genel ilkelere yer verip, uygulama alanı daha çok yasalara bırakılmalıdır. Örneğin, tutuklamanın şartları ve süreciyle ilgili ayrıntılı düzenlemelere Anayasa’da yer vermek o düzenlemenin uygulanmasından doğan bir yetersizlikten Anayasa’nın değiştirilmesini gündeme getirebilir. Bu gibi hususlar açısından Anayasa’ya ayrıntılı hükümler konmaması yerinde olacaktır.

Geçmişteki “vesayet rejiminin” devamı olan askeri yüksek yargı organlarına yeni anayasada yer verilmemelidir. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı bakımından büyük önem taşıyan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yürütmenin etkisinden kurtarılmasına yönelik düzenlemeler yapılmalı, Hakimler Yüksek Kurulu ve Savcılar Yüksek Kurulu şeklinde ayrı düzenlenerek, savcılarının ve savcılık teşkilatının anayasadan başlayarak hakimlerden ayrılması sağlanmalıdır. Adalet Bakanı hakimler kurulunun başkanı olmamalıdır. Bu kurulların kararları istisnasız olarak yargı denetimine açık olmalıdır.

Bireysel başvuru mekanizması ile birlikte düşünüldüğünde, Anayasa Mahkemesi’ne, antlaşmaların uygun bulma kanunlarına karşı, ön denetim imkanı verilmelidir. Ön denetimden geçen Antlaşmalar, kanunlardan üstün kabul edilmeli ve mahkemelerde kanunların antlaşmalara da uygunluğu itiraz davasına konu olabilmelidir. Böylece, antlaşma, anayasa çatışması doğmayacağı gibi, kanunlarla doğan çatışmaları çözme yetkisi Anayasa Mahkemesi’ne verilmiş olacak ve uygulama birliği sağlanacaktır.

Anayasa Mahkemesi’nin Anayasal hak ve özgürlüklerin güvencesi olacak şekilde yeniden yapılandırılmalıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi’nin üyelerinin çoğunluğu parlamento tarafından seçilmeli ve üyelerinin çoğunluğu hukukçu olmalıdır. Anayasa Mahkemesi’nin siyasetleri ve askerleri temyiz hakları olmaksızın yüce divan olarak yargılama yetkisine son verilmelidir. Tüm askeri ve sivil bürokrasinin yargılanmasını idarenin iznine bağlayan ayrıcalıklar yeni anayasada yer almamalıdır.

Yeni bir anayasada ceza hukukuna ilişkin önerilerimize İstanbul Üniversitesi Anayasa Raporunda yer verilmiştir⁶⁶.

⁶⁶ Bkz.: <http://istanbuluniversitesi.hukukfakultesi.gen.tr/anayasaRaporu.pdf> İstanbul Üniversitesi Yeni Anayasa Raporu.