

CEZA HUKUKUNUN İKTİDARI SINIRLAMA FONKSİYONU ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

AN ASSESSMENT ON THE POWER-LIMITING FUNCTION OF CRIMINAL LAW

Ercan YAŞAR*

Özet: Bu çalışmada spesifik olarak ceza hukukunun iktidarı sınırlama fonksiyonunun olup olmadığı ve varsa bunun hangi mekanizmalarla ve ne şekilde hukuk devleti içinde verimli kullanılabileceği üzerinde durulmuştur. Bilindiği üzere ceza hukuku, ağırlıklı olarak bireye, toplu suç işlenmesi halinde de bu bireylere veyahut bunlardan oluşan örgütlere yönelik yaptırımlarla ilgilenen bir hukuk dalıdır. Keza anayasa hukukundan farklı olarak ceza hukuku, çeşitli hukuk mekanizmaları koyup yasama, yürütme ve yargı erklerinin nasıl çalışmaları gerektiği konusuyla ilgilenmez. Dolayısıyla ceza hukukunun doğrudan iktidarı (devlet erklerini) sınırlama gibi bir işlevi bulunmamaktadır. Buna rağmen yakın geçmişte yayınlanan birçok çalışmada ceza hukukunun iktidarı sınırlama fonksiyonunun olup olmadığı üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda ceza hukukunun böyle bir fonksiyonunun olduğunu savunan müellifler olduğu gibi bunun aksini pek de haksız sayılmayan gerekçelerle savunan yazarlar da ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada bu tartışmaların bir derlemesi ve değerlendirmesi amaçlanmıştır.

Anahtar kelimeler: Hukuk Devleti, İktidarın Sınırlandırılması, Ceza Hukukunun Fonksiyonları, Kanunilik İlkesi, İktidar Yanlısı Ceza Hukuku, İktidarı Kısıtlayan Ceza Hukuku, Kuvvetler Aynılığı İlkesi, Ceza Kanunlarının Tespitinde Parlamento Tekelciliği

Abstract: The purpose of this article is to find out specifically, whether criminal law has a function of limitation when it comes to public authority (government), and if so, how and with what kind of mechanisms this function of criminal law could be used effectively in a state which is run by rule of law. Criminal law concentrates itself to regulate and sanction a specific act and/or omission of individuals. Unlike constitutional law, criminal law does not construct some law mechanisms to ensure the separation of power and to regulate how legislative, executive and judicative organs operate.

* Dr. Öğr. Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ercanyasar279@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9076-6795, Makalenin Gönderim Tarihi: 21.02.2021, Kabul Tarihi: 09.03.2021

For this reason, criminal law does not have the function of limitation regarding public authorities, especially the government. This holds true even though there are some recent publications which analyse the function of criminal law by limiting the power of government and/or state. Some authors concluded that criminal law does have such functions to limit the state power while others were contradictory with their undeniable arguments. This article aims to outline and analyse the current discussions about this topic.

Keywords: Rule of Law, Constitutional Limitations of Power, The Functions of Criminal Law, Principle of Legality, Negative Criminal Law, Separation of Power, Positive Statutory Law, Parliamentary Monopoly in Criminal Law

Giriş

Bu çalışmada spesifik olarak ceza hukukunun iktidarı sınırlama fonksiyonunun olup olmadığı ve varsa bunun hangi mekanizmalarla ve ne şekilde hukuk devleti içinde verimli kullanılabileceği üzerinde durulacaktır. Bu çalışmada kullanılan iktidar kavramı, hem geniş anlamda ceza normları koymakla yetkili devleti ve daha spesifik bir tabirle yasama erkini hem de dar anlamda yasama faaliyetlerinde çoğunluğunu elinde bulunduran tek parti yahut koalisyon hükümetlerini (yürütme erkini/hükümeti) kapsamaktadır. Dolayısıyla burada, birey ve toplumun özgürlüklerinin geniş anlamda devlet gücüne karşı, dar anlamda ise yasama erkini elinde bulunduran iktidara karşı korunması ele alınmaktadır. Ceza hukukunun mevcut mekanizmalarıyla bu kuvvetlerin (yasama erkinin ve/veya iktidarın) keyfi davranma alanlarının sınırlandırılmasının veyahut tamamen bertaraf edilmesinin mümkün olup olmadığı sorunsalı ele alınmaktadır. Konu sınırlaması gerekçesiyle bu araştırma konusunun anayasa hukuku boyutu, hukuk felsefesi (felsefi) boyutu ve kuvvetler ayrılığının hâkim olduğu sistemler dışındaki yönetim sistemleri boyutları ele alınmayacaktır.

J. S. Mill'e göre: "Topluluğun güçsüz üyelerini sayısız akbabalara yem olmaktan kurtarmak için, bu akbabalardan daha güçlü ve onların yükselmesini önlemekle görevli bir avcıya ihtiyaç vardı. Ancak sürünün üzerine çullanmada, küçük çaylakların herhangi birinden daha az istekli olmayacağından, bu avcının gagasına ve pençelerine karşı da mutlaka savunma halinde bulunmak gerekirdi. Bu nedenle, özgürlük dostlarının hedefi, yöneticinin topluluk üzerinde kullanmasına cevaz verebilecek iktidarına sınır koymaktı. Onların özgürlükten anladıkları

şey, işte bu sınırlama idi.”¹ O halde keyfiliğin önüne geçmenin, hukuk devletine layık bir sistem tesis etmenin yolu çok hassas dengeler üzerine kurulmuş bir düzen yaratmaktan geçmektedir. Kuvvetler birbirlerinin sınırlarını çizdiği, birinin diğerine baskın gelmediği kuvvetler dengesi kurulmalıdır ki toplum keyfilikten uzak bir yaşamı barış ve düzen içinde yaşayabilsin.² Çalışmamızla ceza hukukunun sözünü ettiğimiz bu keyfilikten uzak ideal düzene bir katkısının olup olmayacağını, bir katkısı olacaksa bunun nasıl olacağı sorularına cevap aranacaktır.

Kuvvetler ayrılığını prensip edinen sistemlerde bu ilke gereği yasama, yürütme ve yargı erkleri birbirlerinden bağımsız hareket ettikleri gibi, karşılıklı olarak birbirlerini dengeleme fonksiyonu da görürler. Bilindiği üzere ceza hukuku daha çok devletin gerçek kişiler üzerindeki cezalandırma hakkını/yetkisini kullanması bağlamında devreye girer ve bireylerin şahsi öç alma, kendince suçlu gördüğünü cezalandırma yahut bireylerin kendi kendilerine adaleti sağlama girişimlerine engel olma işlevleri görür.³ Nitekim bu sayede de adaleti sağlama tekeline, bireylerin elinden alıp kendi bünyesinde tutar.⁴ Yine de belirtmekte fayda var ki, günümüzde ceza hukukunda caydırıcılık ve cezalandırma asıl amaç olmaktan çıkmakta olup suç işleyenlerin ıslahı ve rehabilite edilip topluma tekrardan kazandırılmaları temel ceza hukuku saiki olmaya başlamıştır.⁵ Görüldüğü üzere ceza hukukunun asli maksatlarının içinde bu hukuk dalına iktidarı sınırlama gibi bir misyon doğrudan yüklenmemiştir.⁶ Bu hukuk dalına, dolayısıyla, ceza kanunlarına böyle bir misyonun yüklenip yüklenemeyeceği de doktrinde tartışmalıdır. Ancak iktidarların ceza kanunlarını daha geniş anlamda ceza hukukunu kendi amaçları doğrultusunda kullanma

¹ Çeviri için bkz. John Stuart Mill, Hürriyet Üstüne, (çev. Mehmet Osman Dostel) Liberal Düşünce Topluluğu 2003. <http://dusuncetarihi.kapadokya.edu.tr/makale/huerriyet-uezerine.html> (06/06/2020).

² Thomas Möllers/Charl Hugo, Legality and Limitation of Powers, (Edt. Thomas Möllers/Charl Hugo) Nomos 2019, s. 11 vd.

³ Krş. Klaus Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 3. bası, s. 4, Kn. 10 vd.

⁴ Krş. Klaus Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 3. bası, s. 4, Kn. 10 vd.

⁵ Krş. Klaus Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 3. bası, s. 5, Kn. 14 vd.; Detaylı bilgi için bkz. Georg Küpper, “Richtiges Strafen”, in Jahrbuch für Recht und Ethik, Vol. 11, s. 53 vd.

⁶ Cezalandırmadaki amaç üzerine detaylı bir inceleme için bkz. Maden Mehmet, Hapis Cezasına Seçenek Yapıtlar, (Yayınlanmamış) Doktora Tezi, Gazi Üniv. Huk. Fak, 2012, s. 52 vd.

arzularının varlığı ilk ceza kanunlarının ortaya çıktığı tarihten bu yana var olup günümüzde de giderek artan bir şekilde devam etmektedir.⁷ Bu da devletlerin (iktidarların) perspektifinde, her ne kadar doğrudan ceza normlarının konuluş amaçlarının içinde sayılmasa da kanunlaştırma süreçlerinde iktidarlarca hep arka planda da olsa düşünülmüş ikincil bir maksattır.⁸ Öyle ki, iktidarların perspektifinde bu ikincil amaç yüzyıllardır ceza kanunlarının oluşum ve gelişiminde aktif bir etki bırakmaktadır, bireylerin hak ve özgürlükleri bağlamında da iktidarlarca ceza hukukuna yüklenmiş bu dolaylı emelin denge unsuru olarak nitelendirebileceğimiz “ceza hukukunun iktidarı sınırlama işlevi” gibi ikincil bir işlev de ceza hukukuna atfedilebilir.⁹ Zira ceza hukuku *Koca/Üzülmaz* müelliflerin de zikrettiği gibi “sadece özgürlükleri sınırlandıran değil, aynı zamanda, sınırlandırmayla bağlantılı olarak özgürlükleri koruyan bir hukuk disiplindir”.¹⁰

⁷ Aynı yönde Centel/Zafer/Çakmut, CHGH, 11. b., s. 4.; Bkz. Madde Gerekçeleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 1: “Ceza kanunları bireyin hak ve özgürlüklerine derin biçimde müdahale eden yaptırımları içermektedir. Bu nedenledir ki bir ülkedeki ceza kanununa hâkim felsefe, değer ve ilkeler, o ülkedeki siyasi rejimin niteliğini gösterir. Nitekim tarihte ve günümüzde totaliter devletler, ideolojilerini benimsetmek ve rejimi ayakta tutmak için ceza kanunları yoluyla kişi hak özgürlüklerini ya geniş biçimde sınırlandırmışlar ya da tamamen ortadan kaldırmışlardır. Demokratik hukuk devletleri ise ceza kanunlarının kötüye kullanılmasını önlemek için, bu kanunların temel ilkelerine anayasalarında yer vermektedirler. Yine insanların adaletsiz ve haksız biçimde ceza ve tedbirlere maruz kılınmaması amacıyla başta İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere birçok uluslararası sözleşme ve belge de bireyi ceza kanunlarının keyfi uygulanmalarına karşı güvence altına alan hükümlere yer vermiştir. Bu sözleşmelere taraf olan ülkemizin Anayasa’sında da aynı esaslar öngörülmüş olduğundan, Ceza Kanunu’nun amacını tanımlayan TCK m. 1 ile de bireyin sahip bulunduğu hukuki değerler, hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması ön plana çıkarılmıştır. Böylece Türk Ceza Kanunu’nun özgürlükçü karakteri vurgulanmakta, bunun yanında bireyin; adalet ve güvenliğin sağlandığı bir toplumda yaşama hakkının gereği olarak, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi, Ceza Kanunu’nun temel amaçları arasında sayılmaktadır.”

⁸ Bkz. Madde Gerekçeleri, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 1.; Ayrıca bkz. “Devlet ne kadar özgürlükçü ise ceza kanunları da o kadar özgürlükçü, ne kadar otoriter ise ceza kanunları da o kadar katı olacaktır.” Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. b., Seçkin, Ankara 2017, s. 44.

⁹ Bkz. aynı doğrultuda Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi, 4. bası, Madde 1, s. 24: “(...) ceza hukuku, bireyi birbirine ve devlete karşı savunan ya da koruyan bir hukuk dalı kimliğine bürünür.” Aynı doğrultuda Özbek a.g.e. s. 26.

¹⁰ Mahmut Koca/İlhan Üzülmaz, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 9. bası, Seçkin, Ankara 2016, s. 102.

Ancak ceza hukuku bu iktidarı sınırlama işlevini tek başına yerine getirememektedir; bunun için değiştirilmesi daha ağır şartlara bağlanmış anayasa hukuku normlarına ve orada güvence altına alınmış ilkelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu yüzden ceza hukukunun iktidarı sınırlama fonksiyonunun olup olamayacağını incelerken ceza hukukunun bazı alt kavramlarına tek tek yer verilip bunların uygulamada iktidarlara ne gibi durumlarda kullanılabildiğini veya -varsa- bunların hangi şekillerde iktidarı sınırlama işlevi gördüklerini ele alacağız. Her ne kadar böyle bir tasnif mevcut olmasa da ceza hukukunun iktidarı sınırlama boyutunu ele alırken bu tasnif yoluna başvurmak kaçınılmaz olmaktadır. Üst kavram olarak ceza hukukunu baz alırsak anayasalarda yer alan ceza hukukuna ilişkin güvence ve prensipler, ceza kanunları ve yargı organlarını (burada kastedilen ceza hukuku uygulayıcıları olan mahkeme ve hakimlerdir) bu bağlamda ele alacağız. Keza burada yargı bağımsızlığının yanı sıra bilhassa demokrasinin tam olarak oturmadığı toplumlarda yargıç tarafsızlığını da (bir birey olarak hâkimin herhangi bir görüş yahut zümrenin baskısı altında olmadan objektif davranma, karar alma yükümlülüğünü de) ele alma zarureti doğmaktadır.¹¹

A- Anayasada yer alan ve ceza hukuku bağlamında iktidarı sınırlama işlevi görebilecek güvence ve prensipler:

Ceza hukuku, iktidarın doğrudan etki alanlarında yer almamaktadır. Ancak iktidarın dolaylı da olsa ceza hukuku ile etkileşim içinde olduğuna ilişkin emarelere örnek olarak 1982 Anayasası'nın başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine ilişkin şu ibareleri gösterebiliriz:

*"Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir iş bölümü ve iş birliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu (...)"*¹²

Buradan ceza hukukunun uygulayıcıları olan yargı mensuplarının bağlı bulunduğu yargı erkinin yasama ve yürütme erkleri ile eşit po-

¹¹ Jayawickrama, "Yargı Bağımsızlığından Yargının Hesap-verebilirliğine", in Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu 2017, in s. 23 vd.

¹² Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (1982), Başlangıç Bölümü.

zisyonda olduğu ve bunlardan bağımsız ancak bir diğeriyle iş birliği (kooperasyon) içinde çalıştığı sonucu çıkmaktadır. Keza Anayasa'nın kuvvetler ayrılığını düzenleyen 7., 8. ve 9. madde hükümleri de bu sonucu teyit etmektedir. Bu bağlamda yargı erki, iktidarı Anayasa'da kendisine tanınan sınırlar çerçevesinde hareket etmeye zorlar. İktidarların anayasal güvence altında olan temel hak ve hürriyetleri kanuni çerçeveyi aşacak şekilde keyfi sınırlamaları¹³ ve bunların suç teşkil eden haksızlıklar olarak nitelendirilme eğilimlerinin önü Anayasa'ya aykırılık gerekçesi ile kesilebilir. Burada ceza hukukunun iktidarı sınırlama gibi doğrudan bir işlevinden söz edilemez ancak ceza hukukunun iktidar gücünü kuvvetlendirecek bir role bürünmesine Anayasa'da yer alan ceza hukukuna ilişkin bu güvence sayesinde engel olunmuş olacaktır.

Bu bağlamda Anayasa'nın bağlayıcılığını ve üstünlüğünü güvence altına alan Anayasa m. 11 hükmü de kanunların Anayasa normlarına aykırı olamayacağını emretmektedir. Bu anayasal güvence sayesinde ceza ve idare hukuku bağlamında kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin meşru sınırları aşacak şekilde (Anayasa m. 13 vd.) kısıtlanmasına kısmen de olsa engel olunmuş olacaktır. Ceza hukuku bu bağlamda Anayasa'da yer alan güvenceler aracılığıyla iktidarın keyfi davranma alanını kapatmış veya kısıtlamış bulunmaktadır. Keza Anayasa m. 19, bir Anayasa normu olmasına rağmen ceza hukuku anlamında kişi hürriyetinin hangi hallerde kısıtlanabileceğini tek tek saymış ve bu haller dışında kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılamayacağını güvence altına almıştır. Bu anlamda iktidarın keyfi davranma olanağı kısıtlanmış olmaktadır. Böylece kaynağını usulüne göre uygulamaya konulmuş kanuni düzenlemelerden almayan kişi hürriyetini kısıtlayıcı bir yaptırım, başkaca bir ad altında (Cumhurbaşkanı Kararnameleri, yönetmelik vs.) çıkarılıp keyfi olarak uygulanamaz. Ceza hukukunun

¹³ Ölçülülük ilkesi olarak nitelendirilen bu ilke suç teşkil eden fiillere karşı öngörülen yaptırımların yasama ve yürütme erklerini yöneten iktidarın kişisel menfaatlerine hizmet etmesi yerine elverişli, gerekli ve orantılı olmaları gerektiğini vurgulamaktadır; bu kriterlere uymayan kanun düzenlemeleri iptal edilerek, iktidarların ceza hukuku araçlarını keyfi kullanmalarının önü kesilmektedir. Bu duruma örnek olarak Anayasa'nın 84. maddesinin 5. fıkrasının 2010 değişikliklerinden önceki düzenlemeleri ve siyasi partilerin kapatılmasına sebebiyet veren kimselerin 5 yıl süreyle herhangi bir partinin kurucusu, üyesi vs. olamaması yaptırımları verilebilir. Detaylı bilgi için bkz. Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, 13. b. Ankara 2019, s. 150.

iktidar gücünü arttıran (*machtverstaerkendes Strafrecht*) bir mekanizmaya dönüşmesinin önu bu anayasal güvencelerle kesilmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda zikretme gereği duyulan bir başka düzenleme ise Anayasa m. 38 hükmüdür. Bu anayasal düzenlemenin “iktidarı sınırlama” bağlamında sağladığı güvenceler, aşağıda “Ceza Kanunlarında yer alan ve ceza hukuku bağlamında iktidarı sınırlama işlevi görebilecek norm ve ilkeler” başlığı altında incelenecektir.

İktidar gücünü arttıran ceza hukukundan bahsedildiğinde belki de akla ilk gelen ve iktidarların keyfi kullanımına müsait olan bir alan olarak Anayasa m. 25’te güvence altına alınmış olan düşünce ve kanaat hürriyeti ile ilgili düzenlemeler ele alınmalıdır. Bu alan kanunlaştırma sürecinde de sınırları net bir şekilde konulamayan, bu sebeple de somut olayda düşünce ve ifade özgürlüğü boyutunun aşılıp aşılmadığının tespitinin kolay olmadığı, doktrin ve uygulamada sürekli tartışmalara mahal veren bir alandır. Bu bağlamda sınırları- dilin müsaade ettiği çerçevede- olabildiğince net olarak çizildiği bir kanun düzenlemesi, nelerin kanundaki suç tanımına girdiğini öngörülebilir şekilde belirlemiş olacaktır. Böylece uygulamada düşünce ve kanaat hürriyeti üzerindeki muhtemel iktidar baskısı kısıtlanmış olacaktır. Ayrıca Anayasa’da da güvence altına alınmış olan ceza hukukunda belirlilik ilkesi bu halde keyfiligi en aza indirgeyecek bir mekanizma olarak devreye girebilecektir.

Aynı şekilde mahkemelerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını güvence altına alan Anayasa m. 9 da bu bağlamda ceza hukukunun iktidarı sınırlama işlevinin işlerliğini sağlayacak bir düzenlemedir. Bu konu önemi gereği aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Adil yargılanmaya ilişkin düzenlemeler, insan onuru ile bağdaşmayacak infaz ve yargılama usullerini yasaklayan hümanizm (insancılık) ilkesi, kusur sorumluluğu ilkesi ve kusurla sınırlı cezai yaptırım uygulanmasını zorunlu kılan orantılılık ilkesi iktidarın ceza hukukunu emellerine hizmet eden bir araca dönüştürmesine engel teşkil edebilecek ilkeler olup doğrudan yahut hukuk devleti olmanın gereği olarak Anayasa ve ceza normları ile güvence altına alınmışlardır. Milletvekili sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı müesseseleri negatif ceza hukukunun birer yansıması olup, iktidarın veya çeşitli organ veya kesimlerin ceza hukuku müesseselerini (soruşturma, kovuşturma, koruma ted-

birleri vs.) kullanarak karşıt fikirlilerin meclis çalışmalarını imkânsız kılmalarını engelleme işlevi görmektedir. Anayasal düzenleme ile getirilen ve ceza hukukunun kişi bakımından uygulanmasına istisna tanıyan bu düzenlemelerle ceza hukuku ve yargı organı iktidarın keyfi biçimde kullanabileceği araçlar olmaktan çıkmıştır.

Keza idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas edilemiyor olması da dolaylı olarak negatif ceza hukukuna katkı sağlamakta ve iktidarın (denetime tabi olmadan) suç teşkil eden fiil ve buna ilişkin yaptırım öngörmesini engellemektedir. Aksi durumda idare/iktidar söz konusu fiillerin haksızlık içeriklerine bakmadan, bu fiillerin işlenmesi ile bozulan kamu düzeninin tesisinin başka hukuk araçları ile (özel hukuk veya idare hukuku araçlarıyla) mümkün olup olmadığını incelemeyen her gün yeni suç tipleri düzenleyip bireyin, toplumun ve/veya muhaliflerin özgürlük alanlarını kısıtlamış olurdu.

Sebebi tartışmalı olmakla birlikte, zinanın ve reşit olanlar arası en- sest ve/veya hemcinsler arası cinsel birlikteliklerin ceza hukukunda yer almamalarının arka planında medeni hukuk ve toplum değerlerinin bu fiillerin işlenmesinin önüne geçebileceği düşüncesidir, denilebilir. Kanun koyucu ceza hukukunun son çare olması gerektiği fikrine dayanarak iktidarın bireylerin özel hayatlarına ağır müdahalelerde bulunmasına engel olmak istemiştir (burada toplumun vekilleri aracılığıyla kendisini yöneten iktidara bir set çektiği iddia edilebileceği gibi, iktidarın kendi kendini kısıtladığından da söz edilebilir).¹⁴ Bu örneklerden yola çıkarak ceza hukukunda yer alan *ultima ratio* ilkesinin (Anayasa'da yer alan orantılılık/ölçülülük ilkeleri ile bağlantılı) iktidarı sınırlama fonksiyonundan bahsetmek mümkündür. Burada yine negatif bir müdahaleden söz edilmesi gerekmektedir (konuya aşağıda ayrıca yer verilecektir).

B- Ceza kanunlarında yer alan ve ceza hukuku bağlamında iktidarı sınırlama işlevi görebilecek norm ve ilkeler:

Makale konusunun amacı iktidar ve ceza hukuku ilişkisini ele almak olduğundan *Anayasalarda yer alan ve ceza hukuku bağlamında ik-*

¹⁴ Söz konusu fiillerin suç olması gerektiği konusunda toplumda baskın bir görüşün olduğu düşünüldüğünde milletin yönetimi kısıtladığı sonucundan çok iktidarın kendi kendini kısıtladığı sonucuna varmak gerekmektedir.

tidarı sınırlama işlevi görebilecek güvence ve prensiplere kısaca yer verip bu iktidar – ceza hukuku ilişkisini ağırlıklı olarak ceza kanunlarında yer alan ve ceza hukuku bağlamında iktidarı sınırlama işlevi görebilecek norm ve ilkeler çerçevesinde yürütmek istiyoruz; zira giriş kısmında da değindiğimiz üzere, çalışmanın felsefi ve anayasal boyutu çalışma ve uzmanlık alanımızın dışındadır. Her ne kadar anayasa ve ceza kanunlarında yer alan norm ve ilkeler şeklinde bir tasnifi yapmış olsak da ve her ne kadar bu düzenlemelerin bir kısmı anayasalarda yer alsalar da bu hukuk kurum ve prensipleri, ceza hukukuna ilişkindir. Kanunilik ilkesi ve onu tamamlayan ilkeler, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamalara dair güvenceler gibi ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerin anayasalarda yer almasının sebebi bunlara normal kanunlardan daha fazla önem verilmesi ve bu ilkeleri anayasal güvence altına alma düşüncesinden kaynaklanmaktadır.¹⁵ Dolayısıyla bu ilke ve güvenceler anayasalarda yer alsalar dahi bunların iktidarı sınırlama anlamında oynadıkları rol ceza hukukunun iktidarı sınırlama işlevinin (böyle bir işlevinin varlığını kabul etmemiz halinde) birer tezahürüdürler.¹⁶

Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu, mülga kanunun (765 sayılı TCK) aksine birinci maddesinde ceza kanununun amacını ele almış ve ceza hukukunun iktidarı sınırlama fonksiyonuna hizmet edecek şekilde yorumlanmaya müsait birkaç asli amaç zikretmiştir. Buna göre hukuk devletini korumak, kişi hak ve özgürlüklerini korumak ve kamu düzen ve güvenliğini korumak Türk Ceza Kanunu’nun amaçlarındandır. Yukarıda zikredildiği üzere bu ilke ve güvenceler Anayasa’da da bilhassa kaleme alınmış bulunmaktadır. Ceza hukukuna bu vesileyle hukuk devletini koruma gibi bir yükümlülüğün yüklenmiş olmasından ceza hukukunun bir iktidarı sınırlama mekanizması olarak işlev görebileceği şeklinde bir çıkarım yapılabilir. TCK m. 1 ve maddeye ilişkin gerekçeden yola çıkılarak kanun koyucunun ceza kanununa suç tiplerini belirlemek ve buna ilişkin cezalara ve yaptırımlara yer vermek dışında başkaca işlevler de yüklediğini iddia edebiliriz. Kanuni

¹⁵ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sı 13., 19., 38. maddeleri; aynı şekilde Alman Anayasa’sının 103. maddesi.

¹⁶ Negatif ceza hukukunun (negatives Strafrecht) ceza hukukunda iktidarı sınırlama amacına hizmet edecek muhtemel talepleri şunlardır: “Bağımsız yargı”, “Sınırları net olan bir usul formatı”, “İnsancıl yaptırımlar”, “Açık kanun düzenlemeleri”, “Kıyas yasağı” ve “Geriye yürümezlik”. Bunun için bkz. Vossberg, “Negatives Strafrecht”, in KritV, Vol. 94, No 4, 2011, s. (365), 407.

çerçevesinin dışına çıkmış bir iktidarın olduğu yerde, ceza normlarının adaletin tesisi amacı dışında amaçlara hizmet ettiği yahut keyfi hukuk uygulamalarının olduğu bir yönetimde hukuk devletinden bahsedilemeyecektir. TCK madde 1'e ait madde gerekçesinde her ne kadar ceza kanunlarının kötüye kullanılmasına engel olmak için hukuk devletini korumak, kişi hak ve özgürlüklerini korumak ve kamu düzen ve güvenliğini korumak güvencelerine yer verildiğinden bahsedilmiş olursa da burada hukuk devletini koruma anlamında ceza kanununa somut olarak nasıl bir görev verildiği açıkça belirtilmemiştir; bu çerçevede anayasal düzene karşı işlenen fiillerin suç olarak düzenlenip yaptırıma bağlanması örnek verilebilir ancak anayasal düzen hukuk devletine uygun düşmeyen bir düzen olsa da düzene karşı gelme cezalandırılacağından, doğrudan hukuk devletini koruduğu söylenemez. Kaldı ki bu düzenlemelerle mevcut iktidarın keyfi davranmasının önüne geçmek amaçlanmamakta, aksine mevcut iktidarı ve anayasal düzeni yıkmak ve/veya değiştirmek isteyenler cezalandırılmaktadır. Ancak yine de yürürlükteki Anayasa'mızın hukuka dayalı bir düzen öngördüğüne dayanılarak, anayasal düzenin değiştirilmesine yönelik fiillerin suç teşkil etmesinin hukuk devletini koruma amacına hizmet ettiği ve hukuk dışı yollarla iktidarı ele geçirip keyfi bir düzen kurmak isteyenleri engellemeyi amaç edindiği söylenmelidir (hukuk devletini korumak beraberinde ceza hukukunun keyfi kullanımının önüne geçmeyi getirmektedir).¹⁷ Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde ilişkin gerekçeden kanun koyucunun bir bütün olarak ceza hukuku normları ile, yasama erkine insan onuruyla bağdaşmayan cezalara yer vermemesi¹⁸, suç tipleri ve onlar için öngörülen yaptırımlarda orantılı olma gibi yükümlülüklerin yüklendiği sonucu çıkarılabilir; zira bunlar her şeyden önce hukuk devletinin birer gereğidir. Ancak Türk Ceza Kanunu'nda yer verilen maddelerde ceza hukukunun iktidarı sınırlama işlevine dair somut, doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹⁷ "Ceza Kanunu'nun amacı hukuk devletini korumakla sınırlı olmamalıdır. Hukuk devletini korumaktan çok hukuk devletini sağlamak önemlidir" Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. b., Ankara 2019, s. 46.

¹⁸ TBMM'nin Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin 03/08/2004 tarihli raporunda da hukuk devleti ve hümanizm ilkeleri ile ceza hukukunun kötüye kullanılmasının önüne geçilmesinin amaçlandığı vurgulanmıştır. Daha önce zikreden İzzet Özgenç, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. b., s. 81.

Bu ise çok doğaldır, zira iktidarın sınırları anayasalarda belirlenmektedir. Yine de TCK'nın 1. maddesine ilişkin gerekçede yer verilen bu açıklamalar ve 1. maddede vurgulanan hukuk devleti kavramı, yasa- ma erkine, dolayısıyla kanunları çıkarmada söz sahibi olan iktidara nasıl davranmaması gerektiği yönünde bir çağrıda bulunduğu için iktidarların ceza normlarını keyfi şekilde düzenlemelerinin önüne -zayıf da- olsa temenni niteliğinde bir set çekmiş olmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki temenniden öteye geçemeyecek olan bu normatif düzenlemenin yürütmenin (iktidarın) iradesini yansıtan yasama erkince ihlal edilmesi işten bile değildir. Dolayısıyla bu düzenleme yeterince koruma sağlayamamaktadır.

Ceza hukukunun iktidarı sınırlama fonksiyonu üzerine bu alanda en iyi çalışmalardan birini yapmış olan Naucke "*Negatives Strafrecht/ Negatif Ceza Hukuku*"¹⁹ adlı eserinde ceza hukukunun iktidarın gücünü arttırmada (das machterstaerkende Strafrecht) bir araç işlevi görebileceği gibi iktidarın yasal sınırlarını aşması durumunda iktidarı sınırlamada da (das machtbegrenzende und/oder verneinende Strafrecht) etkili bir araç olarak devreye girebileceğini aktarmaktadır.²⁰

Ceza hukukunun iktidar yanlısı olarak nitelendirildiği ilk halde ceza hukuku iktidarın gücünü perçinlemek için bir araç olarak kullanılmaktadır. Böylece iktidar, yetkilerini kullanırken yasal olarak kanunları uygulamaktan öteye geçemeyen mahkeme ve hâkimleri kendi çıkar ve amaçları doğrultusunda kullanabilmektedir. İktidar, elindeki parlamento çoğunluğundan faydalanıp çıkarttığı keyfi kanunlar aracılığıyla yargı erkine kendi emellerini dayatabilmektedir.²¹ Yargı organları kanunları uygulamakla yükümlü oldukları için bir anlamda dayatılan pozitif hukuk normlarını önlerindeki davalara uygulamak zorunda kalmaktadır. Bu durumun baskın olduğu ceza hukukunu Naucke iktidar yanlısı/yakını ceza hukuku (das machtnahe Strafrecht) olarak nitelendirmektedir.²² Keza bunun aşırı derecede görüldüğü yönetim şekillerine de öğretilerde demokratik tiranlık denilmektedir.²³ İktidar

¹⁹ Naucke, *Negatives Strafrecht*, Editör, Thomas Vormbaum, LIT, Berlin 2015.

²⁰ Naucke, a.g.e. s. 69.

²¹ Naucke, a.g.e. s. 72.; Aynı yönde görüş için bkz. Fuller, L.L. *Hukukun Ahlakı*, Çev. Engin Arıkan, Tekin Yayınevi, Ankara 2016, s. 13 vd.

²² Naucke, a.g.e. s. 88.

²³ Papa, "Harmonization of General Principles of Criminal Law, in *International*

tidar yanlısı bir ceza hukuku uygulamasında, bireylerin yargı önünde adil bir yargılama için zaruri olan orantılı ceza normlarına göre bir muamele görmesi neredeyse imkânsızdır. Burada, iktidar karşıtı olanların bireysel güvencelerinin varlığından söz etmek pek mümkün değildir. Çünkü Radbruch'un da dediği gibi: *"Doğal hukuk ekolünün savunucularının tükendiği bu devirde nasıl ki asker 'emir emirdir' diyorsa hukukçu da 'kanun kanundur' diyor ancak asker kendisine verilen emrin yasak olduğunu düşünüyorsa; bu emir bir suç veyahut bir kabahat teşkil ediyorsa bunu uygulamaktan imtina edebilirken hukukçu böyle bir istisna oluşturup kanunu uygulamamazlık edemez"*.²⁴ Ceza kanunlarının uygulamasında hâkim, kanunların öngördüğü sınırların ötesine geçemez. Nasıl ki her ceza artırımı bir kanuna dayandırılmalı, her ceza indirimi de kanuni bir dayanak ile gerekçelendirilmeli ise.²⁵ norm uygulayıcısının manevra alanı da Radbruch'un dediği keskinlikte olmasa da kanun normlarının çerçevesiyle sınırlıdır. Bu vaziyet, "hukuku güçlü olan iktidarların eline teslim ediyor ve adalet, yerini güçlü olanın hukukuna bırakıyor",²⁶ şeklinde okunabilir.

Keza burada iktidar yanlısı ceza hukukundan kasıt, bireylerin muhalif eylem ve aktivitelerine tanınan anayasal haklarının gözetilmemesinin yanı sıra politik olmayan diğer gündelik yaşam aktivite ve eylemlerinin de iktidar tarafından çıkarılmış ceza normları ile kısıtlanmasıdır.²⁷ Ceza hukuku bilindiği üzere bireylerin özgürlük alanlarına doğrudan etki eden bir hukuk dalıdır. Bu alanda ne kadar yeni suç tipi oluşturulur ve ceza normu haline dönüştürülürse, bireylerin özgürlük alanları (icrai ve ihmalî davranış/hareket alanları) o kadar daraltılmış olur.²⁸

Criminal Law; Quo Vadis?" Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy, 28 November – 3 December 2002, on the Occasion of the 30th Anniversary of ISISC, Reproduction des articles interdite sans autorisation des éditeurs, Éditions érès, 2004, p. (353) 355; "mutlak parlamento çoğunluğu veyahut mutlak tek parti çoğunluğu, mutlak monarş olan kralın despotizminden daha az despot değildir." Von der Heydte, F. A. Freiherr, Charles Baron de Montesquieu vom Geist der Gesetze, De Gruyter, Berlin 1950, s. 72.

²⁴ Radbruch, "Einführung in die Grundprinzipien des Rechts", in Rhein-Neckar-Zeitung vom 12.09.1945, s. 1.

²⁵ Bkz. TCK m. 61/10.

²⁶ Radbruch, a.g.e. s. 1.

²⁷ Buna Nazi Almanyası dönemindeki Alman ceza normları ve baskıcı rejim sürdüren İran, Suudi Arabistan vb. ülke ceza normları gösterilebilir.

²⁸ İran ve veya Suudi Arabistan gibi ülkelerde haksızlık içerikleri modern hukukça

Çalışma konusunun ağırlık noktasını oluşturan ikinci halde (ceza hukukunun aktif ve veya pasif şekilde iktidarı sınırlaması) ise ceza hukuku, yukarıda iddia edilenin tam aksi yönde bir işlev görmektedir. Buna göre, iktidarların amaçladıkları keyfi kanunları çıkarmalarına ve bunları uygulamaya koymalarına ceza hukuku engel olacaktır. Keza *Naucke* bunu aynı eserinde iktidarı sınırlayan ceza hukuku (das machtbegrenzende und/ oder verneinende Strafrecht) olarak nitelendirmektedir.²⁹ Öyle ki ceza hukukunun bu yönü (iktidarı sınırlaması), hukuk uygulamasında ceza hukukunun iktidar yanlısı olmasına oranla en aktif işlev gören yönüdür. Herhangi bir kanun metni görülmekte olan davaya uygulanacaksa mahkeme yahut hâkim, re’sen veyahut talep üzerine ilgili normu anayasa mahkemesi önüne taşıyabilmektedir. Bu durumda anayasa mahkemesi, bu normun başta Anayasa olmak üzere ceza hukuku ve dolaylı da olsa uluslararası hukuk norm ve prensipleri ile bağdaşıp bağdaşmadığını inceleyip karara bağlar. Dolayısıyla iktidarın, bireyleri veya toplumu baskılamaya hizmet etsin diye çıkardığı normların neredeyse tümünün uygulama görmeden iptal edilebilmeleri teorik olarak mümkündür. Böylece hem bireyler kontrolsüz devlet gücüne (bu bağlamda bilhassa – yasama ve yürütme erkini çoğunlukla yönlendiren – iktidara) karşı korunmuş olmakta hem de ceza hukuku (Anayasada yer alan mekanizmalar aracılığıyla) iktidarı sınırlama fonksiyonunu yerine getirmiş olmaktadır.

Keza ceza hukukunun iktidarı sınırlama işlevini yerine getirebilmesi için olmazsa olmaz koşullarından ilki kanunilik ilkesine ve ona bağlı diğer tamamlayıcı tüm ilkelere azami riayettir. Doğaldır ki bu riyeti sadece yargı erkinden beklemek doğru olmaz. Zira kanunilik ilkesinin kanun koyucuya, kanun uygulayıcısı olan yargıya ve alınacak kararları icra edecek olan geniş anlamda yürütme organına (idare-

tasvip edilmeyen fiillerden sayılan “kadınların kamusal alanda başı açık gezmesi” fiillerinin adli para cezası, bedensel ceza ve veya hapis cezası ile cezalandırılmasından, iktidarın ceza hukukunu kendi emellerini gerçekleştirmede baskı aracı olarak kullandığı neticesi çıkartılabilir. Zira bu fiillerin kamu düzenini bozduğuna yahut (velev ki bozulmuşsa) bozulan kamu düzeninin tesis için son çare olarak başvurulması gereken ceza hukuku araçlarına başvurmanın zaruri olduğuna dair güçlü hiçbir argüman yoktur. <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/02/iran-dozens-of-women-ill-treated-and-at-risk-of-long-jail-terms-for-peacefully-protesting-compulsory-veiling/> (05/06/2020).

²⁹ *Naucke*, a.g.e. s. 69 vd.

ye) yüklediği birtakım sorumluluklar vardır.³⁰ Kanun koyucu, yeni bir yasa çıkaracağı zaman kanunilik ilkesi ve onun tamamlayıcı ilkeleri olan geriye yürümezlik ilkesi, kıyas yasağı ilkesi, belirlilik ilkesi gibi ilkelere de riayet etmek zorundadır. Bu doğrultuda kanun koyucunun çıkaracağı her (suç ve ceza ihdas eden) ceza hukuku normu kanunilik ilkesi, geriye yürümezlik ilkesi, kıyas yasağı ilkesi ve belirlilik ilkesinin öngördüğü nitelikleri haiz olacak şekilde hazırlanmalıdır. Keza usulüne göre yürürlüğe girmiş bu kanunların uygulayıcısı olan hâkim ve mahkemeler de ceza hukukunda bir hükme varacakları zaman hükümlerini şekli anlamda bir kanun hükmüne dayandırmak, bu hükümde sanık aleyhine kıyasta bulunmamak, kanunun açıkça öngördüğü suç unsurlarına (belirlilik ilkesi) hükmü dayandırmak ve kuralı sanık aleyhine geriye yürütmeyecek şekilde karara bağlamak zorundadırlar.³¹ Nitekim yürütme erki de idari işlevini yerine getirirken açık kanun ve yargı kararlarına uymak durumundadır. Bilindiği gibi erklerle bu yükümlülüğü yükleyen, geniş anlamda kanunilik ilkesidir. Geniş anlamda kanunilik ilkesi, kamu hukukunu da içine alacak şekilde yasama, yürütme ve yargı erklerine yükümlülük yükler. Dar anlamda kanunilik ilkesi ise buna karşılık suç tiplerinin tanımlanmasında ve suç tiplerine uygulanacak yaptırımların tespitinde dikkate alınacak kriter ve uyulacak prensipleri belirler. Tüm bunlar gösteriyor ki kanunilik ilkesi ve buna bağlı diğer olmazsa olmaz prensipler negatif ceza hukuku dediğimiz iktidarı sınırlayan ceza hukuku bağlamında önemli ilkelerdir. Zira negatif ceza hukuku doğrudan aktif/pozitif bir hukuk normu düzenleyip iktidarın çalışma alanının sınırlarını belirlememekte, aksine, mevcut normların aktif alanlarının dışındaki alana ilişkin yorumlar yürüterek ceza hukukuna yeni bir işlev bulmaktadır. Ceza hukukunun doğrudan pozitif normlar ile iktidar gücünün sınırlarını belirlemesi kanaatimizce mümkün değildir; böyle bir düzenleme olsa olsa Anayasa normu olur.

Bilhassa hukuk devletlerinde, –yukarıda da dile getirdiğimiz üzere– keyfi uygulamalara engel olmak için çeşitli kurum, mekanizma ve ilkeler belirlenmiştir. Ceza hukuku da genel geçer ilkeleri ile iktidarların muhtemel keyfi uygulamalarının önüne geçmekte önemli

³⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu – Uygulamalı TCK, 2. bası, cilt 1, s. 8.

³¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu – Uygulamalı TCK, 2. bası, cilt 1, s. 7 vd.

bir rol oynamaktadır. Buna karşılık ceza hukukunun ilkeleri ile keyfiliğin önüne geçilebileceği vargısı uluslararası camiada kimi hukukçular tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. Bilhassa parlamentoların ceza hukuku normlarını koymaktaki tekelsizliği eleştirilmiştir.³² *Michele Papa*, yakın geçmişte yayınlanmış bir eserinde günümüz ceza hukuku teorisyenlerini pozitif hukuk normlarının güvencelerine körü körüne bağlandıkları gerekçesiyle eleştirmiş ve bunun bireyleri devlet karşısında korumaya yetmeyebileceğini haklı olarak vurgulamıştır.³³ Parlamentolarca düzenlenip yürürlüğe girmiş pozitif hukuk normlarının ve anayasalar yahut kanunlar aracılığıyla güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerin iktidarların keyfi uygulamalarına karşı tamamen güvence altına alınmış oldukları söylenemez. Keza hukuk tarihi, bu anayasal güvencelerin mahkemeler yahut hükümetlerce sayısız kez ihlal edildiğine tanıklık etmiştir. Alman hukuk mahkemelerinin Birinci Dünya Savaşı sonrası aldıkları kararlar (Nürnberg Yargılamaları) ve Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesinden sonraki kanunilik ve geriye yürümezlik ilkelerini ihlal eden kararlar (Mauerschützenprozesse) bunlara verilen en karakteristik örneklerdir.³⁴ Keza Nazi Almanya'sı döneminde parlamento çoğunluğunu elinde bulunduran iktidar partisinin kıyas yasağı ilkesini kanuni bir düzenleme ile devre dışı bıraktığı görülmüştür. Hatta 27-28 Şubat 1933 tarihindeki Alman meclis binasının yakılması (Reichstagsbrand³⁵) olayında da geriye yürütülen bir kanunla ölüm cezasının bu tür olaylar için getirilmesi de geriye yürümezlik ilkesinin hükümetlerce keyfi bir şekilde ihlal edilebileceğini gözler önüne sermiştir.³⁶ Tüm bu olaylar gösteriyor ki yalnızca pozitif

³² Papa, a.g.e. s. 355.

³³ Papa, a.g.e. s. 354.

³⁴ Mauerschützenprozesse olarak nitelendirilen bu davalar serisinde Doğu Alman Devleti tarafından sınır koruma için görevlendirilen ve sınırı aşmaya çalışanın öldürülmesini emreden kuralları yerine getiren askerler, emri veren üst rütbeliler, politik sorumlu kişiler yargılanmış ve kendilerine Batı Alman Devleti kanunlarına ceza verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Herwig Roggemann, "Zur Strafbarkeit der Mauerschützen", in DtZ 1993, Heft I, s. (10) 10 vd.

³⁵ Kararın 269 kenar numaralı paragrafı bilhassa okunmaya değerdir. RG, Urteil vom 23.12.1933- XII H 42/33, <https://openjur.de/u/621967.html> (05/02/2019).

³⁶ Burada geriye etkili kanunların uygulamasında mahkemelerin rolü büyüktür. Zira Alman Anayasası ve Ceza Kanunu'nda yer alan kanunilik ilkesi düzenlemeleri mahkeme heyetine dar yorumlanıp şu neticeye varılmıştır: Kanunilik ilkesi bir fiilin geriye dönük olarak suç olarak nitelendirilmesini yasaklamaktadır, suç teşkil eden fiilin ceza miktarının değiştirilmesi (somut olayda hürriyeti bağlayıcı ceza yerine idam cezasının öngörülmesi şeklindeki değişiklik) kanunilik ilkesini

normların varlığı, kişi hak ve hürriyetlerini keyfi davranan iktidarlara karşı tamamıyla koruma güvencesi veremiyor.

Demokratik tiranlıkların oluşmasının 21. yüzyılda pek mümkün olmadığı çoğunluk görüşü olmakla birlikte *Michele Papa*, böylesi tiranlıkların bu yüzyılda kurulma riskinin daha çok olduğu fikrini savunmaktadır.³⁷ İktidar çoğunluğunu elinde bulunduran parti yahut partilerin azınlık veyahut muhaliflerin hak ve özgürlüklerine hâlel getirecek hukuki düzenlemeler yapıp keyfiliğe yol açabileceği durumlarda kanaatimizce ceza hukukunun – bu anlamda – önleyici fonksiyonu devreye girer (ya da girmelidir).³⁸ Temel hak ve özgürlükler ve hukukun temel prensipleri, parlamento çoğunluğuna rağmen keyfi bir şekilde devre dışı bırakılamazlar.³⁹ Zira parlamento çoğunluğunu elinde bulunduran hükümetlerin de bir düzenleme ve hareket sınırlarının olması gerekmektedir; ki bunlar modern hukuk düzenlerine tâbi yönetim sistemlerinin hepsinde öngörülmüşlerdir. Uluslararası hukukça güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetler ve bunların korunması için genel-geçer kabul edilegelmiş hukuk prensiplerinin kanımca parlamentoların üçte iki yahut daha yüksek oranda bir çoğunluk ile kısıtlanması mümkün değildir, olmamalıdır; teknik olarak böyle bir kanunun ilgili çoğunluğu sağladığı sürece ortaya çıkmasına engel bir durum yoktur ancak çıkan bu kanunların uygulanması anayasa mahkemelerince yapılacak inceleme sonucu iptal edilmelidirler; yargı erkinin bağımsızlığı, dengeleyici fonksiyonu (checks and balances) ve hukuk devletini koruma işlevi burada büyük önem arz edip belirleyici olacaktır.⁴⁰ Aksi bir durumda azınlık haklarının ve/veya muhalif haklarının hukuk devletine yaraşır bir şekilde çoğunluk iktidarına karşı korunması sağlanamaz. Kuvvetler ayrılığının kabul edildiği devlet sistemlerinde kanun koyucu, kanunları anayasa ve hukuk devleti gereklerini gözeterek yapar. Aynı şekilde yargı erki de bu kanun normlarını

ihlal niteliği taşımamaktadır, demiştir. Hukuki güvenlik boyutu ise dikkate alınmamıştır. Bkz. kararın 269. kenar numaralı paragrafı, RG, Urteil vom 23.12.1933-XII H 42/33, <https://openjur.de/u/621967.html> (05/02/2019).

³⁷ Papa, a.g.e. s. 355.

³⁸ Karşılaştırma için bkz. Naucke, a.g.e. s. 72, 114 vd.

³⁹ Papa, a.g.e. s. 355.

⁴⁰ Anayasa mahkemelerinin bu görevi hakkıyla yerine getirmemeleri ve iptal kararı vermemeleri halinde, hukuken yapılacak olanın ne olması gerektiği konusunda tatmin edici bir cevap bulunmamaktadır.

anayasa ve hukuk devletinin gereklerine ve adaleti sağlama amacına uygun şekilde uygular. Ceza hukukunun iktidarların keyfi amaçlarına hizmet etmemeleri için yargı erki, anayasa ve genel-geçer temel hukuk prensiplerine aykırı yasal düzenlemeleri uygulamaktan imtina etmeli ve bu kanunları en kısa zamanda Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşımalıdır ki yüksek mahkeme de böylesi hukuksuz normları gecikmeksizin iptal edebilsin. Yargı erkinin iktidarın keyfi kanunlarını (hangi çoğunlukla kabul edilmiş olurlarsa olsunlar) hukuki denetimden geçirip, hukuk devletinin ve evrensel ilkelerin ihlal edildiği gerekçesi ile iptal etmesi kanaatimizce demokrasi ilkesine aykırı değildir; zira halkın kendi kendini yönetmesinin de hukuk çerçevesinde sınırları olmasıdır. Aksi durum demokrasiyi çoğunluk tahakkümüne dönüştürür ki bu tahakküm hukuk devletinde kabul edilemezdir.

Bunun gibi TCK m. 3'te yer alan *cezada adalet ve kanun önünde eşitlik* ilkelerine ilişkin düzenlemeler de ceza kanunlarının iktidar yanlısı olmalarına engel teşkil edebilecek düzenlemedir. Bu düzenlemelerin hiyerarşik bağlamda bir diğer normu iptal ettirme etkisi olmasa da verilecek cezaların adil ve ölçülü olmaları gerektiğini temenni etmeleri suretiyle bu işlevi görmektedir. Burada ceza hukukunun iktidar keyfiliğini önleyici yanı devreye girmektedir. Ceza hukuku adalet ilkesi aracılığıyla (aşağıda Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Tarafsızlığı başlığı altında da inceleyeceğimiz üzere) cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi aşamasında sanığa verilecek cezanın adil ve orantılı olmasını zorunlu kılmaktadır. Böylece ceza hukuku hukuk sükelerini olası orantısız yaptırımlara karşı korumaktadır. Aynı şekilde kanun önünde eşitlik ilkesi, iktidarın keyfi uygulamalarını belli bir muhalif kesime uygulamasının veya onların belli hak ve özgürlüklerinden mahrum bırakılmasının önüne geçmektedir. Burada geniş bir yorumla ceza hukukunun iktidarı sınırlama işlevini yerine getirdiğini ifade edebiliriz.⁴¹ Aynı şekilde TCK m. 11/1; 12/2 (yabancı ülkede aynı ey-

⁴¹ Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan düzenlemenin birincil muhatabının yargı organları olduğu aşikardır. Ancak çalışma konumuzla bağlantılı inceleme yaptığımızda bu düzenlemenin iktidarın orantısız ceza öngördüğü kanun düzenlemelerinin somut olaylara uygulanmasını engelleyici bir rol üstlenebileceğini düşünmekteyiz. Şöyle ki cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda orantısız bedensel cezaların uygulanmasını öngören bir düzenlemenin uygulanması talebiyle dava açıldığında hâkim somut olaya ilgili orantısız normu uygulamak yerine söz konusu normun iptalini anayasa mahkemesinden isteyebilecektir. Benzer

lem nedeniyle verilmiş hüküm bulunması) ve CMK m. 223/7 düzenlemeleri “*ne bis in idem*” ilkesinin (aynı eylem nedeniyle iki defa cezalandırma yasağı) ceza muhakemesine hâkim olduğunu ve bireylerin tek bir fiilden dolayı yalnızca tek bir kez yargılanıp cezalandırılabilceğini güvence altına almaktadır. Bu da geniş bir yorumla ceza hukukunun iktidarı sınırlama işlevlerinden biri olarak nitelendirilebilir. Ceza hukuku burada daha çok negatif anlamda bir koruma sağlamaktadır. Çünkü yargı erkine yönelik olan “bir kimseyi bir fiilinden dolayı ikinci kez cezalandırma” emri, yasama ve yürütme erklerine hükmeden iktidarın çeşitli vasıtalarla geçmişte hükme bağlanmış (beraat gibi) fiilleri yeniden yargı önüne taşıyarak ilgili kimselerin yıpratılmasına hizmet edecek şekilde ceza hukuku araçlarını kendi emelleri için kullanmasını engellemektedir.

Son olarak, herhangi bir somut ceza normuna dayanmadan da şunu söyleyebiliriz: Ceza hukuku (ceza kanunlarındaki pozitif hukuk normları) kişiler arası güveni sağlarken (birey-birey ilişkisindeki yatay güven ilişkisi), negatif ceza hukuku dediğimiz, ceza hukukunun iktidarın işleyişini legal zeminde tutan fonksiyonu ise kişi ile devlet arasındaki güveni (birey-devlet ilişkisindeki dikey güven ilişkisi) sağlamaya hizmet etmektedir.⁴² Böylece bireyleri iktidar gücüne karşı koruyarak bu anlamda devlet gücünün orantılı olmasını sağlayarak, bireye uygulanacak yaptırım konusunda iktidarı, bir nev’i, negatif anlamda da olsa kısıtlamış olmaktadır (Ceza hukukunun özgürlüklerin koruyucusu olması özelliği).

C- Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Tarafsızlığı

Ceza hukukunun iktidarı sınırlama boyutunu işlevsel kılmak için her türlü kişi, zümre ve partilerden arınmış bağımsız mahkemelere ve

durum fiilin haksızlık içeriğinin kanunda yer verilen düzenlemenin alt sınırının da altında bir yaptırım gerektirmesi hallerinde de ortaya çıkabilmektedir. Keza şekli anlamda suç olarak düzenlenen fiilin herhangi bir haksızlık taşıyor olması durumunda da 3. maddeye dayanılarak, fiilin suç olmaktan çıkarılması istenebilecektir. Tüm bu hallerde ceza hukuku düzenlemeleriyle yasama etkinin keyfilik alanı kısıtlanmaktadır. Aynı yönde Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. b., s. 82.

⁴² Krş. Ohana, “Trust, Distrust and Reassurance”, in *The Modern Law Review*, s. 722, 730 vd.

tarafsız hâkim ve savcılara ihtiyaç duyulmaktadır.⁴³ Dolayısıyla doğru uygulandığı sürece ceza hukukunun — diğer hukuk dalları ile koordineli bir şekilde — hukuk devletinde keyfi uygulamalara engel olma işlevinin de olabileceği aşîkârdır. Hukuk devletinde tüm erklerin önceden anayasa ve kanunlarla belirlenmiş genel-geçer prensiplere riayet etmesi sağlandığı takdirde, bir yandan bireyin bu erklerle olan güveni sağlanıp diğer yandan kesintisiz işleyen hukuk devletinde hukukun üstünlüğü halkın nezdinde tüm erklerle karşı perçinlenmiş olur.⁴⁴ Tabii ki burada sorumluluğun ağırlıklı kısmı yasama ve yürütme erklerinin lokomotifi olan iktidara (bu hem tek parti hem de koalisyon hükümetleri için geçerli) düşse de yargı erkinin buradaki işlevi ve efektif çalışması da olmazsa olmaz koşullardandır. Keza yasama ve yürütme erkleri ne derece aktif çalışırlarsa çalışsınlar yargı erki, hukuk devletine layık olacak şekilde her türlü etkiden ari bir şekilde bağımsız ve tarafsız işlev görmediği ve hâkimler kendi bağımsız iradeleri ile hareket etmediği sürece hukuk devletinin tecellisi söz konusu olamaz. Hukuk devletine yaraşır bir yargı erkinin olmadığı durumda ceza hukukunun iktidarı hukuk çerçevesi içerisinde sınırlama işlevini yerine getirmesi beklenemeyecektir. Geçmiş uygulamalarda tecrübe edildiği üzere yargı erkinin kendisine rakip gördüğü iktidarı alt etmek için hukuku -bilhassa ceza hukukunu- kullandığı ve keyfilikliğini dayattığı hallerde de hukuktan ve ceza hukukundan beklenen fayda elde edilememiş olacaktır. Zira ceza hukukunun erkler tarafından keyfi kullanılmasını engellemeye dönük ideal kanun düzenlemeleri yapılsa da hukuk devletine yaraşır hareket etmeyen bir yargı erki olmadıkça netice hep başarısızlık olacaktır. Dolayısıyla erklerin kolektif, hukuk ve adaletin sağlanmasına aracılık edecek şekilde hareket etme yükümlülüğünün önemi bir kez daha vurgulanmalıdır.

Ceza hukukunun iktidarın keyfilikliğini sınırlama işlevini yerine getirebilmesi için öncelikle yargı erki, hukuk devleti içerisinde Anayasa'ya, kanuna, uluslararası hukukta genel-geçer olarak kabul görmüş hukuka ve bilhassa ceza hukuku prensiplerine riayet etmelidir. Yukarıda da değinildiği üzere mukayeseli hukuk tarihinde bu hususa ilişkin çeşitli ülkelerin uygulama geçmişlerinde sayısız ihlaller

⁴³ Jayawickrama, "Yargı Bağımsızlığından Yargının Hesap-verebilirliğine", in Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu 2017, s. 23 vd.

⁴⁴ Artuk/Gökçen, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. bası, s. 8 vd.

görmekteyiz. Keza bu konuda zamanın büyük hukukçuları olarak nitelendirilebilecek kimi hukukçular da bazı koşullar altında (görülme- te olan davada adil bir cezaya hükmedebilmek amacıyla) bu genel- geçer hukuk prensiplerine veyahut pozitif hukuk normlarına riayet edilmeyebileceği şeklinde görüşler beyan etmişlerdir.⁴⁵ Kanaatimizce genel-geçer hukuk prensiplerini böylesi önceden kanunen öngörülme- miş bir istisnai uygulama ile geriye etkili olacak şekilde uygulamaya çalışmak, söz konusu hukuk ilkesinin içini boşaltmaktan başka bir şey değildir.⁴⁶ Bir hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklerin ve genel- geçer hukuk prensiplerinin hangi koşullar altında ne derece kısıtla- nabileceği yahut hangi istisnai hallerde uygulanamayacağı kanunen önceden açıkça belirlenip usulüne göre yürürlüğe konulmalıdır ki bi- reyler kendi davranışlarını bunlara uygun şekilde yönlendirebilsinler. Buna karşılık *Radbruch* görülmekte olan davada adaleti sağlamak için bazı durumlarda adaletsiz olan yazılı hukuk kurallarını (gesetzliches Unrecht) uygulamak yerine daha adil bir sonuç vaat eden kanunla- rüstü/yazısız hukuku (übergesetzliches Recht), dolayısıyla yazılı hukukta önceden zikredilmemiş yazılı olmayan hukuku uygulamak gerektiğini savunmaktadır.⁴⁷ Kanaatimizce böyle bir uygulama, yazılı hukukun genel olarak tanımış olduğu tüm güvencelerin ve bununla ilişkili teminat altına alınmış tüm hukuk prensiplerinin içinin boşal- tılması anlamında gelmektedir ki ilkelerin olmadığı bir uygulamanın keyfi uygulama olması dışında bir çıkışı yoktur. Bunun yerine bir ön- ceki adıma gidilip adaletsiz (hukuk devleti ile bağdaşmayan) hukuk kurallarının iptalini yahut geçersizliğini sağlamak, pozitif hukukun teminatlarının devamını sağlamaya daha çok hizmet edebilir nitelikte- dir; hukuk devleti ile bağdaşmayan düzenlemelerin gecikmeksizin ip- tali ise ancak bağımsız bir yargı erki sayesinde mümkün olabilecektir; ancak totaliter olma eğilimi gösteren sistemlerde yargı erkinin diğer erklere karşı gücünü koruduğu ise hiç görülmemiştir! Yine de itiraf etmek gerekir ki *Radbruch*'un bu çözüm önerileri o dönemdeki huku- ki soruna bulunabilecek çözümlerden biriydi. Zira Nasyonal Sosyalist Almanya'sı dönemindeki pozitif hukuku uygulamak, telafisi mümkün

⁴⁵ Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", in *SJZ*, 1946, 105 vd.; Daha fazla bilgi ve aksi yönde görüş için bkz. Radbruch'schen Formel in BVerfGE 95, 96 – Mauerschützen.

⁴⁶ Aksi yönde görüş için bkz. BVerfGE 95, 96 – Mauerschützen.

⁴⁷ Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", in *SJZ*, 1946, s. 105.

olmayan adaletsiz sonuçlara sebebiyet veriyordu.⁴⁸ Çünkü o dönemin hukuku adalete hizmet eden, ideal hukuk devletinde olması gereken pozitif hukuk normlarına sahip değildi. Başka bir ifadeyle o dönemde ceza hukuku iktidarın keyfilikliğini önleme işlevini yerine getirmekte başarısız olmuştu. Uygulamadaki böylesi bir istikrarsızlık yargı bağımsızlığına ve yargıç tarafsızlığına gölge düşürmüştür. Hatta burada ceza hukuku negatif ceza hukuku normlarıyla bireyi iktidara karşı korumamış olmasının yanı sıra yargı eliyle bireyin özgürlük alanına kanuni sınırları aşacak düzeyde müdahale aracına dönüşmüş olmaktadır.

Bu bağlamda kimi yazarlar, kanunilik ilkesinin, daha doğrusu yargı erkini parlamentolarca çıkarılan yazılı kurallara tabi kılmanın yargı erkini, dolayısıyla ceza hukukunu keyfi iktidarların emrine koyacağını savunmaktadırlar.⁴⁹ Oysa kanımızca kanunilik ilkesi ve onunla bağlantılı olan olmazsa olmaz ilkelere tam anlamda bir riayet, böylesi keyfi uygulamaların önüne geçmekte en etkili yoldur. Örneğin, geriye yürümezlik ilkesi, iktidarların geçmişteki birtakım davranışları sonradan geriye dönük etkili olacak şekilde suç olarak tasvir etmelerine ve bu davranışlarda bulunanları cezalandırmalarına engel olmaktadır. Keza kıyas ve belirlilik ilkeleri de böylesi keyfiliklerin önüne geçmede önemli bir rol oynamaktadırlar. Aynı şekilde bu sayede suç ve ceza öngören normlar daha keskin sınırlarla belirlenmiş olur ve hukuki öngörülebilirlik ilkesi olarak nitelendirilebilecek hukuki güvence (hukuk güvenliği) sağlanmış olacaktır.

Ceza hukukuna (iktidarı sınırlama konusunda başarısız olduğu gerekçesiyle) yöneltilecek eleştirilerin bir diğeri ise iktidarların parlamen-

⁴⁸ Aynı durum Doğu Almanya (Alman Demokratik Cumhuriyeti) pozitif hukukunda da söz konusuydu. Duvarın yıkılmasından sonra yapılan yargılamada, sınırı geçmeye çalışan bir Doğu Alman vatandaşını makineli tüfekle öldürmekle yargılanan sınır bekçisi o esnada verilen emri yerine getirmenin yanı sıra kanunun (Sınır Koruma Kanunu) açık bir hükmünün gereğini yerine getirdiğini belirtip cezalandırılmaması gerektiğini iddia etmiştir. Bu ve benzeri birçok olayda Federal Almanya mahkemeleri uluslararası hukuka göre açıkça bir insan hakları ihlali doğuran hallerde sanıkların pozitif hukuka dayanıp kanunilik ve ona bağlı ilkelerin kendilerine de uygulanmasını isteme taleplerini reddetmiştir. Bkz. Ogorek, "Mauerschützen BVerfGE 95, 96 ff.", in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), Vol. 83, No 3 / 4 (2000), S. (323) 326.; BVerfGE 95, 96 (Kn. 137).

⁴⁹ Papa, a.g.e. s. 353 vd.

to çoğunluğunu kullanarak çıkarttıkları keyfi yasaları uygulamakta yargı erkini (dolayısıyla ceza hukukunu) araç olarak kullanabilecekleri eleştirisidir. İktidarlar böylece kendilerine muhalif olan yahut siyasi görüşleri ile uyuşmayan azınlık görüş ve davranışlarını suç olarak nitelendirip bunlara orantısız cezai yaptırımlar öngörebilirler. Kanunilik ilkesinin bu anlamda yargı erkini, maddi anlamda hukuka aykırı kanunları uygulamak zorunda bırakabileceği, ihtimal dâhilinde olsa da durum aslında yukarıda da açıkladığımız üzere o derece keyfiliğe izin verecek vahamette değildir. Zira anayasa ve ceza hukukunun temel prensipleri olan ceza hukukunun son çare olması,⁵⁰ hakkın özü, orantılılık ilkesi gibi ilkeler bu aşamada devreye girip ilgili düzenlemelerin iptali sağlanabilecektir.

II- İktidarı Sınırlama Anlamında Negatif Ceza Hukukunun Politik Ceza Hukukundan Farkı

Ceza hukukunun iktidarı sınırlama fonksiyonundan bahsederken negatif ceza hukukunu kast ediyoruz. Negatif ceza hukuku, politik ceza hukuku ile karıştırılmakta ve iki kavramın aynı yönde olduğu, aynı amaca hizmet ettiği yanılışına düşülmektedir. Oysa yukarıda detaylarını açıkça verdiğimiz negatif ceza hukukundan farklı olarak, politik ceza hukukunda amaç mevcut hukuk devletinin bekasını sağlamaktır.⁵¹ Hatta bir adım ileriye gidip şunu da iddia edebiliriz: Politik ceza hukukundaki amaç her ne pahasına olursa olsun devletin devamlılığını sağlamaktır. Buradaki devletin hukuk devleti olmaktan

⁵⁰ Haksızlık içeriklerinin varlığı ve veya yoğunluğu tartışmalı olan, taksirle mala zarar verme, reşit kimseler arası cinsel birliktelik (bilhassa evli birinin eşi dışında bir kimse ile birlikte olması), hemcinsler arası rızaya dayalı ilişki, reşit kimseler arasında vuku bulan enest ilişki gibi fiillerin suç olarak düzenlenip düzenlenmemeleri ultima ratio ilkesi ile açıklanmaktadır. Belirtmek gerekir ki söz konusu fiillerin ceza kanunlarında yer almalarına engel teşkil edecek normatif bir düzenleme bulunmamaktadır; yasama organı bu anlamda özgürdür. Ancak yasa ile ceza yaptırımına tabi tutulan bu fiillerin özel hayata müdahale yahut haksızlıkla orantılı olmayan cezai yaptırım çerçevesinde iptali mümkündür. Anayasa Mahkemesi eski tarihli bir kararında kadının zinasını düzenleyen ceza normunu ilgili normun haksızlık içeriğini incelemeye ihtiyaç duymadan eşitlik ilkesine aykırılık dolayısıyla iptal etmiştir. Karar için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23638.pdf>; Zinanın haksız fiil teşkil edip etmediğine ilişkin yakın tarihli kararlar için bkz. YİBBGK Kararı, E. 2017/5, K. 2018/7, 06.07.2018.

⁵¹ Detaylı bilgi için bkz. Richard Schmid, "Das politische Strafrecht", in Deutsche Rechtszeitschrift, 5. Jahrg., H. 15/16 1950, s. (337) 337 vd.

çıkması, hukuk prensiplerinden ayrılması da sorun teşkil etmeyecektir. Zira politik ceza hukukundaki sloganlardan biri de düşman ceza hukukundaki sloganlarla örtüşen “özgürlük düşmanlarına, özgürlük tanınmaz” sloganıdır.⁵² Bu çerçevede mevcut devlet sistemini (hukuk devletini) korumak için, mevcut devleti (hukuk devletini) yıkmaya çalışan her güce misli ile karşılık verme öngörülmektedir.⁵³ Burada düşman addedilen zümreye karşı kullanılan devlet gücünün sınırlarının ne olacağı kanunla belirlenmekte ancak kanunla belirlenen güç kullanımının, bireyin hürriyetine müdahalenin hukukun çizdiği hakkın özüne dokunmama vs. kriterlerine uyularak çıkarılıp çıkarılmadığının ise pek bir önemi kalmamaktadır; zira düşman ile mücadele söz konusudur. Politik ceza hukukuna hâkim olan bu bakış, mevcut devlet sistemini hukuk devletinden (başta hukuk devleti olduğunu farz edelim), kanun devletine dönüştürecektir.

Buna karşılık negatif ceza hukukunda devletin bekasına yönelik olumlu yahut olumsuz bir etki amaçlanmamaktadır. Negatif ceza hukukuyla ne devletin devamlılığı için doğrudan önlemler alınmaya çalışılır, ne de devletin egemenliği zayıflatılmaya çalışılır. Negatif ceza hukuku ile sadece hukuk devletindeki iktidar, yine hukuk devleti prensip ve mekanizmalarıyla sınırlandırılmaya çalışılır. Burada amaç, kanunları yahut yargı erkini iktidarların üstünde tutmak olmadığı gibi iktidarın meşru sınırlarını daraltmak da değildir. Negatif ceza hukukunun amacı, hukuk düzeni sınırları içinde ceza hukukunu, iktidarların iç politika içinde muhalefete karşı kullanacağı bir alet/kurum/mekanizma olmaktan çıkarmaya çalışmaktır. Belki de politik ceza hukuku ile tek kesiştiği nokta iç muhalefete yönelik olan durumdur. Ancak burada da politik ceza hukuku aktif bir pozisyonda ve muhalefete yahut bireylere çeşitli kısıtlamalar getirmekte buna karşılık, negatif ceza hukuku ise aksine -isminden de anlaşılacağı üzere- negatif davranarak ceza hukukunun bu politik ceza hukukuna hizmet etmesinin önüne geçmektedir.

⁵² Baumann, “Zur Reform des politischen Strafrechts”, in JZ 21/10, 1996, s. 329.

⁵³ Hukuk devleti kavramı yerine mevcut devlet sistemi demeyi tercih ediyoruz, zira her devlet kendini hukuk devleti olarak addedebilir ancak özde hukuk devleti olmayabilir. Dolayısıyla her devlet, kendi mevcut sistemini korumak için kendi rejimine düşman olanları hukukun dışına çıkararak bastırabilir. Biz bu ihtimalde sınırsız keyfilik tehlikesi görmekteyiz.

Nitekim politik ceza hukuku, (Doğu) Almanya örneğinde olduğu gibi ceza normlarının değişimini şu gerekçelere bağlamıştır: Doğu Almanya (Demokratik Almanya Cumhuriyeti) ve Batı Almanya (Federal Alman Cumhuriyeti), diye ikiye ayrılmış olan ülkenin Doğu Almanya kısmı (ülkesi) kendi varoluşunu tehlikede görmekte ve bu tehlikenin önlenmesi için Batı Almanya'daki düşünce akımlarının kendi bölgesinde yayılmasını, ilgili düşünceleri savunmayı suç olarak nitelendirerek engellemek istemekte; ceza hukuku araçlarına başvurarak devleti siyasi suçlara – dolayısıyla siyasi suçlulara – karşı korumak istemektedir.⁵⁴

III- İktidarı Sınırlama Anlamında Negatif Ceza Hukukunun Düşman Ceza Hukukundan Farkı

Günther Jakobs'un düşman ceza hukuku⁵⁵ konsepti ile iktidarı sınırlayan negatif ceza hukuku konsepti birbirlerinden ayrı amaçlara yönelen konseptlerdir. Hatta biri, diğerrinin varlığını engeller niteliktedir. Düşman ceza hukukunda, toplumu oluşturan bireylerin bir kısmı rejime düşman olduğundan vatandaş ceza hukuku normlarıyla muamele görmez.⁵⁶ Aksine kendisine özgü şekli ve maddi ceza hukuku normlarıyla yargılanır. Burada iktidar olabildiğince geniş bir müdahale ve hareket serbestisine sahiptir. Düşman ceza normlarıyla yargılanacak olan bireyin yargılama öncesi, esnası ve sonrasında hak ve özgürlükleri olabildiğince kısıtlanmıştır. Zira yukarıda da değindiğimiz üzere “özgürlüğe düşman olana, özgürlük yoktur”. Negatif ceza hukukunda ise bu durumun aksi yönde bir ilerleyiş ve bir amaç söz konusudur. Negatif ceza hukukunda bireyi düşman ve/veya vatandaş olarak nitelendirme yönelişi yoktur. Aksine tüm bireyler gücü elinde bulunduran iktidara karşı korunmak istenir ve bunun için ceza hukuku mekanizmaları devreye sokulmaya çalışılır. Yani negatif ceza hukuku ile bireyin daha özgür olmasına, muhalefetin daha rahat davranabilmesine olanak sağlayan bir fonksiyon ceza hukukuna yüklenir. Oysa düşman ceza hukukunda mevcut düzeni değiştirmek isteyen bireyler vardır ve bunlar muhalif değil rejime düşman kimselerdir, dolayısıyla düşman

⁵⁴ Baumann, “Zur Reform des politischen Strafrechts”, in JZ 21/10, 1996, s. 329.

⁵⁵ Jakobs, “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, in HRRS 3/2004, s. 88 vd.

⁵⁶ Detaylı bilgi için bkz. Frank Saliger, “Feindstrafrecht”, in JZ 15/16 2006, s. (756) 756 vd.

için hazırlanmış olan düşman ceza hukuku normlarıyla yargılanır ve mahkûm olurlar; hukuk geleneğinin kazanımları olan muhakeme usullerine ilişkin hiçbir güvenceden rejim düşmanları faydalanamaz ve başta hümanizm ilkesi olmak üzere maddi ceza hukukunu şekillendiren hiçbir güvenceleri korunmaz.⁵⁷

Sonuç

Yukarıda makale formatının sunduğu imkânlar çerçevesinde detayına çok fazla inmeden ele almış olduğumuz üzere, ceza hukukunun iktidarı sınırlama gibi doğrudan bir işlevinin olduğunu söylemek güçtür. Ancak zaten negatif ceza hukukundan kasıt ceza hukukunun doğrudan yüklendiği misyon olmayıp iktidar ve ceza hukuku arasında oluşan dolaylı etkileşimdir. Ceza hukukuna hâkim ilkelerden birinin yahut birkaçının salt iktidarı sınırlama gibi bir işlevle normatif düzenlemeye dönüştürüldüğünü iddia etmek bu sebeple çok güçtür. Fakat ceza hukuku, netice itibariyle yukarıda yer verdiğimiz hukuk kurumları, güvence ve ilkeleri aracılığıyla negatif (dolaylı/doğrudan olmayan şekilde) de olsa iktidarı sınırlama işlevi görmektedir. Ceza hukuku böylece doğrudan bir iktidarı sınırlama işlevini göremiyor olsa da iktidarların ceza hukukunu keyfi olarak kendi emelleri doğrultusunda kullanımına mahal vermeyerek, dolaylı da olsa bu iktidarı sınırlama amacına hizmet etmektedir.

Ceza hukukuna hâkim ilkelerden kanunilik, doğal hâkim, adil yargılanma, ölçülülük, kusur sorumluluğu, hümanizm ilkelerinin yasa koyucuyu, dolayısıyla iktidarı suç tiplerinin belirlenmesi, yargılamanın yapılması ve yaptırımın belirlenmesi bağlamında kısıtladığı görülmektedir. Bu çerçevede geçmişe etkili suç ihdaslarının, yargı erki kararına dayanmayan infazların, kusurla orantılı verilmeyen mahkumiyetlerin, ölüm cezalarının ve insan onuruyla bağdaşmayan bedensel cezaların verilmesinin önü kesilmiş bulunmaktadır.

Yine tüm bunlar gösteriyor ki, bizim de benimsemiş olduğumuz Kara Avrupası ceza hukuku sistemlerinde öngörülen düzenlemeler ve genel-geçer kabul edilen prensiplere uyulması halinde iktidarların keyfi hareket etmelerinin önü büyük oranda kesilebilecektir. Burada

⁵⁷ Krş. Neumann, "Feindstrafrecht", s. 299 vd.

sorumluluğun büyüğü yargı erkine düşmektedir.⁵⁸ Yargı erki, karar alma süreçlerinde herhangi bir zümre, parti yahut iktidara bağlı olmandan hareket edebilecek bağımsızlığa sahip olabilirse, mevcut düzenlemelerle hukuk devletine yaraşır bir şekilde yaşam, Kara Avrupası sistemlerinde ve mevcut ceza hukuku mevzuatlarıyla mümkündür.⁵⁹ *Radbruch*'un dediği gibi hukuk sadece halkın çoğunluğunun yararına olan kurallar bütünü değildir, adalet ve hukuk güvenliğini sağlamayı amaç edinen kurallar bütünüdür, zira son tahlilde (tüm) halkın yararına olan budur.⁶⁰ Bağımsız bir yargı erkinin ise ancak hukuk kurallarına dayalı yönetilen ve yargı mensuplarına evrensel kabul görmüş güvenceler tesis eden bir hukuk devletinde mümkün olduğunu söylemek gerekmektedir. Zira ancak hukuk devleti korumasından yararlanan bir yargı erki, hukuku ve ceza hukukunu arzu edilen amaçlarla uygulayabilir. Yasama ve yürütme erklerine karşı direnmede pek başarı elde edememiş yargı erkinin, şu günlerde bağımsızlığını ve tarafsızlığını korumak için bir de basına karşı kendini koruması zaruretinin ortaya çıkmış olması, yargı erkinin yükünü daha çok arttırmıştır. Sosyal medyanın ve basının yargı erkini bilhassa olumsuz yönde etkilemeye başladığı bu modern çağda yargı erkinin direnç gösterip, oluşan baskılarından etkilenmeden özgürce karar vermesi zarureti gittikçe daha önemli hale gelmektedir. Yargı erkinin bağımsızlığı korunduğu sürece demokratik tiranlıkların oluşumu da engellenebilecektir. Zira teknik olarak değişmez görünen hiçbir normatif kanun düzenlemesi bulunmamaktadır. Belirli bir çoğunluğa ulaşıldığında anayasalarda güvence altına alınmış her ilke iptal edilebilir yahut ihlal edilebilir. Ancak bağımsız bir yargı erki bu durumda ilgili ilkeleri yok sayan kanun düzenlemelerini iptal edebilir. Güçlü ve bağımsız bir yargı ise evrensel hukuk ilkelerine sadık kalınarak ve toplumun adalet duygularını tatmin ederek uzun vadede tesis edilebilir. Kara Avrupası hukuk sisteminde iktidarın keyfiliğine karşı ceza hukukunun pasif (negatif) gücünden faydalanan yargı, karar verme hürriyetini kısıtlayan her türlü

⁵⁸ Aynı yönde, Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri 2018, Başlangıç Bölümü (<https://www.yargitaycb.gov.tr/documents/YargiEtigiIlkeleri.pdf> 01.10.2018).

⁵⁹ Gerek Anglo-Sakson hukuku gerekse Kara Avrupası hukuku ile bunun mümkün olduğunu savunan görüşler için özellikle bakınız: Kellam, "Adaletin Herkes İçin Yerine Getirilmesinde Şeffaf ve Hesap Verebilir Bir Yargı", in Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu 13-14 Nisan 2017 Ankara, s. 32 vd.

⁶⁰ Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", in SJZ, 1946, s. 107.

dış baskıdan kurtulacak kanun düzenlemelerine de sahiptir (mesela yargılamayı etkilemeye teşebbüs gibi); yeter ki işlevsel kılınsın.

Ceza hukukunun iktidar tarafından hukukun dışına çıkmak için kullanılacak bir araç olmaktan çıkıp, hukuk devletini, erklerin koordinasyon içinde bağımsız çalışmasını, yargının bütün dış etkilerden bağımsız işlemesini tesis ve teşvik edecek bir role bürünmesi gerekmektedir. Ancak bu rol de yine kendi sahası ve kendi yetkileri ile sınırlı kalmalıdır. Zira uygulamada gördüğümüz üzere -hangi erkin bir diğerine müdahale ettiğine bakılmaksızın- erklerin bir diğerine müdahalesinden mağlup çıkan her durumda vatandaş ve hukuk devleti olmuştur.

Ceza hukukundan aktif bir rol üstlenmesi ve toplumun ahlak bekçiliğini yapması, hukuk devletini koruması beklenmemelidir. Bu görev başka disiplinlerin ve bilim dallarının olmalıdır. Ancak ceza hukukunun dolaylı olarak ahlakı koruması (misal genel ahlaka karşı işlenen müstehcenlik, pornografi suçları gibi) veya hukuk devletini koruması (yukarıda açıkladığımız ilkeler çerçevesinde) beklenebilir. Erklerin hakkıyla işlev gördüğü bir hukuk devletinde ceza hukukunun asli ve yegâne görevi suçlulukla mücadele, kamu düzeni ve adaleti sağlama olmalıdır.

Sonuç olarak yalnızca yasama, yürütme ve yargı erklerinin koordineli ve birbirinden bağımsız hareket edebildiği bir sistemde hukuk devletine ve adalete olan güven kazanılabilir ve gerçek anlamda pratiğe dökülebilir.⁶¹ Burada başta hukukçuları yetiştiren hocalar, hâkim, savcı ve avukatlar olmak üzere adalet mekanizmasının tüm birey ve kurumlarına büyük bir sorumluluk düşmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Artuk M. Emin/Gökçen Ahmet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Atar Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 13. bası, Seçkin, Ankara 2019.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. bası, Beta, İstanbul 2020.

⁶¹ Jayawickrama, “Yargı Bağımsızlığından Yargının Hesap-verebilirliğine”, in Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu 2017, in s. 31.

- Fuller L.L., Hukukun Ahlakı, Çev. Engin Arıkan, Tekin Yayınevi, Ankara 2016.
- Hoffmann-Holland Klaus, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. bası, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 9. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Maden Mehmet, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, (Yayınlanmamış) Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2012.
- Möllers Thomas/Hugo Charl, Legality and Limitation of Powers, (Editörler Möllers Thomas/Hugo Charl) Nomos 2019.
- Naucke Wolfgang, Negatives Strafrecht, Editör Thomas Vormbaum, LIT Yayınevi, Berlin 2015.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. bası, Seçkin, Ankara 2019.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. bası, Seçkin, Ankara 2017.
- Özbek Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, 4. bası, cilt 1, Genel Hükümler (Madde 1 - 75), Seçkin, Ankara 2010.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. bası, cilt 1 (Madde 1 - 44), Adalet, Ankara 2014.

Makaleler

- Baumann Jürgen, Zur Reform des politischen Strafrechts, in JZ 21/10, 1996, s. 329-337.
- Jakobs Günther, "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", in HRRS 3/2004, s. 88-95.
- Jayawickrama Nihal, "Yargı Bağımsızlığından Yargının Hesap-verebilirliğine", Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu 13-14 Nisan 2017 Ankara, s. 23 - 32.
- Kellam Murray, "Adaletin Herkes İçin Yerine Getirilmesinde Şeffaf ve Hesap Verebilir Bir Yargı", Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu 13-14 Nisan 2017 Ankara, s. 32 - 41.
- Küpper Georg, "Richtiges Strafen", *Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics*, Vol. 11, Strafrecht und Rechtsphilosophie, Duncker & Humblot, 2003, s. 53 - 82.
- Ogorek Reina, „Mauerschützen BVerfGE 95, 96 ff.“, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, Vol. 83, No 3 / 4 (2000), S. 323 - 343.
- Ohana Daniel, "Trust Distrust and Reassurance", *The Modern Law Review*, 2010, 73(5), s. 721-751.
- Papa Michele, "Harmonization of General Principles of Criminal Law", *International Criminal Law; Quo Vadis? Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy, 28 November - 3 December 2002, on the Occasion of the 30th Anniversary of ISISC*, Reproduction des articles interdite sans autorisation des éditeurs, Éditions érès, 2004, s. 353 - 360.

- Radbruch Gustav, „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“, Süddeutsche Juristenzeitung, 1946, s. 105 – 108.
- Roggemann Herwig, „Zur Strafbarkeit der Mauerschützen“, in DtZ 1993, Heft I, S. 10 – 19 (via Beck Online).
- Saliger Frank, „Feindstrafrecht: kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?“, in JZ, Jahrgang 15/16 2006, s. 756 – 762 (via Jstor).
- Schmid Richard, „Das politische Strafrecht: Bemerkungen zum Regierungsentwurf des Strafrechtsänderungsgesetzes 1950“, Deutsche-Rechtszeitschrift, 5. Jahrg., H. 15/16 1950, s. 337-341.
- Vossberg Annabelle, „Negatives Strafrecht“, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), Vol. 94, No 4, 2011, S. 365 – 407.

Mahkeme Kararı

BVerfGE 95, 96 ff – Mauerschützen.

İnternet Kaynakları

- Mill John Stuart, Hürriyet Üstüne, (çev. Mehmet Osman Dostel) Liberal Düşünce Topululuğu 2003. <http://dusuncetarihi.kapadokya.edu.tr/makale/huerriyet-uezeri-ne.html> (06/06/2020).
- Neumann Ulfried, Feindstrafrecht, 2006, s. 299-314 (Erişim Tarihi 08.08.2018 https://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Themen/Feindstrafrecht/neumann_Feindstrafrecht.pdf).
- Radbruch Gustav, „Einführung in die Grundprinzipien des Rechts“, Rhein-Neckar-Zeitung vom 12.09.1945.

