

## 23 NİSAN 1999 TARİHİNE KADAR İŞLENEN SUÇLARDAN DOLAYI ŞARTLA SALIVERMEYE, DAVA VE CEZALARIN ERTELENMESİNE DAİR KANUNA GENEL BİR BAKIŞ

*Prof. Dr. Uğur ALACAĞAPTAN<sup>(\*)</sup>*

I. 21.12.2000 tarihinde kabul edilen 4616 sayılı Kanun, yalnız yürürlüğe girmesinden sonra değil, TBMM'de görüşülmesi sırasında ve öncesinde ve aynı içerikle yapıp Sayın Cumhurbaşkanının onayına sunulan yasa metninin yeniden görüşülmesi için TBMM'ne geri gönderilmesi aşamalarında da hem hukuksal hem siyasal alanda geniş ve yoğun tartışmalara neden olmuştur. Bunlara toplumun çeşitli kesim ve katmanlarında söz konusu yasaya karşı örgütlü ve örgütsüz olarak beliren tepkileri de eklemek yanlış olmayacaktır.

Sayın Cumhurbaşkanı daha önce yayınlanmak üzere Cumhurbaşkanlığı'na gönderilmiş bulunan benzer nitelikteki yasayı, **"toplum vicdanını incitecek, hukuka adalete aykırı ve kamu huzurunu bozacak"** içerikte görmüş, bununla da yetinmeyerek **"karmaşık ve çelişkiler yumağını"** andırdığını belirttiği yasal metni şu gerekçelerle de eleştiriye tabi tutmuştu:

**"İyi halli olmamaları nedeniyle şartla salivermeden yararlanamayanlar yasa kapsamına girerken, iyi halli olmaları nedeniyle şartla saliverilmesi gerekenler yasadan yararlanamamaktadır. Olumsuzluğun ödüllendirildiği bir haksızlık ortaya çıkmaktadır"**.

**"Cezaevlerinin mevcudunun azaltılması gibi hukuksal değerden yoksun düşüncelerle af yetkisinin kullanılması toplumda adalete ve yasalara duyulan güveni azaltır. Bu yasanın yayınlanması "devletin temeli adalettir" inancını yok eder ve yurttaşların adalete olan güvenini sarsar."**

Sayın Cumhurbaşkanı TBMM Başkanlığı'na gönderdiği yeniden görüşülme yazısının gerekçesinde Anayasa Mahkememizin daha önce 1991 ve 2000 yıllarında vermiş olduğu çeşitli kararlara alıntılar da yapmak suretiyle göndermelerde bulunurken çok önemli şu hususların da altını dikkatle çizmiştir:

---

<sup>(\*)</sup> İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

**"Devletin cezalandırma politikasını yasa koyucu Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla ve cezalandırmada güdülen amacı gözardı etmeyerek tanımlamak ve gerek suç saymada gerek yaptırımları ve bunların arttırım ve indirim nedenlerini, şartla salıverme ve erteleme nedenlerini saptamada bu ilkelerin gösterdiği doğrultudan sapmamak zorundadır."**

Sayın Cumhurbaşkanı affın kapsamını belirlemek konusunda yasa koyucunun bir takdir yetkisine sahip olduğuna işaret etmekle birlikte söz konusu yetkinin kullanılması sırasında, **"Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan toplumun huzuru, adalet anlayışı ve hukuk devleti kavramlarıyla, herkesin yasalar önünde eşit olması gerektiği ve kimseye ayrıcalık tanınmayacağı ilkesinin gözden uzak tutulmamasına, affın adaletli ve dengeli sonuçlar vermesinin zorunluluğuna değinerek düzenlemenin Anayasaya uygun olmasına özen gösterilmesini istemiştir.**

Sayın Cumhurbaşkanı SEZER tarafından TBMM Başkanlığı'na gönderilmiş bulunan söz konusu yazıda yer alan somut hükümlerle ilgili değerlendirmelere burada değinmeme gerek yoktur. Çünkü bu tebliği sunmaktaki amacım, Sayın Cumhurbaşkanımızın çok haklı uyarılarına karşın kabul edilen yasa hakkında **"ÖZGÜRLÜKÇÜ CEZA HUKUKU"** anlayışı ve **"HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE HUKUKA SAYGILI DEVLET"** anlayışı çerçevesinde genel bir değerlendirme yapmaktır.

II. Bu noktada Anayasa Mahkememizin 39. Kuruluş yıldönümü vesilesiyle esas bakımından 4616 sayılı yasa ve yarattığı sorunları kapsayan çok geniş katılımlı bir "ANAYASA YARGISI SEMPOZYUMU" düzenlemiş olmasının ne kadar büyük bir isabet taşıdığına işaret etmek isterim. Ülkemizde en önemli konuların dahi sınırlı bir çerçevede bile tartışılma gereğinin duyulmadığını bir an için hatırlarsak siyasal, toplumsal ve hukuksal açıdan olağanüstü bir genişlik ve yoğunluk arzeden bu sorunun hukukun çeşitli alanlarındaki uzmanlıklarıyla tanınan bilim adamlarının katkılarıyla tartışmaya sunulmuş ve bu meyanda konuşmacılarla birlikte dinleyicilerin de katkılarına açık bir yöntem saptanmış olmasından dolayı Anayasa Mahkememizin Sayın Başkan ve Üyelerini kutlarım.

İsabetle saptanmış olduğunu gördüğüm konuların aklın, bilimin ve deneyimin süzgecinden geçirilmesi hem değerlendirmelerin, hem de bundan çıkarılacak sonuçların sağlıklı, doğru ve gerçekçi olmalarının güvencesini teşkil edecektir.

III. Kamuoyunda ve hatta hukukçuların söyleminde "Af Yasası" diye sözü edilen 4616 sayılı yasa acaba bir af yasanı mı, dava ve cezaların ertelenmesi yasanı mı yoksa şartla salıvermeyi geçici özel hükümlere bağlayan bir yasal düzenleme midir?

Yukarıdaki soruya kesin ve sınırları belli bir cevap vermeye olanak yoktur. Belki doğru olan değerlendirme, yasanın "**hybrid**" yani hünsa nitelik taşıyan bir yasa olduğudur. Başka bir deyişle içerik ve niteliği en iyi bir hukukçuyu dahi kuşkuyla düşürebilecek bir özel görünüme sahiptir.

Yasanın birinci maddesinin birinci bendindeki "ölüm cezaları yerine getirilmez" hükmüne bakarsanız bu bir af yasanıdır. Aynı sonuca aynı maddenin dört numaralı bendine baktığınızda karşınıza çıkan "öngörülen süreler ... suç işlenmeksizin geçirildiğinde, ... kamu davası açılmaz, açılmış olan davanın ortadan kaldırılmasına karar verilir" hükmünü okuduğunuzda da varmanız kaçınılmazdır.

Buna karşılık, yasanın çeşitli hükümlerinde, bir yandan şartla salıvermeden bir yandan da Türk hukukunda, koşul ve sonuçları belirtilmemiş bir müesseseden, yani, davaların ertelenmesinden söz edildiği görülüyor. Bundan sonra da geniş bir istisnalar listesini okuyoruz. Çeşitli vesilelerle işaret edildiği gibi, bu istisnaların saptanmasında hukuken geçerli sayılabilecek ne gibi nedenlere bağlı kalındığını bilmek olanaksızdır. Belki de bağlı kalınan tek esasın politika kökenli sözde dengeci, Anayasa ve hukuku ciddiye almayan, nemelazımcı bir keyfilik olduğunu söylemek haksızlık teşkil etmeyecektir.

Yukarıda yasanın ayrıntılarına girmeyeceğimi söylemiştim. Esasen daha önce verilen tebliğlerle yapılan tartışmalar ayrıntıları bütün genişliğiyle tartışma konusu yapmışlardır. Ancak, bu tebliğ ve tartışmaların da güçlendirdiği kişisel izlenimim, özellikle Anayasanın 87. maddesindeki yasağı delmek için kanunun bu biçimde kaleme alınmış olduğudur: Yasa metnindeki terslikler, çarpıklıklar, şaşkınlıklar ve mantıksızlıklarla haksızlık ve eşitsizliklerin kaynağında, başlık değiştirerek Anayasaya aykırılığı gözden kaçırmak gibi bir kötü niyet vardır. Sanki yasa koyucu, daha doğrusu parlamentoya egemen olan yürütme erki, bizzat yapmak istediği halde yapmaya cesaret edemediği şeyleri Anayasa Mahkemesi'nce verilmesini ümit ettiği iptal kararlarıyla gerçekleştirmek istemiştir.

Yasanın arkasındaki bu niyet anayasa hukukunun ve özellikle ceza hukukunun temel ilkelerine ve siyaset etiğine aykırı olabilir; fakat mahkemeler kararlarını hukuken doğru gördükleri esaslardan hareketle ve hukuka uygun olarak verirler. Ve bu çeşit kararlar iyi olmayan niyetlerin ödüllendirilmesi ya da kötü niyeti duygusallıkla yanıtlamak anlamına asla gelmemelidir.

IV. Şimdi, tekrar yukarıdaki soruya dönmek istiyorum. Daha önce de sorulan ve hem bu Yüce Mahkeme hem de onun onurlu başkanlığını dirayetle yürütmüş Sayın Cumhurbaşkanı tarafından irdelenmiş temel sorunu şu şekilde özetleyebiliriz:

Bu bir af yasası mıdır, yoksa bir şartla salıverme yasası mı?

Aslında bu soru 12.4.1991 gün ve 3713 sayılı "Terörle Mücadele Kanunu"nun bazı maddelerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilen itiraz vesilesiyle zaten sorulup tartışılmıştı:

Anayasa Mahkemesi soruyu cevaplandırmadan önce, itiraz konusu kuralın, hukuksal niteliğinin irdelenmesi gerektiğini düşünerek af ve şartla salıverme kurumlarının hukuki niteliğinin doğru bir şekilde saptanmasının zorunlu olduğunu görmüştür.

Konuyla ilgili herkesin yakından bildiği bu anlam saptamada, affın ve şartla salıvermenin hukuki çerçevesi çizilirken Anayasa Mahkememizin değerlendirmelerini tekrarlamadan bu iki müessesenin hukuki nitelikleri belirlendikten sonra bundan çıkarılmış olan sorunlara değinmek ve bunları irdelemek istiyorum. Zira bu irdilemeden çıkacak sonuçlara göre Türk Hukukçularının, siyasetçilerin, toplum üyelerinin ve hepsinden önce Yüce Mahkemenin önünde bulunan ve cevabı aranan sorunun gerçek boyutları ortaya konulabilecektir.

Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarından birinde (8.10.1991, 34/34 AMKD Sayı: 27, 2. Cilt, 1993, s. 571 ve mü.) af ve şartla salıvermenin anlamalarını belirttikten sonrası şu geçici sonuca varmıştır:

**"... iyi hal koşulunun yokluğu itiraz konusu düzenlemeye bir yönüyle şartlı af görünümü vermekte ise de; istemle bağlı olmadan şartla salıvermeden söz edilmesi cezanın bir bölümünün çektirilmesinin gerekliliği ve daha önemlisi, ... koşulların oluşması durumunda şartla salıverme kararının geri alınması olanağının bulunması, öngörülen düzenlemenin aftan**

**çok şartla salıvermeye benzediğini, kendine özgü bir nitelik taşıdığını göstermektedir."**

Sayın Anayasa Mahkemesi yasanın hukuki düzenlemesini bu şekilde nitelendirdikten sonra itirazı gönderen İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin, kesin hükümlerle birlikte suçla ilişkisi kesilen ve hükümlü statüsüne giren kişilerin suçları ne olursa olsun aynı genel koşullar içinde ceza infazına tabi olmaları ve bu meyanda şartla salıvermeyle ilgili hükümlerin tüm hükümlüler hakkında aynı biçimde uygulanmamasının hukukun genel ilkesine ve yasa önünde eşitlik kuralına aykırı düştüğü yolundaki gerekçesini şöyle irdelemiştir:

**"yasa önünde eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp haklı nedenler varsa farklı uygulamalara olanak veren bir ilkedir. (Başka bir deyişle) aynı durumda olanlar için farklı düzenleme Anayasaya aykırılık oluşturur....Cezanın caydırıcılığı ve suçlunun topluma ...yeniden kazandırılması ceza politikasının temel ilkesini oluşturur. Toplumun suça verdiği önem ve suçun ağırlığına göre ceza farklılaşabilir ve ağırlaştırılabilir."**

**"Suçluyu topluma yeniden kazandırma amacının gerçekleşebilmesi suça bağlı kalmadan ayrı bir programın uygulanmasını gerektirir. Tüm çabalar suçlunun suça yeniden yönelmesini önlemektir. Bu da suça göre değil, suçlunun... durumuna göre düzenlenecek programla olur."**

Görüldüğü gibi Yüce Mahkeme, infaz programının işlenmiş olan suça göre bir ayrıma gitmeden yürütülüp sonuçlandırılmasının ne kadar önemli olduğunun altını ısrarla çizmiştir. Sayın Mahkemeye göre, şartla salıvermede egemen olan çağdaş eğilim ve yöntemlere göre mahkûmiyetin konusu olan suç, şartla salıvermenin koşulları ve uygulaması açısından belirleyici değildir. Bunun aksine bir uygulama, Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı olur. Zira, "böylece, sonraki yasanın bir tür geçmişî kapsayan, kimi hükümler bakımından çekilecek cezayı ağırlaştırarak anayasanın eşitlik ilkesine aykırılığı daha belirgin kılan kuralı, infaz hukukunun temel ilkelerine ve Anayasanın hukuk devleti ilkesine de" aykırıdır.

Görülüyor ki, Anayasa Mahkemesi konuya infaz hukuku bakımından yaklaşırken, yalnız eşitlik ilkesini değil "hukuk devleti" ilkesini de esas almıştır.

Af konusuna gelince... Bir düşünceye göre, yasa koyucu hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezanın türü ve süresi ile artırım ve indirim nedenlerini saptayabileceği gibi şartla salıverme ve erteleme adı altında düzenlemeleri de öngörebilir. Anayasamızın 87. maddesine göre istisnaları saklı olmak üzere TBMM genel ve özel af ilanına karar verebilir. Yani bir fiili suç saymak kadar onu affetmek, affın kapsamını belirlemek, kimi suçları işleyenleri aftan yararlandırırken kimilerini ayık tutmak ya da daha az yararlandırmak yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır.

Yeter ki, toplumun huzuru, adalet anlayışı, hukuk devleti, yasaların herkes bakımından eşit olduğu gibi ilkeler göz ardı edilmesin ve yapılan düzenlemelerin Anayasaya uygun olmasına özen gösterilsin. (Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER'in af yasasının yeniden görüşülmesi hakkındaki yazısına bkz.)

Anayasa Mahkememiz de kararlarında buna paralel görüşlere yer vermiştir:

**"Yasama organı salt af yasası çıkarıp Anayasanın af dışı tuttuğu suçlara ilişmeseydi Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırı olmadıkça suç türleri arasında farklı af süreleri getirilmesine karışamazdı."** ( Yukarıda anılan karar, AMKD, Sayı: 27, Cilt: 2, sayfa 580.)

Mahkeme, daha eski bazı kararlarında ise, af konusunda devleti ön plana çıkaran klasik görüşlere öncelik tanımıştır:

**"... Anayasanın affa yetkili kıldığı merci affın kapsamını da belirlemeye yetkilidir."** (9.6.1964, 12/47, AMKD S.1, sayfa 144.)

**Kuşkusuz yasa koyucu ... af yasaları ile ... suç işleyenlerin ya da değişik cezalara çarptırılanların aftan değişik ölçülerde yararlanmalarını, haklı nedenler varsa, bir kesimin hiç yararlanmamasını sağlamaya yetkilidir. Bu tür düzenlemelerin yasa önünde eşitlik ilkesini zedelediği de öne sürülemeyecektir."** (13.03.1979, 67/14, AMKD S.17, sayfa 111.)

Yüksek Mahkeme Terörle Mücadele Kanununun şartla salıvermeye ilişkin bazı hükümlerini iptal etmesinden sonra 31.03.1993'de 91/18, 92/20 sayılı kararında (AMKD Sayı 28, Cilt 1, sayfa 232) yukarıda değinilen karardan radikal bir sapma göstererek yasa koyucunun şartla salıverilmenin koşullarını zaman içinde toplumun gelişmesine göre takdir edip kimi suçlardan hüküm giyenlerin bundan yararlanmayacaklarını, bu bağlamda Terörle

Mücadele Yasası kapsamına giren fiillerle diğer fiiller arasındaki ayrılık nedeniyle bunlara ilişkin cezaların infazında toplumsal gereksinmelerin göstereceği farklı düzenlemelere başvurabileceğini ifade ettikten sonra şu sonuçlara varmıştır:

**"Değişik eylemler için değişik yaptırımlar öngörülebilmesi yasa koyucunun takdir alanına girdiği gibi şartla salıverilme yönünden de kimi suçlar için ayrı kurallar konulması eşitlik ilkesine aykırı değildir."**

Kolaylıkla görülebileceği gibi Anayasa Mahkemesi son zikrettiğimiz eski ve yeni tarihli bazı kararlarında iki ilkeyi benimsemektedir:

- yasa koyucu değişik eylemler için değişik yaptırımlar koyabilir,

- toplumun huzuru ve suçların önlenmesi açısından kimi suçlar için şartla salıvermenin uygulamasında değişik düzenlemeler getirebilir.

Bu iki ilkeyi Anayasa Mahkemesinin 08.10.1991 gün ve 36/35 sayılı kararında yer alan bir cümle ile birleştirdiğimizde üçüncü ilke de ortaya çıkmaktadır:

- "yasama organı salt af yasa çıkartıp Anayasanın af dışı tuttuğu suçlara ilişmeseydi Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırı olmadıkça suç türleri arasında farklı af süreleri getirilmesine karışamazdı".

Bu noktada özellikle bu son cümlenin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalarak çıkarılacak sonuçlar yorumlayıcıyı yanlış anlamalara kolaylıkla çekebilir. Gerçekten Mahkeme, bir yandan, suçlunun topluma yeniden kazandırılmasının ceza politikasının temel ilkesini oluşturduğunu ve topluma yeniden kazandırma programının suça değil, suçlunun durumuna göre düzenlenip uygulanacağını, böylelikle infazın, hükümlünün işlediği suça göre bir ayrıma gidilmeden yapılmasının gerektiğini belirtip hilafına davranışın eşitsizliğe yol açacağını söylerken, bir yandan da, çok önemli bir ilkeyi ön plana çıkarmakta ve eşitlik ilkesine aykırı yasal düzenlemelerin infaz hukukunun temel ilkelerini ihlal etmekle kalmayıp Anayasanın 2. maddesinde hükme bağlanan **"Hukuk Devleti"** ilkesine ters düşeceğini de tereddüde yer bırakmayacak şekilde söylemektedir.

V. Geldiğimiz bu noktada, suç ve yaptırım fenomenlerinin, tarihsel boyutları ve son yüzyıldaki gelişme özellikleri ve yönleri incelenip irdelendikten sonra bazı sabit yani değişmez ve çağın infaz ilmi ve kriminolojiyle ilgili yaklaşımlardan etkilenmeyen verilere ulaşılmış olduğunu belirtmeliyim. Tarihsel deneyimler ve çeşitli ülke ve rejimler arasında yapılan karşılaştırmalardan sonra ortaya çıkan bu değişmez noktaları şöyle sıralamak mümkündür:

- Suç insanlık tarihinin her döneminde olmuştur. Suç işlenmeyen bir dönem ve toplum yoktur. Değişen sadece suçun nicelik ve niteliğidir.

- 19. Asırdan bu yana suç azalmamış toplumsal gelişmelerle birlikte suç sayısı giderek artmış yalnızca gelişmeyen toplumlarda bir durağanlık ya da azalma gözlemlenmiştir. Bugün ise dünya çapında politik ya da adi karakterli örneği görülmemiş bireysel, toplu ya da örgütlü bir suçluluk yahut yolsuzluk patlamasıyla karşı karşıyayız.

- Dünya çapındaki bu fenomenin doğal sonucu, toplumsal endişenin ve suçluluğa karşı toplumun ve bireylerin savunma taleplerinin artmış olmasıdır.

- Öte yandan, suçluluk bütün toplumsal gruplara dağılmış olup bu gruplar özelliklerine göre farklı suçlar işleyebilmektedirler.

- Sayısı artan ve özellik ve niteliği değişen suçluluk olgusuyla savaşım ve bunların programlı bir biçimde önlenmesi suçlulukla başa çıkmayı zorlaştıracak hukuksal, siyasal, toplumsal ve ekonomik her türlü aymazlıktan kaçınılmasının, tüm uygar toplumların anahtar sorunu haline gelmiştir.

- İnsanlık tarihinin hiçbir döneminde yukarıdaki nedenlerin de katkısıyla suç işleyen insana karşı zamanımızdaki kadar olumsuz bir toplumsal tepkiye rastlanmamaktadır. Ama yine de kötümserler gibi yapmayı suçlu insanın iyileştirilebilir ve eğitilebilir olduğuna inanmak ve insanın hızlı bir moral eğitim verilerek yeniden yaratılmasının mümkün olacağına inanmak zorundayız.

- Bununla ifade edilmek istenen şey suç işleyen insana olabildiğince müsamahakar davranılması değildir. Suçluya insanca davranmakla ona özellikle toplumumuzda yaygın bir değerlendirmeye kader kurbanı gözüyle bakmak gerektiği hususu değildir. Çünkü bilimsel araştırmalar ve gözlemler göstermiştir ki suç işleyenlerin sayısı moral, toplumsal ve hukuksal denetimler azaldıkça artmaktadır.



Bu nedenle genel önleme kapsamında suçluluk ile yapılan savaşım da şu üç yolun dikkatle izlenmesi gerekir:

1. Bireyin suçlu bulunması, onu eyleminden dolayı ayıplamanın, iyi görmemenin ve suçun da toplum dışına itilmesi demektir. Suçluya verilecek ceza kollektif hukuka aykırılığa karşı hukukun ideal bir teyididir.

2. Her ne kadar zamanımızda kefaret yoluyla hem genel hem özel önlemeyi sağlama düşüncesi, hem de bireysel sorumluluk düşüncesinin yetersizlikleri görülerek yeni bir genel ve özel önleme idesi giderek güçlenmiş ise de suçun sadece insanın eksikliğini göstermekle kalmayıp aynı zamanda toplumun da mükemmel olmadığını, noksanlarını gösterdiğini unutmamalıyız. Bireyin işlediği suçta toplumun da sorumluluk payı vardır. Bu bakımdan önlemenin ufkunu toplumsal alana doğru genişletmek zorunludur.

3. Bu bağlamda atıfet tedbirlerine genel ve özel önlemeyi zayıflatacak biçimde sık sık başvurmak yerine değişken ceza ve emniyet tedbirleri uygulamakta yarar görülmektedir. Gerçekten, suçluyu topluma yeniden hazırlamakta eğer hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiğinden fazla şiddet gösteriyorsa bu cezalarla hem suçlunun hem ailesinin alınına ömür boyu çıkmayacak bir leke sürmek yerine suçlunun mamelekine ilişkin tedbirler -örneğin para cezaları- ya da suçun ürünlerinden yararlanmasının yolunu kesecek müsadere (zoralım) gibi önlemler veya kişinin özgürlüğünü bağlamakla birlikte 647 sayılı Kanunumuzun 8. maddesinde yer alan tedbirlere benzer tedbirler ya da kişiyi toplumsal hizmetlere sevk etmek gibi önlemler, belirli bir meslek veya sanatın icrasını engellemek gibi çareler ve nihayet Türkiye'deki erteleme kurumundan farklı olan mahkumiyetin denetimli bir biçimde askıya alınması anlamında Probation ve Parole gibi tedbirler çağdaş ceza ve infaz hukukunda vatandaşlık hakkını çoktan almışlardır.

Bütün bunlara değinmemdeki temel düşünce, özellikle hürriyeti bağlayıcı cezaların infazını önlemek veya hafifletmek, cezaevlerinin ıslah edilememesinden doğan rahatsızlıkları azaltmak, infaz müesseselerinin nüfusunda indrimi mümkün kılmak, mahkemelerin işini azaltmak gibi hukuki olmaktan çok siyasi nedenlerle başvuru af ve benzeri müesseselerin yıkıcı tesirlerini yok edecek, ancak, toplumu ve suçlu bireyi gözeten çarelerin mevcut olabileceğini göstermektir. Bu gibi kurum ve çareler ve önlemler hukukun uygulanmasında keyfiliğin yerini kurallara bağlılığın, ciddiyetsizliğin yerini ciddiyetin almasını sağlar. Böylelikle, her şeyden evvel hukuka

uygun davranması gereken hukuk devletinin varlığı bakımından atılması zorunlu adımlar atılmış olur. Daha doğrusu, böylelikle hukukun üstünlüğünü sağlamak amacı gözden uzak tutulmamış olur.

VI. Anayasamız 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğunu ilan eder. Bundaki amaç, hukukun her şeyin, hatta devletin de üstünde olduğunu ifade etmektir. Hukukun üstünlüğü hem devletin çeşitli organlarının, hem de bir sıfatı olsun ya da olmasın bireylerin tamamını kapsayan bir şemsiyedir. Affın ve infazın askıya alınmasının tartışıldığı böyle bir sempozyumda "hukukun üstünlüğü ilkesini" yasama organının tasarrufları bakımından ele almakta özel bir yarar vardır. Anayasa Mahkemesi, kararlarında isabetle belirttiği gibi, yasama organı düzenleme yaparken Anayasa'nın kendine tanıdığı yetkilerin sınırlarını aşmamalıdır. Böylelikle, özde anayasal düzene ve hukukun üstünlüğü ilkesine bağlılık sağlanmış olur.

**"Anayasa'nın egemenliği ve bağlayıcılığı yanında, yasa koyucunun uymak zorunda bulunduğu ilkeleri, evrensel hukuk kurallarını, düzenin dayanakları olarak benimseyen hukukun üstünlüğü rejiminde (hukuk devletinde) tüm eylemlerin hukuka uygunluğu ... en güçlü güvencedir." (28.02.1999, 32/10 AMKD, s.25, S. 121-122.)**

**"Hukuk devleti her eylem ve işleminin hukuka uygunluğunu başlıca geçerlilik koşulu bilen, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, ... insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, ... hukukun üstün kurallarına bağlılığa özen gösteren ... yasaların üstünde yasa koyucunun da bozmayacağı temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilincinden uzaklaşmayan devlettir." (02.06.1989, 36/24, AMKD, S. 25, s. 262)**

Yüce Mahkemenin hukukun üstünlüğü konusunda bir vecize gibi kaleme aldığı bir önemli ilke de şudur: **" ... hukuk devletinin en önemli bir niteliği güvenilir olmasıdır."** (12.12.1989, 11/48, AMKD, S. 25, s. 433)

Anayasa Mahkemesi'nin sıkı sıkıya bağlı olduğu bu evrensel ilkeler iki gündür burada tartışılmakta olan sorunların çözümünde büyük kolaylık sağlayacak bir ışık kaynağı olmaktadır.

Bu noktaya gelindiğinde çağımız ceza hukukuna egemen olan yeni özgürlükçü anlayış ile bundan kaynaklanan yeni yaklaşımların iyice hatırlanmasında yarar vardır.

VII. Özgürlükçü ceza hukukunun ana sorunu, hak ve özgürlerin tanınıp tanınmayacağı sorunu olmayıp, toplum hayatının zorunlu kıldığı zorunlu sınırlamaların bireysel hak ve özgürlüklere hizmet edecek ve onları güvence altına alacak bir biçim ve kapsamda kurumsallaştırılabilmesi sorunudur. Hal böyle olunca özgürlükler sorunsalının Anayasa hukukunun sınırlarını taşarak muhakeme hukuku dahil ceza hukukunun değişmez bir konusu olduğu ve çözümlerin geçerliliğinin ceza hukukunun oynayacağı rollere bağlı olduğu asla unutulmamalıdır. Bu bakımdan, ceza hukukunun özgürlükler ile toplumsal savunma arasında sağlanması zorunlu olan uzlaşma ya da uyumun etkin bir aracı haline dönüştürülmesi gerekmektedir. Hukuk ve her şeyden önce ceza hukuku özgürlükçü işlevini bu yoldan geçmeden yerine getiremez.

Bunun anlamı şudur: Yasa koyucu gerçek anlamda antisosyal karakter taşımayan hukuksal hak ve menfaatleri tehlikeye düşürmek ya da doğrudan ihlal edebilmek potansiyelini taşımayan fiilleri suç saymamalıdır. Hatta, bu çeşit suçların varlığına son vermesi beklenir. Böylece ceza hukuku demokratik, toplumsal ve hukukun üstünlüğüne bağlı devlet hedefini gerçekleştirmenin ve toplumdaki bağdaşıklık sürecinin harekete geçirilmesinin koruyucu aracı olabilecektir.

Ceza Hukukunun, böyle bir araç kimliğine kavuşabilmesi ya da dönüşebilmesi için, öncelikle, düşünce farklılıklarını bastıran ve demokratik çoğulculuk ile bağdaşmayan her çeşit siyasal nitelikteki suçlardan arındırılması, gerçek anlamda antisosyal karakter taşımayan eylemlerin suç olmaktan çıkarılması, Ceza Hukukunun, demokratik -toplumsal- Hukuka bağlı Devlet hedefini gerçekleştirmenin, toplumsal tecanüs yani bağdaşıklık sürecinin harekete geçirilmesinin, çeşitli toplumsal çıkarları korumanın aracı olması gerekecektir.

Böylece Ceza Hukuku, jandarmalık gibi, üretken olmayan statik işlevlerden hızla uzaklaşıp, toplumsal gelişmeleri harekete geçirici ve geliştirici işlevleri yüklenmek durumunda olacaktır.

Çünkü, bugün ceza yaptırımı, toplumsal koruma göreviyle bağlantılı bir güç gösterisinden ibaret değildir. Hatta, böyle bir güç gösterisi olmadığını söylemek daha doğrudur.

Başka bir deyişle, günümüzün ceza hukuku, yasalara ya da en geniş anlamda tepeden indirilen kurallara uymayı ya da uymamayı suç sayıp cezalandırmanın hukuku olmamalıdır. Çetin Özek'in isabetle belirttiği gibi, "geleneksel ceza hukuku anlayışına göre, failin ceza görmesinin nedeni, norma aykırı davranmış olmasıdır. Böyle olunca da, normu koyan siyasal erkin menfaati, korunan hukuksal menfaat olmaktadır." "Menfaat siyasal erkin olunca, bu erk, suç tanımını yapmak, yaptırımını göstermek, biçeceği cezayı çektirmek ve ondan önce de yargılamakta sübjektif hak sahibi olmaktadır".

Bu yaklaşım, insan hakları temeline dayanan çağdaş ceza hukuku ile bağdaşmaz, uzlaşmaz.<sup>1</sup>

VIII. "Bireysel hak ve özgürlüklerin güvenceleri getirilmezse ceza hukuku bir cezalandırma hukuku olmaktan öteye geçmek şansına sahip değildir"<sup>2</sup>. Bu nedenledir ki, II. Dünya Savaşından sonra yalnız faşizmden ve nazizmden kurtulan İtalya ve Almanya, ceza mevzuatını demokratik hukuk devlet ilkeleriyle bağdaşır bir içerik ve uygulamaya kavuşturmakla kalmadılar, yıllarca faşizmin pençesinde inleyen İspanya ve Portekiz de özgürlük rejimiyle birlikte tamamen yeni ve örnek ceza yasaları yaptılar. Sovyet Blokunun dağılmasıyla birlikte eski komünist blok ülkelerinde de köklü demokratikleşme atılımları yaşandı.

a) Geçmişin kötülüklerine karşı yükselen bu yoğun tepki, tepki olmak vasfını da aşarak bireyi Devlet karşısında bir yandan yüceltti, bir yandan da Ceza Hukukunun temel kavramlarıyla özel suç tiplerine yaklaşımlarda köklü değişikliklere yer verdi. Bireylerin ceza normu karşısındaki güvenceleriyle özgürlüklerine ayrıcalık tanıyan bu yeni ceza hukuku anlayışı/yaklaşımında, bireyi kamusal erkin kötüye kullanımlarından esirgeyecek yeni koruma teknikleri bu sayede gelişti ve kurumsallaşma yoluna girdi. Buna göre,

b) Yasallık ilkesi yeniden önem kazanarak varlığını pekiştirdi. Suçun Kurucu unsurları ile çeşitli soyut suç tipleri analitik ve kuşkuya yer bırakmayacak biçimde belirtilmeli,

c) Bunun doğal bir sonucu olarak ceza normunun koruduğu hukuksal menfaat (bene giuridico) derhal ve tartışılmaz biçimde gösterilmeli,

---

<sup>1</sup> ÖZEK, Çetin, 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısına İlişkin Düşünceler, İ.Ü.H.F Mecmuası 1998 sh.23

<sup>2</sup> Özek, op.Cilt. loc.Cilt 390

- Suç tipinin bütün kurucu unsurlarını kapsayacak bir kusurluluk ilke ve anlayışı geliştirilmeli,

- Suç tipleri, failin hareketine bir nedensellik bağı ile bağlanabilen yani normla korunan hukuksal yararı ihlâl edebilmeye elverişli ve neticenin tabiatçı anlayışına uygun (evento naturalistico), dış dünyada değişiklik oluşturan zarar suçları olarak öngörülmesi,

- İradî (sübjektif) Ceza Hukukunun terk edildiği ve sadece faildeki özel kastı yansıtan unsurların yerine objektif unsurlarla zenginleştirilen yasal modelleri benimseyen bir sistem gerçekleştirilmeli,

- Bir yandan suça teşebbüse, bir yandan da suç ortaklığına ilişkin normlar yeni bir anlayışla yazılıp, gerek teşebbüs, gerek suç ortaklığında tipe uygun olmayan yani yasal tanıma açık ve kesin olarak girmeyen eylemler, cezalandırmanın alanı dışında bırakılmıydu.<sup>3</sup>

Yukarıda sıralanan bu temel ilkelere uyulacak ise, çağdaş-özgürlükçü Ceza Hukuku,

- **Belirsiz, muğlak, her yana çekilebilecek gevşeklikteki ve çağın ya da olayın gereklerine göre takdire/keyfiliğe bağlı olarak uygulanabilecek suç modellerine,**

- **Bir zarar sonucunun varlık ya da yokluğunun önemini yitirdiği, sırf hareket suçlarına (şeklî suçlar),**

- **Ceza normlarıyla korunan hukuki menfaatin kesin olmayıp belirsizlik arz ettiği modellere,**

- **Objektif sorumluluğun her şekline,**

- **Teşebbüs ve suç ortaklığının alanını özgürlükler aleyhine genişletebilecek nitelikte muayyen ve tipik olmaktan uzak tüm düzenlemelere sırtını dönmek durumundadır.<sup>4</sup>**

Çünkü, "...bu sistemde....**ceza normu**, korunması amaçlanan hukuksal yararı ihlâl edebileceği öngörülen sonucu dış dünyada yaratan hareketi suç olarak tanımlar...Normun tanımladığı suç tipleri, ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanını belirler....Ceza normunun (getirdiği) yasak kuralı, korunan hukuksal yararı ihlâl edeceği öngörülen eylemi belirlediğine göre, **Ceza Hukuku**,

<sup>3</sup> Neppi Modona, Guido-Pulitanò, Domenico. Bozza per un programma di ricerca. Rapporti tra esigenze e tecniche di tutela. Sh.13-14

<sup>4</sup> op.Cilt. sh.14

cezalandırıcı değil, hakları koruyan hukuktur"<sup>5</sup> Bu bakımdan, ceza hukuku, daha doğrusu ceza normu artık Devleti (ya da) onu temsil eden yasama yürütme ve yargı erklerinin gücünü ve egemen moral değerleri korumak, kişinin suç işlemesini önleyerek toplumu savunmak gibi bir işleve sahip olmaktan çıkmış, onun yerini demokratik hakların saldırıya uğraması ve bozulmasını önlemek işlev ve amacı almıştır.

Binaenaleyh, yeni ceza hukuku sisteminde yalnızca tipik, zarar doğurmaya yahut zarar riski yaratmağa elverişli, başka bir deyişle, normun koruduğu hukuksal yararı yaratma iktidarına sahip **eylem** büyük önem taşır. Demokratik ve insan haklarına saygı gösteren, hukukun üstünlüğüne dayalı rejimlerde **eylemin tipikliği ve elverişliliğinin** bu derece önem kazanması, **tipik ve yasaya uygun her eylemin suç olabileceği anlamına gelmez**. Gerçi, hâkim, bir suçu işlediği iddiasıyla önüne getirilen kişiye yüklenen fiilin, norm ile korunan hukuksal yararı bozmağa elverişli olduğunu tereddütsüz saptamadıkça ceza veremeyecektir: ancak, ceza hukukunun asıl misyonu, bireyin haklarını korumak olduğu için, yasa koyucu, örneğin, insan haklarını ihlâl eden suçlar yaratamayacaktır. Suçlar, hem yürütme hem yasama organı tarafından değil, yalnız ve yalnız yasayla konulacak ve yasama organı neyi suç sayıp saymayacağı konusunda serbest bir takdir hakkına sahip olamayacaktır. **Çünkü, politik güç, özgürlükçü ceza hukuku bağlamında suç ve ceza koymakta ve bunlara ilişkin kural ve ilkeleri saptamakla sübjektif bir hakka değil, göreve sahiptir.**

IX. Bu bağlamda, şu husus çok büyük önem kazanmaktadır: **Odağında suç ve ceza yaptırımının yer aldığı ilişkide Devlet (veya politik güç) bireye oranla üstün ve hâkim bir noktada olamaz. Politik güç, bireyi korumak ve haklarının ihlâlini önlemekle görevli olup, bireye davranış biçimlerini dikte etmek gibi bir sübjektif hakkın sahibi değildir. Üstlendiği görevi yerine getirmekteki hareket alanı, insan haklarını sağlamak işlevi ile sınırlıdır.**

Demek ki, demokratik bir hukuk devletini yansıtacak hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı bir anayasal sistem ile ceza hukuku arasında, daha somuta indirgersek, Anayasa ile Ceza Kanunu arasında çok sıkı bir ilişki kurulması gerekmektedir. Zira, anayasal yükümlülükler ve sınırlamalar ile bireylerin hak ve görevlerinin arasındaki uyumsuzluk ve çatışmaların somutlaşacağı ortam ceza yasası olacaktır. Ceza

---

<sup>5</sup> Özek, op.Cilt. loc.Cilt  
392

normunun koruyacağı hukuksal yararların seçiminde hareket noktası, anayasal temel hak ve özgürlüklerdir. Başka bir deyişle, ceza yasasının koruduğu bütün hak ve yararların anayasal bir temeli olmalıdır. Yani, önemsiz bile görülse, anayasanın öngördüğü bir değerle karşılıklı bir ilişki içinde bulunmayan hiçbir suç olamaz.<sup>6</sup> Son on yıl içinde yapılan yeni ceza yasalarında, yukarıda özetleyerek altını çizdiğimiz özgürlükçü ceza hukuku anlayışının, bir yandan, bireysel hakların etkin biçimde korunmaları, öte yandan, yalnız hukukun üstünlüğü ilkeleriyle bağdaşık hak ve yararların ihlâli sonucunu doğurmağa elverişli bir hareketle işlenecek eylemlerin hukuka aykırı sayılması esaslarına hassasiyetle yer verilmiştir.

1995 tarihli İspanya ve Slovenya ceza yasaları yeni gelişime ayak uyduran yasaların en iyi örneklerindedir. **İspanyol Ceza Yasası**, 1. maddede suçların yasallığı ilkesini koymakla yetinmeyip madde 4/1 de, ceza yasalarının açıkça hükme bağladıkları olaylara uygulanamayacağını belirtmiş, madde 4/2 de ise hakim ilk işinin önüne gelen olayın yasada öngörülüp öngörülmediğine bakmak, cezalandırılması gerekirken cezalandırılmamış olduğunu saptadığında, cezalandırılması gerekçelerini de yazarak durumu Hükümete bildirmek, madde 4/3 de de cezalandırılmaması gerekirken cezalandırılmış ya da cezasında aşırılığa kaçılmış olan eylemler bakımından da benzer bildirimde bulunmak görevi verilmektedir. 5. maddede ise kusura dayanmayan (kast ve taksir) bir sorumluluk olamayacağı (objektif sorumluluğun reddi) esas getirilmiş 10. ve 12. maddelerde bu esas yinelenmiş 10. ve 11. maddede icraî ve ihmâlî hareketler ve cezalandırılma koşulları gösterilmiş, 16. maddede teşebbüsün açık bir tanımı verilmiştir.

**Slovenya Ceza Yasası** daha ileri bir adımı temsil ediyor: Yasanın 2. maddesine göre, **ceza yasa ve yaptırımlarına başvurmak, kişinin ve öteki temel değerlerin başka yoldan güvence altına alınması olanaksız ise hukuka uygundur.** Bu hükmün temsil ettiği çağdaş, özgürlükçü görüş ülkemizde uygulanan ve doktrinde sık sık ileri sürüldüğü gibi devleti temsil eden yasama organının ceza yaptırımına baş vurmakta adeta denetlenemez bir takdir hakkına sahip olmadığı, yetkilerinin hukukun üstünlüğü ve bireyin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve güvenceye bağlanması hedefleri ile bağımlı olduğunu ortaya koymaktadır. 3. madde kusurlu sorumluluk esasını açıkça koymakta, 7. madde ile

<sup>6</sup> OLIVARES, Gonzalo Quintero, 11 Codice Penale Spagnola del 24 Novembre 1995 sh.1, in IL CODICE PENALE SPAGNOLO

suçun tanımı verilmektedir. Çağdaş ceza sorumluluğu, bir fiilin işlenmesine bağlı olduğundan, bu önemli bir yeniliktir. 14. madde'de başka yasalarda pek rastlanmayan bir hüküm vardır: buna göre, yasal unsurları içerse bile, cezaî bakımdan çok önemsiz olan eylem suç sayılmayacaktır.

Yukarıda özgürlükçü ceza hukuku anlayışına göre, suç koyup cezalandırmanın nedeninin, demokratik düzende bireyin güvence altına alınan haklarının ihlâlini önlemek olduğunu söylemişim. Bunu şu şekilde de ifade edebiliriz: Ceza Hukukunun görevi, etik değer ve meziyetlerin zaferini sağlamak değil, ortak özgür yaşamın güvence altına alınabilmesi için konulması kesinlikle zorunlu olan yasaklar koyup bireylerin hak ve özgürlüklerinden barış ve güvenlik içinde yararlanmalarını sağlamaktır.<sup>7</sup> Bunu sağlamanın temel güvencesi de ceza normunun yasallığını tüm genişliği ile benimsemek ve uygulamaktır. Suçların, kesin, çok açık ve kolay anlaşılabilir hükümlerde ifadesini bulması ve ceza normuyla, demokratik anayasal sisteme ters düşen insan hak ve özgürlüklerini bozan suçlar yaratılmaması yasallığın çağdaş anlamını oluşturur.

Böyle anlaşılması gereken yasallık ilkesi ile örneğin, T.C.K. nun 155. maddesinde yer alan ".....geçen maddelerde yazılı ahvâl haricinde halkı kanunlara karşı gelmeğe teşvik ile **memleketin emniyetine tehlike iras edecek surette makale neşredenler.** v.s.." gibi hükümlerle Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun 1. maddesinin son fıkrasındaki "**....her ne surette olursa olsun propagandasını yapan.....**".<sup>8</sup> gibi formülleri bağdaştırmak olanaksızdır. Bu tür hükümler, yargıca (eylemi suç sayan ceza normunun amacını ve varoluş nedenini bir yana itip) sadece normu yorumlamaya olanak veren yetkinin, takdir yetkisi olmaktan çıkıp kıyaslamamanın sınırlarını zorlayan tehlikeli bir silah haline dönüşmesi sonucunu doğurmaya elverişlidirler. Bu yüzden de, yasallık ilkesini kesinlikle bozan hukuka aykırılıklardır. İşte bunun içindir ki, özgürlükçü ceza hukuku anlayışı, kıyas yasağı ile yetinmez, yasanın esnemeye yatkın hükümlerini, sorumluluk alanını genişleterek hak ve özgürlük alanını daraltmaya müncer olacağı için genişletici yorumu da reddeder ve "**Dar Yorum**" u zorunlu kural haline getirerek, bir yandan, yasamanın, öbür yandan yargı organlarının fiili suç sayma konusundaki yetkilerinin çerçevesini belirler.

<sup>7</sup> Bkz. Mantovani, op.Cilt. sh.23

<sup>8</sup> Benzer formül, Terörle Mücadele Kanununun 8.m Maddesinin değişiklikten önceki şeklinde de vardı. Hukuk Devleti ilkeleriyle bağdaşmadığı için değiştirildi.



IX. Sırası gelmiş iken şu önemli noktaya da değinmeliyim: Yasallık ilkesinin genişleyerek değişen yeni anlamı maddi ceza hukuku ile sınırlı değildir. Adil ya da Düzgün Yargılama (Fair Trial-Due Process) Hakkı adı verilen hak, anayasa ve ceza yasasında yer alan ilkelerin yargılama yolsuzlukları ile yok edilmesini ya da daraltılmasını engellemek için Muhakeme Hukukunun temel kuralı haline gelmiştir. Bu hakkın iç hukukumuzun da aslı bir hükmü haline geldiğini kabul etmekten başka çıkar yol yoktur. (Anayasa 38, AİHS. 6).

X. Açıklamalarımın bu noktasında, sunuşumun özü ile ilgili çok büyük önem taşıyan bir hususa değinmemde zorunluluk vardır: Hukukun üstünlüğüne saygılı demokratik devlet sıfatına layık bir sistemde, suç alanının sınırları ve temel ilkeleri, özellikle tehlikenin suç sayılıp sayılamayacağı, sayılabilecekse özgürlük düşüncesini rahatsız etmeyecek esasların neler olabileceği sorularına yanıt ararken şu soruyu da sormak kaçınılmazdır: Politik güç ile bireyin çıkarları bu alanda çatıştığında ağırlık kimin yanında olmalıdır?

İkinci Dünya Savaşından ve özellikle 1970'lerden sonraki gelişmeler, bireyin hak ve çıkarlarına öncelik ve üstünlük tanıma yönündedir. **Bugünden, nerede, nasıl bir determinan faktör olacağını kestiremeyeceğimiz** küreselleşme akımı tüm sonuçlarıyla egemen olacaksa, bu akımın Devleti geri plana itip etnik gruplarla birlikte bireyi sivirtmekte olduğu göz önüne alındığında tercih yapmanın zor olmayacağı düşünülebilir.

Bugün, en yeni ceza yasalarında bireye karşı suçların, özel bölümün en başında yer aldığını, Devlete karşı suçların, topluma karşı işlenenlerin ardından en sonda yer aldığını görüyoruz.

Bunun gerçek nedeni suçun pasif sujesi ile yasayla korunan hukuksal yarar kavramlarının birbiriyle karıştırılmaması gereken farklı hukuki kavramlar olduğunun gün ışığına çıkmış olmasıdır. Bu anlayış, örneğin 1997 tarihli Ceza Yasası Tasarısında yer aldığını gördüğümüz "Devletin yararları" deyiminin Devletin şahsiyet olarak kavranması anlayışını reddeder. Zira, bu 1930 tarihli faşist İtalyan Ceza Kanunundan kaynaklanan bir anlayıştır.

Türk doktrininde yeni yeni ve çağdaş İtalyan ceza hukuku doktrin ve uygulamasının ilke ve kurallarından esinlenerek yükselen sesler bazı çevreleri biraz sarsar gibi olsa da çağdaş ortamı algılamamızı sağlayan çok önemli bir fırsatı yaratmaktadır. Yükselen bu yeni sesin belirttiği gibi, özgürlükçü ceza hukuku öğretisi ve ondan

kaynaklanan yeni ceza yasaları, devletin kişilik olarak algılanmasının, bireyi dışlayan bir despotizme giden yolun kılalacağı aşıkârdır.

Özellikle Devletin kendine özgü bir kişiliğe ve ceza, muhakeme ve infaz hukuku alanlarında çıkarlara sahip olduğu kabul edilecek olursa, kişilik ve çıkarlarını koruyabilmek bahanesiyle, sınırsız yetkilerle donatılmasının önüne geçilemez. Böyle olunca da siyasal güç , ceza hukukuna aykırılığı (yani suçu) saptamak, bu aykırılıkların yargılanması yöntemlerini belirlemek, suça uygulanacak yaptırımı ve infaz esaslarını koymak konularında subjektif hak sahibi haline gelir ki, bu siyasal güce, ceza normunun koruduğu hukuksal hak ve menfaatleri kendi keyfince saptamak gücünü verir (Özek, op, cit, s.41 vd.)

Faşizm ve Nazizmden kaynaklanan devlet-ulus anlayışı artık terk edilmiş ve tarihe karışmış olduğu için çağımızda devletin çıkarları ile bireyin çıkarları arasında bir çelişki olabileceği varsayımı da hukuk hayatından dışlanmıştır. Artık, siyasal sistemin kötü gözle baktığı düşünce ve davranışları cezalandıran anlayış, çağ dışı ve hukuk dışı sayılmaktadır. Birey gerçek gücünü sadece ceza yasaları ile değil Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi ulusal üstü mercilerin özgürlükçü hukukun kapsamını giderek genişleten kararları ile de kazanmış bulunmaktadır.

Siyasal bir örgütlenme olarak bireyin yanında yer alması doğal olan devlet suçu önlemek yükümlülüğünün de muhatabıdır. Ama bu klasik öğretilerde olduğu gibi, onu tüm suçların mağduru gibi kabul etmemize olanak vermemektedir. Bugün devlete düşen rol, onun, bireyin haklarını koruyan bu hakların güvencesini sağlamakla görevlendirilen politik bir güç olmasından ibarettir. Bu gücün bağımsız ve özgün bir iradesi olmadığı için Devlete karşı işlenen suçlarda bile Devlet ancak pasif bir suje olup, korunan asıl hukuksal yarar bireye ait olan bir yarardır. Yani, suçun devletin kendine has çıkarlarını bozan hukuka aykırılıklardan ibaret olduğu anlayışı artık geçersizdir. Buna göre, siyasal iktidar düzenine karşı işlenen suçlar bile devletin bir hakkını değil bireyin demokratik düzende yaşamak hakkını engellediği için suç sayılır. Tekrar etmek gerekirse, devletin suçun pasif sujesi olması ihlal edilen hak ve menfaatin devlete ait olduğunu göstermez. Bu nedenle de, devletin suç alanını, işlenen suçun yargılanmasına ilişkin ilkeleri, yargılama sonunda verilecek cezanın infazını, bu infaza ara verme ya da cezalandırmadan

**tamamen ya da kısmen vaz geçme gibi yetkileri bir subjektif hak sahibi olarak da kabulü anlamına gelmez.<sup>9</sup>**

XI. Böylelikle istediği fiili istediği gibi suç saymakta bir subjektif hakka sahip olmadığını belirttiğimiz devletle suçlu görülen birey hakkında hükmedilen ceza arasındaki ilişkinin niteliklerini tartışabileceğimiz noktaya gelmiş bulunuyoruz. Çağımızda hükümlünün ıslahı, yani özel önleme cezanın genel önleme niteliğiyle birlikte ön plana çıkmış ise de özgürlükçü ceza hukuku, cezalandırmanın temel fikir ve işlevinin kefarete olduğuna inanır. Bu inancı, cezanın mutlaka eziyet verici olması gerektiğine inanmasından kaynaklanmaz. Özgürlükçü ceza hukukunun kefareti genel ve özel önlemeyle birlikte ceza müessesesinin temel vasıflarından biri ve önemlisi olarak kabul etmesinin altında yatan düşünce şöylece özetlenebilir:

Bir kere kefarete duygusu insanın en derin adalet duygusunun içine kök salmıştır. Bu gerçek göz ardı edilemez. En az bunun kadar önemli olmak üzere ikinci bir gerekçe de şudur: İnsana kişi olarak değer tanıyan çağımız dünyasında, kefarete esas insan vakarına ve özgürlüğüne değer veren bir yaklaşımdan kaynaklanan çağımız kefarete anlayışı insanın suç politikalarının bir aleti olarak kullanılmasını engeller. Çünkü, **kefarete, insanın seçme hürriyetini, başka bir deyişle otokontrole sahip olduğu düşüncesine dayanır.** Bu bakımdan da, bireyin sorumluluğunu sağlam bir pedagojik temele oturtur. Cezanın, insanın onuru ile bağdaşır olması ilkesi, bireyi keyfi işlemlere karşı olduğu kadar topluma karşı da koruyan etkili bir ilkedir. Bu bakımdan yani keyfi ve ilkesiz cezalandırmaya karşı bireyin korunmasında yasallık ilkesinin yukarıdaki paragraflarda değinilen özgürlükçü ceza hukukuna uygun içeriği önemli bir aşama oluşturmuştur.

Konuyu evrensel planda değil, bölgesel planda ele aldığımızda da cezalandırmanın ve cezanın infazının çerçevesini çizen ölçütler değişmemektedir. Bu vesileyle Kopenhag Kriterlerinin, demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarına saygıyı mutlaka uyulması gereken siyasi kriterler arasına sokmuş olduğunu hatırlamakta yarar vardır.<sup>10</sup>

Kefarete bugün bile önemini yitirmemiş olması, cezanın temel amaçlarından birinin hükümlünün ıslahı olduğunu unutmak anlamına

<sup>9</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Özek op.Cilt. loc Cilt.

<sup>10</sup> Bkz. MANTOVANI, op.Cilt., s.749 ve mü. - İÇEL, Kayıhan, Yaptırım Teorisi, 2000, s.19

gelmez. Nitekim, modern anayasalar, cezanın suçlunun ıslahına yönelmesi esasını anayasal ilkeler arasına koymuşlardır. (Örneğin İtalyan Anayasası, madde 27, fıkra 3.) Hükümlünün ıslahı amacı, yine birçok anayasalarda yer alan cezaların gayri insani olamayacağı kuralıyla tamamlanmaktadır. Anayasamızda suç ve cezalara ilişkin esasları koyan 38. madde bu konuda susmakla birlikte Anayasanın 17. maddesi 3. Fıkrasında "... KİMSE İNSAN HAYSİYETİYLE BAĞDAŞMAYAN BİR CEZAYA ... TÂBİ TUTULAMAZ" Hükümüne yer vererek ceza yaptırımına nasıl bir gözle baktığını göstermiştir.

Bu ve benzeri evrensel kurallar, ceza infazının suçlu bireyin kişiliğinde önemli değişiklikler gerçekleştirerek topluma yeniden kazandırılmasının daha doğrusu suçlunun yeniden toplumsallaşmasının temel koşulu olarak, anlaşılır. Avrupa Cezaevi Kuralları'nın 1. maddesinde açıkça belirtildiği gibi hükümlü önce bir insandır. Öte yandan suçun nevi cezanın infazını etkilememelidir. Başka bir deyişle, işledikleri suç ne olursa olsun infaz hukuku önünde tüm suçlular eşittir. Zira, içeride olan insandır, suç dışarıda kalmıştır.<sup>11</sup>

Böylelikle cezanın infazının, yaptırım olgusunun temel bir karakteri akıllıca düzenlemesi gereken bir unsur olduğu ortaya çıkar. Çünkü, ceza infazı, cezadan beklenen amaçları gerçekleştirecek bir şekilde kurumsallaştırılmazsa başarısızlık kaçınılmazdır. Cezanın infazının suçlunun kişiliğinin gelişmesi hedefiyle ahenkleştirilebilmesi için idarenin keyfiliğinden kurtarılması gerekir. Çeşitli ülkeler tıpkı ana ceza kanunları gibi infazın temel ilkelerini yasal esaslara bağlayan özel kanunlar ya da "Code"lar yapmışlardır. Alman ve Polonya kanunlarını birer örnek olarak gösterebiliriz. Bu gelişmeler sonunda çağımızda İnfaz Hukuku kavramını da aşan **İnfaz Ceza Hukuku** adı verilen yeni bir hukuk dalı oluşmuştur. İnfaz kavramı bu hukuk dalının odağıdır.

Demek ki, siyasal güç, yasama organı aracılığıyla suç fenomenine, daha doğrusu hangi fiillerin suç sayılacağı sorunsalına nasıl kendi ölçüleriyle yaklaşmak gibi bir keyfiliğe müncer olabilecek bir denetimsizlikten yararlanamıyor, bu bağlamda sübjektif bir hakka sahip bulunmuyor ise suçlu bulunan bireye yaptırım uygulamakla sağlanacak yararların ya da hedeflenecek amaçların saptanmasında da hukukun üstünlüğü, insana saygı ve demokrasi adı verilen ilkelere bağlı kalmak durumundadır. Ceza yaptırımının uygulanmasında İnfaz Ceza Hukukunun gereklerinden keyfi sapmalar doğuracak müdahaleler yapılmamalı, yaptırımdan beklenen genel önleme, özel

<sup>11</sup> Türk İnfaz Sisteminin Sorunları, Ankara Barosu Yayını, 2000, s. 23.

önleme, yani ıslah ve bu arada, kefarete esaslarının zedelenmesi yoluna gidilmemelidir.

XII. Öğretide "Atıfet Tedbirleri veya İşlemleri" diye bilinen kurumlara, yukarıda ayrıntılı biçimde değinilen amaçların gerçekleşebilmesi açısından zamanımızda pek iyi bir gözle bakılmamaktadır. Bunlardan en çok itiraz toplayanı Genel ve Özel Aftır. Bu konuda genellikle şöyle düşünölmektedir: Eğer ceza yasası haklı ve hakkaniyete uygansa uygulanmalı, haksız ise değıştirilmelidir. Bunun dışında zorunluluk unsurunu taşımayan herhangi bir gerekçeyle af yoluna başvurulması, ya yasanın ya da kesin yargının inkârı, en azından bir süre için askıya alınması anlamına gelir. Absürd ya da gaddar yasalar nasıl zararlıysa af da o ölçüde zararlıdır. Çünkü, az önce değindiğimiz gerekçeler dışında af ve benzeri atıfet muameleleri cezanın aklî hiçbir amacıyla bağdaşmazlar.

- Kefarete unsuruyla bağdaşmazlar; çünkü, cezanın işlenen kötölükle orantılı olması ve geriye alınamazlığı ilkesini bozarlar.

- Genel önleme esasını da, cezanın caydırıcı niteliğini zaafa uğratarak anlamsız kılarlar. Hele, sık sık ya da ölkemizde de göröldüğü gibi periyodik olarak başvurulduklarında bu sakınca daha da artar.

Affı haklı ve zaruri görenler bile bu yola başvurulmasını sadece olağanüstü hallerde ve tekrarı söz konusu olamayacak toplumsal, siyasal vb. gelişimlerden kaynaklanan durumların hafifletilmesi ya da giderilmesi için yararlı saymaktadırlar. Böylelikle hem toplumsal barışın hem de normallığe dönüşün sağlanabileceği düşünölmür. Ancak demagojik, popölist, bir olayı veya yıldönümünü kutlamak gibi ciddi ve hukuki olmayan gerekçelere ya da adli mekanizmayı düzeltecek yerde adaletin yükünü hafifletmek, cezaevlerini günün koşullarına uyduracak reformları yapmak yerine boşaltmak gibi yollara ciddi ve hukuka saygılı bir devletin başvurmaması beklenir. Zira, Anayasa Mahkememizin belirttiği gibi, hukukun üstünlüğünü en yüksek değere kabul eden devletin en önemli niteliği güvenilir (ve ciddi) olmasıdır. Güvenilir ve ciddi bir devlet bu gibi yasal tasarruflara başvurarak kendi otoritesini zaafa uğratmaz ve ceza hukukunun etkinliğini yitirmesine, mahkemelerin ve zabitanın boşa çalışmış olmalarına sebep olamaz.

Bağımsız mahkemelerin suçlu bulduğu kişileri bir yandan topluma ıslah etmeden salarak toplumsal alarmı üst düzeye

çıkarmak, bir yandan da yeni suçların işlenmesine yol açarak hafiflikler yapamaz.

Devlet, vatandaşları suça karşı korumak görevini ihlal edemez, suçlu bulunanı başıboş bırakamaz.

Bu gerçekler, tartışılması bile mümkün olmayan birtakım postülatlardır. Nitekim, bazı anayasalar genel ve özel af kanunlarının her iki mecliste ve her maddesi ile tümünün oylanmasında en az üçte iki çoğunluğun sağlanması halinde parlamentodan geçmiş sayılabileceği hükmünü veya benzer engelleri koymak ihtiyacını duymuşlardır. (bkz. İtalyan Anayasası, madde 79.) Hatta, konuya Anayasa Mahkemeleri de el atmak durumunda kalarak affın gelişigüzel uygulamasının, onun akla uygunluğu ve kabul edilebilirliği üzerinde haklı kuşku yaratmakta olduğunu açıkladıktan sonra bu yola sadece olağanüstü hallerde ve içeriği sınırlı olan yasalar yaparak başvurulması gerektiği yolunda kararlar vermişlerdir. (bkz. MANTOVANI, op.cit., s.834, dipnot 23.)

### **SONUÇ:**

4616 sayılı Yasa, birçok hükümleriyle sadece evrensel eşitlik ilkesini ihlal etmemiş, bundan da önemli olmak üzere, hukukun üstünlüğü ilkesini, devletin güvenilirlik ve ciddiyetini ağır bir şekilde sarsmıştır. Bu sarsıntının yıkıntıya dönüştürülmemesi ve yasama organının yetkisinin sınırlarının bir kez daha, ancak bu kez hukukun çağdaş gelişmelerle ortaya koyduğu gerekçelere de yer verilerek, belirtilmesi zorunlu hale gelmiştir. Devletin *omni potent* olmadığı onu temsil eden organlar ve kişiler tarafından da iyice anlaşılmalıdır. Politikanın adaleti mahvetmesi önlenmelidir. Politik emellerini yasa hükmüne dökebilecek kadar cesaret sahibi olmayanların adaleti hukuk dışı kısıtların içine itme arzularına set çekilmelidir. Ancak, bu yapılırken hukukun üstünlüğü hep akılda tutulmalı, onun aydınlığından daima yaralanarak bireyi ve hukuku kurtarmak asıl endişeyi oluşturmalıdır.