

Yasa Koyucunun Suç ve Ceza Siyasetini Belirleme Yetkisinin Anayasal Denetimi^(*)

Constitutional Review of the Authority to Determine the Policy of Crime and Punishment of Legislature

Arş. Gör. Hilal DÜZENLİ^(**)

*“Biz tekil kişiler olarak, ruh olarak, birer birer yaşarız.
Kişi, tek bir kişi olarak.
Ortaklık, umut edebileceğimiz en iyi şeydir.
Ve ortaklık çoğu kişi için dokunmak demektir:
Elinizin bir başkasının eline dokunuşu,
birlikte yapılan iş, birlikte çekilen kızak, birlikte edilen dans...”
(Ursula Le Guin, Kadınlar Rüyalara Ejderhalar)
Hayatın bana sunduğu en güzel ortaklıklardan birine,
dostum Cero'ya...*

Öz

Yasama yetkisinin asliliği ve genelliği ilkeleri uyarınca yasa koyucu suç ve ceza siyasetini belirleme yetkisine sahiptir. Anayasa Mahkemesi'nin bu yetkiyi anayasaya aykırılık halinde denetleyebileceği konusunda şüphe yoktur. Ancak suç ve ceza siyasetinin siyaset bilimine ait bir mesele olarak görülmesi nedeniyle anayasa mahkemelerinin bu konuda mümkün olduğunca yasa koyucunun alanına müdahale etmekten kaçındığı görülmektedir. Bu nedenle suç ve ceza siyasetinin anayasal sınırları, öğretide de üzerinde çok durulmamış bir meseledir. Anayasa Mahkemesi tarafından ölçülülük ve eşitlik ilkeleri ile denetlenen bu yetkinin normatif sınırlarının ortaya konulması, anayasal denetim açısından çok önemlidir. Söz konusu denetimin doğru bir şekilde yapılması; cezalandırılabilirlik kavramı, suçla korunan hukuki değer ve ceza hukukunun son çare olması gibi ceza hukuku kurumlarının anlaşılması ile mümkün olabilir.

Anahtar Kelimeler

Suç Siyaseti, Cezalandırılabilirlik, Yasa Koyucunun Takdir Yetkisi, Ölçülülük İlkesi, Eşitlik İlkesi.

^(*) Makale gönderim tarihi: 23.01.2020, Makale kabul tarihi: 01.03.2020.

^(**) Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: hilalduzenli@cankaya.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-4257-0031>.

Abstract

In accordance with the principle of the generality of legislative power, the legislator has the authority to determine the policy of crime and punishment. Even though the Constitutional Court *intra vires* review this policy in case of unconstitutionality, constitutional courts refrain from interfering with the legislator's field as much as possible concerning the crime policy is a political science issue. For this reason, the issue of constitutional limits of crime and criminal policy is also a subject that has not been emphasized in the doctrine too much. Revealing the normative limits of this authority, which is reviewed by the Constitutional Court based on and equality, is very significant for the constitutional review. Review the crime policy properly only could be possible with understanding criminal law notions such as the concept of punishability, the criminally protected legal interest and *ultima ratio* principle.

Keywords

Crime Policy, Punishability, Legislative Discretion, Principle of Proportionality, Principle of Equality.

GİRİŞ

“*‘Ceza hukuku, suç siyasetinin önünde aşılabilir bir engeldir.’*” Roxin, Franz von Lizst’in 1904’ten önce söylediği bu cümleye 1973 tarihli “Suç Siyaseti ve Ceza Hukuku Sistemi” adlı eserinin en başında yer vermiş ve ceza hukuku ile suç siyaseti arasındaki gerilimin o tarihlerde de hala var olduğunu belirtmiştir.¹ Bahsi geçen cümlelerin bugün Türk ceza hukuku bakımından da güncelliğini koruduğunu iddia etmek abartılı olmayacaktır.

1 Haziran 2005 tarihinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİHK) yürürlüğe girmiştir. Anılan kanunların 15 yıllık kısa tarihleri incelendiğinde şaşırtıcı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. TCK; ilki 31.03.2005 tarihinde olmak üzere toplam 28 kez değiştirilmiş, Anayasa Mahkemesi ise TCK’da yer alan ceza hükümlerine ilişkin 7 kez iptal kararı vermiştir. CMK’da ilk kez 04.04.2005 tarihinde değişiklik yapılmış, ardından 34 kez daha değiştirilmiş ve 3 kez de Anayasa Mahkemesi ceza usul normlarına ilişkin iptal kararı vermiştir. CGTİK ise ilki 31.03.2005 tarihinde olmak üzere 31 kez değiştirilmiş ve Anayasa Mahkemesi CGTİK hükümleri hakkında 6 kez iptal kararı vermiştir. Esasında henüz anılan Kanunlar yürürlüğe girmeden yapılmaya başlanan bu değişikliklerin de diğer ceza mevzuatında yapılan değişikliklerin de tutarlı bir suç ve ceza siyaseti izlenerek gerçekleştirildiği söylenemeyeceği gibi² bunca değişikliğe rağmen halen kamuoyunda anılan her üç Kanun’a ilişkin çeşitli tartışmalar ve değişiklik talepleri bulunmaktadır.³

¹ Claus ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Bası, Berlin, DeGruyter, 1973, s. 1.

² 2013 yılı itibarıyla ceza mevzuatında gerçekleştirilen değişikliklere ilişkin ayrıntılı eleştiri için bkz. Tuğrul KATOĞLU, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi”, Kamu Hukukçuları Platformu, Hukuk Güvenliği Konulu 4. Toplantı, Ankara, 8-9 Kasım 2013, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 159.

³ Bkz. “Change.org” adlı çevrimiçi imza kampanyası platformunda, “Kadına Karşı İşlenen Suçlarda Erkekler Verilen İyi Hal İndirimi Kalksın!” ve “Hayvana Şiddet Suç Sayılmalıdır” kam-

Kamuoyunun yasama ve yürütme organlarına yönelttiği talepler sıklıkla onları denetleyen yargı organlarına sirayet etmekte ve bu konuda özellikle anayasa mahkemeleri ciddi beklentilerin muhatabı olmaktadır. Ancak Mahkeme'nin yetkisi anayasaya uygunluk denetimi ile sınırlı olduğundan, Mahkeme yalnızca anayasaya aykırı olduğunu tespit ettiği noktada yasa koyucunun suç siyasetini belirleme yetkisine müdahale edebilecektir. Anayasa, yasama organının suç ve ceza siyasetini belirleme yetkisini nasıl kullanacağına ilişkin pek çok hüküm barındırmaktadır. Bir ceza normunun taşınması gereken biçimsel özelliklere ilişkin bu hükümler, hangi fiillerin suç olarak nitelendirileceği ve bu fiillere karşılık ne tür yaptırımlar belirleneceği gibi hususlarda, Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenmiş olan *non bis in idem* ilkesini ihlal eden bir fiilin suç olarak öngörülmesi, sözleşme ilişkisi nedeniyle özgürlüğü kısıtlayıcı ceza verilememesi ve ölüm cezası yasağı halleri dışında doğrudan başvurulabilir değildir.

Hukuk dışı bir alanda yapılan değerlendirmeler neticesinde şekillenen suç ve ceza siyasetinin hukuki denetimi görüldüğünden çok daha karmaşık bir meseledir. Gerçekten de yasa koyucunun çocukları korumak için cinsel istismar suçunun cezasını kaç yıl olarak belirleyeceği ya da kadın cinayetlerini engellemek için hangi ceza hukuku araçlarına başvurması gerektiği gibi soruların cevapları hukuk biliminin sınırlarını aşmaktadır ve kolaylıkla yanıtlanması mümkün değildir.

Suç ve ceza siyasetinin anayasal denetiminin sınırlarını ortaya koymayı amaçlayan çalışmada, yasa koyucunun hareket noktasının ve yetkisinin dayanaklarının açıklanabilmesi için ilk olarak suç ve ceza siyasetine ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Buradan ulaşılan sonuçlar ışığında suç ve ceza siyaseti ile Anayasa arasındaki ilişki, yalnızca suç ve ceza siyasetinin denetiminde ölçü norm olarak kullanılabilir ölçülülük ve eşitlik ilkeleri kapsamında açıklanacaktır. Bu nedenle anayasal denetimde doğrudan kullanılabilir suç ve cezalara ilişkin temel ilkelerin düzenlendiği Anayasa'nın 38. maddesi bu çalışma çerçevesinde incelenmeyecektir.

Ayrıca ceza normlarının anayasal denetimi konusu, ceza hukukunun amaç ve sınırları gibi hususların da ortaya konulmasını gerektirmektedir. Bu nedenle ölçülülük ve eşitlik ilkelerinin ceza hukukunun temel ilkeleri doğrultusunda yorumlanarak anayasal denetimde kullanılabilmesi için ceza hukukuna ilişkin temel bazı açıklamalar da yapılacaktır.

panyalarının her birini yaklaşık 1,5 milyon kişi, "Kız Çocuklarını Cinsel İstismar Uygulayan Kişilerle Evlendirmeye Teşvik Eden Yasalara Hayır" adlı kampanyayı yaklaşık 150 bin kişi imzalamıştır. Platformda ceza yasalarının değiştirilmesi talebiyle başlatılan daha pek çok kampanya bulunmaktadır (bkz. <https://www.change.org/>, E.T. 22.01.2020).

Önemle belirtmek gerekir ki bu çalışma, yalnızca yasa koyucunun suç siyasetini belirleme yetkisini incelemeyi amaçladığından, tali kurucu iktidarın bu kapsamda gerçekleştireceği anayasa değişiklikleri inceleme alanı dışındadır.

I. YASAMA ORGANININ SUÇ VE CEZA SİYASETİNİ BELİRLEME YETKİSİ VE BU YETKİNİN HUKUKİ SINIRLARI

A. Suç ve Ceza Siyaseti Kavramının Normatif Dayanakları

Yasa koyucu, suç ve ceza normu koyma yetkisini, belirlediği suç ve ceza siyaseti doğrultusunda kullanılır.⁴ Suç siyaseti, *Feurbach* tarafından, devletin suça karşı cezalandırıcı yöntemlerle müdahalesi anlamında kullanılmıştır.⁵ Söz konusu siyaset, ceza hukukunun ödevi olan toplumun korumasını sağlayabilmesi için nasıl düzenlenmesi gerektiği sorusuyla ilgilenir.⁶ Bu çerçevede, ceza hukuku normlarında düzenlenen fiillerin belirli bir zaman ve yerdeki koşullar uyarınca haklı olup olmadığı ve genişletilmesi ya da daraltılması gerekip gerekmediğini araştırır.⁷

5237 sayılı TCK'nın Adalet Komisyonu Raporu'nda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin bir tavsiye kararında⁸ yer alan suç siyaseti tanımına yer verilmiştir.⁹ Söz konusu tanımda, suç ve ceza siyasetinin modern bir hukuk sisteminde taşınması gereken, mağdurların haklarını güvence altına almak ve insan haklarına saygı göstermek gibi birtakım özelliklerine yer verildiği görülmektedir.¹⁰

⁴ Öğretide "suç siyaseti" ve "ceza siyaseti" kavramlarının aralarında bir fark gözetilmeksizin birbirleri yerine kullanıldığı görülmektedir (M. Emin ARTUK, "Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, Haziran 2006, s. 5). Ancak ceza siyasetini, cezaların etkinliğine ilişkin teorileri ifade edecek şekilde kullanarak suç siyasetinden farklılaştıran yazarlar da bulunmaktadır (Sulhi DÖNMEZER, "Suç Siyaseti", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 52, S.1, 1986 - 1987, s. 29).

⁵ Aktaran: ARTUK, s. 4.

⁶ Hans- Heinrich JESCHECK ve Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5. Bası, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, s. 22.

⁷ Winfried HASSEMER ve Ulfrid NEUMANN, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, C. 1, Ed. Urs Kindhäuser/ Ulfrid Neumann/ Hans-Ullrich Paeffgen, 5. Bası, Baden-Baden, Nomos, 2017, § 1, kn. 49.

⁸ 23.06.1983 tarih ve 361 no'lu toplantıda alınan tavsiye kararı için bkz. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804f0ad6 (E.T. 05.12.2019).

⁹ 5237 sayılı TCK Adalet Komisyonu Raporu, s. 3. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf> (E.T. 05.12.2019).

¹⁰ Adalet Komisyonu Raporu, s. 3. Çok kapsamlı bir mesele olan suç ve ceza siyasetine ilişkin öğretilerde farklı başka tanımlar da yer almaktadır (bkz. ARTUK, s. 4 vd.). Ancak bu çalışma kapsamında ilgili tüm görüşleri ele almak mümkün değildir. Bu nedenle yalnızca çalışmanın kapsamı ile ilgili olduğu ölçüde, suç ve ceza siyasetine dair kısa bir açıklama yapılacaktır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER, s. 4 vd.; ARTUK, s. 4 vd.; Yener ÜNVER, *Suç Politikası*, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006; M. Tören YÜCEL, *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, 4. Bası, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007.

Suçların nedenleriyle ilişkili olan suç siyaseti; suçların gerçekleşmesi için suçun unsurlarının doğru bir şekilde nasıl formüle edileceğini tartışır, ceza hukukunda uygulanan yaptırımların etkililiğini tespit etmeye çalışır, yasa koyucunun vatandaşların özgürlük alanını gereğinden fazla sınırlamamak için yetkilerinin sınırının nereye kadar genişleyebileceğini inceler ve maddi ceza hukukunun ceza yargılamasında uygulanabilecek şekilde düzenlenip düzenlenmediğini denetler.¹¹ Tüm bu soruları cevaplandırmada başvurulacak temel ölçüt ise insan davranışının cezalandırılabilirliğidir. Yasa koyucu bir davranışı ancak cezalandırılabilir ise ceza normunun kapsamına alır. Bu nedenle, suç oluşturan davranış, suç ve ceza siyasetine dayanır ve bu siyaset ile şekillendirilir.¹²

Ceza hukuku ve suç siyaseti, sosyal koşulların yansıması olarak görülmemelidir.¹³ Suç ve ceza siyasetini harekete geçiren koşullar da esas olarak hukuk dışı alanda bulunur. Cezalandırma yetkisinin kullanılması, sosyal bir ihtiyaç olduğu kadar siyasi bir fonksiyon niteliği de taşır ve siyasi sistemlerin kabul edilebilirliğini ve meşruiyetini belirler. Bu nedenle suçları bastırma, azaltma ve önlemeye yönelik politikalar kamuoyu görüşleri doğrultusunda belirlenir.¹⁴ Bu bakımdan suç ve ceza siyasetinin, esasında yasa koyucunun görev alanına ilişkin olması nedeniyle siyaset bilimiyle ilgili bir sorun olduğu rahatlıkla söylenebilir.¹⁵

Suç siyasetinin yalnızca siyaset bilimi alanına mı dâhil olduğu yoksa aynı zamanda bilimsel bir disiplin teşkil etmesi nedeniyle normatif bir karakterinin de bulunup bulunmadığı tartışmalıdır.¹⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yasalaşma sürecine bakıldığında, Adalet Komisyonu Raporu'nda, *Dönmezer*'in "Suç Siyaseti" adlı makalesinde yer verdiği ifadeler doğrultusunda¹⁷; ceza kanunlarının hem kendi içinde tutarlı ve çağdaş bir hukuk anlayışını yansıtan hem de sosyal hayatın değişen koşullarına uydurulabilecek nitelikte esnek bir suç siyaseti anlayışı ile düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁸ *Dönmezer* bir ülkenin ceza mevzuatının belirli birtakım ilkeler göz önüne alınmadan hazırlanması durumunda bir suç siyasetinin varlığını

¹¹ JESCHECK ve WEIGEND, s. 22.

¹² HASSEMER ve NEUMANN, kn. 49.

¹³ **Benno ZABEL**, "Strafgesetzgebung und Strafgerechtigkeit", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, S. 7, 2016, s. 203.

¹⁴ **Mohammad Ali KHOZEIMEH**, "Determining the Advantages and Disadvantages of the Iranian Legal System's Selection Policy in Response to Violent Crimes", *Journal of Politics and Law*, C. 9, S. 6, 2016, s. 59.

¹⁵ JESCHECK ve WEIGEND, s. 22.

¹⁶ Bkz. HASSEMER ve NEUMANN, dn. 99.

¹⁷ DÖNMEZER, Suç Siyaseti, s. 6.

¹⁸ TCK Adalet Komisyonu Raporu, s. 3

dan söz edilemeyeceğini ifade etmiştir.¹⁹ Gerçekten de suç ve ceza siyaseti sorununun, normatif bir temelden yoksun olduğu ve yasa koyucunun hiçbir sınır olmaksızın cezalandırılabilirlik alanını belirleyebileceği savunulamaz.²⁰ Ancak Türk ceza hukukunda yapılan değişikliklerin bir kısmının böyle bir anlayışa dayanmaksızın, anlık sorunların çözülmesi amacıyla oluşturulan panik mevzuatları niteliğinde olduğunun altı çizilmiştir.²¹ Aynı eleştirinin CMK ve CGTİHK’da yapılan değişiklikler için de geçerli olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Toplumsal ihtiyaçlardan doğan cezalandırma yetkisi, suç ve ceza siyaseti ile somutlaşır ve nihayetinde bir hukuk normu olarak ortaya çıkar. Bu iki alan arasında; esas olarak hukuk devleti ilkesi vasıtasıyla bir köprü kurulur. Hukuk devleti, devlet ve hukuku birleştirip bütünleştirerek varlıklarını devam ettirebilmeleri için devlet ve hukukun karşılıklı olarak birbirlerine bağlandıkları bir yapı oluşturur.²² Bu şekilde söz konusu ilke, devletin tüm kurumlarıyla hukuk ile sınırlandırılması suretiyle yönetilenler açısından hukuki güvenliğin tesisini sağlamaktadır.²³

Hukuki güvenlik ilkesi, kanunların nitelikli olmasını gerektirmektedir.²⁴ Cezalandırma yetkisinin kritik önemi dolayısıyla, hukuk düzeni, bir ceza normunun taşıması gereken pek çok biçimsel ve içeriksel sınır öngörmüştür. Gerçekten de biçim ve içerik, ceza normlarında bütünlük arz eder. Nitekim suç, hem belirli şekil şartlarını haiz bir normun hem de hukuki bir değerini ihlal edilmesi anlamına gelir.²⁵

Konuya ilişkin normatif sınırlar, Anayasa’nın 38. maddesinde öngörülen suç ve cezalara ilişkin esaslarla oldukça ayrıntılı bir şekilde ortaya koyulmuştur. Bu bakımdan yasa koyucuya verilen suç ve ceza normu koyma yetkisinin, aynı zamanda Anayasa ve hukukun evrensel değerlerine uygun bir suç ve ceza siyaseti belirleme görevi anlamına da geldiği kabul edilmelidir. Suç ve cezalara ilişkin anılan tüm bu ilkeler, ceza normlarının hem biçimsel hem de içeriksel açıdan belirli özellikler taşıması ve bu suretle kişilerin yasamanın keyfilğine karşı korunmasını gerektirir.²⁶

¹⁹ DÖNMEZER, Suç Siyaseti, s. 8.

²⁰ Aynı yönde bkz. HASSEMER ve NEUMANN, kn. 49.

²¹ DÖNMEZER, Suç Siyaseti, s. 6, 7; TCK Adalet Komisyonu Raporu, s. 4.

²² İbrahim KABOĞLU, “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi”, *TODEİ İnsan Hakları Yıllığı*, S. 12, 1990, s. 140.

²³ Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, “Hukuk - Hukukun Üstünlüğü - Hukuk Devleti”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2001, s. 30.

²⁴ KATOĞLU, Hukuki Güvenlik İlkesi, s. 149.

²⁵ Tuğrul KATOĞLU, Hukuka Aykırılık, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003, s. 79.

²⁶ KATOĞLU, Hukuki Güvenlik İlkesi, s. 150.

Anayasa'nın 38. maddesiyle pozitif bir anayasal norm haline getirilen suç ve cezaların yasallığı ilkesi uyarınca hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin ve bu fiillere karşılık öngörülen cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yasayla belirlenmesi gerekmektedir. Yasama yetkisi ise Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) aittir ve devredilemez. Bu bakımdan başka bir organın yasa adı altında, yasa gücünde veya yasayla eş değer bir hukuki işlem yapma yetkisi bulunmamaktadır.²⁷ Dolayısıyla suç ve ceza içeren normları ihdas etme yetkisi münhasıran TBMM'ye ait olup bu normlar ancak şekli anlamda yasayla konulabilir.²⁸

Yasama yetkisinin genelliği²⁹ ve asliliği ilkeleri doğrultusunda, kural olarak yasa koyucu suç ve ceza siyasetini serbestçe belirleyebilir. Yasama yetkisinin genelliği, yasama organının Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla dilediği her konuyu istediği ayrıntıda düzenleyebileceği anlamına gelir.³⁰ Yasama yetkisinin asliliği ise yasama organının hiçbir metnin ön iznine tabi olmaksızın bir hususu ilk elden düzenleyebilmesidir.³¹ Anayasa Mahkemesi de konuya ilişkin tüm kararlarında, yasa koyucunun ceza siyasetini belirlemede takdir hakkı³² olduğuna ilişkin şu içtihadı yer vermektedir:

²⁷ Ancak yasama yetkisinin devredilemezliğine ilişkin Anayasa'nın 7. maddesindeki kurala, cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasına imkân verilmesiyle istisna getirilmiştir. (**Ergun ÖZBUDUN**, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2017, s. 205).

²⁸ Temel haklar, kişi hak ve ödevleriyle ilgili konular ile münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarılamayacağı için (Anayasa m. 104/17) bu yolla suç ve ceza normu ihdas edilemez.

²⁹ Yasama yetkisinin genelliği ilkesinin Türk hukukunda tartışmasız olmadığını belirtmek gerekir. Bu konuda öğretide rastlanan yegâne görüşün temel gerekçesi; Anayasa'nın "*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz*" hükmünü öngören 6/3 maddesinin "verilmiş yetkiler" ilkesini düzenlediği ve aslında bu ilke ile çatışan "yasama yetkisinin genelliği" ilkesini bir istisna olarak kabul eden herhangi bir anayasal hüküm bulunmadığıdır (**Salih TAŞDÖĞEN ve Yahya Berkol GÜLGEÇ**, "Yasama Yetkisi Genel midir?", s. 16 https://www.academia.edu/40998694/Yasama_Yetkisi_Genel_midir?auto=download (E.T. 04.12.2019)). Ancak yazarların da belirttiği gibi, yasama yetkisinin genel olmadığının kabul edilmesi durumunda dahi suç ve ceza normu ihdas etme yetkisi yasama yetkisine dâhil olacağından (TAŞDÖĞEN ve GÜLGEÇ, s. 32), suç siyasetini yasama organı belirleyebilir.

³⁰ ÖZBUDUN, s. 211.

³¹ ÖZBUDUN, s. 211.

³² Ancak ifade etmek gerekir ki takdir hakkı, objektif ve soyut normun somut durumlara uygulanması sırasında, yasa koyucunun bilinçli bir şekilde bıraktığı kural içi boşlukların uygulayıcılar yani idare ve yargı organları tarafından doldurulması yetkisidir (**Seyfullah EDİS**, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 1, 1973, s. 172). Bu bakımdan yasama yetkisi, teknik anlamda bir takdir yetkisi değil asli bir yetkidir. Karşı yönde, Anayasa'da emredici veya yasaklayıcı bir hüküm bulunmayan hallerde yasama organının Anayasa'nın belirlediği sınırlar içerisinde takdir yetkisi olduğuna ilişkin bkz. **Metin KIRATLI**, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1966, s. 155 vd.

“Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere suçların niteliği, işlenme biçimi, içerik ve yoğunluğu, kamu düzenini ihlal derecesi, cezaların caydırıcılığı, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın ihtiyaçları göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseselerin nelerden ibaret olacağı hususlarında takdir yetkisine sahiptir.”³³

5237 sayılı TCK'nın hazırlanması esnasında izlenen suç siyasetinin normatif dayanaklarını, Anayasa'nın 38. ve diğer maddeleri ile Adalet Komisyonu Raporu'nda bulmak mümkündür. Bu noktada benimsenen ana ilkelerin kusur, hukuk devleti ve hümanizm ilkeleri olduğu çok açık bir şekilde ifade edilmiştir.³⁴

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi, bir hukuk düzeninin taşıması gereken belli değerler ve hukukun içeriği üzerinden tanımlanmaktadır.³⁵ Ceza normunun insan onurunun korunması, keyfiliğin önlenmesi, ölçülülük ve eşitlik ilkelerine uyulması gibi içeriksel şartları maddi anlamda hukuk devleti ilkesi ile belirlenir.³⁶ Kusur ilkesi ise devletin ancak failin failinden dolayı kişisel olarak kınanabildiğinin tespit edilebilmesi şartıyla ve kusuru oranında ceza tesis edebilmesi anlamına gelir.³⁷ Bireye devletin baskıcı etkilerine karşı gerekli korumayı sağlayan³⁸ kusur ilkesinin en önemli sonucu olan cezaların şahsiliği ilkesine Anayasa'nın 38. maddesinde yer verilmiştir. Hümanizm ilkesi, cezaların ve cezaların infazının failin kişiliğine göre belirlenmesi ve failin toplumda tekrar yer bulabilmesi için ona sorumlu insanî bir tavırla yaklaşılması gerektiğini ifade eder.³⁹ Bu şekilde ceza hukukunun kefarete dayanan klasik görünümü ikinci plana alınarak failerin rehabilitasyonu ve resosyalizasyon-

³³ AYM E. 2015/47, K. 2016/11, T. 10.02.2016.

³⁴ TCK Adalet Komisyonu Raporu, s. 226.

³⁵ KABOĞLU, s. 141, 146.

³⁶ **Yüksel METİN**, *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara, Seçkin Yayınları, Ekim 2002, s. 69.

³⁷ JESCHECK ve WEIGEND, s. 23. Kusur ilkesinin hatalı bir şekilde suçun manevi unsuru ile özdeş kabul edilmesine ilişkin bkz. AYM E. 2011/26, K. 2012/41, T. 15.03.2012.

³⁸ JESCHECK ve WEIGEND, s. 24.

³⁹ JESCHECK ve WEIGEND, s. 27.

yonunu sağlamayı hedefleyen bir anlayış benimsenmektedir.⁴⁰ Bu ilkeye de Anayasa'nın 17. maddesinde "kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlığı altında yer verilmiştir.

B. Suç ve Ceza Siyasetinin Denetlenebilirliği Sorunu

Suç ve ceza siyasetinin belirlenmesi, esasında devlet tarafından izlenen genel sosyal siyasetin bir parçası olması itibariyle⁴¹ siyaset yapıcıların görev alanına girmektedir. Bu açıdan denetlenebilirliği de halk tarafından seçilmiş kişilerin belirlediği ve yürüttüğü siyasetin tartışmaya açılması ve gerektiğinde reddi anlamına gelmektedir. Yasa koyucunun bu konudaki yetkisinin sınırlarının belirlenmesine ilişkin genel bir cevap vermek mümkün olmadığından, meselenin sorunlu bir alan olduğu baştan söylenebilir.⁴² Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu durumu pek çok kararında "... kanun koyucu, izlediği suç politikası gereği bazı fiilleri ceza hukuku alanından çıkarabileceği gibi korudukları hukuki yararları ve neden olduğu sonuçları esas alarak birtakım suçları farklı yaptırımlara da tabi kılabilir. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır."⁴³ şeklinde ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarına bakıldığında, Mahkeme'nin genel eğiliminin, yasa koyucunun suç ve ceza siyasetini belirleme yetkisini mümkün olduğunca denetlemekten imtina etmek ve tüm kararlarında yasama organının konuya ilişkin yetkisinin sınırlarının ne kadar geniş olduğunu vurgulamak yönünde olduğu görülmektedir.⁴⁴

Pozitivist bir yaklaşım benimsendiğinde, sosyal ve politik tüm unsurları hukukun dışına çıkarmak gerekecektir. Bu şekilde gerçek anlamıyla ceza hukuku, yalnızca pozitif hukuki kuralların kavramsal analizi ve bunların sistemdeki yansımaları ile meşgul olduğu sürece hukuk disiplini içerisinde kabul edilecektir. Dolayısıyla suç siyaseti de ceza hukukunun sosyal içeriği ve amacı ile ilgilendiğinden hukukun dışında bulunur. Bu görüşün savunucuları, suç siyaseti konusunda yasa koyucuya ve onun tabiri caizse hukuk dışı yetkisine başvurmaktadırlar.⁴⁵

⁴⁰ **Kayıhan İÇEL**, "Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7, 2016, s. 625.

⁴¹ DÖNMEZER, s. 10.

⁴² KIRATLI, s. 156.

⁴³ AYM, E. 2018/51, K. 2019/36, T. 15.05.2019; AYM, E. 2017/28, K. 2017/107, T. 31.05.2017; AYM, E. 2016/3, K. 2016/124, T. 22.06.2016.

⁴⁴ Aynı yöndeki tespit için bkz. **Veysel DİNLER**, *Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta, 2003, s. 173.

⁴⁵ Aktaran: ROXIN, *Kriminalpolitik*, s. 7.

Ancak suç siyaseti ile ceza hukuku, bu şekilde kesin sınırlarla birbirinden ayrılamayacak kadar iç içe geçmiş iki alandır. Suç siyasetinin sorunları, bizatihi suç genel teorisinin içeriğini oluşturur. Mahkemelerin sürekli tartıştığı ceza hukuku sorunları da esasında uyuşmazlık durumlarına sosyal olarak en doğru ve esnek çözümü bulmayı amaçlamaktadır.⁴⁶ Diğer yandan yasa koyma faaliyeti, siyaset bilimi sorunu olduğu kadar hukukun oluşturulması sürecinin de bir parçası olduğundan bu faaliyetin hukuka uygunluk denetimine tabi olduğu tartışmasızdır.⁴⁷

Suç siyasetinin hukuki denetimini, doğal olarak yasama erkinin hukukla bağlanması için öngörülen anayasa yargısında bulmak mümkün olur. Yasama organı anayasaya dayanarak yeni bir norm yaratmakta ve bu suretle yasa geçerliliğini anayasadan almaktadır.⁴⁸ Yasama organının yarattığı normun, yani yasanın hukuka uygunluğu da anayasaya uygunluğu ile ölçülmektedir. Yasa koyucu cezalandırılabilirliği belirleme yetkisine sahip olsa da bu yetkisi, anayasa hukuku ve anayasada yansımaları bulan ceza hukukunun genel ilkelerinden kaynaklı sınırlamalara tabidir.⁴⁹

Ceza hukukunun gücü ve etkililiği düşünüldüğünde, anayasal denetimin, ceza hukukunda diğer alanlara nazaran daha kritik bir önemi haiz olduğu söylenebilir. Hem ceza hukuku hem de suç siyaseti; güvensizlik hissi, suçluluk, terörizm gibi kapsamlı kaygı, korku ve tehdit hisleriyle ilişkilendirilir ve pek çok sosyal sorunda ilk tepkinin ceza hukuku eliyle verilmesi beklenir.⁵⁰ Ceza hukuku, toplumsal düzenin ve bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasının en önemli garantilerinden biridir. Diğer yandan ceza normunun temel hak ve özgürlükler bakımından bir sınırlama teşkil etmesinin ötesinde ceza hukuku, en güçlü politik baskı enstrümanlarından birini oluşturur.⁵¹ Yasa koyucunun alanının ve dolayısıyla ceza hukukunun genişlemesi, ceza hukukunun giderek daha fazla araçsallaşmasına sebep olur ve hukuki değerlerin korunması genel refahın artırılması lehine

⁴⁶ ROXIN, *Kriminalpolitik*, s. 8.

⁴⁷ Bu konuya ilişkin olarak bkz. **Hans Kelsen**, "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)", (Çev. Yasin Sönmez), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 64, 2015, C. 3, s. 860 vd.

⁴⁸ **Mehmet TURHAN**, "Hans Kelsen'e göre Anayasaya Aykırı Yasa", in. *Anayasa Hukukunda Kelsenci Temalar*, Ankara, Orion Yayınevi, 2017, s. 43.

⁴⁹ METİN ve DİNLER, s. 6.

⁵⁰ ZABEL, s. 203.

⁵¹ **Ozan TAŞKIN**, "Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, Haziran 2016, s. 65. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Türkan YALÇIN SANCAR**, "Ceza Hukukunda Özgürlükçü ve Baskıcı Yaklaşımlar - Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Kaboğlu-Oran Kararı", in. *Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2009, s. 402 vd.

kısmen geri plana itilir.⁵² Sosyal çatışmaların çözümünün giderek daha fazla suç ve ceza siyasetinde aranması ile ceza hukukunun son çare olması ilkesinden uzaklaşmaktadır.⁵³ Bunun yanında cezalandırma yetkisinin kullanılması devlet açısından da sosyal ve ekonomik çeşitli külfetleri beraberinde getirir.⁵⁴

Bununla birlikte anılan yetkinin hukuki sınırlarını belirlemenin çok kolay olmadığını da belirtmek gerekir. Anayasa Mahkemesi bir normu anayasaya uygunluk açısından değerlendirip kendi adalet anlayışını dayatamaz. Bu nedenle anayasaya aykırı olmayan bir normun, anayasal ilkelere daha uygun bir şekilde formüle edilebileceği tespiti, anayasaya aykırılığa vücut vermez.⁵⁵ Federal Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında, kendi yetki alanının sınırlarını, yasama organının kararının amacına en uygun, en mantıklı ve en haklı karar olup olmadığını inceleyemeyeceğini yalnızca ceza normunun maddi olarak anayasa hükümleri ile uyumlu olması ve anayasanın yazılı olmayan ilkelerine uyup uymadığı noktalarında denetleme yapabileceğini ifade ederek açıklamıştır.⁵⁶

Daha önce de ifade edildiği gibi yasa koyucunun suç ve ceza siyasetini belirleme yetkisinin normatif bir temeli bulunmaktadır ve yasa koyucunun bu yetkisini çağdaş bilimsel gelişmelere mümkün olduğunca uygun bir şekilde kullanması beklenir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin görev alanı Anayasa'nın 104. maddesinde anayasaya uygunluk denetimi ile sınırlandırılmıştır. Bu yetkinin sınırını aşarak anayasaya uygunluğun ötesinde bir denetleme yapması halinde Mahkeme, Anayasa'nın 6/3. maddesine aykırı bir şekilde kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanmış olur. Dolayısıyla yasama organının suç ve ceza siyasetini belirlerken bağlı olduğu normatif sınırların hangi durumlarda anayasaya aykırılık olarak nitelendirileceğinin açık bir şekilde tespiti gerekir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisi, zorunlu olarak yasa koyucuyu bir suç normu ihdas etmeye iten nedenlerin de araştırılmasını yani hukuk dışı alana ilişkin değerlendirmeler yapılmasını da gerektirmektedir.

⁵² **Wolfgang JOECKS**, *Münchener Kommentar zum StGB*, 3. Bası, München, CH Beck, 2017 kn. 21. Küresel risk toplumunda ceza hukukunun değişimi ve ceza hukukunun genişlemesi ile etkinliğinin azaldığına dair bkz. **Elvan KEÇELİOĞLU**, "Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü", in. *Nevzat Toroslu'ya Armağan*, C. 1, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 629 vd.

⁵³ ZABEL, s. 203.

⁵⁴ TAŞKIN, s. 65.

⁵⁵ Eşitlik ilkesi bakımından yapılan bu açıklamalar için bkz. KIRATLI, s. 168.

⁵⁶ BverfG 2 BvL 43/92, para. 124. Yasama organının, yürütme ve yargı ile aynı derecede anayasa ile bağlı olmasına rağmen ölçülülük ilkesinin yasama yetkisi bakımından çok daha geniş uygulanmasının eleştirisi için bkz. **Thomas WEIGEND**, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt", *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Berlin / New York, DeGruyter, 1999, s. 926.

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN CEZA NORMLARINI DENETLEME YETKİSİNİN KAPSAMI VE SINIRLARI

A. Ceza Normlarının Denetlenmesinde Ölçü Norm Sorunu

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak olan anayasaya uygunluk denetiminin anahtarı niteliğindeki anayasaya aykırılığın ne anlama geldiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Ancak Mahkeme'nin önüne gelen normun anayasaya uygunluğunu denetlemeden önce anayasaya uygun yorumun mümkün olup olmadığını incelemesi gerekmektedir.⁵⁷ Somut olayda eğer anayasaya uygun yorum yapılamıyor ve normun tüm yorumları anayasaya aykırı bir nitelik arz ediyorsa ancak o zaman anayasaya aykırılık söz konusu olur.⁵⁸ Anayasaya uygun yorumun mümkün olup olmadığı belirlenerek, hem yasa koyucunun alanına gereksiz müdahaleler yapılmamış hem de normun iptali ile ortaya çıkacak geçici norm boşluğu engellenmiş olur.⁵⁹

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bir normun hukuka uygunluğunu, yanlış yorum temelinde inceleyemeyeceğini belirtmiştir. Somut olayda Mahkeme, yerel mahkeme tarafından yapılan yorumun yanlış olduğu kanısında olduğundan bu yorumu norm denetiminde kullanmayı reddetmiş ve yasa hükmünü anayasa ile uyumlu bir şekilde açıklamıştır.⁶⁰

⁵⁷ Hukuk disiplinin doğası gereği hukuk uygulayıcısı, basit normlar için bile ve en yoğun metodolojik çabayla dahi normun uygulanmasında pek çok yorum seçeneği arasında kalabilir. Bu durumda, önemli anayasa hükümlerinin özellikle de temel hakların etkinliğinin korunması için muhtemel yorumun tercihi uygulayıcıya bırakılmamalı ve bir norm için birden çok yorum imkânı bulunduğu anayasal ilkelere en çok uyan yorum tercih edilmelidir (Jörn LÜDEMANN, "Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen", *Juristische Schulung*, S. 1, 2004, s. 28). Ancak anayasaya uygun yorum hiçbir suretle yasa koyucunun amacını aşan yoruma izin vermez. Aksi kabul ile normun sözü ve ruhu yeniden yorumlanması, yasama organına ait yeni bir norm yaratma ve diğer mahkemeler bakımından zımnen anayasa mahkemesine ait olan normu iptal etme yetkisini kullanmak anlamına gelir (Hans SPANNER, "Die Verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *Archiv des öffentlichen Rechts*, C. 91, S. 4, s. 512). Anayasaya uygun yorum konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Emin MEMİŞ, *Anayasaya Uygun Yorum*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007.

⁵⁸ LÜDEMANN, 29. Anayasaya uygun yorumun en önemli niteliği, normu korumasıdır. Bu yorum yöntemi ile anayasa ile uyumlu bir anlam verilen normun anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesi söz konusu olmayacaktır (LÜDEMANN, 29).

⁵⁹ LÜDEMANN, 29. Türk Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı da benzer yöndedir: "Kuralın lafzı ile amacı birlikte yorumlanarak ve ceza hukukunun genel kabul görmüş ilkeleri gözönünde bulundurularak çözülebilecek sorunların ... anayasallık denetiminin konusu dışında kaldığı..." (AYM, E. 2017/135, K. 2019/35, T. 15.05.2019, para. 31).

⁶⁰ 18.03.1953, BVerfGE 2, 181 (Aktaran, SPANNER, s. 524). Ancak belirtilmelidir ki anayasa mahkemesi, denetlenen normun yorumundan hareket ettiğinde, denetime başvuran mahkemenin yorumunun mu kendi yorumunun mu doğru olduğunu araştırmamaktadır. Somut norm denetimine başvuran mahkemenin uygulamak zorunda olduğu kuralı yorumlama ve hükmünü bu yoruma dayandırma yetki ve yükümlülüğü bulunmaktadır. Anayasa mahkemesi ise bu normu yalnızca anayasaya uygunluk yönünden denetleyebilir. Anayasa mahkemesinin asli görevi

Eğer norm anayasaya uygun yorumlanamıyorsa anayasaya aykırılık tespiti yapılabilir. Anayasaya aykırılığın ortaya konulmasında, anayasallık denetimine konu olan normun kendisine uygunluğunun araştırıldığı *ölçü normlar* veya *anayasallık bloğu* kavramına başvurulmaktadır.⁶¹ Anayasaya aykırılığın her şeyden önce anayasa metnine aykırılık anlamına geldiği açıktır. Ancak anayasa metninin başka ölçü normlara referans vermesi ya da yargı kararlarıyla anayasa dışı normların ölçü norm olarak kabul edilmesi suretiyle, anayasallık denetiminin anayasadan daha geniş ele alınabildiği görülmektedir. Buna ilişkin tercihin pozitifist mi yoksa doğal hukukçu bir anlayış mı benimseneceğine ilişkin olduğu ifade edilmektedir.⁶²

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması şartları; kendi içlerinde kolaydan zora, somuttan soyuta ve özelden genele doğru bir sıralama yapılmak suretiyle düzenlendiğinden, anayasal denetimde de benzeri bir sıra gözetilmeli ve ilk olarak bir anayasa metninin lafzına aykırılık olup olmadığı araştırılmalıdır.⁶³ Bu bakımdan ceza normlarının anayasal denetimi konusunda öncelikle, ceza normuyla sınırlandırılan hak ve özgürlüklerin düzenlendiği anayasa hükümleri incelenmelidir. Suç ve ceza siyasetinin normatif dayanağını oluşturan ve aynı zamanda anayasal temeli de bulunan ilkeler ile suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesi, pozitif temeli bulunan diğer ölçütlerdir. Hukukun genel ilkeleri ya da uluslararası hukuk metinlerinin de ölçüt olabilirliği tartışılabilir.⁶⁴ Ancak anılan ölçütlere başvurulmasıyla yasa koyucunun hangi fiilleri ne kapsamda suç olarak düzenleyeceği, bunlara karşılık hangi yaptırımları hangi oranda belirleyeceği, hangi durumları hukuka uygunluk nedeni veya kusurluluğa etki eden neden olarak kabul edeceği gibi hususların anayasaya uygunluğuna ilişkin doğrudan bir yargıya varmak kolay değildir.⁶⁵

mahkemelerin yorumunu ve uygulamasını değil normu denetlemektir (SPANNER, s. 525). Bu bakımdan yorumlu red kararı ile sonuç itibarıyla yalnızca normun anayasaya uygunluğu ile ilgili karar diğer mahkemeler açısından bağlayıcı olur. (Aksi yönde görüş için bkz. **Ergun ÖZBUDUN**, "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk"; in. *Demokrasi ve Yargı*, Ed. Ozan Ergül, Ankara, TBB Yayınları, 2006, s. 350).

⁶¹ **Kemal GÖZLER**, "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğuna İhtiyaç Var mıdır?", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 55, S. 3, 2000, s. 82.

⁶² **Bülent TANÖR ve Necmi YÜZBAŞIOĞLU**, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bası, İstanbul, Beta yayınları, 2018, s. 525.

⁶³ **Kemal GÖZLER**, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Bası, Bursa, Ekin Yayınevi, 2018, s. 336.

⁶⁴ Bu konudaki tartışmalar için bkz. GÖZLER, Anayasallık Bloku.

⁶⁵ "Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları" başlıklı çalışmada, söz konusu sınırlar üç başlık altında incelenmiştir: Maddi ceza hukukuna ilişkin anayasal güvenceler, devlete pozitif yükümlülük yükleyen temel haklar ve suç siyasetinde belirleyici olan anayasal ilkeler (**Yüksel METİN ve Veysel DİNLER**, "Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları", in. *Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2012, s. 6 vd.).

Esasında cezalandırmaya ilişkin ilkeler birbirleriyle bağlantılıdır ve iyi belirlenmiş bir suç ve ceza siyasetinin ürünü olarak adil bir ceza normunun bu ilkelerin hepsinin göz önüne alınması suretiyle hazırlanması gerekir. Zaten hukuk yaratmanın normlar hiyerarşisine uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi başta hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.⁶⁶ Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından da hemen hemen tüm kararlarında atıf yapılan ve anayasa yargısına esas oluşturan hukuk devleti ilkesi, başlı başına bir ölçüt olmaktan ziyade diğer tüm anayasal ölçütlerin kaynağını teşkil etmektedir.

Somut norm denetimleri ve iptal davaları yoluyla yasa koyucuyu denetleyen anayasa mahkemelerinin içtihatlarına bakıldığında bu ilkelerden özellikle hukuk devletinden kaynaklı çeşitli anayasal ölçütlere başvurulduğu görülmektedir. Hem Alman hem de Türk Anayasa Mahkemelerinin ceza normunu denetlerken başvurdukları esas ölçüt, hukuk devleti ilkesinden elde edilen ölçülülük ilkesidir.⁶⁷ Ölçülülük ilkesi aynı zamanda yaptırımın kusurla orantılı olması bağlamında, kusur ilkesi ile de ilişkilendirilmektedir.⁶⁸

Eşitlik ilkesi, özellikle ceza miktarının denetiminde başvuru ve hukuk devletinden doğan bir diğer ilkedir. Bunun yanında anayasa mahkemelerinin cezalandırma yetkisinin nasıl kullanıldığının gerekçelendirilmesini de dikkate aldığı görülmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, anayasal hüküm ve ilkeler yanında anayasanın temel gerekçelerine uyulup uyulmadığını denetlemekle yükümlü olduğunu,⁶⁹ yasa koyucunun ceza normunun ölçülü olduğunu belirlemek bakımından sahip olduğu yetkisini somut olay, korunan hukuki değerler ve sağlam bir karar oluşturma durumuna göre sınırlı olarak denetleyebileceğini ifade etmiştir.⁷⁰

Hukuk dışı alan ile hukuki alan arasındaki hassas bağlantı noktasını oluşturan suç ve ceza siyaseti, her iki taraftan da beslenmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi de yasa koyucunun; ceza siyasetini belirlerken ceza hukukunun genel ilkeleri ve anayasa hükümleri yanında ülkenin sosyo-kültürel yapısı, ahlaki değerleri ile ekonomik hayatın gereksinimlerini dikkate alması ve sahip olduğu yetkinin bir sınırı olan suç ve ceza arasındaki oranı saptarken toplumda yarattığı

⁶⁶ KABOĞLU, s. 141.

⁶⁷ Claus ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Bası, München, C.H. Beck, 2006, s. 40. Ayrıca bkz. AYM E. 2016/51, K. 2016/179, T. 23.11.2016; AYM, E. 2012/80, K. 2013/16, T. 17.01.2013.

⁶⁸ AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, T. 04.05.2017.

⁶⁹ BverfGE, 2BvR 392/07273, 26.02.2008 Aktaran: **Türkan YALÇIN SANCAR ve Tuğçe N. YAŞAR**, "Ensest, Genel Ahlak ve Alman Anayasa Mahkemesi Kararı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 80, 2009, s. 268

⁷⁰ BverfGE, 2BvR 392/07273, 26.02.2008 (Aktaran: SANCAR ve YAŞAR, s. 267).

etkinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini kabul etmektedir.⁷¹ Anayasa Mahkemesi yasa koyucuyu bir ceza normu yaratmaya sevk eden bu nedenleri değerlendirmeden anayasal denetim yapamaz. Ancak bu değerlendirme, anayasal denetimi gerçekleştiren mahkeme üyelerinin kişisel anlayışı değil, Anayasa'da "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlığında sayılan ilkeler temelinde yapılmalıdır.

Yasa koyucunun belirlediği suç ve ceza siyasetinin anayasal denetiminde esas itibarıyla ölçülülük ve eşitlik ilkelerine başvurulduğundan bu çalışmada, ceza hukukuna ilişkin diğer anayasal hükümler ele alınmayacak yalnızca yasa koyucunun ceza normu ihdas ederken uyması gereken dışsal sınırların belirlenmesine hizmet eden söz konusu ölçütler daha çok somut norm denetimine ilişkin içtihatlar çerçevesinde incelenecektir. Esasında en başından belirtmek gerekir ki bu ölçütlerin birbiriyle örtüştüğü de görülmektedir. Gerçekten, ölçülülük ilkesine riayet edilmesi eşitlik ilkesinin de bir gereğidir.⁷² Aynı zamanda eşitlik ilkesine uyulması ölçülülük değerlendirmesini de gerektirmektedir.

B. Ceza Normlarının Anayasal Denetiminde Cezalandırılabilirlik Kavramına Başvurulması Gerekliliği

Ceza normlarının anayasal denetiminde kullanılacak ölçütlerin salt anayasa hukukunda ele alındığı şekliyle kullanılabilmesi mümkün olmamaktadır. Anılan ilkelerin ceza hukukunun amaç ve sınırları doğrultusunda yorumlanmaları ve bu ilkeler uygulanırken suçun maddi boyutunun da dikkate alınması gerekmektedir. Bu bakımdan anayasal ölçütlerin incelemesine geçilmeden önce cezalandırılabilirlik kavramının anayasal denetimdeki yeri açıklanacaktır.

Ceza normlarının denetiminde kullanılan ölçütlerin yorumlanmasında her şeyden önce cezalandırma yetkisinin gücü ve tehlikeliliği dikkate alınmalıdır. *Montesquieu*, kesin zorunluluklardan kaynaklanmayan her cezanın zorbalık olduğunu ifade etmiştir.⁷³ Suç teşkil eden haksızlığın ayırt edici özelliği hukuki menfaati ihlal etmesinde değil, bu ihlalin özel nicelik ve niteliğindedir.⁷⁴ Gerçekten de suç diğer hukuka aykırılıklar gibi esasında hukukla çatışmadır ancak suçun farkı, hukuk düzeninin en ağır yaptırımını olan cezaya layık görülmesidir. Aynı zamanda ceza hukuku, yaptırımlarının gücü ve korkutuculuğu nedeniyle,

⁷¹ AYM E. 2015/108, K. 2016/46, T. 26.05.2016; AYM E. 2015/43, K. 2015/101, T. 12.11.2015.

⁷² YÜKSEL ve METİN, s. 27.

⁷³ Aktaran: **Cesare BECCARIA**, *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Çev. Sami Selçuk), 3. Bası, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, 2013, s. 27.

⁷⁴ **Wilhelm GALLAS**, "Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları", (Çev. İzzet Özgenç), *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, Haziran 1994, s. 315.

hukuk düzeninin tanıdığı bazı hukuki değerlerin korunmasında vazgeçilemez ve yeri doldurulamaz bir araçtır.⁷⁵

Suç ve ceza siyasetinin belirlenmesinde anahtar kavram cezalandırılabilirliklidir.⁷⁶ Yasa koyucu tarafından ihdas edilen ve hâkim tarafından somut olaya uygulanan suç tipi, suç sayılan davranışı tam olarak yansıtmalı, cezalandırılabilirlik yargısını taşımalı ve haklı kılmalıdır.⁷⁷

Cezalandırılabilirlik şekli değil, maddi bir yapıya sahiptir. Nitekim aksi kabul edildiğinde cezalandırılabilirlik kavramının yasa koyucuya içeriksel talimatlar vermesi ve suç siyasetinin cezalandırılabilirlik kavramı üzerinden değerlendirilmesi, meşrulaştırılması veya eleştirilmesi mümkün olmazdı.⁷⁸ *Hassemer* ve *Neumann*, cezalandırılabilirliğin unsurlarının, bir davranış için belirlenen cezanın adalet ve amaca uygunluk ölçütlerinden kaynaklanması gerektiğini belirtmektedirler. Adalet ve amaca uygunluk birbirinden bağımsız olmayıp birbirini etkileyen ve sınırlandıran kavramlardır.⁷⁹ Günümüzde cezalandırılabilirliğin belirlenmesinde adalet için temel ölçüt ise hukuken korunan bir değer ihlal edilip edilmediğidir.⁸⁰

Suçla korunan hukuksal değer, ceza hukukunun en tartışmalı konularından birini oluşturmaktadır.⁸¹ Konuya ilişkin iki temel tartışma noktası bulunmaktadır. İlki hukuksal değer kavramından ne anlaşılması gerektiği, ikincisi ise hukuksal değer yalnızca yorum konusunda bir araç mı olduğu yoksa aynı zamanda yasa koyucunun müdahale yetkisinin sınırlarını işaret etmeye elverişli bir kavram mı olduğu ile ilgilidir.⁸²

Ceza hukukundaki egemen anlayışa göre⁸³ yasa koyucunun ve dolayısıyla ceza hukukunun meşru ödevi hukuksal değerlerin korunmasıdır.⁸⁴ Suçla koru-

⁷⁵ JESCHECK ve WEIGEND, s. 2.

⁷⁶ HASSEMER ve NEUMANN, kn. 53.

⁷⁷ HASSEMER ve NEUMANN, kn. 56.

⁷⁸ HASSEMER ve NEUMANN, kn. 55.

⁷⁹ HASSEMER ve NEUMANN, kn. 58.

⁸⁰ HASSEMER ve NEUMANN, kn. 62.

⁸¹ Suçla korunan hukuki değer kavramı, aydınlanma fikrinin bir ürünüdür. *Paul Johann Anselm Feurbach* 19. yüzyılın başında ahlaki ceza hukuku anlayışına karşı bir enstrüman olarak hukuki değer kavramını kurmuş ve formüle etmiştir. Buna göre yasa koyucunun, dini ya da ahlaki bir normun ihlalinden yola çıkarak bir insan davranışının cezalandırılabilirliğini gerekçelendirmesi mümkün olmaz. Yasa koyucu, mağdura ait bir hukuki değer ihlal edildiğini göstermelidir. (**Winfried HASSEMER**, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Bası, München, CH Beck, 1990, s. 24).

⁸² ROXIN, s. 34.

⁸³ Anglo-Amerikan öğretideki cezalandırma teorileri için bkz. DİNLER, s. 81 vd.

nan hukuki değerler, toplumsal açıdan önem taşıyan değerlerdir ve ceza normu bu değerlerden hareket eder.⁸⁵ Hukuksal değer, genel olarak ceza normunun anlamı ve amacını belirten, her bir suç tipinin *ratio legis*dir.⁸⁶ Ceza hukuku açısından önem taşıyan her davranış normunun ve ceza normunda yer alan kanuni tipin çekirdeği niteliğindeki hukuksal değerler,⁸⁷ maddi olmayıp soyut ve düşünsel olarak kavranabilir niteliktedir.⁸⁸ Yasa koyucu her ceza hükmüyle bir amaca ulaşmaya çalışır ve hukuksal değer ihlali olmaksızın suç tipinden bahsedilemez. Aksi bir durum, suç siyaseti açısından anlamsız olur.⁸⁹ Bu bakımdan suçla korunan hukuksal değer, yasama organının cezalandırılabilir fiilleri tamamen özgürce seçerek ceza normu oluşturmasını engeller.⁹⁰

Hukuki değer kavramı, cezalandırılabilirliğin, bir yandan anayasa hukuku diğer yandan sosyal gerçeklikle ilişkilendirmesini sağlamaktadır.⁹¹ Ancak cezalandırılabilirlik ölçütü olarak hukuksal değer, yasa koyucunun toplumsal gerçeklikten çıkardığı ve ceza yasasına nakledebileceği yalın bir olgu değildir. Bu değerlerin neler olabileceğinin normatif olarak incelenmesi ve işlenmesi gerekir. Fakat elbette hukuksal değer yalnızca normatif biçimde gerekçelendirilemez, söz konusu değerlerin yasa koyucunun dikkat etmesi gereken ampirik bir temeli de vardır.⁹²

Alman öğretisinden kaynaklanan ve esasında bir ceza hukuku kavramı olan hukuksal değerlerin anayasa hukukuna etkisi çok net değildir. Alman Anayasa Mahkemesi hukuksal değeri, ceza normu yaratılmasında kullanılabilir bir etkinlik şartı olarak kabul etmekten uzaktır. Her şeyden önce hukuksal değer kavramı üzerinde bir uzlaşma olmaması, mahkemelerin bu kavrama başvurmasına engel görmektedir. İkinci olarak, yasa koyucuya nispeten geniş kapsamlı bir yetki alanı tanınması gerektiği kabul edilmektedir. İnsan davranışlarının, toplum barışı ve özgürlüğüne etkilerinin neler olabileceği ve suçlu davranışların tehlikelerinin ne kadar ciddi olabileceği çok farklı değerlendirilebilir. Ancak bu kararların esas olarak yasa koyucu tarafından alınması gerektiği savunulmaktadır.⁹³ Bu bakımdan hukuksal

⁸⁴ Yener ÜNVER, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003, s. 445.

⁸⁵ İlhan ÜZÜLMEZ ve Mahmut KOCA, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018, s. 118.

⁸⁶ ROXIN, s. 15.

⁸⁷ ÜNVER, *Hukuksal Değer*, s. 109.

⁸⁸ ÜNVER, *Hukuksal Değer*, s. 534.

⁸⁹ ROXIN, s. 15.

⁹⁰ HASSEMER ve NEUMANN, kn. 62.

⁹¹ HASSEMER ve NEUMANN, kn. 63.

⁹² HASSEMER ve NEUMANN, kn. 66.

⁹³ ROXIN, s. 42, 43.

değer, pek çok durumda kanun koyucunun dikkate alması gereken, ama buna zorlanamayacağı bir ceza siyaseti postülası olarak nitelendirilmektedir.⁹⁴

Buna rağmen bazı yazarlarca ceza ve anayasa hukuku disiplinlerinin ilişkisine hukuksal değer kavramının çok iyi uyduğu ve hukuksal değerın anayasa hukukundaki aşırılık yasağını (*übermassverbot*) kolayca düzenlediği savunulmaktadır. Bu görüş uyarınca, hukuki değer olmadan bir davranışın yasaklanması devlet teröründen başka bir şey olmaz.⁹⁵ Toplum sözleşmesi⁹⁶ ve anayasada yer alan temel hakların unsurlarından geliştirilen ceza hukukunun ödevlerinden çıkarılan hukuksal değer kavramı, cezaların gerekçelerini ve cezalandırma yetkisinin sınırlarını ortaya koymaktadır. Hukuksal bir değeri korumayan ceza normu, kişilerin özgürlüğüne karşı orantısız ve aşırı bir müdahale olacaktır.⁹⁷

Bu açıdan suçla korunan hukuksal değer, bir fiilin suç olarak kabul edilmesinde ilk basamağa denk gelmektedir. Söz konusu değerler, kanun koyucu tarafından bahsi geçen değerın seçimi ve korunmasının kapsamının belirlenmesi bakımından suç siyasetinin şekillenmesinde önemli bir işleve sahiptir.⁹⁸ Alman öğretisinde, ceza hukukunun hukuksal değerlerin korunma aracı olduğu nispette anayasallık kazanacağı ifade edilmektedir.⁹⁹ Bu gerekçelerle, hukuksal değer kanun koyucu tarafından ceza normunun ihdasında diğer ceza ve anayasa hukuku ölçütleriyle birlikte dikkate alınmalıdır.¹⁰⁰ Her ne kadar bağımsız bir ölçü norm olmasa da Anayasa Mahkemesi de bu kavramdan ceza normlarının anayasal denetiminde yararlanmalıdır.

Diğer yandan salt hukuksal değer ihlali bir fiilin suç olarak nitelendirilmesini meşru kılmaz. Ayrıca diğer hukuk dallarında öngörülen yaptırımlar yerine veya bunların yanında neden ceza hukukuna başvurulduğunun ve hukuksal değeri ihlal eden insan davranışlarından hangilerinin suç sayıldığıının da gerekçelendirilmesi gerekir.¹⁰¹ Bu noktada Alman öğretisinde gelişen *cezaya liyakat* ve *ihtiyaç* kavramları devreye girmektedir. Bu kavramlar cezalandırılabilirliğin amaca uygunluğu ile bağlantılıdır.

⁹⁴ Aktaran: ROXIN, s. 43.

⁹⁵ Aktaran: ROXIN, s. 42.

⁹⁶ *Rousseau*, devletin cezalandırma yetkisini toplum sözleşmesinden aldığını ve bu nedenle cezalandırma yetkisini sözleşmenin sınırları içinde kullanabileceğini ifade etmiştir (Aktaran: KATOĞLU, Hukuki Güvenlik İlkesi, s. 154).

⁹⁷ ROXIN, s. 42.

⁹⁸ **Nevzat TOROSLU**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Bası, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s. 110.

⁹⁹ ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 458.

¹⁰⁰ ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 459.

¹⁰¹ ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 677.

Cezaya liyakat; fiilin zarar veya tehlike doğurmak bakımından elverişli kabul edilmesi nedeniyle kınanabilir olması,¹⁰² ağır hukuksal değer ihlali yaratmasıdır. Ağır değer ihlali ise korunan değerlerin ağırlığı ve saldırının özel toplumsal tehlikeliliği ile belirlenir.¹⁰³ Yani cezaya liyakatte, fiille hukuksal değer ayrı ayrı değerlendirilerek cezaya başvurma meşruluğu belirlenmeye çalışılır. Bu noktada toplumsal, ekonomik ve kültürel koşullar da göz önünde tutulur.¹⁰⁴ Anayasalarda düzenlenen ve ceza normuyla korunması hususunda hiçbir şüphe duyulmayan yaşam, malvarlığı gibi değerlere karşı gerçekleştirilen fiiller bakımından dahi toplumsal kurallara atfen gerekçelendirme yoluna gidilmektedir.¹⁰⁵

Örneğin Anayasa Mahkemesi cinsel istismara ilişkin TCK'nın 103. maddesi ile ilgili verdiği kararında yasa koyucunun, "*küçüklerin biyolojik ve psikolojik gelişimlerine ilişkin bilimsel veriler ile toplumda geçerli genel ahlak ve kültürel koşulları gözetenek cinsel istismar suçunun nitelikli halini, suçun unsurlarını, işleniş biçimini ve topluma verdiği zararı dikkate alarak*" ceza hukuku kuralı koyma yetkisi olduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁶

Belirtmek gerekir ki bir fiilin cezaya layık olup olmadığını belirlemek yasa koyucunun yetkisinde olduğundan, yasa koyucu bu belirlemeyi yapmakta anayasa ve ceza hukukunun genel ilkeleriyle bağlı kalmak kaydıyla serbesttir. Anayasa Mahkemesi'nin saydığı hususların bir kısmı ise -bilimsel verilerin gözetilmesi gibi- yasa yapma tekniği açısından uyulmasında fayda olan, ancak uyulmadığı takdirde anayasanın lafzına aykırılık teşkil etmeyen ölçütlerdir. Yasama faaliyetinin genelliği ve esasında siyasi bir işlem oluşu nedeniyle anayasal denetimde bu ve benzeri ölçütlerin incelenmesi yerindelik denetimi olarak görünse de anayasal denetim esnasında Mahkeme, yasa koyucuyu normu ihdas etmeye iten nedenleri değerlendirmek zorundadır. Aksi halde normun amacının ortaya konulması mümkün olmaz. Bununla birlikte toplumda geçerli ahlak kuralları, yasa koyucudan ceza normu öngörürken dikkate alması beklenecek ölçütlerden biri değildir. Nitekim ceza hukuku, toplumun geneli ya da bir kısmı tarafından benimsenen ahlak anlayışını değil hukuken tanınan değerleri koruma amacı güder.

Liyakat incelemesiyle cezanın meşruluğu belirlendikten sonra, söz konusu fiilin ceza normuyla korunmasının zorunluluğu araştırılır. Ceza hukukunun *ultima*

¹⁰² TAŞKIN, s. 70.

¹⁰³ ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 673.

¹⁰⁴ ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 679.

¹⁰⁵ ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 672.

¹⁰⁶ AYM E. 2015/26, K. 2015/100, T. 12.11.2015.

ratio (son çare) niteliği gereği, ceza hukukuna ancak başka bir hukuk dalıyla öngörülen yaptırımın veya sosyal kontrol aracının yetersiz ve oransız kaldığı noktada başvurulur.¹⁰⁷ Cezalandırmaya muhtaçlık, hukuksal değer ve hukuk düzeninin korunması bakımından cezanın vazgeçilmez olduğu anlamına gelir. Bu ihtiyaç, cezanın amacına yönelik elverişlilik ve uygunluk tespitleriyle ortaya koyulur.¹⁰⁸

Hangi hukuksal değerlerin ceza hukuku ile korunacağı yasama yetkisinin genelliği bağlamında kanun koyucunun yetki alanı içerisinde olsa da daha önce de ifade edildiği gibi bu yetkinin sınırsız olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Söz konusu husus özellikle bir ceza normunun emir kısmının anayasal denetiminde önemli olmaktadır. Bu noktada söz konusu suçla hangi hukuki değer korunduğu ve bu değer normda belirlenen fiille ihlal edilmesinin suç olarak kabulünün ölçülü bir düzenleme olup olmadığı incelenmektedir. Eğer hukuka değil yalnızca ahlaka ya da toplumsal başka bir kurala aykırılık söz konusuysa, o normla hukuksal değerlerin korunduğu söylenemez.¹⁰⁹ Daha sonra incelenecek husus ise, ceza hukukunun *ultima ratio* niteliğine uygunluktur. Bu noktada suçla korunan hukuksal değer belirlenmesi, normun amacının ortaya konularak ölçülülük ve eşitlik ilkeleri bakımından değerlendirme yapılmasına imkân vermektedir. Bu ölçütler uygulanırken göz önüne alınması gereken bir diğer maddi ceza hukuku ilkesi ise kusur ilkesidir.

Hangi hukuksal değerlerin ceza hukukuyla korunacağına ilişkin en tartışmalı meselelerden biri, ensest suç olarak kabul edilip edilmemesidir. Ensest pek çok ülkede suç olarak düzenlenmiştir. Ensest suçunun iptali talebiyle Amerikan, Macar ve İtalyan Yüksek Mahkemelerine başvuru yapılmış ancak söz konusu normlar nihayetinde anayasaya uygun bulunmuştur.¹¹⁰ Alman Anayasa Mahkemesi de 2008'de aynı yönde karar vermiştir.¹¹¹ Başvurucular tarafından ensest hukuki değerlerin korunmasına hizmet etmediği ve yalnızca ahlak anlayışını koruduğu ileri sürülmüş, ensest doğuracağı iddia edilen tehlikeli sonuçların hiçbirinin deneysel olarak kanıtlanamadığı ifade edilmiştir.¹¹²

Mahkeme, anılan fiilin yalnızca faillerin yaşam alanını değil aile ve toplumu da ilgilendirdiğini, ayrıca müdahalenin sınırlı ve insan onuruna uygun oldu-

¹⁰⁷ TAŞKIN, s. 71.

¹⁰⁸ ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 673.

¹⁰⁹ Örneğin Almanya'da erkekler arası eşcinsellik suç iken herhangi bir hukuksal değeri ihlal etmemesi sebebiyle, 60'lı yıllardaki ceza reformu sürecinde suç olmaktan çıkarılmıştır (aktaran: DİNLER, s. 81).

¹¹⁰ SANCAR ve YAŞAR, s. 258.

¹¹¹ 2BvR 392/07273, 26.02.2008 (Aktaran: SANCAR ve YAŞAR, s. 252).

¹¹² Başvurucuların iddialarının tamamı için bkz. SANCAR ve YAŞAR.

ğunu ifade etmiştir.¹¹³ Kardeş ensestinin zararlarına ilişkin deneysel verilerin yetersizliğinin, ensestinin zararlarının varlığının inandırıcılığını azaltmadığını ve anılan normla yasa koyucunun toplumda var olan hukuka aykırılık bilincini benimseyerek, bu bilinci ceza hukuku araçlarıyla devam ettirdiğini, bu durumun takdir yetkisi kapsamında olduğunu, nitekim normun ensest tabusunun sürdürülmesi noktasında haklı cezaî amaçlar güttüğünü belirtmiştir.¹¹⁴ Mahkeme, nihayetinde normun anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.¹¹⁵

C. Ceza Normlarının Denetiminde Ölçülülük İlkesine Başvurulması

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13. maddesine göre "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*"

Ceza normlarının anayasal denetimi bakımından önem taşıyan belki de en önemli ölçüt, sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olmasıdır. Ölçülülük ilkesi, ceza hukukunun çekirdek alanı ve anayasal meşruiyeti ile ilgilidir.¹¹⁶ Gerçekten de niteliği gereği her ceza normu temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması anlamı taşıdığından, ölçülü olmalıdır. Ancak Anayasa Mahkemesi ilginç bir şekilde ölçülülük ilkesini 13. maddeye değil, hukuk devleti ilkesine dayandırmaktadır.¹¹⁷

Öncelikle, ölçülülük ilkesinin ceza hukuku felsefesinde çok önemli bir yere sahip olduğu belirtilmelidir. Bunun nedeni özünde, söz konusu ilkenin ceza adaletini içermesi ve somutlaştırmasıdır.¹¹⁸ Ceza ve suç arasında adil bir orana duyulan ihtiyaç, genel kişilik hakları ve hukukun üstünlüğü ile birlikte insan onurundan kaynaklanmaktadır.¹¹⁹

Ölçülülük ilkesi; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvuru- lan araçla, sınırlandırma amacı arasındaki ilişkiyi açıklamak için kullanılan bir ölçüttür. Bu ölçütün; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık şeklinde üç alt ilkeden

¹¹³ 2BvR 392/07273, 26.02.2008 (aktaran: SANCAR ve YAŞAR, s. 269).

¹¹⁴ 2BvR 392/07273, 26.02.2008 (aktaran: SANCAR ve YAŞAR, s. 274).

¹¹⁵ 2BvR 392/07273, 26.02.2008 (aktaran: SANCAR ve YAŞAR, s. 280).

¹¹⁶ WEIGEND, s. 917.

¹¹⁷ AYM E. 2017/14, K. 2017/83, T. 29.03.2017; AYM E. 2016/16, K. 2016/37, T. 05.05.2016. Aynı yönde bkz. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 340.

¹¹⁸ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Andrew von HIRSCH**, "Proportionality in the Philosophy of Punishment." *Crime and Justice: A Review of Research*, C. 16, 1992, s. 56. 55-98.

¹¹⁹ **Albin ESER ve Michael KUBICIEL**, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Ed. Meyer Jürgen ve Hölscheidt Sven, 5. Bası, Nomos, 2019, kn. 38.

oluştugu kabul edilmektedir.¹²⁰ Bu noktada *amaç*, sınırlamanın sebebidir.¹²¹ Ölçülülük ilkesinin içeriği ile ilgili olarak, elverişlilik ve gereklilik ölçütleri her şeyden önce amacın rasyonel olmasını gerektirir. Bu amaç, daha önce ifade edildiği gibi toplumsal yaşamın temel değerlerinin korunmasıdır ve genel ve özel önleme yoluyla gerçekleştirilir.¹²² Araç ise sınırlanan hak veya özgürlüğün sağladığı bireysel hukuki statünün sınırlanmış biçimidir.¹²³

Ölçülülüğün bahsi geçen üç görünümü, devletin cezalandırma yetkisinin denetlenmesi için farklılaştırılmış ve tamamen rasyonel olarak kullanılabilir bir dizi araç oluşturmaktadır. Bu araçlar, yalnızca suç siyasetinin denetimi kapsamında anayasa mahkemelerinin uygulamaları açısından değil, ceza hukukunun amaç ve sınırlarına ilişkin temel sorulara cevap verdiği için ceza hukuku açısından da önem taşımaktadır.¹²⁴

Sınırlamanın elverişli kabul edilebilmesi için bu önlemin istenen sonuca bir katkı yapabilmesi gerekir.¹²⁵ Araç, amaca ulaşmayı zorlaştırıyor ya da bunun için hiçbir etki göstermiyorsa elverişli sayılamaz.¹²⁶ Bu değerlendirme, korunan hukuki değerlerin ağırlığı ve önemi dikkate alınmaksızın usulî bir şekilde yapılır.¹²⁷ Elverişlilik incelemesinde, anayasa ile korunan meşru bir amaç izlenip izlenmediği ve aracın objektif olarak veya en başından tamamen elverişsiz olup olmadığı dikkate alınmalıdır.¹²⁸

¹²⁰ Fazıl SAĞLAM, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 113. Yazarın açıklamaları Alman Anayasa Mahkemesi içtihatları ve Alman öğretisi ekseninde olsa da Türk hukuku bakımından da geçerlidir.

¹²¹ SAĞLAM, s. 114.

¹²² WEIGEND, s. 926.

¹²³ SAĞLAM, s. 114.

¹²⁴ WEIGEND, s. 918.

¹²⁵ SAĞLAM, s. 114.

¹²⁶ METİN, s. 26.

¹²⁷ Aktaran: METİN, s. 26, 27.

¹²⁸ Aktaran: METİN, s. 28. Anayasa Mahkemesi de ölçülülük ilkesini aynı şekilde tanımlamaktadır: "Ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Bu ilke ise 'elverişlilik', 'gereklilik' ve 'orantılılık' olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. 'Elverişlilik', başvuru olan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını ifade etmektedir. 'Gereklilik' başvuru olan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, diğer bir ifadeyle, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak ve özgürlük açısından en yumuşak aracın seçilmesi gerektiğini, bu seçimin amaca ulaşmak için aynı derecede etkili olan araçlar arasında yapılması gerektiğini, temel hak ve özgürlüğü sınırlama derecesi bakımından karşılaştırılacak olan yasal önlemler, güdülen amacı gerçekleştirmeye aynı yoğunlukta elverişli olmalıdır. Bu nitelikte çeşitli araçlar söz konusuysa, bunlardan temel hak ve özgürlüğü en az sınırlayanın yasa koyucu tarafından seçilmiş olması gerektiğini ifade etmektedir. 'Orantılılık' ise başvuru olan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir." (AYM, E. 2014/25, K. 2014/119, T. 03.07.2014).

Bir ceza hükmünün, yürürlüğe girdiği tarihte açık bir şekilde amaca uygun olmadığı tespit edilebiliyorsa elverişsiz olduğu kabul edilir.¹²⁹ Bu noktada amaç, suçla korunan hukuksal değerın tespitiyle anlaşılabilir. Araç da doğal olarak ceza yaptırımındır. Bu çerçevede elverişlilik değeri, denetim konusu normla öngörülen ceza yaptırımının hukuki değeri korumaya elverişli olup olmadığı bakımından yapılacaktır.

Bazı davranışların cezalandırılabilir davranış olarak nitelendirilmesi yani ceza hukuku alanına dâhil edilmesinin bir hukuki değeri korumaya elverişli olup olmadığı ile ilgili farklı bilimsel çalışmalar neticesinde ortaya çıkmış farklı yaklaşımlar bulunabilir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bireysel esrar kullanımının cezalandırılmasının yasa koyucunun suçla amaçladığı toplum ve birey korunması amacına ulaşmak için uygun bir yol olmadığı ve ceza hukukunun son çare olması ilkesi ile bağdaşmadığı iddiasına¹³⁰ ilişkin kararında bu sorunu tartışmıştır. Mahkeme, ceza tehdidi ile bu amaca ulaşamayacağı ve esrar kullanımının serbest bırakılmasının daha hafif bir yolla aynı amaca ulaşılmasını mümkün kılacağı argümanının çürütülmediğini kabul etmiştir. Ancak Mahkeme, bu konudaki suç siyaseti tartışmalarının sürdüğünü ve konuya ilişkin kararı ancak yasa koyucunun verebileceğini ifade etmiştir.¹³¹

Gereklilik ilkesi ise sınırlama amacını gerçekleştirmek için, aynı derecede etkili araçlar arasından en yumuşak aracın seçilmesi gerektiğini ifade eder.¹³² Bu inceleme, araç-amaç ilişkisinden bağımsız bir şekilde araçlar arasında bir karşılaştırma gerektirir. Denetlenen araçla aynı etkililiğe sahip başka bir aracın yan etkileri de göz önünde alınarak daha az sınırlayıcı olup olmadığı anlaşılmaya çalışılır.¹³³ Gereklilik ilkesi, ceza hukukunun diğer hukuk dalları karşısında ikincilliği ile ilgilidir.¹³⁴ Daha önce de değinildiği gibi ceza hukuku tedbirlerine ancak diğer hukuk dallarının yetersiz kaldığı noktada başvurulmalıdır. Bunun yanında ceza hukuku yaptırımları arasında da en hafif olanı öncelikle seçilmelidir.

¹²⁹ ROXIN, s. 40.

¹³⁰ BverfG 2 BvL 43/92, para. 41.

¹³¹ BverfG 2 BvL 43/92, para. 151. Hafif ve ağır uyuşturucular bakımından bir farklılığa gidilmemesinin ölçülülük ilkesinin ihlali anlamına geleceği iddiasına (para. 42) karşılık ise kanun koyucu eroin gibi sert uyuşturucularla esrar gibi hafif uyuşturucular için tek tip ceza öngörse de ceza muhakemesi kuralları ve yargı organlarının farklı cezalar belirleyebilme imkânlarının her bir olayda haksızlık ve kusur içeriği ile her bir maddenin tehlikeliliğın dikkate alınmasını sağladığı kabul edilmiştir (para. 188). Bu şekilde cezalandırmanın ölçülülüğü de gerekçelendirilmektedir.

¹³² SAĞLAM, s. 115.

¹³³ METİN, s. 35.

¹³⁴ ROXIN, s. 40.

Evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerinin suç olarak düzenlendiği TCK'nın 230/5-6 maddelerinin anayasaya aykırılığı iddiasında Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralın ceza hukukunun son çare olması niteliğiyle bağdaşmadığını nitekim Medeni Kanun'un dinsel birlikteliğe resmi nikâh ile aynı hukuki değeri bahsetmemek suretiyle zaten aile düzeni için korumanın sağlandığını ifade etmiştir.¹³⁵ Mahkeme'nin söz konusu normu incelerken laiklik ilkesine hiç değinmemesi ilginçtir. Gerçekten de söz konusu hükmün anlamı ancak Anayasa ile de güvence altına alınan laik hukuk düzeninin ve İnkılap Kanunlarının korunması amacıyla anlaşılabilir.¹³⁶ Ayrıca normun aile düzeni özelinde kadının ve çocuğunun laik hukukun korumasından yararlandırılmasını sağlama amacının Medeni Kanun'daki düzenleme ile gerçekleştirilemeyeceği, nitekim yalnızca dinsel tören gerçekleştirilmesi durumunda toplumsal yapı nedeniyle nikâh akdinin şekline karar verme imkânı olmayan kadının medeni pek çok haktan yararlanamayacağı göz ardı edilmiştir.

Orantılılık ilkesi ise yalnızca sınırlandırmanın ölçüsüz olmaması şeklinde olumsuz bir anlam taşımaktadır. Dolayısıyla bu durumda gereklilik ilkesinde olduğu gibi sabit bir amaçla bir ya da birden çok araç arasındaki değil, iki değişken arasındaki ilişki söz konusudur.¹³⁷ Orantılılık değerlendirmesinde, sınırlamanın ağırlığıyla gerçekleşen neticenin değeri arasında bir orantısızlık olup olmadığı ve bu nedenle sınırlamadan vazgeçmek gerekip gerekmediği hususları araştırılır. Araç ve amacın karşılaştırılması sonucunda, araca başvurulmasının ağır olumsuzluklara neden olması durumunda orantısızlık olduğu kabul edilir.¹³⁸

Suç ve ceza koyan normlar bakımından özellikle orantılılık ilkesi önem taşımaktadır.¹³⁹ Cezalandırılan hareketin münferit olarak değerlendirilmesiyle tam olarak ölçüsüz sayılmadığı durumda orantılılık var kabul edilir.¹⁴⁰ Bu değerlendirmede yalnızca soyut ceza dikkate alınmamalı, ceza normunun uygulanmasının sonuçları bir bütün olarak değerlendirilmelidir.

Anayasa Mahkemesi'nin cezaların oranına ilişkin istikrarlı içtihadı, farklı suçların karşılaştırılması ve yalnızca failin hareketinin esas alınması suretiyle

¹³⁵ AYM, E. 2014/36, K. 2015/51, T. 27.05.2015.

¹³⁶ Aynı yönde Mahkeme'nin normun amacını doğru belirlemediğine ilişkin eleştiri için bkz. GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 336.

¹³⁷ SAĞLAM, s. 116.

¹³⁸ METİN, s. 37.

¹³⁹ **Kemal GÖZLER**, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II, Bursa, Ekin Yayınevi, 2011, s. 551; SAĞLAM, s. 117. Ancak Sağlam, bu ilkeye daha çok mahkemelerde verilen kararların anayasa şikâyeti ile denetlenmesi ile başvurulduğunu aktarmaktadır. *Weigend* ise ilkenin bu konuda bir rolü olup olmadığının belirsiz olduğunu ifade etmektedir (WEIGEND, s. 924).

¹⁴⁰ ROXIN, s. 40.

cezanın orantılı olup olmadığının belirlenemeyeceği, bunun yerine o suçun etki ve sonuçlarının dikkate alınması gerektiği şeklindedir. Mahkeme, kararlarında açıkça ifade etmese de söz konusu içtihadın gerekçesi esasında farklı suç tipleriyle farklı hukuki değerlerin korunmasıdır. Mahkeme özellikle aynı hukuki değeri koruyan suçlardan birinin aynı zamanda farklı bir değeri daha korumasının, bu suça daha fazla ceza verilmesini haklı kıldığını kabul etmektedir.¹⁴¹ Federal Alman Anayasa Mahkemesi de ceza tehdidinin, fiilin ağırlığı ve failin kusuru ile ölçülü olması gerektiğini kabul etmektedir.¹⁴² Bu içtihat, ölçülülük ilkesinin, yasaların somut olayda hâkime kusurla orantılı ceza verme imkânı verecek şekilde düzenlenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.¹⁴³

Anayasa Mahkemesi'nin bir normun ölçülülüğünü denetlerken her üç alt ölçüt bakımından da ayrı ayrı değerlendirme yapması gerekir. Ancak Mahkeme'nin, kararlarında bu ispat aşamalarını atlayarak doğrudan araçla amaç arasındaki ilişkinin ölçsüzlüğüne ilişkin kararlar verdiği de görülmektedir.¹⁴⁴ *Wei-gend* de Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin gereklilik ve elverişlilik soru-

¹⁴¹ 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 5/1-b maddesinde "yasal yetkisi olmaksızın yurtdışı spor müsabakalarına ilişkin bahis oynatma" suçunun alt sınırının 4 yıl hapis cezası olarak belirlenmesine karşılık niteliği itibarıyla benzer olan 5237 sayılı TCK'da kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun cezasının alt sınırının genel hükümlere göre bir ay hapis cezası, çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlanması halinde ise cezanın alt sınırının iki ay hapis cezası olduğu ve söz konusu cezanın ertelenmesinin ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının mümkün olduğu gerekçesiyle 258 sayılı Kanun'da düzenlenen itiraz konusu kuralın ölçülü olmadığı iddia edilmiştir. Mahkeme, her iki kuralın benzer şekilde düzenlenmiş olmalarına karşılık farklı hukuki değerleri koruduklarını belirtmiştir. Gerçekten de her iki kural için ortak olan genel ahlakın ve çocukların kumara ilişkin tehlikelerden korunması şeklindeki hukuki değer yanında, itiraz konusu kuralla devletin verdiği izin ve yetkiyle bahis ve şans oyunları düzenleyen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kişilerin gelirlerinden pay alan kamu kurum ve kuruluşlarının mali çıkarları da korunmaktadır. Ayrıca yasadışı bahis ve şans oyunu oynatmanın kara para aklama aracı olması, internetin kolay erişilebilirliği nedeniyle gençlerin istismarının kolaylaştığı ve mevcut yaptırımın yetersiz kalması üzerine anılan suçun cezasında artırım yapıldığı belirtilmiştir. Bu nedenlerle Mahkeme, anılan suçlar için farklı cezalar öngörülmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır (AYM E. 2016/51, K. 2016/179, T. 23.11.2016). Cumhurbaşkanına hakaret suçunu düzenleyen TCK m. 299 yönünden de Mahkeme aynı gerekçeye başvurmuştur (AYM, E. 2016/25, K. 2016/186, T. 14.12.2016).

¹⁴² BverGE 45, 187, 259 (aktaran: WEIGEND, s. 920).

¹⁴³ BverGE 45, 187, 261 (aktaran: WEIGEND, s. 920).

¹⁴⁴ **Bertil E. ODER**, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtama ve Somutlaştırma Sorunları - 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler", in: *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Ankara 29 - 30 Eylül 2012. s. 199. Örneğin, askeri suçlar bakımından kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar, erteleme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi çeşitli kurumların uygulanmayacağına ilişkin çeşitli hükümlerin incelendiği kararda Mahkeme, kanun koyucunun askeri hizmetin gereklerini gözeterek askeri suçlar için farklı düzenlemeler öngörülebileceğini ancak yasa koyucunun yine ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğunu belirtmiş, bununla birlikte ölçülülük ilkesinin alt unsurlarını soyut olarak tanımlamakla yetinerek somut norm bakımından denetleme yapmadan iptal kararı vermiştir (AYM, E. 2012/80, K. 2013/16, T. 17.01.2013, RG: 23.01.2013, S. 28537).

larıyla çok ilgilenmeden herhangi bir cezalandırma amacının bulunup bulunmadığını araştırdığını aktarmaktadır.¹⁴⁵ Yazar, esas sorunun, üçüncü ölçüt bakımından yaptırımın uygunluğunun tespitinde yattığını ifade etmektedir. Bu kapsamda ilk olarak ceza, failin kusurunu karşılamalı; ikinci olarak ilgili kişi üzerindeki yük, hukuksal değerlerin korunması hususunda yaptırımdan beklenen faydaya nazaran orantısız olmamalıdır.¹⁴⁶

Ölçülülük ilkesinin ceza normları bakımından birbiriyle yakından ilintili iki temel görünümü söz konusu olabilir. İlki, bir davranışın genel olarak ceza yaptırımını ile karşılanmasının yani cezalandırılabilir bir davranış olarak kabul edilmesinin ölçülülüğü, diğeri ise bir davranış için öngörülen cezanın ölçülülüğüdür.¹⁴⁷

22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan veya bu fiili kendisine rızasıyla yaptırın asker kişiler hakkında TSK'dan çıkarma, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilmesi öngören¹⁴⁸ 153. maddesinin iptali için yapılan başvuruda Mahkeme, askeri ceza kanunlarının amacını açıklanmış, daha sonra da eşcinsel ilişkiye girenler için öngörülen bu cezanın istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan amaca ulaşmak için ölçülü bir araç olduğunu kabul etmiştir.¹⁴⁹ Kararda ölçülülük ilkesine dair teorik açıklamalar yapmak, ilkeyi itiraz konusu kural bakımından ele almak anlamına gelmemektedir. Söz konusu anayasaya uygunluk denetiminde beklenen ilk olarak amacı ortaya koymaktır ki Mahkeme amacın askeri disiplini sağlamak olduğunu belirtmiş ve amacın anayasaya uygunluğu ile ilgili bir sorun görmemiştir. Ancak amacı ortaya koyduktan sonra aracın da anayasaya uygunluğu araştırılmalı ve uygun olduğu tespit edilirse amaçla araç arasındaki ilişki incelenmelidir. Bu bakımdan cinsel yönelimlerin ne şekilde askeri disiplini bozduğunun ortaya konulması gerekir. Daha sonra eşcinsel iliş-

¹⁴⁵ WEIGEND, s. 924.

¹⁴⁶ WEIGEND, s. 924.

¹⁴⁷ "Yalan tanıklık suçunu düzenleyen 272. maddenin 6. fıkrasında, aleyhine tanıklıkta bulunan kimsenin yargılanıp süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, yalan tanıklık failinin söz konusu cezanın üçte ikisi kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Bu durum ise suçun nitelikli hâlinin, aleyhine tanıklıkta bulunan kimsenin mahkûm olduğu hapis cezasının süresine bağlı olarak, suçun temel şekline oranla daha hafif bir şekilde cezalandırılmasına yol açmaktadır. Aleyhine tanıklıkta bulunan kimsenin kısa süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde daha belirgin olarak ortaya çıkan bu durum, ceza adaletinin sağlanması bakımından adil olmayan sonuçlara sebep olmakta ve bu yönüyle kuralda, kanun koyucunun ceza siyasetini belirleme konusunda sahip olduğu takdir yetkisini kullanırken göz önünde tutması gereken adalet ve hakaniyet ilkelerine uyarlık bulunmamaktadır." (AYM, E. 2014/116, K. 2015/4, T. 14.01.2015)

¹⁴⁸ Ölçülülük ilkesi sadece dar anlamda cezalar için değil aynı zamanda ceza olarak açıkça tanımlanmayan ancak cezai nitelikte olan idari yaptırımlar için de benzer şekilde değerlendirilmelidir (ESER ve KUBICIEL, kn. 38).

¹⁴⁹ AYM, E. 2015/68, K. 2017/166, T. 29.11.2017, para. 18.

kiye girenlerin TSK'dan çıkarılmasının askeri disiplinin korunmasında elverişli bir araç olup olmadığı belirlenmeli, eğer elverişli olduğu sonucuna varılırsa da daha hafif başka bir yaptırım ile aynı amacın sağlanıp sağlanamayacağı araştırılmalıdır. Nihayetinde de söz konusu ceza ile ortaya çıkan sonucun, yani kişilerin özel hayatının çekirdek alanına yapılan müdahalenin, orantılı olup olmadığı tartışılmalıdır. Anayasa Mahkemesi ise tüm bu denetim aşamalarını atlamış ve hukuk dışı ölçütlere dayanarak anayasaya uygunluk denetimi yapmıştır. Kararda normun amacı ile öngörülen ceza arasındaki ilişki, ölçülülük ilkesinin unsurları göz ardı edilerek soyut varsayımlarla açıklanmaya çalışılmıştır.¹⁵⁰

Anayasal denetimde, Anayasa altı tercihlere dayalı Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılamaz. Bu nedenle, ölçülülük ilkesinin sınanmasında yasal referanslar ve suç ve ceza siyaseti tercihlerinin esas alınması uygun değildir.¹⁵¹ Ancak Anayasa Mahkemesi, anayasal ölçütler kullanmaksızın iptal kararı verebilmektedir. Konuya ilişkin en tartışmalı suçlardan biri çocuğun cinsel istismarını düzenleyen TCK'nın 103. maddesidir.¹⁵² Başvurularda esas itibarıyla çocuk evliliklerinin ve çocuklar arası cinsel ilişkilerin toplumsal gerçekliği karşısında faille verilen cezaların ceza adaletine ve ölçülülük ilkesine uygun olmadığı iddia edilmiştir.¹⁵³ Mahkeme, sosyal gerçeklik temelli iddiaları kısmen dikkate almış ve failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi gerektiği ve onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırdığı gerekçesiyle hükmü Anayasa'ya aykırı bulmuştur.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Mahkeme'nin esas dayanak argümanının "... söz konusu davranışlar; tüm toplum düzenlerinde doğal olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, toplumun ahlâkî standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan cinsel davranışlardır" cümlesi ile özetlendiği anlaşılmaktadır (para. 14).

¹⁵¹ ODER, s. 199.

¹⁵² Tespit edebildiğimiz kadarıyla 5 kez Anayasa Mahkemesi'ne taşınan (AYM, E. 2015/26, K. 2015/100, T. 12.11.2015; AYM E. 2015/43, K. 2015/101, T. 12.11.2015; AYM E. 2015/108, K. 2016/46, T. 26.05.2016; AYM, E. 2017/135, K. 2019/35, T. 15.05.2019; AYM E. 2018/151, K. 2019/36, T. 15.05.2019) 2 kez iptal edilen ve 3 kez değiştirilen madde hala tartışılmakta olduğundan adeta yılan hikayesine dönmüştür ("İkinci Yargı Paketinde Küçük Yaştaki Evliliklere Tartışmalı Çözüm", DW. <https://www.dw.com/tr/ikinci-yarg%C4%B1-paketinde-k%C3%BC%C3%A7%C3%BCk-ya%C5%9Ftakievliliklere-tart%C4%B1%C5%9Fmal%C4%B1%C3%A7%C3%B6z%C3%BCm/a-51030095>, E.T. 08.12.2019).

¹⁵³ AYM, E. 2015/26, K. 2015/100, T. 12.11.2015, para. 3. Cezaların ağırlığı eleştirileri üzerine 6545 sayılı Kanun ile sarkıntılık fiilin eklenmesiyle istismar fiilinin kademlendirilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine de 6763 sayılı Kanun ile mağdurun yaşına göre cezanın kademlendirilmesiyle maddeye ilişkin uygulamada doğan sorunlar aşılma istenmiştir. Ancak daha sonra suç tipinin belirsiz olduğu ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğu iddiasıyla 2 kez daha maddenin anayasaya aykırılığı iddia edilmiştir.

¹⁵⁴ Mahkemenin diğer argümanları için bkz. AYM, E. 2015/26, K. 2015/100, T. 12.11.2015, para. 10.

Yasanın hâkime, faili kusuru oranında cezalandırma ve cezayı bireyselleştirme imkânı vermesi gerektiği yukarıda ifade edilmişti. Bu husus, hem kusur hem de hümanizm ilkelerinin bir gereğidir. Ancak Mahkeme'nin iptal kararına gerekçe yaptığı ihtimaller, Anayasa m. 41/3 gereği devletin önlemekle yükümlü olduğu bir çocuğa karşı şiddet durumunun kendisidir. Kaldı ki bir hukuk devletinde çocuk evliliklerinin, yasa koyucuyu düzenleme yapmaya sevk etmesi kadar abesle iştiğal eden pek az durum bulunabilir. Yasa koyucuya düşen ancak çocuk evliliklerinin önlenmesi için yasa çıkarmak olabilir ki bu amaç Anayasa ve ilgili uluslararası sözleşmelere de uygun olacaktır.

D. Ceza Normlarının Denetiminde Eşitlik İlkesine Başvurulması

Eşitlik ilkesi Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, "*herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*".

Eşitlik ilkesi, bu ilkedен yararlanıanlar için bir hak, devlet organları içinse bir yükümlülük ifade eder.¹⁵⁵ Eşitlik kavramı esas olarak kişilerin gördükleri veya görmeleri gereken muameleden hareketle bir anlam kazanır.¹⁵⁶ Ancak bu ilke, belirli bir kurala göre yapılan işlemlerin yanında bu işlemleri öngören kuralların bir niteliğini de ifade edebilir.¹⁵⁷

İki kişi ya da durum tam olarak özdeş olamayacağından mutlak eşitliğin söz konusu olamayacağı hususunda bir şüphe yoktur. Bu nedenle parlamentonun çeşitli ölçütler üzerinden belirlediği benzerliklerin sınıflandırılması suretiyle eşitlik ilkesine anlam verilmeye çalışılır.¹⁵⁸ Bu bakımdan eşitlik ilkesi şekli ve maddi eşitlik olarak iki anlama sahiptir. Şekli eşitlik, "*eşitlere eşit veya benzer durumlara benzer işlem yapılması*" yükümlülüğü şeklinde ele alınır.¹⁵⁹ Hukuk kuralları bakımından da bu ilke, "*kuralın, öngördüğü kişi ve durumlara eşit yani sürekli ve tutarlı olarak uygulanmasını*" emreder.¹⁶⁰ Maddi eşitlik ise aynı durumda bulunanlar için eşit davranma zorunluluğunu ifade eder.¹⁶¹ Anayasa Mahkemesi de esasında maddi eşitlik ilkesini benimsemiştir ve bu kapsamda

¹⁵⁵ ÖZBUDUN, s. 156.

¹⁵⁶ Merih ÖDEN, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 23.

¹⁵⁷ ÖDEN, s. 24, 25.

¹⁵⁸ Sibel İNCEOĞLU, "Mahkeme Kararlarında Eşitlik İlkesi ve Ayırimcılık Yasağı", *Çalışma ve Toplum*, S. 4, 2006, s. 50.

¹⁵⁹ Aktaran: ÖDEN, s. 25.

¹⁶⁰ Aktaran: ÖDEN, s. 28.

¹⁶¹ ÖZBUDUN, s. 157.

hukuksal eşitliğin sağlanıp sağlanmadığını denetlemek için çeşitli ölçütler geliştirmiştir.¹⁶²

Yasa koyucu tarafından kişiler arasındaki benzerlikler çeşitli değerlendirme kıstasları üzerinden saptanarak sınıflandırılır ve eşitlik ilkesinin bu sınıflandırılan grup içerisinde sağlanması beklenir.¹⁶³ Sınıflandırmada temel alınacak ölçütler, yasanın amacının gerçekleştirilmesine yönelik olarak belirlenmelidir. Eşitlik ilkesinin denetiminde de yasanın bir amacı olup olmadığı ve bu amacın meşru olup olmadığı, sınıflandırma öngören normun bu amaçla özellikle sınıflandırmanın yasanın amacına hizmet edip etmediği noktasındaki bağlantısı, amaçla araç arasındaki oran gibi hususlar incelenmelidir.¹⁶⁴ Yasanın amacı, kamu yararı veya Anayasa’da ifade edilen amaçlardan biri olmalıdır. Bununla birlikte kamu yararının belirlenmesinin yasa koyucunun tercihi dâhilinde olması nedeniyle, ancak kamu yararının varlığının açıkça ortaya konulamaması durumunda denetlenebileceği ifade edilmektedir.¹⁶⁵

Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadı, sınıflandırmanın haklı nedenlere veya kamu yararına dayanması gerektiği yönündedir. Mahkeme, kamu yararı ve haklı nedenin anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olması gerektiğini kabul etmektedir.¹⁶⁶

Ceza normları arasında da hukuksal değerlerin daha etkili korunmasını gerektiren sınıflandırmalar yapılması mümkündür. Eşitlik ilkesinin ihlali, ceza normları bakımından genel itibarıyla iki durumda iddia edilmektedir. İlk durumda suç tipinde ayrıca belirtilen bir gruba mağdur ya da fail olarak farklı bir düzenleme getirilmesi söz konusudur. İkinci durumda ise benzer işleniş şekline ve ağırlığa sahip iki davranışa çok farklı yaptırımlar öngörülmesi nedeniyle eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddia edilmektedir.

¹⁶² “Anayasa’nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konulardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.” AYM, E. 2005/103, K. 2005/89, T. 23.11.2005.

¹⁶³ İNCEOĞLU, s. 50.

¹⁶⁴ İNCEOĞLU, s. 50.

¹⁶⁵ İNCEOĞLU, s. 50.

¹⁶⁶ Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin içtihatları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, s. 54.

Suç tipinde, bir mağdur grubuna farklı muamele yapıldığı iddiasıyla gerçekleştirilen anayasal denetimin örneklerinden biri, 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesi bakımından yapılan somut norm denetimidir. İlgili maddede, mağdur kadının fuhuşu meslek edinmesi, ırza geçme ve kaçırma fiilleri bakımından ceza indirimi sebebi olarak düzenlenmişti. Bu fiillerle ihlal edilen değerleri, fuhuşu meslek edinen kadınlar bakımından daha az korumaya layık gören söz konusu düzenlemenin, hem mağdurların korunması hem faillerin cezalandırılması bakımından Anayasa'nın eşitlik ilkesinin ihlalini oluşturduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluna başvurulmuştur. Mahkeme, mağdur kadının fuhuşu meslek edinmesinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemesi suretiyle bu kişilerin hukuk korumasından tamamen mahrum bırakılmadığını ancak cezanın belirlenmesi bakımından mağdurların özelliklerinin farklı düzenleme yapılmasına haklı bir sebep oluşturduğunu ve kanun koyucunun bu ayrımı genel ahlak ve kamu düzenini korumak için gerekli saydığını belirtmiştir. Daha sonra farklı suçların cezalarının karşılaştırılması suretiyle anayasal denetim yapılamayacağı yönündeki istikrarlı içtihadını yinelemiş ve fuhuşu meslek edinmeyen kadınlara karşı gerçekleştirilen ırza geçme ve kaçırma fiillerinin fuhuşu meslek edinenlerle kıyaslanamayacağını, nitekim her iki fiilin toplum yaşamındaki etkilerinin farklı olduğunu savunmuştur. Sonuç olarak Mahkeme, itiraz konusu normu Anayasa'ya uygun bulmuştur.¹⁶⁷

Her şeyden önce, yasa koyucunun güttüğü amacın Anayasa ve hukukun genel ilkeleri kapsamında meşru olması gerekir ki bu amaç ceza hukukunda hukuksal değerlerin korunmasıdır. Mülga TCK'da cinsel suçlar "Genel Ahlak ve Aile Düzenine Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmekteydi. Ancak bu tasnif, ırza geçme ve kaçırma fiillerinin kişiye karşı işlenen suç olma vasfını etkilememektedir. Kaldı ki genel ahlak ve aile düzeni kavramlarına hukuk mantığı içerisinde objektif ve genel geçer bir anlam atfedilmeli ve toplumun bir kısmının ahlak anlayışını yansıtan "namus" ya da "iffet" gibi kavramlar bir hukuk normunun anlamının ortaya konulmasında kullanılmamalıdır. Bu nedenle Mahkeme'nin yorumladığı şekliyle ahlakın korunması ne ceza normunun ne de başka bir hukuk dalıyla öngörülen normun amacı olabilir. Diğer yandan bazı kadınların daha az "ahlaklı" olduğu kabulü ile aynı suçtan daha az zarar göceklerini varsaymak, sebep unsurunun anayasaya aykırı olması anlamına gelir. Bahse konu kararda yasanın amacına ulaşmak için yapılan sınıflandırmada başvuru ölçütünün hukuk dışı kavramlar üzerinden belirlendiği görülmektedir. Ne amacın ne de aracın hukuken meşru olduğu bir normla bireylerin bir kısmının farklı bir işleme tabi tutulmasının mümkün olamayacağı açıktır.

¹⁶⁷ AYM, E. 1988/4, K. 1989/3, T. 12.01.1989, AMKD S. 25, s. 3-24.

Failler bakımından eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak da zina suçu örnek gösterilebilir. 765 sayılı TCK'nın 440 ve 441. maddeleri karı ve kocanın zinasını farklı şekilde düzenlemekte ve karının zina suçunu işlemiş olması için başka bir erkekle cinsel ilişkiye girmesini yeterli görmesine karşılık, kocanın başka bir kadınla herkes tarafından bilinecek şekilde karı koca gibi yaşamasını gerektirmekteydi. Ayrıca kadının birlikte olduğu erkeğin medeni durumu önemli olmamasına karşın, erkek ancak evli olmayan bir kadınla zina suçunu işleyebilmekteydi. Mahkeme, cinsiyet açısından eşitlik ilkesini değerlendirirken cinsiyete dayalı ayrımların amacının önemli olduğunu belirtmiştir. Buna göre, kadını korumak için yapılan ayrımların objektif olarak yaratılış ve işlevsel özelliklerin gerektirdiği ayrımlar olmasına karşın, erkeklere ayrıcalık tanınması durumunda tüm koşullar aynı olmasına karşılık cinsiyet temelli bir ayrımcılık yapılmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, yaratılış ve işlevsel özelliklerin haklı kıldığı ayrımlar dışında, cinsiyet farklılığı öngören düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Evlilik birliğine sadakat yükümlülüğü açısından kadın ve erkek arasında fark bulunmaması nedeniyle anılan düzenlemenin haklı bir neden olmamasına karşılık, evlilik birliği içerisinde kadın karşısında erkeğe yasal üstünlük tanınması anlamına geldiğine hükmetmiştir. Sonuç itibarıyla madde anayasaya aykırı bulunmuştur.¹⁶⁸

Cinsiyet üzerinden yapılan sınıflandırmalarda, normla güdülen amaç münferit olarak değerlendirilmelidir. Salt bir cinsiyet lehine koruma yapıldığından bahisle amacın meşru olduğunu kabul etmek, bizatihi Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle araştırılması gereken husus kadın ve erkekler için farklı düzenleme getirilen normda hangi tarafın korunduğu değil, normun amacının meşruluğu ve ayrımın bu amacı gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği olmalıdır. Zina suçunun maddi unsurunun kadın ve erkek failer için farklı düzenlenmesinin amacının, toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin fikirlerin suç tipine yansıtılması olduğu rahatça söylenebilmektedir. Bu nedenle normun eşitlik ilkesinin ihlali niteliğinde olduğu görülmektedir.

Faillerin yaşları bakımından yapılan sınıflandırmaların da suçla korunan hukuki değeri korumaya elverişli olması gerekir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda Mahkeme, mağdurla arasında 5 yaştan fazla fark olan failer bakımından yaptırımın farklılaştırılmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur.¹⁶⁹ Bu suçla korunan hukuki değer, "çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi"dir.¹⁷⁰ Normla

¹⁶⁸ AYM, E. 1996/15, K. 1996/34, T. 23.09.1996.

¹⁶⁹ AYM, E. 2005/103, K. 2005/89, T. 23.11.2015.

¹⁷⁰ **F. Gökçen TANER**, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s. 366.

yaş esasına göre yapılan sınıflandırmanın eşitlik ihlali oluşturmaması için, mağdur çocuğun cinsel gelişiminin, birlikte olduğu kişiyle arasında 5 yaştan fazla fark olması durumunda daha fazla zarar göreceğinin ortaya konulması gerekir. Ancak bu belirleme, bilimsel bir değerlendirmenin konusu olup yasa koyucu yaş farkına göre farklı ceza öngörülmesinin gerekçesini bilimsel verilere dayanarak ortaya koymalıdır.

Askerlik hizmetinin gerekleri de hem askeri personel ile sivil vatandaşlar arasında hem de askeri personel içerisinde ayırım yapılmasının dayanağı olabilmektedir. Örneğin, emre itaatsizlikte ısrar suçunun seferberlik halinde cezanın artırılmasını öngören nitelikli halinin, kara birliği personeliyle diğer askeri personel açısından eşitsizlik yarattığı ileri sürülmüştür.¹⁷¹ Anayasa Mahkemesi ise savaş hava ve deniz gemilerinin ülke sınırları dışında barış zamanında dahi büyük risklerle karşı karşıya olduğunu ve bu nedenle caydırıcılık amacıyla daha fazla ceza öngörülmesinin disiplinin temini amacına yönelik olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre çalışma koşullarının farklı olması, aralarında eşitlik karşılaştırması yapılmasına imkân vermemektedir. Bu nedenle eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğine hükmedilmiştir.¹⁷²

Eşitlik ilkesiyle ilgili diğer itirazlar ise bir ceza normunun benzer başka bir ceza normuna nazaran farklı düzenleme öngörmesi nedeniyle yapılmaktadır. Bu yöndeki itirazlar genellikle ceza oranları bakımından yapılmakta ve Anayasa Mahkemesi istikrarla, farklı normların karşılaştırılması suretiyle anayasal denetim yapılamayacağına hükmetmektedir.

Ceza miktarının denetlenmesi esas itibarıyla her somut norm bakımından ölçülülük ilkesinin incelenmesi suretiyle yapılmalıdır. Farklı suç tipleriyle aynı hukuki değer korunsa da suç tipleri arasındaki hareketlerin ihlal ediciliği ve neticelerinin zarara ya da tehlikeye neden olması bakımından ortaya çıkan farklar, farklı cezalar ya da cezayı artıran ve azaltan nedenler öngörülmesinin dayanağını oluşturmaktadır. Bu belirlemeler esas itibarıyla yasa koyucunun yetkisi dâhilindedir. Anayasa Mahkemesi, benzer suçlara farklı cezalar öngörülmesi-

¹⁷¹ AYM, E. 2007/100, K. 2010/4, T. 14.01.2010. Deniz veya hava gemileri, ülke sınırları dışına çıktığı anda, barış zamanında dahi seferber sayılmakta ancak yıllarca sınır dışında görev yapan kara personeli için savaş, seferberlik veya fiili çatışma hali yoksa seferberlik hali hükümleri uygulanmamaktadır. Bu şekilde emre itaatsizlik suçunun 1 ay olarak öngörülen cezası, deniz ve hava personelleri için seferberlik hali ağırlaştırıcı neden olduğundan 1 yıl olarak uygulanabilmektedir (1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 8/3. maddesi).

¹⁷² AYM, E. 2007/100, K. 2010/4, T. 14.01.2010. Ancak kararda, gemide 35 cc'lik rakı içen personelin en az 1 yıl hapis cezası ile karşılaşması ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirmemiştir. Bunun sebebi kuvvetle muhtemel, somut norm denetimine başvuran mahkemenin, emre itaatsizlikte ısrar suçunun nitelikli halini düzenleyen Askeri Ceza Kanunu'nun 87/1. maddesini değil seferberliğin tanımını yapan 8/2. maddesinin iptalini ileri sürmesidir.

nin; suçların nitelikleri ve haksızlık dereceleri arasında fark olması,¹⁷³ maddelerin yasadaki yerleri, suçun unsurları, cezaları, türleri, ağırlaştırıcı ve hafifletirici nedenleri¹⁷⁴ gibi çeşitli sebeplere dayanabileceğini kabul etmektedir.

Bu nedenle ancak aynı hukuki değeri koruyan suçlar için öngörülen yaptırım miktarları arasındaki farklılığın; hareket veya netice bakımından haklı bir nedene dayanmadığının ve/veya hukuki değerlerin korunmasına hizmet etmediğinin ortaya konulması durumunda eşitlik ilkesine aykırılığın varlığı kabul edilebilir.

Alman Anayasa Mahkemesi, yukarıda değinilen esrar kullanımı kararında eşitlik iddiaları bakımından da değerlendirme yapmıştır. İddianın gerekçesi, daha zararlı etkilere sahip olan alkol ve nikotin kullanımının cezalandırılmamasına rağmen zararlı etkileri tam olarak ispatlanmamış kenevir kullanımının cezalandırılmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu¹⁷⁵ ve ceza hukukunun son çare olması ilkesi gereğince yasa koyucuyu farklı muamele yapmaya iten sebeplere daha sıkı ölçütler getirilmesi gerektiğidir.¹⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesinin, potansiyel olarak benzer oranda zararlı olan maddelerin kullanımını aynı şekilde cezalandırılmasını veya bu maddelere aynı şekilde izin verilmesini gerektirmeyeceğini¹⁷⁷ kaldı ki nikotin ve alkol ile esrar bakımından farklı düzenleme yapılması için yeterli gerekçe olduğunu ifade etmiştir.¹⁷⁸

İki farklı suç için eşit ceza belirlenmesi halinde de eşitlik ilkesinin ihlali gündeme gelebilir. Anayasa Mahkemesi bu halde yasa koyucunun takdirinin haklı nedenlere dayanıp dayanmadığını ve hâkimin somut olayda cezayı farklı-

¹⁷³ Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen yerlerde izin almadan ya da tespit edilenden fazla ya da farklı yere haşhaş ekimi yapmak veya bu yerlerde üretim yapmak 6 aydan 3 seneye kadar hapis cezası gerektirirken, belirlenen bölgeler dışında ekim ve üretim yapmak 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası gerektirmekteydi. İlk derece mahkemesi de diğer iddiaların yanında her iki fıkraya bakımından faillerin kötü niyetleri arasında bir fark olmamasına rağmen farklı cezalar öngörülmesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, haşhaş ve afyon üretim alanlarının devlet tarafından belirlenmesindeki kamu yararına dikkat çekerek daha ağır bir nitelik taşıyan ikinci suça daha fazla ceza saptanmasının ceza hukuku ilkelerine uygun olduğuna hükmetmiştir (AYM, E. 1977/1, K. 1977/20, T. 05.04.1977).

¹⁷⁴ Mülga TCK'nın 436/1-2 maddelerinde düzenlenen "fuhşiyata tahrik" suçuna, 429/1 veya 430/1 maddelerinde düzenlenen "kız, kadın veya erkek kaçırma" suçundan daha az ceza belirlenmesinin, Anayasa'nın başlangıç hükmüne ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Mahkeme ise, karşılaştırılan suçlar arasında korunan hukukî değer ve unsurlar bakımından benzerlikler bulunmasına karşın, çeşitli açılardan tümüyle farklı olduklarını ve bu nedenle anılan farklı suçları işleyen sanıkların aynı konumda olmadıklarını belirtmiş, farklı yaptırımlar öngören söz konusu maddelerin Anayasa'nın eşitlik ilkesi yönünden karşılaştırılmayacağını ifade etmiştir. AYM, E. 1999/17, K. 1999/35, T. 14.09.1999.

¹⁷⁵ BverfG 2 BvL 43/92, para. 35, 36.

¹⁷⁶ BverfG 2 BvL 43/92, para. 38.

¹⁷⁷ BverfG 2 BvL 43/92, para. 184.

¹⁷⁸ BverfG 2 BvL 43/92, para. 185, 186.

laştırma imkânının bulunup bulunmadığını araştırmaktadır.¹⁷⁹ Diğer yandan, Mahkeme birden fazla hukuki değeri ihlal eden ve daha fazla haksızlık içeriğine sahip olan yağma suçu bakımından öngörülen cezayı azaltan nedenin, daha hafif suçlar için öngörülmemesini yasa koyucunun takdir alanı içerisinde görmüştür. Yasa koyucunun çeşitli gerekçelerle, değişik eylemler için aynı cezayı öngörebileceği gibi daha hafif kabul edilen bir eylem için daha ağır bir cezayı da uygun görebileceğini belirten Mahkeme, yasa koyucunun malın değerinin azlığı nedeniyle bazı suçlarda indirim yapmasının, meydana gelen zarar ile verilecek ceza arasındaki makul oranın korunması gereksiniminden kaynaklandığını belirtse de bu hususları incelememiş, sınıflandırmanın hangi haklı nedene dayanıldığını araştırmamıştır.¹⁸⁰

Yukarıda yer verilen Anayasa'ya aykırılık iddialarının çoğunda farklı ceza miktarları belirlenerek yapılan sınıflandırmanın, yasanın amacı dolayısıyla hukuki değerlerin korunması ile bağlantısının ortaya konulmadığı görülmektedir. Sınıflandırma objektif bir temele dayanıyor, ancak hukuksal değerlerin korunmasına hizmet etmiyorsa eşitlik ilkesinin ihlali niteliğinde olacaktır.

SONUÇ

Suç ve ceza siyaseti, devletin cezalandırılabilirlik alanını nasıl belirleyeceği sorusuyla ilgilenir. Suç ve ceza siyasetini belirleme; yani hangi fiillerin suç olarak düzenleneceği, bu fiillere hangi yaptırımların uygulanacağı, hukuka uygunluk ve kusurluluğu etkileyen nedenlerin tespiti gibi hususları düzenleme yetkisi yasama organına aittir. Yasa koyucu, yasama yetkisinin genelliği, asliliği

¹⁷⁹ Mülga TCK'da hırsızlık suçunun temel ve nitelikli hallerinin iştirak halinde işlenmesi durumunda alt sınırın eşit belirlenmesinin anayasaya aykırılığı iddiasında Anayasa Mahkemesi, takdir hakkının haklı nedene dayandığına, kaldı ki maddede üst sınır belirlenmediği ve bu nedenle hükmün her iki suç için eşit cezaya hükmedilmesi zorunluluğu doğurmadığına hükmetmiştir. Karşı oy gerekçesi ise, temelde ayrı suç olan ve farklı ceza öngörülen suçlar için iştirak halinde işlenmeleri durumunda aynı ceza belirlenmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönündedir. (AYM, E. 1979/8, K. 1979/35, T. 28.06.1979).

¹⁸⁰ Yağma suçu açısından malın değerinin azlığının cezayı azaltan bir neden olarak öngörüldüğü TCK'nın 150/2 hükmünün, iki gerekçeyle eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İlk olarak yağma suçuyla malvarlığı değeri yanında özgürlük ve beden bütünlüğünün de korunduğu ve bu düzenlemeyle yalnızca malvarlığı değerlerine yönelen suçlar bakımından öngörülmemeyen bir ceza indirimi sebebinin yağma için kabul edildiği iddia edilmiştir. Ayrıca bu şekilde yağma suçunun unsuru olan tehdit suçuna daha ağır ceza verilmesinin adalet ve hakkaniyete aykırı ve hukuk devleti ile eşitlik ilkelerinin ihlali niteliğinde olduğu savunulmuştur. Mahkeme, suç ve ceza arasındaki oranın hareket ve hareket için öngörülen cezaların kıyaslanarak belirlenemeyeceği şeklindeki içtihadını yinelemiştir. Ayrıca yağma suçunda haksızlığın ağırlığı nedeniyle hırsızlık suçundan farklı olarak, malın değerinin azlığı nedeniyle hâkimin ceza vermektен vazgeçebilmesinin öngörülmediği ve yapılacak indirim oranının açıkça belirlendiği vurgulanmıştır. Bu nedenle kuralda Anayasa'ya aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir (AYM, E. 2005/120, K. 2009/40, T. 05.03.2009).

ve devredilmezliği ilkeleri doğrultusunda cezalandırılabilirlik alanını belirleme konusunda geniş bir yetkiye sahiptir.

Ceza hukuku, sosyal, siyasal ve ekonomik sorunların çözümünde çok sık başvurulan bir araçtır. Bir yandan ceza hukukunun etkililiği ve bu açıdan tehlikeliliği, diğer yandan suç siyasetinin belirlenmesinde bilimsel verilere değil güncel sorunların kısa vadeli çözümlerine dayanılması, ceza hukuku ile suç siyaseti arasındaki ilişkiyi gerginleştirmektedir. Bu nedenle takip edilen suç siyaseti çok yoğun bir şekilde tartışılmakta, bu tartışmaların odağı bazen de yasa erkini denetleyen yargıya kaymaktadır.

Suç siyasetinin denetlenmesi, siyaset bilimine dair olması bakımından sorunlu görünse de konunun aynı zamanda normatif bir temeli de bulunmaktadır. Bu noktada, yasama yetkisinin sınırlandırılması için öngörülmuş anayasa yargısı devreye girmektedir. Diğer yasama işlemleri gibi ceza normlarının da üst norm olan anayasaya uygun olması gerekir ki bu denetim anayasa yargısı ile gerçekleştirilir. Ceza hukukunun gücü ve etkililiği düşünüldüğünde bu denetimin önemi daha iyi anlaşılmaktadır. Ancak suç siyasetinin anayasal denetime tabi olduğu teorik olarak çok rahat açıklanabilse de Anayasa Mahkemesi'nin bu denetimi nasıl yapacağı hukukun en belirsiz alanlarından biridir.

Anayasa Mahkemesi her şeyden önce normun anayasaya uygun yorumlanması ve bu yolla normun korunması imkânı bulunup bulunmadığını araştırmalıdır. Eğer anayasaya uygun yorum mümkün değilse, anayasaya aykırılık söz konusu olabilir.

Anayasa'da suç ve ceza siyasetinin anayasal denetiminde dikkate alınacak doğrudan bir ölçüt yer almamaktadır. Anayasa Mahkemesi de Alman Anayasa Mahkemesi içtihatları ile paralel olarak, söz konusu denetimde hukuk devleti ilkesinden elde edilen ölçülülük ve eşitlik ilkelerine başvurmaktadır. Ancak bu ilkelerin uygulanmasında suç ve ceza siyasetinin konusu olan cezalandırılabilirlik kavramına da başvurulması gerekmektedir.

Cezalandırılabilirliğin belirlenmesinde en temel kavram suçla korunan hukuksal değerdir. Her suç bir hukuksal değeri korur ancak bir fiilin suç olarak kabul edilebilmesi için hukuksal değerlerin korunması yeterli değildir. Aynı zamanda fiilin, yarattığı değer ihlali nedeniyle cezaya layık olduğu ve ceza yaptırımına başvurma zorunlu olduğu hususlarının da ortaya konulması gerekir.

Suçla korunan hukuksal değer ya da ceza hukukuyla ilgili diğer kavramlar bağımsız birer anayasal denetim ölçütü olarak kabul edilemez. Ancak ceza normlarının ölçülülük ve eşitlik ilkeleri bakımından denetlenmesinde bu kavramlara başvurulması gerekir. Gerçekten de her iki ölçüt bakımından da yapıla-

cak denetimde ilk olarak normun amacının ortaya konulması gerekir. Zira ceza normlarının amacı hukuksal değerlerin korunmasıdır. Cezaya liyakat ve ceza hukukunun *ultima ratio* niteliği de anayasal denetimde göz ardı edilemeyecek kavramlardır.

Konuya ilişkin anayasal denetimdeki esas ölçüt, ölçülülük ilkesidir. Bu ilke normun amacıyla kullanılan araç arasındaki ilişkinin incelenmesiyle ortaya konulur. Ölçülülük ilkesinin alt unsurlarından elverişlilik ilkesi, ceza yaptırımının hukuksal değerlerin korunmasına elverişli olmasını gerektirir. Gereklilik, değerlerin korunması için ceza yaptırımını dışında başka bir araca veya daha hafif başka bir ceza yaptırımına başvurma imkânı bulunmaması anlamına gelir. Orantılılık ise, nihayetinde öngörülen yaptırımın orantısız olmaması demektir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında ölçülülük ilkesinin alt unsurlarını tek tek incelemeyeği ve normun amacını tam olarak ortaya koymadan kamu yararı gibi muğlak kavramlar üzerinden denetim yaptığı görülmektedir.

Eşitlik ilkesi, Anayasa Mahkemesi kararlarında ya suç tipinde belirli bir grup mağdur veya fail bakımından farklı düzenleme yapılması ya da benzer suçlar için çok farklı yaptırımlar belirlenmesi durumunda denetime konu olmaktadır.

Kişilerin taşıdığı belirli özellikler üzerinden yapılan sınıflandırma neticesinde belirlenen bir grubun farklı bir işleme tabi tutulması, normun amacı doğrultusunda gerçekleştirilmeli ve sınıflandırma bu meşru amaca ulaşmaya elverişli olmalıdır. Ceza normlarıyla da hukuksal değerlerin daha etkili korunması için fail ya da mağdur grupları bakımından farklılıklar öngörülebilir. Ancak bunun dışında bir amaç için yapılan ya da bu amacı gerçekleştirmeye uygun olmayan ayrımlar eşitlik ilkesinin ihlali niteliğinde olacaktır.

Benzer suçlar için farklı cezai yaptırımlar öngörüldüğü gerekçesiyle ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiaları ise pek çok durumda haklı değildir. Esasen yaptırım miktarını ve türünü belirlemek yasa koyucunun takdirindedir. Kaldı ki her suç tipinin, korunan hukuki değer veya suçun unsurları gibi noktalar bakımından farklılıklar taşıması nedeniyle farklı yaptırımlara tabi tutulması normun amacına uygundur.

KAYNAKÇA

- ALİEFENDİOĞLU Yılmaz**, “Hukuk - Hukukun Üstünlüğü - Hukuk Devleti”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2001, s. 29 - 68.
- ARTUK M. Emin**, “Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, Haziran 2006, s. 3-14.
- BECCARIA Cesare**, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Çev. Sami Selçuk), 3. Bası, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, 2013.
- DİNLER Veysel**, *Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta, 2003.
- DÖNMEZER Sulhi**, “Suç Siyaseti,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 52, S. 1, 1986 - 1987, s. 1 - 33.
- EDİS Seyfullah**, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 1, 1973, s. 169-196.
- ESER Albin ve KUBICIEL Michael**, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Ed. Meyer Jürgen ve Hölscheidt Sven, 5. Bası, Nomos, 2019.
- GALLAS Wilhelm**, “Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları”, (Çev. İzzet Özgenç), *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, Haziran 1994, s. 305-327.
- GÖZLER Kemal**, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğuna İhtiyaç Var mıdır?”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 55, S. 3, 2000, s. 81-101.
- GÖZLER Kemal**, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Bası, Bursa, Ekin Yayınevi, 2018.
- GÖZLER Kemal**, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II, Bursa, Ekin Yayınevi, 2011.
- HASSEMER Winfried**, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Bası, München, CH Beck, 1990.
- HASSEMER Winfried ve NEUMANN Ulfrid**, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, C. I, Ed. Urs Kindhäuser/ Ulfrid Neumann/ Hans-Ullrich Paeffgen, 5. Bası, Baden-Baden, Nomos, 2017.
- HIRSCH von Andrew**, "Proportionality in the Philosophy of Punishment." *Crime and Justice: A Review of Research*, C. 16, 1992, s. 55 - 98.
- İÇEL Kayıhan**, “Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, No. 7, 2016, s. 621-635.
- İNCEOĞLU Sibel**, “Mahkeme Kararlarında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, S. 4, 2006, s. 45-62.
- JESCHECK Hans Henrich ve WEIGEND Thomas**, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5. Bası, Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

- JOECKS Wolfgang**, *Münchener Kommentar zum StGB*, 3. Bası, München, CH Beck, 2017.
- KABOĞLU İbrahim**: “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi”, *TODEİ İnsan Hakları Yıllığı*, S. 12, 1990, s. 139 - 166.
- KATOĞLU Tuğrul**, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi”, *Kamu Hukukçuları Platformu, Hukuk Güvenliği Konulu 4. Toplantı*, Ankara, 8-9 Kasım 2013, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 141 - 183.
- KATOĞLU Tuğrul**, *Hukuka Aykırılık*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.
- KEÇELİOĞLU Elvan**, “Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü”, in. *Nevzat Toroslu’ya Armağan*, c. I, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 627 - 638.
- KELSEN Hans**, “Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)”, (Çev. Yasin Sönmez), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 64, 2015, s. 857-913.
- KHOZEIMEH Mohammad Ali**, “Determining the Advantages and Disadvantages of the Iranian Legal System's Selection Policy in Response to Violent Crimes”, *Journal of Politics and Law*, C. 9, S. 6, August 2016, s. 55-60.
- KIRATLI Metin**, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1966.
- LÜDEMANN Jörn**, “Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen”, *Juristische Schulung*, S. 1, 2004, s. 27 - 30.
- MEMİŞ Emin**, *Anayasaya Uygun Yorum*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007.
- METİN Yüksel**, *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002.
- METİN Yüksel ve DİNLER Veysel**, “Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları”, in. *Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşunun 50. Yılına Armağanı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2012, s. 1-54.
- ODER Bertil E.**, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları - 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, in. *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Ankara 29 - 30 Eylül 2012, s. 121-213.
- ÖDEN Merih**, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.
- ÖZBUDUN Ergun**, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk”; in. *Demokrasi ve Yargı*, Ed. Ozan Ergül, Ankara, TBB Yayınları, 2006, s. 336 - 351.
- ÖZBUDUN Ergun**, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2017.
- ROXIN Claus**, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Bası, Berlin, DeGruyter, 1973.
- ROXIN Claus**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Bası, München, CH Beck, 2006.

- SAĞLAM Fazıl**, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.
- SANCAR YALÇIN Türkan**, “Ceza Hukukunda Özgürlükçü ve Baskıcı Yaklaşımlar - Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Kaboğlu-Oran Kararı”, in. *Prof. Dr. Yılmaz Ali-fendioğlu’na Armağan*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2009, s. 401 - 433.
- SANCAR YALÇIN Türkan ve YAŞAR Tuğçe N.**, “Ensest, Genel Ahlak ve Alman Anayasa Mahkemesi Kararı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 80, 2009, s. 245-298.
- SPANNER Hans**, “Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, C. 91, S: 4, s. 503 - 536.
- TANER F. Gökçen**, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.
- TANÖR Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU Necmi**, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2018.
- TAŞDÖĞEN Salih ve GÜLGEÇ Yahya Berkol**, “Yasama Yetkisi Genel midir?”, s. 16 https://www.academia.edu/40998694/Yasama_Yetkisi_Genel_midir?auto=download (E.T. 04.12.2019).
- TAŞKIN, Ozan**, “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, Haziran 2016, s. 59-91.
- TOROSLU Nevzat**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Bası, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.
- TURHAN Mehmet**, “Hans Kelsen’e göre Anayasaya Aykırı Yasa”, in. *Anayasa Hukukunda Kelsenci Temalar*, Ankara, Orion Yayınevi, 2017, s. 35-91.
- ÜNVER Yener**, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.
- ÜNVER Yener**, *Suç Politikası*, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006.
- ÜZÜLMEZ İlhan ve KOCA Mahmut**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015.
- WEIGEND Thomas**, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt”, *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70.Geburtstag am 11. April 1999*, Berlin / New York, DeGruyter, 1999.
- YÜCEL M. Tören**, *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, 4. Bası, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007.
- ZABEL Benno**, “Strafgesetzgebung und Strafgerechtigkeit”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, S. 7, 2016, s. 202 - 205.

