

# SON SEÇENEK OLMASI GEREKEN CEZA MÜEYYİDESİ ve CEZA HUKUKUNUN ZORLANAN SINIRLARI

*The Last Resort: Criminal Law and Penal Remedy and Their  
Contested Boundaries*

**Tuğrul KATOĞLU\***

## ÖZ

Cezalandırma, temel hak ve özgürlüklere yönelik hukuki müdahalelerin en ağırlı olarak kabul edilir. Suçun aynı zamanda bir toplumsal olgu olması, hukukun ve toplum bilimlerinin yanı sıra sanatçıların, edebiyatçıların da suç ve cezalandırma pratiklerine ilgi duymasına yol açmıştır.

Devletin dönüşümü, ceza hukukunu da etkilemiştir. Siyasal rejimin türü, ceza hukuku anlayışı bakımından da etkili olmuştur. Ceza hukukunun biçimsel kaynaklara bağlanması, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, temel hak ve özgürlükler bakımından güvence sağlamıştır. Ceza müeyyidesinin son seçenek olarak kabulü de bir temel güvencedir. Ancak bugün, ceza hukukunun genişlediği ve bir suç enflasyonu ile karşı karşıya kaldığı açıktır. Sosyo ekonomik gelişmelere bağlı yeni güvenlik kaygıları, uluslararası sorunlardan kaynaklanan yeni tehdit algıları, ceza hukukunun uygulama alanının daraltılması önündeki en önemli engelleri oluşturmaktadır.

Ceza hukukunun genişmesi ve suç enflasyonu, adli makamların olanaklarının çok üstünde bir işyüküne yol açmıştır. İnfaz kurumları, kapasitelerinin üzerinde hükümlü ve tutuklu ile dolmuştur.

Bu nedenlerle ceza hukukunun uygulama alanının daraltılması zorunludur. Suç olmaktan çıkarma hala önemini koruyan bir yöntemdir. Cezai

---

**Makalenin Geliş Tarihi:** 03.07.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 02.10.2023.

\* Prof. Dr., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: katoglu@khas.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4587-3174.

koruma konusu yapılacak menfaatlerin üzerinde uzlaşarak sınırlandırılması zorunludur.

**Anahtar Kelimeler:** Suç, Doğal suç, Ceza müeyyidesinin son seçeneğ olması, Minimum ceza hukuku, Depenalizasyon.

### ABSTRACT

Punishment constitutes the heaviest legal intervention to fundamental rights and freedoms. Since the crime is also a social phenomenon, arts and literature are interested in crime and punishment practices as well as law and social sciences.

The transformation of the nature of the state has also affected the nature of criminal law. The genre of political regime has also been influential in terms of criminal law understanding. Adoption of formal sources and the principle of legality of crimes, provided an irreplaceable guarantee concerning fundamental rights and freedoms. Recognizing criminal sanctions as the last resort is also a basic principle. Today, however, criminal law is expanding. New security concerns due to socio-economic developments, new threat perceptions arising from international issues constitute the most important obstacles to narrowing the application area of criminal law.

The “dilatation” of the criminal law and the increasing criminalization caused a workload far beyond the possibilities of the judicial authorities. The penitentiary institutions are full of prisoners and detainees beyond their capacity. Decriminalization still maintains its importance and It is inevitable to reevaluate and determine by consensus the interests to be subject to penal protection.

**Keywords:** Crime, Natural crime, Criminal sanction as the last remedy, Minimum criminal law, Decriminalization.

### GİRİŞ

Bilindiği üzere cezalandırma bir zor uygulamasıdır. Bu yönüyle cezalandırma temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin belki de en ağırıdır. Muhtelif insan davranışlarının önceden suç olarak kabul ve ilan edilmesi, bu davranışlara ceza müeyyidesi uygulanması, özgürlükler alanına ciddi sınırlamalar getirmektedir.

Ceza ve cezalandırma, bu özellikleri nedeniyle hukuk dışındaki disiplinlerin de konusunu oluşturmuştur. Değınileceği üzere, ideolojilerin, felsefenin, sosyolojinin de ilgi alanına giren suç ve ceza, din, edebiyat ve sanatın da konusunu oluşturmuştur. Goya'nın kimi resimlerinden, Balzac'ın eserinden Dostoyevski'ye pek çok örnek verilebilir.

Cezalandırma ve bizatihi ceza ayrıca pek çok mitosa konu olmuştur. Kötülük sorunu ve kötülüğün sonucu olarak ceza, mitoslar ve dinlerde yerini bulmuştur<sup>1</sup>. Bu anlamda ceza, kötülüğün sonucudur. Aynı zamanda kötülüğün aşılması, geride bırakılması ve bir başlangıca işaret eder. Cezasız kalan kötülük, kötülük olarak kalır<sup>2</sup>. Cehennemın meşruiyeti tartışmasındaki geleneksel anlayış, vahim bir günahın ebedi biçimde cezalandırılması gibi örneklere dayanır. Bir günahın orantılı biçimde cezalandırılmaması ilahi bir adaletsizliktir<sup>3</sup>.

İlk günah ya da varoluş inanç ve mitoslarında cezalandırma örnekleri sıklıkla görülür. Hindu metinlerindeki Prajapati (her şeyi önceden yaratmış tanrı) mitosu (Prajapati'nin eza karşısında kendini kurban etmesi, hem kurban eden hem kurban olması), Hristiyanlık'taki ilk günah inancı, Prometheus'un cezalandırılması, ilahi buyruğın ihlali karşısında uygulanan cezalar olarak nitelendirilir<sup>4</sup>.

Bir zor uygulaması olması nedeniyle cezalandırma, daima devlete ilişkin tartışmaların, ideolojilerin ve felsefenin temel bir sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Devletin cezalandırma yetkisinin temeline ilişkin görüşler felsefi, ideolojik, sosyolojik ve siyasal hatların üzerinde gelişmiştir.

Devletin dönüşümü, farklı rejimler, farklı ceza hukuku anlayışlarına yol açmıştır. Bir ülkedeki ceza ve ceza muhakemesi uygulamalarının o ülkedeki siyasal rejimin anlaşılması bakımından temel birer ölçüt oluşturdukları bilinen bir gerçektir.

Bu ilişkiyi ortaya koymayı amaçlayan pek çok kuramsal çalışma bulunmaktadır. Emile Durkheim'in Cezanın Evriminin İki Kanunu adlı çalışması gibi. Yazar, siyasal rejimin türüne göre ceza hukuku müdahalelerinin niteliksel ve niceliksel değişiklikler gösterdiğini tarihsel

<sup>1</sup> Raymond Panikkar, *La Faute Originante ou L'Immolation Créatrice Le Mythe de Prajapati* (Padova: CEDAM, 1967), 65.

<sup>2</sup> Panikkar, 65.

<sup>3</sup> Panikkar, 66.

<sup>4</sup> Panikkar, 74. Karl Kerényi, *La Pena di Prometeo* (Padova: CEDAM, 1967), 124.

örneklerle anlatmıştır. Yazar, cezalandırmanın “evrimini” açıklarken geliştirdiği iki kuraldan hareket etmektedir. Bunlardan ilki “*nicelikle ilgili değişikliklerin kanunu*” ikincisi ise, “*nitelikle ilgili değişikliklerin kanunu*”dur<sup>5</sup>. Nicelikle ilgili değişikliklerin kanununa göre az gelişmiş bir toplum ile merkezi iktidarın mutlaklaşması bir araya geldiğinde cezanın şiddeti artar<sup>6</sup>. Eski Roma’da cumhuriyetten imparatorluğa geçiş ile ceza kanunları ağırlaşmıştır. Ortaçağ Fransa’sında kraliyet güçlendikçe cezaların şiddeti artmıştır<sup>7</sup>. Nitel değişiklik ise cezanın türüne ilişkindir ve Yazar, özgürlüğü bağlayıcı cezaların, zaman içinde cezalandırmanın olağan biçimi haline geldiğini belirtmektedir<sup>8</sup>.

Devletin otoriterleştiği, güvenlik fikrinin öne çıktığı dönemlerde cezalandırmanın şiddetlendiği, ölüm cezası, ömür boyu hapis cezası ya da uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalara daha sık başvurulduğu görülmüştür. Siyasal rejimin ve iktidarın türü, cezaların tür ve miktarları bakımından etkilidir<sup>9</sup>.

Mevcut ya da verili bir düzenin farklı sosyoekonomik koşullara göre değişimi de gerek cezalandırma teorilerinde gerekse cezalandırma pratiğinde dönüşüme yol açmaktadır<sup>10</sup>. Liberal ideolojinin egemen olduğu cezalandırma teorilerinin, güvenlikçi kaygılarla otoriterleşebilmesi bunun bir örneğidir. Liberal ideolojiyle anılan cezalandırma teorilerinin zaman içinde otoriter özellikler kazanması aslında bir çelişki değildir. Gelişim evresinde ya da eskiyen kapitalist düzen içindeki toplumsal ve hukuksal koşulların değişimi ceza hukukunun müdahalesini belirlemiş ve şiddetlendirmiştir<sup>11</sup>.

Avrupa’da endüstrileşme boyunca şehirlerin büyümesi, endüstri öncesi şehir yaşam tarzı bakımından ciddi bir toplumsal rahatsızlık yaratmıştır. Kırsal bölgelere ve yerleşimlere oranla başkentler ve endüstrileşen şehirler toplumsal hareketlerin odakları haline gelmiştir. Bu hareketler, şehirlerin

<sup>5</sup> Emile Durkheim, *Cezanın Evriminin İki Kanunu*, çev. Hamide Topçuoğlu (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1966), 3 ve 16.

<sup>6</sup> Durkheim, 3.

<sup>7</sup> Durkheim, 13, 14.

<sup>8</sup> Durkheim, 16.

<sup>9</sup> Devrim Aydın, “Ceza Hukukunun Geleceği ve Yeni Yaptırım Biçimleri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 12 (Nisan 2010): 88, 89.

<sup>10</sup> Alan W. Norrie, *Law, Ideology and Punishment Retrieval and Critique of the Liberal Ideal of Criminal Justice* (Doordrecht: Kluwer, 1991), 3.

<sup>11</sup> Norrie, 3, 4.

büyüme eğilimleri ve yapılarıyla orantılı biçimde gelişmiştir<sup>12</sup>. Bu hareketler ve yeni taleplerden rahatsız olan kurulu düzenin dili, kimine göre yoksulun yoksulu, suç ve fuhuş batağına düşmüş yığınlardan, kimine göre, onuruyla çalışıp emeğinin karşılığını alamayan çalışanlardan, kimine göre ise, her iki toplumsal gruptan oluşan mutsuz kalabalıkları suç kavramı ve suçlulukla ilişkilendirmiştir. Bir görüşe göre, 1780 Londra isyanının bileşenleri, “tehlikeli mahallelerin” yağmaya daima hazır olan ve suçu kanıksamış sakinleridir<sup>13</sup>. 19. Yüzyılın ilk yarısında Paris’in hızla büyümesi aşırı nüfusa, toplumsal bağların yitirilmesine, suçun çeşitlenerek artmasına, yoksullaşma ve fuhuşa yol açmıştır. Yeni Paris, eskisine düşman, köklerinden koparılmış, kırgın, değerlerini yitirmiş ve “proleter” bir şehirdir<sup>14</sup>. Bu kalabalıklar, suça yatkın, şiddete başvurmaya hazır “tehlikeli sınıflar” olarak nitelenmiştir. Bu “tehlikeli sınıflar” bir genelleme ile “yeni şehir çalışanları” biçiminde tarif edilebilmiştir<sup>15</sup>. “Tehlikeli sınıflar” ile “çalışan sınıflar” bakımından mevcut olduğu düşünülen ortak noktalar çalışmalara konu oluşturmuştur<sup>16</sup>. Balzac, suçun halk ihtilalinden beslendiğini ve ihtilalin bünyesinde dönüştüğünü ifade eder. 1789 ihtilaline ilişkin geçmişe yönelik bir değerlendirmede eski burjuvazi dışında kalanları (ötekileri), Eski Çağ’ın vahşileri, barbarları ve göçebelerine benzeterak tanımlamıştır<sup>17</sup>. Bunlar “Başkent hayatı” yani eski sınıf bakımından “tehlikelidir”<sup>18</sup>.

Suç ve dolayısıyla cezalandırma, bu şekilde toplumun belli kesimlerinin yargılarıyla da şekillendirilebilmiş, cezalandırma pratikleri “sapma” ve “tehlikeli sınıflar” gibi kavramlar üzerinden gerçekleştirilmiştir.

Bu bağlamda suç, sapma kavramı ile içe içe değerlendirilebilmiştir. Sosyologların da ifade ettiği üzere sapma, normal olan üzerinden tarif edilebilir<sup>19</sup>. Bununla birlikte, normal ve kabul edilebilir olan nedir, bunlara kim karar verir? Normallik yargısı, davranışlara, görünüme ya da düşüncelere ilişkin ortak kültürel değerler ve normların varlığını gerektirir. Bu değer, kural

<sup>12</sup> George Rude, *The Growth of Cities and Popular Revolt, 1750-1850: With Particular Reference to Paris* (New Jersey: Humanities Press, 1988), 221.

<sup>13</sup> Bkz. Rude, 221, 222.

<sup>14</sup> Bkz. Rude, 222.

<sup>15</sup> Bkz. Rude, 222.

<sup>16</sup> Louis Chevalier, *Labouring Classes and Dangerous Classes in Paris During the First Half of the Nineteenth Century* (London: Routledge & Kegan Paul, 1973), 366.

<sup>17</sup> Rude, 222. Bu kavramların kullanılışı bakımından ayrıca bkz. Chevalier, 362 vd.

<sup>18</sup> Rude, 222.

<sup>19</sup> Stuart Henry, *Social Deviance* (Cambridge: Polity Press, 2012), 2.

ya da normların ihalini oluşturur biçimde farklı davranmak, farklı görünmek ya da farklı düşünmek toplumsal (sosyal) sapma olarak değerlendirilebilir. Toplumsal sapma, nispeten az önemli kuralları ihlal edenlerden, ceza normlarını ya da diğer kanunları ihlal edenlere kadar farklı yoğunlukta ihlal edici olan davranışları içerir. Topluluk üyeleri, kendi davranışlarından farklı biçimde hareket edenleri, bu kişilerin kendilerine ilişkin değerlendirmelerinden bağımsız olarak toplumsal açıdan sapanlar (sapma içinde bulunanlar) biçiminde tarif eder. Bu kişiler, sapan damgasını kabul etsinler ya da etmesinler, sapmayı yaratan toplumsal süreçlerin sonuçları olarak ortaya çıkar. Toplumsal süreçler bu kişilerin davranışlarının anlamını belirler, davranışların anlamı ise tarihsel ve toplumsal bağlamından etkilenir<sup>20</sup>. Sokakta kendi kendine konuşurken görülen birinin bu davranışı önceleri akıl maluliyetinin bir belirtisi olarak nitelendirilebilecek iken, bugün kablosuz bir iletişim cihazı vasıtasıyla başkaları ile konuştuğu biçiminde yorumlanabilir<sup>21</sup>. Bu anlamda sapma ve farklılık bağlantılıdır. On yedinci yüzyıldaki cadı avı sosyolojik farklılık üzerine kuruludur. Cadı olarak tesnif edilen kişiler, daha yaşlı, toplumsal açıdan daha marjinal kadınlardır. Peki her farklılık, sapmaya yol açan bir farklılık mıdır? Sapma her hangi bir farklılık değildir. Sapma sosyolojik olarak, bir toplumu oluşturan kişilerin ahlaki açıdan ihlal edici ve tehlikeli olarak tarif edilmiş bir farklılıktır<sup>22</sup>. Davranış, görünüş ya da düşüncelerin sapma olarak değerlendirilebilmesi için, normlardan kaynaklanan olumsuz bir yargının bulunması gerekir. Bu olumsuz yargıya ulaşabilmek ve bir davranışı sapma olarak ilan edebilmek için, toplum adına hareket eden belli bir kimse ya da grubun farklı konularda bazı kararlar alması zorunludur. Ortak değerler hangileridir? Bu değerler kime ya da kimlere uygulanır? Davranış ya da düşünce, kültürel normları veya değerleri ihlal etmekte midir? Davranış, tepki vermeyi gerektirecek kadar ciddi, belirleyici ölçüde ihlal edici midir? Sapma yargısı çoğunlukla tüm toplumun değil, belli bir grubun değerlendirmesini ifade eder. Kürtaj karşıtları ve kürtaj yanlılarının tutumları bu duruma örnek olarak verilebilir<sup>23</sup>.

Bu tür değerlendirmelerin suçun belirlenmesi ve cezai sonuçların uygulanması açısından ne kadar tehlikeli olduğu açıktır.

---

<sup>20</sup> Henry, 2.

<sup>21</sup> Henry, 2.

<sup>22</sup> Henry, 4.

<sup>23</sup> Henry, 4, 5.

## I. SUÇ YARATMA

Yukarıda anlatılanlar, bir fiilin suç haline getirilmesinin ya da suç yaratılmasının siyasal ve toplumsal değerlendirmeler ile iç içe olduğunu göstermektedir. Bu nedenle suç yaratılması ya da bir fiilin suç haline getirilmesi sürecinin, temel bazı hukuki ilkelere tabi olması, bu ilkelerin anayasal nitelikte güvencelere bağlanması zorunludur.

Liberal ideolojinin ve Aydınlanma düşüncesinin kazanımlarından olan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, suç sayma ve cezalandırma süreçleri bakımından biçimsel anlamda temel bir güvence sağlamıştır. Bilindiği üzere bu ilke, çağdaş hukuk sistemlerinde cezanın son seçenek olması kuralıyla tamamlanmıştır. Aşağıdaki alt başlıklarda, biçimsel suç ve ceza müeyyidesinin son seçenek olması kuralının yanı sıra, evrensel adaletin sağlanması gibi çeşitli amaçlarla önerilen doğal suç tanımı denemeleri gerekli olduğu ölçüde ele alınmıştır.

### A. Modernitenin Ceza Hukuku ve Sağladığı Kazanımlar

Bugün, suç ve cezaya ilişkin farklı disiplinlerin farklı tespit ve tanım denemeleri yanında ceza hukukunun esasen biçimsel kaynakları dikkate alan suç anlayışlarını kabul ettiği söylenmelidir. Bu anlamda suç, biçimsel kaynakların öngördüğü bir ihlal türüdür.

İçtihat hukukunun ceza hukukunun kaynakları arasında yer aldığı Anglo-Amerikan hukuk sisteminin benimsendiği düzenlerde dahi öğreti, cezalandırmada belirliliğin önemini vurgulamıştır. Hart, “cezalandırma nedir?” sorusunu yanıtlarken, cezalandırmayı beş özelliğiyle tanımlamıştır. Yazar’a göre cezalandırma, ilk olarak eza ya da olağan koşullarda mutsuz edecek (unpleasant) sonuçlar uygulanmasını gerektirir. Cezalandırma, hukuk kurallarına aykırılık teşkil eden bir ihlal nedeniyle olmalıdır. Cezalandırma, ihlali gerçekleştiren fail üzerinde uygulanmalıdır. Fail dışındaki kişiler tarafından uygulanmalıdır. Cezalandırma, ihlalin yöneldiği hukuk düzeni tarafından kurulmuş bir yetkili merci tarafından uygulanmalı ve takip edilmelidir<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Bkz. George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Oxford-New York: Oxford University Press, 2000), 409, 410.

## B. Ceza İhlalinin Sınırlarının Belirlenmesi: Biçimsel Suç

Bavyera Ceza Kanunu'nun müellifi Anselm von Feuerbach'ın Latince olarak ilk defa kullandığı *nullum crimen nulla poena sine lege* – kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi esasen modernitenin bir ürünüdür. Latince ifade edilmiş olmasına karşın, ilkenin eski Roma hukukunun bir ürünü olmadığı bilinmektedir. Eski Roma hukuk düzeninde cezalandırmanın ana kaynaklarından biri kıyastı. Egemen görüşe göre, hakime kıyasen – *ad exemplum legis* cezalandırma yetkisi verilmişti<sup>25</sup>.

Modernitenin ve Liberal ideolojinin ceza hukuku, kanun önünde eşitlik ilkesinden de hareketle suç ve cezaların kanuniliği esasına dayanmıştır. Liberal ideolojinin egemen olmasıyla, monarşist dönemin kana dayalı ayrıcalıklarının yerini ranta dayalı ayrıcalıklara bıraktığı eleştirisi<sup>26</sup> önemli olmakla birlikte, kanunilik ilkesi temel bir kazanımdır.

Suç ve cezalarda kanunilik ilkesi, ceza kanunu ve suç arasında kopartılamaz bir bağ kurmuştur. Buna göre suç, ceza kanunu ihlalidir. Daha ayrıntılı biçimde, ceza kanunu tarafından öngörülen bir emir ya da yasağın ihlalidir. Bu anlayış doğrultusunda suç genel olarak hukuk düzeninin sonuç olarak ceza müeyyidesi öngördüğü her fiil biçiminde tanımlanır. Suç, bir hukuki fiildir. Zira hukuka aykırı bir hukuki fiil olan suçun gerçekleşmesine hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Ancak ceza müeyyidesi diğer yaptırımlardan biçimsel olarak ayrılır. Bu yönüyle suç yani cezai ihlalin diğer ihlal türlerinden ayırdedilmesini sağlayan ölçüt ceza müeyyidesidir. Suç, karşılığında ceza hukuku anlamında ceza öngörülen fiildir<sup>27</sup>.

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, Aydınlanma Felsefesi'nin ve liberal ideolojinin yarattığı iklimin, karşılamak istediği güvence ihtiyacının bir ürünüdür<sup>28</sup>. Bununla birlikte, yine Aydınlanma akımı içinde yerini bulan doğal hukuk rasyonalizmi, her toplumda, her dönemde mevcut olan ve akıl vasıtasıyla herkesçe bilinebilen, doğal suçların mevcudiyetini kabul etmiştir<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale* (Milano: Giuffrè, 1994), 62. Suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin gelişimi için ayrıca bkz. Güneş Okuyucu Ergün, *Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023) 34 vd.

<sup>26</sup> Ferrando Mantovani, *Diritto Penale Parte Generale* (Padova: CEDAM, 1992), 23.

<sup>27</sup> Antolisei, 149, 150.

<sup>28</sup> Okuyucu Ergün, 35, 36.

<sup>29</sup> Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 262.



### C. Doğal Suç – Yapay Suç

Tahir Taner'in ifadesiyle, her yerde her devirde, "suç sayılmış ve cezalandırılmış olan umumi ahlaka aykırı bazı fiillerin mevcut olduğu ileri sürülmekte ve bunlara tabii (doğal) suçlar (*délits naturels*) adı verilmektedir. Mesela can, mal, ırza karşı ... tecavüzler ... Cürüm neviden olan suçların çoğu bu mahiyettedir. Bu fiillere mukabil ahlakça kötü sayılmayan ve surf içtimai fayda bakımından suç addedilmiş bir takım fiiller vardır"<sup>30</sup>. Bu ikinci suç kategorisi için, suni-yapay suçlar (*délits artificiels*) ya da "müsbet hukuka göre suçlar" (*délits du droit positif*) denir<sup>31</sup>.

Öğretide farklı gerekçelerle doğal suç ya da biçimsel olmayan-bünyesel suç tanımları önerilmiştir.

Garofalo, 1891 yılında yayınlanan kriminoloji kitabında doğal suçu, "medeni insan topluluğunun ortak ölçüsünü oluşturan merhamet ve dürüstlük biçiminde tarif edilen diğergam duyguların topluluğa zarar veren davranışlarla ihlali" olarak tanımlamıştır<sup>32</sup>. Tanım, "aşırı" ve "kusurlu" bulunarak eleştirilmiştir. Kusurludur çünkü suçlar sadece merhamet ve dürüstlüğü ihlal etmez. Suç, edebe aykırılık, dini değerleri aşağılama, vatana ihanet gibi varlık ya da menfaat ihallerinde olduğu gibi farklı başka duygu ve gayri maddi varlıklara karşı işlenebilir. Aşırıdır çünkü, çağdaş ceza hukukunun sadece ortak ahlaki ilkeleri koruduğu, suç türlerinin tamamının genel ya da müşterek ahlaki ilkeler ile çelişki oluşturduğunu söylemek mümkün değildir<sup>33</sup>.

Aynı eleştiri, Ferri ve Berenini tarafından önerilen doğal suç tanımı için de yapılmıştır. Yazarlara göre, "Belli bir dönemdeki bir toplumun ortak ahlaki ilkelerini ihlal eden, yaşam koşullarını tehlikeye sokan ve antisosyal, bencil güdülerin neden olduğu cezalandırılabilir davranışlar suçtur"<sup>34</sup>.

Biçimsel olmayan bir başka suç tanımına göre, "Hukuk normu vaz etme yetkisine sahip makamların değerlendirmelerine göre toplumun varlığı ve korunmasını imkansızlaştıran ya da ciddi tehlikeye sokan davranışlardır"<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953), 81.

<sup>31</sup> Taner, 81.

<sup>32</sup> Bkz. Antolisei, çev. T.K., s. 152.

<sup>33</sup> Antolisei, s. 152.

<sup>34</sup> Antolisei, s. 152.

<sup>35</sup> Crispigni'nin bünyesel tanımı için bkz. Antolisei, çev. T.K., 153.

Bu son tanım önerisi de kabul edilemez, zira sadece ağır suçlar bakımından uygulanma kabiliyeti olup hafif suçları açıklayamaz. Öte yandan hukukun ve ceza hukukunun aynı zamanda geliştirici bir işlevi de olduğundan sadece muhafaza işlevini esas alan bir tanım yetersizdir<sup>36</sup>.

Hemen yukarıda belirtildiği üzere bu tanım önerileri farklı gerekçelerle yapılabilmektedir. Doğal suç tanımları ya da biçimsel olmayan bünyesel suç tanımlarına, ceza kanunlarının bilinmesi-bilinebilirliği veya kural üzerinde hata tartışmaları açısından bir işlev yüklenebildiği gibi, bu yaklaşımlar pozitif hukukun eleştirisine de vasıta kılınmıştır.

Bunların dışında, doğal hukuktan, özellikle insanlığa karşı suçların kaynağını tespit bakımından da yararlanılmıştır.

“Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin açıklanması ya da gerekçelendirilmesi bakımından ceza kanunlarının bilinmesi ya da bilinebilirliği sorunu doğal hukuk rasyonalizminden hareketle çözülmeye çalışılmıştır. Doğal hukuk rasyonalizminden hareketle, yayınlanmış tüm kanunların us yoluyla bilindiği karinesi kabul görmüştü<sup>37</sup>. Öte yandan, yazılı kanunun da doğal hukuk ilkelerine dayanacağı, korunacak değerlerin evrensel bir nitelik taşıyacağı ve bu nedenle hukuku bilmemenin mümkün olmayacağı düşünülüyordu. Ancak tarihsel gelişmeler başka yönde oldu. Yeni gelişen sınıf ve farklı – karşıt toplumsal talepler, doğal suçlarla ilgisi bulunmayan ve tamamen kanunkoyucunun ürünü olan yapay suçlara vücut verdi. Çok sayıda suç burjuva ceza kanunlarında yerini aldı<sup>38</sup>. Bu etkenler dışında cezaen korunması gerekli olduğu düşünülen kolektif nitelikte yeni varlık ve menfaatler de ortaya çıktı. Klasik dönem ceza hukukçularının öngöremediği, soykırım, insanlığa karşı suç, göçmen kaçakçılığı gibi yeni suç türleri kabul edildi<sup>39</sup>.

Pozitif hukukun eleştirisi bakımından da doğal hukuk yaklaşımının ve bünyesel suç tanımı önerilerinin bir işlevi olduğunu kabul etmek gerekir. Doğal hukuku aklın ürünü olan ve akıl yoluyla kavranan, değişmez, tüm zamanlar ve yerlerde geçerli olan kurallar bütünü olarak tanımlayan On Sekizinci Yüzyıl düşüncesinin bugün olduğu gibi kabul edildiğini söylemek mümkün değildir. Bugün için doğal hukukun, insan ruhunun ideal ve

---

<sup>36</sup> Antolisei, 153.

<sup>37</sup> Toroslu ve Toroslu, 262.

<sup>38</sup> Toroslu ve Toroslu, 262.

<sup>39</sup> Aydın, 12.

mükemmel bir hukuka ulaşmak amacıyla, yürürlükteki kanunları eleştirmek, tartışmak işleviyle donatılmış bir yaklaşım olduğu düşünülebilir<sup>40</sup>.

Suç tanımlamak için ortaya çıkan bünyesel ve pozitifötesi (metapozitivist) anlayışların ortak bir özelliği bulunmaktadır. Temelde hukukun kaynağı olarak kanuna ve geleneksel dogmatik yaklaşıma karşı derin bir tatminsizlik. “Ceza biliminin” konusunu diğer toplumsal kaynaklara doğru genişletmek ve hukuku, kanunun dışında, hatta kanuna karşı belirlemek. Bu anlayışlar, esasen dinamik zorunlulukların sonucunda kendilerine zemin bulmuştur. Yenileşme ve dönüşümlerin yarattığı zorunluluklar ile ilişkili olarak genellikle derin kriz ya da devrim dönemlerinde gündeme gelirler. Zira bu gibi dönemlerde pozitif hukuk, değişen toplumsal gerçeklikle çelişir ve dönüşümü engeller. O kadar ki, böyle dönemlerde hukukun bilişsel özelliği terk edilir ve hukuk yaratıcı özellik kazanır, yeni bir hukuk düzeninin oluşumuna hizmet eder<sup>41</sup>.

Doğal suç kavramına ve bünyesel suç tanımlarına, geniş anlamda insanlığa karşı suçlar ya da uluslararası toplumun vahim saydığı ihlallerin suç haline getirilmesi ve cezalandırılması bakımından bir işlev yüklendiği hatta bu tür suçların cezasız kalmaması bakımından umut bağlandığı da görülmektedir<sup>42</sup>.

Bu konudaki çalışmalarına ve görüşlerine özellikle gönderme yapılan Alman hukukçu Gustav Radbruch, 1946 yılında yayınlanan ve İngilizce çevirisi Oxford Journal of Legal Studies dergisinde ileri bir tarihte basılan Kanun Yokluğu ve Kanun Üstü Hukuk olarak çevrilebilecek çalışmasında, “kanun kanundur” anlayışının tek başına bir değer olmadığını savunarak, kanuna uygun davranılmış olmasının hukukun ihlaline başlı başına engel olmayacağını ifade etmiştir<sup>43</sup>. Ancak düşünür, ayrıca “en kötü kanun, kanun olmamasından iyidir” biçiminde ifade edilebilecek anlayışın hiç olmaz ise hukuki güvenliğe hizmet ettiğini kabul etmektedir. Ona göre, hukuki güvenlik tek değer değildir, adalet de mutlaka esas alınmalıdır. Bununla birlikte

<sup>40</sup> Antolisei, 73

<sup>41</sup> Mantovani, 67, 68.

<sup>42</sup> Tuğrul Katoğlu, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007), 83 vd.

<sup>43</sup> Gustav Radbruch, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, trans. Bonnie Litschewski Paulson Stanley L. Paulson) *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 26, S. 1 (2006): 1 vd.

hukukun keyfi biçimde uygulanmaması olarak hukuki güvenlik aynı zamanda adalet hedefinin de bir gereğidir<sup>44</sup>.

Bugün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin suç ve cezalarda kanunilik ilkesini güvence altına alan 7. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen ve ilke bakımından esneklik sağladığı düşünülen<sup>45</sup> “*Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem ya da ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir*” hükmünün, Mantovani'nin ifade ettiği, hukukun bilişsel özelliğini bir yana bırakarak yaratıcı özellik kazandığı durumlar ile ilgili olduğu düşünülebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Sözleşme'nin 7. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen bu istisnayı esasen İkinci Dünya Savaşı ile ilgili ceza davalarının ve Savaş sonrasında bu savaş ile ilgili davaların görülmesine ilişkin olarak dikkate aldığı bilinmekle birlikte<sup>46</sup> düzenlemenin, kanun dışındaki kaynakların cezalandırma bakımından esas alınabileceği düşüncesinin bir yansıması olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte özellikle uluslararası insancıl hukukun korunması açısından güvence sağlaması amaçlanan uluslararası ceza hukukunun kaynakları dikkate alındığında, biçimsel ölçütlerin vazgeçilmez bir güvence oluşturmaya devam ettiği daha rahat anlaşılacaktır. Uluslararası ceza hukukunun kaynaklarını, uluslararası ceza hukuku sözleşmeleri, uluslararası örf adet (Lahey savaş hukuku sözleşmelerine kaynak oluşturduğu gibi) ve hukukun genel ilkeleri oluşturur. Hukukun genel ilkeleri, üzerinde uzlaşmış belirli sayıdaki ilkelere. Öğreti ise suç ve cezalarda kanunilik ilkesi gereği bu disiplinin kaynağını oluşturmaz<sup>47</sup>. Dar anlamda uluslararası suçların, özellikle uluslararası ceza hukuku sözleşmelerinde korunması zorunlu kılınan varlık ve menfaatlere göre belirlenmesi bir biçimsel güvence sağlamaktadır. Pek çok uluslararası ceza hukuku sözleşmesi ile sayısı belirli dar anlamda uluslararası suç oluşmuştur. Geçen yüzyılın başlarına göre çok ileri bir duruma işaret eden bu düzenlemeler hem biçimsel güvenceler sağlamakta hem

<sup>44</sup> Radbruch, 6, 7.

<sup>45</sup> Bkz. Katoğlu, 86.

<sup>46</sup> David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates ve Carla Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 469.

<sup>47</sup> Mahmoud Sherif Bassiouni, *Le Fonti e Il Contenuto del Diritto Penale Internazionale Un Quadro Teorico* (Milano: Giuffrè, 1999), 1 vd.

uluslararası toplumun korumak istediği varlık ya da menfaatlerin, doğal hukuka başvurulmaksızın korunmasını olanaklı kılmakta hem de uluslararası ceza hukukunun mevcudiyetine ilişkin tartışmalara noktayı koymaktadır. Gerçekten de uluslararası ceza hukuku sözleşmeleri ile korunması amaçlanan varlık ya da menfaatlerin açıkça belirlenmesi halinde, en azından hangi ihlallerin cezalandırılma olasılığının bulunduğu öngörülebilecektir.

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, bütün bu gereksinimlere ve bu gereksinimlerin yarattığı kuramsal öneriler ile tanım denemelerine karşın vazgeçilmesi mümkün olmayan bir temel güvencedir. George Fletcher, adalet amacı ve kanunilik ilkesinin belli dönemlerde çelişebileceğini, ancak kanunilik ilkesinin çok temel bir güvence olduğunu ifade ettikten sonra mizahi bir benzetme ile durumu betimlemektedir. Yazara göre, “*Adalet, tutkulu bir aşk öyküsündeki beklenti ve tehlikeleri içerir. Kanunilik ise sadakate dayanan bir evliliğin istikrarını yaşatır*”<sup>48</sup>.

Biçimsel kanunilik, ya da suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kabul edilmesi, kanunkoyucuya da önemli sorumluluk ve görevler yükler. Suçun ve cezanın kanun ile öngörülmesi yeterli değildir. Kanunkoyucu keyfi olarak suç ve ceza öngörmemelidir. Çağdaş ceza hukuku cezayı son seçenek olarak görür. Bu çerçevede, ceza müeyyidesine ancak zorunlu hallerde başvurulmalıdır. Bunun için ceza müeyyidesinin ihlal ile orantılı bulunması ve son seçenek olması gerekir.

Ancak bugün ceza hukukunun ve ceza müeyyidesinin son seçenek olması ilkesine uygun bir mevzuatın varlığından bahsedilmesi kolay değildir.

## II. ULAŞILAMAYAN BİR HEDEF: CEZA MÜEYYİDESİNİN SON SEÇENEK OLMASI

İnsan haklarına dayanan sosyal hukuk devletini güvence altına alan anayasalar ile somutlaşan çağdaş anlayışın ceza hukuku bakımından etki doğurması kaçınılmazdı. Bilindiği üzere, günümüze hakim olması gereken özgürlükçü ceza hukuku anlayışı ceza müeyyidesine başvurulmasını son seçenek (*extrema ratio-ultima ratio*) olarak görmekte ve koşullarının bulunması halinde depenalizasyona başvurulmasını önermektedir.

---

<sup>48</sup> George Fletcher, *Grammatica del Diritto Penale*, çev. T.K. (Bologna: Mulino, 2004), 323.

Her ne kadar ceza müeyyidesinin son seçenek olması gerektiği, oydaşılan bir ilke olsa da mevcut durumda genişmiş bir ceza mavzuatıyla karşı karşıya olunduğu açıktır. Kıta Avrupası hukuk ailesine mensup hukuk düzenlerinin önemli bir kısmında ceza hukukunun kapsamca genişlediği söylenebilir. Bu nedenle İki Binli yılların başlarında, ceza hukukunun kapsamını daraltarak zorunlu ve minimum bir ceza hukuku anlayışına geçişin çok da gerçekçi olmadığı ifade olunmuştur<sup>49</sup>.

Özellikle güvenlik kaygısı ya da güvenlik teması, bu tür bir reformun önündeki başlıca engellerdendir. Güvenlik teması, özellikle adi suçluluk ve uluslararası terörizmle mücadele gerekçeleriyle yeni suç türlerinin yaratılması, ceza müeyyidesi tehdidinin alanca genişletilmesi ve temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin yoğunlaştırılması bakımından bir meşrulaştırma aracı haline getirilmiştir<sup>50</sup>.

Toplumsal olguların, sorunların nedenlerini ve girift yapılarını dikkate alan toplumsal politikaların geliştirilmemesi, bu sorunların üzerine ceza müeyyidesi ile gidilmesi sonucunu doğurmuştur. Farklı gerekçelerle yeni pek çok suç tanımı yürürlüğe girmiş, öte yandan cezalar ağırlaştırılmıştır. Özellikle özgürlüğü bağlayıcı cezaların miktarlarında artışlar olmuştur. Örneğin 765 sayılı Türk ceza Kanunu'nda öngörülmüş olan cezalar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ile ağırlaştırılmış, dava zamanasını süreleri de uzatılarak daha ağır bir cezai rejim oluşturulmuştur. Günümüzün önemli sorunlarından olan konut kirası artışlarındaki fahiş oranlar dolayısıyla kiracıları korumaya yönelik olarak hapis cezası öngörülmesine ilişkin eğilim mutlaka bu açıdan değerlendirilmelidir.

Toplum hayatının farklı alanlarına, katmanlarına ilişkin yeni cezai düzenlemeler yapılırken herhangi bir temel ölçüt kullanılmamış, görünüşteki gerekçeler, demokratik bir toplumun özellikleriyle bağdaşmaz nitelik taşımış, “marjinalliğin” bastırılması amacına yönelmiştir<sup>51</sup>.

Özellikle medya tarafından da tahrik edilen bastırıcı müdahaleye ilişkin toplumsal bir talebin mevcudiyeti dikkate alınmalıdır. Güvenlik kaygılarının anlaşılır bir yanı olmakla birlikte, bugünün Avrupa coğrafyasında asıl amacın **yeni bir genel kamu düzeni** anlayışına hizmet edecek müdahale araçlarının sağlanması, geliştirilmesi olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu noktada,

<sup>49</sup> Giovanni Palombarini, *Per un altro diritto penale*, (Roma: Donzelli Editore, 2002), 3.

<sup>50</sup> Palombarini, 4.

<sup>51</sup> Palombarini, 4.

aralarında düzensiz göçün de olduğu temel bazı toplumsal sorunların ceza müeyyidesi ile çözülebileceği düşüncesi dikkat çekmektedir<sup>52</sup>. Bu, aslında sorunların çözülmesi değil bastırılmasıdır. “*Sosyal politikanın, en iyi (etkin) ceza politikası olduğu*” unutulmamalıdır<sup>53</sup>.

Avrupa coğrafyasında, özellikle uluslararası terizmle mücadele ve kentlerin güvenliğinin sağlanması gerekçelerinden hareketle bastırıcı müdahalelerin yoğunlaştırılması savunulmaktadır. Kent hayatı bakımından da özellikle küçük ölçekli suçluluğun ve düzensiz göçün, ceza aygıtına artan biçimde başvurulmasının gerekçeleri olarak sunulduğu görülmektedir<sup>54</sup>.

Bu durum, mevcut ceza kanunlarının öngördüğü çok sayıda suç türüne yenilerinin eklenmesine yol açmakta, sıradan insanların değil, hukukçuların dahi bilemeyecekleri yeni suç türlerinden oluşan bir suç yığını yaratmakta, ceza hukukunun alanı yapay suçlarla genişlemektedir. Bu durum ceza kanunlarının bilinebilir olması ve ceza sorumluluğun öngörülebilirliği ilkelerine zarar vermektedir. Mütevazı olarak nitelendirilebilecek kimi depenalizasyon uygulamaları da bu genel eğilim bakımından etkili olmamaktadır<sup>55</sup>.

Halbuki ceza kanunlarının açıklığı kuralı gereği bunların bilinebilir ve anlaşılabilir olması, kanunilik ilkesinin bir gereği, kurucu unsurudur. Bu sayede kanunilik ilkesi, tarihsel olarak keyfilikten kanuniliğe geçişin simgesidir<sup>56</sup>. Ancak mevcut durumda kanunilik ilkesine yönelen başlıca tehdit kaynaklarından biri keyfi yasama faaliyetidir<sup>57</sup>.

Suç haline getirme tercihindeki bu artış, kanunlaştırma amacıyla çelişir biçimde etkinlik ve uygulanabilirlik özelliklerine dair sorunları beraberinde getirmiştir. Suç türlerindeki aşırı çeşitlilik ve artış, savcılıkların ve mahkemelerin mevcut nicel olanaklarının çok üstünde bir işyüküne yol açarak azımsanmayacak sayıdaki suçun zamanaşımına uğraması tehlikesini doğurmuştur. Vahim olmayan ihlalleri karşılamak için hafif cezalar öngörülmüş çok sayıdaki yapay suç, adli makamların işyükünü aşırı surette

<sup>52</sup> Palombarini, 4.

<sup>53</sup> Aydın, 94.

<sup>54</sup> Palombarini, 4, 5.

<sup>55</sup> Palombarini, 5; Gianfranco Viglietta, *Repressione penale e alternative di tutela* (Roma: Donzelli Editore, 2002), 24.

<sup>56</sup> Viglietta, 23, 24.

<sup>57</sup> Luigi Ferrajoli, *Crisi della legalità e diritto penale minimo* (Roma: Donzelli Editore, 2002), 19, 20.

artırırken, tabii oldukları kısa zamanaşımı sürelerinin dolmasıyla cezasız kalabilmektedir<sup>58</sup>. Vahim olmayan ihlalleri cezalandırmak amacıyla öngörülen bu suçların bu şekilde cezasız kalabilmesi çelişki yaratmaktadır.

Başta çıkılmaz işyüğü gibi sorunların üstesinden gelmek amacıyla teklif ya da kabul edilen “reformlar” temel bazı ilke ve menfaatlerin ihlal ya da feda edilmesine yol açmaktadır<sup>59</sup>. Adli makamların ve mahkemelerin işyükünü azaltmak için kabul edilen basit ve seri muhakeme usullerinin, ceza muhakemesinin temel ilkelerini ihlal etmesi gibi. İşyükünün azaltılması bakımından sıkça bavorulan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun yarattığı sorunlar da bu bağlamda değerlendirilmelidir.

Suç türlerinin artırılması, ceza müeyyidesinin ilk başvuru olarak kabul görmesi, ceza aygıtının adeta bir mesih olarak görülmesi, işyükünü altından kalkılamaz bir hale getirmiştir. İşyükü sorununu, ceza davalarının uzaması sorununu çözmek için geliştirilen mekanizmalar, varlığını ve tarihsel kökenini Avrupa’da cumhuriyet rejimlerine borçlu olan davaların açılmasında kanunilik-mecburilik sistemine ve bu sistemin amaçlarına zarar veren bir durum yaratmıştır<sup>60</sup>. Suç tanımı sayısındaki aşırılık, ceza muhakemesindeki işyükünü artırırken af gibi kurumlara sıklıkla başvurulmasına yol açmaktadır<sup>61</sup>. Bu nedenle bazı suçlar cezalandırılırken bazı suçlular cezasız kalmaktadır. Halbuki kanunilik-mecburilik sistemi, ayrıcalıkçı monarşist cezalandırma aygıtına bir tepki olarak ortaya çıkmış, suç işleyen sınıfa, tabii olduğu sınıfa bakılmaksızın cezalandırılmasını hedeflemiştir<sup>62</sup>. Bu sistem, feodal ve aristokratik ayrıcalıklar sayesinde işledikleri suçların hesabını vermeyenlere tepki olarak, faili ve mağduru kim olursa olsun suçların cezasız kalmamasını öngörür.

Mevcut durum demokratik ilkelerin hayata geçirilmesinden çok popülist politikaların sonucu olarak değerlendirilmiştir. Bu aslında bir geriye gidiştir. Kanunilik-mecburilik sisteminin dejenere edilmesi eşitlik ilkesinin de ihlaline yol açmaktadır<sup>63</sup>.

---

<sup>58</sup> Viglietta, 26.

<sup>59</sup> Palombarini, 5; Viglietta, 24.

<sup>60</sup> Palombarini, 5, 6.

<sup>61</sup> Viglietta, 24.

<sup>62</sup> Benzer görüş için bkz. Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 562, 563.

<sup>63</sup> Palombarini, 5, 6.



Günümüzdeki durum çelişkilerle ve tutarsızlıklarla doludur. Sayısız suç türü öngörülmüş olmakla birlikte çeşitli nedenlerle bu suçları oluşturan pek çok fiil cezasız kalmaktadır. Mahkemeler tıkanmıştır, davalar sürüp gitmektedir. Ceza infaz kurumları, kapasitelerinin üstünde doludur<sup>64</sup>. Bu durumda güvenliği sağlaması beklenen ve gereken hukuk, güvenliği tehdit eder hale gelmiştir. Bir görüşe göre, hukuki güvenlik ifadesinde, sıfatı oluşturan “*hukuki*” deyimini, aslında tehlikenin kaynağına işaret etmektedir<sup>65</sup>.

Cezanın islah amacıyla çelişir biçimde cezaevleri dolup taşmıştır. Cezaevlerinin boşaltılması için bir araç haline gelen af kurumunun uygulanmasının anayasa düzenlemeleriyle zorlaştırıldığı hukuk düzenlerinde infaz kurumlarındaki yoğunluk ciddi bir sorun haline gelmiştir. Durumun vehameti, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 30 Eylül 1999 tarih ve 99/22 sayılı tavsiye kararının adına yansımıştır. Söz konusu belge, Cezaevinin Aşırı Kalabalıklaşması ve Cezaevi Mevcudu Enflasyonu Hakkındaki Tavsiye Kararı adını taşımaktadır<sup>66</sup>.

Ceza infaz kurumlarının dolup taşması, hükümlü ve tutukluların sağlıkları, yaşam hakları ve barınma koşulları bakımından vahim sorunlara yol açmıştır ve açmaktadır. Cezaevlerinin boşaltılması amacıyla ya sıkça af kanunlarına başvurulmakta ya da şartla salıverme ve denetimli serbestlik kurumları dejenere edilerek anayasaya aykırı biçimde örtülü özel af uygulamalarından medet umulmakta veya yeni cezaevi binalarının, yerleşkelerinin inşası müjde olarak sunulmaktadır.

Bu durum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da yansımıştır. İtalya’da, İki Binli yılların başlarında infaz kurumlarındaki hükümlü ve tutuklu miktarı yüzde yüz elliye kadar ulaşmış, çözüm olarak yeni infaz kurumlarının inşası ve evde infaz uygulamasının kapsamının genişletilmesi önerilmiştir<sup>67</sup>. Sorun, on sekiz aya kadar hapis cezalarının evde infazı kabul edilmek suretiyle çözülmeye çalışılmış, ancak süreli düzenleme 31 Aralık 2013 tarihine kadar yürürlükte kaldığından infaz kurumlarındaki kalabalık sorunu devam etmiştir. 2013 yılında Mahkeme, İtalya devletini mahkum ettiği

<sup>64</sup> Palombarini, 6.

<sup>65</sup> Michele De Salvia, “La place de la Notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel>, Erişim tarihi: 10.6.2013, 2.

<sup>66</sup> Duygu Çağlar Doğan, *Hapis Cezasına ve İnfazına Seçenek Kurumlar* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 79, 80 ve 93.

<sup>67</sup> Doğan, 80.

Torreggiani kararında infaz kurumlarındaki aşırı nüfusun, insanlık dışı muamele olduğunu ve Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğini hükme bağlamıştır. Kararda, İtalya Devleti'ne, sorunların çözülmesi için bir yıllık bir süre verilmiştir<sup>68</sup>.

Mahkeme, Sulejmanovic/İtalya kararında hükümlü ve tutuklu başına düşen yaşam alanının üç metrekaresinin altında bulunmasını Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali için yeterli saymıştır. Mahkeme, üç metrekaresini Torreggiani kararında da uygulamış, başlı başına bu kuralın ihlal edilmesinin, insanlık dışı muamele olduğunu karara bağlamıştır. Mahkeme, aynı değerlendirmeyi Mursic/Hırvatistan kararında da yapmıştır<sup>69</sup>.

Çözüm bulmak için günümüz toplumunun gereksinim ve sorunları bakımından ceza müeyyidesinin işlevinin gözden geçirilmesi, diğer güvence ve yaptırım aygıtlarının ilgili varlık ve menfaatlerin korunması bakımından değerlendirilmesi, ceza adaleti bakımından temel bir gereklilik ve sorun olarak kendini göstermektedir<sup>70</sup>.

Öte yandan, suçla mücadele ve toplumun savunulması bakımından tek aracın ceza müeyyidesi olmadığı, failin cezalandırılması yerine rehabilite edilmesinin de bir yöntem olduğu unutulmamalıdır<sup>71</sup>. Özellikle uyuşturucu kullanımına ilişkin suçlar bakımından Türk hukuku da dahil olmak üzere cezalandırma yerine rehabilitasyonun öncelik kazandığı hukuk düzenleri bulunmaktadır.

Güvenlik kaygısı, cezanın belirsizliği, öngörülemezliği, kolluk ve yargının etkin olmaması gibi değerlendirmeler ile ifade olunabilecek ceza adaleti krizi, sistemi meşgul ederken, hemen her konuda özellikle hapis cezası tehdidi özlemiyle ceza müeyyidesine başvurulmasının talep edilmesi söz konusu olmaktadır<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> Doğan, 87, 88.

<sup>69</sup> Doğan, 88. Sulejmanovic v. Italy 16.7.2009, Torreggiani and Others v. Italy, 8.1.2013, Mursic vs. Croatia, 20.11.2016, <https://hudoc.echr.cor.int> (erişim tarihi 6.6.2023).

<sup>70</sup> Palombarini, 6.

<sup>71</sup> Aydın, 97.

<sup>72</sup> Palombarini, 7.

### III. CEZA HUKUKUNUN UYGULAMA ALANININ DARALTI LMASI

Bu koşullarda belki de hangi varlık ve menfaatlerin korunması amacıyla ceza müeyyidesine başvurulmasının zorunlu olduğu belirlenmelidir. Buna göre oluşturulacak suç türleri de pek çok özel kanuna dağılmamalı, esasen tek bir kanun altında tasnif edilmelidir. Bu tür bir kanunlaştırma faaliyetinin kolay olmadığı açıktır. Cezai koruma konusu yapılacak varlık ve menfaatlerin belirlenmesi bakımından salt birey merkezli klasik liberal anlayışın etkisiyle, bu korumayı sadece bireysel varlık ya da menfaatlere yönelik şiddet ya da aldatma suretiyle işlenen fiillere indirgemek doğru değildir. Bu anlayış tarihe karışmıştır<sup>73</sup>. Yukarıda ifade olunduğu üzere, modern ceza adaletinin krizi, kapitalizmin gelişimi ve eskimesinden ayrı düşünülemez<sup>74</sup>. Liberalizm içinde otoriterleşen ya da genişleyen ceza hukukunun, salt liberal değerlendirmelerden hareketle yeniden düzenlenmesi eğilimi kendi içinde çelişkili olup tarihin tersine çevrilmesi anlamına gelmektedir. Depenalizasyona olanak verecek yeni bir varlık ve menfaatler sistemi, insana ait fizik veya maddi ya da gayri maddi varlıklar kadar, topluma ait sağlık, çevre gibi kolektif varlık ve menfaatleri de kapsmalıdır. Ceza hukukunun genişlemesine karşı çıkarken önerilecek çözümlerin belirlenmesi bakımından cezai korumayı salt bireyci liberal bakış açısına indirgemek de tarihte bir geriye gidiştir. Ayrıca, jandarma devlet anlayışına dayanan neoliberal politikaların, işsizlik, barınma sorunu, madde bağımlılığı, ayrımcılık ve ırkçılık gibi olgulara yol açması, bu olgulara bağlı suçluluğun çeşitlenerek artmasını sonuçlamıştır<sup>75</sup>. Ceza hukukunun mevcut krizinin, jandarma devlet anlayışından hareketle çözülmeye çalışılması doğal olarak bir kısır döngüye yol açmaktadır. Öte yandan suçların biçimsel anlamda kanunla öngörülmesi, içerikleri yönünden ideolojik etkilerden uzak oldukları anlamına gelmez. Salt birey merkezli liberal bir bakış açısıyla yeniden düzenlenecek bir ceza hukukunun, tarihte örnekleri görülen büyük toplumsal adaletsizlik örneklerine yol açması kaçınılmaz. Bu konuda Carlo Sotis'in, Anatole France'ın Kırmızı Zambak adlı romanından yaptığı alıntı çarpıcıdır: "*Kanun, görkemli eşitliği içinde, yoksullara olduğu gibi zenginlere de köprüler altında uyumayı, sokaklarda dilenmeyi, ekmek çalmayı yasaklar*"<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Palombarini, 7. Benzer görüş için bkz. Viglietta, 25.

<sup>74</sup> Bkz. Yukarıda 11 numaralı dipnot ile ilgili kısım.

<sup>75</sup> Aydın, 94.

<sup>76</sup> Carlo Sotis, *La tutela penale dei beni culturali mobili. Osservazioni in prospettiva a de iure condendo* (Milano: Giuffrè, 2015), 125, dipnot 40. (İtalyanca metinden çeviren

Bunun yanı sıra, suç haline getirme ve suç olmaktan çıkarma süreçlerinde, anayasalarda da güvence altına alınan laiklik ilkesine uygun hareket edilmelidir. Salt bir inanç türüne cezai koruma sağlayan suç tanımlarının da çağdaş bir ceza hukuku sisteminde yer almaması gerekir. Bu anlamda bir “ahlak devleti” anlayışının terki şarttır. İtalyan Anayasa Mahkemesi salt Katolik inancının imtiyazlı biçimde korunmasına yönelik bazı ceza normlarını anayasaya aykırı bulmuştur<sup>77</sup>. Bugün farklı ülkelerde, muhafazar ahlaki yargıların ceza normlarına gerekçe oluşturduğu ve çözüm bekleyen alanlar vardır. Bilimsel faaliyetlere, genetik araştırmalara dini-ahlaki sınırlar getirilmesi ve bunların ceza müeyyidesi tehdidinde bağlanması girişimlerinde olduğu gibi<sup>78</sup>. Batı hukukunun gelişiminde ceza hukukunun laikleşmesi önemli bir aşamayı ifade eder. Toplumların gelişmesiyle örfler, gelenekler ya da dine yönelik ihlallerin (*criminalité religieuse*) cezalandırılmasından vazgeçilerek insana ait varlık ve menfaatlere karşı suçların (*criminalité humaine*) cezalandırılmasının ağırlık kazandığı görülmektedir<sup>79</sup>. Ancak eski anlayışın izlerini taşıyan kimi cezai düzenlemeler olduğu da tespit edilmektedir.

Cezai koruma konusu yapılan varlık ya da menfaatlerin kapsamının yeniden belirlenmesi ihtiyacı, kimi suçlar bakımından toplumun değersizlik yargısını paylaşmamasından da kaynaklanmaktadır. Gerçekten, toplum ya da fertler, çeşitli suç türleri bakımından ihlal edici fiillerin ceza hukuku dışındaki hukuk dallarının güvence ve koruma normlarının konusunu oluşturmak yerine daha şiddetli ve pahalı olan ceza adaletine bırakılmasının gerekçelerini anlamamaktadır. Bunun sonucunda, kurumlar bakımından bedeli yüksek bir güvenilirlik ve oydaşma (meşruiyet) sorunu ortaya çıkmaktadır<sup>80</sup>. Ceza normunu önceleyen ve suç haline getirmek bakımından mevcudiyeti aranan etik-toplumsal değersizlik yargısından yoksunlaştıkça ortalama yurttaşın gözünde değeri azalmaktadır<sup>81</sup>.

---

T.K.) Romanın Tahsin Yücel tarafından yapılan çevirisinde ilgili kısım şöyledir: “*Köprüler altında yatmayı, sokaklarda dilenmeyi, ekmek çalmayı yoksula yasak ettiği gibi zengine de yasak eden yasaların görkemli eşitliği karşısında, çalışmak zorundalar*”. (Anatole France, *Kırmızı Zambak*, çev. Tahsin Yücel (İstanbul: Can Yayınları, 2021), 90.

<sup>77</sup> Viglietta, 24.

<sup>78</sup> Viglietta, 24.

<sup>79</sup> Durkheim, 25.

<sup>80</sup> Palombarini, 5, 6.

<sup>81</sup> Viglietta, 24.

Düzenin korunmasına ilişkin kimi olgular ve sorunlar, idari ceza hukukunun sınırları içinde kalması gereken birçok fiilin ceza hukuku alanına taşınması sonucunu doğurmuştur. Bu çerçevede, İtalya’da, sicillere ilişkin yükümlülüklerin ya da farklı türlerdeki idari kuralların ihlalinin ceza müeyyidesine bağlanması yapay suç kategorisinde önemli bir artışa neden olmuştur. Bir İtalyan ceza hukukçusu bu durum için “ceza davasının idarileşmesi” ifadesini kullanmıştır<sup>82</sup>. Bir idari işlemin yerine getirilmesindeki eksikliğin ya da aksaklığın cezaen kınanmasında ne tür bir islah amacı olabileceği haklı olarak sorgulanmıştır. Cezalandırmanın yöneldiği islah amacı bakımından suç enflasyonunun olumlu bir etkisi olmadığı sakınca yarattığı açıktır. Gereksiz suç tanımları, içerdikleri emir ve yasaklar itibarıyla cezalandırmanın islah amacına hizmet etmekten uzaktır<sup>83</sup>.

Bu anlayış doğrultusunda cezai koruma konusu yapılan varlık ve menfaatler gözden geçirilmeli, hangi varlık ya da menfaatlerin cezaen korunacağını belirlemek amacıyla ölçütler geliştirilmelidir. Öncelikle, davranışın somut ihlal edici özelliği dikkate alınmalıdır. Cezalandırılacak fiil objektif olarak hukuka aykırı olmalı, ihlal oluşturmalıdır. İhlal, zarar ya da zarar tehlikesi olarak anlaşılabilir<sup>84</sup>. Bu çerçevede, bir ceza hukuku sisteminin ihlal edicilik, bilinebilirlik-öngörülebilirlik, laiklik ve tasarruf ilkelerine göre yeniden kaleme alınabilmesi, bir siyasal ön koşulun mevcudiyetine bağlıdır: Genel kabul görmüş bir değerler sistemi<sup>85</sup>.

İtalyan Anayasa Mahkemesi, 1988 yılında verdiği bir kararda (364/1988), ceza hukukunun ve ceza müeyyidesinin toplumun korunması bakımından son seçenek (*extrema ratio-ultima ratio*) olması gerektiğini, cezai düzenlemelerin anayasal açıdan önemli ve korunması gerekli varlık ya da menfaatlerin ihlalini engellemeye yönelik daha az sayıda ve anlaşılır normlardan oluşmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir<sup>86</sup>.

Ceza hukukunun genişmesi ve suç tanımı enflasyonuna karşı minimum ceza hukuku deyiminin yanlış kullanıldığı ya da birey merkezli bakış açısına vasıta kılınarak suiistimal edilmek istendiği örnekler vardır. Öğretide

---

<sup>82</sup> Bkz. Viglietta, 24.

<sup>83</sup> Viglietta, 24.

<sup>84</sup> Viglietta, 23.

<sup>85</sup> Viglietta, 25.

<sup>86</sup> Viglietta, 23.

minimum ceza hukuku anlayışı, hatalı biçimde, sadece bireysel varlık ve menfaatlerin cezai koruma konusu yapılması olarak sunulabilmiştir<sup>87</sup>.

Halbuki minimum ceza hukuku, aydınlanma geleneğine uygun biçimde iki temel bileşen ya da kurucu unsurdan oluşur. Bunlardan ilki ceza hukukunun meşrulaştırılmasına yönelik meta-teorik bir paradigma olmasıdır. İkinci olarak minimum ceza hukuku anlayışı, teorik ve normatif bir ceza hukuku modeli içerir. Teori ötesi bir paradigma olarak minimum ceza hukuku anlayışı, sadece belli iki amaca yönelen bir ceza hukukunu meşru kabul eder: Negatif önleme ya da en azından temel hak ve özgürlüklere yönelik ihlallerin en azlanması (minimizasyonu) ve keyfi cezalandırma olgularının önlenmesi ya da minimizasyonu. Sözün kısası, ihlalin ve keyfiliğin en azlanması (minimizasyonu). Bir normatif model olarak minimum ceza hukuku cezai ve usuli güvenceler sistemini ifade eder. Yani bu sistem varlık ve menfaatler ile temel hak ve özgürlükler bakımından ikili koruma sağlayan bir sistemdir. Öyle ki bir yandan suçların yani ceza ihlallerinin yöneldiği mağdurların sahibi ya da hamili oldukları varlık veya menfaatleri, öte yandan suç isnadı altında bulunanların kolluk ve adli makamların keyfi ve aşırı tutumları ile infaz mercilerinin suiistimallerinden korunması amaçlanmaktadır. Bu yönüyle minimum ceza hukuku, daha güçlü olanın kanununa karşı güçsüzün kanununun yürürlükte olduğu bir yapı olarak tanımlanabilir. Minimum ceza hukuku, suçun işlenmesiyle birlikte mağdur olanı, muhakemenin başlamasıyla birlikte şüpheli ya da sanığı himaye ederken iki halde de güçsüz olanı korur. Bir normatif sistem olarak minimum ceza hukukunun etkinliği, ceza hukuku sisteminin bu ikili güvence sağlama gücüyle orantılıdır<sup>88</sup>.

Kanunilik ilkesinin içinde olduğu krizin nedeni kanun enflasyonudur. Ceza ihlallerine ilişkin kanunlaştırma, başka bir anlatımla suç yaratma enflasyonu yargı teşkilatını dava yığımlarıyla tıkamakta, adli makamların etkinliği azalmakta, bu yoğunluk birincil öneme sahip varlık ve menfaatlere yönelik vahim ihlallere ilişkin muhakemelere yoğunlaşılmasını engellemektedir. Bu nedenle minimum ceza hukukunun, maksimum ceza hukukuna göre etkin olduğu açıktır. Sadece temel haklara yönelik ağır ihlaller ile birlikte yaşamının koşullarına yönelen vahim ihlallere engel olmayı amaçlayan bir ceza hukuku, suçlulukla gerçek anlamda mücadele edebilir. Bu suretle, aynı zamanda hem etkinlik hem de güvence sağlama işlevi güvence altına alınır. Bu sayede kanunilik ve güvenilirlik-öngörülebilirlik ilkeleri de

---

<sup>87</sup> Ferrajoli, 9.

<sup>88</sup> Ferrajoli, 9, 10.

gözetilmiş olur. Kanunilik ve güvenilirlik bu yönüyle hem ceza hukuku bakımından hem de ceza muhakemesinin işleyişi vasıtasıyla somutlaşmış olacaktır. Minimum ceza hukuku anlayışının sağladığı güvenceler, sadece keyfilğe engel olunmasına yönelik değildir. Aynı zamanda adli hataların önüne geçilmesini de güvence altına alır. Sadece yurttaşı keyfilikten korumaz, maddi gerçeğin bulunmasına da hizmet eder. Maddi gerçeklikten uzaklaşılması, kuşkusuz, adaletsizliklere yol açacaktır. Minimum ceza hukuku, bu sayede, ceza sorumluluğunun doğru biçimde belirlenmesine de hizmet eder. Güvencelerin yeniden tesisi ya da ihya edilmesi ceza hukuku ve ceza yargısının güvenilirliğini geri kazanmasının yegane yoludur<sup>89</sup>.

Bu amaçla anayasalara suçun ihlal edicilik vasfının bir koşul olarak eklenmesi uygun olacaktır. Aynı biçimde depenalizasyon yapılması zorunludur. Sadece adli para cezası gerektiren fiiller suç olmaktan çıkarılmalıdır. Hapis cezasına ölçülü biçimde, zorunlu hallerde yer verilmelidir. Hapis cezasına seçenek yaptırımlar geliştirilerek zenginleştirilmelidir<sup>90</sup>. Özgürlüğü bağlayıcı cezalar, orantılı olarak kabul edilmeli, önemli ihlaller için öngörülmesi, özgürlüğü bağlayıcı ceza gerektiren suçların sayısı azaltılmalıdır<sup>91</sup>. Beccaria, yaklaşık üç yüz yıl önce cezaların orantılı olması gereği bakımından şunları söylüyordu: “..cürüm ile ceza arasında bulunması gereken âdilâne nispete uygun cezaları tatbik etmelidir. Böyle cezalar mücrimin uzviyeti üzerinde en az tahripkâr oldukları halde, beşer zihinlerinde en kuvvetli ve en devamlı tesiri icra eyerler”. “Bir cezanın kendisinden beklenen faydaları temin edebilmesi için, bu cezanın verdiği âzap ve şiddetin, o suçun işlenmesinden hasıl olacak faydayı aşmış bulunması kâfidir; buna cezanın kat’i, ve cürümden beklenen faydanın da ziyaa uğrayacağıının muhakkak olmasını da ilâve etmek lâzımdır. İşte bu hududu geçen bütün cezalar faydasız ve binaenaleyh zulümdür”<sup>92</sup>. Beccaria, cezaların şiddeti açısından da sonuç çıkarılması gereken değerlendirmeler yapmıştır: “..cezanın dehşetli oluşu, ondan yakayı sıyırmak için büyük gayret sarfına ve işlenen bir tek suçun cezasından kurtulmak için birçok suçun işlenmesine sebebiyet verir. En korkunç işkencelerin tatbik edildiği diyar ve devirlerde en korkunç suçların işlendiği görülmüştür. İşkence arttıkça, denilebilir ki,

<sup>89</sup> Ferrajoli, 18, 19.

<sup>90</sup> Ferrajoli, 19. Benzer görüş bkz. Aydın, 97, 96.

<sup>91</sup> Viglietta, 30.

<sup>92</sup> Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi*, çev. Muhiddin Göklü (İstanbul: Güven Yayınevi, 1961), 177, 178.

*duygular da kanunların dehşetine müsavi surette vahşileşip katılaşıır*". “.. cezanın dehşeti, cezasız kalmayı tevlit eleyecektir. İnsan yapısının mukavemeti, hâz ve zevklerde olduğu gibi, azap ve ıstıraplarda da bir dereceye kadardır. Dehşet veren bir işkence ve vahşeti ancak muvakkat bir istibdat tecviz edebilir, ve buna hayırhâh bir mevzuat sistemi aslâ göz yumamaz. Şayet kanunlar dehşet verici, yahut gayrı müstenir olursa, cezasız kalmak bizzat kanundan da doğar”<sup>93</sup>.

Devletin şahsiyetine karşı suçların bazıları, haksız fiil sorumluluğunun caydırıcı işlevi ile yetinilebilecek kişilere karşı suçlar, cürüm ve kabahat ayırımının kabul edildiği ceza hukuku düzenlerinde kabahatler suç olmaktan çıkarılmalıdır. Özellikle, idari nitelikteki ruhsat ve izin süreçlerine ilişkin yükümlülüklerle aykırılık gibi ihlaller idari yaptırımların konusu olmalıdır. İdari makamların, ceza yargılamasına göre çok daha kısa sürede bu yaptırımları uygulayabilecek olmaları, bu tür ihlallerin kısa zamanasını sürelerinin dolması nedeniyle cezasız kalmasına engel olacaktır. Aynı zamanda bu tür ihlaller, suç fiillerinin konsunu oluşturduğu af kanunlarının da kapsamı dışında kalabilecek ve yaptırım sisteminin etkinliğini koruyacaktır. Öte yandan idari yaptırımların tüzel kişilere de yaygın biçimde uygulanabilmesi bu etkinliği artıracaktır<sup>94</sup>.

Cezai hükümler ve ceza muhakemesi hükümleri sıradan bir kanun ile hukuk düzeninin bir parçası haline gelmemeli, ceza kanunu ve ceza muhakemesi kanunu ile uyumu, entegrasyonu gözetilerek nitelikli bir kanun yapma yöntemi benimsenip izlenmelidir. Suç öngören normlar ve ceza muhakemesi normları esas olarak sadece ceza ve ceza muhakemesi kanunlarında yer almalıdır. Bu hususlara uyularak oluşturulacak farklı bir yasama anlayışı ve sürecine ulaşılması muhtemel olmasa da imkansız da değildir<sup>95</sup>.

#### **IV. SUÇ HALİNE GETİRME SÜRECİNİN BİLİMSELLEŞTİRİLMESİ VE SEÇENEK YAPTIRIMLARIN ZENGİNLEŞTİRİLMESİ GEREĞİ**

Hangi fiillerin suç haline getirilmesi gerektiği, hangi ihlallerin ceza müeyyidesi tehdidinde bağlanmasının zorunlu olduğu soruları, olabildiğince

---

<sup>93</sup> Beccaria, 178, 179.

<sup>94</sup> Viglietta, 26.

<sup>95</sup> Ferrajoli, 19.



nesnel yöntemler kullanılarak yanıtlanmalıdır. Titiz bir yasama faaliyeti, ceza hukukunun genişlemesine engel olacak etkenlerden biridir.

Öte yandan, suç karşılığı hapis cezası yerine uygulanacak seçenek yaptırımların genişletilerek zenginleştirilmesi de, “suç enflasyonunun” olumsuz etkilerini bir ölçüde sınırlandıracak, şartla salıverilme ve denetimli serbestlik gibi kurumların amaçları dışında kullanılmasına engel olabilecektir.

### **A. Suç Haline Getirme Sürecinin Nesnelleştirilmesi**

Hangi fiillerin suç sayılması gerektiği, suç öngörmenin bazı ölçütleri olup olmadığı titizlikle ele alınması gereken sorunlar ya da konulardır.

Niçin, neyin, ne kadar, nasıl ve kimin cezalandırılacağı sorularının yanıtlanması ya da yanıtlanabilir olması suç siyasetinin “altın kuralı”nı oluşturur<sup>96</sup>. Başka bir anlatımla, bir fiilin suç haline getirilmesi için şu soruların yanıtlanması zorunludur. Niçin cezalandırmalı? Neyi cezalandırmalı? Ne kadar cezalandırmalı? Nasıl cezalandırmalı? Kimi cezalandırmalı?

Hukuk düzenleri, mevzu hukuk metinleri incelendiğinde, ceza müeyyidesine bağlamak (suç saymak) ya da ceza hukukunun konusu haline getirmek için ileri sürülen gerekçelerin çeşitli olduğu görülecektir. Bu çerçevede, kanunların gerekçeleri, hazırlık çalışmalarına ilişkin belgeler, bu konudaki öğreti görüşleri değerlendirilerek suç tanımlarının oluşturulma nedenleri tespit edilebilir. Bu tür çalışmalar sonucunda kanunkoyucunun farklı gerekçelerden hareket ettiği görülecektir. Bu gerekçelerin çeşitli biçimlerde tasnifi mümkündür. Bu çerçevede cezaya yüklenen farklı özellik ve işlevlerden hareketle farklı modellere ulaşılabileceği belirtilmiştir<sup>97</sup>.

Sotis, cezanın orantılı olması (orantıcı görüş), ceza müeyyidesinin anayasal varlık ya da menfaatlerin korunmasına hizmet etmesi (normativist görüş), cezalandırmada fayda bulunması (faydacı görüş) ya da kurumsal nedenlerle ihlale (zarara) engel olunamayacağının kabullenildiği durumlarda ceza müeyyidesinin çaresizlik içinde seçilmesi (ikameci görüş) biçimindeki kanunlaştırma gerekçelerini birer model olarak önermiştir. Her bir model için “niçin cezalandırmalı?” sorusunun yanıtı verildikten sonra sırasıyla niceliksel

<sup>96</sup> Sotis, 114.

<sup>97</sup> İtalyan mevzuatına ilişkin kısmi bir değerlendirme açısından bkz. Sotis, 114.

ve niteliksel değişkenlere göre “nasıl ve ne kadar cezalandırmalı?”, “neyi ve kimi cezalandırmalı?” soruları da cevaplanmalıdır<sup>98</sup>.

Yazar, kültür varlıklarının korunmasına ilişkin mevzuatı değerlendirdiği çalışmasında orantıcı modeli incelerken öncelikle “niçin cezalandırmalı?” sorusunu yanıtlamıştır. Orantıcı açıdan “niçin cezalandırmalı?” sorusu yanıtlanırken kültür varlığı ile bu niteliği taşımayan bir mal arasındaki nitelik farkı dikkate alınmaktadır. Kültür varlığının, sadece bir malvarlığı unsuru olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Kültürel bir değer taşıması, onu salt bir malvarlığı unsuru olmanın ötesine taşır. Bu durumda, kültür varlığına ilişkin özel bir cezai korumanın kabulü zorunludur. Tarihi bir kütüphanenin tahrip edilmesi, bu özelliğe sahip olmayan sıradan bir kamu malının tahrip edilmesinden ağır bir ihlal teşkil eder<sup>99</sup>.

Aynı model içinde niceliksel değişkenler dikkate alınarak “ne kadar ve nasıl cezalandırmalı?” sorularının da yanıtlanması gerekir. Bu noktada cezalandırmanın meşruiyetinin ölçütü, varlığın önemi ile ceza arasındaki orandır. Varlığın değeri ile cezanın tür ve miktarı arasında denge bulunmalıdır. Örneğin hırsızlık suçunun basit biçimi ile yetinilmemeli, kültür varlığı üzerinde işlenmesi halinde fiil cezanın ağırlaştırıldığı nitelikli hırsızlık olarak kabul edilmelidir. Niceliksel değişkenlere göre “neyi ve kimi cezalandırmalı?” soruları da yanıtlanmalıdır. “Neyi cezalandırmalı?” sorusu yeni suç türleri öngörüp öngörmemek ile ilgilidir. Yeni bir suç türü öngörmek (yaratmak) ya da fiili, mevcut suç türlerinden birinin nitelikli biçimlerinden biri olarak öngörmek tercihleri bu değerlendirmeleri takiben yapılacaktır. Cezaen engellenmesi amaçlanan bir fiilin mevcut bir suç türü ya da kategorisi içinde, bu türün nitelikli bir biçimi olarak kabul edilebilmesi için mevcut normun yapısının, içeriğinin ve maddi konusunun (eğer varsa) buna elverişli olması gerekir. Örneğin malvarlığı değerlerinin aklanmasının engellenmesi ve cezalandırılmasına ilişkin bir ceza normunun, kültür varlıklarına zarar verilmesi biçimindeki fiiler bakımından temel bir kategori olarak kabulü mümkün değildir. İki fiil türü arasında benzer olgusal zarar bulunmamaktadır<sup>100</sup>.

Niteliksel değişken, hukuki konunun niteliksel önemi ile ilgilidir. “Ne kadar ve nasıl cezalandırmalı?”, “neyi ve kimi cezalandırmalı?” soruları

---

<sup>98</sup> Sotis, 14 vd.

<sup>99</sup> Sotis, 114, 115.

<sup>100</sup> Sotis, 117, 118.

hukuki konunun önemi yönünden de yanıtlanır. Hukuki konunun önemi, maddi konunun özellikleri, ceza müeyyidesinin yanı sıra müsadere tedbirinin de uygulanmasını gerekli, orantılı ve meşru kılabılır. Niteliksel değişken açısından “neyi ve kimi cezalandırmalı?” soruları da yanıtlanacaktır. Cezai koruma bakımından mevcut suç tanımlarının nitelikli hallerinin oluşturulmasının ötesinde yeni davranış modalitelerinin öngörüldüğü suç tanımlarının kabul edilmesinin gerekli olup olmadığı, hukuki konunun önemi ile ilişkilidir. Öte yandan, suç türlerinin taksirli biçimlerinin kabul edilip edilmemesine ilişkin değerlendirme de bu değişken dikkate alınarak yapılacaktır<sup>101</sup>.

Bir suç tanımı yapılırken, bu suçun serbest davranışlı ya da bağlı davranışlı suç olarak düzenlenmesinin gerekli olup olmadığı sorunu da cezaya yüklenen farklı işlevler ve bunlara göre yanıtlanacak “niçin, ne kadar, nasıl, neyi ve kimi cezalandırmalı?” soruları ile ilgilidir. Örneğin, cezanın asli işlevini anayasal varlıkların korunması olarak gören anlayış, suç teşkil eden davranışın değersizliği bakımından hukuki konunun anayasal önemini esas alır. Yüksek anayasal koruma altındaki bir varlık dikkate alındığı için bu varlığı ihlal eden davranışın modalitesinden ziyade ihlalin kendisi, varlık ya da menfaatin zarar görmesi öne çıkmaktadır. Bu tür bir varlık bakımından “neyi ve kimi cezalandırmalı?” sorularının yanıtı farklı olacaktır. Davranışın modalitesinin özel bir önemi olmayacağı için serbest davranışlı suç tanımı ile yetinilebilecektir. Öte yandan, belli varlık ya da menfaatlerin himayesinden sorumlu olan kamu görevlilerinin, bu yükümlülüklerin ihlalini teşkil eden ve ihmali davranışla işlenen taksirli fiillerinden sorumlu tutulmalarının gerekli olup olmadığı sorusu da, bu varlıkların özel anayasal koruma altında buldukları göz önünde bulundurularak olumlu biçimde yanıtlanabilecektir<sup>102</sup>.

Dava zamanışımı sürelerine ilişkin tercihler ya da ceza muhakemesi koruma tedbirlerine başvurulması önündeki engellerin kaldırılması bakımından da “niçin, ne kadar, nasıl, neyi ve kimi cezalandırmalı?” sorularının yanıtları önemlidir. Bilindiği üzere, faydacı görüş, suç sayılan fiillere yönelebilecek kişilerin caydırılması esasından hareket eder. “Nasıl ve ne kadar cezalandırmalı?” soruları faydacı açıdan yanıtlanırken, daha uzun dava zamanışımı sürelerinin uygulanabilmesi ya da kişi özgürlüğünü sınırlandıran koruma tedbirlerinin uygulanabilir kılınması açısından uygun tür

<sup>101</sup> Sotis, 118-120.

<sup>102</sup> Sotis, 122.

ve ağırlıktaki ceza müeyyidelerinin öngörülmesi tercih edilebilir. Örneğin, tutuklama yasağı kapsamına girmeyecek özgürlüğü bağlayıcı ceza süreleri kabul edilebilir. Faydacı görüş açısından da söylendiği üzere, ceza normu kabul etmek, suç oluşturmak için mutlaka üç koşulu dikkate almak gerekir: Cezai kınama gerektiren fiillerin ampirik olarak ve kriminolojik esaslara göre belirlenmesi. Fiilin, genel bir değersizlik yargısının konusunu oluşturması. Bu içeriğin doğru ve açık bir anlatımla kanuni tanımında yerini bulması. Bu ölçütlere dikkat edilmemesi durumunda, tipiklikten beklenen yarar sağlanamaz ve suç yaratan normun uygulanabilirliği sorunlu hale gelir<sup>103</sup>.

### **B. Seçenek Yaptırımların Genişletilmesi ve Zenginleştirilmesi**

İnfaz kurumlarındaki hükümlü ve tutukluların sayısının, bu kurumların kapasitelerinin çok üstüne çıkması, hapis cezasına seçenek yaptırımlar konusundaki çalışma ve gelişmelerin hızlanmasına yol açmıştır. 14 Aralık 1990 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 45/110 sayılı karar ile kabul edilen Hapis Dışı Tedbirlere İlişkin Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Tokyo Kuralları) kapsamında hapis cezasına seçenek oluşturacak çeşitli kurumlar önerilmiştir<sup>104</sup>.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2006/2 sayılı tavsiye kararı ile kabul edilen Avrupa Cezaevi Kuralları'nın giriş bölümünde özgürlüğü bağlayıcı cezaların başvurulacak son seçenek olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Esasen özgürlüğü bağlayıcı cezaların yerine getirilmesine ve ilgili kurumlara ilişkin esasların öngörüldüğü bir metinde, hapis cezasının son seçenek olarak vurgulanmasının önemli olduğu ve bunun bir anlayış değişikliğine işaret ettiği değerlendirilmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları olarak adlandırılan 2017/3 sayılı kararında Konsey üyesi devletlerin seçenek yaptırımları ya da kurumları geliştirmelerinin umulduğu ifade olunmuştur<sup>105</sup>.

Özellikle hapis cezası yerine, denetimli gözetim ya da yargısal denetim, zararın tazmini ya da mağdura iade, belli bir ya da daha fazla kamu görevinden yasaklanma, bir meslek, sanat ya da faaliyetten yasaklanma, adli kınama (tevbih), ihtar, tüzel kişilerde yöneticilik yapma yasağı, idare ile sözleşme yapma yasağı, belli varlıkların yönetiminden yasaklanma, müsadere, ülke

---

<sup>103</sup> Sotis, 126.

<sup>104</sup> Doğan, 84.

<sup>105</sup> Doğan, 91 ve 93.

dışına çıkma yasağı, yerel yönetim sınırlarını terk etme yasağı, spor müsabakası yapılan yerlere girme yasağı, mahkumiyet hükmünün ilanı ya da yayımı, toplum yararına çalışma yükümlülüğü, konutta infaz, tüzel kişi bakımından izin iptali, tüzel kişiliğin feshi gibi seçenek yaptırımlar ya da kurumların yaygın biçimde öngörülüp uygulanmaları konusu değerlendirilmelidir<sup>106</sup>.

## SONUÇ

Cezalandırmanın bir zor uygulaması olması, suçun toplumsal bir olgu teşkil etmesi, hukuk ve toplum bilimleri dışında sanat, edebiyat gibi farklı dalların da suç ve cezalandırma pratiklerine ilgi duymasına yol açmıştır.

İdeolojilerin ve siyaset felsefesinin başlıca konuları arasında yer alan devletin dönüşümü, ceza hukuku bakımından da etkili olmuştur. Devletin otoriterleşmesi, verili bir düzenin farklı etkenlere göre değişimi, suç ve ceza bakımından teorik ve pratik dönüşümlere neden olmuştur.

Toplumsal olgu olarak suçun bir değersizlik yargısına karşılık gelmesi beklenir. Ancak bu değersizlik yargısı toplumun hangi katmanlarının, zümrelerinin tercihlerine göre tespit edilecek, bir farklılığın, suç saymayı gerektirecek düzeyde tehdit teşkil ettiği hangi ölçütlere göre belirlenecektir? Kimilerine göre sapma olarak nitelendirilen her farklılık, tehdit olarak algılanan toplumsal talepler suç olarak kabul edilebilir mi?

On Dokuzuncu Yüzyıl'ın endüstrileşen Avrupa kentlerindeki aşırı nüfus artışı, örgütlenen yeni sınıf, yeni tehdit algılarına yol açmış Liberal ideolojiden beslenen Fransız Devrimi'ni izleyen bu yüzyılda ceza hukuku otoriter yüzünü göstermişti. O dönemde yeni kent nüfusunun Eski Çağ'ın yağmacı ve barbarlarıyla, göçebe klanlarla karşılaştırıldığından yukarıda bahsedildi.

Çağdaş ceza hukukunun ceza müeyyidesini son seçenek olarak kabul etmesine karşın, ürünü olduğu modernitenin baş etmek zorunda olduğu iki yüzyıl öncesini andıran önemli toplumsal sorunlar karşısında ceza hukukunun genişlediği, bir suç enflasyonu ile karşı karşıya kaldığı açıktır. Özellikle güvenlik kaygısı ya da yinelenen güvenlik teması, yeni tehdit algıları ceza hukukunun uygulama alanının daraltılması önündeki en önemli engeli oluşturmaktadır. Güvenlik temasının Avrupa coğrafyasında yeni bir genel

<sup>106</sup> Bu konudaki en geniş ve güncel çalışma olması dolayısıyla bkz. Doğan, 95 vd., Viglietta, 31. Aydın, 98, 99.

kamu düzeni oluşturulması düşüncesine hizmet ettiği göz ardı edilmemelidir. Günümüz Avrupa'sında Avrupa Konseyi'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mevcudiyet sebeplerinin başlıcası olan İkinci Dünya Savaşı'na tanık olmuş, izlerini yaşayan ve hatırlayan çok sayıda insan kalmamıştır. Büyük Savaş'ın yol açtığı yıkımın bir daha yaşanmaması için kurulan bu kurumlar, imzalanan belgeler bugün de önemli birer güvence oluşturmakla birlikte, kaybetmekte olduğu sosyoekonomik mevzi dolayısıyla Avrupa orta sınıfının yaşam standartlarını, mevcut nimetleri koruma ya da geri kazanma kaygıları, yeni tehdit algıları ile güvenlik temasını besleyen ve iki yüzyıl öncesini andıran bir ortam yaratmıştır. Bu ortam kendini siyasal davranışlarda da göstermektedir. Bu gelişmeler ışığında, ceza hukukunun yeni bir muhafazakarlaşma ve otoriterleşme dönemine girmesi tehlikesi mutlaka dikkate alınmalıdır.

Hukukçuların dahi takip etmekte zorlandıkları ya da zorlanacakları yeni ve yapay suç türlerinin oluşturulmasından kaçınılmalıdır. Depenalizasyon önemini koruyan bir yöntemdir. Ceza hukukunun genişmesi ve suç enflasyonu, savcılıkların ve mahkemelerin olanaklarının çok üstünde bir işyüküne yol açmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere bu işyükü, dava zamanaşımı sürelerinin dolması tehlikesi, vahim suçların faillerinin yargılanmasına ilişkin muhakemelere daha az zaman ayrılması, adil yargılanma hakkı ihlalleri gibi sonuçlara yol açabilmektedir.

Bir fiilin suç olarak kabul edilmesi gerekir gerekmediği, temel ölçütlerden yararlanılarak nesnel verilere göre belirlenmelidir. Ceza müeyyidesi gerektiren fiillerin, kriminolojik veriler kullanılarak tespiti zorunludur. Bu fiillerin, genel bir değersizlik yargısına konu oluşturması gerekir. Ayrıca ceza normu, uygun ve açık bir anlatımla, anlaşılır biçimde kaleme alınmalıdır.

Suç ve suçluluğun, toplum yaşamı içinde ortaya çıktığı açıktır. Suçun sadece bireysel etkenlerden doğmaması, toplumsal etkenlerin suçun ve suçluluğun ortaya çıkmasında temel nedenleri oluşturması<sup>107</sup> karşısında, toplumsal düzen üzerine düşünülmesizin suçla mücadele etmek, sadece ceza müeyyidesinden medet ummak, tatminkar bir sonuç doğurmayacaktır.

İnanca göre kardeşi Habil'i öldürerek ilk cinayeti işleyen Kabil'den bu yana ceza müeyyidesinin suça engel olduğu, failleri caydırdığı

---

<sup>107</sup> Aydın, 93.

görülmemiştir<sup>108</sup>. Toplum bilimlerine istatistik yöntemlerinin uygulanmasında önemli bir rol oynayan matematikçi ve astronom Adolphe Quételet, 1829 yılında yayınladığı bir çalışmada 1830 yılının suçluluk rakamlarını hatasız biçimde öngörmüştür. Yazar, hangisinin daha etkili olduğuna karar vermenin güç olduğunu belirterek suç olgusunun ardında yatan etkenlerin fizik dünya ya da toplumsal düzen olduğunu ifade etmiştir<sup>109</sup>. Quételet'nin çalışmalarının da aralarında bulunduğu dönemin istatistik incelemeleri ve bunlara ilişkin yorumlar çeşitli açılardan eleştirilmekte olsa da, kent nüfusunda patlama, açlık gibi farklı toplumsal nedenler ve değişkenlerle suçluluğun artışı arasındaki ilişkileri ortaya koymaktadır<sup>110</sup>.

Hemen yukarıda da ifade olunduğu gibi, suçun ve suçluluğun ardındaki toplumsal etkenler dikkate alınmadan, suça engel olabilecek sosyoekonomik tedbirler ve politikalar geliştirilmeden son seçenek olması gereken ceza müeyyidesine başvurulması, toplumsal gerçekliğin göz ardı edilmesidir.

Düşünür soruyor, “Suçluluğa yol açan düzenin değiştirilmesi konusunda düşünmek gerekirken hücreyi yeni gelenlere açmak için bir çok suçlunun cezalarını infaz eden cellada bu övgü neden?”<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> Karl Marx, *Punishment and Society* (Ed. Gertrude Ezorsky) (Albany: State University of New York Press, 1972), 358.

<sup>109</sup> Bkz. Marx, 359.

<sup>110</sup> Bkz. Chevalier, 127-131.

<sup>111</sup> Marx, çev. T.K., s. 359.

**KAYNAKÇA**

- Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*. Milano: Giuffrè, 1994.
- Aydın, Devrim. “Ceza Hukukunun Geleceği ve Yeni Yaptırım Biçimleri.” *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 12 (Nisan 2010): 87-101.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Bassiouni, Mahmoud Sherif. *Le Fonti e Il Contenuto del Diritto Penale Internazionale Un Quadro Teorico*. Milano: Giuffrè, 1999.
- Beccaria, Cesare. *Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi*, Çeviren Muhiddin Göklü. İstanbul, Güven Yayınevi, 1961.
- Chevalier, Louis. *Labouring Classes and Dangerous Classes in Paris During the First Half of the Nineteenth Century*. London: Routledge & Kegan Paul, 1973.
- De Salvia, Michele: “La place de la Notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel>, Erişim tarihi: 10.6.2013
- Doğan, Duygu Çağlar. *Hapis Cezasına ve İnfazına Seçenek Kurumlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Durkheim, Emile. *Cezanın Evriminin İki Kanunu*, Çeviren Hamide Topçuoğlu. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1966.
- Ferrajoli, Luigi. *Crisi della legalità e diritto penale minimo*. Roma: Donzelli Editore, 2002, ss. 9-21.
- Fletcher, George. *Grammatica del Diritto Penale*. Bologna: Mulino, 2004.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Oxford-New York: Oxford University Press, 2000.
- France, Anatole. *Kırmızı Zambak*, Çeviren Tahsin Yücel. İstanbul: Can Yayınları, 2021.
- Harris, David, Michael O’Boyle, Ed Bates ve Carla Buckley. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çeviren Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Henry, Stuart. *Social Deviance*. Cambridge: Polity Press, 2012.
- Katoğlu, Tuğrul. *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.
- Kerenyi, Karl. *La Pena di Prometeo*. Padova: CEDAM, 1967, ss. 121-133.
- Mantovani, Ferrando. *Diritto Penale Parte Generale*. Padova: CEDAM, 1992.



- Marx, Karl. *Punishment and Society*, ed. Gertrude Ezorsky. Albany: State University of New York Press, 1972, ss. 358-359.
- Norrie, Alan W. *Law, Ideology and Punishment Retrieval and Critique of the Liberal Ideal of Criminal Justice*. Dordrecht: Kluwer, 1991.
- Okuyucu Ergün, Güneş. *Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023.
- Palombarini, Giovanni. *Per un altro diritto penale*. Roma: Donzelli Editore, 2002, ss. 3-8.
- Panikkar, Raymond. *La Faute Originante ou L'Immolation Créatrice Le Mythe de Prajapati*. Padova: CEDAM, 1967, ss. 65-100.
- Radbruch, Gustav. "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law", Translated by Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson) *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 26, S. 1 (2006): ss. 1-11.
- Rude, George: *The Growth of Cities and Popular Revolt, 1750-1850: With Particular Reference to Paris*. New Jersey: Humanities Press, 1988.
- Sotis, Carlo. *La tutela penale dei beni culturali mobili. Osservazioni in prospettiva a de iure condendo*. Milano: Giuffrè, 2015, ss. 111-135.
- Taner, Tahir. *Ceza Hukuku Umumi Kısım*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.
- Viglietta, Gianfranco. *Repressione penale e alternative di tutela*. Roma: Donzelli Editore, 2002, ss. 23-34.

