

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**ANAYASA MAHKEMESİ'NİN MADDİ CEZA HUKUKUNA İLİŞKİN
KARARLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME**

Yüksek Lisans Tezi

ALİ ÇOLAK

İstanbul, 2020

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**ANAYASA MAHKEMESİ'NİN MADDİ CEZA HUKUKUNA İLİŞKİN
KARARLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME**

Yüksek Lisans Tezi

ALİ ÇOLAK

Danışman: DR. ÖĞR. ÜYESİ OYA BOYAR

İstanbul, 2020

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı : Ali Çolak
Ana Bilim Dalı : Kamu Hukuku
Tez Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Oya Boyar
Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans Tezi, Ağustos 2020
Anahtar Kelimeler : Ceza Hukuku, Anayasa Mahkemesi kararları, maddi ceza hukuku, suç ve cezada kanunilik ilkesi, ölçülülük ilkesi

ÖZET

ANAYASA MAHKEMESİ’NİN MADDİ CEZA HUKUKUNA İLİŞKİN KARARLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME

Anayasa Mahkemesi’nin norm denetimi yoluyla maddi ceza hukukuna ilişkin verdiği birçok kararı bulunmaktadır. Bu kararlardan suç ve cezada kanunilik ilkesi ve ölçülülük ilkesi ile ilgili olanlar tezimizin konusunu oluşturmaktadır. İlk bölümde anayasanın üstünlüğü ve maddi ceza hukukuna dair genel bilgiler verilmiş ve maddi ceza hukukunun temel ilkeleri açıklanmıştır. İkinci bölümde ise Anayasa Mahkemesi’nin norm denetimi yolu ile maddi ceza hukukuna ilişkin verdiği kararlar suç ve cezada kanunilik ilkesi ile ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar yapıldıktan sonra ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Bu inceleme sonucunda Anayasa Mahkemesi’nin bu ilkeleri ve bu ilkelerin alt ilkelerini nasıl yorumladığı, bu ilkelere ne anladığı gibi sorulara yanıtlar aranmış, bu sorulara yanıt bulmak amacı ile Anayasa Mahkemesi’nin söz edilen kararları tek tek ve bir bütün halinde incelenerek Anayasa Mahkemesi’nin bu ilkelere maddi ceza hukuku bakımından nasıl yaklaştığı ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

GENERAL INFORMATION

Name and Surname	: Ali Çolak
Department of	: Public Law
Thesis Advisor	: Asst. Prof. Oya Boyar
Type and Date of Thesis	: Master Thesis, August 2020
Key Words	: Criminal law, the decisions of the Constitutional Law, substantive criminal law, the legality principle of crimes and punishments, the principle of proportionality.

ABSTRACT

A SURVEY OF THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE RELATING TO SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW

The Constitutional Court has many decisions regarding substantive criminal law through norm control. Among these decisions, the ones related to the legality principle of crimes and punishments and the principle of proportionality constitute the subject of this thesis. In the first part, general information as to the concept of the supremacy of the constitution and fundamental principles of the substantive criminal law were examined. In the second part of the study, the legality principle of crimes and punishments and the principle of proportionality were explained. Afterwards, the decisions of the Constitutional Court regarding the substantive criminal law through norm control were examined under separate titles. As a result of this examination, answers were sought to questions such as how the Constitutional Court interpreted these principles and sub-principles of these principles, and what it understood from these principles. In order to find answers to these questions, the mentioned decisions of the Constitutional Court were examined one by one and also as a whole, and it was revealed how the Constitutional Court approached these principles in terms of substantive criminal law.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASANIN ÜSTÜNLÜĞÜ VE ANAYASADA YER ALAN MADDİ CEZA HUKUKU İLKELERİ

I- ANAYASANIN ÜSTÜNLÜĞÜ	4
II-MADDİ CEZA HUKUKU ALANINA HAKİM İLKELER	6
A- GİRİŞ	6
B- SUÇ POLİTİKASI KAVRAMI	7
C- MADDİ CEZA HUKUKUNA HAKİM OLAN İLKELERİN TESPİTİ	8
D- ANAYASAMIZDA YER ALAN MADDİ CEZA HUKUKU İLKELERİNE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR	9
1- Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması	9
2- Hukuk Devleti İlkesi	9
3- Kusur İlkesi ve Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği	11
4- Sözleşmeden Doğan Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesinden Dolayı Özgürlüğün Kısıtlanamayacağı İlkesi	13
5- Eşitlik İlkesi	15
6- İnsan Onuru ile Bağdaşmayan Ceza Verme Yasağı (İnsancılık İlkesi)	16
7- Genel Müsadere ve Ölüm Cezasının Verilememesi	18

İKİNCİ BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN SUÇ VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ İLE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ BAKIMINDAN VERDİĞİ KARARLAR VE BU KARARLARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

I- SUÇ VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ	20
A- KAVRAM VE İLKENİN TARİHSEL GELİŞİMİ	20
B- KANUNİLİK İLKESİNİN FELSEFİ VE TOPLUMSAL TEMELLERİ	23
C- TÜRK CEZA HUKUKUNDA KANUNİLİK İLKESİ	25
D- SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNİN UNSURLARI	28
1- “Kanun” Kavramı	28
2- Kanunsuz Suç Olmaz İlkesi (Nullum crimen sine lege)	29
3- Kanunsuz Ceza Olmaz İlkesi (Nulla poena sine lege)	30
4- Kabahatler Açısından Kanunilik	31
II- SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNİN SONUÇLARI	32
A- BELİRLİLİK İLKESİ	32
1- Belirlilik İlkesi Bakımından Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi	34
2- Anayasa Mahkemesi'nin Belirlilik İlkesi Bakımından Verdiği Kararlara İlişkin Genel Değerlendirmeler	83
B- İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERLE SUÇ VE CEZA KOYMA YASAĞI	87
1- İdarenin Düzenleyici İşlemlerle Suç ve Ceza Koyma Yasağı Bakımından Anayasa Mahkemesi'nin Verdiği Kararların Değerlendirilmesi	89
2- Anayasa Mahkemesi'nin İdarenin Düzenleyici İşlemleri ile Suç ve Ceza İhdas Etme Yasağı Bakımından Verdiği Kararlara İlişkin Genel Değerlendirmeler	119
C- ÖRF VE ADET HUKUKU İLE SUÇ VE CEZA KOYMA YASAĞI	122
D- KIYAS YASAĞI (LEX STRICTA)	125
1- Kıyas Yasağı Bakımından Anayasa Mahkemesi'nin Verdiği Kararların İncelenmesi	131

2- Anayasa Mahkemesi'nin Kıyas Yasağı Bakımından Verdiği Kararlara İlişkin Genel Değerlendirmeler	135
E- CEZA KANUNLARININ GEÇMİŞE YÜRÜMEZLİĞİ İLKESİ (LEX PRAEVIA)	136
1- Kavram ve Kapsam	136
2- Ceza Kanunlarının Geçmişe Yürümesi Yasağını Açıklayan Gerekçeler	137
3- Ceza Kanunlarının Yürürlüğe Girmesi ve Yürürlükten Kalkması	138
4- Suçun İşlendiği Zaman	139
5- Lehe Olan Kanunun Geriye Yürümesi	142
6- Lehe Olan Kanunun Geçmişe Yürürlü Olmasını Açıklayan Gerekçeler	143
7- Süreli ve Geçici Ceza Kanunlarının İleriye Yürümesi	144
8- Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Etkisi	144
9- Ceza Kanunlarının Geçmişe Yürümezliği İlkesi Bakımından Anayasa Mahkemesi'nin Verdiği Kararların İncelenmesi	145
10- Anayasa Mahkemesi'nin Ceza Kanunlarının Geçmişe Yürümezliği İlkesi Bakımından Verdiği Kararların Genel Olarak Değerlendirilmesi	151
III- ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ	152
A- GENEL OLARAK TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI VE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ	152
B- ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ VE GENEL OLARAK ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ALT İLKELERİ	155
C- ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ	157
D- ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN HUKUKSAL KAYNAKLARI	158
E- TÜRK HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ANAYASA VE TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ DAYANAKLARI	159
F- ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ÖZELLİKLERİ	163
G- ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER	164
IV- ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ALT İLKELERİ	166
A- ELVERİŞİLİK İLKESİ	167
1- Anayasa Mahkemesi'nin Elverişlilik İlkesi Bakımından Verdiği Kararların Değerlendirilmesi	169
2- Anayasa Mahkemesi'nin Elverişlilik İlkesi Bakımından Verdiği Kararların Genel Olarak Değerlendirilmesi	177

B- GEREKLİLİK İLKESİ	178
1- Anayasa Mahkemesi'nin Gereklilik İlkesi Bakımından Verdiği Kararların Değerlendirilmesi	180
2- Anayasa Mahkemesi'nin Gereklilik İlkesi Bakımından Verdiği Kararların Genel Olarak Değerlendirmesi	207
C- ORANTILILIK.....	208
1- Anayasa Mahkemesi'nin Orantılılık İlkesi Bakımından Verdiği Kararların İncelenmesi	211
2- Anayasa Mahkemesi'nin Orantılılık İlkesi Bakımından Verdiği Kararların Genel Olarak Değerlendirilmesi	264
SONUÇ	270
KAYNAKÇA	275

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
agdt	: Adı Geçen Doktora Tezi
age	: Adı Geçen Eser
agm	: Adı Geçen Makale
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ASCK	: Askeri Ceza Kanunu
As.CK	: Askeri Ceza Kanunu
AYMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
E	: Esas Numarası
Ed	: Editör
EPDK	: Enerji Piyasası Denetleme Kurumu
ET	: Erişim Tarihi
D.E.Ü.	: Dokuz Eylül Üniversitesi
K	: Karar Numarası
KDV	: Katma Değer Vergisi
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
K.T	: Karar Tarihi
md	: Madde
RG	: Resmi Gazete
s	: Sayfa
S.B.F	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti

TCK	: Türk Ceza Kanunu
TFF	: Türkiye Futbol Federasyonu
TL	: Türk Lirası
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TRT	: Türkiye Radyo Televizyon Kurumu
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu
vd.	: Ve Devamı
vb.	: Ve Benzeri



GİRİŞ

Ceza hukuku genel olarak maddi ceza hukuku ve şekli ceza hukuku olmak üzere iki kısımda incelenebilir. Özetle maddi ceza hukuku, suç teşkil eden eylemler, suçun yapısı ve yaptırımları ile ilgilenirken, şekli ceza hukuku bir suç işlendiği iddiası olması halinde bu iddianın ne şekilde araştırılarak netice olarak nasıl bir yargıya varılacağı, yargılama aşamalarında nasıl bir usul izleneceği konuları ile ilgilenir. Maddi ceza hukuku tarihsel süreçte birçok değişim yaşamıştır. Bunun gibi maddi ceza hukukunun temel ilkeleri de tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkmış ve zaman içerisinde gelişerek modern toplumlarda kabul görmüştür. Bugün artık vazgeçilemez hale gelen bu ilkeler bir hukuk devleti olan ülkemizde de kabul görmektedir.

Anayasa Mahkemesi ülkemizde 1961 Anayasası ile kurulmuştur ve günümüzde de varlığını sürdürmektedir. Kurulduğu zamandan beri Anayasa Mahkemesi çeşitli görev ve yetkilere sahip olmuş, bu görev ve yetkileri zaman içerisinde yapılan Anayasa değişiklikleri ile değişikliklere uğramıştır. Anayasa Mahkemesi'nin kurulduğu dönemden beri var olan ve günümüzde de devam eden görevlerinden birisi, belki de en önemlisi, norm denetimi yapmak ve kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin (2017 yılı Anayasa değişikliği öncesinde kanun hükmünde kararnamelerin) ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetlemektir. Bu görevi kapsamında Anayasa Mahkemesinin önüne kurulduğu ilk yıllardan beri maddi ceza hukukuna ilişkin konular da gelmiş, Anayasa Mahkemesi bu konularda kararlar vermiş ve Anayasa Mahkemesi'nin kurulduğu zamandan günümüze maddi ceza hukukuna ilişkin bir içtihadı ortaya çıkmıştır.

Bu tezde, Anayasa Mahkemesi'nin sadece maddi ceza hukukuna ilişkin norm denetimi kararlarından suç ve cezada kanunilik ilkesi ve ölçülülük ilkesi ile ilgili olanları ele alınarak bu kararların sentetik bir incelemesi yapılmıştır. Bu incelemede Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsettiğimiz maddi ceza hukukuna ilişkin içtihatlarında, suç ve cezada kanunilik ilkesi ile ölçülülük ilkelerini nasıl yorumladığı, bu ilkelere yaklaşımının ne olduğu ve bu ilkeler bakımından verdiği kararların ortak yanların ne olduğu sorularına yanıtlar aranmış ve Anayasa Mahkemesi'nin bu ilkeler

bakımından verdiği kararlar tek tek ve ayrıca bir bütün halinde incelenerek bu sorulara cevap verilmeye çalışılmıştır.

Tezimizde ilk bölümde anayasa ve anayasanın üstünlüğü kavramları açıklandıktan sonra maddi ceza hukukun temel ilkeleri belirlenmeye çalışılmış ve her bir ilke ile ilgili açıklamalar yapılmıştır. Tezimizin asıl konusunu oluşturan kısım olan ikinci bölümde ise suç ve cezada kanunilik ilkesi ve ölçülülük ilkesine ilişkin kararlar ayrı ayrı ele alınmıştır. İkinci bölümde öncelikle suç ve cezada kanunilik ilkesi incelenmiş, ilkenin tarihsel gelişimi ile Türk Hukukundaki yeri hakkında bilgi verilmiş ve bu ilkeye ilişkin genel açıklamalar yapılmıştır. Daha sonra bu ilkenin alt ilkeleri olarak tabir edebileceğimiz *“belirlilik ilkesi”*, *“idarenin düzenleyici işlemlerle suç ve ceza koyma yasağı”*, *“örf ve adet hukuku ile suç ve ceza koyma yasağı”*, *“kıyas yasağı”* ve *“ceza kanunlarının geriye yürümezliği ilkesi”* ilkeleri ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Bu incelemelerde her bir ilke yönünden öncelikle ilkenin ne olduğunu ortaya koyabilmek için açıklamalar yapılmış ve bu açıklamalardan sonra inceleme konusu ilke yönünden Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararlar, büyük oranda tarihsel sıralama ile ele alınmıştır. Kararlar genellikle tek tek incelenmiştir. İncelememiz sırasında öncelikle kararın tarihi, esas ve karar numarası verilmiş ve itiraz konusu kuralın ilgili kısmı belirtilmiş, ardından başvurucunun anayasaya aykırılık gerekçesinin inceleme konusu ilke bakımından önem arz eden kısmının özeti ile Anayasa Mahkemesi’nin kararındaki gerekçelerin konumuzla ilgili gördüğümüz kısımların özetlerine yer verilmiştir. Daha sonra ilgili karara yönelik kendi değerlendirmemiz yer almaktadır. Netice olarak her ilkeye ait karar incelemeleri bittiğinde, bu ilkeye yönelik olarak verilen bütün kararlar birlikte değerlendirilerek Anayasa Mahkemesi’nin maddi ceza hukukuna ilişkin kararlarında bu ilkeye nasıl yaklaştığına dair genel değerlendirmeler yapılmıştır. Tezin ikinci bölümünde suç ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin kısımdan sonra ölçülülük ilkesi ile ilgili olan kısma geçilmiştir. Bu kısımda ölçülülük ilkesi ve tarihsel gelişimi hakkında bilgiler verilmiş, Türk Hukukundaki dayanaklarından söz edilmiştir. Daha sonra ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olarak tabir edebileceğimiz *“elverişlilik ilkesi”*, *“gereklilik ilkesi”* ve *“orantılılık ilkesi”* ilkeleri ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Bu incelemelerde her bir ilke yönünden öncelikle ilkenin ne olduğunu ortaya koyabilmek için açıklamalar

yapılmış ve bu açıklamalardan sonra ele alınan ilke yönünden Anayasa Mahkemesi kararları suç ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin kararlarda olduğu gibi incelenmiştir. Netice olarak her ilkeye ait karar incelemeleri bittiğinde, bu ilkeye yönelik olarak verilen bütün kararlar birlikte değerlendirilerek Anayasa Mahkemesi'nin maddi ceza hukukuna ilişkin kararlarda bu ilkeye nasıl yaklaştığına dair genel değerlendirmeler yapılmıştır.

Kararları tarihsel sıralama ile ele almamızdaki amaç Anayasa Mahkemesi'nin tarihsel süreç içerisinde bu ilkeye yaklaşımının nasıl ortaya çıktığı ve nasıl değişimler geçirdiğini daha iyi izleyebilme düşüncesidir. Tezin bütününde bu yöntemle büyük oranda sadık kalınmakla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin benzer konularda veya aynı konuda verdiği farklı tarihli kararlarını birlikte değerlendirmenin daha doğru olacağı, kararların analizinin bu şekilde daha iyi yapılacağı kanaati ile bu yöntemi uygulamadığımız ve birlikte incelediğimiz kararlarda vardır. Bu kararlar ayrıca belirtilmiştir.

Bunların yanında Anayasa Mahkemesi'nin inceleme konusu kararlarına ilişkin olarak doktrinde yer alan değerlendirmelere ve bazı kararlara konu kurallara ilişkin doktrinde yer alan Anayasaya aykırılık değerlendirmelerine, ilgili kararların yer aldığı kısımlarda dipnot olarak yer verilmiştir. Ayrıca incelememizde başvuru mahkemelerin başvuru gerekçelerine de yer verilmesinin sebebi ise somut olayla karşılaşan başvuru mahkemenin, olaya uygulayacağı itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin gerekçelerinin, itiraz konusu kural üzerinde yapılacak incelemede önem arz etmesidir. Zira başvuru mahkeme itiraz konusu kuralı somut olaya uygulamaktan imtina etmiş ve buna ilişkin vicdani kanaatini ve hukuksal dayanaklarını başvuru kararında belirtmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin verdiği birçok kararda itiraz yoluna başvuran mahkemenin öne sürdüğü gerekçeler hakkında bir karar vermediği görülmekte ve itirazın bir bakıma eksik olarak incelendiği izlenimi oluşmaktadır.

Çalışmamızda yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi'nin maddi ceza hukukuna ilişkin norm denetimi kararlarda suç ve cezada kanunilik ilkesi ile ölçülülük ilkelerine yaklaşımını ortaya çıkarmaya çalıştık.

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASANIN ÜSTÜNLÜĞÜ VE ANAYASADA YER ALAN MADDİ CEZA HUKUKU İLKELERİ

I- ANAYASA VE ANAYASANIN ÜSTÜNLÜĞÜ

Anayasa hukuku, yasama, yürütme, yargı gibi devletin temel organlarının kuruluşunu, işleyişini ve bu organlar arasındaki karşılıklı ilişkileri ve devlet karşısında vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen hukuk kurallarını inceleyen bir hukuk bilimi dalıdır.¹ Anayasa ise, normlar hiyerarşisinde en üst basamakta bulunan ve dolayısıyla kanunlardan daha zor bir şekilde değiştirilen hukuk kurallarının bütünüdür.² Anayasalar bir toplumun ana kuruluşu ile ilgilidir. İnsan hak ve hürriyetlerinin tanınması ve güvence altına alınması, devletin ve siyasi iktidarın statüsünün belirlenmesi anayasaların konusudur.³ Anayasalar sahip oldukları bu özellikler sebebiyle, içerisinde yer aldıkları hukuk sistemlerinde maddi ve şekli bakımdan diğer kanunların ve hukuk kurallarının üstünde yer almaktadırlar. Bazı istisnaları görülse de genellikle anayasalar, taşıdıkları önem dolayısıyla, daha katı şartlar ile diğer hukuk kurallarından farklı usul ve işlemlere tabi tutularak değiştirilebilmektedirler.

Normlar hiyerarşisi, bir hukuk düzenindeki normların birbirine geçerlilik ilişkisi ile bağlı olduğunu anlatır. Ulusal pozitif hukukun en üst normu anayasadır. Kanunların normlar hiyerarşisinde Anayasanın altında yer alması, kanunların hukuka uygunluğunun sağlanması bakımından Anayasaya uygun olmalarını gerekli kılmaktadır. Bununla birlikte anayasanın temel hukuk kurallarını oluşturması ve normlar hiyerarşisinde anayasanın altında yer alan hukuk kurallarının anayasaya uygun olmak zorunda olması, buna aykırılık halinde bu hususun denetlenmesi gerekliliğini doğurmaktadır. Anayasa uygunluk denetimi, yapıldığı zamana göre önleyici ve düzeltici denetim olarak ikiye

¹ GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 3. Baskı, Bursa, Ağustos 2012, s.22

² GÖZLER Kemal, age, s.51

³ ATAR Yavuz, Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukukî Sonuçları (Anayasa m.11), **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1989; Cilt 2, Sayı 2, s.181

ayrılabilir. Önleyici denetim bir kanunun yürürlüğe girmesinden önce, düzeltici denetim ise kanunun yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleştirilen denetimdir.⁴

Türkiye tarihine bakıldığında 1921 Anayasası hariç diğer anayasalarımızda anayasanın üstünlüğünün kabul edildiği görülmektedir. 1876 Kanun-u Esasi'nin 115. maddesinde *“Kanunu Esasinin bir maddesi bile hiçbir sebep ve bahane ile tatil veya icradan iskat edilemez.”* hükmü ile anayasanın üstünlüğü kabul edilmiştir. 1921 Anayasasında kanunların anayasaya uygunluğu konusunda hiçbir hüküm yer almamıştır.⁵ 1924 Anayasasının 103. maddesinde *“Teşkilâtı Esasiye Kanununun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile ihmal veya tatil olunamaz”* hükmü yer almıştır. 1961 Anayasası'nın, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı başlığını taşıyan 8. maddesi *“Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.”* hükmünü içermektedir. Yine 1982 Anayasasının, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü başlığını taşıyan 11. maddesinde bu husus şu şekilde düzenlenmiştir: *“Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.”*

Ülkemizde anayasaya uygunluk denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesi ülkemizde 1961 Anayasası ile kurulmuştur ve günümüzde de varlığını sürdürmektedir. 1961 Anayasasına kadar olan dönemdeki anayasalarda, kanunların anayasaya uygunluğunun mahkemelerce denetlenip denetlenemeyeceği hakkında herhangi bir hüküm yoktu.⁶ Anayasa Mahkemesi'nin kurulduğu dönemden beri var olan ve günümüzde de devam eden görevlerinden birisi, norm denetimi yapmak ve kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin (2017 yılı Anayasa değişikliği öncesinde kanun hükmünde kararnamelerin) ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetlemektir. Anayasa Mahkemesi ayrıca 2010 yılı anayasa değişiklikleriyle bireysel başvuruları da karara bağlamaktadır.

⁴ ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 19. Basım, Ankara 2019, s.364

⁵ ÖZBUDUN Ergun, age, s.366

⁶ ÖZBUDUN Ergun, age, s.367

1982 Anayasasının 153'üncü maddesine göre Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar kesindir. Yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Bu sayede, anayasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirmek amaçlanmaktadır.

II- MADDİ CEZA HUKUKU ALANINA HAKİM İLKELER

A- GİRİŞ

Anayasamızda suç ve cezalara ilişkin genel esaslar Anayasanın 38. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasamızın 2., 10., 13. ve 17. maddeleri başta olmak üzere birçok maddesi maddi ceza hukukunu ilgilendiren hükümler içermektedir. Maddi ceza hukukuna ilişkin bir düzenleme veya değerlendirme yapılırken, sadece Anayasanın 38. maddesi ve yukarıda belirtilen maddelerle sınırlı olarak değil, Anayasanın bütününe göz önüne alarak değerlendirme yapmak, sözüne ve özüne uygun hareket etmek gerekmektedir. Maddi ceza hukukunun düzenlediği her alan bireylerin hak, menfaat ve özgürlüklerine müdahale etmektedir. Anayasa Mahkemesi, birçok kararında temel hak ve özgürlüklere ilişkin değerlendirmenin düzenlendiği madde özelinde değil de hakkın kendi doğal sınırları ve Anayasanın diğer maddeleri ile bir bütün halinde yapılması gerektiğini vurgulamaktadır.

Anayasamızın 38. maddesi incelendiğinde maddi ceza hukukuna ilişkin olarak:

- i- Suç ve cezada kanunilik ilkesi
- ii- Güvenlik tedbirlerinde kanunilik ilkesi
- iii- Ceza ve dava zamanaşımında kanunilik ilkesi
- iv- Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ve dolaylı olarak kusur ilkesi
- v- Sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı özgürlüğün kısıtlanamayacağı ilkesi
- vi- Genel müsadere ve ölüm cezasının verilemeyeceği

İlkelerinin düzenlendiği görülmektedir. Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi, 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (orantılılık ilkesi) ve 17. maddede düzenlenen insan onuru ile bağdaşmayan ceza verme yasağı (hümanizm ilkesi) da maddi ceza hukukuna ilişkin önemli düzenlemelerdir. Bunlarla birlikte yukarıda açıklandığı üzere, maddi ceza hukukuna ilişkin bir düzenleme veya değerlendirme yapılırken, sadece yukarıda belirtilen maddelerle sınırlı olarak değil, Anayasanın bütününe göz önüne alarak, sözüne ve özüne uygun hareket etmek ve ceza hukukunun genel ilkelerine uygun değerlendirme yapmak gerekmektedir.

B- SUÇ POLİTİKASI KAVRAMI

Maddi ceza hukukuna hakim ilkelere geçmeden önce bu ilkelerin zaman içerisinde meydana çıkmasını sağlayan ve günümüzde bu ilkelerin kabul görür hale gelmesinde etkili olan bir kavram olan suç politikasına değinmek gerekmektedir. Ceza hukuku, kültürel ve siyasal değişimlerden, toplumların örflerinden, adetlerinden, tarihlerinden ve gelecekteki beklentilerinden, teknolojik gelişmelerden, kısacası insanda ve toplumsal yaşamda etkili olmuş etkenlerden ve bunlar üzerinde meydana gelen yeniliklerden en çok etkilenen hukuk dallarından biridir. İşte bu noktada suç politikası barış esasına dayalı toplumsal düzenin devamı için hukuka aykırı fiillerin hangilerinin suç olarak tanımlanması gerektiğinin belirlenmesinde izlenen yolu göstermektedir. Hukuka aykırı herhangi bir fiile suç niteliğini kazandıran koşullar da izlenen suç siyaseti ile belirlenmektedir.⁷ Suç politikası, suçun sebeplerinin, devletin suçla mücadelede bir araç olarak kullandığı önleyici tedbirler ile ceza ve güvenlik tedbirlerinin suçlu ve toplum üzerindeki etkilerinin bilimsel metotlarla incelenmesini ifade eder.⁸ Suç politikası, suçun nedenleri üstünde durur, ceza hukukunda uygulanan yaptırımların etkinliklerini araştırır, hukuku ihlal eden davranışların etkili biçimde önlenmesi için kanun koyucunun ceza hukukunun kapsamını nereye kadar genişletebileceğini düşünür ve suç olayını en iyi belirleyen yasal unsurların neler olabileceğini inceler.⁹ Kriminolojik incelemeler yapılarak suç sebepleri anlaşıldıktan sonra bunlarla savaşmak

⁷ ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Eylül 2016, s.42

⁸ LİSZT, Franz von, 'den aktaran ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Haziran 2013, s.6

⁹ İÇEL Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yenilenmiş 5. Bası, Kasım 2018, İstanbul, s.87

için bir takım vasıta, tedbir ve usullere başvurmak gerekir. Bu konuda takip olunacak yollar, vasıta ve tedbirler suç siyaseti ile belirlenir.¹⁰ Buna göre, toplumun kültürü ve uygarlık seviyesi, sosyal ve ekonomik yaşantısı ile bunlarda ortaya çıkan yenilikler gereği, hangi eylemlerin suç olacağı, bu suça uygulanacak yaptırımın ne olacağı, bunlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmanın hangi kurallara bağlı olarak yapılacağı konularının suç politikası ile ilgili olduğu ve bu konuda kanun koyucunun Anayasadaki temel esaslar ve ceza hukukunun temel ilkeleri ile bağlı olmak kaydıyla takdir yetkisine sahip olduğu ifade edilmektedir.¹¹

C- MADDİ CEZA HUKUKUNA HAKİM OLAN İLKELERİN TESPİTİ

Maddi ceza hukukuna hakim olan evrensel ilkeler, tarihi neredeyse insanlık tarihi kadar eski olan ceza hukukunun tarihsel süreçte kat ettiği yolda, insanlığın medeniyet alanında gösterdiği gelişmelere paralel olarak ortaya koyduğu ilerlemelerle ortaya çıkmış ve kabul edilir hale gelmiştir. Bir fiilin suç olarak tanımlanmasında, cezasının belirlenmesinde, günümüz suç siyasetinin kabul ettiği ana ilkeler, hukuk

¹⁰ TANER M. Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Basım, İstanbul, 1953, s.6

¹¹ Anayasa Mahkemesi'nin **28.11.2013 Tarihli 2013/76 Esas-2013/144 Karar** sayılı Kararı: "Ceza hukuku, toplumların kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla yakından ilgilidir. Devlet, tercih ettiği ceza siyasetine uygun olarak suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunabilir. Bu bağlamda kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağını belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucu, belirlenen suç politikası gereğince kanuna aykırı eğitim kurumu açma ve işletme eylemlerini belli bir yaptırıma bağlayıp bağlamamak veya yaptırım uygulanacaksa bu yaptırımın cezai veya idari nitelikte olup olmamasına karar verme yetkisine sahiptir. Dava konusu kural ile çağdaş hukuki düzenleme ve uygulamaları dikkate alan kanun koyucu, bu konudaki takdir yetkisini kullanarak kanuna aykırı biçimde eğitim kurumu açma veya işletme eylemlerini suç olmaktan çıkarmıştır."

Anayasa Mahkemesi'nin **14.12.2016 Tarihli 2016/25 Esas-2016/186 Karar** sayılı kararı: "Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa'ya bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmayacağı, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır."

Anayasa Mahkemesi'nin **14.2.2018 Tarihli 2017/124 Esas-2018/9 Karar** sayılı kararı: "Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar; Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini göz önüne alan suç politikasına göre belirlenir. 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."

devleti ilkesi, eşitlik ilkesi, orantılılık ilkesi (ölçülülük) ve insancılık (hümanizm) ilkesi ile kusur ilkesidir.¹²

D- ANAYASAMIZDA YER ALAN MADDİ CEZA HUKUKU İLKELERİNE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

1- Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması

Bu ilkeler aşağıda kendi başlıkları altında detaylı bir şekilde ele alınacağı için bu ilkelere ayrıca bu başlık altında ayrıca değinmeyeceğiz.

2- Hukuk Devleti İlkesi

Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerini belirten Anayasanın ikinci maddesinde hukuk devleti ilkesi, cumhuriyetin niteliklerinden birisi olarak sayılmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) amacını düzenleyen birinci maddesinde ise hukuk devletini korumak ceza kanunun amaçlarından birisi olarak gösterilmiştir. Hukuk devleti en kısa tanımıyla, vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, Devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır. Hukuk dilinde “hukuk devleti” deyişi, devletin hukuk kuralları ile bağlı sayılmadığı “polis devleti” kavramının karşısı olarak kullanılmaktadır.¹³ Polis devleti, kamunun refah ve selametini sağlamak amacıyla her türlü önlemi almak konusunda yetkili olan, aynı amaç doğrultusunda bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunabilen, bunu gerçekleştirirken bireylere çeşitli külfetler yükleyebilen, ancak bunların tümünü yaparken herhangi bir hukuk kuralı ile bağlı olmayan devlet demektir.¹⁴ Hukuk devleti¹⁵ kavramından ise hukuki güven ortamı, devletin hukuka uyması, bunun için de

¹² ZAFER Hamide, age, s.44

¹³ ÖZBUDUN Ergun, age, s.124

¹⁴ GÜNDAY Metin'den aktaran YILDIZ Hayrettin, Hukuk Devletin Gelişim Sürecinde Mülk Devletin ve Polis Devletin Yeri, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15 Sayı 2, 2013

¹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 27.9.2006 tarihli 2004/63 Esas-2006/94 Karar sayılı kararı: “...Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, varlık nedenini bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendirmekte gören, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir. Yasa koyucu, Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerinde öngörüldüğü üzere Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri koruma yükümlü çerçevesinde temel hak ihlallerini yaptırım altına almak zorunda olduğu gibi, toplumsal ve siyasal yapıyı korumak amacıyla da bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlamak suretiyle suç yaratabilir. Yasa koyucu bu çerçevede suç

karar ve işlemlerin yargı denetimine tabi olması anlaşılır. Buradaki hukuk herhangi bir hukuk değildir; değerlere bağlı, insan haklarına dayalı demokratik ve liberal bir hukuktur. Bu nedenle hukuk devleti ve demokratik devlet birbirlerini tamamlayan ikizlerdir.¹⁶

Ceza hukuku mahiyeti itibariyle uygulamada insan haklarına ve özgürlüğüne müdahale etme yetkisi vermektedir. Bireylerin özgürlük alanına en derin müdahalelerde bulunan ceza hukukunun kötüye kullanılmasını önleyici engellerin yine hukuk düzeni tarafından konulması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.¹⁷ Bu sebeple hukuk devletinde, yasaların bu yetkiyi kullanma iznini verdiği kişilerinde belli bir çerçevede sınırlandırılması ve denetlenmesi bu yetkinin kötüye kullanılmasını engelleyecek mekanizmalara yer verilmesi, bu sayede de hukuki güvenliğin sağlanması gerekmektedir. Hukuk devleti ilkesinin maddi ceza hukukuna etkisi ceza hukukuna ilişkin normların içeriğiyle ilgilidir. Hukuk devleti ilkesi devletin yapma veya yapmama şeklindeki emirlerini ve bu emirler ihlal edildiğinde bu ihlale hangi hukuksal yaptırım sonuçlarının bağlanacağını belirlerken, hukuka ve anayasaya uygun olarak insan haklarını koruyucu, âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan bir devleti gerekli kılmaktadır. Hukuk devleti insan haklarını tanıyan, insan haklarını korumak için gerekli sistemi kuran devlet demektir. Dolayısıyla ceza hukuku kurallarının öncelikle insanın varlığını devam ettirmesi, kişiliğini geliştirmesi bakımından korunması zorunlu olan maddi, manevi ve ekonomik değerlerini korumayı hedeflemesi gerekmektedir.¹⁸

yaratırken koruma yükünün gerekleriyle bağlı olduğu gibi, yaratılan suçla kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırıldığı durumda 13. maddedeki kayıtlarla bağlıdır. Yaratılan suçlara uygulanacak ceza miktarı da Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ceza hukukunun ana ilkeleri ile ülkenin genel durumu, sosyal ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Bu nedenle Yasa koyucunun ceza politikasının, öncelikle Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri, 5. maddesinde de temel amaç ve görevleri belirtilen hukuk devleti ilkesine ve anılan maddelerde yer alan adalet ilkesine ve 38. maddedeki güvencelere uygun olması gerekir..."

Anayasa Mahkemesi'nin **1.11.2017 tarihli 2017/36 Esas-2017/147 Karar** sayılı kararı: "...Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir..."

¹⁶ TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 12. Bası Ekim 2012 İstanbul, s.104-105

¹⁷ İÇEL Kayıhan, age, s.91

¹⁸ KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Eylül 2016, Ankara, s.54

3- Kusur İlkesi ve Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği

Kusur ilkesi, Anayasamızda ya da ceza kanunumuzda açıkça düzenlenmiş bir ilke değildir. Bununla birlikte Anayasa da yer alan hukuk devleti ilkesi ile ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkelerinin içerisinde kusur ilkesini de barındırdığı söylenebilir. Kusursuz ceza olmaz ilkesi, ceza hukukunun temel prensiplerinden birisidir.¹⁹ Kusurluluk suçun mevcut olması için aranan maddi fiile neden olan iradenin ödevi aykırı davranışı olarak tanımlanabilir.²⁰ Kusur ilkesi failin işlemiş olduğu suçtan dolayı şahsen kınanabildiği hallerde cezalandırılmasını ifade eder. Kusur ilkesi böylece netice sorumluluğunu kaldırmış olmaktadır.

İlkeden çıkarılacak diğer sonuç ise cezanın kusurun derecesini aşamayacağı hususudur.²¹ Başka bir ifade ile, bir kişinin gerçekleştirmiş olduğu suç teşkil eden eylem dolayısı ile cezalandırılabilmesi için, bu eylemin gerçekleşmesi bakımından bir kusurunun olması gerekmektedir. Eğer kişi, gerçekleşen eylem bakımından herhangi bir ağırlıkta kusurlu bulunamıyorsa, bu kişi cezalandırılmaz. Ayrıca, bu kişiye verilecek ceza, suç teşkil eden eylemindeki kusuru ile orantılı bir ceza olmalıdır.²² Failin kusurlu

¹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 21/9/1966 tarihli 1966/14 Esas-1966/36 Karar sayılı kararı: "...Ceza sorumluluğunun şahsiliği Ceza Hukukunun temel kurallarındandır. Bu kural, bilim alanında "cezaların yalnız suç işleyenlerle ortakları hakkında uygulanması." başka bir deyimle "herkesin, ancak kendi eyleminden sorumlu tutulabileceği, suç işlemedikçe, ya da işlenmesine katılmadıkça kimseye ceza sorumluluğu yükletilemeyeceği." şeklinde tanımlanmaktadır. Bu kural, tam bir kesinlikle uygulanacak olursa, itiraz konusu hükmün Anayasa'ya aykırılığı öne sürülebilir. Lâkin sosyal düzen ve toplum yararı amacı ile genel kurala istisna teşkil eden hükümler konulması zorunluluğu meydana çıkmış ve bunun gerekli olduğu doktrinde de kabul edilmiştir. Kanunlarımızda yer almış bulunan bazı ceza hükümleri bu düşünceye göre düzenlenmiştir. (Örneğin T. C. Kanunu madde 60. 1918 sayılı kanun değişik madde 35/2. "kaçakçılık suçunu işlememiş veya buna katılmamış olan bir kimsenin suçta kullanılan aracının zorunluluğu gibi" 1918 sayılı kanun, madde 47.) Burada, bir kimsenin eyleminden dolayı diğer bir kimseye ceza sorumluluğu yükletiliyor gibi görülmekte ise de, gerçekte, sorumluluğun hukuki nedeni sorumlu tutulananın kendi kusuruna dayanmaktadır. Bu kusur, yükümlü olduğu dikkat ve itinaı göstererek yasak eylemin işlenmesine engel olmaktan doğmakta ve böylece sorumlu tutulan kimsenin davranışı ile meydana gelen sonuç arasında sebebiyet ilgisi de (İllet rabıtası) kurulmuş olmaktadır. Söz konusu hükme yöneltilen Anayasa'ya aykırılık itirazının da bu hukuki esas açısından incelenmesi gerekir. 6831 sayılı kanunun 27 nci maddesinin son fıkrasında "damgasız ve nakliyesiz orman mahsulleri kaçak sayılır." denilmekte, inceleme konusu hükmün de yer aldığı 108 inci maddenin dördüncü fıkrası ile kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılan araçların zorunluluğu emredilmektedir. Kanunu bilen veya "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" kuralı uyarınca bilindiği farz olunan kimse, aracının kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılmaması için gereken dikkat ve itinaı göstermekle yükümlüdür. Bu yükümü yerine getirmeyen araç sahibi yasak eylem işlendiği takdirde, kusurlu sayılmalı, aracın hizmette kullanılan adam eliyle çalıştırılması, yükümünü ortadan kaldırmayacağı için, kusurlu davranışın bir sonucu olan zorunlu cezası uygulanmalıdır. Ceza sorumluluğu, anılan hukuki esas uyarınca kaçak malların bilerek taşınması halinde söz konusu olabileceğinden, aracın çalınması, zor kullanılarak ele geçirilmesi, taşıyanın gerçek bir yanılmaya düşürülmesi gibi kusurun gerçekleşmediği hallerde zorunlu cezasının uygulanmayacağı tabiidir. İtiraz konusu hüküm, bu nedenlerle Anayasa'nın 33 üncü maddesinde belirtilen cezaların şahsiliği kuralına aykırı değildir..."

²⁰ HAFİZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Kısmen Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Eylül 2017, Ankara, s.244

²¹ KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.53

²² Bkz: ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:1, s.33

sayılarak kınanabilmesinin (cezalandırılabilmesinin) nedeni, failin hukuka uygun hareket edebilme olanağına sahip olduğu halde, hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olmasıdır. Hukuka aykırı olmayı seçme yeteneği olmayan kişi (örneğin tam akıl hastaları, birinci dönem çocuklar) kusurlu sayılıp cezalandırılmaz.²³

Kusurun esası failin daha önceki kusurlu ve kötü hayatı olmaz. Hayat kusuru kabul edilmez, aksine failin somut olayda kusurlu olması gerekir, buna da fiil kusuru adı verilir.²⁴ Yani failin kötü hayat tarzı, daha önceden işlemiş olduğu suçlar, toplumun kabul ettiği ahlaki değerlere aykırı davranışları, somut olayda suç teşkil eden eylem bakımından sorumluluk için kusurun konusunu oluşturmaz. Failin, bizzat suç teşkil eden eylem bakımından sorumluluğunu gerektiren bir kusurunun varlığı aranır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 20., 21., 22., 23., 25., 30., 31., 32., 40. ve 61. maddeleri, kusura ilişkin düzenlemeler içermektedir.

Kusur ilkesi ile bağlantılı olarak ceza sorumluluğunun bireyselliği kabul edilmiştir. Bu ilkeye 1982 Anayasasının 38/7. maddesinde “...*Ceza sorumluluğu şahsidir...*” şeklinde ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 20. maddesinde “*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.*” şeklinde açıkça yer verilmiştir. Suç teşkil eden eylem nedeniyle cezai sorumluluk, o eylemi gerçekleştiren kişi üzerinde doğar. Bu eylem sebebiyle, eylemin gerçekleşmesinde herhangi bir kusuru olmayan bir başkası cezalandırılmaz. Sadece fiili işleyen kişi o fiilden sorumlu tutulabilir. Herkes kendi fiilinden sorumludur.²⁵ Bir kişinin işlediği

²³ ZAFER Hamide, age, s.51

²⁴ JESCHECK’den aktaran HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Eylül 2017, s.36

²⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 11/2/1964 tarihli 1963/330 Esas-1964/15 Karar sayılı kararı: “...*Emniyet tedbirleri, bir suçun diğerlerini kovalamasını önlemek suretiyle toplumu tehlikeden korumak amacını güttüğüne göre, emniyet tedbirlerinin alınması için, evvelâ ortada bir suç ve suçlu bulunması, bunun sonucu olarak emniyet tedbirlerinde de (Kanunilik) ve (Şahsiliik) prensiplerinin gözönünde tutulması gerekir. Nasıl bir fiil, ancak kanunda suç sayıldığı ve faili, belli olduğu takdirde, ceza verilebilecekse emniyet tedbirinin uygulanması da aynı şartlara bağlıdır. Böylece emniyet tedbirinin uygulanabilmesi için yine ortada kanunun suç saydığı bir fiil bulunacak; bu fiilin faili belli olacak ve bu fail ruh hastası, küçük, farik ve mümeyyiz olmayan dilsiz, uyuşturucu madde kullanmakta veya sarhoşlukta alışkanlığı olan bir kimse ise kendisine ceza verilemeyecek bu fail, yeniden suç işlemesine engel bir emniyet tedbiri olarak ıslâh evine veya hastahaneye konacaktır. Öte yandan faile ceza verilmesi halinde de bu cezanın yeni bir suç işlemesini önleyecek derecede olup olmadığı ve bu kimsenin cezasını çektikten sonra yine toplum için tehlike teşkil edip etmeyeceği mahkemece takdir olunacak, böyle bir tehlike varsa onun hakkında da cezadan başka emniyet tedbiri uygulanacaktır. O halde suçların kanuniliği ve şahsiliği prensiplerinin, ceza uygulanmasında olduğu gibi, emniyet tedbirleri alınmasında da gözönünde bulundurulması gerektiğine şüphe edilemez... 3236 sayılı kanunla emniyet tedbirleri konulmasında hukuk kurallarına ve dolayısıyla Anayasa’ya aykırılık yoksa da; kanunun 1 inci ve 2 nci maddeleri, yer değiştirme tedbirinin suçlu veya ortakları hakkında değil, suçla bir ilgisi bulunmayan hısımlar hakkında uygulanmasını öngörmekle ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibini zedelediğinden Anayasa’nın 33 üncü maddesine aykırı bulunmaktadır...*”

fiilden dolayı, örneğin o kişinin aile bireyleri sorumlu tutulamaz. Kolektif ya da sosyal sorumluluk ceza hukukuna yabancıdır.²⁶ Bu ilke bir diğer sonucunu tüzel kişiler hakkında uygulanacak yaptırımlarda gösterir. TCK'nın 20/2. maddesinde *"Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır."* hükmü düzenlenmiştir. Buna göre, bir kişinin tüzel kişi adına suç işlemesi halinde, eylemi gerçekleştiren kişinin kendisi adına bir sorumluluğu doğacak ancak bu eylem sebebiyle tüzel kişi bakımından bir ceza yaptırımı uygulanmayacaktır. Bununla birlikte koşullarının oluşması halinde tüzel kişilere güvenlik tedbirlerini uygulamak mümkündür.

4- Sözleşmeden Doğan Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesinden Dolayı Özgürlüğün Kısıtlanamayacağı İlkesi

Anayasamızın 38. maddesinin 8. fıkrası *"Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz."*

Anayasa Mahkemesi'nin 19.9.1991 tarihli 1991/2 Esas-1991/30 Karar sayılı kararı: *"...Anayasa'nın 38. maddesinin altına fıkrasına göre, 'ceza sorumluluğu şahsidir.' Bu kural, ceza hukukunun temel ilkelerindendir. Evrensel nitelikli olan bu temel ilke, herkesin kendi eyleminden sorumlu olacağı, başka bir anlatımla başkalarının suç oluşturan eylemlerinden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağı biçiminde tanımlanabilir. Anayasa Mahkemesi de, 'cezaların kişiselliği' ilkesini bu biçimde anlamış ve pek çok kararında bunu yineleyip vurgulamıştır. Türk Ceza Yasası'nın 481. maddesinin yedinci fıkrasında hakaret suçunu işlediği iddia edilen kişinin ispat hakkını kullanması, ancak isnadı ispat edememesi durumunda kendisine Türk Ceza Yasası'nın 480. maddesi gereğince verilmesi gereken cezanın yansı kadar artırılarak ceza verileceği öngörülmüştür, itiraz konusu Türk Ceza Yasası'nın 481. maddesinin sekizinci fıkrasında ise, böyle durumlarda hakaret suçu yayın yoluyla işlenmiş ise-'mevkute sahibi, mevkute olmadığı takdirde naşiri hakkında' ayrıca ceza öngörülmüştür. Hakaret ettiği iddia olunan kişilerin anayasal bir hak olan 'ispat hakkını' kullanmaları ve isnadı kanıtlayamamaları durumunda mevkute sahibi veya yayınlatan ceza tehdidiyle karşı karşıya bırakılmaktadır. Hakaret suçunu işlediği iddia edilen kişinin eyleminden dolayı sorumlu tutulması söz konusu olmayan, ancak sanığın ispat hakkını kullanması yüzünden bu hakkın kullanılması ile hiçbir ilgisi bulunmayan mevkute sahibi veya yayınlatanın cezalandırılması suç ve cezanın kişiselliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenlerle mevkute sahibi veya yayınlatan kendi eylemlerinden değil, başkalarının eylemlerinden ceza sorumluluğu altına sokulmaktadır ki, bu biçimdeki bir düzenlemenin cezaların kişiselliği kuralım içeren Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı açıkça ortaya çıkmaktadır..."*

Anayasa Mahkemesi'nin 1.11.2017 tarihli 2017/36 Esas-2017/147 Karar sayılı kararı: *"...Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel kurallarındandır. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Diğer bir anlatımla bir kimsenin yalnızca kendi eyleminden sorumlu olmasıdır. Bu ilkeye göre asli ve ferî fiilden başka kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmaları mümkün değildir. Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrası ile ilgili gerekçede de "...fıkra, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu; yani fiilden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve 'kusura dayanan ceza sorumluluğu' ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuralıdır." denilmektedir... Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleri uyarınca kişilere ceza verilebilmesi için aranan koşullardan biri hukuka aykırı eylemin kanunda unsurlarıyla belirtilmiş olması, diğeri de bu eylemin o kişi tarafından kusurlu bir hareketle gerçekleştirilmiş olduğunun ortaya konması zorunluluğudur. Bu bağlamda Kanun'da açıkça belirtilmiş olmasa bile somut olayın özelliklerine göre kişiye atfedilecek bir kusur olmaksızın Kanun'da öngörülen sürelerin geçirilmesi hâlinde ruhsat iptali ya da ruhsat iptali yerine dava konusu kuralla öngörülen idari para cezasının uygulanmaması gerektiği açıktır..."*

²⁶ ZAFER Hamide, age, s.52

hükümünü düzenlemektedir.²⁷ Bu yasağın kapsamına yalnızca adli bir ceza olarak uygulanan hapis cezaları değil, hareket hürriyetini kısa veya uzun süreli sınırlayan bütün müeyyide veya tedbirler de dahildir.²⁸⁻²⁹ Anayasanın açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere, burada sözleşmeden doğan yükümlülükler için getirilen yasak, özgürlükten alıkoyan cezalara ilişkin olup, bunun dışında ceza kanunlarında yer alan diğer yaptırımların uygulanması bu yasak kapsamında değildir. Bunun yanında sözleşmeden doğan yükümlülüğün ne olacağı konusunda Anayasada herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bu bağlamda sözleşmenin konusunun para borcu olması yanında para borcu dışında, sözleşmeye konu olabilen herhangi bir borçta bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Anayasada kullanılmış olan ibare ‘yükümlülüğü yerine getirememek’ tir. Yerine getirememe, maddi durumun elverişsizliğinden kaynaklanır. Dolayısıyla, yükümlülüğü yerine getiremeyen borçlu, iyiniyetli olmalıdır. İmkân olduğu halde yükümlülüğün yerine getirilmediği durumlar, yasağın kapsamına girmez.³⁰ Buradan anlaşılması gereken, yükümlülüğünü yerine getiremeyen kişinin, en baştan bunun bilincinde olarak hareket etmemesi ya da daha sonra bilinçli olarak sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmeme yönünde iradesini ortaya koymuş olması gereğidir. Yasağın kapsamına giren husus ‘sözleşmeden doğan borcu yerine getirmemek değil, yerine getirememek’ tir.³¹ Bunun dışında, söz konusu yasak, sözleşmeden doğan yükümlülükler

²⁷ Bu hüküm, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’ne Ek Birinci Protokol’de Tanınmış Bulunan Haklardan ve Özgürlüklerden Başka Haklar ve Özgürlüklerden Başka Haklar ve Özgürlükler Taniyan 4 Numaralı Protokol’ün 1. maddesinde yer alan “Hiç kimse, yalnızca akdî ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.” Hükümüne paralel olarak düzenlenip Anayasamızda yer almıştır. FEYZİOĞLU Metin, “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması”, AİHS ve Anayasa m. 38 f .8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 2002, <http://www.feyzioglu.av.tr/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumlulukler-nedeniyle-hurriyetin-kisitlanmasi/> (Erişim Tarihi: 25.07.2020)

²⁸ GOMİEN/HARRIS/ZWAAK’dan aktaran FEYZİOĞLU Metin, agm

²⁹ “Sadece adli bir ceza olarak verilip uygulanan hapis cezalarını değil, hareket hürriyetini kısıtlayan bütün ceza ve tedbirleri kapsamı için, 4 No’lu Protokolün 1. maddesinin taslağındaki “hapis” (İngilizce: imprisonment) kelimesi, “özgürlükten yoksun bırakma” (İngilizce: deprivation of liberty) kalıbıyla değiştirilmiştir.”, FEYZİOĞLU Metin, agm, 6 numaralı dipnot.

³⁰ FEYZİOĞLU Metin, agm

³¹ Anayasa Mahkemesi 21.11.2002 tarihli 2001/408 Esas-2002/191 Karar sayılı kararında benzer karar vermiştir: “Buna göre, bir kişinin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirememesinden dolayı hürriyetinden yoksun bırakılamayacağı açıkça anlaşılmakla, başlangıçta yükümlülük altına girerken bu yükümlülüğün gereklerini yerine getirmeyeceğini bilen ve bunu isteyen kişilerin, söz konusu yasaktan yararlanmaları olanaksızdır...Yalnızca Anayasa’nın 38. maddesi kapsamında hürriyeti bağlayıcı ceza yasağı, sözleşmeden doğan borcun “yerine getirilememesi”ni gerektirmektedir. Oysa keşideci, çekin karşılıksız olmasını bilmesine rağmen çek keşide ettiğine göre, bu borcun yerine getirilemediğinden söz etmek de olanaksızdır...”

Anayasa Mahkemesi 31.3.2004 tarihli 2002/29 Esas-2004/43Karar sayılı kararında benzer yönde: “38. maddede geçen “yerine getirememe” sözcüğü bir kimsenin sözleşme karşındaki durumunu anlatmaktadır. Bu nedenle,

için geçerli olup, kanunun uygulanmasından, kanunda yer alan şartların yerine getirilmemesinden, mahkeme kararları sonucu doğmuş olan yükümlülükler gibi kaynağı sözleşme olmayan yükümlülükler bu yasak kapsamında değildir.

5- Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi 1982 Anayasasının 10. maddesinde “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.... Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*” ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasında “*Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Kişilerin sosyal yaşamına, yaşam kusuruna göre suç tiplerinin belirlenerek ceza hukukunun şekillendirilmesini de ifade eden fail ceza hukuku kavramı bugünkü ceza hukuku anlayışına yabancıdır. Ceza hukuku kuralları, eşit durumda olanlara karşı aynı şekilde uygulanmalıdır.³² Yani sırf anayasada veya ceza kanununda sayılan veya bunlara benzer nedenlere dayanılarak hiç kimse için ceza kanunun uygulanmasında herhangi bir farklılık getirilemez. Herkes kanun önünde eşittir. Genel anlamda eşitlik ilkesi, şekli hukuki eşitlik ve maddi hukuki eşitlik olarak iki anlamda yorumlanabilir. Şekli hukuki eşitlikten kastedilen, kanunların genel ve soyut nitelik taşıması, yani kapsadığı herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Maddi hukuki eşitlik, şekli eşitliğin ötesinde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit

sözleşmeden kaynaklanan bir borcu ödeyebilecek durumda olup da, ödemeyi reddeden kişiler bu madde hükmünden yararlanamaz. Nitekim, protokolün değişikliğe esas alınan 1. maddesi iradi olmayan ödeyememe durumuna ilişkindir. İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında değerlendirilebilmesi için ilişkinin yalnızca sözleşmeden doğması ve borcun yerine getirilememesi hali için hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüş olması gerekmektedir...Maddede suç olarak düzenlenen eylemler "yükümlülüğün yerine getirilememesi" durumu ile ilgili olmayıp, failin, suçun mağduru aleyhine hileli ve kötü niyete dayanan eylemler gerçekleştirmesi, kısaca, "yükümlülüğünü yerine getirmemesi" haline ilişkin bulunmaktadır."

³² ZAFER Hamide, age, s.47

davranma zorunluluğunu içermektedir.³³ Bununla birlikte, aynı eylemi gerçekleştiren kişilerin aynı kanun hükümlerine göre yargılanmaları bu ilkenin bir gereği olsa da aynı eylemi gerçekleştiren herkesin aynı ceza ile cezalandırılması eşitlik ilkesinin bir gereği değildir. Somut olayın özellikleri gereğince cezanın bireyselleştirilmesi bu ilkeye aykırılık taşımamaktadır. Ayrıca eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olan kişiler bakımından uygulama alanı bulur. Hukuksal durumları aynı olanların aynı, ayrı olanların ise ayrı kanunlara tabi tutulması eşitlik ilkesine aykırı değildir.³⁴ Farklı hukuki konumlarda olanlara farklı kurallar uygulanması tek başına bu ilkenin ihlali anlamına gelmez. Haklı nedenlerin varlığı halinde farklı uygulamalar yapılabilir. Ancak farklı durumlardakilere yapılan farklı uygulama, haklı nedenlerle yapılıyor olsa bile bu farklı durumdaki herkese aynı şekilde uygulanmalıdır.³⁵

6- İnsan Onuru ile Bağdaşmayan Ceza Verme Yasağı (İnsancılık İlkesi)

Anayasamızın 17. maddesinin 3. fıkrasında “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*” şeklinde insancılık ilkesi düzenlenmiştir. İnsancılık ilkesi, hareketi ile ceza hukuku alanına giren kişiye karşı gerek uygulanacak yaptırımın gerekse bu yaptırımın infaz biçiminin kişinin topluma tekrar kazandırılma amacını taşımasıdır.³⁶ İnsan haysiyeti ile bağdaşmayan, kişiye acı ve ızdırap çektirmeyi amaçlayan ceza uygulaması yapılamaz.³⁷ Bu bağlamda, ölüm cezası, hadım etme, taşlama, kırbaçlama, dövme, aç bırakma, işkence ve eziyet etme, linç etme gibi cezaların yanında insanı küçük düşüren, rezil eden cezaların uygulanması bu ilkeye aykırılık oluşturacaktır.³⁸

³³ ÖZBUDUN Ergun, age, s.155

³⁴ **AYMK, 24.11.1999 tarihli 1999/27 Esas-1999/42 Karar sayılı kararı:** “Buna göre, yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmeyecek ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılmayacaktır. Bu ilkeyle, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılması engellenmektedir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kimilerinin Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen nedenlerle değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.”

³⁵ ERDEM Jülide Gül, Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği, **Akademik Hassasiyetler**, Cilt:4 Sayı:8, Yıl: 2017 s.23

³⁶ ÖNDER Ayhan, age, Cilt:1, s.34

³⁷ ÖZGENÇ İzzet, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2016 s.672

³⁸ Anayasa Mahkemesi **4.2.2010 tarihli 2007/98 Esas-2010/33 Karar** sayılı kararında 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 5. Maddesinin 3. Fıkrasında yer alan “Kurul, başvuruya konu işlem veya eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin, etik davranış ilkelerine aykırı işlem

İnsancılık ilkesi, insan onuru ile bağdaşmayan ceza verilmesini yasaklarken aynı zamanda verilen cezaların infazının da insan onuru gözetilerek, insani bir şekilde gerçekleştirilmesini gerektirmektedir. Ceza hukukunun yaptırımları kişinin sosyalleştirilmesine hizmet etmelidir. Bu nedenle ceza hukuku yaptırımları insancıl olmalı, insan onurunu zedelememelidir. İnsan onurunu zedeleyen ceza ıslah edici,

veya eylemi olduğunu tespit etmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde, bu durumu Başbakanlık, Kurul kararı olarak Resmi Gazete aracılığıyla kamuoyuna duyurur. Ancak, Kurul kararlarının yargı tarafından iptali halinde Kurul, yargı kararını yerine getirir ve Resmi Gazetede yayımlar.” hükmünü insan haysiyetine aykırı olduğu gerekçesi ile iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin iptal gerekçesi şu şekildedir:

“... Etik Kurulun, etik ilkeye aykırı davranışın tespitine ilişkin karar verme ve inceleme ve araştırma sonucunu ilgililere ve Başbakanlığa yazılı olarak bildirme yetkisi kamuda etik kültürünün yerleşmesi ve kamu görevinin işleyişinde etkinliğin sağlanması için gerekli görülebilirse de bu yazılı bildirimin 5176 sayılı Yasa kapsamında kamu görevlilerinin kendileri ve bunların hiyerarşik üstlerine bildirilmesi ile yetinilmeyip, idari yargı denetimine açık olan bu eylemlerin yargısal kesinlik kazanmadan Resmi Gazete ile kamuoyuna duyurulması ilgilinin herkese teşhiri anlamına gelmekte; bu durum ise bütün temel hak ve özgürlükler için dokunulmaz ve her türlü değerler ölçütünün dışında kabul edilen insan onuru ile kişinin maddi ve manevi varlığının önemli ölçüde zedelenmesine yol açmaktadır. Öte yandan, Kamu Görevlileri Etik Kurulu kararının idari yargı tarafından iptal edilerek maddi olguların mevcut olmadığına tespiti halinde, Yasa gereği bu iptal kararının da Resmi Gazete’de yayımlanmasının, daha önceki yayım nedeniyle yazılı ve görsel medyaya haber teşkil edip farklı subjektif değerlendirmelere maruz kalarak onuru zedelenen ve toplum önünde teşhir edilen kişilerin, uğradıkları manevi zararlarını tümüyle gidermeyeceği de açıktır. Hukuk devletinin temel gereklerinden olan insan haklarının, demokratik toplum içinde nitelikli bir şekilde kullanılabilmesi sağlanırken, bu kullanımın sonucunda ortaya çıkacak düzensizliklerin olumsuz sonuçlarının kaldırılabilmesi belli bir dengenin kurulmasını gerektirir. Kamuda etik kültürünün yerleşmesi için etik ilkeye aykırılık kararları ile bunların denetimi sonucu idari yargı tarafından verilen iptal kararlarının Resmi Gazete’de yayımlanmasının suç niteliği taşımayan bir konuda kişinin teşhirine, dolayısıyla toplum içindeki konumunun, maddi ve manevi varlığının ağır bir şekilde etkilenmesine yol açması, kişi özgürlüğü ile kamu gücünün kullanılması arasındaki hassas dengenin özgürlük aleyhine bozulması demektir. Bu nedenle kural demokratik toplum düzeninin gereklerine ve adalet ilkelerine dolayısıyla hukuk devletine ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına aykırı bulunmaktadır.”

Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda verdiği diğer bir karar ise **25.11.2005 tarihli 2000/34 Esas-2005/91 Karar** sayılı karardır. Mahkeme bu kararda 4551 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun değişik 35’inci maddesini incelemiştir. İtiraza konu madde şu şekildedir: “Rütbenin geri alınması cezası 30 uncu maddede yazılı hallerde erbaşlar hakkında uygulanır. Bu husus mahkeme hükmünde belirtilmemiş olsa dahi, rütbenin geri alınması işlemi idarece re’sen uygulanır. Rütbenin geri alınması cezası, hükümlünün rütbesinin geri alınarak erliğe indirilmesi, askerî hizmetten doğan ve özel kanunda saklı tutulmayan bütün hakların kaybı sonuçlarını doğurur. Bu ceza, cezanın rütbesinin kıt’ası huzurunda sökülmesi suretiyle yerine getirilir.” Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesi şu şekildedir:

“Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz” denilerek, bireyi başkalarının ya da kendisinin gözünde küçük düşüren, insan haysiyetiyle bağdaşmayan veya onur kırıcı ceza ya da muameleye tabi tutulamayacağı öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, insan haysiyeti kavramı insanın ne durumda hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış, prangabentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda, örneğin, işlediği bir suç nedeniyle bireyin dayak, teşhir vb. bedensel ceza ya da muamelelere maruz bırakılması insan onuruyla bağdaşmaz. Keza, aleni infaz uygulaması, suçlunun ıslahını hedef alan modern ceza siyaseti anlayışı çerçevesinde demokratik hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmaz. Erbaşlar hakkında, bir kısım askerî suçlardan mahkûm olmaları halinde buna bağlı olarak rütbelerinin geri alınması cezası da verilmekte ve bu ceza, cezanın kıtası huzurunda rütbesinin sökülmesi suretiyle yerine getirilmektedir. Rütbenin geri alınması cezasının bu şekilde infaz edilmesi aynı zamanda cezanın teşhir edilmesi sonucunu da doğurmaktadır. Oysa, suçlunun teşhir edilmesi, modern ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmadığı gibi Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı yolundaki ilkeye de aykırı bulunmaktadır.”

Bunların dışında, Anayasa Mahkemesi birçok kararında eskiden Askeri Ceza Kanunu’nda yer alan “katıksız hapis cezası” yaptırımını insanlık ilkesine aykırı bulmamıştır. Bkz: **27/12/1965 tarihli 1963/57 Esas-1965/65 Karar Sayılı Karar, 27/12/1965 tarihli 1965/41 Esas-1965/66 Karar Sayılı Karar.**

yeniden sosyalleştirici olamaz.³⁹ İnsancılık ilkesinin, cezanın infazı sırasında da gözetilecek olması ve ilkenin failin topluma yeniden kazandırılması amacını gütmesi, cezanın infazı aşamasında bu amaçları gerçekleştirmeye elverişli cezaevi koşullarının sağlanmasını da zorunlu kılmaktadır. Cezasını çeken mahkûmun, topluma yeniden kazandırılmasını sağlayacak mesleki, sosyal ve kültürel eğitimlerin ceza evlerinde verilmesinin sağlanması ile hükümlü ve tutukluların ceza evlerinde barınma koşullarının iyileştirilmesi de bu ilkenin gereklerindendir.

7- Genel Müsadere ve Ölüm Cezasının Verilememesi

1982 Anayasasının 38. maddesinin 10. fıkrası “*Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.*” düzenlemesi ile genel müsadere cezası ve ölüm cezası verilmesini yasaklamıştır. Müsadere, bizatihi suç oluşturan eşya ile kanunda belirtildiği şekilde bir suçla ilgili olan eşya ve malvarlığının veya bunların karşılık değerlerinin ve varsa semerelerinin mahkeme kararı ile fail veya bazı hallerde üçüncü kişilerden alınarak devletin mülkiyetine geçirilmesini sonuçlayan bir ceza hukuku yaptırımı olarak tanımlanabilir.⁴⁰ Genel Müsadere ise, öğretide suçlunun taşınabilir ve taşınmaz bütün malvarlığı üzerindeki mülkiyetini ortadan kaldıran ve bunu devlete geçiren bir ceza olarak ifade edilmektedir.⁴¹

Genel müsadere hukuk devleti ilkesine ve ceza hukukunun temel ilkelerine aykırıdır. Genel müsaderenin cezaların şahsiliği ilkesi, cezaların orantılılığı ilkesi ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu görülmektedir.⁴² Gerçekten genel müsadere ile failin bütün mal varlığının devlete geçmesi söz konusu olmakta, bu cezanın kişilerin malvarlığının büyüklüğüne göre her fail açısından farklı etki yaratmaya açık olması sebebiyle eşitlik ilkesine, failin mal varlığı miras yolu ile mirasçılara geçeceği için fail ile birlikte ailesine de verilen bir ceza olduğu için cezaların şahsiliği ilkesine ve devlete geçirilen malvarlığının failin yaptığı eylem ile bir bağlantısının aranmaması bakımından da orantılılık ilkesine aykırı olduğu söylenebilir. Bunun dışında, 5237 sayılı TCK’nın

³⁹ ZAFER Hamide, age, s.49

⁴⁰ SOYGÜT ARSLAN Mualla Buket, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, s.10

⁴¹ DÖNMZER/ERMAN; TANER T.; EREM; EREM/DANIŞMAN/ARTUK; GÖKCEN; DÜLGER İ.’den aktaran SOYGÜT ARSLAN Mualla Buket, agdt, s.156

⁴² SOYGÜT ARSLAN Mualla Buket, agdt, s.157 vd.

54. ve 55. maddelerinde güvenlik tedbiri olarak düzenlenen müsadere kurallarına göre suçla bağlantılı olan eşyanın tamamen ve kısmen müsaderesine karar verilebilir. Ceza kanunumuzda eşya müsaderesi ve kazanç müsaderesi olmak üzere iki çeşit müsadere tipi yer almaktadır.

Ölüm cezası ise bireyin yaşam hakkına yönelmiş olan bir cezadır.⁴³ Ölüm cezası⁴⁴, kişinin gerçekleştirmiş olduğu suç teşkil eden eylemin yaptırımını olarak hayatına son verilmesi anlamına gelmektedir. Ölüm cezası, kişinin en önemli temel hakkı olan yaşam hakkını ortadan kaldırmaktadır. Bu ceza günümüzde Batı Avrupa Hukukunda artık mevcut değildir. Bu hukuk düzenlerinde, ölüm cezası çok eski çağlardan beri var olmasına rağmen, ölüm cezası verilmesinin ölüm cezası gerektiren suçların işlenmesini azaltmadığı ve dolayısıyla da caydırıcı olmadığı, adli hata yapıldığı zaman bu ceza bakımından telafisinin imkansız olduğu gibi gerekçelerle artık ölüm cezası kabul edilmemektedir.⁴⁵ Ölüm cezasının verilememesi düzenlemesi, Anayasamızın 38. maddesine 7.5.2004 tarihli ve 5179 sayılı kanunla eklenmesi ile istisnasız olarak kabul edilmiştir. Bu değişiklikten sonra ise kanunlarımızda yer alan çeşitli suçlar bakımından öngörülen ölüm cezaları 14.7.2004 tarihli ve 5218 sayılı kanunla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına dönüştürülmüştür.⁴⁶ Ölüm cezası verilmesi yasağı ayrıca Anayasa'nın 17. maddesinde işaret edilen cezaların insancıl olması ilkesi ile de çok yakından ilgilidir.

⁴³ KOCA Mahmut-ÜZÜLMEZ İlhan, age s.543

⁴⁴ Ölüm cezası hakkında bkz: EREM Faruk, DANIŞMAN Ahmet, ARTUK Mehmet Emin, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Tümüyle Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Haziran 1997, Ankara, s.703 vd.

⁴⁵ SOYASLAN DOĞAN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Ankara 2016, s.545

⁴⁶ ÖZGENÇ İzzet, age, s.675

İKİNCİ BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN SUÇ VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ İLE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ BAKIMINDAN VERDİĞİ KARARLAR VE BU KARARLARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

I- SUÇ VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

A- KAVRAM VE İLKENİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Bir fiilin suç sayılabilmesi için, bu fiilin kanunda açıkça belirlenmiş olması ve bu fiil karşılığında bir ceza bulunması lazımdır.⁴⁷ “Kanunsuz suç olmaz kuralı gereğince kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimse cezalandırılmayacağı gibi kanunun açıkça cezayı arttırıcı saymadığı bir nedenden dolayı da kimsenin cezası arttırılmaz. Kanunsuz ceza olmaz kuralı gereğince, hiç kimse o suç için kanunun koymadığı bir ceza ile veya o cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaz.”⁴⁸ Bu ilkeden genel anlamda çıkan sonuç şudur; kanun ile açıkça yasaklanmayan, yasaklansa bile cezası belirlenmeyen fiiller her ne kadar toplumsal veya evrensel ahlaka aykırı, toplum tarafından kabul görmeyen ve hatta infial uyandıran eylemler olsa dahi herhangi bir ceza yaptırımına maruz bırakılamaz. Bir fiil ahlak kurallarına aykırı olsa, hatta hakim tarafından içtimai düzeni bozabilecek bulunsa bile kanunda açıkça belirtilmediği için bu suçun faili hakim tarafından cezalandırılmaz.⁴⁹

Hâkim yasada yazılı olandan başka veya daha ağır bir cezaya hükmedemez. Şayet ceza yasaları suç ve cezayla ilgili bir hüküm ihtiva etmiyorlarsa, hususi hukuk sahasında olduğu gibi, hukukun genel prensiplerine, örf ve âdet hukukuna ve kıyasa başvurulamaz.⁵⁰ Yani kanun tarafından yasaklanmayan her eylem ceza hukuku bakımından serbesttir. Bu ilke sayesinde insanlar davranışlarının sınırlarını bilebilir ve hangi davranışının ceza hukuku anlamında nasıl sonuçlar doğuracağını bildikleri için ona göre hareket ederler. Zira ancak bu suretle kişi, hareketlerini düzenlemek imkanını

⁴⁷ TANER M. Tahir, age, s.131

⁴⁸ EREM Faruk, DANIŞMAN Ahmet, ARTUK Mehmet Emin, age, s.93

⁴⁹ TANER M. Tahir, age, s.138

⁵⁰ ELBERT; SEELMANN, Kurt'dan aktaran ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner, age, s.94-95

bulabilir ve yine ancak bu şartla kişiyi işlemiş bulunduğu fiilden ötürü kusurlu saymak mümkün olabilir.⁵¹ Kanunilik ilkesi böylece birey ile toplumun yararını dengelemektedir.⁵² Başka bir anlamda bu ilke kişi özgürlüğünün güvencesini sağlamaktadır. Bu şekilde neyin yasak neyin serbest olduğu belirli olan toplumda toplumsal yaşam gelişir. Bir suçun nitelikli hallerinin belirlenmesi, ceza miktarını attırmak ya da indirmek, ceza türünü değiştirmek, zamanaşımı ve mahkumiyetin sonuçları da bu ilke kapsamında değerlendirilmektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, hukuk devleti ilkesinden doğan bir ilke olması ve hukuk devleti ilkesinin bir parçası olmasına rağmen taşıdığı önem nedeniyle günümüzde bağımsız ayrı bir ilke haline gelmiştir.

Suç ve cezada kanunilik ilkesi iktidarların ceza hukukunu kötüye kullanarak bireylerin özgürlük alanına müdahale etmesini önleme amacını da taşımaktadır. Bu ise suç ve cezaların tereddüde yer vermeyecek kadar açık ve belirli bir şekilde kanun ile belirlenmesiyle mümkün olmaktadır.

Hangi fiillerin suç teşkil ettiğini ve bu fiiller karşılığında uygulanacak yaptırımın türünün ve miktarının ne olacağını belirleme yetkisi ise Anayasamıza göre TBMM'ye aittir ve bu yetki devredilemez. TBMM ulusal iradeyi temsil eden anayasal organdır, bu nedenle kişilerin hak ve hürriyetleri ile maddi ve manevi varlıkları üzerinde önemli sonuçları olan suç ve cezaların TBMM tarafından belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerini koruyan önemli bir anayasal teminattır. TBMM suç ve cezaları ihdas ederken, suç ve cezaları tereddüde yer vermeyecek kadar açık ve belirli bir şekilde belirlemelidir. Suç toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarıdır. Böylece, ancak esasen haksızlık teşkil eden insan davranışları, kanunlarda suç olarak tanımlanabilir.⁵³ Toplumsal hayatın devam etmesi açısından bir ihlal oluşturmayan, mahiyeti itibarıyla herhangi bir hukuka aykırı yönü olmayan insan davranışları kanun koyucu tarafından suç olarak düzenlenmemelidir. Yasa koyucu kanunilik ilkesini dikkate alarak

⁵¹ TANER M. Tahir, age, s.134

⁵² DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.I, 14. Bası., İstanbul, 2016, s.20-21

⁵³ ÖZGENÇ İzzet, age s.107-108

düzenlemeler yaparken sadece biçimsel olarak kanunilik ilkesine aykırılık taşımaması adına düzenlemeler yapmakla yetinemez. Ayrıca bu bağlamda yaptığı düzenlemelerin insan haklarına aykırı olmayan, maddi ceza hukukunun temel ilkeleri olan eşitlik, insanilik, ölçülülük gibi ilkeleri dikkate alan bir hukuk devleti anlayışı içerisinde yapılan düzenlemeler olması gerekir. Bu ilke artık hukuk devleti olmanın temel koşullarından birisi olarak anılmaktadır.

Suç ve cezada kanunilik ilkesi, hukuk devleti ilkesini ceza hukukunda somutlaştıran bir prensip olup, bireyi devlete karşı koruma amacı güder.⁵⁴ Hukuk devleti, suçun işlenmesini önleyici fonksiyonları yerine getirmekle beraber her nasılsa suç işlendiği takdirde bu suç için cezalandırma yetkisini kullanırken kendisini suçun işlenmesinden önce belirlediği sınırlarda tutmalıdır. Bu şekilde kişiler zamanın koşullarına göre devletin keyfi olarak uyguladığı müdahalelere karşı koruma altına alınmış olurlar.

Eski çağlarda yaşan toplumlarda kanunilik ilkesi zaman içerisinde ortaya çıkarken, ilkenin kabul gördüğü zaman zarfı içerisinde bu ilkeye aykırı uygulamalar çokça görülmekteydi. Herhangi bir yasa tarafından suç olarak düzenlenmeyen, düzenlense bile cezası belli olmayan veya takdire dayalı olarak cezalandırılan eylemler mevcuttu. Bu konuda hakimlere geniş takdir yetkilerinin tanındığı dönemler, medeniyetler ve topluluklar mevcuttu. *“Suçun, kanunda suç olarak tanımlanmış bir fiil mi yoksa anti-sosyal bir fiil mi olduğu sorunu, adalet ve bireysel özgürlüklerin garanti altına alınması ve sosyal savunma istekleri arasındaki ikilemi oluşturmaktadır. Tarihsel süreçte, sosyal savunmaya önem veren kanunlarda, kanunda açıkça öngörülmemiş olsalar bile anti sosyal fiillerin suç sayılmaları ve bu tür fiillere amaca uygun cezaların uygulanması için “adsız suç” da denilen genel nitelikte suç kalıpları tarif edilmiştir.”*⁵⁵

Bu ilke kabul gördüğünde ise ilk başlarda katı bir şekilde uygulandı. *“Her suç için sabit cezalar konularak hâkime takdir hakkı tanınmadı. Diğer bir deyişle hâkim kanun hükümlerini büyük bir sadakatle uygulamaya memur bir makine haline getirildi. Ancak uygulama her suç için tek ve sabit bir cezaya hükmetmenin doğru bir yöntem olmadığını gösterdiğinden yasalara mütefavit cezalar sistemi (cezaların bir aşağı bir de yukarı sınır arasında gösterilmesi) konularak hâkime bu iki had arasında*

⁵⁴ İÇEL Kayıhan, DONAY Süheyl; KİNDHÄUSER Urs’dan aktaran KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.54-55

⁵⁵ ZAFER Hamide, age, s.57

cezaı tespit etme yetkisi tanındı”⁵⁶ İlk başlarda katı bir biçimde uygulanan suç ve cezada kanunilik ilkesinin zaman içerisinde daha yumuşak bir şekilde uygulandığı görülmektedir. Ceza hukukunun geldiği noktada cezanın bireyselleştirilmesi düşüncesinin ağır basmaya başlaması, suç teşkil eden eylemler bakımından ceza yaptırımının uygulanmasında hâkime önceden sınırları çizilse de bu sınırlar içerisinde takdir yetkisini kullanması imkanının verilmesi sonucunu doğurmuştur. Ayrıca teknik anlamda sınırlarının çizilmesi zor olan, yaşanan teknolojik ve toplumsal gelişmeler nedeniyle çok hızlı bir şekilde değişen, üretilen ve eklenen yeni suç unsurları ortaya çıkan, kanun koyucunun yasa çıkarma hızı göz önüne alındığında pratik bir sonuç doğurmayacağı öngörülen yani hızlıca müdahale edilmesi gereken bir takım suç tiplerinde cezaları kanun ile belirlenmek koşuluyla, kanunca çizilen çerçeve içerisinde yürütme organına bazı takdir yetkileri verildiği görülmektedir.

İlkenin yazılı hukuk metinlerinde ortaya çıkış sürecine bakacak olursak

*“1776 tarihli Amerikan Anayasalarından Maryland Anayasasının 15’inci maddesi “ilk defa” kanunilik prensibinin neticelerinden olan ceza yasalarının geçmişe yürütmesi yasağına yer vermiştir. Kanunilik ilkesine, Avrupa yasaları arasında ilk defa Avusturya İmparatoru II. Joseph’in hazırlattığı 1787 tarihli Avusturya Ceza Kanunu (Josephina) yer vermiştir. 1789 Fransız İhtilali’nin hemen sonrasında yayınlanan ve Amerikan Anayasalarından da etkilenen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin 8’inci maddesinde ifade edilen ilke daha sonra 3 Eylül 1791 ve 24 Haziran 1793 Fransız Anayasalarında, 1810 Fransız Ceza Kanunu’nun 4’üncü maddesinde ve hukuk devleti düşüncesinin galip gelmesi ile diğer ülkelerin ceza yasaları ve Anayasalarında yer almıştır. Kural Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 10 Aralık 1948’te kabul ettiği İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 11’inci maddesinin 2’inci bendinde ve 4 Kasım 1950 Tarihli İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Devletleri arasında imzalanan sözleşmenin 7’inci maddesinin 1’inci bendinde de bulunmaktadır.”*⁵⁷

Suç ve cezada kanunilik ilkesinin ortaya çıkması ve yazılı olarak hukuk metinlerinde kabul edilmesi süresince düşünürlerin sunduğu katkı da önemlidir.

B- KANUNİLİK İLKESİNİN FELSEFİ VE TOPLUMSAL TEMELLERİ

Bir fiilin suç olarak kabul edilmesi neticesi itibarıyla kişi özgürlüğüne müdahale edilmesi sonucunu doğurur. Çağdaş toplumsal anlayışta özgürlüğün değerine atfedilen

⁵⁶ LEON’dan aktaran ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, age, s.95

⁵⁷ ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner, age, s.96

önem neticesinde özgürlüğün ancak zorunlu hallerde sınırlandırılabilmesi ve hangi hallerin bu kapsamda değerlendirilebileceğinin toplumu temsil eden kanun koyucu tarafından takdir edilmesi gerekmektedir.⁵⁸ Yaptığı veya yapmayı düşündüğü hareketlerin neticesini önceden öngöremeyen kişi, fiilde bulunma özgürlüğünden mahrum edilmiş olur. Çünkü gerçekleştireceği eylemin neticesinin ne olacağını önceden bilemeyen kişi belirsizliğe kapılabilir ve cezalandırılma endişesiyle fiilde bulunmak yerine hareketsiz kalmayı tercih edebilir. Suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanmaması halinde ceza adaletinin keyfiyete ve rastlantılara terkedilmesi sonucu doğar. Böyle bir hal ise kişinin hak ve özgürlüklerinin tehlikeye düşmesine belki de tamamen ortadan kalkmasına yol açabilir.⁵⁹ Böyle bir durum kişiye göre suç ve cezanın uygulanmasıyla ve eşitlik, hakkaniyet gibi ceza hukukuna hakim ilkelerin zedelenmesi ile neticelenebilir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kabul edilmesinin sebeplerinden bir diğeri ise toplumsal gelişmeye katkı sağlayıcı olması, eğitici ve önleyici yanlarının bulunmasıdır. Toplumsal gelişme bireyin her türlü yetisini serbestçe geliştirebilmesi, yeteneklerini kullanabilmesi ile mümkündür.⁶⁰ Yukarıda değindiğimiz gibi, bu ilkenin kabul edilmemesi halinde yaşanacak belirsizlikler kişileri hareketsiz kalmaya itebilir. Hareketsiz kalmayı tercih eden kişiler kendilerini geliştiremez, yeteneklerini, fikir veya girişimlerini ortaya koyamaz. Bu ise toplumsal gelişme için engel olabilir. Kanunilik ilkesinin kaldırılması bir yana kanunlarda çok fazla takdir hakkına yer verilmesi dahi toplumsal hayattaki iş, ticaret ve insanlar arasındaki diğer ilişkileri etkileyici belki de durdurucu etki yaratabilir. Ayrıca kanun ile suç ve cezaların düzenlenmesi, toplumdaki kişiler bakımından hangi eylemlerinin ne tür sonuçlar doğuracağının önceden bilinmesini sağlaması sebebiyle eğitici ve suç ve cezaların genel önleme etkisi sebebiyle de önleyici bir etki yapar.⁶¹ Yani kişiler suç ve cezaları öğrenirler ve aynı zamanda neticesini öngörmeleri sebebiyle suç teşkil eden fiilleri yapmaktan çekinirler.

⁵⁸ DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, age, s.21-22

⁵⁹ VABRES Donmedieu de'den aktaran DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, age, s.22

⁶⁰ DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, age, s.22

⁶¹ DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, age, s.22

C- TÜRK CEZA HUKUKUNDA KANUNİLİK İLKESİ

İslamiyet'in kabul edilmesinden sonra uygulanmaya başlanan İslam Hukukunda birtakım suçları ve bunların cezalarını içeren had suçlarının kanunilik ilkesinin önemli bir örneği olduğu söylenebilir. Had suçlarında, suç ve cezaların kaynağı Kuran'ı Kerim olduğundan ve bunlar Allah'ın emir ve iradesi olduğundan değiştirilemez ve şartları oluşmuş ise mutlak suretle uygulanır nitelikte idiler. Had suçları dışında kalan ve toplumsal yaşama zarar veren eylemlerin bir kısmı da zamanla iktidar sahibi olan hükümdarlarca toplumsal ihtiyaçlar neticesinde, kanunnameler vasıtasıyla suç olarak belirlenip bunların karşılığı cezalar belirlenmiştir. Bu kanunnamelerin de suç ve cezada kanunilik ilkesinden izler taşıdığı söylenebilir. Had suçları ve kanunnameler ile düzenlenen suçlar dışında kalan ve taziren cezalandırılan suçlar denilen suçlar ise suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılıklar taşımaktaydı. Bu tip suçlarda somut olayın özelliğine göre tazir hakkına dayalı olarak takdire dayalı cezalar verilmiştir.

Kanunilik ilkesinin, Türk Hukukunda, Batı Hukukuna oranla daha yeni bir geçmişi olduğunu söyleyebiliriz.⁶²

*“Cezalarda kanunilik ilkesinden açık olmamakla beraber söz edilen ilk metin Gülhane Hattı Hümayunudur. Gerçekten 1839 yılında çıkarılan Hat'ta mahkemeler karar vermeden kimsenin cezalandırılmayacağı, herkesin mal varlığı haklarına sahip olduğu açıklanmış ve yine aynı Hat'ta bu hükümlerin hangi sığata veya rütbeye sahip olurlarsa olsunlar, hatır ve gönüle bakılmadan herkes hakkında eşit olarak uygulanacağı belirlenmiştir. Ancak ne bu Hat'ın ne de 1840 ve 1851 tarihli ceza kanunlarının suçta kanunilik ilkesini kurabildiği söylenemez.”*⁶³

Türk hukukunda ilk kez 9 Ağustos 1858 tarihli Ceza Kanunnamei Hümayununun 1. maddesi ile suçta kanunilik ve aynı kanunun 2., 3., 4., ve 5. maddeleriyle de cezada kanunilik ilkesinin kabul edildiği söylenebilir.⁶⁴

1876 Anayasasının 10. maddesinde ise bu ilkeye daha açık bir şekilde yer verilmiştir. Bu madde şu şekildedir: *“Hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan masundur.*

⁶² İÇEL Kayıhan, age, s.104

⁶³ DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, age, s.36

⁶⁴ Ceza Kanunnamei Hümayununun 1. maddesi “belirlenmesi ve uygulanması şeriata uygun olarak yöneticiye ait olan tazir cezalarının belirlenmesi konusunu iş bu kanunname üzerine almakta ve kapsamaktadır.” Hükmünü içermektedir. Detaylı bilgi için bkz. DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, age, s.37

*Hiç kimse kanunun tâyin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile mücazat olunamaz.”*⁶⁵

1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu’nda suçta kanunilik ilkesini açıkça belirten bir hüküm yoktur. Ancak bu kanunun 68. maddesinin 3. fıkrasında “*doğal haklardan olan özgürlüğün herkes için sınırı, başkalarının özgürlüğünün sınırındır. Bu sınır ancak kanun yolu ile saptanır ve belirlenir.*” denilmiştir.⁶⁶ Her ne kadar ilgili maddenin lafzı yorumundan özgürlüğün sınırının kanunla belirleneceği anlamı çıksa da suçların ve bunlara uygulanan yaptırımların da kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin olmaması sebebiyle söz konusu kanun maddesinin suçta kanunilik ifadesine ilişkin bir düzenleme olduğu söylenebilir.

1961 Anayasasına gelindiğinde ise, Anayasanın 33. maddesinde “*Cezaların Kanuni ve Şahsî Olması; Zorlama Yasağı*” madde başlığı altında açıkça bu ilkeye yer verilmiştir. 1961 Anayasasının 33. maddesinin konuyla ilgili kısmı şu şekildedir: “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilinden dolayı cezalandırılmaz. Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur. Kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*” Bu suretle, kanunilik ilkesi, ilk defa açık bir anayasa kuralı olarak mevzuatımızda yer almış bulunmaktadır.⁶⁷

1982 Anayasasına bakıldığında ise, Anayasanın 38. maddesinde “*Suçlar ve Cezalara İlişkin Esaslar*” madde başlığı altında bu ilkeye yer verilmiştir. 1982 Anayasasının 38. maddesinin konuyla ilgili kısmı şu şekildedir: “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.*”

⁶⁵<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1876-kânûn-i-esâsî/> (Erişim Tarihi: 25.07.2020) Günümüz Türkçesi ile: “Kişi özgürlüğü her türlü saldırıya karşı korunur. Hiç kimse kanunun belirlediği neden ve usul dışında bir gerekçe ile cezalandırılmaz.” Bkz. DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir age, s.36

⁶⁶ DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir age, s.36 (Günümüz Türkçesi 121. dipnot)

⁶⁷ DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, age, s. 37

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde bu ilke *“Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz.”* şeklinde düzenlenmiştir. Kanunun 2. maddesinde ise ceza kanunlarının geçmişe yürürlü olmayacağı kuralı yer almıştır. Maddenin ilgili kısmı şu şekildedir: *“İşlendiği zamanın kanununa göre cürüm veya kabahat sayılmayan fiilden dolayı kimseye ceza verilemez.”* Görüldüğü üzere 765 sayılı kanunda suçta kanunilik ilkesi, cezada kanunilik ilkesi ve ceza kanunlarının geçmişe yürüme yasağına açıkça yer verilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde anayasaya uygun olarak suçta ve cezada kanunilik ilkesi açıkça düzenlenmiştir. Madde başlığı *“suç ve cezalarda kanunilik ilkesi”* olan söz konusu madde şu şekildedir: *“(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.”* Bununla birlikte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinde “zaman bakımından uygulama” madde başlığı altında ceza kanunlarının geçmişe yürürlü olmayacağı kuralına da yer verilmiştir. Maddenin ilgili kısmı şu şekildedir: *“(1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz.”* Ayrıca 5237 sayılı TCK'nın 2. maddesinin 3. fıkrasında suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir yansıması olan kıyas yasağına yer verilmiştir. İlgili fıkra şu şekildedir: *“(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”*

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yukarıda değinilen maddeleri incelendiğinde, kanunun:

- i- Suçta kanunilik ilkesi
- ii- Cezada kanunilik ilkesi
- iii- Güvenlik tedbirlerinde kanunilik ilkesi

iv- İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilememesi

v- Ceza kanunlarının geçmişe uygulama yasağı

vi- Kıyas yasağı

konularını açıkça düzenlendiği görülmektedir.

D- SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNİN UNSURLARI

1- “Kanun” Kavramı

1982 Anayasasının 38. maddesinde ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinde suç ve cezaların belirlenmesinde “kanun” ifadesi kullanılmıştır. Buradaki kanun ifadesini nasıl yorumlamak gerektiği de açıklanması gereken bir husustur. Her iki maddede de yer alan “kanun” ifadesinden yazılı kurallar bütünü anlamak yanlış olacaktır.⁶⁸ 1982 Anayasasının 87’inci maddesi ile “kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak” yetki ve görevi Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne verilmiştir. Anayasa’da kanunların nasıl yapılacağı, nasıl kabul edileceği, nasıl yayımlanacağı gibi hususlar konusunda düzenlemeler olmakla birlikte kanunun tanımı yapılmamıştır.

Her konuda kanun yapılabilir. Bunun Anayasal sınırları olsa da ilk anda herhangi bir konunun kanunun düzenlenme alanı dışında kaldığının söylenmesi güçtür. Bu bakımdan kanunu ancak olumsuz bir ifade ile tanımlayabiliriz. Parlamento kararları dışındaki yasama işlemlerine kanun denir.⁶⁹

Kanunun ise maddi anlamda kanun mu yoksa şekli anlamda kanun mu olarak anlaşılması gerektiği de tartışılması gereken bir diğer konudur. Maddi anlamda kanun, kanunu yapan organın mahiyetine bakılmaksızın genel, soyut, sürekli ve kişisel olmayan düzenlemelerdir. Bu itibarla KHK, tüzük, yönetmelik hatta kararname adını verdiğimiz işlemler de genel, soyut, kişisel olmayan, sürekli kurallar koyabilirler ve bu nitelikleriyle bu işlemler de maddi anlamda yasama işlemidirler.⁷⁰ Şekli anlamda ise kanun, kanunu yapan organın hangi organ olduğuna bakılar tanımlanır. Buna göre

⁶⁸ BAYTAZ Abdullah Batuhan, **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemeleri Hukukunda Yorum**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2015, s.56

⁶⁹ GÖZLER Kemal, age, s.354

⁷⁰ TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, age, s.274

içeriği ne olursa olsun, işlem onu yapan organa göre belirlenir. Burada işlemin içeriğinin objektif ya da sübjektif olmasının hiçbir önemi yoktur.⁷¹

1982 Anayasasında ve 5237 sayılı kanunda düzenlenen kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkelerindeki kanun ifadesinin şekli anlamda kanun olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Çünkü maddi anlamda kanun olarak kabul edilmesi halinde KHK'lar, yönetmelikler ya da idarenin diğer düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılması sonucu doğabilecektir. Anayasamızın 7. maddesi “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*” hükmünü içermektedir. Yine Anayasamızın 87. maddesinde “*kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak*” görev ve yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu belirtilmiştir. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde, suç ve cezada kanunilik ilkesinin sağladığı güvence fonksiyonu da dikkate alındığında, burada bahsedilen “kanun” ifadesini şekli anlamda kanun olarak anlamak gerektiği sonucuna varılmalıdır.

Ayrıca, yukarıda ceza kanunlarının eşitlik ilkesi gözetilerek yapılması gerektiğinden söz etmiştik. Bu noktada suçun ve cezanın ancak kanun ile konulabileceği kural olarak kabul edilince bundan kanunun belirli kişiler için değil, kim hakkında uygulanacağı bilinmeksizin yapılmış olduğu sonucu çıkar. ‘Kanun önünde eşitlik’in anlamı da budur.⁷²

2- Kanunsuz Suç Olmaz İlkesi (Nullum crimen sine lege)

1982 Anayasasının 38. maddesinde “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz...*” 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrasında “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz.*” şeklinde ifade edilen ilke, işlendiği tarihte kanun tarafından suç olarak düzenlenmeyen bir fiil sebebiyle kimseye ceza verilemeyeceğini ifade etmektedir. Yani işlenmeden önce kanun tarafından açıkça suç olarak düzenlenmemiş olan bir fiil nedeniyle hiç kimse, bu fiil her ne kadar ahlaken kötü olsa, toplumsal düzeni bozsa ve hatta toplumda bir infial uyandırsa ve mutlaka cezalandırılması şeklinde bir gündem oluşsa dahi, cezalandırılamaz. Bu davranış, hukuk

⁷¹TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, age s.275

⁷² EREM Faruk, DANIŞMAN Ahmet, ARTUK Mehmet Emin, age, s.100

devleti ilkesi gereği olup, aksi bir davranışta bulunulması hukuk devleti ilkesinin ortadan kalkması anlamına gelmektedir.⁷³

Bir suç tanımı, yasağın konusu olan fiilin haksızlığını, pozitif olarak gerekçelendiren bütün unsurları ihtiva eder. Fiilin haksızlığını ortadan kaldıran negatif unsurlar genel hükümlerde ve özel hükümlerde yer alabilir.⁷⁴ Yani kanun tarafından suç tanımlanırken, maddi ve manevi tüm unsurlarının hiçbir belirsizlik yaratmayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, kanunda bir suç için artırım ya da indirim sebebi sayılan hallerde yine kanun ile düzenlenmelidir.

Bu ilke ile kişilere özgürlük alanlarının sınırları gösterilmiş olur. Yani kişi yapacağı hareketin sonucu hakkında kanun vasıtasıyla önceden bilgi sahibi olur. Bu şekilde de toplumsal düzende belirsizlikler yaşamadan, yapacağı hareketin sonucunun ne olacağı konusunda herhangi bir edişe duymadan hayatına devam edebilir. Bu ilke kişilerin keyfi uygulamalara maruz kalmasını önler.

3- Kanunsuz Ceza Olmaz İlkesi (Nulla poena sine lege)

1982 Anayasasının 38. maddesinde “...kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. ” 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrasında “Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. ” şeklinde ifade edilen ilke, kimseye, gerçekleştiği tarihte kanun tarafından suç olarak düzenlenmiş bir fiil sebebiyle, kanunda düzenlenen cezadan başka bir ceza verilemeyeceğini ifade etmektedir.⁷⁵ Bu ilke kanunsuz suç olmaz ilkesini tamamlayarak, bu ilkenin amacına uygun olarak uygulanmasını sağlar. Kanunsuz ceza olmaz ilkesi gereğince suç teşkil eden bir fiil karşılığında uygulanacak olan cezanın türü ve alt ile üst sınırı fiilin işlenmesinden önce kanun tarafından açıkça saptanmış olmalıdır. Böylece ceza da kanunilik ilkesi, bir kişinin işlemiş olduğu suç ile ilgili olarak kanunda öngörülmeyen

⁷³ KOCA, ÜZÜLMEZ’den aktaran BAYTAZ Abdullah Batuhan, agdt s.58

⁷⁴ KANGAL Zeynel T. “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, **CHD** Aralık 2011, Sayı 17, s.67

⁷⁵ TANER M. Tahir, age, s.135 vd.

bir cezaya mahkûm edilmesini engellediği gibi kanunda öngörülen tür ve oran olarak daha ağır bir cezaya da mahkûm edilmesini engellemektedir.⁷⁶

Bu noktada kanunda suç teşkil eden bir fiil için cezanın alt ve üst sınırları gösterilerek düzenleme yapılabilir. Bu hal kanunsuz ceza olmaz ilkesine aykırılık taşımamaktadır. Burada aynı fiili işleyen kişilerin farklı cezalar alması söz konusu olacak ise de bu cezanın bireyselleştirilmesinin bir sonucu olup, kanun koyucu tarafından bu sınırlar içerisinde cezalandırılabileceği düzenlenmiş olduğundan, bu durumun kanunsuz ceza olmaz ilkesine bir aykırılık taşımadığı söylenebilir.

4- Kabahatler Açısından Kanunilik

Suçta kanunilik prensibinin uygulama alanı, kural olarak ceza hukuku anlamında suç teşkil eden haksızlıklar ile sınırlıdır. Ancak kabahatler bakımından da ceza hukukundaki katılıkta olmasa da kanunilik ilkesinin geçerli olduğu söylenebilir. 5326 Sayılı Kabahatler Kanununun “*kanunilik ilkesi*” başlığını taşıyan 4. Maddesinde “(1) *Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. (2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.*” bu ilke düzenlenmiştir. Buna göre hangi fiillerin kabahat oluşturduğu kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de kanunda belirtilen kapsam ve koşullar içerisinde kalmak kaydıyla kabahat oluşturulabilir. Bununla birlikte, bir kabahat karşılığında uygulanacak olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı ancak kanunla belirlenebilir.⁷⁷ Görüldüğü gibi ceza hukukunda olan mutlak suretle suçun ve cezanın kanunla belirlenmesi ilkesi, kabahatler bakımından aynı sertlikte uygulanmamakta, idareye belirli bir çerçeve içerisinde kalmak kaydıyla kabahat oluşturacak eylemleri belirleme yetkisi verilmektedir.

⁷⁶ KANGAL Zeynel T., agm, s.68

⁷⁷ KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.57

II- SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNİN SONUÇLARI

A- BELİRLİLİK İLKESİ

Kanunilik ilkesinin en önemli sonuçlarından birisi olan belirlilik ilkesi, kişilerin fiillerinin sonuçlarını öngörebilmesini sağlar. Böylece kişi, yaptığı bir fiilin neticesi bakımından herhangi bir belirsiz durum ile karşılaşmaz ve böylece fiillerini yönlendirme özgürlüğünü hiçbir duraksamaya kalmadan kullanabilir. Ayrıca suçu nitelikli hale getiren unsurlar bakımından da belirlilik ilkesi geçerlidir. Başka bir deyişle;

“Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biriside belirliliktir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir.”⁷⁸

Belirlilik ilkesi kanunda açık şekilde öngörülmemiş olan durumlarda cezalandırma olanağını ortadan kaldırarak yargıcın keyfilikliğini önlemek için kanunun belirginliğini garanti altına alır.⁷⁹

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrasında “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz.*” düzenlemesi içerisinde yer alan “*açıkça*” sözcüğü, belirlilik ilkesinin kanunda yer aldığını göstermektedir.

Belirlilik ilkesinin, suçun manevi unsuru bakımından da geçerli olduğunu aynı zamanda suç için öngörülen yaptırımında bu ilke kapsamında değerlendirildiğini belirtmek gerekir. Bir kanunda suçun alt ve üst sınırları belirlendikten sonra bu iki sınır arasında hâkime somut olayın özelliklerine göre takdir yetkisini kullanma yetkisi vermenin belirlilik ilkesi açısından herhangi bir mahsuru yoktur. Ancak bazı hallerde yaptırımın alt ve üst sınırının açık bir şekilde madde metninde yer alması yeterli

⁷⁸ HAKERİ Hakan, age, s.16-17

⁷⁹ TOROSLU Nevzat, TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara, Ekim 2016, 23. Baskı, s.57

olmamakta, ayrıca yaptırımın alt ve üst sınırları arasındaki farkın makul bir seviyede, oranda olması aranmaktadır.⁸⁰ Zira, suça ilişkin yaptırımın alt ve üst sınırlarının arasındaki farkın yüksek olması, hâkimin takdir yetkisinin genişliği sonucunu doğuracak ve dolayısıyla kanunilik ilkesinin sağlamaya çalıştığı hukuki güvenliği zedeleyecektir.⁸¹

Belirlilik ilkesi, ceza kanunlarının kaleme alınış, ceza normlarının formüle edilmiş tekniği ile ilgilidir. Bu ilke ceza kanunlarının bireye güvence sağlama işlevinin bir gereğidir. Belirlilik ilkesi kanun koyucunun cezasını ve sınırlarını belirlediği bir suçun somut davranış şekillerinin belirlenmesinin idari makamlara bırakılmasını da engeller.⁸² Kanunla cezası belirlenmiş olsa, hangi şartlar altında, hangi konularda yapılabileceği konusunda kanunda bir çerçeve belirlense ve bu koşullar altında idareye suç yaratma yetkisi verilse dahi, bu suçların kanun tarafından belirlendiği anlamına gelmeyeceği için, kanunla verilen yetkiye dayanarak bu şekilde suç meydana getirmek kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Bir fiilin açık bir şekilde suç oluşturup oluşturmadığını anlamak için yapılacak olan şey kanuna bakmaktır. Kanuna bakıldığında ise kanunun hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, neyin yasaklandığını ve suç teşkil ettiğini, suç teşkil eden eylem neticesinde hangi yaptırımların uygulanacağını belirtmesi gerekir. Belirlilik ilkesi suç tipleri ve bunlar hakkında öngörülen cezanın kapsamı yönünden de geçerlidir.⁸³ Kanun düzenlenirken ne anlama geldiği anlaşılamayan, çok geniş anlamlar ifade eden, farklı anlamlara gelebilen kelimelerin kullanılmaması gerekir. Bir fiil kanunda belirtilen fiile benzetmekle birlikte tam olarak belirtilen koşullara uymuyorsa, kıyas yasağı gereği o fiil suç teşkil etmiyor demektir. Buradan da anlaşılabileceği üzere, kıyas yasağı ile belirlilik ilkesi arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. TCK'nın 2. maddesi, kişilere davranışlarının yönünü açıkça belirlemeye izin veren ve onların özgürlük alanını devletin önceden

⁸⁰ Bkz: ÖNDER Ayhan, age, s.31

⁸¹ BAYTAZ Abdullah Batuhan, agdt, s.86

⁸² ZAFER Hamide, age, s.66

⁸³ KREY'den aktaran KOCA Mahmut-ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.58

kestirilemeyen müdahalelerine karşı güvence altına alan normların yasal olarak tespitini istemektedir.⁸⁴

1-Belirlilik İlkesi Bakımından Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi **29.01.1964 tarihli 1963/193 Esas 1964/9 Karar** sayılı kararında o zaman yürürlükte bulunan 1 /3/1926 gün ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 312’nci maddesinde yer alan: ...c) *Cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik etmek.*” düzenlemesinin Anayasaya aykırı olup olmadığını incelemiştir.

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından “*maddede suç unsurlarının seçik ve ayrık olarak belirtilmediğini, keyfi uygulamaya yer verecek ve bilimsel araştırmaları engelleyecek nitelikte bulunduğu*” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

765 sayılı TCK’nın 312’inci maddesinin 1. fıkrasının c bendinde, cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik etmek, fiili suç teşkil eden fiil olarak tanımlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, 1963/193 Esas 1964/9 Karar sayılı kararında “*Anayasada böyle bir fiilin suç sayılmasını engelleyen bir hüküm olmaması, dava konusu maddede suç teşkil eden fiilin açık bir şekilde düzenlendiği, cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrike müsaade etmenin, vatandaşlar arasında huzur ve ahengin bozulmasını istemek olacağı ve böyle bir düşünceye hiçbir yönden yer verilemeyeceği, anayasa koyucunun cemiyetin muhtelif sınıflarını, umumun emniyeti için, tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik etmeyi değil; yurttan güven ve düzenin bozulmasına yer verilmemesi iradesinde olduğu*” sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin verdiği bu kararlar somut bir gerekçe üretmeden genel ifadeler kullanarak başvuruyu reddettiği görülmektedir. Dava dilekçesinde madde hükmünün belirlilik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüşken Anayasa Mahkemesi özetle böyle bir suçun düzenlenmesinin toplum yararına olduğu sebebiyle ret kararı vermiştir. Ayrıca suçun açık bir şekilde düzenlendiğini belirtmekle yetinilmiştir. Oysa ki burada özellikle “c) *Cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin*

⁸⁴ KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.59

ve adavete tahrik etmek.” fiilleri bakımından çok genel ifadelerin kullanıldığı, umurun emniyeti için tehlikeli tarzdan tam olarak ne anlaşılması gerektiği muğlaktır. Yine cemiyetin muhtelif sınıfları kavramından ne anlaşılması gerektiği bunun sınırının ne olduğu da belirsizdir. Bu her uygulayıcıya göre değişebilen, sübjektif yorumlara açık olan keyfi durumlar meydana getirebilir niteliktedir. Kaldı ki böyle bir suçun toplum güvenliğinin tesisi bakımından düzenlenmesi gerekiyor olsa dahi bunun sınırlarının daha net olarak, uygulayıcılar arasında fark yaratmayacak şekilde, düzenlenmesi de mümkündür.⁸⁵

Anayasa Mahkemesi **26/9/1965 tarihli 1963/173 Esas 1965/40** Karar sayılı kararında Türk Ceza Kanunu’nun 5844 sayılı kanunla değişik 141/1. ve 142/1. maddelerinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanunun 141/1’inci maddesi: *“Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmeğe veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmağa veya memleket içinde müesses iktisadî veya sosyal temel nizamlardan herhangi birini devirmeye matuf cemiyetleri her ne suret ve nam altında olursa olsun kurmaya tevessül edenler veya kuranlar veya bunların faaliyetlerini tanzim veya sevk ve idare edenler veya bu hususlarda yol gösterenler (...) cezalandırılır. / Bu kabil cemiyetlerin birkaçını veya hepsini sevk ve idare edenler hakkında (...) cezası hükmolunur.”* 142/2’inci maddesi ise: *“Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmek veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmak yahut memleket içinde müesses iktisadî veya sosyal temel nizamlardan herhangi birini devirmek veya devlet siyasî ve hukukî nizamlarını topyekûn yok etmek için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse (...) cezalandırılır.”* hükümlerini içermektedir.

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından, *“141. ve 142. maddelerin 1 numaralı bentlerinde yer alan deyimlerin anlam ve kapsamlarını belli etmenin kolay olmadığı, bunların suç olmayan eylemleri de suç saymayı mümkün kılan açıklıktan uzak ve şaşırtıcı nitelik taşıdığı, Hükümet Tasarısında var olan cebir unsurunun metinden çıkarılmasının, bu halleri daha da artırdığını ve bu bakımdan söz konusu bentlerin kanunsuz suç olmaz ilkesini zedelemekte olduğu”* gerekçeleri ile anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 1963/173 Esas 1965/40 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede ilk önce bu maddelerinin düzenlenme amaçlarını ve gerekçelerini, dava

⁸⁵ İlgili karar hakkında bir değerlendirme için bkz: DÖNMEZER Sulhi, Basın Hürriyetini Düzenleyen ve Sınırlayan Mevzuatın Değerlendirilmesi, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 32, Sayı 2-4, Yıl 1966, s.442 vd.

tarihine kadar olan tarihsel geçmişi ve önemi üzerinde durmuştur. Mahkeme çok uzun bir incelemeden sonra belirlilik bakımından da bir incelemede bulunmuş ve söz konusu kanunlar ile “*Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmek için dernek kurmanın ve propaganda yapmanın, memlekette anarşizmi gerçekleştirmek için propaganda yapmanın ve komünizme hazırlık amacı ile dernek kurmayı ve propaganda yapmanın suç olarak düzenlendiğini*”, dava konusu maddeler bakımından içerdikleri hükümlerin anlam bakımından açıklık taşımadığı iddiasının yerinde olmadığını belirtmiş ve “*bu eylemlerin doktrin açısından niteliklerini belli etmek güç olmadığı gibi, sınıf tahakkümünün ve komünizmin çeşitli memleketlerdeki uygulamaları yönünden teşhis edilmeleri de güç değildir. Niteliklerinin tâyin ve teşhisi mümkün olan bu eylemlerin suç oldukları kanun hükmü ile tesbit ve ilân edilmiş bulunduğuna göre de (kanunsuz suç olmaz) prensibinin bozulmuş olduğundan söz edilemez. Maddede cebir ve şiddetin suç unsuru olarak kabul edilmemiş olması da (Kanunsuz suç olmaz) ilkesine aykırılık oluşturmaz.*” sonucuna varmıştır.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi kararının verildiği dönem içerisinde birtakım haklı sebepler içerse de bu şekilde geniş manalara gelecek ifadeler içermesine rağmen, belirlilik ilkesine aykırı bulunmamasına katılmıyoruz. Çünkü gerçekten madde metninde geçen “*sosyal sınıflar*”, “*memleket içinde müesses iktisadî veya sosyal temel nizamlar*” gibi kavramlar çok geniş anlamlara gelebilecek nitelikte olmakla birlikte sübjektif ve keyfî uygulamalara da konu olabilecektir. Ceza hukukunun suç saydığı fiillerin, toplumsal düzenin tarihsel süreçte geçirdiği aşamalarda farklılıklar arz ettiğini ve koyulduğu dönemin izlerini taşıdığını yukarıda açıklamıştık. Bu düzenlemeleri de bu kapsamda değerlendirmek gerekse de kanun metninde yer alan sözcüklerin seçiminde ve madde düzenlenmesinde belirlilik ilkesine uymak mümkündür. Kanun metninin uygulamasında doktrinden ve karşılaştırmalı hukuktan faydalanılabileceğini belirtmek aslında bu ilke açısından yasama yetkisinin yargı organına kaymasına da bir dayanak olarak kullanılmış görünmektedir.

Anayasa Mahkemesi **12/10/1965 tarihli 1965/27 Esas 1965/55 Karar** sayılı kararında ise 765 sayılı TCK’nın 6123 sayılı kanunla değişik 240’ıncı maddesini incelemiştir. Söz konusu madde “*Kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun vazifesini suiistimal eden memur derecesine göre altı aydan üç seneye kadar hapsedilir. Cezayı tahfif edecek sebeplerin vücudu halinde üç aydan bir seneye kadar hapis ve her iki halde 200 liradan 1000 liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır ve her halde memuriyetten müebbeden veya muvakkaten mahrum edilir.*” şeklindedir.

İtiraz yoluna başvuran mahkemenin gerekçesi özetle: *“Kanunda yazılı hallerden başka” denilmekle yetinilerek, hangi fiilin suç sayıldığıının açıkça belirtilmemiş olmasının, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” prensibine aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.*

Anayasa Mahkemesi 1965/27 Esas 1965/55 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede bazı kanunlarda memurların yaptıkları fiillerle işleyebilecekleri suçların açıkça düzenlendiğini, bu kanunlar ile düzenlenmeyen ancak görevi kötüye kullanma kapsamında olan fiilleri işleyenlerin cezasız bırakılmaması amacıyla da genel olarak dava konusu görevi kötüye kullanma suçunun düzenlendiğini, *“ne gibi hallerin görevi kötüye kullanma olacağının açıkça belirtilmeyerek “her ne suretle olursa olsun” diye genel bir ifade kullanılmış olması sebebiyle hangi fiilin suç sayıldığıının belli olmaması gibi bir durum yaratıldığı yolunda bir iddiaya yer vermenin doğru olmayacağını”* söz konusu suçun maddi unsurunun görevin kötüye kullanılması olduğunu, kamu hizmetlerinin yürütülmesine dair mevzuatlarda her memurun görevinin, bu görevin gereklerinin ve nasıl yerine getirileceğinin düzenlendiğini ve hakimın önüne gelen her somut olayda bunun değerlendirmesini yapacağını, bu sebeplerle de suç unsurunun da belli olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi, ortada kanunsuz ve keyfi uygulamalara yol açabilecek bir durum olmadığını belirterek dava konusu kanunun Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa mahkemesinin verdiği bu kararda bizce belirlilik ilkesine aykırıdır. Yukarıda belirlilik ilkesi bakımından yaptığımız açıklamalarda, bir fiilin açık bir şekilde suç oluşturup oluşturmadığını anlamak için yapılacak olan şeyin kanuna bakmak olduğunu, kanuna bakıldığında ise kanunun hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, neyin yasaklandığını ve suç teşkil ettiğini, suç teşkil eden eylem neticesinde hangi yaptırımların uygulanacağını belirtmesi gerektiğini, kullanılan sözcüklerin açık, net, muğlak olmayan, başka anlamlara gelmeyen, yoruma çokça açık olmayan, duraksama yaratmayacak sözcükler olması gerektiğini belirtmiştik. Oysa ki bu kanunda *“Kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun vazifesini suiistimal eden memur”* cezalandırılmakta ve bir torba hüküm meydana getirilmiş olmaktadır. Yani ilgili kanunla cezalandırılmayan birçok fiilin bu kapsamda değerlendirilerek cezalandırılmasının yolu açılmış olmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre, kamu

hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin mevzuatta her bir memurluk hizmetinin gerekleri ve nitelikleri açıklanmış ve her somut olayda görevin suiistimal edilip edilmediğine hâkim karar verecek olsa da yine de belirlilik ilkesinin gerektirdiği ölçüde bir korumanın sağlandığını söylemek çok güçtür. “*Her ne suretle olursa olsun*” ifadesi belirlilik ilkesinin sağlamayı amaçladığı sınırlardan çok uzaktır. Belirlilik ilkesine göre kanunen belirlenen cezalarda alt ve üst sınır arasında çok büyük farkların olması bile ilkeye aykırılık teşkil ederken, bu kadar geniş bir ifade taşıyan, sübjektif ve keyfi uygulamalara yol açabilecek bu kanunun belirlilik ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi 7/6/1973 tarihli 1973/12 Esas 1973/24 karar sayılı kararında Türk Ceza Kanunu’nun 28/9/1971 günlü, 1490 sayılı Kanunla değiştirilmiş 526. maddesinin birinci fıkrasını incelemiştir. Söz konusu kanun maddesi şu şekildedir: “*Selâhiyetli makamlar tarafından adli muameleler dolayısıyla yahut âmmeye emniyeti veya amme intizamı veya umumi hıfzısıhha mülahazasıyla kanun ve nizamlara aykırı olmayarak verilen bir emre itaat etmeyen veya bu yolda alınmış bir tedbire riayet eylemeyen kimse, fiil ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde, bir aydan üç aya kadar hafif hapis veya ikiyüzelli liradan beşyüz liraya kadar hafif para cezasıyla cezalandırılır.*”

Anayasa Mahkemesi 1973/12 Esas 1973/24 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, belirlilik ilkesi yönünden, kanun maddesinde yer alan “(kamu güvenliği) “*amme intizamı*” (kamu düzeni) ve “*mülhaza*” gibi deyimler ve sözcüklerin itiraz yoluna başvuran mahkemenin kararında ileri sürüldüğü gibi kesinlik taşımayan yoruma muhtaç, kişilerin bakış açısına göre değişiklik gösteren sözcüklerden ibaret olmayıp tersine anlamları uygulamalarla belirmiş, hukuk ve Anayasa diline girmiş kavram olduğunu” iptali istenilen kanun maddesinde suçun unsurlarının açıkça yazılı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme yine burada suçun oluşması için “*emir veya tedbirin ya adli muamelelere ya kamu güvenliğine ya kamu düzenine yahut da genel sağlığa ilişkin bulunması ve ayrıca bu emir veya tedbirin kanunlara ve tüzüklere de aykırı bulunmaması gerekmektedir. Ancak bu öğeler var olduğu takdirde yetkili makamın emir veya tedbirine aykırı davranış bu hükme göre suç teşkil edecektir.*” şeklindeki tespiti ile dava konusu maddenin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararın belirlilik ilkesi bakımından hatalı olduğunu düşünüyoruz. Dava konusu kanun maddesinde geçen *kamu güvenliği ve kamu düzeni* kavramları, çok geniş manalara gelen ve gerçekten de suçun uygulama alanını çok geniş noktalara taşıyarak, önceden belirlenebilmesi zor bir nitelik kazandırabilecek

durumdadır. Ayrıca bu karara karşı yazılan karşı oyda da açıkça belirtildiği üzere⁸⁶ “*buyruk veya tedbirin kanun ve nizamla aykırı olmaması*” ifadesi de belirlilik ilkesine aykırı niteliktedir.⁸⁷ Bu sebeplerle dava konusu kanunun belirlilik ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz.⁸⁸

Anayasa Mahkemesi **7.6.1999 tarihli 1999/10 Esas 1999/22 Karar** sayılı kararında 213 sayılı Yasanın 4369 sayılı Yasayla değişik 359. maddesinin (a) bendinin 2 nolu alt bendinin son fıkrasında yer alan “*Hükmolunan hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde, hapis cezasının her bir günü için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için hüküm tarihinde yürürlükte bulunan asgari ücretin bir aylık brüt tutarının yarısı esas alınır ve hükmolunan bu para cezası ertelenemez.*” ibaresinin anayasaya aykırılığını incelemiştir.

Anayasa Mahkemesi suç ve cezalara ilişkin olarak yaptığı genel açıklamalardan sonra “*İtiraz konusu kural, para cezasının belirlenmesine ilişkin olduğundan bunun suç ve cezadaki yasallık ilkesi gereği objektiflik ve genellik esaslarına göre kesin ve açık bir biçimde düzenlenmesi gerekir. Ceza davalarında davanın sonuçlanma tarihi, davanın özelliğine ve yargılama sürecine bağlı olarak değişkendir. Dava konusu yasa kuralı, cezayı hüküm tarihindeki asgari ücrete bağlı kılmak suretiyle aynı tarihte işlenen suçlara farklı para cezasının verilmesine neden olabilecektir. İtiraz konusu sözcükler nedeniyle hakkında ne zaman hüküm verileceğini ve o tarihte asgari ücretin ne olacağını bilmesi olanaksız olan kişinin, ne kadar ceza alacağını bilmesi de mümkün değildir.*” demek suretiyle ilgili düzenlemeyi anayasaya aykırı bulmuştur.

Suç ve cezada kanunilik ilkesi, suçun yanında bu suç karşılığında verilecek olan cezanın da belirlilik ilkesine aykırı olmamasını gerektirmektedir. Ceza da kanunilik ilkesine göre, suç teşkil eden fiilin karşılığı olan cezanın açık, net, kesin olarak belirlenebilir şekilde kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Ancak dava konusu düzenlemeye bakıldığında ise verilen para cezasının, failin fiili işlediği tarihte değil de

⁸⁶ “*Yukarıda c işaretli bentte açıklanan (buyruk veya tedbirin kanun ve nizamla aykırı olmaması) koşulu bir ceza kuralında yeri olmayacak kadar esnek, ceza tehdidinin işleyeceği alanı sınırsız kılacak biçimde yorumlanmaya ve uygulanmaya elverişli bir ögedir.*”

⁸⁷ Anayasa Mahkemesi’nin bu bakış açısını temellendirmesinin çok zor olduğu ve Mahkemenin oldukça pozitivist bir yorumla kanun metinlerinin sanki hiç yoruma ihtiyaç duymayan metinler olduğunu işaret ettiği gerekçeleri ile bu karar eleştirilmiştir. bkz: GÜRPINAR Bulut, 1982 Anayasası’na Göre Milli Güvenlik Kavramı, **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2. Sayı, Aralık 2012 s.132

⁸⁸ İlgili kanun hükmünde ve bu çalışmamızda ele aldığımız diğer bazı kararlara konu olan kanun hükümlerinin suç ve cezada kanunilik ilkesine herhangi bir aykırılık taşımadığı, ilgili kanun maddelerinde suç oluşturan eylemin kanunun verdiği yetki ile idari makamların belirledikleri eylemler olduğu ve bu hali ile de suç teşkil eden eylemin kanunla belirlenmiş olduğu yönündeki aksi yöndeki görüş için bkz: GÖLCÜKLÜ Feyyaz, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 18, Sayı: 02, Yıl: 1963, s.122 vd.

yargılamanın nihayete erdiği günün şartlarına göre belirlendiği görülmektedir. Gerçekten de bu durum, her somut olayın yargılama süresine göre değişik cezalar doğurmaya ve failin fiili işlerken nasıl bir yaptırımla karşılaşacağını belirsiz hale getirmektedir. Bu sebeple de iptal kararının yerinde olduğunu düşünüyoruz.

Bununla birlikte idarenin işlemleri ile suç ve ceza ihdas etme yasağı kısmında bahsedeceğimiz bazı kararlar bu karar bakımından da önem arz etmektedir. Çünkü bu kararlara konu olan kanunlarda, suç için belirlenecek cezada o seneki asgari ücret baz alınmakta olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi bu kanunların anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi **18.6.2003 tarihli 2000/5 Esas 2003/65 Karar** sayılı kararında 7.1.1932 günlü, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'un 27. maddesinin 3217 sayılı Yasa ile eklenen dördüncü fıkrasını inceleme konusu yapmıştır. Söz konusu madde şu şekildedir: *"İkinci fıkranın uygulanmasını gerektiren durumlarda; mal veya eşyanın özel kanunlarla veya (...) ihracat rejimi kararlarıyla memlekete ithal veya ihracı yasaklanmamış olmakla birlikte gümrüklenmiş piyasa değerinin otuz milyon (Beşyüzaltmışbeşmilyon) lirayı geçmemesi ve tekele tabi maddelerden olmaması halinde, ikinci fıkradaki ağır hapis cezasına hükmedilmeyip sadece üçüncü fıkraya göre ağır para cezasına ve mal veya eşyanın müsaderesine karar verilir. Bu fıkradaki miktarı, Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından yayınlanan 'Toptan Eşya Fiyatları Yıllık İndeksi'ndeki artışlar oranında artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu kararlar Resmî Gazete'de yayımlanır".*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme "Anayasa'da yer alan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi uyarınca, ceza ve ceza yerine geçen tedbirlerin yasayla konulabileceğini, idarenin kişi özgürlüklerinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağını, ayrıca yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM'ne ait bulunduğunu, bu yetkinin devredilemeyeceği" gerekçeleri ile itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 7. ve 38. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi ise 2000/5 Esas 2003/65 Karar sayılı kararında yaptığı incelemesinde suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından genel bir açıklama⁸⁹ yaptıktan

⁸⁹ "Suç ve cezaların yasayla belirlenmesi, çağdaş ceza hukukunun temel ilkelerinden biridir. Günümüzde bu ilkeye uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de yer verilmektedir. İlkenin esası, kişilerin yasak eylemleri ve bunlar karşılığında verilecek cezaları önceden bilmelerini sağlamak düşüncesine dayanmaktadır. Suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılması da yeterli olmayıp kuralların kuşkuyla yer vermeyecek biçimde açık ve

sonra, kanun maddesinde yer alan miktarın altında kalan eşyaların kaçakçılık suçunun konusu olması halinde sadece para cezası verileceğini aksi durumda ise hapis cezasının söz konusu olduğunu tespit etmiş, itiraz konusu kanun maddesinde yer alan miktarı *'Toptan Eşya Fiyatları Yıllık İndeksindeki artışlar oranında artırma'* konusunda Bakanlar Kurula yetki verildiğini, ancak önemli olan hususun Bakanlar Kurulu'na verilen bu yetkinin ne zaman kullanılacağına belli olmaması olduğunu, söz konusu düzenleme ile *"Toptan Eşya Fiyatları Yıllık İndeksindeki artış oranına paralel olarak belli aralıklarla bu miktarı yükseltme zorunluluğu getirilmediğini ve bu sebeple de Bakanlar Kurulunun, istediği zaman artırma yetkisini kullanabileceğini ve böylece cezada belirsizliğe yol açılmış olacağını,* belirterek itiraz konusu kanun maddesinin anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

Gerçekten de burada Bakanlar Kuruluna tanınan bir yetki bulunmakla birlikte, bu yetkinin kullanılıp kullanılmayacağı hususu tamamen Bakanlar Kurulu'nun takdirine bırakılmıştır. Bu ise uygulanacak ceza yaptırım bakımından bir belirsizlik oluşturmakla, belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. İtiraz konusu kanun maddesi aynı zamanda idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza koyması yasağına da aykırılık taşımaktadır. İlgili kısımda bu hususa da değinilecektir.

Anayasa Mahkemesi **17.4.2008 tarihli 2005/5 Esas 2008/93 Karar** sayılı kararında 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesinin birinci fıkrasının *'... 500 000 TL. dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir'* bölümü üzerinde bir inceleme yapmıştır.

İtiraz yoluna başvuran mahkeme *"idarenin takdirine bırakılan alanının geniş olduğu, cezanın belirlenmesinde hiçbir ölçütün Yasa'da gösterilmediği, bunun uygulamada keyfiliğe neden olabileceği, alt ve üst sınırlar arasındaki idarenin sınırsız takdir yetkisinin keyfî olarak aynı nitelikli yapılara farklı cezaların verilmesine yol açabileceği"* gerekçeleri ile kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi 2005/5 Esas 2008/93 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede Anayasamızda hukuk devleti ilkesinin benimsendiğini, hukuk devletinin en önemli unsurlarından birisinin ise belirlilik ilkesi olduğunu belirterek bu ilke

sınırlarının da belli olması gerekir. Bu bağlamda cezanın yasallığı ilkesi, bir suça uygulanacak yaptırım türlerinin, ölçülerinin hangi sınırlar içinde uygulanacağını, nelerin hangi ölçüde hafifletici veya ağırlaştırıcı neden olacağını da yasa koyucu tarafından kurala bağlanmasını gerekli kılar."

bakımından açıklamalarda⁹⁰ bulunmuştur. Mahkeme daha sonra “Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. 'Öngörülebilirlik şartı' olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır.” demek suretiyle hukuk devletinde belirlilik ilkesi ile birlikte öngörülebilirliğin de sağlanması gerektiğine değinmiştir. Bu açıklamalardan sonra mahkeme itiraz konusu kanunda belirlenen cezanın alt sınır ile üst sınırı arasında 50 kat fark olduğunu, bu farkın çok geniş bir makas olduğunu, kanunda idarenin alt ve üst sınır arasında ceza miktarını takdirinde esas alacağı objektif ölçütlerin Yasa'da gösterilmediğini, idarelerin hangi ölçütleri esas alacaklarının açık, belirgin ve somut olarak Yasa'da yer almadığını ve yasa kuralının bu anlamda belirli ve öngörülebilir olmadığını, cezanın alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüz olduğunu tespit ederek anayasaya aykırı oluğuna ve iptaline karar vermiştir.

Belirlilik ilkesinin açıklandığı yukarıdaki kısımlarda, kanun maddesinde kullanılan sözcüklerin anlamlarının açık, net, belirsizlik içemeyen sözcükler olması gerektiğini, bununla birlikte ceza miktarının da duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirli olması gerektiğinden söz etmiştik. Cezanın alt ve üst sınırının olmasının bu ilkeye aykırı olmadığını ancak bu iki uç arasının makul bir oranda olması gerektiğini belirtmiştik. Gerçekten de itiraz konusu kanun maddesinde cezanın alt ve üst sınırı arasında 50 kat gibi çok aşırı fark bulunmaktadır. Ayrıca idarenin cezayı uygularken kıstas alacağı herhangi bir objektif unsurda belirtilmemiştir. Bu noktadan hareketle, aynı fiili işleyenlerin farklı yaptırımlara maruz kalabileceği ihtimalinin olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte idarenin işlenen fiilin ağırlığına göre bu sınırlar arasında hareket edeceği söylenecek olsa dahi bunun sınırı çizilmemiş olmakla birlikte aynı zamanda fiili işleyen kişi idarenin takdir yetkisini nasıl kullanacağını bilemeyeceği için, çok farklı yaptırımlara maruz kalabileceğini düşünebilecek ve bu manada da bir

⁹⁰ “Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadaki, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”

belirsizlik ve öngörülemezlik söz konusu olacaktır. Bu sebeplerle Mahkemenin kararına katılıyoruz.⁹¹

Anayasa Mahkemesi **26.2.2009 tarihli 2006/17 Esas 2009/33 Karar** sayılı kararında 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 10. ve 38. maddesine aykırılığını incelemiştir.

İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: *"Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

İtiraz yoluna başvuran mahkemeler belirlilik ilkesi bakımından özetle, *"itiraz konusu kuraldaki düzenlemeden suçun mağdurunun kim olduğu ile şikayet hakkının kime ait olduğu hususlarının açık biçimde anlaşılamadığı; fiilden önce rızası bulunan mağdurun sonradan şikayeti üzerine sanığın cezalandırılmasının öngörüldüğü, açıklanan rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceğinden bu durumun hukuka uygun olmadığı; şikayetin varlığı veya yokluğuna bağlı olarak sanığın cezalandırılmasının eşitsizliğe neden olduğu"* gerekçeleri ile anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2006/17 Esas 2009/33 Karar sayılı kararında belirlilik ilkesi bakımından yaptığı incelemede, Anayasamızda düzenlenen suç ve cezada kanunilik ilkesine değindikten sonra, suç ve cezada kanunilik ile geçmişe uygulama yasağı olarak ifade edilen ve hukuk devleti ilkesinin gerekleri arasında sayılan bu ilkeler yanında, kıyas yasağı ile belirlilik ilkesinin⁹² de bulunmakta olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bunla birlikte suç siyasetinin bir gereği olarak kanun koyucunun belirli sınırlar içerisinde suç ve cezalara ilişkin takdir yetkisinin olduğuna da değinmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu suçun düzenlenmesinin amacının, *"onbeş yaşını doldurmuş çocukların cinsel farkındalık dönemine girmekle birlikte henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak sorumluluk duygusuna sahip olmayabilecekleri düşüncesi ve çocukların cinsel dokunulmazlıklarını korumak"* olduğunu

⁹¹ İtiraz konusu kural ve Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı hakkında detaylı bir inceleme için bkz: YASİN Melikşah, İmar Kanunu'nun 42. Maddesi- Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı ve Yeni Düzenleme Hakkında Bir Değerlendirme-, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:16, Sayı:3-4, s.377-396

⁹² İlgili kararda Anayasa Mahkemesi belirlilik ilkesini şu şekilde ifade etmektedir: *"Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup kişinin, yasada hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir kesinlik içinde bilebilmesini ifade eder."*

belirtmiştir. Anayasa Mahkemesine göre sanığın cezalandırılması açısından mağdurla aynı yaş grubunda olup olmaması ile reşit olup olmaması arasında bir fark yoktur. Ayrıca eylem öncesi var olan rızanın da hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için *"rızanın, ilişkin bulunduğu konu üzerinde ve hukuken tanınan sınırlar kapsamında bir tasarrufa ilişkin olması gerektiği"* mahkeme tarafından ifade dilmektedir. İtiraz konusu kanun maddesinde ise suçun oluşabilmesi için eylem öncesinde bir rıza gerekmektedir, ancak kanunun bu düzenlemesinden ve Türk Medeni Kanunu'nun evlenme ve velayete ilişkin düzenlemelerinden anlaşılabileceği üzere kişinin bu konuda rızasının hukuka uygunluk nedeni sayılamayacağı mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, mağdurun kim olduğu ya da şikâyet hakkının kime ait olduğu konusunda da kanunda bir belirsizlik bulunmadığı, somut olayın özelliklerine göre yargı mercilerince bunun değerlendirileceğini ifade ettikten sonra ilgili düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığına ve başvurunun reddine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararın isabetli bir karar olduğunu düşünüyoruz. Gerçekten itiraza konu kanun maddesi incelendiğinde, *"cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi"* fail olarak kabul edilmektedir. Burada, failin cinsiyeti ve yaşı ile ilgili herhangi bir ayırım yapılmamıştır ve herhangi bir belirsizlikte bulunmamaktadır. Bunların, Türk Ceza Kanunu'nun genel prensiplerinin uygulanmasıyla her somut olayda mahkemelerin yapacakları değerlendirmeler ile belirlemesi mümkündür. Yoksa kanun maddesinde meydana gelebilecek tüm ihtimalleri önceden gözeterek, her yaş ve cinsiyet için ayrı ayrı hükümler belirlemek mümkün değildir. Kanun koyucunun suç ve ceza belirlemedeki takdir yetkisi içerisinde kabul ettiği bu durumun somut olayların çözülmesinde zorluklar yarattığı, ülkemiz gerçekleri göz önüne alındığında neredeyse her zaman failin erkek olarak kabul edildiği de diğer bir gerçek olsa da bu durum, kanun maddesinde belirsizlik olduğunu göstermemekle birlikte çözülmesi gereken ayrı bir sorundur. Ayrıca şikâyet hakkının kime ait olduğu konusunda bir tereddüt bulunmayıp şikâyete ilişkin genel hükümler bu suç açısından da geçerlidir. Bununla birlikte önceden var olan rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin bu suç tipi bakımından uygulanabilir olmadığı, bu sebeple de fail hakkında belirsizlik oluşmadığı konusundaki mahkemenin görüşleri de yerindedir. Hukuka uygunluk nedeni olan rızayı,

kişilerin ancak üzerinde tasarruf yetkisi olan şeyler üzerinde kullanabileceğinin kabulü gerekmektedir. Buradan yola çıkarak kanun koyucunun, bu konuda kişilerin rızasının olamayacağını, suç siyasetinin bir gereği olarak kabul ettiği görülmektedir. Bu sebeplerle Anayasa Mahkemesinin belirlilik ilkesi bakımından verdiği kararın doğru olduğu kanaatindeyiz.⁹³

Anayasa Mahkemesi **25.2.2010 tarihli 2008/55 Esas 2010/41 Karar** sayılı kararında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığını incelemiştir. Söz konusu kanun maddesi şu şekildedir: *“Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur.”*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme: *“Cinsel taciz suçunun hangi eylemleri suç olarak öngördüğü, hangi eylemlerin bu madde kapsamında değerlendirilerek faillerine ceza verileceği hususunda, gerek öğretide ve gerekse de mahkemeler ile Yargıtay uygulamalarında farklılıklar olduğu, cinsel taciz suçunun madde metninde değil, gerekçede tanımının yapıldığı, Resmî Gazete’de yayımlanmayan madde gerekçesinin öğreti ve uygulamada yargı mercilerini bağlayıcı olmadığına büyük oranda kabul edildiği, suçun maddi unsurunun hangi eylemleri içerdiğinin açıkça belirtilmediği ve tartışmalı olduğu”* hususlarını Anayasaya aykırılık iddiasına gerekçe yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi 2008/55 Esas 2010/41 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, cinsel taciz suçu ile korunan hukuki yararın kişinin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığı olduğunu, söz konusu madde gerekçesinde cinsel taciz deyiminin ne anlama geldiğinin açıklandığı belirttikten sonra *“İtiraz konusu kuralda hangi tür davranışların 'cinsel taciz' sayılacağı açıklanmamış ise de, 5237 sayılı TCK'nın 'Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar' başlıklı Altıncı Bölümünde yer alan 102. maddesinde cinsel saldırı, 103. maddesinde de çocukların cinsel istismarı düzenlenmiştir. Anılan maddeler ile birlikte 105. maddenin değerlendirilmesinden cinsel taciz suçunun, cinsel saldırı ve cinsel istismar boyutuna ulaşmayan, cinsel amaçlı rahatsız etme fiilleri olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca maddenin gerekçesi ve her olayın kendine özgü şartlarının mahkemece değerlendirileceği açık olduğundan itiraz konusu kuralın belirsizliğinden söz edilemez.”* demekle ilgili maddeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır.

⁹³ Anayasa Mahkemesinin bu kararında ve **12.11.2015 tarihli ve E.2015/26, K.2015/100 sayılı kararında** (Bu karar çocuğun cinsel istismarının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi halini düzenleyen TCK 103/2'ye ilişkindir) kanun koyucunun korumayı amaçladığı hukuksal değeri belirlemek noktasında bir belirsizlik yaşadığı yönündeki görüş ve Anayasa Mahkemesi kararına karşı değerlendirmeler için bkz: DOĞAN Recep, Anlamalı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, **Ankara Barosu Dergisi** Cilt: 75, Sayı: 1, Yıl: 2017, (123-149) s.130 vd.

Anayasa Mahkemesinin kararının isabetli olmadığını düşünüyoruz. Çünkü bir kanunun belirlilik ilkesine aykırı olup olmadığı değerlendirilirken, ilk önce kendi içerisinde ele alınmalı ve bu yol ile herhangi bir belirsizlik içerip içermediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. İtiraza konu olan kanun maddesinde “cinsel taciz” tabiri kullanılmış ve buna ilişkin başka bir unsura yer verilmemiştir. Bir kanunu yorumlarken elbette madde gerekçesinden, doktrinden ve içtihatlardan faydalanarak en doğru sonuca ulaşmak mümkündür. Ancak tüm bunlar dahi ilgili madde metninde var olan belirsizliği giderebilecek nitelikte değildir. Gerçekten cinsel taciz deyimi çok geniş anlamlara gelebilen, her somut olaya göre de değişik değerlendirilmesi mümkün olan bir kavramdır. Bu sebeple, kanun maddesinde sınırlarının daha iyi belirlenmesi, keyfiyete varan uygulamaların önünü kesecek ve belirsizlikleri de ortadan kaldıracaktır. Bu sebeplerle itiraz konusu kanun maddesinin belirlilik ilkesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz.⁹⁴

Anayasa Mahkemesi **06.01.2011 tarihli 2010/19 Esas 2011/6** Karar sayılı kararında 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 38. maddelerine aykırılığını incelemiştir. Söz konusu kanun maddesi şu şekildedir: “*Futbol müsabakası yayınlarının, TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında haksız ve yetkisiz olarak radyo, televizyon, internet veya herhangi bir yayın veya iletişim aracıyla canlı veya banttan yayınlanması, çoğaltılması, dağıtılması, satılması, izlenmesi veya izletilmesi halinde, TFF'nin veya yayıncı kuruluşun şikâyeti üzerine 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71 inci maddesindeki cezai hükümler uygulanır.*”

⁹⁴ Karşılaştırmalı hukukta da benzer konularda tartışmalar olduğu söylenebilir örneğin Fransız Ceza Kanununda yer alan ve Anayasa Konseyi'nin iptaline kadar yürürlükte kalan Cinsel Taciz suçuna ilişkin düzenleme şu şekildedir: “*Cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız eden kişi bir sene hapis ve 15.000 Euro para cezası ile cezalandırılır.*” Fransız doktrininde ve yargı kararlarında “rahatsız etmek” fiilinin belirsizlik yarattığı ve çok geniş anlamlara gelebileceği gerekçeleri ile sıkça tartışılmıştır. (s.1457-1458) Fransız Anayasa Konseyi, cinsel taciz suçunun tanımında yer alan “cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız etmek” ifadesinin yeterince açık olmadığı ve maddenin bu haliyle suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle maddenin iptaline karar vermiştir (s.1462) İptal kararı üzerine Fransız Kanun Koyucusu yeni düzenlemesinde cinsel taciz suçunu “*Cinsel taciz; tekrarlanan bir şekilde bir kimseyi, onur kırıcı veya aşağılayıcı niteliğiyle haysiyetini zedeleyen veya kişiye karşı korkutucu, düşmanca veya saldırgan bir durum yaratan cinsel içerikli söylem veya davranışlara maruz bırakmaktır. Tekrarlanan nitelikte olmasa dahi, failin, kendisinin veya üçüncü bir kişinin yararına olarak, açıkça veya görünüş itibarıyla cinsel bir fayda elde etmek amacıyla kişiye her çeşit ciddi baskı uygulaması da cinsel taciz kapsamındadır.*” (s.1463) şeklinde düzenlenmiştir. Konunun Fransız ve Türk Hukukundaki durumunun tartışıldığı ve bizimde 94. dipnotta alıntı yaptığımız sayfa numaralarını belirttiğimiz kaynak için bkz: PAMUK Gülfer, Fransız ve Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçu (Kanunilik İlkesi Bakımından Bir Değerlendirme), **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Yıl 2013 Cilt: 19 Sayı:2, s.1453-1476

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından “eylem nedeniyle 5846 sayılı Yasa’nın 71. maddesine atıf yapılmasına karşın, hangi fıkra uyarınca ceza verileceğinin belirtilmediği, bu nedenle uygulanacak yaptırımın belirsiz olduğu” gerekçesi ile anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2010/19 Esas 2011/6 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede “söz konusu kanun maddesinde, suç teşkil eden eylemleri belirlemenin TFF’nin takdir yetkisine bırakılmasını suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulmuş, bununla beraber madde metninde suç oluşturan fiillerin belirlenmemesinin ve metinde yer alan “haksız ve yetkisiz” sözcüklerinin de belirsizlik yarattığından bahisle” itiraz konusu kanun maddesini Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

Öncelikle, söz konusu kanun maddesi ileride ele alacağımız idarenin işlemleri ile suç ve ceza belirleme yasağına aykırı olmakla beraber aynı zamanda belirlilik ilkesine de aykırıdır. Anayasa mahkemesinin tespitleri haricinde, ayrıca verilecek cezadaki belirsizliğe ayrıca kararda değinmemiş olması bir eksikliktir. Çünkü gerçekten kanun maddesinin gönderme yaptığı 71. madde değişik suç ve cezalar içermektedir. İtiraz konusu kanunda ise hangi fıkraya atıf yaptığı belli değildir. Bu noktada cezada belirsizlik söz konusu olmaktadır.⁹⁵

Anayasa Mahkemesi, **7.7.2011 tarihli 2010/69 Esas 2011/116** Karar sayılı kararında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 297. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa’nın 2., 7., 11. ve 38. maddelerine aykırılığını incelemiştir. İtiraz konusu kanun maddesi şu şekildedir: “Birinci fıkra da sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, “itiraz konusu kanun maddesi ile hangi eşyaların cezaevine sokulmasının yasak olacağına karar verme yetkisinin idareye bırakıldığını, bunun ise suç ve

⁹⁵ İtiraz konusu kanun maddesinin belirlilik ilkesi ve idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılması yasağına aykırı olduğu ve Anayasa Mahkemesi kararının isabetli olduğu yönünde bkz: APİŞ Özge, Anayasa Mahkemesi’nin, Türkiye Futbol Federasyonu Tasarrufları ile Suç ve Ceza Yaratılamayacağına İlişkin 2010/19 Esas ve 2011/6 Karar Sayılı ve 06.01.2011 Tarihli Kararının İncelenmesi, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt 6, Sayı 16, Ağustos 2011, s.185-186

cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturduğu” gerekçesi ile anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2010/69 Esas 2011/116 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede belirlilik ilkesi bakımından bir açıklama⁹⁶ yaptıktan sonra, belirlilik ilkesi bakımından “nitelik belirlemesi yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir.” değerlendirmesi ile itiraz konusu hükmü anayasaya aykırı bulmuştur.

Öncelikle burada şunu belirtmek gerekmektedir; Anayasa Mahkemesi, ileride ele alacağımız birçok kararında, özellikle düzenlenmesi teknik bilgiyi içeren ve hızla uygulanması gereken ancak yasama organının yapısı gereği hızlı çalışamayacağını göz önünde bulundurarak bu alanlarda kanun koyucunun genel çerçeveyi ve cezayı belirlemesinden sonra, eylem bakımından idareye düzenleme alanı verilmesini Anayasaya aykırı bulmamıştır. Yani Anayasa Mahkemesinin suç ve cezada kanunilik ilkesini çok katı bir biçimde uyguladığından bahsedemeyiz. Ancak burada farklı olan husus, mahkeme kararında da belirtildiği üzere, itiraz konusu kanun maddesinde, idarenin düzenleyebileceği alanın genel çerçevesi çizilmemiş, idareye sınırları belirsiz olan bir yetkinin verilmiş olmasıdır. Bu durumda da kıstas sadece birinci fıkra dışında kalması olacak ve idare takdir yetkisini kullanarak gerçekten de bu fıkra dışında kalan her şeyi yasaklı eşya sınıfına sokabilecektir. Bu da belirsiz bir alan oluşturacaktır. Bu sebeplerle Anayasa mahkemesinin isabetli bir karar verdiğini düşünüyoruz. Doktrinde de ilgili kanun maddesinde geçen “yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı” ibaresinin suçun konusunun yasa

⁹⁶ “Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”

tarafından belirlenmemesi gerekçesi ile Anayasa aykırı olduğu ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının isabetli olduğu ifade edilmiştir.⁹⁷

Anayasa Mahkemesi **30.6.2011 tarihli 2011/110 Esas 2010/10 Karar** sayılı kararında 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 329. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının 'anonim şirketler' yönünden, Anayasa'nın 2, 10, 20, 38 ve 48. maddelerine aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: *"Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir. Ancak, Türk Ticaret Kanununun 272 nci maddesinde ön görülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmak zorundadır. Bu fıkra hükmüne aykırı davranan kuruluşlara Cumhuriyet savcısı tarafından sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan, asgarî ücretin iki aylık brüt tutarı kadar idarî para cezası verilir."*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından *"kanunda ceza yaptırımına bağlanan eylemlerin kapsamının açık ve net olarak düzenlenmesi ve tereddüt oluşturmaması gerektiğini ancak iptali istenen madde ile getirilen sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu kapsamının açık ve net olmadığını, avukatlık kanununda yalnız avukat tarafından yapılabilen birden fazla işlem düzenlendiğini, zorunlu avukat uygulamasının bunlardan hangisine yönelik olduğunun açık olmadığını, bununda farklı uygulamalara yol açtığını"* gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2011/110 Esas 2010/10 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, anonim şirketlerin ticaret hayatındaki yerine ilişkin açıklamalardan ve bu şirketlerin işlerinin düzenli yürütülmesi açısından avukat bulundurma zorunluluğunun gereğinden bahsetmiş ve sözleşmeli avukat bulundurmamayı cezai yaptırıma bağlamanın kanun koyucunun takdir yetkisi içinde olduğunu ifade etmiştir. Daha sonra belirlilik ilkesi bakımından açıklamalarda⁹⁸ bulunmuş ve *"itiraz konusu kuralın gerekçesinde yargı önüne giden uyuşmazlıkların büyük bir kısmının hukukî ilişki kurulurken gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklandığı belirtildiğinden, yapılan düzenleme ile anonim şirketlerin sadece taraf oldukları davalarda değil, hukuki uyuşmazlık doğmadan önce de avukat bulundurarak, avukatın hukuki*

⁹⁷ ÖZGENÇ İzzet, age, s.114, KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.68 (126. dipnot), benzer yönde bkz: İÇEL Kayıhan, age, s.129

⁹⁸ *"Hukuk devletin temel ilkelerinden biri olan belirlilik ilkesi, suçun unsurlarının ve verilecek cezanın tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir, nesnel, makul bir düzeyde öngörülebiyecek ve keyfi uygulamalara yol açmayacak biçimde belirlenmiş olmasını gerektirir."*

yardımından yararlanmalarının amaçlandığının anlaşıldığını" belirtmiştir. Netice olarak ise "sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna uymayan anonim şirketlere verilecek idari para cezasının hesabında, sanayi sektöründe onaltı yaşından büyük işçiler için belirlenen yürürlükteki asgarî ücretin iki aylık brüt tutarı esas alınacağından, kişiye suç işlediği zaman o suç için öngörülen ceza, suç gününden önce belirlenmiştir." demek suretiyle ilgili düzenlemenin suç ve cezada kanunilik ilkesine ve dolayısıyla belirlilik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin kararının belirlilik ilkesi bakımından isabetli olduğunu düşünüyoruz.⁹⁹ İtiraza konu kanun maddesinde sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu düzenlenmiş olup, avukat hizmetleri yönünden herhangi bir sınırlama yapılmadığı dolayısıyla her türlü avukat hizmetinin bu kapsamda değerlendirilebileceği açıktır. Bu sebeple de itiraz konusu kural bakımından herhangi bir belirsizlik olmadığı ve kanun metninin anlamının açık, net ve anlaşılabilir olduğu kanaatindeyiz. Burada tartışılması gereken nokta cezanın asgari ücrete endekslenmesi ve bu ücretin idare tarafından belirlenmesinin suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık taşıyıp taşımadığıdır. Bunu ileride ele alacağız.

Anayasa Mahkemesi **7.7.2011 tarihli 2011/118 Esas 2010/116 Karar** sayılı kararında 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun; 161. maddesinin birinci cümlesinin belirlilik ilkesi bakımından anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraz konusu düzenleme şu şekildedir: *"Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren maddesi uygulanır..."*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme *"Diğer mevzuatlarda da bu tarz fiillerin cezalandırıldığını, bu durumun uygulama birliğini bozabileceğini, bunun ise kanunilik ilkesine aykırı olacağını, itiraz konusu kanunda ki "bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiillerin başka kanunlara göre de cezayı gerektirmesi halinde, fail hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesinin uygulanacağı" hükmünün, banka görevlilerinin zimmeti yönünden 'hangi fiillerin suç kabul edileceği' ve 'suç kabul edilecek fiiller için ne tür bir yaptırım uygulanacağı' belirsiz bıraktığı"* gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

⁹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının tartışmaya açık olduğu, Mahkeme'nin gerekçesinde öne sürdüğü argümanların doyurucu olmadığı yönündeki değerlendirmeler için bkz: ÖZKAN Ahmet Fatih, Anonim Şirketlerin Sözleşmeli Avukat Bulundurma Zorunluluğu, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı:33, Yıl: 2018 (415-462) s.455

Anayasa Mahkemesi 2011/118 Esas 2010/116 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede *"Yasakoyucunun ekonomik düzenin en önemli parçalarından biri olan bankacılık faaliyetlerinin icrası sırasında işlenen suçları, söz konusu suçların toplumda ve ekonomik düzende yarattığı etkileri de dikkate alarak Bankacılık Kanunu'nda özel olarak düzenleyerek daha ağır yaptırımlara bağladığını, bunun ise yasa koyucunun takdir yetkisi içerisinde kaldığını, itiraz konusu kural gereğince fail hakkında bir yaptırım uygulanabilmesi için bu yaptırımı gerektiren hareket ve fiilin diğer bir kanunda suç olarak düzenlenmiş olması ve bu suça ilişkin cezanın açık bir şekilde belirlenmesi gerektiğini bunun sonucu olarakta suçun ve cezanın kanunda belirlenmiş olduğunu"* belirterek, burada herhangi bir belirsizliğin olmadığı sonucuna varmış ve itiraz konusu kanun maddesini anayasaya aykırı bulmamıştır.

Aynı fiili hem Türk Ceza Kanunu'nda hem de Bankacılık Kanununda ayrı ayrı düzenledikten sonra, bu fiil için başka kanunlarda daha ağır bir ceza belirlenmiş ise onun uygulanacağını kabul etmek, suç faili açısından açıkça bir belirsizliğe yol açacaktır. Burada, suçun ve cezanın kanunla düzenlendiğinde herhangi bir şüphe yoktur. Ancak, kişilerden tüm mevzuata hakim olmalarını beklemekte hayatın olağan akışına aykırılık oluşturacaktır. Buna itiraz olarak kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağı öne sürülebilir. Fakat burada kanunu bilmemekten ziyade kanunun ceza içeren kısmını öğrenebilme zorluğu ve netice olarak belirsizliği söz konusudur. Fail işlediği eylemin suç oluşturduğunun farkında olsa dahi, bunun neticesi olarak uygulanacak yaptırımı öngörememe durumunda kalabilir. Çünkü, *"başka kanunlarda"* ifadesi çok geniş bir alan yaratmakta ve açıkça hangi kanunları işaret ettiği de belli olmamaktadır. Bu sebeplerle, bir belirsizlik durumu oluşturan kanun maddesinin belirlilik ilkesine aykırı olduğunu kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi **12.01.2012 tarihli 2011/62 Esas 2012/2 Karar** sayılı kararında 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu'nun 117. maddesinde yer alan *"Bu Kanunun dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler"* ibaresinin Anayasa'nın 2., 7., 10., 13 ve 38. maddelerine aykırılığını incelemiştir.

İtiraz konusu kanun maddesi şu şekildedir: *"Bu Kanunun dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, altı aydan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılırlar."*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından “aynı kanunun 4. kısmında siyasi partiler ile ilgili birçok farklı yasağın düzenlendiğini, bu yasakların bir kısmının gerçek kişiler tarafından işlenmesinin mümkün olmadığını, bununla birlikte burada yer alan fiillerin hangilerinin gerçek kişiler tarafından işlenmesinin cezai yaptırıma bağlandığını anlamanın da mümkün olmadığını, kanun maddesinin suç saydığı fiilleri açık ve seçik bir şekilde düzenlemediğini, ayrıca Kanunun 117. maddesindeki ‘...işleyenler...’ ibaresinden ne anlaşılabileceğinin de kuşkulu olduğunu, siyasi partilerin İl ya da İlçe teşkilatlarının ayrı bir tüzel kişiliği bulunmadığını, çünkü 2820 sayılı Kanunun 3. maddesinde siyasi partilerin ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanmış tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar olduğu belirtildiğini, Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğunu, madde metninde ise bir sınırlandırma olmadığını, bu sebeple de bu ibareden ne anlaşılabileceğinin kuşkulu olduğu” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2011/62 Esas 2012/2 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede belirlilik ilkesi¹⁰⁰ bakımından açıklama yaptıktan sonra, “itiraza konu düzenleme ile, dördüncü kısımda sayılan siyasi parti yasaklarının, fiilin daha ağır bir cezayı gerektirmemesi şartıyla, bireyler açısından da cezayı müstelzim hale getirdiğini, esasen siyasi partiler için birçok yasak öngören bu Kısımdaki maddelerde yer alan fiillerin hangi hallerde suç teşkil edeceğinin gerçek kişilerce yeterli açıklıkta öngörülebilir oldukları söylenemeyeceğini, çünkü doğrudan siyasi parti tüzel kişiliğini muhatap alan bu yasakların, itiraz konusu kuralla, kişiler hakkında yaptırım öngören düzenlemelere dönüştürüldüğünü, bu yapılırken de anılan kısımda sayılan fiillerin ağırlıklarıyla bunları işleyenlerin siyasi partideki sıfat ve konumlarının da dikkate alınmadığını, bu durumda, siyasi faaliyette bulunan geniş bir kitleyi hiçbir ayırım gözetmeksizin ceza tehdidi altında bırakan düzenlemenin gerçek şahıslarca yeterli derecede öngörülebilir olmadığını” bu sebeplerle de itiraz konusu kanun maddesinin Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

İtiraz konusu kanun maddesinde, yasaklamanın hangi eylemler için ve hangi kişileri kapsadığının yeterince öngörülebilir olmaması sebebiyle Anayasa Mahkemesi’nin kararının doğru olduğunu düşünüyoruz.

¹⁰⁰ “Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun ‘açıkça’ suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara dair düzenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde çıkarılmasının yeterli olmadığı, bunların içerik bakımından da belli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerektiği vurgulanmaktadır. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanun muhtemel etki ve sonuçlarına dair yeterli derecede öngörülebilir olmalıdır. Bununla birlikte, kanun metninin tüm sonuç ve etkileri göstermesi her zaman beklenemeyeceğinden, aranan açıklığın ölçüsü, söz konusu metnin içeriği, düzenlemeyi hedeflediği alan ile hitap ettiği kitlenin statü ve büyüklüğü gibi faktörler dikkate alınarak belirlenebilir. Bu özelliklere sahip kanunun aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir olması da gerekir.”

Anayasa Mahkemesi **24.5.2012 tarihli 2011/129 Esas 2012/81 Karar** sayılı kararında 5237 Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: *“Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi ile ilgili *“itiraza konu kanun maddesinin gerekçesi incelendiğinde 'Aile hukukundan kaynaklanan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün kapsamını, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlemek gerekir' dendiğini, TCK'da kıyas yasağının bulunduğunu, iptali istenen hükmün içeriğinin Medeni Kanun'a başvurularak doldurulacağını, Medeni Kanun'un 1. maddesi gereğince de bu alanda hakim kural yaratmasının, örf ve adet hukukunu uygulamasının ve kıyasa başvurusunun mümkün olduğunu, bu hususun ise suç ve cezada kanunilik ilkesi ile uyuşmadığını, hakim takdir yetkisi ile veya örf ve adet kuralları gereğince suç teşkil edilemeyeceği”* gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2011/129 Esas 2012/81 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, itiraza konu olan kanun maddesinde *“'aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi' eyleminin suç olarak kabul edildiğini, bu suçun unsurları ve şartları açısından aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüklerinin, düzenlemenin gerekçesinde atıf yapılan 4721 sayılı Kanun'da düzenlenmiş ve bu eylem nedeniyle verilecek cezanın itiraz konusu kuralla açıkça belirlendiğini, itiraz konusu kural ve gerekçesinde yer verilen unsurlar itibarıyla, aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüklerinin somutlaştırılmaya elverişli olduğu anlaşıldığını ve dolayısıyla itiraz konusu kuralda bir belirsizlik bulunmadığını”* belirterek söz konusu kanun maddesinin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

İtiraz yoluna başvuran mahkemenin itiraz gerekçelerinin doğru olduğu kanaatindeyiz. Söz konusu kanun maddesinde hem belirlilik ilkesi bakımından hem de kıyas yasağı bakımından suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılıklar bulunmaktadır. Bu karara karşı yazılmış karşı oyda¹⁰¹ da isabetle belirtildiği gibi bu alanın uygulaması çok geniş olduğu gibi, medeni kanuna göre hâkimin hukuk yaratması, örf ve adete

¹⁰¹ Karşı oy, Serruh KALELİ *“Ancak atıfta bulunan medeni yasanın Aile hukuku kavramının medeni yasanın ikinci kitabında 118. ve 494. maddeleri arasında geniş bir alanı kapsadığı, suçun unsurlarından sayılan yükümlülüklerin ise çokça maddeyi ilgilendirdiği görülmektedir. Örneğin-anne babanın çocuklarına eğitim yükümlülüğü düzenlemesi (TMK 324, 327, 335, 340, 341, 345, 355, 356) birçok madde kapsamında yer almaktadır.”*

başvurması ve kıyas yapması da mümkündür. Tüm bunlar da suç sayılabilecek fiillerin sınırının belirsizliğini doğurmakta ve belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.¹⁰²

Anayasa Mahkemesi **22.5.2013 tarihli 2012/77 Esas 2013/66 Karar** sayılı kararında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 203. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "veya yetkili makamların emri uyarınca" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: *"Kanun veya yetkili makamların emri uyarınca bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için konulan mühürü kaldıran veya konuluş amacına aykırı hareket eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır."*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından *"mühür bozma suçunun oluşumu için mühürün kanunen veya yetkili makamın emrinde konulmuş olması gerektiğini, yasa da hangi yetkili makamın, hangi şartlarda, nerelerde, nasıl, hangi amaçla mühürleme yapabileceğinin belirtilmesi gerekirken bu hususlar belirtilmeksizin salt yetkili makamın emri şeklindeki düzenlemenin kanunilik ilkesine aykırılık oluşturduğunu"* bu sebeplerle belirlilik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi 2012/77 Esas 2013/66 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, *"itiraz konusu kanuna göre, kanun veya yetkili makamların emri uyarınca bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için konulan mühürü kaldıran veya konuluş amacına aykırı hareket eden kişinin cezalandırılacağını, Kanunlarda, 'bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için' mühür konulması şeklinde bir düzenlemeye yer verilmesi durumunda, kanunun emriyle konulan mühürün söz konusu olduğunu, idari organların da kanunlarla, bir iş veya işlemin yerine getirilmesi konusunda yetkili kılınabileceğini, bu halde de mühürleme emrini verme yetkisinin dayanağını yine kanundan aldığını, dolayısıyla, mühürleme yetkisinin hangi makamlar tarafından kullanılacağını, kapsamı ve sınırları kanunlarla önceden belirlenmiş olduğunu"* bu sebeplerle de itiraz konusu kanun maddesinin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Gerçekten de yetkili makam denilince, kendisine kanunla yetki verilen makamın anlaşılması gerektiği, her bir konu için kanunlarda belirlenen yetkili makamın, hayatın olağan işleyişi de göz önünde bulundurulduğunda, sayıca çok fazla olacağı ve hepsinin de kanunda zikredilemeyeceği ortadadır. Kaldı ki, her somut olaya göre, mühür koyma

¹⁰² Bu karara karşı yazılan karşı oyların isabetli olduğu yönünde bkz: HAKERİ Hakan, age, s.21 (63. dipnot)

işleminin o işlem için yetkili makam tarafından yapıp yapılmadığının belirlenmesi yargılama aşamalarında yapılacak bir iş olup, bu konuda bir belirsizlik olduğundan söz edilemez.

Anayasa Mahkemesi **26.12.2013 tarihli 2013/67 Esas 2013/164 Karar** sayılı kararında 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 42. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (e) bendinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraz konusu kanun maddesi şu şekildedir: *“(1) Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezası, hükümlünün bir aydan üç aya kadar mektup, faks ve telgraf almak ve yollamaktan, televizyon izlemekten, radyo dinlemekten, telefon etmekten ve diğer iletişim araçlarından yararlanmaktan tamamen veya kısmen yoksun bırakılmasıdır. (2) Bu cezayı gerektiren eylemler şunlardır: ...e) Gereksiz olarak marş söylemek veya slogan atmak.”*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından *“e bendinde düzenlemede hangi durumlarda marş söylemenin gerekli hangi durumlarda gereksiz olduğunun belli olmadığını, bu düzenleme yapılırken kanunda hangi eylemlerin gerekli hangilerinin gereksiz olduğu gösterilmeyerek suç teşkil eden eylemleri belirleme yetkisinin idarenin sübjektif takdirine bırakıldığı, bu durumun hukuk devletin temel ilkelerinden olan “belirlilik” ve “suçun yasallığı” ile “yasama yetkisinin devredilemezliği” ilkelerini zedelediği”* gerekçeleri ile aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2013/67 Esas 2013/164 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, *“İnfaz hukukuna ilişkin disiplin suç ve cezalarının, 5275 sayılı Kanun'un sekizinci bölümünde düzenlendiğini, bu çerçevede uygulanacak disiplin suç ve cezalarının amacı, mahiyeti, kapsamı, sınırları ve uygulanma koşullarının Kanun'un 37. maddesinde açıklığa kavuşturulduğunu, Kanun'daki disiplin suç ve cezaları yönünden genel hüküm niteliğindeki bu madde uyarınca, bu Kanun kapsamındaki bir disiplin suçunun oluşabilmesi ve cezasının uygulanabilmesi için sadece her bir disiplin suçu yönünden belirlenen özel hükümdeki şartların gerçekleşmesinin yeterli olmayıp 37. maddedeki şartların da gerçekleşmesinin gerektiğini, ..., buna göre, kurala konu disiplin suçunun oluşabilmesi için sadece slogan atılması veya marş söylenmesinin yeterli olmayıp bu eylemlerin cezaevindeki güvenliği veya disiplini bozacak ya da cezaevindeki düzenli yaşamın sürdürülmesini önleyecek şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğini, bu bağlamda, itiraz konusu kuralda yer alan “gereksiz” ibaresinin, Kanun'un 37. maddesindeki hükümle birlikte değerlendirildiğinde, cezaevindeki güvenliği veya disiplini bozacak ya da cezaevindeki düzenli yaşamın sürdürülmesini önleyecek şekilde marş söylenmesi yahut slogan atılmasını karşıladığı ve ancak bu nitelikteki eylemlerin söz konusu disiplin suçunu oluşturacağını, cezai yaptırımın bağlandığı eylemin açık, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olarak belirlendiğini”* ifade ederek itiraz konusu kanunun belirlilik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Kanun bir bütün olarak değerlendirildiğinde belirlilik ilkesi bakımından Anayasa Mahkemesi'nin kararının isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi **16.1.2014 tarihli 2014/7 Esas 2013/103 Karar** sayılı kararında 632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 137. maddesinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraz konusu kanun maddesi şu şekildedir: *"Vazife veya hizmette tekasül dolayısıyla bir gemi veya tayyarenin veya esliha ve harb malzemesinden birinin mühimce hasara uğramasına sebep olan (...) üç seneye kadar hapsolunur."*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından *"madde metninde yer alan tekasül sözcüğünün muğlak, manevi unsur bakımından kategorize edilemeyen bir sözcük olduğunu, taksirle görevi ihmal ya da taksirle mala zarar verme gibi genel ceza hukukunda yer almayan ceza sorumluluğu alanı ortaya çıktığını, tekâsül kelimesinin taksir şeklinde anlaşıldığını, bu durumda da mala karşı suçlarda Türk Ceza Kanunu'nda taksirli sorumluluğun kaldırılmasına rağmen Askeri Ceza Kanunu'nda yer almaya devam etmesinin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı"* gerekçeleri ile anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2014/7 Esas 2013/103 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, *"suçun unsurları ve bu eylem nedeniyle verilecek ceza itiraz konusu kuralla açıkça belirlenmiştir. Başvuru kararında her ne kadar "tekasül" kelimesinin muğlak olduğu ileri sürülmüş ise de bu kelimenin "üşenmek", "gevşeklik", "ihtimamsız davranmak", "kayıtsızlık" ve "tembellik" anlamına geldiği, uygulamada ise yargı kararları çerçevesinde değerlendirildiği gözetildiğinde kuralın belirsiz olduğundan söz edilemeyeceğini"* bu sebeplerle de kanunilik ilkesine aykırı bir yönün olmadığına karar vermiştir.

Belirlilik ilkesi bakımından Anayasa Mahkemesinin yerinde bir karar verdiği kanaatindeyiz. Kanun açıkça kasıt ya da taksir tabirini kullanmamakla birlikte, tekasül sözcüğünün, sözlük anlamından ve uygulamada yer etmiş içtihatlardan da anlaşılabacağı üzere taksir şeklinde anlaşılabacağına herhangi bir beis görülmemektedir. Bu sebeple de belirlilik ilkesi bakımından herhangi bir aykırılığın olmadığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi **16.1.2014 tarihli 2014/8 Esas 2013/110 Karar** sayılı kararında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun, 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında

Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 125. maddesinin birinci fıkrasının (E) bendinin (g) alt bendinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir: *"Devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır: ...*

E- Devlet memurluğundan çıkarma: Bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmaktır.

Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır: ...

g) Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak."

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından, *"Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak", eyleminin devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve hâller arasında sayıldığını ancak hangi hareketlerin memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici olduğu hususunda herhangi bir somut ve belirli unsur ya da benzer davranışlar listesine yer vermediğini, bu yüzden, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecedeki hareketlerin saptanmasının idareye ve idarî yargı organlarına bırakılmış olduğunu, söz konusu maddenin bu düzenleniş biçimiyle, Devlet memurluğunun sonlandırılması ve bir daha memurluğa alınmama gibi ciddi sonuçları olan bir konuda, uygulamada idarî ve kazaî merciler arasında farklı uygulamalara ve yorumlara sebebiyet verecek bir içeriğe sahip olduğunun açık olduğu"* gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2014/8 Esas 2013/110 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, belirlilik ilkesi¹⁰³ bakımından kanun metninde sağlanacak olan netliğin uygulama alanına göre değişebileceğini belirttikten sonra, *"Bir alanın kanunla düzenlenmesinin zorunlu olması, buna karşın kanun tekniği açısından daha somut düzenleme ve daha belirgin kavram kullanma olanağı bulunmaması veya bir kanunun veya hükmün düzenlediği alanın daha fazla somutlaştırılması ve netleştirilmesi zor birçok olguyu kapsamı durumunda belirlilik ilkesine uyulduğunun kabul edilebileceğini, ancak, kullanılan hukuksal kavram veya kavramların en azından yargılama ya da hukuksal yorum yöntemleriyle somutlaştırılabilir olması gerektiğini, dava konusu*

¹⁰³ *"Belirlilik ilkesinin gerekleri, düzenlemenin yapılacağı alana ilişkin koşulların getirdiği zorluklara göre değişebilmektedir. Birtakım kavramların bazı alanlar için kullanılması durumunda belirlilik ilkesinin gerekleri yerine getirilmiş sayılırken, aynı belirlilik oranı diğer bir alan için yeterli olmayabilir. Ceza hukukuna ilişkin kanunilik ve belirlilik unsuru ile disiplin hukukuna ilişkin kanunilik ve belirlilik unsuru arasında farklılık olabilir. Bu farklılık her bir hukuk disiplini içinde de ortaya çıkabilir. Konunun daha kesin ve açık bir düzenlemeye imkân tanımaması hâlinde, kanun koyucu zorunlu olarak genel düzenleme yapabilir."*

kuralda belirsiz olduğu ileri sürülen “memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerin” tümünün önceden öngörülmesinin ve tespitinin olanaksız olduğunu ve söz konusu hareketlerin tek tek ortaya konulmasının mümkün olmadığını, normun daha kesin ve açık bir düzenlemeye olanak tanımaması nedeniyle kullanıldığının anlaşıldığını, belirsiz olduğu ileri sürülen kavramlar ve bu kavramların belirttiğı hareketlerin yargı kararları yoluyla da somutlaştırıldığını,” bu gerekçelerle anılan kavramların kullanılmasının belirlilik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Gerçekten itiraz yoluna başvuran mahkemenin belirttiğı gibi "Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" eylemlerini somutlaştıran, bunların çerçevesini çizen herhangi bir sınırlandırma kanun içerisinde yer almamakta, bunun değerlendirmesi tamamen idare ve yargı organlarına bırakılmış olmaktadır. Anayasa Mahkemesi verdiği birçok kararında, kanunda genel çerçeve çizildikten sonra, bunun içeriğinin doldurulmasının idareye ya da yargı organlarına bırakılmasını anayasaya aykırı bulmamıştır. Ancak burada böyle bir durumda yoktur. İtiraz konusu kanun maddesi çok geniş anlamlara gelebilen, sınırları belli olmayan, neredeyse tüm suçları içine alabilecek niteliktedir. Bu sebeplerle de belirsiz bir alan oluşturup, tam olarak neyi kastettiğı belli olmadığından belirlilik ilkesine aykırılık taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi **29.1.2014 tarihli 2013/115 Esas 2014/16 Karar** sayılı kararında 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 32. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraz konusu kanun maddesi şu şekildedir: “8 inci maddenin birinci fıkrasının diğer bentleri ile ikinci ve üçüncü fıkralarında ve bu Kanunun diğer maddelerinde belirlenen ilke, yükümlülük veya yasaklara aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcıları uyarılır. **Uyarının ilgili kuruluşa tebliğinden sonra ihlalin tekrarı hâlinde medya hizmet sağlayıcıya ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiğı aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde birinden üçüne kadar idari para cezası verilir. İdarî para cezası miktarı, radyo kuruluşları için bin Türk Lirasından, televizyon kuruluşları ve isteğe bağlı medya hizmet sağlayıcıları için onbin Türk Lirasından az olamaz.**”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından “ilk ihlal durumunda uyarı cezası, ihlalin tekrarı hâlinde ise para cezası verileceğinin belirtilmesine rağmen üçüncü ve devamı ihlal hâllerinde nasıl bir idari yaptırımın uygulanacağını kanunda düzenlenmediğı, bu durum

belirlilik ilkesini zedelediği, tekerrür hükümlerinin hangi süreyle uygulanması gerektiğinin belirtilmediği, uzun bir süre sonra yapılan ihlallerde de para cezası uygulanacağı şeklinde ucu açık bir anlam ortaya çıktığı” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2013/115 Esas 2014/16 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “Kuralda, yaptırımın hangi eylemlerin tekrarı hâlinde uygulanacağı, yaptırımın alt ve üst sınırları ile bu sınırlar içinde belirlenmesinde hangi ölçütlerin dikkate alınacağını açıkça belirtilmiş olduğunu, belirlilik ilkesinin, para cezası tutarının mutlaka kanunda maktu olarak belirtilmesi veya tekrarlanan her ihlal için ayrı bir ceza yaptırımının madde metninde yer alması anlamını da taşımadığını, yaptırıma konu eylem, uygulanacak yaptırım ve yaptırımın saptanmasında gözetilecek ölçütlerin, açık ve anlaşılabilir şekilde kanunda belirtilmesinin, hukuk devleti bakımından gerekli ve yeterli olduğunu, başvuru kararında üçüncü ve daha sonraki ihlaller için ne gibi bir yaptırım uygulanacağını belirsiz olduğu ileri sürülmekte ise de; madde metninin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, ilk ihlal hâlinde uyarma cezası verilecek daha sonraki bütün ihlaller için ise yine maddede belirtilen alt ve üst sınırlar arasında para cezasına hükmedileceğini, dolayısıyla kuralda bu açıdan da bir belirsizlik bulunmadığını” belirterek ilgili düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin kararının yerinde olduğunu düşünüyoruz. Gerçekten de kanuna bakıldığında, yapılacak uyarı sonrasında **ihlalin tekrarı hâlinde** verilecek ceza düzenlenmiş olup, bunun ikinci ihlal ile sınırlı olduğu anlamını çıkaracak herhangi bir manada görülmemektedir. Bu sebeple de kanunda belirlilik ilkesine herhangi bir aykırılık olmadığı kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi **09.04.2014 tarihli 2014/38 Esas 2014/80 Karar** sayılı kararında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İrtikap suçunun düzenlendiği 250. maddesine, 2.7.2012 günlü, 6352 sayılı Kanun’un 86. maddesiyle eklenen (4) numaralı fıkrada yer alan “...ve mağdurun ekonomik durumu...” ibaresinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraz konusu kanun maddesi şu şekildedir: “İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından “kanun metninde, mağdurun ekonomik durumunun iyi olması halinde mi yoksa kötü olması halinde mi, veyahut kime ve neye göre iyi veya kötü olması halinde uygulanabileceğinin açık olmadığı” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2014/38 Esas 2014/80 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “kuralda “ve” bağlacına yer verilmiş olması nedeniyle hâkimin, ceza indiriminin uygulanmasına gerek olup olmadığını takdir ederken hem “menfaatin değerini” hem de “mağdurun ekonomik durumunu” birlikte değerlendirerek bir sonuca varacağını, kuralın, hâkime, bu gibi durumlarda mutlaka cezadan indirim yapılması gerektiğini de buyurmadığını, hâkimin önüne gelen her somut olayda suçun işleniş şeklini, suçla ortaya çıkan sonuçları, taraflara ilişkin birçok hususu dikkate alarak bu konudaki takdir hakkını gerekçelendirmek suretiyle kullanabileceğini, itiraz konusu ibarenin hâkime, sanığa vereceği cezayı kişiselleştirirken keyfi hareket etmesinin önüne geçmek ve böylece ortaya çıkabilecek belirsizliği önlemek amacıyla getirilmiş bir kriter olduğunu, söz konusu kriterin, soyut bir kavram olmakla birlikte, her bir olayın mağduruna göre bu kavramın içeriği cezanın kişiselleştirilmesi ve belirlenmesi yoluyla somutlaştırılacağını” bu sebeplerle de itiraz konusu kuralda herhangi bir belirsizlik bulunmadığına ve anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Kanun metnine bakıldığında “mağdurun ekonomik durumu” ibaresi yönünden bir sınırlandırma yapılmadığı, yani maddi durum açısından tamamen somut olayın özelliklerine göre hareket edileceği anlaşılmaktadır. Burada belli bir sınır belirtmek, yaşanabilecek her durum önceden öngörülemezliği için mümkün değildir. Hâkim, somut olayın özelliklerine göre mağdurun ekonomik gücünün indirim sebebi sayılıp sayılamayacağını değerlendirecektir. Bu sebeple de belirlilik ilkesine aykırılık olmadığı kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi 22.5.2014 tarihli 2014/3 Esas 2014/95 Karar sayılı kararda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 268. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “...iftira suçuna ilişkin hükümlere göre...” ibaresinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: “İşlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanan kimse, iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından “başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunda açıkça bir cezai yaptırım belirlenmediği, cezalandırma konusunda gönderme yapılan iftira suçuna ilişkin hükümlerin anılan suça ne şekilde uygulanacağını kuralda düzenlenmediği, iftira suçuna ilişkin nitelikli hâllerin ve etkin pişmanlık hükümlerinin bu suçta uygulanıp uygulanmayacağı hususunun gerek taraflar gerekse uygulamacılar açısından tereddütlere neden olduğu” gerekçeleri ile anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2014/3 Esas 2014/95 Karar sayılı kararda yaptığı incelemede hukuk devleti, cezada kanunilik ilkesi, suç politikası ve itiraza konu olan suçla ilgili genel bir açıklama yaptıktan sonra, *"kanun koyucunun bir suçun cezasını doğrudan belirlemesi yanında cezalandırma konusunda farklı bir suça göndermede bulunmak suretiyle de o suçun cezasını belirlemesi takdir yetkisi kapsamında olduğunu"* ifade etmiştir. İtiraza konu olan kanun maddesinde geçen *"iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır"* biçimindeki ibareyle, cezalandırmayla ilgili bütün hükümler yönünden iftira suçuna gönderme yapıldığını, dolayısıyla cezayı ağırlaştıran ve azaltan hâller de cezalandırmayla ilgili hükümler kapsamında olduğundan iftira suçu için geçerli olan nitelikli hâller ile etkin pişmanlık hükümlerinin başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçu yönünden de uygulanacağına bir tereddüt bulunmadığını" belirterek söz konusu düzenlemenin belirlilik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

İtiraz konusu kanun maddesine bakıldığında, başkasına ait kimlik bilgilerini kullanma suçunda doğrudan iftira suçuna ilişkin hükümlere gönderme yapıldığı görülmektedir. Burada da herhangi bir sınırlandırma da bulunulmadan, iftira suçunun tamamına yönelik bir gönderme yapıldığı, dolayısıyla da nitelikli hâller ile etkin pişmanlık hükümlerinin de bu kapsamda yer aldığı açıktır. Hakim her somut olayda, işlenilen suç neticesinde meydana gelen duruma bakacak ve bu doğrultuda suçun temel ya da nitelikli şeklinin oluştuğundan bahisle yargılama yapacaktır. Söz konusu düzenlemede herhangi bir belirsizliğin olmadığı kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi **11.9.2014 tarihli 2014/52 Esas 2014/139 Karar** sayılı kararında, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun ek 2. maddesine, 31.5.2012 tarihli ve 6321 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen üçüncü fıkranın Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: *"(Ek fıkra: 31/5/2012-6321/3 md.) İlgili belediyeden izin veya ruhsat almaksızın, belediye sınırları dâhilinde ticari amaçlı yolcu taşıyan kişiye, araç sahibine, bağlı bulunduğu durak, işyeri ve işletmelerin sorumlularına birinci fıkroda gösterilen idari para cezası üç kat olarak, fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde tekrerrü halinde ise beş kat olarak uygulanır. Ayrıca, araç her defasında altmış gün süre ile trafikten men edilir."*

İtiraz yoluna başvuran mahkemeler belirlilik ilkesi bakımından *"ilgili belediyeden alınması gereken izin belgesinin kanunda tanımlanmadığı, izin belgesi olarak bulundurulması gereken belgelerin idari düzenlemeler ile belirlenmesinin, bunlara yenilerinin eklenmesinin mümkün olması ve bu belgelerden birinin bulunmaması hâlinde ticari araçların izinsiz faaliyet gösterme fiilinin kapsamına alınması nedeniyle itiraz konusu kuralın kesinlik, öngörülebilirlik koşullarına sahip olmadığı, sınırı ve*

sayısı belirsiz belgelerin alınmaması hâlinde izinsiz faaliyette bulunma sonucunu doğuracak şekilde yaptırım uygulanmasının kişinin temel haklarını sınırladığı" gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2014/52 Esas 2014/139 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, ilk önce başvuru mahkemelerde görülen davalarda uygulanacak hükümler yönünden incelemesini cümlede yer alan "...yolcu taşıyan kişiye ..." ve "araç sahibine" ibareleri ile sınırlı olarak yapılmasına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi "itiraz konusu kuralda, ilgili belediyeden izin veya ruhsat almaksızın, belediye sınırları dâhilinde ticari amaçlı yolcu taşıma eyleminin cezasının açık, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olarak belirlendiğini, ilgili belediyeden alınması gereken izin veya ruhsatların tümünün önceden öngörülmesi ve kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenerek kanun metninde ifade edilmesinin olanaksız olduğu ve bu belgelerin taşımacılığın türüne göre değişebileceği" düşünüldüğünde kuralda belirlilik ilkesine aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.

Kanun maddesinde söz konusu eylemin cezalandırılması için eylemin "ilgili belediyeden izin veya ruhsat almaksızın ve belediye sınırları içerisinde ticari amaçla yolcu taşınması" koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmemektedir. Burada, suçun unsurları açısından belediyeden izin veya ruhsat alınmasının ve bu izin ve ruhsatların belediye tarafından verilmesi ile bunların değiştirilmesi ya da yenilerinin eklenmesi, belirlilik ilkesi bakımından değil de idarenin işlemleri ile suç ve ceza yaratılması yasağı kapsamında değerlendirilebilecekse bile belirlilik ilkesi açısından bir aykırılık oluşturmamaktadır. Genel olarak düzenlenen kanun metninde, alınması gereken izin belgelerinin ve ruhsatların türlerinin ve diğer ilgili detayların belirlenmesi ise mümkün değildir. Bu sebeplerle belirlilik ilkesine bir aykırılık olmadığı kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi **11.9.2014 tarihli 2013/157 Esas 2014/138 Karar** sayılı kararında 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 18. maddesinin 8 numaralı fıkrasını belirlilik ilkesi bakımından incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: "Bu madde hükümlerine göre spor müsabakalarını seyirden yasaklanan kişi, yasaklama kararının sebebini oluşturan fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan ve tarafları olduğu takımın katıldığı spor müsabakalarının yapılacağı gün, yurt içinde bulunduğu takdirde, müsabakanın başlangıç saatinde ve bundan bir saat sonra bulunduğu yere en yakın genel kolluk birimine başvurmakla yükümlüdür."

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından *"tarafdarlık kavramının tanımının soyut bir tanımı olup; bir kişinin hangi spor takımının tarafları olduğunun tespiti çoğu zaman (objektif ölçülerle) mümkün olmadığını, bir spor müsabakasını izleyen kişinin taraflardan herhangi birisinin taraftarı olmamasının da mümkün olduğunu, katılmasının yasaklandığı müsabakaların ilgili takımın izlediği müsabakasını yapan takımın müsabakaları mı yoksa bu takımın diğer spor branşlarındaki tüm müsabakaları mı olduğunun belirsiz olduğunu"* bu sebeplerle de anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi 2013/157 Esas 2014/138 Karar sayılı kararında belirlilik ilkesi bakımından yaptığı incelemede, itiraz yoluna başvuran mahkemenin belirlilik ilkesi bakımından öne sürdüğü iddialara değinmeden, *"Kanun'un 18. maddesinin bütününe bakıldığında hangi fiiller hakkında soruşturma açılacağı, açılan soruşturmanın sonuçlarının neler olacağı ve hangi yaptırımın uygulanacağı, yaptırımın nasıl gerçekleştirileceği hususlarının ayrıntılı olarak düzenlendiği anlaşıldığını, bu nedenle itiraz konusu kurallarla hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığı, uygulanacak yaptırım ve yaptırımın uygulanış biçimi, yaptırıma uyulmaması hâlinde karşılaşılabilecek cezai yaptırımın açıkça ortaya konulduğunu, kurallarda hukuki belirsizliğin söz konusu olmadığını"* belirterek itiraz konusu kanun maddesinin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararı öncelikle itiraz yoluna başvuran mahkemenin belirlilik ilkesi bakımından öne sürdüğü iddiaları değerlendirmede için eleştirilmelidir. Anayasa Mahkemesi bu bakımdan yaptığı incelemeyi çok genel ifadelerle yapmış, itiraz konusu kanun özeline indirgememiştir. Gerçekten kanuna bakıldığında kanundaki "tarafdar" kelimesinin uygulamada büyük belirsizliklere neden olabileceği, bir kişinin tarafdar olup olmadığının tespitinin belirsizliklere yol açabileceği görülmektedir. Ayrıca itiraz yoluna başvuran mahkemenin de belirttiği gibi, kanun metninden kişinin tam olarak hangi müsabakalardan yasaklandığı ve takımın hangi branş maçlarının olduğu gün en yakın kolluk birimine başvuracağı da anlaşılamamaktadır. Bu bakımdan kanunun belirlilik ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi **1.4.2015 tarihli 2015/22 Esas 2015/37 Karar** sayılı kararında 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun geçici 6. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinin ikinci paragrafında yer alan *"...veya kusurlu olarak yapan ya da bu Kanunda yer alan mesleğin genel prensiplerine aykırı harekette bulunan..."* ibaresinin Anayasaya

aykırılığını incelemiştir. İtiraz konusu kanun maddesi şu şekildedir: “...Görevini bağımsızlık, tarafsızlık ve dürüstlikle yapmayan veya kusurlu olarak yapan ya da bu Kanunda yer alan mesleğin genel prensiplerine aykırı harekette bulunan meslek mensupları için geçici olarak mesleki faaliyetten alıkoyma cezası uygulanır...”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından “Kanun’un geçici 6. maddesinin disiplin cezalarını düzenleyen (2) numaralı bendinin (b) alt bendinde, “görevinde ve davranışında kusurlu sayılmak”, kınama cezasının bir unsuru olarak sayılmasına rağmen (3) numaralı bendinin ikinci paragrafında, görevin kusurlu yapılmasının geçici olarak mesleki faaliyetten alıkoyma cezasını gerektiren fiiller arasında sayılmasının çelişki doğurduğu, gümrük müşavirliğinin mesleki kurallarının veya mesleğin genel prensiplerinin neler olduğu hususunda mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmadığını, görevin kusurlu yapılması yahut aynı anlama gelen görevinde kusurlu sayılmanın hangi disiplin cezasını gerektirdiği hususunda Kanunda bir netlik olmadığını, mesleki kurallara veya mesleğin genel prensiplerine aykırı harekette bulunanlara hangi disiplin cezasının uygulanacağı hususunda da bir karışıklık olduğu” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2015/22 Esas 2015/37 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede öncelikle Anayasanın 38. maddesinin hem adli hem de idari suçlar için geçerli olduğunu açıklamıştır.¹⁰⁴ Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, burada düzenlenen ilkelerin idari suçlar bakımından daha esnek olarak uygulanması gerektiğini, bunun işin mahiyetine daha uygun düştüğü kanaatindedir.¹⁰⁵ Bu sebeple Anayasaya Mahkemesi bu tip suçlarda “idari suçun kanunda tanımlanmış ve karşılığında bir cezanın gösterilmiş olması yeterli olup suç sayılan eylem ve cezası kanunda açıkça gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin konularda alınacak önlemlerin duyulan gereksinmelere uygunluğunu sağlamak amacıyla yürütme organına kimi kararlar almak üzere yetki vermesinin idari kararlarla suç ihdası ve dolayısıyla kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelmediği”

¹⁰⁴ “Gerek adli gerekse idari suçlarda, davranış normlarına aykırı ve haksızlık teşkil eden bir fiille kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değer ihlali söz konusu olduğundan her iki suç türü arasında büyük benzerlikler bulunmaktadır. Adli suçlarla idari suçlar arasındaki fark, esas itibarıyla nicelik yönünden olup adli suçlardaki haksızlık içeriği idari suçlara nazaran daha yoğundur. Öte yandan, adli suçlar karşılığında öngörülen yaptırımlar idari suçlardan farklı olarak hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirse de her iki alanda öngörülen yaptırımlar yoğun maddi cebir içermektedir. Bu nedenle Anayasa’nın 38. maddesinde öngörülen ilkelerin idari suçlar yönünden de uygulanması gerekmektedir.”

¹⁰⁵ “Bununla birlikte, idari suçlarda kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir hukuki değer ihlal edilmesi, hürriyeti bağlayıcı ceza dışında bir yaptırımın öngörülmesi ve öngörülen yaptırımın da genellikle idari bir makam tarafından, idari usuller izlenerek uygulanması nedeniyle Anayasa’nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanması işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda, yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözönüne alınarak, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir.”

görüşündedir. İtiraza konu olan kanun maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendinin (b) alt bendinde yer alan, “*meslek mensubuna görevinde ve davranışında kusurlu sayıldığıнын yazı ile bildirilmesi*” ibaresinin ceza gerektiren herhangi bir eylemin unsuru olmayıp kınama cezasının mahiyetini açıkladığını, maddenin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinin ikinci paragrafında ise mesleki faaliyetten geçici olarak alıkoyma cezasını gerektiren fiiller düzenlenmekte olup itiraz konusu kuralda geçen “*kusurlu olarak yapan*” ifadesi ile “*gümrük müşavirliği görevini kusurlu olarak yapmak*” fiiline işaret edildiğini, dolayısıyla kınama cezasının mahiyetini açıklayan birinci fıkranın (2) numaralı bendinin (b) alt bendindeki “*görevinde ve davranışında kusurlu sayıldığı*” ifadesinin, mesleki faaliyetten geçici olarak alıkoyma cezasını gerektiren “*gümrük müşavirliği görevini kusurlu olarak yapmak*” fiilinin bir unsurunu teşkil eden “*kusurlu olarak yapan*” ifadesi ile herhangi bir karışıklık ya da belirsizliğe yol açmadığını belirtmiştir. Anayasaya Mahkemesi “*öte yandan itiraz konusu kanunda ihlali karşılığında disiplin suçu öngörülen gümrük müşavirliği mesleğiyle ilgili genel kuralların, Kanun’un muhtelif maddelerinde düzenlendiğini, bu bağlamda, Kanun’da, “eşyanın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulmasına ilişkin faaliyetler”in dolaylı temsil yoluyla gümrük müşavirlerince takip edilmesi ve sonuçlandırılması yetkisi kapsamında gümrük müşavirlerine yüklenen ödevlerin, mesleğin genel kurallarını oluşturmakta olup bunların ihlali durumunda, itiraz konusu kural uyarınca mesleki faaliyetten geçici olarak alıkoyma cezası uygulanabileceğini, suç olarak düzenlenen fiilin, farklı hareket biçimleriyle işlenebilir olmasının, belirsiz olduğu anlamına gelmeyeceğini, Kanun’un, muhataplarının gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi eylemin disiplin suçu teşkil ettiğini ve bu eyleme bağlanan yaptırımın ne olduğunu, belli bir açıklık ve kesinlikte öğretilmelerine imkân verecek şekilde kaleme alınmış olmasının, kanunilik ilkesinin sağlanması bakımından yeterli olduğunu*” belirterek itiraz konusu kanun maddesinin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Bir kanunun muhtelif yerlerinde düzenlenen ve bir bütün halinde öngörülmesi çok zor olan **kanunda yer alan mesleğin genel prensiplerinin**, öngörülebilir ve kanunu okuyan birisi için belirli olduğundan söz edilemeyecektir. Anayasa Mahkemesi bu kararda dahil olmak üzere birçok kararında belirttiği gibi, en azından, kanun koyucunun genel bir çerçeve çizerek mesleğin genel prensiplerinin ne olduğunu belirlemesi gerekmekte ve hiç değilse bu maddeye atıfta bulunması gerekmekteydi. Bu halde bile doktrinde kanunilik ilkesine aykırı olup olmadığı tartışmalı iken, kanunun muhtelif yerlerine dağıtılmış bir halde olan mesleğin genel prensiplerinin, belirli olmadığı açıktır. Suç faili açısından, kanunun tamamını bilmesi ve buna göre hareket etmesinin

beklenemeyeceği, bir hukukçunun yardımı ile sağlanacak olan belirliliğin, kanun metninde hukukçu olmayan kişiler tarafından anlaşılamayacak ifadelerle ilgili bilgi alma mahiyetinde olup, bir kanunun tamamına ilişkin belirsizliğin giderilmesi şeklinde geniş yorumlanmaması gerektiği görüşleri ile bu kanun maddesinin belirlilik ilkesine aykırı olduğunu kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi **1.4.2015 tarihli 2014/118 Esas 2015/35 Karar** sayılı kararında Müstehcenlik suçunun düzenlendiği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 226. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan “...*doğal olmayan yoldan*...” ibaresinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: “... (4) *Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya **doğal olmayan yoldan** yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır...*”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından “*doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranış ibaresini yoruma açık olduğu, her yargı mensubunun bu ibareyi nasıl yorumlayacağını, nasıl bir hukuki anlam yükleyeceğinin net olmadığı*” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2014/118 Esas 2015/35 Karar sayılı kararında belirlilik ilkesi bakımından yaptığı incelemede, belirliliğin¹⁰⁶ nasıl sağlanabileceği bakımından bir değerlendirme yaptıktan sonra, suç siyaseti¹⁰⁷ ile alakalı bir açıklama yaparak, “*doğal olmayan yollardan*” yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin depolanmasını veya diğer seçenek hareketlerin yapılmasının yaptırımı bağladığını ve bunun kanun koyucunun takdir yetkisi içerisinde olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun müstehcenlik suçunu düzenleyerek genel ahlakı

¹⁰⁶ “Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürümenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.”

¹⁰⁷ “Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa’nın temel ilkelerine, suç ve ceza arasında adil denge bulunmasına ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.”

korumayı amaçladığını ve genel ahlakın “belirli bir dönemde doğru, makul ve adil düşünceye sahip toplum genelinin benimsediği ahlak ve edep anlayışı olduğunu, soyut ve değişken bir kavram olan genel ahlaka ve adaba aykırılığın tespitinde toplumun belirli bir kesiminde kabul edilen değer yargılarının değil, demokratik toplum düzenine ilişkin davranış kurallarının esas alınması gerektiğini” ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi “İtiraz konusu kuralla korunmak istenen hukuki yararı ihlal edebilecek nitelikte “doğal olmayan yoldan” yapılan cinsel davranışlar çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden bu kavrama giren tüm davranışların kanun koyucu tarafından önceden öngörülmesi ve sayılması mümkün değildir. Diğer yandan “doğal olmayan yol” ibaresinin kişiden kişiye veya toplumdaki topluma farklılık gösterebileceği düşünülebilir ise de kanun metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve korunmak istenen hukuki yarar da göz önüne alındığında söz konusu davranışların şiddet kullanarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar gibi tüm demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan hatta bizzat kendisinin suç olarak kabul edildiği düzeye ulaşmış cinsel davranışları ifade ettiği anlaşılmaktadır.” Şeklindeki görüşü ile itiraza konu kanun maddesini Anayasaya ve belirlilik ilkesine aykırı bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi kendi kararında “doğal olmayan yol” tanımını yaparken bunu oldukça sınırlandırmıştır. Ancak uygulamada durumun bu şekilde olmadığı da bilinen bir gerçektir. Bu hususa, karara karşı yazılan karşı oyda¹⁰⁸ da değinilmiştir.¹⁰⁹ Cinsel ilişkide hangi yolun doğal olup olmadığı ya da ahlaka aykırı olup olmadığı, toplumda yaşayan her kesimden insan için farklılık arz edebilecek bir konudur. Kararda da belirtildiği gibi “doğal olmayan yoldan” yapılan cinsel davranışlar çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden bu kavrama giren tüm davranışların kanun koyucu tarafından önceden öngörülmesi ve sayılması mümkün olmadığı” bir gerçektir. Bir suçun unsurlarını belirlemek kanun koyucunun takdirindedir ancak kanun koyucu bunu

¹⁰⁸ Serruh KALELİ- Serdar ÖZGÜLDÜR karşı oyu: ““doğal olmayan yoldan” ibaresinin bizzat kendisi dahi tam anlamıyla belirsizlik yaratmaktadır. Nitekim dosyanın incelenmesinde, özellikle öğretilde yer alan aksi yöndeki görüşlere ve bizzat yasanın hazırlanmasında görev yapan ceza hukukçusu bir bilim adamının uygulamanın yanlış istikamette seyrettiğine dair beyanlarına karşın, Yargıtay içtihatlarında, karşılıklı rızaya dayalı olsa bile, “anal, oral, grup seks, lezbiyen, eşcinsel ilişki, ensest ilişki” ihtiva eden ürünlerin 226 ncı maddede belirtilen şekillerde bulunması halinde, “doğal olmayan yoldan” yapılan cinsel davranışın varlığı kabul edilerek hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır. “Ensest” hariç, cebir, şiddet içermeyen ve rızaya dayalı bu hallerin, gerçekte “özel hayatın gizliliği” koruması altında olduğu ve bunun bir özgürlük sorunu teşkil ettiği hususu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik kararları ile ortaya konulmuştur. Tüm bu vakalara rağmen, uygulamanın farklı bir istikamette seyretmesi, kuralın her türlü yoruma açık olduğunu, diğer bir deyişle “belirli olmadığını” açıkça ortaya koyucu mahiyettedir.”

¹⁰⁹ Doktrinde Anayasa Mahkemesi’nin eşcinsellik ile alakalı kararlarında olaylara uygulanan normların soyut dili ve bu noktada belirlenen ilkelerin yansız ve çoğulcu olduğu, buna karşın bu ilkelerin her somut vakaya ayrı ayrı uygulanmasında Anayasa Mahkemesi’nin “negatif bir tutarlılık” içerisinde olduğunu söylenebileceği ifade edilmiştir. Bu karar ve Anayasa Mahkemesi’nin eşcinsellik ile ilgili kararlarına yönelik değerlendirmeler için bkz: ŞİRİN Tolga, Homofobinin Anayasal Üretimi: Anayasa Mahkemesi ve Eşcinsellik, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt:7 Sayı:14, Yıl:2018 (513-562) s.523

yaparken en azından net bir şekilde çerçevesini çizmeli, uygulayıcılara keyfiyete varacak bir alan bırakmamalıdır.¹¹⁰ Eğer kanun metninden anlaşılması gereken Anayasa Mahkemesi’nin yaptığı yorum ise bunun kanun metnine eklenmesi kanun koyucunun bir problemidir. Bu sebeplerle itiraza konu kanunun belirlilik ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz.¹¹¹

Anayasa Mahkemesi **14.1.2015 tarihli 2014/116 Esas 2015/4 Karar** sayılı kararında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 272. maddesinin (6) numaralı fıkrasının “...sürelî hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunur.” bölümünün Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraz konusu kanun maddesi şu şekildedir: “(1) *Hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye, dört aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir...* (6) *Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; sürelî hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunur.*”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından: “*yalan tanıklık yapan kişinin, bu eylemi gerçekleştirdiği sırada, aleyhine tanıklık yaptığı kişiyle ilgili yargılamanın devam etmekte olduğunu ve yargılama neticesinde bu kişinin hangi yasa maddesinden ne kadar ceza alacağını öngöremediğini, çünkü işlemekte olduğu suçun yaptırımının bir başkasının gerçekleştirdiği başka bir eylemle ilgili yargılamanın sonucuna sıkı sıkıya bağlı olduğunu, aleyhine tanıklık yaptığı kişinin gerçekleştirdiği eylemin hangi yasa maddesini ihlal ettiğini, yargılama merci tarafından bu fiil için yasa da öngörülen ceza aralığından ne miktar ceza takdir edileceğini ve hatta bu kişinin yargılama sürecindeki tavırları itibarıyla yargılama merciinin artırım ve indirim hükümleri nazarında takdir yetkisini ne şekilde kullanacağını bilememekte olduğunu*” bu sebeplerle de Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

¹¹⁰ İtiraz konusu kuralın bünyesinde belirsizlik olduğunun net olduğu, Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olup olmadığının tartışmalı olması sebebi ile bu kararın da belirsizliği tam olarak giderdiğinin söylenemeyeceği, suç olmayan fakat doğal olmadığı için ahlaka aykırı görülebilecek cinsel faaliyetin depolanmasının suç sayılmasının özel yaşama saygı hakkına ceza tehdidi yolu ile bir müdahale olduğu ifade edilmiştir. bkz: ŞİRİN Tolga, agm, s.528 vd.

¹¹¹ Mahkeme’nin doğal olmayan yoldan cinsel ilişki ifadesiyle, hukuken hangi belirli ve öngörülebilir durumu kastettiğinin belirli olmadığı, bu ifadenin uygulamaya bırakılmasının, belli bir grubun uygulamanın ve yargı organlarının takdirine terk edilmesi demek olduğu yönündeki görüş için bkz: KURNAZ Işıl, LGBTQ Haklarının Korunmasında Anayasa Yargısı ve Stratejik İnsan Hakları Davaları: Türkiye Örneği, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt:33, Sayı:148, Mayıs 2020, (9-46), s.27 vd.

Anayasa Mahkemesi 2014/116 Esas 2015/4 Karar sayılı kararında “...sürelî hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına...” ibaresi ile sınırlı olarak yaptığı incelemede “*itiraz konusu kuralın yer aldığı (6) numaralı fıkrafta, aleyhine yalan tanıklık yapılan kişinin sürelî hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde sanık için öngörülen cezalandırma yönteminin hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açmakta olduğunu, bazı durumlarda suçun nitelikli halinin temel halinden daha az cezaya tabi tutulduğunu*” belirterek itiraza konu kanun maddesini hukuk devleti ilkesine ve Anayasaya aykırı bulmuştur. Belirli ilkesi bakımından ise bir inceleme yapılmamıştır.

Anayasa Mahkemesi itiraz konusu hükmü iptal ettiği için belirli ilkesi bakımından bir inceleme yapılmamıştır. Ancak, itiraza konu kanun maddesinin belirli ilkesine de aykırı olduğunu ifade etmemiz gerekir. Gerçekten burada, suç konusu eylemi işleyen fail, suçu işlediği anda ne tür bir yaptırımla karşılaşacağını tam olarak bilememektedir. Alacağı ceza, başka bir eylemin yargılanması neticesinde verilecek olan cezaya göre belirlenecektir. Bağlantılı olan yargılamanın ise ne şekilde sonuçlanacağı, bu yargılamada hangi artırım ya da indirim sebeplerinin uygulanacağı, hakim takdir yetkisini nasıl kullanacağı, takdir ve teşdit uygulanıp uygulanmayacağı belirsizdir. Bu gerekçeler ile itiraz konusu hüküm ceza bakımından belirsiz olmakta ve belirli ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.¹¹²

Anayasa Mahkemesi **13.5.2015 tarihli 2014/162 Esas 2015/47 Karar** sayılı kararında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 144. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: “*Hırsızlık suçunun; a) Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde...İşlenmesi halinde, şikâyet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirli ilkesi bakımından “*itiraz konusu kuralın hırsızlık suçuna ilişkin diğer maddelerle çeliştiği, suçun unsurlarının kuralda açıkça düzenlenmemesi nedeniyle*” Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

¹¹² İtiraz konusu düzenlemenin doktrinde de tartışmalı olduğu, orantısız bir düzenleme olduğu yönünde bkz: İNCE TUNÇER Asuman, **Yalan Tanıklık Suçu**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2019, s.155 vd.

Anayasa Mahkemesi 2014/162 Esas 2015/47 Karar sayılı kararında belirlilik ilkesi bakımından yaptığı incelemede “İtiraz konusu kuralla hafif hırsızlık hâlinin düzenlendiğini, suçun hafifletici ve ağırlaştırıcı hâllerini öngören durumlarda yeni bir suç gibi suçun unsurlarının sayılmasına gerek olmadığını, kural ile belirtilecek olan sadece hafifletici ya da ağırlaştırıcı nedenin kendisi olduğunu, kanun koyucunun 141’inci maddede hırsızlık suçunun unsurlarını saydığını” bu hali ile belirlilik ilkesine bir aykırılık olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi kararının belirlilik ilkesi açısından isabetli bir karar olduğunu düşünüyoruz.

Anayasa Mahkemesi **12.11.2015 tarihli 2015/32 Esas 2015/102 Karar** sayılı kararında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun, 21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle değişik 136. maddesinin (1) numaralı fıkrasının anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: “*Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından “ceza mevzuatında kişisel verilerle ilgili bir tanım ve sınırlandırma yapılmadığı, kişisel veri kapsamında değerlendirilebilecek birçok verinin olduğunu, kişisel veri olarak değerlendirilebilecek verilerin birçoğunun zaten herkes tarafından bilinen veriler olduğu” gerekçeleri ile anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2015/32 Esas 2015/102 Karar sayılı kararında belirlilik ilkesi bakımından yaptığı incelemede, kanunilik ilkesi ile kıyas yasağı arasındaki bağlantıya¹¹³ değindikten sonra, “5237 sayılı Kanun’un “*Kişisel verilerin kaydedilmesi*” başlıklı 135. maddesinin gerekçesinde, gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiği belirtildiğini, Kanun’un 134. ilâ 139. maddeleri arasında yer alan kişisel verilerin korunmasına yönelik hükümlerde, kişisel verilerin açık bir tanımı yer almamakla birlikte kişisel verilere yönelik olarak “kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesler”, “siyasi, felsefi veya dini görüş”, “ırki köken”, “ahlaki eğilim”, “cinsel yaşam”, “sağlık durumu” ve “sendikal bağlantılar” gibi kavramlara yer verildiğini, Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği üzere, “*kişisel verinin*”, “*belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmekte olduğunu, kişiyi*

¹¹³ “Kanunilik ilkesi, özgürlüğün sınırlarının önceden bilinerek, insanın davranışlarını bu çerçevede düzenlemesini temin için getirilmiştir. Kanunilik ilkesi aynı zamanda kıyas yoluyla yeni bir suç ihdasına ve ceza normlarının genişletilmesine engel oluşturur.”

doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm verilerin kişisel veri olarak kabul edildiğini, uluslararası hukukta da bu konuya yaklaşımın benzer mahiyette olduğunu, kişisel veri kavramının genişliği ve sürekli artabilir nitelikte olması sebebiyle kanunda tek tek sayılmasının mümkün olmadığı ve “Kişisel veri” kavramının bu çerçevede doktrin, uygulama ve yargı kararlarında belirlenerek anlam ve içeriğinin gelişip değişeceğinde kuşku olmadığı” gerekçeleri ile belirlilik ilkesine ve anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Kişisel veri kavramı Anayasa Mahkemesi’nin de kararında belirttiği gibi “bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade eden, kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler” olarak kabul edilmektedir. Ancak ceza hukuku açısından bunun sınırları belli olmayan, içine her bilginin sokulabileceği bir kavram olduğu, bu yönüyle de günlük hayatta olağan karşılanan bilgi aktarımlarının bile suç oluşturacağı görülmektedir. Örneğin bir kişinin telefon numarasını, adını, mesleğini, paylaşmak bile bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Bu bakımdan sınırları belli olmayan, keyfiyete sebebiyet verebilecek itiraz konusu düzenlemenin belirlilik ilkesine aykırı olduğunu düşünüyoruz.

Anayasa Mahkemesi **25.11.2015 tarihli 2015/50 Esas 2015/107 Karar** sayılı kararında 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un, 3.4.2008 tarihli ve 5752 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle değiştirilen 8. maddesinin beşinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “...*ellibin Yeni Türk Lirasından ikiyüzellibin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.*” ibaresinin, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: “Bu Kanun veya ilgili mevzuat gereğince Kurum tarafından istenilen ticari faaliyetlerini gösterir satış veya faaliyet raporlarını veya bilgi, belge ve numuneleri yazılı uyarıya rağmen belirlenen süre içinde vermeyenlere, yanlış veya yanıltıcı bilgi veya belge verenlere, gerekli tesis ve yerleri incelemeye açmayanlara **ellibin Yeni Türk Lirasından ikiyüzellibin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.**”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından “Yasayla para cezasının alt ve üst sınırları gösterildiğini, bu alan içinde cezayı uygulama yetkisinin idareye bırakıldığını, idarenin bu sınırlar arasında takdir yetkisini kullanırken hangi ölçütleri esas alacağını açık, belirgin ve somut olarak yasada yer almadığını, alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanının geniş, sınırsız ve ölçüsüz olduğunu, cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında 200.000 TL gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde geniş olmasının uygulamada, yorum ve değerlendirme

farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek nitelikte olduğunu” belirterek Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2015/50 Esas 2015/107 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede belirlilik ilkesi¹¹⁴ bakımından bir açıklama yaptıktan sonra, “hangi eylemlerin idari para cezasını gerektirdiği ve uygulanacak para cezasının alt ve üst sınırı açıkça gösterildiğini, idarelerin, kanunlarla verilen görevleri yerine getirirken alacağı kararların, her türlü olay ve olgu göz önünde bulundurularak önceden hukuk kurallarıyla belirlenmesinin mümkün olmadığını, kamu hizmetlerinin ve toplumsal ihtiyaçların değişkenliği dikkate alındığında bunun uygun bir yöntem de olmadığını, bu nedenle, idarelerin karşılaştıkları farklı durumlar karşısında en uygun çözümü üretebilmeleri için takdir yetkisiyle donatılmalarının zorunlu olduğunu, İtiraz konusu kuralda yer alan idari para cezasının verilmesini gerektiren eylemlerin kabahat niteliğinde olduğunu, kabahatler bakımından genel hükümlerin düzenlendiği Kabahatler Kanunu’nda¹¹⁵ öngörülen ölçütler gözetilerek uygulanacak olan itiraz konusu kuralın belirsizliği ve öngörülemezliğinden söz edilemeyeceğini, İdareye tanınan takdir yetkisinin, somut olayın özellikleri, eylemin ağırlığı, oluşan zararın büyüklüğü gibi durumlar göz önünde bulundurularak kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması ve işlenen fiil ile tayin edilecek ceza arasında adil bir dengenin gözetilmesi, idarece cezanın alt sınırının üzerine çıktığında bunun nedenlerinin ortaya konulması ve gerekçelerinin açıklanmasının zorunlu olduğunu ve belirtilen hususların, söz konusu para cezalarına karşı açılacak davalarda yargı yerlerince gözetileceğini” ifade ederek itiraz konusu kanun maddesinin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.¹¹⁶

¹¹⁴ “Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanun metnlerinin, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olması ve buna bağlı olarak, uygulanması öncesinde muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.”

¹¹⁵ “5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 17. maddesinde, kabahat karşılığında idari para cezası uygulanırken hangi ölçütlerin esas alınacağı gösterilmiştir. Söz konusu maddenin (2) numaralı fıkrasına göre, idari para cezasının, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle belirlendiği durumlarda, idari para cezasının miktarı tespit edilirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulacaktır”

¹¹⁶ Bu karara karşı yazılan karşı oyda, ilkenin her ne kadar belirlilik ilkesine aykırı olmasa da ölçülü bir ceza olmadığı ve maddi yıkıma yol açacak düzeyde para cezası tayin edilemeyeceği gerekçesiyle Anayasaya aykırı olduğu belirtilmiştir. Serdar ÖZGÜLDÜR karşı oyu: “belirlilik” unsuru yönünden kuralda Anayasa’ya aykırılık bulunmamaktaysa da; güncelleme sonucu 2015 yılı itibarıyla “76.142 liradan 380.715 liraya kadar” bir aralıkta verilebilecek olan idari para cezasının makûl ve ölçülü olduğunu kabul etmeye imkân bulunmamaktadır. Kuralda seçimlik olarak belirtilen ve idari kabahate sebebiyet veren davranış şekillerine idari para cezası tayini yasakoyucunun takdir alanı içerisindeyse de; ilk nazarda 5 kat olarak belirlenen alt ve üst sınırlar tek başına bu takdirin objektif ve Anayasa’ya uygun olduğunu ortaya koyamaz. “Caydırıcılık” gerekçesiyle böylesine yüksek alt ve üst sınırlar belirlenmesi “ölçülülük” ilkesine, dolayısıyla de hukuk devletine aykırı olup, yasakoyucunun takdir yetkisi içinde değerlendirilemez. Anılan kural dolayısıyla verilecek idari para cezalarının yargı denetimine tâbi olduğu, dolayısıyla uygulama hatalarının yargı kararıyla giderilebileceği yönündeki bir değerlendirmenin de varılan bu sonucu etkileyici yönü bulunmamaktadır. Kamu yararı ve piyasanın düzenlenmesi gibi gerekçeler de bu denli yüksek idari para cezaları öngörülmesine haklılık kazandırmaz. Türk Ceza Kanunu sistematğinde kimi suçlar için öngörülen “adli para cezaları” için öngörülen sistemin idari kabahatler için aynen benimsenmesi gerekli değilse de;

Anayasa Mahkemesinin kararının, kararda belirtilen sebeplerle, doğru olduğunu düşünüyoruz. Yalnız başvuru mahkemenin alt ve üst sınır arasındaki farkın belirlilik ilkesine aykırı olduğu iddiasına ilişkin bir inceleme yapılmaması eleştiri konusudur. Yukarıda belirlilik ilkesinin doktrin yönünden incelendiği kısımda bu hususunda belirlilik ilkesine aykırılık oluşturabileceğini belirtmiştik. Ancak ilgili kanun maddesi incelendiğinde, alt ve üst sınır arasında 5 kat fark olduğu görülmektedir. Bunun da makul sayılabilecek nitelikte olup belirlilik ilkesine aykırı olmadığı kanaatindeyiz. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda arada "50 kat" fark olmasını belirlilik ilkesine aykırı bulduğu kararı mevcuttur.

Anayasa Mahkemesi **13.1.2016 tarihli 2015/85 Esas 2016/3 Karar** sayılı kararında 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu'nun 83. Maddesinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraz konusu kanun maddesi şu şekildedir: "*Gerek inzibat komisyonları tarafından ve gerek salahiyyet dairesinde re'sen verilecek inzibat cezalarını icap ettiren fiil ve hareketlerin ne olduğunu ve cezaların derece ve miktarı, polis mesleğinin haiz olduğu hususiyet ve ehemmiyet gözetilerek tanzim edilecek nizamnamede tayin olunur. Memuriyette ihraç cezası müstesnadır.*"

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından "dava konusu kural ile düzenlenmesi öngörülen hususların, hangi fiillerin hangi disiplin cezalarını gerektireceği gibi konuları içerdiğini, söz konusu disiplin işlemlerinin, Anayasa'nın ilgili hükümleri gereğince kanunla düzenlenmesi gerektiğini, bu hâliyle itiraz konusu kanunda emniyet mensupları için getirilmiş herhangi bir kanuni güvence bulunmadığını, yasal olarak belirliliğin de sağlanmadığını, kuralın, sadece hangi fiillere hangi disiplin cezalarının uygulanacağı belirlenirken polislik mesleğinin öneminin gözetilmesi gerektiğini belirttiğini ancak bunun dışında herhangi bir kanuni düzenlemeye yer vermediğini, dava konusu kuralın bu hâliyle disiplin uygulamaları ile ilgili olarak genel ilkeleri ortaya koymamakta, disiplin cezalarını gerektiren hâl ve durumları belirlememekte olduğunu" belirterek anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2015/85 Esas 2016/3 Karar sayılı kararında belirlilik ilkesi bakımından yaptığı incelemede, "idari suçlar yönünden "suçta ve cezada kanunilik" ilkesinin daha esnek uygulandığını ancak idari suçlar yönünden de suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin yalnızca kanun metninde yer alması yeterli olmadığını, kanun metninin, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi

yasakoyucu, ticari faaliyeti sona erdirecek ya da çok önemli düzeyde zaafa uğratacak şekilde maddi yıkıma yol açacak düzeyde idari para cezası tayin edemez."

hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olması gerektiğini, itiraz konusu kanunda söz konusu cezaların verilmesini gerektiren disiplin suçlarının tüzükle belirlenmesini öngören kuralla getirilen tek ölçütün, “polislik mesleğinin haiz olduğu önem ve özelliğin gözetilmesi” olup, bunun dışında herhangi bir kurala yer verilmediğini, itiraz konusu kural, disiplin suçlarıyla ilgili genel ilkeleri ortaya koymadığını, genel çerçeveyi çizmediğini, disiplin cezalarını gerektiren eylemleri genel hatlarıyla da olsa belirlemediğini, bu noktadan hareketle bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine yasal çerçevede imkân bulunmadığını” belirterek itiraz konusu düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin belirlilik ilkesi bakımından verdiği karara katılmakla birlikte, itiraz konusu düzenlemede disiplin suçlarının tüzük ile belirlenmesi konusunda suç ve cezada kanunilik ilkesi açısından ayrı bir aykırılık olduğunu, bunun idarenin işlemleri ile suç ve ceza koyma yasağı çerçevesinde değerlendirilerek bu yönden de Anayasaya aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

Anayasa Mahkemesi **7.9.2016 tarihli 2016/44 Esas 2016/153 Karar** sayılı kararında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 123. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “...ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması...” ibaresinin anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraz konusu kanun maddesi şu şekildedir: “Sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde, mağdurun şikayeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.”

İtiraz yoluna başvuran mahkemenin belirlilik ilkesi bakımından “itiraza konu fıkra da yer alan hükmün hangi davranışların hukuka aykırı davranış olduğuna ilişkin hakime geniş bir takdir hakkı ve yetkisi tanıdığını, hukuka aykırı başka bir davranışın kişiden kişiye, toplumdan topluma, hakimden hakime değiştiğini, hangi davranışların hukuka aykırı davranış olduğunun açık, belirgin ve öngörülebilir olmadığını” bu sebeplerle de itiraz konusu düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2016/44 Esas 2016/153 Karar sayılı kararında belirlilik ilkesi bakımından yaptığı incelemede, “itiraz konusu kuralla, sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla hukuka aykırı bir davranışta bulunulmasının, “kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu” şeklinde düzenlenerek yaptırma bağlandığını, kuralın yer aldığı maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere maddeyle, kişilerin huzur ve sükûnlarının bozulması hususunda

gösterilen çabalar cezalandırılmasının amaçlandığını, itiraz konusu maddede huzur ve sükûnu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla telefon edilmesi, gürültü yapılması şeklinde davranışlar sayıldıktan sonra aynı maksatla yapılan hukuka aykırı diğer davranışların da bu suçu oluşturacağının kabul edilmesinin, hukuki belirsizliğe yol açacağıının söylenemeyeceğini, kanun metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve maddeyle korunmak istenen hukuki yarar da göz önüne alındığında, itiraz konusu kuralın huzur ve sükûnu bozucu nitelik taşıyan hukuk düzenine aykırı davranışları ifade ettiğinin anlaşıldığını, öte yandan, bir kimsenin sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla yapılacak “hukuka aykırı davranışların” çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden bu kavrama giren tüm davranışların kanun koyucu tarafından önceden belirlenmesi ve tek tek sayılması zorunluluğundan söz edilemeyeceğini” bu gerekçelerle de itiraz konusu kanun maddesinin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin kararının isabetli olduğunu düşünüyoruz. İtiraz konusu kanun maddesine bakıldığında “*sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla*” yapılan hukuka aykırı davranışların suç oluşturacağının düzenlendiği, bunun yanında da ne tarz hareketlerin bu suçu oluşturabileceğine ilişkin örnekler verildiği görülmektedir. Böylece kanun açık ve belirli olarak suç teşkil eden eylemi belirlemiş olmaktadır. Hukuka aykırı olan tüm fiillerin kanun metninde açıkça sayılmasının mümkün olmadığı da göz önüne alındığında, itiraz konusu kanun maddesinde belirlilik ilkesine herhangi bir aykırılık bulunmamaktadır.¹¹⁷

Anayasa Mahkemesi **31.5.2017 tarihli 2017/103 Esas 2017/108 Karar** sayılı kararında 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinin, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir:

“...c) Bu Kanun, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine aykırılık yapılmış olduktan sonra niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olmayacak şekilde aykırı davranılması durumunda ihtara gerek kalmaksızın beş yüz bin Türk Lirası idari para cezası verilir.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından, “*Kanun maddesindeki “Bu Kanun, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine aykırılık yapılmış olduktan sonra niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olmayacak şekilde aykırı davranılması” ifadesiyle; maddedeki yaptırımın*

¹¹⁷ İtiraz konusu kuralın belirlilik ilkesine aykırı olduğu ve Anayasa Mahkemesi kararının isabetli olmadığı ifade edilmiştir. Bkz: ÖZEN Muharrem, Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:68, Sayı:2, Yıl: 2019 (479-527) s.497 vd.

İtiraz konusu kuralın belirlilik ilkesine aykırı olduğu yönünde diğer bir görüş için bkz: KOCASAKAL Ümit, Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK 123), **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:2, Yıl:2015, s.123 vd.

uygulanmasına esas teşkil edecek fiillerin somut bir şekilde belirlenmediğini, bu durumun cezanın muhatabı olabilecek kişilerin somut, açık ve net olmayan fiilin gerçekleşmesi halinde yatırıma muhatap olmalarını engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmalarını sağlayacak asgari bir öngörüye sahip olamamalarına neden olduğunu, yine düzeltme imkanı olmayacak şekilde aykırı davranılması halinin hangi kriterlere göre belirlenerek “düzeltme imkanı olan ya da düzeltme imkanı olmayan aykırılık” hali şeklinde tespitin yapılacağı konusunda açıklık içermediğini, ikincil mevzuatın hangi düzenlemeleri kapsadığı, bu düzenlemelerin neler olduğu, fiilin düzeltme imkanının olup olmadığının nasıl belirleneceği konularında tereddütler uyandıran, kanunilik ilkesine aykırı şekilde netlik içermeyen bir düzenleme olduğu” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2017/103 Esas 2017/108 Karar sayılı kararında belirlilik ilkesi bakımından yaptığı incelemede, önceki kararlarında da olduğu gibi kabahatler ve idari suçlar bakımından kanunilik ilkesinin daha esnek uygulanması gerektiğini belirttikten sonra, kanun koyucunun takdir yetkisine dayanarak koyduğu bu kuralın amacının kamu yararını sağlamak olduğunu ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi “itiraz konusu kuralda idari yaptırım öngörülen eylemlerin, 6446 sayılı Kanun’a, ikincil mevzuata veya lisans hükümlerine aykırı davranılması olarak belirlendiğini, bu eylemlerden lisans hükümlerinin neler olduğunun Kanun’un 5. maddesinde gösterildiğini, dolayısıyla, kuralda belirtilen 6446 sayılı Kanun’a ve lisans hükümlerine aykırı davranılması şeklindeki eylemlerin kanunda belirlendiğini, idari yaptırım gerektiren fiillerin bir kısmı için ise ikincil mevzuata yollama yapıldığını, 6446 sayılı Kanun’un ilgili maddelerinde hangi konularda ikincil mevzuatla düzenleme yapılacağının da belirlendiğini, yasama organının uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin konularda alınacak önlemlerin duyulan gereksinmelere uygunluğunu sağlamak amacıyla idareye kimi kararlar almak üzere yetki vermesi idari kararlarla suç ihdası ve dolayısıyla kanunilik ve belirlilik ilkesinin ihlali anlamına gelmediğini, Kaldı ki regülatif idari yaptırımlarda, yaptırımın uygulanacağı belirli, özel bir alan olduğundan kanunla çizilen çerçevenin genel olması belirlilik ilkesine aykırılık taşımayacağını, ayrıca itiraz konusu kanunda niteliği itibarıyla düzeltme imkânı bulunmayan durumlarda idari yaptırıma konu olacağını düzenlendiğini, elektrik piyasası mevzuatı kapsamında hangi fiillerin nitelik itibarıyla düzeltme imkânının olmadığına belirlenmesinin ise EPDK’nın o fiille ilgili yapacağı inceleme üzerine ortaya çıkacağını, yapılan bu incelemeye karşı ilgililerin yargı yerlerine başvurma hakkı bulunduğunu” bu gerekçelerle de itiraza konu olan kanunun anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin kararını isabetli bulmadığımızı belirtmemiz gerekir. Öncelikle itiraz konusu kanun maddesinde yer alan “**Bu Kanun, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine aykırılık**” ibaresi özellikle ikincil mevzuata yaptığı atıf yönünden, çok geniş bir alan yaratmakta, ikincil mevzuattaki düzenlemelerden açık ve net biçimde

ne anlaşılması gerektiği ya da hangi eylemlerin bu kapsamda yer aldığı tam olarak bilinmemektedir. Burada cezaya tabi olacak kişilerden kanunda açıkça ifade edilmeyen tüm mevzuata hakim olmasını beklemek hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Öyle ki hangi mevzuata atıf yapıldığının bile belli olmadığı görülmekte, sınırları tamamen belirsiz bir alan yaratılmaktadır. Öte yandan karara karşı yazılmış karşı oyda¹¹⁸ da belirtildiği üzere **“niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olmayacak şekilde aykırı davranılması”** ifadesi de belirlilik ilkesine aykırıdır. Bir an için Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği gibi bunun EPDK tarafından tespit edileceği kabul edilse bile, EPDK’nın bu tespiti neye göre yapacağı kanun maddesinde belli değildir. Yine bu karara karşı yazılan karşı oyda¹¹⁹ da belirtildiği üzere, niteliği itibarıyla düzeltme imkanının olup olmadığı EPDK tarafından belirlendiği takdirde bile, bu fiilin işlendiği anda belirli olmadığı anlamına geleceği için tam bir muğlaklık oluşmaktadır. Bu sebeplerle itiraza konu kanun maddesi belirlilik ilkesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi **13.12.2017 tarihli 2016/7 Esas 2017/171 Karar** sayılı kararında 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un 25. maddesinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: *“Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluşunun her derecesinde görev alan personel, Memurin Kanununun hizmetliler için yasak ettiği siyasi faaliyetten başka, dini görevi içinde veya bu görevin dışında, her ne suretle olursa olsun, siyasi partilerden herhangi birini veya onların tutum ve davranışını övemez ve yeremez.*

Bu gibi hareketleri tahkikatla sabit olanların, ilgili ve yetkili mercilerce işine son verilir.”

¹¹⁸ Zühtü ARSLAN- Recep KÖMÜRCÜ- Celal Mümtaz AKINCI karşı oy: *“...İtiraz konusu kuralda yer alan “niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olmayacak şekilde aykırı davranılması” ibaresi belirlilikten uzaktır. İtiraz yoluna başvuran mahkemenin de belirttiği gibi, “düzeltme imkânı olmayacak şekilde aykırı davranılması halinin hangi kriterlere göre belirlenerek “düzeltme imkânı olan ya da düzeltme imkânı olmayan aykırılık” hali şeklinde tespitinin yapılacağı konusunda açıklık içermediği görülmektedir. Mahkememiz çoğunluğu, niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olmayan fiillerin hangileri olduğunun Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu’nun (Kurul) yapacağı inceleme üzerine ortaya çıkacağını, “bu incelemeye karşı ilgililerin yargı yerlerine başvurma hakkı da bulunduğu” kuralın belirlilik ilkesine aykırı olmadığını belirtmiştir. Bu incelemeyi Kurul’un yapacak olması, incelemeyi nasıl ve hangi kriterleri esas alarak yapacağı konusundaki belirsizliği ortadan kaldırmamaktadır. Ayrıca Kurul’un yapacağı inceleme sonucunda vereceği kararın yargıya açık olması da belirlilik konusundaki eksikliği gidermemektedir...”*

¹¹⁹ Hasan Tahsin GÖKCAN karşı oy: *“...Bir aykırılığın hangi halde “düzeltme imkanı olmaz nitelikte” olduğu ise, EPDK’nın o fiil üzerinde yapacağı inceleme sonunda belirlenebilmektedir (bkz. karar metninin 20. paragrafındaki çoğunluk gerekçesi). Başka deyişle yasağı ihlal etmek istemeyen failin, bu niteliği önceden bilme imkanı da bulunmamaktadır. Böyle bir düzenleme, ceza ve yaptırım hukukunun Anayasal düzeydeki asgari gereklerini karşılamaktan uzaktır...”*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından “...her ne suretle olursa olsun...” ibaresi yönünden itiraza konu yasa maddesindeki yaptırımın uygulanması için gerçekleştirilecek olan övmek veya yermek eyleminin ne şekilde gerçekleştirileceğın belirsiz olduğunu, bu eylemi görevi başında iken mi yoksa sosyal hayatında mı gerçekleştirmesinin yaptırımı bağlandığının belirsiz olduğunu, “...siyasi partilerden herhangi birini...” ibaresi yönünden siyasi partinin sadece merkez organlarının faaliyet ve programlarının mı, yoksa bunun dışında il, ilçe, belde teşkilât ve organları ile mahalli idare organlarının meclis gruplarını da kapsayıp kapsamadığının, yine övmek ya da yermek eylemini bunlardan hangisine karşı yapılmasının yaptırım altına alındığının belirsiz olduğunu” bu gerekçelerle de itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2016/7 Esas 2017/171 Karar sayılı kararında belirlilik ilkesi bakımından yaptığı incelemede, *“Bir siyasi partiyi övme veya yermenin çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğini, bu sebeple övme ve yerme kapsamına giren tüm davranışların kanun koyucu tarafından önceden öngörölmesi ve sayılmasının mümkün olmadığını, bu nedenle kanun koyucunun bir ayrımı gitmeyerek “her ne suretle olursa olsun” siyasi partilerden herhangi birini veya onların tutum ve davranışını övücü ve yerici davranışları yasakladığını, bir söylem veya eylemin siyasi partiyi övme veya yerme kapsamında olup olmadığı hususunun somut olayın özelliğine göre yetkili merciler tarafından değerlendirileceğini, kuralda yer alan “her ne suretle olursa olsun” ifadesinin, bir belirsizliği değil bu konudaki mutlak yasağı ve bu kuralın istisnasının bulunmadığını gösterdiğini”* belirterek itiraz konusu kanun maddesinin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin belirlilik ilkesi bakımından verdiği kararın yerinde bir karar olduğunu, bu karardaki gerekçelere katıldığımızı belirtmekle birlikte bunlara ek olarak şunları söylemekte mümkündür. İtiraz konusu kanun maddesinde ilgili personelin “dini görevi içinde veya bu görevin dışında, her ne suretle olursa olsun,” siyasi partilerden herhangi birini veya onların tutum ve davranışını övemeyeceği ve yeremeyeceği düzenlenmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere söz konusu yasak ilgili personellerin hem iş hem de özel hayatı için geçerli olmakta, kanun, itiraz da bulunan mahkemenin gerekçesinde belirttiği gibi bir belirsizliği içermemekte tam aksine Anayasa Mahkemesi’nin kararında belirttiği gibi mutlak bir yasağı içermektedir. Bu aynı zamanda siyasi partilerin tüm teşkilatı için de mutlak bir yasak getirildiği anlamına da gelmektedir. Bu sebeplerle kanunda belirlilik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır. Ancak kanunun getirdiği bu mutlak yasağın ölçülülük ilkesini

yönünden de değerlendirilmesi gerekmekte olup, bu değerlendirme ölçülülük ilkesi başlığında yapılacaktır.

Anayasa Mahkemesi **8/11/2018 tarihli 2017/179 Esas 2018/106 Karar sayılı** kararında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 188. maddesinin, 27/3/2015 tarihli ve 6638 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"...ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve..."* ibaresinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: *"...b) Üçüncü fıkradaki fiillerin; okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve tesisler ile bunların varsa çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen sınırlarına iki yüzmetreden yakın mesafe içindeki umumi veya umuma açık yerlerde işlenmesi...hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılır"*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından *".... ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve ..."* ifadesinin nereleri kapsadığının belli olmadığını ve yoruma açık olduğunu, bunun ise farklı değerlendirmelere sebebiyet verebileceğini, farklı mahkemelerce değişik sonuçlara ulaşılarak ceza artırımı ya da artırılmaması sonuçlarına yol açabileceğini" bu sebeplerle de itiraza konu kanun maddesinin ilgili kısmının Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmektedir.

Anayasa Mahkemesi 2017/179 Esas 2018/106 Karar sayılı kararında belirlilik ilkesi bakımından yaptığı incelemede, *"Kanun koyucunun, Anayasa ile kendisine verilen uyuşturucuyla mücadele etmek için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü olduğunu, itiraza konu kural ile ceza artırımı için öncelikle suçun işlendiği toplu bulunulan bina ve tesislerin genel veya herkesin serbestçe girebileceği yer olması, bu bina ve tesislerin örnekleme suretiyle sayılan okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla kullanılması gerektiğini, incelemenin konusunu oluşturan "...ve sosyal..." ibaresinin soyut bir kavram olmasının belirsizlik taşıdığı anlamına gelmediğini, "...ve sosyal..." ibaresi ile ilgili olarak suçun işlendiği yerin, somut olayın özellikleri dikkate alınıp kuralda sayılan örnekler de gözetilerek sosyal amaçla bulunulan bir bina ve tesis olup olmadığının yargı organlarınca tespit edileceğini"* belirterek itiraz konusu kanun maddesinin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmadığımızı belirtmemiz gerekmektedir. İtiraza konu olan kuralda *"okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve tesisler"* ibaresi geçmekte ve hem bina tipleri hem de ne amaçla kullanıldıkları örnekler kabilinde sayılmaktadır. Bununla

birlikte bu örnekler kabilinde olmak şartı ile kapsam sosyal amaçla toplu bulunulan diğer bina ve tesisler bakımından da genişletilmiştir. Burada hem bina tipleri hem de amaçlar örnek kabilinde sayılmıştır. Buradan yola çıkarak neredeyse her türlü bina veya tesisin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün hale getirilmiş olunmaktadır. Bu ise uygulamada farklı yorumlamalara ve keyfiyete sebebiyet verebilecek sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Kapsamın bu kadar geniş olması ve yoruma açık olması belirsizliğe ve öngörülemez neticelere sebebiyet verebilir görünmektedir. Bu hususa karara karşı yazılan karşı oy¹²⁰ da değinilmiştir. Bu sebeplerle itiraz konusu kuralın belirlilik ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi **6/12/2018 tarihli 2018/67 Esas 2018/110 Karar** sayılı kararında 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun 19. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraz konusu kanun maddesi şu şekildedir: “**MADDE 19- (1) Hizmet yerini terk etmeme cezasını gerektiren disiplinsizlikler şunlardır: a) Emre itaatsizlik: Kasıtlı olarak hizmete ilişkin bir emri tam yapmamak ya da değiştirerek veya sınırını aşmak suretiyle yapmaktır...**”

MADDE 12- ... (5) Hizmet yerini terk etmeme cezası; personelin mesai bitiminden sonra görev yaptığı yerden ayrılmayıp resmî daire, kışla, eğitim alanları ile sair yerlerdeki hizmetine devam etmesidir. Bu ceza disiplin amirleri tarafından ekli (1) sayılı çizelgeye göre; disiplin kurulları tarafından dört ila on güne kadar verilebilir. Ceza verilen personel için uygun bir yatma yeri tahsis edilir. Tatil günlerinde cezanın yerine getirilmesine ara verilir. Cezanın yerine getirilmesi sırasında, hizmete ilişkin hâller hariç, günde toplam bir saati geçmemek üzere ziyaretçi kabul edilebilir.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından açıkça bir gerekçe öne sürerek Anayasaya aykırılık iddia etmemiş, ilgili kanunun Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin amir hükmü olan 38. Maddeye aykırı olduğunu belirtmekle yetinmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2018/67 Esas 2018/110 Karar sayılı kararında belirlilik ilkesi bakımından yaptığı incelemede, Anayasanın 38. maddesinin hem adli hem de

¹²⁰ Serdar ÖZGÜLDÜR karşı oyu: “...Hükmedilecek cezada 5 yıl gibi ilave bir artırımı öngören ceza kuralının açık, belirli ve öngörülebilir özellikte olması, adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırı düşmemesi, mümkün olduğu kadar değişik yorumlara yol açmaması gerekir. Oysa kuralda belirtilen “sosyal amaçlarla bulunulan bina” kavramının ne olduğunu ortaya koymak güç olduğu gibi, bu haliyle kuralın kişiler yönünden hukuk güvenliği sağladığı da söylenemez. 5 yıl ceza artırımı öngören bir kuralın yorumunu tamamen yargı yerlerine ve içtihadı bırakmanın hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı görülmektedir...”

idari suçlar bakımından uygulama alanı bulacağını ancak işin mahiyeti gereği, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar bakımından daha esnek uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi “... hizmet yerini terk etmeme disiplin cezasını gerektiren disiplinsizlik hâli olarak öngörülen emre itaatsizlik eyleminin, kuralda kasıtlı olarak hizmete ilişkin bir emri tam yapmamak ya da değiştirerek yapmak veya sınırını aşmak suretiyle yapmak biçiminde tanımlandığını, bu tanımdan disiplin cezasını gerektiren emre itaatsizlik disiplinsizliğinin; kasıtlı olarak işlenebileceği, taksirle işlenmesinin mümkün olmadığı ve hizmete ilişkin bir emri tam yapmamak, değiştirerek yapmak veya emrin sınırını aşmak suretiyle yapmak şeklindeki seçimlik hareketlerden birisiyle işlenebileceği anlaşıldığını, itiraz konusu Kanun’un 12. maddesinin (5) numaralı fıkrasında da hizmet yerini terk etmeme disiplin cezasının kimler tarafından verilebileceği, bu disiplin cezasının nasıl yerine getirileceği ve süresinin açıkça düzenlendiğini, bu itibarla hizmet yerini terk etmeme disiplin cezasının verilmesini gerektiren emre itaatsizlik disiplinsizliğini oluşturan eylemler, bu eylemleri gerçekleştirenlere uygulanacak disiplin cezası, bu cezayı vermeye yetkili birimler, cezanın süresi ve yerine getirilme şeklinin açık, net, anlaşılır şekilde düzenlendiğini” belirterek itiraz konusu kuralda hukuki belirsizlik söz konusu olmadığını ve Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin belirlilik ilkesi bakımından verdiği karara katılmakla birlikte, cezanın özgürlüğü kısıtlayıcı mahiyeti gereği ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

Anayasa Mahkemesi **14/3/2019 tarihli 2018/154 Esas 2019/11 Karar** sayılı kararında 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun’un; 12/6/1979 tarihli ve 2249 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle değiştirilen 4. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Ülke içinde kama, hançer, saldırma, şişli baston, sustalı çakı, pala, kılıç, kasatura, süngü, sivri uçlu ve oluklu bıçaklar, topuz, topuzlu kamçı, boğma teli veya zinciri, muşta ile salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel nitelikteki benzeri aletlerin yapımı yasaktır.” ve 2249 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle değiştirilen 15. maddesinin 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun’un 158. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasında yer alan “Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak 4 üncü maddede yazılı olan bıçak veya diğer aletleri veya benzerlerini satanlar, satmaya aracılık edenler, satın alanlar, taşıyanlar veya bulunduranlar hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis ve yirmibeş günden az olmamak üzere adli para cezasına hükmolunur.” düzenlemelerinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir.

İtiraz yoluna başvuran mahkeme belirlilik ilkesi bakımından, “Yasada bıçak, kama, saldırma, hançer, pala, kılıç, kasatura, süngü, sivri uçlu ve oluklu bıçak, boğma teli ve muştanın isim olarak belirtildiğini ancak fiziki ve teknik özelliklerinin ortaya konmadığını, bir tanımının yapılmadığını, başkalarından ayıracak, kuşku yaratmayacak şekilde niteliklerinin belirtilmediğini, bu sebeplerle de yargılama aşamalarında objektif değil sübjektif değerlendirmelerin yapılmasına sebebiyet verildiğini, suç niteliğinin, kişilere, yere, konuma, zamana ve sübjektif bakışa göre değişebildiğini” bu gerekçelerle de itiraz konusu düzenlemenin belirlilik ilkesine aykırı olduğunu iddia etmektedir.

Anayasa Mahkemesi 2018/154 Esas 2019/11 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede belirlilik ilkesi¹²¹ bakımından genel bir açıklama yaptıktan sonra, “Kanun’un 15. maddesinin birinci fıkrasında sayılan veya tanımlanan aletlerin gerek toplumsal düzeni tehlikeye düşürebilecek gerekse de bireylerin yaşamı ve vücut bütünlüğü açısından zarar veya tehlike doğurmaya elverişli araçlar olduğunu, itiraz konusu kurala korunmak istenen hukuki yararın hem kamu düzeni ve güvenliğinin hem de kişilerin yaşamının ve vücut bütünlüğünün korunmasına yönelik olduğunu açık olduğunu, itiraz konusu kuralın sayma yoluyla belirttiği aletlerin, kişiler ve hukuk uygulayıcıları yönünden tereddüde yer bırakmayacak şekilde açık, anlaşılabilir ve uygulanabilir şekilde belirlendiğini, kuralda “...ile salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel nitelikteki benzeri aletlerin...” ibaresine yer verilmesinin ise kanun yapma tekniğinin doğasından kaynaklandığını, kanun hükümlerinin genel ve soyut olmasının, somut olayın özelliğine göre değişebilecek tüm çözümleri kuralın bünyesinde barındırma, bir başka ifadeyle kuralın amaca uygun sonuca ulaştıracak herhangi bir çözümü dışlamasını önleme ihtiyacından ileri geldiğini, yasaklanan aletlerin kanunla tanımlanmış olması ve tanımı yapılan aletlerin veya benzerlerinden hangisine uygun bulunduğu kesin biçimde yargı kararları ile saptanabilmesi karşısında söz konusu kuralda bir belirsizlik ve öngörülemezlikten söz edilemeyeceği” gerekçeleri ile itiraz konusu kuralı Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin kararının isabetli olduğu kanaatindeyiz. İtiraza konu olan kanun maddesinde, hangi tür aletlerin yasak kapsamında olduğu sayma yoluyla belirtilmiştir. Kanun koyucunun burada oldukça çok aleti örnek minvalinde saydığı ve benzer nitelikte olanları da bu kapsamda değerlendirdiği görülmektedir. Bu kanun kapsamına girebilecek alet sayının fazlalığı ve bu aletlerin üretilebileceği farklı tiplerin çokluğu bir arada düşünüldüğünde bunlara kesin bir standart çizip bu standart ölçüleri kanun maddesinde belirtmenin de kanun yapma tekniğine aykırı olduğu açıktır. İtiraz

¹²¹ “Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır. Yasal düzenlemeye dayanılarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması koşuluyla yargısal içtihatlar ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan, muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.”

konusu kanun maddesinde sayılan örneklerin çokluğu göz önüne alındığında, bunlara benzer nitelikte olan aletlerinde bu kapsamda değerlendirileceğini, muhtemel muhatapların öngöremeyecekleri düşüncesi de hayatın olağan akışına ters düşmektedir. Bu sebeplerle itiraz konusu kanun maddesinin ilgili kısmının belirlilik ilkesine aykırı olmadığı kanaatindeyiz.

2- Anayasa Mahkemesinin Belirlilik İlkesi Bakımından Verdiği Kararlara İlişkin Genel Değerlendirmeler

Anayasa Mahkemesi'nin belirlilik ilkesine ilişkin kararları incelendiğinde Mahkemenin, belirlilik ilkesine yönelik zaman içerisinde bir tanım geliştirdiği ifade edilebilir. Anayasa Mahkemesi'nin bu ilkeyi bağlantılı olarak gördüğü diğer kavram ve ilkelerle birlikte ele aldığı, itiraz konusu olan kanun maddesini bir bütün olarak değerlendirmekle birlikte kanunun diğer maddelerine, diğer kanunlara, diğer mevzuata, içtihatlarla ve karşılaştırmalı hukuka atıf yaparak ve bunlardan yararlanarak belirlilik ilkesine yönelik değerlendirmeler yaptığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bu ilke bakımından verdiği kararlar bir bütün halinde incelendiğinde aşağıdaki çıkarımları yapmak mümkündür:

- i- Anayasa Mahkemesi'nin belirlilik ilkesine yönelik incelemelerine geçmeden önce, genellikle hukuk devleti ilkesi ile suç ve cezalara ilişkin genel prensiplere değindiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin ayrıca itiraza konu kanun hakkında genel bir açıklama yaparak, kanunun getiriliş gerekçesi ve amaçlarına değindiği de görülmektedir.
- ii- Anayasa Mahkemesi'ne göre, suç ve cezaların kuşkuyla yer vermeyecek biçimde açık ve sınırlarının da belli olması, bir suça uygulanacak yaptırım türlerinin, ölçülerinin hangi sınırlar içinde uygulanacağını, nelerin hangi ölçüde hafifletici veya ağırlaştırıcı neden olacağını açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Anayasa

Mahkemesi'ne göre belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir.

- iii- Anayasa Mahkemesi'ne göre belirlilik ilkesinin gerekleri, düzenlemenin yapılacağı alana ilişkin koşulların getirdiği zorluklara göre değişebilmektedir. Bunun bir standartını belirlemek ve tüm durumlarda katı bir şekilde uygulamak yanlış bir yaklaşım olacaktır. Birtakım kavramların bazı alanlar için kullanılması durumunda belirlilik ilkesinin gerekleri yerine getirilmiş sayılırken, aynı belirlilik oranı diğer bir alan için yeterli olmayabilir. Bir alanın kanunla düzenlenmesinin zorunlu olması, buna karşın kanun tekniği açısından daha somut düzenleme ve daha belirgin kavram kullanma olanağı bulunmaması veya bir kanunun veya hükmün düzenlediği alanın daha fazla somutlaştırılması ve netleştirilmesi zor birçok olguyu kapsamaması durumunda belirlilik ilkesi daha esnek uygulanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre bu durumda kullanılan hukuksal kavram veya kavramların en azından yargılama ya da hukuksal yorum yöntemleriyle somutlaştırılabilir olması gerekmektedir.
- iv- Anayasa Mahkemesi'nin açıklanması zor olan durumlarda, hatta bazen itiraz yoluna başvuran mahkemenin itiraz gerekçelerine hiç değinmeden, kanunun getiriliş amacı, kamu yararı gibi durumları gözeterik belirlilik ilkesine aykırılık olmadığına dair kararları bulunmaktadır. Bu tip kararlarda mahkemenin itiraz konusu kanunun yeterli düzeyde açık ve net olduğunu ifade etmekle yetindiği ancak buna ilişkin bir gerekçe yazmadığı görülmektedir.
- v- Anayasa Mahkemesi, kararlarında idari suçlar, kabahatler ve adli suçlar bakımından belirlilik ilkesinin uygulamasını aynı esneklikte yapmadığını vurgulamaktadır. Konunun daha kesin ve açık bir düzenlemeye imkân tanımaması hâlinde, kanun koyucunun zorunlu olarak genel düzenleme yapabileceği, ancak bu halde de kabahatler, idari suçlar ve adli suçlar

bakımından belirlilik ilkesinin aynı esneklikte uygulanmasının, bu üç farklı alanın mahiyetine uygun olmadığı gerekçeleri ile Anayasa Mahkemesi'nin idari suçlar ve kabahatler yönünden belirlilik ilkesini daha esnek olarak uyguladığı görülmektedir.

- vi- Anayasa Mahkemesi'ne göre yasama organının, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin konularda, alınacak önlemlerin duyulan gereksinmelere uygunluğunu sağlamak amacıyla idareye kimi kararlar almak üzere yetki vermesi belirlilik ilkesine aykırılık taşımamaktadır.
- vii- Yine Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlara bakıldığında, Mahkeme'nin belirlilik ilkesini, tarihinin her döneminde aynı esneklikte uygulamadığı, kimi dönemlerde ilkeyi daha katı bir şekilde uygularken, kimi dönemler ise daha yumuşak şekilde uyguladığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin ilkeye yorumsal olarak bakış açısı tarihsel süreçte çok değişmemekle birlikte bunun kararlarına aynı istikrar ile yansıdığının söylenmesi zordur. Bu farklılıkların ülkenin içinde bulunduğu toplumsal, siyasal, ekonomik, kültürel vb. duruma göre, o dönemin koşullarının, mahkemenin takdir yetkisi üzerinde yarattığı etki sebebi ile oluşmuş olabileceği kanaatindeyiz.
- viii- Anayasa Mahkemesine göre yargısal içtihatlardan, doktrinden, karşılaştırmalı hukuktan faydalanarak ya da yürütmenin düzenleyici işlemlerinden yararlanarak itiraza konu kuralın anlamının anlaşılabilirliğinin sağlanması durumunda belirlilik ilkesine aykırılık oluşmamaktadır. Bununla birlikte yine itiraz konusu kuralın anlamı alınacak bir hukuksal yardım ile anlaşılabiliriyorsa ve bu şekilde itiraz konusu kuralın uygulanması öncesinde kanunun muhtemel etki ve sonuçları yeterli derecede öngörülebilir ise yine belirlilik ilkesine aykırılık oluşmayacaktır.
- ix- Anayasa Mahkemesi'ne göre belirlilik ilkesi ile aranan açıklığın ölçüsü, söz konusu metnin içeriği, düzenlemeyi hedeflediği alan ile hitap ettiği kitlenin statü ve büyüklüğü gibi faktörler dikkate alınarak belirlenebilir. Bu özelliklere sahip kanunun aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir olması da

gerekir. Anayasa Mahkemesi, muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığını belirlilik ilkesi bakımından yeterli görmektedir.

- x- Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında, itiraz konusu kuralın yollama yaptığı diğer kanunlar yoluyla ya da aynı kanunun sistematığının, muhtelif yerlerine dağılmış düzenlemelerin ve prensiplerin birlikte değerlendirilmesi sayesinde veya ikincil mevzuata atıf yapılması durumunda buradaki düzenlemelerle, itiraza konu kuralın anlamının açık bir şekilde anlaşılabilmesi mümkün ise, bu hallerde belirlilik ilkesine aykırılık bulunmadığı yönünde kararlar verdiği görülmektedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralın suç ve ceza bakımından başka bir kanuna gönderme yapmasını, tek başına belirlilik ilkesine aykırı görmemekle birlikte, atıf yapılan kanunda belirlilik ilkesini zedeleyen bir husus olması halinde belirlilik ilkesine aykırılık kararı vermektedir.
- xi- Anayasa Mahkemesi'nin cezalar bakımından belirlilik ilkesine yaklaşımının daha katı, suçlar için ise daha yumuşak olduğunun söylenmesi mümkündür.
- xii- Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralda, suç veya cezanın oluşumu bakımından idareye bir atıf yapılmış ise idarenin yetkisinin ne zaman kullanılacağına ilişkin düzenleme eksikliğini, belirlilik ilkesine aykırı olarak kabul etmektedir.
- xiii- Anayasa Mahkemesi, belirlilik ilkesinin öngörülebilirlik ilkesi ile sıkı bir bağ içerisinde olduğu, belirlilik ilkesinin aykırılık olmaması için suç ve cezaların öngörülebilir olması gerektiğini ve bu sebeple de ceza miktarının alt ve üst sınırları arasındaki farkın çok yüksek olmasının belirlilik ilkesine aykırı olacağı görüşündedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, cezanın alt ve üst sınırları arasında, ceza miktarının takdirinde esas alınacak objektif ölçütlerin kanunda gösterilmemesini, idarelerin ve mahkemelerin alt ve üst sınırlar arasında takdir yetkilerini kullanırken hangi ölçütleri esas

alacaklarının açık, belirgin ve somut olarak kanunda belirlenmemiş olmasını belirlilik ilkesine aykırı olarak yorumlamaktadır.

- xiv- Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kanunun kapsadığı alanın çok geniş olması, itiraz konusu kanunun alanına girebilecek her türlü somut olayın ve şeyin önceden kanunla belirlenmesinin kanun yapma tekniğine göre mümkün olmadığı gerekçeleri ile kanunda esaslı unsurların ve çerçevenin belirlenmesi şartıyla “gibi”, “benzeri”, “her ne suretle olursa olsun” ve benzeri şekilde geniş yorum yapmaya müsait olan ibareleri içeren kanunların belirlilik ilkesine aykırı olmadığı görüşündedir. Yine Anayasa Mahkemesi, tüm ihtimalleri tek tek saymanın mümkün olmadığı gerekçesi ile geniş yorum yaparak ancak kıyasa varmadan, suç belirleme imkanı tanıyan kanunları Anayasaya aykırı görmemektedir. Bunlarla birlikte Anayasa Mahkemesi, nitelik belirlemesi yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmasının ilkeye aykırılık taşıdığı görüşündedir.
- xv- Anayasa Mahkemesi aynı fiilin çeşitli kanunlarda ayrı ayrı suç olarak düzenlenmiş olmasının belirlilik ilkesine aykırı olmadığı görüşündedir.
- xvi- Anayasa Mahkemesi, kimi kararlarında, kalabalık bir kitleyi hedef alan kanunların, (örneğin siyasi partiler, kurumlar, organlar), hangi fiili bu kitledeki hangi kişinin yapması halinde suç ve ceza alanına gireceğini belirtmeden, genel ifadelerle çok geniş kapsamda değerlendirmeye müsait olmasını ilkeye aykırı olarak yorumlamıştır.

B- İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERLE SUÇ VE CEZA KOYMA YASAĞI

Düzenleyici işlemler, yürütme organının kanunların kendisine vermiş olduğu yetkiye dayanarak yapmış olduğu normatif işlemlerdir.¹²² “İdari işlem, idare tarafından gerçekleştirilen ve hukuki sonuç doğurmaya yönelik bir irade açıklaması olarak ifade edilmektedir. Bu

¹²² TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **Türk Anayasa Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019, s. 400

tanımdan da anlaşılacağı üzere, idari işlemin iki özelliği söz konusudur. Buna göre, bir işlemin idari işlem sayılabilmesi için ilk olarak, idare tarafından ortaya konan bir irade açıklamasının olması, ikinci olarak ise, bu irade açıklamasının bir hukuki sonuç doğurması gerekmektedir.”¹²³ İdari işlemlere örnek olarak, Cumhurbaşkanlığı Kararları, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, yönetmelikler, tebliğler, sirkülerler, kararlar ve genelgeler verilebilir. Bu işlemler normlar hiyerarşisinde kanunun uygulanmasını gösterirler. Kural koyma özellikleri bulunmayıp, kural açıklama özellikleri bulunmaktadır.¹²⁴

Kanunilik ilkesinin amaçladığı hukuki güvenliği sağlayabilmesi için, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinde yer alan “kanun” sözcüğünün şekli anlamda kanun olarak anlanması gerektiğini ve bu anlamda kanun yapma yetkisinin Anayasamız tarafından sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne verildiğini daha önce açıklamıştık. Anayasamız kanun yapma yetkisini sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne vermiştir. Anayasanın 7. maddesinde kanun yapma yetkisinin devredilemeyeceği, 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere ancak kanun ile sınırlamalar getirilebileceği, 104. maddesinde temel haklar, kişi hakları ve ödevlerinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenemeyeceği, Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilen hususlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı hükümleri ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinin 2. fıkrasında “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.” Düzenlemesi ile bu yasağın açıkça ifade edilmesi bir arada değerlendirildiğinde, idarenin düzenleyici işlemi neticesinde bir suç yada ceza koymasının hem Anayasaya hem de kanunilik ilkesine aykırı olacağı açıktır. Bununla birlikte doktrinde çerçeve kanunlara dayanarak maddi anlamda kanunlar ile suç ve ceza yaratılmasının Anayasaya aykırı olmadığına dair görüşlerde bulunmaktadır.¹²⁵

Yasanın, bir fiili suç haline getirip, ceza yaptırımını altına almasına öğretide “tam ceza” kanunu denir. Ancak bazen yasa koyucu suç oluşturan fiili tam ceza kanunlarındaki olduğu gibi açıkça göstermeyip, bunun tayinini çizdiği sınırlar içinde başka bir makama (idari makam) bırakır ve yalnızca gelecekte idari makamın suç sayacağı fiilin karşılığı olan yaptırımını koyar. Öğretide bu şekilde suç yaratılmasına

¹²³ GÖZLER Kemal’den aktaran BAYTAZ Abdullah Batuhan, agdt, s.90

¹²⁴ ZAFER Hamide, age, s.61

¹²⁵ Bu konudaki tartışmalar için bkz: ÖNDER Ayhan, age, s.118 vd.

olanak tanıyan yasalara “açık, beyaz veya kör ceza kanunları” denilmektedir.¹²⁶ Açık ceza normu esasen müeyyidesi olan ancak hükmü ileride idarenin düzenleyici bir işlemi ile doldurulacak olan normdur.¹²⁷ Bu tip durumlarda yasada suç teşkil eden fiilin cezası düzenlenmekle birlikte suç teşkil edecek fiillerin nelerden ibaret olacağı konusunda, yürütme erkine bir yetki tanınmaktadır. Kanun burada sadece idari organa bu konuda belirli bir çerçeve çizmekte, içini sen doldur demektedir. Bu durumun suç ve cezada kanunilik ilkesine uygun olup olmadığı tartışılan bir konudur. Uygulama da bazı kanunlarda bu konuda idareye yetki tanındığı, Anayasa Mahkemesi’nin de konunun bazı özel şartlarını göz önün de tutularak yaptığı değerlendirmeler de bu kanunların, Anayasaya aykırı olmadıklarına dair verdiği kararlar mevcuttur.

1- İdarenin Düzenleyici İşlemlerle Suç ve Ceza Koyma Yasağı Bakımından Anayasa Mahkemesinin Verdiği Kararların Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi 10/12/1962 Tarihli, 1962/198 Esas 1962/111 Karar sayılı kararında, başvuru mahkemenin 1961 Anayasası’nın 5 ve 33’üncü maddelerinin bir fiilin suç vasfını tâyin ve tespit etmek yetkisini teşrii kuvvete bıraktığını, buna karşılık sanığa isnat olunan fiilin; ek 2’nci maddenin Hükümete tanıdığı yetkiye dayanılarak Hükümetçe çıkarılan 4/10347 sayılı kararla tespit edildiğini, bu sebeple 6829 sayılı kanun ve buna dayanılarak Hükümetçe çıkarılan 4/10347 sayılı kararın Anayasaya aykırı olduğuna yönelik başvuruyu incelemiştir.

Anayasa Mahkemesi 1962/198 Esas 1962/111 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede öncelikle “İtiraz konusu ek 1’inci maddenin 1’inci fıkrası ile kaçakçılığın men ve takibi için lüzum görülen yerlerde İcra Vekilleri Heyeti Kararı ile emniyet bölgeleri ihdas olunacağı gösterilmiş ve ikinci maddenin 1 sayılı fıkrası İle de; İcra Vekilleri Heyetince tespit ve ilân olunacak madde ve eşyaları Dahiliye, Gümrük ve İnhisarlar Vekâletlerince tâyin edilecek mercilerden müsaade almaksızın emniyet bölgelerine sokanlar veya sokmağa teşebbüs edenler hakkında hürriyeti bağlayıcı ceza ile suç mevzuu olan şeylerin müsaderesi hükmü konulmuştur.” diyerek itiraz konusu kanun maddelerinin mahiyetini açıklamıştır.

¹²⁶ ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, age, s.102

¹²⁷ HAFIZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem, age, s.68

Anayasa Mahkemesi, 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında; yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğunun ve devredilemeyeceğinin, kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağını, cezaların ve ceza tedbirlerinin ancak kanunla konulacağını ve kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği ve kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı hususlarının düzenlendiğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi, “burada yasama organının doğrudan doğruya kullanması gereken yetkilerini, yürütme organına devretmiş olup olmadığının” tartışılması gerektiğini belirttikten sonra, Anayasanın yasama yetkisini, yürütme görevini, yargı yetkisini ayrı ayrı organlara verdiğini, buna yasama organının kanun yapma yetkisini başka ellere bırakamayacağını ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi yasama yetkisinin devredildiği iddiasına ilişkin olarak yaptığı incelemede “Yasama organı kanun yaparken bütün ihtimalleri gözönünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de tesbit etmek yetkisini haiz ise de; zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konmasına lüzum görülen hallerde yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü karşısında kanun koyucunun esaslı hükümleri tesbit ettikten sonra ihtisas ve idare tekniğine taallük eden hususların düzenlenmesi için Hükümete yetki vermesi yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir... ..İtiraz konusu ek 1 inci maddenin 1 inci fıkrası ile ek 2 nci maddenin 1 sayılı fıkrasında kanun koyucu, emniyet bölgeleri ihdasını ve bu hususta Hükümete yetki verirken bunun ancak kaçakçılığı men ve takip maksadı ile lüzum görülen yerlerde uygulanacağını ve bu bölgeye girecek bir kısım madde ve eşyanın, kaçakçılığı önlemek için, kontrole tâbi tutulacağını ve bu kontrolün idare makamlarınca yapılacağını kabul etmekle maksat ve hedefini açıklamış ve esas hükümleri belirtmiş ve emniyet bölgeleri, bunların yer ve sınırları ve bu bölgeye girecek müsaadeye tabi malların cinsini tâyin meselesi zamana ve teknik ve ekonomik gereklere göre olacağından bu yönlerin belirtilmesini de Hükümete bırakmıştır.” şeklindeki tespitlerinden sonra, bunun neden gerekli olduğunu örnekler suretiyle açıklamış¹²⁸ ve netice olarak söz konusu

¹²⁸ “O kadar ki bir bakımdan kanun koyucunun bunları önceden tesbit etmesi bazı sakıncalar doğurabilir. Nitekim, kaçakçılık yapılan bölgeler zamana ve günün ekonomik gereklerine göre sık sık değişebilir. Emniyet bölgesi olarak ayrılan alanda kaçakçılık hissedilmiyecek derecede azalıp başka yerlere kayabilir, yine kaçırılan madde ve eşyanın neveleri de aynı sebeple sık sık değişebilir veya önemsiz derecede azalabilir. Bu takdirde kamu yararı adına alınmış olan bu tedbirlerin hemen değiştirilmesi veya kaldırılması gerektiğinde kanunun değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması zorunluğu doğar. Yukarıda işaret edildiği gibi yasama faaliyetinin ağır işlemesi sebebiyle bunun zamanında sağlanması mümkün olmaz. İşte bu düşüncelerledir ki; kanun koyucu esaslı hükümleri düzenliyerek

düzenlemelerin yasama yetkisinin devri anlamına gelmediğini ve anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi aynı kararında suç ve cezalarda kanunilik ilkesi bakımından yaptığı incelemede ise: *“Kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibinin esası; kanun tarafından, suçun, yani ne gibi eylemleri yasaklandığının hiçbir şüpheye yer vermiyecek şekilde belirtilmesinden ve buna göre cezasının kanunla tâyin edilmesinden ibarettir. Kişinin yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi gerekir ve bu hal, kişinin temel hak ve hürriyetinin teminatıdır”* diyerek ilkeyi genel itibarıyla açıklamıştır. Daha sonra itiraz konusu kanun maddesinde suç teşkil eden eylemin *“Emniyet bölgelerine İcra Vekilleri Heyetince tesbît ve ilân olunacak madde ve eşyanın Dahiliye ve Gümrük ve inhisarlar Vekâletlerince tâyin edilecek mercilerden müsaade alınmaksızın sokulması”* olduğu tespiti yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi bu suç karşılığında verilecek cezanın kanunda açıkça gösterildiğini, Bakanlar Kurulunca belirlenecek emniyet bölgeleri ile tespit olunacak madde ve eşyanın önceden kişilere duyurulmak üzere yayınlanmasının zorunlu olduğunu, itiraza konu olan kanun maddelerine ilişkin kararların Resmî Gazetede yayınlandığını, tüm bu sebeplerle de anayasaya aykırı olmadığını belirten Anayasa Mahkemesi itirazın reddine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin bu isabetli olmadığını düşünüyoruz.¹²⁹ Çünkü itiraz konusu kanun maddesi, idarenin kullanacağı yetkiler bakımından çok geniş bir alan bırakmış, bunun sınırlarını belirlememiştir. İtiraz konusu kanun yukarıda açıkladığımız beyaz-açık ceza kanunu niteliğindedir. Bu tarz kanunların genel bir çerçeve çizip sınırları belirledikten sonra, içini doldurmayı idareye bırakması halinde bile kanunilik ilkesine uygunluğu tartışmalıdır. Ancak itiraz konusu kanunda, karşı oyda¹³⁰ da

alınacak tedbirlerin ihtiyaçlara uygunluğunu sağlamak için bazı hükümler konmasında, yürütme organına yetki vermek suretiyle yasama yetkisini bu yolda kullanmayı uygun bulmuştur. Yürütme organının bütün eylem ve işlemleri, yargı mercilerinin denetimi altında olduğundan, bu işlemleri yaparken kanunun gözettiği sınır ve maksat dışına çıkmasının önlenmesi de mümkündür.”

¹²⁹ İtiraz konusu kuralın Bakanlar Kuruluna belirsiz ve sınırsız bir yetki verdiği, idari düzenlemenin amacını, kapsamını, sınırlarını ve temel ilkelerini belirtmediği ve Anayasaya aykırı olduğu yönünde Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı eleştirilmiştir. bkz: ARIKAN Cengiz, **Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Anayasa Hukuku) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2011, s.85 vd.

¹³⁰ Rıfat GÖKSU- İsmail Hakkı ÜLKMEN- Ekrem KORKUT Karşı Oyu: *“6829 sayılı kanunla 1918 sayılı kanuna eklenen ek l ve 2 nci maddeler tetkik mevzuumuz olan hususta Bakanlar Kuruluna biri “emniyet bölgesi ihdas etmek” diğeri “bu bölgelere sokulması Önceden içişleri Gümrük ve Tekel Bakanlıklarının müştereken belirteceği mercilerden alınacak müsaadeye tâbi tutulacak madde ve eşyayı tesbit eylemek” gibi iki yetki tanımıştır. Kanun hiçbir sınır ve esas koymaksızın “kaçakçılığın men ve takibi” maksadının emniyet bölgesi ihdası için yeter görmüş, madde ve eşyalar hakkında ise bir güne kayıt ve nitelik zikretmemiştir. Buna göre Hükümet kaçakçılığın men ve takibi zarureti ileri sürerek yurdun dilediği yerinde dilediği genişlikte emniyet bölgeleri ihdas edebilecek ve istediği madde ve eşyayı kontrol mevzuu yapabilecektir....Kanunda takip edilecek siyasetin esas ve prensipleri belirtilmeden yürütme organına*

belirtildiği üzere, çok fazla genel sayılabilecek, neredeyse ülkede ki her yeri ve her maddeyi veya eşyayı kapsama sokabilecek bir yetki idareye verilmekle, bu yetki neticesinde suç ihdas edilmesine olanak tanınmaktadır. Bu bakımdan idarenin işlemleri ile suç koyma yasağı ihlal edilmiş olmaktadır. Bu sebeple ilgili kanun maddesi kanunilik ilkesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi **16/01/1963 Tarihli, 1962/232 Esas-1963/9 Karar** sayılı kararında 1918 sayılı kanuna 6829 sayılı kanunla eklenen ek 2'nci maddenin 4 sayılı fıkrasından sonra gelen *"Yukarıdaki fıkraların tatbiki ile alâkalı olarak. Dahiliye ve Gümrük ve inhisarlar Vekâletlerince müştereken neşir ve ilân edilecek tebliğlere riayet etmeyenlerin bir aydan bir seneye kadar hapislerine, suç mevzuu eşya ve maddelerin müsaderesine, müsadere mümkün olmayan hallerde eşya ve maddelerin bedeli miktarınca para cezasına hükmedilir. Suçluların bu hareketleri kaçakçılığa müntehi olmuş ise mezkûr suçtan dolayı da ayrıca cezalandırılır"* hükmünün anayasaya aykırılığını incelemiştir.

Başvurucu mahkeme, *"hangi fiilin suç olduğunu belli etmek yetkisinin Bakanlar Kuruluna verildiğini, 1961 Anayasası'nın 5'inci maddesi gereğince yasama yetkisinin ancak Türkiye Büyük Millet Meclisince kullanılabileceğini ve bu yetkinin başka merci ve makama devredilemeyeceğini, ayrıca bir eylemi suç saymanın ancak yasama organının yetkisi içinde bulunduğunu"* bu sebeplerle itiraza konu kanun maddesinin anayasaya aykırı olduğu gerekçeleri ile iptalini talep etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 1962/232 Esas 1963/9 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, itiraza konu olan 1918 sayılı kanuna 6829 sayılı kanunla eklenen ek birinci maddede kanun koyucunun *"Bakanlar Kurulu kararı ile emniyet bölgeleri ihdas etmek, ek ikinci maddenin 1 sayılı fıkrasında bu emniyet bölgelerine Bakanlar Kurulunun tesbit ve ilân edeceği madde ve eşyayı İçişleri, Gümrük ve Tekel Bakanlıklarınca tâyin edilecek mercilerin müsaadesine bırakmak ve bu maddenin 11 sayılı fıkrasında da; emniyet bölgelerinde istihsal, imal veya sair suretlerle tedarik edilmiş veyahut gerekli müsaadesi verilmiş bulunan mallar kontrole tabî tutmak esasını"* kabul ettiğini, kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararı çıkarıldığını, yer ve sınırları belirtilen emniyet bölgelerine sokulması İçişleri, Gümrük ve Tekel Bakanlıklarınca tayin edilecek mercilerin müsaadesine tabi tutulan madde ve eşyanın cins ve niteliklerinin Resmi Gazete'de yayınlandığını, daha

bu kadar mutlak ve geniş bir takdir yetkisi tanınmasını yürütme organını kanunun uygulanmasına taallük eden teferruatın tesbitiyle görevlendirme mahiyetinde değil, yasama sahasına giren bir yetkinin devredilmesinden başka suretle ifade ve izah etmek mümkün değildir. Zira emniyet bölgelerinin nerelerde ve ne kadar bir saha içinde ihdas olunabileceği, engelleme tedbirlerinin neler olabileceği, emniyet bölgelerinde ikamet eden şahısların hangi hallerde başka yerlere nakil ve iskân olunabileceği hakkında aydınlatıcı hükümler kanunda gösterilmeden Bakan'lar Kuruluna verilmiş olan bu yetkiler bir genellik ve sınırsızlık ifade etmektedir."

sonra Bakanlar Kurulu Kararına ilişkin ilgili bakanlıklarca çıkarılan tebliğde uyulması gereken eylemler ile bunların nasıl yürürlük kazanacağı hususlarının açıklandığını” belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi bir önceki kararda da belirttiğimiz üzere, gerekçelerini¹³¹ açıklayarak “zamanın gereklerine göre, sık sık değişik tedbirler alınmasına, alınan tedbirlerin kaldırılmasına veya tekrar konulmasına lüzum görülen hallerde yapısı bakımından, ağır işlediğinden ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbir alınması güç bulunduğundan esaslı hükümleri belirttikten sonra ihtisas ve idare tekniğine ilişkin hususların düzenlenmesi işi ile yürütme organını görevlendirmesinin” de yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey olmadığı görüşündedir. Anayasa Mahkemesi suç ve cezaların kanuniliği ilkesi bakımından yaptığı incelemede ise; “kanun hükmünde yasaklanan eylemin ve cezasının ne olduğunun açıkça gösterildiğini, suçun unsurunun kanunun atıfta bulunduğu fıkraların tatbikatı ile ilgili olarak iki Bakanlıkça birlikte düzenlenip neşir ve ilân edilecek tebliğde yer alan hükümlere riayet etmemek olduğunu, söz konusu tebliğin ise Resmî Gazete’de ve tebliğde şart koşulduğu üzere mahallinde ilân edileceğini, buna göre kişilerin yasak eylemleri ve uyulmadığı takdirde cezalarının ne olduğunu, kanun hükmü ile bilmekte olduğu” gerekçeleri ile itiraz konusu kanun maddesini anayasaya aykırı bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi kararının bir üstte ki karar incelemesinde yaptığımız açıklamaları tekrar etmek suretiyle isabetli olmadığı kanaatindeyiz.¹³² Yine bu karara karşı yazılan karşı oyun isabetli olduğu kanaatindeyiz.¹³³

Anayasa Mahkemesi 28/3/1963 Tarihli, 1963/4 Esas-1963/71 Karar Sayılı kararında 1567 sayılı kanunun aşağıda belirtilen kısımlarının Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddeleri şu şekildedir:

¹³¹ Anayasa Mahkemesi “Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kanun maddesinde esaslı sınırların belirlendiğini, yürütme organına bırakılan yetkinin sınırsız olmadığını, kanunla verilen yetkiye dayanılarak çıkartılan tebliğin kanuna aykırı olması durumunda bunun mahkemelerce kontrol edilebileceğini, yürütme kanunun emrine uyarak, umuma şâmil nitelikte hukuki tasarruflarda bulunmasının idare hukuku esaslarına uygun olduğunu, bunun aksini kabul etmenin yürütme faaliyetlerini çok dar ve işlemesi güç bir çerçeve içerisine sokma sonucunu doğuracağını bunun da Anayasa’nın maksat ve ruhuna uygun düşmeyeceğini” ifade etmektedir.

¹³² İlgili karara ilişkin “Anayasa Mahkemesinin bu içtihadından hareketle ve «evleviyet» yolundan giderek, İcra ve İdarenin tek maddelik yetki kanununa dayanıp, teşkilât, görev, yetki, personel ve usuller dahil tekml idare alanını düzenleyebileceğini kabul etmek mümkün ve hattâ lâzımdır” değerlendirmesi yapılmıştır. bkz: DURAN Lütfi, İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 30, Sayı: 3-4, Yıl: 1964, (466 – 492). s.484

¹³³ Ekrem KORKUT- Rifat GÖKSU Karşı Oyu: “yukarıdaki fıkraların tatbiki ile ilgili olarak İçişleri ve Gümrük ve Tekel Bakanlıklarınca birlikte neşir ve ilân edilecek tebliğlere riayet etmemekten ibarettir. Binaenaleyh burada suçun maddi unsurları kanunla değil iki Bakanlığın tebliğleriyle taayyün etmektedir. Diğer bir deyişle bu tebliğler suçun maddi unsurlarını tâyin eden kurallar olacaktır. Bu itibarla kanunilik prensibinin yalnız cezada cari olup suçlarda cereyan etmeyeceği yolunda 33 üncü maddenin uygulanmasında bir tefrik yapmağa Anayasa’nın ne sözü ve nede Özü müsait bulunmamaktadır. Her ne kadar yürütme organının kanunla verilen yetkiye dayanarak Tüzük ve Yönetmeliklerle suç ihdas edebilmesini delegasyon nazariyeleriyle izah ederek yasama organının verdiği yetki ve vekâletle yürütme organının bazı fiilleri suç haline koyabilmesinin “Kanunsuz suç olmaz” prensibini ihlâl edemeyeceği bazı hukukçular tarafından ileri sürülmekte ise de, bugünkü Anayasa’mızın, 4, 5, 11, 33, 107 ve 113 üncü maddelerinde yer almış olan hükümler karşısında bu izah tarzının değerini muhafaza ettiği kanaatinde değiliz.”

6258 sayılı kanunla değiştirilmiş 1. maddesi:

“Kambiyo, nükut, esham ve tahvilât alım ve satımının ve bunlarla kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarayan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk Parasının Kıymetinin Korunması zımında kararlar ittihazına İcra Vekilleri Heyeti salahiyyetlidir”

Değişik üçüncü maddesi:

“İcra Vekilleri Heyetince birinci maddeye istinaden ittihaz edilecek kararlara aykırı hareket eden hakikî ve hükmi şahıslar hakkında "1000" liradan "200.000" liraya kadar ağır para cezası ve 3 aydan 5 seneye kadar ticaret ve meslekî faaliyetten men cezasıyla birlikte hakiki şahıslarla hükmi şahısların müdür ve fiilde iştiraki olan memurların yukarıdaki cezalara zamimeten 7 aydan 5 seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar.”

Değişik dördüncü fıkranın davaya konu olan kısmı:

“...bu dâvaları rüyet edecek mahkemelerle bu mahkemelerin kaza çevreleri Adalet ve Maliye Vekâletlerince, müştereken tâyin ve ilân olunur...”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme idarenin düzenleyici işlemlerle suç ve ceza koyma yasağı bakımından “1567 sayılı kanunun; Değişik 1. maddesinin yasama yetkisinin Bakanlar Kuruluna devrine cevaz verdiğiinden, yasama yetkisinin devredilemeyeceğini düzenleyen anayasa hükmüne, Değişik 3. maddesinin Bakanlar Kuruluna, kararnamelerle suç ihdası yetkisi tanıdığını, bunun ise suçların kanuniliğini hükme bağlayan anayasa hükümlerine” aykırı olduğu gerekçeleri ile itiraz konusu kanun maddelerinin iptaline karar verilmesi talep edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 1963/4 Esas 1963/71 Karar Sayılı kararında yaptığı incelemede, öncelikle itiraza konu olan kanun maddelerinin getiriliş amacını “memleketimizde iktisadî buhran halinin devam etmesi, ithalât ile ihracat arasındaki dengesizlik sebebi ile paramızın kıymetinin düşmekte olması ve bu arada isbekülâtörlerin de menfi rol oynamaları ve bu hallerin iktisadî düzeni bozması ve çok önemli menfi etkiler yapmakta olması karşısında; Devletin müdahale zorunluluğunun doğduğu ve çok akıcı ve hareketli durumlara karşı konulması için alınacak tedbirlerin ve kontrol sisteminin tümünü bir kanun içine almanın mümkün olamayacağına göre de bu hususta Hükûmete yetki tanındığı” şeklinde açıklamıştır.

Anayasa Mahkemesi, kişinin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmekle ödevli olan devletin, gerektiğinde demokratik hukuk kurallarından ayrılmamak ve temel hak ve hürriyetleri zedelememek şartı ile ekonomik alana müdahale edebileceğini belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi Anayasamızın yasama yetkisini, yürütme görevini, yargı yetkisini farklı organlara verdiğini, yasama organının kanun yapma yetkisini başka bir yere devredemeyeceğini, yasama organının Anayasaya aykırı olmamak şartıyla herhangi bir sahada, istediği detayda düzenleme yapabileceğini, yaptığı bu düzenlemeler de *“zamanın gereklerine göre sık sık tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konulmasına lüzum görülen hallerde, yasama organının, yapısı bakımından, ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler almasının güçlüğü karşısında esaslı hükümleri tesbit ettikten sonra ihtisasa ve idare tekniğine taallük eden hususların düzenlenmesi için Hükümeti görevlendirmesinin”* yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırı olmadığını bilakis yasama yetkisinin kullanıldığını belirtmektedir.

İtiraz konusu kanun maddelerinde, kanun koyucunun esaslı noktaları ve genel çerçeveyi çizdiğini belirten Anayasa Mahkemesi *“İktisad kanunlarının kabul ettiği esaslara göre yürütülecek olan ve bunun dışına çıkıldığı takdirde memleketi büyük malî zararlara uğratacağı şüphesiz bulunan ve teknik konuları kapsayan ve geciktirmeden zamanında tedbirler alınması ve icabında derhal kaldırılması ve değiştirilmesi gereken bu alanın, kanun koyucu tarafından doğrudan doğruya düzenlenmesi bazı sakıncalar doğurabilir.”* diyerek, yasama organının esaslı noktalarını belirlediği itiraz konusu kanun maddesinin uygulanabilmesi bakımından, alınacak tedbirlerin ihtiyaca uygunluğunu sağlamak amacıyla yürütme organının görevlendirilmesini, yasama yetkisinin bu şekilde kullanıldığı biçiminde açıklamaktadır. *“Yürütme organının çıkaracağı ve tatbika koyacağı kararlarla maksat dışına çıkıp çıkmadığının tâyini, kanunun Anayasa'ya aykırı olup olmadığının tesbiti bakımından önem taşımaz”* diyen Anayasa Mahkemesi, bunun yerel mahkemelerde çözüme kavuşturulacak bir problem olduğu kanaatindedir.

Anayasa Mahkemesi aynı kararında suç ve cezaların kanuniliği ilkesi bakımından ise Anayasamıza göre kanunsuz suç ve ceza olamayacağını, kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağını ve cezalar ve ceza tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceğini

belirttikten sonra, itiraz konusu kanun maddelerinde “*İcra Vekilleri Heyetinin 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı harekette bulunmak*” eyleminin suç teşkil eden eylem olduğunun belirtildiğini, yani kanunla neyin suç teşkil edeceğinin belirtildiğini ve “*Bakanlar Kurulu kararı, daha önce Resmî Gazete’de neşredilmek suretiyle kişilere hangi fiillerin yasaklandığı duyurulmakta ve böylece kişinin teminatı sağlanmakta ve ceza da kanunda gösterilmekte olmasına göre mücerret kararname ile suç ihdası söz konusu olamayacağından*” bu konudaki itirazı da yerinde görmediğini belirtmiştir ve tüm bu sebeplerle itiraza konu olan kanun maddelerinin Anayasaya aykırı olmadığını belirterek oy çokluğu ile itirazın reddine karar vermiştir.

İtiraz konusu kanunda *İcra Vekilleri Heyetince birinci maddeye istinaden ittihaz edilecek kararlara aykırı davranışlar ceza yaptırımına tabi tutulmaktadır*. Burada ise suçun idarenin işlemi ile konulduğu, buna ilişkin yeterli bir sınır, çerçeve belirtilmeği görülmektedir.¹³⁴ Bu hususa karara karşı yazılan karşı oyda¹³⁵ da değinilmiştir.¹³⁶

Anayasa Mahkemesi **21.9.1993 tarihli 1993/31 Esas 1993/29 Karar** sayılı kararında 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 360. maddesine, 3.12.1988 günlü, 3505 sayılı Yasa’nın 9. maddesiyle eklenen ikinci fıkranın Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: “*Kaçakçılığa teşebbüs nedeniyle hükmolunan hapis cezasının paraya çevrilmesine hükmolunması halinde, para cezası tutarının hesabında; hapis cezasının her bir günü için sanayi sektörü için belirlenen, yürürlükteki asgari ücretin bir aylık tutarının yarısı esas alınır.*”

¹³⁴ Anayasa Mahkemesi’nin itiraz konusu kuralı adeta suç ve cezada kanunilik ilkesinin içini boşaltarak yorumladığı ifade edilmiştir. bkz: SÖZÜER Adem, Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü Ve Yarını Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına İlişkin Notlar, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Cilt: 21, Özel S., Yıl: 2019, (3031-3050), s.3043

¹³⁵ Şemsettin AKÇOĞLU-İbrahim SENİL- Celâlettin KURALMEN Karşı Oyu: “*Maddede bu kararların konulan gösterilmiş fakat güdülen amaca ulaşmak için alınacak kararların kapsamı ve sınırları hakkında hiçbir direktif verilmemiştir. Böylece Bakanlar Kurulu çok geniş bir alan içinde hudutsuz bir yetki ile teşhiz edilmiş bulunuyor. Bakanlar Kurulunun bu yetkisine dayanarak, Anayasa’nın kanunla düzenlenmesini emrettiği konulara müdahale etmesi ve özellikle temel hak ve hürriyetlerden olan ve Anayasa’nın 40’inci maddesi ile teminat altına alınmış bulunan çalışma ve sözleşme hürriyetini sınırlandıran ve hatta özüne dokunan yasaklar koyması mümkündür. Daha ileri gidilerek denebilir ki, çalışma ve sözleşme hürriyeti sınırlandırmadan güdülen amaç tamamen gerçekleştirilemez. Bunun gibi, seyahat hürriyeti ve mülkiyet hakkı da sınırlandırılabilir. Maddenin kapsadığı alanın genişliği ve metnin itlaki bu gerçeği, ifadeye ve ispata kâfidir. Halbuki Anayasa’nın 11 inci maddesi gereğince temel hak ve hürriyetler, özüne dokunmamak şartı ile ancak kanunla düzenlenebilir. Şimdiye kadar alınan kararlar ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmış olup olmadığı tartışılmaksızın, sadece bu nitelikte kararlar almak imkân ve ihtimalinin bulunması karşısında sözü geçen 1’inci maddenin Anayasa’nın 11’inci maddesine aykırı olduğu söylenebilir*”

¹³⁶ Bu kanun hükmünün hem 1982 Anayasasına hem de TCK’nın 2. ve 5. maddelerine aykırı olduğu yönünde görüş için bkz: ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner, age, s.104 vd.

Yine aynı kanun hükmünün suç teşkil eden fiilleri açıkça tanımlamadığı, hangi eylemin suç teşkil edeceğinin Bakanlar Kurulu Kararına bırakıldığı, bu hali ile de suç ve cezada kanunilik ilkesinin dolanılarak Anayasaya aykırılık oluşturulduğu yönündeki görüş için bkz: ÖZGENÇ İzzet, age, s.110

İtiraz yoluna başvuran mahkeme idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etmesi yasağına ilişkin bir gerekçe sunmamış, Anayasa Mahkemesi de bu yönde bir inceleme yapmamıştır. Ancak burada ceza miktarının asgari ücrete göre belirlenmesinin bu kapsamda tartışılması gerektiği kanaatindeyiz. Kanunda ceza miktarı açık bir şekilde belirlenmemiş olup, asgari ücrete gönderme yapılmıştır. Asgari ücret ise Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından belirlenen miktar olarak her yıl uygulanmaktadır. Bu bakımdan aslında her yıl itiraza konu kanunun uygulanacağı suçlar bakımından ceza miktarı idarenin belirlediği miktar üzerinden hesaplanmış olmaktadır. Bu ise idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulamaması ilkesine aykırıdır. Bu hususa karara karşı yazılan karşı oyda¹³⁷ da değinilmiştir.

Anayasa Mahkemesi **6.7.1993 Tarihli, 1993/5 Esas-1993/25 Karar** sayılı kararında 1918 sayılı "Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'un 25. maddesinin 5.6.1985 günlü, 3217 sayılı Kanunla değişik ikinci fıkrasında yer alan "...İthalat ve ihracat rejimi kararlarıyla yasaklanmış olması" ibaresinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: *"Yukarıdaki fıkra dışında kalan ve bu Kanunda ayrıca cezası bulunmayan her nevi kaçakçılık suçlarının failleri, gümrük kaçağı eşyanın gümrüklenmiş değerinin tekel kaçağı maddeler için CIF değeri ile birlikte özel kanunlarında yazılı para cezasının veya resminin birer misli ağır para cezası ile cezalandırılır ve mal veya eşyanın müsaderesine karar verilir. Mal veya eşyanın, tekele tabi olması veya memlekete ithalinin veya ihracının özel kanunlarla veya ithalat ve ihracat rejimi kararlarıyla yasaklanmış olması durumunda fail hakkında ayrıca bir seneden beş seneye kadar hapis cezasına da hükmolunur."*

¹³⁷ Yekta Güngör ÖZDEN karşı oyu: *"Vergi Usul Yasası'nın 360. maddesinin, itiraz yolu izlenerek iptali istenen, ikinci fıkrasında "...yürürlükteki asgarî ücretin bir aylık tutarının ..." yarısının para cezasının hesabında esas alınacağı öngörülmüştür. 647 sayılı Yasa'ya ve Türk Ceza Yasası'na göre özel nitelikli bir kural durumundaki fıkranın yukarıya ayrıç içerisinde alınan bölümü, Asgarî Ücret Tespit Komisyonu'na belirlenecek tutara yollama yapmaktadır. 1475 sayılı İş Yasası'nın 33. maddesi uyarınca yürürlüğe konulan asgarî ücret, yasama organının öngördüğü yöntemle saptansa da doğrudan yasama organının belirlediği bir ölçü değildir. Anayasa'nın "Suç ve cezalarla ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesinin üçüncü fıkrasında, ceza ve ceza yerine geçecek güvenlik önlemlerinin ancak yasayla konulacağı açıklığı, hiçbir tartışmaya olanak bırakmayacak biçimde yer almıştır. İncelenen fıkra, para cezasının tutarının hesabına ilişkin bir kural olduğundan, daha açık bir anlatımla, para cezasından söz ettiğinden, sorun doğrudan bir cezanın belirlenmesidir. Böyle bir yaptırım ancak yasayla konulabilir. Bir yasanın, herhangi bir yöntemi getirmesi, önermesi, bir başka yöntemle yollama yapması cezanın-yaptırımın doğrudan yasa ile getirilmesi zorunluluğuna uyulduğunu göstermez. Anayasa'nın yasayla düzenlenmesini öngördüğü konuların, yasa adı altında gerçekleştirilmesi bir biçim değil, öz sorunudur. Yasa, konuyu kendisi düzenleyip çözmeli, kendisi öngörüp belirlemelidir. Yasa'da o konudan söz edilmesi yeterli değildir. İtiraz konusu kural, yasama organı yerine Asgarî Ücret Tespit Komisyonu'nu geçirmiştir. Bu Komisyonun değişken kararları, her yıl artması gerekli görülen ceza tutarı için bir yöntem olarak benimsenecekse, yasakoyucu bu düzeni-yöntemi kendisi yapmalıydı. Cezayı bir başka kurula, onun istencine bırakmak, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu gibi yasama yetkisinin devredilemeyeceğini bildiren 7. maddesine de aykırıdır. Yasakoyucu, yasa koyma, yasa ile ceza belirleme yetkisini başka bir organın (yürütme gücünün egemenliğinde) eline bırakamaz."*

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, “ *itiraz konusu kanun maddesinde yer alan ‘ithalat ve ihracat rejimi kararları ile yasaklanmış bulunması’ şeklindeki cümlelerin, kaçak malların ithal rejimlerine veya ithalat rejimlerinde yasaklılar listesinde olup olmamasına göre bir uygulama getirdiğini, bu uygulamada karar mercii olarak Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı yetkili kılındığını ve bu müsteşarlığın aldığı kararla suçun unsurlarının belirlendiğini, Müsteşarlığın değişiklikleri herhangi bir zamanda yapabildiğini ve bu konuda bir belirsizliğin olduğunu, Anayasamızda suç ve cezada kanunilik prensibi olduğunu bu sebeple de suç ve cezaların kanunda gösterilmesi gerektiğini, söz konusu uygulama ile yasama yetkisinin yürütme organına devredildiğini,*” bu gerekçelerle itiraza konu kanunun “ithalat ve ihracat kararları ile yasaklanmış bulunması” cümlesinin Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasaya Mahkemesi 1993/5 Esas 1993/25 Karar sayılı kararında itirazı “ithalatı” kısmı bakımından sınırlandırarak incelemiştir. Anayasa Mahkemesi ithalat ve ihracat rejimine ilişkin “İthalat ve ihracat rejimini düzenleyen kararnameler ile bunlara dayanılarak hazırlanan yönetmelikler, düzenleyici idarî tasarruflardır. Bu düzenlemeler sürekli olarak yapılmamaktadır. Kimi zaman bu kararnameler ve yönetmelikler, değişiklik yapılarak birkaç yıl uygulanmakta, kimi zaman ise yenisi çıkarılarak öncekileri ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmaktadır.” şeklinde açıklamada bulunmuştur. Mahkeme suç ve cezalarda kanunilik ilkesi gereğince¹³⁸, suç ve cezaların ancak yasa koyucu tarafından konulabileceğini¹³⁹, bu sebeple bu konularda yasa ile düzenleme yapılabileceğini, yine yasa yapma yetkisinin Anayasamıza göre Türkiye Büyük Millet Meclisi ait olduğunu ve bunun yürütme organına bırakılarak yürütme organınca suç oluşturulmasının mümkün olmadığını, o dönem yürürlükte olan Anayasa maddelerine göre TBMM tarafından Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilebileceği öngörüldüğünü ancak KHK ile düzenlenebilecek konularında sayıldığını, "Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlığını taşıyan 38. maddesinin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyecek yasak alan kapsamına girdiğini ve “Yürütme organının KHK ile suç oluşturmasına Anayasa'da izin verilmez iken düzenleme olanakları ve biçimleri KHK'lara göre çok daha kolay olan ve hukuk kuralları hiyerarşisinde daha sonra gelen idarî düzenlemelerle kimi

¹³⁸ Söz konusu kararında, Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin esasının yasa tarafından ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiçbir şüpheye verilmeyecek biçimde belirtilmesinden ve buna göre cezanın yasayla belirlenmesinden ibaret olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi, kişinin yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesinin kişinin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesi olduğunu tüm bunların yanında konulan kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belirli olması gerektiğini ifade etmektedir.

¹³⁹ “Suç ve cezanın yasallığı” ilkesi; Anayasa'nın yasaklayıcı ve buyurucu kuralları ile gerek toplum yaşamı gerek kişi hak ve özgürlükleri yönlerinden getirdiği güvencelere aykırı olmamak koşuluyla bu konuda gerekli düzenlemeleri yapma yetkisinin yalnız yasa koyucuya ait olmasını zorunlu kılar.”

eylemlerin suç sayılmasının açıklanan Anayasa kurallarına aykırı düştüğünü” belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi yukarıda yaptığı açıklamalar ışığında, itiraz konusu kanun maddesinde “cezaların yasallığı” ilkesine herhangi bir aykırılık bulunmamakla beraber “Bakanlar Kurulu’nca bir malın ithal veya ihracının yasaklanması ile eylem suç oluşturmaktadır. Böylece itiraz konusu kuralda suç saptanamamakta, suç olma niteliği Bakanlar Kurulu kararına bırakılmaktadır. Bu ise Anayasa’nın 38. maddesinde öngörülen “suçun yasallığı” ilkesine aykırıdır” saptamasıyla “ithalat” sözcüğünün Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi yasama yetkisinin devredilemezliği yönünden yaptığı incelemede ise: *“Anayasa’da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez... Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlenmesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasa’nın 7. maddesine aykırı düşer”* diyerek söz konusu kanun maddesinin anayasanın 2. ve 7. maddelerine de aykırı olduğunu ve iptali gerektiğine oy birliği ile karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin kararının isabetli olduğunu düşünüyoruz.¹⁴⁰ İtiraz konusu kanun maddesi ile *Mal veya eşyanın memlekete ithalinin veya ihracının ithalat veya ihracat rejimi kararlarıyla yasaklanmış olması durumunun* suç kapsamına alındığı görülmektedir. Ayrıca söz konusu kanunda genel bir çerçeve çizilmemiş, idarenin düzenlemesine bırakılan alanda esaslı unsurlar da kanun koyucu tarafından koyulmamıştır. Buradan yola çıkarak, idari bir karar ile ithalat ya da ihracatı yasaklanacak olan bir eşya suç konusu olabilecektir. Bu ise, kişi hak ve özgürlükleri bakımından öngörülemez neticeleri olabilecek bir durum yaratabilir. İtiraz konusu kanunda, suç belirleme yetkisinin açıkça idareye bırakıldığı ve kişilere herhangi bir

¹⁴⁰ İlgili kararın isabetli olduğu yönünde bkz: TÖGEL Akif, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kanun Kavramı**, Ankara, 2016, s.38

güvence getirilmediği görülmektedir. Böylece, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç yaratılmış olmaktadır.¹⁴¹

Anayasa Mahkemesi 27.9.1994 Tarihli, 1993/42 Esas- 1994/72 Karar sayılı kararında 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'un 27. maddesinin 5.6.1985 günlü, 3217 sayılı Kanunla değişik dördüncü fıkrasında yer alan "...İthalat ve ihracat rejimi kararlarıyla..." ibaresinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: "İkinci fıkranın uygulanmasını gerektiren durumlarda; mal veya eşyanın özel kanunlarla veya ithalat ve ihracat rejimi kararlarıyla memlekete ithal veya ihracı yasaklanmamış olmakla birlikte gümrüklenmiş piyasa değerinin otuz milyon lirayı geçmemesi ve tekele tabi maddelerden olmaması halinden, ikinci fıkradaki ağır hapis cezasına hükmedilmeyip sadece üçüncü fıkra göre ağır para cezasına ve mal veya eşyanın müsaderesine karar verilir. Bu fıkradaki miktarı, Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından yayınlanan "Toptan Eşya Fiyatları Yıllık İndeksi'ndeki artışlar oranında artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu kararlar Resmi Gazete'de yayımlanır."

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, "İtiraz konusu kuralda 'ithalat ve ihracat rejimi kararları ile' yasaklanmış bulunması tümcesinin kaçak olarak yurda sokulan veya yurttan dışarı çıkartılan malların idarece tanzim edilecek rejimlere göre yasaklar listesinde olup olmamasına göre bir uygulama getirdiğini, uygulamada karar mercii olarak Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'nın yetkili kılındığını, adı geçen müsteşarlık tarafından bazı malların ithali veya ihracı yasak mal statüsünde iken alınan bir kararla yasak mal olmaktan çıkarabildiğini, bunun suç ve cezalarda kanunilik ilkesine aykırı olduğunu, yürütme organına bu konuda yetki vermenin yasama yetkisinin devri anlamına geleceğini, yürütmenin ceza verme ve kaldırma yetkisinin olmadığını, yönetmelik, karar, sirküler veya diğer tanzimi işlemler ile yetkinin saptırılmasının ceza hukukunun temel prensibine aykırı olduğunu, devam etmekte olan bir davada bir karar ile cezanın kaldırılması veya konulmasının Anayasa'nın 138. maddesine de aykırı olduğunu, görülmekte olan bir davaya yürütmenin müdahale yetkisinin olmadığını" bu gerekçelerle söz konusu kanun maddesinin Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasaya Mahkemesi 1993/42 Esas 1994/72 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, "ithalat ve ihracat rejimini düzenleyen kararnameler ile bunlara dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerin, düzenleyici idarî tasarruflar olduğunu, bu düzenleyici idarî tasarrufların, Yasa'nın maddesinde öngörülen suçun sınırlarının saptanmasında esas oluşturduğunu, Anayasanın 38. maddesine göre hangi eylemlerin suç sayılacağına ancak yasayla öngörülebileceğini, bu yasalarında belirlilik

¹⁴¹ İtiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğu ve Anayasa Mahkemesi kararının isabetli olduğu yönünde benzer görüş için bkz: İÇEL Kayıhan, age, s.129

ilkesine uygun olması gerektiğini, Anayasa'nın 7. ve 87. maddeleri gereğince yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olup bu yetkinin devredilemeyeceğini, Anayasadaki açıklık karşısında yürütmenin suç oluşturabilmesinin olanaklı olmadığını, KHK ile bile suç ve ceza konulamazken, normlar hiyerarşisinde onlarında altında olan düzenleyici idari işlemler ile suç ve ceza konulmasının Anayasaya aykırı olacağını¹⁴², itiraz konusu kuralda cezada yasallık ilkesine herhangi bir aykırılık olmasa da Bakanlar Kurulu'nca bir malın ithal veya ihracının yasaklanması ile eylemin suç oluşturacağını, böylece itiraz konusu kuralla suç belirlenmediğini, suç olma niteliği bu kuralla Bakanlar Kurulu kararına bırakıldığını, bunun ise suç da yasallık ilkesine uygun olmadığını, yasama yetkisinin devredilemeyeceğini ve yasayla belirlenmesi gereken şeylerle alakalı olarak yürütme organına sınırları belirsiz yetki verilemeyeceğini¹⁴³, İthal ve ihracı yasaklama yetkisine sahip olan Bakanlar Kurulu'nun bu yolla eylemin suç sayılıp sayılmayacağını belirlemiş olduğunu” bu gerekçelerle de itiraza konu kanun maddesinin Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Bir üst karardaki gerekçelerimizle Anayasaya Mahkemesi'nin kararının isabetli olduğu kanaatindeyiz. Bununla beraber, 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin gerekçesinde¹⁴⁴ yer alan ve “açık suç hükmü” düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığı şeklinde yorumlanabilecek ifadelerin telif edilemeyeceği, KHK'lar ile suç ve ceza düzenlenmesinin mümkün olmadığı, Anayasa Mahkemesinin verdiği bu kararın isabetli olduğu doktrinde ifade edilmiştir.¹⁴⁵

Anayasa Mahkemesi **18.1.1996 tarihli 1995/28 Esas 1996/2 Karar** sayılı kararında, 1918 sayılı "Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun"un Ek 2. maddesinin III numaralı fıkrasının birinci bendinin, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu

¹⁴² “Anayasa'nın 91. maddesinde TBMM'nce Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilebileceği öngörülmekte ve KHK ile düzenlenemeyecek konular sayılmaktadır. "Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlığını taşıyan 38. maddesi, kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyecek yasak alan kapsamına girmektedir. Yürütme organının KHK ile suç oluşturmaya Anayasa'da izin verilmez iken düzenleme olanakları ve biçimleri KHK'lere göre çok daha kolay olan ve hukuk kuralları hiyerarşisinde daha sonra gelen idari düzenlemelerle kimi eylemlerin suç sayılması açıklanan Anayasa kurallarına aykırı düşer.”

¹⁴³ “Bu kural karşısında, Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayırık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlenmesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer.”

¹⁴⁴ Gerekçenin ilgili kısmı şu şekildedir: “Bu hüküm kanun koyucunun “açık suç hükmü” koymasına; yani “fiili” bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir. Meselâ Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkındaki Kanunun yaptığı gibi; bu gibi hallerde ne yasama yetkisi devrilmiş ne de “kanunsuz suç olmaz” ilkesi ihlal edilmiştir.” Gerekçe için bkz:

<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

(Erişim Tarihi: 26.07.2020)

¹⁴⁵ ÖZGENÇ İzzet, age, s.111 vd. (255. dipnot)

kanun maddesi şu şekildedir: “Gümrük Kanunu’nun 19 ve 20 nci maddelerine dayanılarak çıkarılan hükümet kararlarına aykırı olarak herhangi bir madde ve eşyayı memlekete ithal edenler veya memleketten çıkaranlar veya bu fiillere teşebbüs edenler bir seneden beş seneye kadar hapis ve yüzbin liradan on milyon liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar.”

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, “itiraza konu kanun maddesi ile hükümet kararlarına aykırı olarak, herhangi bir madde veya eşyayı memlekete ithal edenlerin veya memleketten çıkaranların veya bu fiillere teşebbüs edenlerin hapis ve ağır para cezası ile cezalandırılacakları hükme bağlandığını, ithal veya ihraç işlemleri ile ilgili eylemlerin hükümet kararları ile suçta dönüşmekte olduğunu ve yine suç olmaktan çıktığını, hangi eylemlerin suç sayılacağı ancak yasayla öngörüleceğini, Anayasanın 7. ve 87. maddeleri gereğince yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne ait olup, bu yetkinin devredilemez olduğunu, Anayasadaki açıklık karşısında yürütmenin suç oluşturabilmesi olanaklı olmadığını” bu gerekçelerle de itiraza konu kanun maddesinin Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 1995/28 Esas 1996/2 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, bir önceki kararda açıkladığımız gerekçelerle itiraz konusu kuralı anayasaya aykırı bulmuştur. Bu kararın isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Ancak burada karara karşı yazılan karşı oylarda¹⁴⁶ dikkat çekicidir. Karşı oylarda, itiraza konu kuralın

¹⁴⁶Yalçın ACARGÜN-Lütfi F. TUNCEL Karşı Oyu: “İtirazen iptali istenen kural suç teşkil eden eylemi ve cezasını tayin etmektedir. 1918 sayılı Yasa’nın Ek 2. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendindeki suçun cezası açıkça gösterilmiş olup bu yönde, yani cezaların yasayla konulması gerektiği yönünden Anayasa’ya aykırılıktan söz edilemez. Suçların yasalılığı ilkesi yönünden ise anılan hükümle hangi eylemin suç teşkil ettiği açıkça belirtilmiş olup bu suçun maddi unsurları yasayla belirlenmiş bulunmaktadır. Madde ile cezalandırılması öngörülen suçun maddi unsurları şu şekilde sıralanabilir:

- Gümrük Kanunu’nun 19 ve 20. maddelerine dayanılarak çıkarılan hükümet kararlarına aykırı olarak,
- Herhangi bir maddeyi veya eşyayı ithal veya memleket dışına çıkarmak.

Suçun maddi unsurları bu şekilde yasayla belirlenmiş bulunmakla beraber madde ceza tehdidi altına aldığı hükümet kararlarına aykırı davranma eyleminin hangi hükümet kararlarına karşı olduğunu da açıkça göstermiş ve bunların Gümrük Kanunu’nun 19. ve 20. maddelerine dayanılarak çıkarılan hükümet kararları olduğunu belirlemiş bulunmaktadır.

Gümrük Kanunu’nun 19. maddesine göre '1. İç ve dış emniyetin sağlanması, halkın, hayvanların, bitkilerin ve ürünlerin hastalıklardan korunması, tarih ve sanat eserlerinin memleketten çıkartılmasının önlenmesi maksadıyla veya malî ve iktisadî zaruretler halinde ve ülke çıkarları gözönünde bulundurularak; eşyanın giriş, çıkış, transit ve aktarma serbestliğini kısıtlamaya veya kaldırmaya; ithal edilecek gemilerin gümrük işlemleri ile ilgili özel hükümler koymaya, 2. Bu Kanunun 10. maddesinin yedinci fıkrasında belirtilen eşya ile ilgili muafiyetin kısmen veya tamamen kaldırılmasına veya bu eşyanın bir kısmına veya tamamen bu Kanunun 6. maddesi uyarınca tek ve maktu tarife uygulamaya, Bakanlar Kurulu yetkilidir.”

Aynı Kanunun 20. maddesine göre ise; Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile ticaret andlaşması akdetmiyen veya akdedilmiş ticaret antlaşmalarını vaktinden evvel tek taraflı olarak kısmen veya tamamen hükümsüz bırakan, Türk kara, hava ve deniz nakil vasıtalarına karşı yasaklık ve kısıntı hükümleri koyan veya bunlar hakkında farklı işlemler uygulayan memleketlerin malların ile kara, hava ve deniz nakil vasıtalarına karşılık olmak üzere yasaklık ve kısıntılar koymaya ve farklı işlemler ve tarifeler tatbik etmeye Bakanlar Kurulu yetkilidir.

İşte iptali istenen yasa kuralı ile bu iki yasa maddesine dayanılarak çıkarılan hükümet kararlarına aykırı davranmak cezalandırılmaktadır. Bu şekilde bir düzenlemeyle yasa koyucunun yasayla belirlemesi gereken suçları Bakanlar Kurulu’nun düzenlemesine bıraktığı, böylece hem Anayasa’nın 38. maddesindeki suçların yasalılığı, hem

yollama yaptığı 19 ve 20'inci maddelerin Bakanlar Kurulu'nun kullanacağı yetkiler bakımından temel esasları belirleyerek sınırları çizdiğini, teknik ve uzmanlık gerektiren alanlarda ayrıca hemen müdahale edilmesi gereken durumlarda yürütme organına yetki vermenin yasama yetkisinin devredildiği anlamına gelmeyeceğini, hangi eylemlerin suç teşkil edeceğini ve bunun ne tür bir yaptırıma tabi olacağını yasada düzenlendiğini, netice itibari ile Anayasa'nın 7. ve 38. maddesine herhangi bir aykırılığın olmadığı belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesi **8.10.1998 tarihli 1997/53 Esas 1998/62 Karar** sayılı kararında 1567 sayılı "Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun"un 3521 sayılı Yasa ile değiştirilen 3. maddesinin (a) bendinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: *"Bakanlar Kurulunca 1 inci maddeye göre alınan kararlara aykırı hareket eden veya bu kararlardan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen gerçek ve tüzelkişiler beşmilyon liradan ellimilyon liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar.*

Ancak, karara aykırı fiil 1 inci maddede yazılı kıymetlerin izinsiz olarak yurttan çıkarılması veya yurda sokulması mahiyetinde ise eşya ve kıymetlerin rayiç bedeli kadar, teşebbüs halinde bu bedelin yarısı kadar ağır para cezasına hükmolunur. Yakalanan eşya ve kıymetler, fiil teşebbüs derecesinde kalsa dahi, müsadere olunur. Yakalanamadığı için müsadere edilemeyen eşya ve kıymetlerin rayiç bedeli kadar ağır para cezasına hükmolunur"

İtiraz yoluna başvuran mahkeme idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etme yasağı bakımından, *"1567 sayılı Yasa'nın 1 inci maddesi ile kambiyo, nukut, esham ve tahvilât alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarayan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk Parasının kıymetinin korunması zımında kararlar alınmasına Bakanlar Kurulu'nun yetkili kılındığını, Bakanlar Kurulunun aldığı kararlara aykırı davranışın da aynı Yasa'nın 3. maddesinin (a) bendi ile yaptırıma bağlandığını, böylece kararlara, tebliğlerle suç tanımlandığını bunun da kanunsuz suç ve ceza olmaz ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkeleriyle bağdaşmadığını"* bu nedenlerle itiraz konusu kuralın, Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

yasama yetkisinin devredilmezliğini öngören Anayasa'nın 7. ve Devletin bir hukuk devleti olduğunu belirten Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık olduğu kabul edilemez."

Anayasa Mahkemesi 1997/53 Esas 1998/62 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, kanun koyucunun esaslı unsurları ve cezayı tespit ettikten sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususların düzenlenmesi için yürütme organını görevlendirmesi yasama yetkisinin kullanılması olduğunu kabul etmektedir¹⁴⁷ ve bu gibi durumların yasama yetkisinin devri anlamına gelmediğini, itiraz konusu kuralda da genel çerçevenin çizildiğini, temel kuralların saptandığını, bu sebeple de yasama yetkisinin devredilmesinin söz konusu olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi “itiraz konusu kurala göre Bakanlar Kurulu’nca 1. maddeye dayanılarak alınan kararlara aykırı hareket edenler hakkında ceza yaptırımının öngörüldüğünü, buna göre, suçun yasal unsurunun Bakanlar Kurulu’nun 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı davranmak olduğunu, suçun yasallığı ilkesine bir aykırılığın olmadığını, yasakoyucu tarafından suçun unsurlarının saptanmasından ve suç oluşturan eylemin ve cezanın yasada açıkça belirlenmesinden sonra ayrıntılarla uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinde yürütmeye yetki verilmesinin kararla suç oluşturma anlamına gelmeyeceğini ve yasallık ilkesini zedelemeyeceğini, Bakanlar Kurulu kararlarının daha önce Resmî Gazete’de yayımlanarak kişilere hangi eylemlerin yasaklandığı duyurulmakta ve böylece kişinin güvencesi sağlanmakta olduğunu, cezanın da yasa ile gösterildiğine göre kararname ile suç oluşturulmasının söz konusu olmadığını” bu gerekçelerle de itiraz konusu kanun maddesinin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin kararının isabetli olmadığı kanaatindeyiz.¹⁴⁸ İtiraza konu kanun maddesi incelendiğinde, suçun maddi unsurunun Bakanlar Kurulu kararlarına aykırı eylem olduğu görülmektedir. Bu da suçun unsurlarının açık ve net bir şekilde, belirlilik ilkesine uygun olarak kanunda gösterilmediğini, Bakanlar Kurulu kararı ile ortaya çıktığını göstermektedir. Bakanlar Kurulu kararlarının, kanun yollama yaptığı, birinci maddeye göre nelere ilişkin olacağı belli ise de kanunda suç ve cezalara ilişkin temel esasların belirlenmediği, “alım-satım, ithalat-ihracat” gibi konularda

¹⁴⁷ “Kişinin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmekle görevli olan devlet, gerektiğinde demokratik hukuk devleti kurallarından ayrılmamak ve temel hak ve özgürlükleri zedelememek koşuluyla ekonomik alanda düzenlemeler yapabilir. Ancak, ekonomik olayların niteliğine, zamanın gereklerine göre sık sık değişik önlemler alınmasına veya alınan önlemlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konulmasına gerek görülen durumlarda, yasama organının, yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında önlemler almasının güçlüğü karşısında temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususların düzenlenmesi için yürütme organını görevlendirmesi de yasama yetkisinin kullanılmasıdır. Bu gibi durumlar, yasama yetkisinin devri anlamına gelmez.”

¹⁴⁸ İtiraz konusu kuralın suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz: DURSUN Selman, Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomi Ceza Hukukuna Etkileri, Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, 26 Mayıs–4 Haziran 2010, Cilt: II, İstanbul, Yıl 2013, (2239-2250) s.2243 9. dipnot. <http://www.selmandursun.com/wp-content/uploads/sdursun-tch-reformu-ekonomi-ceza.pdf> (Erişim Tarihi: 30.07.2020)

sınırları tam belli olmayan bir düzenleme yetkisi vermektedir. Bu bakımdan suçun unsurlarının idari işlemle belirlendiği görülmektedir. Bu ise idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza koyma yasağı bakımından anayasaya aykırılık oluşturmaktadır.¹⁴⁹

Anayasa Mahkemesi **10.2.2004 tarihli 2001/143 Esas 2004/11 Karar** sayılı kararında 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ikinci fıkrasının Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesinin ilgili kısımları şu şekildedir: "*Milli Park sınırları içinde; ...b) Belirlenen yerler dışında ateş yakmak veya izin verilen yerlerde yakılan ateşi söndürmeden mahallini terk etmek... yasaktır.*

Birinci fıkranın; (a) bendinde belirlenen fiili işleyenler onaltı milyon lira hafif para cezası, (b) ve (c) bendlerinde belirtilen fiilleri işleyenler iki yıldan aşağı olmamak üzere hapis, yüzaltmış milyon liradan sekizyüz milyon liraya kadar ağır para cezası, (d) bendinde belirtilen fiilleri işleyenler dört yıldan aşağı olmamak üzere hapis, sekizyüz milyon liradan dört milyar sekizyüz milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır."

İtiraz yoluna başvuran mahkeme suç ve cezalarda kanunilik ilkesi bakımından, "söz konusu ceza maddesinde belirlenen yerlerden başka yerde ateş yakma ve izin verilen yerler dışında ateşi söndürmeme eylemlerinin cezalandırıldığını, bu suretle suçun oluşumunda belirleyici olarak idarenin takdir yetkisi devreye girdiğini, suçları ve cezaları koymanın yasa koyucunun görevi olduğunu," bu gerekçelerle itiraza konu kanun maddesinin Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmektedir.

Anayasa Mahkemesi 2001/143 Esas 2004/11 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, "suçun maddî unsurunun Bakanlar Kurulu kararı ile 'belirlenen yerler dışında ateş yakmak' olarak tespit edilmesinin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmadığını, çünkü, idareye verilen bu yetkinin suçun tanımını doğrudan belirleyen bir yetki olmayıp, ulusal park sınırları içinde ateş yakılabilecek yerlerin belirlenmesiyle ilgili olduğunu, esasen coğrafi koşullara göre değişiklikler gösterebileceği gözetildiğinde işin niteliği gereği ateş yakılabilecek yerlerin yasa ile belirlenmesi de mümkün olmadığını" bu gerekçelerle de itiraza konu olan kanun maddesinin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

¹⁴⁹ İlgili kanun maddesinin Anayasaya aykırı olduğu yönündeki benzer görüş için bkz: KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.67

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında idarenin suç ve ceza ihdas etme yasağı bakımından ulaştığı sonucu isabetli buluyoruz. İtiraza konu kanunda yasaklanan eylem belirlenen yerler dışında ateş yakmak veya izin verilen yerlerde yakılan ateşi söndürmeden mahallini terk etmektir. İtiraza konu kanunda bu eylemin esaslı unsurları ve sınırları çizilmiştir ayrıca verilecek ceza da belirlenmiştir. Netice itibari ile suç idare tarafından belirlenen yerler dışında ateş yakmak olsa da bu husus söz konusu düzenlemenin ruhundan kaynaklanan ve kanunla da düzenlenmesi işin gereği olarak mümkün olmayan teknik bir konudur. Bu kanunu ölçülülük ilkesi bakımından ise ayrıca değerlendirmek gerekmekte olup bu hususa ölçülülük başlığı altında değinilecektir.

Anayasa Mahkemesi **2.3.2004 tarihli 2002/92 Esas 2004/25 Karar** sayılı kararında¹⁵⁰ 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 61. maddesinin (d) bendinin ve aynı kararnameye 4128 sayılı Yasa ile eklenen 61/A maddesinin (c) bendinin, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir:

“Aşağıda yazılı fiiller marka hakkına tecavüz sayılır:

...d) Marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek...”

Madde 61/A- (Ek: 3/11/1995 - 4128/5 md)

...c) 61 inci maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına ve altıyüz milyon liradan bir milyar liraya kadar para cezasına, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine, hükmolunur...”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme suç ve cezalarda kanunilik ilkesi bakımından, “suç konusu fiilin 556 sayılı KHK'nın 61. maddesinde düzenlenip kanuni bir düzenleme yapılmadığını, ancak bu suç karşılığındaki yaptırımın ise kanunla 61/A-C maddesinde öngörüldüğünü, bu şekilde yürütme organının suç ihdas etmesine imkan tanındığını” bu gerekçelerle de Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

¹⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'nin benzer bir olay hakkında aynı yönde verdiği karar için bkz: **03.01.2008 tarihli 2005/15 Esas 2008/2 Karar** sayılı karar, **05.02.2009 tarihli 2005/57 Esas 2009/19 Karar** sayılı karar, **12.3.2009 tarihli 2009/16 Esas 2009/46 Karar** sayılı karar,

Anayasa Mahkemesi 2002/92 Esas 2004/25 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “61. maddenin itiraz konusu (d) bendinde, “marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek” eyleminin marka hakkına tecavüz sayılan fiiller arasında gösterildiğini, Anayasa’nın 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğinin öngörüldüğünü, itiraz konusu 556 sayılı KHK’nın 61. maddesinde, 61/A maddesinde ceza öngörülen eylemler düzenlendiğini ve suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. maddenin Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığını, bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılmasının olanaklı olmadığını” belirterek itiraz konusu kanun maddesinin anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Bunun yanında 61/A maddesinin (c) bendinin kanunla düzenlendiğini, bu sebeple de suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi bu kararı ile KHK ile düzenlenebilecek alanlara çok katı bir bakış açısı ile yaklaşmıştır. Çünkü itiraza konu olan kanun maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, suç ve cezada kanunilik ilkesine bir aykırılık olmadığı görülmektedir. Kanunla düzenlenmiş olan 61/A maddesinin c bendinde 61. maddede düzenlenen eylemlere göndermede bulunmuş ve bu eylemleri maddi unsur olarak kabul etmiştir. Bu bakımdan yaklaşıldığında KHK ile düzenlenmiş alan kanunun içinde zaten tekrar kabul edilmiş olmaktadır. Yani kanun koyucu tek tek bu eylemleri saymak yerine 61. maddeye atıf yapmakla yetinmiştir. Anayasa Mahkemesi ise bunu görmeden iki maddeyi birbirinden bağımsız olarak değerlendirerek yanlış bir sonuca ulaşmıştır.¹⁵¹ Bu hususa karara karşı yazılan karşı oyda isabetle değinilmiştir.¹⁵² Yine doktrinde itiraza konu kuralın ilk halinin KHK ile suç ve ceza düzenleme yetkisi verdiği ve bu hali ile

¹⁵¹ İlgili karar hakkındaki eleştiriler ve itiraz konusu kural bakımından değerlendirmeler için bkz: ÖZEN Mustafa, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Yıl: 2019-2, s.56 vd.

¹⁵² Mustafa BUMİN- Mehmet ERTEN- Fazıl SAĞLAM Karşı Oyu: “61 inci maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına ve altı yüz milyon liradan bir milyar liraya kadar para cezasına, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine hükmolunur” denilmektedir. Kanunla yapılan bu düzenleme dikkatle incelendiğinde, yasa koyucunun, “61. maddede yazılı fiillerden birini işleyenler...” sözcüklerine madde içinde yer vererek yaptığı yollamayla marka hakkına tecavüzle ilgili suç sayılan fiilleri de ceza öngören madde içine aldığı, böylece hem suç sayılan fiilleri ve hem de bunlara ilişkin cezaları kanunla düzenleyerek, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin gereklerini yerine getirdiği görülmektedir.”

Bakanlar Kurulu Kararı ile ceza sorumluluğu doğuracak fiillerin genişletilip daraltılabildiğini ve bunun ise suç ve cezada kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığını ancak kanunla yapılan değişikliklerle artık düzenlemenin suç ve cezaya ilişkin kısımlarının kanunla belirlenmiş olduğu ve artık Anayasaya aykırılık taşımadığı belirtilerek Anayasa Mahkemesinin verdiği bu kararın isabetli olmadığı ifade edilmiştir.¹⁵³

Anayasa Mahkemesi **17.6.2004 tarihli 2000/24 Esas 2004/82 Karar** sayılı kararında 28.7.1999 günlü, 4421 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Cezaların İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 5. maddesiyle değiştirilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Ek 2. maddesinin;

“a) Ek 1 inci madde kapsamına giren,

b) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar yürürlüğe giren,

c) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra kabul edilen,

Kanunlardaki para cezaları, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır.”

B- 6. maddesiyle 765 sayılı Yasa'nın Ek 4. ve Ek 5. maddelerinde yapılan değişikliğin;

“Türk Ceza Kanununun Ek 4 üncü ve Ek 5 inci maddelerinde yer alan “Ek 2 nci maddeye göre bulunacak birim sayısı” ibaresi “Ek 2 nci maddeye göre uygulanan yeniden değerlendirme oranıyla” şeklinde değiştirilmiştir.”

C- 7. maddesiyle 765 sayılı Yasa'ya eklenen Ek 6. maddenin;

“ Türk Ceza Kanununa aşağıdaki Ek 6 ncı madde eklenmiştir.

EK MADDE 6. – Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi ile 5 inci maddesinin altı ve dokuzuncu fıkralarındaki miktarlar için de Ek 2 nci madde hükmü uygulanır.”

¹⁵³ ÖZGENÇ İzzet, age, s. 113 (257. dipnot)

D- 8. maddesiyle 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 5. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen cümleler ile altıncı ve dokuzuncu fıkralarında yapılan değişikliğin;

“Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin dördüncü fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiş ve bu maddenin altı ve dokuzuncu fıkralarında yer alan “onbin lira” ibaresi “üçmilyon lira” olarak değiştirilmiştir.

Para cezası, Türk Ceza Kanununun 19 uncu maddesinin alt sınırında gösterilen miktarın, Türk Ceza Kanununun Ek 2 nci maddesine göre uygulanan yeniden değerlendirme oranı ile çarpılması sonucu elde edilen miktarı geçmediği takdirde bu cezanın taksitle ödenmesine hükmedilemez. Ancak, hükümlünün isteği üzerine para cezasının taksitle ödenmesine ilişkin bu maddenin sekizinci fıkrası hükmü saklıdır.” hükümlerinin Anayasa’ya aykırılığını incelemiştir.

İtiraz yoluna başvuran mahkeme idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ihdası yasağı yönünden *“İdarenin bir organı olan Devlet İstatistik Enstitüsü'nün verilerine dayalı olarak saptanan ve Maliye Bakanlığı'nın tebliği olarak Resmi Gazete'de ilan edilen yeniden değerlendirme oranı esas alınarak, ceza yasalarında öngörülen para cezalarının tespit edilmesinin, cezanın, yasama organı tarafından ve kanunla belirleneceği ilkesi ile çeliştiği, böylece yasama yetkisinin yürütme organına devredilmiş sayılacağı”* gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2000/24 Esas 2004/82 Karar sayılı kararında bu yönden yaptığı incelemede *“itiraza konu kanun maddelerinin, para cezası içeren yasa hükümlerinin değişen enflasyon oranlarına göre yaptırım gücünün korunmasını, dolayısıyla da arzu edilen kamu yararının sürekliliğinin sağlanmasını amaçladığını, paranın, sık sık değer değişikliğine uğramasının sonucu olarak, suç ile ceza arasında kurulan hassas dengenin bozulmasının, genel kurala aykırı kurallar konulması zorunluluğunu ortaya çıkardığı, artırılacak olan para cezalarının, daha önce kanunla düzenlenmiş olması, yeniden değerlendirme oranının niteliğinin ve uygulanış biçiminin de Yasama Organı tarafından sınırları çizilerek kanunla belirlenmesi nedeniyle yasama yetkisinin yürütmeye devrinden söz edilmesinin mümkün olmadığını, itiraz konusu kuralların, daha önce yasalarda var olan para cezalarının ve bunların alt ve üst sınırları ile bir günün karşılığı olan para cezası miktarının, Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından bilimsel verilere dayalı olarak saptanıp, Vergi Usul Kanunu'nun 298. maddesi gereğince, her yıl Aralık ayında Maliye Bakanlığı'nca Resmi Gazete ile ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılacağına ilişkin olduğunu, bu hususun, keyfî ve takdirî uygulamalara yol açmayacak biçimde çerçevesi yasakoyucu tarafından çizilerek kanunla düzenlendiğini, yeniden değerlendirme oranına göre yapılan artırmanın, Yasama Organı tarafından kanunla düzenlenmiş olan para cezaları üzerinden yapılmakta ve suç işlendiği zaman o suç için öngörülen cezanın, suç gününden önce belirgin hale*

geldiğini” bu gerekçelerle de Anayasaya aykırılığın söz konusu olmadığına karar vermiştir.

Suç ve cezada kanunilik ilkesi gereği, suçun ve cezanın kanunda belirtilmiş olması gibi, eğer bu kanun ile belirlenen cezalar yetersiz kalıyorsa yine arttırılmasının kanun ile yapılması gerekmektedir. Kanun koyucu burada, artırımların Devlet İstatistik Enstitüsü’nün belirlediği yeniden değerlendirme oranına göre belirlenmesini kabul ederek, ceza miktarının arttırılması konusunda idareye yetki tanımış olmaktadır. Burada cezanın gün bazında ya da para olarak, alt ve üst sınırlarının belirli olması, genel çerçevesinin çizilmesi de bu gerçeği değiştirmemektedir. Anayasa Mahkemesi, birçok kararında kanun koyucunun esaslı unsurları ve ceza miktarını belirleyerek, idareye kanunun içeriğini doldurması için yetki verilmesini anayasaya aykırı bulmamıştır. Ancak itiraza konu kanun maddesi ile ceza miktarı idari işlem ile belirlenmiş olmaktadır. Bu gerekçelerle de idarenin düzenleyici işlemi ile ceza verilmiş olmakta ve yasak delinmektedir. Bu hususa, karara karşı yazılan karşı oyda¹⁵⁴ da isabetli bir şekilde değinilmiştir.

Anayasaya Mahkemesi **19.1.2006 tarihli 2005/99 Esas 2006/8 Karar** sayılı kararında 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğünün Yeniden Yapılandırılması ile Tütün ve Tütün Mamullerinin Üretimine, İç ve Dış Alım ve Satımına, 4046 Sayılı Kanun’da ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 8. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “...Satış belgesi almadan satış yapanlar, ellerindeki mamulata el konulmakla birlikte “ruhsat harcının on katı tutarında ağır para cezası ile cezalandırılır.”

¹⁵⁴ Fazıl SAĞLAM- A.Necmi ÖZLER karşı oyu: “Para cezalarının etkinliğinin ve işlerliğinin sağlanması amacıyla belirli zamanlarda çıkarılan misil kanunlarının, son yıllardaki aşırı enflasyon nedeniyle beklenen sonucu sağlayamaması üzerine bu sorunun giderilmesi amacıyla para cezalarının belirlenmesinde 7.12.1988 günlü, 3506 sayılı Kanun’la bütçe kanunları ile saptanan “memur maaş katsayısı” sistemi esas alınmış, daha sonra bu sistem sonucu para cezalarının yüksek meblağlara ulaştığı belirtilerek para cezalarındaki artışın enflasyona paralel olarak makul bir düzeyde gerçekleşmesini sağlayacağı gerekçesiyle 28.7.1999 günlü, 4421 sayılı Kanun’la para cezalarının hesaplanmasında 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun mükerrer 298. maddesinde düzenlenmiş olan “yeniden değerlendirme oranı” ölçütü getirilmiştir. Bu oranın belirlenmesi ve ilanı anılan maddede belirtilen idari birimlere aittir. İtiraz konusu kurallarda yer alan “yeniden değerlendirme oranı”, nispi nitelikteki vergi ve resim cezaları, nispi para cezaları ve tazminat kabilinden olup mütezayit nispete tabi bulunan para cezaları hariç olmak üzere kanunlarda yazılı bütün para cezalarının hesaplanmasıyla ilgili bir kural olduğundan bu para cezaları, her yıl yeniden değerlendirme oranında artırılmış olacaktır. Dolayısıyla bu yolla para cezaları her yıl idari bir işlemle değiştirilmiş ve doğrudan belirlenmiş olmaktadır.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından, “4733 sayılı Yasa'nın 8/2 fıkrasında öngörülen cezanın Ruhsat Harcının 10 katı olarak belirlendiğini, söz konusu yasa yürürlüğe girdiği dönemde Ruhsat Harcının miktarı Harçlar Kanunu'nun ekinde yer alan 8 nolu tarifenin “V- Satış Ruhsatnameleri” başlığı altında düzenlendiğini ancak söz konusu tarifenin “V- Satış Ruhsatnameleri” başlıklı kısmının 5035 sayılı Kanun'un 49. maddesi gereğince yürürlükten kaldırıldığını ancak, ruhsat harçlarının 4733 sayılı Yasa'nın 5. maddesi kapsamında Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçecekler Piyasası Düzenleme Kurulu'nun geliri olarak belirtildiğinden, 4733 sayılı Yasa'nın 9. maddesi gereğince çıkartılan 31.12.2002 tarihli 24980 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Yönetmelikle Satış Belgesi Bedelleri düzenlendiğini, bu çerçevede 4733 sayılı Yasa'nın 8/2 maddesinin ilk yürürlük tarihinde Harçlar Kanunu'nda düzenlenen 8 No'lu tarifeyi esas almakta iken, bahsedilen değişikliklerle Kanunda öngörülen ceza miktarının yönetmelik ile düzenlenir hale geldiğini” bu gerekçelerle de itiraza konu kanun maddesinin anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2005/99 Esas 2006/8 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “4733 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin ikinci fıkrasında, satış belgesi almadan satış yapanlar için öngörülen “ruhsat harcının on katı tutarında ağır para cezası ile cezalandırılır” hükmü uyarınca, ceza miktarının saptanmasında ölçü olarak alınan ruhsat harcının, Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmelik'e göre belirlenmesinin, Anayasa'nın 38. maddesindeki cezanın yasallığı ilkesiyle bağdaşmadığını” bu gerekçelerle de Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin kararının isabetli olduğu kanaatindeyiz. Yukarıda doktrinsel açıklama kısmında detaylıca açıkladığımız gibi idarenin düzenleyici işlemlerinden olan yönetmelikle ceza belirlenmesi suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi **18.9.2008 tarihli 2006/47 Esas 2008/144 Karar** sayılı kararında 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 34. maddesinin son fıkrasında yer alan “...gümrük idaresince...” ibaresinin, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “Bu Kanunda hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülenler haricindeki suçları işleyenler, ilgili maddelerde belirtilen para cezalarının asgari haddini, soruşturma giderleri ile birlikte Cumhuriyet savcılığınca yapılacak tebligat tarihinden itibaren on gün içinde ödeyeceğini yazılı olarak bildirdiği ve otuz gün içinde merciine ödediği takdirde hakkında kamu davası açılmaz...”

...Bu maddenin uygulanmasında para cezasına esas alınacak değer, gümrük idaresince belirlenen değerdir.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından, “itiraza konu kanun gereği gümrük idaresinin henüz kamu davası açılmasından önce katılan sıfatını aldığı, şüpheliye cumhuriyet savcılığı tarafından davanın tarafı konumundaki gümrük idaresi tarafından belirlenen değer üzerinden önödeme tebliği yapıldığını, bir hukuk devletinde önödemenin idarenin belirleyeceği değer üzerinden yapılamayacağını” bu gerekçelerle de itiraza konu kanun maddesinin Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi 2006/47 Esas 2008/144 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, yasakoyucunun alternatif çözüm yollarını uygulamaya sokma bakımından takdir yetkisine sahip olduğunu belirttiikten sonra¹⁵⁵, “İtiraz konusu kuralda “bu maddenin uygulanmasında para cezasına esas alınacak değer, gümrük idaresince belirlenen değerdir” kuralının yer aldığını, uyumsuzluğun tarafı olan müdahil gümrük idaresinin belirlediği CIF değer, şüpheliye yapılacak önödeme tebligatındaki miktarın belirlenmesinde esas alınmasının hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı” gerekçeleri ile itiraz konusu kuralı anayasaya aykırı bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi’nin verdiği sonucu isabetli bulmakla birlikte eksik olduğunu düşünüyoruz. İtiraz konusu kanun maddesinde önödeme miktarı için esas olacak değer gümrük idaresince belirlenecek değer olarak düzenlenmiştir. Bu şekilde ki bir düzenleme ise netice de ceza miktarının idare tarafından belirlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Yani önödeme miktarı idari bir tasarruf sonucunda belirlenmektedir. Bu ise cezaların kanuniliği ilkesine ve idarenin idari işlemleri ile suç ve ceza ihdas edilemeyeceği ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır. Kararda bu hususa değinilmemiş olması kararın eksik tarafıdır.

Anayasa Mahkemesi **13.1.2011 Tarihli, 2009/21 Esas 2011/16 Karar** sayılı kararında¹⁵⁶ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun, 22.7.1998 günlü, 4369 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle değiştirilen mükerrer 355. maddesinin ve bu maddenin birinci fıkrasının

¹⁵⁵ “Yasakoyucu bazı suçlarda suçun failini, yargılamanın ve ceza alması durumunda cezaevlerinin olumsuz koşullarından korumak, aynı zamanda mahkemelerin iş yükünü hafifletmek ve yargılama giderlerini azaltmak amacıyla önödeme ve benzeri düzenlemeler yapabilir. Ayrıca bu düzenlemelerle güttüğü amacı gerçekleştirmek için maddi gerçeğin araştırıldığı mahkeme aşamasında uygulanan yargılama usulü yöntemlerinden farklı bazı yöntemler de belirleyebilir. Ancak yasakoyucu bu yöndeki takdir hakkını kullanırken hukuk devleti ilkesine uygun olarak adaletli bir hukuk düzeni kurmak ve idarenin keyfiğine yol açacak düzenlemelerden kaçınmak zorundadır.”

¹⁵⁶ Anayasa Mahkemesi’nin benzer bir konuda verdiği aynı yönlü karar için bkz: **3.2.2011 tarihli 2009/5 Esas 2011/31 Karar** sayılı kararı

yollama yaptığı aynı kanunun 257. maddesinin¹⁵⁷ Anayasaya aykırılığını incelemiştir. Başvurucu mahkemenin Anayasaya aykırı olduğunu iddia ettiği 355. madde birçok alanda Maliye Bakanlığı'na yetki veren 257. maddeye aykırılık durumunda cezai yaptırım öngörmektedir. İtiraza konu 355'inci maddenin ilgili kısmı ise şu şekildedir: “Bu Kanunun 86, 148, 149, 150, 256 ve 257'nci maddelerinde yer alan zorunluluklar ile mükerrer 257'nci madde uyarınca getirilen zorunluluklara uymayan (Kamu idare ve müesseselerinde bilgi verme görevini yerine getirmeyen yöneticiler dâhil);

1. Birinci sınıf tüccarlar ile serbest meslek erbabı hakkında 1.000 (1.070 TL) Türk Lirası,
2. İkinci sınıf tüccarlar, defter tutan çiftçiler ile kazancı basit usulde tespit edilenler hakkında 500 (530 TL) Türk Lirası,
3. Yukarıdaki bentlerde yazılı bulunanlar dışında kalanlar hakkında 250 (260 TL) Türk Lirası, özel usulsüzlük cezası kesilir.”

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etme yasağı bakımından herhangi bir gerekçe ileri sürmemiş olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi konuyu bu bakımdan incelemiştir. Anayasa Mahkemesi 2009/21 Esas 2011/16 Karar sayılı kararında “213 sayılı Yasa'nın mükerrer 355. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasında, bu Yasa'nın mükerrer 257. maddesi uyarınca getirilen zorunluluklara uyulmaması

¹⁵⁷ Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesi bir kısmı şöyledir:

“Maliye Bakanlığı;

1. Mükellef ve meslek grupları itibarıyla muhasebe usul ve esaslarını tespit etmeye, bu Kanuna göre tutulmakta olan defter ve belgeler ile bunlara ilaveten tutulmasını veya düzenlenmesini uygun gördüğü defter ve belgelerin mahiyet, şekil ve ihtiva etmesi zorunlu bilgileri belirlemeye, bunlarda değişiklik yapmaya; bedeli karşılığında basıp dağıtmaya veya üçüncü kişilere bastırıp dağıtmaya veya dağıtırmaya, bunların kayıtlarını tutturmaya, bu defter ve belgelere tasdik, muhafaza ve ibraz zorunluluğu getirmeye veya kaldırmaya, bu Kanuna göre tutulacak defter ve düzenlenecek belgelerin tutulması ve düzenlenmesi zorunluluğunu kaldırmaya,

2. Mükelleflere muameleleri ile ilgili tahsilât ve ödemelerini banka, benzeri finans kurumları veya posta idarelerince düzenlenen belgelerle tevsik etmeleri zorunluluğunu getirmeye ve bu zorunluluğun kapsamını ve uygulamaya ilişkin usul ve esaslarını belirlemeye,

3. Tutulması ve düzenlenmesi zorunlu defter, kayıt ve belgelerin mikro film, mikro fiş veya elektronik bilgi ve kayıt araçlarıyla yapılması veya bu kayıt ortamlarında saklanması hususunda izin vermeye veya zorunluluk getirmeye, bu şekilde tutulacak defter ve kayıtların kopyalarının Maliye Bakanlığında veya Muhafaza etmekle görevlendireceği kurumlarda saklanması zorunluluğu getirmeye, bu konuda uygulama usul ve esaslarını belirlemeye,

4. (Değişik: 16.7.2004'5228/8 md.) Bu Kanunun 149 uncu maddesine göre devamlı bilgi vermek zorunda olanlardan istenilen bilgiler ile vergi beyannameleri ve bildirimlerin, şifre, elektronik imza veya diğer güvenlik araçları konulmak suretiyle internet de dâhil olmak üzere her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında verilmesi, beyanname ve bildirimlerin yetki verilmiş gerçek veya tüzel kişiler aracı kılınarak gönderilmesi hususlarında izin vermeye veya zorunluluk getirmeye, beyanname, bildirim ve bilgilerin aktarımında uyulacak format ve standartlar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etmeye, bu zorunluluğu beyanname, bildirim veya bilgi çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı uygulamaya, (Ek ibare: 3.7.2005 ' 5398/23 md.) kanuni süresinden sonra kendiliğinden veya pişmanlık talepli olarak verilen beyannameler üzerine düzenlenen tahakkuk fişi ve/veya ihbarnameleri mükellefe, vergi sorumlusuna veya bunların elektronik ortamda beyanname gönderme yetkisi verdiği gerçek veya tüzel kişiye elektronik ortamda tebliğ etmeye ve buna ilişkin usul ve esasları belirlemeye,

5. Vergi kanunlarının uygulanmasıyla ilgili olarak levha kullandırma ve asma zorunluluğu getirmeye ve kaldırmaya... yetkilidir.”

durumunda kesilecek olan özel usulsüzlük cezalarına yer verildiğini, bu kuralda cezalar belirlendiğini, cezaya tabi tutulan eylemlerin ise mükerrer 257. maddeye göre getirilen zorunluluklara uymama olarak gösterildiğini, mükerrer 257. Maddede ise Maliye Bakanlığı'nın hangi konularda düzenleme yapacağı belirlendiğini, bu durumda Maliye Bakanlığı'na yetkinin yasayla verildiğini, bu yetkiye dayanılarak, genel nitelikte olan tebliğlerle yapılan düzenlemelerin Resmi Gazetede yayımlanmakta olduğunu ve mükelleflere hangi zorunlulukların getirildiğinin duyurularak ve güvence sağlandığını, suç sayılan eylem ve cezasının yasada gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda önlemler alınması amacıyla yürütme organına yetki vermesinin, suçun idari düzenlemelerle ortaya konulması anlamına gelmediğini” bu gerekçelerle de itiraz konusu kuralların Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararının isabetli olduğu kanaatindeyiz. Çünkü itiraza konu olan düzenlemeler incelendiğinde, mükerrer 257'inci maddede Maliye Bakanlığı'nın yapabileceği düzenlemelerin çok ayrıntılı bir şekilde neleri kapsayacağını gösterildiği görülmektedir. İtiraz konusu 355'inci maddede ise 257'inci maddeye gönderme yapılarak suç teşkil edecek eylemler belirlenmiş ayrıca cezalarda kanunda gösterilmiştir. Hal böyle iken çok teknik bir alan olan bu alanda düzenlenecek her türlü belge ve yapılacak her türlü eylemin tek tek kanunda yazılmasını beklemek kanun yapma mantığına da aykırıdır. 257'inci madde de Maliye Bakanlığı'na verilen yetki temel esasları ve sınırları çizmiştir.

Anayasa Mahkemesi **11.4.2012 tarihli 2011/18 Esas 2012/53 Karar** sayılı kararında, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65. Maddesinin (a) ve (b) bentlerini suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir: “a) Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verenler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Bu fiiller, korunması gerekli kültür ve tabiat varlığını yurt dışına kaçırarak maksadıyla işlenmiş ise, verilecek cezalar bir kat artırılır.

b) Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptıranlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.”

Madde 9- (Değişik: 14/7/2004 - 5226/3 md.)

Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında inşai ve fizikî müdahalede bulunulamaz, bunlar yeniden kullanıma açılmaz veya kullanımları değiştirilemez. Esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşai ve fizikî müdahale sayılır.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, “2863 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının Kanun'un 9. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde mülkiyet hakkının özüne dokunduğu, bu nedenle Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu, diğer taraftan idari organlara suç teşkil eden fiilleri belirleme yetkisi tanındığı ve hukuki belirlilik ilkesinin ihlal edildiği” gerekçeleri ile anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2011/18 Esas 2012/53 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “Kanun'un tespit ve tescil başlıklı 7. maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanlarının tespitinin Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde yapılacağı ve bu tespitlerin koruma bölge kurulu kararı ile tescil edileceği öngörüldüğünü ancak bu tespit ve tescilin maliklere tebliğinin öngörülmediğini, maddenin ilk halinde maliklere tebliğ de öngörülmüşken 17. 6. 1987 tarih ve 3386 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle tebliğ zorunluluğunun ortadan kaldırıldığını, öte yandan, koruma bölge kurullarınca tespit edilen koruma alanlarında belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşai ve fizikî müdahale yapan ya da yaptıranların cezalandırılmasının öngörüldüğünü, burada suç teşkil eden fiilin konusunu koruma bölge kurullarınca belirlenen esaslara aykırı izinsiz inşai ve fizikî müdahalelerin oluşturduğunu, ancak koruma alanlarında uyulacak şartların neler olduğunu belirleme yetkisinin koruma bölge kurullarına tanındığını, herhangi bir sit alanında bulunan korunması gerekli taşınmaza yapılan hangi müdahalelerin suç oluşturacağını belirlemenin idari bir organ olan koruma bölge kurullarına verildiğini, Kanunun Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararlarının Resmî Gazetede yayımlanmasını zorunlu tutmakla birlikte koruma bölge kurulları kararları için böyle bir yayım zorunluluğu öngörmediğini, alınan kararların ilgili herkesin bilgisine sunulmaması nedeniyle ulaşılabirlik ve öngörülebilirlik açısından sorunlar çıkmasının kaçınılmaz olduğunu,” bu gerekçelerle de itiraza konu kanun maddesinin suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından verdiği kararın isabetli olduğu kanaatindeyiz. Daha önce incelediğimiz kararlarda da belirttiğimiz gibi, yasa yapma tekniğinin bir zorunluluğu olarak, yasa koyucunun esaslı unsurları belirleyip çerçevesini çizdikten sonra özellikle teknik veya uzmanlık bilgisi

gerektiren alanlarda idareye kanunun içini doldurma yetkisi vermesi kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Bu kararda olduğu gibi, kültür ve tabiat varlıkları alanı teknik ve uzmanlık gerektiren bir alan olup, her bir kültür ve tabiat varlığının kendine has özellikleri gereği farklı bir korumaya tabi tutulması, bunun için ise gerekli önlemlerin alınması gerekmektedir. Tüm bu detaylı hususların kanunda düzenlenmesine olanak yoktur. Ancak, kanunla idareye tanınan bu yetkinin muhataplar bakımından kolayca ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerekmektedir. Resmî Gazetede yayınlanmayan ya da ilgisine tebliğ edilmeyen bir kararın, muhatap tarafından öğrenilemediği durumların olması kaçınılmazdır. Bu sebeple de Anayasa Mahkemesi'nin kararının doğru olduğunu düşünüyoruz.

Anayasa Mahkemesi **14.6.2017 tarihli 2017/111 Esas 2016/182 Karar** sayılı kararında 954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 56. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...disiplin cezaları...” ibaresinin, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “*Personel işlemleri ve personel hizmet tanımları:*

Madde 56- Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu personelinin işe alınmasındaki usul, şartlar, atanma, terfi, nakil, işe son verme, disiplin cezaları ve sicil ile ilgili konuları personel yönetmeliğinde düzenlenir.

Kurum hizmetlerinin tanımı, bu hizmetlere atanacaklarda aranacak özel nitelikler ve atama şartları bir yönetmelik ile düzenlenir.”

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, “Anayasa'nın 38. maddesinde idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayırım yapılmadığı, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu personeli de dahil tüm kamu personelinin disiplin suç ve cezalarının kanunla düzenlenmesinin zorunlu olmasına rağmen 2954 sayılı Kanunda; disiplin cezalarının türleri, disiplin cezasını vermeye yetkili makamlar ve cezaların kesinleşme usulü belirlenmediği gibi disiplin cezalarının verilmesini gerektiren disiplin suçlarının da belirlenmediğini ve yönetmelikle düzenlenmesinin öngörüldüğünü” bu gerekçeler de Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2017/111 Esas 2016/182 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan ilkelerin adli ve idari suçlar bakımından geçerli olduğunu ancak bu ilkelerin idari suçlarda daha esnek olarak

uygulanması gerektiği görüşünde olduğunu açıklamıştır. Daha sonra disiplin suçları bakımından genel bir değerlendirme yapan mahkeme “TRT personelinin disiplin suçları ve cezalarının kanunla düzenlenmesi gerektiğini, itiraza konu Kanun’da; disiplin suçları, disiplin cezalarının türleri, disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, disiplin cezalarında zamanaşımı, karar verme süreleri, disiplin cezalarına itiraz, savunma hakkı, disiplin cezalarının uygulanma şekli ve disiplin cezalarının silinmesi biçimindeki disiplin hukukuna ilişkin hususlara dair herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi, disiplin cezalarıyla ilgili konuların yönetmelikle belirlenmesini öngören kuralda herhangi bir ölçüte de yer verilmediğini, itiraz konusu kuralın, disiplin suç ve cezalarıyla ilgili genel ilkeleri ortaya koymadığını, çerçeveyi çizmediğini, disiplin cezalarını ve cezaları gerektiren eylemleri genel hatlarıyla da olsa belirlemediğini” bu sebeple de disipline ilişkin hükümlerin yönetmelik ile belirlenmesini düzenleyen itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin kararına katılıyoruz. Suç ve cezada kanunilik ilkesi gereğince idari suçlarda olmak üzere idarenin düzenleyici işlemlerinden olan yönetmelik ile düzenleme yapılması Anayasaya aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi **17/10/2018 tarihli 2018/110 Esas 2018/99 Karar** sayılı kararında 393 sayılı Belediye Kanunu’nun 51. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...meslekten çıkarılma...” ibaresinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir: “...Belediye zabıta teşkilâtının çalışma usûl ve esasları, çalışanların görev ve yetkileri, memurluğa alınması için taşınmaları gereken nitelikler, alacakları meslek içi eğitim, görevde yükselme, meslekten çıkarılma, giyecekleri kıyafet ve savunma amaçlı olarak kullanacakları aletler ile zabıta teşkilâtında hizmet gereklerine göre oluşturulacak birimler, İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Belediye, bu yönetmeliğe aykırı olmamak üzere ek düzenlemeler yapabilir...”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından, “5393 sayılı Kanunda, meslekten çıkarma cezasını gerektiren eylemlerden bahsedilmediğini, meslekten çıkarma cezasını vermeye yetkili makamların ve söz konusu cezanın kesinleşme usulünün de belirlenmediğini” İstanbul Büyükşehir Belediyesi personeline verilecek meslekten çıkarma cezalarının Yönetmelikle belirleneceğini öngören itiraz konusu kuralın, Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2018/110 Esas 2018/99 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “Belediye zabıta personelinin disiplin suç ve cezalarının kanunla düzenlenmesi gereken

hususlardan olduğunu, İtiraz konusu kuralda meslekten çıkarılma işleminin hukuki niteliğinin açıkça belirtilmediğini, disiplin cezası olarak tesis edileceği yolunda bir ifadeye yer verilmediğini, kamu görevlilerinin yerine getirecekleri hizmetlerin niteliğinin gözetilerek belirli kamu görevlileri yönünden bu statünün kazanılmasının özel koşullara bağlanması ve bu koşulların kaybına bağlı olarak o statünün kaybının öngörülmesi de mümkün olduğunu, bu anlamda meslekten çıkarılmanın bir disiplin cezası olması zorunluluğunun bulunmamakta olduğunu, bununla birlikte meslekten çıkarılma işleminin bir disiplin cezası olarak tesisi de mümkün olduğundan itiraz konusu kuralın süregelen uygulaması da dikkate alınarak meslekten çıkarılma işlemlerinin bu yönde tesis edilecek disiplin cezası işlemlerini de kapsadığını anlaşıldığını, itiraza konu Kanun'da belediye zabıta personelinin meslekten çıkarılmasını gerektiren eylemlerin gösterilmediğini, bu cezayı vermeye yetkili makamların ve cezanın kesinleşme usulünün de belirtilmediğini, itiraz konusu kuralda; söz konusu disiplin cezasıyla ilgili genel ilkelerin ortaya konulmadığını, genel çerçevenin çizmediğini, bu disiplin cezasını gerektiren eylemleri genel hatlarıyla da olsa belirlenmediğini, itiraz konusu kural yaptırım konusu eylemlerin yasal düzeyde belirlemediğinden ilgililerin hangi somut fiil ve olguya meslekten çıkarma yaptırımının uygulanacağını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine yasal çerçevede imkân tanımadığını” bu gerekçelerle de itiraza konu kanun maddesinin Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin kararının bir önceki kararda verdiğimiz açıklamalar uyarınca isabetli olduğu kanaatindeyiz. Mahkeme de bir önceki kararı ile aynı doğrultuda bir karar vermiş olup yönetmelikle idari suç ve cezaların belirlenemeyeceği hususunda ki görüşünü devam ettirmiştir.

Anayasa Mahkemesi **20/12/2018 tarihli 2018/14 Esas 2018/112 Karar** sayılı kararında 4456 sayılı Türkiye Kalkınma Bankası Anonim Şirketinin Kuruluşu Hakkında Kanun'un 15. maddesinin 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 150. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendiyle değişiklik yapılmadan önceki ikinci fıkrasında yer alan “...disiplin esasları...” ibaresinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: “Banka personelinin hizmete alınmaları, görev ve yetkileri, nitelikleri, atanma, ilerleme, yükselme, görevden alınma şekilleri, disiplin esasları, yükümlülükleri, unvan ve sayıları Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkarılacak yönetmelik ile düzenlenir.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından, “itiraza konu kanun maddesinde ‘disiplin esasları’ ibaresine yer verilmek suretiyle, Türkiye Kalkınma Bankası A.Ş.’nin sözleşmeli personel statüsünde olan ve kamu görevlisi oldukları tartışmasız olan personelinin disiplin esaslarının bir bütün olarak Yönetmelik ile düzenleneceğinin kurala bağlandığını,

Kanun metninde disiplin uygulamalarıyla ilgili hiçbir ilkenin belirlenmediği, hem disiplin fiillerinin hem de disiplin cezaların belirlenmesi yetkisinin tamamen Yönetmeliğe bırakıldığı, bu hâliyle disiplin suçları ve cezaları konusunda kanuni bir güvencenin sağlanmadığı, yaptırımların ve yaptırım konusu eylemlerin yasal düzeyde belirlenmediğini ve bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuki yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine yasal çerçevede imkân tanınmadığı” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2018/14 Esas 2018/112 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, *“itiraza konu kanunun bütünü incelendiğinde Bankaya ve Banka personeline ilişkin anılan hükümler gözetildiğinde Banka ile personeli arasındaki ilişkinin bir özel hukuk ilişkisi olmayıp kamu hukuku ilişkisi olduğunun açık olduğunu, kamu hukukunun geçerli olduğu ilişkilerde ise idarenin tek yanlı, üstün kamu gücüne dayanarak disiplin hukuku kapsamında işlem tesis edebilmesine imkân tanıyan kanuni düzenlemelerin Anayasa’nın 38. maddesi hükmüne aykırı olmaması gerektiğini, Banka personelinin disiplin suç ve cezalarının, Anayasa’nın söz konusu hükmü gereğince kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlar arasında yer aldığını, Banka personelinin disiplin suç ve cezaları, cezayı hafifletirici ve ağırlaştırıcı nedenler, disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, karar alma usulü, savunma hakkı, zamaşımı, disiplin cezalarına itiraz gibi tüm disiplin konularının itiraz konusu kural uyarınca Bakanlar Kurulu kararı ile çıkarılan bir yönetmelik ile belirlendiğini, Kanun’da disiplin suç ve cezalarıyla ilgili genel ilkeler ortaya konulmadan, kanuni çerçeve çizilmeden, Banka personeline ilişkin disiplin cezaları ve bu cezaları gerektiren eylemler genel hatlarıyla belirlenmeden itiraz konusu kuralla anılan personelin disiplin esaslarıyla ilgili hususların tamamının düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılmış olması karşısında disiplin suç ve cezaları yönünden Banka personeli için kanuni bir güvence bulunmadığını, Kuralın, disiplin suç ve cezalarıyla ilgili genel ilkeleri ortaya koymamakta; çerçeveyi çizmemekte; disiplin cezalarını gerektiren eylemleri genel hatlarıyla da olsa belirlememekte olduğunu”* bu gerekçelerle de Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin kararına katılıyoruz. Suç ve cezada kanunilik ilkesi gereğince idari suçlarda olmak üzere idarenin düzenleyici işlemlerinden olan yönetmelik ile düzenleme yapılması Anayasaya aykırıdır.

2- Anayasa Mahkemesi’nin İdarenin Düzenleyici İşlemleri ile Suç ve Ceza İhdas Etme Yasağı Bakımından Verdiği Kararlara İlişkin Genel Değerlendirmeler

Anayasa Mahkemesinin, bu konuda verdiği kararlara bakıldığında özellikle yürütme organına yetki veren kanunun açıkça suç ve cezayı içermesi, temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı idarenin düzenlenmesine bırakmaması halinde, suç konusunu teşkil edecek birtakım eylemlerin idarenin

düzenleyici işlemleri ile belirlenmesini Anayasaya aykırı görmediği, bunu yasama yetkisinin bir kullanımı olarak kabul ettiği görülmektedir. Bununla birlikte tarihsel süreç içerisinde Mahkemenin bu yasak bakımından verdiği kararlara bakıldığında aşağıdaki çıkarımları yapmak mümkündür:

- i- Anayasa Mahkemesi, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etme yasağı bakımından yaptığı incelemelerde, genellikle ilk olarak, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğunu ve devredilemeyeceğini, kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağını, cezaların ve ceza tedbirlerinin ancak kanunla konulacağını ve kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği hususlarını vurgulamaktadır.
- ii- Anayasa Mahkemesi'ne göre bu hususta yapılan incelemede yasama organının doğrudan doğruya kullanması gereken yetkilerini, yürütme organına devretmiş olup olmadığı hususunun tartışılması gerekmektedir.
- iii- Anayasa Mahkemesi, yaptığı incelemelerde kanunların getiriliş amaçlarına ve kapsamlarına sıklıkla değinmektedir. Anayasa Mahkemesi, Yasama organının kanun yaparken bütün ihtimalleri gözönünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de en ince ayrıntısına kadar düzenleyebileceğini ancak bununla beraber, zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konmasına lüzum görülen hallerde yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü karşısında kanun koyucunun esaslı hükümleri tespit ettikten sonra idarenin uzmanlık alanına giren hususların düzenlenmesi için yürütme organına yetki vermesini, yasama yetkisini kullanmak olarak yorumlamaktadır.
- iv- Anayasa Mahkemesi, bu konuda yürütmeye verilecek olan düzenleme yetkisinin, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki olduğunu, yasa ile

yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisinin verilemeyeceğini kabul etmektedir. Bu noktada, yürütme organına yetki verecek olan kanunun açıkça suç ve cezayı içermesi, temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı idarenin düzenlenmesine bırakmaması gerekmektedir.

- v- Anayasa Mahkemesi, iii. maddede açıklanan durumların kanun koyucu tarafından doğrudan doğruya düzenlenmesi halinde bazı sakıncalar doğabileceğini bazı kararlarında ifade etmektedir.
- vi- Anayasa Mahkemesi, yasama organın bu şekilde yasama yetkisini kullanarak yürütme organına yetki vermesi halinde, yürütme organının bütün eylem ve işlemleri, yargı mercilerinin denetimi altında olduğundan, bu işlemleri yaparken kanunun gözettiği sınır ve maksat dışına çıkmasının önlenmesi de mümkün olduğunu ifade etmektedir.
- vii- Anayasa Mahkemesi, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etme yasağı bakımından verdiği birçok kararında, idareye yetki tanınan hallerde, yetki tanınan idari organın (örneğin Bakanlar Kurulu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu, TÜİK) suç ve ceza bakımından etki doğuracak işlemlerin, önceden kişilere duyurulmak üzere yayınlanmasının zorunlu olduğunu ifade etmekte, itiraza konu olan kanun maddeleri ile ilgili idarenin işlemlerinin Resmî Gazetede yayınlanmasını, Anayasaya aykırılık olmaması bakımından önemsemektedir.
- viii- Anayasa Mahkemesi'nin idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etme yasağı bakımından, verdiği kararlara tarihsel bir çizgide bakıldığında, ilkeyi her zaman aynı katılıkta uygulamadığı, bazı tarihsel dönemlerde ilkeyi esnek bir şekilde uygulayarak, idareye çok geniş olarak verilen düzenleme sahasının Anayasaya aykırı olmadığına karar verdiği, bazı tarihsel dönemlerde ise KHK ile düzenlenen bir alan daha sonra kanunlaşmış olsa dahi kanunda sadece ilgili KHK'nın madde numarasına atıf yapılmasını ilke bakımından aykırılık olarak yorumladığı görülmektedir. Anayasa

Mahkemesi'nin bu ilke bakımından kararlarının istikrarlı olduğunu söylemek zordur.

- ix- Anayasa Mahkemesi'nin genel bir çerçeve çizilmeden ve esaslı unsurlar belirlenmeden idareye yönetmelik, karar, sirküler vb. işlemler ile suç ve cezalara ilişkin yetki verilmesi durumunda sıklıkla Anayasaya aykırılık kararı verdiği görülmektedir.
- x- Anayasa Mahkemesi, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etme yasağı bakımından verdiği kararlarda, yasama organının yasama yetkisini kullanarak böyle bir tercihte bulunduğunu ve suç teşkil eden eylemin maddi unsurunun idarenin düzenleyici işlemi ile meydana getireceği eylem olduğunu ifade etmektedir.
- xi- Anayasa Mahkemesi, bu ilkenin adli ve idari suçlar bakımından geçerli olduğunu ancak mahiyeti gereği idari suçlar bakımından daha esnek olarak uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.

C- ÖRF VE ADET HUKUKU İLE SUÇ VE CEZA KOYMA YASAĞI

Örf kelimesinin “*yasalarla belirlenmeyen, halkın kendiliğinden uyduğu gelenek*”, âdet kelimesinin ise “*topluluk içinde eskiden beri uyulan kural, töre.*” anlamına geldiği Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde belirtilmiştir.¹⁵⁸ Buradan yola çıkarak, örf ve adetin bir toplulukta yaşamsal deneyimler sonucunda ortaya çıkan, uzun süre boyunca tekrarlanan ve bu topluluğa üye kimselerin de buna uymak zorunda hissettiği, yazılı olmayan kurallar olduğu söylenebilir.

Bir geleneğin örf ve âdet hukuku haline gelebilmesi için, belirli bir davranışın aralıksız tekrarı yani bu konuda sürekli ve yeknesak bir uygulama gerekir ancak bu yeterli değildir. Böyle bir uygulamaya bunun hukuken zorunlu olduğu yolunda bir inancında eklenmesi gerekir.¹⁵⁹

¹⁵⁸ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 25.07.2020)

¹⁵⁹ TOROSLU Nevzat, TOROSLU Haluk, age, s.48

“Doktrinde örf ve âdet kuralları, gerçek örf ve âdet kuralları ve gerçek olmayan örf ve âdet kuralları olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu görüşe göre, ceza hukuku içerisine girmiş ve ceza normu şekli almış örf ve âdet kuralları gerçek olmayan örf ve âdet kuralları olarak tanımlanırken, bu durumun dışında kalan örf ve âdet kuralları, gerçek örf ve âdet kuralları olarak nitelendirilmiştir.”¹⁶⁰ Bu ayrıma göre gerçek olmayan örf ve âdet kuralları, başlangıçta bir örf ve âdet hukuku kuralı iken zamanla toplumsal düzen için önemli bir hal aldığından, kanunlaştırılmış olan örf ve âdet hukuku kurallarıdır. Dolayısı ile artık örf ve âdet hukuku bakımından geçerli olan yazılı olmama kıstasına haiz olmayıp, kanunlaşmış olduğundan, artık ceza hukukunun asli kaynaklarından birisi haline gelmiş olur. Gerçekten de insanlık tarihi incelendiğinde, şu an kanunlar tarafından suç olarak tanımlanmış fiillerin, toplumsal düzene zarar verdikleri görüldüğünden ilk önceleri örf ve âdet hukuku şeklinde ortaya çıktığı, zaman içerisinde de kanunlaştığı görülecektir. Başlangıçta gerçek örf adet hukuku kuralı olan kurallar zamanla kanunlaşmış ve ceza hukukunun asli kaynağı haline gelmişlerdir. Gerçek örf ve âdet hukuku kuralları ise, ceza hukuku alanında kaynak olarak kabul edilemez. Ancak suç ve ceza içeren bir kanun, tipiklik açısından başka bir hukuk dalına gönderme yapıyorsa ve gönderme yaptığı bu hukuk dalında örf ve âdet hukuku dikkate alınmıyorsa, dolaylı yoldan olsa dahi, gerçek örf ve âdet hukuku kurallarının ceza hukukuna etkisinden söz edilebilecektir.

Özel hukuk alanında, örneğin medeni hukuk alanında, örf ve âdet hukuku uygulama alanı bulabilmektedir. Örneğin kanun koyucu Türk Medeni Kanun’un 1. maddesinin 2. fıkrasında “*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.*” şeklinde düzenleme yaparak, hâkimin kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, örf ve âdet hukukuna göre karar vereceğini düzenlemiştir. Ancak ceza hukukunda örf ve âdet kurallarına dayanarak suç veya ceza konulamaz. Örf ve âdet hukukuna dayanarak kimseye ceza verilemez, verilen ceza yine bu gerekçe ile ağırlaştırılamaz. Bu ilke kanunlarda yazılı olan bir ilke olmamakla birlikte, kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanunilik ilkesinin örf ve adeti; ceza hukuku alanından çıkarması dolayısıyla onun herhangi bir değere sahip olmadığı genellikle ifade edilmektedir. Bu ifadeyi ayrıma tabi tutmak gerekmektedir.

¹⁶⁰ BAYTAZ Abdullah Batuhan, agdt, s.114

Doğru olan, örf ve âdetin, ceza hukukunda yaratıcı, değişiklik yapıcı ve ortadan kaldıracı bir değerinin bulunmamasıdır.¹⁶¹ Hukuk devleti ilkesinin bir alt unsuru iken gösterdiği önem nedeniyle bugün artık bağımsız bir ilke olarak ele alınan kanunilik ilkesi karşında, örf ve âdet hukuku kurallarının uygulanmasını kabul etmek, ilkenin sağladığı hukuki güvenceyi anlamsız hale getirebilecektir. Ceza hukuku, insan hak ve hürriyetlerine en çok müdahale eden hukuk dalıdır. Bu sebeple de temel hak ve hürriyetlere ölçüsüz şekilde müdahale edilmesinin önüne geçilmesi için, kanunilik ilkesinin en önemli sonuçlarından birisi de bu örf ve âdet hukuku ile suç ve ceza koyulamaması yasağıdır.

Temel kural örf ve âdet hukukunun ceza hukuku alanında uygulanmaması olmasına rağmen, örf ve âdet hukuku bazı noktalarda ceza hukuku alanında da etki gösterir. Öncelikle, örf ve âdet hukukunun doğrudan kaynak olması yasağı, sadece failin aleyhine olan haller için geçerlidir. Buna karşılık failin lehine olan durumlarda gelenek hukuku kuralları uygulanabilir.¹⁶² Yani örf ve âdet hukukuna dayanılarak suç ve ceza oluşturma konusundaki yasak failin aleyhine olan durumlarda mutlak olarak uygulanırken, failin lehine olan bazı durumlarda örf ve âdet hukuku gereği ceza kanunlarının uygulanması engellenebilmektedir.¹⁶³ Bunun yargı kararlarına yansıyan örnekleri de olmuştur. Örneğin az miktarda bir para için kumar oynanması ya da bir bahçedeki meyve ağacından birkaç tane meyve alınması gibi olaylar, Yargıtay kararlarında, özünde tipiklik unsuruna haiz şartları ihtiva etse de ya suç oluşturmadığı ya da suç oluştursa bile indirim yapılması gerektiği şeklinde değerlendirilmektedir.

Örf ve âdet bir hükmün dar yorumlanmasında da etkili olabilmektedir. Örneğin Yargıtay önemsiz miktarda para için oynanan ve daha çok eğlence niteliğindeki kumarın eski TCK 567’de ki kumar suçunun unsurlarını oluşturmadığına karar vermiştir.¹⁶⁴ Burada da görüldüğü gibi aslında tipikliğe uyan bir eylem, örf ve âdet hukukunda yeri olması sebebiyle dar yorumlama ile suç olarak kabul edilmemiştir.

¹⁶¹ ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, age, s.88 vd.

¹⁶² HEINRICH’den aktaran HAKERİ Hakan, age, s.25

¹⁶³ Bkz: TOROSLU Nevzat, TOROSLU Haluk, age, s.50

¹⁶⁴ HAKERİ Hakan, age, s.26

Örf ve âdet hukuku kurallarının, soyut anlamlar içeren ceza kanunun yorumlanmasında bir etkisinin olacağı da söylenilebilir. Kanunda kullanılan bir kelimenin hangi anlama geldiği ya da kanunda tarif edilen fiilin bölgeden bölgeye farklı ağırlıkta ortaya çıkmasıyla oluştuğunun kabul edildiği durumlar olabilir. Örneğin, ceza içeren bir kanun bir işin yapılış şekli veya zamanı ile ilgili bir fiili tipikliğe dahil ediyorsa o işin nasıl yapılacağı konusunda örf ve âdet hukukundan faydalanılarak kanun yorumlanabilir. Ya da örneğin hakaret suçunda, hakaret olduğu iddia edilen kelimelerin ne manaya geldiği konusunda yaşanan bir tereddüt durumunda o yörede bulunan örf ve adete bakmak gerekebilir. Çünkü bazı kelimelerin geldiği anlamlar yöreden yöreye değişebilmektedir. Netice olarak asli ceza hukuku bakımından asli bir kaynak olduğu söylenemeyecek olan örf ve âdet hukuku kurallarının, kanunları yorumlamada faydalanılabilecek yardımcı bir kaynak olduğu söylenebilir.

Örf ve âdet kurallarının ceza hukukuna olan etkisi konusunda doktrinde belirtilen diğer bir etki ise, bazı hallerde yürürlükte olan kanun hükmünün uygulanmamasının örf ve âdet kuralı haline gelmesidir. Bu hallerde kanunun terk edildiği ifade edilmektedir.¹⁶⁵ Burada yürürlükte olan bir kanun hükmünün fiilen uygulanmaması durumu söz konusudur. Örneğin geceleri ramazan davulcuların davul çalarak gürültü çıkarmaları aslında kabahatler kanununa göre gürültü yapma kabahati olarak düzenlenen kabahat türüne dahil edilebilse bile, uygulamada bu konuda herhangi bir yaptırımın uygulanmadığı görülmektedir.

D-KIYAS YASAĞI (LEX STRICTA)

Öncelikle kıyas ile yorum kavramlarını açıklamak gerekmektedir. Yorum, bir pozitif hukuk metni olan kanunun anlam ve kapsamını belirlemek amacı ile, kanun koyucunun iradesinin ne olduğunu anlamak için, yapılan fikri faaliyettir. Başka bir deyişle, yorum, bir iradenin ortaya çıkarılma çabasıdır.¹⁶⁶ Yani hukuki anlamda yorum, kanunun ne anlama geldiğini, kanun koyucunun kanunu meydana getirirken gerçek iradesinin ne olduğunu, kanunun kapsamını genişletmeden ve kanun kapsamına kanun koyucunun kanunu meydana getirirken ki iradesi dışında yeni bir şey katmadan,

¹⁶⁵ BAYTAZ Abdullah Batuhan, agdt, s.117

¹⁶⁶ ÖZGENÇ İzzet, age, s.118

anlamaya çalışma faaliyetidir. Yorum yaparken; kanunun lafzından, madde gerekçesinden, kanun ile ilgili yapılan hazırlık çalışmalarından, kanunun sistematüğinden, madde başlıklarından, yorum konusu olan kanunun tarihsel süreç içerisinde gösterdiği değişimlerden, mukayeseli hukuktan, kanunun hazırlık aşamalarında yaşanan tartışmalardan ve hukukun genel ilkelerinden faydalanılabilir. Bir hukuk metni yorumlanırken ulaşılan sonucun yorumcudan yorumcuya değişmemesi gerekir. Aynı hukuk kuralını, hangi hâkim yorumlarsa yorumlasın aynı sonuca ulaşmalıdır. Aksi takdirde, hukuk kuralları önceden bilinemez hale gelirler. Bu ise hukuk güvenliğini sarsar.¹⁶⁷ Kıyas ise, kanunda açık bir şekilde suç olarak tanımlanmamış olan bir fiilin, bununla bazı yönlerden benzerlik arz eden başka bir fiil ile ilgili suç tanımı kapsamında değerlendirilmesidir.¹⁶⁸ Bir diğer ifadeyle kıyas, esasen kanunda açık bir şekilde suç olarak tanımlanmamış bir fiilin, kanunda suç olarak tanımlanan başka bir fiile benzetilerek, sanki suç olarak tanımlanmış gibi değerlendirilmesidir.

Kıyas yorumdan farklı olarak kanunun esas fikrini, kanun koyucunun iradesini, normun anlamını saptamak için yapılmayıp, esas fikrin geliştirilip, genişletilerek benzer bir norm yaratılmasını ifade eder.¹⁶⁹ Bir diğer ifade ile kıyas yapılırken asıl amaç kanun koyucunun meydana getirdiği kanunun ne anlama geldiği saptamak değildir, kıyasın amacı kanun koyucunun herhangi bir nedenle düzenlemediği bir alandaki hukuk boşluğunu doldurmaktır. Burada hâkim bir nevi hukuk yaratmaktadır. Bu anlatılan tarzdaki kıyasa, yasaya göre kıyas veya yasa içinde kıyasta denir. Yasaya göre kıyastan başka kıyasın ikinci bir şekline de rastlanmaktadır. Bu çeşit kıyasa hukuka göre kıyas veya bazen yasa dışı kıyas veya hatta yasaya karşı kıyas denir. Bu çeşit kıyasta, belirli bir ceza kuralına olan benzeyişe değil, fakat ceza sisteminin genel anlayışına (ruhuna) dayanılır.¹⁷⁰ Bu çeşit kıyasta, kanunun suç olarak tanımlamadığı bir fiil, kanunda suç olarak tanımlanmış başka bir fiile benzediği için değil, ülkede hukukun etkilendiği siyaset, hukuk, din, ahlak gibi şeylere aykırılık taşıdığı için, cezalandırılır.

¹⁶⁷ GÖZLER Kemal, **Yorum İlkeleri**, s.4, <http://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf> (Erişim Tarihi: 04.09.2020)

¹⁶⁸ ÖZGENÇ İzzet, age, s.119

¹⁶⁹ BAUMANN/WEBER'den aktaran İÇEL Kayıhan, age, s.106 vd.

¹⁷⁰ ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner age, s.107

Kıyas yasağı, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin mantıksal bir sonucudur. Yukarıda bahsettiğimiz gibi eğer ceza hukukunda kıyas yasağı olmaz ise bireyler hareketlerinde tam olarak hür ve serbest olamayacaklardır. Çünkü kanun tarafından suç olarak tanımlanmamış bir fiilin suç sayılarak cezai yaptırıma tutulma ihtimali, bireylerin hür ve serbest bir şekilde hareket etmelerine engel olacak, bireylerde endişeye sebep olabilecektir.¹⁷¹

Kıyas yasağı ilk olarak hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Kıyas yasağıyla bir yandan vatandaşlar hâkimin iradesine karşı korunarak hukuki güvenlik tesis edilmekte, diğer yandan da kuvvetler arasındaki insicam sağlanmaktadır. Kıyas yasağı demokrasi ilkesinin de bir gereğidir.¹⁷² Anayasamız gereği devredilemez nitelikte olan kanun yapma yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde olması, egemenliği temsil eden bu organın, temsil ettiği milletin iradesinin bir sözcüsü olmasından kaynaklanır. Ceza hukukunda boşlukların hâkim tarafından doldurulması kanun koyucunun yetkisine bir tecavüz teşkil eder ve anayasaya aykırı olur. Zira, ceza hukukunda kıyasa izin vermek, Anayasadaki kanunilik ilkesinin ceza hukukunda kişiye sağladığı güvence fonksiyonunu tümüyle ortadan kaldırır.¹⁷³ Kıyas yasağına uymamak, insanların özgür bir şekilde hareketlerine yön verebilmelerine engel olur. Suç tanımı ve ceza belirlenmesi kişinin özgürlüğüne müdahale teşkil eder, çağdaş anlayışta hürriyetin asıl sınırlandırmanın istisna olduğu görüşü kabul edildiğine göre suç ve cezaların belirlenmesi bir istisnadır; dolayısıyla bunun ayrıca ve açıkça öngörülmesi ve dar yorumu tâbi tutulması gerekir. Zaten bu nedenle ceza hukukunda kıyas yasağı ilkesi geçerlidir.¹⁷⁴

Özel hukuk alanında kıyas yapılmasına izin verilen kanuni düzenlemeler mevcuttur. Örneğin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 1. maddesinin 2. fıkrasında “*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.*” şeklinde yer alan hükümle hâkime kanunda bulunan boşlukları doldurma yetkisi tanınırken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinin 3. fıkrasında “*Kanunların*

¹⁷¹ TANER M. Tahir, age, s.137

¹⁷² KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.61

¹⁷³ KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.62

¹⁷⁴ GÖZLER Kemal, Yorum İlkeleri, s.51

suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.” şeklindeki hükümle kanunilik ilkesinin bir diğer sonucu olan kıyas yasağı açıkça ifade edilerek kıyas yasaklanmıştır. Görüldüğü üzere sadece ceza kanunu açısından değil suç ve ceza içeren diğer tüm kanunlar bakımından kıyas yasağının geçerli olduğu belirtilmiştir.

Kanun koyucunun toplumsal düzeni bozan her türlü eylemi tespit edip, bunları kanun ile düzenlemesi çok zordur, kanunlar boşluklar içerebilir. Bu durum kötü niyetli faillerin kanunlardaki açıklardan yararlanarak toplumsal düzene zarar verici fiiller gerçekleştirebilirler bile herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamalarına yol açabilir. Bu durum kanunilik ilkesine yöneltmiş bir eleştiridir.¹⁷⁵ Bu eleştirinin aslında kıyas yasağı ile de ilgili olduğu söylenebilir. Gerçekten, kanun koyucunun bilinçli ya da bilinçsiz olarak düzenlemediği, düzenlemeyi ihmal ettiği alanlar olabilir. Ancak kanunda açıkça suç olarak tanımlanmayan bir fiili gerçekleştiren kişiyi, fiili her ne kadar başka suçlara benzerlik taşısa da yapılan fiilin sonucu ne kadar ağır bir zarar doğurursa doğursun, ceza yaptırımına maruz bırakmamak kanunilik ilkesinin bir sonucu olan kıyas yasağının gereğidir. Kanunilik ilkesine aykırı olarak kıyas yapılmasına izin vermek, yukarıdaki eleştiriye konu olan durumlara nazaran daha fazla sakınca ve tehlikelere sebebiyet verebilecek nitelikte olacaktır. Bu durumda şahsi hürriyet ve masuniyet tehlikeye düşmüş ve eski devirlerin keyfi cezalar sistemine geri dönmüş olur.¹⁷⁶

İşaret etmek gerekir ki, kıyas yasağı kanunda yer alan suç tanımlarının kapsamı açısından kabul edilmiştir. Bu itibarla ceza hukukunun genel hükümleri açısından, yani suç teorisinin genel prensipleri açısından, kıyas yasağından söz edilemez.¹⁷⁷ Ancak doktrinde kıyas yasağının sadece kanunların suç ve ceza içeren hükümleri bakımından değil, genel hükümleri bakımından da geçerli olduğunu savunan başka bir görüş daha vardır. Bu görüşe göre TCK'nın 2. maddesinin 3. fıkrasında geçen “*suç ve ceza içeren hükümler*” ibaresini, somut suç tanımlarının yanı sıra bunlara ilişkin genel kuralları da kapsayacak şekilde anlamak gerekir.¹⁷⁸ Bu görüşü savunanlara göre, cezaya ilişkin

¹⁷⁵ ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner age, s.100

¹⁷⁶ TANNER M. Tahir, age, s.142

¹⁷⁷ ÖZGENÇ İzzet, age, s.120

¹⁷⁸ Bkz. KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.63

genel hükümler suç tanımlarını çok yakından ilgilendirdiği için, kıyas yasağının bu hükümler açısından da kabul edilmesi gerekmektedir.

Belirttiğimiz gibi kıyas yapmak kanunda var olan bir boşluğu doldurma amacı taşımaktadır. *“Bu boşluklar bazen kanun yapılırken kanun tarafından öngörülmeven durumlardan doğar. (Birinci derece Boşluklar) Bazen ise sonradan koşulların değişmesi ile ortaya çıkar. (İkinci derece boşluklar). Ceza hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği olarak kanundaki birinci derece boşlukların kıyas ile doldurulması yoluna gidilemez. Buna karşılık, kanımızca sonradan koşulların değişmesi ile oluşan boşlukların, yani ikinci derece boşlukların kanun koyucunun iradesine normların uygulanması sırasındaki koşullara göre anlam verilmesi suretiyle doldurulması olanağı ceza hukukunda da vardır. Gerçekte boşlukların bu şekilde doldurulması kıyas olmayıp, amaçsal (teleologisch) yorumla yasanın esas fikrinin ortaya çıkarılmasıdır.”*¹⁷⁹

Burada şunun da ifade edilmesi gerekmektedir. Kıyas yasağı sadece biçimsel anlamda yasa hükümlerine ilişkin bir yasak niteliği taşımaz.¹⁸⁰ Kıyas yasağı sadece biçimsel manada kanun kapsamında değil maddi anlamda kanun kapsamında da yasaktır. Maddi anlamda kanunun, kanunu yapan organının sıfatına bakılmaksızın yazılı hukuk kaynağının içeriğinin objektif, sürekli ve genel karakter taşıyan düzenleyici işlemler olduğu açıklanmıştı. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi kapsamındaki kanun sözcüğü biçimsel anlamda kanunu ifade etse de, kanunun uygulanması sırasında idarenin düzenleyici işlemleri neticesinde meydana gelmiş olan maddi anlamda kanun niteliği taşıyan yazılı hukuk kaynaklarına başvurulması gerekirse (örneğin yönetmelikler), burada da ilgili düzenlemenin uygulanmasında kıyas yasağı geçerli olacaktır.

Kıyas yasağı kanuni tipin öngördüğü bütün yasal öğeleri kapsar. Yani tipikliğin yanı sıra, hukuka aykırılık, kusurluluk unsurları, objektif cezalandırılabilme koşulları ve diğer tüm özel öğeler yönünden failin zararına olarak kıyas yoluna gidilemez.¹⁸¹ Ayrıca, kıyas yasağı suçun maddi ve manevi unsurları ile birlikte suça karşılık öngörülen yaptırım miktarı ve güvenlik tedbirleri bakımından da geçerlidir. Yani kıyas yoluyla, kanunda suç karşılığı olarak açıkça öngörülmeven bir yaptırımın uygulanması, kanunda öngörülen yaptırımdan daha ağır bir yaptırım uygulanması, kanunda öngörülen

¹⁷⁹ İÇEL Kayıhan, age s.107

¹⁸⁰ İÇEL Kayıhan, age s.108

¹⁸¹ İÇEL Kayıhan, age s.109

yaptırımdan farklı bir yaptırımın uygulanması ya da kanunda öngörülen yaptırıma ek olarak başka bir yaptırım uygulanması mümkün değildir. Bu husus güvenlik tedbirleri bakımından da aynen kabul edilmelidir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinde “*Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*” denilerek, genişletici şekilde yorum yapmanın sınırı çizilmiştir. Burada geçen genişletici yorum, bir kanun hükmünün anlamının kanun koyucunun kastetmek istediği anlama uymadığı hallerde yapılan yorumdur.¹⁸² Ayrıca kanun kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlamayı yasaklamış olup, kanunların uygulanmasında genişletici yorum yapılması konusunda herhangi bir yasak söz konusu değildir. Kıyas yapılırken hukuk boşluğu doldurulur. Genişletici yorum yaparken ise kanun koyucunun kanunu düzenlerken kanunda kullandığı sözcüklerin, aslında ifade etmeye çalıştığı anlamları ifade etmeye yetmediğinin düşünüldüğü durumlarda, kanun koyucunun bu düzenlemeyi yaparken bu sözcüklerin alanından daha geniş bir alana hitap ettiği düşüncesi ile kanun anlamlandırılır ve kanun koyucunun asıl iradesine ulaşılmaya çalışılır. Bununla birlikte genişletici yorum ile kıyas arasındaki farklı belirlemek oldukça güçtür.¹⁸³ Bu sebeple de kıyas yasağının özünü korumak ve hukuki güvenliği sağlamak amacıyla, genişletici yorum yapmaktan ziyade cezalandırılabilirlik alanını dar tutmak gerekmektedir.

Doktrinde, kıyas yasağının kişiyi idarenin ve yargının keyfi uygulamasından koruma amacı güttüğünden hareketle, yasak olan kıyasın failin aleyhine yapılan olduğu ve bunun da yeni suç tiplerini yaratmak veya mevcut cezanın şiddetini arttırmayı kapsadığı, failin lehine yapılan kıyasın ise kanunilik ilkesine aykırı olmadığı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre özellikle genel hükümler alanında cezayı hafifleten, cezalandırmayı önleyen veya ortadan kaldıran sebeplerin uygulanmasında ve hukuka uygunluk nedenlerinde kıyas yolu ile genişletme mümkündür.¹⁸⁴

Muhakeme hukukunda kıyas yasağı bulunmadığı için, muhakeme hukukunda kıyas yapabilmenin sınırları içerisinde, ceza kanununda öngörülen muhakeme hukuku

¹⁸² KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.65

¹⁸³ ÖZGENÇ İzzet, age, s.120

¹⁸⁴ S/S-Eser,SS; TRÖNDLE/FİSCHER,; İÇEL/DONAY; ÖNDER; ROXİN I, Kısmen aynı yönde KEÇELİOĞLU’dan aktaran KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.64

ile ilgili kurumlar yönünden de, gerekli ise, kıyas yoluna gidilebilir. Aynı şekilde ceza kanunlarında bulunan medeni hukuk ile ilgili kavramların yorumlanmasında kıyas yoluna gidilebilir.

1- Kıyas Yasağı Bakımından Anayasa Mahkemesi'nin Verdiği Kararların İncelenmesi

Anayasa Mahkemesi **24.5.2012 tarihli 2011/129 Esas 2012/81 Karar** sayılı kararında 5237 Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: *“Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme kıyas yasağı ile ilgili *“itiraza konu kanun maddesinin gerekçesi incelendiğinde 'Aile hukukundan kaynaklanan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün kapsamını, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlemek gerekir' dendiğini, TCK'da kıyas yasağının bulunduğunu, iptali istenen hükmün içeriğinin Medeni Kanun'a başvurularak doldurulacağını, Medeni Kanun'un 1. maddesi gereğince de bu alanda hakim kural yaratmasının, örf ve adet hukukunu uygulamasının ve kıyasa başvurusunun mümkün olduğunu, bu hususun ise suç ve cezada kanunilik ilkesi ile uyummadığını, hakim takdir yetkisi ile veya örf ve adet kuralları gereğince suç teşkil edilemeyeceği”* gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2011/129 Esas 2012/81 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, itiraza konu olan kanun maddesinde *“aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi' eylemi suç olarak kabul edildiğini, bu suçun unsurları ve şartları açısından aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüklerinin, düzenlemenin gerekçesinde atıf yapılan 4721 sayılı Kanun'da düzenlenmiş ve bu eylem nedeniyle verilecek ceza itiraz konusu kuralla açıkça belirlendiğini, itiraz konusu kural ve gerekçesinde yer verilen unsurlar itibarıyla, aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüklerinin somutlaştırılmaya elverişli olduğu anlaşıldığını ve dolayısıyla itiraz konusu kuralda bir belirsizlik bulunmadığını”* belirterek söz konusu kanun maddesinin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin kararını isabetli bulmuyoruz. İtiraz yoluna başvuran mahkemenin itiraz gerekçelerinin doğru olduğu kanaatindeyiz. Söz konusu kanun maddesinde hem belirlilik ilkesi bakımından hem de kıyas yasağı bakımından suç ve

cezada kanunilik ilkesine aykırılıklar bulunmaktadır. Bu karara karşı yazılmış karşı oyda¹⁸⁵ da isabetle belirtildiği gibi bu alanın uygulaması çok geniş olduğu gibi, medeni kanuna göre hâkimin hukuk yaratması, örf ve adete başvurusu ve kıyas yapması da mümkündür. Kişinin ailevi yükümlülükleri tabiri çok geniş bir alanı içerisine almaktadır.¹⁸⁶ Bununla birlikte olay tarihinde, medeni kanunun uygulanmasında, *Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü* sayılmayan bir eylemin, kıyas ya da boşluk doldurma yolu ile bu kapsamda sayılması da mümkündür. Doktrinde suçun maddi unsurunun belirlenmesi noktasında itiraz konusu kuralın madde gerekçesinde yollamada bulunulan medeni kanunun yükümlülük kapsamını netleştirmede için belirlilik ilkesine aykırı olduğu Anayasa Mahkemesi'nin kararının isabetli olmadığı ifade edilmiştir.¹⁸⁷

Anayasa Mahkemesi **3.10.2013 tarihli 2013/28 Esas 2013/106 Karar** sayılı kararında 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 48. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: “37 ilâ 46 ncı maddelerde yer alan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan eylemler, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanırlar.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme kıyas yasağı bakımından, “*itiraza konu kanun maddesinde, bir eylemin kanunda tanımı yapılmasa dahi kanunda tanımı yapılan eylemlere benzemesi halinde de ceza verilebileceği yani kıyas yolu ile ceza verilebileceği hükmünün yer aldığını*” bu gerekçe ile Anayasaya aykırı olduğu iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2013/28 Esas 2013/106 Karar sayılı kararında kıyas yasağı bakımından yaptığı incelemede¹⁸⁸, “*tutuklu ve hükümlüler hakkında uygulanacak disiplin*

¹⁸⁵Karşı oy, Serruh KALELİ “Ancak atıfta bulunulan medeni yasanın Aile hukuku kavramının medeni yasanın ikinci kitabında 118. ve 494. maddeleri arasında geniş bir alanı kapsadığı, suçun unsurlarından sayılan yükümlülüklerin ise çokça maddeyi ilgilendirdiği görülmektedir. Örneğin-anne babanın çocuklarına eğitim yükümlülüğü düzenlemesi (TMK 324, 327, 335, 340, 341, 345, 355, 356) birçok madde kapsamında yer almaktadır.”

¹⁸⁶Karşı oy, Serruh KALELİ “Kural içeriğinde yer alan, evin geçimini sağlamak, çocuklara gereği gibi bakılması, masrafları karşılamak aile birliğinin mutluluğunu sağlamak, sadakat, dayanışma, barınma, kişilik gelişimi, beslenme, eğitim, ruhsal, ahlaki gelişim vb. aile hukuku kavramlarının taraflara getirdiği yükün orantılı, adil dağılımı, gerekliliği, tarafların yetenekleri, fiziki durumları, statüleri, hukuki konumları, ehliyetleri vb. sayısız nedenlerle ceza hukuku sistematigi ile özdeşmeyecek şekilde çok geniş bir yorum tarzına fırsat vermektedir.”

¹⁸⁷ ALTUNKAŞ Aysun, Türk Ceza Hukuku’nda Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı:2, Aralık 2017, s.23 vd.

¹⁸⁸ Anayasa Mahkemesi kararında şu hususa değinmiştir: “Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun “açıkça” suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin şekli bakımdan kanun biçiminde

cezalarının kanunun 37 ilâ 46. maddeler arasında düzenlendiğini, bu kurallarda disiplinsizlik oluşturan her bir fiilin ayrı ayrı tanımlandığını, bu fiillerin işlenmesi durumunda verilecek cezaların da yine ayrıntılı olarak gösterildiğini, itiraz konusu kuralda ise 37 ilâ 46. maddelerde yer alan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan fiillerin, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanacağını öngörülmediğini, kanunilik ilkesinin aynı zamanda kıyas yoluyla suç ve ceza normlarının genişletilemeyeceğini de öngörmediğini, itiraza konu kuralda gerçekleşen fiilin suç olarak tanımlanmadığı, buna karşın Kanun'da belirlenmiş diğer fiillere uydurulabilmesi imkânını verdiğini, bunun ise uygulayıcıyı kıyas yapmaya yönlendirdiğini, dolayısıyla, itiraz konusu kuralla, Kanun'da tanımlanmayan bir fiilin, benzeri bir fiille karşılaştırılarak kıyas yapılmak suretiyle ceza tayinine imkân tanındığını” bu durum ise Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin kararının isabetli olduğunu düşünüyoruz. İtiraz konusu kural ile kanunda açıkça düzenlenmese bile 37 ilâ 46’ncı maddelerde yer alan fiillere benzer nitelikteki eylemlerin cezalandırılması öngörülmektedir. Bu açıdan bakıldığında belirlilik ilkesine aykırılık hemen göze çarpmaktadır. Bunun yanında uygulayıcıların kıyas yapmak yoluyla benzer nitelikte gördükleri eylemleri de bu kapsamda değerlendirmelerinin de yolu açılmıştır. Anayasa ve ceza yasasında açıkça yasaklanmış bulunan kıyas yapmaya neden olacak bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi **7.9.2016 tarihli 2016/44 Esas 2016/153 Karar** sayılı kararında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 123. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “...ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması...” ibaresinin anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraz konusu kanun maddesi şu şekildedir: “Sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde, mağdurun şikâyeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme “itiraza konu fıkra da yer alan hükmün hangi davranışların hukuka aykırı davranış olduğuna ilişkin hâkime geniş bir takdir hakkı ve yetkisi tanıdığını, hukuka aykırı başka bir davranışın kişiden kişiye, toplumdan topluma, hâkimden hâkime değiştiğini,

çıkarılması yeterli olmayıp, bunların içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir.”

hangi davranışların hukuka aykırı davranış olduğunun açık, belirgin ve öngörülebilir olmadığını” bu sebeplerle de itiraz konusu düzenlemenin anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2016/44 Esas 2016/153 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “itiraz konusu kuralla, sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla hukuka aykırı bir davranışta bulunulmasının, “kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu” şeklinde düzenlenerek yaptırma bağlandığını, kuralın yer aldığı maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere maddeyle, kişilerin huzur ve sükûnlarının bozulması hususunda gösterilen çabaların cezalandırılmasının amaçlandığını, itiraz konusu maddede huzur ve sükûnu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla telefon edilmesi, gürültü yapılması şeklinde davranışlar sayıldıktan sonra aynı maksatla yapılan hukuka aykırı diğer davranışların da bu suçu oluşturacağının kabul edilmesinin, hukuki belirsizliğe yol açacağının söylenemeyeceğini, kanun metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve maddeyle korunmak istenen hukuki yarar da göz önüne alındığında, itiraz konusu kuralın huzur ve sükûnu bozucu nitelik taşıyan hukuk düzenine aykırı davranışları ifade ettiğinin anlaşıldığını, öte yandan, bir kimsenin sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla yapılacak “hukuka aykırı davranışların” çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden bu kavrama giren tüm davranışların kanun koyucu tarafından önceden belirlenmesi ve tek tek sayılması zorunluluğundan söz edilemeyeceğini” bu gerekçelerle de itiraz konusu kanun maddesinin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Bu kararı yukarıda belirlilik ilkesi bakımından incelemiştik. Belirlilik ilkesi ile kıyas yasağı ilkesi, birbiri ile çok sıkı bağı olan iki ilkedir. Kanunda kullanılan “**ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde**” ibaresi sebebiyle, bu kararın kıyas yasağını da ilgilendirdiğini düşünmekle bu kısımda da ayrıca inceleme gereği duyduk. Çünkü kanunda yasaklanan davranışlara benzer davranışların yasaklandığı ifade edilmektedir. İtiraz konusu kanun maddesine bakıldığında “*sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla*” yapılan hukuka aykırı davranışların suç oluşturacağının düzenlendiği, bunun yanında da ne tarz hareketlerin bu suçu oluşturabileceğine ilişkin örnekler verildiği görülmektedir. Böylece kanun açık ve belirli olarak suç teşkil eden eylemi belirlemiş olmaktadır. İtiraz konusu kuralda kişilerinin huzur ve sükûnunu bozmak yasaklanmaktadır. Bu bakımdan bu çok farklı şekillerde gerçekleştirilebileceği için, somut olayda neticenin meydana gelip gelmediği hususundan yola çıkılması gerekmekte ve failin hangi maksatla hareket ettiğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Hukuka aykırı olan tüm fiillerin kanun metninde açıkça sayılmasının mümkün olmadığı da göz önüne alındığında, itiraz konusu kanun

maddesinde belirlilik ilkesine ve netice olarak da kıyas yasağına herhangi bir aykırılığının olmadığı görülmektedir. Bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi'nin isabetli bir karar verdiğini düşünmekteyiz.

2- Anayasa Mahkemesi'nin Kıyas Yasağı Bakımından Verdiği Kararlara İlişkin Genel Değerlendirmeler

Anayasa Mahkemesi'nin kıyas yasağına doğrudan değindiği çok fazla kararı bulunmamaktadır. İtiraz yoluna başvuran mahkemelerin, genellikle, belirlilik ilkesi ile birlikte kıyas yasağı bakımından da başvuruda bulunduğu, Anayasa Mahkemesi'nin ise kıyas yasağı ile belirlilik ilkesi arasındaki yakın ilişki sebebiyle genellikle belirlilik ilkesi yönünden inceleme yapmakla yetindiği ancak kıyas yasağına ilişkin çok ciddi bir iddia olması halinde doğrudan kıyas yasağı bakımından inceleme yaptığı söylenebilir. Belirlilik ilkesi kısmında da değinildiği gibi belirlilik ilkesi, kıyas yasağı ve yorum kavramları iç içe geçmiş kavramlar olup, birbirinden ayrı değerlendirilmesi son derece güçtür. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi'nin belirlilik ilkesine yönelik kararları ile kıyas yasağına yönelik kararları birlikte incelendiğinde, Mahkemenin genişletici yorum tekniğinin kıyasa varmayacak şekilde kullanılmasının belirlilik ilkesine aykırılık taşımayacağına yönelik bir görüş taşıdığı izlenimi edinilmektedir. Yine Anayasa Mahkemesi itiraza konu kanundaki ifadelerin muğlaklığı sebebiyle sınırlarının tam çizilemediği için kıyasa yol açıldığı iddialarını, itiraz konusu kanunda yer alan “*gibi*”, “*benzeri*”, “*her ne suretle olursa olsun*” ve benzeri şekilde geniş yorum yapmaya müsait olan ibareleri içeren kanunlar ile mahiyetleri gereği kanunda tek tek sayılamayan ve yorum yolu ile kanun kapsamına girebilecek unsurları içeren kanunlara yönelik kıyasa yol açıldığı sebebiyle Anayasaya aykırılık iddialarını kıyas yasağı bakımından değil de belirlilik ilkesi bakımından değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin kıyas yasağı bakımından verdiği kararların gerekçeleri ise yine belirlilik ilkesine yönelik verdiği kararların gerekçelerine benzerlik taşımaktadır. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi'nin kıyas yasağı bakımından Anayasaya aykırılık gördüğü durumlarda, genellikle kanunda açıkça başka bir fiile benzerlik ya da bu mahiyette bir ibareye yer verildiği görülmektedir.

E- CEZA KANUNLARININ GEÇMİŞE YÜRÜMEZLİĞİ İLKESİ (LEX PRAEVIA)

1- Kavram ve Kapsam

Geçmişe yürüme yasağı, işlendiği zaman cezalandırılmayan bir fiilin, yeni çıkarılan bir kanunla geçmişe yürürlü olarak cezalandırılmayacağını; aynı şekilde işlendiği zamanın kanununa göre cezalandırılabilir bir eylem için daha ağır bir ceza türü öngören bir kanunun geçmişe yürürlü olarak uygulanamayacağını ifade eder.¹⁸⁹ Kanunilik ilkesinin bir sonucu olan bu ilke, hukuk güvenliğini sağlamaya yönelik önemli bir görev ifa eder. Burada eylemin işlendiği zamanda kanun tarafından suç olarak tanımlanmadığı için yaptırma tabi tutulmayan veya yaptırıma tabi tutulsa bile sonraki kanundan daha hafif bir yaptırım öngörülen bir fiil söz konusudur. Bu fiili daha sonradan suç olarak tanımlayan bir kanunun çıkması, ya da zaten suç olarak düzenlenmiş bu fiilin daha ağır bir yaptırıma tabi tutulmasını öngören bir kanunun çıkması durumunda bu kanun, failin aleyhine olarak geçmişe yürütülemeyecektir. Ceza kanunları geçmişe etkili olarak kabul edilemezler; bunun tek istisnası, failin yararına olan kanunun geçmişe yönelik uygulanmasıdır.¹⁹⁰ Failin yararına olan kanunun geçmişe yönelik uygulanması durumunda, failin fiili işlediği sırada kanun tarafından suç olarak tanımlanmış bir fiil daha sonra çıkan kanunla suç olmaktan çıkarılmakta ya da fiilin işlendiği sırada kanun tarafından suç olarak tanımlanan fiilin yaptırımının daha sonra çıkan kanunla daha hafif bir yaptırım haline getirilmesi söz konusudur. Bu durumda sonradan yürürlüğe giren kanun, failin lehine sonuç doğurduğu için, yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenmiş olan fiiller bakımından da geçmişe yönelik olarak, uygulanma kabiliyetine sahip olacaktır.¹⁹¹

Geçmişe yürüme yasağı hakimlerin yanı sıra, kanun koyucunun yetkisine de sınırlama getirmektedir. Hakimler sonradan konulan ceza normlarını failin zararına olarak önceki eylemlerine uygulayamayacağı gibi, kanun koyucuda bu tür yeni ceza hükümlerini geçmişteki olaylara uygulayabilecek şekilde yürürlüğe sokamaz.¹⁹²

¹⁸⁹ KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.69 vd.

¹⁹⁰ HAKERİ Hakan, age, s.32

¹⁹¹ ÖZGENÇ İzzet, age, s.124

¹⁹² JESCHECK; SCHÖNKE/SCHRÖDER; SCHMÍTZ'den aktaran İÇEL Kayıhan, age, s.116

Geçmişe yürüme yasağı, suçun tüm unsurları yönünden geçerlidir.¹⁹³ Suçu meydana getiren herhangi bir unsurunda, aleyhe olacak şekilde yapılan değişiklikler, değişiklikten önce meydana gelmiş olaylara uygulanamazlar. Suç karşılığında uygulanacak olan yaptırım yönünden de bu ilke aynı şekilde geçerlidir. Kanunilik ilkesinin kapsamında yer alan güvenlik tedbirleri hakkında da geçmişe yürüme yasağının uygulanacağı tartışmasıdır.

Geçmişe yürüme yasağı, ceza kanununun özel kısımlarındaki hükümlerle sınırlı değildir. Genel kısımdaki failin zararına olarak yapılan değişiklikler de geçmişteki olaylara uygulanamaz. Aynı şekilde bu yasak, biçimsel anlamda kanun hükümlerinin yanı sıra maddi anlamda kanun kavramının kapsamına giren ve biçimsel kanundan aldığı yetki ile suç hükümleri koyan yazılı hukuk kaynaklarını da kapsar.¹⁹⁴

2- Ceza Kanunlarının Geçmişe Yürümesi Yasağını Açıklayan Gerekçeler

Ceza kanunlarının geçmişe yürümesi yasağının kabul edilmesi gerektiği yönünde çeşitli gerekçeler ortaya atılmıştır. Bu gerekçeleri şu şekilde sıralayabiliriz:

i- Suç yaratan veya mevcut suçun cezasını artıran failin aleyhine olan yasanın geriye yürütülmesi, söz konusu yasanın işlenen fiili suç haline getirmesi durumunda “kanunsuz suç olmaz” ve fiilin cezasını artırması durumunda ise “kanunsuz ceza olmaz” kuralına aykırıdır.¹⁹⁵ Böyle bir durumda işlendiği sırada suç olmadığı düşüncesi ile hareket edilen fiilin daha sonra suç oluşturması, suç işleme kastı ile hareket etmeyen birisine ceza verilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu şekilde suç olamayan bir fiili işlediklerinde daha sonra bu fiilin suç olabileceği konusunda endişeye kapılacak olan bireylerin hareket özgürlükleri sınırlandırılmış olacaktır. Bireylerin özgür hareket alanının sınırlarını bilebilmeleri için, yasak olan fiillerin önceden kendilerine bildirilmesi gerekmektedir.

¹⁹³ İÇEL Kayıhan, age, s.116

¹⁹⁴ İÇEL Kayıhan, age, s.117

¹⁹⁵ EREM, DANIŞMAN, ARTUK’dan aktaran ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, age, s.135

ii-Failin durumu geriye yürütülen aleyhe yasa veya yasalarla kötüleşmemelidir. Çünkü, onun devletten kazanılmış haklarına saygı duyulmasını isteme hakkı vardır.¹⁹⁶

iii- Ceza itaatsizliğin yaptırımıdır. İtaatsizlik ise ancak mevcut bir buyruk varsa söz konusu olabilir. Yani henüz bir suç olmadan, kişi bu suç teşkil eden fiili ihlal etmek amacıyla hareket edemez.

iv- Ceza yasasının rolü, suçların işlenmesini önlemektir. Eskiden işlenmiş suçlara karşı yeni ceza yasasının önleme etkisi imkansızdır.¹⁹⁷

3- Ceza Kanunlarının Yürürlüğe Girmesi ve Yürürlükten Kalkması

Kural olarak, her fiil işlendiği tarihte yürürlükte olan kanun hükümlerine göre yaptırıma tabi tutulur. Bu sebeple kanunun hangi tarihte yürürlüğe girdiğinin ve yürürlük süresinin saptanması gerekmektedir. Ceza kanunları, yürürlükte kaldıkları süreler bakımından sürekli kanunlar, süreli kanunlar ve geçici kanunlar olmak üzere üç gruba ayrılır. Ceza hukukuna ilişkin kanunlar, diğer kanunlar gibi yürürlüğe girerler ve yürürlükten kalkarlar. Bu açıdan ceza kanunlarına özgü bir durum yoktur. Kanunların yürürlüğe girebilmesi için Resmî Gazete’de yayımlanmaları gerekir. 10 sayılı Resmî Gazete Hakkındaki Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 7. maddesine göre “*Kanunlar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve yönetmelikler ile diğer düzenlemeler, ayrıca bir yürürlük tarihi belirtilmemiş ise Resmî Gazete’de yayımlandığı gün yürürlüğe girer.*” Buna göre kanunun yürürlüğe gireceği tarihe ilişkin kanunda bir hüküm var ise o tarihte, buna ilişkin bir hüküm yok ise kanun Resmî Gazete’de yayımlandığı gün yürürlüğe girecektir. Gerek kanun gerek yürütme organının düzenleyici işlemleri ancak meydana getirmiş olan iradenin yeni bir işlemi ile ortadan kalkabilir. Kanun koyucu bir kuralı ortadan kaldıran iradesini ya açık ya da zımni olarak belirtir.¹⁹⁸ Açık ilga durumunda, kanun koyucu kanunu yürürlükten kaldırma konusundaki işlemi, kanunda açıkça bu durumu belirterek yapar. Zımni (örtülü) ilgada ise kanun koyucu, önceki kanunu yürürlükten kaldırma konusunda ki iradesini kanunda açıkça göstermez. Ancak

¹⁹⁶ ORTOLAN’dan aktaran ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, age, s.136

¹⁹⁷ MERLE- VİTU’dan aktaran ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, age, s.136

¹⁹⁸ DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, age, s.220

önceki kanun ile sonraki kanun arasındaki çelişkilerden dolayı, bu iki kanun aynı anda uygulama alanı bulamayacağı için, kanun koyucunun artık sonraki kanunun uygulanması iradesinde olduğu kabul edilir ve zımnî ilga söz konusu olur.

4- Suçun İşlendiği Zaman

Kanunilik ilkesinin önemli sonuçlarından birisi olan geçmişe yürüme yasağı, ceza kanunlarının zaman itibarıyla uygulanma alanının belirlenmesini gerektirmektedir. Kanunların zaman itibarıyla uygulama alanı, kanunun hangi andan itibaren meydana gelmiş olaylar hakkında uygulanabileceğinin tespiti ile ilgilidir. Bunun yapılabilmesi içinde öncelikle suçun ne zaman işlenmiş olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Türk ceza hukukunda kabul edilen zaman bakımından uygulama yöntemi, gerek Anayasanın 38.¹⁹⁹ maddesinde ve gerekse TCK'nın 7.²⁰⁰ maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği üzere, “*filin işlendiği zaman*” esas alınarak yapılacaktır.

Kanunların zaman bakımından uygulanmasına üç ilke yön vermektedir: geriye yürüme, derhal uygulanma ve ileriye yürüme.²⁰¹ Kanunların geriye yürümesi halinde, yukarıda da bahsettiğimiz üzere, bir kanunun yürürlüğe girmesinden önceki olaylara uygulanması söz konusudur. Kanunların derhal uygulanması halinde, kanunların yürürlüğe girdikleri andan itibaren ilgili oldukları olaylar bakımının uygulanması söz konusudur. Kanunların yürürlüğü bakımından temel prensip derhal uygulamadır.²⁰² Kanunun ileriye yürümesi halinde ise, ilgili kanunun yürürlükten kalkmış olmasına rağmen, yürürlük süresi içerisinde meydana gelen olayla uygulanmaya devam etmesi durumu söz konusudur. 5237 Sayılı TCK'nın zaman bakımından uygulama koşullarının düzenlendiği 7. maddesi incelendiğinde, koşullarını belirterek, bu ilkelerin tamamına geçerlilik tanıdığı görülmektedir. Yani Türk Ceza Kanunu'nda zaman bakımından uygulamaya yönelik olarak mutlak bir kabul yoktur.

¹⁹⁹ 1982 Anayasası'nda açıkça işlendiği zaman ifadesi kullanılarak bu ilkeye yer verilmiştir. Madde 38 – “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*”

²⁰⁰ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda açıkça işlendiği zaman ifadesi kullanılarak bu ilkeye yer verilmiştir. Madde 7- “*(1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.*”

²⁰¹ KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.70.

²⁰² KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.70 vd.

Suçun ne zaman işlendiğinin tespiti için suç teşkil eden fiile göre bir sınıflandırma yapılmalıdır. Suçları kanundaki tanımına göre sırf hareket suçları ve neticeli suçlar olarak bir ayrıma tabi tutarsak, suçun oluşması için kanuni tanımda belirtilen fiilin icrasının yeterli görüldüğü, ayrıca bir neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı suçlarda icrai veya ihmali hareketin yapıldığı anda suç da işlenmiş olur.²⁰³ Doktrinde ani suç olarak da adlandırılan bu suç tipinde icrai ya da ihmali fiilin işlendiği anda yürürlükte bulunan kanun uygulanacaktır.

Neticeli suçlar olarak adlandırılan ve tamamlanabilmesi için ihmali ya da icrai bir hareketin yapılması ile birlikte ayrıca kanuni tipte belirlenen neticenin de meydana gelmesi aranan suçlar açısından ise fiilin gerçekleştirildiği anda ki kanunun mu yoksa neticenin gerçekleştiği andaki kanunun mu uygulanacağı hususunda doktrinde tartışma söz konusudur. *“Neticeli suçlarda, şayet hareket ile netice aynı anda meydana gelmişse problem yoktur. Buna karşılık suçun tamamlanması için hareketin icrasının yanı sıra neticenin gerçekleşmesinin de arandığı ve fakat neticenin hareketten kısa veya uzun bir süre geçtikten sonra meydana geldiği diğer neticeli suçlarda ise suçun ne zaman işlendiğini belirlemek bakımından üç görüş ileri sürülmüştür. Bunlar hareketin icra edildiği (hareket teorisi) neticenin meydana geldiği (netice teorisi) ve failin lehine olmasına göre hareketin veya neticenin gerçekleştiği (karma teori) anı esas alan görüşlerdir.”*²⁰⁴ Doktrinde neticenin gerçekleştiği andaki kanunun esas alınacağını savunan yazarlar olduğu kadar, fiilin işlendiği anda yürürlükteki kanunun uygulanması gerektiğini savunan yazarlarda vardır.²⁰⁵ Bizim görüşümüze göre, netice daha sonra meydana gelse dahi faili fiili işlediği tarihteki kanun maddelerine göre sorumlu tutmak gerekmektedir. Çünkü faildeki suç işleme kastı fiili işlediği anda ortaya çıktığı için fiilin işlendiği zaman yürürlükte olan kanunu esas kabul etmek, failin kastı bakımından daha adil olacaktır. Ayrıca neticenin ortaya çıkması bazı suçlar bakımından uzun sürebilir. Bu bakımdan kanunilik ilkesinin ruhuna uygun olanın fiilin işlendiği, icrai ya da ihmali hareketin yapıldığı an olarak kabul edip, bu anda yürürlükte olan kanun maddesine göre sorumluluğu belirlemenin doğru olacağı kanaatindeyiz.

Kanunda belirtilen tipiklikteki hareketin yapılmasıyla tamamlanan ancak icrası devam eden, doktrinde sürekli-kesintisiz suçlar olarak da adlandırılan, mütemadi

²⁰³ KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.76.

²⁰⁴ DEMİRBAŞ’ dan aktaran KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.76.

²⁰⁵ Bkz: ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, age, s. 145., (70 ve 71. dipnotlar)

suçlarda sürekliliğin kesildiği anda suçun işlendiği kabul edilir. Bu andaki kanun failin aleyhine bile olsa bu kanunun uygulanması gerekmektedir.²⁰⁶ Ancak doktrinde bu konuda farklı görüşlerde mevcuttur. Bir diğer görüşe göre, bu suçlarda hukuka aykırı durum kesintisiz olarak devam ettiği için suç, ihlalin devam ettiği süre boyunca işlenmiştir. Bu nedenle temadinin farklı kanunlar zamanında devam etmesi halinde, mütemadi suçun temadinin ağırlıklı olarak gerçekleştiği kanun zamanında gerçekleştiği kabul edilebilir. Bunun yanı sıra temadinin başladığı ve sona erdiği durumlarda farklı kanunlar yürürlükte ise suçun lehe olan kanun zamanında işlenmiş olacağının kabulü de mümkündür. Ayrıca yürürlüğe giren kanunun lehe veya aleyhe olmasına göre kesintisiz suçun temadinin başında ya da sona erdiği anda işlendiğini kabul etmek de mümkün olup ve bu tip suçlarda hâkimin somut olaya göre değerlendirmesi gerekmektedir.²⁰⁷

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi veya aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiil ile işlenmesi halinde ise zincirleme (müteselsil) suç söz konusu olur. Kural olarak klasik zincirleme suçta, farklı zamanlarda işlenen birden çok suç vardır. Zincirleme suç zincirin son halkasını oluşturan son suçun işlendiği sırada yürürlükte olan kanun zamanında işlenmiş sayılır.²⁰⁸

İhmali suç ise kanunun yapılmasını emrettiği bir fiilin yapılmaması sonucunda meydana gelir. Bu durumda kanun emrettiği fiilin yapılması için belirli bir süre öngörmüş ise bu sürenin sonunda, eğer kanunda bir süre öngörülmemiş ise kanunun emrettiği fiili yapma yükümlülüğünün doğduğu andan itibaren makul bir sürenin geçmesi ile suç işlenmiş sayılır.²⁰⁹

İtiyadi suç durumunda ise bir yıl içinde ve farklı zamanlarda aynı kasıtlı suçun ikiden fazla işlenmesi söz konusudur. İtiyadi suçta itiyadin oluştuğunu gösteren son hareketin gerçekleştirildiği anda yürürlükte olan kanun zamanında işlenmiş sayılır.²¹⁰

²⁰⁶ ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner, age, s. 146.

²⁰⁷ ZAFER Hamide, age, s. 99.

²⁰⁸ ZAFER Hamide, age, s. 99.

²⁰⁹ ZAFER Hamide, age, s. 99.

²¹⁰ ZAFER Hamide, age, s. 100 vd.

5- Lehe Olan Kanunun Geriye Yürümesi

Ceza kanunlarının geçmişe yürümezliği ilkesini açıklarken bunun istisnasının failin lehine olan ceza kanunlarının geçmişe yürütülmesi olduğundan bahsetmiştik. Kanunilik ilkesinin bir gereği olan geçmişe uygulama yasağının kişiyi koruyucu bir kural olması nedeniyle, ancak failin zararına sonuç doğuran durumlarla sınırlıdır. Bu nedenle, yeni yasa failin yararına hükümler içeriyorsa, artık geçmişe uygulama yasağı söz konusu olmaz ve yasa geçmişe yönelik biçimde uygulanabilir.²¹¹ Suçun işlendiği zamanın kanunu ile sonradan yürürlüğe giren kanun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehine olan kanun “tatbik” ve “infaz” olunur.²¹² Gerçekten 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 7. maddesinde bu husus “(1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüştü infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. (2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.” şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Bu durumda failin suç teşkil eden fiili işlediği sırada yürürlükte olan kanun, daha sonra failin lehine olacak şekilde değiştirilirse, fail bundan yararlandırılır ve yeni kanundaki lehe olan hükümler çerçevesinde yaptırıma tabi tutulur. Buna göre; suç teşkil eden bir fiil gerçekleşikten sonra yürürlüğe giren yeni bir kanunla bu fiil suç olmaktan çıkarılmışsa, suçun unsurlarında, yaptırımlarında, kanuni sonuçlarında fail lehine düzenlemeler yapıldı ise bu lehe durumdan suç faili faydalandırılır. Örneğin eski kanun döneminde suç teşkil eden fiili nedeniyle ceza alan kişi sonraki kanunun bu fiili ceza olmaktan çıkarması durumunda bundan yararlandırılır ve yargılamadaki aşamaya göre bu uygulanır.

İşlendiği zamanın kanuna göre suç oluşturan bir fiili suç olmaktan çıkartan yeni kanun, eski kanuna göre verilen hüküm kesinleştikten sonra yürürlüğe girmiş olsa da yeni kanunun kesin hükme etki edeceği kabul edilmiştir.²¹³ Türk Ceza Kanunu’nun 7.

²¹¹ İÇEL Kayıhan, age, s.119

²¹² EREM Faruk, DANIŞMAN Ahmet, ARTUK Mehmet Emin, age, s.140

²¹³ KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, age, s.74

maddesinin 1. fıkrasına göre böyle bir durumda hem infaz son bulmakta bununla birlikte fiil nedeniyle verilen mahkûmiyet neticesinde meydana gelen kanuni neticelerde ortadan kalkmaktadır.

Fiilin işlendiği sırada bir kanun, hüküm tarihinde başka bir kanun ve bu kanunlar arasında bir veya birden fazla ceza kanunu yürürlüğe girmiş ve yürürlükten çıkmış olabilir. Suç tarihi ile hüküm tarihinde yürürlükte olan kanunlar arasında yürürlüğe girip çıkan bu kanunlara ara kanun denir.²¹⁴ Lehe kanun değerlendirmesinde fiil tarihinden itibaren yürürlüğe giren tüm kanunlar ele alınır. Bu nedenle suç teşkil eden fiilin gerçekleştirilme tarihinden sonra kanunlardan ara kanun lehe kanun durumunda ise esas alınacak kanunda o olur.

6- Lehe olan kanunun geçmişe yürürlü olmasını açıklayan gerekçeler

Lehe olan kanunun geçmişe yürürlü olması bakımından birtakım gerekçeler ileri sürülmüştür. Bu gerekçeleri şu şekilde sayabiliriz:

i- Lehteki yasanın geçmişe yürürlü olması, failin çıkarı için kabul edilen suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin saiklerine aykırı değildir. Yeni yasa failin lehine ise, bizzat fail, yasanın kendi çıkarına olarak geçmişe yürümesini ister. Failin çıkarı burada toplumsal yarara da uygundur.²¹⁵ Çünkü yeni yasa milletin egemenliği temsil eden organ tarafından yapılmaktadır ve zamanın koşulları değiştikçe sonra yapılan yasanın önceki yasaya göre daha iyi bir yasa olduğu varsayılır. Böyle toplum çıkarı ile çatışan bir durumda ortada olmaz.

ii- Lehteki yasanın geçmişe yürütülmesi durumunda, geçmişe yürümeyi engelleyen bir kazanılmış haktan söz edilemez. Daha ağır cezayı uygulama konusunda toplumun kazanılmış hakkı vardı denilse bile, toplum bu hakkından vazgeçmiştir.²¹⁶

iii- Klasik ceza hukukçularına göre cezada adalet ve insancılık esasları lehteki yasanın geçmişe yürümesini gerektirir. Buna rağmen fail hakkında ceza yasasının

²¹⁴ ZAFER Hamide, age, s.101

²¹⁵ ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner, age, s.136

²¹⁶ ORTOLAN'dan aktaran ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, age, s.136

geriye yürütülmemesinde ısrar, yasa koyucunun artık bizzat inanmadığı bir hukuki anlayış nedeniyle failin cezalandırılması sonucunu doğurur.²¹⁷

7- Süreli ve Geçici Ceza Kanunlarının İleriye Yürümesi

*“Süreli ve geçici kanunlar, belirli bir süre ile veya belirli olaylara uygulanmak üzere hazırlanarak yürürlüğe koyulmuş kanunlardır. Bu kanunların belirli bir süre yürürlükte kalacakları önceden bilinmektedir. Süreli ve geçici kanunların etkinliğinin ve adaletin sağlanması amacıyla bu kanunların zaman bakımından uygulanmasında ileriye yürürlük ilkesi kabul edilmiştir. Süreli ve geçici kanunlar, yürürlükte oldukları süre içerisinde işlenmiş olan suçlar hakkında yürürlükten kalktıktan sonra da uygulanmaya devam olunurlar.”*²¹⁸ Yani bir süreli kanunun ne zaman yürürlüğe gireceği ve ne zaman yürürlükten kalkacağı bellidir. Bu kanunlar, genellikle, belirli bir olaya ya da duruma özgü olarak çıkartılır ve bu olay ya da durum ortadan kalktıktan sonra uygulanmaması amaçlanır. Ancak kanunun yürürlük dönemi içerisinde işlenmiş bir suç varsa, kanun daha sonra yürürlükten kalmış olsa dahi, o suçlar hakkında uygulanır. Bunun yanında süreli ya da geçici kanunlar, süreli veya geçici oldukları süre içerisinde kaldırılır veya lehe olarak değiştirilirlerse lehe kanunun uygulanması bu durumda da söz konusu olacaktır.²¹⁹

8- Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Etkisi

Anayasa Mahkemesi baktığı iptal davalarında, dava konusu olan kanun maddesinin iptaline karar verebilir. Bu iptal kararı sonrası da o kanun hükmü uygulanamaz hale gelir. Bu da bir nevi kanunun ilga edilmesine benzemektedir. Anayasa Mahkemesince Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen kanun hükümleri, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının Resmî Gazete’de yayımlanmasıyla, eğer kararda bir yürürlük süresi öngörülmüş ise o tarihte eğer bir yürürlük tarihi belirlenmemiş ise yayım tarihinde, iptal edilen kanun yürürlükten kalkar.²²⁰ Bununla birlikte Anayasanın 153. maddesinde yer alan *“İptal kararları geriye yürümez.”* hükmü

²¹⁷ MAURACH-ZİPF’den aktaran ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, age, s.136

²¹⁸ ZAFER Hamide, age, s.111

²¹⁹ HAFİZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem, age, s.34

²²⁰ T.C. 1982 Anayasası 153. Madde *“Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.”*

sebebiyle, iptal edilen kanunların lehe kanun uygulamasında nasıl değerlendirileceği tartışma konusudur. Doktrinde bir görüş, iptal kararlarının da kanunun açıkça ilga edilmiş gibi bir sonuç doğurması sebebiyle lehe yasa değişikliklerinin yarattığı etkiyi yaratması gerektiğini savunmaktadır.²²¹ Diğer bir görüş ise Anayasanın 153. maddesindeki açık hüküm karşısında iptal kararlarının geçmişe yürüterek lehe kanun değerlendirmesi yapmanın hukuken mümkün olmadığıdır.²²² Bu konuda ki diğer bir görüş ise Anayasa Mahkemesi kararları hakkında derhal uygulama ilkesinin uygulanmasının zorunlu olduğu, bu sebeple iptal edilen kanun hükmü uyarınca verilen mahkumiyet kararının sonuçlarının Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının Resmi Gazete'de yayınlanmasına kadar kalacağını ve fakat o tarihten bütün neticelerin ortadan kalkacağı şeklindedir.²²³

Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının uygulanmasında temel kural derhal etki kuralıdır.²²⁴ Ancak bu kuralın istisnaları vardır ve ceza kanunundaki lehe olan kuralın uygulanması ilkesi bu istisnalardan birisidir. Ceza normları için Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları sonrası Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesindeki esasları uygulamak gerekir. Failin lehine bir durum olduğu takdirde iptal kararı geçmişe etki etmelidir.²²⁵ Anayasa Mahkemesinin iptal kararı, sanığın aleyhine sonuç doğurduğu takdirde, lehe hükmün uygulanması ilkesi gereğince, temel kural geçerliliğini kaybeder ve bu halde iptal kararının sanık hakkında uygulanmaması gerekir.²²⁶

9- Ceza Kanunlarının Geçmişe Yürümezliği İlkesi Bakımından Anayasa Mahkemesi'nin Verdiği Kararların İncelenmesi

Anayasa Mahkemesi **26/2/1974 tarihli 1973/45 Esas 1974/7 Karar** sayılı kararında 8/5/1973 günlü, 14529 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan ve yayımı tarihinden 30 gün sonra yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi ve bu kanuna bazı maddeler eklenmesi hakkında ki 30/4/1973 günlü, 1711 sayılı Kanunun geçici maddesinin Anayasa'ya

²²¹ bkz. ZAFER Hamide, age, s.114

²²² bkz. ÖZGENÇ İzzet, age, s.138

²²³ bkz. DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, age, s.266

²²⁴ ÜLGEN Özen, **Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri**, 1. Baskı, İstanbul, Nisan 2016, s.69

²²⁵ EREM; ULER; HEKİMOĞLU'dan aktaran ÜLGEN Özen, age, s.92

²²⁶ ÜLGEN Özen, age, s.93-94

aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: Madde 113/A: *“İhtiyatî tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymayan veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan kimse, eylemi T.C.K. na göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, ait olduğu ceza mahkemesince bir aydan altı aya kadar hapisle cezalandırılır.”*

Geçici Madde- *“1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bu Kanunla değiştirilen hükümlerinin ancak kanun yürürlüğe girdikten sonra açılacak davalarda uygulanması mümkündür. Şu kadar ki, bu kanunla eklenen 113/A maddesi ile 176, 289 ve 507 inci maddelerde değişiklik yapan hükümler, kanunun yürürlüğünden önce mevcut dava ve işlerde de uygulanır.*

Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte mevcut davalar bakımından, 409 uncu madde hükmü, bu maddedeki süreler kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay sonra işlemeye başlamak suretiyle uygulanır.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme lehe olan kanunun uygulanması ilkesi bakımından, *“kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceğini, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa 1711 sayılı Kanunla eklenen 113/A maddesinin kanunun yürürlüğe girmesinden önceki olaylara da uygulanacağını belirleyen kuralın, bu yönüyle anayasaya aykırı olduğu”* gerekçesiyle Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 1973/45 Esas 1974/7 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, *“İhtiyatî tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymama veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranışta bulunmanın kendine özgü cezası bulunan bir yasak eylem haline gelişinin 8/5/1973 gününden otuz gün sonra yürürlüğe giren 30/4/1973 günlü 1711 sayılı Kanunun 2. maddesiyle olduğunu, eylemin cezasının, Türk Ceza Kanununa göre daha ağır bir cezayı gerektirmiyorsa, bir aydan altı aya kadar hapis cezası olduğunu, daha önce bu gibi eylemlerin Türk Ceza Kanununun 28/9/1971 günlü, 1490 sayılı Kanunla değişik 526. maddesinin birinci fıkrasındaki ‘selâhiyetli makamlarca adli muameleler dolayısıyla kanun ve nizamla aykırı olmayarak verilen bir emre itaat etmeme veya bu yolda alınmış bir tedbire riayet eylememe’ deyiminin kapsamı içinde görülmekte olduğunu ve burada düzenlenen cezanın, eylem ayrı bir suçu oluşturmamışsa, bir aydan üç aya kadar hafif hapis veya ikiyüz elli liradan beşyüz liraya kadar hafif para cezası olarak uygulandığını, bu durumda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa 1711 sayılı Kanunun 2. maddesiyle eklenen 113/A maddesinin böyle bir eyleme verilebilecek cezayı artırdığını ve yine 1711 sayılı Kanunun geçici maddesindeki itiraz konusu kuralın, ağırlaşan cezanın Kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş suçlara da uygulanmasını zorunlu kıldığını, bunun ise kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceğini, itiraz konusu kuralın bu ilkeye aykırı düştüğünü”* bu gerekçelerle de Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin kararının isabetli olduğunu düşünüyoruz çünkü, itiraza konu olan kural daha ağır cezayı gerektiren bir düzenleme getirmekte, bunun geçmişteki olaylara da uygulanmasını öngörmektedir. Bu ise lehe olan kanunun uygulanması kuralına açıkça aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi **7.6.1999 tarihli 1999/10 Esas 1999/22 Karar** sayılı kararında 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 4369 sayılı Yasa ile değiştirilen 359. maddesinin (a) bendinin son paragrafında yer alan "...hüküm tarihinde..." ibaresinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: "Madde 359.- a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan; Hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası hükmolunur..."

...Hükmolunan hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde, hapis cezasının her bir günü için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için hüküm tarihinde yürürlükte bulunan asgari ücretin bir aylık brüt tutarının yarısı esas alınır ve hükmolunan bu para cezası ertelenemez."

İtiraz yoluna başvuran mahkeme lehe olan kanunun uygulanması ilkesi bakımından, "Maddi ceza hukukunda kural olanın suç tarihinde yürürlükte bulunan yasanın eyleme uygulanması olduğunu, söz konusu düzenlemenin hüküm tarihini baz aldığı, hüküm tarihinde yürürlükte olan paraya çevirmeye esas alınacak miktarın her zaman sanığın aleyhine olmayacağını ileri sürülebilir olduğunu ancak dünyadaki ve özellikle Türkiye'deki ekonomik gelişmeler, enflasyon oranları, bu konudaki hükümet programları dikkate alındığında bu hükmün her zaman sanık aleyhine sonuç doğuracağı aşikar olduğunu, bunun ceza hukukunda suçlu için lehe olan kuralın uygulanacağı ilkesiyle de bağdaşmadığını" bu gerekçelerle de itiraza konu olan kanun maddesinin Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi 1999/10 Esas 1999/22 Karar sayılı kararında belirlilik ilkesi²²⁷ ve eşitlik ilkesi bakımından yaptığı inceleme de söz konusu kuralın Anayasaya

²²⁷ "Suç işleyenin suçu işlediği tarihte ne kadar ceza ile karşılaşacağını bilmesi gerekir. Daha sonra cezanın azaltılması durumu hariç, herkes suçu işlediği günde yürürlükte olan kurala göre cezalandırılır. Bu, kişiler için Anayasa ile teminat altına alınmış bir haktır. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinin (a) bendinin (1) ve (2) numaralı alt bentlerinde sayılan eylemleri gerçekleştirenler, "...altı aydan üç yıla kadar hapis ..." cezası verileceği öngörülmüştür. Hapis cezasının para cezasına çevrilmesi söz konusu olduğunda "... hüküm tarihinde yürürlükte bulunan asgari ücretin bir aylık brüt tutarının yarısı..."nın esas alınması kabul edilmiştir. İtiraz konusu kural, para cezasının belirlenmesine ilişkin olduğundan bunun suç ve cezadaki yasallık ilkesi gereği objektiflik ve genellik esaslarına göre kesin ve açık bir biçimde düzenlenmesi gerekir. Ceza davalarında davanın sonuçlanma tarihi, davanın özelliğine ve yargılama sürecine bağlı olarak değişkendir. Dava konusu yasa kuralı, cezayı hüküm tarihindeki asgari ücrete bağlı kılmak suretiyle aynı tarihte işlenen suçlara farklı para cezasının verilmesine neden olabilecektir. İtiraz konusu sözcükler nedeniyle hakkında ne zaman hüküm verileceğini ve o tarihte asgari ücretin ne olacağını bilmesi olanaksız olan kişinin, ne kadar ceza alacağını bilmesi de mümkün değildir."

aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiş ancak lehe olan kanunun uygulanması bakımından ise bir değerlendirme yapmamıştır. Bu ilkeler bakımından Anayasa Mahkemesi'nin kararı isabetlidir. Bunun yanında itiraz yoluna başvuran mahkeme, hüküm tarihinde yürürlükte bulunan asgari ücrete göre bir değerlendirilme yapılacağını, eylem tarihi ile hüküm tarihi arasında geçen zamanda ekonomik şartlar nedeniyle genellikle asgari ücretin arttığını, bu sebeple de hüküm tarihinde yüksek olan asgari ücrete göre ceza verileceği için lehe olan kanunun uygulanacağı ilkesine aykırılık olduğunu iddia etmektedir. Ancak lehe olan kanunun uygulanması meselesi, önceki ve sonraki kanunu kıyaslayarak ve netice olarak da hangisi lehe ise onu uygulayarak yapılacak olan bir değerlendirme sonucunda olur. İtiraz konusu kanun maddesinde bu değerlendirmeyi yapmayı engelleyen herhangi bir yasak ya da kural bulunmamakta, kanun bu bakımdan bir bağlayıcılık yaratmamaktadır. Burada yargılamayı yapan mahkeme hüküm tarihinde vereceği ceza ile kanunun önceki hali ile verilebilecek olan ceza arasında bir kıyaslama yapacak ve hangisi fail lehine ise onu uygulayabilecektir. Kanunun değişiklikten önceki halinin “...hapis cezasının her bir günü için sanayi sektöründe çalışan 16 yaşından büyük işçiler için belirlenen yürürlükteki asgari ücretin bir aylık bürüt tutarının yarısı esas alınır...” şeklinde olduğu görülmektedir. Bu açıklamalar ışığında, kanun belirlilik ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğunu ancak lehe olan kanunun uygulanması ilkesine herhangi bir aykırılık taşımadığı kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi **16.7.2000 tarihli 2000/21 Esas 2000/16 Karar** sayılı kararında 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 4369 sayılı Yasa ile eklenen Geçici 21. maddesinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: “Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş fiiller hakkında kesilecek cezalarda, bu fiillerin işlendiği tarihte 213 sayılı Vergi Usul Kanununun yürürlükte bulunan vergi cezalarına ait hükümleri; hükmolunacak cezalar hakkında ise, bu fiillerin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan hükümler ile bu Kanun hükümlerinden lehe olanı uygulanır. Şu kadar ki, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kesinleşmiş mahkûmiyet kararları hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme lehe olan kanunun uygulanması ilkesi bakımından, “Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca suç tarihindeki kuralın değişmesi halinde sanık lehine olan hükmün uygulanması gerekeceğini, bunun ceza hukukunun genel ilkelerinden biri olduğunu, Anayasa'nın 38. maddesinin de bu genel ilkeye uygun olarak düzenlendiğini, 213 sayılı Yasa'nın 359. maddesinin 4369 sayılı Yasa ile değiştirildiğini, aynı Yasa ile getirilen Geçici 21.

madde uyarınca kesinleşmiş mahkumiyet kararlarına bu kanun hükümlerinin uygulanamamasının Anayasa'nın 38. maddesine aykırılık oluşturduğunu” gerekçeleri ile anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2000/21 Esas 2000/16 Karar sayılı kararında hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri bakımından birlikte yaptığı incelemede, *“itiraza konu Geçici 21. maddenin birinci tümcesinde “...hükmolunacak cezalar hakkında ise, bu fiillerin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan hükümler ile bu kanun hükümlerinden lehe olan uygulanır.” denilmesine karşın, itiraz konusu son tümcede “Şu kadar ki bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce kesinleşmiş mahkumiyet kararları hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz” kuralına yer verildiğini, (O dönem yürürlükte olan 765 Sayılı TCK) Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin ikinci fıkrasında “Bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşrolunan kanun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehine olan kanun tatbik ve infaz olunur” hükmünün yer aldığını, bu kuralın yalnız görülmekte olan davaları değil, infazı gereken mahkûmiyet kararlarını da kapsadığında duraksamaya yer olmadığını, aynı hukuksal durumda olan kişilerin, aynı tarihte sahte fatura kullanmak suretiyle kaçakçılık suçu işlemleri halinde, haklarında açılacak kamu davalarının kimi nedenlerle farklı tarihlerde sonuçlanarak kesinleşmesi durumunda “fail lehine olan kanun tatbik ve infaz olunur” ilkesi, itiraz konusu kural kapsamına girenler için uygulanamayacağından bunların farklı cezalandırılmaları sonucunu doğuracağını, eşitlik ilkesine aykırılığı açık olan bu uygulamanın hukuksal eşitliği esas alan hukuk devleti ilkesiyle de bağdaştığı ileri sürülemeyeceğini”* bu gerekçelerle de itiraza konu olan kanun maddesinin anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 38. maddesi ile ilgisinin bulunmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin ulaştığı sonucu isabetli bulmakla birlikte, itiraz konusu kuralı Anayasa'nın 38. maddesi ile ilgili görmemesi kararın eleştirilecek tarafıdır. Anayasa Mahkemesi verdiği kararda lehe olan kanun uygulamasından bahsetmiş, bunun ise uygulamada yaratacağı eşitsizliğin anayasaya aykırı olacağı sonucuna ulaşmıştır. Ancak Anayasa'nın 38. maddesinin *“...kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”* hükmü gereği, lehe olan kanunun uygulanması ilkesinin 38. madde ile de ilgisi bulunmakta, itiraza konu olan kanun maddesinin *“şu kadar ki, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kesinleşmiş mahkûmiyet kararları hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz.”* hükmü, yargılamayı yapacak olan merciye, lehe olan kanunu değerlendirmesi bakımından kesin bir engel

getirdiği için, lehe olan kanunun uygulanması ilkesine de aykırı olduğuna karar verilmesi gerekirdi.²²⁸

Anayasa Mahkemesi'nin **11/4/2019 tarihli 2019/9 Esas 2019/27 Karar** sayılı kararında 20/10/2016 tarihli ve 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “(1) Bu Kanun, yürürlüğe girdiği tarihte görülmekte olan dava ve takiplere uygulanmaz. (2) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ticari işletme veya esnaf işletmeleri üzerinde tesis edilen rehin haklarına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri uygulanmaya devam eder.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme lehe olan kanunun uygulanması ilkesi bakımından, “İtiraza konu olan kanunun, mülga ettiği kanuna kıyasen daha lehe hükümler içerdiğini, ancak 6750 sayılı Kanun'a geçici 1. maddesi 1. fıkrasını eklemek suretiyle, bu suçu işleyenler hakkında açılmış bir dava görülmeye devam ediliyorsa 6750 sayılı Kanun'un bu kişilere uygulanamayacağını, böylece 6750 sayılı Kanun'da yer alan lehe düzenlemeden yararlanamayacaklarını hüküm altına aldığı” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2019/9 Esas 2019/27 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin kuralın suç ve cezalar yönünden özel düzenlemesi olarak değerlendirmiştir.²²⁹ Anayasa Mahkemesi lehe kanunun uygulanması ilkesi ile alakalı olarak genel bir değerlendirme yapmıştır.²³⁰

²²⁸ İlgili kararın isabetli olduğu yönünde bkz: YILDIZ HABİB, **Vergi Ceza Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Maliye Uzaktan Eğitim Lisans Programı, s.169, http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/maliye_ue/vergi-cezahukuku.pdf (Erişim tarihi: 01.08.2020)

²²⁹ “Suçta ve cezada kanunilik ilkesi Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin kuralın suç ve cezalar yönünden özel düzenlemesi olarak değerlendirilebilir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, cezalandırmanın temel haklara etkisinden kaynaklanan özel önemi nedeniyle zaman içinde bir ceza hukuku kavramı olarak alt ilkeler de içerecek şekilde gelişmiştir.”

²³⁰ “Bu bağlamda toplumun ihtiyaçlarına göre suç sayılan fiiller için uygulanacak cezalar, nitelik ve nicelik olarak zamanla değişebilmektedir. Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunla bir suç için daha hafif bir ceza öngörülebileceği gibi daha ağır bir ceza da belirlenebilir. Hukuki belirliliğin ve hukuk güvenliğinin gereği olarak Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” hükmüyle aleyhe kanunun geçmişe uygulanması yasaklanmıştır. Ceza normlarının zaman bakımından uygulanmasını düzenleyici nitelikteki bu kural kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olan aleyhe kanunun geçmişe uygulanması yasağı olarak ifade edilmektedir. Bu yasağı kişi özgürlüğü lehine kabul edilmiş bir güvence niteliğindedir. Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunun aynı fiili suç olmaktan çıkarması veya aynı suç için daha hafif bir ceza öngördüğü durumlarda ise diğer bir alt ilke olan lehe kanunun uygulanması ilkesi gündeme gelmektedir. Sonraki kanunun fiili suç olmaktan çıkarması veya daha hafif bir ceza öngörmesi durumunda lehe kanundan söz edilir. Aleyhe kanunun geçmişe uygulanması yasağından farklı olarak lehe kanunun uygulanması ilkesine ilişkin bir hükme Anayasa'nın 38. maddesinde açıkça yer verilmemiştir. Bununla birlikte aynı maddede suç

Daha sonra “Anayasamızın cezaı ağırlaştıran kanunun yürürlük tarihinden önce işlenmiş suçlara uygulanmasını açık biçimde yasakladığını, Hukuki belirliliğin ve hukuk güvenliğinin bir sonucu olan bu yasağın, aynı zamanda suçun işlendiği tarihteki kanuna göre lehe olan sonraki kanunun uygulanmasını da gerekli kıldığını, zira işlendiği tarihte suç sayılan bir fiilin daha sonra yürürlüğe giren kanun ile suç olmaktan çıkarılması veya ilga edilen kanuna nazaran anılan suç fiiline daha hafif bir ceza öngörülmesi durumunda mülga kanunun aleyhe hükümlerinin uygulanmaya devam edileceğinin kabul edilmesinin, suçların ve cezaların ancak kanunla belirleneceğini emreden suç ve cezaların kanuniliği ilkesi karşısında bireylerin objektif olarak beklemeyecekleri ve dolayısıyla öngöremeyecekleri bir ceza ile cezalandırılmaları sonucunu doğuracağını, bunun ceza hukuku alanında kişilerin hukuki güvenliklerini anayasal güvenceye bağlamayı amaç edinen suç ve cezaların kanuniliği ilkesiyle bağdaştırılmasının mümkün olmadığını, lehe ceza kanununun geçmişe uygulanması ilkesinin hukuk devletiyle bağlantılı olarak adalet ve hakkaniyet ilkelerinin de bir gereği olduğunu, gelişen sosyal düzen ve değişen toplumsal ihtiyaçlar karşısında artık suç oluşturmada kabul edilen veya daha hafif ceza öngörülen bir fiilin yalnızca daha önce işlenmiş olması nedeniyle daha ağır bir yaptırıma tabi tutulması adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmadığını, anılan hususlar birlikte değerlendirildiğinde ceza yargılamasında lehe kanunun uygulanmasının Anayasa’nın 38. maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında anayasal bir zorunluluk olduğu sonucuna ulaşıldığını, itiraz konusu kuralın, mülga Kanun döneminde işlenmiş ve anılan Kanun yürürlükte iken ceza davası açılmış suçlar hakkında önceki ve sonraki kanun hükümlerinden lehe olanın tespitine ve sonraki Kanun hükümlerinin lehe olması durumunda bunların uygulanmasına imkân vermediğini,” bu durumun suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında olan lehe kanunun uygulanması ilkesine aykırılık oluşturduğunu ve Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararın, karardaki gerekçelere iştirak ederek isabetli olduğunu düşünüyoruz.²³¹

10-Anayasa Mahkemesi’nin Ceza Kanunlarının Geçmişe Yürümezliği İlkesi Bakımından Verdiği Kararların Genel Olarak Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda çok fazla kararı bulunmamakla birlikte, ceza kanunlarının geçmişe yürümezliği ilkesi ile bu ilkenin diğer bir görünümü olan lehe olan kanunun uygulanması ilkesini, yukarıda doktrinsel açıklama kısmında anlatılan şekilde, kararlarında istikrarlı bir şekilde uyguladığı görülmektedir. Anayasa

için mutlaka fiilin işlendiği zaman yürürlükte olan kanunun öngördüğü cezanın verilmesi yönünde bir kural da bulunmamaktadır.”

²³¹ İlgili kararın isabetli olduğu yönünde bkz: UYUMAZ Alper, TÜRK Mehmet Cemil, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Düşünceler, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Yıl: Aralık 2019 (1416-1456), s.1449 vd. (147. dipnot)

Mahkemesi, ceza kanunlarının geçmişe yürümezliği ilkesi bakımından yapılan başvurularda, itiraz konusu kuralda açıkça kanunun uygulanmasının engellendiği ya da mecburi tutulduğu durumlarda, bu konuda inceleme yapmaktadır. Bu tutumun, yeni kanunun lehe veya aleyhe olup olmadığı hususunun somut olayda mahkemeler tarafından değerlendirileceği için, mutlak bir zorunluluk olmadığı sürece ceza kanunlarının geçmişe yürümezliği ilkesine ile lehe olan kanunun uygulanması ilkesine aykırılık olmayacağı şeklindeki yorumun sonucu olduğu kanaatindeyiz.

Mahkeme açıkça bir zorunluluk olmadığı takdirde, itiraz yoluna başvuran başvuruçunun diğer gerekçeleri yönünden ya da kendisinin re'sen takdir ettiği başka yönlerden incelemesini yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, bu ilkelerin yalnız görülmekte olan davaları değil aynı zamanda infazı gereken mahkûmiyet kararlarını da kapsadığı, aynı hukuksal durumda olan kişilerin tamamı için geçerli olduğu görüşündedir. Anayasa Mahkemesi ceza kanunlarının geçmişe yürümezliği ilkesi ile lehe olan kanun uygulanması ilkelerini, eşitlik ilkesi ve hukuk devleti ilkesi ile bağlantılı olarak kararlarında ele almaktadır. Mahkeme bu ilkelerin hukuki belirliliğin ve hukuk güvenliğinin bir sonucu olduğunu vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi, Anayasamızda açıkça yer almasa bile lehe olan kanunun uygulanması ilkesini, Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında değerlendirmenin anayasal bir zorunluluk olduğu kanaatindeyiz. Mahkemeye göre bu adalet ve hakkaniyet ilkelerinin de bir gereğidir.

III- ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

A- GENEL OLARAK TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI VE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

İnsan, insan olmaktan kaynaklanan ve başkaca bir şart gerektirmeyen temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Çağdaş toplumun geldiği noktada bu temel hak ve hürriyetlerin insana bahşedilmiş oluşundan söz edilemez. Başka bir ifade ile insan, insan olmaktan dolayı hürdür; hürriyet anayasadan ya da kanundan kaynaklanmaz. Ama hürriyet, anayasanın gösterdiği sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlandırılabilir. Buna engel bir

durum yoktur.²³² Temel hakların sonuna kadar, kayıtsız şartsız korunması, tam karşıtına, hatta anarşiye dönüşebilir. Herkes herkese, herkes de devlete karşı çıkar. Devletin kendine ait bir işlevi bulunduğu, toplumun yaşamasını ve kamu yararı ile bireyin ekonomik ve toplumsal yararını sağlayabildiği tek araç olduğu sürece, bireyin yararları karşısında toplumsal yarar bulunmaktadır.²³³ İşte bu noktada temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunması, demokrasinin “olmazsa olmaz” şartlarındanr. Ancak birey yararının başka bireylerin yararları ile ya da toplum yararı ile karşı karşıya geldiği bazı durumlarda temel hak ve özgürlüklerin korunması, yasa koyucunun Anayasada gösterilen sınırlama sebeplerine dayanarak hak ve özgürlükleri ne ölçüde ya da nereye kadar sınırlayabileceğini gösteren ilke ya da kuralların olmasını da zorunlu kılar.²³⁴ Yani, birey açısından çok değerli olan temel hak ve özgürlükler, ancak Anayasada daha önceden belirlenen şartlar altında sınırlandırılmalı, Anayasa bu konuda bir çerçeve belirlemeli ve yasa koyucunun ya da idarenin orantısız bir şekilde müdahalesinin önüne geçmelidir. Gerçekten, asıl olan temel hak ve hürriyetlerin kullanılması olmakla birlikte kamu yararı, kamu düzeni, milli güvenlik, genel sağlık, suç işlenmesinin önlenmesi gibi bazı sebeplerle istisnai olan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması gerekebilir. Anayasadaki temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kıstaslarından biri, sınırlandırma amacı ile aracı arasında ölçülü bir bağlantının kurulmuş olmasıdır.²³⁵ Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda 1982 Anayasasının 13. maddesinde “*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.*” denilmekle, temel hak ve özgürlüklerin hangi şartlar altında ve nasıl sınırlandırılabilirliği düzenlenmektedir. Buna göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda Anayasamız şu şartları bir arada aramaktadır:

i- Öze dokunmama

ii- Yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olma

²³² GÖZLER Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, 21 Ocak 2017 Tarih ve 6771 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanununa Göre Güncellenmiş İkinci Baskı, Ekim 2018, Bursa, s.220

²³³ RUMPF Christian, Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 10, Yıl 1993, s.26

²³⁴ METİN Yüksel, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7 Sayı1, Aralık 2017, s.3

²³⁵ TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s.154

iii- Kanunla sınırlama

iv- Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmama

v- Ölçülülük ilkesine aykırı olmama

Anayasamız bu şartların varlığı halinde bir temel hakkı ya da özgürlüğün sınırlandırılabilceğini belirtmektedir. Anayasalar sınırlamanın ölçütlerini ve sınırlamanın sınırını belirleyerek, yasama organına tanınan hak ve özgürlükleri sınırlama yetkisinin anayasal sınırlarını çerçeveslendirirler. Hak ve özgürlükleri yasama organına karşı koruyan, yasama organının takdir yetkisini sınırlayan güvencelerden biri de ölçülülük ilkesidir.²³⁶ Anayasa'nın bütünlüğü içinde sınırlamayı yakından ilgilendiren en önemli ilke, kuşkusuz hukuk devleti ilkesidir. İşte ölçülülük ilkesi, hukuk devletinin somutlaşmış bir ifadesi olarak temel hakların sınırlandırılmasında gözönünde tutulan ilkelerin başında gelmektedir.²³⁷ Nesnel bir hukuk kaidesi olarak ölçülülük ilkesi, bir yandan bireyin temel hak konumlarına müdahalelerine izin verir, diğer yandan temel hakların kaldırılmasına ve özüne dokunulmasına izin vermez.²³⁸ Bu anlamda ilke, bir somutlaştırma ölçütü olarak, hukuken korunan çatışan çıkarlar arasında, bu çıkarların norm unsurlarının belirlenmesinde kilit rolü oynamaktadır.²³⁹ Ancak, hemen vurgulamak gerekir ki, “öze dokunmama” ve “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” güvenceleri, özgürlüklerin sınırlandırılmasında en son çizgiyi gösteren güvencelerdir.²⁴⁰ Yani bundan anlaşılması gereken şey bu çizginin aşılmaması gerektiği, bundan daha fazla sınırlama getirmenin mümkün olmadığıdır. Artık bu noktadan daha fazla bir sınırlandırma söz konusu olursa bu hakkın kullanımının bir anlam ifade etmediği, daha açık bir ifade ile hakkın ortadan kaldırıldığı söylenebilecektir. Ancak demokratik bir hukuk devletinde bir hakkın bu kadar fazla sınırlandırılması, son raddeye kadar gelmesi değil, sınırlandırma ihtiyacı doğuran sebeple, sınırlandırmanın amacı birlikte düşünüldüğünde belli bir ölçüde, hakkın

²³⁶ METİN Yüksel, agm s.3

²³⁷ SAĞLAM Fazıl, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 506, S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları 4, Ankara 1982, s.128

²³⁸ RUMPF Christian, agm s.29

²³⁹ OĞURLU Yücel, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Temmuz 2002, Birinci Baskı, Ankara, s.23

²⁴⁰ METİN Yüksel, agm, s.4

kullanımı en az etkileyecek şekilde, sınırlandırılması gerekmektedir. Bu şekilde bir sınırlandırma yapılabilmesi için ise öncelikle temel hak ve özgürlükleri sınırlama amacına ne kadarlık bir sınırlama ile ulaşılabileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. İşte ölçülülük ilkesi, hakkın özünden ya da demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama noktasından önceki sınırlama alanının denetlenmesini sağlar.²⁴¹ Bu denetleme sayesinde, sınırlama amacına ulaşırken makul bir düzeyde sınırlandırma yapılarak temel hak ve özgürlüklerin ölçülü bir şekilde sınırlandırılması sağlanır, birey temel hak ve özgürlüklerine yönelik orantısız ve keyfi sınırlandırılmanın da önüne geçilir.

Temelinde tüm hukuki ilişkilerde, özelde ise temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, adaletli, hakkaniyete uygun, dengeli düzenlemeler yapıp, hukuki ilişkinin tarafları arasında katlanacakları edimler bakımından kabul edilebilir bir yük yükleme düşüncesi yatan ölçülülük ilkesi, çok eski çağlarda köklerini oluşturmaya başlamış ve günümüzde hukuk devletinin vazgeçilemez unsurlarından birisi haline gelmiştir. Ölçülülük ilkesinin fikir alt yapısında, anayasal sınırlar içerisinde yapıldığı söylenen temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların yargısal denetiminde bir ölçüt olmak, sınırlandırılmaya gerekçe teşkil eden yasal temelin de sınırlandırma amacına oranla ölçülü olup olmadığına ilişkin bir sınır çizmek ve mümkün olduğu kadar temel hak ve özgürlüklere az müdahale edilmesini sağlamak yatmaktadır.

Biz bu kısımda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki ilkelerden birisi olan ölçülülük ilkesini açıklayacak ve maddi ceza hukukuna ilişkin olarak Anayasa Mahkemesince verilmiş kararları ölçülülük ilkesi yönünden inceleyeceğiz.

B- ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ VE GENEL OLARAK ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ALT İLKELERİ

Yukarıdaki açıklamalardan sonra ölçülülük ilkesinin genel bir tanımını yapacak olursak: ölçülülük ilkesi, sınırlamada başvuru alan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder.²⁴² Bu tanıma göre ölçülülük ilkesini oluşturan üç temel alt unsuru bulunmaktadır. Bunlar;

²⁴¹ METİN Yüksel, agm, s.4

²⁴² ÖZBUDUN Ergun, age, s.114

elverişli bir araç, elverişli aracın gerekli olması ve kullanılan araçla ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir oran bulunmasıdır. Yukarıda verdiğimiz tanımdan da anlaşılacağı üzere, ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında tabiri caiz ise bir tartı işlevi görmektedir. Asıl olanın temel hak ve özgürlüklerin kullanılması istisna olanın ise sınırlandırılması olduğuna göre ancak çok önem arz eden durumlarda temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma yoluna gidilmeli ve ortaya çıkan bu istisnai durumda temel hak ve özgürlüklere yönelik yapılan sınırlandırmanın da, ilgili temel hak ve özgürlüğü tamamen ortadan kaldırmayan, ulaşılmak istenen amacı elde etmeye yarayacak, alternatifleri arasındaki, en hafif müdahale aracının seçilerek, adil bir denge içerisinde yapılması gerekmektedir.

Kamu gücünün almış olduğu bir tedbirin veya getirilen bir sınırlamanın ölçülü olup olmadığının denetiminde hareket ve referans noktasını, alınan tedbirle ulaşılmak istenen meşru amaç oluşturur.²⁴³ Yani temel hak ve özgürlüklere kamu gücü tarafından bir müdahalede bulunulduğunda, ölçülülük ilkesi bakımından bir denetim yapılmadan önce, yapılan bu müdahalenin meşru bir amaç taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır. Bu incelemeyi yaptıktan sonra ise ölçülülük ilkesi bakımından bir inceleme yapılmalıdır.

Ölçülülük ilkesi, “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Ölçülülük ilkesini oluşturan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleri, bir anlamda optimizasyon düşüncesini ifade eder.²⁴⁴ Bundan şunu anlamak gerekir; bu ilkelerin birlikte uygulanması ile en iyi düzeyde sonuç alınması hedeflenmektedir. Meşru amaç taşıyan bir müdahalenin varlığından sonra, elverişlilik ve gereklilik ilkeleri; söz konusu müdahaleyi oluşturan araç seçimi yönünden, yani fiili müdahale yönünden, alternatifleri arasında en iyi, en makul, en kabul edilebilir olana ulaşma noktasındaki denetimde, orantılılık ise; tüm bu denetimlerden geçen müdahale aracının, daha çok, hukuksal sonuçlarının alternatifleri arasında en iyi, en makul, en dengeli olabilmesinin denetlenmesinde kullanılır. Bu ilkelerden elverişlilik ilkesi, başvuru aracının, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ilkesi, yine sınırlama için başvuru aracının, sınırlama amacı açısından gerekli (zorunlu)

²⁴³ METİN Yüksel, agm, s.7

²⁴⁴ METİN Yüksel, agm, s.7

olmasını, orantılılık ilkesi ise, araç ve amaç ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade etmektedir.²⁴⁵

C- ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Birçok kavram gibi ölçülülük ilkesinin ilk izlerine çok eski tarihlerde rastlamak mümkündür. Gerçekten hemen hemen her toplumda ve her inançta ölçülülüğe ilişkin bir şeyler bulmak, insanın yaşantısını belli bir ölçü üzerine kurmasına ilişkin izler bulmak mümkündür. İlk çağ düşünürlerinden Aristo aşırılığın her iki uçunda kötü bir şey olduğunu; korku, cesaret, arzu, merhamet ve haz gibi duygu ve eylemlerde her iki uçtan da kaçınılması gerektiğini, eylem ve davranışların, gerektiğinde, gereken kişilere karşı ve gerektiğinde yapılmasının yerinde olacağını ifade eder.²⁴⁶

1215 tarihli Magna Carta Libertatum'da ölçülülük ilkesinin izleri vardır.²⁴⁷ Gerçekten Magna Carta Libertatum'un 20. maddesine bakıldığında *"Hür bir insan küçük bir suç için ancak bu suça uygun bir para cezasına çarptırılabilir, ağır bir suçun cezası da suça uygun olacak, kişinin yaşamasına engel olacak kadar ağır olmayacaktır."*²⁴⁸ hükmü, ölçülü bir cezalandırmadan söz etmektedir.

Ölçülülük İlkesini en açık bir şekilde ilan eden anayasal belge 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'dir. Bildirgenin 8'inci maddesi *"Kanun, sadece kesin ve açık bir şekilde gerekli olan cezaları koymalıdır."*²⁴⁹ Burada da kanun tarafından bir ceza konulacak ise bunun ancak kesin ve açık bir şekilde gerekli olmasından söz edilmekle ölçülülük ilkesinden bahsedilmektedir.

Bunlarla birlikte, günümüzdeki anlamıyla ölçülülük ilkesi ilk defa 19. yüzyılda Prusya Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılmıştır. Başlangıçta polis hukuku alanında etkili olan ilke, zamanla idare hukuku alanına ve buradan da anayasa hukuku

²⁴⁵ SAĞLAM Fazıl, age, s.114

²⁴⁶ ARİSTO (Çeviren, BABÜR Saffet); AKTAŞ Sururi'den aktaran OĞURLU Yücel, age, s.19

²⁴⁷ METİN Yüksel'den aktaran GÖZLER Kemal, age, s.236

²⁴⁸ İLAL Ersan, Magna Carta, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl 1968, Cilt 34, Sayı 1-4, s.218

²⁴⁹ GÖZLER Kemal, age, s.236

alanına geçmiş ve yayılmıştır.²⁵⁰ Türk hukukunda ise ilke ile ilgili ilk kararlar Anayasa Mahkemesince verilmiştir.²⁵¹

D- ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN HUKUKSAL KAYNAKLARI

Ölçülülük ilkesinin hukuksal kaynağının ne olduğu konusu üzerinde uzlaşma sağlanmış bir konu değildir. Bir görüşe göre ölçülülük ilkesi, demokrasi ve hukuk devletin ayrı tutulmasına olanak olmadığından ya demokrasi ilkesi ya da hukuk devleti ilkesinden kaynaklandırılabilir.²⁵² Bu görüşe göre koyulan norm neticesinde usulüne uygun olarak temel hak ve özgürlüklere dönüşen bireysel menfaatler ile kamusal menfaatler arasında makul bir denge demokratik hukuk devletin bir sonucu olarak ortaya çıkabilir. Bir diğer görüşe göre ise ölçülülük ilkesinin kaynakları olarak adalet ve insan haysiyeti ilkeleri görülebilir.²⁵³ Bu görüşe göre temel hak ve özgürlüklerin korunmasının temelinde insan haysiyetini korumak yatmaktadır. Bununla birlikte bu korunma herkes için eşit olarak sağlanacağı için burada dağıtıcı adalet ilkesi de söz konusu olmaktadır. Bir başka görüş ise bu ilkenin pozitif bir temele dayandırılması gerektiğinden yola çıkarak, ölçülülük ilkesinin yaygın geçerliliğini açıklayan en uygun pozitif temel olarak hukuk devleti ilkesinin olduğunu savunmaktadır.²⁵⁴ Buna göre anayasamızda, çeşitli kanunlarda, mahkeme içtihatlarında yer alan ve giderek daha da somutlaştırılan bir ilke olan hukuk devleti ilkesi, ölçülülük ilkesinin kaynağı olmaya en uygun ilke olmaktadır.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin kabulüne göre ölçülülük ilkesinin kaynağı hukuk devleti ilkesidir. Bir kararında Alman Anayasa Mahkemesi *“ölçülülük ve aşırılık yasağı ilkeleri devletin tüm davranışlarının ana kuralları olarak hukuk devleti ilkesinden çıkarılır ve bunun için anayasal değere sahiptir.”*²⁵⁵ demek suretiyle bu ilkenin kaynağını hukuk devleti ilkesi olarak gördüğünü açıkça belirtmiştir.

Yine bir başka açıdan, felsefi olarak dürüstlük ya da adalet kavramlarından çıkarılabilecek olan ölçülülük ilkesi, taraflar arasında “adil ve makul” bir yargılama

²⁵⁰ METİN Yüksel, agm, s.5

²⁵¹ OĞURLU Yücel, age, s.33

²⁵² RUMPF Christian, agm, s.44

²⁵³ RUMPF Christian, agm, s. 44

²⁵⁴ SAĞLAM Fazıl, age, s.118

²⁵⁵ RUMPF Christian, agm, s.34

sonucuna ulaşmak için elverişli bir ilke olarak görülmektedir.²⁵⁶ Bunlarla birlikte ilkenin hukukun genel ilkeleri arasında olduğu ve kaynağını buradan aldığı görüşü, ilkenin vatandaşın devlet karşısında hak ve özgürlüğünün bir ifadesi olduğu ve kamu yararının korunmasının kaçınılmaz olduğu durumlarla sınırlı olarak başvurulabilecek “temel hakların özü” ifadesinden türediği, ilkenin demokratik toplum gereklerinin alt kavramı olduğu görüşleri de mevcuttur.²⁵⁷

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda 1982 Anayasasının 13. maddesinde “*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.*” denilmekle, Türk Hukuku açısından bu tartışmalar, en azından normatif temel arayışı anlamında, son bulmuştur. Anayasamız açıkça ölçülülük ilkesine yer vermekle pozitif bir dayanak oluşturmuştur.

E-TÜRK HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ANAYASA VE TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ DAYANAKLARI

Türk hukuk sisteminin tarihsel süreçte izlediği yol haritasına bakıldığında, belki de tarihin her döneminde ölçülülük ilkesinin izlerini görmek mümkün olacaktır. Çünkü yukarıda da açıkladığımız üzere, bu ilke bir nevi denge işlevi görmekte, kamu gücü kullanımında bu noktadan hareket edilmesini sağlamaktadır. Bu açıdan yaklaşıldığında, hukukta ahlak, din ve sosyal şartların da etkisi göz ardı edilemeyeceğine göre bu ilke her zaman üstü kapalı da olsa uygulama alanı bulabilmiştir. Bunun aksi bir sonuç bir bakıma eşyanın tabiatına aykırıdır. Her mahkeme karşılaştığı hukuki sorunu şu veya bu biçimde çözmek zorundadır. Özellikle hukuk devletinin gerektirdiği ölçüde bağımsız ve güvenceli bir yargı organına sahip ülkemizde ölçülülük denetiminin boş kalması düşünülemez.²⁵⁸

²⁵⁶ LOCKYDON, V’den aktaran OĞURLU Yücel, age, s.24

²⁵⁷ Detaylı bilgi için bkz. OĞURLU Yücel, age, s.25-26

²⁵⁸ SAĞLAM Fazıl, age, s.120

*“Türk hukuk sistemi açısından ölçülülük ilkesi, anayasal bir norm niteliğini almazdan evvel, genel bir hukuk ilkesinden ibaretti. Bu niteliği ile ilke, hayatın belirli bir kısmını düzenleyen hukuki bir norm olarak değil; yalnızca öteki normlar yorumlanırken normatif olarak kapsamının tespitinde başvurulacak kurallar diziniydi. Ölçülülük ilkesinin bu hali, bir temel hak ve o temel hakka müdahalede bulunacak olan idarenin, müdahale sınırının tespitinde başvurulacak ve yasa koyucu ile idareyi yönlendirici nitelikte tali bir ölçütten ibaretti”.*²⁵⁹

Ancak ilkenin, bugünkü manasında pozitif bir temel kazanması, Anayasada yer alması ise bizim hukukumuzda ancak 1982 Anayasasında 2001 yılında yapılan değişiklik ile olmuştur. Bu değişiklik, Anayasamızın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili maddesi olan 13. maddesini *“Bu sınırlamalar... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* şeklinde değiştirmiştir. Bugün ülkemizde ölçülülük ilkesinin en önemli temel dayanağını Anayasamızın bu maddesi oluşturmaktadır. Bununla birlikte, ölçülülük ilkesi Anayasamızda açıkça yer almadan önce, bu ilke kabul doktrinde ve yargı mercilerince kabul ediliyor ve uygulama alanı buluyordu. Hatta 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde Anayasada ölçülülük ilkesi düzenlenmemiş olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi’nin ölçülülük ilkesi bakımından verdiği kararlar bulunmakta idi. Anayasa Mahkememizin bu konudaki uygulaması çok eski kararlarına kadar uzanmaktadır ve birçok kararlarında adı verilmemekle birlikte ölçülülük ilkesinin uygulamasına rastlanmaktadır.²⁶⁰

Ölçülülük ilkesine Anayasal dayanak olarak gösterilen ikinci madde ise, 1982 Anayasasının 15/1 maddesidir. Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını düzenleyen bu madde *“Savaş, seferberlik (...) veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.”* hükmünü içermektedir. Buna göre olağanüstü durumlarda bile temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının tamamen veya kısmen durdurulmasına ancak *durumun gerektirdiği ölçüde* izin verildiğine göre, bunun normal zamanlarda evveliyetle geçerli olması gerekir.²⁶¹ Bu görüşü eleştiren bir görüş ise, bu maddede yer alan *durumun gerektirdiği ölçüde* ifadesinin ölçülülük ilkesine

²⁵⁹ UÇAR Onur, **Vergi Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Yüksek Yargı Organları Kararları Bağlamında Bir Değerlendirme)**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2018, s.138

²⁶⁰ SAĞLAM Fazıl, age, s.121

²⁶¹ ÖZBUDUN Ergun, age, s.114

işaret ettiğinde kuşku olmadığını belirtmekle birlikte, Anayasamızın 13 ve 15. maddelerinin birbirine alternatif iki sınırlama sistemi öngördüğünü, bu iki madde arasında evveliyet ilişkisinin olmadığını ve bu sebeple de Anayasanın 15/1 maddesinin olağan dönemlerde ölçülülük ilkesi bakımından anayasal temel kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir.²⁶²

Ölçülülük ilkesine 2001 Anayasa değişikliği öncesinde anayasal dayanak gösterilen maddelerden bir diğeri ise değişiklik öncesi Anayasanın 13. maddesinin ikinci fıkrası idi. Bu madde şu şekildeydi “*Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.*” Değişiklik öncesinde, anayasamızda açıkça yer almasa bile, ölçülülük ilkesini çağrıştıran dolaylı ifadelerin Anayasamızda yer aldığı, bu maddede geçen “*öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.*” ifadesinin ölçülülük ilkesini çağrıştırdığı ifade edilmekteydi.²⁶³ 13. maddede yer alan “*sınırlamanın, öngörüldüğü amaç dışında kullanılamaması*” kuralının “ölçülülük ilkesinin bir ifadesi olduğu ve madde gerekçesinde geçen “*öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlanmayacak; yahut meşru amaç güdülerek sınırlanmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Diğer bir deyimle amaç ve sınırlama orantısı her halde korunacaktır.*” ifadeleri ile yine 1982 Anayasasının 15. maddesi birlikte değerlendirildiğinde ölçülülük ilkesinin Anayasada pozitif bir hüküm olarak düzenlendiği belirtilmiştir.²⁶⁴ 1982 Anayasasının değişiklikten önceki 13’üncü maddesinde yer alan ve sınırlamaların “*öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaması*” sınırlandırma ve önlemlerin sınırlama amacının zorunlu ve gerekli kıldığından öteye geçemeyeceğini ifade eden ölçülülük ilkesinin uygulanmasında ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasında uygun bir zemin oluşturmaktaydı.²⁶⁵ Değişiklik öncesi Anayasamızda yer alan bu ifadenin hakkın ve yetkinin kötüye kullanılması yasağı ile ilgili olduğu da ifade edilmiştir. Buna göre, hakkın kullanılması hakkın tanınmasına neden olan amaçla sınırlıdır. Bu anlamda kötüye kullanma kavramı her hakkın özünde

²⁶² GÖZLER Kemal, age, s.367

²⁶³ TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, age, s.154

²⁶⁴ SAĞLAM Fazıl, age, s.440-441.

²⁶⁵ OĞURLU Yücel, age, s.40-41

bulunan bir sınır problemine işaret eder.²⁶⁶ Yani, değişiklik öncesi metinde yer alan bu ifade, Anayasadan kaynaklanan yetkisini kullanarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlama yapacak yasama organının, sınırlandırma amacı ve sebebi ile uygun olacak şekilde tanınan bu yetkiyi kullanmasını, bu yetkisini kötüye kullanmasını yasaklamayı ifade etmektedir. Devlet yetkilerinin kötüye kullanılması açısından devletin sınırlandırmada başka bir amaçla hareket edip etmediğine bakılmaktadır.²⁶⁷

Doktrinde bazı yazarlar ölçülülük ilkesinin hukuk devleti ilkesi temeline oturtulabileceğini veya hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucu sayılabileceğini de savunmuştur.²⁶⁸ Buna göre ölçülülük ilkesinin temelinde hukuk devleti ilkesi yatar. Bu görüşte eleştiriye uğramıştır. Eleştiren görüşe göre, hukuk devleti ilkesinden ölçülülük ilkesini çıkarmak mümkün değildir. Eğer, böyle bir görüş kabul edilirse, Anayasa da geçen ve pozitif bir varlığa sahip bir ilkenin içine her şey sokulursa, hukuk devleti kavramının bir tabii hukuk ilkesinden farkı kalmayacaktır. Bu da hukukun belirliliğini ve hukuk güvenliği ilkesini sarsacaktır. Anayasada yer almayan ilkeler, pozitif varlıktan yoksundurlar ve kanun koyucuyu bağlamazlar.²⁶⁹ Bu sebeple de Anayasada yer almayan bir ilkeye dayanarak Anayasa Mahkemesi bir inceleme yapamaz ve iptal kararı veremez denilmektedir.

Ceza hukuku alanında, ölçülülük ilkesine ilişkin düzenlemelere baktığımız da ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasında “*Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.*” şeklinde yer alan düzenleme dikkat çekmektedir. Bu madde ile ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan orantılılık ilkesi açıkça düzenlenmektedir. Türk Ceza Kanunun bu maddesi aynı kanunun 61. maddesi ile birlikte değerlendirilmelidir. TCK’nın 61/1 maddesi şu şekildedir: “*Hâkim, somut olayda; a) Suçun işleniş biçimini, b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları, c) Suçun işlendiği zaman ve yeri, d) Suçun konusunun önem ve değerini, e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, g) Failin güttüğü amaç ve saiki, Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı*

²⁶⁶ İNCEOĞLU Sibel (Ed), BOYAR Oya, KARAN Ulaş, AKBULUT Olgun, ÖNCÜ Gülay Arslan, TOKUZLU Lami Bertan, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 3. Baskı, Ekim 2013, İstanbul, s.81

²⁶⁷ İNCEOĞLU Sibel (Ed), BOYAR Oya, KARAN Ulaş, AKBULUT Olgun, ÖNCÜ Gülay Arslan, TOKUZLU Lami Bertan, age, s.96

²⁶⁸ ÖZBUDUN Ergun, age, s.115

²⁶⁹ GÖZLER Kemal, age, s.367

arasında temel cezayı belirler.” Ceza içeren kanunların çok büyük bir kısmında suç teşkil eden eylemler için belirlenen cezalar matbu cezalar değildir. Yani her suç için genellikle alt ve üst sınır belirlenmiştir. Bununla birlikte somut olayın özelliğine göre de cezada artırım ya da indirim sebepleri meydana gelebilir. Tüm bunlar orantılılık bakımından birlikte değerlendirilmelidir. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, ceza hukukunda da failin yarattığı tehlike, meydana getirdiği zarar ile orantılı olacak şekilde bir cezanın belirlenmesi gerekmektedir. Yine TCK’nın 25. maddesinin 1. fıkrasında “...haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” 25. maddenin 2. fıkrasında “...tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” düzenlemeleri, ceza kanunları bakımından ölçülülük ilkesine dayanak teşkil etmektedir.

F- ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ÖZELLİKLERİ

Ölçülülük ilkesi de tüm hukuki kavramlar gibi kullanılmaya başlandığı noktadan günümüze kadar aldığı yol içinde gelişip olgunlaşmış; genel kabul gören bir kavram halini alıncaya kadar, doğduğu dönem ve hukuk sisteminin ihtiyaç ve gereklerinden etkilendiği kadar değişen koşullara uyarlanabilirliğiyle de zenginleşmiştir.²⁷⁰ Ölçülülük ilkesinin temeli 1882 yılında Prusya Yüksek İdare Mahkemesi’nin polis uygulamaları hakkında verdiği bir kararla atılmıştır.²⁷¹ Her ne kadar geleneksel anlamda ölçülülük ilkesinin izlerine her daim rastlanılsa da hukuksal anlamda Prusya’da idare hukuku alanında doğup gelişmiş bir ilkedir. Daha sonra hukukun tüm alanlarında kendisine yer bulmuştur.

Ölçülülük ilkesi bir yorum ölçütüdür.²⁷² İdare, kamu gücünü kullanarak hareket edeceği zaman takdir yetkisinin sınırlarını belirlemede, normatif alanda ise uygulanacak olan normların somutlaştırılmasında ve normun uygulama alanının sınırlarının belirlenmesinde bir ölçüt görevindedir. Ölçülülük ilkesi, hukuka uygun idare anlayışının ve hatta hukuk devleti ülküsünün hayata geçebilmesinin önemli bir vasıtasıdır.²⁷³ Ölçülülük ilkesi, temel hakların somut olarak sınırlanmasını belli rasyonel ilkelere

²⁷⁰ ERDEM Jülide Gül, Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 62/4, Aralık 2013, s.974

²⁷¹ ERDEM Jülide Gül, Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri, s.974

²⁷² RUMPF Christian, agm, s.45

²⁷³ ERDEM Jülide Gül, Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri, s.990

bağlayarak bir yandan hukuk devletinin özünü oluşturan hukuka bağlılık ve güven duygusunu güçlendirici bir fonksiyon yerine getirmekte, öte yandan temel hak ve özgürlükleri koruyarak yine hukuk devletinin önemli bir unsuru olan "devlete karşı temel hak ve özgürlükler" düşüncesinin somutlaşmasına hizmet etmektedir.²⁷⁴

İlkenin esas amacı devletlerin güce dayalı uygulamalarını sınırlamaktır.²⁷⁵ Ölçülülük ilkesi ile kamu gücü kullanılarak yapılacak olan müdahalelere bir ölçüt belirlemek ve devletlerinde bu ilke ışığında hareket ederek müdahalede bulunması beklenmektedir. İlke bir nevi bireyi, devletin ağır uygulamaları karşısında koruyucu bir rol üstlenmektedir. Ölçülülük ilkesi, bireyin temel hak ve özgürlük alanına müdahaleye izin vermekle beraber, temel olarak söz konusu hakkın kaldırılmasını engelleyici bir misyona sahiptir.²⁷⁶ Ölçülülük ilkesi çatışan konum ve menfaatler arasında bir dengenin kurulmasının gerekli olduğu alanlarda anılan menfaatler arasında pratik uyuşumu kurar.²⁷⁷ Böylelikle çatışan konum ve menfaatler arasında makul bir denge kurulur, hakkaniyete uygun bir çözüm üretilir. Bu ilke aynı zamanda caydırıcılığı etkileyen bir faktör olan cezaların ağırlığının da sınırlarını çizmektedir.²⁷⁸ Bir nevi genel bir hukuk ilkesi haline gelmiş olan ölçülülük ilkesinin²⁷⁹ en çok uygulama alanı bulunan alt ilkesinin orantılılık olduğu söylenebilir.

G- ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

Ölçülülük ilkesi, bugün genel hatlarıyla uyulması gereken bir ilke olarak kabul edilmekle beraber ölçülülük ilkesinin uygulanmasına eleştiriler de yöneltilmiştir. Bu eleştirileri şu şekilde sıralayabiliriz:

i- Ölçülülük ilkesinin uygulanmasında kullanılan, sınırlandırmada kullanılan aracın işe yaradığını ve gerekli olduğunu tespit etmek bazen imkansızdır.²⁸⁰ Bununla

²⁷⁴ SAĞLAM Fazıl, age, s.118

²⁷⁵ KAYGUSUZ Ziyaettin, **Zor ve Silah Kullanmada “Standart Bir Uygulama Modeli” Ölçülülük İlkesi (Ge-El-Or Ölçü Testi)**, Ankara 2016, s.44

²⁷⁶ ERDEM Jülide Gül, Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri, s.984

²⁷⁷ RUMPF Christian, agm s.45

²⁷⁸ HATİPOĞLU Mehmet, “Çevrenin Korunmasında İdari Yaptırımların Caydırıcılık Açısından Değerlendirilmesi”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Ankara, 2016, S.1, s.77-118, s. 91.

²⁷⁹ RUMPF Christian, agm, s.46

²⁸⁰ SCHLİNK Bernhard, Anayasa Hukukunda Ölçülülük: Neden Burası Hariç Her Yer? (Çeviren: AKBULUT Lütfullah Yasin, DEMİRKIRAN Eyüp Kaan) **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 1 / 1, Ekim 2019, s.188

kast edilen, çoğu zaman kullanılan aracın işe yarar bir araç olup olmadığının ancak uygulanması sonucu ortaya çıktığı, bunun öncesinde var olanın ise sadece çeşitli varsayımlar ya da tecrübeler olduğudur. Bilgi ve deneyim sonuca gitmede yardımcı olsa dahi her zaman kesin bir sonuca varmak önceden mümkün değildir.

ii- Sınırlamada kullanılacak aracın, objektif bir biçimde işe yarar ve gerekli olup olmadığını belirlemek mümkün iken; aracın uygunluğunun değerlendirilmesinde hakların, menfaatlerin ve değerlerin dengelenmesi kaçınılmaz olarak subjektif olacaktır.²⁸¹ Her ne kadar sınırlandırma da kullanılacak olan objektif olarak gerekli ve elverişli bulunsa bile, netice itibari ile yapılacak olan orantılılık denetimi, bu denetimi yapacak kişiye bağlı olarak subjektif olacaktır. Çatışan hakların değerlerinin belirlenmesinde, hangi hakkın korunma bakımından daha önemli olduğunu tespit etmede, çatışan değerler bakımından yani sınırlandırma ve hakkına müdahale edilen kişiden bu sınırlandırmaya katlanmasının beklenilip beklenilemeyeceği hususunda yapılacak değerlendirmeler, bu değerlendirmeyi yapacak olan kişiye bağlı olarak subjektif olacaktır. Orantılılık denetimi çerçevesinde ulaşılmak istenen amaçtan hareketle aracın kullanılmasının anlamlı olup olmayacağını objektif anayasa hukuku ölçütleriyle tespit etmeye yönelik değerlendirme kuşkuludur.²⁸²

iii- Ölçülülük ilkesinin, temel hak ve özgürlükleri zayıflattığı da ölçülülük ilkesine yöneltilen başka bir eleştiridir.²⁸³ Bu eleştiriye göre, ölçülülük her alanda hayatı kuşatmaya başlayan bir anlayışla uygulanmakta ve bu anayasal haklar çerçevesinde de gözlenmektedir. Anayasa hukuku teorisinde ve uygulamasında ölçülülük ilkesine özellikle de bu ilkenin bir alt unsuru olan orantılılık ilkesine sıkça başvurulmasına rağmen, temel haklar ile ilgili çetrefilli ve karmaşık sorunların çözümünde ölçülülük ve dengelemenin her zaman bütünüyle faydalı olduğu kesin değildir.²⁸⁴ Bunu destekleyen bir başka görüşe göre ise, ölçülülük temel hak ve özgürlüklere bir nevi saldırıdır. Bu görüşe göre, gelişmemiş olan hukuk düzenlerinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleler genellikle ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan orantılılık ilkesi ile açıklanmaktadır. Bu hukuk düzenlerinde insan haklarına yapılan müdahalelerde

²⁸¹ SCHLİNK Bernhard, agm s.188

²⁸² HILLGRUBER, Christian'dan aktaran METİN Yüksel, agm s.56

²⁸³ KLATT/MEISTER,'dan aktaran METİN Yüksel, agm s.56

²⁸⁴ WEBBER, Grégoire C. N'den aktaran METİN Yüksel, agm, s.56

dengeleme en çıkar yol olarak kabul edilmektedir. Bu eleştirel görüşe göre anayasal hakların, korunmaları her durumda yarışan kamu menfaatleri ile yapılacak dengelemeye bağlı olan şahsi menfaatlerden ibaret olduğu görüşü, anayasayı fiilen kadük hale getirir.²⁸⁵ Böyle bir kabul anayasanın sağladığı korumayı etkisiz hale getirecek, çatışan hakları dengeleme mantığıyla hareket edilmesi, farklı zamanlarda farklı şartlara tabi tutularak dengelenme yapılmasını gerektirecektir. Böyle olunca da anayasanın sağladığı koruma hiçbir zaman sabit olmayacaktır.

iv- Diğer bir eleştiri ise, ölçülülük ilkesi altında dengeleme yaklaşımının insan hakları yargılamasını aydınlatmaktan ziyade başka yönere kaydırıldığını düşüncesidir.²⁸⁶ Buna göre, bir davada ölçülülük ilkesi bakımından yapılan denetlemede, neyin doğru neyin yanlış olduğundan ziyade yapılan sınırlandırmanın ya da müdahalenin ölçülü olup olmadığının anlaşılmasına çalışılması, insan haklarına yönelik olarak doğru-yanlış denetiminden çok yeterlilik-yoğunluk denetimine dönüşecek, bu da insan haklarına dolaylı olarak müdahale edilmesi, ona saldırılması anlamına gelecektir.

v- Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan elverişlilik ilkesinin uygulanmasında kanun koyucunun, güdülen gayeye erişmede, elverişli olarak nitelendirdiği araçlar arasından uygun olduğunu düşündüğü herhangi bir aracı mı tercih edebileceği ya da söz konusu araçlar arasından en elverişli olanını mı seçmek zorunda olduğu hususunda net bir belirlilik olmaması da diğer bir eleştiri konusudur.²⁸⁷ Burada her iki yönde de görüşler olmasına karşın, genel kabul edilen görüşün kanun koyucunun seçtiği aracın elverişli olması halinde, daha elverişli bir araç olup olmadığına bakılmaksızın, bu denetimi geçmesi gerektiğini de belirtmek gerekmektedir.

IV- ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ALT İLKELERİ

Ölçülülük ilkesinin, “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu ve ölçülülük ilkesi bakımından bir inceleme yapıldığında bu üç alt ilke bakımından bir denetim uygulandığından yukarıda söz etmiştik. Bunun yanında, bu üç denetim aşaması arasında mantıksal bir ilişki olduğu da açıktır. Şöyle ki, daha baştan

²⁸⁵ TSAKYRAKIS’den aktaran METİN Yüksel, agm, s.59

²⁸⁶ TSAKYRAKIS’den aktaran METİN Yüksel, agm, s.59

²⁸⁷ UÇAR Onur, agdt, s.101

hedefe ulaşmaya elverişli olmayan bir araç hiçbir şekilde de gerekli olamaz. Gerekli olmayan bir araç, bir başka deyişle amaca erişmede aynı düzeyde etkili daha az kısıtlayıcı bir tedbir tarafından ikame edilebilen bir araç da asla orantılı olmayacaktır.²⁸⁸ Bu sebeple denetim bu sıralama ile yapılmalı ve bir önceki aşamayı geçemeyen müdahale, sonraki aşamalarla alakalı bir inceleme yapılmaksızın ilkeye aykırı bulunmalıdır. Ancak bir önceki ilke bakımından denetimi aşan bir müdahale sırası ile diğer aşamalardan geçmeli ve netice itibari ile üç aşamadan da geçmesi şartı ile ölçülülük ilkesine aykırı olmadığı kabul edilmelidir. Yeterliden fazlası ölçüsüzdür, gerekenden fazlası ölçüsüzdür, uygun olandan fazlası ölçüsüzdür.²⁸⁹

Bugün artık genel kabul görmeye başlayan bu üç ilkenin kendi içinde incelemesini yapmakta konumuz bakımından önem arz etmektedir.

A- ELVERİŞİLİK İLKESİ

Ölçülülük denetimine amaca erişmek için kullanılan aracın elverişli olup olmadığının denetimiyle başlanır. Elverişlilik ilkesi, alınan tedbirle istenilen neticeye ulaşılmasını, yani tedbirin ulaşılmak istenen amaç için uygun olmasını ifade eder.²⁹⁰ Daha başlangıçta öngörülen tedbirin hedeflenen amacın gerçekleşmesine bir katkıda bulunmayacağı anlaşıyorsa, düzenlemenin elverişlilik ilkesine dolayısıyla da ölçülülük ilkesine, nihai olarak da Anayasanın 13'üncü maddesine aykırı olacağı söylenebilir.²⁹¹ Burada kamu gücünün, temel hak ve özgürlükler üzerine getirdiği sınırlandırma bakımından kullandığı araç incelenmekte, kullanılan bu aracın sınırlandırma amacına ulaşma bakımından sağlayacağı yarara bakılmaktadır. Ölçülülük ilkesi bakımından geçilmesi gereken ilk denetim olan elverişlilik aşamasında, sınırlandırmada kullanılan aracın, amaca ulaşma açısından herhangi bir yararı ya da katkısı yoksa diğer alt ilkeler bakımından inceleme yapmaksızın ölçülülük ilkesine aykırılık sonucuna ulaşılmaktadır. Sınırılandırmada kullanılan aracın, sınırlandırma amacına ulaşmada katkı sağladığında kullanılan aracın elverişli olduğu, sınırlandırmada kullanılan aracın sınırlandırma

²⁸⁸ KUNİG Philip, Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Çeviren: ÇELİK Burak, DOĞAN Gökçen, YILDIZ Ahmet Çağrı) *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2019, Sayı:1, s.162

²⁸⁹ SCHLİNK Bernhard, agm, s.181

²⁹⁰ METİN Yüksel, agm, s.8

²⁹¹ GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Güncellenmiş ve Düzeltilmiş 24. Baskı, Bursa, Haziran 2019, s.132

amacına ulaşmada herhangi bir katkısı olmadığı ya da sınırlandırma amacına ulaşmayı zorlaştırdığı durumlarda kullanılan aracın elverişli olmadığına kanaat getirmek gerekmektedir.

Elverişlilik ilkesi bakımından önemli olan noktalardan birisi ise kullanılan aracın sınırlandırma amacına katkı sağlaması kriterinin, amacı tamamen gerçekleştirmesi demek olmadığıdır. Yani burada, bu aracın, amacı tam olarak gerçekleştirmesi gerekmez, kısmen gerçekleştirmesi de yeterlidir.²⁹² Öte yandan alınan önlemin, yasa hazırlığı sırasında mevcut ortamın yasa koyucu için mümkün olan değerlendirilmesine göre, amaca ulaşmaya elverişli gözükmesi de yeterli sayılmıştır. Böylece yasa koyucuya bir yanlışlık payı bırakılmış olmaktadır.²⁹³ Bu açıklamalardan sonra bu kriter bakımından şu sonuca varmak mümkündür: Kamu gücü bir temel hak veya özgürlüğü meşru bir amaç için sınırlama yoluna gittiğinde, bunun için kullanacağı aracı seçerken, en azından mevcut durumdaki şartlara göre yaptığı değerlendirmede, kullanacağı bu aracın ulaşmak istediği amaç bakımından fonksiyonel bir katkı sağlayacağı konusunda ikna edici gerekçelere sahip olmalıdır. İlk bakışta bu sınırlama aracıyla zaten amaç bakımından herhangi bir neticeye ulaşamayacağı görüldüğünde elverişlilik açısından olumsuz bir sonuca varılmalıdır. Bununla birlikte, müdahalenin hedeflenen amaca özellikle uygun olması aranmaz. Yani ölçülülük ilkesi, amaca farklı biçimde uygun olan müdahaleler arasından hangisinin seçileceğini değil, yalnızca söz konusu müdahalenin elverişli olup olmadığının denetlenmesini gerektirir.²⁹⁴ Bundan anlaşılması gereken elverişlilik denetiminde karşılaştırma yapılarak, seçilen araca göre daha uygun araçların olup olmadığının denetimi değil, müdahalede kullanılan aracın amaca ulaşmada elverişli olup olmadığının denetlenmesi ile sınırlı bir denetim yapılması gerektiğidir.

Yasal tedbirlerin elverişsiz olmasından dolayı anayasaya aykırılığı çok sık rastlanan bir durum değildir.²⁹⁵ Yukarıda, elverişlilik denetiminde, kullanılan aracın amaca ulaşmada kısmen de olsa faydalı olmasının yeterli olduğu, tam manası ile amacı gerçekleştirmesinin beklenmediği hususuna değinmiştik. Bu bakımdan pratikte, kanun koyucunun kanun ile uyguladığı sınırlamalar çoğu zaman kısmen de olsa amaca

²⁹² METİN Yüksel, agm, s.9-10

²⁹³ SAĞLAM Fazıl, age, s.114

²⁹⁴ KUNIG Philip, agm, s.161

²⁹⁵ METİN Yüksel, agm, s.10

ulaşmak için faydalı olmaktadır. Bu sebeple ölçülülük ilkesinin uygulanmasında, bir sınırlandırmanın elverişlilik alt ilkesine aykırı bulunmasının çok sınırlı hallerde mümkün olduğu doktrinde genel olarak söylenmekle birlikte, bu ilkeye aykırılık taşıdığı gerekçesi ile ölçülülük ilkesine aykırı bulunan örnekler de mevcuttur. *“Elverişlilik ilkesinin ihlaline örnek olarak, Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin 1980 tarihli “Falknerjagdschein” kararı gösterilebilir. Söz konusu kararda Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Federal Av Kanunu’nda yer alan ve hem genel avcılık lisansı almak isteyenler hem de eğitilmiş şahin veya doğan ile avcılık yapmak isteyenler için getirilen silah tekniği ve silah hukuku bilgisine sahip olduğunu göstermek ve silah atış sınavından geçtiğini belgelemekle ilgili düzenlemenin anayasaya uygunluğunu denetlemiştir.”*²⁹⁶ Burada Alman Federal Anayasa Mahkemesi yaptığı yargılama sonucunda, şahin veya doğan ile avcılık yapılmasının silah hukuku ve silah tekniği bilgisine sahip olmayı gerektirmediği, çünkü şahin ya da doğan ile avcılık yapılırken silah kullanılmadığı, bu şekilde yapılan avcılık bakımından böyle bir şart aramanın, elverişlilik ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçeleri ile söz konusu düzenlemenin anayasa aykırı olduğuna karar vermiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi yine başka bir kararında bir kentten ötekine gitmekte olan özel arabalara yol masrafına katılacak müşteriler bulan komisyoncu merkezlerini "trafiğin güvenliği" ve "birlikte seyahat eden kişinin korunması" gibi amaçlarla yasaklayan bir yasa hükmünü bu ilke açısından Anayasaya aykırı bulunmuştur.²⁹⁷

1- Anayasa Mahkemesi’nin Elverişlilik İlkesi Bakımından Verdiği Kararların Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi **30.3.2011 tarihli 2007/95 Esas 2011/61 Karar** sayılı kararında 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 11.12.1935 günlü, 2862 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle değiştirilen 49. maddesinin (A) fıkrasının *“filleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesinden itibaren işlemeye başlar”* bölümünün Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: *“(Değişik: 11.12.1935-2862/4 Md.) Aşağıdaki fıkralarda yazılı hükümler mahfuz olmak üzere askeri suçlarda dava ve cezanın düşmesi hususlarında Türk Ceza Kanunu’nun birinci kitabının 9 uncu babı hükümleri tatbik olunur.*

²⁹⁶ METİN Yüksel, agm, s.10

²⁹⁷ SAĞLAM Fazıl, age, s.114 vd.

A) Yoklama kaçağı, bakaya, saklı ve firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlar.

B) Hıyanet cürümlerile maznun ve mahkum olanlar hakkında müruru zaman yoktur.

C) (Ek : 14/6/1989 - 3574/1 md.) Sırf askeri suçlarda Türk Ceza Kanununun 119 uncu maddesi hükümleri uygulanmaz”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme özellikle elverişlilik ilkesi bakımından bir itiraz gerekçesi sunmamış genel olarak Anayasanın 10. ve 38. maddelerine dayanmış ve özetle “Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk Devleti olması sebebiyle hukukun üstün kurallarıyla bağlı olduğu ve bunlardan birinin de eşitlik ilkesi olduğu, yasakoyucunun benzeri cezalar içeren suçlar bakımından dava zamanaşımı süresi ve başlangıcı için genel hükümler koymuşken bakaya suçu için farklı bir düzenleme öngördüğü, her ne kadar yasakoyucu bu alanda takdir yetkisine sahip olsa da bunun hukuk devleti ile aynı hukuki durumda bulunan kişiler arasında farklı uygulama ve işlem yapılmasını yasaklayan eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı, dava zamanaşımı süresinin başlangıcına esas alınan 1111 sayılı Kanun'un 2. maddesinde belirtilen askerlik çağına ilişkin sürenin, Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum, Milli Savunma Bakanlığı'nın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla 5 yıla kadar uzatılabileceğini öngören kuralın bakaya suçunda dava zamanaşımının başlangıcı ile süresini yürütmenin tekeline bıraktığı” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2007/95 Esas 2011/61 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “kanun koyucunun suç ve cezalarla alakalı belirli sınırlar içerisinde takdir yetkisinin bulunduğunu, bu takdir yetkisini kullanırken adil dengenin korunması ve elverişlilik ilkesi gibi konulara uygun hareket etmesi gerektiğini ve zamanaşımı konusunda da bu hususun geçerli olduğunu²⁹⁸ belirttikten sonra, bakaya suçunun özellikleri açıklanmıştır.²⁹⁹ İtiraza konu kuralda, bakaya suçunda dava zamanaşımı süresinin askerlik hizmetinin özellikleri nedeniyle bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesinden itibaren işlemeye başlayacağı hükmünün getirildiğini, bütün askeri mükellefiyetlerin ne zaman biteceğinin ise 1111 sayılı Askerlik Kanununun 2. maddesinin ilk fıkrasında 'Askerlik çağı her erkeğin esas nüfus kütüğünde yazılı olan yaşına göredir ve yirmi yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününden başlayarak 41 yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmibir

²⁹⁸ “Yasakoyucunun, suç ve cezaların belirlenmesinde takdir yetkisi olmakla birlikte bu yetkisini kullanırken suç ile ceza arasındaki adil dengeyi sağlaması ve öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmede elverişli olması gibi esasları dikkate alması zorunludur. Dava ve ceza zamanaşımı ile ilgili kurallar dahi cezayı ağırlaştıran yahut suç koyan hükümler niteliğindedir. Dava ve ceza zamanaşımı sürelerinin; suçların ağırlığı, kamu düzeni için oluşturduğu etki ve ceza siyasetinin gereği olarak belirlenmesinde yasakoyucunun takdiri Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle sınırlıdır.”

²⁹⁹ “Bakaya suçu, kesintisiz (mütemadi) bir suç niteliğindedir ve ilgilinin ömrünün sona ermesini müteakip suçun işlenme süreci başlar, dehalet (katılma) veya yakalanma ile de sona erer. Yakalanması ve dehaletinin ardından fail, kütasına katılacağı ve askeri disiplin ve hiyerarşi altına gireceğinden bundan sonraki aşamada askerlik hizmet ve yükümlülüklerine aykırı faaliyetleri firar gibi farklı suçları oluşturabilir. Bakaya suçu, henüz askeri disiplin ve hiyerarşi altında bulunmayan sivil kişiler tarafından işlenebilen bir suçtur.”

sene sürer' şeklinde belirtildiğini, dolayısıyla, bakaya suçunda dava zamanaşımı süresin, ilgilinin 41 yaşına girdiği Ocak ayının birinci gününden itibaren işlemeye başlayacağını, kanun koyucunun zamanaşımı konusunda da ölçülülük ilkesine bağlı kalması gerektiğini, askeri disiplinin tesisinde zaftiyeti önlemek amacıyla getirilen kuralın, bakaya suçunun failinin asker kişi olmaması nedeniyle belirtilen amaca ulaşmada elverişli olmadığını³⁰⁰” bu gerekçeyle de Anayasa Mahkemesi itiraza konu kuralın ölçülülük ilkesine ve hukuk devleti ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralı aynı zamanda gereklilik ve orantılılık ilkelerine de aykırı bulmuştur. Gerçekten itiraz konusu kurala bakıldığında henüz askeri disiplin ve hiyerarşi altına girmemiş sivil kişileri ilgilendiren bir düzenleme olduğu, bu bakımdan da askeri disiplini sağlama konusunda doğrudan doğruya bir etkisinin olamayacağı söylenebilir. Elverişlilik ilkesinin denetiminde, tedbirin ulaşılmak istenen amaç için uygun olmasını aranmaktadır. Bu bakımından mutlak bir uygunluk değil kısmi bir uygunluk yeterli sayılmaktadır. Çok dolaylı yoldan kişilerin askeri hizmete girmemesinin, askerlik disiplini açısından sorun yaratacağı söylenebilirse de bunu, elverişlilik ilkesinin ihlali açısından değerlendirmemize yetecek yoğunlukta olmadığını düşünüyoruz. Bu gerekçe ile Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararını isabetli buluyoruz.

Anayasa Mahkemesi **11.4.2012 tarihli 2011/111 Esas 2012/56 Karar**³⁰¹ Sayılı Kararında 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin (A) fıkrasında yer alan “fırar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlar.” ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin (A) fıkrasında yer alan “fırar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesinden itibaren işlemeğe başlar.” ibarelerinin Anayasaya aykırılığını

³⁰⁰ “Ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamla yükümlüdür. Askeri disiplinin tesisinde zaftiyeti önlemek amacıyla getirilen kural, bakaya suçunun failinin asker kişi olmaması nedeniyle belirtilen amaca ulaşmada elverişli değildir. Ayrıca kesintisiz bir suç olan bakaya suçunda zamanaşımı süresinin, failin askeri hiyerarşi ve disiplin altına girdiği yakalanması veya dehaletinden değil de onun bütün askeri mükellefiyetlerinin bitmesinden itibaren başlatılması askeri disiplinin sağlanması açısından gerekli bir tedbir olarak değerlendirilemez. Aynı zamanda failin lehine olan 765 sayılı TCK'da en ağır cezayı gerektiren suçlarda bile zamanaşımı süresinin 20 yıl olması karşısında itiraz konusu kuralın orantılı olmadığını kabul etmek gerekir. İtiraz konusu kural, kişileri işledikleri suçla orantısız ve makul olmayan bir süre içinde davalarının ne şekilde sonuçlanacağı endişesiyle de yaşamak durumunda bırakmaktadır.”

³⁰¹ Anayasa Mahkemesi **28.3.2013 tarihli 2012/143 Esas 2013/48 Karar** sayılı kararına 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun, 11.12.1935 günlü, 2862 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle değiştirilen 49. maddesinin (A) fıkrasında yer alan; “veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün” ve “fırar fiilleri hakkında dava müruru zamanı” bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlar.” İbarelerinin Anayasaya aykırılığını incelemiş ve benzer yönde karar vermiştir.

incelemiştir. İtiraza konu kanun maddeleri şu şekildedir: “Madde 49- (Değişik: 11/12/1935 - 2862/4 md.)

Aşağıdaki fıkralarda yazılı hükümler mahfuz olmak üzere askeri suçlarda dava ve cezanın düşmesi hususlarında Türk Ceza Kanununun birinci kitabının 9 uncu babı hükümleri tatbik olunur.

A) Yoklama kaçağı, bakaya, saklı ve firar...

B) Hıyanet cürümlerile maznun ve mahkum olanlar hakkında müruru zaman yoktur.

C) (Ek : 14/6/1989 - 3574/1 md.) Sırf askeri suçlarda Türk Ceza Kanununun 119 uncu maddesi hükümleri uygulanmaz.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme elverişlilik ilkesi bakımından, “Firar suçunun, sadece asker kişiler tarafından işlenebilen mütemadi bir suç niteliğinde olduğunu ve ilgilinin yetkili amirlerinden izin almaksızın görevi gereği bulunması gereken yerden ayrıldığı andan itibaren suçun işlenme süreci başladığını ve dehalet (katılma) veya yakalanma ile de sona erdiğini, Kanun koyucu tarafından, askerlik hizmetinin özellikleri nedeniyle ASCK'nın 49/1-A maddesinde, firar suçunda dava zamanaşımı süresinin bütün askerî mükellefiyetlerin bitmesinden itibaren işlemeye başlayacağı hükmünün konulduğunun anlaşıldığını, bir askerî birimde disiplinsizlik teşkil eden bir eylem yapıldığında, faili olan asker kişinin eylemiyle orantılı bir şekilde ve en kısa sürede cezalandırılmamasının, askerî disiplinin tesisinde zafiyete neden olacağının açık olduğunu, firar suçunda dava zamanaşımının başlangıcıyla ilgili kanuni düzenlemenin, 15 aylık askerlik yükümlülüğünü yerine getirmeyenler yönünden askerî disiplinin tesisinde zafiyeti önlemek amacına uygun olduğu söylenebilir ise de, 15 aylık askerlik yükümlülüğünü bitirmiş bir kişinin askerlik hizmetini yaptığı dönemde işlediği firar suçu nedeniyle çok uzun bir süre cezalandırılma tehdidi altında yaşamasının askerî disiplinin tesisine herhangi bir katkısının bulunmadığı ve dolayısıyla belirtilen amaca ulaşmada elverişli olmadığı” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2011/111 Esas 2012/56 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “firar suçunun sırf askeri suç niteliğinde olduğunu³⁰², itiraza konu kural ile firar suçunda Türk Ceza Kanunu'nun genel uygulamasından ayrılarak firar edenler hakkındaki dava zamanaşımı süresinin, kesintinin gerçekleştiği (temadinin bittiği) tarihten değil bütün askeri mükellefiyetlerin bittiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak şekilde düzenlendiğini, bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesi

³⁰² “Sırf askeri suç niteliğinde olan firar suçu, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 66. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, kıt'asından veya görevi icabı bulunmak zorunda olduğu yerden izinsiz olarak altı günden fazla uzaklaşmak olarak tanımlanan, kesintisiz (temadi eden) bir suçtur. Görev mahallinden izinsiz uzaklaşma ile işlenmeye başlanılan firar suçu, yakalanma veya birliğine katılma ile son bulmaktadır.”

kavramının askerlik çağı³⁰³ kavramına göre belirleneceğini, Askeri disiplinin tesisinde zaafiyeti önlemek amacıyla itiraza konu kuralın getirildiğini, firar eden failin yaşı ne olursa olsun askerlik görevini yerine getirmediği ya da getirmiş sayılmadığı sürece bu yükümlülüğünden kurtulamayacak olması nedeniyle dava zaman aşımı süresinin başlamamasının buna bir katkı sağladığının söylenemeyeceğini, bu nedenle itiraza konu kuralın amaca ulaşmada elverişli görülmediği” gerekçeleri ile itiraz konusu kuralı ölçülülük ilkesine ve Anayasaya aykırı bulmuştur.

Bir üstteki kararda belirttiğimiz gerekçelerle Anayasa Mahkemesinin kararı isabetli görünmektedir.³⁰⁴

Anayasa Mahkemesi **1.4.2015 tarihli 2014/118 Esas 2015/35 Karar** sayılı kararında Müstehcenlik suçunun düzenlendiği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 226. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan “...doğal olmayan yoldan...” ibaresinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: “...(4) Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya **doğal olmayan yoldan** yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır...”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, ölçülülük ilkesi bakımından herhangi bir itirazda bulunmamış, itirazını genel olarak belirlilik ilkesi bakımından “ *doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranış ibaresini yoruma açık olduğu, her yargı mensubunun bu ibareyi nasıl yorumlayacağı, nasıl bir hukuki anlam yükleyeceği net olmadığı*” gerekçeleri ile yapmış anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur. Bu karar belirlilik ilkesi kısmında incelenmiş ve

³⁰³ “1632 sayılı Kanun’un 49. maddesinin (A) fıkrasında geçen ‘bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesi’ terimi, 1111 sayılı Askerlik Kanunu’nun hükümleri birlikte değerlendirilerek ‘askerlik çağı’ kavramına göre belirlenecektir. 1111 sayılı Kanun’un 5. maddesinin dördüncü fıkrasına göre askerlik görevini yapmayan ya da yapmış sayılmayan hiçbir fert askerlik çağı dışına çıkarılamamaktadır. Yoklama, muvazafılık ve yedeklik olmak üzere üç devreye ayrılan askerlik çağının bitmesi için muvazafılık ve yedeklik dönemlerinin tamamlanması ya da tamamlanmış sayılması gerekmektedir. Yedeklik dönemi dâhil olmak üzere askerliğe elverişli olmadığına karar verilenler için karar tarihinde askerlik çağı da bitmiş olmaktadır. Askerliğe elverişli olanlar için ise askerlik çağı, 1111 sayılı Kanun’un 2. maddesinin ilk fıkrasına göre belirlenir ve fıkra bu durum, ‘Askerlik çağı her erkeğin esas nüfus kütüğünde yazılı olan yaşına göredir ve yirmi yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününden başlayarak 41 yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmibir sene sürer’ şeklinde belirtilmiştir. 1111 sayılı Kanun’un 5. maddesinin dördüncü fıkrası nedeniyle askerlik görevi yapmayan ya da yapmış sayılmayanlar için süre hiçbir şekilde işlemeye başlamayacaktır.”

³⁰⁴ İtiraz konusu kuralın Anayasanın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırı olduğu, Anayasa Mahkemesi’nin netice itibari ile ulaştığı sonucun isabetli olmakla beraber Anayasa Mahkemesi’nin konuyu askeri disiplin yönünden ele aldığı ancak buradaki asıl meselenin düzenlemenin zaman aşımı süresini belirsizleştirmesi ve bu bakımdan da öngörülebilirliği ortadan kaldırması olduğu yönündeki görüş için bkz: ALPBAZ Mustafa Mert, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kemalizm ve Otoriterlik: Analitik Bir İnceleme**, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, Ağustos 2019, s.391 vd.

tarafımızca belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşılmıştı. Ancak bu karara bu kısımda da değinmek gerektiği kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi 2014/118 Esas 2015/35 Karar sayılı kararında ölçülülük ilkesi bakımından yaptığı incelemede, *“Anayasa ile özel hayatın gizliliğinin ve korunmasının güvence altına alındığını ancak bu hakkın mutlak haklardan olmayıp Anayasada belirtilen koşullar ile sınırlandırılabilirliğini, AİHM’inde benzer konularda çok sayıda karar verdiğini ve AİHM’nin, çocukların müstahcen ürünlere erişimini önlemeye yönelik iç hukukta öngörülen cezai müeyyideler ile yetişkinlerin, kişisel kullanım dışında, özel bir tedbir alınmaksızın bu ürünleri başkalarına yayması veya erişimine açık tutmasını engellemeye yönelik cezai müeyyideleri AİHS’nin ihlali olarak değerlendirmedeğini, başkalarına yayma veya iletme maksadıyla “doğal olmayan yoldan” cinsel davranış içeren ürünlerin depolanmasının cezai müeyyide altına alınmış olmasının toplumun genel ahlakının korunması ve dolayısıyla kamu yararı amacına yönelik olduğu, yapılan müdahalenin öngörülen amaçla orantılı olduğu ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık oluşturmadığı”* gerekçeleri ile itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesi bakımından verdiği kararın isabetli olduğu kanaatindeyiz. Bu karara karşı yazılan karşı oyda³⁰⁵, itiraz konusu kuralın elverişlilik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Ancak biz kararın elverişlilik ilkesine aykırılık taşımadığı kanaatindeyiz. Elverişlilik ilkesi gereğince sınırlama amacına kısmen olsa da ulaşmak ilk bakışta mümkün görülüyorsa, getirilen sınırlandırmanın elverişlilik ilkesine aykırılığından söz edilemeyecektir. Bu bakımdan, ifadesi sebebiyle itiraz konusu kural belirsiz bir alan oluşturuyor ise de çocukların ve toplumun genel

³⁰⁵ Osman Alifeyyaz PAKSÜT karşı oyu: *“Kendisi suç olmayan bir davranışın ses, yazı veya görüntü kaydının saklanması suç sayılması, demokratik bir toplumda zorunlu olmadığı gibi, amaca elverişli de değildir. İptali istenen kural, şiddete dayalı veya çocuklara yönelik cinsel eylemlerde olduğu gibi kendisi başlı başına suç teşkil eden cinsel davranışlarla, suç teşkil etmeyen cinsel davranışlar arasında herhangi bir ayırım da yapmamıştır. Nitekim çoğunluk gerekçesinde de bu ayırım yapılamamış, “demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan, hatta bizzatı kendisinin suç kabul edildiği davranışlar” şeklinde bir ifadeyle, kuralda var olduğu kabul edilen belirsizliğe haklılık kazandırılmaya çalışılmıştır. Bu gerekçenin kabulüne olanak yoktur. “Toplumun ahlaki standartlarına uygun” yol kabul edilmeyen bir davranışın toplumda yaygınlık kazanmasının ceza tehdidiyle önlenmeye çalışılması, bizzatı demokrasi ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, dinen ve ahlaken de caiz olmayan, kişilerin özel yaşamlarının gözetilmesi, teşhir edilmesi ve çoğunluğa uymayanların cezalandırılması şeklindeki ilkel bir müdahaleyi meşru hale getirebilecektir. Suç teşkil etmediği halde bazı cinsel davranışların toplumun çoğunluğunca benimsenmediği gerekçesiyle doğal olmayan davranış sayılarak, bunlara ilişkin ses, yazı veya görüntülerin kişinin özel alanında depolanmasının (ve evleviyetle bulundurulmasının) dört yıla kadar hapisle cezalandırılması, kişi özgürlüğüne yapılan, ölçüstüz ve ağır bir müdahaledir. Bu müdahale, Anayasa’nın 13. ve 20. maddelerine aykırıdır.”*

ahlakının korunması amacına kısmen de olsa yarar sağlayacağı açıktır. Bu sebeple itiraza konu kuralın elverişlilik ilkesine aykırı olmadığı düşünülmektedir.³⁰⁶

Anayasa Mahkemesi **29.3.2017 tarihli 2017/14 Esas 2017/83 Karar** sayılı kararında 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun, 31.5.2005 tarihli ve 5358 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle değiştirilen 339. Maddesinin birinci fıkrasının bir kısmının ve ikinci fıkrasının Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddeleri şu şekildedir: “*Madde 339- (Değişik: 31/5/2005- 5358/10 md.) Sonradan kazandığı malları veya kazancında ve gelirinde vaki tezayütleri bu Kanun mucibince bildirmeye mecbur olan borçlu makbul bir mazereti olmaksızın yedi gün içinde icra dairesine taahhütlü mektupla veya şifahi surette bildirmezse ve bu mal veya kazancı asıl veya bedel itibarıyla mevcut olduğu takdirde, on gün; mal veya kazancını asıl veya bedel itibarıyla makbul bir sebep olmaksızın elden çıkarmışsa, bir aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır.*

Bu cezalara alacaklının şikâyeti üzerine karar verilir. Kişi, icra takibine konu olan borcu tamamen ödediği takdirde, bu ceza düşer.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme özellikle elverişlilik ilkesi bakımından bir gerekçe ileri sürmemiş özetle ölçülülük ilkesi bakımından, “*CMK’nın 2. maddesinde tanımlanan disiplin hapsinde amacın belirli şekilde davranmak yükümlülüğü yüklenen failin bu yükümlülüğüne uymaması sebebi ile kısmen olsun bozulan düzenin korunması olduğunu, mal veya kazancındaki artışı bildirmemek failinin alacaklının alacağını tahsil etmesini sağlayan bir disiplin suçu olarak kanunda düzenlendiğini, disiplin suçunun cezasının da, kişinin disipline edilme sureti ile düşürülmesi gerekirken, alacaklının şikayetten vazgeçmesi ya da borcun ödenmesi halinde düşürülmesine karar verilmesinin anayasadaki ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu, İcra iflas kanunundaki bu tür suçlarda, mesela taahhüdüne uymama halinde verilen tazyik hapsinin borçlu sanığın taahhüdüne uyması ile, nafaka borcunu ödemeyen sanığın bunu ödemesi ile düşerken kazancındaki artışın bildirilmemesi hatta bu artış sanığın borcu ödeme kabiliyetini temin edici nitelikte olmasa dahi şikayetten vazgeçme veya ödeme ile düşürülmesinin anayasanın ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.*

Anayasa Mahkemesi 2017/14 Esas 2017/83 Karar sayılı kararında sadece ikinci fıkra yönünden yaptığı incelemede, “*kanun koyucunun belirli sınırlar içerisinde suç ve cezaları belirlemede takdir yetkisinin olduğunu, bu takdir yetkisini kullanırken ölçülülük ilkesi ile bağlı olduğunu,*

³⁰⁶ Suç olmayan fakat doğal olmadığı için ahlaka aykırı görülebilecek cinsel faaliyetin depolanmasının suç sayılmasının özel yaşama saygı hakkına ceza tehdidi yolu ile bir müdahale olduğu ifade edilmiştir. bkz: ŞİRİN Tolga, agm, s.528 vd.

disiplin hapsinin bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlamak değil kısmi bir düzeni korumayı amaçladığını³⁰⁷, itiraz konusunu kanunun amacının³⁰⁸ borçlunun sonradan kazandığı malları veya kazancında ve gelirindeki artışlarını icra dairesine bildirmeye zorlayarak borcun tamamen ödenmesi suretiyle alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamak olduğunu, bu zorlamanın caydırıcı nitelikte olabilmesi için de borçlunun bu süre zarfında elde ettiği mal, kazanç veya gelir artışından bağımsız olarak borcun tamamının ödenmesi veya alacaklının şikâyetten vazgeçmesini düzenleyen kuralın ölçülü olmadığını söyleyemeyeceğini, bu bağlamda itiraz konusu kuralın, ulaşılmak istenen amaç için elverişli ve gerekli olduğu, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu dikkate alındığında orantılı olduğunun anlaşıldığı” gerekçeleri ile itiraz konusu kuralın ölçülülük ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin ölçülülük ilkesi bakımından verdiği kararın isabetli olduğunu düşünüyoruz. İtiraz konusu kuralda borçlunun sonradan kazandığı malları veya kazancında ve gelirindeki artışlarını icra dairesine bildirmeye zorlayarak borcun tamamen ödenmesi suretiyle alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamak amacının olduğu, bunun için ise disiplin hapsi düzenlemesinin getirildiği, disiplin hapsinin süresi ve koşulları düşünüldüğünde kanun koyucunun takdir yetkisi içerisinde kalan orantılı bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Bu karara karşı yazılan karşı oyda³⁰⁹ “borçlunun geliri olduğu veya daha sonra gelir elde etmeye başladığı tespit edilirse,

³⁰⁷ “Disiplin hapsi bir yükümlülüğün yerine getirilmesini zorlamak için değil, kısmi bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan bir fiilin işlenmesi dolayısıyla verilir. Kural olarak o işin yapılması, ifa edilmesi disiplin hapsini sona erdirmez. Ancak, 2004 sayılı Kanun’da yer alan icra ve iflas suçlarının ekonomik suç olmaları nedeniyle, kanun koyucu bu konuda esnek davranarak söz konusu cezalara alacaklının şikâyeti üzerine karar verileceğini ve kişinin icra takibine konu olan borcu tamamen ödemesi hâlinde disiplin hapsinin düşeceğini hüküm altına almıştır. Disiplin hapsi, hukuki niteliği itibarıyla borçlunun 2004 sayılı Kanun uyarınca yapmaya mecbur olduğu beyandan sonra kazandığı malları veya kazancındaki ve gelirindeki artışları icra dairesine bildirmemesi nedeniyle öngörülen bir müeyyidedir. Bu bağlamda, 2004 sayılı Kanun’da yer alan disiplin hapsinin, kanunda yer alan bir emrin yerine getirilmesi suretiyle borcun ödenmesi ve dolayısıyla alacak hakkının korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik bir düzenleme olduğu açıktır. Nitekim 2004 sayılı Kanun’un davanın ve cezanın düşmesi ile ceza verilemeyecek hâlleri düzenleyen 354. maddesinde, “Kanunun bu babında yazılı suçlardan takibi şikâyete bağlı olanların müştekisi feragat eder veya borcun itfa edildiği sabit olursa dava ve bütün neticeleriyle beraber ceza düşer.” hükmüne yer verilmiştir.”

³⁰⁸ “Kanun koyucunun alacakların tahsili konusunda önemli bir işleve sahip olan itiraz konusu kuralla, borçluların kanun emrini yerine getirmek konusunda daha dikkatli ve özenli davranmasını ve borçluyu kanun emirlerine karşı itaate mecbur ederek icra takibine konu olan borcun tamamen ödenmesi suretiyle alacaklının alacağına kolayca kavuşmasını sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Zira disiplin hapsi verilmesinden sonra borçlunun Kanun gereğince yapmaya mecbur olduğu beyandan sonra kazandığı malları veya kazancında ve gelirindeki artışı bildirmesi hâlinde dahi ceza düşmemekte, ceza ancak, alacaklının şikâyetten vazgeçmesi ya da borcun tamamen ödenmesi hâlinde düşmektedir.”

³⁰⁹ Osman Alifeyyaz PAKSÜT Karşı Oyu: “Somut olayda olduğu gibi icra dairesine mal beyanında bulunmayan borçlunun önce tazyik hapsi ile mal beyanında bulunmaya zorlanması gerekir. Ancak borçlunun geliri olduğu veya daha sonra gelir elde etmeye başladığı tespit edilirse, artık tazyik hapsinin de uygulanması söz konusu olmaz. Çünkü alacaklı, alacağını tahsil edebileceği, sınırlı da olsa, bir imkan elde etmiştir. Bu noktada borçlunun hapsedilmesi, alacağın tahsilini hızlandırmayacağı gibi, sigortalı çalışan olan borçlunun bu işini de kaybetmesine, dolayısıyla, alacağın daha fazla tehlikeye girmesine yol açabilecektir. Bu durumda, alacağın tahsilini kolaylaştırıcı bir yönü olmayıp sadece cezalandırıcı bir işlevi olan kuralın İcra ve İflas Hukuku yönünden “amaca elverişli” olduğundan da söz edilemez.”

artık tazyik hapsinin de uygulanması söz konusu olmayacağı çünkü alacaklının, alacağını tahsil edebileceği, sınırlı da olsa, bir imkan elde ettiği” gerekçesiyle itiraz konu kuralın elverişlilik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Ancak biz itiraz konusu kuralda elverişlilik ilkesine aykırılık olduğu kanaatinde değiliz. Çünkü yukarıda da açıkladığımız üzere bir sınırlandırmanın elverişlilik ilkesine aykırı olabilmesi için sınırlandırmanın amacına kısmen de olsa uygunluk taşımaması gerekmektedir. İtiraz konusu kuralda disiplin hapsi yolu ile borçlunun borcunu ödemeye zorlanması amaçlanmaktadır. Burada disiplin hapsinin etkisi ile borçlunun borcunu ödeme ihtimali bulunduğundan, kısmen de olsa amaca ulaşmada elverişlilik vardır. Bu gerekçe ile itiraza konu kuralın elverişlilik ilkesine aykırı olmadığı kanaatindeyiz.

2- Anayasa Mahkemesi’nin Elverişlilik İlkesi Bakımından Verdiği Kararların Genel olarak Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun suç ve cezaları belirleme konusunda Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle bağlı olmak kaydıyla takdir yetkisine sahip olduğunu, kanun koyucunun bu yetkisini kullanırken suç ile ceza arasındaki adil dengeyi sağlaması ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmede elverişli olması koşullarını aramaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin ölçülülük ilkesi bakımından inceleme yaparken, öncelikle elverişlilik ilkesi bakımından inceleme yaptığı, bununla beraber verdiği kararlarında elverişlilik ilkesine aykırılık olmasına rağmen gereklilik ilkesi ve orantılılık ilkesi bakımından da ayrıca inceleme yaparak karar verdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, elverişlilik ilkesi bakımından verdiği kararlarda, suç ve ceza içeren itiraza konu kanunun, düzenleme amacına ulaşmak için doğrudan doğruya kullanılabilir olup, bu amaç için bir katkı sağlaması şartını aramaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarında elverişlilik ilkesinin, öngörülen yaptırımın ulaşmak istenen amaç için elverişli olmasını ifade ettiği belirtilmektedir. Elverişlilik ilkesi bakımından yapılan incelemede, sınırlandırma aracının amacı gerçekleştirmede kısmen de olsa uygunluğunun arandığı ve ceza kanunlarının ise çok büyük oranda sağlamaya çalıştıkları amaçlarının gerçekleştirilmesi bakımından, en azından, kısmen de olsa elverişli oldukları için, maddi ceza hukukuna ilişkin ölçülülük ilkesi bakımından yapılan incelemelerde, elverişlilik ilkesine aykırılık

sonucuna ulaşmak az görülen bir durum olmaktadır. Bir sınırlandırmanın elverişlilik ilkesine aykırı bulunmasının son derece ender rastlanan bir durum olması, Anayasa Mahkemesi’nin elverişlilik ilkesi bakımından verdiği aykırılık kararlarının az olmasında da görülmektedir. Ölçülülük ilkesi bakımından yapılan incelemelerde, Anayasa Mahkemesi’nin elverişlilik ilkesi bakımından Anayasaya aykırılık sonucuna vardığı çok az sayıda karar olmakla birlikte, elverişlilik ilkesine takılmadan geçen sınırlandırmaların bazen gereklilik ilkesi genellikle de orantılılık ilkesi denetiminde Anayasaya aykırı bulunduğu görülmektedir.

B- GEREKLİLİK İLKESİ

Yukarıda, bir sınırlandırmanın ölçülülük ilkesi bakımından incelenmesi sırasında, sırasıyla “elverişlilik”, “gereklilik” ve “oranlılık” incelemesinden geçmesi gerektiğinden bahsetmiştik. Elverişlilik denetiminden geçemeyen bir sınırlandırma aracı bu noktada ölçülülük ilkesine aykırılık taşıyacaktır. Eğer elverişlilik denetiminden geçer ise ikinci aşama olan gereklilik denetimine geçilecektir. İkinci aşama olan gereklilik ilkesi, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak açısından en yumuşak aracın seçilmesi gereğine işaret etmektedir.³¹⁰

Elverişlilik denetiminde, sınırlama amacına ulaşmak için uygun bir araç seçilmesi gerektiği, seçilen bu aracın kısmen dahi amacı gerçekleştirmek için elverişli olmasının yeterli olduğu ve elverişlilik incelemesinde kullanılabilecek araçlar arasında bir karşılaştırma yapılmadan, yani “*daha elverişli bir araç var mıydı?*” sorusuna yanıt aranmadan bir inceleme yapılması gerektiğinden söz etmiştik. Gereklilik denetiminde ise, elverişlilik denetiminden farklı olarak amaca ulaşmaya en uygun, yani müdahale edilen hakka en az zarar veren, bu hakkın kullanımını en düşük seviyede engelleyen bir araç seçilip seçilmediği denetlenmektedir. Bu ise sınırlandırmada kullanılan araca nispeten hakkın kullanılmasına en az etkiyi yapacak daha uygun araçlar olup olmadığı noktasında bir karşılaştırma yapmayı gerektirmektedir. Gereklilik ilkesi, kamu yararı ilkesini gerçekleştiren fakat bu önlemden etkilenen hakkı daha az sınırlayan başka bir

³¹⁰ SAĞLAM Fazıl, age, s.115

yol olup olmadığına bakılması anlamına gelmektedir.³¹¹ Başka bir deyişle temel hakkı sınırlama derecesi bakımından karşılaştırılacak olan yasal önlemler, güdülen amacı gerçekleştirmeye aynı yoğunlukta elverişli olmalıdır. Eğer bu nitelikte çeşitli araçlar söz konusuyla, bunlardan temel hakkı en az sınırlayanın yasa koyucu tarafından seçilmiş olması gerekir.³¹² Yani bu anlamda gereklilik tamamen olgusal ve belki de matematiksel olarak belirlenebilmesi ideal olan bir şey olarak anlaşılabilir. Dolayısıyla, politik gereklilik ile karıştırılmamalıdır.³¹³ Toparlarsak, sınırlandırma bakımından birden çok elverişli araç olması halinde, sınırlandırma konusu temel hak veya özgürlüğün kullanılmasına daha az etki eden, onu daha az kısıtlayan, muhataplarına daha az yükümlülük ya da katlanma yükleyen, hakkın özüne daha az zarar veren araç varken daha ağır sonuçlar doğuran bir araca başvurulması gereklilik ilkesine aykırı olacaktır. Yani daha hafifi varken daha ağır sınırlandırma gereksizdir. Kanunun amacına ulaşmak için gerekli olmayan yasal araçlar, temel hakkın sınırlandırılmasını meşrulaştıramaz.³¹⁴

Bu denetim kuşkusuz öngörülen amaca erişmek için birçok (en azından iki) elverişli aracın bulunması ön şartına bağlıdır. Mevcut birden fazla elverişli araç arasından bireylere ve kamuya en az zarar verecek olan aracın seçilmesi gerekir. Daha az sınırlayıcı bir müdahale ile aynı veya daha iyi bir sonuç elde edilebilecekse, bu halde kullanılan araç gereksizdir.³¹⁵ Doğal olarak, birden çok seçeneğin söz konusu olmadığı durumlarda en yumuşak aracın seçilmesi de söz konusu olamayacaktır.³¹⁶ Ölçülülük ilkesinin bu unsurunu, belli bir amaca ulaşmak için seçilen aracın belirlenmesi noktasında, idarenin özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak nitelendirilebilir.³¹⁷

Gereklilik ilkesinin amacı, istenilen amaca ulaşmak için daha hafif bir müdahale yeterli ise müdahaleye konu olan temel hak ve özgürlüğün sahibi olan özneye daha ağırlarını yüklememektir. Çünkü zaten daha hafif olan müdahale ile istenilen amaç elde

³¹¹ SAYGIN Engin, Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt: 75 Sayı: 2, Temmuz 2017, s.70

³¹² SAĞLAM Fazıl, age, s.115

³¹³ KUNIG Philip, agm, s.161 vd.

³¹⁴ GRİMM Dieter, Kanada ve Alman Anayasa Hukukunda Ölçülülük (Çeviren: BAŞOL Kemal, DEMİRKIRAN Eyüp Kaan) **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 1/1, Ekim 2019, s.205

³¹⁵ GENTZ; RESS'den aktaran METİN Yüksel, age, s.11

³¹⁶ ERDEM Jülide Gül, agm, s.988

³¹⁷ SCHWARZE'den aktaran ERDEM Jülide Gül, agm, s.987

edilmiş olmaktadır. Daha fazla ağır olan müdahale her bakımdan daha ağır sonuçlar doğurmaya müsaittir.

1- Anayasa Mahkemesi'nin Gereklilik İlkesi Bakımından Verdiği Kararların Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi 6/4/1971 tarihli 1971/2 Esas 1971/36 Karar³¹⁸ sayılı kararında 6136 sayılı Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar hakkındaki Kanuna 30/6/1970 günlü, 1308 sayılı Kanunun 7. maddesiyle konulan ek maddenin 1. ve 2. bentleri hükümlerinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu 6136 sayılı Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar Hakkındaki Kanuna 30/6/1970 günlü, 1308 sayılı Kanunun 7. maddesiyle konulan ek madde şu şekildedir:

"Ek madde- Üniversite; resmi ve özel yüksek okul, akademi ve türlü eğitim ve öğretim müesseselerinde; öğrencilerin toplu olarak ikamet ettikleri yurt ve benzeri yerlerde; derneklerle bunlara bağlı yerlerde ve bunların toplantı ve kongrelerinde; her türlü spor müsabakalarının yapıldığı yerlerde, kanuna uygun veya kanuna aykırı olarak grev ve lokavt yapılmakta olan işyerlerinde veya yukarıda yazılı olan yerlerin müstemilâtında:

1- Bu Kanuna aykırı olarak ateşli silâhları, bunlara ait mermileri, 4'üncü maddede yazılı olan bıçak ve benzerlerini Türk Ceza Kanunu'nun 264'üncü maddesinde yazılı olanları taşıyan ve bulunduranlar hakkında, kanunda belli edilen cezaların iki katı hükmolunur.

2- Bu maddede gösterilen yerlerde, 6136 sayılı Kanunun 13 ve 15 inci maddelerinde ve Türk Ceza Kanunu'nun 264'üncü maddesinde yazılı olanları, 6136 sayılı Kanunun 7 inci maddesinin birinci ve ikinci bentlerinde gösterilen görevliler ile Ordu, Emniyet ve Jandarma mensupları dışında, ruhsatlı olsalar dahi, taşıyan ve bulunduranlar hakkında, kanunda daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası hükmolunur."

İtiraz yoluna başvuran mahkeme gereklilik ilkesi bakımından "itiraz konusu kanunun, ateşli silâhlarla bıçaklar ve öteki patlayıcı maddelerle işlenen suçların artışına engel olmak ve son yıllarda yurdumuzun çeşitli bölgelerinde geçen üniversite ve işçi hareketleri gibi toplumsal hareketleri frenlemek ve bu hareketler arasında ateşli silâhlarla işlenen suçları önlemek amacıyla çıkarıldığını, ancak belli suçların işlenmesine engel olmak, ya da bu suçların hiç olmazsa artışını önlemek için sadece ceza yaptırımlarını artırmanın veya yeni bir bölüm ceza yaptırımları getirmenin suçların işlenmesine ve artışına engel olamayacağı gibi, bazı hallerde, eskisine oranla daha kötü ve acı

³¹⁸ Bu karar orantılılık ilkesi kısmında da ele alınmış olup, bu kısımda sadece gereklilik ilkesi bakımından ele alınacaktır.

sonuçlar dahi doğurabileceğini, bir ceza yaptırımını kapsayan kanun hükmünün Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi sırasında, bu yaptırımla karşılanan eylemlerin, ceza yaptırımları yerine, sosyal veya ekonomik tedbirlere dayanan çalışmalarla önlenmesi olanağının bulunup bulunmadığı konusu incelenerek ve varılacak sonuca dayanılarak o kanun hükmünün Anayasa'ya uygun olup olmadığını bu ölçüye de vurmak yoluyla saptamak ve dolayısıyla iptal etmek olanağının bulunduğu” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 1971/2 Esas 1971/36 Karar sayılı kararında adını koymadan da olsa gereklilik ilkesi bakımından yaptığı incelemede, kanun koyucunun belirli sınırlar içerisinde suç ve cezaları belirlemede takdir yetkisine sahip olduğunu, itiraz yoluna başvuran mahkemenin gerekçeleri ile bu şekilde bir anayasal denetim yapılamayacağına³¹⁹ ve itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin gereklilik ilkesi bakımından verdiği kararın isabetli olmadığını düşünüyoruz. Anayasa Mahkemesi bu kararda sert bir şekilde kanun koyucunun suç ve cezaları belirlerken takdir yetkisine sahip olduğunu, bunun denetlenmesinde ise ceza hukuku alanı dışında başka yollarında kullanılabilecek olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapmanın mümkün olmadığını ifade etmiş ve gereklilik ilkesine kapıları kapatmıştır. Bu kararın eski tarihli bir karar olmasında bunun etkisinin bulunduğu kanaatindeyiz. Bugün artık gereklilik ilkesinin de Anayasal denetimde bir araç olduğunun kabulü noktasında gelinen durum bunu göstermektedir.

³¹⁹ “Toplumda belli eylemlerin işlenmesine engel olmak veya hiç olmazsa artmasını önlemek için, bunların suç sayılıp sayılmaması ve suç sayıldıklarında hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği konuları dahi, yukarıda gösterilen temel ilkelere, güvencelere ve Anayasadaki buyurucu veya yasaklayıcı kurallara aykırı düşmemek kaydıyla, yasa koyucunun takdirine bırakılmış bulunduğu, o hükmün Anayasaya uygunluğunun denetimi sırasında böyle bir ölçüye dayanmağa yer yoktur. Toplum yaşantısında huzurun sağlanması amacıyla gerekli düzeni, sosyal ve ekonomik tedbirler alınmaksızın, soyut olarak sadece ceza yaptırımlarının artırılması sonunda suçların işlenmesine ve dolayısıyla artmasına engel olunamadığı yolunda sosyoloji ve kriminoloji araştırmalarına dayanan verilerin dahi Anayasa'ya uygunluk denetiminde bir ölçü olarak alınmasına, aynı gerekçelerle, olanak düşünülemez. Ceza hukuku, karakteri itibarıyla, eski, sosyal bakımdan toplumun kültür ve uygarlık düzeyi ve sosyal ve ekonomik yaşantısı koşullarıyla yakından ilgili, kuralları eşit, tek biçimde olup kamu hukuku alanında yer alan bir hukuk dalı bulunduğundan başka, ancak Devletçe konulabilir ve biçimlendirilebilir olması nedeniyle kuralları, bir bakıma-siyasi bir karakter de taşır. Yani, toplumun belli bir zamandaki tüm yaşantısının siyasi oluşumu, ceza hukuku kurallarına ya doğrudan doğruya veya dolayısıyla etkili olur ve onlara yansır. Bu etkileme ve yansıma Anayasa'da yer alan temel ceza kurallarına ve gerek bunlarla ve gerekse öteki hükümlerle konulan sınırlara ve genel hukuk kurallarına aykırı düşmemek kaydıyla, ceza hukuku alanında olağan bir durum sayılmak gerekir. O halde bir eylemi veya davranışı yeniden suç sayan bir ceza hükmünün, soyut olarak, ceza siyaseti veya cezanın siyaseti yönlerinden Anayasaya uygunluk denetimine bağlı tutulabileceği gibi yersiz bir düşünceye varılamaz. Çünkü, ceza kuralları ile kapsadıkları ceza yaptırımları, toplumun belli bir zamandaki tüm yaşantısının çeşitli nedenlerle oluşturacağı zorunlukların doğurduğu gereksinimleri karşılamak üzere, ancak Devletçe, gerek toplumun ve gerekse onu oluşturan bireylerin yaşantılarının düzen ve güvenlerini sağlamak amaçlarıyla konulabilmektedir.”

Burada, itiraz yoluna başvuran mahkemenin de ifade ettiği gibi, ceza hukukuna başvurmadan, daha az kısıtlayıcı önlemlerle istenilen sonuca ulaşmanın mümkün olup olmadığı konusunda bir denetim yapılabilir. Yapılan denetim de varılan sonuç, daha az kısıtlayıcı bir araç ile sonuca ulaşmak mümkün ise, itiraz konusu kuralın Anayasa aykırı olduğu olacaktır. Kanaatimizce, şiddet olaylarının yaygınlaştığı bir dönemde, ceza hukuku dışında, şiddet olaylarının sosyal veya ekonomik tedbirlere dayanan çalışmalarla önlenmesi uzun vadede etkili olabilecek ise de, olayların yaşandığı süreç içerisinde bir çözüm yolu olmadığı, şiddet olaylarının yaygınlaştığı ve toplumun huzur ve sükununu bozduğu bir dönemde ceza hukuku yollarına başvurma'nın gerekli olduğu ve alternatifleri arasında en uygun seçenek olduğu gerekçeleri ile itiraza konu kuralın gereklilik ilkesine aykırı olmadığı kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi **24.11.1999 tarihli 1999/27 Esas 1999/42 Karar**³²⁰ sayılı kararında 765 sayılı "Türk Ceza Kanunu'nun 237. maddesinin dördüncü fıkrasının, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: *"Aralarında evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dini merasimini yaptıran erkek ve kadınlar iki aydan altı aya kadar hapis cezasile cezalandırılırlar."*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, *"Kadın ve erkeğin aralarında nikah akdi olmaksızın meydana getirdikleri birlikteliklerin toplumumuzda gayrimeşru addedilip, bu kabil birlikteliklere değer verilmezken, aynı birlikteliklerin evlenmenin dini merasimi yapılarak oluşturulmuşsa, toplumumuz nezdinde meşru sayılmakta ve bu kabil birlikteliklere nikah akdi yapılmış birliktelikler kadar değer verilmekte olmasına karşın itiraz konusu kuralın bu sosyal olguya aykırı olduğunu, kanunun bir dine mensup olmayan kadın ve erkeğin aralarında nikah akdi olmaksızın birlikteliklerini suç saymazken, bir dine mensup olup da, dini inancı gereği birlikteliklerini dini merasim yaparak oluşturan kadın ve erkeğin eyleminin suç saydığını, Anayasamıza göre herkesin bir dine inanmak, kanaat edinmek, inandığı dine göre ibadet etmek hakkına sahip olduğunu ve bu hakkın Anayasa'nın 13. maddesindeki sebeplerle sınırlanabileceğini, evlenmenin dini merasimini yapmanın, bir dine inanmak, inandığı dine göre yaşamak hakkı kapsamında kaldığını, kadın ve erkeğin aralarında nikah akdi olmaksızın birliktelik oluşturmuşlarsa, bu davranışlarının suç teşkil etmeyerek Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlandırma kapsamında kalmadığına göre aynı durumun birlikteliği oluşturmada önce*

³²⁰ Anayasa Mahkemesi 5237 sayılı TCK'da bu suçun karşılığı olan kanunu **27.5.2015 tarihli 2014/36 Esas 2015/51 Karar** sayılı kararında inceleyerek oyçokluğu ile iptal kararı vermiştir. Bu kararı bir sonraki karar olarak ele alıp iki kararı birlikte değerlendireceğiz.

dini tören yaparak aynı nitelikte bir birliktelik oluşturan kadın ve erkeğin davranışı içinde geçerli olması gerektiği” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 1999/27 Esas 1999/42 Karar sayılı kararında ölçülülük ilkesi bakımından yaptığı incelemede, “*Medeni Kanunun, Türkiye Cumhuriyeti’nin modern, çağdaş ve lâik hukuk sistemine geçişinin temel yapı taşlarından birini oluşturduğunu, Medeni Kanun’un özellikle resmî nikâh akdine ilişkin hükümlerinin gerektiği şekilde uygulanmasının Türk toplum ve aile hayatı açısından taşıdığı önem ve bu hükümlere uyulmadan dini nikâha dayalı olarak oluşturulan birlikteliklerin özellikle kadın ve çocuklar yönünden doğuracağı olumsuzluklar dikkate alınarak Anayasa’nın 174. maddesiyle resmî nikâh kurumu özel olarak korumaya alındığını, Anayasada ailenin ve özellikle ananın ve çocukların korunmasının devlete bir görev olarak verildiğini, Devletin, bu görevi de gözetildiğinde dini nikâha dayalı fiili birleşmelerin aile, toplum ve kamu düzenini bozucu sonuçlarını ortadan kaldıracı için resmî nikâhtan önce dini nikâh kısıtlanmasının suç sayılıp cezalandırılmasının, hukuk devleti ilkesine ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olmadığını, Anayasamızda yer alan lâiklik ilkesinin, inanç özgürlüğüne saygıdan kaynaklanan ve dini bu özgürlüğün enginliğine bırakan bir kavram olduğunu, din düşmanlığı dinsizlik ya da din karşıtlığı olarak algılanamayacağını, dini nikâhın, Medenî Kanun’da öngörülen evlenme akdinden önce yapılmasının yasaklanması bu akidden sonra yapılmasını engellemediğinden lâiklik ilkesine de aykırılık oluşturmadığı, aralarında resmî nikâh bağı olmaksızın bir arada yaşayanlarla evlenme istek ve iradesiyle dini nikâh yaptıranların aynı hukuksal konumda olmadıkları” gerekçeleri ile başvuruyu reddetmiş ve Anayasaya aykırılık olmadığına karar vermiştir.*

Anayasa Mahkemesi **27.5.2015 tarihli 2014/36 Esas 2015/51 Karar** sayılı kararında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 230. maddesinin (5) ve (6) numaralı fıkralarının Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “...(5) *Aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Ancak, medeni nikah yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.*

(6) *Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.”*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme özetle “*itiraz konusu kurallarla evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptıрма eylemlerinin suç olarak düzenlenip cezai müeyyideye bağlandığı, oysa evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmamanın özel hayat ile din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin hususlar olduğu, dolayısıyla resmî bir evlilik akdi olmaksızın birlikte yaşamamanın dahi suç olmadığı bir*

hukuki düzende evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın suç olarak düzenlenmesinin anayasaya aykırı olduğu” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2014/36 Esas 2015/51 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “Anayasamızda herkesin, özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile din ve vicdan hürriyeti hakkının güvence altına alındığını, özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının bir yönüyle, resmî makamların özel hayata müdahale edememesi yani kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi hakkını da güvence altına aldığını, din ve vicdan özgürlüğü hakkının ise "dini veya inancı dışa vurma özgürlüğünü"³²¹ de kapsamına aldığını, din ve vicdan özgürlüğünün "demokratik toplumun temel taşlarından biri" ve "insanların kimliklerini ve yaşam biçimlerini oluşturmalarını sağlayan" bir temel hak olarak, tıpkı özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı gibi kural olarak devletin ve diğer kişilerin müdahale edemeyeceği bir alan oluşturduğunu, ancak bu hakların mutlak nitelikteki haklardan olmayıp Anayasada belirtilen şartlar altında sınırlandırılabileceğini, itiraz konusu kural ile bu haklara sınırlama getirildiğini³²², itiraz konusu kural ile korunan hukuki menfaatin evlilik ile kurulan aile düzenini korumak olduğunu³²³, Ölçülülük ilkesi³²⁴ uyarınca, özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne müdahale edilebilmesi için demokratik toplum düzeni bakımından bir zorunluluğun bulunması, itiraz konusu sınırlama bakımından, aile kurumunun sağladığı hukuki himayenin, bir başka ifadeyle kişilerin evlilik bağının kurulmasından kaynaklanan haklarının, bu sınırlama olmaksızın korunamamasının gerektiğini, oysa hukuk düzeninde, kişilerin evlilik bağının kurulmasından kaynaklanan haklarını koruyacak hukuki müesseselere yer verilmiş olduğunu, Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca, eşlerin evlilik bağından kaynaklanan haklarını ileri

³²¹ “Dini veya inancı dışa vurma özgürlüğü, “gerek alenen gerekse özel alanda bireysel olarak veya topluluk halinde’ kullanılabilir. Dini veya inancı dışa vurma özgürlüğü, ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulama ve öğretme gibi çok geniş bir davranış yelpazesini kapsar. İbadet kavramı, bir inancın doğrudan ifade edilmesini sağlayan törensel ve ayinsel eylemleri kapsadığı gibi, bu uygulamalara özgü olan ibadet yerlerinin inşası, ayinsel ifade/duaların ve nesnelerin kullanılması, sembollerin sergilenmesi ve bayram ya da dinlenme günlerine uyulmasını da kapsar.”

³²² “İtiraz konusu kurallarda, evlenmenin dinsel törenini yaptırınlar ile evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapanların cezalandırılması öngörülerek, kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne bir sınırlama getirildiği açıktır. Zira kişiler arasında evlilik bağının nasıl kurulacağına ilişkin tercihte bulunulmasının ve bu bağın dinsel ritüel ve uygulamalara göre yapılabilmesinin kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında kaldığı tartışmasızdır. Din ve vicdan özgürlüğü yönünden de uluslararası alanda genel kabul görmüş normlar uyarınca, bu özgürlüğün özel bir görünümü olan "dini veya inancı dışa vurma özgürlüğü"; ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulamalar ve öğretme gibi çok çeşitli davranışları kapsamaktadır. Dolayısıyla, evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın da anılan özgürlük kapsamında kaldığı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.”

³²³ “İtiraz konusu kurallara ilişkin suçlarla korunmak istenen hukuki menfaat dikkate alındığında, anılan sınırlamanın amacının, evlilikle kurulan aile düzenini korumak olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de söz konusu suçlarla, resmî niteliği bulunmayan dolayısıyla da hukuki himaye sağlamayan evlenmenin dinsel törenini yapmak ve yaptırmak yasaklanarak, evlilik kurumunun bahsettiği haklardan eşlerin mahrum kalmamalarının sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir.”

³²⁴ “Ölçülülük, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.”

sürebilmeleri için kanunda belirtilen memur önünde resmi nikâh yaptırmalarının zorunlu olduğunu, aksi takdirde evlilik bağından kaynaklanan birçok hakka sahip olmalarının mümkün olmadığını, başka bir ifadeyle, kişilerin resmî evlilik yaptırmamaları hâlinde maruz kalabilecekleri hukuki yaptırımların olduğunu, bunların kişilerin resmî evlilik yaptırmalarını sağlayabilecek elverişlilikte olduğunu, dolayısıyla kişilerin dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerini cezalandırmayı gerektirecek bir zorunluluk bulunmadığını, sadece evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın suç olarak düzenlenmemesinin, bu birlikteliği hukuk düzenince geçerli olarak kabul edilen bir niteliğe kavuşturmadığını, gerekli olmadığı halde bu hakların sınırlandırılmasının ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu³²⁵, Ölçülülük ilkesi uyarınca sınırlama amacını gerçekleştirebilecek daha hafif bir sınırlama aracı bulunmaktayken daha ağır bir sınırlama aracının seçilmesi mümkün olmadığını, Hukuk düzenince resmî evlilik dışındaki hiçbir evlilik türüne hukuki sonuç bağlanmamak suretiyle, bir başka ifadeyle, "hukuki müeyyide aracı" kullanılarak itiraz konusu kurallarla amaçlanan aile düzeninin korunmasına yönelik önlem alınmış olduğunu, dolayısıyla hukuk düzenince bu önlem alınmışken "hukuki müeyyide" aracından daha ağır bir müeyyide öngören "suç ve ceza aracı"na başvurulmasının ölçüsüz olduğunu, kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmalarının, özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırmalarının suç olarak düzenlenmesinin de anılan ölçüsüzlüğü açıkça gösterdiği" gerekçeleri ile itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi 24.11.1999 tarihli kararında ve 27.5.2015 tarihli kararında benzer düzenlemeleri içeren kanun maddelerini ele almıştır. Mahkeme aradan geçen yaklaşık 16 yılda fikrini zıt yönde değiştirmiş bulunmaktadır. Eski tarihli kararda medeni kanun ile getirilen resmi evlilik kurumunun önemine ve amacına binaen itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar veren mahkeme, yeni tarihli kararında itiraz konusu kuralın ölçülülük ilkesine ve özellikle de gereklilik ilkesine aykırı olduğundan bahisle Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Anayasa mahkemesi 24.11.1999 tarihli kararında itirazı eşitlik ilkesi bakımından incelerken "Aralarında resmî nikâh bağı olmaksızın bir arada yaşayanlarla evlenme istek ve iradesiyle dini nikâh yaptıranlar aynı hukuksal konumda değildir." sonucuna ulaşmıştır. Ancak bu

³²⁵ "Demokratik toplum düzeni bakımından bir zorunluluk bulunmadığı hâlde, bir başka ifadeyle, itiraz konusu kurallarla getirilen sınırlamanın amacı olan aile düzeninin korunması yönünden gerekli olmadığı hâlde, itiraz konusu kurallarla kişilerin özel hayatları ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile din ve vicdan özgürlükleri kapsamında kalan evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerinin suç olarak düzenlenip bunlara cezai yaptırım bağlanması, anılan haklara orantısız bir müdahalede bulunulması sonucunu doğurmakta ve ölçülülük ilkesine aykırı düşmektedir."

kararında “*Aralarında resmî nikâh bağı olmaksızın bir arada yaşayanlar*” ile “*evlenme istek ve iradesiyle dini nikâh yaptıranların*” aynı hukuksal konumda olmadığını belirtirken bu ayrımı sadece taşıdıkları saike göre yapmış, neden aynı konumda olmadıklarını somut olarak açıklayamamıştır. Esasen bakıldığında bu iki eylem aynı şekilde işlenmekte, gerçekleştirilen fiil neticeten aynı sonuçları doğurmakta, bu iki grubun tamamen aynı niyetlerle hareket ettiğinde tereddüt bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi 27.5.2015 tarihli kararında 24.11.1999 tarihli kararından farklı olarak “*kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırmalarının suç olarak düzenlenmesi, anılan ölçüsüzlüğü açıkça ortaya koymaktadır.*” tespitinde bulunmuş, kendi ilk verdiği kararından vazgeçmiş ve aynı konumda bulunan iki kişinin ölçüsüz bir şekilde farklı değerlendirmeye maruz kaldığını belirtmiştir.

Ülkemizin kültürel, sosyal, ekonomik ve dini yapısı dikkate alındığında “*resmi nikah kıyılmadan önce dini nikah kıyma*” şeklinde gerçekleşen eylemlerin ülkemizde önemli bir gündem maddesi teşkil ettiğinde tereddüt bulunmamaktadır. Gerçekten ülkemizin pek çok yerinde ve pek çok kesiminde dini nikah kıyılması önemsenmekte, dini nikah kıymadan kendi inançları yönünden evlenmelerinin sahih olmayacağı şeklinde bir anlayış hakim bulunmaktadır. Ancak dini nikah, medeni kanunun tanıdığı anlamda evlenmeyle ilgili hakların kazanılmasını sağlamamaktadır. Bununla birlikte çocuk yaşta evlenmeler ile resmi nikah olmadan gerçekleşen evlenmelerin olumsuz sonuçları, meydana gelen vahim hadiseler de düşünüldüğünde bunun önüne geçilebilmesi adına önlemler alınması da sosyal bir hukuk devletinin görevleri arasında bulunmaktadır. Kanun koyucu suç siyaseti gereği ihtiyaç duyulan alanlarda yeni suçlar ve cezalar meydana getirebilecektir. Ancak kanun koyucunun bu yetkisi de anayasanın ve ceza hukukunun evrensel ilkeleri ile sınırlıdır. Ceza hukukunun ilkelerinden birisi olan ultima ratio ilkesine göre (Ceza hukukunun son çare olması ilkesi) başkaca yollardan sonuç almak mümkünken ceza hukuku yollarına başvurulmaması gerekmektedir.³²⁶ Bizim konumuz özelinde resmi nikah kıyılmadan dini nikah kıyılmasının önüne geçmek başka yollardan mümkün ise, bunun ceza hukuku

³²⁶ Anayasa Mahkemesi’nin bu kararında açıkça olmasa bile ultima ratio ilkesini göz önünde bulundurduğuna dair görüş için bkz: DEMİRTAŞ Soner, Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s.496

ile sağlanmaya çalışılması gereksiz ve ölçsüz bir yaklaşım olacaktır. Anayasa Mahkemesi 24.11.1999 tarihli kararında yukarıda bahsettiğimiz suç siyaseti gereği devletin bu alanda düzenleme yapabileceğini, bunun hukuk devleti ilkesine de aykırı düşmediğini belirtmiştir. Özellikle laiklik ilkesine vurgu yapan mahkeme, resmi nikah kısılmadan önce dini nikah kısılmasını suç olarak düzenleyen kanun hükümlerini laiklik ilkesine de aykırı bulmayarak başvuruyu reddetmiştir. Mahkemeye göre burada amaçlanan şey ailenin, kadının ve çocuğun korunmasıdır. Resmi nikah kısıldıktan sonra dini nikah kısılması önünde hiçbir engel bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi 27.5.2015 tarihli kararında³²⁷ evlenmeden önce dini nikah kısılması fiilini *“Din ve vicdan özgürlüğü yönünden de uluslararası alanda genel kabul görmüş normlar uyarınca, bu özgürlüğün özel bir görünümü olan "dini veya inancı dışı vurma özgürlüğü" kapsamında görmüştür. Ayrıca mahkeme hukuk düzenince resmî evlilik dışındaki hiçbir evlilik türüne hukuki sonuç bağlanmamak suretiyle itiraz konusu kurallarla amaçlanan aile düzeninin korunmasına yönelik önlemler alınmış bulunmaktadır demekle yukarıda bahsettiğimiz ceza hukukunun son çare olması ilkesine açıkça olmasa bile değinmiş bulunmaktadır. Mahkeme burada şunu kastetmektedir; bir kişi dini nikah kıydığında bunun medeni kanun uyarınca resmi nikah kıyıldığında sağlanan hakları vermeyeceğinin bilince olduğu için zaten resmi nikaha yönelecektir. Sadece dini nikah kıyıldığında ise resmi hiçbir hakkı olmayacağı için bunun bilinci ile resmi nikah da kıydıracaktır. Mahkemenin bu yaklaşımı ise her ne kadar mantıklı ise de Türkiye gerçekleri ile uyuşmamaktadır.”*³²⁸

Anayasa Mahkemesinin 27.5.2015 tarihli iptal kararından sonra, yapılan düzenlemelerle *“il ve ilçe müftülerine”* resmi nikah kıyma yetkisinin verilmesiyle söz

³²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının isabetli olmadığı belirtilerek, kararın yetişkinler üzerinde doğabilecek zararları ve ayrıca çocukların cinsel istismarı suçuna etkilerinin tartışıldığı kaynak için bkz: TANER Fahri Gökçen, Anayasa Mahkemesi'nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt:29, Sayı: 124, Yıl: Mayıs 2016,(221-246)

³²⁸ İtiraza konu kuralın ölçülülük ilkesine aykırı olmadığı taşıdığı amaç bakımından ölçülü bir düzenleme olduğu, itiraz konusu kural ile getirilen sınırlandırmanın amacının evlilik ile kurulan aile düzenini korumak olduğu, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ile yerindelik denetimi yaparak kanun koyucunun takdir yetkisine müdahale ettiği yönündeki görüş için bkz: EVİK Ali Hakan, Birden Çok Evlilik ve Hileli Evlilik Suçları, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:19, Sayı:1, Haziran 2020, s.9 vd.

konusu probleme bir çözüm getirilmeye çalışılmıştır.³²⁹ Ceza hukuku yollarına başvurulmadan, istenilen amaca ulaşmak için, normal resmi nikah özellikleri göz önünde bulundurularak il ve ilçe müftülerince kıyılacak nikah, resmi nikaha dini bir yönde yükleyerek bu konuda hassasiyeti olan vatandaşların bu yola yönelmesini sağlayacak ve resmi nikah sonuçlarını da doğuracağı için, aile, kadın ve çocukların korunmasında ceza hukukuna nazaran medeni hukuk çerçevesinde bir koruma getirilmeye çalışıldığı iddia edilebilir. Bu şekilde bir çözümün olması da itiraz konusu kanun maddelerinin gereklilik sorgulamasında dikkate alınabilir.³³⁰

Anayasa Mahkemesi **21.1.2004 tarihli 2002/166 Esas 2004/3 Karar**³³¹ sayılı kararında 1632 sayılı "Askeri Ceza Kanunu'nun 4551 sayılı Yasa ile değiştirilen 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: *"Aşağıda yazılı fiilleri işleyen asker kişiler, yabancı ülkeye kaçmış sayılarak üç seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.*

A) *Herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçirenler..."*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme gereklilik ilkesi bakımından, *"değişen ve gelişen dünyada ulaşım ve bilişim kavramlarının çok değiştiğini, Asker kişilerin de diğer insanlar gibi yakın akrabasının ağır hastalığı, ölümü veya başka makûl nedenlerle ani olarak yurtdışına çıkmaları gereğinin zaman zaman ortaya çıkabileceğini, itiraz konusu kural ile yurt dışına çıkan bir askeri şahsın firar kastı ile davranmasa dahi, sırf yetkili komutanlıktan yurt dışına çıkış izni almadığı için üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile birlikte As. CK'nın 30/A maddesi uyarınca "Türk Silahlı Kuvvetlerinden Çıkarma" fer'i cezası ile cezalandırıldığını, suçun sırf askeri suç olması ve verilen cezanın miktarı bakımından hapis*

³²⁹ Kasım 2017 Tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan 7039 sayılı kanun ile yayınlanarak 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 22. maddesine "il ve ilçe Müftülüklerine" ibaresi eklenmiştir. Kanunun son şekli şu şekildedir: "Evlendirme yetkisi MADDE 22- (1) Bakanlık, evlendirme işlemlerinin nüfus ve vatandaşlık hizmetlerinin bütünlüğü içerisinde yürütülmesi için gereken her türlü tedbiri alır ve uygular. (2) Evlendirme memuru; belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muhtardır. Bakanlık, il nüfus ve vatandaşlık müdürlüklerine, nüfus müdürlüklerine ve dış temsilciliklere, il ve ilçe müftülüklerine evlendirme memurluğu yetkisi ve görevi verebilir. Eşlerden birinin yabancı olması halinde evlendirmeye, (...) (1) belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürleri yetkilidir."

³³⁰ Bu kararın gereklilik ilkesinin güzel bir uygulaması olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte Mahkemenin karar gerekçesinde sınırlama aracının "hapis cezası" sınırlama amacının ise "aile düzenini korumak olduğu" belirtilmesine rağmen itiraz konusu kanunun gerekçesine bakıldığında itiraza konu hükmün amacının "İnkılap Kanunlarını Korumak" olduğunun anlaşıldığı, bu hali ile de sınırlama aracının sınırlama amacı bakımından ölçülü olduğu, mahkemenin karar gerekçesinin bu yönü ile hatalı olduğu ifade edilmiştir. Bkz: GÖZLER Kemal, İnsan Hakları Hukuku, age, s.372-378

³³¹ Anayasa Mahkemesi, **5.4.2005 tarihli 2004/100 Esas 2005/16 Karar** sayılı kararı ile **14.7.2016 tarihli 2016/11 Esas 2016/132 Karar** sayılı kararlarında da aynı kanun maddesinin Anayasaya aykırılığını incelemiş ve farklı sonuçlara ulaşmıştır. Bu sebeple bu kararları peş peşe inceleyip birlikte değerlendirme yapacağız.

cezasının herhangi bir tedbire de çevrilemediğini, getirilen ceza nedeniyle temel haklardan olan seyahat hürriyetinin kullanılamaz duruma getirildiğini, yurtdışına çıkışın seyahat hürriyetinin bir parçası olduğunu, Anayasanın 23'ncü maddesine göre "Suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek" amacıyla kanunla sınırlanabileceğini, itiraz konusu kanun ile asker kişilerin seyahat hürriyetinin ağır bir ceza tehdidi ile ve hakkın özüne dokunularak sınırlandırıldığını, idarenin başka idari tedbirler alarak personelin yurtdışına çıkışını rahatlıkla takip edebileceğini, günümüz haberleşme ve ulaşım olanakları sayesinde dünyanın neresinde olursa olsun anında irtibatın kurularak haberleşmenin tesis edilebildiğini" bu gerekçelerle de itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2002/166 Esas 2004/3 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, "izinli veya raporlu olsa dahi yetkili makamlardan yurt dışına çıkış izni almadan yasal veya yasa dışı yollarla yurt dışına çıkma ve üç gün geçirme eyleminin yabancı memlekete firar suçunu oluşturduğunu, kanun koyucunun suç ve cezaları belirlerken belirli sınırlar içerisinde takdir yetkisine sahip olduğunu ve bu yetkiyi kullanırken suçun askeri suç olup olmadığını da dikkate alması gerektiğini"³³², askeri hizmetin özellikleri ve eylemleri ceza yaptırımına bağlanan kişilerin askerliği meslek olarak kabul ettikleri göz önünde bulundurulduğunda, itiraz konusu kuralla suç kabul edilen eylemle cezası arasında demokratik bir toplumda uygun görülebilecek adil bir dengenin bulunmadığı" gerekçeleri ile Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı vermesinden sonra, Askeri Ceza Kanunu'nun 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendini değiştiren ve yürürlüğe giren 5080 sayılı Yasa ile, suçun unsurlarında bir değişiklik yapılmadan yurt dışına firar suçuna uygulanacak hapis cezasının alt sınırı üç yıldan bir yıla indirilmiştir. Böylece yabancı memlekete firar suçundan mahkûm olanların ceza mahkumiyetinin sonucu olarak Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası ile cezalandırılmaları önlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, **5.4.2005 tarihli 2004/100 Esas 2005/16 Karar** sayılı kararında kanunun yeni halinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraz konusu kanun

³³² "Yasakoyucu ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz, Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletirici tutum ve davranışların neler olacağı, hangi cezaların para cezasına çevrilebileceği veya tecil edilebileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Bu takdir yetkisinin kullanılmasında suçun askeri olup olmamasının da dikkate alınacağı açıktır. Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin askeri suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını zorunlu kılabilir. Ancak, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu uygulamakla yükümlü devlet anlayışını yansıttığından, askeri ceza hukuku alanında da suçla ceza arasında akla uygun, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanması, hukuk devleti olmanın gereğidir."

maddesi şu şekildedir: “Aşağıda yazılı fiilleri işleyen asker kişiler, yabancı ülkeye kaçmış sayılarak bir seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar:

- A) Herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçirenler...”

İtiraz yoluna başvuran mahkemenin itiraz gerekçeleri, bir önceki başvuru ile paralellik taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi 2004/100 Esas 2005/16 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “Mevzuatımızda yurt dışına çıkma ve yurda girme işlemlerinin 5682 sayılı Pasaport Kanunu’nda düzenlendiğini, buna ek olarak Türk Silahlı Kuvvetlerinin disiplini ve askerlik hizmetlerinin gereklerinin yurt dışına çıkmak isteyen asker kişiler için buna ek olarak bazı esaslar tespit edilmesini zorunlu kılabileceğini³³³, kanun koyucunun takdir yetkisinin sınırları içerisinde suç ve cezaları belirleyebileceğini, askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığının, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını zorunlu kılabildiği” gerekçeleri ile itiraz konusu kuralın Anayasanın 38. maddesine aykırı olmadığını ve itiraz konusu kuralın Anayasanın 13. maddesi ile bir ilgisinin bulunmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi **14.7.2016 tarihli 2016/11 Esas 2016/132 Karar** sayılı kararında yaklaşık 11 yıl sonra yine aynı kanun maddesinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraz yoluna başvuran mahkemenin itiraz gerekçeleri önceki başvurularla paralellik taşımaktadır. Bu süreç içerisinde itiraz konusu kanun maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Anayasa Mahkemesi 2016/11 Esas 2016/132 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “Anayasa’nın “Yerleşme ve seyahat hürriyeti” başlıklı 23. maddesinde vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararıyla

³³³ “Anılan Yasa’nın 2. maddesine göre, Türk vatandaşları ile yabancılar Türkiye’ye girebilmek ve Türkiye’den çıkabilmek için yolcu giriş ve çıkış kapılarındaki polis makamlarına usulüne uygun ve muteber pasaport veya pasaport yerine geçerli bir vesika ibraz etmeye mecburdurlar. Bu zorunluluk, seyahat özgürlüğünün kullanımında evrensel bir şekil şartı olduğu gibi, Türk Silahlı Kuvvetlerinin disiplini ve askerlik hizmetlerinin gerekleri yurt dışına çıkmak isteyen asker kişiler için buna ek olarak bazı esaslar tespit edilmesini zorunlu kılabilir. Idarenin, savunma hizmetlerinin planlanması ve yürütülmesi için ne kadar askeri personelin görev başında ne kadarının izinde ve ne kadarının da yurt dışında olduğunu bilmesi gerekebilir. Nitekim, 926 sayılı TSK Personel Kanunu’nun 127. maddesinde yurt dışı izinlerinin esasları düzenlenmiş ve bu izni vermeye yetkili makamlar belirlenmiştir. Asker kişilerin yurt dışına çıkışlarında sivil vatandaşların yerine getirmek zorunda oldukları şekil şartlarına ek olarak, mevzuatta belirtilen bazı biçimsel şartları yerine getirmek zorunda olmaları farklı hukuksal konumlarının sonucudur.”

sınırlanabileceğinin hüküm altına alındığını, bununla birlikte her hakkın kendi doğasından kaynaklanan bazı sınırlandırmalara da tabi tutulabileceğini³³⁴, hakların özlerine dokunacak şekilde sınırlandırılmayacağını³³⁵, temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın, demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olması gerektiğini, asker kişilerin yurt dışına çıkmasının izin koşuluna bağlanabileceğini³³⁶, suçun işlenmesi bakımından hiçbir şekilde izinli olmaksızın üç günden daha uzun bir süreyi ülke sınırları dışında geçiren askerler ile izinli olmakla birlikte yurt dışına çıkış izni bulunmayan ve söz konusu izinlerini ülke sınırları dışında geçiren askerlerin hukuki durumlarındaki farklılık gözetilmeksizin aynı yaptırıma tâbi kılındıklarını, Silahlı kuvvetlerin iç düzeninin sağlanması amacıyla askeri hizmetin gerekleri gözetilerek itiraz konusu kural ile yaptırıma bağlanan eylemlerinin disiplin hukuku kapsamında bir disiplin ihlali olarak nitelendirilmesi ve bu ihlali gerçekleştiren asker kişilere disiplin yaptırımı öngörülmesinin mümkün olduğunu, itiraz konusu kuralın “adalet” ve “hakkaniyet” ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi kuralla seyahat özgürlüğüne getirilen sınırlandırmanın demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşan ölçülü bir sınırlama niteliği taşımadığı” gerekçeleri ile itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Görüldüğü gibi aynı konu yaklaşık 12 yıl içerisinde Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiş, mahkeme her kararında farklı sonuçlara ulaşmıştır. Hatta Anayasa Mahkemesi’nin bu konudaki son iki kararının neredeyse taban tabana birbirine zıt olduğu görülmektedir. Mahkeme son kararı ile ilk kararına yakın bir bakış açısına dönmüştür. İtiraz konusu kuralın Türk Silahlı Kuvvetleri’nde askeri disiplin ve mesleğin gereklerini sağlamak amacını taşıdığı, bu amaç içinde elverişli olduğu açıktır. İtiraz yoluna başvuran mahkemelerde bunu kabul etmekle birlikte düzenlemenin ölçüsüz olduğunu ve aynı amacın özellikle disiplin yaptırımları ile de sağlanabileceğini iddia etmektedirler. Gereklilik ilkesi gereğince, aynı amaca ulaşmaya elverişli olan birden

³³⁴ “Anayasa Mahkemesinin kararlarında belirtildiği gibi temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan sınırları da bulunmaktadır. Dolayısıyla düzenlendiği maddede sınırlama sebebi bulunan haklar bu sınırlama sebepleri ile sınırlandırılabileceği gibi bu sınırlama sebepleri dışında temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan sınırları nedeniyle de sınırlama yapılması mümkün bulunmaktadır. Ancak, bu sınırlamalar Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz. Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, hak ve özgürlüklerin özlerine dokunamayacağı gibi demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine de aykırı olamaz.”

³³⁵ “Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşıması gerekir.”

³³⁶ “Silahlı kuvvetler, yurt savunması gibi önemli bir görevi ifayla yükümlüdür. Milli savunma hizmetinin planlanması ve yürütülmesi bakımından ne kadar askeri personelin görev başında, ne kadarının izinde ve ne kadarının da yurt dışında olduğunun bilinmesi gerekebilir. Kanun koyucu, askeri disiplinin sağlanması ve korunması amacıyla asker kişilerin yurt dışına çıkışlarında belirli yükümlülükleri yerine getirmeleri konusunda takdir yetkisine sahiptir. Asker kişilerin yurt dışına çıkışlarının “izin koşuluna” bağlanması da bu kapsamdadır.”

fazla aracın bulunması halinde, sınırlandırmanın taraflarına en az yükümlülük yükleyen aracın seçilmesi gerekmektedir. Bu noktadan hareketle, firar kastı olmaksızın izinsiz olarak yurtdışına çıkma eyleminin önüne geçilmesinin disiplin cezası ile de sağlanabileceği, bu yol varken firar kastı ile hareket etmeyen asker kişilerin 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ile yaptırım tehdidi altında bulundurma ölçüsüz bir tercih olacağı kanaatindeyiz. Bu gerekçelerle bizde itiraz konusu kuralın gereklilik ilkesine aykırı olduğunu düşünüyoruz.³³⁷

Anayasa Mahkemesi **10.2.2004 tarihli 2001/143 Esas 2004/11 Karar**³³⁸ sayılı kararında 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ikinci fıkrasının Anayasa'nın 10. ve 38. maddelerine aykırılığını incelemiştir. İtiraz konusu kuralın ilgili kısımları şu şekildedir: “*Milli Park sınırları içinde;*

...b) Belirlenen yerler dışında ateş yakmak veya izin verilen yerlerde yakılan ateşi söndürmeden mahallini terk etmek... yasaktır.

Birinci fıkranın; (a) bendinde belirlenen fiili işleyenler onaltı milyon lira hafif para cezası, (b) ve (c) bendlerinde belirtilen fiilleri işleyenler iki yıldan aşağı olmamak üzere hapis, yüzaltmış milyon liradan sekizyüz milyon liraya kadar ağır para cezası, (d) bendinde belirtilen fiilleri işleyenler dört yıldan aşağı olmamak üzere hapis, sekizyüz milyon liradan dört milyar sekizyüz milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme açıkça gereklilik ilkesi bakımından bir başvuru yapmamakla beraber ölçülülük ilkesi bakımından “*Gelibolu Yarımadası Milli Parkı içinde ateş yakma eylemine 2 yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası öngörüldüğünü, genel hükümlere göre bu suçun cezasının üst sınırının 24 sene hapis cezası olduğunu, yangına dönüşmeyen herhangi bir yeri yakmayan sadece dar amaçlı olan bir ateş yakma eylemine öngörülen cezanın alt ve üst sınırları itibarı ile hangi sosyal gerekçelerle tertip edildiğinin anlaşılamadığını, piknik yapma amaçlı bir ateş yakmaya dahi öngörülebilecek cezanın, ceza politikası ve suç siyaseti kavramlarında öngörüleemeyen bir biçimde ve sosyal adalet duygusunu sarsabilecek bir aşırılıkta cezaya sonuç verebileceğini, ayrıca ateş yakma sonucu oluşabilecek diğer tehlikeler bakımından ayrı suç ve cezaların düzenlenmiş olduğunu,*

³³⁷ İtiraz konusu kural “İzinli olduğu durumlar hariç, ülke sınırları dışında üç günü geçirenler” şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

³³⁸ Bu karar idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza koyma yasağı bakımından da ayrıca incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin aynı kanun maddesi ile ilgili benzer yönde verdiği diğer bir karar için bkz: **5.5.2004 tarihli 2002/114 Esas 2004/53 Karar** sayılı karar.

yarımada bir ilçe merkezi ve 12 köy bulunduğuna göre insan yerleşimine açık bir milli parkta yerine göre çok doğal bir insan gereksinimi olabilecek ateş yakma eyleminin bir suç tipi olarak ortaya konması ve ateş yakma sonucunda hiçbir yer yanmamış olsa bile bunun şekli bir suç tipi olarak alt sınırının 2 yıldan başlayacak üst sınırı belli olmayacak bir cezalandırmaya tabi tutmanın” Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmektedir.

Anayasa Mahkemesi 2001/143 Esas 2004/11 Karar sayılı kararında başvuruyu eşitlik ilkesi³³⁹ ve suç ve cezalarda kanunilik ilkesi bakımından ele almış, ölçülülük ilkesi bakımından herhangi bir değerlendirme yapmadan, Anayasaya aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin kararı ölçülülük ilkesi bakımından bir değerlendirme içermediği için eksiktir. İtiraz yoluna başvuran mahkeme özellikle suç teşkil eden eylem ile verilecek ceza arasındaki orantısızlığa dikkat çekmiş, çok makul sayılabilecek insan gereksinimleri dolayısı ile bile cezalandırmanın kaçınılmaz olduğuna işaret etmiştir. Kanun koyucunun belirli sınırları içinde suç ve cezaları belirleme yetkisinin olduğu, Gelibolu Yarımadası’nın taşıdığı önemden dolayı özel olarak koruma altına alınması gerektiği, bu sebeple de burada çıkabilecek yangınları önlemek amacıyla suç ve ceza koymanın takdir yetkisi içerisinde kaldığı açıktır. Ancak itiraz konusu kural ile 2 yıldan 24 yıla kadar hapis cezası öngörülmekte, itiraza konu kanunun son fıkrası gereği de *(İki, üç ve dördüncü fıkralarda gösterilen cezalar için 13.7.1965 tarihli ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 4’üncü ve 6’ncı maddeleri uygulanmaz.)* bu suçtan mahkûm olan kişinin cezası seçenek yaptırımlara çevrilmesi ya da ertelenmesinin önü kapatılmaktadır. Yani mahkûm olan kişi, yaptığı eylem basit bir ateş yakma ya da yangına dönüşen bir ateş yakma dahi olsa hapis cezasına mahkûm edilmektedir. Bu noktada biz kanunun gereklilik ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz. Çünkü, kanunda zararın büyüklüğüne göre de bir ayırım yapılmamıştır. Özellikle küçük çaplı sayılabilecek, örneğin mangal yakma gibi eylemlerin daha sıkı bir denetimle ve buna bağlı olarak uygulanacak idari ve/veya cezai nitelikte para cezalarıyla önüne geçmek mümkündür. Bu ise istenilen

³³⁹ “Yasakoyucu, itiraz konusu kurallarla, tarihin en büyük savaşlarından birine sahne olmuş ve savaşta ölen yüzbinlerce insanın anısını ulus ayırımı gözetmeden yaşatan bir bölge olan Gelibolu Milli Parkını korumak amacıyla özel bir düzenleme getirmiştir. Bölgenin, tarihsel geçmişi, sert rüzgarlara açık konumu ve buna bağlı olarak korumada genel hükümlerin yetersiz kalması, daha önce büyük bir orman yangını geçirmiş olması bölgenin tüm çevresiyle özel bir korumaya alınmasını gerekli kılmıştır. Bu özelliği nedeniyle Gelibolu Milli Parkından yararlananlarla, bu bölge ile farklı özellikler taşıyan diğer bölgelerden yararlananların aynı hukuksal kurallara tabi tutulmamasında eşitlik ilkesine aykırılık yoktur.”

sonuca daha az kısıtlama getiren bir araçla ulaşmanın mümkün olduğunu göstermektedir. Daha az sınırlama ile istenilen sonuca ulaşmak mümkün ise bu, itiraza konu kanun gereklilik ilkesine aykırı olduğunu göstermektedir.³⁴⁰ Bu konulara, karara karşı yazılmış karşı oyda değinilmiştir.³⁴¹

Anayasa Mahkemesi **30.3.2011 tarihli 2007/95 Esas 2011/61 Karar** sayılı kararında 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 11.12.1935 günlü, 2862 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle değiştirilen 49. maddesinin (A) fıkrasının *“filleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin ' bitmesinden itibaren işlemeye başlar”* bölümünün Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: *“(Değişik: 11.12.1935- 2862/4 Md.) Aşağıdaki fıkralarda yazılı hükümler mahfuz olmak üzere askeri suçlarda dava ve cezanın düşmesi hususlarında Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitabının 9 uncu babı hükümleri tatbik olunur.*

A) Yoklama kaçağı, bakaya, saklı ve firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlar.

B) Hıyanet cürümlerile maznun ve mahkum olanlar hakkında müruru zaman yoktur.

C) (Ek: 14/6/1989-3574/1 md.) Sırf askeri suçlarda Türk Ceza Kanununun 119 uncu maddesi hükümleri uygulanmaz”

³⁴⁰ Anayasa Mahkemesi'nin “ateş yakma” fiili için öngörülen ve alt sınırı iki yıl olan hapis cezasını orantılılık ilkesine aykırı bularak iptal edebileceği yönünde bkz: GÖZLER Kemal, İnsan Hakları Hukuku, age s.375

³⁴¹ Fazıl SAĞLAM karşı oyu: *“İtiraz konusu kural bu ilkelere aykırı bir düzenlemedir. Üstelik, 4533 sayılı Kanun'un 6. maddesinin son fıkrası, itiraz konusu ceza, “için 13.7.1965 tarih ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddeleri uygulanmaz” hükmünü getirmiştir. Başka bir deyişle bu suçtan mahkum olan kişinin cezası 647 sayılı Kanun'un 4. madde uyarınca başka bir yaptırıma dönüştürülemeyecek veya aynı yasanın 6. maddesi uyarınca ertelenemeyecektir. Bu da gösteriyor ki işlenen eylem ile ceza arasında büyük bir oransızlık mevcuttur. Böyle bir hukuksal çerçeve ile bağlı olan yargıç ise, yasak olduğunu bilmediği bir yerde ateş yaktığı sırada yakalanıp hakkında zabıt tutulan bir kişiye 2 yıl ceza verip takdiri hafifletici sebepleri uygulama dışında bir şey yapamayacaktır. Gelibolu Yarımadası'nın tarihsel özelliği, Çanakkale Savaşında ölenlerin anılarının korunması, ve bu anıların yaşatıldığı çevrede geçmişte dikkatsizliklerin sebep olduğu orman yangınların önlenmesi gibi düşünceler, ateş yakma eylemini başlıbaşına suç olarak tanımlamayı haklı kılabılır, ama bu eyleme böylesine ağır bir yaptırım öngörülmesine dayanak teşkil edemez. Kaldı ki bu amaçlara ulaşmanın tek yolu hapis cezası yaptırımı da değildir. Daha sıkı bir denetimle ve buna bağlı olarak uygulanacak idari ve/veya cezai nitelikte para cezalarıyla anılan amaçlara daha etkili bir biçimde ulaşmak mümkündür. Bunun yerine anılan amaçları hapis cezasının yüksekliği ile sağlamaya yönelmek, çağdaş ceza siyasetine aykırı olduğu gibi, ölçülülük ilkesinin ikinci alt ilkesi olan gereklilik ilkesini de ihlal eder. Nitekim olayı somutluğu içinde görüp bu rahatsızlığı duyan mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurusunun nedeni de budur. Ancak çoğunluk kararında bu hususların hiçbiri gözetilmemiş ve bu davada yasa koyucunun takdir yetkisinin sınırlarını son derece geniş tutan bir eğilim egemen olmuştur. Oysa itiraz konusu kuralda öngörülen ceza, “belirlenen sınırlar dışında ateş yakma” fiili yönünden yukarıdaki gerekçelerle iptal edilip, gerekli düzeltimenin yapılabilmesi için yasa koyucuya süre verilmiş olsaydı, sorunun anayasanın bütünlüğü ilkesi çerçevesinde Anayasa'ya uygun bir düzenleme ile çözülmesi sağlanmış olacaktı. Bu nedenle çoğunluğun aksi yöndeki kararını Anayasa'nın 19. ve 38. maddeleri ile bağlantılı olarak 13. maddesindeki sınırlama ölçüt ve ilkelerine aykırı bulduğumdan, çoğunluk kararına katılmıyorum.”*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme özellikle gereklilik ilkesi bakımından bir itiraz gerekçesi sunmamış genel olarak Anayasanın 10. ve 38. maddelerine dayanmış ve özetle “Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk Devleti olması sebebiyle hukukun üstün kurallarıyla bağlı olduğu ve bunlardan birinin de eşitlik ilkesi olduğu, yasakoyucunun benzeri cezalar içeren suçlar bakımından dava zamanaşımı süresi ve başlangıcı için genel hükümler koymuşken bakaya suçu için farklı bir düzenleme öngördüğü, her ne kadar yasakoyucu bu alanda takdir yetkisine sahip olsa da bunun hukuk devleti ile aynı hukuki durumda bulunan kişiler arasında farklı uygulama ve işlem yapılmasını yasaklayan eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı, dava zamanaşımı süresinin başlangıcına esas alınan 1111 sayılı Kanun'un 2. maddesinde belirtilen askerlik çağına ilişkin sürenin, Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum, Milli Savunma Bakanlığı'nın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla 5 yıla kadar uzatılabileceğini öngören kuralın bakaya suçunda dava zamanaşımının başlangıcı ile süresini yürütmenin tekeline bıraktığı” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2007/95 Esas 2011/61 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “kanun koyucunun suç ve cezalarla alakalı belirli sınırlar içerisinde takdir yetkisinin bulunduğunu, bu takdir yetkisini kullanırken adil dengenin korunması ve elverişlilik ilkesi gibi konulara uygun hareket etmesi gerektiğini ve zamanaşımı konusunda da bu hususun geçerli olduğunu³⁴² belirttikten sonra, bakaya suçunun özellikleri açıklanmıştır.³⁴³ İtiraza konu kuralda, bakaya suçunda dava zamanaşımı süresinin askerlik hizmetinin özellikleri nedeniyle bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesinden itibaren işlemeye başlayacağı hükmünün getirildiğini, bütün askeri mükellefiyetlerin ne zaman biteceğinin ise 1111 sayılı Askerlik Kanununun 2. maddesinin ilk fıkrasında 'Askerlik çağı her erkeğin esas nüfus kütüğünde yazılı olan yaşına göre ve yirmi yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününden başlayarak 41 yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmibir sene sürer' şeklinde belirtildiğini, dolayısıyla, bakaya suçunda dava zamanaşımı süresin, ilgilinin 41 yaşına girdiği Ocak ayının birinci gününden itibaren işlemeye başlayacağını, kanun koyucunun zamanaşımı konusunda da ölçülülük ilkesine bağlı kalması gerektiğini, askeri disiplinin tesisinde zafiyeti önlemek amacıyla getirilen kuralın, kesintisiz bir suç olan bakaya suçunda zamanaşımı süresinin, failin askeri hiyerarşi ve disiplin altına girdiği yakalanması veya dehaletinden değil de onun bütün askeri mükellefiyetlerinin bitmesinden itibaren başlatılması askeri disiplinin sağlanması açısından gerekli bir

³⁴² “Yasakoyucunun, suç ve cezaların belirlenmesinde takdir yetkisi olmakla birlikte bu yetkisini kullanırken suç ile ceza arasındaki adil dengeyi sağlaması ve öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmede elverişli olması gibi esasları dikkate alması zorunludur. Dava ve ceza zamanaşımı ile ilgili kurallar dahi cezayı ağırlaştıran yahut suç koyan hükümler niteliğindedir. Dava ve ceza zamanaşımı sürelerinin; suçların ağırlığı, kamu düzeni için oluşturduğu etki ve ceza siyasetinin gereği olarak belirlenmesinde yasakoyucunun takdiri Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle sınırlıdır.”

³⁴³ “Bakaya suçu, kesintisiz (mütemadi) bir suç niteliğindedir ve ilgilinin ömrünün sona ermesini müteakip suçun işlenme süreci başlar, dehalet (katılma) veya yakalanma ile de sona erer. Yakalanması ve dehaletinin ardından fail, kütasına katılacağı ve askeri disiplin ve hiyerarşi altına gireceğinden bundan sonraki aşamada askerlik hizmet ve yükümlülüklerine aykırı faaliyetleri firar gibi farklı suçları oluşturabilir. Bakaya suçu, henüz askeri disiplin ve hiyerarşi altında bulunmayan sivil kişiler tarafından işlenebilen bir suçtur.”

tedbir olarak değerlendirilemeyeceğini³⁴⁴” bu gerekçeyle de Anayasa Mahkemesi itiraza konu kuralın ölçülülük ilkesine ve hukuk devleti ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

Gerçekten itiraz konusu kurala bakıldığında askeri disiplin ve hiyerarşi altına girmemiş sivil kişileri ilgilendiren bir düzenleme olduğu, bu bakımdan da askeri disiplini sağlama konusunda doğrudan doğruya bir etkisinin olamayacağı ve netice itibari ile de itiraz konusu kural ile ulaşılmak istenen amaç için gerekli bir tedbir olmadığı kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi **11.4.2012 tarihli 2011/111 Esas 2012/56 Karar**³⁴⁵ Sayılı Kararında 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin (A) fıkrasında yer alan *“fırar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlar.”* ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin (A) fıkrasında yer alan *“fırar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesinden itibaren işlemeğe başlar.”* ibarelerinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddeleri şu şekildedir: *“Madde 49- (Değişik: 11/12/1935 - 2862/4 md.)*

Aşağıdaki fıkralarda yazılı hükümler mahfuz olmak üzere askeri suçlarda dava ve cezanın düşmesi hususlarında Türk Ceza Kanununun birinci kitabının 9 uncu babı hükümleri tatbik olunur.

A) Yoklama kaçağı, bakaya, saklı ve fırar...

B) Hıyanet cürümlerile maznun ve mahkum olanlar hakkında müruru zaman yoktur.

³⁴⁴ “Ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Askeri disiplinin tesisinde zafiyeti önlemek amacıyla getirilen kural, bakaya suçunun failinin asker kişi olmaması nedeniyle belirtilen amaca ulaşmada elverişli değildir. Ayrıca kesintisiz bir suç olan bakaya suçunda zamanaşımı süresinin, failin askeri hiyerarşi ve disiplin altına girdiği yakalanması veya dehaletinden değil de onun bütün askeri mükellefiyetlerinin bitmesinden itibaren başlatılması askeri disiplinin sağlanması açısından gerekli bir tedbir olarak değerlendirilemez. Aynı zamanda failin lehine olan 765 sayılı TCK'da en ağır cezayı gerektiren suçlarda bile zamanaşımı süresinin 20 yıl olması karşısında itiraz konusu kuralın orantılı olmadığını kabul etmek gerekir. İtiraz konusu kural, kişileri işledikleri suçla orantısız ve makul olmayan bir süre içinde davalarının ne şekilde sonuçlanacağı endişesiyle de yaşamak durumunda bırakmaktadır.”

³⁴⁵ Anayasa Mahkemesi **28.3.2013 tarihli 2012/143 Esas 2013/48 Karar** sayılı kararına 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun, 11.12.1935 günlü, 2862 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle değiştirilen 49. maddesinin (A) fıkrasında yer alan; “veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün” ve “fırar fiilleri hakkında dava müruru zamanı” bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlar.” İbarelerini incelemiş ve “İtiraz konusu kuralın askeri disiplinin tesisinde zafiyeti önlemek amacıyla getirildiği anlaşılmakta ise de maddede belirtilen suçları işleyenler açısından dava zamanaşımı süresinin, failin yakalanmak veya kıtasına kendiliğinden katılmak suretiyle askeri hiyerarşi ve disiplin altına girdiği tarihten ya da idarece disiplin altına girmesine gerek görülünceye kadar resen ilişkisinin kesildiği tarihten başlatılmayıp, bizzat girdiği taahhüdün bittiği tarihten itibaren başlatılması, askeri disiplinin sağlanması açısından gerekli ve elverişli bir tedbir olarak değerlendirilemez” gerekçeleri ile benzer yönde karar vermiştir.

C) (Ek: 14/6/1989-3574/1 md.) Sırf askeri suçlarda Türk Ceza Kanununun 119 uncu maddesi hükümleri uygulanmaz.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme gereklilik ilkesi bakımından, “Fırar suçunun düzenlendiği maddede unsurları düzenlenen, fırar suçuyla aynı miktarda ceza öngörülen ve fırar suçuyla benzer nitelikte askerî disiplinin tesisinde zafiyetine sebep olan izin tecavüzü suçunda (ASCK'nın 66/1-b), dava zamanaşımının genel hükümler çerçevesinde temadinin bittiği tarihten başlaması, yine sadece asker kişiler tarafından işlenebilen ve askerî disiplinin zafiyetine sebep olabilecek nitelikte emre itaatsizlikte ısrar (ASCK'nın 87, 88, 89), üste veya amire fiilen taarruz (ASCK'nın 91), kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek (ASCK'nın 79) gibi suçlarda da dava zamanaşımının genel hükümler çerçevesinde temadinin bittiği tarihten başlaması hususları birlikte göz önüne alındığında, mütemadi bir suç olan fırar suçunda zamanaşımı süresinin, failin yakalanmak veya kendiliğinden katılmak suretiyle askerî hiyerarşi ve disiplin altına girdiği tarihten değil de, onun bütün askerî mükellefiyetlerinin bitmesinden (41 yaşından) itibaren başlatılmasının, askerî disiplinin sağlanması açısından gerekli bir tedbir olduğunun söylenemeyeceği” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2011/111 Esas 2012/56 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “fırar suçunun sırf askeri suç niteliğinde olduğunu³⁴⁶, itiraza konu kural ile fırar suçunda Türk Ceza Kanunu'nun genel uygulamasından ayrılarak fırar edenler hakkındaki dava zamanaşımı süresinin, kesintinin gerçekleştiği (temadinin bittiği) tarihten değil bütün askeri mükellefiyetlerin bittiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak şekilde düzenlendiğini, bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesi kavramının askerlik çağı³⁴⁷ kavramına göre belirleneceğini, Askeri disiplinin tesisinde zafiyeti önlemek amacıyla itiraza konu kuralın getirildiğini, kesintisiz bir suç olan fırar suçunda dava zamanaşımı süresinin, failin askeri hiyerarşi ve disiplin altına girdiği yakalanması veya kıtasına katılması değil, onun bütün askeri mükellefiyetlerinin bitmesinden itibaren başlatılmasının askeri disiplinin sağlanması

³⁴⁶ “Sırf askeri suç niteliğinde olan fırar suçu, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 66. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, kıt'asından veya görevi icabı bulunmak zorunda olduğu yerden izinsiz olarak altı günden fazla uzaklaşmak olarak tanımlanan, kesintisiz (temadi eden) bir suçtur. Görev mahallinden izinsiz uzaklaşma ile işlenmeye başlanılan fırar suçu, yakalanma veya birliğine katılma ile son bulmaktadır.”

³⁴⁷ “1632 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (A) fıkrasında geçen 'bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesi' terimi, 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun hükümleri birlikte değerlendirilerek 'askerlik çağı' kavramına göre belirlenecektir. 1111 sayılı Kanun'un 5. maddesinin dördüncü fıkrasına göre askerlik görevini yapmayan ya da yapmış sayılmayan hiçbir fert askerlik çağı dışına çıkarılamamaktadır. Yoklama, muvazafılık ve yedeklik olmak üzere üç devreye ayrılan askerlik çağının bitmesi için muvazafılık ve yedeklik dönemlerinin tamamlanması ya da tamamlanmış sayılması gerekmektedir. Yedeklik dönemi dâhil olmak üzere askerliğe elverişli olmadığına karar verilenler için karar tarihinde askerlik çağı da bitmiş olmaktadır. Askerliğe elverişli olanlar için ise askerlik çağı, 1111 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ilk fıkrasına göre belirlenir ve fıkra bu durum, 'Askerlik çağı her erkeğin esas nüfus kütüğünde yazılı olan yaşına göre ve yirmi yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününden başlayarak 41 yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününde bimek üzere en çok yirmibir sene sürer' şeklinde belirtilmiştir. 1111 sayılı Kanun'un 5. maddesinin dördüncü fıkrası nedeniyle askerlik görevi yapmayan ya da yapmış sayılmayanlar için süre hiçbir şekilde işlemeye başlamayacaktır.”

açısından gerekli bir tedbir olarak değerlendirilemez” gerekçeleri ile itiraz konusu kuralı ölçülülük ilkesine ve Anayasaya aykırı bulmuştur.

Bir üstteki kararda belirttiğimiz gerekçelerle Anayasa Mahkemesinin kararına katılıyoruz.

Anayasa Mahkemesi 27.5.2015 tarihli 2014/176 Esas 2015/53 Karar sayılı kararında 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun, 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun’un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta...” ibaresinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “İffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağına devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta **veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta** ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına, erbaşlar hakkında rütbenin geri alınmasına hükmolunur...”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, “ölçülülük ilkesiyle Devletin cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlü olduğu, kuralla suç sayılan eylem için öngörülen cezanın ağır olduğu ve amaçlanan sosyal faydanın bu suretle sağlanamayacağı, disiplinin yeniden tesisine etkin bir katkı sağlamayacağı, kişinin özel hayatı ve aile hayatının askerlik hizmetinin ötesinde tutulması gerektiği, özel hayatı ve aile hayatını koruma yükümlülüğü bulunan Devletin bu alana müdahale ederek kişileri cezalandırmasının yerinde olmadığı” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2014/176 Esas 2015/53 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “Anayasaya göre özel hayatın gizliliğinin mutlak bir hak olmadığını ve Anayasanın 13. maddesi çerçevesinde sınırlandırılabilirliğini, bununla birlikte her hakkın kendi doğal sınırları olduğunu ve bu nedenlere dayanarak da sınırlandırılmasının mümkün olduğunu³⁴⁸, asker kişiler bakımından itiraza konu kural ile getirilen sınırlandırmaların meşru temellere dayandığını³⁴⁹, sınırlandırma yapılırken adil

³⁴⁸ “Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği gibi temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırını oluşturur. Bir başka deyişle, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa’nın bütünü içerisindeki anlama göre belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla Anayasa’nın diğer hükümlerinin gerektirmesi nedeniyle düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların da sınırlandırılması veya maddelerinde belirtilen nedenler dışında diğer anayasal nedenlere dayalı olarak sınırlama yapılabilmesi mümkün bulunmaktadır.”

³⁴⁹ “Asker kişilere uygulanan yaptırımların; kamu düzenini sağlamak ve devam ettirmek, verimli, süratli ve etkin bir biçimde çalışmayı sürdürmek, disiplini tesis ve devamlılığını sağlamak, mesleğin onur ve saygınlığını korumak amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Başta kolluk kuvvetleri olmak üzere bazı kamu görevlileri için öngörülen bu tarz cezaların amacı, kamu görevlisinin görevini gerektiği şekilde yerine getirmesini sağlamaktır. Bu bağlamda,

dengein korunması gerektiğini³⁵⁰, kanun koyucunun suç ve cezaları belirlerken belirli sınırlar içerisinde takdir yetkisine sahip olduğunu, bu takdir yetkisinin kullanımında belirli meslekler bakımından farklı kurallar getirmenin mümkün olduğunu³⁵¹, kişilerin askerlik mesleğine girerlerken sivil insanlara nazaran daha katı kurallara tutulacaklarının bilincinde olduklarını, itiraza konu kural ile yaptırıma bağlanan eylem için kanun koyucu tarafından belirlenen yaptırımın hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp disiplini temine yönelik TSK'dan çıkarma cezası olduğunu, bunun dışında asker kişiler açısından suçun sübut bulması için yapılan uyarı ve ikazlara rağmen söz konusu fiilin işlenmesinde ısrar etme şartının da arandığını, kuralın, askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığını” bu gerekçelerle de Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

İtiraz konusu kural, yaptırım olarak meslekten çıkarma cezasını öngörmektedir. Suç teşkil eden eylemin kişinin özel hayatıyla ilgili olduğu açıktır. Askerlik mesleğinin yapısı gereği disipline dayandığı, mesleğin itibarının korunması bakımından da diğer alanlara göre daha katı kuralların getirilebileceği bir gerçek olmakla birlikte, özel hayatla son derece sıkı bir ilişki içerisinde bulunan itiraza konu düzenlemenin askerlik mesleğinin gereklerini sağlama bakımından gerekli olduğunu söylemek zordur.³⁵² İtiraz konusu kural ile meslekten çıkarma cezası öngörülmektedir. Kişinin özel hayatına yapılan bir müdahalede, bu yaptırımın çok ağır olduğu, başka alternatifleri olabileceği

askerî ceza hukukuna ilişkin uygulamalar neticesinde, özellikle kamu görevlilerinin davranışları ile ilgili bazı sınırlamalar getirilmesi belirtilen meşru temellere dayanmaktadır.”

³⁵⁰ “Belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlandırma yapıp yapılmadığının tespiti için, müdahale teşkil ettiği ve özel hayatın gizliliği hakkını ihlal ettiği iddia edilen önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında, bireye düşen fedakârlığın ağırlığının göz önünde bulundurulması ve gözetilen kamu yararı ile bireyin temel hakkının korunması arasında adil bir dengein kurulup kurulmadığının belirlenmesi zorunludur.”

³⁵¹ “Kanun koyucu düzenleme yetkisi kapsamında, statüleri kanunlarla oluşturulan ve buna göre mesleğe alınan kamu görevlilerine bir takım hak veya yükümlülükler getirebilir. Askerlik mesleği disiplin ve fedakârlık temeline dayanır. Bundan dolayı bu görevi ifa edenlerin güven, itibar ve saygınlığın gereği olarak katı meslek ilkelerine tabi tutulmaları da normaldir. Kişiler askerlik mesleğini seçmekle birlikte artık sivillere getirilemeyecek bazı sınırlamaların askerî disiplinin tesisi için kendileri açısından uygulanmasını kabul etmiş olmaktadır. Askerî ceza kanunları tarafından aynı veya benzer eylemler askerlik hizmetinin gereği olarak, genel ceza kanunlarına nispeten daha ağır veya daha hafif bir şekilde cezalandırılabilir. Hatta genel ceza kanunlarında öngörülmemiş bazı fiil ve eylemlerin askerî ceza kanunları ile cezalandırılması da mümkündür. Nitekim kanun koyucu da askerî hizmetlerin gereklerine uygun olarak bazı fiil ve davranışları TSK mensupları için yasaklamıştır.”

³⁵² Zühtü ARSLAN- M. Emin KUZ- Rıdvan GÜLEÇ karşı oyu: “Düzenlemenin meşru bir amaca yönelik olduğunun söylenmesi, Anayasa’ya uygunluk bakımından tek başına yeterli değildir. Temel hak ve özgürlükler, askeri hizmeti yürütenler açısından, belli konularda daha fazla sınırlandırılabilirse de, bu hak ve özgürlüklerin asker kişiler için geçerli olmadığı söylenemez. Bu noktada, sınırlamanın ölçülü olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Ölçülülük, “yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.” (AYM, E.2013/67, K.2013/164, K.T. 26.12.2013, RG: 27.3.2014-28954) İtiraz konusu kuralın, askeri hizmetlerin gereklerini sağlama amacı bakımından gerekli, elverişli ve orantılı olduğunu savunmak zordur. İtiraz yoluna başvuran Askeri Mahkemenin de belirttiği üzere, “askerlik hizmet ve gerekleri ile hiçbir bağlantısı bulunmayan” ve kişilerin tamamen özel yaşamlarına ilişkin bir fiil, kuralla suç olarak düzenlenmektedir. Mahkememiz çoğunluğu, kuralın “askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığı”nı belirtmesine karşın, yaptırıma tabi fiilin askeri hizmetin gerekleriyle bağlantısına ve sözgelimi neden askeri disiplini bozacağına dair argümanlar ortaya koyabilmiş değildir.”

değerlendirilmelidir.³⁵³ Doktrinde bir kişinin aralarında nikah bulunmaksızın başka bir kişi ile karı koca hayatı yaşamasının “özel hayata” ilişkin bir mesele olduğu, bunun Anayasamızın 20/1 maddesinde mutlak olarak tanınan bir hak olduğu ve 20/2’de sayılan sınırlandırma sebeplerinin “özel hayata” ilişkin değil de “özel hayatın gizliliğine” ilişkin olduğu dolayısı ile itiraza konu kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğu ifade edilmiştir.³⁵⁴

Anayasa Mahkemesi **10.9.2015 tarihli 2014/148 Esas 2015/80 Karar**³⁵⁵ sayılı kararında 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 16. maddesinin, 28.3.2013 tarihli ve 6455 sayılı Kanun’un 58. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “(1) (Değişik: 28/3/2013-6455/58 md.) **Bu Kanunda tanımlanan suçların konusunu oluşturma dolayısıyla müsadere yaptırımının uygulanabileceği eşya, sahibine iade edilemez. Kaçak şüphesiyle el konulan kaçak akaryakıt hariç her türlü eşya hakkında, el koyma tarihinden itibaren altı ay, ancak eşyanın zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı veya muhafazasının ciddi külfet oluşturmaları halinde bir ay içinde, gerekli tespitler yaptırılarak soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından tasfiye kararı verilir. Bu süreler içinde karar verilmemesi halinde eşya derhal tasfiye edilir. Bu fıkra kapsamında tasfiye edilecek eşyadan tasfiye edilmeden önce numune alınması mümkün olan durumlarda numune alınır, numune alınması mümkün olmayan durumlarda eşyanın her türlü ayırt edici özellikleri tespit edilir...**”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, “kaçakçılık suçuna konu oldukları iddia edilen araçların itiraz konusu kural uyarınca maliklerine iade edilemediği, araçların birden fazla kez el değiştirmesi, araçlara ait kayıtlarda kısıtlama olmaması, vergi borcunun görünmemesi ve aracın geçmişini öğrenme olanağının bulunmaması nedeniyle Devlete güvenilerek resmi yoldan satın alındığı halde bu kişilerin araçlarının iade edilmemesinin Devlete olan güveni zedelediği ve mülkiyet hakkını ihlal ettiği, bunun yanında mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamanın anayasal ilkelere aykırı olarak ölçülü yapılmadığı gibi kamu yararı ve bireyin hakları ile ulaşılmak istenilen amaç arasında adil bir dengenin gözetilmediği” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

³⁵³ Serruh KALELİ karşı oyu: “Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir. Ölçülülük ilkesi uyarınca sınırlandırma amacını gerçekleştirebilecek daha hafif bir sınırlandırma aracı varken daha ağır bir sınırlandırma aracının seçilmesi doğru tercih değildir. Yani itiraz konusu kural bağlamında özel hayatın korunması hakkına daha hafif bir sınırlandırma aracıyla müdahalede bulunarak, sınırlandırma amacı olan “askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak” mümkünken mesleği sonlandırmak şeklindeki bundan daha ağır bir müdahale aracı kullanılması ölçülülük ilkesine uygun düşmez.”

³⁵⁴ GÖZLER Kemal, İnsan Hakları Hukuku, s.350

³⁵⁵ Bu karar orantılılık ilkesi bakımından da incelenmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2014/148 Esas 2015/80 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “itiraz konusu kuralın 5607 sayılı Kanun’da tanımlanan suçların konusunu oluşturmaya dolayısıyla müsadere yaptırımının uygulanabileceği eşyanın sahibine iade edilmemesini öngördüğünü, soruşturma ve/veya kovuşturmada geçen yargılama süresi dikkate alındığında suç şüphesi altında olan kişinin mülkiyete ilişkin haklarının kullanmasının engellendiğini, kaçakçılığın etkileri dikkate alındığında suç konusu eşyanın sahibine geçici bile olsa geri verilmesinin, suçla mücadeleyi ve yargılama sonucunda verilecek cezanın etkinliğini olumsuz etkileyebileceğini, iade edilmesine engel teşkil ederek suç konusu eşyadan yararlanılması olanağını ortadan kaldıran kuralın, ekonomik ve sosyal açıdan kamu düzeninin korunmasının gereği olarak kaçakçılık suçuna engel olma amacından kaynaklandığı, ayrıca bu amacı gerçekleştirmek için gerekli ve elverişli olduğu anlaşıldığını, mülkiyet hakkının Anayasanın 13. maddesi kapsamında ve ölçülülük ilkesine³⁵⁶ uyarak sınırlandırılabilirliğini, kuralın hak sahibi yönünden telafi edilemeyecek şekilde hak kaybı yaratmadığını³⁵⁷, tasfiye işlemi ile kamunun haklarının koruduğu kadar eşya sahibinin haklarını da korunduğunu, eşyanın tasfiye edilmek yerine bekletilmesinin tasfiyeden daha fazla zarara neden olabileceğini, tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde, itiraz konusu kuralın bireyin hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yaratmadığı gibi ulaşılmak istenen meşru amaç ile de orantılı olduğunu, yapılan müdahalenin müsadere konusunda bir karar verilinceye kadar geçici bir nitelik taşıdığını” bu gerekçelerle de itiraz konusu kuralın ölçülülük ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin kararının gereklilik ilkesine aykırı olduğunu düşünüyoruz. İtiraz konusu kural ile 5607 sayılı Kanun’da tanımlanan suçların konusunu oluşturma ihtimali bulunan her türlü eşyanın sahibine iade edilmemesinin öngörüldüğü, akaryakıt hariç eşyanın niteliğine göre 1 ay ile 6 ay arasında tasfiye edileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Bu düzenlemeyi Anayasa Mahkemesi itiraza konu kuralın getiriliş amacını göz önünde tutarak ölçülülük ilkesine aykırı bulmamıştır.

³⁵⁶ “Ölçülülük ise amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.”

³⁵⁷ “Kural uyarınca, soruşturma ya da kovuşturma aşamasında henüz nihai bir karar verilmeden önce el konulan eşya teminatla ya da geçici olsa dahi sahibine iade edilemeyecektir. İtiraz konusu kural gereğince iade edilmeyen eşya, henüz tasfiyesi gerçekleştirilmeden kaçakçılık suçuna konu eşya olmadığının anlaşılması durumunda, soruşturma aşamasında kovuşturmayla yer olmadığına, kovuşturma aşamasında ise beraat kararı verilerek hak sahibine iade edilecektir. Tasfiye gerçekleştirildikten sonra karar verilmesi durumunda ise satış bedeli, el koyma tarihinden iade tarihine kadar geçen kanuni faizi ile birlikte hak sahibine ödenecektir. Eşyanın kaçakçılık suçuna konu eşya olduğunun belirlenmesi halinde ise artık eşyanın kendisi ya da bedelinin sahibine iadesi söz konusu olmayacaktır. Bu durumda da hak sahibi eşyayı kendisine satanlara yönelebilecek ve bedelin iadesini isteyebilecektir. Bunun yanında suç eşyasının Devlette tutulan kaydına göre satışı yapılmakta ise bedelin iadesinin yanında kayda güvenerek alınması nedeniyle kaydı tutan ilgili idare aleyhine ayrıca dava açabileceği belirgindir. Ayrıca tasfiye kararına karşı yasal yolların kullanılması da mümkündür. Dolayısıyla her iki durumda da kaçakçılık suçunun bizzatıhi konusunu oluşturan eşyaya kamu yararı amacıyla kanunda sayılan belirli koşullarla yapılan müdahale, gayri meşru olarak değerlendirilemeyeceği gibi hak sahibi yönünden telafi edilemeyecek ağır bir kayıp ya da mağduriyet de yaratmamaktadır.”

Anayasa Mahkemesi, hiçbir ayırım yapmadan, iyi niyetli olup olmadığına ya da yargılama konusu eşyanın niteliğini dikkate almadan toptancı bir yaklaşımla kuralı ele almış, itiraz konusu kuralı gereklilik ilkesi bakımından detaylı incelememiştir. Yargılamanın sonunda, eşyasına el konulan kişinin de haklı çıkma ihtimalinin her zaman varlığını koruduğu da düşünüldüğünde, hukuk yolları içerisinde birçok farklı şekilde yargılama konusu eşyanın korunmasının sağlanması mümkündür. Yani sahibine geri vermeme ve tasfiye yollarına gidilmeden önce, eşyanın nitelikleri göz önünde tutularak yapılacak ayırımlarda dikkate alınarak çok daha az sınırlandırma getirecek yollarla aynı amaca ulaşmak mümkündür. Bu sebeple de itiraz konusu kuralın gereklilik ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz. Bu hususa karara karşı yazılmış olan karşı oyda³⁵⁸ da değinilmiştir.

Anayasa Mahkemesi **31.5.2017 tarihli 2017/28 Esas 2017/107 Karar** sayılı kararında 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 97. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: *“(1) İzinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında Türk Ceza Kanununun 292 nci ve izleyen maddelerinde yazılı hükümler uygulanır.”*

³⁵⁸ Serruh KALELİ karşı oyu: *“İptali istenen kural ‘müsadere yaptırımının uygulanabileceği eşyanın sahibine iade edilemeyeceğini söylemektedir.’ kuralda yer alan ‘Yaptırım uygulanabilecek eşya’ sıfatı kendi başına sorundur. Salt bir iddia ile henüz soruşturma aşmasında gerçekten muhafazası külfet oluşturan, değerinde kayıp meydana gelme tehlikesi bulunan suça konu eşyalar hakkında ki tasfiye kararı ile taraf menfaatlerinin korunacağı ve müdahalenin adil dengeyi gözettiği söylenebilecek ise de, faturasında düşük kıymet beyanı ile Devlete KDV zararı verdirdiği söylenen aracın koruma, muhafaza problemi ver denemeyecek nesnellikteki yapısı gözetilmeden ve yurda girişi esnasında devletin gözetim, denetim ve izninin var olduğu düşünüldüğünde yargılama sonuçlanmadan sahibine iade etmeksizin tasfiyeye tabi tutmak, yukarıda nitelenen koruma ve değer kaybı zaafiyetleri bulunan diğer kaçak eşyalar ile aynı statüde değerlendirmek iyi niyetli otomobil sahipleri karşısında ulaşmak istediği amaç bakımından gerekli ve orantılı bir müdahale niteliğinde ve adil değildir....Görülen bir dava sonucu ihtimal dahilinde haklı çıkacak, beraat edecek bir sanığın ya da olayımızdaki gibi iyi niyetli üçüncü kişi mağdurun, malını kullanamamaktan doğan, ya da satın aldığı gerçek değeri ile tasfiye satışından elde edilen düşük satış bedeli arasında kalacak fark ve zararlara neden muhatap kılındığı, bunun Anayasa'ya uygunluğu Mahkeme gerekçesinde tartışılmamıştır. Sanık haklı çıksa da eşyayı kendisine satanlara dava açmak zorunda kalma mecburiyeti, bunun zarar görenin hakka ulaşmasında yeterli bir yol olduğu kanısını, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun gören gerekçeye konu değerlendirmelere katılmamıştır. Devletin gümrük ve otomobil satışında yer alan sair kayıtlarını güvenilmez, belirsiz, hak korumaz niteliğe büründüren, vergi kayıplarının sorumluluğunu iyi niyetli üçüncü şahsa yükleyen, suçluluğu sabit olana kadar kimse suçlu sayılmaz şeklindeki Anayasal masumiyet ilkesinin işlevselliğini ortadan kaldıran kural, dava konusu olay (kaçak oto) yönünden, korunan hukuki menfaat için elverişli bir yol ise de demokratik hukuk düzeninde devletin uğramış olduğu vergi mağduriyetini başkaca mağdurlar yaratmadan giderme yönünde sayısız yol olduğu düşünüldüğünde gerekli olmadığı ve tasfiye ile yarattığı hiç bir zaman telafi edilemeyecek zararlar yönünden de ölçüsüzlüğü karşısında, kuralın mülkiyet hakkının kullanımını ortadan kaldırdığı ve sakatladığı nedenleri ile Anayasa'nın 2., 35. ve 13. maddelerine aykırı olup iptali gerekirken reddi yönündeki çoğunluk görüşüne katılmamıştır.”*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, “fırar etme eyleminin Kanun’un 44. maddesinin (3) numaralı fıkrasında onbir günden yirmibir güne kadar hücre cezası ile karşılandığı, bu cezanın söz konusu davranışı yasaklamadaki amacı gerçekleştirmeye yeterli ve elverişli olduğu, bu davranışı yasaklayan normun korunmak istenen amaç için etkili bir müdahale olduğu, izinden dönmeme eylemine karşılık gelen fırar eylemine ilişkin hem disiplin cezasının hem de itiraz konusu kuralın yollamasıyla 5237 sayılı Kanun’un 292. maddesinde düzenlenen suça ilişkin yaptırımın uygulanmasının ölçülü olmadığı, demokratik bir toplum düzeni için zorunlu bir ihtiyaca hizmet etmediği, bu davranışı yasaklayan norm ile korunmak istenen amaç arasında eyleme ilişkin disiplin cezası işleminin etkili bir (kişi hürriyetine yönelik) müdahale olduğu ayrıca TCK hükümlerinin tatbikinin gerekli olan müdahalenin ötesinde bir düzenleme olduğu” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2017/28 Esas 2017/107 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “5275 sayılı kanunda disiplin cezalarının ve uygulanma koşullarının düzenlendiğini³⁵⁹, kanunun 44. maddesinde hücreye koyma cezasının düzenlendiğini³⁶⁰, itiraz konusu kural gereğince izinden hiç dönmeme veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönme fiilinin hem 5275 sayılı Kanun kapsamında disiplin cezası gerektiren hem de itiraz konusu kuralın atfıyla 5237 sayılı Kanun kapsamında suç teşkil eden ceza yaptırımına tâbi bir fiil olarak sayıldığını³⁶¹, ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile disiplin hukukunun bir birinden farklı ilkelere tabi disiplinler olduğunu³⁶², bir kişinin fiilinin hem disiplin hem de ceza hukuku alanında yaptırım gerektirebileceğini, itiraza konu disiplin cezasının, ceza infaz kurumlarında disiplinin tesisi ve devamlılığı, güvenliğin sağlanması, düzenli bir yaşamın sürdürülmesi ve huzurun temin edilmesini sağlamak suretiyle bu kurumlardaki teşkilat düzeninin korunması ve devam ettirilmesini sağlamayı amaçladığını buna karşılık 5237 sayılı Kanun’un 292. maddesinde düzenlenen hükümlü veya tutuklunun kaçması fiiline ilişkin ceza yaptırımının ise Devletin adli yargı fonksiyonlarını,

³⁵⁹ “5275 sayılı Kanun’un disiplin cezalarının niteliği ve uygulama koşullarını düzenleyen 37. maddesinde ise kurumda düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması bakımından kanun, tüzük, yönetmelikler ile idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları kusurlu olarak ihlâl eden hükümlü hakkında, eyleminin niteliği ile ağırlık derecesine göre Kanun’da belirtilen disiplin cezalarının uygulanacağı, suç oluşturan eylemlerden dolayı açılan kamu davasının, disiplin soruşturması yapılmasını ve cezanın uygulanmasını engellemeyeceği hüküm altına alınmaktadır.”

³⁶⁰ “5275 sayılı Kanun’un 44. maddesinin (1) numaralı fıkrasında hükümlüler hakkında bir disiplin cezası olarak öngörülen hücreye koyma cezası, hükümlünün eylemlerinin nitelik ve ağırlığına göre bir günden yirmi güne kadar, açık havaya çıkma hakkı saklı kalmak üzere, geceli ve gündüzlü bir hücrede tek başına tutulması ve her türlü temastan yoksun bırakılması şeklinde tanımlanmıştır. Maddenin (2) numaralı fıkrasında “İzin süresini özürsüz olarak en fazla iki gün geçirmek”, bir günden on güne kadar hücreye koyma cezası; (3) numaralı fıkrasında yer alan “fırar etmek”, onbir günden yirmi güne kadar hücreye koyma cezası gerektiren eylemler olarak belirlenmiştir.”

³⁶¹ 5237 Sayılı TCK 292. Madde “(1) Tutukevinden, ceza infaz kurumundan veya gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur...”

³⁶² “Ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile disiplin hukukunun birbirinden farklı kural ve ilkelere tâbi disiplinler olduğunda kuşku yoktur. Ceza hukuku alanında öngörülen yaptırımlar, toplumsal düzene aykırı olan ve ceza kanunlarında suç sayılan davranışlara uygulanıp, toplum düzeninin korunması ve sağlanması amacına yönelik iken; disiplin cezaları, bir teşkilat düzeninin korunması, devam ettirilmesi, onun verimli ve yararlı bir biçimde çalışmasının sağlanması amacına yöneliktir. Bu bağlamda kişilerin fiili, disiplin cezasının yanı sıra ceza hukuku alanında yaptırımı da gerektirebilir.”

cezaların infazı ile ulaşılmak istenen amaçlar çerçevesinde yerine getirilebilmesini, ceza infaz sisteminin etkin bir biçimde işlemlerini, suçların ve suçluların takibinin temin edilmesini ve özellikle adliyenin korunmasını sağlamayı amaçladığını, Kanun koyucunun, farklı amaç ve hukuki yararın sağlanması maksadıyla aynı fiil için hem disiplin cezası hem de ceza hukuku alanında yaptırım öngörmesinin ölçülü olmadığına söylenemeyeceğini, kuralın Anayasa'nın 13. maddesiyle ilgisinin görülmediği" gerekçeleri ile itiraza konu kanun maddesinin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin netice itibari ile Anayasaya aykırı olmama kararına katılmakla birlikte, itiraza konu kanunun Anayasa'nın 13. maddesi ile ilgisinin görülmeyip incelenmemesini hatalı olarak görüyoruz. İtiraz yoluna başvuran mahkeme, yaptırım öngörülen fiil için hücre cezasının öngörüldüğünü, bununla birlikte infaz sistemine ilişkin ağır sonuçları olduğunu, bunun amacı sağlamaya elverişli ve yeterli olduğunu, bunun yanında ayrıca ceza hukuku bakımından cezalandırmanın gereksiz ve ölçüsüz olduğunu iddia etmiştir. Gerçekten bizce bu noktada bir ölçülülük denetimi yapılmalıydı. İtiraz konusu kuralın amacı gerçekleştirmek için elverişsiz olduğu söylenemez. Ancak, disiplin cezasının yanında ayrıca adli ceza verilmesinin gerekli olup olmadığı tartışılabilir. İtiraz yoluna başvuran mahkeme, ayrıca TCK'ya göre cezalandırmanın ölçüsüz olduğu görüşündedir. Bu noktada bizce, disiplin cezaları ile ceza hukukuna ilişkin cezaların korudukları hukuki gayelerin farklı olması, TCK'ya göre verilecek cezanın amacı göz önüne alındığında gereksiz olmadığı, bu amacı gerçekleştirmeye yönelik, aynı derecede etkili alternatif seçeneklerin olmaması sebebiyle, gereklilik ilkesine bir aykırılığın olmadığı kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi **13.12.2017 tarihli 2016/7 Esas 2017/171 Karar**³⁶³ sayılı kararında 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 25. maddesinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: "*Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluşunun her derecesinde görev alan personel, Memurun Kanununun hizmetliler için yasak ettiği siyasi faaliyetten başka, dini görevi içinde veya bu görevin dışında, her ne suretle olursa olsun, siyasi partilerden herhangi birini veya onların tutum ve davranışını övemez ve yeremez.*"

Bu gibi hareketleri tahkikatla sabit olanların, ilgili ve yetkili mercilerce işine son verilir."

³⁶³ Bu karar belirlilik ilkesi bakımından da incelenmiştir.

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından “*filin ağırlığına göre herhangi bir kademelendirme yapılmadan siyasi partileri öven veya yeren personelin doğrudan işine son verilmesinin ölçüsüz bir yaptırım olduğunu*” belirterek itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2016/7 Esas 2017/171 Karar sayılı kararında ölçülülük ilkesi bakımından yaptığı incelemede, “*kuralda yer alan “her ne suretle olursa olsun” ifadesinin, bir belirsizliği değil bu konudaki mutlak yasağı ve bu kuralın istisnasının bulunmadığını gösterdiğini, Anayasamızda herkesin düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olduğunu kabul edildiğini ancak bunun mutlak bir hak olmayıp Anayasada belirlenen sınırlar çerçevesinde sınırlandırılabilceğini, bu sınırlandırmanın hakkın özüne dokunmaması ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması gerektiğini, aralarında sıkı bir ilişki bulunan “temel hak ve hürriyetlerin özü”, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük ilkesi” kavramlarının, bir bütünün parçaları olup “demokratik bir hukuk devleti”nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturduğunu³⁶⁴, ifade özgürlüğünün Cumhuriyet’in temel niteliklerinin korunması amacıyla sınırlandırılabilceğini, Anayasanın 136. maddesinde genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı’nın laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasî görüş ve düşüncülerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek özel kanununda gösterilen görevleri yerine getireceğinin belirtildiğini, Demokratik ve laik devlet sisteminin, İslam dininin inançlarıyla ilgili işleri yürütmek amacıyla faaliyette bulunan bir Kurum tarafından yapılabilecek olası müdahalelere karşı korunması amacıyla Kurum personeline yönelik olarak kanun koyucu tarafından bazı tedbirlerin alınmasının Anayasa’nın yukarıda anılan hükümlerinin bir gereği olduğunu, bu gerekçelerle Başkanlık personelinin herhangi bir siyasi parti lehine veya aleyhine faaliyette bulunması veya siyasi partiyi övücü ve yerici söylemlerde bulunması yasaklanarak bu faaliyette bulunanların işine son verilmesini öngören kuralın, Anayasa’nın 26. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında kamu düzeninin sağlanması meşru amacını taşıdığını, Başkanlığın anayasal konumu, ifa ettiği görevin niteliği ve toplumun dinî konulardaki hassasiyeti göz önünde bulundurulduğunda Başkanlık personelinin tarafsızlıkları konusunda kuşku uyandıracak her türlü siyasi faaliyetten uzak kalmalarını sağlamak amacıyla ihdas edilen kuralın zorunlu bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığının açık olduğunu, Bu nedenle kuralla ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın ölçüsüz*

³⁶⁴ “Anayasa’nın 13. maddesinde ifade edilen “ölçülülük ilkesi”, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.”

olmadığı gibi demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de çelişmediğini³⁶⁵” belirterek itiraz konusu kanun maddesinin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin kararının isabetli olmadığını düşünüyoruz. İtiraz konusu kural ile Diyanet İşleri Başkanlığı’nda bulunan tüm personellerin görevi başında ya da sivil yaşamlarında iken yapacakları her türlü siyasi faaliyet ve siyasi partiler hakkında olumlu ya da olumsuz yönde ifadede bulunmaları mutlak suretle yasaklanmış ve bu gibi hareketlerde bulunanların işlerine son verileceği düzenlenmiştir. İtiraz konusu kural ile Diyanet İşleri Başkanlığı personelinin konumu gereği tarafsız bir şekilde her türlü siyasi mülahazadan uzak tutularak görev yapmasının amaçlandığı, bu amacında sınırlama getirmek için meşru olduğu ve sınırlamanın da amaca elverişli olduğu açıktır. Ancak itiraz konusu kuralda ki, hiçbir fark gözetmeksizin, personelin Başkanlık içindeki konumuna bakılmaksızın, sivil hayatında ya da mesleki hayatında yaptığı bu yöndeki tüm hareketlerin çok ağır bir yaptırım olan işine son verme yaptırımı, gereklilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bizce, farklı eylemler bakımından eylemin ağırlığına göre değişik yaptırımlar ile istenilen amaca ulaşmak mümkündür. Örneğin sivil hayatta yapılacak siyasi bir övme ya da yerme eylemi için aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, görev yerinin değiştirilmesi gibi yaptırımlar uygulanabilirken mesleki yaşantısında bu eylemler gerçekleştirildiğinde daha ağır yaptırımlar öngörülebilir. Görülüyor ki amaca elverişli olan sınırlandırma, alternatifleri arasında hakka en az zarar vermemekte, bu yönden de gereklilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu hususa karar karşı yazılan karşı oyda da değinilmiştir.³⁶⁶

³⁶⁵ “Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığının gerek kurumsal olarak gerekse de personelinin dini görevi içinde veya dışında bireysel olarak bir siyasi parti yararına veya zararına faaliyette veya söylemde bulunması Anayasa’nın öngördüğü laik siyasal sistemin temel şartlarından olan ve Anayasa’nın 136. maddesiyle güvence altına alınan Başkanlığın tarafsızlığına gölge düşürebilir. Kanun koyucunun da bu durumu gözetenek Kurum personelinin dini görevi içinde veya dışında, her ne suretle olursa olsun siyasi faaliyette veya söylemde bulunmasını yasaklayarak bu hareketleri soruşturmayla sabit olanların işine son verilmesini öngördüğü anlaşılmaktadır. Başkanlığın anayasal konumu, ifa ettiği görevin niteliği ve toplumun dini konulardaki hassasiyeti göz önünde bulundurulduğunda Başkanlık personelinin tarafsızlıkları konusunda kuşku uyandıracak her türlü siyasi faaliyetten uzak kalmalarını sağlamak amacıyla ihdas edilen kuralın zorunlu bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığı açıktır. Bu nedenle kuralla ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama ölçüsüz olmadığı gibi demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de çelişmemektedir.”

³⁶⁶ Zühtü ARSLAN- Engin YILDIRIM- Recep KÖMÜRCÜ Karşı Oyu: “Diyanet İşleri Başkanlığının siyasi tarafsızlığını sağlama amacını gerçekleştirme bakımından itiraz konusu kuralın “elverişli” olduğu kabul edilebilir. Ancak, “işine son verme” yaptırımının görev içinde veya dışında olmasına bakılmaksızın her kademedeki personelin neredeyse her türlü siyasi söylemini içerecek şekilde öngörülmesinin söz konusu amaç bakımından mutlaka “gerekli” olduğu söylenemez. Kural, aynı zamanda “Memurin Kanununun hizmetliler için yasak ettiği siyasi faaliyet”leri de yaptırım kapsamına aldığından, Devlet Memurları Kanunu’nda yer alan “kademe ilerlemesinin durdurulması” gibi

2- Anayasa Mahkemesi'nin Gereklilik İlkesi Bakımından Verdiği Kararların Genel Değerlendirmesi

Anayasa Mahkemesi, gereklilik ilkesi bakımından yaptığı incelemelerde, kanun koyucunun suç ve cezaları belirleme konusunda Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle bağlı olmak kaydıyla takdir yetkisine sahip olduğunu, bu yetkisini kullanırken suç ile ceza arasındaki adil dengeyi sağlaması ve öngörülen cezanın cezalandırmada öngörülen yaptırımla ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını aramaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin gereklilik ilkesine yönelik incelemelerine geçmeden önce, genellikle hukuk devleti ilkesi ile suç ve cezalara ilişkin genel prensiplere değindiği görülmektedir. Mahkemenin ayrıca itiraza konu kanun hakkında genel bir açıklama yaparak, kanunun getiriliş gerekçesi ve amaçlarına değindiği de görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesi bakımından inceleme yaparken, öncelikle elverişlilik ilkesi bakımından inceleme yaptığı, bununla beraber verdiği kararlarında elverişlilik ilkesine aykırılık olmasına rağmen gereklilik ilkesi ve orantılılık ilkesi bakımından da ayrıca inceleme yaparak karar verdiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin gereklilik ilkesine yönelik ilk izleri taşıyan kararına bakıldığında, kanun koyucunun belirli sınırlar içerisinde suç ve cezaları belirlemede takdir yetkisine sahip olduğu, ceza hukuku yollarına başvurmadan da etkili çözüm yolları olduğu şeklinde bir gerekçe ile anayasal denetim yapılamayacağına karar verdiği, eski tarihli kararlarında bu konuda katı bir tutum sergilediği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin gereklilik ilkesine yönelik kararları incelendiğinde, bu ilke yönünden net bir tutumunun olmadığı, bu ilkenin uygulanması bakımından esnekliğin tarihsel süreçte istikrarsız olduğu, kimisi birbirine yakın tarihli kimisi ise birbirine uzak tarihli kararlarında, benzer konularda farklı kararlar verdiği hatta bazı kararlarında birbirine taban tabana zıt sonuçlara ulaştığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin gereklilik ilkesine ilişkin yaptığı incelemelerde “*demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk*”, “*suç kabul edilen eylemle cezası*

daha hafif tedbirlerle de siyasi tarafsızlık amacı sağlanabilir. Bu durum bilhassa dini hizmet ifa etmeyen, tamamen teknik ve idari işlerle görevli personelin görevi dışında fiilleri bakımından geçerlidir.”

arasında demokratik bir toplumda uygun görülebilecek adil bir dengenin bulunması”, “adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerinin göz önünde tutulması”, “sınırlandırmanın demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşması” kavramlarını kullandığı görülmektedir. Mahkeme demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkelerinin iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki olduğunu, tüm bunların birlikte değerlendirilerek, yapılan sınırlandırmanın kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olması gerektiğini vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin elverişlilik incelemesinde elverişli bulmadığı sınırlandırmaları, gereklilik ilkesine de aykırı bulduğu görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin gereklilik ilkesi bakımından yaptığı incelemelerde, bazı meslek gruplarına özel olarak getirilen temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaları, (örneğin özel hayat, cinsel tercih, ifade özgürlüğü vb.) mesleklerin mahiyetleri gereği bu meslek mensuplarının, sivil bireylerden farklı sınırlandırmalara tutulmalarının meşru temellere dayandığı, bu mesleğe girenlerin bunları kabul ederek mesleğe girdiği ve bu sınırlandırmaların beklenebilir olduğu gerekçeleri ile gereklilik ilkesine aykırı bulmadığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin kararları incelendiğinde, ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile disiplin hukukunun birbirinden farklı ilkelere tabi disiplinler olması ve her alanın amaçları ve koruduğu alanın farklı olduğu gerekçeleri ile aynı eylem sebebiyle bir kişinin fiilinin hem disiplin hem de ceza hukuku alanında yaptırıma tabi tutulmasını, gereklilik ilkesine aykırı görmediği görülmektedir.

C- ORANTILILIK

Ölçülülük ilkesi bakımından yapılan incelemede, elverişlilik ve gereklilik incelemelerinden geçen ve bu ilkelere aykırı bulunmayan bir sınırlandırma, ölçülülük ilkesi yönünden incelemenin üçüncü ve son aşaması ve bizce incelemenin en önemli unsurunu oluşturan, orantılılık incelemesine tabi tutulur. Elverişli veya gerekli bulunmayan sınırlandırmanın orantılılık denetimine tabi tutulmasına gerek yoktur. Çünkü bu incelemeye tabi tutulmadan, ölçülülük ilkesine aykırı olduğuna karar

verilmelidir. Alman hukuk literatüründe orantılılık ilkesini ifade etmek üzere, “dar anlamda ölçülülük” ve “katlanılabilirlik” terimleri de kullanılmaktadır.³⁶⁷

Orantılılık ilkesi, sınırlandırmada kullanılan araç ile ulaşmak istenen amaç arasında ölçülü bir orantının bulunmasını ifade eder.³⁶⁸ Yani orantılılık, kamu gücü kullanarak, belli bir temel hak ve özgürlük sınırlandırmaya tabi tutulduğunda, sınırlandırmanın amacı, sınırlandırmada kullanılan araç ve sınırlandırma konusu olan temel hak ve özgürlük ile bu sınırlandırmaya muhatap olan kişinin bu müdahale sonucunda katlanmak zorunda olduğu yükler birlikte değerlendirildiğinde, sonuç olarak makul bir denge kurulması, taraflara katlanılamaz, orantısız yükümlülükler yüklenilmemesini ifade etmektedir. Bu denetim sırasında, ölçülülük ilkesinin ilk iki basamağı olan elverişlilik ve gereklilik denetimlerinden geçen sınırlandırmanın, fiilen uygulanmasıyla meydana getirdiği somut durumda ortaya çıkan netice değerlendirilir. Ortaya çıkan tüm doneler birlikte değerlendirildiğinde, yani temel hak ve özgürlüğün ve bunun sahibi kişi ile müdahale amacı, müdahale aracı ve müdahale sonucu ortaya çıkan somut durum göz önüne alındığında, mutlaka bu sınırlandırma yapılmalı mıdır?, sınırlandırmanın kişilere yüklediği külfet ile toplum için sağlanması amaçlanan yarar arasında, avantaj-dezavantaj, yarar-zarar bakımından bir orantısızlık meydana gelmiş midir?, bu sonuca hak sahibi kişiden katlanmasını beklemek doğru mudur?, müdahale ölçü sınırını aşmış mıdır? gibi sorulara yanıt aranır. Orantılılık ilkesi gereğince, amaca ulaşmak için seçilen aracın bireylere yüklediği külfetlerin ağırlığı ile sınırlamanın toplumun geneli için sağlayacağı faydalar arasında makul, kabul edilebilir bir ilişki olmalıdır.³⁶⁹ Sınırlamada başvuru olan araç, sınırlama amacı bakımından elverişli ve gerekli olsa bile, bu araç, öngörülen amaç ile kıyaslandığında aşırıya kaçmamalıdır.³⁷⁰

Elverişlilik ve gereklilik denetimi yapılırken daha çok kullanılabilecek araçların taşıdığı özelliklere odaklanılır. Bu bağlamda kullanılabilecek araçlar, ne ölçüde elverişli ve yumuşak olduğuna bakılarak bir filtrelemeye tabi tutulur. Buna karşılık orantılılık

³⁶⁷ REUTER, Thomas’dan aktaran METİN Yüksel, agm, s.12 vd.

³⁶⁸ METİN Yüksel, agm, s.13

³⁶⁹ METİN Yüksel, agm, s.13

³⁷⁰ GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, age, s.372

denetiminde, seçilen araçla temel hakka yapılan müdahalenin ağırlığı ile ulaşılacak istenen amacın anayasal açıdan taşıdığı önem arasındaki ilişkiye odaklanılır.³⁷¹

Orantılılık, hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olup, eşitlik ve ölçülülük arasında köprü kuran bir ilkedir. Özgürlük sınırlamalarında araçlar, hedeflenen amaçla orantılı olmalıdır. Özgürlük sınırlamaları öngörülen amaç dışında kullanılamaz.³⁷² Kanun koyucu veya idare, kendilerine tanınan sınırlar içerisinde kalsa dahi, yani düzenleme ve uygulama alanlarına ilişkin hukuki zemin içerisinde hareket etseler bile, hukuka uygun olan bu alandaki hareketlerinde bir sınırının olması gerekmektedir. Kanun koyucu ya da idare, kendilerine ait olan alanda bir değerlendirme serbestine sahip olmakla birlikte, orantılılık incelemesinde bu değerlendirme serbestisi bireysel ve kamusal menfaatler açısından soyut bir menfaat dengeleştirmesine yol açmaktadır. Bu aşamada adalet ve insan haysiyeti ilkelerinin dolaysız bir biçimde tartıya koyularak bir karar verme sürecinden geçilmektedir.³⁷³ Yükümlülüğün ilgililer için katlanılamaz olması, alınan önlemin orantısız olduğu anlamına gelir. Amaç ve araç, terazinin iki kefesine konularak ortaya çıkacak kayıpla, giderilecek ihtiyaç ve ulaşılması beklenen yarar arasında bir denge oluşmamişsa başvurulacak aracın orantısız olduğu anlaşılır.³⁷⁴

Orantılılık denetimi yapılırken ilk önce terazinin iki kefesine konulacak olan sınırlandırma ve bunun karşısında etkilenecek olan temel hak ve özgürlüğün belirlenmesi gerekir. Yani karşılaştırılacak olan, çatışan, değerler belirlenmelidir. Bu belirlemeden sonra, karşı karşıya kalmış olan bu değerlerin tartımı aşamasına geçilir. Burada ise, tartımı yapılacak olan, denetim konusu değerlerin, soyut olarak ağırlığı/önemi tespit edilmelidir. Son olarak somut olarak müdahaleyle korunmak istenen hukuki değer içinde bulunduğu tehlikenin boyutu ile müdahaleden olumsuz olarak etkilenen temel hak ve özgürlüğe getirilen kısıtlamanın ağırlığı (sıklığı, süresi ve ölçüsü) karşı karşıya getirilir ve tartılır.³⁷⁵ Bu tartım sonucunda, söz konusu temel hak ve özgürlüğe getirilen sınırlandırma ne kadar ağır/önemli ise, bu sınırlandırma ile ulaşılacak istenilen amacında o kadar ağır/önemli olması beklenir. Bunun neticesinde,

³⁷¹ METİN Yüksel, agm, s.14

³⁷² FENDOĞLU Tahsin, Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "BAĞIMSIZ ÖLÇÜ NORM" veya "DESTEK ÖLÇÜ NORM" Sorunu, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl:2000 Cilt:17, s.369

³⁷³ RUMPF Christian, agm, s. 47

³⁷⁴ OĞURLU Yücel, age, s.38

³⁷⁵ METİN Yüksel, agm, s.14

yapılan sınırlandırma ile söz konusu temel hak ve özgürlüğe verilen zararın, ulaşılmak istenilen amaç veya korunmak istenilen hukuki değerlere sağlanan faydadan ağır olduğu görülüyorsa bu sınırlandırmanın orantısız olduğu sonucuna varılır.

Elverişlilik ve gereklilik ilkeleri, sınırlandırmada kullanılacak aracın en iyi olanının seçilmesi ile ilgilidir. Sınırlandırmada ideal olan, sınırlandırma neticesinde meydana gelecek olan maliyetlerinde en az olmasıdır. Bir hakkın sınırlandırılması halinde, genellikle, sınırlandırılan hak ile sınırlandırma amacı arasında bir alan çatışması olmaktadır. Bu da ister istemez taraflardan birisine katlanacağı bir maliyet çıkarmaktadır. İşte bu maliyetin, sınırlandırma ile hakkı zedelenen, kendisine yükümlülük getirilen kişi bakımından katlanılabilir olup olmadığı da orantılılık denetimi neticesinde ortaya çıkar. Orantılılık ilkesi, hukuken yapılabileceklerin içinden en uygun olanın seçilmesi gereğini ifade eder.³⁷⁶ Değerlendirme neticesinde, kamu yararının sağlanması maksadıyla alınmış olan önlem ve söz konusu önlemin sonuçları, hukuken korunan varlıklardan olan ilgililer aleyhinde nitelikli orantısızlıklar teşkil ediyorsa; alınan önlemin orantılılık ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.³⁷⁷

1- Anayasa Mahkemesi'nin Orantılılık İlkesi Bakımından Verdiği Kararların İncelenmesi

Anayasa Mahkemesi 2/11/1965 tarihli 1965/30 Esas 1965/58 Karar sayılı kararında 5617 sayılı Hayvan Hırsızlığının Men'i hakkındaki Kanunun 13'üncü maddesinin, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: *"büyükbaş hayvanları çalanlar, bu suçlara iştirak edenler veya bu suçun irtikâbına iştirak etmeksizin çalınan bu gibi hayvanları bilerek kabul edenler, saklayanlar, satın alanlar veya her ne suretle olursa olsun kabul etmek, saklamak veya satmak hususlarında tavassut eyleyenler hakkında Türk Ceza Kanununa göre tâyin edilecek cezalar 3 kat olarak hükmolunur. Bunlar hakkında ayrıca sürgün cezasıda verilir.*

³⁷⁶ METİN Yüksel, agm, s.15

³⁷⁷ UÇAR Onur, agdt s.111

*Büyükbaş hayvan hırsızlığı failleri hakkında Türk Ceza Kanununun 522 nci maddesi uygulanmaz. Gerektiği takdirde bu kabil hükümlülerin, cezalarının başka bir mahâl ceza evinde çektirilmesine de hükmolunabilir.*³⁷⁸

İtiraz yoluna başvuran mahkeme Ölçülülük ilkesi bakımından, “Ceza takibinde fiil ve neticenin bir arada mütalâa edilmesi ve cezanın fiile uygun olmasının demokratik hukuk devletlerinde hukukun genel prensiplerinden olduğunu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de cezanın hakkaniyete uygun olmasının gerekli görüldüğünü, itiraza konu kanun maddesi gereği somut olaydaki suç konusu ineğin değerine göre sanıklara Türk Ceza Kanununun 491/5 ve 6 ve son ve 5617 sayılı kanunun 12’nci maddeleri gereğince en az altışar sene hapis ve birer yıl da sürgün cezası hükmedilmesi gerektiğini, sanıkların ineğin sahibinin kolunu kopartsa ya da gözünü kör etse dahi bu kadar ceza almayacağını, bu sebeple itiraza konu kanunun hakkaniyete ve cezanın fiile uygun olduğu kanaatini vermediğini, bu suç için öngörülen 6 yıl haptiden sonra sürgün edilme cezasının haysiyet kırıcı bir ceza olduğunu” bu gerekçelerle de itiraz konusu kanun maddesinin Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 1965/30 Esas 1965/58 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “itiraza konu kanun maddelerinin yürürlüğe konması sebeplerinin araştırıldığında, büyükbaş hayvan hırsızlığının oldukça eski bir zamandan beri memleketin asayişine ve ekonomik durumuna kötü etkiler yaptığının görülmesi üzerine bu suçları önleyebilmek için özel tedbirler almak ve müeyyideler koymak zorunluğunun duyulduğunu ve bu sebeple 6 Nisan 1329 gününde Hayvan Hırsızlığının Men'i hakkındaki Muvakkat Kanunun çıkarıldığını, fakat zamanla bu kanunun da günün icaplarını karşılamada yetersiz kaldığının anlaşılması üzerine itiraz konusu kanun maddelerinin düzenlendiğinin anlaşıldığını, Anayasanın ilgili maddelerine göre belirli sınırlar içinde suçlunun işlediği suçun toplum hayatındaki etkileri gözönünde tutularak gereken cezanın konulmasının yasama organının yetkisi içinde bulunduğunu, itiraz konusu hükümlerin, hayvan hırsızlığının memleketteki kötü etkileri dikkate alınarak, kamu yararının ve kamu düzeninin sağlanması amacı ile konulduğunu, suç ile ceza arasında oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını, o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye göre takdir etmek gerektiğini, herhangi bir suça karşı konmuş olan bir ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın, bu oranı tâyinde esas olamayacağını³⁷⁹” bu gerekçelerle de itiraza konu kanun maddesinin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

³⁷⁸ Bu suç için öngörülen sürgün cezası, 16/7/1965 tarihinde yürürlüğe giren 647 sayılı Cezaların İnfazı hakkındaki Kanunun "Türk Ceza Kanunu ile hususi kanunlarda yazılı sürgün cezalarının kaldırıldığını" bildiren geçici 2'nci madde maddesi sebebiyle kaldırıldığı için, Anayasa Mahkemesi bu bakımdan bir inceleme yapmamıştır.

³⁷⁹ “Ancak, suç ile ceza arasında oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye göre takdir etmek zorunluğu vardır. Yoksa herhangi bir suça karşı konmuş olan bir ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın, bu oranı tâyinde esas olamayacağı açık bir gerçektir. Yasama organı, gerekçelerinde açıklandığı üzere, yurttan ayrı bir kanun ile özel tedbir ve müeyyideler konulmasını zorunlu kılacak derecede bir huzursuzluk

Anayasa Mahkemesi'nin kararının isabetli olduğunu düşünüyoruz. İtiraz konusu kuralda yer alan sürgün cezası, Anayasa Mahkemesi'nin konuyu ele almasından önce kaldırıldığı için bu konuda bir inceleme yapılmamıştır. Geriye kalan kısım ise hayvan hırsızlığı durumunda aynı suçun TCK'daki karşılığının üç katı kadar bir ceza ile cezalandırılmasını öngörmektedir. Anayasa Mahkemesi kararında, o dönem ülkede büyük bir sorun haline gelen, hem ülke ekonomisi hem de hayvan sahipleri için büyük zararlar doğuran hayvan hırsızlığı olaylarına karşı öncelikle 6 Nisan 1329 gününde Hayvan Hırsızlığının Men'i hakkındaki Muvakkat Kanunun çıkarıldığını, bu kanun da yetersiz kalması sebebiyle de itiraz konusu kanunun düzenlendiğini belirtmektedir. Orantılılık denetiminde bir nevi, hukuken yapılabileceklerin içinden en uygun olanın seçilip seçilmediği denetlenmektedir. O dönem ülke için büyük bir sorun haline gelen bu hırsızlık tipinin önüne geçmek için zaman içerisinde, daha ağır yaptırımlar getirildiği görülmektedir. Kanun koyucu, yukarıda doktrin kısmında açıkladığımız sınırlar içerisinde, suç ve cezaların belirlenmesinde takdir yetkisine sahiptir. Toplumda büyük sorunlara yol açan bazı eylemlere bazı dönemlerde daha ağır yaptırımlar uygulanması da bu bakımdan takdir yetkisi içerisinde değerlendirilmelidir. Kamu yararının sağlanması maksadıyla alınmış olan önlem ve söz konusu önlemin sonuçlarının bu sebeple orantısız olduğunun söylenemeyeceği kanaatindeyiz.³⁸⁰

Anayasa Mahkemesi **2.7.1968 tarihli 1967/52 Esas 1968/29 Karar** sayılı kararında 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 29. maddesinin C-2 işaretli bendi, 38. maddesi ve 66. maddesinin 1 sayılı fıkrasındaki “Yeniden asker edilir” hükmünün Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “*Madde 29- Askerî şahıslar hakkında hükmolunacak "fer'i askeri" cezalar şunlardır: ...*

C. Diğer erat hakkında: (4/1/1961 günlü ve 211 sayılı Kanunun 118. maddesiyle erat deyimi erbaş ve er olarak değiştirilmiştir.)

1- Rütbenin geri alınması.

sebebi olarak görülen büyükbaş hayvan hırsızlığı suçlarını karşılamak üzere düşünülen tedbirler ve müeyyideler arasında itiraz konusu hükümleri de kabul etmiştir. Buna karşı, başka nitelikteki bir suç için umumi Ceza kanununda tâyin kılınmış bir ceza ile kıyaslayarak bu hükümlerde, fiil ile ceza arasında Anayasa ilkelerine uygunsuzluk ve hakkaniyete aykırılık vardır yolunda ileri sürülen görüş de yerinde bulunmamıştır.”

³⁸⁰ İlgili kararda ölçülülük ilkesine yer verilmediği için doktrinde eleştirildiği yönünde bkz: METİN Yüksel, DİNLER Veyssel, Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları, **Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılı Armağanı**, Aralık 2012, s.47

2- Yeni baştan askerlik

Yeni baştan askerlik cezası, mahiyeti ve neticeleri:

Madde 38- 1. Yeni baştan askerlik cezası cürmün işlendiği zamana kadar geçen hizmet müddetinin sayılmaması ve rütbenin geri alınmasıdır. Bu ceza kanunda yazılı yerlerde ve yalnız muvazzaflar hakkında hükmolunur.

2- Muvazzaflığı bitirmeyenlerden yeni baştan askerlik cezasıyla mahkûm olanlar hemduhüllerinden sayılmayan müddet kadar fazla hizmet ederler. Muvazzaflığı bitirdiği halde görülen lüzum üzerine terhis olunmayanlardan işbu cezaya mahkûm olanların yalnız muvazzaflığı bitirdikten cürmü yaptıkları tarihe kadar geçen hizmet müddetleri sayılmaz ve bunlar hemduhüllerinden o kadar fazla hizmet ederler.

3- Yeni bastan askerlik mahkûmiyeti askerlik çağını çoğaltmaz.

Madde 66- 1- Aşağıda yazılı askerî şahıslar altı aydan üç seneye kadar hapsolunur ve yeniden asker edilir..."

İtiraz yoluna başvuran mahkeme itiraz gerekçesini³⁸¹ özellikle eşitlik ilkesine dayandırsa da cezaların adilliği bakımından da bir inceleme yapıldığı için ayrıca orantılılık ilkesi bakımından tartışılması gerektiği kanaatiyle bu kısımda ele alacağız.

Anayasa Mahkemesi 1967/52 Esas 1968/29 Karar sayılı kararında cezaların adilliği bakımından yaptığı incelemede, öncelikle askerlik hizmetinde disiplinin önemine vurgu yapmıştır.³⁸² Mahkeme daha sonra "Askerlik hizmetinin sayılmaması kanunla bir ceza olarak konulunca elbette ki ortaya cezadan az hizmeti olanların az, çok hizmeti olanların çok

³⁸¹ İtiraz yoluna başvuran Mahkeme özetle: "Askerlik hizmetinin Türkler için bir ceza veya angarya olmayıp Anayasa'da yeri olan bir temel hak ve ödev olması karşısında Askerî Ceza Kanunun itiraz konusu hükümlerinin bir temel hakka ceza niteliği vermesini, Anayasaya göre herkesin kanun önünde eşit olduğunu, bu eşitliğin yurt savunmasına katılmadaki eşitliği de kapsadığını, oysa yeni baştan asker edilme cezası alan kişilerin askerlik süresinin üstünde hizmet gördüğünü ve eşitliğin bozulduğunu, askerden kaçan bir yedek subayın aynı suçu işleyen ere göre fer'i ceza bakımından imtiyazlı bir durumda olduğunu çünkü bu cezanın ancak erlere verilebildiğini, Milli Savunma Bakanlığınca hazırlanan yeni Askerî Ceza Kanunu tasarısında yeni baştan askerlik cezasına yer verilmediğini, bu hükmün cezaların adil olması ilkesine de aykırı olduğunu çünkü yaptıkları askerlik süresi göz önüne alındığında askerlik süresinin farklı kısımlarını tamamlayan askerlerin farklı cezalara çarptırılmasının söz konusu olduğunu, tüm bu gerekçelerle söz konusu hükümlerin 1961 Anayasası'nın vatan hizmetini düzenleyen 60. ve eşitlik ilkesini düzenleyen 12. maddelerine aykırı olduğu" gerekçeleri ile anayasa mahkemesine başvurulmuştur.

³⁸² "Bu çok ağır görevin başarı ile yerine getirilmesini aksatmada hatta tehlikeye düşürmede, askerliğin temeli olan disiplini sarsmada, çevreye kötü örnek olmada firar ve izinsizlik eylemleri kadar etkili ve vahim sonuçlu pek az eylem akla gelebilir. Kanun koyucunun suçun önemini, ağırlığını ve çevredeki tepkilerini, asker ocağının her çeşit ahlâk seviyesinden kimseleri içinde barındırmak zorunda bulunduğunu göz önünde tutarak ceza müeyyidesini bir fer'i ceza ile daha etkili duruma getirmesi yerinde bir davranış sayılmalıdır."

zarar görmeleri gibi bir durum çıkacaktır. Bu cezanın tabiatının kaçınılmaz bir sonucudur. Kanunda belirtildiği ve suçu işleyecek olan, hizmetinin az da çok da olsa yanacağını önceden bildiği için burada artık bir adaletsizlikten söz edilemez. Bu cezanın, uzun hizmeti bulunan ve suç işleme eğiliminde olan kimseler üzerinde daha uyarıcı bir etkisi olacağı da ileri sürülebilir. Öte yandan askerlik yükümünün büyük bölümünü yerine getirmiş; böylece hizmetin önemini ve hizmeti bırakmanın sakıncalarını iyice anlamış, öğrenmiş bir kimse ile ödevini ve sorumunu henüz gereği gibi kavrayamamış birkaç aylık bir erin, işledikleri firar suçlarının ağırlıkça birbirinden farklı olduğunu ve fer'i cezanın bu bakımdan bir denge kurduğunu düşünmek de yerinde olur.” şeklinde görüşünü açıklayarak ilgili düzenlemenin cezaların adilliği ilkesine aykırılık taşımadığını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin kararının isabetli olmadığını düşünüyoruz. Bu karar özellikle orantılılık ilkesine aykırılıklar taşımaktadır. Şöyle ki kanun koyucu düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır. Bu ilke ise yukarıda detaylıca açıkladığımız *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da *ölçülülük ilkesi* gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

Bu bilgiler ışığında dava konusu yasa maddeleri incelendiğinde, yeni baştan askerlik cezasını düzenleyen madde şu şekildedir: “*Yeni baştan askerlik cezası cürmün işlendiği zamana kadar geçen hizmet müddetinin sayılmaması ve rütbenin geri alınmasıdır.*” Yani kanunun açık düzenlemesinden anlaşılabacağı üzere yaptırım, bir erin bu cezayı gerektiren fiili işlediği zamana kadar askerlik hizmetinin yapılmamış sayılması, rütbesinin alınması ve en baştan askerlik hizmetine başlamasıdır. Bu ceza kanunda belirtilen hapis cezasının yanında ayrı bir fer’i ceza olarak verilmektedir. İlgili madde şu şekildedir: “*Aşağıda yazılı askerî şahıslar altı aydan üç seneye kadar hapsolunur ve yeniden asker edilir.*”

Bu düzenlemeye göre fail hem hapis cezası alacak hem de o günün koşullarında 24 ay askerlik hizmeti süresi olduğu göz önüne alındığında 2 aylık asker iken cezayı gerektiren fiili işleyen kişinin 2 aylık hizmeti sayılmayacak ve toplam 26 ay askerlik yapacak, 20 aylık bir asker iken cezayı gerektiren fiili işleyen bir kişinin ise 20 aylık hizmeti sayılmayacak ve toplam 44 ay askerlik yapacaktır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi kararında bunun eşitlik ilkesine aykırı olmadığını, aynı durumda olan kişiler

için aynı sonuç doğurduğunu belirterek anayasaya aykırılık görmediyse de bu eşitlik değerlendirmesinin son derece şekli bir düşünce ile kabul edildiği açıktır. Burada bir nevi her failin kendi cezasının miktarını tayin ettiği görüşünü dile getirmek bile mümkünken, aynı hizmet süresinden sonra cezayı gerektiren fiili işleyenlerin aynı yaptırıma maruz kaldığı gerekçesi ile eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığı sonucuna ulaşmak eşitlik ilkesinin ölçülülük ilkesi göz önünde bulundurulmadan yorumlanmasının bir sonucudur. Burada, ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan orantılılık ilkesine aykırılık olduğu görülmektedir.

İlgili yasa maddesinin uygulanması sonucunda, artan askerlik hizmeti süresine paralel olarak hizmetten sayılmayacak ve netice olarak ceza olacak süre de artmaktadır. Anayasa Mahkemesi artan hizmet süresi ile askerlerin yaptıkları fiilin sonuçları hakkında daha bilgili hale gelerek neticenin ağırlığını öngörebileceklerini belirtip bunu anayasaya aykırılık iddiasının reddine ilişkin bir gerekçe olarak sunsa da bunun da tam olarak böyle olamayacağı açıktır. Suç işlemede önemli olan şey manevi unsurun varlığıdır. Yani neticeye yönelik fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektir. Cezanın ağırlığını failin bunu gerçekleştirdiği zamana göre tayin etmek bu gibi durumlarda orantısız sonuçlara yol açmakta ve eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Söz konusu düzenlemelerde ayrıca hapis cezasına yer verilmiş olması ve bunun yanında her failin kendi hizmet süresine göre belirlenen yeniden askerlik cezası yaptırımına tabi kılınması, şekli olarak eşitlik ilkesine aykırılık arz etmese dahi, ölçülülük ilkesinin orantılılık alt ilkesi göz önünde bulundurulduğunda netice cezanın amaca ulaşmada orantısız sonuçlar doğurması sebebiyle, ilgili düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğu kanaati ile Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bu karara katılmıyoruz.

Anayasa Mahkemesi **6/4/1971 tarihli 1971/2 Esas 1971/36 Karar** sayılı kararında 6136 sayılı Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar hakkındaki Kanuna 30/6/1970 günlü, 1308 sayılı Kanunun 7. maddesiyle konulan ek maddenin 1. ve 2. bentleri hükümlerinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu 6136 sayılı Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar Hakkındaki Kanuna 30/6/1970 günlü, 1308 sayılı Kanunun 7. maddesiyle konulan ek madde şu şekildedir:

"Ek madde- Üniversite; resmi ve özel yüksek okul, akademi ve türlü eğitim ve öğretim müesseselerinde; öğrencilerin toplu olarak ikamet ettikleri yurt ve benzeri yerlerde; derneklerle bunlara bağlı yerlerde ve bunların toplantı ve kongrelerinde; her türlü spor müsabakalarının yapıldığı yerlerde, kanuna uygun veya kanuna aykırı olarak grev ve lokavt yapılmakta olan işyerlerinde veya yukarıda yazılı olan yerlerin müstemilâtında:

1- Bu Kanuna aykırı olarak ateşli silâhları, bunlara ait mermileri, 4'üncü maddede yazılı olan bıçak ve benzerlerini Türk Ceza Kanunu'nun 264'üncü maddesinde yazılı olanları taşıyan ve bulunduranlar hakkında, kanunda belli edilen cezaların iki katı hükmolunur.

2- Bu maddede gösterilen yerlerde, 6136 sayılı Kanunun 13 ve 15 inci maddelerinde ve Türk Ceza Kanunu'nun 264'üncü maddesinde yazılı olanları, 6136 sayılı Kanunun 7 inci maddesinin birinci ve ikinci bentlerinde gösterilen görevliler ile Ordu, Emniyet ve Jandarma mensupları dışında, ruhsatlı olsalar dahi, taşıyan ve bulunduranlar hakkında, kanunda daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası hükmolunur."

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından "itiraz konusu kanunun, ateşli silâhlarla bıçaklar ve öteki patlayıcı maddelerle işlenen suçların artışına engel olmak ve son yıllarda yurdumuzun çeşitli bölgelerinde geçen Üniversite ve işçi hareketleri gibi toplumsal hareketleri frenlemek ve bu hareketler arasında ateşli silâhlarla işlenen suçları önlemek amacıyla çıkarıldığını, ancak belli suçların işlenmesine engel olmak, ya da bu suçların hiç olmazsa artışını önlemek için sadece ceza yaptırımlarını artırmanın veya yeni bir bölüm ceza yaptırımları getirmenin suçların işlenmesine ve artışına engel olamayacağı gibi, bazı hallerde, eskisine oranla daha kötü ve acı sonuçlar dahi doğurabileceğini, bireysel güvenliğini sağlamak üzere önce 6136 sayılı Kanun gereğince kendisine ruhsat verilmiş olan kişilerden, bu haklarının ek madde hükümleri ile geri alındığını ve ayrıca daha ağır ceza yaptırımına çarptırıldıklarını, itiraza konu hükmün kişi hak ve hürriyetlerini sınırlandırarak eylem ile uygulanması gereken ceza yaptırımı arasında çok açık bir orantısızlık yarattığı" gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 1971/2 Esas 1971/36 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, kanun koyucunun Anayasa kuralları, ceza hukuku ilkeleri ve toplum yaşantısının zorunluluk ve yararlarının gereklerine bağlı kalarak suç ve cezaları belirlemede takdir yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi cezaların hesaplanması konusunda bir değerlendirme yapmış³⁸³, cezanın verdiği acının

³⁸³ "Ceza sistemi açıklanırken, cezaların hesaplanması konusunu da ele almak zorunluğu vardır. Ceza hukukunda, aykırı eylemleri yasaklamanın en önde gelen aracı ceza tehdididir. Bu tehdidin, toplumun suç işlemesini önlemeğe muvaffak olmadığı kişiyi, en az yeniden suç işlemekten alıkoyacak ölçüde bulunması gerekir. İşte bu ölçünün belli edilip saptanması, genel olarak cezanın hesaplanmasını ifade eder. Cezanın hesaplanması, biri kanun koyucuya ve ötekisi onu uygulayacak mahkemelere ait olmak üzere iki ayrı evreyi kapsar. Soyut olan birinci evrede, kanun koyucu

kaçınılmaz olduğunu ve bunun belirli bir ölçüde de uygulanmasının da cezalandırmanın ruhundan kaynaklandığını belirtmiştir.³⁸⁴ Mahkeme, daha önce ruhsat verdiği kişilerin bu ruhsatlı aletlerini belirli yerlere sokamaması bakımından da kanun koyucunun takdir yetkisi olduğu görüşündedir. Anayasa Mahkemesi, bir ceza hukuku kuralı konulduktan sonra, ileriye dönük olarak bir kazanılmış haktan bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir.³⁸⁵ Ayrıca Anayasa Mahkemesi toplumun yaşadığı siyasi hayatın etkilerinin ceza hukukunda yansımalarının olabileceğini belirtmektedir.³⁸⁶ İtiraza konu kanun maddesinin gerekçeleri³⁸⁷ de incelendiğinde, itiraza konu kanunda Anayasaya aykırılık olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

önce, suçlara uygulanacak olan ceza ve emniyet tedbirlerinin miktar ve çeşitlerini genel ve soyut olarak kanunda belli eder. Bundan sonra yine kanun koyucu ceza kanun veya ceza hükümlerinde tanımlanıp öğeleri gösterilen her suç karşılığında, hangi çeşitten ve ne ölçülerde ceza verilebileceğini saptar, yani, ceza çeşit ve ölçülerini soyut ve özel biçimde gösterir. Böylece her suç için saptanan ceza kanununda gösterilen çeşitten olmak zorunlu bulunduğu gibi, yine kanunda gösterilen sınırlar içinde kalınması gerekir. Cezaların genel ve soyut veya özel ve soyut olarak belli edilip saptanmasında gözönünde tutulan ölçü, genel olarak bilimsel, yarara dayanan ve deneysel bir nitelik gösterir. Ancak, en başta suçun ağırlığının gözönünde tutulması gerekmektedir. Böylece, her suçun cezasının önceden belli olması ve bunun işlenen suçun ağırlığı ile orantılı bulunması esaslarına uygunluk sağlanmış olur. Yukarıda gösterilen evrede suçlunun kişiliği söz konusu değildir. Ancak, cezanın mahkemelerce uygulanması evresinde hâkim, yalnız suçun ağırlığını veya hafifliğini değil, suçu işleyen kişiliğini de gözönünde tutarak, kanunun o eylem için belli edip saptadığı cezayı buna uydurmak durumundadır. Hâkim bu uygulamayı yaparken, ceza hukukunun belli esaslarını ve bu arada özellikle kendi takdir yetkisinin nitelik ve sınırını, ceza çeşidinin seçilmesini, ölçüsünün saptanması ve cezanın, kanunî veya takdiri nedenlere dayanılarak artırılması veya indirilmesi gibi başlıca üç hususu gözönünde tutmak zorunluluğundadır.”

³⁸⁴ “Hiç kuşku yok ki, her ceza yaptırımı cezalandırılan kişiye bir acı getirir. Bu acı daha ziyade birtakım yoksunlukların sonucudur. Ceza yaptırımlarının konulmasında ve dolayısıyla uygulanmasında daima böyle bir erek kendini duyurur. Ancak, acının makul ve insanî bir sınırı aşmaması, eziyet ve işkence derece ve niteliğini almaması şarttır. Ceza yaptırımlarının çeşit ve ölçüleri toplumların uygarlık düzeylerine yakından bağlı olduğundan, bugün en ileri ülkelerde dahi henüz vazgeçilmesi uygun görülmeyen hürriyeti sınırlayıcı yaptırımlarda ve özellikle hapis cezasında hükümlünün en büyük yoksunluğu, irade ve hareket serbestliğini ceza süresince yitirmekte olmasıdır. Çünkü hükümlü, bu yaptırımın yerine getirilmesi sırasında, örneğin istediklerini yapamaz; dilediğini dilediği zaman yiyip içemez. Bütün bu yoksunluklar, cezanın tehdit ve dolayısıyla tenkil amaçlarını taşımasının doğal bir sonucudur.”

³⁸⁵ “Kanun Koyucu, ceza yaptırımı ile önlemek istediği eylemlerin öğelerini, yani suçluluk koşullarını genel ve soyut olarak belli edip saptanma yetkisine sahiptir. Her ceza yaptırımı, esasında kamu hukuk alanında yer alan ve amacı kamu düzenini kurmak veya korumak olan bir hukuk kuralından ibaret bulunduğundan, burada bu kuralın konulmasından sonra işlenecek eylemlerde kazanılmış bir haktan söz etmeye de olanak yoktur.”

³⁸⁶ “Ceza hukuku, karakteri itibarıyla, eski, sosyal bakımdan toplumun kültür ve uygarlık düzeyi ve sosyal ve ekonomik yaşantısı koşullarıyla yakından ilgili, kuralları eşit, tek biçimde olup kamu hukuku alanında yer alan bir hukuk dalı bulunduğundan başka, ancak Devletçe konulabilir ve biçimlendirilebilir olması nedeniyle kuralları, bir bakıma-siyasi bir karakter de taşır. Yani, toplumun belli bir zamandaki tüm yaşantısının siyasi oluşumu, ceza hukuku kurallarına ya doğrudan doğruya veya dolayısıyla etkili olur ve onlara yansır. Bu etkileme ve yansıma Anayasa’da yer alan temel ceza kurallarına ve gerek bunlarla ve gerekse öteki hükümlerle konulan sınırlara ve genel hukuk kurallarına aykırı düşmemek kaydıyla, ceza hukuku alanında olağan bir durum sayılmak gerekir. O halde bir eylemi veya davranışı yeniden suç sayan bir ceza hükmünün, soyut olarak, ceza siyaseti veya cezanın siyasiliği yönlerinden Anayasaya uygunluk denetimine bağlı tutulabileceği gibi yersiz bir düşünceye varılamaz. Çünkü, ceza kuralları ile kapsadıkları ceza yaptırımları, toplumun belli bir zamandaki tüm yaşantısının çeşitli nedenlerle oluşturacağı zorunlukların doğurduğu gereksinimleri karşılamak üzere, ancak Devletçe, gerek toplumun ve gerekse onu oluşturan bireylerin yaşantılarının düzen ve güvenlerini sağlamak amaçlarıyla konulabilmektedir.”

³⁸⁷ İtiraza konu kanun maddesinin gerekçesi şu şekildedir: “Son günlerde öğrenciler tarafından yürütülen toplu hareketlerde ve aykırı fikirlerle sahip öğrenci grupları arasında cereyan eden olaylarda, öğrencilerin ve öğrenci arasına giren bazı zararlı anarşik unsurların Devlet kanunlarına ve birbirlerine karşı ateşli silâhlan, patlayıcı, yakıcı, yaralayıcı, bereleyici, suç aletlerini ve maddelerini kullandıklarının görüldüğü, aynı zamanda, kanuna uygun

Toplumun yaşadığı döneme göre belirli eylemlerin topluma verdiği zararlar bağlantılı olarak, hiç cezalandırılmıyorken cezalandırılması ya da önceki döneme kıyasen daha ağır bir cezalandırma öngörülmesi ceza hukukunun doğası gereğidir. Bu kısımda bizim bakacağımız nokta bu cezalandırmanın orantılılık ilkesine uygun düşüp düşmediğidir. Yukarıda orantılılık kısmında açıkladığımız üzere orantılılık denetiminde, seçilen araçla temel hakka yapılan müdahalenin ağırlığı ile ulaşılmak istenen amacın anayasal açıdan taşıdığı önem arasındaki ilişkiye odaklanılır. İtiraza konu kuralda, toplumsal düzeni bozan ve kargaşa yaratan eylemlerin önlenmesi amacıyla, ateşli silah ve bıçakların belirli alanlarda kullanılmasının daha fazla bir cezaya çarptırılması öngörülmektedir. O dönemin koşulları düşünüldüğünde, toplumsal kargaşaya sebebiyet veren yerlerin genel itibariyle kuralda belirtilen yerler olduğu, itiraz konusu kuralda yasaklanan eyleminin belirli silahları taşımak olduğu, görülmektedir. Bu ikisi birlikte düşünüldüğünde yaşanan haklar çatışmasının ve itiraza konu kuralın getirdiği ceza miktarının orantısız sonuçlar doğurduğundan bahsedilemez. Bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi'nin ulaştığı sonucun isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

Anayasa Mahkemesi **24/5/1977 tarihli 1977/19 Esas 1977/82 Karar**³⁸⁸ sayılı kararında 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 91. maddesinin (1) sayılı fıkrasındaki “veya fiilen taarruza teşebbüs edenler” ve aynı maddenin 2. ve 3. fıkralarındaki “veya taarruza teşebbüs” deyimlerinin, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “Madde 91- 1. Âmire ve mafevke fiilen taarruz eden veya fiilen taarruza teşebbüs eden üç seneden, az vahim hallerde altı aydan aşağı olmamak üzere hapsolunur.

2. Taarruz veya taarruza teşebbüs silâhlı olarak veya bir hizmet esnasında veya toplu asker karşısında veyahut silâh ve tehlikeli bir alet ile yapılmış ise beş seneden, az vahim hallerde bir seneden aşağı olmamak üzere suçluya hapis cezası yerilir.

3. Taarruz veya taarruza teşebbüs, seferberlikte yapılmışsa suçlu ölüm, az vahim hallerde yahut suç seferberlikte hizmet dışında yapılmışsa suçlu onbeş seneden az olmamak üzere ağır hapis veya hapis cezası ile cezalandırılır.

veya kanuna aykırı grev ve lokavt olaylarında da gerek işçilerle işveren, gerek greve iştirak eden veya etmiyen işçiler veya bunlarla Devlet kuvvetleri arasında vukubulan çarpışmalarda aynı silâh ve aletlerin kullanılmasının mutad hale gelmiş bulunduğu, sportif faaliyetler arasında bilhassa muhtelif şehir takımları arasında yapılmakta olan futbol müsabakalarında maçtan evvel veya sonra halk gruplarının birbirleriyle veya Devlet kuvvetleriyle çatışma haline geldikleri ve bu arada yukarıda sayılan silâh ve diğer suç aletlerinin istimal edildiği”

³⁸⁸ Anayasa Mahkemesi'nin aynı kanun maddesi ile ilgili benzer bir kararı için bkz: **24.5.2012 tarihli 2011/121 Esas 2012/80 Karar** sayılı karar.

4. Taarruz, âminin veya mafevkin vücudunda tahribatı mucip olmuşsa, suçluya onbeş seneden az olmamak üzere ağır hapis, eğer ölümü mucip olmuşsa ölüm, az vahim hallerde müebbeden ağır hapis cezası verilir.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme itirazını eşitlik ilkesine dayandırmış, itiraza konu eylemlerin tamamlanmış olması ya da teşebbüs aşamasında kalması bakımından bir fark öngörülmediğini, Türk Ceza Kanunu’nda ise genel itibarıyla aksi bir düzenleme öngörüldüğünü, tamamlanan eylem ile teşebbüs aşamasında kalan eyleme aynı cezanın verilmesinin adaletsizliğe ve disiplinsizliğe yol açacağını, bu gerekçelerle de Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi 1977/19 Esas 1977/82 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “Türk Ceza Kanunu’nda genel itibarıyla teşebbüs aşamasında kalan suçun, tamamlanmış suça göre daha az ceza ile cezalandırılmasına rağmen aynı cezanın öngörüldüğü durumların da olduğunu, teşebbüs aşamasında kalan bir suçu tamamlanmış suç gibi cezalandırmayı engelleyen bir Anayasal engel olmadığı gibi uluslararası antlaşmalarda da bu yönde bir hüküm bulunmadığını, kanun koyucunun belirli durumlarda genel esasların dışına çıkma nedeninin suçun özelliği ile toplum ve ordu bünyesinde yaratacağı kötü izler olduğunu, teşebbüs aşamasında kalmış suçla, tamamlanmış suçu bir tutup aynı ceza ile cezalandırmanın ceza kanunlarında bulunan genel nitelikteki kurallara uymamakta ise de, bunun Anayasa’nın eşitlik ilkesini bozduğu savunulamayacağını, çünkü yasa koyucu ayırık hükmü hangi suç için koymuş ise, bu hükmün o suçu işleyen her kişi hakkında uygulanacağını, niteliği göz önüne alınarak belli suç için konulmuş bu hükmün, öteki suçlar için kıyas konusu yapılamayacağını, Silahlı Kuvvetlerde bir çok hallerde astın âmine veya üste filen taarruz etmesi ile bu suça kalkışmasının, suça hedef olan âmir veya üstün astları üzerinde kaybedeceği nüfuz bakımından ayırım yaratmayacağını, âmir ve üstün astları üzerindeki nüfuz ve otoritesinin, onlar arasında sağlaması gerekli mutlak bir itaat için çok önemli olduğunu, bu nüfuz ve otoritenin sarsılmasının büyük sakıncalar doğuracağı” gerekçeleri ile itiraz konusu kuralı Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin kararına orantılılık ilkesi bakımından katılmıyoruz. Mahkeme yaptığı inceleme de açıkça ölçülülük bakımından bir değerlendirme yapmamış olsa dahi yukarı da verdiğimiz gerekçelerinin içerisinde gizli bir şekilde bunu da tartıştığı ve ölçülülük ilkesine aykırı bulmadığı görülmektedir. Askeri suçlar bakımından, genel suçlara kıyasen farklı düzenlemelerin öngörülebileceği işin doğası gereğidir. Ancak, bu düzenlemeler yapılırken dahi ölçülülük ilkesine uyulması elzemdir. İtiraza konu kuralda tamamlanmış suç ile teşebbüs aşamasında kalmış suç

aynı ceza ile cezalandırılmaktadır. Burada, bir orantısızlık olduğu görülmektedir. Silahlı kuvvetler bakımından hiyerarşi ve disiplinin önemi ortadadır ancak bunun bozulmasına karşı hareketlerin teşebbüs aşamasında kalması hali ile tamamlanmış halinin aynı cezaya çarptırılması oluşan sonuç açısından orantısızdır. Kanun koyucu, teşebbüs aşamasında kalan suçu, tamamlanmış suça nazaran daha az ancak normal teşebbüs hükümlerinden ayrılarak daha ağır bir ceza öngörebilirdi. Bu ikisi arasında bir ayırım yapmaması, orantısız bir sonuç meydana getirmektedir. Anayasa Mahkemesi aynı konuyu 24.5.2012 tarihli 2011/121 Esas 2012/80 Karar sayılı kararında bu konuyu tekrardan ele almış ancak bu seferde oy çokluğu ile anayasaya aykırı bulmamıştır. Karara karşı yazılan karşı oy³⁸⁹ da bizim görüşümüz ile paralellik taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi **3.6.1988 tarihli 1987/28 Esas 1988/16 Karar** sayılı kararında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 403. maddesinin son fıkrasının Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “...Birinci, ikinci bentlerle beşinci, altıncı ve yedinci bentlerin idam cezası tertip veya bu cezalar yerine başka bir ceza tayin olunduğu hallerde failin bilcümle menkûl ve gayrimenkul mallarının müsaderesine dahi hükmolunur...”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 38. maddesinde, ‘Genel müsadere cezası verilemez’ hükmü yer aldığını, oysa Türk Ceza Kanunu’nun 403/son fıkrasında belirtilen ceza uygulamasının ilk bakışta bir genel müsadere cezası şeklinde olduğunu, genel müsaderece bir kişinin miras veya her ne suretle olursa olsun elde ettiği tüm mal varlığının bir ceza olarak elinden alınması anlamını taşıdığını ve böylece de o kişinin daha evvel haklı olarak kazandığı veya miras yoluyla kendisine intikal eden mallarının da elinden alınması, sonuç itibarıyla de bu kişiden kendi aile fertlerine gerek hukuki yolla ve gerekse miras yoluyla intikal edecek mallarının o kişilere geçmesi önlendiğini böylece de ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılık meydana geldiğini, bir an için böyle bir tasarrufla kamu yararı gözetildiği düşünülebilirse Anayasamızın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunulmaksızın sınırlanabileceği belirtildiğini, oysa bu ceza ile tüm mal varlığı elinden alınan kişinin bu suretle miras ve mülkiyet haklarının özüne dokunulduğu

³⁸⁹ Mehmet ERTEN karşı oyu: “İptali istenilen sözcüklerin de bulunduğu fıkra, aynı türden olan amire veya mafevke fiilen taarruz etme suçunun biri tamamlanmış diğeri teşebbüs halinde olan iki şekli düzenlenmiş ve bu suçların az vahim halleri de dahil olmak üzere her ikisi için ceza süreleri aynı miktarlarda öngörülmüştür. Amire veya mafevke fiilen taarruz etme suçunun tamamlanmış hali, teşebbüs halinden daha çok kamu düzenini ihlal ettiği ya da teşebbüs hali tamamlanmış halinden daha az kamu düzenini ihlal ettiği konusunda tereddüt bulunmadığı halde her iki suç için aynı miktarlarda ceza süreleri öngörülmesi suç ve ceza arasında bulunması gereken adil dengeyi ‘fiilen taarruza teşebbüs eden’ sözcükler ile tanımlanan suç aleyhine bozmakta, başka bir ifadeyle ceza adaletini ihlal etmektedir.”

gibi bir sonucun çıkarılabileceği” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 1987/28 Esas 1988/16 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “1924 Anayasasından beri tüm anayasalarda müsadere cezasının yasaklandığını, Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan ‘Genel müsadere cezası verilemez’ biçimindeki kuralın ayırık durumlara izin vermeyen mutlak bir düzenleme niteliğinde olduğunu, itiraza konu kuralında genel müsadere cezası niteliğinde olduğunu, uyuşturucu maddelerin, imal, ithal ve ihracı ile ilgili suçların önlenmesindeki toplumsal yararın ne kadar büyük olursa olsun, Anayasa’ya aykırı bir uygulama için neden teşkil edemeyeceğini, Anayasa’nın 35. maddesinde mülkiyet ve miras haklarının düzenlendiğini, bu hakların ancak Anayasa 13. madde hükmü çerçevesinde sınırlandırılabilceğini, bunun karşısında kişinin tüm taşınır ve taşınmaz mallarına el konulması sonucunu doğuran itiraza konu düzenlemenin Anayasa ile uyum içinde bulunduğunun söylenemeyeceğini, zira burada bir hakkın sınırlandırılmasının değil tümüyle ortadan kaldırılması söz konusu olduğunu, temel hak ve özgürlüklerin kaldırılmasından değil, sadece sınırlandırılmasından söz edilebileceğini, Anayasa’nın 13. ‘Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz’ denilerek sınırlandırmanın ölçüsünün konulduğunu, itiraz konusu genel müsadere cezasının, sınırlandırmayı aşan, hakkı ortadan kaldıran niteliği ile bu ölçünün dışına taşıdığı” gerekçeleri ile itiraz konusu kuralı Anayasaya aykırı bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi’nin kararının isabetli olduğunu düşünüyoruz. Bir suç sebebiyle mahkûmiyet neticesinde genel müsaderece uygulanması, tartışmasız olarak orantılılık ilkesi ile çelişecektir. Anayasa Mahkemesinin kararında da belirttiği gerekçelere ek olarak yaratacağı sonuçlar bakımından orantılılık ilkesinin ihlali anlamına geleceği için, itiraz konusu kural Anayasaya aykırılık taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi **27.9.2006 tarihli 2004/63 Esas 2006/94 Karar** sayılı kararında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 3038 sayılı Yasa ile değiştirilen 432. maddesinde yer alan “...429. maddede yazılı halde bir aydan bir seneye kadar...” ibaresinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “Yukarıki maddelerde yazılı cürümlerden birinin faili, kaçırdığı veya alıkoyduğu kimseyi hiçbir şehvî hakarete bulunmaksızın kendiliğinden kaçırdığı eve veya ailesinin evine iade eder veyahut ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir yere getirip serbest bırakırsa 429 uncu maddede yazılı halde bir aydan bir seneye kadar, (...) 431 inci maddede yazılı halde bir seneden beş seneye kadar hapis cezasile cezalandırılır.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından “sanık hakkında uygulanması olası görülen TCK'nun 432. maddesinin kaçırma ve alıkoyma suçları açısından isteyerek vazgeçmeyi (Faal nedameti) düzenleyen yasal bir indirim hükmü içerdiği, yasanın bu hükmünün “Yukarıdaki maddelerde yazılı cürümlerden birinin faili, kaçırdığı ve alıkoyma kimseyi hiçbir şehveti harekette bulunmaksızın kendiliğinden kaçırıldığı eve veya ailesinin evine iade eder veya ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir yere getirip serbest bırakırsa 429'uncu maddede yazılı halde bir aydan bir seneye kadar, 430'uncu maddede yazılı halde altı aydan üç seneye kadar, 431'inci maddede yazılı halde bir seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde iken Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile yasadaki “altı aydan üç seneye” kısmının iptal edildiğini, yasa koyucunun Anayasa Mahkemesi'nin kararında belirlediği bir yıllık süre içerisinde yeni bir düzenleme yapmaması sebebiyle, TCK'nun 432. maddesinde öngörülen indirim nedeninin aynı yasanın 429 ve 431. maddelerinde düzenlenen suçlar açısından uygulanmakta olduğunu, suçun koruduğu hukuki yarar aynı olmasına rağmen 430. maddede bakımından uygulanmadığını, bu durumda hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturduğunu, kanun koyucunun suç ve cezaları belirlemede takdir yetkisi bulunduğunu ancak bu takdir yetkisini kullanırken hukuksal eşitlik ilkesine dikkat etmek zorunda olduğunu, itiraza konu olan kanun maddesi ile belirtilen diğer kanun maddelerinde düzenlenen bu suçların hukuki konusunun aynı olduğu ve bu hükümler ile kişi özgürlüğü yanında genel ahlakın ve aile düzeninin korunmasının amaçlandığının açık olduğunu, bu durumda yasa koyucunun bu suçlardan bir bölümü için aynı hukuki durumu ‘yani isteyerek vazgeçmeyi’ indirim nedeni olarak kabul etmesi, diğer suçlar için ise kabul etmemesinin cezalandırma ilkelerine aykırı düştüğünü, haklı bir neden yokken suç ile ceza arasında var olması gereken adil dengenin bozulduğu” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2004/63 Esas 2006/94 Karar sayılı kararında ölçülülük ilkesi bakımından yaptığı incelemede, “yasa koyucunun suç ve cezaları belirlerken belirli sınırlar içerisinde takdir yetkisine sahip olduğunu³⁹⁰, itiraz konusu kurala göre, reşit olan veya reşit kılınan kadını kaçıran ya da alıkoyan fail ile evli kadını kaçıran failin, onu iade ettiğinde, eylemlerin kamu düzenini bozucu etkisi farklı olmasına rağmen, aynı ceza ile cezalandırıldığını, kamu düzenini ve aile düzenini ileri düzeyde bozması nedeniyle evli kadının kaçırılmasını daha ağır bir yaptırıma tabi tutan

³⁹⁰ “Yasa koyucu, Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerinde öngörüldüğü üzere Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri koruma yükümü çerçevesinde temel hak ihlallerini yaptırım altına almak zorunda olduğu gibi, toplumsal ve siyasal yapıyı korumak amacıyla da bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlamak suretiyle suç yaratabilir. Yasa koyucu bu çerçevede suç yaratırken koruma yükümünün gerekleriyle bağlı olduğu gibi, yaratılan suçla kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırıldığı durumda 13. maddedeki kayıtlarla bağlıdır. Yaratılan suçlara uygulanacak ceza miktarı da Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ceza hukukunun ana ilkeleri ile ülkenin genel durumu, sosyal ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Bu nedenle Yasa koyucunun ceza politikasının, öncelikle Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri, 5. maddesinde de temel amaç ve görevleri belirtilen hukuk devleti ilkesine ve anılan maddelerde yer alan adalet ilkesine ve 38. maddedeki güvencelere uygun olması gerekir. Bu doğrultuda ceza önemiyle toplumsal barışı amaçlayan Anayasa, suçların niteliği, işlenme biçimi ve kamu düzeni için yarattığı tehlikeyi gözetenek ne miktar ceza verileceğinin ve hangi ceza tedbirlerinin ne yolda uygulanacağını saptanmasını yasa koyucuya bırakmıştır.”

yasa koyucunun, cezalandırmada güttüğü amaç ile ceza arasında gözettiği orantıyı, faal nedamet durumunda ortadan kaldırarak orantısız bir sonuca yol açıldığını, bu durumun suç ile ceza arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldırdığını” belirterek, söz konusu düzenlemeyi hukuka ve cezalandırma ilkelerine aykırı bularak hukuk devletine aykırılık oluşturulduğu gerekçesi ile iptal etmiştir.

İtiraz konusu kuralda, tartışılan konunun kaçırma ya da alıkoyma suçu bakımından suçun mağdurunun “reşit olan veya reşit kılınan kadın” ya da “evli kadın” olmasının gönüllü vazgeçme halinde etkisinin ne olacağı hususudur. Eski TCK döneminde kanun koyucu bu iki mağdura karşı gerçekleştirilen kaçırma ya da alıkoyma suçlarını mağdurun evli kadın olması halinde daha ağır bir yaptırıma tutmuş, ancak gönüllü vazgeçme halinde bu ayrımı ortadan kaldırarak tek bir hal meydana getirmiştir. Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede ise hukuk devleti ilkesi ile kanun koyucunun suç ve cezaları belirlemedeki takdir yetkisini açıkladıktan sonra, kanunda, kamu düzenini bozucu etkisi göz önüne alınarak “reşit olan veya reşit kılınan kadına” nazaran “evli kadının” mağdur konumunda olması halinin daha ağır bir cezanın öngörülmesine rağmen gönüllü vazgeçme halinde kamu düzenini bozucu etkilerine dikkat edilmeksizin iki durumda da aynı yaptırıma bağlanmasının orantısız olduğuna karar vererek iptal kararı vermiştir. Burada orantılılık ilkesi bakımından yukarıda bahsettiğimiz gibi şu soruya yanıt aranmalıdır: “reşit olan veya reşit kılınan kadın” ya da “evli kadın” arasında böyle bir ayrım yapmanın makul bir sebebi var mıdır? Kaçırılan ya da alıkonan bir kadının evli olması onun kocası, çocukları ve ailesi bakımından ve dolayısıyla toplum bakımından daha ağır sonuçları olan bir durumdur fikri öne sürülebilir.³⁹¹ Ancak bu kabulde Anayasa Mahkemesi’nin kararına yazılan karşı oyda da belirtildiği üzere “hiç evlenmemiş veya boşanmış veya kocasının ölümü sonucu dul kalmış” kadınlarla “evli kadınlar” arasında da kabul edilebilir bir açıklaması yapılamayan bir ayrım yapılmış olmaktadır. İki grubun hak ve özgürlükleri bakımından ayrım yapmayı gerektirecek herhangi bir makul sebep bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun suçun temel halinde belirlediği yaptırım farklılığını, gönüllü vazgeçme halinde sürdürmemesini orantısız bulmuş ve iptal

³⁹¹ 765 sayılı TCK’nın 429. maddesindeki düzenlemenin, korunan hukuki değer kadının cinsel özgürlüğü değil kocanın ve ailenin şerefi olarak kabul edilmesi gibi bir yanlış anlayışın ürünü olduğu, evli olan ve olmayan kadınlar arasında ayrımcılık ifade ettiği yönünde bkz: CENTEL Nur, **Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın**, s.6 vd. <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf> (Erişim Tarihi: 02.08.2020)

etmiştir. Oysaki burada eşitlik ilkesine ve orantılılık ilkesine aykırı olan durumun gönüllü vazgeçme halindeki eşit yaptırım değil, suçun temel halinin belirlendiği kanun maddesindeki ayırım olduğu kanaatindeyiz. İlgili kanun maddesinde suçun alt sınırı ile üst sınırı arasında son derece geniş bir makas vardır. Hâkim, önüne gelen somut olayda, kamu düzenini bozucu etkinin fazlalığına göre takdir yetkisini kullanarak alt sınırdan uzaklaşarak hüküm kurabilecektir. Hal böyle iken, evli bir kadının kaçırılmasını sadece bu vasıf sebebiyle evli olamayan bir kadının kaçırılmasına istinaden daha ağır bir hal olarak öngören ve bu sebeple de hukuk devleti ilkesine aykırılık sebebiyle iptaline karar veren Anayasa Mahkemesi kararının isabetli olmadığı görüşündeyiz.

Anayasaya Mahkemesi **26.2.2009 tarihli 2007/96 Esas 2009/34 Karar**³⁹² sayılı kararında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “(1) *Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır...*

... (2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur...

... (6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur...”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, “*Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamına giren basit cinsel istismar suçu ile (2) numaralı fıkrası kapsamına giren mağdurun vücutuna cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen daha ağır bir eylem neticesinde işlenen cinsel istismar suçu için farklı cezalar öngörülmesine rağmen, her iki eylem sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığı bozulduğunda faile aynı cezanın verileceğinin düzenlendiğini, yani mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olan eylemin Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (1) veya (2) numaralı fıkralarının kapsamına girip girmediği konusunda bir ayırım yapılmaksızın her iki eylem sonucunda faile aynı cezanın verileceği, bunun ise suç ve ceza arasında bulunması gereken orantılılık ilkesine aykırı olduğu*” gerekçesi ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi **2007/96 Esas 2009/34 Karar** sayılı kararında yaptığı incelemede, “*TCK'nın 103'üncü maddesinin birinci fıkrasında suçun temel halinin, ikinci fıkrasında*

³⁹² Anayasa Mahkemesi'nin aynı kanun maddesi ile ilgili değerlendirme yaptığı diğer bir kararı için bkz: **26.2.2009 tarihli 2006/154 Esas 2009/35 Karar** sayılı karar.

nitelikli halinin itiraza konu olan altıncı fıkrasında ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin düzenlendiğini, bu şekli ile itiraz konusu 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, aynı maddenin (1) ve (2) numaralı fıkralarında belirtilen eylemler sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda failin onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasının öngörülmüş olduğunu, söz konusu düzenlemeden, yasakoyucunun cinsel istismar eylemi nedeniyle mağdurun beden veya ruh sağlığında ortaya çıkan bozulmayı dikkate aldığı, bunu meydana getiren hareketin basit ya da nitelikli olması arasında bir ayırım yapmadığının anlaşıldığını, bir hukuk devletinde belirli sınırlar içerisinde yasa koyucunun suç ve cezaları belirlemede takdir yetkisinin bulunduğunu³⁹³, suç ceza arasındaki orantıyı belirlerken sadece failin hareketini esas alarak yada başka suçlarla kıyaslama yaparak karar vermenin sorunu tek yönlü ve eksik olarak ele almak demek olduğunu, suçun toplumda ve mağdurda yarattığı zararında göz önünde bulundurulması gerektiğini, tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde yasakoyucunun takdirini bu yönde kullandığının anlaşıldığını³⁹⁴” bu gerekçelerle de itiraza konu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararın isabetli olduğu görüşündeyiz. Kamu gücü kullanarak, belli bir temel hak ve özgürlük sınırlandırmaya tabi tutulduğunda, sınırlandırmanın amacı ve sınırlandırmada kullanılan araç ile sınırlandırma konusu olan temel hak ve özgürlük ile bu sınırlandırmaya muhatap olan kişinin bu müdahale sonucunda katlanmak zorunda olduğu yükler birlikte değerlendirildiğinde, sonuç olarak makul bir denge kurulması, taraflara katlanılamaz, orantısız yükümlülükler yüklenilmemesi orantılılık değerlendirmesinin özüdür. Bu açıdan yaklaşıldığında tüm doneler birlikte değerlendirilmelidir. Yani itiraz konusu olayda, cezalandırma da kıstas alınan mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması da değerlendirmede göz önünde tutulacak unsurlardandır. Failin hareketi neticesinde mağdurda bu şekilde bir bozukluk meydana geldiğinde, en azından, artık failin eyleminin kastından daha ağır bir sonuç

³⁹³ “Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa’nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane olmaması gibi hususları da dikkate almak zorundadır.”

³⁹⁴ “Sadece failin hareketini esas alarak ve hareket için öngörülen ceza miktarlarını kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında herhangi bir suç için konulmuş ceza ile yapılacak bir kıyaslamadan değil, o suçun toplum yaşamında yarattığı etkinin de dikkate alınması gerekir. Cezanın belirlenmesinde suçtan zarar görenin kişiliği ve ona verilen zararın azlığı veya çokluğu da etkilidir. Yasakoyucu, değişik eylemler için değişik cezalar yanında, daha hafif bir eylem için daha ağır bir cezayı da uygun görebilir. Nitekim, yasakoyucunun cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığında meydana gelebilecek neticeyi dikkate alarak tercihini bu yönde kullandığı ve buna göre bir cezalandırma sistemini benimsediği anlaşılmaktadır.”

doğurması söz konusudur. Bu sebeple de netice bakımından da bir fark meydana gelmemiş olmaktadır. İtiraza konu kanun maddesinin orantılılık ilkesine aykırı olmadığını düşünüyoruz.³⁹⁵

Anayasa Mahkemesi **29.12.2011 tarihli 2010/104 Esas 2011/180 Karar** sayılı kararında 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin 8.1.2003 günlü, 4785 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen altıncı fıkrasında yer alan “*sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır.*” ibaresinin, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: “*...Uyuşturucu ve keyif verici maddeleri alarak araç kullananlara, eylemi başka bir suç oluştursa bile ayrıca, altı ay hafif hapis cezası ile birlikte 532 600 000 lira hafif para cezası uygulanır ve sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır.*”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, “*sürücü belgesinin, araçların çoğaldığı ve bireysel araç kullanımının arttığı günümüzde seyahat özgürlüğü açısından son derece önemli olduğu, bir kimsenin sürücü belgesinin olmamasının seyahat hürriyetini ciddi oranda kısıtladığı ve trafikteki bir kabahat eylemi nedeniyle sürücü belgesinin süresiz olarak geri alınmasının seyahat hürriyetini özüne dokunacak şekilde sınırladığı ve öngörülen tedbirin ölçüsüz olduğu*” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2010/104 Esas 2011/180 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “*Yasakoyucunun suç ve cezaları belirlerken belirli sınırlar içerisinde takdir yetkisinin olduğunu ve bu yetkiyi sınırlarını aşmadan kullanması gerektiğini, bu yetkinin idari yaptırımlar ve cezanın yanında ek olarak verilen hak yoksunlukları bakımından da geçerli olduğunu*³⁹⁶, itiraz konusu kuralda, sürücü belgesinin geri alınmasının düzenlendiği diğer kuralların aksine muayene ve tedavi tedbirine yer verilmediğini, kişinin tedavi ve ıslah olması halinde sürücü belgesi almasına imkan tanınmadığını, güvenli sürüş yeteneğini kaybetme ölçütüne yer verilmediğini ve belirli sürelerle kademelendirmenin de yapılmadığını, bu gerekçelerle de kuralın hakkaniyete aykırı sonuçlar

³⁹⁵ İtiraz konusu kuralın Anayasaya uygun olduğunu söylemenin zor olduğu yönündeki görüş ve itiraz konusu kural ile Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin değerlendirmeler için bkz: TANER Fahri Gökçen, **Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, s.166 vd., s.175.

³⁹⁶ “*Kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisine sahiptir. Bu yetki, idari yaptırımlar bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukuku alanında olduğu gibi idari yaptırımlara ilişkin düzenlemelerde de kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir. Ceza hukukunda, doğrudan doğruya bir suçun karşılığı olmak üzere öngörülen asli cezanın yanında, bu cezanın etkisini artırmak, suç işlenmesinde caydırıcılığı sağlamak için, asli cezaya ek olarak kimi hak yoksunlukları da getirilmiştir. Ancak, ceza hukuku alanında olduğu gibi hak yoksunluğu getiren diğer düzenlemelerde de hukuka aykırı eylem ile yaptırım arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygunluk bulunmalıdır.*”

doğuracağına açık olduğunu” belirterek itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararın isabetli olduğu kanaatindeyiz. İtiraz konusu kural süresiz olarak ehliyetin alınması sonucunu doğurmakta ve herhangi bir ayırım yapmadan fiili işleyen herkese karşı tek bir yaptırım öngörmektedir. Yukarıda orantılılık kısmında anlattığımız gibi, amaç ve araç, terazinin iki kefesine konularak ortaya çıkacak kayıpla, giderilecek ihtiyaç ve ulaşılması beklenen yarar arasında bir denge oluşmamışsa orantılılık ilkesine aykırılık var demektir. Burada kanun koyucunun trafik güvenliğini ve dolayısıyla insan hayatını korumayı amaçladığı tartışmasızdır. Ancak burada bu amaçla hareket edip kanunla getirilen sınırlandırmanın ortaya çıkardığı süresiz mahrumiyetin orantılı olduğunun söylenemeyeceği de açıktır.

Anayasa Mahkemesi **12.9.2012 tarihli 2012/78 Esas 2012/111 Karar** sayılı kararında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 125. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendinin son cümlesinin, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir:

“(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden (...)veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır...

... (3) Hakaret suçunun;

a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı...

İşlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, “*kanun koyucunun suç olarak kabul ettiği eyleme uygulanan yaptırım ile öngörülen cezanın orantılı olması gerektiğini, itiraza konu kanunun 125. maddesinde yer alan ve kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunun cezasının bir yıldan az olamayacağına ilişkin kuralda, suç ile ceza arasında orantı bulunmadığı” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.*

Anayasa Mahkemesi 2012/78 Esas 2012/111 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, daha önceki kararlarında belirttiği gibi kanun koyucunun suç ve cezaları

belirlemede belirli sınırlar içerisinde takdir yetkisine sahip olduğunu belirttikten sonra “ceza hukuku kurallarının, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerektiğini, suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında o suçun toplumda yarattığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, zarar görenin kişiliği ile ona verilen zararın azlığı veya çokluğu, işlenme oranındaki azalma veya artış gibi faktörlerin de dikkate alınması gerektiğini, itiraz konusu kural ile korunmak istenen hukuksal yararın, yaptığı görev dolayısıyla devleti temsil eden kamu görevlilerinin toplum içindeki itibarı ve diğer bireyler nezdindeki saygınlığı yanında; kamu görevlisinin yürütülmesine katıldığı kamusal hizmetlerin daha etkin yerine getirilmesini sağlamak ve kamu menfaatini korumak olduğunu, buna göre kamu görevlisine karşı işlenen hakaret suçu için öngörülen ceza ile korunan hukuki fayda dikkate alındığında, suçun basit haline göre alt sınırı daha ağır bir ceza öngörülmesinde ölçülülük ilkesi ile çelişen bir yön olmadığı” gerekçeleri ile itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin kararının isabetli olduğunu düşünüyoruz. Orantılılık ilkesi bakımından meydana gelen sonucun adil dengenin sağlanması bakımından herhangi bir orantısızlık taşımadığı, amaç ile araç ve netice birlikte değerlendirildiğinde alt sınırdan makul ölçüde uzaklaşıldığını, bu gerekçelerle de Anayasaya aykırılık olmadığı kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi **17.01.2013 tarihli 2012/80 Esas 2013/16 Karar** sayılı kararında 1632 sayılı Kanun’un 47. maddesinin birinci fıkrasının, 4551 sayılı Kanun’un 12. maddesi ile değiştirilen (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin, 5329 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle eklenen ek 8. maddesinin ikinci fıkrasının “...kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile...” kısmının, 5739 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle eklenen ek 10. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddeleri sırasıyla şu şekildedir:

...A) (Değişik: 22/3/2000- 4551/12 md.) Askeri mahkemelerden Askeri Ceza Kanunu’nun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez ve para cezasına veya tedbirlerden birine de çevrilemez. Aynı Kanunun Üçüncü Babının Üçüncü Fash ile 84’üncü maddesi hariç olmak üzere 5 inci ve 130 uncu maddesi hariç olmak üzere sekizinci fasıllarında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez...

...Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile ön ödeme hükümleri uygulanmaz...

...Bu Kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin beş ila ondördüncü fıkraları uygulanmaz...

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, “*itiraz konusu kuralların, bunlar kapsamında kalan suçlar nedeniyle hükmolunacak cezalara ilişkin erteleme, tedbir ya da para cezasına çevirme, kısa süreli hapis cezasına çevirme ya da seçenek yaptırım uygulama yahut hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kuralların uygulanmasını yasakladığını, bunun aynı hukuki durumda bulunan kişiler arasında eşitsizlik yarattığını, mahkemelerce suça etki eden faktörlerin yeterince değerlendirilip failin ve fiilin özellikleri dikkate alınarak hükmolunacak cezanın şahıslıştirebilmesi imkânının ortadan kaldırdığını ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil ettiğini*” bu gerekçelerle de itiraz konusu kanun maddelerinin Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2012/80 Esas 2013/16 Karar sayılı kararında, 4551 Sayılı Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilen (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin incelemesinde, daha önceki kararlarında da olduğu gibi kanun koyucunun ceza ve ceza muhakemesi alanını düzenlerken belirli sınırlar içerisinde takdir yetkisine sahip olduğunu, Askeri Suçlar yönünden ayrık uygulamaların olabileceğini kabul etmekle beraber bunlarda dahi makul bir orantı içerisinde hareket edilmesi gerektiğini ifade etmiş³⁹⁷, ayrıca ceza hukukunda amaçları arasında suçlunun ıslah edilmesi ve kamu yararının sağlanması olduğunu belirtmiştir.³⁹⁸ Mahkemeye göre kanun koyucu, askeri ceza hukukunda erteleme kurumunu düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Anayasa

³⁹⁷ “*Kanun koyucu ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz, Anayasa’ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici tutum ve davranışların neler olacağı, hangi cezaların seçenek yaptırımlara çevrilebileceği veya ertelenebileceği ve hangi suçların hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında kalacağı gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Bu takdir yetkisinin kullanılmasında suçun askeri suç olup olmamasının da dikkate alınacağı açıktır. Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin askeri suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını gerekli kılabilmektedir. Ancak, askeri ceza hukuku alanında da suç ile suça karşılık gelen yaptırımlar ve tedbirler arasında makul, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanması, hukuk devleti olmanın gereğidir.*”

³⁹⁸ “*Ceza hukukunda, cezanın infaz edilmesiyle güdülen amaç kişiye gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla etkili bir uyarıda bulunmak ve etkin pişmanlık duymasını sağlamaktır. Cezasının infazıyla hükümlünün gelecekte sosyal sorumluluğa sahip olarak suçsuz bir hayat sürmeye yatkın duruma getirilmesi gerekmektedir. Çağdaş ceza hukukunda ceza yaptırımlarının belirlenmesindeki temel amaç ise suçlunun ıslahı, yeniden suç işlemesinin ve toplum için sürekli bir tehlike olmasının önüne geçme ve dolayısıyla topluma tekrar yararlı bir birey haline getirilmesini sağlamaktır. Bu nedenle günümüzde suçlar için ceza yanında ya da yerine bir kısım tedbirler uygulanması söz konusu olmaktadır. Yine sanık hakkında hükmolunacak olan hapis cezasının ertelenebilmesi ile suçlunun, toplum içinde özgürlüğü kısıtlanmadan, cezaevlerinin olumsuz etkilerinden de kurtarılarak, toplumla sosyal bağları koparılmadan ve her şeyden de önemlisi hayatın normal akışı değişmeden ıslah edilmesi amaçlanmaktadır. Cezaların kişiselleştirilmesine yönelik bu düzenlemeler, kamu yararının da bir gereğidir.*”

Mahkemesi, “kanun koyucunun ölçülülük ilkesiyle, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlü olduğunu, asker kişiler yönünden itiraz konusu kuralla erteleme kapsamı dışındaki suçlar belirlenirken suçların niteliği, işleniş şekilleri, ağırlığı, askeri disiplin üzerindeki etkisi, öngörülen ceza miktarları ve suçla korunan hukuki yarar gibi etkenlerin göz ardı edildiğinin ve hiçbir ayırım yapmadan hepsinin kapsama alındığının görüldüğünü” bu yönüyle de kuralın kamu yararı ve bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturmadığından ölçülülük ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, bu kararında diğer itiraz konusu kanun maddeleri ile de benzer şekilde değerlendirme yaparak, o kanun maddelerini de ölçülülük ilkesine aykırı bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi’nin kararının isabetli olduğunu düşünüyoruz. Kanun koyucu, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda takdir yetkisini kullanırken, orantılılık ilkesini göz ardı etmemelidir. İtiraz konusu kurallarda, failin lehine olan alternatif yolların uygulanması, hiçbir kıstasa bağlı kalmadan engellenmiştir. İtiraz konusu kuralların kapsamına giren suçlara bakıldığında çok az ceza öngören suçlarla müebbet hapis cezasına varan cezalar öngören suçların bir arada değerlendirildiği görülmektedir. Bu ise suçun ve cezanın ağırlığı ile faile uygulanacak yaptırımların bireyselleştirilmesini engellemekte, çok farklı konumdaki kişileri bir torbada değerlendirmeye yol açmaktadır. Bu ise kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında ölçülü bir orantının bulunmadığını göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi **10.10.2013 tarihli 2013/6 Esas 2013/111 Karar**³⁹⁹ sayılı kararında 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 40. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (g) bendinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “(1) Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezası, hükümlünün bir aydan üç aya kadar süreyle kurumun kültürel ve spor etkinliklerine katılmaktan yoksun bırakılmasıdır.

(2) Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezasını gerektiren eylemler şunlardır: ...

...g) Açlık grevi yapmak.”

³⁹⁹ Anayasa Mahkemesi’nin benzer yönde verdiği diğer bir karar için bkz: **26.12.2013 tarihli 2013/67 Esas 2013/164 Karar** sayılı karar. (Bu karar belirlilik ilkesi kapsamında ayrıca incelenmiştir.)

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, “ceza infaz kurumunda hükümlülerin etkin bir ifade yöntemi olarak seçtikleri açlık grevi eylemine itiraz konusu kuralla disiplin yaptırımı öngörülmesinin demokratik toplum gerekleriyle, ölçülülük ilkesiyle ve temel hak ve özgürlüklerin dokunulmazlığı kavramlarıyla bağdaşmadığı, silahsız ve saldırsız, demokratik toplum gerekleri içerisinde bir düşüncenin ifade edilmesinin, ifade yöntemi olarak da açlık grevinin seçilmesinin disiplin cezasına bağlanamayacağı, açlık grevi nedeniyle disiplin cezası alan hükümlünün koşullu salıverilme süresi doğrudan etkileneneğinden bu durumun kişi özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu da ortaya çıkardığı” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2013/6 Esas 2013/111 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “İnfaz hukukuna ilişkin disiplin suç ve cezalarının 5275 sayılı Kanun’un sekizinci bölümünde düzenlendiğini, bu çerçevede uygulanacak disiplin suç ve cezalarının amacı, mahiyeti, kapsamı, sınırları ve uygulanma koşulları Kanun’un 37. maddesinde açıklığa kavuşturulduğunu, Kanun’daki disiplin suç ve cezaları yönünden genel hüküm niteliğindeki bu madde uyarınca, bu Kanun kapsamındaki bir disiplin suçunun oluşabilmesi ve cezasının uygulanabilmesi için sadece her bir disiplin suçu yönünden belirlenen özel hükümdeki şartların gerçekleşmesi yeterli olmayıp ayrıca 37. maddedeki şartların⁴⁰⁰ da gerçekleşmesi gerektiğini, buna göre, Kanun’un 37. maddesi de dikkate alındığında ceza infaz kurumunda tek başına açlık grevi eylemi yapılmasının itiraz konusu kuralda yer alan disiplin suçunun oluşabilmesi için yeterli olmayıp bu eylemin ceza infaz kurumundaki güvenliği veya disiplini bozacak ya da düzenli yaşamın sürdürülmesini önleyecek şekilde gerçekleştirilmesinin gerektiğini, ... itiraz konusu kuralla kamu düzenin sağlanması amacıyla hükümlülerin ifade özgürlüğüne bir sınırlandırma getirildiği, sınırlamanın kanunla ve Anayasa’nın 26. maddesinde belirtilen özel sınırlandırma nedenine bağlı kalınarak yapıldığının açık olduğunu, itiraz konusu kural uyarınca hükümlülerin ifade yöntemi olarak tercih ettikleri her türlü açlık grevi eylemlerinin değil, sadece bu eylemlerin ceza infaz kurumlarındaki güvenliği veya disiplini bozacak veya ceza infaz kurumlarındaki düzenli yaşamın sürdürülmesini önleyecek şekilde gerçekleştirilmesi hâlinin disiplin cezasına bağlandığını...bu eyleme bağlanan yaptırımın süresinin bir ay olarak belirlendiğini ve bu cezanın Kanun’un 37. maddesi gereği eylemin niteliği ve ağırlık derecesine göre en fazla üç aya kadar uygulanabilmesine izin verildiğini, bu yönüyle kuralda öngörülen disiplin cezası ile Kanun’da yer alan diğer disiplin cezaları da dikkate alındığında, eylem ile önlem arasında bulunması zorunlu adil dengenin korunduğu” gerekçeleri ile itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

⁴⁰⁰ Bu şartlar şu şekildedir: “Kanun’un 37. maddesine göre, hükümlü hakkında ceza infaz kurumunda, düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması bakımından kanun, tüzük, yönetmelikler ile idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları, kusurlu olarak ihlâl ettiğinde, eyleminin niteliği ile ağırlık derecesine göre Kanunda belirtilen disiplin cezaları uygulanacaktır.”

Anayasa Mahkemesi'nin kararının isabetli olduğunu düşünüyoruz. İtiraza konu kuralın, tek başına değil de kanundaki ilgili hükümlerle birlikte değerlendirildiğinde, açlık grevi yapmayı değil, *ceza infaz kurumlarındaki güvenliği veya disiplini bozacak veya ceza infaz kurumlarındaki düzenli yaşamın sürdürülmesini önleyecek şekilde* açlık grevi yapmayı disiplin yaptırımına bağladığı görülmektedir. Ayrıca bu yaptırımın süresi bellidir ve buna karşıda yargı yoluna başvurma hakkı vardır. Yani her somut olay kendi içerisinde değerlendirilebilecek, ceza infaz kurumundaki düzeni, güvenliği, disiplini bozabilecek şekilde açlık grevi yapılması halinde yaptırım uygulanacaktır. İdarenin bu kararına karşı yargı yolu açık olduğundan denetlenmesi de mümkün olacaktır. Bunun yanında yaptırımın süresinin 1-3 ay arası olması da makuldür. Bu sebeplerle kanun koyucunun orantılılık ilkesi sınırları içerisinde kalarak düzenleme yaptığı kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi **29.1.2014 tarihli 2013/115 Esas 2014/16 Karar** sayılı kararında 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 32. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraz konusu kanun maddesi şu şekildedir: *“8 inci maddenin birinci fıkrasının diğer bentleri ile ikinci ve üçüncü fıkralarında ve bu Kanunun diğer maddelerinde belirlenen ilke, yükümlülük veya yasaklara aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcıları uyarılır. Uyarının ilgili kuruluşa tebliğinden sonra ihlalin tekrarı hâlinde medya hizmet sağlayıcıya ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde birinden üçüne kadar idari para cezası verilir. İdarî para cezası miktarı, radyo kuruluşları için bin Türk Lirasından, televizyon kuruluşları ve isteğe bağlı medya hizmet sağlayıcıları için onbin Türk Lirasından az olamaz.”*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından *“İtiraz konusu fıkra da ilk ihlalde uyarı cezası verileceği, uyarıdan sonra ihlalin tekrarı halinde ise para cezasına hükmedileceğinin yer aldığını, ancak üçüncü ve devamı ihlaller halinde nasıl bir idari yaptırım uygulanacağını Yasada düzenlenmemesinin belirlilik ilkesini zedelediği, “uyarı” kararı alındıktan sonra bu “uyarı” kararı esas alınarak herhangi bir şarta ve süreye bağlı kalınmaksızın tekrerrür hükümlerinin uygulanmasının yaptırıma konu eylem ile yaptırım arasında ölçülülük, elverişlilik, zorunluluk, orantılılık ilkelerinin ihlali sonucunu doğurduğu”* gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2013/115 Esas 2014/16 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, *“Kanun'un ve yasama belgelerinin incelenmesinden, idari yaptırımların kademeli olarak*

düzenlendiği, bazı yayın hizmeti ilkelerinin önemi ve niteliği gereği belirli bir süre içerisinde birden fazla ihlal edilmeleri hâlinde daha ağır yaptırımların öngörüldüğünün anlaşıldığını, bu bağlamda itiraz konusu kurala bakıldığında, kuralda ihlal edilmesi hâlinde önce uyarı daha sonra ise para cezası verilmesini gerektiren bazı ilke ve yasaklara yer verildiğini, ancak bu ilke ve yasakların herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın tekraren ihlali hâlinde sadece para cezası verileceğinin kurala bağlandığını, bundan başka yayın durdurma veya daha ağır bir ceza olarak yayın lisansının iptali gibi bir ceza verilmesinin öngörülmediğini, tekraren ihlal hâlinde uygulanacak para cezasının miktarının ise madde metninde yer aldığı gibi bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde biri ile yüzde üçü arasında olacağını, başka bir ifadeyle tekraren ihlal için herhangi bir süre şartı öngörülmemiş olsa da bütün tekraren ihlaller için Kanun'da belirlenen alt ve üst sınırlar arasında para cezası verilmesi öngörülmüş olduğunu” belirterek ilgili düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararının ölçülülük ilkesi bakımından isabetli olmadığını düşünüyoruz. Gerçekten de kanuna bakıldığında, yapılacak uyarı sonrasında ihlalin tekrarı hâlinde verilecek cezanın düzenlendiğini, ancak hangi süre zarfında tekrar edildiğinde tekrar halinde verilecek cezanın uygulanacağı konusunda bir hüküm bulunmadığı görülmektedir. Bu ise tekerrür halinin ucu açık bir biçimde uygulanabileceği sonucunu doğurmaktadır. Başka bir ifade ile peş peşe yapılan ihlallerde de ihlaller arasında yıllar olması halinde de tekrar halinde uygulanacak kurala göre yaptırım uygulanacaktır. Bu ise orantısız sonuçlar doğurmaya elverişli bir durum yaratmaktadır. Bu gerekçe ile Anayasa Mahkemesi kararına katılmıyoruz.

Anayasa Mahkemesi **3.7.2014 tarihli 2014/25 Esas 2014/119 Karar** sayılı kararında 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun, 25.5.1972 tarihli ve 1590 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 95. maddesinin (3) numaralı fıkrasının Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “*Kendisine özel bir mezuniyet verilmediği halde, görevi ve sıfatı icabı muttali olduğu askeri muamelat, teşkilat, hareket, tesisat veya tertibata müteallik işler hakkında beyanat veren, yazı yazan veya sair surette açıklamada bulunanlar her kim olursa olsun, fiili daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde altı aydan üç seneye kadar hapsolunur.*”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, “*kuralın konusunu oluşturan fiillerin ifade özgürlüğü kapsamında olduğu, bu fiillerin suç tanımı içerisinde kabul edilmesiyle ifade özgürlüğünün ölçüsüz bir şekilde sınırlandığı, kuralda belirlenen hapis cezasının da fiille orantılı olmadığı*” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2014/25 Esas 2014/119 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, kanun koyucunun suç ve cezaları belirlerken belirli sınırlar içinde takdir yetkisine sahip olduğunu⁴⁰¹, ifade özgürlüğü de dahil olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin Anayasamızın 13. maddesinde belirtilen esaslar dahilinde sınırlandırılabilirliğini ve bu sınırlandırmanın ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını⁴⁰² belirttikten sonra, *“silahlı kuvvetlerin günlük siyasal ve toplumsal tartışmalardan uzak tutulması gerektiğini, bu hassas alandaki bazı iş ve işlemlere ilişkin bilgilerin yetkisiz kişilerce açıklanması durumunda, diğer birçok kurumda gerçekleşmesi beklenmeyen ağır sorunların ortaya çıkması ihtimali bulunduğunu, bu sorunların, Anayasa’da düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne sınırlama getirilebilecek bir istisna olarak öngörülen “milli güvenlik”le doğrudan ilgili olduğunu, bu sebeple kanun koyucunun bu eylemi suç sayması ve kuralda öngörülen şekilde ceza yaptırımına tabi tutmasının Anayasa’nın 26. maddesinde öngörülen meşru bir sınırlama niteliğinde olduğunu, eyleminin üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasının kabul edildiğini, yargılamayı yapan mahkemenin, olayın özelliği ve eylemin niteliğiyle orantılı olarak takdir yetkisini kullanarak verilecek cezayı belirleyeceğini”* bu gerekçelerle de itiraz konusu kuralın ölçülülük ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin ölçülülük ilkesi bakımından verdiği kararın isabetli olmadığı kanaatindeyiz. İtiraz konusu kural incelendiğinde, hiçbir sınır koyulmadan ve asker kişi sivil kişi ayrımı yapılmadan, askeri konularda yetkisiz olarak yapılan tüm açıklamaların cezalandırıldığı görülmektedir. Ayrıca, yapılan açıklamalar başka bir suç oluşturmuyorsa bu ceza uygulanacaktır. Türk Ceza Kanunu’na ve Askeri Ceza Kanunu’na bakıldığında zaten milli güvenliği tehlikeye düşürecek bu yöndeki eylemlerin ayrıca cezalandırıldığı, bir ceza öngörülmemiş olsa bile disiplin yaptırımlarının uygulanabileceği görülmektedir. Bu bakımdan, tüm bunların dışında, neredeyse askerlik ile ilgili herkesin bildiği bir bilgiyi bile açıklamak bu suç kapsamına girmiş olmakta, bilginin önemi konusunda hiçbir ayırım yapılmamaktadır. Netice olarak ise 3 yıla kadar hapis öngörülmektedir. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde ulaşılan

⁴⁰¹ “Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucu bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen yaptırımın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane olmaması gibi hususları da dikkate almak zorundadır.”

⁴⁰² “Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.”

sonucun, adil ve dengeli olmadığı görülmektedir. Bu karara karşı yazılmış karşı oyda ayrıca dikkat çekicidir.⁴⁰³

Anayasa Mahkemesi **25.9.2014 tarihli 2014/81 Esas 2014/145 Karar** sayılı kararında 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun, 28.3.2013 tarihli ve 6455 sayılı Kanun’un 54. maddesiyle değiştirilen 3. maddesinin (18) numaralı fıkrasında yer alan “...üç yıldan...” ibaresinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “Ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkileri üreten, yurda sokan, ticarî amaçla bulunduran, nakleden, satışa arz eden veya satanlar üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, “uygulamada mahkemeler önüne bu yasa maddesi ile ilgili olarak daha çok kaçak sigaraların geldiğini, bazen birkaç kamyonu dolduracak ölçüde çok fazla, bazen da küçük bir iş yerinde 10 veya 20 paket gibi çok az sayıda olabildiğini, çok fazla oranda yakalanan kaçak sigara ya da tütün mamulü için kanunun öngördüğü cezanın alt sınırının ve hatta üst sınırının orantılılık ilkesine aykırı olduğu söylenemez ise de, 10 veya 20 paket gibi çok az sayıdaki kaçak sigara için asgari 3 yıllık hürriyeti bağlayıcı cezanın orantılılık ilkesine ve ayrıca ceza adaletine uygun düşmediği kanaatine varıldığını” bu gerekçelerle de itiraza konu kanun maddesinin Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi 2014/81 Esas 2014/145 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, hukuk devletinde ceza miktarının nasıl belirlenmesi gerektiğini

⁴⁰³ Engin YILDIRIM- Zühtü ARSLAN- Muammer TOPAL- Hasan Tahsin GÖKCAN karşı oyu: “Bu açıklamalar ışığında, itiraz konusu kuralın demokratik toplum düzeninde gerekli olduğu söylenemez. Yukarıda ifade edildiği gibi, kural askeri konulara ilişkin olarak yetkilendirilmemiş asker veya sivil şahısların hemen her konuda her türlü düşünce açıklamasını yasaklamaktadır. Askeri Ceza Kanunu’nun 95. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yasaklanan hususlar içerisinde askeri sırlar yer almamıştır. Esasen kamu görevlisi veya diğer kimseler tarafından işlenebilen Devlet sırlarına karşı suçlar, siyasal ve askeri casusluk, yasaklanan bilgileri temin etme ve açıklama, yasaklanan bilgileri siyasal veya askeri casusluk maksadıyla açıklama gibi suç tipleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 326 ila 339. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca, kamu görevlilerinin göreve ilişkin sırrı açıklama eylemleri de TCK’nın 258. maddesinde yaptırıma bağlanmıştır. Dolayısıyla kuralın, görev gereği gizli kalması gereken veya askeri sır ya da Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerin korunmasına yönelik bulunmadığı anlaşılmaktadır. “Askeri sır” ve “gizli” bilgilerin açıklanması gibi fiillerin dışındaki durumları kapsayan söz konusu açıklamaların üç yıla kadar hapis yaptırımına maruz kalması, düzenlemenin ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu göstermektedir. İtiraz konusu kuralın da içinde bulunduğu 95. maddenin (5) numaralı fıkrasında yer alan “Bu maddede yazılı suçların basın yoluyla işlenmesi halinde ceza artırılarak verilir” hükmü de dikkate alındığında salt düşünce açıklamasından ibaret bir fiilin ölçüsüz bir şekilde cezalandırıldığı anlaşılmaktadır. Diğer yandan, yetkisiz askeri şahıslar tarafından muttali oldukları askeri konular hakkında beyanat vermek, yazı yazmak veya sair surette açıklama yapmak fiilinin cezasız kalması durumunda silahlı kuvvetler için olmazsa olmaz olan askeri disiplinin bozulacağı ileri sürülebilir. Ancak, itiraz yoluna başvuran Mahkemenin de belirttiği gibi, kuralda cezalandırılması öngörülen fiillerin Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu’nun 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde disiplin cezası ile yaptırıma tabi kılındığı dikkate alındığında, yetkisiz askeri kişilerce açıklama yapma fiilinin yaptırımsız kalması da söz konusu değildir.”

açıkladıktan sonra⁴⁰⁴ “belirli standartlar çerçevesinde üretilmiş olsalar da alkollü içkiler ve tütün mamullerinin insan sağlığına zararlı etkileri olduğunu, bu standartlara uyulmadan, bandırılmaz ve kaçak şekilde üretilen alkollü içkiler ve tütün mamullerinin ise bunları tüketen kişilerin ani ölümlerine veya özellikle sinir sistemlerinde geri dönülemez hasarlara neden olduğunun bilindiğini, Kanun koyucunun standart dışı üretimin bir sonucu olan bu çok ağır zararların ortaya çıkmasını önlemek için alkollü içkiler ve tütün mamullerinin üretiminin kayıt altına alınmasını uygun gördüğünü, kayıt dışı yollarla üretilen ürünlerin kişilerin sağlıklarına ağır zararlar verme ve yaşamlarını tehdit etme ihtimali nedeniyle, bu çerçevede yapılan üretim, nakil ve pazarlama fiillerini de suç olarak tanımladığını, bu şekilde de kişilerin yaşama hakkına ve vücut bütünlüğüne yönelik fiillerin etkili bir cezayla karşılanması yanında bu fiillerin işlenmesini ve yaygınlaşmasını önlemeye elverişli bir yaptırım kabul edilmek suretiyle tütün ve alkollü içkilerin kayıt dışı üretimiyle mücadelenin de amaçlandığının anlaşıldığını, alt sınırın 3 yıl olmasının amaca elverişli olduğunu” bu gerekçelerle de itiraza konu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin kararına katılıyoruz. İtiraza konu kanun maddesinde kaçakçılık faaliyetlerinin önlenmesi ile birlikte insan ve çevre sağlığının korunması da amaçlanmaktadır. Bu sebeple kaçak ürün miktarının çok az olması verilecek cezanın da kanun koyucunun öngördüğü 3 yıldan az olmasını gerektirmemektedir. Çünkü insan sağlığına verebileceği zarar düşünüldüğünde belki bir insanın ölümüne bile sebep olabilecek kaçak ürünün, sadece miktarının azlığı sebebiyle çok daha az bir ceza gerektirdiği sonucu eksik bir değerlendirme olacaktır. Kanun koyucunun belirlediği alt sınırın netice olarak orantılı olduğunu ve taraflara beklenilemeyecek derecede orantısız bir yük yüklenmediği kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi **24.11.2014 tarihli 2014/178 Esas 2014/178 Karar**⁴⁰⁵ sayılı kararında, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun, 24.5.2013 günlü 6487 sayılı Kanun’un 19. maddesiyle değiştirilen 48. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer alan “...sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır.” ibaresinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar

⁴⁰⁴ “Hukuk devletinde, ceza hukuku kurallarının, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil, orantılı olması ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi gerekir. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında o suçun toplumda yarattığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, zarar görenin kişiliği ile ona verilen zararın azlığı veya çokluğu, işlenme oranındaki azalma veya artış gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekir.”

⁴⁰⁵ Anayasa Mahkemesinin benzer bir kararı için bkz: **2.10.2014 tarihli 2014/65 Esas 2014/150 Karar** sayılı karar.

kullanılmasını kabul etmeyen sürücülere 2000 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, ölçülülük ilkesi bakımından, “2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 48. maddesinin 9. fıkrası ile alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeyen sürücülerin iki yıl süreyle sürücü belgesinin geri alınacağına düzenlendiği, ancak, ilgili kişi teknik cihazın kullanılmasını kabul etmesi halinde ise, ilk defa alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücünün sürücü belgesinin altı ay süreyle geri alınacağına düzenlendiği, bu haliyle, kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeyen sürücüye alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücünden daha fazla ceza verildiği dikkate alındığında, öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasındaki olması gereken makul dengenin aşıldığı” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2014/178 Esas 2014/178 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “haksızlığa konu eylem ile yaptırım arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında benzer bir fiil için konulmuş yaptırım ile yapılacak bir kıyaslamanın değil, o fiilin yarattığı etkinin ve sonuçlarının dikkate alınması gerektiğini, kanun koyucu, benzer eylemler için değişik cezalar yanında, daha hafif bir eylem için daha ağır bir cezayı da uygun görebileceğini, itiraz konusu kuralın trafikte etkin bir şekilde alkol ve uyuşturucu madde denetimi yapılması suretiyle toplum sağlığını ve düzenini tehdit eden trafik kazalarının önlenmesini sağlamak dolayısıyla kişilerin can ve mal güvenliğini ve kamu düzenini korumak amacıyla öngörüldüğü anlaşıldığını, bu bağlamda kanun koyucunun, trafikte uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme eyleminin trafik düzeni ve denetimi üzerinde meydana getireceği neticeleri dikkate alarak caydırıcı bir şekilde cezalandırılmasını benimsediğini, kuralda yaptırıma bağlanmış olan denetime uyulmaması eyleminin alkollü araç kullanımı eyleminden bağımsız ve farklı bir eylem olması, kuralın alkol denetimini kabul etmeyen sürücüler yanında uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin denetimini kabul etmeyen sürücüler için de geçerli olan ortak bir hüküm niteliğinde olması ve uyuşturucu veya uyarıcı madde aldığı tespit edilen sürücüler için de sürücü belgesinin beş yıl süreyle geri alınması yaptırımının öngörülmüş olması birlikte değerlendirildiğinde düzenlemenin kendi içinde tutarlı ve ölçülü olduğu” gerekçeleri ile itiraz konusu kuralın Anayasa aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin isabetli olduğunu düşünüyoruz. İtiraz konusu kuralda suç teşkil eden eylem uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme eylemidir. Bu eylem ile alkollü araç kullanma eylemleri farklı eylemler olup, kanun koyucu takdir yetkisi çerçevesinde bu iki eylemi ayrı yaptırımlara tabi

tutabilir. Bu noktadan hareketle, tek başına kıyaslama yoluyla orantısızlık olduğunu söylemek, Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği gibi doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Trafik düzenini ve güvenliğini sağlamak amacıyla kanun koyucunun böyle bir yaptırım öngörmesinin orantılılık ilkesine aykırı olmadığı kanaatindeyiz.⁴⁰⁶

Anayasa Mahkemesi **27.5.2015 tarihli 2014/176 Esas 2015/53 Karar** sayılı kararında 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun, 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"...veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta..."* ibaresinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: *"İffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağına devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına, erbaşlar hakkında rütbenin geri alınmasına hükmolunur..."*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, *"ölçülülük ilkesiyle Devletin cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlü olduğu, kuralla suç sayılan eylem için öngörülen cezanın ağır olduğu ve amaçlanan sosyal faydanın bu suretle sağlanamayacağı, disiplinin yeniden tesisine etkin bir katkı sağlamayacağı, kişinin özel hayatı ve aile hayatının askerlik hizmetinin ötesinde tutulması gerektiği, özel hayatı ve aile hayatını koruma yükümlülüğü bulunan Devletin bu alana müdahale ederek kişileri cezalandırmasının yerinde olmadığı"* gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2014/176 Esas 2015/53 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, *"Anayasaya göre özel hayatın gizliliğinin mutlak bir hak olmadığını ve Anayasanın 13. maddesi çerçevesinde sınırlandırılabilirliğini, bununla birlikte her hakkın kendi doğal sınırları olduğunu ve bu nedenlere dayanarak da sınırlandırılmasının mümkün olduğunu"*⁴⁰⁷, asker kişiler bakımından itiraza

⁴⁰⁶ İtiraz konusu kuralın Anayasamızın 38. maddesinde düzenlenen *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."* hükmüne ve susma hakkına aykırı olduğu, iptali talep edilen hükmün ölçüsüz ve orantısız olduğu yönündeki görüş için bkz: KAĞITÇIOĞLU Mutlu, Kurgudan Gerçekliğe Uzanan Bir Tartışma Alanı: Susma Hakkının İdare Hukukunda Yeri Var mıdır?, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt:30, Sayı: 134, Yıl: Ocak 2018(115-152) s.127 vd.

⁴⁰⁷ *"Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği gibi temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırını oluşturur. Bir başka deyişle, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa'nın bütünü içerisindeki anlama göre belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla Anayasa'nın diğer hükümlerinin gerektirmesi nedeniyle düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların da sınırlandırılması veya maddelerinde belirtilen nedenler dışında diğer anayasal nedenlere dayalı olarak sınırlama yapılabilmesi mümkün bulunmaktadır."*

konu kural ile getirilen sınırlandırmaların meşru temellere dayandığını⁴⁰⁸, sınırlandırma yapılırken adil dengenin korunması gerektiğini⁴⁰⁹, kanun koyucunun suç ve cezaları belirlerken belirli sınırlar içerisinde takdir yetkisine sahip olduğunu, bu takdir yetkisinin kullanımında belirli meslekler bakımından farklı kurallar getirmenin mümkün olduğunu⁴¹⁰, kişilerin askerlik mesleğine girerlerken sivil insanlara nazaran daha katı kurallara tutulacaklarının bilincinde olduklarını, itiraza konu kural ile yaptırıma bağlanan eylem için kanun koyucu tarafından belirlenen yaptırımın hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp disiplini temine yönelik TSK'dan çıkarma cezası olduğunu, bunun dışında asker kişiler açısından suçun sübut bulması için yapılan uyarı ve ikazlara rağmen söz konusu fiilin işlenmesinde ısrar etme şartının da arandığını, kural, askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığını” bu gerekçelerle de Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararının isabetli olmadığını düşünüyoruz. İtiraz konusu kural, yaptırım olarak meslekten çıkarma cezasını öngörmektedir. Her ne kadar suç teşkil eden eylemin, kişinin özel hayatıyla ilgili olduğu açıktır. Bir kişinin özel hayatına ilişkin bir eylem sebebiyle, meslekten çıkarma gibi çok ağır sonuçları olan yaptırımın öngörülmesi, kanun koyucunun kuralı koyarken taşıdığı amaç ile orantılı değildir ve adil olmayan, taraflar açısından çok ağır sonuçlar meydana getirmektedir. Askerlik mesleğinin yapısı gereği disipline dayandığı, mesleğin itibarının korunması bakımından da diğer alanlara göre daha katı kuralların getirilebileceği bir gerçek olmakla birlikte, bu alanda da ölçülülük ilkesine riayet edilmelidir. Bu karara karşı yazılan karşı oylardan⁴¹¹ birinde bu hususlara değinilmiştir.⁴¹²

⁴⁰⁸ “Asker kişilere uygulanan yaptırımların; kamu düzenini sağlamak ve devam ettirmek, verimli, süratli ve etkin bir biçimde çalışmayı sürdürmek, disiplini tesis ve devamlılığını sağlamak, mesleğin onur ve saygınlığını korumak amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Başta kolluk kuvvetleri olmak üzere bazı kamu görevlileri için öngörülen bu tarz cezaların amacı, kamu görevlisinin görevini gerektiği şekilde yerine getirmesini sağlamaktır. Bu bağlamda, askerî ceza hukukuna ilişkin uygulamalar neticesinde, özellikle kamu görevlilerinin davranışları ile ilgili bazı sınırlamalar getirilmesi belirtilen meşru temellere dayanmaktadır.”

⁴⁰⁹ “Belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlandırma yapıp yapılmadığının tespiti için, müdahale teşkil ettiği ve özel hayatın gizliliği hakkını ihlal ettiği iddia edilen önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında, bireye düşen fedakârlığın ağırlığının göz önünde bulundurulması ve gözetilen kamu yararı ile bireyin temel hakkının korunması arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi zorunludur.”

⁴¹⁰ “Kanun koyucu düzenleme yetkisi kapsamında, statüleri kanunlarla oluşturulan ve buna göre mesleğe alınan kamu görevlilerine bir takım hak veya yükümlülükler getirebilir. Askerlik mesleği disiplin ve fedakârlık temeline dayanır. Bundan dolayı bu görevi ifa edenlerin güven, itibar ve saygınlığın gereği olarak katı meslek ilkelerine tabi tutulmaları da normaldir. Kişiler askerlik mesleğini seçmekle birlikte artık sivillere getirilemeyecek bazı sınırlamaların askerî disiplinin tesisi için kendileri açısından uygulanmasını kabul etmiş olmaktadır. Askerî ceza kanunları tarafından aynı veya benzer eylemler askerlik hizmetinin gereği olarak, genel ceza kanunlarına nispeten daha ağır veya daha hafif bir şekilde cezalandırılabilir. Hatta genel ceza kanunlarında öngörülmemiş bazı fiil ve eylemlerin askerî ceza kanunları ile cezalandırılması da mümkündür. Nitekim kanun koyucu da askerî hizmetlerin gereklerine uygun olarak bazı fiil ve davranışları TSK mensupları için yasaklamıştır.”

⁴¹¹ Serruh KALELİ karşı oyu: “Ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla ve korumakla yükümlüdür. İtiraz konusu kural, fiilin ağırlığını, eyleme verilen cezanın sonucunu cezadan beklenen sosyal faydadan ziyade hakkın tamamını süresiz şekilde elden

Anayasa Mahkemesi 1.7.2015 tarihli 2015/20 Esas 2015/64 Karar sayılı kararında, 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun, 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 558. maddesiyle değiştirilen 32. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin birinci cümlesinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “**“Derneğe ait tutulması gereken defter veya kayıtları tutmayan veya tasdiksiz defter tutan dernek yöneticileri üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu defter ve kayıtların usulüne uygun tutulmaması halinde dernek yöneticilerine ve defterleri tutmakla sorumlu kişilere beşyüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Adına yetki belgesi düzenlenmediği halde gelir toplayanlar ile bilerek bu şekilde gelir toplanmasına izin veren yönetim kurulu üyelerine bin Türk Lirası idarî para cezası verilir.”**

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, “dikkatsizlik veya ihmalden kaynaklansa bile suç kapsamına giren kabahat niteliğindeki eylem için hapis cezası öngörmesi nedeniyle orantısız olduğu, cezanın sadece dernek başkanı veya derneğin sorumlu kıldığı kişi için değil bütün yönetim kurulu üyeleri için öngörülmesi nedeniyle temel ve vazgeçilmez bir hak olan örgütlenme ve dernek kurma hakkının kullanılmasını zorlaştırdığı” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2015/20 Esas 2015/64 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “Kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında itiraz konusu kuralla, derneğe ait tutulması gereken defter veya kayıtları tutmayan veya tasdiksiz defter tutan dernek yönetim kurulu başkanı hakkında seçimlik ceza yaptırımı öngördüğünü... bu bağlamda kanun koyucunun takdir yetkisine dayanarak ve eylemin meydana getireceği neticeleri de dikkate alarak düzenlediği itiraz konusu kuralın amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve düzenlemenin amacına ulaşmaya elverişli olduğu anlaşıldığını, kanun koyucunun bu defter ve kayıtları hiç tutmayan veya tasdik ettirmeyenlere hapis veya adli para cezası öngörürken bu defter ve kayıtları usulüne uygun tutmayanlar hakkında idari para cezası öngörmesi birlikte değerlendirildiğinde ise eylemin ağırlığına göre farklı cezai veya idari yaptırımların öngörüldüğü ve düzenlemenin kendi içinde tutarlı ve orantılı olduğunun da açık olduğunu, ayrıca İçişleri Bakanlığı veya mülkî idare amirleri tarafından yapılacak denetime esas teşkil ettiğinden söz konusu defter ve kayıtların tam ve eksiksiz tutulması ile defterlerin dernekler biriminden ya da noterden onaylanmasının, yapılan denetimin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için gerekli olup getirilen

almış olmasını dikkate almaması, silahlı kuvvetlerde ki düzenin yeniden tesisi bir yana kişinin Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişkisinin tamamen kesilmesine yol açması nedeniyle kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturamadığından ölçülülük ilkesine aykırıdır. Bu bakımdan; karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşama eylemine, asker kişiler hakkında uygulanan TSK'dan ayırma yaptırımının, korunması düşünülen yarar ile çatışan hak ve özgürlükler arasında adil ve makul bir denge gözetmemesi nedeniyle hukuk devleti ilkesine ve herkesin özel hayatının güvence altına alınmış olması karşısında özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı olduğu açıktır.”

yükümlülük ile ulaşmak istenen amaç arasında bir orantısızlık bulunmadığını, dernek kurma hürriyetinin Anayasanın 13. maddesi kapsamında ve hakkın özüne⁴¹³ dokunmadan sınırlandırılabilirliğini, kuralda geçen “dernek yöneticileri” ibaresinin Kanun’un 33. maddesi gereğince “dernek yönetim kurulu başkanını” ifade ettiğini, bu bağlamda itiraz konusu kural gereğince söz konusu cezanın tüm yöneticiler hakkında değil sadece yönetim kurulu başkanı hakkında verilebileceğini, itiraz konusu kuralın dernek kurma hakkına doğrudan bir müdahale oluşturmadığını, kuralın dolaylı şekilde dernek kurma hakkına yönelik bir müdahale olduğu kabul edilse bile bu müdahalenin başvuru kararında ifade edildiği oranda zorlaştırmacı ve caydırıcı olduğunun söylenemeyeceğini, itiraz konusu kuralla seçimlik bir ceza yaptırımı öngörüldüğünü, kural gereğince davaya bakan hâkim, takdir yetkisi kapsamında hapis cezasına karar verebileceği gibi sadece adli para cezasına da karar verebileceğini, söz konusu düzenlemeler ve kanun koyucunun amacı birlikte değerlendirildiğinde itiraz konusu kuralla dernek kurma hakkına belli bir ölçüde sınırlama getirilmiş ise de kuralın anılan özgürlüğe ölçsüz bir sınırlama getirdiği ve bu hakkı tamamen ortadan kaldırdığı ya da kullanılamaz hâle getirdiği söylenemeyeceğini” bu gerekçelerle anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin kararındaki gerekçeler ile itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olmadığını düşünüyoruz.

Anayasa Mahkemesi **10.9.2015 tarihli 2014/148 Esas 2015/80 Karar** sayılı kararında 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 16. maddesinin, 28.3.2013 tarihli ve 6455 sayılı Kanun’un 58. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “(1) (Değişik: 28/3/2013-6455/58 md.) **Bu Kanunda tanımlanan suçların konusunu oluşturma dolayısıyla müsadere yaptırımının uygulanabileceği eşya, sahibine iade edilemez. Kaçak şüphesiyle el konulan kaçak akaryakıt hariç her türlü eşya hakkında, el koyma tarihinden itibaren altı ay, ancak eşyanın zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı veya muhafazasının ciddi külfet oluşturmaları halinde bir ay içinde, gerekli tespitler yaptırılarak soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından tasfiye kararı verilir. Bu süreler içinde karar verilmemesi halinde eşya derhal tasfiye edilir. Bu fıkra kapsamında tasfiye edilecek eşyadan tasfiye edilmeden önce numune alınması mümkün olan durumlarda numune alınır, numune alınması mümkün olmayan durumlarda eşyanın her türlü ayırt edici özellikleri tespit edilir...**”

⁴¹³ “Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırmacı bir nitelik taşıması gerekir. Ancak bu durumda sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu söylenebilir.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, “kaçakçılık suçuna konu oldukları iddia edilen araçların itiraz konusu kural uyarınca maliklerine iade edilemediğini, araçların birden fazla kez el değiştirmesi, araçlara ait kayıtlarda kısıtlama olmaması, vergi borcunun görünmemesi ve aracın geçmişini öğrenme olanağının bulunmaması nedeniyle Devlete güvenilerek resmi yoldan satın alındığı halde bu kişilerin araçlarının iade edilmemesinin Devlete olan güveni zedelediği ve mülkiyet hakkını ihlal ettiği, bunun yanında mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamanın anayasal ilkelere aykırı olarak ölçülü yapılmadığı gibi kamu yararı ve bireyin hakları ile ulaşılacak istenilen amaç arasında adil bir dengenin gözetilmediği” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2014/148 Esas 2015/80 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “itiraz konusu kuralın ise 5607 sayılı Kanun’da tanımlanan suçların konusunu oluşturması dolayısıyla müsadere yaptırımının uygulanabileceği eşyanın sahibine iade edilmemesini öngördüğünü, soruşturma ve/veya kovuşturmada geçen yargılama süresi dikkate alındığında suç şüphesi altında olan kişinin mülkiyete ilişkin haklarının kullanmasının engellendiğini, kaçakçılığın etkileri dikkate alındığında suç konusu eşyanın sahibine geçici bile olsa geri verilmesinin, suçla mücadele ve yargılama sonucunda verilecek cezanın etkinliğini olumsuz etkileyebileceğini, iade edilmesine engel teşkil ederek suç konusu eşyadan yararlanılması olanağını ortadan kaldıran kuralın, ekonomik ve sosyal açıdan kamu düzeninin korunmasının gereği olarak kaçakçılık suçuna engel olma amacından kaynaklandığı, ayrıca bu amacı gerçekleştirmek için gerekli ve elverişli olduğu anlaşıldığını, mülkiyet hakkının Anayasanın 13. maddesi kapsamında ve ölçülülük ilkesine⁴¹⁴ uyararak sınırlandırılabilmesini, kuralın hak sahibi yönünden telafi edilemeyecek şekilde hak kaybı yaratmadığını⁴¹⁵, tasfiye işlemi ile kamunun haklarının koruduğu kadar eşya sahibinin haklarını da korunduğunu, eşyanın tasfiye edilmek yerine bekletilmesinin tasfiyeden daha fazla zarara neden olabileceğini, tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde, itiraz konusu kuralın bireyin hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yaratmadığı gibi ulaşılacak istenen meşru amaç ile de orantılı olduğunu, yapılan müdahalenin müsadere konusunda bir karar verilinceye kadar

⁴¹⁴ “Ölçülülük ise amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.”

⁴¹⁵ “Kural uyarınca, soruşturma ya da kovuşturma aşamasında henüz nihai bir karar verilmeden önce el konulan eşya teminatla ya da geçici olsa dahi sahibine iade edilemeyecektir. İtiraz konusu kural gereğince iade edilmeyen eşya, henüz tasfiyesi gerçekleştirilmeden kaçakçılık suçuna konu eşya olmadığının anlaşılması durumunda, soruşturma aşamasında kovuşturmayla yer olmadığına, kovuşturma aşamasında ise beraat kararı verilerek hak sahibine iade edilecektir. Tasfiye gerçekleştirildikten sonra karar verilmesi durumunda ise satış bedeli, el koyma tarihinden iade tarihine kadar geçen kanuni faizi ile birlikte hak sahibine ödenecektir. Eşyanın kaçakçılık suçuna konu eşya olduğunun belirlenmesi halinde ise artık eşyanın kendisi ya da bedelinin sahibine iadesi söz konusu olmayacaktır. Bu durumda da hak sahibi eşyayı kendisine satanlara yönelebilecek ve bedelin iadesini isteyebilecektir. Bunun yanında suç eşyasının Devlette tutulan kaydına göre satışı yapılmakta ise bedelin iadesinin yanında kayda güvenerek alınması nedeniyle kaydı tutan ilgili idare aleyhine ayrıca dava açabileceği belirgindir. Ayrıca tasfiye kararına karşı yasal yolların kullanılması da mümkündür. Dolayısıyla her iki durumda da kaçakçılık suçunun bizzatıhi konusunu oluşturan eşyaya kamu yararı amacıyla kanunda sayılan belirli koşullarla yapılan müdahale, gayri meşru olarak değerlendirilemeyeceği gibi hak sahibi yönünden telafi edilemeyecek ağır bir kayıp ya da mağduriyet de yaratmamaktadır.”

geçici bir nitelik taşıdığını” bu gerekçelerle de itiraz konusu kuralın ölçülülük ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin kararının isabetli olmadığını düşünüyoruz. İtiraz konusu kuralda müsadere ihtimali olan her türlü eşyanın sahibine iade edilmemesi kuralı getirilmiş olup, bu kuralın çok geniş bir alanı kapsadığı, malın sahibinin iyi niyetli üçüncü kişiler olabileceği, bu kişilerin eşyayı devletin resmi kayıtlarına güvenerek alma ihtimalinin de olması birlikte düşünüldüğünde, her ne kadar zararların bir şekilde tazmini mümkün ise de bu sürede geçecek zamanda yaşanabilecek mağduriyetler, yargılamanın sürebileceği zaman da göz önüne alındığında, netice itibari mülkiyet hakkının özüne dokunduğu ve orantısız sonuçlar doğurabileceği kanaatindeyiz. Ayrıca bu suç neticesinde meydana gelebilecek zararların önüne geçilmesi çeşitli yollarla da mümkün olup, illaki sahibine iade edilmemesi de gerekmemektedir. Bu hususa gereklilik başlığı altında değinilmiştir.

Anayasa Mahkemesi **30.9.2015 tarihli 2015/54 Esas 2015/83 Karar**⁴¹⁶ sayılı kararında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 106. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...*altı aydan...*” ibaresinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “(1) Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, **altı aydan** iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikayeti üzerine, *altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, “TCK 86/1-2 maddesi uyarınca başkasını kasten yaralama suçunun adli para cezası seçenek yaptırımına tabi tutulduğu, hatta eğer TCK 86/3. maddesinde sayılan özel koşullar oluşmamış ise, mağdurun şikayetten vazgeçmesi halinde basit yaralama suçundan açılan kamu davasının düşeceğinin öngörüldüğünü, ancak failin kasten yaralamak yerine, mağduru kasten yaralamak ile tehdit etmesi halinde, hakkında TCK 106/1. maddesi hükümleri uygulanarak **altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verileceğini, üstelik şikayetten vazgeçilse bile davanın düşmeyeceğini, bunun suç ve ceza dengesini adalet ve ölçülülük yönünden bozduğu**” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

⁴¹⁶ Anayasa Mahkemesi’nin aynı konu hakkında verdiği benzer kararlar için bkz: **20.3.2013 Tarihli 2013/5 Esas 2013/46 Karar** sayılı karar, **10.4.2013 Tarihli 2013/36 Esas 2013/53 Karar** sayılı karar

Anayasa Mahkemesi 2015/54 Esas 2015/83 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “*kanun koyucunun belirli sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla suç ve cezaları belirlemede takdir yetkisine sahip olduğunu, kanun koyucunun takdir yetkisinin yerindeliliğinin incelenmesinin anayasal denetim dışında kaldığını*⁴¹⁷, *takdir yetkisinin kullanılmasında ölçülülük ilkesine dikkat edilmesi gerektiğini, tehdit suçuyla korunmak istenilen hukuki yarar*⁴¹⁸ *göz önüne alındığında kuralın hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığını, itiraz konusu kuralda suç için verilecek cezayı belirlemenin kanun koyucunun takdirinde olduğunu ve diğer suçlarla kıyaslama yapılarak anayasal denetim yapılamayacağını*⁴¹⁹, *itiraz konusu kuralın Anayasanın 13. Maddesi ile bir ilgisinin olmadığını*” belirterek itiraza konu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin netice itibarıyla vermiş olduğu kararı isabetli bulmakla birlikte, itiraz konusu düzenlemenin ölçülülük ilkesi ile alakalı olmadığına ilişkin kısmına katılmamaktayız. Anayasa Mahkemesi birçok kararında, değişik suç tiplerinin karşılaştırılarak ölçülülük denetimi yapılmasının tek yanlı ve eksik kalacağını belirtmekle birlikte, suça ve konusuna ilişkin diğer özellikleri de birlikte değerlendirmek suretiyle incelemelerini yapmaktayken, bu kararında bu incelemenin Anayasal denetim dışında olduğuna karar vermiştir. Oysaki kanun koyucu ceza miktarını belirlerken de ölçülülük ilkesine uygun hareket etmelidir. Kanun koyucu itiraza konu kuralda, *kişilerin huzur ve sükûnu ile karar verme ve hareket etme hürriyetini* korumak adına alt sınırı altı ay olan bir ceza öngörmüştür. Biz sadece diğer suçlarla kıyaslama yapılarak bu alt sınırın az ya da çok olduğu noktasında bir inceleme yapılamayacağı noktasında Anayasa Mahkemesi’nin önceki kararlarındaki yaklaşımının

⁴¹⁷ “Cezalara ve güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, Anayasa’ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini göz önüne alan suç politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, izlediği suç politikası gereği bazı filleri ceza hukuku alanından çıkarabileceği gibi korudukları hukuki yararları ve neden olduğu sonuçları esas alarak birtakım suçları farklı yaptırımlara da tâbi kılabilir. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır. Bununla birlikte, hukuk devleti ve ölçülülük ilkeleri gereğince bu yöndeki düzenlemelerde öngörülen yaptırım, insan onuruna aykırı bulunmamalı ve suçla yaptırım arasında bir ölçüsüzlüğe yol açmamalıdır. Ölçülülük ilkesinin denetimi ise sadece farklı hukuki değerleri koruyan suç tiplerinin ceza türleri ve miktarları kıyaslanarak yapılamaz. Öte yandan kanuni düzenlemeler, cezaların şahsiliği ilkesi ve kanunilik ilkesi gibi ceza hukukuna ilişkin diğer anayasal ilkelere de aykırı olmamalıdır.”

⁴¹⁸ “Kanun’un 106. maddesinin gerekçesinde, tehdit suçunda kişilerin huzur ve sükûnu ile karar verme ve hareket etme hürriyeti korunarak kişilerde güvensizlik duygusunun meydana gelmesinin engellendiği, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinde tehdidin kapsadığı korkutma gücünün ağırlığı ve yoğunluğu nedeniyle mağdurda ciddi kaygılar meydana geldiği ve suçun silahla işlenmesi hâlinde meydana gelen korkunun çok daha yoğun ve kolay olacağı belirtilmiştir. Buna göre kanun koyucu tarafından, takdir yetkisine dayanılarak ve kuralla korunmak istenen hukuki yarar, suçun niteliği, meydana gelen netice de dikkate alınarak düzenlenen itiraz konusu kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.”

⁴¹⁹ “İtiraz konusu kural uyarınca tehdit suçunun işlenmesi hâlinde verilecek cezayı belirlemek kanun koyucunun takdirinde olup, yalnızca ceza miktarının Kanun’da belirtilen yaralama suçu ile karşılaştırılması suretiyle anayasal denetim yapılamaz.”

doğru olduğunu düşünüyoruz. İtiraza konu kuralda gerçekten de somut olayın özelliklerine göre basit yaralamaya kıyasen çok daha hafif kalmasına rağmen daha ağır cezaların söz konusu olması mümkündür. Ancak bu konuda kanun koyucu takdir yetkisine dayanarak bu suçun daha ağır bir ceza ile cezalandırılmasını takdir etmiş ve alt sınırı da 6 ay olarak belirleyerek çok yüksek bir ceza belirlememiştir. Ceza hukukunda ki çevrilebileceği seçenek yaptırımlar da göz önüne alındığında bu ceza miktarının orantısızlık yaratacak derecede çok olduğu söylenemeyeceği için biz Anayasaya aykırılık olmadığı kanaatindeyiz.⁴²⁰

Anayasa Mahkemesi **7.4.2016 tarihli 2015/109 Esas 2016/28 Karar** sayılı kararında 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu’nun; 28.3.2013 tarihli ve 6455 sayılı Kanun’un 44. maddesiyle değiştirilen 19. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinin *“Aşağıdaki hallerde, sorumlulara sekiz yüz elli bin Türk Lirası idari para cezası verilir:”* bölümünün, bendin (3) numaralı alt bendindeki *“8. maddenin ihlali”* yönünden Anayasaya aykırılığı incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: *“c) Aşağıdaki hallerde, sorumlulara sekiz yüz elli bin Türk Lirası idari para cezası verilir:*

1) Kurumca, 10 uncu madde gereği yapılan uygulamaların dolaylı veya dolaysız olarak engellenmesi veya engellenmeye teşebbüs edilmesi.

2) 9 uncu maddede yer alan kısıtlamalara uyulmaması.

3) 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 17 nci maddelerin ihlali.”

Anayasa Mahkemesi aynı kararında 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun’un 522. maddesiyle değiştirilen 19. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin *“Aşağıdaki hallerde, sorumlulara altı yüz bin Türk Lirası idari para cezası verilir:”* bölümünün, bendin (4) numaralı alt bendindeki *“7. maddenin ihlali”* yönünden, Anayasaya aykırılığı incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: *“a) Aşağıdaki hallerde, sorumlulara altıyüzbin Türk Lirası idarî para cezası verilir:*

1) Lisans almaksızın lisansa tabi faaliyetlerin yapılması.

⁴²⁰ Anayasa Mahkemesi, **10.2.2016 tarihli 2015/47 Esas 2016/11 Karar** sayılı kararında mala zarar verme suçu için benzer gerekçelerle yapılan başvuru hakkında da aynı görüşünü tekrar etmekle beraber, orantısızlık incelemesinde bulunmuş ve seçenek yaptırımlarında uygulanabilme ihtimali olduğundan bahisle Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

2) Kurumca, 10 uncu madde gereği yapılan uygulamaların dolaylı veya dolaysız olarak engellenmesi veya engellenmeye teşebbüs edilmesi.

3) 9 uncu maddede yer alan kısıtlamalara uyulmaması.

4) 5, 6, 7, 8, 16, 17 ve 18 inci maddelerin ihlali.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme 19. Maddesinin İkinci Fıkrasının (c) bendi yönünden ölçülülük ilkesi bakımından, “İtiraza konu kuralla idarenin vereceği idari para cezasının miktarını belirleme imkânı bulunmadığını, fiil sübuta ermiş ise verilecek idari para cezası miktarının tek olduğunu, yaptırım bağlanan fiili işleyenler açısından bir ayırım (işletmenin büyüklüğü, failin kusur durumu vd.) öngörülmediği gibi, ilgili maddede sayılan tüm durumlar için de uygulanan ceza miktarının da aynı olduğunu, (Söz gelimi, ücra bir yerde olan, mevcut tek pompa ile faaliyet gösteren ve uygulanan idari para cezası miktarı kadar yıllık cirosu bulunmayan bir akaryakıt istasyonu ile büyük ölçekteki bir akaryakıt istasyonunda dağıtıcı dışında akaryakıt ikmal edilmesi hâlinde, 8. maddeye aykırılık nedeniyle verilen ceza miktarının aynı olduğunu), uygulanacak idarî para cezası miktarının tespiti bakımından, akaryakıt ikmalinin ne şekilde yapıldığı (söz gelimi, aynı dağıtıcıya bağlı olan bir başka bayiden ikmal yapılması, bir başka dağıtıcıya bağlı bayiden ikmal yapılması veya akaryakıtın menşeinin belli olup olmaması vb.), ikmal edilen akaryakıtın miktarı gibi hususların bir öneminin bulunmadığının görüldüğünü, anılan fiili işleyenlerin, ekonomik büyüklüğü ve sınıfına göre adil bir denge gözetilmeden, itiraz konusu kuralla ölçülü ve makul olmayan idari para cezası ile karşı karşıya bırakılmalarının, hukuk devletinin gereği olan “adalet” ve “hakkaniyet” ilkeleriyle bağdaşmadığı” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

İtiraz yoluna başvuran mahkeme 19. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi yönünden ölçülülük ilkesi bakımından, “itiraz konusu kuralda Kanun’un 7. maddesinin ihlali halinde sorumluların belirtilen maktu idari para cezası ile cezalandırılacağına düzenlendiği, bayilik lisansı sahibi olan davacıya, Kanun’un 7. maddesinin dördüncü fıkrasına göre akaryakıt istasyonunda bağlı bulunduğu dağıtıcıya ait marka ve logo bulundurmadığından bahisle maktu idari para cezası verildiği, Kanun’un 7. maddesinde sayılan tüm durumlar için uygulanan ceza miktarının aynı olduğu, itiraz konusu kuralla, işletmelerin ekonomik büyüklüğü, fiilin haksızlık içeriği gözetilmeden her bir ihlal için aynı miktarda para cezası uygulanmasının hukuk devletinin gereği olan adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmadığı” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2015/109 Esas 2016/28 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “kanun koyucunun kabahatleri ve bunların karşılığı olan yaptırımları belirleme bakımından da belirli sınırlar içerisinde takdir yetkisine sahip olduğunu, kanun koyucunun hakkaniyet

ilkesini⁴²¹ de gözetmesi gerektiğini, itiraza konu olayda regülatif cezalandırmanın⁴²² söz konusu olduğunu, itiraza konu kuralda bu ceza miktarının maktu olarak belirlendiğini ve bu durumun somut olayın özelliğine göre ağır cezalar doğurabileceğini⁴²³, idari para cezası uygulanırken fiilin işleniş şekli, diğer bir ifadeyle akaryakıtın ikmalinin ne şekilde yapıldığı, failin kusur durumu başka bir ifadeyle bayinin fiili kasıtlı veya taksirle işleyip işlemediği ve ikmal edilen akaryakıtın miktarı gibi hususların dikkate alınmadığını bu gerekçelerle de itiraza konu kuralın “adalet” ve “hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmadığına” ve Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme diğer itiraza konu kural bakımından da aynı şekilde karar vermiştir. Burada Anayasa Mahkemesi’nin çok benzer konularda farklı kararlar verdiğini de belirtmek gerekmektedir.⁴²⁴

⁴²¹ “Hakkaniyet, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenmiş olup hâkime takdir yetkisi tanınan durumlarda, hâkimin bu takdir yetkisini somut olayın özelliklerine uygun olarak ve adalet ilkelerini gözeterek kullanmasını ifade etmektedir. Hakkaniyet kavramı, hukukun genel bir ilkesi olduğundan, anayasa yargısında da dikkate alınmalıdır. Kanun koyucu da tıpkı mahkemeler gibi takdir yetkisi kullanırken hakkaniyeti gözetmekle yükümlüdür.”

⁴²² “Özel bir faaliyet alanında kamu düzenini korumak veya belli bir sektörü düzenlemek amacıyla ilgili kanunlarda özel olarak yetkilendirilmiş idari makamlar tarafından verilen idari cezalar “regülatif cezalar” olarak ifade edilmektedir. Bağımsız idari otoritelerden olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından özel kolluk veya düzenleme yetkileri kapsamında verilen idari cezalar da bu kategoriye girmektedir. Regülatif idari para cezalarının meblağları yüksek olduğundan muhatapları üzerinde çok ağır sonuçlar doğurabilmekte olup bu idari para cezalarının çoğunlukla nispi veyahut alt ve üst sınır gösterilmek suretiyle düzenlendiği görülmektedir.”

⁴²³ “İtiraz konusu kuralda bayilerin bağlı bulundukları dağıtıcı haricinde başka dağıtıcılardan veya onların bayilerinden akaryakıt ikmal etmeleri durumunda öngörülen idari para cezası “regülatif idari para cezası” niteliğinde maktu olarak düzenlenmiştir. Bu cezada, işletmelerin ekonomik büyüklüğü ve sınıfına ilişkin herhangi bir kademelandırma yapılmadığı görülmektedir. Buna göre, tek pompa ile faaliyet gösteren ve idari para cezası miktarı kadar yıllık cirosu bulunmayan bir akaryakıt istasyonu ile büyük ölçekteki akaryakıt istasyonunu işletenler açısından yükümlülüğün ihlali halinde verilecek ceza miktarı aynı olmakla birlikte, para cezasının miktarının yüksek olması göz önüne alındığında tek pompa ile faaliyet gösteren ve cirosu yüksek olmayan akaryakıt bayisi için verilen ceza daha ağır sonuçlar doğurabilmektedir.”

⁴²⁴ Anayasa Mahkemesi benzer bir konuyu **12.10.2016 tarihli 2015/73 Esas 2016/161 Karar** sayılı kararında ele almıştır. 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un, 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun’un 569. maddesiyle değiştirilen 16. maddesinin ikinci fıkrasının; (a) bendinde yer alan “Aşağıdaki hâllerde sorumlulara beşyüzbin Türk Lirası idarî para cezası verilir.” ibaresinin bendin (1) numaralı alt bendi yönünden,

(b) bendinde yer alan “Aşağıdaki hâllerde sorumlulara ikiyüzellibin Türk Lirası idarî para cezası verilir.” ibaresinin bendin (1) numaralı alt bendi yönünden, (c) bendinin 5307 sayılı Kanun’un 14. ve 15. maddeleri yönünden, Anayasaya aykırılığını inceleyen Anayasa Mahkemesi, neredeyse iptal ettiği karardaki örnekle bire bir aynı özellikleri taşıyan bu başvuru ile ilgili olarak, kanunun getiriliş amacını dikkate alarak ‘Kanun’un 16. maddesinde, idarî para cezasını gerektiren filler ağırlık derecelerine göre gruplandırılarak ihlalin önemine göre farklı idarî para cezaları öngörülmüştür. Kanun koyucunun, LPG piyasasında yürütülecek faaliyetler için lisans alınmasına Kanun’un diğer bazı hükümlerine göre daha çok önem atfettiği ve cezaları, caydırıcılık fonksiyonunu yerine getirebileceğini takdir ettiği maktu cezalar olarak düzenlediği anlaşılmaktadır. Kanunla yapılan düzenlemelerin etkili bir şekilde hayata geçirilebilmesi bakımından, öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve yasaklanan fiillerin işlenmesini önlemek için hangi tür ve ölçekte idarî yaptırım uygulanacağı kanun koyucunun takdir yetkisindedir. Maktu olarak belirlenen idarî para cezaları, cezayı gerektiren fiili işleyenlerin üzerinde, ekonomik durumlarına göre farklı etkiler doğurabilirse de bu durumun adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırılık oluşturduğu söylenemez. Kanun koyucunun, takdir yetkisine kapsamında fiilin meydana getireceği neticeleri de dikkate alarak düzenlediği itiraz konusu kuralda hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.’ diyerek anayasaya aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.”

Anayasa Mahkemesi yine **31.5.2017 tarihli 2017/103 Esas 2017/108 Karar** sayılı kararında 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinin, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: “c) Bu Kanun, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine aykırılık yapılmış olduktan sonra niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olmayacak şekilde aykırı davranılması durumunda ihtara gerek kalmaksızın beş yüz bin Türk Lirası idari para cezası verilir.” Anayasa Mahkemesi yine benzer şekilde “Kanun koyucu, elektrik piyasasında yürütülen faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğini de göz önünde tutarak cezaları, caydırıcılık fonksiyonunu yerine getirebileceğini takdir ettiği maktu cezalar olarak belirlemiştir. Kanunla yapılan

Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılıyoruz. İtiraz konusu kural incelendiğinde maktu bir cezanın belirlendiği ve somut olaydaki özellikler dikkate alınmaksızın her durumda aynı cezanın verilmesinin öngörüldüğü görülmektedir. Verilen cezanın büyüklüğü de göz önünde tutulduğunda, bu cezanın kimi zaman caydırıcılık özelliğini kaybederek mali yönden yıkıcı sonuçlar doğurabilme ihtimali söz konusudur. Başvuru kararı ve Anayasa Mahkemesi'nin gerekçelerinde meydana gelebilecek orantısız cezalar açıkça gösterilmiştir. İtiraz konusu kural ile her ne kadar petrol piyasası, ürün ve tüketicilerin korunması amaçlansa bile, amaca ulaşmak için kullanılan aracın netice itibari ile orantısız sonuçlar doğurma ihtimali sebebiyle itiraza konu kurallar orantılılık ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.⁴²⁵

Anayasa Mahkemesi **5.5.2016 tarihli 2016/16 Esas 2016/37 Karar** sayılı kararında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 63. maddesiyle değiştirilen 143. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"...verilecek ceza yarı oranında artırılır."* ibaresinin, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: *"(1) Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır."*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, *"Dışarıdaki havanın aydınlığıyla herhangi bir bağlantısı olmayan ve gecenin karanlığının fiilin işlenişine olumlu bir etkisinin bulunmadığı yerlerde, güneş battıktan bir saat sonra işlenen hırsızlık suçunun cezanın yarı oranında artırılması gibi ağır yaptırıma tabi tutmanın kanunun amacıyla bağdaşır bir yanının bulunmadığını, hukuka aykırı eylemin gece yapılmasıyla gündüz yapılması arasında eylemin haksızlık içeriği bakımından neredeyse bir farklılık olmadığını, hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi durumunda fiilin haksızlık içeriğini arttıran ve bu fiili daha fazla cezaya layık hale getiren şeyin gece vaktinin kural olarak hırsızlık suçunun icrasını kolaylaştırması olduğunu, fakat somut olayın kendine has özellikleri dikkate alınmaksızın, istisnasız gece vakti işlenen her hırsızlık suçunun temel şekline nazaran yarı oranında daha ağır cezaya layık olduğu ve cezanın bireyselleştirilmesinde hiçbir takdir alanı bırakılmaksızın doğrudan*

düzenlemelerin etkili bir şekilde hayata geçirilebilmesi bakımından, öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve yasaklanan fiillerin işlenmesini önlemek için hangi tür ve ölçekte idarî yaptırım uygulanacağı kanun koyucunun takdir yetkisindedir. Maktu olarak belirlenen idarî para cezaları, cezayı gerektiren fiili işleyenlerin üzerinde, ekonomik durumlarına göre farklı etkiler doğurabilirse de bu durumun adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırılık oluşturduğu söylenemez. Kanun koyucunun, takdir yetkisi kapsamında fiilin meydana getireceği neticeleri de dikkate alarak düzenlediği itiraz konusu kuralda, hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır." demek suretiyle Anayasaya aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.

⁴²⁵ İlgili kararın isabetli olduğu yönünde bkz: EKİNCİ Murat, Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Sayı:1, Yıl: 2017 (19-54), s.37

yarı oranında artırılması şeklindeki uygulamanın ceza adaleti bakımından orantılılık ilkesine aykırı olduğu” bu gerekçelerle de Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2016/16 Esas 2016/37 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “kanun koyucunun suç ve cezaları belirlerken belirli sınırlar içerisinde takdir yetkisine sahip olduğunu, sadece failin esas hareketini baz alarak ya da başka suçlarla kıyaslama yaparak orantılılık denetimi yapmanın eksik kalacağını⁴²⁶, hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesinin suça kattığı özellikler dikkate alındığında bu konuda düzenleme yapmanın kanun koyucunun takdir yetkisi içerisinde kaldığını⁴²⁷, Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da “ölçülülük ilkesi” gereğince makul bir dengenin bulunması zorunlu olduğunu, oranı dikkate alındığında belirlenen artırım miktarının, gece vakti hırsızlık suçunun etkili bir cezayla karşılanması açısından gerekli, bu fiillerin işlenmesini ve yaygınlaşmasını önlemeye elverişli bir yaptırım olduğunun açık olduğunu, hırsızlık suçunun toplumsal etkisi ve işlenme oranı ile gece vakti işlenmesinin kamusal açıdan ciddi boyutta tehlikeler doğurabileceği dikkate alındığında verilen cezanın hâkime takdir hakkı tanınmaksızın yarı oranında artırılmasının ağır ve orantısız olduğunun da söylenemeyeceğini,” bu gerekçelerle de itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin kararının isabetli olduğu kanaatindeyiz. İtiraz yoluna başvuran mahkemenin somut olayın özelliklerine göre gece vakti işlenen suç ile normal zamanda işlenen suç arasında fark olmayacak haller bulunduğu gerekçesi, üzerinde tartışılabilir bir gerekçe olsa da, kural olarak gece vakti hırsızlık suçunun işlenmesinin daha kolay olduğu, failin daha rahat hareket edebileceği ve mağdurların ise daha güvensiz bir halde olma ihtimallerinin yüksek oluşu, kanun koyucunun bu konuda takdir yetkisi içerisinde farklı bir ceza belirlemesini gerektirmiştir. Bunun yanında amaç sonuç arasında orantısız sayılabilecek bir sonuçta meydana gelmemiştir.⁴²⁸

⁴²⁶ “Sadece failin hareketini esas alarak ve hareket için öngörülen ceza miktarlarını kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında, herhangi bir suç için konulmuş ceza ile yapılacak bir kıyaslama değil, o suçun toplum yaşamında yarattığı sonuç, failin ve suçtan zarar görenin kişiliği, maddi ve manevi zararın azlığı veya çokluğu da etkilidir.”

⁴²⁷ “Kanun koyucu, Kanun’un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendinde gece vaktini; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evele kadar devam eden zaman süresi olarak tanımlamış ve itiraz konusu kuralla, malı üzerindeki gözetim ve denetim gücü zayıflayan ve kendini korumasız hissetmesi nedeniyle daha fazla olumsuz etki altında kalan mağdurların huzur ve sükununun daha fazla bozulması, failin gece suçu daha kolay işleyebilmesi, kolluk güçlerinin yardımının gecikebilmesi, failin kimliğinin tespiti ve yakalanması ihtimalinin zayıflamasını dikkate alarak hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesini suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul etmiş ve verilecek cezanın yarı oranında artırılmasını öngörmüştür. Bu şekilde suç ve cezada ağırlaştırıcı nedeni ve bu nedene göre gerçekleştirilecek artırım oranını belirlemenin kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğu açıktır.”

⁴²⁸ İlgili kanun maddesini somut olayın özelliklerini dikkate almadan uygulamanın ceza adaleti ve orantılılık bakımından tartışılmalı olduğu ve her somut olayda uygulanmasının eylemin haksızlık içeriğini aşar ölçüde ceza verilmesine neden olabileceği ifade edilmiştir. bkz: BAŞİBÜYÜK İsa, ÖZBEK Veli Özer, Ceza Hukukunda Bir

Anayasa Mahkemesi **26.5.2016 tarihli 2015/108 Esas 2016/46 Karar** sayılı kararında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle değiştirilen 103. maddesinin; (1) numaralı fıkrasının (b) bendi dışında kalan bölümünün, (2) numaralı fıkrasının, (3) numaralı fıkrasının (a) bendinin Anayasa aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “(1) *Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;*

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış...anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(3) Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte.... işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır....”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, “*itiraz konusu kuralın, farklı yaş gruplarında olan tüm mağdurlara yönelik eylemler arasında ceza müeyyidesi bakımından herhangi bir ayırım yapmadığı, dört yaşındaki bir mağdura yönelik cinsel istismar suçu ile ondört yaşındaki mağdura yönelik cinsel istismar suçunun ceza müeyyidesinin kademeli bir ceza anlayışı içermeyerek aynı olduğu, suça sürüklenen çocuklar yönünden oniki ilâ onbeş yaş arasında ayırtım yeteneklerinin olması halinde ceza ehliyetlerinin olmasına rağmen, kendisine yönelik eylemin anlam ve mahiyetini algılama yeteneği olan mağdurun rızasına hukuki sonuç tanınmadığı, bu mağdurların rızasıyla yaşadığı cinsel eylemler hakkında cezanın çok yüksek olduğu, suçun en nitelikli hali için en düşük yaştan onbeş şeklinde belirlenmesinin suç ve cezada korunmak istenen hukuki yarar ile müeyyide arasındaki orantıyı bozduğu, itiraz konusu kural gereğince cinsel istismar eyleminin birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi halinde cezanın yüksek oranda artırıldığı” belirtilerek itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiştir.*

Amaçsal Yorum Örneği: Hırsızlık Suçunun Gece Vakti İşlenmesi, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt:26, Sayı:111, Yıl: Mart 2014(107-116), s.110 vd.

İlgili kararın isabetli olmakla beraber çözüm üretmekten uzak olduğu yönündeki görüş için bkz BAŞIBÜYÜK İsa, Hırsızlık Suçunda Gece Vakti Düzenlemesini Değerlendiren Anayasa Mahkemesi'nin 05.05.2016 Tarih ve 2016/16 Esas Sayılı Kararına İlişkin Görüşümüz, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt:12, Sayı:34, Yıl: Ağustos 2017 (229-234), s.232 vd.

Anayasa Mahkemesi 2015/108 Esas 2016/46 Karar sayılı kararında “...**tamamlamamış...**” sözcüğü yönünden yaptığı incelemede, önceki kararlarında da vurguladığı gibi kanun koyucunun suç ve cezaları belirlerken belirli sınırlar içerisinde takdir yetkisine sahip olduğunu, ölçülülük ilkesine aykırı düzenleme yapamayacağını belirtmiş ve daha sonra itiraza konu kuralın getiriliş amacını⁴²⁹ açıklamıştır. “Anayasa Mahkemesi benzer nitelikte verdiği bir karara atıf yaparak⁴³⁰ buradaki gerekçelerin itiraz konusu kuralda da geçerli olduğunu, Anayasa gereği hem fail hem de mağdur olan çocukların korunması gerektiğini, itiraz konusu kuralın bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip olduğunu, bu nedenle de kuralın ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünü” bu gerekçelerle de Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

⁴²⁹ “İtiraz konusu kuralla, kanun koyucu, onbeş yaşını tamamlamamış çocukları cinsel yönden istismar edenler hakkında ceza yaptırımı öngörmektedir. Kuralın, cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin tüm çocukların cinsel dokunulmazlığı ile beden ve ruh bütünlüğünün etkin bir şekilde korunmasını sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Çocukların kendilerini korumalarındaki zorluk ve faillerin bu suçları büyük engellerle karşılaşmadan işleyebilmeleri cinsel istismarın yetişkinlere nazaran daha kolay işlenmesine neden olmakta ve bu suçlar çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bırakmaktadır. Bu bağlamda, söz konusu suçların işlenmesini önleyici ve caydırıcı nitelikte tedbirlerin alınması Devletin en önemli pozitif yükümlülüklerinden biridir. Zira Anayasa’da olduğu gibi çocukların korunmasına yönelik tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile tüm uluslararası metinlerde de çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsü hakkında etkili ve caydırıcı cezalar düzenlenmesi de dâhil olmak üzere devletlerin bu konuda gerekli tedbirleri almalarına özellikle vurgu yapılmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucunun, küçüklerin biyolojik ve psikolojik gelişimlerine ilişkin bilimsel veriler ile toplumda geçerli genel ahlak ve kültürel koşulları gözeterak cinsel istismar suçunu; suçun unsurlarını, işleniş biçimini, çocuğa ve topluma verdiği zararı dikkate alarak bir yaptırım belirlemesi takdir yetkisi kapsamındadır.”

⁴³⁰ “Anayasa Mahkemesi, **12.11.2015 tarihli ve E.2015/26, K.2015/100 sayılı kararıyla**, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi suçunun yer aldığı maddenin (2) numaralı fıkrasını iptal etmiş ve kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesini uygun görmüş olup, bu süre henüz dolmamıştır. Anayasa Mahkemesi kararında, söz konusu suçlarda mahkemelere olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesini; fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırdığı ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunduğu gerekçesiyle Anayasa’ya aykırı bularak kuralı iptal etmiştir.”

Anayasa Mahkemesi yine aynı suçu ele aldığı **12.11.2015 tarihli 2015/43 Esas 2015/101 Karar** sayılı kararında Anayasa aykırılık görmemiştir. İlgili kararın ölçülülük yönünden gerekçesi şu şekildedir: “Onbeş ilâ onsekiz yaşlarındaki çocuklar bakımından ise kuralla öngörülen suçun oluşabilmesi için mağdurun, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olması ya da bu yeteneği gelişmiş olsa da mağdura yönelik olarak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyecek başka bir nedene dayalı olarak fiilin gerçekleştirilmiş olması şartı aranmaktadır. Bu yaş aralığında bulunan ve suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklarla, cebir, tehdit ve hile olmaksızın gerçekleştirilen cinsel ilişki ise 5237 sayılı Kanun’un 104. maddesinin (1) numaralı fıkrasında soruşturması ve kovuşturması şikâyetine bağlı “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçu olarak düzenlenerek yaptırımı altı aydan iki yıla kadar hapis cezası şeklinde öngörülmektedir. Kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında, fiilin yol açması muhtemel zararları da göz önünde bulundurarak düzenlediği itiraz konusu kuralın, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve düzenlemenin amacına ulaşmaya elverişli ve orantılı olduğu anlaşıldığından kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.”

Anayasa Mahkemesi sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı tutulmasını ise amaca uygun ve elverişli bularak Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi “*cinsel istismar suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde, kanun koyucunun mağdurun, çaresizliği, savunmasızlığı ve mukavemetinin kolayca kırılabilmesi nedeniyle suçun çok daha kolay işlenebileceğini de dikkate alarak bu hali, suçun daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsuru olarak tanımladığını ve verilecek cezanın yarı oranında artırılacağını öngördüğünü, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında, fiilin yol açması muhtemel zararları da göz önünde bulundurarak düzenlediği itiraz konusu kuralın, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve düzenlemenin amacına ulaşmaya elverişli ve orantılı olduğunun anlaşıldığı*” gerekçeleri ile Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararın isabetli olduğu kanaatindeyiz. Suç konusunu teşkil eden her ne kadar çok ağır bir eylem olsa da bu eylem karşılığında belirlenen cezaların orantılılık ilkesine uygun olması, yaşanabilecek farklı durumlarda adalet duygusunu zedeleyecek, orantısız sonuçlar doğurmaması gerekmektedir. İtiraz konusu kurala bakıldığında ise somut olaya göre bireyselleştirme imkânı tanımayan, rıza dahilinde gerçekleşmiş olsa dahi çok yüksek miktarlarda hapis cezasını öngörülmektedir. Kuralda somut olayda, olaya özgü durumlara ilişkin mahkemelerin takdir yetkisi kapsamında değerlendirebileceği kıstaslar yoktur. Bu ise kimi zaman kanunun amacını aşan ve orantısız şekilde yüksek cezaların verilebilmesine yol açabilecek niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi **7.9.2016 tarihli 2016/124 Esas 2016/155 Karar** sayılı kararında 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun mükerrer 355. maddesine, 16.7.2004 tarihli ve 5228 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle eklenen dördüncü fıkra da yer alan “...*bu maddeye göre uygulanan cezalardan az olmamak üzere...*” ibaresinin, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “*Tahsilat ve ödemelerini banka, benzeri finans kurumları veya posta idarelerince düzenlenen belgelerle tevsik etme zorunluluğuna uymayan mükelleflerden her birine, her bir işlem için bu maddeye göre uygulanan cezalardan az olmamak üzere işleme konu tutarın %5’i nispetinde özel usulsüzlük cezası kesilir. Bu şekilde ceza kesilen mükellefler hakkında üçüncü fıkra hükmü uygulanmaz. (Ek cümle: 23/7/2010-6009/12 md.)* Ancak, bu

fıkra uyarınca bir takvim yılı içinde kesilecek özel usulsüzlük cezasının toplamı 770.000 TL (1.100.000) 'yi geçemez.”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, “*itiraz konusu kuralın, kira tahsilat ve ödemelerinin banka, benzeri finans kurumları veya posta idarelerince düzenlenen belgelerle tevsik edilmesi zorunluluğuna uymayanların özel usulsüzlük cezaları ile cezalandırılmalarında kira bedeline oranla çok ağır cezaların ortaya çıkabildiği, aynı fiili irtikap eden ve aynı statüde bulunan vergi mükelleflerinin kira bedellerine göre orantısız olarak cezalandırılmasına yol açtığını, bunun hukuk devletinin gereği olan “adalet” ve “hakkaniyet” ilkeleriyle bağdaşmadığı” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.*

Anayasa Mahkemesi 2016/124 Esas 2016/155 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, öncelikle kanun koyucunun takdir yetkisin sınırlarından ve bunu nasıl kullanması gerektiğinden bahsetmiştir.⁴³¹ “*Kanun koyucunun itiraz konusu kuralı getiriş amacını⁴³² göz önünde bulunduran Anayasa Mahkemesi, kurala aykırılık halinde her bir işlem için işleme konu tutarın %5'i nispetinde özel usulsüzlük cezası kesileceğinin hükme bağlandığını, belge ile tevsik zorunluluğuna uyulmaması halinde işleme konu tutarın %5'i oranında kesilecek ceza tutarının işlem tutarının düşük olduğu hallerde yeterince caydırıcı olmayabileceği ve mükelleflerin ceza tutarını katlanılabilir varsayarak finans hareketlerini kayıt dışı bırakabilecekleri öngörülerek, kesilecek cezanın bu maddeye göre uygulanan cezalardan az olmayacağı kuralını getirdiğini, kuralın getiriliş amacına bakıldığında itiraz konusu kural ile ceza miktarının tayininde işlem tutarının % 5'ine tekabül eden ceza miktarının aynı madde uyarınca kesilecek cezalardan az olamayacağının öngörülmesinin, bu kural ile ulaşılmak istenen amaç yönünden elverişsiz ve gereksiz olduğundan söz edilemeyeceğini, diğer yandan, Kanun'un mükerrer 355. maddesinin birinci fıkrasında mükelleflerin 213 sayılı Kanun'da gösterilen ekonomik büyüklük ölçütlerine göre belirlenen sınıflarına göre kademeli şekilde ceza miktarında belirlemeye gidildiğini, bu nedenle, itiraz konusu kuralla öngörülen yaptırım ile cezaların caydırıcılık fonksiyonunun sağlanması amacı arasında makul bir orantı bulunmadığının söylenemeyeceğini” bu gerekçelerle itiraz konusu kuralın ölçülü olduğu gibi adalet ve hakkaniyet ilkelerine de aykırı olmadığına ve Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.*

⁴³¹ “*Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.”*

⁴³² “*Kanun'un mükerrer 257. maddesiyle Maliye Bakanlığı'na mükelleflere muameleleri ile ilgili tahsilat ve ödemelerini banka, benzeri finans kurumları veya posta idarelerince düzenlenen belgelerle tevsik etmeleri zorunluluğunu getirme yetkisi verilmiştir. Hukuki işlemlere konu olan ve işlemin karşı tarafına mal, hizmet ya da kullanma karşılığı olarak transfer edilen tutarın doğru belirlenmesi, vergi matrahının tespiti açısından büyük önem arz etmektedir. Kanun koyucu tahsilat ve ödemeler açısından belge ile tevsik zorunluluğu öngörerek, ticari işlemler ve finansal hareketlerin taraflarının izlenmesini, vergiyi doğuran olayların mali kurumların kayıt ve belgeleri yardımıyla tespit edilmesini, vergi kayıp ve kaçığının önlenmesini ve böylece kamu düzeninin bir unsuru olan mali düzenin korunmasını amaçlamıştır.”*

Anayasa Mahkemesi'nin kararının isabetli olduğu kanaatindeyiz. Kanun koyucu itiraza konu kural ile vergi kayıp kaçacağını önlemek için bir düzenleme getirmiş olup, bu düzenlemede kira miktarı ile bir orantı kurarak cezalandırma yoluna gitmiştir. Ancak somut olayın özelliğine göre kira miktarının %5'i suçun faili açısından kayba değer görülerek, bildirimsiz bir şekilde kira alma yoluna gidilebilir. Bunu öngören kanun koyucunun verilecek cezanın belli bir miktardan az olmamasını öngörmesi ve bununda vergi usul kanunu ile kademeli olarak belirlenmiş olması bir arada değerlendirildiğinde, kanunun getiriliş amacına ulaşılabilmesi için ölçülülük ilkesi özelinde bir orantısız sonuç meydana gelmemektedir.

Anayasa Mahkemesi **12.7.2017 tarihli 2017/121 Esas 2017/121 Karar**⁴³³ sayılı kararında 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun, 18.6.2009 tarihli ve 5911 sayılı Kanun'un 62. maddesiyle değiştirilen 238. maddesinin 28.3.2013 tarihli ve 6455 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...eşyanın gümrüklenmiş değerinin..." ibaresinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu olan kanun maddesi şu şekildedir: "1. (Değişik: 28/3/2013-6455/15 md.) 241 inci maddenin üçüncü fıkrasının (h), (l) ve (m) bentleri, dördüncü fıkrasının (g) ve (h) bentleri ile beşinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen durumlar hariç, dâhilde işleme rejimi, gümrük kontrolü altında işleme rejimi ile geçici ithalat rejimine ilişkin hükümlerin ihlali halinde **eşyanın gümrüklenmiş değerinin** iki katı, tam muaflıyet suretiyle geçici olarak ithal edilen özel kullanıma mahsus taşıtlar için gümrük vergileri tutarının dörtte biri oranında para cezası verilir. Ancak, dâhilde işleme rejimi kapsamı ithal eşyasının, işleme faaliyetindeki hali veya işlem görmüş ürün hali de dahil olmak üzere rejim çerçevesinde izin verilen yerlerde tespiti halinde, ithal eşyasının gümrük vergileri tutarının iki katı oranında para cezası verilir. Bu cezanın ödeme süresi içinde eşyanın gümrükçe onaylanmış başka bir işlem veya kullanıma tabi tutulmaması halinde eşyanın gümrük vergileri tutarında para cezası tahsil edilir..."

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, "itiraz konusu ibarenin yer aldığı kural kapsamında yasaklanan fiillerin gerçekleştirilmesi halinde uygulanacak idarî para cezasının gümrüklenmiş değer üzerinden belirlenmesinin, hukuk devleti ilkesinin unsurlarından biri olan suç ve cezalar arasında ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturduğu, para cezasının belirlenmesinde kıstas alınan gümrüklenmiş değer, bir suç için öngörülen cezanın, bu suçun işlenmesi sonucu bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi amacına elverişli, gerekli ve bu amaçla orantılı olmadığı, kanunun değiştirilmeden önceki haline göre verilecek cezanın ithale konu eşyanın gümrük vergileri toplamı

⁴³³ Anayasa Mahkemesi'nin benzer bir kararı için bkz: **1.11.2017 tarihli 2017/142 Esas 2017/150 karar sayılı karar.**

üzerinden belirlendiğini, yeni getirilen ve itiraz konusu kıstasla belirlenen cezanın somut olayda vergi aslının 15 katı gibi bir rakama ulaştığını, eski halinde ise 2 katı kadar bir miktar olduğunu, bu durumun ise ölçülülük ilkesine aykırı olduğu” gerekçeleriyle Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2017/121 Esas 2017/121 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “kanun koyucunun belirli sınırlar dahilinde suç ve cezaları belirlemede olduğu gibi kabahatleri ve bunların yaptırımlarını belirlemede de takdir yetkisine sahip olduğunu, bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da “ölçülülük ilkesi” gereğince makul bir dengenin bulunmasının zorunlu olduğunu, eşyanın gümrüklenmiş değeri⁴³⁴ kavramının eşyanın vergilerde dahil olmak üzere kendi değerini ifade ettiğini, dahilde işleme rejiminin⁴³⁵ gösterdiği özellikler sebebiyle ve Uluslararası ticarete konu olan malın bir ülkeye girişi, bir ülkeden çıkışı, bir ülkede geçici veya sürekli olarak bulunuşu ya da bir ülkeden doğrudan geçişi için uygulanması gereken kuralların belirlenmesinin kanun koyucunun takdir yetkisi içerisinde kaldığını, dâhilde işleme rejimine aykırı davranışlar için belirlenecek idarî para cezasının miktarının hesaplanmasında eşyanın gümrüklenmiş değerinin dikkate alınmasının, gümrük rejimlerine aykırı davranışların önüne geçilmesi için uygulanacak idarî yaptırımların caydırıcı olmasını sağlamaya yönelik olduğunu anlaşıldığını, dış ticareti korumak amacıyla önleme yükümlülüklerinin getirilmesinin gereksiz ve elverişsiz olduğunu söylenemeyeceğini⁴³⁶, idari para cezasında kriter olarak gümrüklenmiş eşya değerinin kıstas alınmasının da taşıdığı amaç bakımından orantısız olduğunu söylenemeyeceğini⁴³⁷” bu gerekçelerle de itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

⁴³⁴ “İtiraz konusu ibarenin yer aldığı kuralda, dâhilde işleme rejimine aykırı davranışları gerçekleştirenlere eşyanın gümrüklenmiş değeri üzerinden hesaplanacak idarî para cezasının uygulanacağı öngörülmektedir. Gümrüklenmiş değer kavramı Kanun’un 3. maddesinde, “Uluslararası Kıymet Sözleşmesine göre belirlenecek; ithal eşyası için eşyanın CIF kıymeti ile gümrük vergileri toplamını, ihraç eşyası için FOB kıymeti ile gümrük vergileri toplamını ifade etmektedir” şeklinde tanımlanmıştır. Kısaca gümrüklenmiş değer, eşyanın vergileri de içinde olmak üzere eşyanın kendi değerini ifade etmektedir.”

⁴³⁵ “Dâhilde işleme rejimi ekonomik etkili gümrük rejimleri arasında yer alır. Bu rejim, serbest dolaşımda bulunmayan hammadde veya ara malın Türkiye Gümrük Bölgesi içerisinde işleme faaliyetine tabi tutulmak üzere geçici olarak ithal edilmesi ve işleme faaliyeti sonrasında elde edilen işlem görmüş ürünün yeniden ihraç edilmesi esasına dayanır. Bu kapsamda, ihraç edilmek üzere geçici ithal edilen eşyanın vergi ve resimleri şartlı muafiyet sistemi gereği teminata bağlanabilir ya da geri ödeme sistemi uyarınca eşyanın serbest dolaşıma girişi esnasında tahsil edilmiş olan ithalat vergileri, ihracatın gerçekleştirilmesi halinde geri ödenir. Ancak dâhilde işleme rejimi kapsamında ithal edilen eşyanın ihracatının gerçekleşmemesi durumunda ise mevzuatta öngörülen gümrük yükümlülüğü doğar.”

⁴³⁶ “Gümrük rejimi düzenlemelerinin önemli fonksiyonlarından biri de dış ticarete koruma önlemlerini gerçekleştirmesidir. Dış ticarete koruma önlemleri dikkate alındığında ulusal sanayi, tarım, ticaret ve hizmetlerin haksız rekabete karşı korunmasında gümrük rejimi düzenlemelerinin etkisi önemli role sahiptir. Bu önem nedeniyle de kanun koyucunun gümrük rejimlerinin düzenli bir şekilde işlemesi için ithalat ve ihracatçılara bazı yükümlülükler yüklemesinin, kamu yararı bakımından gereksiz olduğu söylenemez. Kanun koyucunun gümrük rejimlerinin ihlaline, belirlenen yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesine idarî para cezası öngörmesi ve bu cezaların da gümrüklenmiş değer üzerinden belirlenmesi takdir yetkisi kapsamındadır. Bu bağlamda itiraz konusu ibarenin, ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik ve gereklilik ilkeleriyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır.”

⁴³⁷ “Bunun yanında, dış ticaret politikalarının etkin bir biçimde uygulanması, gümrük rejimlerinin öngörülen amaçlarına uygun şekilde işlemesi sağlanarak mal ve finans piyasalarının böylece milli ekonominin korunması, vergi

Anayasa Mahkemesi, dış ticaret politikalarındaki ve gümrük rejimlerindeki önemi ve dolayısıyla ticari hayata keskin etkiler nedeniyle, kanun koyucunun itiraz konusu kuralla getirilen gümrüklenmiş eşya değeri üzerinden idari para cezasının belirlenmesini Anayasaya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin kararına genel itibariyle katılmakla beraber, itiraz yoluna başvuran mahkemenin yapılan değişiklik ile birlikte verilen ceza miktarının somut olayda yaklaşık 8 katına çıktığı, aynı fiile verilecek eski ve yeni cezayı kıyasladığında miktarın çok yüksek düzeyde arttığı ve bunun da ölçüsüz olduğu değerlendirmeleri de yanlış değildir. Gerçekten de aynı fiil için verilen ceza miktarının bu düzeyde artması bir hukuk devletinde makul karşılanmaması gereken bir durumdur. Pek tabi her bir ürün için verilecek ceza kendi değeri üzerinden belirlenecek ve buna bağlı olarak her durumda ceza miktarı ve artış düzeyi farklı olacaktır. Ancak somut olayda mahkemenin verdiği örnek üzerinde bile görüldüğü üzere ceza miktarı artışı eskinin yaklaşık 8 katıdır. Bu noktada kanun koyucunun takdir yetkisi olduğunda şüphe olmamakla birlikte miktardaki değişikliğin bu denli yüksek oluşunun eleştirilmesi gerekmektedir.⁴³⁸

Anayasa Mahkemesi **29.11.2017 tarihli 2015/68 Esas 2017/166 Karar** sayılı kararında 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: *"...Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir."*

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, *"İtiraz konusu kural ile özel hayatın sınırlandırılmasına yönelik hiçbir argüman getirilmeksizin, asker kişinin bir kimseyle doğal olmayan yoldan cinsel temasta bulunmasını, askerlik haysiyetine ve şerefine dokunan suçlar*

kaybının önlenmesiyle birlikte yerli üretimin haksız rekabet karşısında dezavantajlı konuma düşürülmemesi amaçları gözetildiğinde dâhilde işleme rejimine aykırı hareket edenlere uygulanacak idari yaptırımın belirlenmesinde, eşyanın gümrüklenmiş değerinin esas alınmasının orantısız olduğu söylenemez. Bununla birlikte, ithal edilen her farklı hammadde ve ara malın değeri birbirinden farklıdır. Bu itibarla, idari para cezası belirlenirken "...eşyanın gümrüklenmiş değerinin..." esas alınmasıyla amaç ile araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurulduğu anlaşılmaktadır."

⁴³⁸ İtiraz konusu kuralın gereklilik ilkesine uygunluk bakımından tartışmalı olduğu, orantılılık ilkesine aykırılıklar taşıdığı yönündeki görüş ve ilgili karara yönelik değerlendirmeler için bkz: ARTUN Emine Sevcin, GÖK Özgecan, Bazı Ekonomik Etkili Gümrük Rejimlerine İlişkin Hükümlerin İhlali İçin Belirlenen Yaptırımın Anayasaya Uygunluğu (Hukuk Devleti ve Ölçülülük İlkesi Özelinde Bir Değerlendirme, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt:12, Sayı:35, Yıl: Aralık 2017(151-200), s.192 vd.

kapsamında kabul edildiğini ve statülerine göre her durumda mesleklerinin sonlandırılması sonucu doğuran Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma veya rütbenin geri alınması gibi ağır bir cezai yaptırıma tabi tuttuğunu, fiil için hürriyeti bağlayıcı bir ceza öngörülmemekle birlikte, bu ceza sonucunda kişinin tekrar mesleğini yapamaması, yaşadığı çevrede yaratacağı olumsuz sonuçları ile ekonomik boyutu dikkate alındığında, bu cezanın hürriyeti bağlayıcı cezadan hafif bir ceza olduğunu söylemenin varsayımdan ibaret kalacağını, itiraz konusu kuralda fiilin, hangi nedenle yada nedenlerle askerlik haysiyetine ve şerefine dokunduğunun ortaya konulmadığını, kişinin özel hayatı kapsamındaki davranışının esas alındığını, bu şartlar altında kişinin, özel yaşamına ait unsurların gerekçe gösterilerek verilebilecek Türk Silahlı Kuvvetlerinden ayırma yaptırımının, özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturacağını, bunun da, özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına yönelik demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşan ölçülü bir müdahale olduğunun söylenemeyeceği” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2015/68 Esas 2017/166 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “ sivil kişiler için suç kabul edilmeyen eylemlerin asker kişiler için suç olarak kabul edilmesinin mümkün olduğunu⁴³⁹, özel hayatın gizliliğinin mutlak bir hak olmayıp Anayasadaki kurallar çerçevesinde sınırlandırılabilirliğini, temel bir hakkın özüne dokunulmaksızın, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile sınırlandırılabilirliğini⁴⁴⁰, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesi arasında sıkı bir bağ olduğunu⁴⁴¹, gayrî tabii mukarenette bulunmanın, doğal olmayan yoldan cinsel davranışta bulunma şeklinde tanımlandığını, bu tür cinsel davranışların çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceği gibi kişiden kişiye veya toplumdaki topluma farklılık gösterebileceğini, Askerî Ceza Kanunu’nda öngörülen cezai yaptırımların esas amacının, askerî disiplini korumak ve sürdürmek olduğunu, bu açıdan bakıldığında askerî disiplinin korunması ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamaya yönelik olarak özel hayatın en mahrem alanında kalan cinsel davranışların gerekçe gösterilerek asker kişiler hakkında TSK’dan çıkarma, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezasını öngören kuralın meşru bir amaca dayandığını, kanun koyucunun belirli meslek mensupları için daha katı koşullar içeren düzenleme yapabileceğini, Askerlik mesleğinin de bu mesleklerden birisi

⁴³⁹ “Kanun koyucu; kimi suçların niteliğini, işleme biçimini, toplum için verdiği zararı da gözетerek değişik cezalar verilmesini öğörebilir. Bu bağlamda askerlik hizmetinin millî güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç olarak kabul edilmelerini ve yaptırıma bağlanmalarını gerekli kılabilmektedir. Ancak bu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin bulunması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.”

⁴⁴⁰ “Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öğörülen “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramı; öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. “Demokratik toplum düzeninin gerekleri”nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve ölçülü olmasını ifade etmektedir.”

⁴⁴¹ “Anayasa’nın 13. maddesinde ifade edilen “ölçülülük ilkesi”, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öğörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.”

olduğunu⁴⁴², itiraza konu kuralla gayrî tabîi mukarenette bulunan asker kişiler için kanun koyucu tarafından belirlenen yaptırımın, hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp TSK'dan çıkarma ve rütbenin geri alınması cezası olduğunu, kuralın sadece asker kişiler ile ilgili bir düzenleme olduğundan ve askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişmediğini, özel hayatın gizliliği hakkına keyfî ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen itiraz konusu kuralın, istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülü olduğunu, düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik oluşturduğunun söylenemeyeceğini,” bu gerekçelerle de itiraza konu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.⁴⁴³

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararın isabetli olduğu kanaatindeyiz. Söz konusu düzenlemenin asker kişiler özelinde, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin bir sınırlandırma getirdiği görülmektedir. Askeri hizmetlerin yürütülmesi, görevlerde disiplin ve devamlılığın sağlanması adına asker kişilerin sivil kişilerden farklı olarak, belirli konularda daha katı kurallara tabi tutulması mesleki özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Bu konuda kanun koyucu takdir yetkisini kullanarak bir tercihte bulunmuş, meslekten çıkarma cezasını uygun görmüştür. Bu cezanın asker kişiler özelinde olması ve Askerlik mesleğinin özellikleri bir arada değerlendirildiğinde itiraz konusu kural ile orantısız sonuçlar meydana gelmediği kanaatindeyiz.⁴⁴⁴

Anayasa Mahkemesi **28.3.2018 tarihli 2017/172 Esas 2018/32 Karar** sayılı kararında 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 29. ve 30. maddelerinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: “Madde 29- (1) Aşağıdaki fiiller marka hakkına tecavüz sayılır: ...

c) Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak,

⁴⁴² “Kanun koyucu düzenleme yetkisi kapsamında, statüleri kanunlarla oluşturulan ve buna göre mesleğe alınan kamu görevlilerine birtakım hak veya yükümlülükler getirebilir. Askerlik mesleği, disiplin ve fedakârlık temeline dayanır. Bundan dolayı bu görevi ifa edenlerin güven, itibar ve saygınlığın gereği olarak katı meslek ilkelerine tâbi tutulmaları olağan karşılanmaktadır. Kaldı ki kişiler askerlik mesleğini seçmekle birlikte artık sivillere getirilemeyecek bazı sınırlamaların askerî disiplinin tesisi için kendileri açısından uygulanmasını kabul etmiş olmaktadır. Bu çerçevede askerî ceza kanunları tarafından aynı veya benzer eylemler askerlik hizmetinin gereği olarak genel ceza kanunlarına nispeten daha ağır bir şekilde cezalandırılabilir. Hatta genel ceza kanunlarında öngörülmemiş bazı fiil ve eylemlerin askerî ceza kanunları ile cezalandırılması da mümkündür. Nitekim kanun koyucu da genel ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmeyen doğal olmayan yoldan cinsel davranışları asker kişiler için yasaklamış ve cezaî yaptırıma bağlamıştır.”

⁴⁴³ Bu karara ilişkin değerlendirmeler için bkz: ŞİRİN Tolga, agm, s.531 vd.

⁴⁴⁴ İtiraz konusu kanun maddesi ve ilgili Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin değerlendirmeler için bkz: YILDIRIM Turan, Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı: Cinsel Tercih, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 24, Sayı: 2, Aralık 2018, (453-481) s.463 vd.

dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak....

Madde 30- (1) Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır...”

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, “Marka hakkında tecavüz suçu için kanunda öngörülen yaptırımın temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin en ağırını içerdiğini, itiraz konusu kuralla, karıştırma ihtimali ve markanın tanınmışlığına tecavüz eylemlerinin cezai yaptırıma bağlanmasının ceza hukukunun ikincilik ilkesine aykırı olduğunu, karıştırma ihtimali kavramının sübjektif değerlendirmeyi gerektiren mahkemelerin farklı sonuçlara ulaşmaktan kurtulamayacağı yargılamalara neden olduğunu, kanun metninde yer alan bilmesi gerektiği hâlde ifadesi ekonomik suçlarda kastın ispatı hususunda mahkemelerde görülen ceza yargılamalarında, ceza kanununa hakim olan gereklilik, ölçülülük, şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve ultima ratio (son çare olma) ilkeleri ışığında kastın tespiti hususunda önemli problemler doğurduğunu, marka hakkına yönelik tecavüz fiillerinin hukuki yaptırımlarla önlenebileceği” gerekçeleri ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2017/172 Esas 2018/32 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, “Anayasamızın 35. Maddesinde herkese mülkiyet hakkının tanındığını, mülkiyet hakkına ilişkin sadece devletin yaptığı müdahalelerin değil diğer üçüncü kişilerin yaptıkları müdahalelere karşı da koruma sağlandığı⁴⁴⁵, devletin mülkiyet hakkına yönelik bireyler arasında gerçekleşen ihlalleri önlemek hususunda tedbirler almasının zorunlu olduğunu, marka hakkının da mülkiyet hakkına dahil olduğunu ve devletin marka hakkını korumaya yönelik pozitif yükümlülüklerle sahip olduğunu⁴⁴⁶, kanun koyucunun markaya yönelik yapılan eylemleri haksız fiil olarak ya da suç olarak değerlendirmeye

⁴⁴⁵ “Anayasa’nın 35. maddesinde “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir...” denilmektedir. Mülkiyet hakkının devlete birtakım pozitif yükümlülükler yüklediği hususu Anayasa’nın 35. maddesinin lafzında açık bir biçimde düzenlenmemiş ise de bu hakkın sadece devlete atfedilebilen müdahalelere yönelik sınırlamalar getirdiği, bireyi üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korumasız bıraktığı düşünülemez. Pozitif yükümlülüklerin ortaya çıkmasının nedeni “gerçek anlamda koruma” sağlamasıdır. Temel hak ve özgürlüklerin sadece devletin negatif müdahaleleri yönünden korunması, kişileri üçüncü kişilerin eylemleri yönünden korumasız bırakacaktır. Bu durum ise Anayasa’nın ilgili maddelerinde sağlanan güvencelerin etkisiz hâle gelmesine yol açabilecektir.”

⁴⁴⁶ “Mülkiyet hakkının konusunu maddi ve gayrimaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar maddi mallar kapsamında iken fikrî ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında bulunmaktadır. Bir markanın sahibine sağladığı haklar ise “marka hakkı” olarak adlandırılmakta ve marka hakkı, fikrî ve sınai mülkiyet hakkı kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle marka hakkının etkili biçimde korunmasına yönelik tedbirlerin alınması, Anayasa’nın 35. maddesiyle devlete yüklenmiş olan bireylerin mülkiyet hakkına üçüncü kişilerden gelebilecek müdahaleleri önleme şeklindeki pozitif yükümlülüğün gereğidir.”

konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu ve bu takdir yetkisinin Anayasal denetim dışında kaldığını⁴⁴⁷, suçun takibinin şikâyeteye bağlı olması, etkin pişmanlık hükümlerine yer vermesi, suç teşkil eden fiil ile yaptırımları birlikte değerlendirildiğinde elverişlilik, gereklilik ya da orantılılık ilkesine herhangi bir aykırılığın olmadığı⁴⁴⁸” gerekçeleri ile itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi isabetli bir karar vermiştir. İtiraz konusu kuralda marka hakkına tecavüz oluşturan hallerin suç teşkil eden durumları ve bunlara ilişkin yaptırımlar belirlenmiştir. Yukarıda kanun koyucunun suç teşkil eden fiilleri ve bunların yaptırımlarını belirleme konusunda belirli sınırlar içerisinde takdir yetkisine sahip olduğunu açıklamıştık. Kanun koyucunun ticari hayatta çok büyük sıkıntılara ve ekonomik kayıplara yol açan taklitçilik yapma, izni olmadığı halde başkasının marka değerinden faydalanıp haksız kazanç sağlama gibi eylemleri, ekonomik hayata verdiği zararları da göz önüne alarak suç olarak düzenlemesi tamamen takdir yetkisi içerisinde kalmaktadır. Suç teşkil eden fiile verilen cezalara bakıldığında ise ceza hukukundaki seçenek yaptırımlar, suçun takibinin şikâyeteye bağlı olması, etkin pişmanlık halinin düzenlenmesi ve cezaların alt ve üst sınırları birlikte değerlendirildiğinde, kanunun amacını gerçekleştirmek adına yeterli caydırıcılığa sahip olduğu bu haliyle de orantısız sonuçlar doğurmayacağı görülmektedir. Bu sebeplerle itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olmadığı kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi 2/5/2018 tarihli 2017/169 Esas 2018/42 Karar sayılı kararında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 142. maddesinin; (2) numaralı fıkrasına

⁴⁴⁷ “Mülkiyet hakkının konusunu oluşturan marka hakkının hangi usul ve yöntemle korunacağını belirleme konusunda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu takdir yetkisi kapsamında kanun koyucu, izlediği suç politikası gereği bazı eylemleri ceza hukuku alanından çıkarıp yalnızca haksız fiil olarak düzenleyebileceği gibi korudukları hukuki yararları ve neden olduğu sonuçları esas alarak birtakım eylemleri haksız fiilin ötesinde suç olarak düzenleyebilir ve farklı yaptırımlara tabi kılabilir. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır. Bu itibarla itiraz konusu kurallar uyarınca marka hakkına tecavüz eylemlerinin bir kısmının sadece haksız fiil olarak düzenlenmesinde, bir kısmının ise suç sayılmasında Anayasa’ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.”

⁴⁴⁸ “Kanun’un 30. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre marka hakkına tecavüz suçunun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyeteye bağlı olduğu; (7) numaralı fıkrasında başkasının hak sahibi olduğu markanın taklit edilerek üretilmiş malı, satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması hâlinde hakkında cezaya hükmolunmayacağı belirtilmek suretiyle aktif pişmanlık nedenine yer verildiği, suçun hukuki konusu doğrultusunda suça bağlanan yaptırımın türünün ve miktarının ulaşılmak istenen amaç için elverişli ve gerekli olduğu, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurulduğu gözetildiğinde suç olarak öngörölmüş itiraz konusu kurallara bağlanan yaptırımın ölçülü olmadığı söylenemez.”

18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 62. maddesiyle eklenen (h) bendinde yer alan "...bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında," ibaresinin ve (2) numaralı fıkrasının 6545 sayılı Kanun'un 62. maddesiyle değişiklik yapılan "İşlenmesi halinde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." bölümünün, Anayasaya aykırılığını incelemiştir. İtiraza konu kanun maddesi şu şekildedir: "Madde 142- (2) Suçun

...h) (Ek: 18/6/2014-6545/62 md.) Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında,

İşlenmesi hâlinde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Suçun, bu fıkranın (b) bendinde belirtilen surette, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranına kadar artırılır..."

İtiraz yoluna başvuran mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından, "hırsızlık suçunun gecedan sayılan bir zaman diliminde konut niteliğine sahip bina veya eklentisi içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında işlenmesi hâli ile yağma suçunun gece vakti konutta işlenmesi hâli karşılaştırılarak bina veya eklentileri içinde işlenen hırsızlık suçu nedeniyle verilecek cezanın yanı sıra konut dokunulmazlığını ihlal etme suçundan da ayrıca ceza verilmesinin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı gibi gece vakti konutta yağma suçu ile gece vakti bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında işlenen hırsızlık suçu için öngörülen ceza miktarlarının üst sınırlarının aynı olmasının da hukuk devleti ilkesine aykırılık taşıdığı belirtilerek" Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2017/169 Esas 2018/42 Karar sayılı kararında yaptığı incelemede, "Kanun koyucunun suç ve cezaları belirlemedeki takdir yetkisini ölçülülük ilkesini gözeterek kullanması gerektiğini, Ölçülülük ilkesinin denetiminin ise sadece farklı hukuki değerleri koruyan suç tiplerinin ceza türleri ve miktarlarının kıyaslanarak yapılamayacağını, hırsızlık suçunun bina ve eklentilerinde işlenmesi halinin gerçekleşmesi için her zaman konut dokunulmazlığı suçunun da birlikte oluşmasının şart olmadığını⁴⁴⁹, itiraz konusu kural ile bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşyaya yönelik hırsızlık fiilinin önlenmesi ve cezalandırılmasının amaçlandığını, bu

⁴⁴⁹ "Hırsızlık suçunun bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında işlenmesi suç tipinde aranan fiil, bina veya eklenti içinde muhafaza altına alınmış olan eşyanın alınmasıdır. Bu nitelikli hâlin oluşması için bina veya eklentilerine girmek zorunlu bir unsur olarak öngörülmemiştir. Bina veya eklentilerine girilmediği durumlarda dahi söz konusu nitelikli hırsızlık suçu oluşabilecektir. Buna göre bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında hırsızlık suçunun işlenebilmesi için her durumda konut dokunulmazlığını ihlal edilmesi zorunlu değildir. Başka bir ifade ile konut dokunulmazlığını ihlal etmek itiraz konusu nitelikli hâlin bir unsuru değildir. Bu bağlamda iptali istenen kural bileşik suçun bir örneğini teşkil etmez. Bu nedenle bina veya eklenti içinde muhafaza edilmiş olan eşya hakkında hırsızlık suçunun işlenmesi hâline hırsızlık suçunun temel şekline göre daha ağır ceza öngörülmesi mükerrer cezalandırma anlamına gelmez."

bağlamda kanun koyucunun kuralla yasakladığı fiilin gerçekleştirildiği yeri ve niteliğini dikkate alarak hırsızlık suçunun daha fazla cezayı gerektiren bir hâlini öngördüğünü, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında “hırsızlık suçu sonucunda meydana gelen haksızlığın önem ve derecesi özellikle mağdurlar ve toplum üzerindeki etkisi göz önüne alınarak, cezanın caydırıcılık fonksiyonunun gerçekleştirilebilmesi” gerekçesiyle hırsızlık suçunun nitelikli hâlleri için öngörülen ceza miktarlarını artırdığını, kural olarak bir suçun başka bir suçla kıyaslanarak anayasal denetim yapılamayacağını⁴⁵⁰, kuralda belirlenen ceza aralığı dikkate alındığında öngörülen cezanın hırsızlık suçunun nitelikli hâllerinin etkili bir cezayla karşılanması açısından gerekli, bu fiillerin işlenmesini ve yaygınlaşmasını önlemeye elverişli olduğunu, hırsızlık suçunun toplumsal etkisi ve işlenme oranı gözönünde bulundurulduğunda belirlenen ceza aralığının ağır ya da orantısız olduğunun da söylenemeyeceğini” belirterek itiraza konu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

İtiraz yoluna başvuran mahkeme kural ile öngörülen suçun en üst sınırı ile cezalandırılması hali ile yağma suçunu kıyaslamakla, yağma suçunun niteliği itibari ile daha ağır olmasına rağmen netice olarak nitelikli hırsızlık suçunun daha ağır bir şekilde cezalandırılmasının orantısız olduğunu iddia etmektedir. İki suçun kıyaslanması sonucu kural olarak bir orantılılık testi yapılamayacaksa da bu kıyaslama orantılılık bakımından yol gösteri olabilir. Yağma gerçekten de daha ağır sonuçları olabilen bir suç olmakla birlikte, her zaman yağma suçunun hırsızlık suçundan daha ağır neticeler doğurduğu söylenemeyecektir. Bu noktada kanun koyucu takdir yetkisini kullanarak nitelikli hırsızlık suçunun gerektiği hallerde daha fazla ceza verilebilmesini sağlayacak şekilde düzenlemiştir. Bura takdir yetkisi çerçevesinde herhangi bir orantısızlıktan söz edilmez. Ancak, söz konusu kanunda bina ve eklentileri içerisinde hırsızlık suçunun işlenmesi, nitelikli hal olarak daha fazla cezayı gerektirmekle birlikte ayrıca faile konut dokunulmazlığını ihlal suçundan da ceza verilmektedir. Bu bakımdan yaklaşıldığında, bileşik suç oluşturup oluşturmadığı tartışmalı bir husus olan bu halde, aynı fiil bakımından iki kere cezalandırma durumunun olabileceği söylenmektedir. Bu ise kimi

⁴⁵⁰ “İtiraz başvurusunda Anayasa’ya aykırılık iddiası, gece vakti bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında işlenen hırsızlık suçu ile gece vakti konutta yağma suçu arasında yapılan karşılaştırmaya dayandırılmıştır. Kural olarak suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında benzer bir suç için öngörülen ceza ile yapılacak kıyaslamamanın değil o suçun yarattığı etkinin ve sonuçlarının dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle bir suç için öngörülen cezanın başka bir suç için öngörülen cezayla karşılaştırılması suretiyle yapılan değerlendirme, anayasal denetime esas oluşturmaz.”

durumlarda orantısız sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Bu hususa karara karşı yazılan karşı oyda değinilmiştir.⁴⁵¹

2- Anayasa Mahkemesinin Orantılılık İlkesi Bakımından Verdiği Kararların Genel Olarak Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesi bakımından verdiği kararlara incelendiğinde alt ilkeler bakımından en çok orantılılık ilkesi bakımından değerlendirme yaptığı ve anayasaya aykırılık kararı verdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin orantılılık ilkesi bakımından verdiği kararlar bir bütün halinde incelendiğinde aşağıdaki çıkarımları yapmak mümkündür:

- i- Anayasa Mahkemesinin orantılılık ilkesi bakımından yaptığı incelemelerde, kanun koyucunun suç ve cezaları belirleme konusunda Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle bağlı olmak kaydıyla takdir yetkisine sahip olduğunu ifade ettikten sonra genellikle hukuk devleti ilkesi ile suç ve cezalara ilişkin genel prensiplerle, itiraza konu kanun hakkında genel bir açıklama yaparak, kanunun getiriliş gerekçesi ve amaçlarına değindiği görülmektedir.
- ii- Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesi incelemesi yaparken, sırasıyla elverişlilik ilkesi, gereklilik ilkesi ve orantılılık ilkesi bakımından inceleme yaptığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, orantılılık ilkesi bakımından verdiği kararları öncelikle elverişlilik ve gereklilik ilkeleri bakımından uygun bulduğu için, kural olarak orantılılık kararlarında, itiraz konusu kuralın elverişlilik ve gereklilik ilkeleri kısmında, yukarıda bahsettiğimiz kıstaslara uygun olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu bakımdan bu özellikleri bu başlık altında tekrar etmiyoruz. Ancak Anayasa

⁴⁵¹ “İptal istemine konu kural gereği, bina vasfındaki konuta veya işyerine girilerek işlenen fiiller bakımından ‘binaya/konuta rıza dışı girme’ unsuru hem hırsızlık hem de konut dokunulmazlığını bozma suçu nedeniyle kovuşturmaya ve cezalandırmaya konu teşkil etmektedir. Nitekim bu husus doktrinde de eleştirilmiş ve söz konusu uygulamanın “aynı fiilin iki kez cezalandırılması” anlamına geldiği ifade edilmiştir (bkz. Mahmut Koca- İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4.B. Ankara 2017, s. 565). Bu durum elbette yaptırımda da ölçüsüzlüğe yol açmaktadır. Sorunun çözümlenebilmesi için kuralın iptal edilmesi gerekmektedir. Örneğin nitelikli yağma suçunda olduğu gibi (149/1-d), 142. maddenin (h) bendine (konut, işyeri ve eklenti) ibarelerinin eklenmesi suretiyle bileşik suç vasfı belirginleştirilerek düzenleme yapılabilir. Aynı düzenlemenin burada neden yapılmadığına ilişkin kamu yararını gerektirir makul ve hakkaniyetli bir gerekçe de tespit edilememektedir.”

Mahkemesi'nin kimi kararlarında elverişlilik ya da gereklilik ilkesine aykırı bulunduğu düzenlemeleri o noktada bırakmayarak, orantılılık bakımından da inceleyerek hepsine aykırı olduğu sonucuna ulaştığı durumlar da bulunmaktadır.

- iii- Anayasa Mahkemesi, ceza kanunlarının, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, memleketin genel durumu, sosyal ve ekonomik hayatın gereksinimlerinin göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlendiğini, suçların niteliği, işlenme biçimi ve kamu düzeni için yarattığı tehlikeyi gözетerek ne miktar ceza verileceğinin ve hangi ceza tedbirlerinin ne şekilde uygulanacağını saptanmasının kanun koyucuya bırakıldığını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliğinin incelenmesinin, anayasal denetimin kapsamı dışında kaldığını belirtmektedir.
- iv- Anayasa Mahkemesi, ceza hukuku kurallarının, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerektiğini, suç ve ceza arasındaki orantı belirlenirken, failin yaptığı hareket ile birlikte suçun toplumda yarattığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, suçtan zarar görenin kişiliği ile ona verilen zararın azlığı veya çokluğu, suçlunun ıslahı, kamu zararı, suçun işlenme oranındaki azalma veya artış gibi faktörlerinde dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesine göre cezanın, toplumun suç işlemesini önlemeğe muvaffak olmadığı kişiyi, en az yeniden suç işlemekten alıkoyacak ölçüde bulunması gerekmektedir.
- v- Anayasa Mahkemesi, bir suç için belirlenecek cezanın, cezalandırmanın mahiyeti gereği cezalandırılan kişiye bir acı getireceğini, bunun işin doğasından kaynaklandığını, bununla birlikte cezanın verdiği acının makul ve insanî bir sınırı aşmaması, suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane

olmaması, eziyet ve işkence derece ve niteliğini almaması gerektiğini ifade etmektedir.

- vi- Anayasa Mahkemesi, itiraza konu suç için konulmuş cezayı, herhangi bir suça karşı konmuş olan diğer bir ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın, suç ile ceza arasındaki adil oranın tayininde tek başına kıstas olamayacağını, ölçülülük denetiminin sadece farklı hukuki değerleri koruyan suç tiplerinin ceza türleri ve miktarlarının kıyaslanarak yapılamayacağını ısrarla tekrar etmektedir.
- vii- Anayasa Mahkemesi, bazı meslek mensuplarının işlediği ya da bazı meslek mensuplarına karşı işlenen suçlara, diğer bireylerin işlediği ya da diğer bireylere karşı işlenen suçlara göre daha ağır ceza yaptırımını öngören kanunları, bu mesleklerin önemi ve mahiyetleri gereği, bu kanunların istisnai bir alanda ve dar kapsamlı bir düzenleme getirdikleri için, sırf belirli meslek mensuplarına ilişkin olması gerekçesi ile orantılılık ilkesine aykırı olmayacağı görüşündedir.
- viii- Anayasa Mahkemesi'nin orantılılık ilkesi bakımından yaptığı incelemelerde, bazı meslek gruplarına özel olarak getirilen temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaları, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç olarak kabul edilmesini (örneğin özel hayat, cinsel tercih, ifade özgürlüğü vb.) mesleklerin mahiyetleri gereği bu meslek mensuplarının, sivil bireylerden farklı sınırlandırmalara tutulmalarının meşru temellere dayandığı, bu mesleğe girenlerin bunları kabul ederek mesleğe girdiği ve bu sınırlandırmaların beklenebilir olduğu gerekçeleri ile orantılılık ilkesine aykırı bulmadığı görülmektedir.
- ix- Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun, değişik eylemler için değişik cezalar belirlemesinin yanında, daha hafif bir eylem için daha ağır bir cezayı uygun görmesini ya da yeni kanunla suç için verilen cezanın çok yüksek

denilebilecek oranda artırılmasını kanun koyucunun takdir yetkisi içerisinde görerek, orantılılık ilkesine aykırı görmemektedir.

- x- Anayasa Mahkemesi, toplumun belli bir zamandaki tüm yaşantısının siyasi oluşumunun, ceza hukuku kurallarına yansıyabileceğini, bu yansımayı Anayasanın ve ceza hukukunun genel ilkeleri sınırında makul saymak gerektiğini, ceza yaptırımlarının, toplumun belli bir zamandaki tüm yaşantısının çeşitli nedenlerle oluşturacağı zorunlukların doğurduğu gereksinimleri karşılamak üzere, ancak Devletçe, gerek toplumun ve gerekse onu oluşturan bireylerin yaşantılarının düzen ve güvenlerini sağlamak amaçlarıyla konulduğunu belirterek, ceza siyaseti veya cezanın siyasiligi yönlerinden Anayasaya uygunluk denetimi yapılamayacağı görüşündedir.
- xi- Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesinin, dolayısıyla orantılılık ilkesinin, ceza hukuku kurallarının yanında, idari yaptırımlar, disiplin hukuku, cezanın yanında ek olarak verilen hak yoksunlukları ve kabahatler açısından da geçerli olduğunu ifade etmektedir.
- xii- Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerde hakkın özüne dokunulamayacağını, bu özün, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımaması gerektiğini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi sınırlandırmanın temelini oluşturan meşru amaç karşısında, bireye düşen fedakârlığın ağırlığının göz önünde bulundurulması ve gözetilen kamu yararı ile bireyin temel hakkının korunması arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesinin zorunlu olduğunu ifade etmektedir.
- xiii- Anayasa Mahkemesi'nin orantılılık ilkesi bakımından yaptığı incelemelerde, itiraz konusu kuralın; fiilin ve failin kusurluluğunun ağırlığı bakımından

cezalandırmada belirli bir kademelendirme öngörmesini, kuralda alt ve üst sınır arasında takdir yetkisinin kullanılabilir olmasını, onarıcı hukuk kurumlarının öngörülmesini, suçun takibinin şikâyeteye bağlı olmasını, seçenek yaptırımlara hükmedilebilmesini ve etkin pişmanlık hükümlerine yer vermesi gibi özellikleri, değerlendirmesinde bir kıstas olarak kullanmaktadır.

- xiv- Anayasaya Mahkemesi, orantılılık ilkesi bakımından yaptığı incelemelerde, temel hak ve özgürlüklere sınırlandırma getiren maddi ceza hukuku kuralını, Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde ele almaktadır. Anayasa Mahkemesine göre her temel hakkı düzenleyen Anayasa maddesindeki sınırlandırma sebepleriyle birlikte, temel hak ve hürriyetlerin kendi doğal sınırları ile Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırını oluşturmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa'nın bütünü içerisindeki anlama göre belirlenmesi gerekmektedir. Bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi, sınırlandırmanın meşru temellere dayanması şartıyla, Anayasa'nın diğer hükümlerinin gerektirmesi nedeniyle düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların da sınırlanabilmesini veya maddelerinde belirtilen nedenler dışında diğer anayasal nedenlere dayalı olarak sınırlama yapılabilmesini ölçülülük ve orantılılık ilkesine aykırı görmemektedir.
- xv- Anayasa Mahkemesi'nin kararları incelendiğinde, ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile disiplin hukukunun birbirinden farklı ilkelere tabi disiplinler olması ve her alanın amaçları ve koruduğu alanın farklı olduğu gerekçeleri ile aynı eylem sebebiyle bir kişinin fiilinin hem disiplin hem de ceza hukuku alanında yaptırıma tabi tutulmasını, orantılılık ilkesine aykırı görmediği görülmektedir.
- xvi- Anayasa Mahkemesi'nin kararları incelendiğinde, regülatif suçlar için maktu miktarda ceza öngörülmesi konusunda istikrarlı bir yaklaşımının olmadığı, benzer konuları içeren kanunlarda farklı yönde karar verdiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin son kararlarında regülatif suçlar için kademelendirme yapılmadan maktu miktarda ceza ön gören kanunları, cezayı gerektiren fiili işleyenlerin üzerinde, ekonomik durumlarına göre farklı etkiler doğurabilirse de bu durumun adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırılık oluşturmadığı gerekçesi ile Anayasaya aykırı bulmadığı görülmektedir.

- xvii- Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı incelemelerde, özel hayata ilişkin sınırlandırma getiren ceza hukuku kurallarının, yaptırım olarak hürriyeti bağlayıcı ceza değil de disiplin cezası içermesini orantılılık ilkesine uygun bulduğu görülmektedir.
- xviii- Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun bazı suçlar yönünden verilecek cezanın belirli bir miktardan az olamayacağına ilişkin düzenlemelerini, cezaların caydırıcılık fonksiyonu bakımından etkili olduğu gerekçesi ile orantılılık ilkesine aykırı görmemektedir.

SONUÇ

Ceza hukuku, hukuk düzeninin bir parçasıdır, bununla birlikte ceza hukuku kurallarına uyulmaması halinde kişi hürriyetine daha fazla fiziki sınırlamalar getirilmesi diğer hukuk dallarından farklı olarak ceza hukukunun belirgin bir özelliğidir. Hukuk sistemi belirli sınırlar içerisinde kalarak ve belirli kurallara uyarak ceza hukukunun alanını belirlemektedir. Anayasa ise suç ve cezalar belirlenirken içerisinde kalınması gereken sınırları çizmektedir. Anayasanın bağlayıcılığının ve üstünlüğünün olduğu hukuk düzenlerinde, devlet hukuk alanını yaratırken anayasayla bağlı olarak, anayasada yer alan ilkelere uygun hareket etmek zorundadır. Suç ve cezada kanunilik ilkesi ve ölçülülük ilkesi, anayasada yer alan ve yasama organının suç ve cezaları belirlerken göz önünde tutması gereken ilkeler arasında önemli olanlardandır.

Devletin, hukuk alanını düzenlerken anayasaya uygun hareket etmesi bir zorunluluktur; ancak kimi zaman, meydana getirilen düzenlemelerin anayasa aykırılık taşıdığı görülmektedir. Bu durum ise anayasaya aykırılık iddiası olduğunda bunu denetleyecek bir mekanizma olması gerekliliğini doğurmuştur. Ülkemizde bu konuda denetim yapma görevi Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruların bir kısmı maddi ceza hukukuna dair hukuk kurallarına ilişkindir. Bizim de yukarıda incelediğimiz Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında, mahkemenin tarihsel süreçte tezimize konu olan her bir ilke yönünden içtihat meydana getirdiği, bu içtihatların zamanla gelişerek ve bazen değişerek içerik yönünden farklılıklara uğradığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin bu incelemede yer alan her ilke bakımından bir tanım geliştirdiği, bu tanıma önüne gelen dava konusu üzerinde yorumlayarak uyguladığı görülmektedir. Aynı ilke bakımından verilen kararların büyük bir kısmında benzer şablonlarla konunun ele alındığı, davanın aynı yaklaşım tarzı ve sistematik izlenerek karara bağlandığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bir içtihat birliği oluşturma gayretindedir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin bir içtihat birliği oluşturmaya çalışmasına rağmen kendisini katı bir şekilde bağlamama yolunu seçtiği izlenimi edinilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin belirlilik ilkesine ilişkin kararları incelendiğinde, mahkemenin belirlilik ilkesini suç ve cezaların hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması şeklinde anladığı ifade edilebilir. Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi belirlilik ilkesinin uygulanması bakımından her zaman çok katı bir tutum takınmamakta, kanun yapma tekniği bakımından zorunlu gördüğü hallerde belirlilik ilkesini daha yumuşak bir şekilde ele almaktadır. Ayrıca mahkemenin cezalara ilişkin olarak katı bir tutum sergilerken, suçlara ilişkin olarak bu ilke yönünden daha yumuşak bir bakış açısı ile yaklaştığı görülmektedir. Yine mahkemenin adli suçlar bakımından daha katı bir tutum sergilediği, bunun yanında mahiyetleri gereği idari suçlar ile kabahatler açısından ilkeyi aynı katılıkta yorumlamadığı anlaşılmaktadır. Belirlilik ilkesi açısından, mahkemenin ilkeyi her zaman aynı katılıkta uygulamadığı görülmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etmesini teorik olarak kabul etmemekle birlikte ve idareye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemeyeceğini belirterek, zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınması gereken hallerde yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü karşısında kanun koyucunun esaslı hükümleri, sınırları ve çerçeveyi tespit ederek, yürütmeye sınırlayıcı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki verilmesini ilkeye aykırı görmediği görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin, ilkeyi bu şekilde yorumlaması neticesinde bizim suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu kanaatinde olduğumuz bazı düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı bulunmamıştır. Mahkeme, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etme yasağının çok katı bir şekilde uygulanmasının bazı sakıncalar doğurabileceği kanaatiyle bu şekilde bir yorum ortaya koymaktadır. Mahkemenin yaklaşımında haklı gerekçeleri olsa da bu durumun kanunilik ilkesinin gücünü zayıflattığı ve suistimallere açık hale getirdiği söylenebilir. Bunlarla birlikte belirlilik ilkesinde olduğu gibi idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etme yasağı bakımından da Anayasa Mahkemesinin tarihsel süreçte ilkeye yaklaşımının aynı katılıkta olmadığı, kimi dönemlerde ilkeyi daha yumuşak bir şekilde yorumlarken kimi dönemlerde ise katı bir anlayışla yorumlandığı ifade edilebilir. Anayasa Mahkemesi'nin

bu ilke açısından da ilkenin adli ve idari suçlar bakımından geçerli olduğunu ancak mahiyeti gereği idari suçlar bakımından daha esnek olarak uygulanması gerektiğini kabul ettiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin tezimizin konusuna girecek nitelikte olan kıyas yasağı bakımından verdiği karar sayısı azdır. Başvurucu mahkemelerin kıyas yasağı bakımından öne sürdükleri anayasaya aykırılık iddiaları Anayasa Mahkemesi tarafından genellikle belirlilik ilkesi ile birlikte ele almaktadır. Mahkemenin kıyas yasağına aykırılık bakımından çok ciddi bir iddia olmadığı sürece başvuruları belirlilik ilkesi bakımından denetlediği görülmektedir. Bunun yanında mahkemenin, müstakilen kıyas yasağı bakımından verdiği kararlar, belirlilik ilkesi bakımından verdiği kararlar ile içerik bakımından benzerlik taşımaktadır. Belirlilik ilkesine ilişkin anayasaya aykırılık iddialarının kıyas yasağı bakımından da önem arz ettiği söylenebilse de belirlilik ilkesi, yorum ve kıyas kavramlarını birbirinden ayrı değerlendirmenin çok güç olması sebebi Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumunun doğru olduğu kanaatindeyiz. Mahkemenin bu şekilde yaptığı denetlemelerde genişletici yorum tekniğinin kıyasa varmayacak şekilde kullanılmasının belirlilik ilkesine aykırılık taşımayacağına yönelik bir görüş taşıdığı izlenimi edinilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin en istikrarlı kararlar verdiği ve tarihsel süreçte yaklaşımının en az değiştiği ilke lehe olan kanunun uygulanması ilkesidir. Anayasa Mahkemesi bu ilke bakımından istikrarlı kararlar vermekte ve bu kısmın ele alındığı bölümdeki doktrinsel açıklamalar mahkemenin kararlarında yer almaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, anayasamızda açıkça yer almasa bile lehe olan kanunun uygulanması ilkesini, adalet ve hakkaniyet ilkelerinin bir gereği olarak Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında değerlendirmenin anayasal bir zorunluluk olduğu kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi maddi ceza hukuku bakımından verdiği kararlarında elverişlilik ilkesi bakımından, suç ve ceza içeren itiraza konu kanunun, düzenleme amacına ulaşmak için doğrudan doğruya kullanılabilir olup, bu amaç için bir katkı sağlaması şartını aramaktadır. Mahkeme elverişlilik ilkesini, suç ile ceza arasındaki adil dengeyi sağlamak ve cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmede elverişli olma

şeklinde yorumlamaktadır. Elverişlilik ilkesinin aradığı amacı gerçekleştirmede elverişli olmanın, amacın tamamen gerçekleştirilmesini şart koşmayıp kısmen gerçekleştirmeyi yeterli sayması, ceza kanunlarının ise çoğu kez cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye kısmen de olsa elverişli olması, Anayasa Mahkemesinin bir ceza hukuku kuralını elverişlilik ilkesine aykırı bulmasını ender görülen bir durum yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi gereklilik ilkesini, suç ile ceza arasındaki adil dengeyi sağlaması ve öngörülen cezanın cezalandırmada öngörülen yaptırımla ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olması şeklinde anlamaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu ilke bakımından verdiği ilk kararlarında gereklilik ilkesini kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında değerlendirdiği için bu konunun anayasal denetim dışında kaldığı görüşünde iken zaman içerisinde bu görüşünü değiştirdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, bir fiilin hem ceza hukuku bakımından hem de disiplin hukuku bakımından ayrı ayrı yaptırıma tabi tutulması gereklilik ilkesine aykırı görmediği gibi, sivil kişiler bakımından suç teşkil etmeyen fiillerin belirli meslekleri icra eden kişiler bakımından gerçekleştirilmesi halinde suç teşkil etmesini de gereklilik ilkesine aykırı görmemektedir. Bunlarla birlikte inceleme konumuz olan ilkeler bakımından Anayasa Mahkemesi'nin en istikrarsız kararları gereklilik ilkesi bakımından verdiği söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi orantılılık ilkesini ise ceza hukuku kurallarının, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerektiği, suç ve ceza arasındaki orantı belirlenirken, failin yaptığı hareket ile birlikte suçun toplumda yarattığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, suçtan zarar görenin kişiliği ile ona verilen zararın azlığı veya çokluğu gibi unsurlar dikkate alınarak, ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçü şeklinde yorumlamaktadır. Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun uyguladığı suç politikası kapsamında hangi fiillerin suç olarak belirleneceği ve bu suçun cezasının miktarının ne olacağı konularını kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında görerek, buna ilişkin anayasaya aykırılık iddialarını anayasal denetim dışında görmektedir. Gerçekten somut norm denetimi yolu ile ileri sürülen anayasaya aykırılık iddialarının birçoğunda itiraza konu kural ile benzer mahiyette olan diğer kuralların başvuru mahkemelerce kıyaslanarak anayasaya

aykırılık gerekçesi yapıldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi ise böyle bir yaklaşımın orantılılık bakımından tek başına kıstas olmayacağını kararlarında ısrarla vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin orantılılık ilkesi bakımından yaptığı incelemelerde, itiraz konusu kuralın; fiilin ve failin kusurluluğunun ağırlığı bakımından cezalandırmada belirli bir kademelendirme öngörmesini, kuralda alt ve üst sınır arasında takdir yetkisinin kullanılabilir olmasını, onarıcı hukuk kurumlarının öngörülmesini, suçun takibinin şikâyetle bağlı olmasını, seçenek yaptırımlara hükmedilebilmesini ve etkin pişmanlık hükümlerine yer vermesi gibi özellikleri, orantılılık ilkesi bakımından yaptığı değerlendirmelerde bir kıstas olarak kullanmasın isabetli bir yaklaşım tarzı olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Kitaplar

ARTUK Mehmet Emin-GÖKCEN Ahmet-YENİDÜNYA Ahmet Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Haziran 2013

DÖNMEZER Sulhi/ ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.I, 14. Bası., DER Yayınevi, İstanbul, 2016

EREM Faruk, DANIŞMAN Ahmet, ARTUK Mehmet Emin, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Tümüyle Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Haziran 1997

GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Güncelleştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Ağustos 2012

GÖZLER Kemal, **İnsan Hakları Hukuku, 21 Ocak 2017 Tarih ve 6771 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanununa Göre Güncellenmiş İkinci Baskı**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Ekim 2018, Bursa

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Güncellenmiş ve Düzeltilmiş 24. Baskı**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Haziran 2019

HAFIZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Kısmen Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Eylül 2017, Ankara,

HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Eylül 2017

İÇEL Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yenilenmiş 5. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., Kasım 2018, İstanbul

İNCEOĞLU Sibel (Ed), BOYAR Oya, KARAN Ulaş, AKBULUT Olgun, ÖNCÜ Gülay Arslan, TOKUZLU Lami Bertan, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve**

Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 3. Baskı, Beta Yayınevi, Ekim 2013, İstanbul

KAYGUSUZ Ziyaettin, **Zor ve Silah Kullanmada “Standart Bir Uygulama Modeli” Ölçülülük İlkesi (Ge-El-Or Ölçü Testi)**, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, Nisan 2016

KOCA Mahmut-ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı**, Seçkin Yayınevi, Eylül 2016, Ankara

OĞURLU Yücel, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara, Temmuz 2002

ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:1, s.33

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 19. Basım**, Yetkin Yayınları, Ankara 2019

ÖZGENÇ İzzet, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2016

SAĞLAM Fazıl, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 506, S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları 4, Ankara 1982

SOYASLAN DOĞAN, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, , Yetkin Basımevi, Ankara 2016

TANER M. Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İsmail Akgün Matbaası, 3. Basım, İstanbul, 1953

TANÖR Bülent- YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 12. Bası, Beta Yayınevi, Ekim 2012 İstanbul

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **Türk Anayasa Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019

TOROSLU Nevzat, TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, 23. Baskı, Ankara, Ekim 2016

TÖGEL Akif, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kanun Kavramı**, Adalet Yayın Evi Ankara, 2016

ÜLGEN Özen, **Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2016

ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., Eylül 2016

Sürekli Yayınlar

ALTUNKAŞ Aysun, Türk Ceza Hukuku'nda Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı:2, Aralık 2017 (15-56)

APIŞ Özge, Anayasa Mahkemesi'nin, Türkiye Futbol Federasyonu Tasarrufları ile Suç ve Ceza Yaratılamayacağına İlişkin 2010/19 Esas ve 2011/6 Karar Sayılı ve 06.01.2011 Tarihli Kararının İncelenmesi, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt 6, Sayı 16, Ağustos 2011 (174-189)

ARTUN Emine Sevcan, GÖK Özgecan, Bazı Ekonomik Etkili Gümrük Rejimlerine İlişkin Hükümlerin İhlali İçin Belirlenen Yaptırımın Anayasaya Uygunluğu (Hukuk Devleti ve Ölçülülük İlkesi Özelinde Bir Değerlendirme, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt:12, Sayı:35, Yıl: Aralık 2017 (151-200)

ATAR Yavuz, Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukukî Sonuçları (Anayasa m.11), **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1989; Cilt 2, Sayı 2, s.181 (181-209)

BAŞIBÜYÜK İsa, Hırsızlık Suçunda Gece Vakti Düzenlemesini Değerlendiren Anayasa Mahkemesi'nin 05.05.2016 Tarih ve 2016/16 Esas Sayılı Kararına İlişkin Görüşümüz, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt:12, Sayı:34, Yıl: Ağustos 2017 (229-234)

BAŞIBÜYÜK İsa, ÖZBEK Veli Özer, Ceza Hukukunda Bir Amaçsal Yorum Örneği: Hırsızlık Suçunun Gece Vakti İşlenmesi, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt:26, Sayı:111, Yıl: Mart 2014 (107-116)

DEMİRTAŞ Soner, Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019 (491-515)

DOĞAN Recep, Anlamli Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt: 75, Sayı: 1, Yıl: 2017, (123-149)

DÖNMEZER Sulhi, Basın Hürriyetini Düzenleyen ve Sınırlayan Mevzuatın Değerlendirilmesi, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 32, Sayı 2-4, Yıl 1966 (429-455)

DURAN Lütfi, İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 30, Sayı: 3-4, Yıl: 1964, (466 – 492)

EKİNCİ Murat, Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Sayı:1, Yıl: 2017 (19-54)

ERDEM Jülide Gül, Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği, **Akademik Hassasiyetler**, Cilt:4 Sayı:8, Yıl: 2017 (19-44)

ERDEM Jülide Gül, Ölçölülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 62/4, Aralık 2013 (971-1006)

EVİK Ali Hakan, Birden Çok Evlilik ve Hileli Evlilik Suçları, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:19, Sayı:1, Haziran 2020 (3-53)

FENDOĞLU Tahsin, Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "BAĞIMSIZ ÖLÇÜ NORM" veya "DESTEK ÖLÇÜ NORM" Sorunu, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl:2000 Cilt:17 (363-384)

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "İdari Ceza Hukuku" ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 18, Sayı 02, Yıl: 1963 (115-182)

GRİMM Dieter, Kanada ve Alman Anayasa Hukukunda Ölçülülük (Çeviren: BAŞOL Kemal, DEMİRKIRAN Eyüp Kaan) **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 1/1, Ekim 2019 (193-208)

GÜRPINAR Bulut, 1982 Anayasası'na Göre Milli Güvenlik Kavramı, **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2. Sayı, Aralık 2012 (124-148)

HATİPOĞLU Mehmet, "Çevrenin Korunmasında İdari Yaptırımların Caydırıcılık Açısından Değerlendirilmesi", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Ankara, 2016, S.1, (77-118)

İLAL Ersan, Magna Carta, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl 1968, Cilt 34, Sayı 1-4 (210-242)

KANGAL Zeynel T. "Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi", **Ceza Hukuku Dergisi**, Aralık 2011, Sayı 17 (61-106)

KAĞITÇIOĞLU Mutlu, Kurgudan Gerçekliğe Uzanan Bir Tartışma Alanı: Susma Hakkının İdare Hukukunda Yeri Var Mıdır?, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt:30, Sayı: 134, Yıl: Ocak 2018 (115-152)

KOCASAKAL Ümit, Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK 123), **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:2, Yıl:2015 (109-146)

KUNİG Philip, Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Çeviren: ÇELİK Burak, DOĞAN Gökçen, YILDIZ Ahmet Çağrı) **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2019, Sayı:1 (159-178)

KURNAZ Işıl, LGBTQ Haklarının Korunmasında Anayasa Yargısı ve Stratejik İnsan Hakları Davaları: Türkiye Örneği, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt:33, Sayı:148, Mayıs 2020, (9-46)

METİN Yüksel, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7 Sayı1, Aralık 2017 (1-74)

METİN Yüksel, DİNLER Veysel, Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları, **Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılı Armağanı**, Aralık 2012

ÖZEN Muharrem, Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:68, Sayı:2, Yıl: 2019 (479-527)

ÖZEN Mustafa, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Yıl: 2019-2, (53-76)

ÖZKAN Ahmet Fatih, Anonim Şirketlerin Sözleşmeli Avukat Bulundurma Zorunluluğu, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sayı:33, Yıl: 2018 (415-462)

PAMUK Gülfem, Fransız ve Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçu (Kanunilik İlkesi Bakımından Bir Değerlendirme), **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Yıl 2013 Cilt: 19 Sayı:2, (1453-1476)

RUMPF Christian, Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 10, Yıl 1993 (25-48)

SAYGIN Engin, Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt: 75 Sayı: 2, Temmuz 2017 (57-88)

SCHLİNK Bernhard, Anayasa Hukukunda Ölçülülük: Neden Burası Hariç Her Yer? (Çeviren: AKBULUT Lütfullah Yasin, DEMİRKIRAN Eyüp Kaan) **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 1 / 1, Ekim 2019 (179-192)

SÖZÜER Adem, Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünyü, Bugünü Ve Yarını Türk Ceza Hukuku Reformunun Ab Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla

Karşılaştırılmasına İlişkin Notlar, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, Cilt: 21, Özel S., Yıl: 2019, (3031-3050)

ŞİRİN Tolga, Homofobinin Anayasal Üretimi: Anayasa Mahkemesi ve Eşcinsellik, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt:7 Sayı:14, Yıl:2018 (513-562)

TANER Fahri Gökçen, Anayasa Mahkemesi'nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt:29, Sayı: 124, Yıl: Mayıs 2016, (221-246)

UYUMAZ Alper, TÜRK Mehmet Cemil, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Düşünceler, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Yıl: Aralık 2019 (1416-1456)

YASİN Melikşah, İmar Kanunu'nun 42. Maddesi -Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı ve Yeni Düzenleme Hakkında Bir Değerlendirme-, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:16, Sayı:3-4, (377-396)

YILDIRIM Turan, Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı: Cinsel Tercih, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 24, Sayı: 2, Aralık 2018, (453-481)

YILDIZ Hayrettin, Hukuk Devletin Gelişim Sürecinde Mülk Devletin ve Polis Devletin Yeri, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15 Sayı 2, 2013 (221-230)

Doktora Tezleri

ALPBAZ Mustafa Mert, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kemalizm ve Otoriterlik: Analitik Bir İnceleme**, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, Ağustos 2019

ARIKAN Cengiz, **Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Anayasa Hukuku) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2011

BAYTAZ Abdullah Batuhan, **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemeleri Hukukunda Yorum**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2015

İNCE TUNÇER Asuman, **Yalan Tanıklık Suçu**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2019

SOYGÜT ARSLAN Mualla Buket, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi

TANER Fahri Gökçen, **Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Anabilim Dalı, Doktora Tezi

UÇAR Onur, **Vergi Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Yüksek Yargı Organları Kararları Bağlamında Bir Değerlendirme)**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2018

İnternet Kaynakları

<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim tarihi: 26.07.2020)

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/oncelki-anayasalar/1876-kânûn-i-esâsî/> (Erişim tarihi: 25.07.2020)

<https://islamansiklopedisi.org.tr/ceza#3-osmanli-ceza-hukuku> (Erişim tarihi: 25.07.2020)

<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 25.07.2020)

CENTEL Nur, Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın, s. 6 vd.
<http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf> (Erişim tarihi: 02.08.2020)

DURSUN Selman, Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomi Ceza Hukukuna Etkileri, Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, 26 Mayıs–4 Haziran 2010, Cilt: II, İstanbul, Yıl 2013, (2239-2250) s.2243 9. Dipnot
<http://www.selmandursun.com/wp-content/uploads/sdursun-tch-reformu-ekonomi-ceza.pdf> (Erişim tarihi: 30.07.2020)

FEYZİOĞLU Metin, “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması”, AİHS ve Anayasa m. 38 f .8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 2002
<http://www.feyzioglu.av.tr/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumlulukler-nedeniyle-hurriyetin-kisitlanmasi/> (Erişim tarihi: 25.07.2020)

GÖZLER Kemal, **Yorum İlkeleri**, s.4, <http://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf> (Erişim Tarihi: 04.09.2020)

YILDIZ HABİB, Vergi Ceza Hukuku, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Maliye Uzaktan Eğitim Lisans Programı, s.169, http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/maliye_ue/vergicezahukuku.pdf (Erişim tarihi: 01.08.2020)

Tezde Kullanılan Anayasa Mahkemesi Kararları

Kararlara <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> adresinden ulaşılmıştır.

Belirlilik ilkesi kısmında kullanılan kararlar:

AYM, KT: 29.01.1964, E.1963/193, K.1964/9

AYM, KT: 26.09.1965, E.1963/173, K.1965/40

AYM, KT: 12.10.1965, E.1965/27, K.1965/55

AYM, KT: 07.06.1973, E.1973/12, K.1973/24

AYM, KT: 07.06.1999, E.1999/10, K.1999/22

AYM, KT: 18.06.2003, E.2000/5, K.2003/65
AYM, KT: 17.04.2008, E.2005/5, K.2008/93
AYM, KT: 26.02.2009, E.2006/17, K.2009/33
AYM, KT: 25.02.2010, E.2008/55, K.2010/41
AYM, KT: 06.01.2011, E.2010/19, K.2011/6
AYM, KT: 07.07.2011, E.2010/69, K.2011/116
AYM, KT: 30.06.2011, E.2011/110, K.2010/10
AYM, KT: 07.07.2011, E.2011/118, K.2010/116
AYM, KT: 12.01.2012, E.2011/62, K.2012/2
AYM, KT: 24.05.2012, E.2011/129, K.2012/81
AYM, KT: 22.05.2013, E.2012/77, K.2013/66
AYM, KT: 26.12.2013, E.2013/67, K.2013/164
AYM, KT: 16.01.2014, E.2014/7, K.2013/103
AYM, KT: 16.01.2014, E.2014/8, K.2013/110
AYM, KT: 29.01.2014, E.2013/115, K.2014/16
AYM, KT: 09.04.2014, E.2014/38, K.2014/80
AYM, KT: 22.05.2014, E.2014/3, K.2014/95
AYM, KT: 11.09.2014, E.2014/52, K.2014/139
AYM, KT: 11.09.2014, E.2013/157, K.2014/138
AYM, KT: 01.04.2015, E.2015/22, K.2015/37
AYM, KT: 01.04.2015, E.2014/118, K.2015/35
AYM, KT: 14.01.2015, E.2014/116, K.2015/4
AYM, KT: 13.05.2015, E.2014/162, K.2015/47
AYM, KT: 12.11.2015, E.2015/32, K.2015/102
AYM, KT: 25.11.2015, E.2015/50, K.2015/107

AYM, KT: 13.01.2016, E.2015/85, K.2016/3

AYM, KT: 07.09.2016, E.2016/44, K.2016/153

AYM, KT: 31.05.2017, E.2017/103, K.2017/108

AYM, KT: 13.12.2017, E.2016/7, K.2017/171

AYM, KT: 08.11.2018, E.2017/179, K.2018/106

AYM, KT: 06.12.2018, E.2018/67, K.2018/110

AYM, KT: 14.03.2019, E.2018/154, K.2019/11

İdarenin düzenleyici işlemleri ile suç ihdas etme yasağı ilkesi kapsamında kullanılan kararlar:

AYM, KT: 10.12.1962, E.1962/198, K.1962/111

AYM, KT: 16.01.1963, E.1962/232, K.1963/9

AYM, KT: 28.03.1963, E.1963/4, K.1963/71

AYM, KT: 21.09.1993, E.1993/31, K.1993/29

AYM, KT: 06.07.1993, E.1993/5, K.1993/25

AYM, KT: 27.09.1994, E.1993/42, K.1994/72

AYM, KT: 18.01.1996, E.1995/28, K.1996/2

AYM, KT: 08.10.1998, E.1997/53, K.1998/62

AYM, KT: 10.02.2004, E.2001/143, K.2004/11

AYM, KT: 02.03.2004, E.2002/92, K.2004/25

AYM, KT: 17.06.2004, E.2000/24, K.2004/82

AYM, KT: 19.01.2006, E.2005/99, K.2006/8

AYM, KT: 18.09.2008, E.2006/47, K.2008/144

AYM, KT: 13.01.2011, E.2009/21, K.2011/16

AYM, KT: 11.04.2012, E.2011/18, K.2012/53

AYM, KT: 14.06.2017, E.2017/111, K.2016/182

AYM, KT: 17.10.2018, E.2018/110, K.2018/99

AYM, KT: 20.12.2018, E.2018/14, K.2018/112

Kıyas yasağı kısmında kullanılan kararlar

AYM, KT: 24.05.2012, E.2011/129, K.2012/81

AYM, KT: 03.10.2013, E.2013/28, K.2013/106

AYM, KT: 07.09.2016, E.2016/44, K.2016/153

Ceza Kanunlarının Geriye Yürümezliği ilkesi kısmında kullanılan kararlar:

AYM, KT: 26.02.1974, E.1973/45, K.1974/7

AYM, KT: 07.06.1999, E.1999/10, K.1999/22

AYM, KT: 16.07.2000, E.2000/21, K.2000/16

AYM, KT: 11.04.2019, E.2019/9, K.2019/27

Elverişlilik ilkesi kısmında kullanılan kararlar:

AYM, KT: 30.03.2011, E.2007/95, K.2011/61

AYM, KT: 11.04.2012, E.2011/111, K.2012/56

AYM, KT: 28.03.2013, E.2012/143, K.2013/48

AYM, KT: 01.04.2015, E.2014/118, K.2015/35

AYM, KT: 29.03.2017, E.2017/14, K.2017/83

Gereklilik ilkesi kısmında kullanılan kararlar:

AYM, KT: 06.04.1971, E.1971/2, K.1971/36

AYM, KT: 24.11.1999, E.1999/27, K.1999/42

AYM, KT: 27.05.2015, E.2014/36, K.2015/51

AYM, KT: 21.01.2004, E.2002/166, K.2004/3

AYM, KT: 05.04.2005, E.2004/100, K.2005/16

AYM, KT: 14.07.2016, E.2016/11, K.2016/132

AYM, KT: 10.02.2004, E.2001/143, K.2004/11

AYM, KT: 05.05.2004, E.2002/114, K.2004/53

AYM, KT: 30.03.2011, E.2007/95, K.2011/61

AYM, KT: 11.04.2012, E.2011/111, K.2012/56

AYM, KT: 28.03.2013, E.2012/143, K.2013/48

AYM, KT: 27.05.2015, E.2014/176, K.2015/53

AYM, KT: 10.09.2015, E.2014/148, K.2015/80

AYM, KT: 31.05.2017, E.2017/28, K.2017/107

AYM, KT: 13.12.2017, E.2016/7, K.2017/171

Orantılılık ilkesi kapsamında kullanılan kararlar:

AYM, KT: 02.11.1965, E.1965/30, K.1965/58

AYM, KT: 02.07.1968, E.1967/52, K.1968/29

AYM, KT: 06.04.1971, E.1971/2, K.1971/36

AYM, KT: 24.05.1977, E.1977/19, K.1977/82

AYM, KT: 24.05.2012, E.2011/121, K.2012/80

AYM, KT: 03.06.1988, E.1987/28, K.1988/16

AYM, KT: 27.09.2006, E.2004/63, K.2006/94

AYM, KT: 26.02.2009, E.2007/96, K.2009/34

AYM, KT: 26.02.2009, E.2006/154, K.2009/35

AYM, KT: 29.12.2011, E.2010/104, K.2011/180

AYM, KT: 12.09.2012, E.2012/78, K.2012/111

AYM, KT: 17.01.2013, E.2012/80, K.2013/16

AYM, KT: 10.10.2013, E.2013/6, K.2013/111

AYM, KT: 26.12.2013, E.2013/67, K.2013/164

AYM, KT: 29.01.2014, E.2013/115, K.2014/16

AYM, KT: 03.07.2014, E.2014/25, K.2014/119
AYM, KT: 25.09.2014, E.2014/81, K.2014/145
AYM, KT: 24.11.2014, E.2014/178, K.2014/178
AYM, KT: 02.10.2014, E.2014/65, K.2014/150
AYM, KT: 27.05.2015, E.2014/176, K.2015/53
AYM, KT: 01.07.2015, E.2015/20, K.2015/64
AYM, KT: 10.09.2015, E.2014/148, K.2015/80
AYM, KT: 30.09.2015, E.2015/54, K.2015/83
AYM, KT: 20.03.2013, E.2013/5, K.2013/46
AYM, KT: 10.04.2013, E.2013/36, K.2013/53
AYM, KT: 07.04.2016, E.2015/109, K.2016/28
AYM, KT: 12.10.2016, E.2015/73, K.2016/161
AYM, KT: 31.05.2017, E.2017/103 K.2017/108
AYM, KT: 05.05.2016, E.2016/16, K.2016/37
AYM, KT: 26.05.2016, E.2015/108, K.2016/46
AYM, KT: 12.11.2015, E.2015/26, K.2015/100
AYM, KT: 12.11.2015, E.2015/43, K.2015/101
AYM, KT: 07.09.2016, E.2016/124, K.2016/155
AYM, KT: 12.07.2017, E.2017/121, K.2017/121
AYM, KT: 01.11.2017, E.2017/142, K.2017/150
AYM, KT: 29.11.2017, E.2015/68, K.2017/166
AYM, KT: 28.03.2018, E.2017/172, K.2018/32
AYM, KT: 02.05.2018, E.2017/169, K.2018/42