

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Özge APİŞ

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ
TÜRK MADDİ CEZA HUKUKU İLKELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Danışman

Yard.Doç.Dr.M.Nihat KANBUR

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2009

İÇİNDEKİLER

Kısaltmalar Listesi	v
Özet	vi
Summary	vii
Giriş	1

1. BÖLÜM

TÜRKİYE'DE ANAYASA YARGISI

1.1. Türk Hukukunda Anayasa Yargısının Tarihsel Gelişimi ve Anayasa Mahkemesi	3
1.1.1. Genel Olarak	3
1.1.2. Anayasa Mahkemesi'nin Bulunmadığı 1924 Anayasası Dönemi	8
1.1.3. Anayasa Mahkemesi Kurulduktan Sonraki Dönem	12
1.1.3.1. 1961 Anayasası Dönemi	12
1.1.3.2. 1982 Anayasası Dönemi	17
1.1.3.2.1. Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu	17
1.1.3.2.2. Anayasa Mahkemesi'nin Görevleri	19
1.1.3.2.2.1. Anayasa'ya Uygunluk Denetimi Yapmak	20
1.1.3.2.2.2. Yüce Divan Sıfatıyla Yargılama Yapmak	20
1.1.3.2.2.3. Siyasi Partilerin Kapatılması Davalarına Bakmak	20
1.1.3.2.2.4. Siyasî Partilerin Malî Denetimini Yapmak	21
1.1.3.2.2.5. Siyasî Partilerle İlgili İhtar İstemlerini Karara Bağlamak	21
1.1.3.2.2.6. Uyuşmazlık Mahkemesine Başkan Seçmek	22
1.1.3.2.3. Anayasa Mahkemesi'nin Çalışma ve Yargılama Usulü	22
1.2. Anayasa Mahkemesi Denetimi	23
1.2.1. Genel Olarak	23
1.2.2. Anayasa Mahkemesi'nin Denetimine Tabi Normlar	24
1.2.2.1. Anayasa Değişiklikleri	24
1.2.2.2. Kanunlar (Yasalar)	26
1.2.2.3. Kanun Hükmünde Kararnameler	28
1.2.3. Anayasa Mahkemesi'nin Denetimine Tabi Olmayan Normlar	29
1.2.3.1. Milletlerarası Antlaşma Hükümleri	29

1.2.3.2. İnkılâp Kanunları.....	30
1.2.3.3. Milli Güvenlik Konseyi Döneminde Çıkarılan Kanunlar.....	30
1.2.3.4. Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleri.....	31
1.2.4. Parlamento Kararları.....	32
1.2.5. Anayasal Denetim Yolları.....	33
1.2.5.1. İptal Davası (Soyut Norm Denetimi).....	33
1.2.5.1.1. Dava Açma Yetkisi.....	34
1.2.5.1.2. Dava Açma Süresi.....	34
1.2.5.2. İtiraz/ Def'i Yolu (Somut Norm Denetimi)	35
1.2.5.2.1. İtiraz Yolunun Koşulları.....	35
1.2.5.2.1.1. Bakılmakta Olan Bir Dava Olmalıdır.....	36
1.2.5.2.1.2. Davaya Bakmakta Olan Bir Mahkeme Olmalıdır.....	36
1.2.5.2.1.3. Davada Uygulanacak Hüküm Olmalıdır.....	37
1.2.5.2.1.4. Mahkeme Uygulanacak Hükümü Anayasaya Aykırı Görmeli veya Tarafların Aykırılık İddiasının Ciddi Olduğu Kanısına Varmalıdır.....	38
1.2.5.2.1.4.1. Re'sen Anayasaya Aykırı Görme.....	38
1.2.5.2.1.4.2. Tarafların Anayasa'ya Aykırılık İddiasını Ciddi Bulma.....	38
1.2.5.2.2. İşleyiş Usulü.....	38
1.2.5.2.3. Karar.....	39
1.2.5.3. Anayasal Şikâyet (Bireysel Başvuru).....	41
1.2.6. Anayasal Denetim Türleri.....	47
1.2.6.1. Şekil (Biçim) Yönünden Denetim.....	47
1.2.6.2. Esas (Öz) Yönünden Denetim.....	49
1.2.6.2.1. Sebep Unsuru.....	49
1.2.6.2.2. Amaç Unsuru.....	50
1.2.6.2.3. Konu Unsuru.....	50

2. BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ

MADDİ CEZA HUKUKU İLKELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

2.1. Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi.....	52
2.1.1. Genel Olarak.....	52

2.1.2. Kusurluluk ve Kusur Yeteneği.....	53
2.1.3. Kusur.....	55
2.1.3.1. Kusurun Türleri.....	56
2.1.3.1.1. Kast.....	56
2.1.3.1.2. Taksir.....	57
2.1.4. Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi'nin(Nulla poena sine culpa) Özellikleri....	59
2.1.4.1. Cezanın Kusurun Derecesi İle Orantılı Olması (Oranlık İlkesi)	59
2.1.4.2. Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği	60
2.1.5. Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi'nin Sonuçları.....	68
2.1.5.1. Kusura Dayanan Sorumluluk.....	68
2.1.5.1.1. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar.....	69
2.1.5.1.2. Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu.....	71
2.1.5.1.2.1. 5680 sayılı Basın Kanunu'na Göre Sorumluluk.....	72
2.1.5.1.2.2. 5187 sayılı Basın Kanunu'na Göre Sorumluluk.....	77
2.1.5.1.3. Karşılıksız Çek Keşide Etme Fiilleri Bakımından Sorumluluk...	81
2.1.6. Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu.....	83
2.1.6.1. Farazilik (Fiksiyon- Soyutlama) Teorisi.....	83
2.1.6.2. Gerçeklik Teorisi.....	84
2.1.6.3. Karma Teori / Yeni Fiksiyon (Soyutlama) Teorisi.....	84
2.1.6.4. 5237 sayılı TCK'daki Düzenleme.....	85
2.2. Kanunilik İlkesi.....	93
2.2.1. Genel Olarak.....	93
2.2.2. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi (Nullum crimen, nulla poena sine lege)	95
2.2.2.1. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi'nin Anlamı.....	95
2.2.2.2. Kanunilik İlkesi'ne Yöneltilen Eleştiriler.....	98
2.2.2.3. Kanunilik İlkesi'nin Sonuçları.....	101
2.2.2.3.1. Genel Olarak.....	101
2.2.2.3.2. Belirlilik (Açıklık) İlkesi (Lex Certa)	101
2.2.2.3.3. Kıyas (Analoji/Örnekseme) Yasağı (Lex Stricta)	120
2.2.2.3.4. Yürütmenin/İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulması Yasağı.....	123
2.2.2.3.5. Örf ve Adetle Suç Yaratma ve Cezayı Ağırlaştırma Yasağı (Lex Scripta)	154
2.2.2.3.6. Geçmişe Yürüme Yasağı (Lex Praevia)	155

2.2.2.3.6.1. Genel Olarak.....	155
2.2.2.3.6.2. Suçun İşlendiği Zaman ve Lehe Olan Kanunun Tespiti.....	158
2.2.2.3.6.3. Lehe Olan Kanunun Uygulanmasının Yargılama Aşamalarındaki Durumu.....	160
2.3. Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması Yasağı.....	167
2.3.1. Genel Olarak	166
2.3.2. 4814 sayılı Yasa ile Değişik 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun.....	169
2.3.3. 2004 sayılı İcra İflas Kanunu.....	173
2.4. Eşitlik İlkesi.....	183
2.5. Hümanizm(Ümanizm) İlkesi.....	189
SONUÇ	198
KAYNAKÇA	201
ÖZGEÇMİŞ	211

KISALTMALAR LİSTESİ

AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	: Anayasa
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
age	: adı geçen eser
agm	: adı geçen makale
AHFM	: Ankara Hukuk Fakültesi Mecmuası
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz	: bakınız
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
çev.	: çeviren
E.	: Esas
f.	: fıkra
HFSA	: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra İflas Kanunu
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İHFM :	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜY	: İstanbul Üniversitesi Yayınları
K.	: Karar
m./md	: madde
s.	: sayfa
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd	: ve devamı
VUK	: Vergi Usul Kanunu
YTCK	: Yeni Türk Ceza Kanunu
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Ö Z E T

Bir devletin cezalandırma yetkisinin bir görünümü olan ve o devletin Yasama Organı tarafından vücuda getirilen Ceza Kanunları, uygulama aşamasında Yargı Organları tarafından şekillenirler.

Bu şekillenme sırasında Anayasa Mahkemesi, Yasama Organı'nın vücuda getirdiği bu ceza yasalarına ilişkin hükümlerin Anayasa'ya uygun olup olmadığı hususunda, nihai yorumlanma ve şekillendirilme merciidir.

Bu tespit dahilinde, iki bölümden oluşan “ Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarının Ceza Hukukuna Etkisi” başlığı altında, Anayasa Mahkemesi'nin Ceza Kanunlarını yorumlama süreci incelenecektir.

İlk başlık, Türk Anayasa Mahkemesi'nin tarihsel gelişim süreci, Anayasa Mahkemesi'nin görevleri, çalışma ve yargılama usulü ile Anayasal denetim yollarını konu etmektedir.

İkinci başlıkta, Maddi Ceza Hukuku İlkeleri olarak bilinen “ Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz”, “Hukuk Devleti” ve “ Hümanizm” ilkeleri, alt başlıklarıyla incelenecek ve Anayasa Mahkemesinin kurulduğu yıldan bugüne değin, maddi ceza hukuku ilkelerini konu ettiği kararları değerlendirilecektir.

**THE ANALYSE OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT'S DECISIONS
IN POINT OF THE BASIC PRINCIPLES OF TURKISH CRIMINAL LAW**

S U M M A R Y

Penal Codes, which are the appearance of Government's punitive power and enacted by Legislative Body are embodied by the Judicial Bodies by interpretations, in the phase of application/execution of Penal Code.

In that phase The Constitutional Court , which makes judicial audit to find out if the penal articles are constitutional or not, is the decisive authority to embody and construe the governing law in Turkey.

Within that finding, The Constitutional Court's interpretations are analyzed in two chapters under the title of " The Effect of The Constitutional Court's Decisions To Turkish Criminal Law".

The first chapter deals with the topic of The Turkish Constitutional Court's historical development stages, It'sits tasks, proceedings and constitutional means of audit.

In the second chapter, " The Principle of Mens Rea" , " The Principle of Rule of Law" and " The Principle of Humanism", which are known to be principles of Penal Law, are studied and The Constitutional Court's decisions that have been made since its foundation aboutwhich includes The Principles of Criminal Law are discussed, since The High Court has founded.

GİRİŞ

Hukuk Devleti anlayışının gelişmesi ve yerleşmesine ve böylece kişi hak ve özgürlüklerinin daha garantili bir şekilde korunması düşüncesine bağlı olarak, Yasama ve kimi zaman Yürütme Organı tarafından vücuda getirilen düzenleyici işlemlerin, Anayasa'ya uygun olup olmadıklarının denetlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Bu ihtiyaç, kimi ülkelerde Anayasal denetimin, Yerel Mahkemeler yoluyla ve Yerel Mahkeme'nin somut olayda uygulanması söz konusu olan hükmü ihmal etmesi ve direkt olarak Anayasa metnini uygulaması şeklinde ortaya çıkmıştır. Kimi ülkelerde ise böyle bir denetimin, ihtisas gerektiren bir konu olması gerekçesiyle, özel yetkili bir mahkeme tarafından yapılması gerektiği kanısına varılmış ve böylece özel bir uzmanlık kurumu olarak Anayasa Mahkemeleri ortaya çıkmıştır.

Türkiye'de de Anayasal denetime ilişkin bu tür tartışmalar yaşanmış; hatta 1924 Anayasası döneminde doktrinde ve bazı mahkeme kararlarında, Yerel Mahkemelerin Anayasa'ya uygunluk denetimi yapabileceği görüşü savunulmuş fakat bu görüş gerek doktrinde gerek uygulamada pek rağbet görmemiştir. Bunun üzerine, 1961 Anayasası ile Anayasa'ya uygunluk denetimini gerçekleştirmek üzere Anayasa Mahkemesi kurulmuştur.

Tüm Anayasal denetim sistemlerinde olduğu gibi ülkemizde de Anayasa Mahkemesi'nin temel işlevi, Anayasa'nın, yol gösterici olma ve soyut kuralları yorumlama niteliğini korumaktır. Bu koruma işlevi, Ceza Hukuku alanında kendini biraz daha belirgin bir biçimde gösterir. Çünkü Ceza Hukuku devletin, toplumsal açıdan en önemli ihlallere verdiği tepkileri içerdiğinden, kişiler üzerinde ortaya çıkacak olan sınırlamalar yahut yoksunluklar da o derecede önemli olacaktır. İşte tam bu noktada Anayasa'da gösterilen ölçütler, ceza hukukunun sınırlarını oluşturacaktır. Elbette bu sınırlar, ceza hukukunun yine kendisine ait birtakım ilkelerden kaynaklanmaktadır. Fakat bu ilkelerin Anayasal bir zemine oturtulması ve Anayasal denetime tabi tutulması Anayasaları, söz konusu ilkelerin, içeriğini belirleyicisi veya yorumlayıcısı haline getirecektir.

Nitekim, ceza hukukunun temel sınırlayıcı ilkeleri olan, "Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz", "Hukuk Devleti" ve "Hümanizm" ilkeleri, gerek 1961 Anayasamızın 33. ve 14. maddelerinde ve gerekse 1982 Anayasamızın 38. ve 17. maddelerinde güvence altına alınmıştır. Söz konusu ilkelere, hem 765 sayılı hem de 5237 sayılı Ceza Kanunlarının çeşitli maddelerinde de değinilmiştir. Ancak elbette ki, söz konusu maddelerde ifade edilen ilkelerin ihlali iddiasıyla da Anayasa Mahkemesi'ne bir çok kez başvuruda bulunulmuştur.

Bu çalışma, geçmişini oldukça gerilere dayanan bu temel ceza hukuku ilkelerinin, hala tam olarak ceza hukuku mantığına yerleşmemiş olması ve suç ve ceza yaratırken söz konusu ilkelerin aleni bir şekilde ihlal edilmeye devam edilmesi tespitiyle beraber Anayasa Mahkemesi'nin bu ihlaller karşısındaki tutumunu belirleyebilmek ve Ceza Hukuku ilkelerine yüklediği anlamlar ile Ceza Hukukunu ne şekilde etkilediğinin tespiti amacıyla hazırlanmıştır.

İki bölümden oluşan bu çalışmanın birinci bölümünde ilk olarak, Türkiye'de Anayasal Yargı'nın tarihsel gelişimi incelenmiş, 1982 Anayasası dahilinde Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu, görevleri, çalışma ve yargılama usulü hakkında bilgi verilmeye çalışılmıştır. Ardından, Anayasa Mahkemesi denetimi, Anayasal denetim türleri ve Anayasal denetim yolları açıklanmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde ise, sırasıyla “Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz”, “Hukuk Devleti” ve “Hümanizm” ilkeleri anlatılmaya çalışılmış, “Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi” altında özellikle objektif sorumluluk ve bu tür sorumluluk açısından tartışmalı Yasalar incelenmiştir. Günümüzde hala tartışmalı olan ve 5237 sayılı TCK ile farklı bir boyut kazanan tüzel kişilerin cezai sorumluluklarına ilişkin düzenlemelere de değinilmiştir. “Hukuk Devleti İlkesi” açısından “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi” ve bu ilkenin sonuçları değerlendirilmeye çalışılmıştır. “Hümanizm İlkesi” açısından ise, özellikle “İnsan Onuru ile Bağdaşmayan Ceza Verilmesi Yasağı” irdelenmiştir. Genel itibarıyla verilen bilgiler ardından ise, Anayasa Mahkemesi'nin, 1962 yılından 2009 tarihine kadar, söz konusu bu ilkeleri tartıştığı, önem arz ettiği düşünülen kararları değerlendirilmeye ve eleştirilmeye çalışılmıştır.

1.BÖLÜM

TÜRKİYE'DE ANAYASA YARGISI

1.1. Türk Hukukunda Anayasa Yargısının Tarihsel Gelişimi ve Anayasa Mahkemesi

1.1.1. Genel Olarak

“Anayasa Yargısı” denilen denetim yolu, “Hukuk Devleti” ilkesinin tümü ile gerçekleştirilmesini amaçlayan bir yaptırım oluşturur.¹

Bu yaptırımın etkili bir şekilde işleyebilmesi için ise, öncelikli olarak “Normlar Hiyerarşisi”ne uygun bir yapılanmanın söz konusu olması gerekir.

Normlar hiyerarşisinin mevcut olduğu bir sistemde, bu hiyerarşide alt düzeyde yer alan norm, geçerliliğini üst normdan alır ve ona uygun olmak zorundadır. Genelde normlar hiyerarşisinde normlar, Anayasa, kanun ve diğer normlar olarak sıralanır. Bu hiyerarşide sadece diğer normlar kanun ve anayasaya değil, aynı zamanda kanunlar da Anayasa’ya uygun olmak zorundadır.²

Bu bağlamda Anayasa, yasama organının kaynağını Anayasa’dan alarak çıkardığı kanunlar ve yürütme organının kanunları uygularken yaptığı tüzük, yönetmelik, genelge, yönerge gibi değişik adlarla adlandırılabilen düzenleyici işlemler arasında bir üstünlük sıralaması, bir hiyerarşi bulunmaktadır. *KELSEN*’in belirttiği gibi, bu normlar sıralaması içinde her norm kaynağını bir diğer normdan almaktadır. Farklı bir deyişle, bir normun geçerli oluşu, onun başka bir norma dayanıyor olmasına, o normun verdiği yetki uyarınca çıkarılmış olmasına bağlıdır.³

Ancak, normlar hiyerarşisi mekanizmasında, yönetenler ile kamu görevlileri, üstlerinde yer alan, organ ve makamların koyduğu kurallara uygun işlem ve eylem yapmak zorunda ise de, yasama organının, üstün normlara aykırı düşen kanunlar çıkarmasını engelleyecek veya yürürlüğe koyduktan sonra etkisiz kılacak bir yöntem mevcut değildir. Bu anlamda “Hukuk Devleti”nin tam anlamıyla geçerlik ve işlerlik kazanabilmesi için, yasama işlemlerinin de

¹ **DURAN Lütfi**, Türkiye’de Anayasa Yargısı’nın İşlevi ve Konumu, AYD Cilt 1 Yıl 1984 s. 57

² **GÖZLER Kemal**, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

³ **ONAR Erdal**, Kanunların Anayasa’ya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetimi Alanında Ülkemizde Öncüler, AÜHFY, Ankara 2003 s. 16

bağımsız bir organın inceleme ve denetiminden geçirilebileceği bir yolun açık olması gerekir.⁴

Bu anlamda, bir devletin hukuksal yapısı, Anayasa temeli üzerine kurulur⁵ ve her anayasal sistemde temel sorun, Anayasa'nın korunmasıdır. Anayasa'nın korunması, devletin temel kuruluşunun ve dayandığı temel ilke ve değerlerin, ayrıca temel kuruluş içinde bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması anlamına gelmektedir. Şu halde Anayasa, yalnızca devletin temel kuruluşunu ortaya çıkaran değil, iktidar erkini, bireylerin temel hak ve özgürlükleriyle sınırlandıran kurallar bütünüdür. Bu bağlamda, vatandaşların hukuki güvenliğini sağlamada önemli bir rol oynayan Anayasal denetim, bu organların faaliyetlerinin kanunlara uygunluğunu sağlanmasının ötesinde, kanunlar Anayasa'ya aykırı düştüğünde, vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin ihlâlini önleyici bir rol üstlenecektir. Bundan dolayı, Anayasa sınırları içinde, devlet hukuk düzeninin en önde gelen yaratıcısı olan yasama organının, Anayasa'ya uygun hareket etmesinin sağlanması yaşamsal önem taşımaktadır.⁶

Şu halde, Anayasa'nın altında yer alan diğer düzenlemelerin, Anayasa'ya uygunluğunun denetimi oldukça önemlidir ve bu denetim, yargısal denetim araçlarıyla gerçekleştirilebileceği gibi siyasal denetim araçlarıyla da gerçekleştirilebilir.

Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun siyasal denetimi denilince, kanunun yasama organı tarafından oluşturulması sırasında veya oluşturulmasından sonra devlet başkanı tarafından yürürlüğe sokulma aşamasında gerçekleştirilen denetim anlaşılmaktadır. Bu tür bir denetimde de ilk akla gelenler, kanunlaşma sürecinde yasama organında yer alan komisyonlar, özellikle anayasa komisyonu eli ile sürdürülen denetim, yasama organının çift meclisli bir yapılanmaya sahip olmasının sağlayabileceği denetim ve nihayet devlet başkanının Anayasa'ya aykırı bulduğu bir kanunu yürürlüğe sokmayıp, bir kez daha görüşülmesi için yasama organına geri göndermesi yoluyla işletebileceği denetimdir.⁷

Kanunların halk oyuna sunulması yanında, çoğulcu demokratik sistemlerde; serbest seçim, halkın yönetime katılımı, bağımsız basın, halkın hukuka ve Anayasa'ya bağlılık anlayışının gelişmiş olması, düşünce, toplantı ve gösteri yapma özgürlüğünün işlerliği, Anayasa'ya aykırı yasaların çıkmasını önler. Ayrıca, bir yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde kamu

⁴ DURAN, s. 57

⁵ ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu, AYD, Cilt 1 Yıl 1984, s. 101

⁶ ÖDEN Merih, Cumhuriyetin 75. Yıldönümünde Anayasa Yargısı, AÜHFD Yıl : 1999, Cilt 48, Sayı 1-4 s. 23

⁷ ONAR, s. 18

oyunda oluşan bilincin tepkiye dönüşmesi, Parlamento'yu bu yasayı yürürlükten kaldırmaya zorlar.⁸

Belirtmek gerekir ki, siyasal denetimin başlıca organı olan Parlamento, şekil ve öz yönünden Anayasa'ya aykırılıktan kaçınarak ve Anayasa'ya aykırı görülen yasaları yürürlükten kaldırarak siyasal denetim yapar. Ancak, yasama işlevini yürüten parlamentonun, siyasal bağlılıkların, tecrübelerin ve kişisel hesapların da etkisiyle, kendi yaptığı yasaların Anayasa'ya aykırı olduğunu kabul etmesi çok zor ve ağır işleyen bir sistemdir. Kaldı ki Anayasa'yı ve yasaları yorumlayabilmek üst düzeyde hukuk bilgisini gerektirir.⁹

Bu anlamda, siyasal organlarca yapılacak olan denetimin, kişi hakları yönünden yeterli teminat sağlamayacağı açıktır.¹⁰

Şu halde, kanunların Anayasa'ya uygun olup olmadığına yönelik daha etkin bir denetleme, yargı organları tarafından yapılmaktadır. Söz konusu sorun, bir kanundaki kuralın Anayasa'ya uygun olup olmadığına belirlenmesi ve ortada farklı hukuk kuralları arasında bir çatışma olduğu iddiası olduğuna göre, bu sorunun çözüm yerinin yargı organında bulunması da doğaldır. Kurallar arasındaki çatışmanın saptanması ve olaya hangi kuralın uygulanacağını belirlenmesi hukuki bir sorundur ve bu hukuki sorunun çözümlenmesinde yetkinin de yargı organında olması gerekir.¹¹

Tam bu noktada önem arz eden soru, söz konusu yargısal denetimin nasıl bir sisteme bağlı olarak yapılacağıdır.

⁸ ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı, Yetkin, Ankara 1997, s. 27 ,

Ülkemiz açısından siyasal denetim mekanizmalarına kısaca şöyle özetleyebiliriz :

1876 Anayasası'nın 1909 yılında değiştirilmeden önceki şekli uyarınca Osmanlı İmparatorluğu'nda da Padişah'ın mutlak veto yetkisi vardı. Gerçekten, 1876 Anayasası'nın 54. maddesinde, Mebusan Meclisi ve Ayan Meclisi tarafından kabul edilmiş olan bir kanun tasarısının, ancak Padişah tarafından onandıktan sonra uygulanabileceği öngörülmektedir. Padişahın, kendisine sunulan bir kanun tasarısını reddedebilmesi mümkün olduğu gibi, Anayasa'da iradesini açıklaması için bir süre belirlenmediği için, hareketsiz kalarak, hiç bir süre ile bağlı olmaksızın kanunun yürürlüğe girmesini engelleyebilir. **ONAR**, s. 49-50 dipnotları

1924, 1961 ve 1982 Anayasaları açısından ise geciktirici veto (geri gönderme yetkisi) söz konusudur. Gerçekten, cumhuriyet döneminde, gerek 1924 gerek 1961 ve gerek ise 1982 Anayasalarında cumhurbaşkanına bir kez daha görüşülmesi için kanunları TBMM'ye geri gönderme yetkisi tanınmıştır. Ancak, her üç Anayasa'da da bu geri gönderme yetkisi, kanunun yürürlüğe girmesini sadece geciktirici bir nitelik taşımaktadır; çünkü üçünde de yasama organının kendisine geri gönderilen kanunu, basit karar yeter sayısı ile aynen kabul etmesi durumunda, cumhurbaşkanının bu kanunu yayımlamakla yükümlü olduğu öngörülmektedir. **ONAR**, s. 62

⁹ ALİEFENDİOĞLU, Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu, s. 101

¹⁰ ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin, Ankara 2000, s. 368

¹¹ **ONAR** s. 89

Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetimini hangi yargı organının yapacağı sorusu, bizi iki farklı sisteme ulaştırır. Gerçekten, böyle bir denetim, ya bir davaya bakmakta olan mahkemenin davada uyguladığı kuralın Anayasa'ya aykırı olup olmadığını da incelemesi ve aykırı bulduğu takdirde ihmal etmesi biçiminde olağan yargı organları tarafından; ya da bu iş için özellikle kurulmuş bir merkezi yargı organı tarafından yapılabilir. Bu doğrultuda, uygulamada Anayasa'ya uygunluk denetiminin ilk örneklerinin, olağan yargı organları tarafından sürdürülen denetim şeklinde başladığı, zamanla bu tür bir denetim için özellikle kurulmuş merkezi yargı organlarının da ortaya çıktığı ve giderek yaygınlaştığı görülmektedir.¹²

Kanunların anayasaya uygunluğunun normal mahkemeler tarafından denetlenmesine “Amerikan modeli anayasa yargısı”, “adem-i merkezi tipte anayasa yargısı” veya “genel mahkeme sistemi” denmektedir. Bu sisteme göre, bir normu somut olayda uygulayacak olan mahkeme, bu norm ile bu normdan daha üst derecede bulunan bir normun çatıştığını kanısına varırsa, bu çatışma, *lex posterior derogat legi inferiori* (üst kanun alt kanunları ilga eder) ilkesine göre çözülür. Yani somut olayda, üst norma aykırı olan alt normu değil, üst normu uygular. Bir kanun ile Anayasa arasında çatışma söz konusu olduğunda da aynı şey geçerlidir. Mahkeme davada uygulayacağı kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varırsa, bu kanunu somut olayda aslında resmen “iptal” etmez fakat “ihmal” eder; onun yerine doğrudan doğruya Anayasa'nın hükmünü uygular.¹³

Anayasa yargısı, Amerika Birleşik Devletleri'nde, Federal Yüksek Mahkemenin 1803 yılında Marbury ve Madison davasında, Anayasa'da bu konuda açık bir hüküm bulunmadığı

¹² ONAR, Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi Alanında Öncüler, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s. 3-4,

Bir mahkemede görülmekte olan bir davada uygulanan kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu gören yargıcın, bu hükmü ihmal etmesi biçiminde gerçekleştirilen Anayasa'ya uygunluk denetiminin hayli uzun bir geçmişi vardır. Gerçekten, bu denetimin ilk örneklerinden biri, yazılı bir anayasası bulunmayan İngiltere'den getirilebilir. Yargıç *Edward COKE*, 1612 tarihli *Dr. Bonham's Case* kararında, Parlamento ve Kral tarafından yapılan kanunların, mahkemelerce yıllar boyunca verile gelen kararlardan oluşan ortak hukuka (*common law*) aykırı olmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Yargıç *COKE*, anılan kararında, yasama organınca yapılan bir kanunun, ortak hukuktan (yaygın hukuk, *common law*) kaynaklanan haklara ve ilkelere aykırı olması durumunda, geçersizliğine hükmolünacağına işaret etmekteydi ve böylece kanunların üst bir kurala uygunluğunun yargı organları tarafından denetlenmesi düşüncesinin tohumlarını atmaktaydı. ONAR, Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi Alanında Öncüler s. 4

¹³ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

halde, kendisini kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemeye yetkili görmesiyle, yani içtihat yoluyla kurulmuştur.¹⁴

Finlandiya, İsveç, Japonya, Yunanistan ve Estonya, olağan yargı organlarına bu denetim yetkisinin açıkça verildiği ülkelere örnek gösterilebilirlerken, Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi, Norveç, Danimarka ve İsrail, bu tür bir denetim yetkisini mahkemelerin yaptıkları yorumlarla kendilerinde buldukları ülkelerin örneklerini oluşturmaktadırlar.¹⁵

İleriki bölümlerde daha ayrıntılı bir şekilde açıklayacağımız üzere ülkemizde de olağan mahkemelerin bu biçim bir denetim yapıp yapamayacağı hakkında çeşitli tartışmalar özellikle 1924 Anayasası döneminde yaşanmıştır.

Kanunlar üzerindeki Anayasal denetimin, özel mahkemelere verildiği sistemler de vardır.

Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun, genel mahkemeler tarafından değil, bu işle görevlendirilen özel bir mahkeme tarafından denetlenmesine ise “*Avrupa modeli anayasa yargısı*”, “*merkezi tipte anayasa yargısı*” veya “*özel mahkeme sistemi*” denmektedir.¹⁶

Bu bağlamda, böyle bir denetim türünü benimseyen ülkelerde, uzman bir mahkeme oluşturulmakta ve bu mahkeme bir kanunun Anayasa'ya aykırılığı iddialarını çözümlene yetkisi ile donatılmaktadır.¹⁷

Avrupa'da kanunlara karşı yargı yolunun açılması için, aradan (Amerika'da 1803 yılında oluşmaya başlayan Anayasa Yargısı'nın ardından) yüz yıldan fazla bir süre geçmesi gerekmiş ve ancak Birinci Dünya Savaşı ardından, bu denetim usulü 1920'lerde Avusturya ve Çekoslovakya'da, 1930'larda İspanya'da A.B.D'dekinden farklı biçimlerde yer almıştır.¹⁸ İkinci Dünya Savaşından sonra ise 1948 İtalyan, 1949 Alman Anayasaları da merkezi tipte bir Anayasa Mahkemesi kurmuşlardır. 1958 Fransız Anayasası da bir Anayasa Konseyi

¹⁴ ÖDEN, s. 25

¹⁵ ONAR, Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi Alanında Öncüler, s. 6,7

¹⁶ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

¹⁷ ONAR, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetimi Alanında Ülkemizde Öncüler, s. 118

¹⁸ DURAN, s. 58 ,

Gerçekten, 1 Ekim 1920 tarihinde Avusturya'da da bir Anayasa Mahkemesi kurulmuş bulunuyordu. Bu Mahkeme'nin önemli bir ayrıcalığı, ünlü düşünür *Hans KELSEN' in*, hem kuruluşunda çok önemli bir rol oynaması, hem de 1929 yılına gelinceye değin üyeleri arasında yer almasıdır. ONAR, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetimi Alanında Ülkemizde Öncüler, s. 119

kurmuştur.¹⁹ Daha sonra 1961 Anayasa ile kurulan Türk Anayasa Mahkemesi gelmektedir. Türkiye’den sonra Anayasa Mahkemesi, 1976 Portekiz, 1978 İspanya Anayasaları tarafından kurulmuştur. Doğu Avrupa ülkelerinde sosyalist rejimlerin yıkılmasından sonra da hemen hemen hepsinde 1990’lı yıllarda birer Anayasa Mahkemesi kurulmuştur.²⁰

1.1.2. Anayasa Mahkemesi’nin Bulunmadığı 1924 Anayasası Dönemi

1924 Anayasası’nda, Anayasa Yargısıyla ilgili açık bir kural bulunmamakla beraber, 8. maddesinde, “*Hakkı kaza, millet namına usulü ve kanunu dairesinde mehakim tarafından istimal olunur.*” ; 103. maddesinde ise “*Teşkilatı Esasiye Kanununun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile ihmal veya tatil olunamaz. Hiçbir kanun Teşkilatı Esasiye Kanununa münafi olamaz.*” denilmekteydi.²¹

Görüldüğü gibi kanunların Anayasa’ya aykırı olamayacağı ilkesi 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu tarafından çok açıkça kabul edilmiştir. Ancak bu dönemde kanunların Teşkilât-ı Esasiye Kanununa uygunluğunu denetleyecek bir Anayasa Mahkemesi kurulmamıştır.²² Bununla beraber, Anayasa’da mahkemelerin, kanunların Anayasa’ya uygunluğunu denetleyebilecekleri yolunda açık bir hüküm de yer almaması, kanunların Anayasa’ya uygunluğunun mahkemelerce denetlenip denetlenemeyeceğinin, Anayasa’nın buna izin verip vermediğinin öğretilerinde tartışılmasına neden olmuştur.²³

Şu halde, her hangi bir dava mahkemesinin, baktığı uyuşmazlık çerçevesi içinde, yasama dışındaki resmi işlemlerin Anayasa’ya uygunluğu ile kanunların şekil yönünden Anayasa’ya

¹⁹Ancak bu Konseyin özellikle 1974 yılına kadar Anayasa Yargısı organı olarak kabul edilebileceği pek şüphelidir. Keza bu Konsey böyle kabul edilse bile 1974 yılına kadar etkinliği pek düşüktür. Üstelik Fransız sisteminde somut norm denetimi yolu da yoktur.

²⁰**GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır. ,

Sovyetler Birliğinin dağılışından sonra, gerek Doğu-Avrupa’daki ülkelerde, gerek Orta-Asya devletlerinde, Anayasa’ya uygunluk denetimini gerçekleştirecek model söz konusu olduğunda, tercihin merkezî bir yargı organından yana yapıldığı anlaşılmaktadır. Gerçekten, Arnavutluk, Azerbaycan, Belarus, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Ermenistan, Gürcistan, Kazakistan, Kırgızistan, Macaristan, Litvanya, Moldova, Özbekistan, Polonya, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovakya, Tacikistan ve Ukrayna’da hep bir Anayasa Mahkemesi kurulmuştur . **ONAR**, Kanunların Anayasa’ya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetimi Alanında Ülkemizde Öncüler, s. 120

²¹ **ALİEFENDİOĞLU**, Anayasa Yargısı, s. 69

²²**GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

²³ **ÖDEN**, s. 25

uygunluğunu incelemesi gerektiğinde hiç bir tereddüt olmamasına karşılık dava mahkemelerinin, kanunların öz yönünden Anayasa'ya uygunluğunu incelemek ve Anayasa'ya aykırı kanunların uygulanmasını ihmal etmek yetkisine, ki Anayasa Yargısı'nın esas ağırlık merkezini bu teşkil etmektedir, sahip olup olmadıkları sorusu tartışmalı bir konu olmuştur.²⁴

1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, gerek doktrinde gerek yargı organlarında, anılan Anayasa hükmünden yola çıkarak böyle bir denetimin yapılabileceğini savunular bulunduğu gibi, bunun mümkün olmadığını ileri sürüp, bu tür bir denetime karşı çıkanlar da olmuştur.²⁵

Birinci görüşe göre mahkemeler, millet adına yargı yetkisini kullandığına göre, bir dava nedeniyle uygulamak durumunda buldukları yasaların, Anayasa'ya uygun olup olmadığını da denetlemek yetkisine sahiptirler. Anayasa'nın, Anayasal Yargı'ya yer vermesi, iptal davasının açılabilmesi için gereklidir. Ancak mahkemelerin, Anayasa'ya aykırılık itirazlarını inceleyebilmeleri için Anayasa'nın bunu ayrıca belirtmesi zorunlu değildir.²⁶

Bazı mahkemelerin kararlarında, örneğin Akşehir Hukuk Mahkemesi tarafından 1950 yılında verilen bir kararda, mahkemelerin kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetleyebilecekleri ve Anayasa'ya aykırı kanunları uygulamaktan kaçınabilecekleri görüşü açıkça kabul edilmiştir.²⁷

İkinci görüşe göre ise, Anayasa'da mahkemelere Anayasa'ya uygunluk denetimi yapma yetkisi veren bir kural bulunmamaktadır. Anayasa, mahkemelerin doğrudan uygulayacakları kural değildir. Mahkemeler, yasama organınca yapılan yasaları, Anayasa'ya aykırı olduklarını ileri sürerek uygulamaktan kaçınmazlar.²⁸ Bu görüşe sahip olan hukukçular özellikle 1924 Anayasası'nın 52. maddesine dayanarak²⁹, bunun mümkün olmadığını iddia etmişlerdir. Söz

²⁴ **BALTA Tahsin Bekir**, Türkiye'de Anayasa Yargısı, AÜHFD, s. 548

²⁵ **ONAR Erdal**, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetimi Alanında Ülkemizde Öncüler, s. 166

²⁶ **ALİEFENDİOĞLU**, Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve itiraz Yolu, s. 103

²⁷ **ÖDEN**, s. 27, Ancak, bu görüş Yüksek Mahkemelerce benimsenmemiştir.

Mahkeme'nin gerekçesine göre, “...*Hakim, hüküm tesisinde esas tutulan mesele dolayısıyla inceleyeceği ve tatbik edeceği kanun hükmüne körü körüne, otomatik ve mutlak bir inkiyad ve itaat düsturu ile uyacak değildir. Çünkü, hakimi de takyid eden kanunu da Anayasa kayıt altına almış ve kendisine muhalif kanun mevcudiyetini 103. maddenin sarıh hükmü ile nefrelemiştir. Şu halde hakim evvela kanunların menba, menşe ve mastarı ana kanun olan Anayasa hükmüne ve ikinci planda da ona muhalif mevcudiyet iktisap edemeyecek bulunan diğer kanun hükümlerine tabi olmak durumundadır...*” **FEYZİOĞLU Turhan**, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Kazai Murakebesi, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1951, s. 257

²⁸ **ALİEFENDİOĞLU**, Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve itiraz Yolu, s. 104

²⁹52. maddenin son fıkrasına göre, “*Nizamnamelerin kavânine mugâyereti iddia olundukta bunun mercii hâlli Türkiye Büyük Millet Meclisidir.*”

konusu maddeye göre, tüzüklerin kanunlara aykırılığı ileri sürüldüğünde, bunun çözüm yeri Türkiye Büyük Millet Meclisi olacaktır. Bu hukukçulara göre, hakimlere tüzüklerin kanunlara uygunluğunu inceleme yetkisi bile tanınmadığına göre, kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisi evleviyetle tanınmış olamaz.³⁰

Yargı içtihadı ise, kanunların Anayasa ile bağdaşırılığını incelemeye yanaşmamıştır. Her ne kadar bazı alt adliye mahkemeleri böyle bir yetkiyi benimsedilerse de Temyiz Mahkemesi bu bakış açısını kabul etmemiştir. 1952'de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, geniş gerekçeli bir kararı ile, anılan yetkiyi reddetmiştir. Bu suretle reddedici görüş adli yargıda hâkimiyet kazanmıştır.³¹ İdari Yargı açısından ise, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, 1950 yılında verdiği ilk kararda yargı denetimini kabul etmemekle beraber, ikinci kararında Anayasal Yargı denetimini benimsemiştir.³² Şu halde, 1924 Anayasası döneminde, yasaların Anayasa'ya uygunluğu yalnız siyasal denetim yolu ile Meclis tarafından sağlanmış; yine bu dönemde itiraz yolu ile Anayasa'ya aykırılık savları mahkemelerce ilgi görmemiştir.³³

Özetle diyebiliriz ki, 1924 sistemi, yasaların Anayasa'ya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesi esasını kabul etmemiştir. Benimsenen yol, TBMM'nin kendi kendini denetlemesi, yani yasaların Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'na uygun düşüp düşmeyecekleri konusunda, bunlar tasarı aşamasındayken bir siyasal denetim yapmasıdır. Başta Anayasa Komisyonu olmak üzere TBMM'nin yetkili encümenleri ve genel kurulu bu hususla görevlidirler.³⁴

Buna karşılık, kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yokluğunun doğurduğu sorunlar giderek artmıştır. Bir yandan Meclis çoğunluğuna çoğunlukçu demokrasi anlayışının hakim olması, diğer yandan Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlarının çizilmesi konusunu Meclis çoğunluğunun iradesine bırakması, özellikle çok partili

³⁰ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 370

³¹ BALTA, s. 549

³² ALİEFENDİOĞLU, Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu, s. 104, Ayrıntılı bilgi için bkz , ONAR, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetimi Alanında Ülkemizde Öncüler, s. 178 vd.

³³ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, s. 268

³⁴ TANÖR Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, YKY, 10. Baskı, İstanbul, s. 307,

Anayasa Yargısı'nın kabul görmemesi yadırganmamalıdır. Çünkü o dönem Anayasalarında bu usul zaten geniş bir uygulama alanı bulmuş değildi. 1920 Avusturya modeli, bugünkü yaygınlığına ulaşmış olmaktan çok uzaktı. İkinci ve asıl önemli neden ise, 1924 Anayasası'nın saf millî egemenlik ve meclis içtüzüğü ilkelerinin damgasını taşımasıdır. Bu anlayış çizgisinde, millet adına egemenlik hakkını kullanan bir organın, millet adına vermiş olduğu kararlardan ve yasalardan ötürü yargı tarafından denetlenmesi beklenemezdi. TANÖR, s.307

demokrasiye geçişten sonra hak ve özgürlükleri ölçsüz sınırlandıran Anayasa'ya aykırı kanunlar çıkarılmasına olanak tanımıştır.³⁵

Bunun yanında, 1924 Anayasası Meclis'e, kuvvetler ayrılığı prensibi ile örtüşmeyen bir yapısı olan “*kanunları tefsir/yorumlama*” yetkisi de vermiştir.

Yasama yorumu en kısa tanımıyla, kanun koyucunun kendisi tarafından yapılan yorumdur. Bu yorum çeşidinde, kuralı koyan makam, kendi iradesinin ne yönde olduğunu belirtmek suretiyle, hukuk kuralının anlamını açıklığa kavuşturmaktadır. Yasama yorumunun yapılabilmesi için, ilgili pozitif hukuk sisteminin Anayasası tarafından öngörölmüş olması gerekir. Pozitif hukukta kabul edilmiş olduğu takdirde, yasama yorumu kanun gücündedir; bütün mahkemeleri ve yürütme organını bağlar. Her halükarda, kanunlar genel olarak geçmişe yürümezler; oysa yasama yorumu, uygulanacak eski bir kanunun anlamını açıkladığına göre geçmişe yürür.³⁶

1924 Anayasası'nın 26. maddesinde, “*Kanun koymak, kanunlarda değişiklik yapmak, kanunları yorumlamak, kanunları kaldırmak...*” yetkilerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu belirtilmişti. Bu maddeye dayanarak Türkiye Büyük Millet Meclisi, 1924 ile 1960 yılları arasında kanunların yorumlanmasıyla ilgili çeşitli yorum (tefsir) kararları vermiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, 12.5.1937 tarihli ve 991 sayılı kararı ile “*kanunda sayılan cürümlerin, haysiyet ve namusu ihlal ettiklerinin kabulü zorunlu olsa bile, bu kanunda sayılmayan diğer cürüm ve fiillerin haysiyet ve namusu ihlal etme anlamı içerisine girebileceğinden, haysiyet ve namusu ihlal eden fiillerin yalnız bu cürümlerle sınırlandırılmayacağı tabii bulunduğunu*” açıklayarak, yüz kızartıcı suçların kapsamını geçmişe kapsayacak şekilde genişletmiştir. Yasama yorumunu savunanlar, kanunu yapanın onu en iyi şekilde yorumlayabileceği varsayımına dayanmışlardır.³⁷

Yasama tefsirinin modern hukuk anlayışı ile bağdaşmayıp, yorumun yargının yetki alanına girdiği gerekçesiyle 1961 ve 1982 Anayasalarına bu hüküm alınmamıştır.³⁸

³⁵ ÖDEN, s. 26

³⁶ GÖZLER, Hukukun Genel Teorisine Giriş, US-A Yayıncılık, Ankara 1998, s. 162,163

³⁷ GÜRİZ Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2003, s.58

³⁸ SÖZER Ali Nazım, Hukukta Yöntembilim, Beta Yayıncılık, İzmir 2008, s. 27

1.1.3. Anayasa Mahkemesi Kurulduktan Sonraki Dönem

1.1.3.1. 1961 Anayasası Dönemi

1961 Anayasası'nın, Anayasa Yargısı'na ilişkin hükümleri ile 1982 Anayasası'nın bu konuya ilişkin hükümlerinin aynı mantıksal temele oturduğunu ve fakat aralarında düzenleme farklılıklarının bulunduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu nedenle, bu bölümde her iki Anayasa'nın genel nitelikleri bakımından karşılaştırılmasının ve 1982 Anayasası'na ilişkin düzenlemelerin sonraki bölümlerde ayrıntılı bir şekilde açıklanmasının daha uygun olacağı görüşündeyiz.

Bilindiği gibi ülkemizde, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimine yönelik ilk düzenleme, 1961 Anayasası'nda yer almıştır.³⁹

1961 Anayasası'nın Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşuyla ilgili 145. maddesinin gerekçesinde, “*Tasarı, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun kazai murakabesi prensibini kabul etmiştir.*” denilmek suretiyle Anayasal Yargı'nın benimsendiği belirtilmiştir. Daha sonra Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 22.4.1962 günlü, 44 sayılı yasayla Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu gerçekleştirilmiştir.⁴⁰

1982 Anayasası, 1961 Anayasası'na oranla bazı sınırlamalar getirmekle beraber, Anayasa Yargısını esasta aynen kabul etmiş ve bu yargı yetkisinin Anayasa Mahkemesi'nce kullanılması kuralını korumuştur. 44 sayılı yasayı yürürlükten kaldıran 10.11.1983 günlü, 2949 sayılı Yasa, Mahkeme'nin kuruluşu ve yargılama usullerini 1982 Anayasası'na göre yeniden düzenlemiştir.⁴¹

Bu bağlamda, gerek sözü edilen 1961 Anayasası'nda, gerek onu izleyen şimdiki 1982 Anayasası'nda, yargısal denetim türlerinden, merkezi bir yargı organı eliyle sürdürülen denetim türü benimsenmiş ve bu doğrultuda bir Anayasa Mahkemesi oluşturulmuştur.⁴²

Ancak belirtmek gerekir ki, 1961 Anayasası, istisnai bir durumda genel mahkemelere de bir kanunun, Anayasa'ya uygunluğu hakkında hüküm verme yetkisini tanımış olmakla beraber, bu konudaki esas yetkiyi Anayasa Mahkemesi'ne bırakmıştır.⁴³ 1961 Anayasası'nın 155. maddesine göre; “*...Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere altı*

³⁹ **ONAR**, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetimi Alanında Ülkemizde Öncüler, s. 143

⁴⁰ **ALİEFENDİOĞLU**, Anayasa Yargısı, s. 71

⁴¹ **ALİEFENDİOĞLU**, Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu, s. 104

⁴² **ONAR**, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetimi Alanında Ülkemizde Öncüler, s. 143

⁴³ **ÖZBUDUN**, Türk Anayasa Hukuku, s. 371

ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme Anayasa'ya aykırılık iddiasını, kanısına göre çözümlyerek davayı yürütür.”

Şu halde, 1961 Anayasası gereğince, genel mahkemelerin sınırlı da olsa Anayasa'ya aykırılık denetiminde bulunma yetkilerinin olduğu söylenebilir.

Hemen belirtmek gerekir ki, 1961 Anayasası'yla, Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemelere bazı koşullarla tanınan Anayasa'ya uygunluk denetimi yapabilme yetkisi, 1982 Anayasası'yla kaldırılmış ve itiraz yoluyla gelen işlerde Anayasa Mahkemesi'nin inceleme ve karar süresi beş aya indirilmiştir.⁴⁴ 1982 Anayasası'nın 152. maddesine göre, “...süre içinde karar verilmezse, mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır.” Ancak dikkat etmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi, kendisine itiraz yoluyla gelen işte beş ay içinde kararını vermez ise, yerel mahkeme yargıcının Anayasa'ya aykırı olduğuna inandığı “yürürlükteki yasa hükmüne” göre karar vermesi, Anayasa'nın 138. maddesindeki, yargıçların, sırasıyla Anayasaya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani kanılarına göre karar vereceklerine ilişkin kural ve Anayasanın üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmamaktadır.⁴⁵

Bunun dışında, 1982 Anayasası'na göre yürürlüğe girmiş bir kanuna karşı, sadece cumhurbaşkanı, iktidar partisi meclis grubu, ana muhalefet partisi meclis grubu veya TBMM üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki milletvekilleri iptal davası açabilirken; 1961 Anayasası'nda bu yetki daha geniş bir kesime tanınmış bulunmaktaydı.⁴⁶ Dava açma yetkisi sınırlandırılmamış olan, yani herhangi bir kanun hakkında iptal davası açabilen organlar, 1961 Anayasası'nın ilk metnine göre, Cumhurbaşkanı, son milletvekili genel seçimlerinde oyların en az yüzde onunu alan veya Türkiye Büyük Millet Meclisinde temsilcisi bulunan siyasi partiler veya bunların meclis grupları ve yasama meclislerinden birinin üye tam sayısının en az altıda biri tutarındaki üyeler idi.⁴⁷

1961 Anayasası'nda 1971 yılında yapılan değişiklikten sonra, dava açma yetkisinde kısmi bir daralmaya neden olan hükümler getirilmiştir.

Bu hükümlerle, Anayasa mahkemesine başvurulabilecek partilerde aranan şartlar değiştirilmiştir. Artık eskiden olduğu gibi, bir parti T.B.M.M. de tek temsilcisi de bulursa, Anayasa Mahkemesine başvurmayacaktır. Bu hak, T.B.M.M. de en az on üye bulunduran

⁴⁴ ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı, s. 74

⁴⁵ ALİEFENDİOĞLU, Yeni Bir Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi, AYD Cilt 14 Yıl 1997, s. 236

⁴⁶ ONAR, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetimi Alanında Ülkemizde Öncüler, s. 145

⁴⁷ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 395

yani en az bir Meclis grubu (T.B.M.M ortak grubuyla Cumhuriyet Senatosu grubu veya Millet Meclisi grubu) bulunan siyasi partilere tanınmıştır.⁴⁸

1982 Anayasası'nda bu yetkinin parti kimliğiyle sadece iktidar partisi veya ana muhalefet partisi meclis gruplarına tanındığını, buna karşılık T.B.M.M'de grubu bulunan, ya da son genel seçimde geçerli oyların belirli bir yüzdesini alabilmiş diğer siyasi partilerin ve sadece kendi varlık alanlarıyla ilgili kanunlarla sınırlı kalsa da bazı kurumların böyle bir yetkisinin olmadığını göz önüne aldığımızda; 1961 Anayasası döneminde 1971 değişikliğinden sonra dahi, 1982 Anayasası'na göre çok daha geniş bir kesime dava açabilme yetkisinin tanındığında kuşku yoktur.⁴⁹

1961 Anayasası'nda iptal dâvası, kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren hususlarda aşağıdaki organ ve kurumlar tarafından da açılabilecektir:

- a)Yüksek Hakimler Kurulu,
- b) Üst mahkemeler (Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay),
- c) Üniversiteler.⁵⁰

Böylece, 1961 Anayasası ile "*organ davası*" öngörülmüştür.

Ancak, 1982 Anayasasında, organ davası yolu tamamen kaldırılmıştır; yüksek mahkemelerle üniversitelerin, artık "*kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren*" alanlarda da iptal davası açma yetkileri yoktur.⁵¹

1961 Anayasası'nda yapılan değişikliğin en önemli yanı, şüphesiz, Anayasa Yargısı'nda Anayasa hükümlerinin maddi (esas) bakımından denetiminin açık bir hükümle kaldırılmış olmasıdır. Anayasa değişikliklerinin ve eklerinin Anayasa'ya uygun olarak yapıp yürürlüğe konulmaları ancak şekil bakımından denetlenebilecektir.⁵²

⁴⁸ **TİKVEŞ Özkan**, Anayasa'da Onbeş Yıllık Dönemde (1961-1976) Yapılan Değişiklikler ve Ekler, AÜHFD Cilt 34 Sayı 1-4, s. 48,

Maddenin değişikliğe uğramış şekli şöyledir;

MADDE 149: "*Cumhurbaşkanı; Yasama Meclislerindeki siyasi parti grupları ve Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu bulunan siyasi partiler ile son milletvekili genel seçimlerinde muteber oy sayısının en az % 10'u alan siyasi partiler; Yasama Meclislerinden birinin üye tamsayısının en az altıda biri tutarındaki üyeleri: kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda Yüksek Hakimler Kurulu, Yargıtay, Askeri Yargıtay ve üniversiteler, kanunların veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin veya bunların belirli madde ve hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile, Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilirler.*"

⁴⁹ **ONAR**, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetimi Alanında Ülkemizde Öncüler, s. 146

⁵⁰ **BALTA**, s. 561

⁵¹ **ÖZBUDUN**, Türk Anayasa Hukuku, s. 395

⁵² **TİKVEŞ**, s. 47

Bu anlamda, 1961 Anayasasında geniş ölçüde değişiklikler yapan 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun; Anayasanın, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 147. maddesini de değiştirmiş ve bu maddenin birinci fıkrasındaki "*Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetler*" hükmünü, "*Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüklerinin Anayasa'ya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasa'da gösterilen şekli şartlarına uygunluğunu denetler*" şekline dönüştürmüştür. Böyle olunca, yeni düzenleme, Anayasa Mahkemesinin o güne kadarki içtihatlarında, kendisinde gördüğü Anayasa değişikliklerini esas ve şekil açısından denetleme yetkisini daraltmakta ve sadece şekil açısından yapılacak denetime izin vermektedir.⁵³

1982 Anayasası açısından ise Anayasa değişikliklerinin yargı yolu ile denetlenmesi, esas yönünden önlendikten başka, şekil bakımından sadece "*teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği*" şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlanmaktadır.⁵⁴

Bunların dışında, itiraz yolu ile mahkemelerin doğrudan veya tarafların aykırılık iddiası üzerine yapabileceği başvurular, iki nokta dışında değişmemiştir denebilir. Bunlardan biri, itiraz yoluyla şekil yönünden Anayasa'ya aykırılık iddiasının ileri sürülebilmesi, diğeri Yüksek Mahkeme'nin, işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmi Gazete'de yayınlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamamasıdır.⁵⁵ Böylece, 1982 Anayasası'nın 148. maddesine göre, kanunların şekil yönünden Anayasa'ya aykırılık taşıdığı iddiası ile anayasal denetim, sadece iptal davası yoluyla ve salt Cumhurbaşkanı ve TBMM üyelerinin beşte biri tarafından, kanunun yayımlandığı tarihten itibaren 10 gün içinde istenebilecektir.

⁵³ **ONAR**, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, AÜHFY, Ankara 1993, s. 142,

1961 Anayasasında Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen 147. maddenin birinci fıkrasında, "*Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler*" hükmünün yer aldığını görüyoruz. Aynı şekilde 22.4.1962 tarih ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da da, yine kanunların ve yasama meclisleri içtüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunun denetimine yer verilmekte; Anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin özel bir düzenleme öngörülmemektedir. Ancak, bu dönemde Anayasa Mahkemesinin, Anayasa değişikliklerinin de bir kanun olmasından hareket ederek, kendisini bunları denetlemeye yetkili bulunduğunu ve bu denetimini hem şekil hem de esas açısından sürdürdüğünü görüyoruz. **ONAR**, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, s. 136

⁵⁴ **DURAN**, s. 61

⁵⁵ **DURAN**, s.68, Belirtmek gerekir ki, mahkeme kararlarına istikrar kazandırmak için getirilen bu süre çok uzundur. Yargısal kararların uzun süreli değişmez niteliği, toplumun dinamik yapısı, değer yargılarının ve koşulların değişken özelliği ile bağdaşmaz. . **ALİEFENDİOĞLU**, Yeni Bir Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi, s. 239

Ayrıca süreler hususunda değinmek gerekir ki, 1961 Anayasa'sı döneminde 90 gün olan iptal davası açma süresi 1982 Anayasası'nda altmış güne indirilmiştir.⁵⁶

Burada belirtmek gerekir ki, 1961 Anayasası açısından öngörülen 90 günlük süre hem esas hem de şekil denetimi açısından geçerlidir. 1982 Anayasası'nda öngörülen 60 günlük süre ise, esas denetimi içindir. Şekil denetimi ise, yukarıda da belirttiğimiz gibi 10 günlük süreye bağlanmıştır.

1961 ve 1982 Anayasaları arasında ortaya çıkan diğer bir fark da iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarih yönündendir. 1961 Anayasası'nda bu husus 152. maddede düzenlenmiş ve sonra da değişikliğe uğramıştır.

Bu maddede 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlüğe girmesi hususundaki takdir yetkisi 6 aydan 1 yıla çıkarılmıştır.⁵⁷ Aynı düzenleme 1982 Anayasası'nın 153. maddesinde de hüküm altına alınmıştır.

Mahkeme üyelerinin görevlerinin sona ermesi hususuna gelecek olursak, Türkiye'de Anayasa Mahkemesi üyeliği emeklilik dışında ayrıca Anayasa'nın 147'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre “...bir üyenin hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymesi halinde kendiliğinden; görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılması halinde de, Anayasa Mahkemesi üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ile sona erer.”⁵⁸

Son olarak, Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi öteki mahkemelerden gelen işlerde, “*olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı*” kararlar veremeyecektir.⁵⁹ Sadece tarafları bağlayıcı yetki, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin yerel mahkemede görülmekte olan davada uygulanacak kuralın, olay sırasında yürürlükte olduğunu, ancak inceleme sırasında yürürlükten kalkmış olduğunu gördüğü zaman önem kazanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırı gördüğü, ancak incelenmesi sırasında yürürlükten kalkmış olan kuralı iptal etmek yerine, Anayasa'ya aykırılığını belirtip olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı karar verebilmesi isabetli olacaktır.⁶⁰

Yukarıdan beri genel hatlarıyla anlatılmaya çalışılanlardan da anlaşılacağı gibi, Anayasa Mahkemesi'nin gerek 1961 gerek 1982 Anayasalarında, anayasal işlevini yerine

⁵⁶ ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı, s. 74

⁵⁷ GÖZLER, Türk Anayasaları, 1961 Anayasası, <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden 24 Ekim 2008 tarihinde faydalanılmıştır.

⁵⁸ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

⁵⁹ ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı, s. 74

⁶⁰ ALİEFENDİOĞLU, Yeni Bir Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi, s. 237

getirebilecek hükümlerle düzenlendiği ve bu anlamda bir Anayasal Yargı anlayışının gelişmiş olduğu söylenebilir. Ancak, konumuz bakımından önem arz eden, 1982 Anayasası'ndaki düzenlemeler olduğu için, burada yapılan açıklamaları bu açıdan yeterli buluyoruz. Günümüz Anayasa Yargısı'na ilişkin ayrıntılı bilgileri ise aşağıdaki bölümlerde aktaracağız.

1.1.3.2. 1982 Anayasası Dönemi

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nı takiben 10.11.1983 günlü, 2949 sayılı yasayla biçimlenmiştir.⁶¹

2709 sayılı 1982 Anayasası'nda da belirtildiği gibi Anayasa Mahkemesi, Yüksek Mahkemeler içinde kuruluşu, çalışma ve yargılama yöntemi ve görevleri açısından özel bir yere sahiptir. Bu nedenle bu alt başlıkta Anayasa Mahkeme'sinin önem arz eden bu özelliklerinin açıklanması gerektiği kanaatindeyiz.

1.1.3.2.1. Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu

1982 Anayasası'nın 146. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi on bir asıl ve dört yedek üyeden kurulur.

146. maddenin 2. ve 3. fıkrası şöyle devam etmektedir;

“Cumhurbaşkanı, iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve bir yedek üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurullarınca kendi Başkan ve üyeler arasında üye tam sayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; bir asıl üyeyi ise Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan Yükseköğretim Kurumları öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından; üç asıl ve bir yedek üyeyi üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçer.

Yükseköğretim Kurumları öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticileri ve avukatların Anayasa mahkemesine asıl ve yedek üye seçilebilmeleri için, kırk yaşını doldurmuş, yükseköğrenim görmüş veya öğrenim kurumlarında en az on beş yıl öğretim üyeliği veya kamu hizmetinde en az on beş yıl fiilen çalışmış veya en az on beş yıl avukatlık yapmış olmak şarttır.”

Buna göre, Anayasa Mahkemesi üyelerini her halükârda Cumhurbaşkanı atamaktadır. Ancak, 11 üyeden 8'i için birtakım makamlar (Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Sayıştay, Yükseköğretim Kurulu) Cumhurbaşkanına üç aday

⁶¹ ALİFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı, s. 337

göstermekte, Cumhurbaşkanı da bu adaylardan birisini Anayasa Mahkemesi üyesi olarak atamaktadır. Cumhurbaşkanı, 11 üyeden 3'ünü ise belli şartları taşıyan kimseler arasından doğrudan doğruya kendisi seçmektedir.⁶²

Bunun yanı sıra, Anayasa Mahkemesi, asıl üyeleri arasından dört yıl için bir başkan ve bir başkan vekili seçer. Bunlar, aynı göreve yeniden seçilebilirler.⁶³ 1961 Anayasası açısından ise durum tamamen farklıdır; zira Cumhurbaşkanı üyelerin seçiminde bu kadar etkin bir role sahip değildir.⁶⁴

Bunun dışında 1961 Anayasası açısından, iktisat ve siyasal bilimler alanlarında görev yapan üniversite öğretim üyeleri arasından seçilebilecek üye hariç, Mahkemenin tüm üyelerinin hukuk formasyonuna sahip olmaları zorunludur. Bugün ise, Cumhurbaşkanınca üst kademe yöneticileri arasından seçilecek üyelerin, hukukçu olmaları şart olmadıkları gibi⁶⁵ Askeri Yüksek İdare Mahkemesinden ve Sayıştay'dan gelen üyenin hukuk formasyonunun olmaması ihtimali de vardır.⁶⁶

2949 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre,

“Cumhurbaşkanı...bir asıl üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarındaki öğretim üyeleri içinden; üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; üç asıl ve bir yedek üyeyi ise 3 üncü Maddenin (2/b) ve (2/c) bentlerinde sayılanlar arasından doğrudan seçer.”

⁶² **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

Yüksek hakimler için, Anayasa ve 10 Kasım 1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun başka bir seçilme şartı aramamaktadır. Söz konusu kişiler için ayrıca 40 yaşını doldurmuş olmak, yüksek öğrenim yapmış olmak, kamu hizmetlerinde 15 yıl çalışmış olmak şartının arandığı vurgulanmamıştır. **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

⁶³ **GÖZÜBÜYÜK**, Anayasa Hukuku, s. 268

⁶⁴ **MADDE 145:** *“Anayasa Mahkemesi, on beş asıl ve beş yedek üyeden kuruludur. Asıl üyelerden dördü Yargıtay, üçü Danıştay Genel Kurullarınca kendi Başkan ve üyeleriyle Başsavcısı ve Başkanın sözcüsü arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Bir üye Sayıştay Genel Kurulunca kendi Başkan ve üyeleri arasından aynı usülle seçilir. Millet Meclisi üç, Cumhuriyet Senatosu iki üye seçer. Cumhurbaşkanınca da iki üye seçilir. Cumhurbaşkanı, bu üyelerden birini, Askerî Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla göstereceği üç aday arasından seçer. Anayasa mahkemesi, kendi üyeleri arasından, oyla ve üçte iki çoğunlukla, dört yıl için, bir başkan ve bir başkan vekili seçer, yeniden seçilmek caizdir.”*

⁶⁵ **ÖZBUDUN**, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayıncılık, s. 374

⁶⁶ **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

Şu halde, 3. maddenin 2/b ve 2/c bentlerine göre üç asıl ve bir yedek üye, Yükseköğretim Kurulu başkan veya üyesi veya Yükseköğretim Kurumu rektör veya dekanı veya müsteşar yardımcısı, general, amiral, büyükelçi, bölge valisi veya vali yahut avukatlar arasından seçilecektir.

Belirtmek gerekir ki, İspanya, Polonya, Portekiz, Çekoslovakya, İtalya, Avusturya ve Fransa'da Anayasa Mahkemesi yargıçları arasında çok sayıda kamu hukuku profesörü vardır. Hukukçu olmayan üyeleri ve hukukçu öğretim üyesi sayısı yönünden bakımından 1982 Anayasası, Avrupa modelinden ayrılmaktadır. Zira, Cumhurbaşkanı tarafından, Yüksek Öğretim Kurumu'nun öğretim üyeleri arasından göstereceği üç aday arasından bir asıl üyeyi seçmesi halinde, toplam üye sayısı olan on beş üyeden yalnız birinin hukuk, iktisat ya da siyasal bilimler öğretim üyesi olma durumu vardır.⁶⁷ Şu halde, Anayasa Mahkemesi üyesi olabilmek için, anayasa teorisi ve hukuku alanında bilimsel uzmanlık bilgisine sahip olmak şart değildir. Zira bu tür bir özelliğe sahip olmayan bir bürokrat ya da öğretim üyesi Anayasa Mahkemesi'ne üye olarak atanabilir.⁶⁸

Böylece, Anayasa Mahkemesinde hukukçu niteliğine sahip olmayan üyelerin oranının artması, bu mahkemenin yargısal fonksiyonunu olumsuz yönde etkilemektedir.⁶⁹

1.1.3.2.2. Anayasa Mahkemesi'nin Görevleri

Geniş anlamda anayasa yargısı, doğrudan doğruya Anayasa'ya uyulmasını sağlamak amacıyla güden her türlü yargı işlemini veya Anayasa Hukuku sorunlarının yargısal usuller içerisinde bir karara bağlanması sürecini ifade eder. Dar anlamda ise, anayasa yargısından, kanunların ve diğer bazı yasama işlemlerinin Anayasa'ya uygunluğunun yargısal merciler tarafından denetimi anlaşılır.⁷⁰

Türkiye'de, genellikle Anayasa Yargısı dar anlamda kabul edilmiş olmakla beraber⁷¹ Anayasa Mahkemesi'nin görev alanına dahil olan bazı konular da mevcuttur.

Bu anlamda, Anayasa Mahkemesi'nin görevleri yedi başlık altında toplanabilir :

⁶⁷ KABOĞLU Ö. İbrahim, Anayasa Yargısı, İmge Kitabevi, 2000, s. 38,39,40

⁶⁸ ERDOĞAN Mustafa, Anayasa Hukuku, Orion Yayınevi, 2007, s. 296

⁶⁹ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 374

⁷⁰ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 367,

Örneğin, Fransa Anayasası, Portekiz Anayasası, Bulgaristan ve Romanya Anayasaları anayasa yargısı organlarınınca, ayrıca, Cumhurbaşkanı ve milletvekilleri seçimlerinin denetimiyle ilgili görevler vermiştir. ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı, s. 37

⁷¹ ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı, s. 37

1.1.3.2.2.1. Anayasa'ya Uygunluk Denetimi Yapmak

1982 Anayasası'nın 148'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler.*"

Şu halde, Anayasaya uygunluk denetimi, Anayasa Mahkemesi'nin ana görevidir.⁷²

Hemen belirtmek gerekir ki, bir hükmün Anayasaya aykırılığının bahis konusu olabilmesi için o hükmün bir "*Anayasa meselesi*" teşkil eden bir hususa dair olması gerekir. Bundan anlaşıldığına göre, hakkında Anayasa'da hüküm bulunmayan hususlar "*Anayasa meselesi*" teşkil etmeyecek ve bu hususlara dair kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı da ortaya sürülemeyecektir.⁷³

Anayasa Mahkemesi'nin bu ana görevi, ileride detaylarıyla inceleneceğinden, şimdilik bu açıklamalarla yetiniyoruz.

1.1.3.2.2.2. Yüce Divan Sıfatıyla Yargılama Yapmak

1982 Anayasası'nın 148'inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "*Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar.*"

Anayasa Mahkemesi'nin, Yüce Divan olarak görev yapması, 1961 Anayasası ile hukukumuzda girmiştir. 1924 Anayasası döneminde ise, Yüce Divan, gerektiğinde kurulan, Yargıtay ve Danıştay üyelerinden oluşan bir Yüksek Mahkeme olarak görev yapmıştır.⁷⁴

1.1.3.2.2.3. Siyasi Partilerin Kapatılması Davalarına Bakmak

Anayasa Mahkemesi'nin bir diğer görevi de siyasi partilerin kapatma davasına bakmaktır. Bu görevin hukuki dayanağı 1982 Anayasamızın 69. maddesidir.

⁷² GÖZÜBÜYÜK, Anayasa Hukuku, s. 269

⁷³ ESEN Bülent Nuri, Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı, Ankara Üniversitesi Basım Evi 1966, s. 14

⁷⁴ GÖZÜBÜYÜK, Anayasa Hukuku, s. 270

69'uncu maddenin dördüncü fıkrasına göre, “*siyasi partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesince kesin karar bağlanır.*”

1.1.3.2.2.4. Siyasi Partilerin Mali Denetimini Yapmak

1982 Anayasamızın 69'uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “*Siyasi partilerin gelir ve giderlerinin amaçlarına uygun olması gereklidir. Bu kuralın uygulanması kanunla düzenlenir. Anayasa Mahkemesi'nce siyasi partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin kanuna uygunluğunun tespiti, bu hususun denetim yöntemleri ve aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar kanunda gösterilir. Anayasa Mahkemesi, bu denetim görevini yerine getirirken Sayıştay'dan yardım sağlar. Anayasa Mahkemesi'nin bu denetim sonunda vereceği kararlar kesindir*”.

1.1.3.2.2.5. Siyasi Partilerle İlgili İhtar İstemlerini Karara Bağlamak

22 Nisan 1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 104'üncü maddesine göre, “*Bir siyasi partinin, bu Kanunun 101. maddesi⁷⁵ dışında kalan emredici hükümleriyle diğer*

⁷⁵ **Madde 101 : (Değişik :12/8/1999-4445/16 md.)** “*Anayasa Mahkemesince bir siyasi parti hakkında kapatma kararı;*

a) *Bir siyasi partinin tüzük ve programının Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırı olması, sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlaması, suç işlenmesini teşvik etmesi,*

b) *Bir siyasi partinin, Anayasanın 68 inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı eylemlerin işlendiği odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespiti,*

c) *Bir siyasi partinin, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alması,*

hallerinde verilir.

(**Ek: 26/03/2002-4748/4 md.**) *Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkranın (a) ve (b) bentlerinde sayılan hallerde temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin almakta olduğu son yıllık Devlet yardımı miktarının yarısından az olmamak kaydıyla, bu yardımdan kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına, yardımın tamamı ödenmişse aynı miktarın Hazineye iadesine karar verebilir.*”

Anayasa'nın 68/4. maddesine göre ise,

“*Siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.*”

kanunların siyasi partilerle ilgili emredici hükümlerine aykırılık halinde bulunması sebebiyle o parti aleyhine Anayasa Mahkemesine, Cumhuriyet Başsavcılığınca re'sen yazı ile başvurulur. Anayasa Mahkemesi söz konusu hükümlere aykırılık görürse, bu aykırılığın giderilmesi için ilgili siyasi parti hakkında ihtar kararı verir. Bu karar, o siyasi parti genel başkanlığına yazılı olarak bildirilir. Bu yazının tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde aykırılık giderilmediği takdirde, Cumhuriyet Başsavcısı Anayasa Mahkemesine bu siyasi partinin kapatılması için resen dava açar”.

1.1.3.2.2.6. Uyuşmazlık Mahkemesine Başkan Seçmek

1982 Anayasası'nın 158. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “...Uyuşmazlık Mahkemesinin başkanlığını, Anayasa Mahkemesince kendi üyeleri arasından görevlendirilen üye yapar.”⁷⁶

1.1.3.2.3. Anayasa Mahkemesi'nin Çalışma ve Yargılama Usulü

1982 Anayasası'nın 149'uncu maddesinin ilk fıkrasına göre, “Anayasa Mahkemesi, Başkan ve on üye ile toplanır”. Bu anlamda mahkemenin toplantı yeter sayısı 11dir. 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun'un 41. maddesine göre ise, “Başkan ve asıl üyelerden mazereti olanların yerini kıdem esasına göre yedek üyelerle tamamlar”

2949 sayılı Yasa'nın 42. maddesine göre, Anayasa Mahkemesinin müzakereleri gizlidir. Kararlar salt çoğunlukla verilir. Anayasa değişikliklerinde, iptal kararı verilebilmesi için üçte iki oy çokluğu şarttır. Oylamaya en kıdemsiz üyeden başlanır.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 11. maddesine göre, üyeler çekimser oy kullanamaz.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanunun 29'uncu maddesine göre, Anayasa Mahkemesi taleple bağlıdır. Şu halde, Anayasa Mahkemesi iptal davası veya itiraz yoluyla iptali istenmemiş hükümler hakkında karar veremez. Yani, bir kanunun sadece bazı hükümleri hakkında iptal isteminde bulunulmuş, diğer hükümleri hakkında iptal isteminde bulunulmamışsa, Anayasa Mahkemesi iptali istenen hükümler dışındaki hükümler hakkında karar veremez.⁷⁷

⁷⁶ Anayasa'nın 158. maddesine göre, “ Uyuşmazlık Mahkemesi, adli, idarî ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyumsuzluklarını kesin olarak çözümlenmeye yetkilidir.”

⁷⁷ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

Ancak başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya İçtüzüğün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhinde yapılmış olup da, bu belirli madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya İçtüzüğün bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya İçtüzüğün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir. (2949 sayılı yasa md. 42)

Son olarak, 2949 sayılı Kanunun 29'uncu maddesinde göre, *“Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnameler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir.”*

1.2. Anayasa Mahkemesi Denetimi

1.2.1. Genel Olarak

Yürürlükteki Anayasamızın 148. maddesinin ilk fıkrasına göre, *“Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasa’ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler.”*

Bu fıkraya göre Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olan normlar, diğere bir ifadeyle, anayasaya uygunluk denetimine konu teşkil eden düzenlemeler şunlardır:

Kanunlar, Kanun Hükmünde Kararnameler, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ve Anayasa değişiklikleri.⁷⁸

Anayasa Mahkemesi'nin denetleyebileceği düzenlemeler açısından ayrıntılara girmeden önce belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi, 1961 rejiminde, sadece milletlerarası antlaşmalar hariç, kanunların, bütçe kanunlarının, içtüzüklerin, kanun hükmünde kararnamelerin ve hatta Anayasa değişikliklerinin Anayasa'ya ve üstün hukuk kurallarına uygunluğunu şekil ve esas yönünden, dava ve itiraz yolları ile, yargısal biçimde denetleyebilmiştir. Yeni Anayasa, bu suretle yargısal denetime konu olabilecek işlemleri sınırladığı gibi, bunların denetlenebilecek yönlerini de kısıtlamaktadır.⁷⁹

⁷⁸ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

⁷⁹ DURAN, s. 60

1.2.2. Anayasa Mahkemesi'nin Denetimine Tabi Normlar

1.2.2.1. Anayasa Değişiklikleri

1982 Anayasamızın 148'inci maddesinin ilk fıkrasına göre, “*Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceler ve denetler*”.

Bu anlamda, yukarıda çeşitli yerlerde de değinildiği gibi, 1982 Anayasası bakımından Anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi tarafından esastan incelenmesi mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin denetleme yetkisi şekil denetimiyle sınırlı olup, şekil denetimini de ancak “*teklif ve oylama çoğunluğunun ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına*⁸⁰ *uyulup uyulmadığı*” hususları açısından irdeleyebilir.⁸¹

Ancak belirtmek gerekir ki, kamuoyunda “*Türban Kararı*” olarak bilinen 9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 1. ve 2. maddelerine ilişkin olarak **05.06.2008** tarihli ve **2008/6 E., 2008/116 K.** sayılı Anayasa Mahkemesi'nin verdiği karar ile Anayasamızın 148. maddesindeki şekil denetimine ilişkin düzenleme fiilen genişletilmiştir denilebilir. Zira Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasanın 148 inci maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin “*teklif...şartına uyulup uyulmadığı*” hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm, “*geçerli teklif*” koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içermektedir.⁸² Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin esasa ilişkin nihai gerekçesine göre,

⁸⁰ 148. maddede , “*ivedilikle görüşülemeyeceği şartı*”ndan bahsediliyorsa da , Anayasa'nın 175. maddesinin ilk şeklinde yer alan “*ivedilikle görüşülemez*” şartı 17 Mayıs 1987 tarih ve 3361 sayılı Kanunla Anayasa değişikliği teklifleri TBMM Genel Kurulu'nda iki defa görüşülür şartıyla değiştirilmiştir. **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 617

⁸¹ Anayasamızın 175. maddesine göre, “*Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür.*”

⁸² “*...Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasayı değiştirme yetkisi TBMM'ne tanınmıştır. Kaynağı Anayasa olan bu yetkinin Anayasa'nın öngördüğü yöntemlerle ve Anayasaya uygun olarak kullanılacağı kuşkusuzdur. Yasama organı bu yetkisini 175. maddede belirtilen yöntemle kullanırken, yetkinin her şeyden önce asli kurucu iktidar tarafından kullanılmasına izin verilen bir yetki olması gerektiği açıktır.*

Anayasa'nın 4. maddesinde “*Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez*” denilmek suretiyle, 175. maddede belirlenen yetkinin kullanılmayacağı, kullanılsa dahi hukuken geçerli olamayacağı alanlar açıkça belirlenmiştir.

“Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren ve işlevsizleştiren bu düzenleme Anayasa’nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğundan, Anayasa’nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif koşulunun yerine getirilmiş olduğu kabul edilemez.”

Anayasa’nın 148. maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilecek bir Anayasa değişikliği hukuken geçerli olamayacağı gibi, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifi yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından, yetkisiz olduğu bir alanda yasama faaliyetine hukuksal geçerlilik tanımak da mümkün değildir.

Anayasa değişikliklerinin yukarıda belirtilen Anayasa normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasanın ilk üç maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerekir. Bu çerçevede Anayasa’nın yetki normu olan 175. maddesi, bu yetkinin sınırını çizen 4. maddesi ve bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının hukuksal müeyyidesini belirleme yetkisini öngören 148. maddesinin birlikte değerlendirilmesi zorunludur.

Anayasa’nın 175. maddesine göre kullanılacak Anayasa’yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa’nın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, teklif ve oylama çoğunluğuna uyularak ve nihayetinde ivedi görüşme yasağı ihlal edilmeden kullanılmış olması gerekir. Teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken geçersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle etkin kılınmasının gerekçesi olamaz. Zira kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, asli kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır.

Anayasanın 148 inci maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin “teklif ... şartına uyulup uyulmadığı” hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm, yukarıdaki açıklamalar ışığında, “geçerli teklif” koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içerir.

Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa’nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda Anayasa’nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa’nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa’nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez.

Dolayısıyla Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa’nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa’ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesi’nin, 5735 sayılı Kanun’un 1. ve 2. maddelerinin Anayasa’ya uygunluğunu inceleyebileceğinin ve söz konusu maddelerin Anayasa’nın 10. ve 42. maddelerini değiştiren hükümlerinin Cumhuriyetin Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen niteliklerine aykırı olup olmadığı, aykırı olduğuna karar vermesi halinde bu hükümleri Anayasa’nın 4. maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğinin kabulü gerekir.”

Bunun dışında, belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi, TBMM tarafından kabul edilip halk oylamasına sunulmak amacıyla Cumhurbaşkanı tarafından Resmi Gazete’de yayımlanmış olan Anayasa değişikliği kanunlarına karşı da bu kanunların Resmi Gazete’de yayımlanmasından itibaren 10 gün içinde Anayasa Mahkemesi’ne iptal davası açılabileceğini kabul etmektedir.⁸³

27.11.2007 tarihli ve **2007/99 E, 2007/86 K** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, “...31.05.2007 tarihinde TBMM Genel Kurulunda kabul edilmekle yasalaşan 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun TBMM’nin Anayasayı değiştirme yetkisi kapsamındadır. Değişikliğin henüz yürürlüğe girmemiş olması bu sonucu değiştirmemektedir. Yasanın yürürlüğe girmesi tali kurucu iktidar olarak TBMM’yi değil, diğer devlet organlarını ve bireyleri bağlayıcı olabilmesinin önkoşuludur. Anayasada TBMM’nin Anayasayı değiştirme yetkisini kullanmasına, halkoyuna sunulan yasalar üzerinde tasarrufta bulunmama biçiminde bir istisna öngörmemektedir. Halkoyuna sunularak kabul edilen bir Anayasa değişikliğini yürürlükten kaldırma yetkisine sahip olan TBMM, henüz referandumda oylanmamış ve yürürlüğe girmemiş bir Anayasa değişikliği yasası üzerinde evleviyetle tasarruf yetkisine sahiptir...” şeklindeki gerekçesi ile konuya ilişkin görüşünü beyan etmiştir.

1.2.2.2. Kanunlar (Yasalar)

Yürürlükteki Anayasamızın 148’inci maddesinin ilk fıkrasına göre, “Anayasa Mahkemesi kanunların...Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler.”

Anayasal denetim konusuna giren yasa, yasama organı tarafından Anayasa’nın öngördüğü usule göre çıkarılan metindir.⁸⁴ Burada “kanun” deyiminin maddi anlamda değil, şekli anlamda kullanıldığına şüphe yoktur.⁸⁵

⁸³ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 617

GÖZLER’e göre, “Halkoylaması yoluyla kabul edilen Anayasa değişikliği kanunları hakkında ancak halkoylamasından sonra Anayasa Mahkemesi’nde iptal davası açılabilir. Çünkü söz konusu kanun, henüz geçerlilik kazanmamış, hukuk alanında doğmamıştır. Henüz hukuk alanında varlık kazanmamış bir işleme karşı ise herhangi bir dava açılamaz. Anayasamızın 148. maddesinin 2. fıkrasında, Anayasa değişikliği kanunlarının şekil bakımından denetlenmesinin kanunun Resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren on gün içinde istenebileceği yolundaki hükümden de bir sonuç çıkarılamaz. Çünkü halk oylamasına sunulan Anayasa değişikliği kanunları, Resmi Gazete’de geçerlilik veya yürürlük için değil, “ halk oylamasına sunulmak amacıyla” yayımlanmaktadır. Söz konusu kanun, henüz geçerlilik kazanmamış, kabul edilip edilmeyeceği de halkoylamasının sonucuna bağlı olan bir kanundur.”

⁸⁴ ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı, s. 118

Şu halde, Anayasa’da bir ayırım yapılmadığına göre, genellik ve objektif nitelikleri bulunmayan ancak, T.B.M.M’nce kabul edilen metinler yasa sayılır ve Anayasal Denetim kapsamına girer.⁸⁶

Bu anlamda, bütçe kanunları, kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hakkında kanunlar gibi hukuk normu koymayan kanunlar da Anayasa Mahkemesi’nin denetim alanının kapsamına girer.⁸⁷

Anayasa Mahkemesi, Osmanlı Devleti döneminde çıkarılan ve yasa adını taşımadığı halde, niteliği yönünden yasa hükmü ve gücünde olan bazı metinlerin dava konusu edilebileceğini kabul etmiştir.⁸⁸

Anayasa Mahkemesi, **6.07.1965** tarih ve **1965/41 K** sayılı kararında 10.4.1322 tarihli Âsar-ı Atika Nizamnamesinin Anayasa’ya uygunluk denetlenebileceğine şu gerekçeyle karar vermiştir:

“Âsar-ı Atika Nizamnamesi, bir yasayı uygulama amacıyla çıkarılmış olmayıp, konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikte kurallar koymakta ve bu niteliği bakımından Anayasa’nın 107. maddesinde sözü edilen ve yasanın uygulanma biçimini belirten veya yasanın buyurduğu işleri açıklayan tüzüklerden ayrı bir durum göstermekte ve yürürlüğünden önceki mevzuatı ortadan kaldırmaktadır. Gerçekten Nizamnamenin yürürlüğe girdiği günde Mebusan Meclisi süresiz kapatılmış, böylece yasama ve yürütme erki Devleti temsil eden Padişahın elinde toplanmış ve onun iradesi kanun kuvvetinde bulunmuştur.”

Keza Anayasa Mahkemesi **3.05.1966** tarih ve **1966/25 K** sayılı kararıyla 1882 tarihli Zabıta-i Saydiye Nizamnamesinin *“adı nizamname olmakla birlikte toplum için uyulması zorunlu, genel, soyut, sürekli ve konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikte”* kurallar koyduğu gerekçesiyle kanun değerinde görmüş ve denetlemiştir.⁸⁹

Yukarıda izah edilenlerden anlaşılacağı gibi, Anayasa Mahkemesi tüm kanunları denetleme yetkisine sahip olmakla beraber bir kanun türü, bu denetimin istisnasını

⁸⁵ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 377,

Şekli kanun, yetkili organ yada yasama meclislerince öngörülen usullere uyularak yapılan işlemdir. Şekli kanun anlayışında, kanunun içeriği ve kapsamı önemli değildir. Kanun, onu yapan organa göre nitelendirilir. Maddi kanun anlayışı ise kanunun içeriğinin ne olduğunu araştırır. Bu anlayışta işlemin kaynağı, yani yapan organ dikkate alınmaz; bir metnin genel, soyut, kişisel olmayan kurallar içermesi durumunda, ortada bir kanun var demektir. **TEZİÇ Erdoğan**, Anayasa Hukuku, Beta 2001, s. 12

⁸⁶ **ALİEFENDİOĞLU**, Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu, s.106

⁸⁷ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 377

⁸⁸ **ALİEFENDİOĞLU**, Anayasa Yargısı, s. 119

⁸⁹ **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

oluşturmaktadır. Anayasamızın İnkilap kanunlarının korunması başlıklı 174 maddesini irdelediğimizde, söz konusu İnkilap kanunlarının Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı hükmünü görürüz. Bu anlamda, bu kanunlarla ilgili olarak Anayasal denetimde bulunulamayacağı açıktır.⁹⁰

Son olarak ise, kanunların Anayasa'ya uygunluğu denetimi, esas yönünden tam olarak yapılabilirse de şekil bakımından (sadece) “*son oylamanın öngörülen çoğunlukta yapıp yapılmadığı*” noktasında icra edilebilecektir.⁹¹

1.2.2.3. Kanun (Yasa) Hükmünde Kararnameler

1982 Anayasamızın 148'inci maddesinin ilk fıkrasına göre, “*Anayasa Mahkemesi....kanun hükmünde kararnamelerin...Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler.*”

1924 Anayasasında ve 1961 Anayasasının ilk şeklinde mevcut olmayan kanun hükmünde kararname (KHK), bu Anayasa'da 1971 yılında 1488 sayılı kanunla yapılan değişiklikler arasında hukukumuza girmiştir.⁹²

Bu anlamda, kanun hükmünde kararname çıkarabilme, 1961 Anayasası'nın 22.9.1971 günlü, 1488 sayılı yasayla değişik 64. maddesiyle verilen bir yetkiye dayanmakta ve bu maddenin son fıkrasındaki hüküm nedeniyle Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı kılınmaktaydı.⁹³

Kanun hükmünde kararname (KHK), yasama organının verdiği yetki üzerine, Bakanlar Kurulu'nun, yürürlükteki kanunları değiştiren işlemleridir.⁹⁴ KHK'nın yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farkı, kanuna eşit hukuki güçte oluşudur. Diğer bir deyimle, tüzük ve yönetmelik gibi diğer düzenleyici işlemlerin, yürürlükteki kanun hükümlerini

⁹⁰ Belirtmek gerekir ki, anayasal denetimin, mülga edilmeden önce, diğer önemli bir istisnasını ise Anayasamızın geçici 15. maddesinin son fıkrası oluşturmaktaydı. Buna göre, “*12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türkiye milleti adına kullanan, 2356 sayılı kanunla kurulu Milli Güvenlik Konseyi dönemi içerisinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemez.*” hükmü 3.10.2001 tarihinde 4709 sayılı yasanın 34. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

⁹¹ DURAN, s. 63

⁹² ÖZBUDUN, 1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler, AYD Cilt 2, Yıl 1985, s. 227

⁹³ ALİEFENDİOĞLU, Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu, s. 107

⁹⁴ TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s. 29

değiştirmeleri veya kaldırmaları mümkün olmadığı halde, KHK ile yürürlükteki kanun hükümleri değiştirilebilir veya kaldırılabilir.⁹⁵

Anayasamızın 91. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını gösterir.*”

Bu anlamda önceden bir yetki kanunuyla yetkilendirilmedikçe, Bakanlar Kurulu, kendiliğinden KHK çıkaramaz.⁹⁶

Kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetimine gelecek olursak, en başta da belirtildiği gibi bu denetimi Anayasa Mahkemesi yapar ve bu denetim hem Şekil hem de esas bakımındandır.

KHK’lar açısından Anayasa Mahkemesi’nin denetim yapamadığı durumlar da söz konusudur. Bu istisnalar, Anayasa’nın 148. ve geçici 15. maddelerinden kaynaklanmaktadır. Bu hususlara ileride değinilecektir.

Bunun yanında, KHK’ların yargısal denetimi açısından, doktrinde, bazı koşullarda bu denetimin Danıştay tarafından yapılabileceği ileri sürülmüőe de çoğunluk bu denetimin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmasını uygun bulmaktadır. Konumuzun özelliği gereği biz bu tartışmalara burada değinmeyi gereksiz buluyoruz.

1.2.3. Anayasa Mahkemesi’nin Denetimine Tabi Olmayan Normlar

1.2.3.1. Milletlerarası Antlaşma Hükümleri

1982 Anayasamızın 90’inci maddesinin son fıkrasına göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar.....hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*”

Ayrıca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanununun 23’üncü maddesine göre de “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar aleyhine, Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*”

Antlaşmalar aleyhine Anayasa’ya aykırılık savıyla başvuru yapılamamasını, dış ilişkilerde güvenilirlik nedenine bağlayanlar olduğu gibi, kurallar hiyerarşisinde antlaşmaların yasalardan daha önce geldiği savına dayananlar da bulunmaktadır. Bunlara göre bir devlet, uluslararası bir sözleşmeyi imzalayıp onaylayarak kendisi açısından hüküm ifade eder duruma

⁹⁵ ÖZBUDUN, 1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükümünde Kararnameler, AYD Cilt 2, Yıl 1985, s. 227

⁹⁶ ÖZBUDUN, 1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükümünde Kararnameler, s. 230

getirirken, koyduğu çekinceler dışında, sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki etkilerini bilerek bunu yapıyor demektir.⁹⁷

1.2.3.2. İnkılap Kanunları

1982 Anayasamızın 174'üncü maddesine göre “...aşağıda gösterilen inkılâp kanunları....Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz.”

Buna göre, Anayasanın 174'üncü maddesinde sayılan bu kanunlar şunlardır :

1. 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu;
2. 25 Teşrinisani 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun;
3. 30 Teşrinisani 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Ünvanların Men ve İlgasına Dair Kanun;
4. 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikah esası ile aynı kanunun 110 uncu maddesi hükmü;
5. 20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun;
6. 1 Teşrinisani 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki hakkında kanun;
7. 26 Teşrinisani 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi Lakap ve Ünvanların Kaldırıldığına dair Kanun;
8. 3 Kanunuevvel 1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanununun 24. maddesi de hangi düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılıklarının iddia edilemeyeceğini tek tek saymıştır.

Bu anlamda, inkılâp kanunlarının Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilemez ve Anayasa Mahkemesi bunları denetleyemez.⁹⁸

1.2.3.3. Milli Güvenlik Konseyi Döneminde Çıkarılan Kanunlar

1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiş olan, “12 Eylül 1980 tarihinden ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık

⁹⁷ ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı, s. 231, 232

⁹⁸ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türkiye milleti adına kullanan, 2356 sayılı kanunla kurulu Milli Güvenlik Konseyi dönemi içerisinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemez.” hükmü, 3.10.2001 tarihinde 4709 sayılı yasanın 34. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olduğundan, artık bu döneme ilişkin düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmesinde engel teşkil edebilecek bir durum söz konusu değildir.

1.2.3.4. Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleri

1982 Anayasamızda, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerini yargı denetimi dışında tutmuştur. Yürürlükteki Anayasamızın 148. maddesinin 1. fıkrası ile *“Olağanüstü hallerde ve sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmaz”* hükmü getirilmiş ve bu tip kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetim yolu kapatılmıştır.

Bilindiği gibi bu tür kararnamelerin isimleri kanun hükmünde kararname olmakla beraber, gerek dayandıkları yetki, gerekse amaç ve işlevleri nedeniyle olağan kanun hükmünde kararnamelerden çok ayrıdır; olağan kanun hükmünde kararnameler, belli konularda çıkarılabildiği halde, olağanüstü hal ve sıkıyönetim yasa hükmünde kararnameleri, olağanüstü halin ya da sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda *“Anayasa'nın 15. maddesindeki kapsam ve sınır içinde”, “temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması için”* çıkarılabilir.⁹⁹

Bunun yanı sıra, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerini çıkarabilmek için herhangi bir yetki kanununa ihtiyaç yoktur. Bu yetki doğrudan Anayasa'dan kaynaklanmaktadır. Anayasa'nın 121. maddesinin üçüncü ve 122. maddesinin ikinci fıkrasında olağanüstü hal ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun olağanüstü halin ve sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabileceği öngörülmektedir.¹⁰⁰ Böyle bir uygulama için ise yargısal denetimin yapılamaması hukuk devleti ilkesini zedeleyici niteliktedir; zira temel hak

⁹⁹ ALİFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı, s. 211

¹⁰⁰ YAVUZDOĞAN Seçkin, Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Mümkün müdür?, 29.09.2008 tarihinde http://www.akader.info/KHUKA/2004_eylul/12.htm (Kamu Hukuku Arşivi) adresinden yararlanılmıştır.

ve özgürlüklerin Anayasa'nın 15. maddesine dayanarak getirilen sınırlamaların hukukla bağdaşır bir yanının bulunup bulunmadığı denetlenememektedir.

Bu anlamda, olağanüstü dönemde çıkarılan KHK'lar için öngörülen asıl denetim TBMM'nin siyasi denetimidir. Anayasa'nın 121. ve 122. maddeleri uyarınca olağanüstü dönem KHK'leri Resmi Gazete'de yayımlandıkları gün Meclisin onayına sunulurlar.¹⁰¹

Hemen belirtmek gerekir ki Anayasa'daki bu açık hükme rağmen Anayasa Mahkemesi bu tür kararnameleri inceleme yetkisini kendisinde görmüştür.

Anayasa Mahkemesi olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerini ilk kez 1990 yılında inceleme fırsatını bulabilmiştir. 424, 425 ve 430 sayılı kanun hükmünde kararnameler için inceleme yapmış ve 425 ve 430 sayılı kanun hükmünde kararnameleri esastan denetlemiştir. 424 sayılı kanun hükmünde kararnameyi esastan incelemeye geçeceği sırada hükümet, 424 sayılı kanun hükmünde kararnameyi yürürlükten kaldırmış ve onun yerine 430 sayılı kanun hükmünde kararnameyi yürürlüğe sokmuştur. Anayasa Mahkemesi 425 ve 430 sayılı kanun hükmünde kararnamelerin anılan maddelerini iptal ederken de olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin yargısal denetim yasağını aşmıştır.¹⁰²

Bizce de kriz dönemleri dahil, yasama işlemlerinin Anayasal Yargı denetimine, yürütmeye ait işlemlerin, parlamento yoluyla siyasal, yargı organları yoluyla yargısal denetime bağlı olması, hukuk devletinin korunması ve olağanüstü dönemin hukuksallığı için gereklidir.¹⁰³

1.2.4. Parlamento Kararları

Parlamento kararları, TBMM'nin iç yapısına ve çalışma düzenine ilişkin olarak veya TBMM'nin yürütme ve yargı organlarıyla ilişkileri çerçevesinde aldığı kararlardır.¹⁰⁴ Bu kararlar, norm olarak adlandırılmayacağı için ayrı bir başlıkta değerlendirilme gereği duyulmuştur.

TBMM tarafından alınan bu kararların bir kısmı Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olup bir kısmı da bu denetimin dışındadır.

¹⁰¹ TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s. 38

¹⁰² YAVUZDOĞAN, 29.09.2008 tarihinde http://www.akader.info/KHUKA/2004_eylul/12.htm (Kamu Hukuku Arşivi) adresinden yararlanılmıştır.

¹⁰³ ALİEFENDİOĞLU, Yeni Bir Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi, s. 226

¹⁰⁴ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa Ocak 2008, s. 331

Anayasamız, parlamento kararlarını Anayasa Mahkemesi'nin denetimine üç istisna dışında tabi tutmamıştır. Bu istisnalar TBMM İçtüzüğü¹⁰⁵, dokunulmazlığın kaldırılması ve milletvekilliğinin düşmesi kararlarıdır.¹⁰⁶ Anayasa'da, diğer parlamento kararlarının denetlenebileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. O halde belirtilen üç parlamento kararı dışında kalan parlamento kararlarının, Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi söz konusu değildir.

1.2.5. Anayasal Denetim Yolları

1.2.5.1. İptal Davası (Soyut Norm Denetimi)

İptal davası, Anayasa'da belirtilen bazı organların bir kanun aleyhinde doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmalarıyla gerçekleştirilen denetimdir. Bu durumda kanunun uygulandığı somut bir olay veya dava yoktur. Anayasaya aykırılık iddiası ve denetimi herhangi bir dava ile ilgili olmaksızın, soyut olarak gerçekleştirildiği için iptal davası yoluna “*soyut norm denetimi*” de denmektedir.¹⁰⁷ İptal davasına konu olan Anayasa'ya aykırılık savı, “biçim” yönünden olabileceği gibi, “öz” başka bir deyişle “esas” yönünden de olabilir.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Anayasamızın 148'inci maddesinin ilk fıkrasına göre, “*Anayasa Mahkemesi...Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler*”.

Yasama meclislerinin kendi iç çalışmalarını düzenlemek amacıyla koydukları kurallara içtüzük adı verilir. (ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 220) Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü hukukî niteliği itibarıyla bir parlamento kararı olmasına rağmen, 1982 Anayasası, bu parlamento kararının taşıdığı önem dolayısıyla onu Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi tutmuştur. (GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.) Zira, içtüzükler, devlet başkanının yayımına bağlı olmadan, Meclis tarafından “ karar” başlığı altında Resmi Gazete'de yayımlanırlar. (TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s. 60)

Meclis içtüzüğü'nün yargısal denetimine gelince, bunun, hem esas hem de şekil yönünden tümü ile ve serbestçe incelenebileceği anlaşılmaktadır. Çünkü Anayasa, şekil açısından denetlemeyi yalnızca kanunlar konusunda sınırlamış (md. 148/2); KHK ve içtüzük hakkında böyle bir kısıtlama getirmemiştir. DURAN, s. 63

¹⁰⁶ Anayasa'nın 85. maddesine göre, “*Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine 84 üncü maddenin birinci, üçüncü veya dördüncü fıkralarına göre karar verilmiş olması hallerinde, Meclis Genel Kurulu kararının alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde ilgili milletvekili veya bir diğer milletvekili, kararın, Anayasaya, kanuna veya İçtüzüğe aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesi, iptal istemini on beş gün içerisinde kesin karara bağlar.*”

¹⁰⁷ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 395

¹⁰⁸ GÖZÜBÜYÜK s. 270

1.2.5.1.1 Dava Açma Yetkisi

1982 Anayasamızın 150'nci maddesine göre,

“Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, iktidar ve ana muhalefet partisi meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. İktidarda birden fazla siyasi partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip olan parti kullanır.”

Bu anlamada iptal davası açmaya yetkili olanlar,

- Cumhurbaşkanı,
- İktidar ve ana muhalefet partileri meclis grupları, (2949 sayılı Kanun'un 26. maddesine göre, iktidar ve ana muhalefet partisi meclis gruplarının iptal davası açabilmeleri için üye tamsayısının salt çoğunluğu ile karar almaları gerekir.)

- TBMM'nin üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki üyelerdir. (Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısı 550 olduğuna göre en az 110 milletvekili iptal davası açabilir. Bu milletvekilleri çeşitli partilere mensup olabilecekleri gibi, bağımsız da olabilirler)

Fakat hemen ilave etmek gerekir ki, kanunların şekil bakımından denetlenmesi için iptal davası açma yetkisi açısından Anayasamızda farklılık mevcuttur. Anayasamızın 148. maddesi uyarınca şekil bakımından iptal davası açma yetkisi, Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte birinindir. 1982 Anayasamızın 148. ve 150. maddeleri arasındaki bu çelişki, 2949 sayılı yasanın 20. maddesinde, *“İktidar ve Ana muhalefet partilerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi grupları Anayasa değişikliklerinin ve kanunların şekil bozuklukları iddiasıyla iptalleri için dava açamazlar.”* hükmüyle giderilmeye çalışılmış olsa da konu, doktrinde hala tartışmalı haldedir.

1.2.5.1.2. Dava Açma Süresi

1982 Anayasamızın 151'inci maddesine göre, *“Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, kanun hükmünde kararname veya içtüzüğün Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer.”*

1982 Anayasamızın 148'inci maddesine göre ise, *“ ...Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz...”*

Dava açmak için belirlenen on günlük süre hak düşürücü süredir ve Anayasada, "yayımlandığı tarihten itibaren", 2949 sayılı Kanunda da, "Resmi Gazetede yayımlanmalarından başlayarak" dendiğine göre; söz konusu sürenin hesabında, değişikliğin Resmi Gazetede yayımlandığı günün de dikkate alınması gerekir.¹⁰⁹

Bu anlamda, yasaların biçim yönünden Anayasa'ya aykırılıkları savı ile iptal davası açma hakkı, bunların Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak on gün; yasa hükmünde kararnamelerle TBMM İçtüzüğü'nün veya bunların belli madde ve hükümlerinin biçim ve esas, yasaların esas yönünden Anayasa'ya aykırılıkları iddiasıyla iptal davası açma hakkı ise, bunların Resmi Gazete'de yayımlanmalarından başlayarak altmış gün sonra düşer.¹¹⁰

1.2.5.2. İtiraz/ Def'i Yolu (Somut Norm Denetimi)

İtiraz yolu, bir mahkemede görülmekte olan bir dava sırasında mahkemenin, uygulanacak bir kuralı Anayasa'ya aykırı görmesi ya da taraflardan birinin aykırılık savı üzerine yapılan denetimdir.¹¹¹

Somut norm denetimine ancak kanun ve kanun hükmünde kararnameler konu olabilir. Bu husus yürürlükteki Anayasanın 152'nci maddesinden "bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse" diyerek açıkça belirtilmiştir. O halde somut norm denetimine konu olabilecek normlar "kanun" ve "kanun hükmünde kararname"den ibarettir. Böylece, Anayasa değişiklikleri somut norm denetimine konu olamaz; Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü hakkında da somut norm denetimi işletilemez.¹¹²

1.2.5.2.1. İtiraz Yolunun Koşulları

1982 Anayasamızın 152'nci maddesinin birinci fıkrasına göre,

"Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır."

¹⁰⁹ ONAR, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, s. 171

¹¹⁰ ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı, s. 151

¹¹¹ ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı, s. 154

¹¹² GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

Şu halde, itiraz yolu başvurulabilmesi için, aşağıdaki şu koşulların varlığı gerekir.

1.2.5.2.1.1. Bakılmakta Olan Bir Dava Olmalıdır

Somut norm denetiminin temel şartı ve ayırıcı özelliği, bu yola ancak bakılmakta olan bir dava dolayısıyla başvurulabilmesidir. Davaya bakılmış ve davanın esası hükme bağlanmış ise, artık o davada uygulanan kanunun Anayasa'ya aykırılığı ön mesele yapılamaz ve dolayısıyla mesele Anayasa Mahkemesi'ne gönderilemez.¹¹³

Ancak Anayasa Mahkemesi, itiraz yoluna yapılan başvurudan sonra, davanın herhangi bir hukuksal nedenle ortadan kalkması durumunda, Anayasa'ya aykırılık sorununun incelenmesinin engellenmediği görüşündedir.¹¹⁴

Bunun dışında Anayasa Mahkemesi bir kararında, “...bakmakta olduğu bir dava bulunup bulunmadığını anlamak üzere kendisine iş gönderen mahkemenin görev yönünü araştırabileceğini” belirtmektedir.¹¹⁵

1.2.5.2.1.2. Davaya Bakılmakta Olan Bir “Mahkeme” Olmalıdır

Anayasa Mahkemesi Mahkeme'yi, “bir davaya bakmakta olan, hâkim niteliğinde kişilerden kurulu, yargı yetkisine sahip, adli, askeri ve idari davalara bakan ve bu davalarda nihai hüküm vermek suretiyle taraflar arasındaki anlaşmazlıkları çözümleyen merci” olarak tanımlamaktadır.¹¹⁶

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarında, sorgu hakimlerinin, hakemlerin, vergi itiraz ve temyiz komisyonlarının, il ve ilçe idare kurullarının mahkeme kavramına girmediklerine karar vermiştir. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi icra-tetkik mercilerinin ve Askeri makamlar nezdinde kurulan disiplin mahkemelerinin ise mahkeme sayılacağına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin kendisi de siyasi parti kapatma davalarında ve Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalarda Anayasanın 152'nci maddesi anlamında “bir davaya bakmakta olan mahkeme” niteliğindedir. Anayasa Mahkemesi bu gibi davalarda uygulanacak normun Anayasa'ya aykırı olduğuna re'sen kanaat getirirse veya

¹¹³ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 395

¹¹⁴ ALİEFENDİOĞLU, Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu, s. 122

¹¹⁵ 1976/9 E., 1976/10 K., 2.3.1976, ALİEFENDİOĞLU, Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu, s. 120

¹¹⁶ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 1964/51 E, 1965/3 K, 12.01.1965, 1963/46 E, 1963/43 K, 28.02.1963, 27.06.1967 1966/16 E, 1967/28 K, 1965/18 E, 1965/53 K, 11.11.1965, 30.05.1967, 1967/15 E, 1967/15K, 1970/6 E, 1970/29 K, 4.06.1970 sayılı ve tarihli kararları.

tarafından birisinin aykırılık itirazını ciddi bulursa, bunu “*bekletici sorun*” yaparak, önce “*Anayasa Mahkemesi*” sıfatıyla Anayasa’ya uygunluk konusunu çözüme bağlar; sonra da “*Yüce Divan*” veya “*siyasi parti kapatma davasına bakan mahkeme*” sıfatıyla, buna dayanarak davanın esası hakkında karar verir.¹¹⁷

Anayasa Mahkemesi, yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin veya TBMM İçtüzüğü’nün Anayasa’ya uygunluğunu denetlerken yahut dokunulmazlığın kaldırılmasına ve TBMM üyeliğinin düşmesine ilişkin bulunan kararların denetlenmesi görevini yaparken Anayasa’nın 152. maddesinde yazılı “*Mahkeme*” sayılmaz ve bu durumlarda Anayasa’ya aykırılık iddialarını bekletici sorun yapamaz.¹¹⁸

Bakılmakta olan dava sırasında, Anayasa’ya aykırılık itirazında bulunulmaz ve mahkeme de uygulayacağı hükmü Anayasa’ya aykırı görmezse üst mahkeme işi esastan temyizen incelemesi sırasında, bu hükmü Anayasa’ya aykırı görerek ve bu nedenle alt derece mahkemesinin kararını bozamaz. Ancak, temyiz incelemesi sırasında kendisi de bir davaya bakmakta olan mahkeme durumunda bulunduğuna göre, bu sıfatla Anayasa Mahkemesi’ne doğrudan başvurabilir.¹¹⁹

1.2.5.2.1.3. Davada Uygulanacak Hüküm Olmalıdır

Dava yargıcı, baktığı davada, Anayasa’ya aykırı gördüğü ya da aykırılık savının ciddi olduğu kanısına vardığı bir kuralı, uygulamadan karar veremeyecek durumda ise konuyu Anayasa Mahkemesi’ne getirmesi gerekir.¹²⁰ Diğer bir ifadeyle, bir davaya bakmakta olan bir mahkeme, herhangi bir norm için değil, o davada uygulanacak olan kanun hükümleri için defi yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.¹²¹

1982 Anayasamızın 152’nci maddesinde geçen “*uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümleri*” ifadesinden neyi anlamak gerektiği konusunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Bir kısım yazara göre, “*uygulanacak kanun hükmü*”nden,

¹¹⁷ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> suretiyle yararlanılmıştır. , **2949 sayılı Yasa, Madde 18:** Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri şunlardır; “...2. Mahkemelerce kendisine Anayasanın 152 nci maddesine göre intikal ettirilen işleri ve Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya siyâsi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda aynı madde gereğince ön mesele olarak bakması gereken işleri karara bağlamak; ...”

¹¹⁸ ALİEFENDİOĞLU, Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu, s. 118

¹¹⁹ ALİEFENDİOĞLU, Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu, s. 125

¹²⁰ ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı, s. 162

¹²¹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

“davada uygulanacak bütün hükümler” kastedilmektedirken, bir kısım yazara göre ise “davanın esasına etki edecek bir Anayasa aykırılığı” kastedilmektedir.

1.2.5.2.1.4. Mahkeme Uygulanacak Hükmü Anayasaya Aykırı Görmeli veya Tarafların Aykırılık İddiasının Ciddi Olduğu Kanısına Varmalıdır

1.2.5.2.1.4.1. Re'sen Anayasaya Aykırı Görme

Bu durumda, dava mahkemesinin, davada uygulanacak kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varması gerekmektedir.¹²²

2949 sayılı Kanun'un 28. maddesine göre, “Bir davaya bakmakta olan mahkeme...bu yoldaki gerekçeli kararı, Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir.”

Bu anlamda, dava mahkemesi sırf bir şüphe üzerinden konuyu Anayasa Mahkemesine intikal ettiremez.

1.2.5.2.1.4.2. Tarafların Aykırılık İddiasını Ciddi Bulma

2949 sayılı Kanun'un 28. maddesine göre, “Bir davaya bakmakta olan mahkeme...taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kaniya götüren görüşünü açıklayan kararı, ...Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir.”

Burada, aykırılığın ciddi olması, konunun hukuksal yönden tartışılır durumda bulunması anlamındadır.¹²³ Bu anlamda, aksini savunan görüşler olsa da, tarafların iddiasını ciddi bulma, Mahkemenin de hukuka aykırılık kanısında olmasını gerektirmez.

Öte yandan, davayı uzatma veya engelleme amacına yönelik olduğu anlaşılan veya hukuki dayanaktan açıkça yoksun bulunan iddialar, şüphesiz ciddi kabul edilemez.¹²⁴

1.2.5.2.2. İşleyiş Usûlü

Davaya bakmakta olan mahkeme, o davada uygulanacak olan kanunun Anayasa'ya aykırı olduğuna re'sen kanaat getirirse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasaya aykırılık “ön meselesi” oluşur. Bu

¹²² ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 404

¹²³ ALİEFENDİOĞLU, Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu, s. 125

¹²⁴ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 404

durumda dava mahkemesi dosyayı, Anayasa Mahkemesine gönderir ve Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi görmezse, bu iddia, temyiz merciince esas hükümlerle birlikte karara bağlanır. Bu şu demektir ki, mahkemenin itirazın ciddi olmadığı yolundaki kararı bir “*ara karar*”dır ve tek başına temyiz edilmesi mümkün değildir. Bu ara karar, ancak esas hükümlerle birlikte temyiz edilebilir ve temyiz mercii (Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay) tarafından denetlenebilir.¹²⁵

Anayasamızın 152. maddesinin üçüncü fıkrasına göre de, “*Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.*”

1.2.5.2.3. Karar

Yukarıdan beri anlatılanlardan anlaşılacağına göre, Anayasa'ya aykırılık iddiası ya iptal ya da itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelecek ve Mahkeme, söz konusu iddia hakkında bir karara varmak durumunda olacaktır.

Bu karar, dosyayı ilk incelemede ret olabileceği gibi esastan ret de olabilir. Yahut Mahkeme, aykırılık iddiasını haklı bulur ve denetlediği normu iptal eder.

İlk incelemeden dolayı ret kararı, Görevsizlik, (Örneğin, Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında kalan bir norm veya işleme, mesela bir milletlerarası anlaşmaya, bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesine, inkılâp kanunlarına karşı iptal davası açılmışsa) ***İtiraz Yoluna Başvuran Mahkemenin Yetkisizliği*** (Örneğin, bir mahkeme davada uygulanmayacak bir hüküm hakkında itiraz yoluna başvurmuşsa, itirazda bulunan makam mahkeme niteliğinde değilse), ***Dava Açma Süresinin Geçmesi, Başvuranın Yetkisizliği*** (Yukarıda belirtilen, iptal ve itiraz yollarına başvurabilecek kişiler dışında kişiler veya makamlar tarafından başvuruda bulunmuşsa) nedenleriyle söz konusu olabilir.

Esastan ret kararlarında ise, Anayasa Mahkemesi işin esasına girip denetlediği kanunun Anayasa'ya aykırı olmadığı kanısına varırsa, iptal isteminin veya itirazın reddine karar verir. Esastan ret kararının doğurduğu bir yenilik yoktur. Hakkında ret kararı verilmiş olan kanun,

¹²⁵ **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

yürürlükte kalmaya devam eder. Anayasa Mahkemesinin ret kararları kesin hüküm oluşturamaz.¹²⁶

Anayasa'nın 152. maddesinin 4. fıkrasına göre, "*Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.*"¹²⁷

Bunların dışında, Anayasa Mahkemesi, önüne gelen hükmün Anayasa'ya aykırılığı kanısına varırsa söz konusu hükmü iptal eder ve kanun, KHK ve TBMM İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. (AY md. 153/3)

Anayasa Mahkemesi, gerekli gördüğünde, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi, ayrıca kararlaştırabilir. Mahkeme, iptal kararının hukuksal boşluk yaratması durumunda, bu boşluğun yasama organınca doldurulabilmesi için, bir yılı geçmemek üzere iptal kararının yürürlüğe girmesini erteleyebilir.

1982 Anayasamızın 153. maddesine göre, iptal kararları geriye yürümez. Bunun nedeni, iptal kararlarının, "kazanılmış hakları" ortadan kaldıracı bir sonuç doğurmasının önlenmesidir.¹²⁸ Ancak, durum ceza hukukunda başkadır. Zira, yasaların geçmişe yürümesi, ceza hukuku açısından bazı özellikler göstermektedir. Söz konusu farklılık ve özelliklere ilgili bölümde değinileceğinden, burada ayrıntılı bir açıklama yapmamayı uygun buluyoruz.

Anayasa Mahkemesi nasıl bir karar vermiş olursa olsun, gerekçesini bildirmek zorundadır. Zira, 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesine göre, "*Anayasa Mahkemesi kararları gerekçeli olarak yazılır.*" Ayrıca Anayasamızın 153'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre de "*iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.*" Belirtmek gerekir ki Mahkeme, davacının istemi ile bağlı, fakat gerekçesiyle bağlı değildir. Eğer iptali istenen hükümler, başka maddelerin ya da yasanın tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi o hükümlerin ya da yasanın tümünün iptaline karar verebilir.¹²⁹

¹²⁶ **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

¹²⁷ Belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasasının yeniden başvuru için öngördüğü on yıllık sürenin çok uzun olduğu, bu durumun hukukun toplumsal gelişmelerin gerisinde kalmasına neden olabileceği, içtihatların dondurulmasının içtihadî hukuk kavramıyla bağdaşmadığı gibi gerekçelerle yaygın olarak eleştirilmektedir. **TÜLEN**, 17.09.2008 tarihinde <http://www.e-akademi.org/makaleler/htulen-1.htm> adresinden yararlanılmıştır.

¹²⁸ **GÖZÜBÜYÜK**, Anayasa Hukuku, s. 274,275

¹²⁹ **GÖZÜBÜYÜK**, Anayasa Hukuku s. 274

Son olarak belirtmeliyiz ki, Anayasa'nın 153. maddesine göre, “*Anayasa Mahkemesi'nin kararları kesindir.*” Bu anlamda Yüksek Mahkeme'nin kararları hem şekli hem de maddi anlamda kesin hüküm oluşturur.¹³⁰

1.2.5.3. Anayasal Şikayet (Bireysel Başvuru)

Günümüzde, temel hakların korunması amacıyla bireysel başvuru yolu, pek çok uygar ülkede Anayasa Yargısının ayrılmaz bir parçası kabul edilmektedir. Bu yol, hukuk devleti ilkesinin daha mükemmel bir biçimde gerçekleştirilmesine ve bunun en önemli unsurlarından biri olan devlet organlarının yaptığı temel hak ihlallerine karşı bireyin korunmasına yardımcı olmaktadır.¹³¹

Kişilere hak ve özgürlüklerini Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak koruma olanağı sağlayan anayasa şikayeti, yargısal alanda demokratik katılımın en iyi örneklerinden birini oluşturur. Böylelikle kişiler kamu güçlerinin işlemlerine karşı kendilerini savunma, bu işlemlerin hak ve özgürlükler açısından uygunluğunun denetlenmesini sağlama ve Anayasa Mahkemesi önünde kendilerini ifade etme olanağına kavuşmuş olurlar. Böylece, hak ve özgürlükler soyut bir Anayasa veya insan haklarıyla ilgili bir sözleşme hükmü olmaktan çıkar ve gerçek anlamda Anayasal güvenceye kavuşmuş olur.¹³²

Kamu organlarının Anayasa'dan kaynaklanan yetkilerini kullanırlarken ilke olarak kişilerin hak ve özgürlüklerini gözetmeleri gerekmektedir. Ancak bu görevlerini yerine getirip getirmediğinin denetleneceği bir mekanizmanın bulunmaması durumunda bu ilke etkinliğini büyük ölçüde kaybedecektir. İtiraz yolunun, bir başka deyişle, somut norm denetiminin bunu gerçekleştirebileceği düşünülebilir. Ama itiraz yolu veya somut norm denetimi kişilerin kendilerinin hak ve özgürlüklerini korumalarını dolaylı bir yoldan ve mahkemenin iznine bağlı bir biçimde gerçekleştirebilmektedir. İtiraz yolunda (somut norm denetimi) kişi, doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne başvuramamaktadır. Oysa önemli olan,

¹³⁰ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 571,572

¹³¹ SABUNCU M. Yavuz, ESEN ARNWINE Selin, Anayasa Mahkemesi'nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “ANAYASA MAHKEMELERİNDE YAPILANMA” 5. Oturum 27 NİSAN 2004 SALI, Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu, 21.12.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg21/tbby.pdf> adresinden yararlanılmıştır.

¹³² TURHAN Mehmet, Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli, Anayasa Mahkemesi'nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “ANAYASA MAHKEMELERİNDE YAPILANMA”, Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli ve Tartışma Paneli, 27 NİSAN 2004 SALI 5. Oturum, 17.09.2008 tarihinde www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg21/tiasm.pdf adresinden yararlanılmıştır.

kişilerin kendilerinin hak ve özgürlük ihlallerini doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne götürebilmeleri, hukuksal korumanın etkililiği bakımından büyük önem taşımaktadır.¹³³

Bu anlamda, Anayasa şikayeti dendiği zaman, kamu gücünün bir temel hakkı ihlal ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru anlaşılmaktadır.¹³⁴

Kamu gücünden anlaşılması gereken yasama, yürütme, yargı ve idaredir.¹³⁵

Bu kurumun temel amacı, olağan kanun yollarının bunu gerçekleştiremediği durumlarda hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamaktır. Anayasa şikayeti, başka yollarla giderilemeyen temel hak ihlallerini ortadan kaldırmaya yönelik istisnai ve ikincil nitelikte bir başvuru yoludur. Yani Anayasa şikayeti ne mevcut kanun yollarının devamı, ne de hukuk düzeni içinde görülen uygulama hatalarının düzeltilebileceği bir olağanüstü kanun yoludur. Bu yol, yalnızca spesifik bir temel hak ihlalinin denetlenebileceği istisnai bir hukuk yolu, olağanüstü bir hukuki çaredir.¹³⁶

¹³³ TURHAN, 17.09.2008 tarihinde www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg21/tiasm.pdf adresinden yararlanılmıştır.

Kişilere, kendi hak ve özgürlüklerinin korunmasını doğrudan sağlama hakkının tanınmasının önemini şöyle özetleyebiliriz;

“ Tipik bir örnek, Askeri Mahkemeden itiraz yoluyla Mahkememize geldi. Konu, bakaya suçu ile ilgiliydi. Bir asker öngörülen süreyi geçirerek kütasına intikal etmiş. İşlediği suçun gerektirdiği ön ödemeyi yerine getirse sorun yok. Ama asker, bu ödemeyi yapacak parası olmadığını belirtiyor. Buna karşı Ceza Yasamız da diyor ki ön ödemeyi yapmazsan, yargılama sonunda alman gereken cezayı yarı oranda artırılmış olarak çekersin. Şimdi bu kural, gerçekten parası olmayan bir kimsenin cezasını salt parası olmadığı için artırma anlamına gelmiyor mu? Ama biz bu kuralı iptal edemedik. Çünkü çoğunluğumuz, ön ödeme kurumunun çok önemli bir işlev yerine getirdiği, bu sistem bozulursa, mahkemelerin ağır bir yük altında boğulacağı ve suçla mücadelenin ağır darbe alacağı ve bu işlevin marjinal durumdaki kişilerin korunmasına göre, daha önemli olduğu sonucuna vardı. Oysa anayasa şikayeti olsaydı, norma dokunmadan sorunun çözümü mümkün olabilecekti.” SAĞLAM Fazıl, Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli ve Türkiye’de Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi’nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “ANAYASA MAHKEMELERİNDE YAPILANMA”, Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli ve Tartışma Paneli, 27 NİSAN 2004 SALI 5. Oturum AYD Cilt 21, Yıl 2004

¹³⁴ SABUNCU, ESEN ARNWINE, 21.12.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg21/tbby.pdf> adresinden yararlanılmıştır.

¹³⁵ TURHAN, 17.09.2008 tarihinde www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg21/tiasm.pdf adresinden yararlanılmıştır.

¹³⁶ SABUNCU, ESEN ARNWINE, 21.12.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg21/tbby.pdf> adresinden yararlanılmıştır. ,

“ Rasterfahndung“, Türkçe’de „eyleyici takip“ olarak çevrilebilecek bir arama yöntemidir. Bu kural, konut bildirim büroları, yabancılar bürosu, üniversite ve yüksek okullar gibi çeşitli kurumlardaki kişisel bilgilerin belli bir merkezde toplanmasına yargıç kararı ile imkân tanıyor ve bunun koşullarını düzenliyor. Kuralda yer alan en önemli koşul, „eyleyici takip“ önleminin, eyaletlerin ya da federal devletin varlığına ya da güvenliğine veya bir kişinin vücuduna, yaşamına veya özgürlüğüne yönelik halihazır bir tehlikenin önlenmesi için gerekli olmasıdır. Bu şekilde elde edilen bilgiler, belli ölçütlere göre bilgisayarda otomatik olarak elenip, sonunda terör örgütleri

Başvuru hakkı, kamu gücü tarafından bir anayasal hakkı ihlal edilen -yabancılar ve vatansızlar dahil- herkese tanınmalıdır. Özel hukuk tüzel kişileri de bireysel başvuru yolundan yararlanır. Dernek, sendika, vakıf ve benzeri tüzel kişiler de anayasa şikayetinde bulunabilmelidir. Ancak söz konusu tüzel kişiler, üyelerinin çıkarlarını korumak için değil, kendileri açısından güvenceye alınmış bir hakkın çiğnenmesi ve bundan başvuran olarak doğrudan zarar görmüş olmaları durumunda başvurabilir. Kamu hukuku tüzel kişileri, kamu gücünün taşıyıcısı oldukları için kural olarak anayasa şikayetinde bulunma hakkına sahip değildir. Ancak bu kuralın, hem Anayasa'dan hem de kamu tüzel kişilerinin bazı niteliklerinden kaynaklanan (Almanya'da olduğu gibi, belediyeler, üniversiteler, meslek kuruluşları vb.) bazı istisnalar öngörülebilir. İspanya'da meslek örgütleri, parlamento grupları, sendikalar, üniversiteler, siyasal partiler, belediyeler, özerk topluluklar gibi bazı kamu hukuku tüzel kişileri bireysel başvuru yolunu kullanılabilmektedir.¹³⁷

Dava ancak, hakkının ihlal edildiğini ileri süren kişi tarafından açılabilir. Bu tür davanın açılabilmesi için, Anayasa'ya aykırılığı gidermenin başka yolu kalmamış, normal hak arama yollarının tüketilmiş olması gerekir.¹³⁸

Almanya örneğinde, içtihat yoluyla geliştirilmiş üç koşuldan birinin varlığı halinde Mahkemenin, başvurunun kabulü için yargı yolunun tüketilmesi koşulunu aramayabildiği görülmektedir. Bunlar:

tarafından ileride planlanacak terörist girişimlerde kullanılmak üzere „uykuda“ bekletildiği düşünülen potansiyel teröristlere ulaşma amaçlanıyor.... Ancak yasa, amaca uygun bilgiler elde edildikten sonra, elenmiş tüm bilgilerin silinmesini ve elemanın tamamlanmasından sonra, hakkında yeni önlemler uygulanacak kişilere, sonraki veri kullanım amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla durumun bildirilmesini öngörüyor. İşte böyle bir bildirim alan Faslı bir öğrenci „eyleyici takip“ iznini veren Mahkeme kararının Yasaya ve Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürerek önce gerekli kanun yollarına başvurmuş, bunların reddi üzerine de sorunu Anayasa Mahkemesi önüne getirmiş. Mahkeme, alınan önlemin ilgili temel hakka bir müdahale teşkil ettiğini belirlemekle birlikte, bunun ölçülü olup olmadığını iki yönlü bir incelemeden geçirmiş, yasal müdahale yetkisi veren düzenlemeyi ölçülü bulurken, önlemin uygulanmasına ilişkin mahkeme kararını ölçülülük ilkesine aykırı bulmuştur. Federal Anayasa Mahkemesi bu ayırımı yaparken,.... Temel hak ve özgürlüklere dokunan bir karar verirken, bu hakların değer belirleyici güç ve etkisini uygulama aşamasında da yoruma yön verici nitelikte göz önünde tutmaları gerektiğini, bu nedenle ilgili kuralın alanını genişletici bir biçimde yorumlamak suretiyle ona, ilgili temel hakkın ihlaline yol açacak bir anlam ve içerik kazandıramayacaklarını, çünkü yasa koyucunun dahi bu anlamda bir yasa koyma yetkisi bulunmadığını belirtmektedir.” SAĞLAM Fazıl, 1982 ANAYASASI'NIN 25 YILI: Bir geçici bilanço ve perspektifler İ.Ü. S.B.F , Beyazıt – İstanbul, 15 KASIM 2007 Perşembe, Sonuç Bildirisi Anayasal Gelişim Sürecinde Dikkati Çeken Tehlikeler, 21.12.2008 tarihinde <http://www.istanbul.edu.tr/siyasal/duyurular/BGBvP/FazilSaglam.pdf> adresinden yararlanılmıştır.

¹³⁷ SABUNCU, ESEN ARNWINE, 21.12.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg21/tbby.pdf> adresinden yararlanılmıştır.

¹³⁸ ALİEFENDİOĞLU, Yeni Bir Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi, s. 230

- 1) Kanun yollarının tüketilmesinden bir sonuç alınmasının beklenmemesi ;
- 2) Kanun yollarının tüketilmesinin beklenmesinin, başvuran açısından ağır ve telafisi olanaksız bir zarara yol açacak olması;
- 3) Anayasa şikayetinin karara bağlanması, tüm toplumu ilgilendirecek, genel öneme sahip bir soruna ışık tutacak olması durumlarıdır.¹³⁹

Davanın konusuna gelecek olursak, yakınma, yasaya, yönetsel ve yargısal kararlara karşı yapılabilir.¹⁴⁰

Uygulanması için bir idari işleme gerek olmayan, doğrudan birey üzerinde etki doğuran yasalar için, bunların bir temel hakkı doğrudan zedelemesi durumunda bireysel başvuru yolu tanınmalıdır.¹⁴¹ Bunun yanı sıra, kanun hükmünde kararnamelere karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru için, yasalarda olduğu gibi doğrudan hak ihlali iddiasında bulunmak gerekecektir.

İhlalin bir yargı organı kararı ya da ihmalinden kaynaklanması durumunda da bireysel başvuru yolu söz konusu olacaktır. Bu, adli, idari, askeri ve uyuşmazlık yargısının tüm kesinleşmiş kararlarını kapsayacaktır. Anayasa Şikayetinin bir yasa ya da KHK hükmünün

¹³⁹SABUNCU, ESEN ARNWINE, 21.12.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/anyarg21/tbby.pdf> adresinden yararlanılmıştır.

¹⁴⁰ ALİEFENDİOĞLU, Yeni Bir Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi, s. 230 ,

“Avusturya açısından değerlendirecek olursak,

Son aşama niteliğindeki her idari makamın kararına (Bescheid) karşı Anayasa Mahkemesi önünde aşağıdaki iddialarla şikâyetle bulunulabilir:

1. Şikâyetçi, bu karar ile Anayasa tarafından güvenceye alınmış bir hakkının (temel hak) ihlal edilmiş olduğunu

2. Ya da bu karar ile yasaya aykırı bir düzenleyici işlemin, Anayasa'ya aykırı bir yasanın ya da hukuka aykırı bir uluslararası sözleşmenin uygulanması sonucu haklarının ihlal edilmiş olduğunu ileri sürmelidir. Birinci iddiada şikâyetçi, idarenin kararın tesisindeki bir hatasını şikâyet konusu yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu iddiaya göre şikâyet konusu yapılan temel hak ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğini denetlemektedir. Mahkeme bunun ötesinde Anayasa tarafından güvence altına alınmış herhangi bir hakkın ihlal edilmiş olup olmadığını da resen denetler ve şayet idari kararın dayandığı genel bir yasanın hukukiliğinde bir kuşku duyarsa, bir norm denetimi prosedürünü resen başlatır. İkinci iddiada şikâyetçi, başvurusunu bilinçli olarak kararın dayanağına karşı yöneltmektedir. Eğer şikâyetçi Anayasa Mahkemesi'nde normun Anayasa'ya uygunluğu konusunda bir kuşku yaratmışsa, mahkeme resen norm denetimini başlatır. Burada bir yürütme hatasının bulunup bulunmadığı konusunda denetim yapılmaz.” **HALLER Herbert, Çeviren Fazıl SAĞLAM, Osman CAN**, Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Avusturya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/anyarg21/avusturya.pdf> adresinden 10.12.2008 tarihinde yararlanılmıştır.

¹⁴¹ Bir mesleğe hak kazanmayı düzenleyen, bir birliğin adını kaldıran, seçme ve seçilme hakkını ya da memurların özlük haklarını düzenleyen yasalar birey üzerinde doğrudan etki doğurabilecek yasalara örnek verilebilir.

Anayasa'ya aykırılığına dayanması durumunda, ilgili hüküm daire tarafından iptal edilecektir.¹⁴²

Burada şuna dikkat edilmelidir; insan haklarına aykırılık bir yasaya dayalı olabileceği gibi, Anayasa'ya uygun olmakla beraber o kuralın Anayasa'ya aykırı yorumundan ya da uygulamasından da kaynaklanıyor olabilir. Eğer Anayasa'ya aykırılık, yapılan yorumdan ya da uygulamadan ortaya çıkmaktaysa, ilgili Daire şikayet konusu kararı kaldırıp davayı yeniden görülmek üzere geri çevirebilmelidir. Anayasa'ya riayetsizlik yasanın Anayasa'ya aykırılığından kaynaklanıyor ise yasanın iptali söz konusu olmalıdır.¹⁴³

Bir idari ya da yargısal işlemin Anayasa'ya aykırı bir yasaya dayanması durumunda da Mahkeme ilgili yasayı talep olmasa bile iptal edebilecektir. Bir idari işlem ya da yargı kararına karşı yapılan Anayasa Şikayetinin haklı bulunması durumunda mahkeme bu işlemi kaldıracaktır. Kaldırılacak işlemler hak ihlalinin ortaya çıktığı noktaya kadar geri gidecektir. Bir yargı kararına karşı yöneltilen Anayasa Şikayetinin haklı bulunması durumunda, Mahkeme konuyu yetkili yargı organına geri gönderecektir.¹⁴⁴

Bu açıklamalardan sonra hemen belirtmek gerekir ki ne 1961 ne de 1982 Anayasalarımızda bireysel başvuru yolu öngörülmüştür.¹⁴⁵ Ayrıca bireysel başvuru yoluna yöneltilen bir kısım eleştiriler söz konusudur.

Anayasa şikayetine yöneltilen eleştiriler bu yolun popüler davaya dönüşeceği, dilekçe hakkıyla karıştırılacağı ve Anayasa Mahkemesi'nin "*süper bir temyiz mahkemesi*" haline gelebileceği noktalarında toplanmaktadır.¹⁴⁶

¹⁴² SABUNCU, ESEN ARNWINE, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg21/tbby.pdf> adresinden 21.12.2008 tarihinde yararlanılmıştır.

¹⁴³ TURHAN, 17.09.2008 tarihinde www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg21/tiasm.pdf adresinden yararlanılmıştır.

¹⁴⁴ SABUNCU, ESEN ARNWINE, 21.12.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg21/tbby.pdf> adresinden yararlanılmıştır.

¹⁴⁵ Prof. Dr. Tahsin Bekir BALTA, 1961 Anayasası'nın kabulünden kısa bir süre sonra uluslararası bir bilimsel toplantıda yeni Anayasa'nın Anayasal Şikayet'in basit bir yasayla kabul edilmesi yolunu kapalı tutmadığını, 1961 Anayasası md. 136 f. 1'de yer alan; "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyiş ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*" kuralına dayanarak ileri sürmüştü. Ancak Balta'nın bu görüşü öğretilde benimsenmemiş, 1961 Anayasası döneminde Anayasal Şikayet kurumunun Anayasa Hukuku sistemimize dahil edilmesi için yasal bir girişimde bulunulmamıştır. **GÖREN Zafer**, Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli, Anayasa Mahkemesi'nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen "ANAYASA MAHKEMELERİNDE YAPILANMA", Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli ve Tartışma Paneli, 27 NİSAN 2004 SALI 5. Oturum, 17.09.2008 tarihinde www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg21/tiasm.pdf adresinden yararlanılmıştır.

Gerçekten, Bireysel başvuru olanağının tanınması ile Anayasa Mahkemesine yapılacak başvuruların çok büyük miktarlarda artacağını tahmin etmek zor olmadığından bu yolun açılmasına paralel olarak Anayasa Mahkemesinin teşkilat yapısında da bir kısım değişikliklere gidilmesi kaçınılmaz hale gelecektir. Bu bağlamda, başvuruların kabule şayan olup olmadığı konusunda karar verecek olan ön inceleme komisyonlarının kurulması kaçınılmaz hale gelecektir.¹⁴⁷

Almanya’da anayasa şikayeti Federal Anayasa Mahkemesi’nde niceliksel olarak en sık kullanılan yol olmuştur. 1951 ile 2003 yılının sonuna kadar Anayasa Mahkemesi önüne getirilen 146.500 işin 141.000’ini anayasa şikayeti oluşturmuştur. Eleştiriler ne olursa olsun, insan hak ve özgürlüklerinin korunması her şeyden üstün olduğuna göre, bu eleştirileri azaltacak formüller bulunarak bu yolun ülkemizde de benimsenmesi gerekmektedir.¹⁴⁸

Belirtmek gerekir ki Anayasa şikâyeti, Türkiye aleyhine AİHM’de açılan davalar bakımından bir filtre işlevi yerine getirecek olması açısından da ayrı bir önem taşımaktadır. Bu işlev iki biçimde kendini gösterecektir: Türkiye aleyhine AİHM’ne yapılacak başvuru sayısını önemli ölçüde azaltacaktır; AİHM’de Türkiye aleyhine verilecek ihlâl kararlarının büyük ölçüde azalmasını sağlayacaktır.

Objektif hukuk normları olarak temel hak ve özgürlükler, anayasa şikâyeti yoluyla doğrudan kullanılabilen haklara dönüşeceklerdir. Ayrıca anayasa şikâyeti, yasaların temel hak ve özgürlükler açısından Anayasa’ya uygun yorumunun kapsamını da genişletecektir. Anayasa şikâyeti, yurttaşın demokratik anayasal yaşama katılma bilincinin gelişmesini sağlayan ve güçlendiren önemli bir işlev yerine getirecektir.¹⁴⁹

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, Anayasa Şikayeti’nin Türkiye’de gerçekleştirilmesini en çok isteyecek olanların başında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin geleceği kuşkusuzdur. Açılan davaların ağır yükü altında bunalan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, her ülkenin insan haklarına ilişkin sorunları önce kendi ülkesinde çözümlenmesini istemektedir. Çünkü Anayasa Şikâyeti, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne bireysel başvuru

¹⁴⁶ **TURHAN**, 17.09.2008 tarihinde www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg21/tiasm.pdf adresinden yararlanılmıştır.

¹⁴⁷ **TÜLEN**, 17.09.2008 tarihinde <http://www.e-akademi.org/makaleler/htulen-1.htm> adresinden yararlanılmıştır.

¹⁴⁸ **TURHAN**, 17.09.2008 tarihinde www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg21/tiasm.pdf adresinden yararlanılmıştır.

¹⁴⁹ **SAĞLAM**, 21.12.2008 tarihinde <http://www.istanbul.edu.tr/siyasal/duyurular/BGBvP/FazilSaglam.pdf> adresinden yararlanılmıştır.

hakkının ulaşmak istediği sonucun oraya gitmeden iç hukukta sağlanması yoludur. Amaç aynıdır: İnsan haklarını somut olarak korumak.¹⁵⁰

1.2.6. Anayasal Denetim Türleri

1.2.6.1. Şekil (Biçim) Yönünden Denetim

1982 Anayasamızın 148. maddesine göre,

“Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelemlerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler...Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı...ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def’i yoluyla da ileri sürülemez.”

Buradan anlaşılacağı üzere, Anayasa’da, İçtüzük’te ve diğer mevzuatta kanunların hazırlanışı, kabul edilişi ve yayımı ile ilgili çok çeşitli usul kuralları bulunmasına rağmen Anayasa, kanunların şekil denetiminin bunlardan sadece birine göre yapılabileceğini sınırlı sayım ilkesine göre belirlemiştir.¹⁵¹ O halde şekil denetimi 1982 Anayasasına göre, kanunların Genel Kurulda son oylamasının öngörülen çoğunlukta yapıp yapılmadığı hususundan başka bir şey değildir. Burada “öngörülen çoğunluk”tan kastedilen şey, Anayasanın 96’ncı maddesinde öngörülen “toplantı ve karar yeter sayısıdır.”¹⁵²

¹⁵⁰ SAĞLAM, Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli ve Türkiye’de Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi’nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “ANAYASA MAHKEMELERİNDE YAPILANMA”, Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli ve Tartışma Paneli, 27 NİSAN 2004 SALI 5. Oturum, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gov.tr/general/anayasayargisi.asp?yazar=&yil=2004> adresinden yararlanılmıştır.

¹⁵¹ YANIK Murat, Kanunların Şekil Yönünden Anayasa’ya Uygunluğunun Denetimi, e-akademi, Aralık 2007 Sayı 70, 27.08.2008 tarihinde <http://www.e-akademi.org> adresinden yararlanılmıştır.

¹⁵² Toplantı yetersayısı, TBMM Genel Kurulu’nda (ve keza komisyonlarında) bir toplantının başlayabilmesi için hazır bulunması gereken en az üye sayısı demektir. Anayasa’nın 96. maddesinin 21 Ekim 2007 günü yapılan halkoylamasıyla kabul edilen yeni şekline göre, “Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır.” TBMM üye sayısı 550 olduğuna göre, toplantı yetersayısı 184’tür. Anayasamızın 96. maddesine göre, “Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasa’da başkaca hüküm yoksa, toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla karar verir; ancak karar yetersayısı hiç bir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.” Üye tamsayısı, daima 550 olduğuna göre, mümkün olan en küçük karar yetersayısı 139 olabilir. (139 sayısı, 550’nin dörtte birinin bir fazlasıdır.)

Biçim (Şekil) yönünden yasaların Anayasa'ya aykırılığı, yalnız iptal davasına konu olabilir; itiraz yolu ile, biçim (şekil) yönünden Anayasa'ya aykırılık savında bulunulamaz.¹⁵³ Bunun dışında, 148. maddenin metninden de anlaşılabilir gibi, iktidar ve ana muhalefet meclis grupları, Anayasa'nın 148. maddesine göre, biçim yönünden iptal davası açamazlarken, 150. maddeye göre açabileceklerdir.¹⁵⁴ Anayasa'daki bu çelişki, 2949 sayılı Mahkemenin kuruluş yasasında, iktidar ve ana muhalefet partileri meclis gruplarının biçim yönünden iptal davası açamayacakları yönünde kurala bağlanmıştır.¹⁵⁵ Ancak, Anayasa'da maddeler arasında görünen çelişkinin yasa kuralı ile giderilmeye çalışılması, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine uygun düşmemiştir.¹⁵⁶

Kanaatimizce iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis gruplarına kanunların esas bakımından Anayasa'ya aykırı oldukları iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde iptal davası açma hakkı tanınmış olduğu halde, sözü geçen partilerin Meclis gruplarının kanunların şekil bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açma hakkından niçin mahrum bırakıldıklarının makul bir açıklaması yoktur. İktidar ve ana muhalefet partilerinin Meclis grupları da kanunların şekil bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açabilmelidirler. Bunun için Anayasanın 148. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinin madde metninden çıkarılması yeterli olacaktır.¹⁵⁷

Salt çoğunluk, belli bir sayının yarısını aşan çoğunluk demektir. Çift sayılarda salt çoğunluk yarının bir fazlasıdır. Tek sayılarda ise salt çoğunluk yarıyı geçen ilk sayıdır. Örneğin 300'ün de 301'in de salt çoğunluğu 151'dir. *Toplantıya katılanlar* terimi ise, sadece oy kullanan milletvekillerini değil, toplantıya katılan bütün milletvekillerini içerir. TBMM İçtüzüğü'nün 146. maddesinin ikinci fıkrasında, “ *Genel Kurulda bulunup da oylamaya katılmayanlar yetersayıya dahil edilirler*” denildiğine göre, toplantıya katılan, ama şu ya da bu sebeple oylamaya katılmayan milletvekilleri de toplantı yetersayısına dahildir. Keza toplantıya katılıp da çekimser oy kullananlar da “ toplantıya katılanlar sayısı”na dahildir. **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.306, 307

¹⁵³ **GÖZBÜYÜK** Şeref, Anayasa Hukuku, , s. 271

¹⁵⁴ **Madde 150:** “*Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, İktidar ve Anamuhalefet Partisi Meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. İktidarda birden fazla siyasi partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip olan parti kullanır*”.

¹⁵⁵ **Madde 20:** “*...İktidar ve Ana muhalefet partilerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi grupları Anayasa değişikliklerinin ve kanunların şekil bozuklukları iddiasıyla iptalleri için dava açamazlar.*”

¹⁵⁶ **ALİEFENDİOĞLU**, Anayasa Yargısı, s. 80

¹⁵⁷ **TÜLEN Hikmet**, Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Anayasa Değişikliği Taslağı Üzerine Açıklamalar ve Birkaç Öneri, e-akademi Sayı 26, Nisan 2004, 17.09.2008 tarihinde <http://www.e-akademi.org/makaleler/htulen-1.htm> adresinden yararlanılmıştır.

Değınilmesi gereken diğler bir nokta da şudur; kanun hükmünde kararnamelerle meclis içtüzüğünün biçim yönünden Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle açılacak iptal davaları, ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bunlara karşı, Cumhurbaşkanı ve Meclis üye tamsayısının beşte birinin yanında ana muhalefet partisi ile iktidar partisi de iptal davasında normal süre olan altmış gün içinde, her türlü biçim bozukluklarına karşı, iptal davası açabilirler.¹⁵⁸ Bu anlamda kanunlar için, şekil bakımından denetim açısından öngörölmüş olan 10 günlük başvuru süresi ve başvuruda bulunanlar açısından getirilen kısıtlama KHK'lar ve meclis içtüzükleri için geçerli değildir.

1.2.6.2. Esas (Öz) Yönünden Denetim

Bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin esas bakımından denetimi veya kısaca “*esas denetimi*”, o kanunun içeriğinin Anayasa hükümlerine uygun olup olmadığının araştırılması demektir.¹⁵⁹ Bu denetim kanunun, Anayasa karşısında hukuksal değerini ölçme anlamı taşır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya uygunluğu denetlerken, hukukilik denetimi yapmakla yetinip, Anayasa'nın sözünü söylemek gibi bir görevi vardır. Kanun koyucunun bir tür siyasal tercihinin yansıtan kanunun, ülke koşullarına uygun olup olmadığını ya da yerindeliğini denetlememelidir.¹⁶⁰ Denetlenen normun Anayasa'ya aykırılığı, çok çeşitli sebeplerle ortaya çıkabileceği için, esas yönünden Anayasa'ya aykırılık durumlarını tam olarak tanımlamak veya sınıflandırmak çok güçtür.¹⁶¹

Bu nedenle, Anayasa'ya aykırılık, bazı unsurlar göz önünde bulundurularak denetlenmektedir.

1.2.6.2.1. Sebep Unsuru

Sebep, yasanın çıkartılmasına neden olan etkidir.¹⁶² Ancak, Anayasa'da istisnai olarak, kanun koyucunun “sebep”le bağlı olarak çıkaracağı kanunlar ya da alacağı kararlar

¹⁵⁸ GÖZÜBÜYÜK, Anayasa Hukuku, s. 271

¹⁵⁹ GÖZLER Kemal, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

¹⁶⁰ TEZİÇ, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi, AYD, Cilt II, 1985, s. 26

¹⁶¹ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 385

¹⁶² ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı, s. 85

belirlenmiştir. (md. 47, 78, 87).¹⁶³ Genel olarak, bir kanunun çıkarılmasındaki sebep ve amiller, yasama organının takdir yetkisine girer.¹⁶⁴

1.2.6.2.2 Amaç Unsuru

Bütün kamu işlemleri gibi, kanunların da amacı, yani kanunla ulaşılmak istenen nihai sonuç, kamu yararının gerçekleşmesidir. Kamu yararı amacı, kanunların “genel amacı”dır.¹⁶⁵ Kanun koyucu, kamu yararını gerçekleştirmek için değişik yollardan birini, siyasal tercihlerine göre belirleyebilir, takdir yetkisi kanun koyucuya aittir. Ancak, kanun koyucu, kişisel, siyasal ya da saklı bir amaç güttüğü durumlarda, yani başka bir amaca ulaşmak için bir konuyu kanunla düzenlediği durumlarda, ortada teknik anlamda bir yetki saptırması söz konusu olur.¹⁶⁶ İşte bu gibi durumlarda Anayasa Mahkemesi, yasanın, amaç unsuru bakımından, Anayasa’ya uygunluğunu denetleyebilir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi denetimini yaparken, kanunun kamuya yararlı olup olmadığını değil, fakat kanunun gerçekten kamu yararı amacı ile yapılıp yapılmadığını denetleyebilir.¹⁶⁷

1.2.6.2.3 Konu Unsuru

Bir hukuki işlemin konusu, onun muhtevası veya meydana getirdiği hukuki durum ve sonuçtur. Bilindiği gibi Anayasamız, kanun alanını konu yönünden sınırlandırmış değildir. Anayasa’ya aykırı olmamak şartıyla her şey bir kanun konusu olabilir.¹⁶⁸

Konu unsuru açısından çeşitli ihtimaller söz konusu olabilir;

Kanunun düzenlediği konu, Anayasa tarafından açıkça yasaklanmış veya emredilmiş ise kanun, Anayasa’nın bu yasaklayıcı veya emredici hükümlerine aykırı olmamalıdır. Aksi takdirde bu kanun konu bakımından Anayasa’ya aykırı olacaktır. Örneğin 1982 Anayasamızın 18’inci maddesine göre “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.” Kanunun düzenlediği konu için Anayasa tarafından birtakım “esaslar (ilkeler)” öngörülmüş ise, kanun bu esaslara aykırı olmamalıdır. Aksi takdirde kanun, konu unsuru bakımından Anayasaya

¹⁶³ TEZİÇ Erdoğan, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi, AYD, Cilt II, 1985, s. 29

¹⁶⁴ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 386

¹⁶⁵ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

¹⁶⁶ TEZİÇ, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi, s. 29

¹⁶⁷ TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s. 188

¹⁶⁸ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 388

aykırı olur. Yine yürürlükteki Anayasamızın 73'üncü maddesi "*mali güce göre vergi esası*"nı kabul etmiştir. Bu esas dışında bir esas koyan bir kanun da Anayasaya konu bakımından aykırı olacaktır.¹⁶⁹

Daha da tartışmalı bir durum, Anayasa'nın herhangi bir şekilde düzenlemediği bir konuda çıkarılan kanunun, Anayasa'ya aykırı olup olamayacağı sorunudur.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, "*Hakkında Anayasada hüküm bulunmayan hususlar, bir anayasa meselesi teşkil etmeyecek ve bu konularda kanun hükümlerinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyecektir*"¹⁷⁰

Özbudun, bu görüşün isabetli olduğunu düşünürken Teziç, "Anayasa'da öngörülmemiş, düzenlenmemiş konularda, kanun koyucunun mutlak bir takdir yetkisinin bulunduğunu ileri sürmenin, devletin temel amaçlarından birinin, "bireylerin gelişmesini gerçekleştirecek siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak" (md. 5) ilkesiyle bağdaşmadığını savunmaktadır.

Bu tartışmaların dışında bir de Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü bir konunun yasama organı tarafından eksik olarak düzenlenmesinin iptal nedeni olup olmadığı hususunda tartışmalar mevcuttur. Söz konusu durum açısından, kanunun iptal edilebileceğini savunan yazarlar olduğu gibi böyle bir durumun mümkün olmadığını savunan yazarlar da vardır.

¹⁶⁹ GÖZLER, 17.09.2008 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> adresinden yararlanılmıştır.

¹⁷⁰ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 1963/192 E, 1963/161 K sayılı ve 21.6.1963 tarihli kararı.

2. BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ MADDİ CEZA HUKUKU İLKELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

2.1. Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi

2.1.1. Genel Olarak

Kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi, failin, ancak fiili ona yüklenilebilecekse cezalandırılmasını öngörmektedir. Fail kusurlu hareket etmiş olmalıdır ki sorumlu olsun. Bunun için failin, isnat kabiliyetine (kusur yeteneği) sahip olması ve fiili de bilerek ve isteyerek işlemesi gerekir. Kişinin taksir derecesinde dahi kusuru yoksa cezalandırılmaz.¹⁷¹

Bu anlamda, çağdaş ceza hukukunda kusur sorumluluğu geçerlidir. İşlenen bir fiilden dolayı başkasının cezalandırılması kabul edilmediği gibi, failin cezalandırılması da kusurlu olmasına bağlıdır. Kusur ilkesi, faile ancak kusuru oranında ceza verilebilmesini de içerir. Başkasının suçundan veya istemediği ancak ortaya çıkan bir sonuçtan sorumlu olma, ilkel ceza hukukunda kabul edilmiş bulunan, günümüzde ise kabul edilmeyen bir sorumluluk biçimidir.¹⁷²

Şu halde, her hareket değil, ancak kusurlu hareket sorumluluk doğurur. Failin kusuru, yaşantısına bakılarak anlaşılır. Somut olayda neticenin meydana gelmesi açısından kusurunun bulunup bulunmadığı araştırılır.¹⁷³

Bu ilkenin iki yönü bulunur;

- Kusursuz kişiye ceza verilmez. Bu, cezalandırabilmenin nedenini oluşturur.
- Ceza, kusurun oranını geçemez. Ceza, kusurun derecesinden ne az ne de çok olabilir.

Bu da cezalandırabilmenin sınırınıdır.

İlkenin diğer sonuçları şunlardır;

- Ceza hukukunda objektif sorumluluğa yer verilmez.

¹⁷¹ **HAKERİ Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 32

¹⁷² **CENTEL Nur, ZAFER Hamide, ÇAKMUT Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 Sayılı yeni Türk Ceza Kanunu ve ilgili mevzuata göre yenilenmiş 3. Bası, Beta Yayıncılık 2005, s. 44

¹⁷³ **ÖZBEK Veli Özer**, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı (Açıklamalı- Gerekçeli-İçtihatlı), Cilt 1 Genel Hükümler (Madde 1-75), Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 68

- Failin kişiliği ve geçmişi, fiilden sorumluluğunun belirlenmesi bakımından önemli değildir. Bunlar ancak cezanın bireyselleştirilmesinde rol alır. Bu nedenle çağdaş ceza hukuku fail değil, fiil ceza hukukudur.

- Ceza sorumluluğu bireyseldir. Kimse, başkasının fiilinden dolayı cezalandırılmaz.¹⁷⁴

Genel hatlarıyla açıklamaya çalıştığımız “Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi”nin bu özelliklerine değinmeden önce, bu ilke ile iç içe geçmiş olan “Kusurluluk” ve “İsnat kabiliyeti (Kusur Yeteneği)” kavramları hakkında açıklamalarda bulunmamız bir zorunluluk halini almaktadır.

2.1.2. Kusurluluk ve Kusur Yeteneği

Kusurluluk, failin hukuka uygun hareket edebilme imkanına sahip olduğu halde, hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması nedeniyle bu fiilin ona yüklenebilmesi ve kınanabilmesidir.¹⁷⁵ Bu anlamda suç işleyen kişinin kusurlu hareket edebilmesi evvela işlemiş olduğu eylemin toplu yaşama kuralları açısından değerlendirmesini yapabilmesini ve buna göre davranışlarını yönlendirebilmesini gerektirir. Başka bir ifade ile bu kişinin, kusur yeteneğine sahip olması gerekir.

Kusur Yeteneği (İsnad Kabiliyeti), fiilin haksızlık teşkil ettiğini algılayabilme ve hareketlerini buna göre yönlendirebilme yeteneğini ifade etmektedir.¹⁷⁶

Şu halde kusur yeteneği, algılama (anlama) ve irade (isteme) yeteneğinden oluşur.

İnsan, kendi varlığının bilincinde olarak, çevresindeki olayları, olguları gözlemleyebilmekte, bu gözlemlerden belli sonuçlar çıkarabilmekte ve davranışlarını, vardığı bu sonuçlar doğrultusunda yönlendirebilmektedir. İnsanın çevresindeki olguları gözlemleyebilme yeteneğine algılama yeteneği denilmektedir.¹⁷⁷ Bu anlamda, anlama yeteneği, bir kimsenin, yaptığı hareketin toplum içindeki değerini bilmesi ve toplu halde yaşama koşulları ile çatışma halinde olduğunu anlamasıdır. Failin, hareketinin aynı zamanda yasaya aykırılık teşkil ettiğini bilmesi gerekmez.¹⁷⁸

¹⁷⁴ ÖZBEK, s. 68

¹⁷⁵ ÖZBEK Veli Özer, BACAŞIZ Pınar, DOĞAN Koray, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Açıklamalı Şematik Çalışma Kitabı I), Seçkin, Ankara 2006, s. 143

¹⁷⁶ KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2008 s. 259

¹⁷⁷ İÇEL Kayıhan, SOKULLU AKINCI Füsün, ÖZGENÇ İzzet, SÖZÜER Adem, MAHMUTOĞLU S. Fatih, ÜNVER Yener, İçel Suç Teorisi, Beta, Eylül 2000, s. 205

¹⁷⁸ ALACAKAPTAN Uğur, Suçun Unsurları, AÜHFY No: 372, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 118, 119

İsteme yeteneği ise, kişinin, yapmak zorunda olduğu şeyi isteyebilme, başka bir deyişle hareketlerini özerk (muhtar) olarak tayin edebilme yeteneğinden başka bir şey değildir.¹⁷⁹

Bir kimsenin, isnad yeteneğine sahip olabilmesi için, anlama ve isteme yeteneklerinin birlikte bulunması lazımdır. Bunlardan biri eksikse, o kimse isnad edilemez . Fakat, bir kimsenin isnad yeteneğine sahip olması, işlediği bir eylem dolayısıyla cezalandırılabilmesi için yetmez. Ayrıca failin somut her olayda kusurlu bir irade ile hareket ettiğinin gösterilmesi gerekir. Çünkü bir insan, anlama ve isteme yeteneğine sahip olarak hareket ettiği halde eylemi, kusurluluğu kaldıran bir nedenin etkisiyle işlemiş olabilir.¹⁸⁰

Böylece diyebiliriz ki, kişinin kusuru ile isnad kabiliyeti arasında yakın bir ilişki vardır.

İsnad kabiliyetinin niteliği ve kusurluluk ile olan ilişkisi konusundaki fikirleri dört grup altında toplamak mümkündür:

- Bazı yazarlar, isnad kabiliyetini, suçun unsurlarının dışında, sübjektif bir durum, failin sübjektif bir niteliği olarak kabul etmekte ve suçun bir unsurunu teşkil eden psikolojik unsur veya kusurluluktan ayırmaktadırlar.¹⁸¹

- İsnad kabiliyetini, suçun bir unsuru olarak kabul etmekle beraber, irade veya kusurluluktan ayrıldığını belirtmek için, bunun, suçun sübjektif kısmının bir unsuru olduğunu ileri süren yazarlar da vardır. Bunlara göre, irade veya psikolojik unsur denilen husus, isnad kabiliyetinden farklı olarak suçun objektif kısmının bir unsurunu teşkil etmektedir.

¹⁷⁹ ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları, s. 118,119

¹⁸⁰ ALACAKAPTAN , Suçun Unsurları, s. 118,119

¹⁸¹ İÇEL Kayhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İHFY No: 1256, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967, s. 18,

Hafizoğulları'na göre, " ...doktrinde de belirtildiği üzere, on yaşındaki bir çocuk, bilerek ve isteyerek, okul arkadaşını yaralayabilir. Elbette, bu çocuk, eline geçirdiği babasının silahıyla oynarken, dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu olarak bir kimseyi yaralayabilir Bu gerçek karşısında, isnat yeteneğinin artık kusurluluğun bir ön şartı olduğu söylenemez...Özetlersek, kast ve taksir, var olmaları için, failin mutlaka isnat edilebilir olmasını zorunlu kılmamaktadırlar. Bundan ötürü, isnat edilebilir olma veya isnat yeteneği kusurluluğun bir unsurunu veya bir ön şartını oluşturmamakta, ama kişinin bir niteliğini, bir durumunu ifade etmektedir. Böyle olunca, isnat yeteneği, suçla bağıntılı olarak değil, faille bağıntılı olarak incelenmelidir." HAFIZOĞULLARI, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, s. 342,343

Karşı görüşteki Alacakaptan'a göre ise, "...isnad yeteneğinin suçun bir unsuru olmayıp suçlunun kişisel bir niteliği olduğunu ileri sürenlerin görüşleri doğru değildir. Çağımız ceza hukuku, faile yalnız iradî hareketlerinden dolayı ceza verir. İradî bir hareketin varlığı ise, onun meydana gelmesine elverişli bir ortamın varlığına bağlıdır. Bu ortama anlama ve isteme yeteneği adı verilir. Hareketlerini değerlendirmekten aciz olan, ne yapması lâzım geldiğini bilmeyen bir kimsenin iradesine ceza hukuku değer tanıyamaz. Belki, sorun, sırf psikolojik yönden incelendiğinde, bir akıl hastasının, bir küçüğün davranışlarında kast ve taksirin unsurlarına rastlanması mümkündür; fakat, anormal bir ortamda doğan, kast, ya da taksir, ceza hukuku tarafından kusurluluğun biçimini tayin konusunda esas olarak alınamaz."

- Üçüncü bir grup olarak gösterebileceğimiz fikirlerin sahibi olan yazarlar, isnad kabiliyetini kusurluluğun adeta bir önşartı olarak kabul etmekte ve isnad kabiliyeti olmadan kusurluluktan söz etmeye imkan yoktur; demektedirler.¹⁸²

- Nihayet sonuncu bir grup teşkil eden yazarların fikirlerine göre, isnat kabiliyetini kusurluluktan ayrı olarak görmeye imkan yoktur. Bu kabiliyet subjektif bir durumdan ibaret olmayıp, psikolojik unsurun bir kısmını teşkil eder. Çünkü bir fiili bir şahsa bağlamak için, herhangi bir psişik ilişki yeterli değildir, fakat belirli niteliklere sahip bir psişik ilişkinin aranması gerekir. Diğer bir ifadeyle, isnad kabiliyeti kavramını bir yana bırakmak suretiyle kusurluluk kavramını açıklamak mümkün değildir. Mesela bir akıl hastasının, içinden su fişkıracağını sanarak, tüfekle bir şahsı öldürmesi halinde, bu akıl hastasının kusurlu olarak hareket ettiğini ileri sürmek imkansızdır.¹⁸³

2.1.3. Kusur

Bir suçun oluşması için sadece maddi unsurun, yani fiilin bulunmuş olması yetmez, ayrıca fiille birlikte iradenin de bulunması, yani kısaca fiilin iradi olması da gerekir. Fiilin iradiliği esası, insanlığın büyük bir buluşunu ifade etmektedir; çünkü ilkel toplumlarda ceza sorumluluğu için zararlı netice ile insan fiili arasında sadece maddi nedensellik ilişkisinin bulunması yeterli görülmüştür.¹⁸⁴ Bunun yanı sıra, elbette ki, iradi olan bu fiilin kusurlu olması da gerekir.

Başka bir anlatımla, suçun meydana gelebilmesi için failin, yasadaki tanıma uyan ve hukuka aykırı olan bir eylemi işlediğinin bilinmesi, tanıtlanması yetmez. Aynı zamanda,

¹⁸² İÇEL, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, s. 18-19,

Koca ve Üzülmöz'e göre, "... Failin kusur yeteneği, bizatihi kusurdan farklıdır. Kusur (isnad) yeteneği, kusurlu hareket edebilmenin ön koşulunu oluşturmaktadır. Bir kişinin, işlemiş olduğu fiilden dolayı kınanabilmesi, yani onun hakkında kusur yargısında bulunabilmesi için, kusur yeteneğine sahip olması, eğer suç tipinde öngörülmüşse özel kusurluluk unsurlarını gerçekleştirilmesi, haksızlık bilincinin bulunması ve kusurluluğu kaldıran hallerin somut olayda bulunmaması gerekmektedir." KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 259

¹⁸³ İÇEL, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, s. 18-19,

Burada yeri gelmişken, 5237 sayılı TCK'da belirtilen kusur ve kusur yeteneğini etkileyen hallerde de kısaca değinmek gerekir. 5237 sayılı TCK'ya göre, "*Kusur Yeteneği*"ni etkileyen haller; Yaş küçüklüğü (md.31), Akıl Hastalığı (md.32), Sağır-dilsizlik (md.33), Geçici Nedenler (md.34), Alkol-Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma (md. 34), "*Kusur*"u etkileyen haller; cebir-şiddet- tehdit (md.28), Hata-Sakınılmaz Hata (md. 30), Haksız tahriktir. (md. 29), "*Mazeret Sebepleri*" ise, Zorunluluk hali (md. 25/2), Amirin emri (md. 24/2), Meşru savunmada sınırın heyecan,korku/telaşla aşılması (md. 27/2) halleridir. ÖZBEK/BACAĞIZ/DOĞAN, s. 143

¹⁸⁴ HAFIZOĞULLARI Zeki, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, s. 336, www.zekihafizogullari.com adresinden 25.06.2008 tarihinde yararlanılmıştır.

hukuka ve yasaya aykırı olan bu eyleme, failin kusurlu iradesinin katılmış bulunması koşulu da aranır. Yani, kusurlu bir irade tarafından yaratılmış olmayan eylemler, suç sayılmazlar.¹⁸⁵

2.1.3.1. Kusur Türleri

Kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince, kişinin cezalandırılabilmesi “kusurlu” olmasına bağlı olduğuna göre, bu kişinin kusurlu olabilmesi için de kast veya taksirle hareket etmesi gerekir. Hatta, Ceza Kanunumuzun 23. maddesi gereğince, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, ağırlaşan neticeden sorumlu tutulabilmek için, bu netice açısından en azından taksirle hareket edilmesi gerekir.

Kusurun türleri olarak, 5237 sayılı kanunumuz “Kast” ve “Taksir” i öngörmüştür.

Kanunumuzun 21/1. ve 22/1. maddelerindeki düzenlemelerden de açıkça anlaşılacağı üzere, kast ve taksir, kural ve istisna ilişkisi içinde bulunmaktadır. Kural olarak kast, her suçun zorunlu bir unsurudur. Bir başka deyişle, fiilin asıl işleniş şeklini kast oluşturmaktadır.¹⁸⁶

2.1.3.1.1. Kast

765 sayılı TCK'nın kasta ilişkin 45. maddesinin aksine, 5237 sayılı TCK, kastın tanımını yapmıştır. 5237 sayılı TCK'nın 21. maddesine göre, “...Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.”

Buna göre kast, “bilme” ve “isteme” olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır.

Şu halde ilk olarak, failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için, yasal tanımda yer alan tüm unsurları öngörmüş, yani onları bilmiş olması gerekir.¹⁸⁷ Ancak, bir şeyin bilinmiş olması, o şeyin aynı zamanda istenmiş olduğunu göstermez. Yani öngörme, aynı zamanda isteme anlamına gelmez. Bu nedenle, failin kasten hareket ettiğini söyleyebilmek için, öngördüğü tüm hususları, aynı zamanda istemiş olması gerekir.¹⁸⁸

Olası kastta ise, ne bilme ne de isteme unsuru tam olarak tezahür etmektedir. Fakat en azından, failin tipikliğin gerçekleşmesini muhtemel görmesi ve neticeyi de tasvip edici bir şekilde kabullenmesi halinde, olası kasttan bahsedilir. Ancak olası kastın haksızlık içeriği,

¹⁸⁵ ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları, s. 117

¹⁸⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 158

¹⁸⁷ İÇEL/SOKULLU/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, İçel Suç Teorisi, s. 230

¹⁸⁸ İÇEL, Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli “Kast”, İTÜSBD Yıl:6, Sayı:12, Güz 2007, s. 64

doğrudan kasta göre daha azdır. Çünkü, olası kast halinde netice ne istenmekte ne de kesin, olarak bilinmektedir; sadece korunan hukuki değer tehlikeye düşürülmesi bilinci içinde olayın seyrine bırakılmakta ve fail tarafından neticenin gerçekleşmemesine yönelik özel bir çaba da gösterilmemektedir.¹⁸⁹

Bu anlamda hukuk, her şeyden önce, failin iradesinin yönelmiş olduğu neticeleri istenmiş kabul etmektedir. Buna “*doğrudan kast*” veya “*düşünce kastı*” denmektedir. Öte yandan, gerçekleşmesi muhakkak veya muhtemel veya imkân dahilinde görülen neticeler, gerçekleşmesine kayıtsız kalmak, razı olmak veya riskine katlanmak kaydıyla, fail tarafından istenmiş sayılmaktadırlar. Buna “*dolaylı veya muhtemel yahut olası kast*” denmektedir.¹⁹⁰

Bunların dışında, yasal tanımda bazen suçun basit şekli, bazen nitelikli şekli açısından bir unsur olarak kabul edilmiş olan amaç, Türk hukuk literatüründe “*özel kast*” olarak da ifade edilmiştir. Amaç, bazı suçlar açısından, suçun basit şekline ilişkin bir unsurdur. Örneğin, YTCK’nın 141. maddesinde tanımlanan hırsızlık suçunun oluşabilmesi için bu eylemin “*bir yarar sağlamak maksadıyla*” işlenmesi gerekir. Bazı suçlar bakımından amaç, suçun nitelikli (mevsuf) şekline ilişkin bir unsur niteliğini taşımaktadır. Örneğin; 5237 sayılı TCK’nın 109. maddesinde tanımlanan, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun “*cinsel amaçla*” işlenmesi, suçun basit sekline nazaran daha ağır bir ceza ile cezalandırılmayı gerekli kılmaktadır. Keza belli bir dince kutsal sayılan bir mabet veya mezarı tahrip ve yıkma eyleminin YTCK’nun 153. maddesindeki suçun ağırlaşmış halini oluşturabilmesi için, bunun 3. fıkra gereğince ilgili dini “*tahkir maksadı ile*” işlenmesi gerekir.¹⁹¹

2.1.3.1.2. Taksir

Taksir kasttan, faildeki iradenin, hareketten doğacak sonucu kapsamaması, başka bir söyleyişle, sonucun istenmemiş olması ile ayrılır. Bu bakımdan, sonucun da istenmiş olduğu olaylarda, taksirli değil, kasıtlı sorumluluk söz konusu olabilecektir.¹⁹²

Taksir, genel olarak, istenen bir davranışın istenmeyen neticesinden sorumluluktur. Mahiyetinin gereği olarak, toplumsal hayat, tehlikelerle doludur. Herkes, her gün, bireysel toplumsal hayatın icabı olarak, birçok davranışta, tehlikeli çok ve çeşitli etkinliklerde bulunmaktadır. Bu durum, bireylerin davranışlarında, özenli olmalarını zorunlu kılmıştır.

¹⁸⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 181

¹⁹⁰ HAFIZOĞULLARI, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, s. 350 vd.

¹⁹¹ İÇEL, Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli “Kast”, s. 64

¹⁹² ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları, s. 158-159

Davranışında özenli olmak demek, tedbirli, dikkatli olmak, meslek ve sanatta acemi olmamak, emirlere ve nizamlara uymak demektir.¹⁹³

Gerçekten hayattan ve teknikten edinilen görgü ve bilgiler sayesinde, belli bir toplumda, belli faaliyetlerde bulunan kimselerin, başkalarına zarar vermemek için bir takım tedbirler alması ve bazı hareket kurallarına uyması gerektiğini ortaya koyar. Bu kurallar, ortak toplum hayatından doğabileceği gibi devlet müdahalesiyle de varlık kazanmış olabilirler. Taksirli suç, işte bu kuralların ihlâl edilmesinin sonucunda belirir. Ve fail, tedbirli ve sağgörülü davranmamış olduğu için sorumlu tutulur.¹⁹⁴

Bununla birlikte, taksirli bir davranıştan bir ceza sorumluluğunun doğabilmesi için, sadece taksirli bir davranışta bulunmuş olması yetmez, kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, o davranışın kanunda ayrıca bir suç sayılmış olması gerekmektedir. Gerçekten, failin fiili, bir suç tanımına uysa bile, örneğin, bir kimsenin özensizliği sonucu elinden fırlayan bir taşla komşunun camını kırması, o suçun kanunda taksirli biçimi yoksa, fail fiilinden sorumlu olmayacaktır. Bu demektir ki, Kanun, sadece kasıtlı bir davranışla başkalarının malına zarar verme fiilini suç saymış, ancak bu suçun taksirli bir biçimine yer vermemiştir. Dolayısıyla, özensizlik gösterilerek başkasının malına zarar verme fiili, zarar ne kadar büyük olursa olsun, her hangi bir suça vücut vermemekte, ancak zararın tazmini istenebilmektedir.¹⁹⁵ 5237 sayılı TCK'nın 22/1. maddesi, *“Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.”* demek suretiyle bu hususu açıkça belirtmiş olmaktadır.

Taksir açısından bir diğer önemli nokta, kanunumuzda, bilinçli taksirin düzenlenmiş olmasıdır. 5237 sayılı TCK'nın 22/3. maddesine göre, *“Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır.”*

Kanundaki olası kast tanımı da şöyledir: *“Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.”*

Anlaşıldığı üzere, iki kavramın tanımları önemli derecede benzerlik göstermektedir.

Bu nedenle, uygulamada olası kast ile bilinçli taksirin birbirlerine karıştırılması olasılığı daima olacaktır.¹⁹⁶

Fakat yine de bu iki kavram arasına bir çizgi çekmemiz gerekirse,

Bilinçli taksirde fail, hareketi iradi olarak yapar ve neticenin meydana gelebileceğini de öngörür ancak gerçekleşmesini istemez. Bu noktada, iradenin neticeyi kapsamadığından söz edilir. Oysa, dolaylı kastta fail, neticenin meydana gelmesini göze almıştır. Bu açıdan iradesi,

¹⁹³ HAFIZOĞULLARI, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, s. 363 vd.

¹⁹⁴ ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları, s. 158-159

¹⁹⁵ HAFIZOĞULLARI, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, s. 363 vd.

¹⁹⁶ İÇEL, Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli “Kast”, s. 66

neticeyi de kapsamaktadır. Fail, somut olayın koşullarına göre, neticenin gerçekleşebileceğini düşündüğü halde hareketinden vazgeçmeyerek neticeyi göze almışsa, failin neticeyi istediğinden ve ortada dolaylı (olası) kast bulunduğundan söz edilir.¹⁹⁷

2.1.4. Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi'nin(Nulla poena sine culpa) Özellikleri

2.1.4.1. Cezanın Kusurun Derecesi İle Orantılı Olması (Oranlilik İlkesi)

5237 sayılı TCK'nın 3. maddesine göre,

“Suç işleyen kişi hakkında, işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur”

Cezanın belirlenmesi üst başlıklı 61. maddesine göre ise, *“Hakim, somut olayda...failin kast ve taksire dayalı kusurunun ağırlığını...göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.”*

Bu anlamda Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz ilkesi'ne göre, gerçekleşen neticeden failin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için kusurlu hareket etmiş olacağı aranacağı gibi faile verilecek cezanın da ortaya konulmuş olan kusur ile orantılı olması gerekecektir. Diğer bir anlatımla, kusursuz kişinin cezalandırılması mümkün olmadığı gibi kusurun gerektirdiği cezadan daha ağır bir ceza ile kişinin cezalandırılması mümkün olmayacaktır.¹⁹⁸

Dolayısıyla 3. ve 61. maddeler birlikte değerlendirildiğinde, Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz ilkesi, bir yandan cezanın meşruluk zeminini oluşturmakta, diğer yandan da uygulanacak ceza açısından da bir sınırlamayı ifade etmektedir. Kusura göre ağır bir cezaya hükmedilmesi,

¹⁹⁷ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 414,

YTCK m.21'in gerekçesinde olası kasta yönelik olarak şöyle bir örnek verilmiştir: *“Yolda seyreden bir otobüs sürücüsü, trafik lambasının kendisine kırmızı yanmasına rağmen, kavşakta durmadan geçmek ister; ancak kendilerine yeşil ışık yanmakta olan yayalara çarpar ve bunlardan bir veya birkaçının ölümüne veya yaralanmasına neden olur.”* Oysa, bu örnekte değerlendirilmesi gereken husus şudur : Failin, fiilen gerçekleşebileceğini öngördüğü bu neticeyi göze alıp, ona razı olması söz konusu mudur? Şayet bu soruya olumlu cevap verilirse, olası kastın varlığından bahsedilebilecektir...Gerçekten fail, neticenin gerçekleşebileceğini bilseydi yine de söz konusu hareketi yapardı, denilebilen durumlarda olası kast mevcuttur. Oysa, günlük yaşam tecrübelerine göre, bu tür davranışta bulunan şoför meydana gelen neticeyi kesinlikle istememekte, zararlı sonucun doğmayacağına güvenerek hareket etmektedir. Nitekim, Yargıtay'ın yeni uygulamasında, kırmızı ışıkta geçerek başkalarının ölümüne ve/veya yaralanmasına sebebiyet veren fail olası kasttan değil, bilinçli taksirden sorumlu tutulmaktadır. **TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara 2008, s. 141

¹⁹⁸ **ÖNDER Ayhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Filiz Kitapevi, İstanbul 1992, s.20

kişiyi obje haline getirmek anlamına gelir. Kusura göre hafif bir cezanın belirlenmesi ise cezalandırmayla güdülen amaçla bağdaşmaz.¹⁹⁹

Bu anlamda diyebiliriz ki, ceza, kusurun derecesini aşamaz ve nihayet ceza, kusurunun derecesi dolayısıyla failin hak ettiğiinden daha az olamaz.²⁰⁰

Güvenlik tedbirleri açısından ise,

Ceza Kanunumuzun 3. maddenin 1. bendinde güvenlik tedbirinin işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacağı esası getirilmiştir.²⁰¹ Ancak, suçun objektif ağırlığının güvenlik önlemleri üzerinde bir etkisi yoktur. Güvenlik önlemleri, failin toplum bakımından gösterdiği tehlike halinin derecesine göre hükmedilir. Tedbirin süresi, failin tehlikelilik haliyle orantılıdır. Failin tehlikeli kişiliğine dayanan önlem, tehlikelilik devam ettikçe tatbik edilir.²⁰² Bu anlamda, güvenlik tedbirlerinin, işlenen fiil ile orantılı olacağı yolundaki düzenlemenin doğru bir ifade olmadığını da belirtmek gerekir.

2.1.4.2. Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği

Yukarıda ele aldığımız kusur ilkesi ile de bağlantılı olarak, ancak kusurlu kimsenin cezalandırılması prensibinin bir sonucu olarak, Anayasamızın 38. ve Ceza Kanunumuzun 20/1. maddesinde ceza sorumluluğunun şahsi olduğu esası kabul edilmiştir.²⁰³

Anayasamızın 38/7. maddesine göre, “ *Ceza sorumluluğu şahsidir.* ”

5237 sayılı Ceza Kanunumuzun 20. maddesine göre ise, “ *Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.* ”

En genel çizgisi içinde cezaların şahsiliği, kişinin ancak kendine ait, kendinin işlediği fiilden sorumlu tutulması anlamına gelmektedir. Tarih içinde gerek doğu gerek batı

¹⁹⁹ Örneğin, “*Alkollü araç kullanarak tam kusurlu olaya neden olan sanık hakkında asgari haddten ayrılarak ceza verilmesi gerektiği nazara alınmadan yazılı şekilde asgari haddten T.C.K'nun 459/2. maddesiyle ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.*” (Yargıtay 2. CD. 28.12.1992, 12449/13563) **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 515

²⁰⁰ **JESCHECK Hans Heinrich**, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Kusur İlkesi, Ceza Hukukunun Sınırları, Tercüme Eden : Feridun YENİSEY, Beta, İstanbul 2007, s. 9

²⁰¹ 3. maddeye göre, “ *Suç işleyen kişi hakkında, işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenir.* ”

²⁰² **ARTUK M. Emin**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler, Legal Hukuk Dergisi, Yıl : 3 Sayı :32, Ağustos 2005, S. 2764

²⁰³ **HAKERİ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 33

toplumlarının yasalarında, kişinin kendisiyle hiç ilgisi olmayan suçlardan dolayı sırf bir ailenin, bir topluluğun üyesi olması sebebiyle cezalandırıldığı bilinmektedir.²⁰⁴

Şu halde, başkasının eyleminden sorumluluk ya da kolektif sorumluluk, ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibinin ret ettiği bir anlayıştır.

Anayasamızda da açıkça belirtilen ilkeye göre, kanunda suç olarak belirlenmiş davranışı kim yapmış ise ceza sorumluluğu da o kişiye ait olacaktır. Bu anlamda ceza sorumluluğunun bireyselliği ilkesi, suç failinin cezadan bizzat sorumlu olması ve failin dışındaki üçüncü kişilerin suç olarak nitelendirilen davranış için cezalandırılmamalarını ifade eder.²⁰⁵ Dolayısıyla, kişinin ancak kusurlu bir hareketiyle sebebiyet verdiği bir suçtan sorumlu olması ve kendi kusurlu hareketiyle bir suça sebebiyet vermemiş olan kişinin cezalandırılmaması ilkesine "*Cezaların Şahsiliği*" veya "*Ceza Sorumluluğunun Kişiselliği*" ilkesi denilmektedir.²⁰⁶

Söz konusu ilke, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına da konu edilmiştir.

11.2.1964 tarihli ve **1963/330 E., 1964/15 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, Kan gütme sebebiyle işlenen adam öldürme ve buna teşebbüs cürümleri failleri hısımları hakkında tatbik olunacak muameleye dair 3236 sayılı kanunun 1. ve 2. maddelerine ilişkin itirazları değerlendirmiştir.

1. ve 2. maddelere göre,

Madde 1 : "*Kan gütme sebebiyle adam öldüren veya öldürmeye teşebbüs eden veya başkasını bu cürmü işlemeye azmettiren veya tahrik eyleyen kimsenin, cürüm işlendiği zaman bir dam altında yaşayan usul ve fûruları ve kardeşleri ve karı veya kocası ikametgâhlarının bulunduğu yerden başka bir yere nakledilirler.*"

Madde 2 : "*Fail ile bir dam altında yaşamasalar bile cürüm işlendiği zaman failin ikametgâhının bulunduğu köy veya kasaba veya şehir içinde ikamet eden birinci maddede yazılı hısımlarından ve amca, dayı, hala, teyze, yeğen, kaynana veya kaynatasından herhangi birinin de takdir edilecek lüzuma göre nakillerine karar verilebilir.*"

Anayasa Mahkemesi söz konusu itirazları, itiraza konu olan hükümlerin Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi'ni ihlal ettiği gerekçesiyle, haklı bulmuştur.²⁰⁷

²⁰⁴ **ÖZEK Çetin** , Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, İÜY No.: 1795, Hukuk Fakültesi Yayınları No. : 397, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., İstanbul -1972, s. 299

²⁰⁵ **İÇEL/SOKULLU/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER**, İçel Yaptırım Teorisi, s. 12,13

²⁰⁶ **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 2005, s. 44

Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesinin anlamı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz.

ÖZEK, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, s. 300 vd.

²⁰⁷ "...Toplumun tehlikeden korunması, sözü geçen şahısları, mümkünse terbiye, islâh veya tedavi etmek; değilse topluma zarar vermeyecek hale sokmakla mümkün olabilir. Bunun sağlanması için de, bunlar hakkında, cezadan

Anayasa Mahkemesi'nin kararı oldukça yerindedir. Zira Yüksek Mahkeme'nin de belirtmiş olduğu gibi, ceza yaptırımları ancak yasalarda tanımlanmış bulunan bir suçun işlenmesine bağlı olarak uygulanabilirler. Eğer kişiler, kendi kusurlu eylemleriyle sebebiyet vermedikleri ve başkasının kusurlu eylemiyle meydana gelen bir neticeden sorumlu tutuluyorlarsa, ceza sorumluluğu kusur aranmaksızın diğer kişilere de sirayet ediyor demektir ve böyle bir durum ceza sorumluluğunun şahsiliğiyle bağdaşabilecek nitelikte değildir. Emniyet tedbirleri de bir suçun işlenmesine bağlı olarak hakim tarafından takdir edilebilen bir yaptırım şekli olduklarına göre, bu yaptırımlar açısından da ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini aramak, gerek 1961 Anayasası'nın 33. ve gerekse 1982 Anayasamızın 38. maddesine uygun olacaktır.

21.9.1966 tarihli ve **1966/14 E., 1966/36 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 6831 sayılı Orman Kanununun 108 inci maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

6831 sayılı Orman Kanununun 108 inci maddesine göre;

“Bu kanun hükümlerine göre müsaderesine hükmolunacak orman mallarının, kanunsuz olarak kesildiğini, taşındığını veya toplandığını bildiği halde satın alanlar, taşıyanlar,

ayrı olarak bazı tedbirler alınması gerekir...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 “Şahsilik” prensiplerinin göz önünde 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 hastaneye konacaktır. Öte yandan faille 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 göz önünde bulundurulması gerektiğine şüphe edilemez.

Anayasa'nın 33 üncü maddesinde "Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur...Ceza sorumluluğu şahsidir" denilmektedir. Anayasa'da “Emniyet tedbirleri” yerine “Ceza tedbirleri” teriminin yanlış olarak kullanıldığı, amacın “Emniyet tedbirleri” olduğu aşikârdır. Zira ne ceza kanunumuzda ne de ceza hukukunda cezadan ve emniyet tedbirinden başka ayrıca bir ceza tedbiri müessesesine yer verilmemiştir. Ceza hukuku bilginlerinin de bu hususu benimsedikleri anlaşılmaktadır. 3236 sayılı kanunla emniyet tedbirleri konulmasında hukuk kurallarına ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırılık yoksa da; kanunun 1 inci ve 2. 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.”

biçenler, kabul edenler, kullananlar veya gizleyenler 3 aya kadar hapis ve 50 liradan 200 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

Birinci fıkrada yazılı fiillerin, ticarethane sahibi olsun olmasın bilûmum hasep madde ticaretiyle iştilgal eden kimseler tarafından ikai halinde 1 seneden 5 seneye kadar hapis ve 1000 liradan 10000 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

Suç mevzuu kaçak orman mahsulünün kıymeti hafif ise ikinci fıkradaki cezalar yarısına indirilerek, fahiş ise bir misline çıkarılarak hükmolunur.

*Kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılan canlı ve cansız bütün nakil vasıtaları **kime ait olursa olsun** idarece zapt ve mahkemelerce müsaderesine hükmolunur..."*

Anayasa Mahkemesi 108. maddeye ilişkin itirazı, kime ait olursa olsun müsadere edilecek olan nakil vasıtaları açısından ortaya çıkan kişinin sorumluluğunun, yükümlü olduğu dikkat ve itinayı göstererek, yasak eylemin işlenmesine engel olmamaktan doğduğunu belirtmek suretiyle, reddetmiştir.²⁰⁸

Öncelikle belirtmek gerekir ki, müsaderenin hukuki niteliği hakkında, bu kurumun ceza, tedbir ya da ceza mahkumiyetinin sonucu olduğu hakkında çeşitli tartışmalar mevcuttur. Fakat ne şekilde nitelendirilirse nitelendirilsin müsadere, bir suçun varlığına ya da işleme şüphesine bağlıdır. Dolayısıyla bu suçla manevi unsur açısından bir bağlantısı bulunmayan kimseye de müsadere hükümlerinin uygulanması söz konusu olmamaktadır.

²⁰⁸“...Gerekenin tümü incelenince, aykırılık görüşünün son fıkradan bir önceki fıkraya konulan "ceza sorumluluğu şahsidir" kuralına dayandığı anlaşılmaktadır. 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 zoralmı 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 itinayı göstererek yasak eylemin işlenmesine engel olmamaktan doğmakta ve böylece sorumlu tutulan kimsenin davranışı ile meydana gelen sonuç arasında sebebiyet ilgisi de (İllyet rabitası) kurulmuş olmaktadır. Söz konusu hükme yöneltilen Anayasa'ya aykırılık itirazının da bu hukuki esas açısından incelenmesi gerekir...

İtiraz konusu hüküm, bu nedenlerle Anayasa'nın 33 üncü maddesinde belirtilen cezaların şahsiliği kuralına aykırı değildir."

Şu halde, Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmak mümkün değildir. Zira burada suç kim tarafından işlenmiş ise o kimsenin cezalandırılması ve müsadere hükümlerinin bu kişiye uygulanması söz konusu iken üçüncü kişi hakkında müsadere hükümlerinin uygulanması doğru değildir; cezaların şahsiliği prensibine aykırıdır.

Vasıta sahibi, vasıtasını bir suçun işlenmesi amacıyla vermiş ise, bu o suça iştiraktır ve bu noktada verilecek cezaya itiraz edilemez. Bununla birlikte vasıta sahibinin, böyle bir suçun işlenmesi maksadını taşımadan, suça katılmadan, sırf “*vasıtası kullanıldı*” denilerek ve “*lüzumlu tedbir ve dikkati gösterse idi*” gerekçesi ile sorumlu tutularak vasıtasının müsaderesini kabul etmek mümkün değildir.²⁰⁹ Zira, suça iştirak ancak suça iştirak eden kişinin kasıtlı bir davranışı ile mümkün olup, iştirak hükümleri taksirli davranışları kapsamaz. Bu anlamda burada, hareket ile netice arasında kurulan bu şekildeki bir illiyet bağı, kusurlu davranışla desteklenen bir illiyet bağı değildir.

Söz konusu düzenleme, cezaların şahsiliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır.²¹⁰

21.12.2006 tarihli ve **2003/97 E., 2006/115 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2787 sayılı Yasa ile değiştirilen 463. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2787 sayılı Yasa ile değiştirilen 463. maddesine göre;

“448, 449, 450, 456, 457.maddelerde beyan olunan fiilleri iki veya daha çok kimse ile birlikte yapmış olup da failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında, fiil için tayin edilmiş olan ceza üçte birden yarıya kadar indirilerek hükmolunur. Ölüm cezasını gerektiren fiillerde yirmi seneden, müebbet ağır hapis cezasını gerektiren fiillerde on altı seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası tayin olunur. Şu kadar ki, bu hüküm fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında uygulanmaz.”

Anayasa Mahkemesi 463. maddeye ilişkin itirazı, ceza sorumluluğunun şahsiliği açısından bir ihlale neden olmadığı gerekçesiyle, reddetmiştir.²¹¹

²⁰⁹ **ŞEN Ersan**, 1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararları – Ceza, Beta, İstanbul 1998, s. 56

²¹⁰ Aynı konunun tartışıldığı diğer kararlar için bkz. **1969/17 E, 1969/49 K, 30.9.1969**, benzer kararlar için bkz. **1968/32 E, 1968/62 K, 14.12.1968, 1999/2 E, 2000/8 K, 13.4.2000**, Genel müsadere Anayasa Mahkemesi önüne gelen diğer kararlar için bkz. **1987/28 E, 1988/16 K, 3.6.1988, 1987/35 E, 1988/17 K, 3.6.1988, 1988/28 E, 1988/24 K, 28.6.1988**

²¹¹ “...765 sayılı Yasa'nın sistemi içinde değerlendirildiğinde 463. maddenin, suça katılan kişilerin iştirak hükümleri çerçevesinde fiillerini nitelendirme olanağının bulunmadığı hallerde uygulanmak üzere kabul edilmiş istisnai bir hüküm ve hukuki ihtilafları çözmek üzere getirilmiş bir araç olduğunu kabul etmek gerekir. Suçun icra hareketlerine katılmış olan kişi/kişilerin gerçekleştirdikleri fiil/fiiller var ancak faillerden hangisinin fiili/fiilleri ile sonucun meydana geldiği belirlenememekte; fail yönünden, işlenen fiil ile sonuç arasında illiyet bağı kurulamamaktadır. 463. madde olmasaydı, sorunun teşebbüs hükümlerine göre çözümleneceği açıktır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararı isabetsizdir. Zira, objektif sorumluluk, kusursuz ve/veya eylemsiz yahut *eylemin/nedensellik bağının ispatlanamadığı* ceza sorumluluğudur. Bu anlamda, işlenmiş bir suç açısından, şüpheli kimsenin, o eylemdeki kusuru araştırılmaksızın, söz konusu eylem ile netice arasındaki nedensellik bağı ispatlanmadan cezalandırılması yoluna gidiliyorsa, objektif sorumluluğa dayanan bir sorumluluk söz konusu olmakla birlikte ceza sorumluluğunun şahsi olması gerektiği ilkesi de bertaraf edilmektedir.

İptali istenen madde hükmü açısından da, asıl failin bulunamaması durumunda suçta birlikte işleyen kişilerin her birinin kendi eylemiyle ortaya çıkan netice arasında 463. maddeden kaynaklanan bir nedensellik bağı kurulmakta, kişiler kendi kusurlarına göre cezalandırılmamakta bu anlamda örneğin bir kişi, suçu beraber işlediği (irtikap ettiği) fakat ortaya çıkan sonuç açısından kendisinin söz konusu madde metninde belirtilen derecede bir kusuru olmadığı, diğer kimse/kimselerin kasten gerçekleştirdiği neticeden sorumlu tutulmaktadır.

Bunun yanında burada, Yerel Mahkeme'nin de yerinde bir şekilde tespit ettiği gibi, devletin, yeterli ve sağlıklı deliller bularak olayı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekirken, sırf olayı aydınlatamıyor diye eylemi nedeniyle daha az ceza alabilecek olan sanığın, asıl faile verilecek ceza üzerinden cezalandırılması söz konudur.

Karar açısından ilginç olan husus, Yüksek Mahkeme'nin bu durumu açık bir şekilde tespit etmiş ve 463. madde olmamış olsaydı teşebbüs hükümlerinin uygulanacağını belirtmiş olmasına rağmen 463. maddeyi iptal etmemiş olmasıdır. Anayasa Mahkemesi'nin kararı yerinde değildir.²¹²

Kişilerin cezalandırılabilmesi için suçu oluşturan icrai veya ihmali bir eylemin bu kişi tarafından gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu kuşkusuzdur.

Yasa koyucu, 463. maddede iki veya daha çok kişinin belli bir suçun işlenmesine katılmış olması ve fakat asli failin hangisi olduğunun belli olmaması halinde, suça katılanların hepsinin tamamlanmış suç için öngörülen ceza ile sorumlu tutulmasını ya da tümünün aklanmasını uygun bulmamış; suçun icrasına katılanların cezalandırılmalarını, ancak verilecek cezanın maddede gösterilen şekilde belirlenmesini istemiştir.

Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrasında, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu belirtilmiştir. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Başka bir anlatımla kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır.

463. madde ile hiç kimse, başkasının fiilinden sorumlu tutulmamaktadır. Suça katılanların tümüyle suçsuz olduğu ya da hak etmediği halde cezalandırılması da söz konusu değildir. 765 sayılı Yasa'nın sistemi içinde bir nevi çözüm aracı olan 463. madde hükmü, yasa koyucunun ceza siyaseti ve takdiri ile ilgili olup madde hükmü, cezaların şahsiliği ilkesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir."

²¹² Aynı madde metninin tartışma konusu olduğu ve itirazın reddedildiği diğer bir karar için bkz. **1967/48 E, 1968/24 K, 11.6.1968,**

15.3.2007 tarihli ve 2003/92 E., 2007/25 K. sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 3285 sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu'nun 4648 sayılı Yasa ile değiştirilen 47. maddesinin f bendine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

3285 sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu'nun 4648 sayılı Yasa ile değiştirilen 47. maddesinin f bendine göre;

*“Menşe şahadetnamesi veya veteriner sağlık raporu olmayan hayvan ve hayvan maddelerini taşıyan nakil vasıtaları üç ay süre ile trafikten men edilerek **nakil vasıtalarının sahiplerine** beş yüz milyon lira, idari para cezası verilir.”*

Anayasa Mahkemesi 47. maddeye ilişkin itirazı, araç sahibi ile araç sürücüsü arasında mutlaka bir bağlantı olması gerektiği esasına dayandırarak, reddetmiştir.²¹³

Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmak mümkün değildir. Zira, karara konu olan düzenlemede, nakil vasıtası sahiplerinin, nakil vasıtası sürücülerinin fiilinden dolayı sorumluluğuna gidilmiştir. Vasıta sahibinin bu şekilde cezalandırılabilmesi için, iştirak iradesi gerekirken bu aranmamış, vasıta sahibi ile meydana gelen netice arasında kusura dayanmayan ve hatta 3. kişinin kusurlu fiiline dayanan bir illiyet bağı kurulmak istenmiştir. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, araç sahibinin sorumluluğunun ortadan kalkmasını aracın çalınması ya

DONAY'a göre, “... 463. maddede yer alan “birlikte yapmış” sözünü, irtikap edenler olarak anlayınca failerin hepsinin hisselerinin aynı olduğu söylenebilir. Ancak burada iştirak halinden farklı olarak, icrasına başlanan suçların bütün şerikleri için ayniyeti kuralı cari olmadığından, teşebbüs halinde kalmış bir faile nasıl asli faile verilen cezanın aynısı verilebilir sorusu ortaya çıkabilir. Ancak, 463. madde müstakil bir suç olmayıp, kasten adam öldürme ve müessir fiile tesir eden bir hal olduğuna göre, zaten asıl faile de suçun tam cezası verilmeyip indirilmiş ceza verilmektedir. Yani Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edildiği gibi aslı fail hak etmediği bir indirimden yararlanmakta ise de diğerleri fiillerinin karşılığı cezayı pek az bir farkla almaktadırlar. Zira 463. madde ile yapılan indirim ile teşebbüs halinde yapılan indirim arasında pek cüzi bir fark vardır. Bu şekilde de 463. maddenin Anayasa'nın 33/5. maddesini ihlal etmediği sonucuna varmak gerekir.” **DONAY Süheyl**, Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı, İÜHF M Cilt XXXV, Sayı 1-4, syf 522

²¹³ “ Hayvanlardan ve hayvan maddelerinden insan ve hayvanlara geçebilen hastalıklardan korunmasını ve bulaşıcı hayvan hastalıkları ile mücadele edilmesini sağlamak ve bu husustaki önlemleri almak amacıyla, 3285 sayılı Yasa ile kimi yöntemler benimsenmiştir. Bunlardan biri de hayvan ve hayvan maddelerinin bir yerden bir yere nakledilirken menşe ve sağlık raporlarının ibraz edilmesi zorunluluğudur. Gerekli raporlar düzenlenmeden hayvan ve hayvan maddelerini taşıyan nakil vasıtalarının sahiplerine idari para cezası öngörülmesi ve araçların belli bir süre için trafikten men edilmesi kamu yararına yönelik olup, bu kural ile hayvanlardan ve hayvan maddelerinden insan ve hayvanlara geçebilen hastalıklardan korunma amaçlanmaktadır. Öte yandan, aracın çalınması, zor kullanılarak ele geçirilmesi gibi sorumluluk yüklenemeyecek durumlar dışında, menşe şahadetnamesi veya veteriner sağlık raporu olmadan hayvan ve hayvan maddelerini taşıyan aracın sürücüsü ile sahibi arasında hiç bir bağlantının bulunmadığı da söylenemez. Kaldı ki, araç sahibi olmayan sürücünün usulsüz olarak mal taşınması halinde, adına ceza kesilen araç sahibinin sürücüye riucu etme olanağının bulunduğu da göz ardı edilemez..... İptal isteminin reddi gerekir.”

da zorla ele geçirilmesi durumlarına bağlamıştır. Oysa, araç sürücüsünün, her hangi bir kast ya da taksiri olmaksızın da, araç sahibi ile taşıma hususunda bir bağlantısı olabileceği göz önünde bulundurulmamıştır. Söz konusu düzenleme, nakil vasıtası sahiplerinin kusurunu aramamakta ve böylece düzenleme cezaların şahsiliği prensibine aykırı olmaktadır.²¹⁴

6.3.2008 tarihli ve **2004/116 E., 2008/74 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 116. maddesinin 1. fıkrasına ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 116. maddesinin 1. fıkrasına göre;

*“Trafığı tehlikeye düşürecek, engel olacak şekilde veya yasaklanmış yerlerde park etmiş araçlara veya trafik kural ve yasaklarına aykırı davranışları belirlenmiş bulunan, karayolları ağırlık kontrol mahallerinde işaret, ışık, ses veya görevlilerin ikazına rağmen tartı sistemine girmeden seyrine devam eden ve sürücüsü tespit edilemeyen araçlara **tescil plakalarına göre ceza veya suç tutanağı düzenlenir.**”*

Anayasa Mahkemesi, 116. maddeye ilişkin itirazı, söz konusu hükmün ceza sorumluluğunun şahsiliği açısından bir ihlale neden olmadığı gerekçesiyle, reddetmiştir.²¹⁵

Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmak olanaklı değildir. Daha önce bir çok kez belirttiğimiz üzere, bir kimsenin başka bir kimsenin kusurlu eyleminden, o eyleme iştiraki olmadıkça sorumlu tutulması mümkün değildir. Burada da araç sürücüsü, her zaman tescil plakası sahibi ile aynı kişi olmayabileceğinden, tescil plakası sahibinin illiyet bağı kurulmaksızın neticeden kusursuz sorumluluğu kabul edilebilecek bir düzenleme değildir. Söz konusu hüküm Anayasa'nın 38/7. maddesine aykırıdır.

²¹⁴ Vergi Usul Kanunundan kaynaklanan benzer bir karar için bkz. **2001/487 E, 2005/2 K, 6.1.2005**

²¹⁵ “...Cezaların kişiselliği kuralı gereğince bir kişi, sadece kendisine ait kusurlu fiilden sorumlu tutulabilir. Bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılması veya bir eylemin asli veya feri faili olmadan o eylemden sorumlu tutulması, Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrası gereğince olanaklı değildir. 116. maddedeki sorumluluk, iradi ve kusurlu olan sürücünün eylemine dayanmaktadır. Ancak sürücünün kimliğinin belirlenmesinde, 116. maddede sayılan ihlallerin niteliğinden kaynaklanan güçlükler bulunduğundan, trafik ihlaline ilişkin tutanak, aracın tescil plakasına göre düzenlenmektedir. Ayrıca kural ihlali yapan ve sürücüsü tespit edilemeyen araçların, trafik zabıtası tarafından saptanabilecek plâkasından başka ayırt edici bir özelliğinin bulunmadığı, ancak plâka ile de araç sahibine ulaşılabileceği açıktır. Dolayısıyla Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen düzenlemenin, gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan trafik sorunlarını zamanında ve etkin bir biçimde denetleyebilmek ve toplum hâlinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi amacıyla, demokratik toplumda zorunlu olarak getirilen uygulamalar olduğu kabul edilmelidir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu ibareler, Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü ve yedinci fıkralarına aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”

2.1.5. Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi'nin Sonuçları

2.1.5.1. Kusura Dayanan Sorumluluk

Daha önce de değinildiği gibi, hak ile haksızlığı, doğru ile yanlış, iyi ile kötüyü ayırabilme ve bu anlayışa göre davranabilme yeteneği olarak tanımlanan isnat kabiliyetine (kusur yeteneğine) sahip kişi, kusurlu hareket edebilir. Failin eyleminden dolayı sorumlu tutulabilmesi için kusur ilkesinin varlığı gerekir. Bu kişinin, meydana gelen netice bakımından herhangi bir kusuru söz konusu değilse, sorumluluğundan bahsetmemiz mümkün değildir.²¹⁶

Şu halde bu ilkeye göre, sadece sonuçtan doğan bir sorumluluk (objektif sorumluluk) kabul edilemez.²¹⁷

Objektif sorumluluk failin, hareketiyle sebebiyet verdiği sonuçtan, kast ve taksir cinsinden bir kusuru olmasa bile, sorumlu tutulmasıdır. Bu gibi hallerde, failin hareketiyle sonuç arasında maddi bir nedensellik bağının varlığı, sorumlu tutulabilmesi için yeterlidir. Şüphesiz, objektif sorumluluk esasına göre cezalandırılan suçlarda da icra yada ihmal hareketinin iradi olarak yapılması gerekir; fakat, bu iradenin kusurlu bir irade olması koşulu aranmaz.²¹⁸

Şu halde, bugün geçerli olan suç genel teorisine göre suç, kusur yeteneği yani isnat kabiliyeti bulunan bir kimsenin tipe uygun, hukuka aykırı, kusurlu hareketidir. Kusur yoksa, suç da yoktur. O halde kusuru olmadığı halde bir kimseyi belli bir fiilden sorumlu tutup cezalandırmak mümkün değildir; çünkü ortada, kusursuz kimse bakımından cezalandırılacak suç yoktur.²¹⁹

²¹⁶ **ARTUK Mehmet Emin**, Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi, YÜHFD, Cilt III Sayı :1 Yıl : 2006, s. 8

²¹⁷ **HAKERİ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 32

²¹⁸ **ALACAKAPTAN**, Suçun Unsurları, s. 162

²¹⁹ **ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖZBEK Veli Özer**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku; 7.Baskı, Seçkin, Ankara 2003, s. 45,

ÜNVER'in isabetli tespitine göre ise, "...Objektif sorumluluk, doktrinimizde genelde sadece kusursuz sorumluluk olarak anlaşılmalı birlikte, kusursuz ve/veya eylemsiz (veya eylemin/nedensellik bağının ispatlanmadığı) ceza sorumluluğu olarak kabul edilmelidir." **ÜNVER Yener**, YTCK'da Kusurluluk, CHD Yıl: 1 Sayı: 1, Seçkin, Ekim 2006, s. 43

Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi, Anayasa m. 38’de yer aldığı gibi, TCK’ da ise, m.21’de kasta, m. 22’de taksire, m. 23’te neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suça ve m. 61/f’ de failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığına yer verilmek suretiyle düzenlenmiştir.²²⁰

Kusur ilkesinin Anayasal görünümü, yukarıda incelediğimiz üzere “Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi” olup, Anayasamızın 38. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenmiştir. Kast ve taksire ilişkin açıklamalara ise yine yukarıda değinilmiş olduğu için, TCK’nın 21 ve 22. maddelerine tekrar değinmeye gerek duymuyoruz. Dolayısıyla burada yeri gelmişken, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar hakkında bilgi vermenin uygun olduğunu düşünüyoruz.

2.1.5.1.1. Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç başlığını taşıyan, TCK’nın 23. maddesine göre;

*“Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.”*²²¹

İlk olarak değinmek gerekir ki, 5237 sayılı Kanunumuzun 23. maddesi gibi bir hüküm, 765 sayılı Kanunumuzda bulunmamaktadır. Bu nedenle, 765 sayılı Kanunun bazı maddeleri açısından objektif sorumluluk halleri, bu kanun döneminde oldukça tartışılmıştır.

Daha önce de belirtildiği gibi, objektif sorumluluk, failin hareketiyle sebebiyet verdiği sonuçtan, kast ve taksir cinsinden bir kusuru olmasa bile sorumlu tutulmasıdır. Bu gibi hallerde, failin hareketiyle sonuç arasında maddi bir nedensellik bağının varlığı, sorumlu tutulabilmesi için yeterlidir.²²²

Bu durum ülkemiz bakımından da 5237 sayılı yeni Ceza Kanununun kabulüne kadar geçerliydi. Gerçekten 765 sayılı TCK, fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticeye

²²⁰ **DEMİRBAŞ Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Seçkin, Ankara 2007, s. 63

²²¹ Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçları iki başlık altında toplamak mümkündür. “Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar” ve “Görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar.” Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, failin hareketi sonucu, kastettiğinden daha ağır bir netice ortaya çıkmaktadır. Örneğin, yaralama kastıyla hareket edenin fiili neticesi, mağdurun ölümü. Görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda ise, suçun oluşması için aranan neticeden başka ve daha ağır bir neticenin meydana gelmesi söz konusudur. Örneğin, cinsel saldırı suçunda mağdurun ölmesi, çocuk düşürme suçunda kadının ölmesi. **ARTUK Mehmet Emin, GÖKÇEN Ahmet, YENİDÜNYA A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 612,

Söz konusu ayırım, Kastın aşılması suretiyle işlenen suçlar ve netice sebebiyle ağırlaşan suçlar şeklinde de yapılmaktadır.

²²² **ALACAKAPTAN**, Suçun Unsurları, s. 162

sebebinin hali bakımından objektif sorumluluk esasını benimsemiş, failin kusurlu olmasını aramamıştı.²²³

Bu konuda doktrinde en sık verilen örnek, 765 sayılı TCK'nın 452. maddesi olmuştur.

Söz konusu maddeye göre, “*Katil kastıyla olmayan darp ve cerh veya bir müessir fiilden telefi nefis husule gelmiş olursa fail, 448. maddede beyan olunan ahvalde sekiz, 449. maddede yazılı ahvalde on ve 450. maddede muharrer ahvalde on beş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapse mahkum olur.*”²²⁴

Bunun dışında, 765 sayılı TCK'nın 418. maddesine göre, işlenen cebren ırza tecavüz eylemi, “*mağdurun ölümünü mucip olursa*” (fıkra 1) ya da mağdura “*bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakısa irasını...müstelzim olursa*” (fıkra 2) fail, cebren ırza tecavüz suçuna nazaran daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaktadır.²²⁵

Belirtilen hükmün de, objektif sorumluluğa neden olduğu düşünülmüştür. Zira, failin söz konusu sonucun ortaya çıkmasındaki iradesi yani bu sonucu isteyip istemediği araştırma konusu olmamaktadır.²²⁶

Şu halde, “Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi”, ceza hukukun temel anayasasından, ana taşlarından birisidir ve bunun gereği de şudur: Bir kimse istediği neticenin dışında daha ağır bir neticeye veya başka bir neticeye sebebiyet veriyse, o netice bakımından da kusurunu aramamız gerekir.²²⁷

²²³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 216

²²⁴ Belirtmek gerekir ki, 765 sayılı TCK'da 448. madde kasten öldürmeyi, 449. ve 450. maddeler ise eski deyimleriyle, adam öldürmenin ağırlaştırılmış hallerini düzenlemektedir.

²²⁵ İÇEL/SOKULLU/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, İçel Suç Teorisi, s. 264

²²⁶ 765 sayılı TCK'nın tartışmalı diğer hükümleri de şunlardır;

439. maddesine göre, “*Cebren kaçırmak sırasında veya bu yüzden kaçırılan kimse yaralanmış olursa yarasının derecesine göre ceza üçte birden bir misline kadar artırılır ve eğer ölürse fail müebbet ağır hapis cezası ile cezalandırılır.*”

458. maddesine göre, “*Her kim katil kasdiyle olmaksızın bir kimseye cismen eza verir veya sıhhatini ihlale yahut akli melekelerinde teşevvüş husulüne sebep olursa altı aydan bir seneye kadar hapsolunur.*

Fiil, havastan veya azadan birinin devamlı zaafını yahut söz söylemekte devamlı müşkülâtı veya çehrede sabit bir eseri yahut yirmi gün ve daha ziyade akli veya bedeni hastalıklardan birini veya bu kadar müddet mütat iştigallerine devam edememesini mucip olmuş veya hayatını tehlikeye maruz kalmış veya gebe bir kadın aleyhine işlenip de vaktinden evvel çocuk doğmasını intaç etmiş ise ceza iki seneden beş seneye kadar haptistir.

Fiil, kati veya muhtemel surette iyileşmesi kabil olmayacak derecede akıl veya beden hastalıklarından birini yahut havastan veya el yahut ayaklardan birinin veya söylemek kudretinin yahut çocuk yapmak kabiliyetinin zıyanını mucip olmuş veya azadan birinin tatilini yahut çehrenin daimi değişikliğini veya gebe bir kadına karşı ika olunup da çocuğun düşmesini intaç eylemiş ise ceza beş seneden on seneye kadar ağır haptistir.”

²²⁷ HAKERİ Hakan, Yeni Türk Ceza Kanunu Semineri, 12 MART 2005, <http://www.ankarabaru.org.tr/download/panel/10.doc>, 27.10.2008 tarihinde yararlanılmıştır.

Böylece 5237 sayılı Kanunumuzun 23. maddesi açısından, kişinin bir neticeye yönelik taksirinin varlığı için, o neticenin öngörülebilir olması gerekir. Eğer ortaya çıkan netice, öngörülemez nitelikteyse taksir yoktur; dolayısıyla o neticeden kişi sorumlu tutulamaz. Şu halde taksir derecesinde kusurdan anlaşılması gereken, failin öngörmesi gereken daha ağır veya başka neticeleri öngörmemiş bulunmasıdır.²²⁸

Kanımızca da 5237 sayılı TCK'nın 23. maddesi ile ortaya çıkan, daha ağır veya başka bir netice açısından, sırf fiil ile meydana gelen sonuç aradaki nedensellik bağı nedeniyle failin sorumluluğuna gidilmesinin ortadan kaldırılması yerinde bir düzenleme olmuştur. Ancak, böyle bir düzenleme uygulamada, ağırlaşan neticenin, her somut olay açısından taksirle gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin araştırılması halinde yararlı olabilecektir. Aksi halde, yani taksirin, oluşan ağır netice açısından karine haline gelmesi, yapılan bu yeni düzenlemenin anlayışına aykırı olacaktır.

Durum 5237 sayılı TCK açısından böyle olmakla beraber, bazı özel kanunlarımız da objektif sorumluluğa ilişkin tartışmalara neden olan cezai hükümler içerebilmektedirler. Konumuz açısından özellik arz eden bu özel kanunlardan biri Basın Kanunu diğeri ise Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanundur. Bu anlamda, objektif sorumluluk açısından özellik gösteren suçlar, basın suçları ve Çek Kanununda düzenlenen karşılıksız çek suçları açısındandır. Bu nedenle Basın Kanununda ve Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunda düzenmiş olan cezai sorumluluk hallerine de değinmek yerinde olacaktır.

2.1.5.1.2. Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu

Öncelikle belirtmek gerekir ki, basın suçlarında ceza sorumluluğu denilince, hem basın suçlarının hem de basın yoluyla işlenen suçların göz önünde bulundurulması gerekir.

Sadece basın yoluyla işlenen suçlara, basın suçları denir.²²⁹

²²⁸ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 613

²²⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 425

Örneğin 5187 sayılı Basın Kanunumuzun 19. maddesine göre, "*Hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimse, iki milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza, bölgesel süreli yayınlarda on milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda yirmi milyar liradan az olamaz.*

Görülmekte olan bir dava kesin kararlar sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da birinci fıkrada yer alan cezalar uygulanır."

Basın yoluyla işlenen suç ise, başka yolla işlenmesi de mümkün olan bir suçun, basın aracılığıyla işlenmesidir. Örneğin, özel hayatın gizliliğini ihlal etme suçtur. (TCK m. 134) Bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi, cezanın ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. (TCK m. 134/2) Dolayısıyla, burada başka şekilde işlenmesi mümkün olan suçun, basın ve yayın yoluyla işlenmesi, suçu nitelikli hale dönüştürmekte ve basın yoluyla işlenen suç söz konusu olmaktadır.²³⁰

Bu ayrıma değindikten sonra belirtmeliyiz ki, gerek basın suçları ve gerekse basın yoluyla işlenen suçlar açısından üzerinde sıkça tartışılan konu, Basın Kanunlarında öngörülen sorumluluğun esas ve türüdür. Zira, doktrinde baskın görüş, bazı sorumluluk şekilleri açısından Basın Kanunlarında objektif sorumluluğa yer verildiği ve böylece Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi'nin bertaraf edildiğidir.

Fakat belirtmek gerekir ki, basın suçlarında sorumluluk, yukarıda değinmiş olduğumuz ve özellikle 765 sayılı TCK döneminde objektif sorumluluğa neden olabilen netice sebebiyle ağırlaşmış suçlardan farklı nitelikler taşımaktadır.

Basın suçlarında sorumluluk, failin, kendi yarattığı neticeden değil, bu neticenin sonucu olan ve fakat bir üçüncü şahsa ait neticeden doğmaktadır. Fiilin hukuka aykırılığını, üçüncü şahsın fiili tayin etmektedir. Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise, fail zaten hukuka aykırı bir fiil ika etmiştir ve fakat bu fiil, istenenden daha başka yahut ağır bir sonuç doğurmuştur. Diğer bir deyişle, fail esasında, hukuka aykırı bir netice istememektedir ve fakat hukuka aykırı netice gerçekleşmektedir.²³¹ Bu anlamda basın suçları, ceza sorumluluğunun şahsi olması gereği açısından da eleştirilmektedir.

2.1.5.1.2.1. 5680 sayılı Basın Kanunu'na Göre Sorumluluk

5680 sayılı Kanun'un 2002 yılında değişikliğe uğramadan önceki 16. maddesinin 1. bendine göre,

“Mevkutelere işlenen suçlarda sorumluluk, suçu meydana getiren yazıyı veya haberi yazan veya resmi veya karikatürü yapan kimse ile beraber bu mevkutenin ilgili sorumlu müdürüne aittir. Ancak, sorumlu müdürler için verilen hürriyeti bağlayıcı cezalar, sürelerine bakılmaksızın para cezasına çevrilerek hükmolunur...”²³²

²³⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT , s. 425

²³¹ ÖZEK, s. 409

²³² Belirtmek gerekir ki, Basın Kanunu 1950 yılında kabul edilmesinden bu yana defalarca değişikliğe uğramıştır. Söz konusu 16. maddenin 2002 değişikliğinden önceki hali de aslında 2950 sayılı Yasa ile 10 Kasım 1983 tarihinde değişikliğe uğramış halidir.

15 Mayıs 2002 tarihinde 4756 sayılı kanunun 19. maddesiyle yapılan değişikliğe göre ise,

“Mevkutelerle işlenen suçlarda sorumluluk, suçu meydana getiren yazıyı veya haberi yazan veya resmi veya karikatürü yapan kimse ile beraber bu mevkutenin ilgili sorumlu müdürüne; 19 uncu maddeye aykırı hareket edilmesi halinde ise sözü edilen kişilerle birlikte mevkutenin sahibi olan gerçek kişiye ve mevkute sahibi olan anonim şirketlerde, yönetim kurulu başkanı ile diğer şirket ve tüzel kişilere ait mevkutelerde, tüzel kişiliğin en üst yöneticisine aittir. Ancak, sorumlu müdürler için verilen hürriyeti bağlayıcı cezalar, sürelerine bakılmaksızın para cezasına çevrilerek hükmolunur ve bu cezalar ertelenemez.

Mevkute tanımına girmeyen basılmış eserlerle işlenen suçlarda ceza sorumluluğu suçu oluşturan eserin yazarı, çevireni veya çizeni ile birlikte yayınlatana aittir. Ancak, yayınlananlar için verilen hürriyeti bağlayıcı cezalar sürelerine bakılmaksızın para cezasına çevrilerek hükmolunur. Para cezasının hesabında 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin birinci bendinde belirtilen miktarın aşağı haddi esas alınır. Yayınlananlar için emniyet gözetimi altında bulundurma cezası verilmez.

Mevkute tanımına girmeyen basılı eserin sahibinin belli olmaması halinde sorumluluk, yukarıdaki fıkra hükmüne bakılmaksızın yayınlatana aittir. Eser; yazarı, çevireni ve çizeninin bilgi ve izni dışında yayınlandığı takdirde sadece yayınlanan, eseri vücuda getiren gibi sorumlu olur.

Yukarıda yazılı kişiler belli olmadığı veya bu kimseler aleyhine Türk Mahkemelerinde dava açılmadığı takdirde sorumluluk, basana, basan da belli olmadığı takdirde satan ve dağıtana aittir...”²³³

Dönemsel (Sürelî) yayınlar açısından;²³⁴

Madde hükümlerinden de anlaşıldığı üzere, suç oluşturan içeriği ortaya çıkaran eser sahibi, basın suçlarının doğal sorumlusudur; çünkü o, yazıyı veya haberi yazarak, resmi veya karikatürü yaparak suç oluşturan eseri, bilerek ve isteyerek meydana getirmektedir. Hemen belirtelim ki Basın Kanununun 16. maddesi, eser sahibinin sorumluluğunun kaynağı değildir. 16. madde, eser sahibinden söz etmemiş olsaydı dahi ceza sorumluluğunun genel kuralları

²³³ 5187 sayılı Basın Kanunumuza göre eser sahibi, sürelî veya süresiz yayının içeriğini oluşturan yazıyı veya haberi yazanı, çevireni veya resmi ya da karikatürü yapandır. 5680 sayılı kanun döneminde de doktrinde eser sahibi bu şekilde anlaşılmaktadır. ,

5680 sayılı Basın Kanunu'nun 19. maddesi, cevap ve düzeltme hakkını düzenlemektedir.

²³⁴ 5187 sayılı Basın Kanunumuz, basılmış eserleri, türleri bakımından, sürelî ve süresiz şeklinde adlandırarak, tanımlarını 2. maddesinde yapmıştır. Buna göre sürelî (dönemsel) yayın, belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını, süresiz (dönemsel olmayan) yayın, belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserleri ifade etmektedir.

gereğince eser sahibi sorumlu tutulabilecekti. Eser sahibinin sorumlu tutulacağıının belirtilmesinin nedeni, çıkabilecek kuşkuları önlemektir.²³⁵

Şu halde, eser sahibinin sorumluluğu tamamen genel hükümlere göre kusurlu sorumluluktur. Bu nedenle eser sahibinin sorumluluğu kusurluluk bakımından bir özellik göstermemektedir.²³⁶

Fakat, söz konusu hüküm açısından, eser sahibinin sorumluluğu, ceza sorumluluğu kurallarının doğal bir sonucu olmakla birlikte sorumlu yazı işleri müdürünün sorumluluğu hakkında aynı şeyi söylemek olanağı yoktur.²³⁷ Çünkü görülüyor ki, yazıyı/haberi yazan ya da resim/karikatürü yapan kişilerin sorumluluğu subjektif olmakla beraber, sorumlu müdürün de aynı şekilde sorumluluğuna, söz konusu fiillerin suç olma niteliğini bilip bilmemesi aranmadan, gidilmektedir.²³⁸

Bu anlamda mesela, eser sahibi tarafından işlenen suç "müstehcen neşriyat" olduğunda, kanunen sorumlu tutulanan işlediği suç da müstehcen neşriyat olmaktadır. Eser sahibi komünizm propagandası suçunu işlediğinde, kanuni sorumluluk da buna göre olmaktadır.²³⁹ Oysa ki, sorumlu müdürün sorumlu tutuluş nedeni, bu kimsenin, bizim sistemimizde belirli bir otorite, insiyatif ve bağımsız olarak karar verme yetkisine sahip bir kişi olarak, süreli yayını suç oluşturacak düşünsel malzemedan ayıklamakla görevli olmasına rağmen gerekli denetimi yapmamasıdır. Gerçekten, sorumlu müdürün esas görevi, süreli yayının her nüshasını, yayından önce denetleyerek suç teşkil eden unsurları elemektir. Bu nedenle, mesleğin gereği olan bu ödevi savsaklaması ve bunun sonucunda suç teşkil eden yayını engellememesi ve sonuçta gerekli özeni göstermemesi nedeniyle kanun tarafından sorumlu tutulmaktadır.²⁴⁰

Fakat, Basın Kanununun 16/1 maddesine göre, sorumlu müdürün denetim görevini kasten veya taksirli olarak ihlal edip etmediği araştırılmamakta ve sorumlu müdür, meydana gelen suçtan dolayı eser sahibinin işlediği suçtan dolayı cezalandırılmakta, eser sahibiyle birlikte

²³⁵ **SÖZÜER Adem**, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, Alfa Basım Yayım Dağıtım, Ocak 1996, s. 73,

Basın Kanunu, eser sahibi terimini kullanmamış, bunun yerine "yazıyı veya haberi yazan", "resmi veya karikatürü yapan" biçimde bir ifade kullanılmıştır. Suçu vücuda getiren "yazıyı yazan" "haberi yazan" "resmi yapan", "karikatürü yapan" kişiler genel olarak eser sahibi olarak nitelendirilebilir.

²³⁶ **ÖZEN Muharrem**, Türkiye Cumhuriyeti'nde ve Kuzey Kıbrıs Türkiye Cumhuriyeti'nde Süreli ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu, AÜHFD Cilt 50, Sayı 3, 2001, s. 60

²³⁷ **İÇEL/SOKULLU/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER**, İçel Suç Teorisi, 2000, s. 273

²³⁸ **ÖNDER Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 360

²³⁹ **ÖZEK**, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, s. 409

²⁴⁰ **ÖZEN**, Türkiye Cumhuriyeti'nde ve Kuzey Kıbrıs Türkiye Cumhuriyeti'nde Süreli ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu, s. 64

sorumlu tutulmaktadır. Böylece sorumlu müdür için aksi kanıtlanamayan bir iştirak ve kusur karinesi yaratılmış olmaktadır.²⁴¹

Şu halde, eğer somut olayda sorumlu müdürün, bilerek ve isteyerek suç oluşturan yayını gerçekleştirdiği saptanabiliyorsa, kasten hareket ettiği için bir problemle karşılaşmaz; sorumlu müdür, eser sahibi ile birlikte işlenen suçtan sorumlu tutulur. Buna karşılık, yazı işleri müdürü kasten hareket etmemesine karşın, dikkat ve özen görevini savsaklayarak suç olan yayını engellememişse, davranışı taksirlidir ve sorumlu tutulması gerekir.²⁴²

Ancak kanımızca, madde hükmünün bu şekilde düzenlenmiş halinden, sorumlu müdürün görevini yapmasına ilişkin taksirinin bulunup bulunmadığının araştırılması suretiyle sorumlu tutulacağı düşüncesi, ancak zorlama bir yorum yolu ile mümkün olabilir. Zira madde hükmünün gerek ilk ve gerekse değişik hali, aksi yorumda bulunmaya fırsat vermeyecek kadar kesindir. Bu anlamda, söz konusu durum, 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 2002 yılında değiştirilen şekli açısından da farklı değildir. Her ne kadar, “...sorumlu müdürler için verilen hürriyeti bağlayıcı cezalar, sürelerine bakılmaksızın para cezasına çevrilerek hükmolunur ve bu cezalar ertelenemez.” hükmü getirilmiş olsa da, bahsi geçen cezalar objektif sorumluluğa göre belirlenmeye devam edilmiştir.

Dönemsel olmayan (Süresiz) yayınlara gelecek olursak ise,

Basın Kanunu, süresiz yayınlarda, eser sahibi, yayıncı, basan, satan ve dağıtan şeklinde bir sıralama belirlemek suretiyle önce basamaklı sorumluluk sistemini kabul etmiştir. Belirlenen basamaklardan birinde sorumlu saptandığında, diğer alt basamaktaki kimseler sorumlu tutulmamaktadır. Ancak, 2950 sayılı Kanun, 16. maddenin 4. bendini değiştirmiş, bu değişiklikle birlikte hem birlikte sorumluluk hem de basamaklı sorumluluk kabul edilmiştir. Nitekim, bu düzenlemeye göre, eser sahibi ile yayıncı birinci derecede ve birlikte sorumlu tutulmakta, fakat bu kişilerin sorumlu tutulamaması durumunda, yani bu kişiler belli değilse veya bunlar hakkında Türk mahkemelerde dava açılmıyorsa, ikinci basamakta basan, o da belli olmadığı takdirde satan ve dağıtanın sırasıyla sorumlu tutulmaları kabul edilmiştir.²⁴³

Yayımlatan (naşir), yazı işleri müdürleri gibi eseri yayından önce kontrol etmek ve suç oluşturabilecek kısımlarını çıkarmak yükümlülüğü altındadır. Yayımlatan da bu konuda göstermediği takdirde, mesleğinin özelliğinden doğan bu yükümlülüğünü savsaklamış olur.

²⁴¹ SÖZÜER, s. 92

²⁴² İÇEL/SOKULLU/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, İçel Suç Teorisi, s. 273

²⁴³ ÖZEN, Türkiye Cumhuriyeti'nde ve Kuzey Kıbrıs Türkiye Cumhuriyeti'nde Süreli ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu, s. 68-69

İşte yazı işleri müdürü gibi, yayımlatanın sorumluluğunun esası da gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesidir.²⁴⁴

Ancak, Basın Kanununda tıpkı dönemsel yayınlarda olduğu gibi, yayıncının eser sahibinin suç oluşturan kusurlu eyleminden dolayı ve bu eyleme karşılık gösterilen ceza ile sorumlu olduğu öngörülerek, burada da bir objektif sorumluluk hali meydana getirilmiştir. Böylece, yayıncı için bir iştirak veya kusur karinesi yaratılarak, genel sorumluluk kurallarına ve kusur ilkesine aykırı bir sorumluluk öngörülmüştür. Hemen belirtelim ki, hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesi zorunluluğu da, kusur ilkesine aykırı olan bu durumu düzeltmemektedir. Dolayısıyla yayıncının sorumluluğu da tıpkı sorumlu yazı işleri müdüründe olduğu gibi, objektif niteliktedir.²⁴⁵

Şu halde yinelemek gerekirse, süreli yayınlarda, eser sahibiyle birlikte sorumlu müdür süresiz yayınlarda ise, eser sahibiyle birlikte yayımlatan sorumludur. Ancak burada, sorumlu müdürün ve yayımlatanın sorumluluğu, kimilerinin ifadesiyle başkasının fiilinden sorumluluk, kimilerinin ifadesine göre objektif sorumluluk halleridir. Her iki tür sorumluluk da, ilkel ceza hukuku, yani, henüz devlet ceza hukukunun ortaya çıkmadığı aşiret, kabile, aile ceza hukuku döneminde uygulanan bir sorumluluk türüdür.²⁴⁶ Ve bu anlamda söz konusu düzenlemeler, kişinin ancak kusurlu bir eylemi ile meydana gelen neticeden dolayı cezalandırılması gerektiği şeklindeki temel ilkeye aykırılık teşkil etmektedir.

Bunlar dışında Kanun, basamaklı olarak basan, satan ve dağıtanı da sorumluluğun birer zinciri olarak düzenlemiştir.

Basan, süreli olmayan yayını, baskı aletleriyle basan veya sair her türlü araçla çoğaltan beyanname verip matbaa açmış olan kimsedir. Basanın süresiz yayınlara işlenen suçtan sorumlu tutulabilmesi için, eser sahibi ile yayıncının belli olmaması veya bu kişiler aleyhine Türk Mahkemelerinde dava açılmaması gerekir.²⁴⁷ Bu kişinin sorumluluğunun, iştirak durumları dışında, eser sahibinin veya yayıncının bilinmemesi ya da haklarında dava açılmaması gibi, kendisinin kusuruyla ortaya çıkarmadığı nedenlere dayandırılması ceza hukukunun temel ilkelerinden olan "*kusursuz ceza olmaz*" ilkesine aykırıdır. Gerçekten, eseri basmak ve çoğaltmak görevini üstlenen bu kişinin dönemsel olmayan yayının içeriğini denetlemek ve

²⁴⁴ İÇEL/SOKULLU/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, İçel Suç Teorisi, s. 275

²⁴⁵ SÖZÜER, s. 102,103

²⁴⁶ TOROSLU Nevzat, X. Yerel Medya Eğitim Semineri – Kayseri 20 - 21 ŞUBAT 2004, http://www.byegm.gov.tr/seminerler/kayseri-x/kayseri_x.htm, 20.12.2008 tarihinde yararlanılmıştır.

²⁴⁷ ÖZEN, Türkiye Cumhuriyeti'nde ve Kuzey Kıbrıs Türkiye Cumhuriyeti'nde Süreli ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu, s. 71

suç unsurlarından arındırmak gibi bir yükümlülüğü yoktur. Aksi halde basanın, üçüncü kişinin fiilinden sorumlu tutulması söz konusu olacaktır²⁴⁸

Sürelî olmayan yayınlarla işlenen basın suçlarından dolayı, son basamaktaki sorumlular satan ve dağıtandır. Bu kişiler basılmış eserin yayın unsurunu gerçekleştirmektedir.²⁴⁹

Burada da satan ve dağıtanın sorumlulukları iştirak hükümlerine göre belirlenmemekte, bu kişilerin eser sahibinin fiilinin sonucundan, bu sonuca yönelik olarak herhangi bir kast veya taksir araştırılması yapılmamaktadır.

Bu anlamda, basılmış eserin içeriğinin gerek oluşumunda, gerek denetiminde hiç bir görev ve yetkisi olmayan satan ve dağıtanların, eser sahibinin işlediği suçun cezasıyla, cezalandırılmaları "*kusursuz ceza olmaz*" ilkesine aykırı düşmektedir. Çünkü bu kişilerin görevi eseri satmak veya dağıtmak olup, bir araç durumunda bulunmaktadır.²⁵⁰

2.1.5.1.2.2. 5187 sayılı Basın Kanunu'na Göre Sorumluluk

Basın suçlarından dolayı cezai sorumluluk, yürürlükte olan 9.6.2004 tarihli 5187 sayılı Basın Kanunumuzun 11. maddesinde düzenlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki, eski kanunumuza oranla yeni Basın Kanunumuz bir çok kavramı tanımlamış ve eleştirdiğimiz hususlarda, bazı değişik düzenlemeler öngörmüştür.

5187 sayılı Basın Kanunumuzun 11. maddesine göre,

“Basılmış eserler yoluyla işlenen suç, yayım anında oluşur.

Sürelî yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur.

Sürelî yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdürün ve yayım yönetmeni, genel yayım yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin, sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.

Süresiz yayınlarda, eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya

²⁴⁸ SÖZÜER, s. 103,104

²⁴⁹ ÖZEN, Türkiye Cumhuriyeti'nde ve Kuzey Kıbrıs Türkiye Cumhuriyeti'nde Sürelî ve Süresiz Yayınlar Ceza Sorumluluğu, s. 72

²⁵⁰ SÖZÜER, s. 107

etki etmemesi hallerinde yayımcı, yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.

Yukarıdaki hükümler, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar için bu Kanunda aranan şartlara uyulmaksızın yapılan yayınlar hakkında da uygulanır.”

Madde metninde de açıkça görüldüğü üzere, 5187 sayılı Basın Kanunumuz, basın yoluyla işlenen suçlar açısından, eser sahibinin sorumluluğunu kabul etmiştir. Ancak, buna rağmen Basın Kanunumuz açısından eleştirilere açık kısımlar giderilememiştir. Zira, söz konusu Kanun, süreli yayınlarda eser sahibinin bilinmemesi, bulunamaması veya cezai ehliyetinin yokluğu halinde, sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin, sorumluluğunu öngörmektedir. Fakat dikkat etmek gerekir ki, söz konusu sorumluluk, bu kişilerin kendi kusurlu eylemlerine bağlı olarak ortaya çıkmamaktadır.

Basın Kanunu m. 11, eser sahibinin hareketinden doğan neticenin, sorumlu müdür tarafından istenmiş olup olmamasına bakmamakta, sorumluluğun ortadan kalkacağı halleri sınırlı biçimde saymakla, diğer hallerde netice istenmiş olmasa da sorumluluğun doğacağını belirtmiş olmaktadır.²⁵¹

Bu anlamda, Basın Kanunumuza göre bu sorumluluk ancak, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin, söz konusu eserin yayımlanmasına karşı çıkmasına rağmen yayımlanırca kalkmaktadır. Ancak söz konusu sorumluluk, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin kendi kusurlu eylemlerinden dolayı ortaya çıkmadığından, başka bir ifadeyle sorumlu müdür ve yetkili kişiler asli fail gibi nitelendirildiklerinden, sorumluluğu kaldıran bu gibi hallerin de böyle bir objektif sorumluluk hali için bir önemi yoktur. Bunun yanında sorumluluk, bu kişiler üzerinden kalkmış olsa da kusur araştırması yapılmaksızın yayımlatana kolayca yükletilebilmektedir.

Süresiz yayınlar için de farklı bir durum söz konusu değildir. Kanımızca, bahsi geçen yayımcının da sorumluluğu, objektif sorumluluk alanına girmektedir. Hatta, yukarıda 5680 sayılı Kanun döneminde de eleştirdiğimiz gibi, görevi eseri basmak veya çoğaltmak olan basanın, iştirak durumu dışında, sorumluluğunun öngörülmesi anlaşılabilir bir düzenleme değildir. Satan ve dağıtan açısından ise, cezai sorumluluğun kaldırılmış olması yerinde bir düzenleme olarak nitelendirilebilir.²⁵²

²⁵¹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 2005, s. 427

²⁵² Fakat belirtmek gerekir ki, eğer, bir iştirak hali söz konusuysa, o zaman satan ve dağıtan genel hükümlere göre sorumlu olabilir, ama onun dışında, satan veya dağıtanın sorumluluğu kabul edilmemiştir. **TOROSLU**, X. Yerel Medya Eğitim Semineri – Kayseri 20 - 21 ŞUBAT 2004

Bunun yanında, 5187 sayılı yeni Basın Kanunu'nda, dönemsel (sürelî) ve dönemsel olmayan (süresiz) yayınlardaki ceza sorumluluğuna ilişkin hükümlerde (m. 11 vd.), eylemi ve en önemlisi de kusuru bulunmayan kimselerin, sırf başkaları bulunamıyor, yargılanamıyor veya cezalandırılmıyor diye, kanunen sorumlu tutulması ve dereceli bir sorumluluk skalasının düzenlenişi de ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine tamamen aykırıdır.²⁵³

Şu halde, her ne kadar bu düzenlemenin ikinci fıkrasına göre (madde 11), yayın yoluyla işlenen suçlarda ceza sorumluluğu eser sahibinin ise de, fıkra 3 uyarınca eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması veya yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması durumunda sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlunun ceza sorumluluğu bulunmaktadır. Böyle bir objektif sorumluluğun, tamamıyla yeniden düzenlenmiş ve yeni Ceza Kanunu'ndan kısa bir zaman önce yürürlüğe girmiş bir kanunda muhafaza edilmesi ne kadar hayrete düşürücü ise, ilgili düzenlemenin, kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağını öngören yeni Türk Ceza Kanunu madde 20, fıkra 1, cümle 2'ye açıkça muhalif olması da o kadar hayrete düşürücüdür.²⁵⁴

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin değerlendirmesine gelecek olursak,

17.6.2004 tarihli ve **2002/100 E., 2004/109 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 4756 sayılı Yasa'nın 19. maddesiyle değiştirilen, 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 16. maddesinin 1. fıkrası ve 4756 sayılı Yasa'nın 12. maddesiyle değiştirilen, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 28. maddesinin 6. fıkrasına ilişkin itirazları değerlendirmiştir.

1) 4756 sayılı Yasa'nın 19. maddesiyle değiştirilen, 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 16. maddesinin birinci fıkrasına göre;

“Mevkutelere işlenen suçlarda sorumluluk, suçu meydana getiren yazıyı veya haberi yazan veya resmi veya karikatürü yapan kimse ile beraber bu mevkutenin ilgili sorumlu müdürüne; 19 uncu maddeye aykırı hareket edilmesi halinde ise sözü edilen kişilerle birlikte mevkutenin sahibi olan gerçek kişiye ve mevkute sahibi olan anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı ile diğer şirket ve tüzel kişilere ait mevkutelerde tüzel kişiliğin en üst yöneticisine aittir. Ancak, sorumlu müdürler için verilen hürriyeti bağlayıcı cezalar, sürelerine bakılmaksızın para cezasına çevrilerek hükmolunur ve bu cezalar ertelenemez.”

²⁵³ ÜNVER, YTCK'da Kusurluluk, CHD Yıl: 1 Sayı: 1, Seçkin, Ekim 2006, s. 43

²⁵⁴ ROXIN Claus, “ Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümleri ”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus ROXIN'e Armağan Suç Politikası, İÇEL Kayıhan, ÜNVER Yener, Seçkin, Ankara, 2006, s. 283'ün 31 numaralı dipnotu olarak yazılmıştır.

2) 4756 sayılı Yasa'nın 12. maddesiyle değiştirilen, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 28. maddesinin 6. fıkrasına göre;

“Yayını yapmayan veya karara uygun şekilde yapmayan veya geciktiren kuruluşun yayınlarından sorumlu en üst yöneticisi ile kuruluşun sahibi olan anonim şirketin yönetim kurulu başkanına otuz milyar liradan doksan milyar liraya kadar ağır para cezası verilir...”

Anayasa Mahkemesi, 5680 sayılı Kanunu'nun 16. maddesine ilişkin itirazı, 5187 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ve istemin konusunun kalmaması nedeniyle, 3984 sayılı Kanun'un 28/6. maddesine ilişkin itirazı ise, ceza hukuku ilkesi açısından bir ihlalin söz konusu olmadığını belirtmek suretiyle, reddetmiştir.²⁵⁵

Değindiğimiz ilk iptal talebi açısından Anayasa Mahkemesi, davanın konusu kalmamasından dolayı, bir ret ya da iptal kararı verememiştir. Fakat önceki kararlarına dayanarak Anayasa Mahkemesi'nin, sorumlu müdür ve yayımcının sorumluluğunu, yayın faaliyetinin taşıdığı özellikler dolayısıyla, kusura dayalı genel ceza sorumluluğundan farklı bir düzenlemeye gereksinim duyan özel ve istisnai bir sorumluluk olarak gördüğünü söyleyebiliriz.

Karar açısından bir değerlendirme yapacak olursak;

İlk önce belirtmek gerekir ki, 5187 sayılı Yasa'nın 30. maddesi ile yürürlükten kaldırılan, 5680 sayılı Basın Kanunu olup, basın ve basın yoluyla işlenen suçlar açısından yeni hükümler getiren düzenleme, 9.6.2004 tarihli 5187 sayılı Basın Kanunudur.

4756 sayılı Yasa'nın 19. maddesiyle değiştirilen 5680 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin 5187 sayılı Yasadaki karşılığı ise, 11. maddedir. 11. madde, 16. maddeye göre değişik

²⁵⁵ 1) “...Dava dilekçesinde bu kuralların Anayasa'nın 2., 13., 26., 28., 38. ve 141. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüş ise de, iptali istenilen kurallar dava açıldıktan sonra yürürlüğe giren 9.6.2004 günlü, 5187 sayılı Yasa'nın 30. maddesiyle yürürlükten kaldırıldığından bu kurallara ilişkin konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığı yolunda karar verilmesi gerekir.”

2) “...Yasa koyucu, 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 takdir yetkisine sahiptir. Bu durumda, kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği veya gerçeğe aykırı olduğu yargı kararı ile de tespit edilmesine karşın bu karara uymayarak, yapılması gereken yayının ilgili radyo ve televizyon kuruluşunca yapılmaması ve ısrarla bu tutumun sürdürülmesi karşısında, cezaların caydırıcılık özelliği bulunması gerektiği de gözetilerek, sorumlular hakkında Üst Kurul'ca, eylemin ağırlığına göre öngörülen üç aya kadar gelir getirici yayın yapma yasağı uygulanmasının ölçüsüz olduğundan ve Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez. Öte yandan, fıkarda Üst Kurul'ca uygulanması öngörülen yaptırıma karşı yargı yolu açık olduğundan herhangi bir keyfiliğe neden olunacağından da söz edilemez. Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen “hukuk devleti” ilkesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”

düzenlemeler getirmiş olsa da temel olarak Basın Kanunları açısından her zaman eleştiri konusu olan objektif sorumluluk halleri bakımından, oldukça ileri düzenlemeler getirmiştir demek güçtür.

Objektif sorumluluğu, kusursuz ve/veya eylemsiz (veya eylemin/nedensellik bağının ispatlanmadığı) ceza sorumluluğu olarak adlandırınca, kendi denetim görevini kasten veya taksirli olarak ihlal edip etmediği araştırılmayan, suçu meydana getiren yazıyı veya haberi yazan veya resmi veya karikatürü yapan kimsenin eyleminden sorumlu olan (başkasının kusurlu fiilinden sorumluluk) ve böylece suçun asli faili gibi değerlendirilen fakat, ancak kendi kusurlu eyleminden sorumlu tutulabilecek sorumlu müdür açısından, yukarıda da ayrıntılı bir biçimde ifade ettiğimiz gibi, Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi'nin ihlal edildiğini söylemek mümkündür. 5680 sayılı Basın Kanunu'nda öngörülen bu tür bir cezai sorumluluk Anayasamızın 38/7. maddesinde açıkça belirtilen Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi'ne aykırıdır.

Aynı şekilde, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un değişik 28. maddesinin 6. fıkrası da Basın Kanunu açısından eleştirdiğimiz hususlara paralel bir düzenleme getirmiş olduğundan, Anayasa'nın 38/7. maddesinin ihlali burada da söz konusudur. Çünkü, karşı oy gerekçelerinde de belirtildiği üzere, bir kişi tarafından gerçekleştirilen fiile, iştiraki olmayan kişi de dahil edilerek fiilin karşılığı olan tek cezadan iki ayrı kişi sorumlu tutulmaktadır. Buna göre, suça iştirak hükümlerine yer verilmeden, fiilin icrasına hiçbir şekilde iştiraki olmayan bir başkasının da icra edilen fiilden sorumlu tutularak, fiili icra eden ile birlikte ceza almasını sağlayan düzenleme, cezaların şahsiliği prensibine, dolayısı ile de Anayasa'nın 38. maddesindeki hükme aykırılık oluşturur. Açıklanan bu nedenlerle “...kuruluşun yayınlarından sorumlu en üst yöneticisi ile kuruluşun sahibi olan anonim şirketin yönetim kurulu başkanına...” tarzındaki ibarenin de iptali gerekirdi.²⁵⁶

2.1.5.1.3. Karşılıksız Çek Keşide Etme Fiilleri Bakımından Sorumluluk

Ayrıntılı açıklamalarda ileriki bölümlerde bulunacağımızı belirterek, konumuz açısından burada özellikle 4814 sayılı Yasa ile değişik 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunun 16. maddesine değinmek istiyoruz.

Söz konusu Yasa'nın 16. madde göre,

²⁵⁶ Anayasa Mahkemesi'nin benzer kararları için bkz. 1991/2 E, 1991/30 K, 19.9.1991, 2002/94 E, 2004/45 K, 31.3.2004

“Üzerinde yazılı keşide tarihinden önce veya ibraz süresi içinde 4 üncü madde uyarınca ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcileri, kanunların ayrıca suç saydığı haller saklı kalmak üzere, çek bedeli tutarı kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar. Ancak verilecek para cezası seksen milyar liradan fazla olamaz. Bu miktar, 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun ek 2. maddesine göre her yıl artırılır. Bu suçtan mükerrerlere, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

Bu suçun, organ veya temsilcisi tarafından tüzelkişi yararına işlenmesi halinde özel hukuk tüzelkişisi hakkında da birinci fıkra uyarınca para cezasına hükmolunur. Ayrıca yetkili temsilci tarafından yararına çek keşide edilen hesap sahibi gerçek kişi hakkında da bu fıkra hükmü uygulanır...”

Düzenleme açısından göze çarpan ilk eleştiri konusu, maddenin birinci fıkrasıdır.

Gerçekten, bu hüküm bakımından en önemli nokta, failin kusurunun yani kast ya da taksirinin aranmamasıdır. Bu sebeple suçun, objektif sorumluluk esasına dayalı bir suç olduğu ifade edilmiştir.²⁵⁷ Zira burada keşidecinin, çekin karşılığını ödeme hususunda kast ya da taksirle hareket edip etmediği araştırılmamakta, salt çekin karşılığının ödenmemiş olduğunun tespit edilmesi cezalandırma nedeni gibi algılanmaktadır.

Gerçi, “ Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içerek kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” hükmünü getiren 5237 sayılı TCK’nın 5. maddesinin burada devreye gireceği söylenebilir; ve yeni²⁵⁸ TCK m. 21’e göre, “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır...” Öte yandan, m. 23’te “Bir failin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.” denilerek, objektif sorumluluk yaratılması olanağı ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. 5237 sayılı TCK m. 5, bu hüküm göz önünde tutularak değerlendirildiğinde, karşılıksız çek keşide etme suçu cezalandırılırken, failin kastının aranması gerektiği sonucuna ulaşılabacaktır.²⁵⁹ Fakat yine de birinci fıkra dahilinde suçun manevi unsuruna ilişkin düzenlemelerin yapılması ve kusura dayanan sorumluluğun benimsenmesi çok daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.

16/2. maddesinin 1. cümlesi açısından ise, tüzel kişiler hakkında cezai sorumluluğun kabul edilmiş olması da ayrı bir tartışma konusudur. İleride daha ayrıntılı anlatacağımız üzere biz, tüzel kişinin hareket etme yeteneklerinin yokluğu ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi

²⁵⁷ **SOYER GÜLEÇ Sesim**, Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu, Seçkin, Ankara 2007, s. 128

²⁵⁸ **SOYER GÜLEÇ**, s. 154

²⁵⁹ **SOYER GÜLEÇ**, s. 154

nedenleriyle, tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının olmaması gerektiğini savunduğumuz için, Çek Kanununun 16. maddesindeki bu düzenlemenin doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Son olarak değinmek ve tartışmak istediğimiz diğer bir husus, 16/2. maddesinin 2. cümlesidir. Zira söz konusu düzenlemede, yetkili temsilciyle hesap sahibi arasındaki sorumluluk ilişkisinde hesap sahibinin, kusuru araştırılmaksızın, objektif sorumluluğuna gidilebilmektedir.

Cezalar kişisel olduğundan, karşılıksız çıkan geçerli bir çeki kim imzalarsa, o kişinin cezalandırılacağı kuşkusuzdur. Yetkili temsilci için de durum aynıdır.²⁶⁰ Fakat suça katılma iradesi olmayan hesap sahibinin, kusur araştırması yapılmadan üçüncü kişinin fiilinden, kusursuz ve/veya eylemsiz bir şekilde cezalandırılması, objektif sorumluluğuna hükmetmek anlamına gelecektir. Bu nedenle hesap sahibinin de yetkili temsilciyle birlikte asli fail gibi cezalandırılabilmesi için, iştirak iradesinin olması gerekmektedir.

Oysa, maddede suça iştiraktan söz edilmemekte; suçun organ veya temsilci tarafından tüzel veya gerçek kişi “*yararına*” işlenmesi yeterli bulunmaktadır.²⁶¹ Böyle bir durum da elbette ki, Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesine aykırılık teşkil etmektedir.

2.1.6. Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu

Bildiğimiz gibi, kişilerin ortak çıkarlarını koruma ve ortak gereksinimlerini karşılama gibi toplumsal nedenler, insanları ortak bir amaç çevresinde toplamaya ya da belirli malları belirli bir amaca özgülemeye itmektedir. Hukuk düzeni de bu biçimde oluşturulan insan ve mal topluluklarına kişilik tanımaktadır.²⁶²

İşte kendisine çeşitli nedenlerle kişilik tanınan tüzel kişilerin, ceza hukuku bakımından suçun faili olup olamayacakları hususu ciddi tartışmalara neden olmuş; bu tartışmaların özünü çeşitli teoriler oluşturmuştur.

2.1.6.1. Farazilik (Fiksiyon- Soyutlama) Teorisi

Bu teoriye göre, tüzel kişilik, hukukun bir icadı, fiksiyonudur. Tüzel kişiler, hukuk dünyasında hareketlerini, organ kişi olan temsilcileri aracılığı gerçekleştirdikleri için bağımsız

²⁶⁰ REİSOĞLU Seza, Son Yasal Değişiklikler Açısından Çek, Bankacılar Dergisi, Sayı 44, 2003, s. 66

²⁶¹ REİSOĞLU, s. 66

²⁶² ZEVLİLER Aydın, ACABEY Beşir, GÖKYAYLA Emre, Zevkliler Medeni Hukuk, Seçkin Ankara 2000, s. 549

iradeleri mevcut değildir. Bu itibarla kusurlu sayılmaları mümkün değildir ve cezai sorumlulukları düşünülemez.²⁶³

O halde tüzel kişilerin ne hareket ne de kusur yetenekleri bulunduğuna göre cezai ehliyetleri de yoktur. Cezai sorumluluk tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişilere aittir.

Nihayet, tüzel kişilerin cezalandırılması, cezaların şahsiliği ilkesine de aykırı olacaktır. Bu nedenle faraziye teorisine göre, tüzel kişi adına kim hareket etti ise o cezalandırılır. Yoksa, tüzel kişiye doğrudan ceza vermek, cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olarak, ona ortak olan herkesin cezalandırılması anlamına gelir.²⁶⁴

2.1.6.2. Gerçeklik Teorisi

Tüzel kişilerin gerçek kişilerden tek farkı fiziki-maddi varlıklarının bulunmamasıdır. Tüzel kişiler de hareket yeteneğine sahiptir; kendilerini oluşturan gerçek kişilerin dışında ve üstünde kendilerine özgü, bağımsız ve kolektif bir iradeleri vardır.²⁶⁵ Organların yaptığı işlemler, tüzel kişi tarafından yapılmışçasına sonuçlar doğurur. İnsanların organları gibi, tüzel kişilerin organları da onun birer parçasıdır. Bu nedenle organların yaptığı haksız eylemlerden de tüzel kişiler sorumludur.²⁶⁶

Tüzel kişilerin hareket yeteneğinin var olduğunun ve böylece cezai sorumluluklarının da bulunduğu kabulü, cezaların şahsiliği ilkesiyle çelişmez. Çünkü burada cezalandırılan tüzel kişiyi oluşturan kişiler değil, bizatihi tüzel kişidir. Tüzel kişiye uygulanan yaptırım bu kişilere de zarar verebilir. Ancak, hapse giren kişinin yakınlarının da zarar görebildiği bir gerçektir.²⁶⁷

2.1.6.3. Karma Teori / Yeni Fiksyon (Soyutlama) Teorisi

Bu teori ise, ilk iki teorinin tüzel kişinin hukuk sujesi olmasını açıklamada yeterli olmadığını, ikisinin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini savunur. Buna göre, tüzel kişi, insan

²⁶³ **ÖZEN Muharrem**, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, AÜHFD Cilt 52, Sayı 1-4, 2003, s. 65

²⁶⁴ **ÖZBEK**, TCK İzmir Şerhi, s. 268

²⁶⁵ **ÖZEN**, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, s. 65

²⁶⁶ **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s. 554

²⁶⁷ **ÖZBEK**, TCK İzmir Şerhi, s. 269

tasavvurunun yarattığı fantezi olmayıp hukukun yarattığı bir kişiliktir. Tüzel kişi esasen var olandan çıkarılan bir soyutlamadır.²⁶⁸

Baskın görüş; tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun bulunmadığı yönündedir. Çünkü tüzel kişilerin ne hareket ne de kusur yetenekleri bulunur.²⁶⁹

2.1.6.4. 5237 sayılı TCK'daki Düzenleme

5237 sayılı TCK, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmemektedir.

Ceza Kanunumuzun “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ilkesini düzenleyen 20. maddenin 2. fıkrasına göre,

“Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.”

Maddenin gerekçesine göre ise, *“...Suç ve ceza politikası gereği olarak ancak gerçek kişiler suç faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Bu anlaşılış, Anayasamızda da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının bir gereğidir. Ancak, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebilecektir.”*²⁷⁰

5237 sayılı Kanunumuz, bu genel açıklamayı yaptıktan sonra 60. maddesinde tüzel kişiler açısından hangi güvenlik tedbirlerine başvurulacağı yönünde düzenlemelerde bulunmuştur.

Söz konusu maddeye göre,

“Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle, tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkumiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda, özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen file nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.”

Şu halde, 5237 sayılı kanunun 60. maddesi uyarınca, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri izin iptali ve müsadere ile sınırlıdır.

²⁶⁸ ÖZEN, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, s. 69

²⁶⁹ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 26

²⁷⁰ YURTCAN Erdener ,Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, Yeni TCK'nin Yürürlük ve Uygulama Yasası, Kazancı Hukuk Yayınları: 205 2. Bası, 2006, s. 56

60. maddenin ilk fıkrasında “İznin İptali” tedbirinin uygulanabilmesi bazı koşullara bağlanmıştır. Öncelikle tüzel kişiye kamu kurumunca verilmiş faaliyet izni bulunmalıdır. Sonra tüzel kişinin organ ya da temsilcisinin iştiraki ile tüzel kişi yararına kasıtlı bir suç işlenmiş olmalıdır. Nihayet bu suç kamu kurumunun verdiği iznin kötüye kullanılması suretiyle işlenmelidir.²⁷¹

Tüzel kişiler açısından, öngörülen diğer bir tedbir de “Müsadere”dir.

Müsadere, 5237 sayılı TCK’nın 54. ve 55. maddelerinde düzenlenmiştir.

Eşya müsaderesini düzenleyen 54. maddeye göre, “İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.”

Kazanç müsaderesini düzenleyen 55. maddeye göre ise, “Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.”²⁷²

Şu halde müsadere, ister tedbir ister ceza yahut ister bir mahkumiyetin sonucu olarak değerlendirilsin, bir suçun varlığına bağlı olarak ortaya çıkmakta olup bu düzenlemeler tüzel kişilerin suç işleyebilecekleri kanısını uyandırmaktadır. Dolayısıyla, burada bizim değinmek istediğimiz asıl husus, TCK’nın 20. maddesinin 2. fıkrasının kendi içindeki uyumsuzluktur.

Zira, TCK’nın 20. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen iki cümle birbiriyle çelişkilidir. 2. fıkranın 1. cümlesinde, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı belirtilirken,

²⁷¹ **KATOĞLU Tuğrul**, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar, Mülkiye Dergisi, Sayı 246, s. 151, www.mulkivedergi.org, 7 Kasım 2008 tarihinde yararlanılmıştır.

Gerekçede örnek olarak, ilaç üretmek için izin alınmış olan bir laboratuarda, uyuşturucu veya uyarıcı madde üretimi yapılması örneği verilmiştir. Fakat aynı madde hükmünü desteklemek için verilen ikinci örneğin, karışıklık yaratabileceği ve pek isabetli olmadığı da söylenebilir. Gerekçede ikinci örnek olarak, uyuşturucu parasının peçelenmesi için döviz bürosu işletilmesi gösterilmektedir. Halbuki 60. maddenin 1. fıkrasında tüzel kişi lehine işlenen suçtan bahsedilmektedir. Örnekte ise tüzel kişi lehine işlenen bir fiil yoktur, tüzel kişi paravan kılınarak işlenen bir suç vardır. **KATOĞLU Tuğrul**, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar, s. 151

²⁷² Müsaderenin hukuki niteliği konusunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Bir kısım yazar, müsaderenin bir “tedbir” olduğunu savunurken bir kısım yazar “ceza” niteliğinde olduğunu bazıları ise “bir mahkumiyetin sonucu” olduğunu kabul etmektedir.

hemen ikinci cümlesinde esasen bir ceza yaptırımı türü olan güvenlik tedbirinin, tüzel kişiler hakkında uygulanacağı belirtilmiştir.²⁷³

Bu anlamda, bir kere yeni Yasa'da, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz denilmekle, tüzel kişilerde kusur yeteneği, iradi hareket etme yeteneği bulunamayacağı, tüzel kişilerin bir varsayım olduğu, suç işleyemeyecekleri kabul edilmiş olmakta, ancak öte yandan failin tehlikeliliği ile orantılı olarak uygulanabilecek güvenlik tedbirleri öngörülmektedir. Bu kez de, tüzel kişilerin tehlikeli olabilecekleri varsayımı kabul edilmiş olmaktadır.²⁷⁴

Şu halde diyebiliriz ki, kanun koyucu da tüzel kişilerin cezai sorumluluğu hususunda net bir fikre ve sonuca ulaşabilmiş değildir.

Kanımızca, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun kabul edilmesi ve tüzel kişiler için bir ceza yaptırımı olan güvenlik tedbirlerinin öngörülmesi, tüzel kişilerin kusurlu hareket edebilme kabiliyetlerinin olmaması ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkeleri açısından hatalıdır. Dolayısıyla, suç işleyen gerçek kişinin cezalandırılması ve mümkünse tüzel kişilerin de ceza hukuku alanı dışında sorumluluklarına gidilmesi uygun olacaktır.

Bu anlamda, tüzel kişinin kendisine özgü bir iradesi bulunmadığı gibi, kendiliğinden nedensel değer taşıyan bir eylem gerçekleştirme imkanı da yoktur. Suç faili ancak kendiliğinden iradi hareketi isteyerek dış dünyada değişiklik yaratabilen ve iradi hareketinin kusurlu olup olmadığı değerlendirilebilen gerçek kişi olabilir. Tüzel kişi tarafından işlenmiş gibi görülen suç, aslında tüzel kişinin organı olan gerçek kişi veya kişilerin eserlerinden başka bir şey değildir.²⁷⁵

Nitekim, kanun koyucu, kanunun 20. maddesinin gerekçesinde, *“sadece gerçek kişiler suçun faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir.”* diyerek; kim hakkında ceza müeyyidesine hükmedilebiliyorsa, ancak o kimsenin fail olabileceğine işaret etmiş bulunmaktadır.²⁷⁶

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta , tüzel kişi cezalandırıldığında, tüzel kişinin suç işlememiş üyelerini mesela bir anonim şirketi hissedarlarını da cezalandırmış olmak ve bunun da Anayasamızın, cezaların şahsi ilkesine aykırılık teşkil etmesidir.²⁷⁷ Nitekim tüzel kişiliğin cezai sorumluluğunun kabul edilmesi, konusu suç teşkil eden kararı

²⁷³ ÜNVER, YTCK'da Kusurluluk, s. 44

²⁷⁴ CENTEL Nur, Yeni Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi, s. 7 <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckyaptirim.pdf>, 30.01.2009 tarihinde yararlanılmıştır.

²⁷⁵ ÖZEN, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, s. 69

²⁷⁶ HAFIZOĞULLARI, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, <http://www.abchukuk.com/makale/makale308.html> adresinden 23.08.2008 tarihinde yararlanılmıştır.

²⁷⁷ HAKERİ, Yeni Türk Ceza Kanunu Semineri, 11 MART 2005, <http://www.ankarabarusu.org.tr/download/panel/9.doc>, 27.10.2008 tarihinde yararlanılmıştır.

alan üyeler ile kusurlu davranarak bu kararı uygulayan temsilciler yanında, söz konusu uygulamalardan hiç haberi olmayan kimselerin cezalandırılması sonucunu doğurur. Böyle bir uygulama, Cezaların Şahsiliği İlkesi'ne aykırı olduğu gibi, başkalarının fiilinden sorumluluk (objektif sorumluluk) hallerinin alabildiğine yaygınlaşmasına neden olacaktır.²⁷⁸

Bu nedenle, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu hususunda, özel hukuk ve özellikle de idari ceza hukuku yaptırımları öngörülebilir ve örneğin Kabahatler Kanunu'nda bu tür bir düzenlemeye yer verilmesi mümkün olabilir. Fakat suç işlemeyen birine ceza sorumluluğu öngörmek kabul edilebilir bir şey değildir.²⁷⁹

Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu açısından Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmelerine geçecek olursak,

16.6.1964 tarihli **1963/101 E.**, ve **1964/49 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunun 6258 sayılı Kanunla değişik 1. ve 3. maddelerine ilişkin itirazları değerlendirmiştir.

1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunun 6258 sayılı Kanunla değişik 1. ve 3. maddelerine göre;

Madde 1 : *“Kambiyo, nukut, esham ve tahvilât alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nev'i 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 salâhiyetlidir.”*

Madde 3/A: *“İcra Vekilleri Heyetince l inci maddeye istinaden ittihaz edilecek kararlara aykırı hareket eden hakiki ve **hükmi şahıslar** hakkında (1.000) liradan (200.000) liraya kadar ağır para cezası ve 7 aydan 5 seneye kadar ticaret ve mesleki faaliyetten men'i cezası ile birlikte hakiki şahıslarla hükmi şahısların müdür ve fiilde iştiraki olan memurların yukarıdaki cezalara zamimeten 7 aydan 5 seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.....”*

Anayasa Mahkemesi tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna ilişkin itirazı, sadece idare edenlerin cezalandırılmasının suçları önlemede yeterli olmadığını ve tüzel kişilerin cezalandırılmasının, Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi'nin bertaraf etmediği gerekçeleriyle, reddetmiştir.²⁸⁰

²⁷⁸ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 462

²⁷⁹ ÜNVER, YTCK' da Kusurluluk, s. 44

²⁸⁰ “...Bugün toplumda tüzel kişilerin çalışma alanları daha geniş ve etkili olmaktadır. Bazı hallerde yalnız idare edenleri cezalandırmak, suçları önleme bakımından yeter bir tedbir olmayabilir. Tüzel kişileri kanunların önleyici etkisinden uzak bulundurarak serbestçe faaliyetlerine yer verilmesi toplumun güvenliği bakımından sakıncalı olabilir. Bu sebeple tüzel kişilerin de yapılarına uygun bir ceza sorumluluğu altında

Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmadığımızı belirtmemiz gerekir. Zira biz, suç işleyen gerçek kişinin cezalandırılması ve mümkünse tüzel kişilerin de ceza hukuku alanı dışında sorumluluklarına gidilmesini uygun bulduğumuz ve tüzel kişi cezalandırıldığında, tüzel kişinin suç işlememiş üyelerinin de ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olarak cezalandırıldığı için bu yöndeki düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılık içerdiği inancındayız. Yüksek Mahkemenin kararına ve gerekçelerine katılmıyoruz; söz konusu düzenlemelerin iptali gerekirdi.²⁸¹

7.10.1969 tarihli ve **1969/15 E., 1969/53 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 7478 sayılı Köy İçme Suları Kanununun 16. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

16. maddeye göre,

“Bir kimse evvelce veya bu kanun hükümlerine göre meydana getirilmiş olan içme suyu tesislerini her ne suretle olursa olsun tahrip veya imha eder veya bozar yahut bunlara zarar verir yahut tesis edilmiş nizamı bozarsa 3 aydan 2 seneye kadar hapis ve 200 liradan 1500 liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilir.

Cürüm mevzuu olan şeyin veya ika edilen zararın kıymeti fazla ise mahkeme o cürüme mahsus olan cezayı yarısına kadar arttırır ve eğer hafif ise yarısına ve eğer pek hafif ise üçte birine kadar eksiltir.

Kıymet tâyini için cürüm mevzuu olan şeyin veyahut vaki zararın cürüm İşlendiği zamandaki kıymeti nazarı dikkate alınır. Yoksa failin İstihsal eylediği menfaat hesap edilmez. Eğer fail bu cürümden dolayı mükerrir ise cezayı tenkise mahal yoktur.

Bu kanun hükümlerine aykırı hareket eden fail bulunmadığı takdirde bozulan kısım yaptırılır ve masraf bozulan yer hangi köyün hududu içinde ise o köye tazmin ettirilir.”

Anayasa Mahkemesi söz konusu itirazı, Yerel mahkemenin iptalini istediği hükmün, ceza niteliği taşıması ve zararın tazmininin de köyde oturan kişilere değil bir tüzel kişi olan

bulundurulmalarında zorunluluk olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim Anayasa'nın 57. maddesi, bu maddede gösterilen esaslara uymayan siyasi partilerin Anayasa Mahkemesi kararı ile temelli kapatılacağını kabul etmiştir. Buradaki (Kapatma) hükmü ile dâva konusu 1567 sayılı kanunun değişik 3 üncü maddesindeki (Ticaret ve mesleki faaliyetten men cezası) arasında hukuki nitelik bakımından bir ayrılık bulunmamaktadır. Bu maddede yer alan ve tüzel kişilerin cezalandırılacağını gösteren hükümler, Anayasa'nın 33 üncü maddesindeki "Ceza sorumluluğu şahsidir", kuralına aykırı değildir. Bu kural, bir kimsenin fiilinden başkasının sorumlu tutulmamasıdır. Tüzel kişilerin iradeleri organları aracılığı ile açıklandığına ve böylece yöneticilerin fiil ve hareketleri kolektif bir iradenin sonucu olduğuna göre; bundan, tüzel kişinin sorumlu tutulmasıyla başkasının cezalandırıldığı anlamını çıkarmak doğru bir görüş sayılamaz. Anayasa'nın 33 üncü maddesindeki "Kimse" deyimini gerçek ve tüzel kişileri de kapsar. Bu sebeplerle iptali istenen hükümler Anayasa'ya aykırı bulunmadığından dâvanın reddi gerekir.”

²⁸¹ Benzer bir karar için bkz. **1963/4 E, 1963/71 K, 28.3.1963**

köye yüklenmekte olmasının Ceza Sorumluluğu'nun Şahsiliği İlkesi açısından bir aykırılık oluşturmadığı gerekçeleriyle, reddetmiştir.²⁸²

Anayasa Mahkemesi'nin kararını yerinde bulmadığımızı belirtmemiz gerekir.

Burada sırasıyla değinilmesi gereken iki husus vardır.

Bunlardan ilki, söz konusu düzenlemenin, Yüksek Mahkeme tarafından ceza hukukuna ilişkin bir düzenleme olarak görülmemesidir. Ancak kanun koyucu, 16. madde dahilinde iradesini açıkça belirtmiş ve belirli davranış modelleri göstermek suretiyle bir suç tipi ihdas etmiş; bu suçların karşılığı olarak da açık bir şekilde hapis ve para cezası öngörmüştür. Burada fail/faillerin bulunmaması nedeniyle, zararın köy tüzel kişiliğince giderilecek olması, böyle bir uygulamayı ceza niteliğinden tazminat sorumluluğu niteliğine çevirmez. Dolayısıyla 16. madde hükmü bir tazminat değil ceza sorumluluğu getiren bir hükümdür.

İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi'nin tersine biz, köyün bir şahsiyeti, köyde oturan gerçek kişilerden tamamıyla ayrı ve bağımsız bir kişiliği olduğunu düşünmediğimiz ve bu anlamda tüzel kişiliğin kusurlu bir eylem gerçekleştirebilecek bir iradeye sahip olduğunu kabul etmediğimiz için, böyle bir sorumluluğun köy tüzel kişiliğine yüklenmesini Anayasa'ya ve ceza sorumluluğunun esaslarına aykırı buluyoruz . Üstelik böyle bir sorumluluğun, Devletin faili bulma ve onu cezalandırma görevini yerine getirememiş olmasından ve mutlaka birilerinin cezalandırılması gerektiği anlayışından dolayı köy tüzel kişiliğine yüklenmesi

²⁸² “ ...Bu fıkra, bir ceza hükmünü kapsamadığı gibi bir ceza davası sonunda ve kurallarının varlığı halinde suçtan zarar gören yararına hükümlüye yükletilebilecek türden bir tazminat hükmünü de kapsamaktadır Hukuki niteliği kuruluş nedeni ve ereği ve uygulama koşulları bakımından da söz konusu fıkra, maddenin diğer fıkralarına bağlanamaz. 16. maddenin (ceza hükümleri) başlığını taşıması, ve öteki fıkralarda yer alan hükümlerin hep ceza ile ilgili bulunması son fıkranın hukukî niteliğini değiştiremez. Bu nedenlerle itiraz konusu hükmün, ceza sorununun şahsiliği ilkesiyle ve Anayasa'nın 33. maddesiyle bir ilgisi yoktur.....köy sözünden köyde oturan kişiler değil, çeşitli unsurlarıyla başlı başına bir varlık, bir tüzel kişi, anlaşılmalıdır. Köyün bu tüzel kişiliği köyde oturanların gerçek kişiliklerinden tamamıyla ayrı ve bağımsız bir kişiliktir. Olayda söz konusu sorunda gerçek kişilere değil, köy tüzel kişiliğine yöneltilmiştir. Esasen mahkemenin bakmakta olduğu davada davalı, köy muhtarlığıdır. Köy sandığına yükletilen mâli bir sorunun, sonunda köyde oturanlara aktarılabilceği düşüncesi bu görüşü etkilememelidir. Çünkü köy halkının köy giderlerine katılmaları ile bir zararın köy halkına tazmin ettirilmesi, konuları ve hukukî nitelikleri bakımından, ayrı ayrı işlemlerdir. İtiraz konusu hüküm ise, bu yönlerle ilgili değildir ve bu alanda bir düzenleme ereğini gütmemektedir.....köyün de bir tüzel kişi olarak başkaları tarafından yapılan bir zararın tazmin yükümü altına sokulamayacağı ileri sürülebilirse de, kişinin, kendi eyleminden, kendi kusurundan sorumlu tutulması genel ilkesi, yanında, kimi hallerde başkasının eyleminden sorumlu tutulması ilkesi de hukukça kabul edilmiş ve uygulama alanında yer almış bulunmakta ve bu nesnel, kusursuz sorum düşüncesi yerine göre değişen çeşitli maddî ve hukukî ilgi ve nedenlere dayanmaktadır.....Mahkemenin iptalini istediği hüküm, ceza niteliği taşımadığı gibi zararın tazminini de köyde oturan kişilere değil bir tüzel kişi olan köye yüklemekte, bu da kamu yararı düşüncesine ve nesnel sorum ilkesine dayanmaktadır. Bu nedenlerle söz konusu hükümde hukuka ve Anayasaya aykırı bir yön yoktur.”

anlaşılır nitelikte değildir. Elbette böyle bir durum, 16. madde kapsamında cezalandırılması gereken faillerin kusurlu fiillerinden dolayı tüm köyün, köy tüzel kişiliğinin cezalandırılmasını gerektirdiği için, kusura dayanmayan, başkasının kusurlu eyleminde dolayı ortaya çıkan kolektif bir sorumluluk da getirmektedir. Bu durum da Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi'ne mutlak bir şekilde aykırılık oluşturmaktadır.

18, 19, ve 20 Aralık 1973 tarihli ve **1973/3 E., 1973/37 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 1630 sayılı Dernekler Kanununun 63 ve 70. maddelerine ilişkin itirazları değerlendirmiştir.

63. maddeye göre,

*“Bu Kanunun 2 nci maddesinin (a) ve (b) bentleri gereğince dernek kurma hakkına sahip olmadıkları halde dernek kuranlar bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır ve **dernek kapatılır.**”*

70. maddeye göre ise,

*“Bu Kanunun 38 inci maddesiyle 39 uncu maddesinin birinci fıkrasına aykırı hareket edenler ve 39 uncu maddenin 2, 3 ve 4 üncü fıkrasıyla 40 inci maddesinin 3 üncü fıkrası ve 52 inci maddesindeki mecburiyetleri yerine getirmeyenler hakkında bir aydan altı aya kadar hapis cezası hükmolünür ve her halde **derneğin kapatılmasına karar verilir.**”*

Anayasa Mahkemesi söz konusu itirazları, düzenlemelerin Ceza Sorumluluğu'nun Şahsiliği İlkesi'ne aykırı oldukları gerekçesiyle, haklı bulmuştur.²⁸³

Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılıyoruz. Söz konusu düzenleme, cezaların şahsiliği prensibine aykırıdır.

Suç teşkil eden fiil ile ilgili olmayan tüzel kişinin kapatılmasına karar verilmesi, hem tüzel kişiyi ve hem de fiilden dolayı sorumluluğu olmayan dernek üye ve yöneticilerini, ceza hukuku prensiplerine aykırı olarak cezalandırmak olur. Doğru olan, herkesin işlediği fiilden

²⁸³ “...bu kural, derneğin kapatılması dolayısıyla, kuruluştaki aksaklıkla hiç bir ilgisi ve ilişiği bulunmayan dernek üyelerinin kurucuların yasaya aykırı tutumlarından ötürü cezalandırılmaları sonucunu vermekte; böylece ceza sorumluluğunu kişiselikten çıkarmış olmaktadır. Bunun ise Anayasanın 33. maddesinin beşinci fıkrası ilkesine aykırı düştüğü ortadadır. 63. maddede derneğin kapatılmasına neden olanların eylemlerine biçilmiş olan bin liraya kadar ağır para cezası ile bu yüzden tüzel kişiliğe ve dolayısıyla dernek üyelerine yöneltilen kapatma gibi ağır bir ceza arasında adaletli bir denge bulunmadığına burada ayrıca işaret edilmesi yerinde olacaktır. Özetlenecek olursa 1630 sayılı kanunun 63. maddesindeki (ve dernek kapatılır.) kuralı Anayasaya aykırıdır; iptal edilmelidir...1630 sayılı Kanunun 70. maddesinde,...derneğin kapatılması dolayısıyla. dernek yöneticileri veya memurlarının, hatta yetkisiz sorumsuz kişilerin yasaya aykırı tutumları ile hiç bir ilgisi ve ilişiği bulunmayan dernek üyelerinin o tutumlarından ötürü cezalandırılmaları sonucunu vermekte; böylece ceza sorumluluğunu kişiselikten çıkarmış olmaktadır. Bunun ise Anayasanın 33. maddesinin beşinci fıkrası ilkesine aykırı düştüğü ortadadır. Özetlenecek olursa; 1630 sayılı Kanunun 70. maddesinin sonunda yer alan (ve her halde derneğin kapatılmasına karar verilir.) kuralı Anayasaya aykırıdır; iptal edilmelidir.”

dolayı sorumlu tutulmasıdır. Derneğin üyesi veya yöneticisi olsun suç teşkil eden fiil işlediklerinde, sadece onların ceza hukuku bakımından sorumlu tutulmaları gerekir. Bu sorumluluk, tüzel kişiyi ve diğer dernek üye ve yöneticilerini kapsayacak şekilde genişletilmemeli ve “kusursuz sorumluluk” anlayışına yer verilmemelidir.²⁸⁴

14.2.1989 tarihli ve **1988/15 E., 1989/9 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 3167 sayılı “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hâmillerinin Korunması Hakkında Kanun”un 15. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

15. maddeye göre,

“Bu Kanunun 3, 4, 5 ve 13 üncü maddelerinde yazılı mükellefiyetleri yerine getirmeyen veya geciktiren banka hakkında on bin liradan yüz bin liraya kadar ağır para cezasına; 7 ve 9 uncu maddelerinde yazılı mükellefiyetleri yerine getirmeyen veya geciktiren banka hakkında ise beş yüz bin liradan iki milyon liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur.”

Anayasa Mahkemesi 15. maddeye ilişkin itirazı, tüzel kişilerin organları aracılığıyla hak ve borç edebileceği kabul edilirken, aynı zamanda organlarının haksız fiilden dolayı sorumluluğuna gidilebilirken ceza sorumluluklarının olmayacağı düşünülmesinin çelişkili olduğunu belirterek, reddetmiştir.²⁸⁵

²⁸⁴ ŞEN , 1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararları – Ceza, syf 59

²⁸⁵ “...tüzelkişinin organları aracılığıyla, her türlü hukukî işlemleri yapabileceği, hakları kazanabileceği ve borç altına girebileceği, aynı zamanda organların haksız fiillerinden dolayı sorumlu olacağı tartışmasız iken ceza sorumluluğu olamayacağı görüşünü çelişkili bulur. Gerçi suç, aslında organlarını oluşturan gerçek kişilerin düşünce ve eylemleri sonucu tüzelkişiyeye işletilmiş olmaktadır. Böylece sonuçta tüzelkişi suç işlemektedir. Bu nedenle, tüzelkişi işlediği suçun sorumlusu olmalıdır. Bir suçun işlenmesi ile failin bu suçtan sorumlu tutulması ve cezalandırılması farklı konular olup birbiriyle karıştırılmamalıdır. Örneğin, küçük bir çocuğun işlediği suçtan dolayı cezalandırılmaması, ceza politikasının bir tercihi olup, cezalandırmama suçun işlenmediği anlamına gelmez. Kaldı ki, organları tüzelkişiyi hak sahibi yapabildiğine, borçlandırabildiğine ve işledikleri haksız fiilleriyle tazminat ödemesine neden olabildiklerine ve bütün bu sonuçlara tüzelkişi bağımsız kişiliği ile muhatap olabildiğine göre, yine bu organları aracılığıyla suç işleyebileceği ve ceza sorumluluğu da kabul edilmelidir. Bununla beraber, tüzelkişiler, yapıları gereği, gerçek kişilerden farklı oldukları için yaş, cins, akrabalık gibi yalnız gerçek kişilerde aranan bazı özelliklerden yoksun bulduklarından (Medenî Kanun md. 46); ceza hukuku yönünden de ırza geçme, zina, adam öldürme türü yalnız gerçek kişilerin işleyebilecekleri suçları işlemeleri de düşünülemez. Ancak, tüzelkişilerin amaçları ile sınırlı olarak kuruldukları ve bu amacın yasa dışı veya yasaya aykırı bir amaç olamayacağından hareket ederek suç işlemelerinin olanaksız bulunduğu savı doğru değildir. Zira, tüzelkişilerin amaçlarına uygun faaliyetleri sırasında da, vergi beyan etmeme, vergi kaçırma, evrakta sahtekârlık, iş yasalarına aykırılık ve benzeri diğer suçları da işlemeleri mümkündür. Tüzelkişinin bireysel iradesi olmadığı için isnat yeteneği de bulunmadığı görüşü, organın aldığı ve suç teşkil eden kararı uygulayan gerçek kişinin cezalandırılması yani tüzelkişinin suçundan dolayı başka birinin sorumlu tutulması sonucunu doğurur. Ayrıca, tüzelkişinin organlarında görevli kişilerin gizli oyla aldıkları ve suçu oluşturan bir kararın sorumlusu bulunamaz. Eğer tüzelkişinin ceza sorumluluğu olmadığı da kabul edilirse cezalandırılacak kimse

Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmak mümkün değildir.

Yüksek Mahkeme'nin belirttiği de gibi, organları tüzelkişiyi hak sahibi yapabilmekte, borçlandırabilmekte ve işledikleri haksız fiilleriyle tazminat ödemesine neden olabilmektedirler. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin görüşünün tersine bu durum, tüzel kişilerin suç işleyebilecekleri ve ceza sorumluluklarının da kabul edilebileceği sonucuna ulaşılması için yeterli değildir. Çünkü, tüzel kişiyi hak sahibi yapan, borç altına sokan o tüzel kişinin organlarıdır ve bu organlar da gerçek kişilerden oluşmaktadır. Bu gerçek kişilerin eylemlerinden dolayı tüzel kişinin tazminat sorumluluğunun olması, başka bir ifadeyle tüzel kişinin sorumluluğuna, özel hukuk ve idare hukuku dahilinde gidilmesi olağandır. Çünkü zaten bizim savunduğumuz husus, tüzel kişilerin tamamen sorumsuz olması değil, ceza hukuku açısından sorumluluklarının mümkün olmadığıdır. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme'nin, cezai sorumluluğu, tazminat sorumluluğu ile karşılaştırması ve bu nedenle en ağır ve etkili yaptırımları içeren ceza sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiğini savunması yanlıştır.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin, tüzelkişinin organlarında görevli kişilerin cezalandırılmasının mümkün olmadığı kimi durumlarda, tüzel kişinin de cezalandırılmamasının, cezalandırılacak bir kimsenin bulunamaması sonucunu doğurabileceği yönündeki gerekçesi de anlaşılabilir gibi değildir. Zira, cezalandırma hakkı ve görevi Devlete aitse, suçlu/suçluları bulmak da Devletin ödevidir. Kovuşturma ve soruşturma esnasında bu ödev yerine getirilmemiş yahut yerine getirmekle beraber yeterli delil elde edilememiş veya suç sabit görülememiş ve bu nedenle cezalandırma yoluna gidilemiyorsa, yine de başka bir cezai sorumluluk türü yaratıp o şekilde cezalandırma yoluna gitmek, çağ dışı bir anlayıştır. Yüksek Mahkeme'nin iptal kararı vermesi yerinde olurdu.

2.2. Kanunilik İlkesi

2.2.1. Genel Olarak

Hukuk Devleti, amacı hukukun üstünlüğünü sağlamak olan, bu çerçevede tüm faaliyetlerinde (yasama-yürütme-yargı) hukuk kurallarına bağlı ve vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlet demektir. Özgürlük ve insan kişiliği, hukuk devletinin esasıdır.²⁸⁶

bulunamayacaktır. Hareketsiz kalmanın suçun maddi unsurunu gerçekleştirmeye yeterli olmayan durumlarda da, eylemi gerçekleştirmede en önemli görevi üstlenen veya bu eylemi bizzat yerine getiren gerçek kişi cezalandırılmamış olacak ve tüzelkişinin de sorumsuzluğu kabul edilirse suç failleri yine ceza görmemiş olacaktır..."

²⁸⁶ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 67

Bu anlamda konu insan kişiliği, onuru ve özgürlüğü gibi hassas kavramlar olunca, sözü geçen kavramların en sık ve kolay biçimde ihlal edilebildiği ceza hukukunun da sınırlamalara tabi olması gereği ortaya çıkacaktır.

Dolayısıyla hukuk devleti, bireyi yalnızca ceza hukuku aracılığıyla korumakla kalmayacak; aynı zamanda onu ceza hukukuna karşı da korumak zorunda kalacaktır. Bu bakımdan devlet, cezalandırma yetkisini kullanırken de, bireyleri devletin keyfi müdahalelerine karşı korumasız bırakmamak için bazı sınırlamalara tabidir.²⁸⁷ Zira, ceza hukukunun yaptırımları, ağır, etkili ve kesindir. Hiçbir hukuk dalının yaptırımları, ceza hukukunkiler kadar kapsamlı, etkili olamaz. Gerçekten, söz konusu yaptırımlar, kişinin hayatına, hürriyetine, hakları kullanma yoksunluğuna, malvarlığına yöneliktir.²⁸⁸ Ceza hukuku, hukuk devletinden kaynaklanan bağlılıkları ve damgalayıcı sonuçları nedeniyle ancak toplumsal birlikte yaşama yönelik en önemli ihlallere tepki vermek için kullanılabilir.²⁸⁹

Şu halde, ceza hukuku, öngördüğü yaptırımlar itibariyle kişi hürriyetine etkili bir şekilde müdahale imkanı veren bir hukuk dalıdır. Dolayısıyla, bir hukuk devletinde, bu gücün kötüye kullanılmasını önleyecek mekanizmalara da yer verilmelidir.²⁹⁰

Başka bir ifadeyle, ceza hukuku gibi bir hukuk dalına özgü olan ceza yaptırımının niteliği ve kişi üzerindeki etkisi göz önünde bulundurulunca, bu gücün kişilere karşı kötü kullanılmasına engel olacak müesseselerin yaratılmasına gereksinim olacağı açıktır. Bu sebeple, kişilere temin edilen hukuk güvencesi hukukun diğer dallarına oranla Ceza Hukuku alanında daha belirgin biçimde ortaya konulması gerekir ki bu gereksinmeyi, gerek Ceza Kanunu gerek Anayasa sevki ettiği hükümlerle güvence altına almışlardır.²⁹¹

Sonuç olarak, topluluk dahilinde bir suç işlendiği zaman, suç failinin cezalandırılması (teziyesi) problemi ortaya çıkar. Cezalandırmak hakkının Devlet'e ait olduğu kabul edildiğine göre, söz konusu problemi o halledecektir. Ancak, Devlet'e böyle bir güç

²⁸⁷ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 39

²⁸⁸ CİHAN Erol , Ceza Hukuku Günleri, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu -Genel Hükümler (26-27 Mart 1997-İstanbul), Beta, İstanbul 1998, s. 5 ,

Bu nedenle de aile, eğitim sistem, çevrede bulunan insanlar (komşular) gibi sosyal kontrol mekanizmaları suça karşı savunmada birinci sırada yer alır. Ancak bu temel kurumlar zayıfladığında suç sorunu ve ceza adaleti sistemi önem kazanır. Gerçekten de hukuku, diğer sosyal kontrol biçimlerinin varlığı ile ters orantılıdır. Diğer bir deyişle, suçları önlemede sosyal kontrol araçları yeterli olmayınca, devreye hukuk girecek ve bu eksikliği dolduracaktır. SOKULLU AKINCI Füsün, Suç Siyaseti bağlamında Yeni Türk Ceza Kanunu'nun genel değerlendirilmesi,Kazancı , Sayı 5, Ocak 2005

²⁸⁹ ÜNVER, Ceza Hukukunda Hukuksal Değer, HFSA 8, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, s. 114

²⁹⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.37

²⁹¹ ÖNDER, s.19

tanınırken, ferdi hak ve hürriyetlerin mevcudiyeti ve korunması gerektiği unutulmamalıdır. O halde, Devletin, cezalandırma fonksiyonunun icrası bahanesiyle fert hak ve hürriyetlerine yapabileceği muhtemel lüzumsuz ve aşırı müdahalelere engel olmak lazımdır.²⁹² Bu ise ceza hukuku alanında “Kanunilik İlkesi” çerçevesinde gerçekleştirilebilir.

2.2.2. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi (Nullum crimen, nulla poena sine lege)

2.2.2.1. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi'nin Anlamı

Ceza hukukunun en temel ilkelerinden birisi olan Kanunilik İlkesi, hangi davranışların suç olarak düzenlendiğinin önceden kanun tarafından gösterilmesi ve bu suçu işleyenlerin görecekları yaptırımların kanun tarafından önceden belirlenmesidir.²⁹³

Görüldüğü gibi kanunilik ilkesinin iki anlamı vardır :

Birincisi, hangi davranışların suç olarak düzenlendiğinin önceden kanun tarafından gösterilmesi “ *suçta kanunilik*” veya “ *kanunsuz suç olmaz*” (nullum crimen sine lege) ve ikinci de, kanunun suç saydığı bir fiilin yaptırımının önceden kanun tarafından gösterilmesi “*cezada kanunilik*” (nulla poena sine lege)tir.²⁹⁴

Bu anlamda, bir fiilin suç teşkil edip etmediğini anlamak için kanuna bakmak lazım ve yeterli olup onun açıkça yasaklamadığı her fiil meşrudur. Ancak, fiilin açıkça suç sayılması yetmez, cezasının da tayin edilmiş olması lazımdır. Hakim, kanunda yazılı olandan başka veya daha ağır bir ceza veremez.²⁹⁵

Şu halde, “Suçta ve Cezada Kanunilik” prensibi, ceza hukukunun temelini teşkil etmektedir. Bazı fiillerin suç sayılması ve karşılığında failleri hakkında ceza öngörülmesi bir an için hak ve hürriyetleri sınırlamak gibi görünebilir. Ancak, “*Suçta ve Cezada Kanunilik*” prensibi sınırlama getirmekle birlikte, bu sınırlamaları önceden bildirmek suretiyle bir taraftan otoritenin keyfi davranışlarının önüne geçmekte yani suç sayılmayan ve cezası gösterilmeyen bir fiilden ceza verilmesini engellemekte ve diğer taraftan hangi fiillerin emir ve yasaklar

²⁹² ALACAKAPTAN, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1958, s. 3

²⁹³ DEMİRBAŞ, s. 108, 109

²⁹⁴ DEMİRBAŞ, s. 108

HAKERİ'ye göre, “ *Cezada kanunilikten bahsedince, ceza hukuku manasında kabul edilen cezalar söz konusu olur. Bu itibarla polis mevzuatı içinde yer alan, idari nitelik taşıyan veya disiplin cezası biçiminde kabul edilmiş olan cezalarda kanunilik ilkesi geçerli değildir.*”

²⁹⁵ ALACAKAPTAN, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, s. 6

kapsamında olduğunu önceden bireylere duyurmakta ve gösterilen bu sınırlamalar çerçevesinde bireylerin diledikleri gibi davranabilmelerine imkan sağlamaktadır.²⁹⁶

Diğer yandan böylece adalet ve eşitlik duygusu da karşılanmış olmaktadır. Çünkü bir sorumluluk üstlenen kişi, daha önceden bu cezanın herkes için eşitlikle uygulanması gereğinin belirlenmiş olması nedeniyle, bunun kendi şahsına ait olmadığını bilincindedir.²⁹⁷

Bunun dışında, Kanunilik Prensibi'ne riayet edilmediği takdirde, kişinin fiil ve hareketlerine hakim olabilmek iktidarı, tamamıyla ortadan kaldırılmış bulunur. Hangi hareketinden dolayı ne zaman ve ne suretle suçlanıp cezalandırılacağını tayin etmek imkanından mahrum duruma düşecek olan kişi, çok kere hareket yerine hareketsizliği tercih eder; ceza adaleti de tesadüflere, keyfi hislere ve ihtiraslara terkedilmiş olur.²⁹⁸

İlkenin toplu bakımından değerine gelince, yasada suç ve cezaların yer alması, fiili işlemeye istek duyanları, yargıcın verebilme veya bertaraf edebilme yetkisine sahip olduğu farazi bir suç veya cezadan daha fazla düşünmeye yöneltir.²⁹⁹

Belirtmek gerekir ki, Kanunilik İlkesi'nin, yukarıdan beri anlatıldığı şekilde anlaşılması, oldukça uzun bir gelişme aşaması geçirmesi ardından söz konusu olabilmıştır.

Bu ilkenin, ilk defa İngiltere'de 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'un 39. maddesinde ifade edildiğini düşünen hukukçular vardır.

Fakat Magna Carta'daki bu ilkenin maddi hukuktan çok muhakeme hukukunu ilgilendirdiği ve bu nedenle suçta ve cezada kanunilik esasını tam olarak belirtmediği ileri sürülmektedir.³⁰⁰

Kaideyi Avrupa'da ortaya ilk koyan *Montesquieu* olmuştur. *Montesquieu*'ye göre, ferdi hürriyetin teminat altına alınabilmesi, devlet müdahalesinin sınırlarının tespiti ile mümkün olur. Başka bir deyişle, ferdin serbestisine getirilecek kayıtlamalar kanunlarla belirtilmelidir. Kanuni sınırlamalar dışında fert serbesttir, kanunun yasaklamadığı her şeyi yapabilir.³⁰¹

Beccaria'ya göre ise, “Suçlara ilişkin cezaları yalnızca yasalar belirler...Toplumun aynı zamanda bir üyesi olan hiçbir yargıç, aynı toplumun bir başka üyesini, adalet adına, yasaca

²⁹⁶ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I (Madde 1-Madde 140), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 11 vd.

²⁹⁷ CİHAN, s. 7

²⁹⁸ DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım Cilt I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1961, s. 21

²⁹⁹ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2002, s. 158

³⁰⁰ İÇEL Kayıhan , DONAY SüheyL, Karşılaştırmalı ve uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 1. Kitap, Yeni yasalara göre güncellenmiş 5. bası, Beta 2006, s. 81 , Söz konusu 39. maddeye göre, “Hür bir şahıs, ancak kanunî bir karar veya kanun gereğince tevkif ve hapsedilebilir”

³⁰¹ ALACAKAPTAN, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, s. 4

öngörülmeven cezalara çarptıramaz. Ayrıca yargıcın, yasalarca saptanmış sınırı aşarak, artırılmış bir cezaya hükmetmesi de haksızdır; yasaya aykırıdır. Çünkü bu tutum, yasal cezaya bir başka cezayı eklemek demektir. O yüzden bir yargıç, suçlu bir yurttış için önceden yasayla belirlenmiş bir cezayı, büyük emekler harcadığı ya da kamu esenliğı gibi bahanelere sığınarak, kendiliğinden artıramaz.”³⁰²

Uygulamada ise Kanunilik Prensibi ilk defa, 1776 Amerikan Anayasalarında (Virginia, Maryland) yer almış³⁰³, Avusturya İmparatoru Joseph II'nin 1787 tarihli Ceza Kanunnamesi ve 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi ile pozitif hukuka girmiş, 1791, 1793 tarihli Fransız Anayasaları, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu, 1813 Bavyera kanunu ve onu takip eden diğerk kanunlarla ceza hukukunun en önemli kaidesi haline gelmiştir. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne de giren prensip bu suretle, beyannameye imza vazeden bütün ülkelerin hukukunun bir parçası olmuştur.³⁰⁴

Türkiye Cumhuriyeti açısından ise,

1924 Esas Teşkilat Kanununda suçta ve cezada kanunilik prensibini, açık bir Anayasa prensibi olarak görmemekteyiz. Doktrinde bu prensibin, bazı maddelerden, dolayısı ile çıkarılıp çıkarılmayacağı tartışılmıştır.³⁰⁵ 334 sayılı 1961 Anayasası bu konuda yeni esaslar getirmiştir. 33. maddesinde ilk defa olarak açık bir şekilde, “*Kimse, işlendiğı zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.*” denilmek suretiyle, suçta kanunilik prensibini kabul etmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, “*Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konur.*” şeklinde cezada kanunilik prensibi ifade edilmiştir.³⁰⁶

Hala yürürlükte olan 1982 Anayasamızın 38. maddesi ise, “*Kimse, işlediğı zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.; kimseye suçü işlediğı zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez...Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.*” şeklinde bir düzenleme getirmiştir.

³⁰² BECCARİA Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev. Sami Selçuk, İmge Kitabevi, 2004, s. 31

³⁰³ DEMİRBAŞ, s. 108, 109

³⁰⁴ ALACAKAPTAN, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliğı Prensibi, s. 6,

Kanunilik İlkesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde de yer almaktadır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7. maddesine göre, “*Hiç kimse işlendiğı zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Keza hiç kimse, suç işlendiğı zaman, tertibi gereken cezadan daha ağır bir cezaya da çaptırılmaz.*”

³⁰⁵ YARSUVAT Duygun, Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası, Semet Matbaası, İstanbul 1963, İHFM'nin Cilt XXIX Sayı : 3, Sene 1963 sayısından ayrı bası, s. 13

³⁰⁶ YARSUVAT, s. 15

Kanunilik İlkesi, 765 sayılı TCK'nın 1. maddesinde de düzenlenmiştir.

Buna göre, *“Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz.”*

5237 sayılı Ceza Kanunumuzun 2. maddesine göre ise, *“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 hükmolunmaz.”*³⁰⁷

Yukarıdan beri anlatılanlardan anlaşılacağı gibi, Kanunilik İlkesi'nin ilk ve en önemli şartı, suç olarak nitelendirilen fiil yahut davranışların ve bunların cezalarının, kanunda gösterilmesidir. Ancak belirtmek gerekir ki bu, yeterli değildir. Zira, söz konusu ilkeyi değerlendirirken, “kanun”dan ne anlamamız gerektiği, bu “kanun”da, suç olarak belirlenecek fiil ya da davranışların nasıl nitelendirilmesi veya gösterilmesi gerektiği gibi sorunlarla karşılaşmak mümkündür. Başka bir anlatımla, Kanunilik İlkesinin kabul edilmesi, bu ilkenin içini dolduran bir takım sonuçların da kabul edilmesini gerektirir. Bu nedenle burada, Kanunilik İlkesi'nin salt açıklananlardan ibaret olmadığını, ileride söz konusu ilkenin daha ayrıntılı bir açılımının, “Kanunilik İlkesi'nin Sonuçları” başlığı altında yapılacağını belirtmek istiyoruz.

2.2.2.2. Kanunilik İlkesi'ne Yöneltilen Eleştiriler

"Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi, ceza hukuku alanında kişiler açısından önemli güvenceler içermesine karşın, çeşitli eleştirilere uğramıştır. Gerçekten, cezanın toplumu koruma amacının gerçekleştirilebilmesi için hakimin, ceza yasasıyla bağlı olmaması gerektiği, ilkenin, kötü niyetli kişilerin yasadaki suçlara çok benzeyen eylemlere giriştikleri halde, yasa boşluklarından yararlanarak cezasız kalmalarına yol açacağı, bunları cezasız bırakmanın ise doğru olmayacağı ileri sürülmüştür. Bu sakıncaların giderilmesi için de ceza hukukunda kıyasın kabul edilmesi veya kanunilik ilkesinden vazgeçilmesi önerilmiştir.³⁰⁸

Genel olarak ve kısa başlıklar altında eleştiri noktaları şunlardır :

- Prensibin hürriyet ile alakası mutlak değildir.

Çünkü, demokrat olmayan, faşist temayüllü olan bir çok memleketlerde bu prensip, bu iddianın aksine mevcut bulunmakta, fakat bu mevcudiyet, sözü geçen memleketlerde,

³⁰⁷ Belirtmek gerekir ki, TCK 2, fertlerden çok, hakimleri ilgilendirmektedir. Gerçekten de hükmün asıl muhatabı hakimlerdir. Kıyas yoluna başvurmaması hakime yönelik iken, suçları tereddüde yer vermeyecek kadar açık ve belirli bir şekilde belirlenmesi de kanun koyucu ya yöneliktir. **HAKERİ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 34

³⁰⁸ **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 46, 47

hürriyetlerin kısıtlanmasına engel olmamaktadır. Hakimler iyi yetişmiş ve müstakil olduktan sonra bunların, ahlak ve kamu düzenini ihlal eden fiilleri kıyasen cezalandırılmalarından zarar değil aksine fayda temin edilir.

- Prensip tarihi rolünü oynamış, artık eski önemini kaybetmiştir.
- Bütün suçları tarif etmek imkansızdır.
- Suçların kanuniliği esası içinde kalarak artık suçlulukla mücadele edilememektedir.
- Sanık kadar mağdurları da korumak lazımdır.
- Suçların kanunda gösterilmiş olmasının, vatandaşları onları işlemekten alıkoyacağı düşüncesi uygulamada gerçekleşmemektedir.³⁰⁹

Sonuç itibariyle, bu görüşleri savunan yazarların vardıkları nihai netice şudur :

Ya suçların Kanuniliği Prensibi'ni büsbütün kaldırmalı yahut, hiç olmazsa ceza işlerinde de kıyası kabul etmeli ve bu suretle geniş takdir yetkisini alacak olan hakimin, kanunun boşluklarını doldurmasına imkan verilmelidir.³¹⁰

İşte teoride bu yönde gelişen anlayış, pratiğe de yansımış, Kanunilik İlkesi, bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde yer almamıştır.

Mevzuat bakımından prensibe ilk muhalefet, 1866 tarihli ilk Danimarka Ceza Kanunu'nun 1. maddesiyle söz konusu olmuş, daha sonra 1930 tarihli Danimarka Ceza Kanunu, maddeyi yine 1. madde olarak tekrarlamıştır. Madde şöyledir, "...*ancak, kanunun sarıh olarak gösterdiği veya kanunun gösterdiği fiillere tamamıyla kabili temsil olan hareketler cezalandırılabilir. Aynı kaide, 8. ve 9. fasıllarda tespit olunan kanuni neticeler hakkında da tatbik olunur.*" Böylece Danimarka Kanunu, suçlar açısından kıyas esasını benimsemiş bulunmaktadır.³¹¹

Kanunilik İlkesi'ni açıkça reddeden hukuklardan biri de Sovyet Rusya Hukuku olmuştur.

1926 tarihli Sovyet Ceza Kanunu da 16. maddesinde kanunilik ilkesini bertaraf etmiştir. Bu kanuna göre, sosyal yönden zararlı olmakla birlikte kanunun, doğrudan doğruya öngörmediği hareketler cezalandırılacaktır. Kanuna göre, bu tip hallerde sorumluluk, aynı türden suçlardan söz eden kanunun, diğer maddelerine uygun şekilde saptanacaktır.³¹²

³⁰⁹ **TOSUN Öztekin**, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, İÜHFİM Cilt : XXVII, Sayı : 1-4, 1962, s. 52 vd.

³¹⁰ **TANER Tahir**, Ceza Hukuku Umumi Kısım, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1953, s. 140

³¹¹ **DÖNMEZER/ERMAN**, s. 26

³¹² **DÖNMEZER Sulhi**, Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003, s. 10

1917 devriminden sonra Sovyet Rusya Federe Cumhuriyeti 'nde Çarlık Rusyası 'nın tüm yasaları yürürlükten kaldırmış, 1919'da "Ceza Hukuku Yöneltili İlkeleri" adı altında bir giriş ile 27 maddeden oluşan bir metin meydana getirilmiştir. Bu metinde bazı genel ilkeler gösterilmiş, ancak özel bölüme yer verilmemiştir. Ceza yasası özel bölümünün yerini, sayısız devrim kararnamele almıştır. Karşı devrime şiddetli davranılması ve

Sovyet Ceza Kanunu'nun 16. maddesine göre, “*Sosyal bakımdan tehlikeli addolunup da kanun tarafından hususi surette gösterilmemiş herhangi bir fiil için mesuliyetin esas ve hudutları, mezkur kanunun benzer nitelikteki suçları gösteren maddelerinden çıkarılır.*”

Sosyal bakımdan tehlikeli kimseleri ise, kanunun 6. maddesi şu şekilde tarif etmiştir :

“*Sovyet rejimine yahut işçi ve köylüler hükümetinin ihdas ettiği hukuki nizama karşı ika edilen her icrai ve ihmali fiil, geçici komünist rejimi devresinde sosyal bakımdan tehlikeli sayılır.*”³¹³

Söz konusu hükümlerden de anlaşılabilceği gibi bu dönemde bireyler, Kanunilik İlkesi'nin sağladığı tüm koruma ve garantörlük işlevinden yoksundurlar. Zira, Kanunilik İlkesi ve bu ilkenin tamamlayıcı prensipleri kesin bir dille reddedilmiştir.

Ancak belirtmek gerekir ki, 1961 'de yürürlüğe giren Ceza Yasası ile suçların kanuniliği ilkesi kabul edilmiştir. Bunun gibi, son olarak 1996'da yürürlüğe giren Rusya Federasyonu Ceza Yasası, Kanunilik İlkesi'ni (m.3), lehte kanunun geriye yürüyeceğini ve aleyhte kanunun geçmişe etkili olmayacağını öngörmüştür.³¹⁴

Kanunilik İlkesi'ni reddeden diğer bir ülke de Nasyonal-sosyalist Almanya olmuştur.

28 Haziran 1935 tarihli değişikliklerle Alman Ceza Kanununda bu ilke terkedilmiş ve mahkemelere, “*ceza kanununun esas fikrine ve halkın saf ve salim takdirine göre*” cezalandırılması gereken fiilleri yaptırım altına alma imkanı tanınmıştır.³¹⁵ Alman kanunu bu suretle, Danimarka Kanunu'ndan da ileri gitmiş, kıyasen cezalandırılacak fiilin, kanunda gösterilmiş olanlardan birine tamamıyla benzemesi bile aranmamıştır.³¹⁶ Fakat bu düzenlemeler, daha sonra meydana gelen rejim değişikliklerinin sonucu olarak, ortadan kalkmıştır.

bireylere karşı işlenen suçlarda hakimlerin devrimci vicdanlarına dayanmaları önerilmiştir. Bu dönemde suçların kanuniliğinden, hatta kıyastan bile söz edilememiştir. Daha sonra yürürlüğe giren 1922-1926 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunlarında ise kıyas açıkça kabul edilmiş, böylece rejim düşmanlarının özel bölümündeki boşluklardan yararlanarak rejimi zor duruma düşürmelerini önlemek hedeflenmiştir. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 46, 47

³¹³ TOSUN, s. 49

³¹⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 46, 47

³¹⁵ ERSOY, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 27

³¹⁶ TOSUN, s. 51

2.2.2.3. Kanunilik İlkesi'nin Sonuçları

2.2.2.3.1. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu'nun 2 ve 7/1. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi'nin beş ayrı sonucunun olduğu görülmektedir.

Kanunilik İlkesi'nin sonuçları, *kıyas yasağı, örf ve adetle suç yaratma ve cezayı ağırlaştırma yasağı, yürütmenin/idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağı, geçmişe yürütme yasağı ve suç ve cezaların belirsizliği yasağı* şeklinde sıralanabilir. Bu sonuçlardan bir kısmı kanun koyucuya, bir kısmı yargıca, bir kısmı ise hem kanun koyucuya hem de yargıca yöneliktir.³¹⁷

Bu ilkeler, bireyin özgürlüğü ve ceza hukukunun müdahaleleri açısından güvence fonksiyonunu oluşturur; hukuksal değerlerin ve bireyin otonom yapısı ve özgürlüğünün, siyasal güç ve hukuk uygulayıcıları gibi diğer bireylerce kötüye kullanılmalarını engeller.³¹⁸

2.2.2.3.2. Belirlilik (Açıklık) İlkesi (Lex Certa)

Belirlilik ilkesi, ceza kurallarının, suçun manevi unsuru (mens rea/ mental element of crime) ve diğer unsurları açısından, yasaklanan davranışları açık ve net şekilde gösterecek kadar belirli ve mümkün olduğu kadar ayrıntılı olmasını gerektirir.³¹⁹

Suçun tanımının yasada açıkça gösterilmemesi, bir yandan işleyeceği fiilin suç oluşturup oluşturmayacağını bilmeyen ferdi kuşku içinde bırakacağından, onun özgürlüğünü tehlikeye düşüreceği gibi diğer yandan da yargıcın keyfi davranmasına yol açabilir.³²⁰

Şu halde, suçun unsurlarının belirsiz olması kanunilik unsurunu etkiler. Bu nedenle, suçların kanunda düzenlenmesi yetmez; ayrıca bu düzenlemenin belirsiz olmaması, net ve

³¹⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 39,40

³¹⁸ ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin, Ankara 2003, s. 731

³¹⁹ CASSESE Antonio, International Criminal Law, Oxford University Press, 2003, s. 145

³²⁰ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2002, s. 187

Beccaria'ya göre, " ...Yasalar, halkın yabancı olduğu bir dille kaleme alınurlarsa, sade ve açık bir dille yazılmazlarsa, sakınca çok daha büyük olacaktır. Çünkü halk, kullandığı kendi özgürlüğünün ve yaptığı eylemlerinin sonuçlarını kestiremeyecek, yasaları ellerinde ve bunların yorumunu tekellerinde tutan küçük bir azınlığın kulu kölesi olacaktır...Yasaların kutsal metinlerini okuyup anlayacak ve ellerinde bulunduracak olanların sayıları çoğaldıkça suçlara daha az rastlanacaktır. Çünkü cezaların bilinmezlikleri ve belirsizlikleri, kesinlikten yoksunlukları, hiç kuşkusuz tutkuların körüklenmelerine yol açacaktır." BECCARİA, s. 41

açık olması gerekir. Aynı durum cezalar için de geçerli olduğundan, tamamen belirsiz cezalar geçersizdir.³²¹

Başka bir ifadeyle bu ilke, kanun koyucunun dili ile ilgili olup, kanun koyucuya vatandaşın anlayabileceği, kıyas yasağı ilkesine hizmet eden ve uygulamacı tarafından bilerek veya bilmeyerek, ceza normunun haksız uygulanmasına olanak vermeyecek bir düzenleme yapmak yükümlülüğü yükler.³²² Bu nedenle kanun koyucu, toplumsal ihtiyaçlar nedeniyle suç yaratırken, hangi fiillerin suç olarak düzenlendiğini ve onun cezasını açık bir şekilde düzenlemelidir.³²³ Kanun koyucu genişletilmeye elverişli, birden fazla anlama gelebilecek, her yöne çekilebilecek, tabir yerindeyse elastiki deyimler kullanmaktan kaçınmalı, kullandığı kelimelerin manası açık ve belirli olmalıdır.³²⁴

Belirtmek gerekir ki açıklık ilkesi, tüm ceza hukuku yönünden gerekli ve geçerli olan bir ilkedir. Yani bu ilke, sadece özel kısımda yer alan suçların öngörülmesinde değil, cezalandırılabilen davranışların belirlenmesinden başlayarak, nedensellik, hukuki konu, ihlal, suça iştirak, görünüşte içtima ve gerçek içtima gibi suç teorisine dahil olan diğer alanlarda da geçerli bir ilkedir.³²⁵

Anayasa Mahkemesi de bir çok kararında Belirlilik İlkesi'ni değerlendirmiştir. Söz konusu ilke açısından, Yüksek Mahkeme'nin kararları hakkında genel olarak şu değerlendirmeler yapılabilir :

- Yüksek Mahkeme'nin özellikle 1990lı yıllara kadar vermiş olduğu kararlar, hukuki gerekçelerden yoksundur.

³²¹ **DEMİRBAŞ**, s. 115

Aksi takdirde, suç ihdas eden kanun maddesi, her yana çekilebilen müphem bir formülden ibaret olacaktır; her türlü beşeri davranış da suç adı altında böyle bir formül içine zahmetsizce sokulup cezalandırılacaktır. **GÖLCÜKLÜ Feyyaz** , Ceza Hukuku Açısından 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası , 06.02.2009 tarihinde http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/17/2/18_Feyyaz_GOLCUKLU.pdf adresinden yararlanılmıştır.

³²² **ÜNVER**, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, s. 734

³²³ **DEMİRBAŞ**, s. 115,116

³²⁴ **HAKERİ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 34,

Bu bakımdan, belirli bir kanuna yollamada bulunmak suretiyle, soyut olarak bu kanuna aykırı davranışların ceza yaptırımına bağlanması, suçta kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Suç tanımlarının redaksiyonunda, bu ilkeye bağlı kalmaya büyük bir özen gösterilmiştir. Örneğin, yeni TCK'na ilişkin Hükümet Tasarısında, 765 s. Kanunda olduğu gibi, dolanlı(hileli) ve taksirli iflas suçlarının sadece yaptırımı belirlenmişti (m. 224). Buna karşılık, hangi fiil ve davranışların bu suçları oluşturacağı konusunda, herhangi bir belirleme yapılmamıştı. Bu konuda, 9.6.1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 310 ve 311. maddelerinde yapılan düzenlemelere yollamada bulunulmuştu. **ÖZGENÇ İzzet**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2005, s. 78

³²⁵ **TOROSLU Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2005,s. 52,53

- Anayasa Mahkemesi, suçların birer birer Kanun'da gösterilmesinin güçlüğünden bahisle ve suç tanımındaki muğlaklığın hakimın takdiriyle ortadan kaldırılabileceğini savunmak suretiyle, amacı hakimın keyfiliğine sınır oluşturmak olan Belirlilik İlkesi'nin özüne aykırılık teşkil eden yorum ve hükümlerde bulunmuştur.
- İstisna kararları olsa da Yüksek Mahkeme özellikle 2000li yıllara kadar, para cezalarının belirlenmesinde, çeşitli oran, katsayı ve ücretlere atıfta bulunulmasını Anayasa'ya aykırı görmemiştir ki, aşağıda inceleyeceğimiz üzere bu durum, cezaların belirli olması gereği ile bağdaşmamaktadır.

19.2.1963 tarihli ve **1962/277 E., 1963/34 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 104 üncü maddesinin 1. fıkrasının 3. bendine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

104. maddeye göre,

“Suçu işlediğine dair aleyhinde kuvvetli emareler elde edilen maznun aşağıda yazılı hallerde tevkif olunabilir.

1- ...

2- ...

3- *Suç Devlet veya Hükümet nüfuzunu kırar veya memleketin asayişini bozan fiillerden bulunur veyahut adabı umumiye aleyhinde olursa...*”

Söz konusu kararda Yüksek Mahkeme, tutuklama kararının her halde hakim tarafından, Anayasa'nın özüne uygun olarak ve kişi hürriyetinin önemi göz önünde bulundurularak verileceğini belirtmek suretiyle, itirazı reddetmiştir.³²⁶

Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmak mümkün görünmemektedir; Yüksek Mahkeme'nin gerekçesi ise, Belirlilik İlkesi'ne değinilmemesi bakımından kanaatimizce eksiktir.

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 104. maddesinin 1. fıkrasının 3 numaralı bendinde açıkça Kanunilik İlkesi'nin tamamlayıcı sonuçlarından biri olan Belirlilik İlkesi'nin ihlali söz konusudur. Zira, söz konusu düzenleme “belirlilik” özelliğinden yoksundur ve hüküm torba bir hüküm niteliğindedir. Bu manada, her işlenen suçta memleketin asayişini

³²⁶ “...Esasen Anayasa koyucusu, tutuklamayı gerektiren hallerin yalnız kanunla belli edilmesi lüzumu ile yetinmemiş, tutuklamanın her halde bir hâkim kararına dayanmasını da bir teminat hükmü olarak şart kılmıştır. Bir olayda tutuklamayı gerektiren hallerin mevcut olup olmadığı, bağımsızlıkları Anayasa ile sağlanmış hâkimler tarafından tâyin ve takdir olunacaktır. Mahkemelerin kendilerine verilen görevleri yerine getirirken Anayasa'nın kişi hürriyetine verdiği önemi göz önünde bulundurarak takdirini Anayasa'nın özüne uygun olarak kullanacağı tabiidir. Toplumun güvenini önemli surette bozan ve tutuklama tedbiri alınmasını gerektiren hallerde bu tedbire başvurulması Anayasa'ya aykırı düşmez. Yukarıda gösterilen sebeplerle, mahkemece ileri sürülen itirazın reddi gerekir.”

bozan bir durum olacağına göre, kişilerin sürekli olarak tutuklanma tehlikesi altında bulunması söz konusudur; çünkü böyle bir tutuklama nedeni çok kapsamlı terimleri içermesinden dolayı kişilerin özgürlüğü açısından ciddi tehlikeler meydana getirebilecek niteliktedir. Söz konusu düzenleme 44 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 33. maddesine aykırıdır.³²⁷

26.6.1963 tarihli ve **1963/197 E., 1963/166 K** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanununun 105. maddesinin 1. fıkrasının C ve H bentlerine ilişkin itirazı değerlendirmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre,

“ Suçu işlediğine dair aleyhinde kuvvetli deliller elde edilen maznun aşağıda yazılı hallerde tevkif olunabilir:

...

C) Askeri disiplinin muhafazası maznunun tevkifini mucip ise;

...

H) Suç Devlet veya Hükümet nüfuzunu kıran veya memleketin asayişini bozan fiillerden bulunur veyahut adabı umumiye aleyhinde olursa.”

Anayasa Mahkemesi, 105. maddenin 1. fıkrasının C bendi açısından, “askeri disiplin” kavramına değinmiş, “askeri disiplinin muhafazası için zorunlu olduğu takdirde” maznunun tutuklanabilmesi görüşü üzerinde durmuştur.³²⁸

Öncelikle belirtmek gerekir ki burada Yüksek Mahkeme, hukuki bir açıklama yapmaktan fazlasıyla uzaklaşmış ve söz konusu bendi iptal etmeme gerekçesini “askeri disiplin” kavramı üzerine oturtmaya çalışmıştır.

Kanunilik ilkesi açısından değerlendirme altına alındığında , söz konusu düzenlemenin, oldukça belirsiz ve keyfi uygulamalara neden olabilecek türden bir düzenleme olduğu açıkça görülmektedir. Zira burada, “askeri disiplin” kavramından ne anlaşılması gerektiği müphem olduğu gibi, “askeri disiplinin muhafazası için zorunlu olan durumlar” her türlü askeri suçun askeri disiplini bozacağı sonucunun çıkarılmasına ve bu anlamda her askeri suç açısından da tutuklamanın mümkün olmasına yol açabilecek niteliktedir. Şu halde kişilerin, tutuklanmalarına neden olabilecekleri eylemleri bilmelerinin ve davranışlarını da buna göre

³²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin benzer bir kararı için bkz. **1963/200 E, 1963/110 K, 13.5.1963**

³²⁸ “...Gerçekten bir ordunun kuvvet ve kabiliyeti, disiplini ile ölçülür. Yurdun iç ve dış emniyetini korumak görevi ile yükümlü olan orduyu memleketin yüksek menfaatlerinin gerektirdiği maksada küll halinde sevk edebilmek, ancak disiplin sayesinde mümkün olur. O halde disiplinin muhafaza ve idamesi, askerliğin vazgeçilmez bir unsuru olduğuna göre askerî disiplinin muhafazası için zorunlu olduğu takdirde maznunun tutuklanabilmesi kabul edilmelidir. Aksi takdirde askerliğin temeli sarsılmış olur. Bu bakımdan sözü edilen ve tutuklamayı zorunlu kılan bu hüküm, ...Anayasa'ya aykırı değildir.”

düzenlemelerinin mümkün olmadığını zira her eylemin tutuklamaya bir neden olabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

İtiraz konusu düzenlemenin H bendi açısından ise Anayasa Mahkemesi, tutuklamayı zorunlu kılan suçların birer birer Kanun'da gösterilmesinin güçlüğünden bahsetmiş ve suç tanımındaki bu muğlaklığın Anayasa'nın özüne uygun olarak, hakimim takdirıyla ortadan kaldırılabileceğine değinmiştir.³²⁹

Gerekçede de açıkça görüldüğü üzere aslında Yüksek Mahkeme, söz konusu bendin “*deyimlerinin genelliği bakımından, kapsamlarının tayininde zorluk çekileceği cihetle keyfi takdirlere yol açacağı*” hususunu oldukça yerinde bir şekilde tespit etmiş; fakat bendi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Bu anlamda hangi fiil ya da davranışların devletin nüfuzunu kırdığı, hangilerinin memleketin asayişini bozduğu ya da genel adap (adabı umumiye) aleyhine olduğu kesinlikle belirsiz olup, tutuklamayı gerekli kılan suçların kanunda tek tek belirtilmesinin güçlüğünden bahsedilerek, bunu belirleme keyfiyeti yargı merciine verilmiştir. Söz konusu bendin Kanunilik İlkesi'nin bir sonucu olan Belirlilik İlkesi açısından 334 sayılı Anayasa'nın 33. maddesine aykırı olduğu alenidir.

Günümüz açısından ise, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunumuzun 100. maddesi dahilinde, aynı maddenin 3. fıkrasında gösterilen suçların işlendiği yönünde kuvvetli şüphenin varlığı halinde, tutuklama nedeninin varsayılacağına ilişkin düzenlemenin getirilmesi, yukarıda belirtilen bakış açısı bakımından, elbette oldukça önemli bir düzenlemedir.

29.1.1964 tarihli ve **1963/193 E., 1964/9 K** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 312. maddesinin 1. fıkrasının c bendine ilişkin itirazı değerlendirmiştir. Söz konusu düzenlemede, ayrı ayrı üç fiil suç olarak kabul edilmektedir. Bunlar ;

- a) *Kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça övmek veya iyi gördüğünü söylemek,*
- b) *Halkı Kanuna itaatsizliğe tahrik etmek.*

³²⁹ “*Asayiş bozan ve Devlet ve Hükümet nüfuzunu kıran suçlar deyimlerinin genelliği bakımından kapsamlarının tayininde zorluk çekileceği cihetle keyfi takdirlere yol açacağı ve umumi âdap aleyhine işlenen suçlar arasında pek hafif olanlarının da bulunabileceği ileri sürülebilirse de; tutuklamaya zorunlu kılan suçların, maddede birer birer gösterilmesindeki güçlükler bir tarafa bırakılsa dahi, aynı nitelikte suçların zaman, mekân ve işleniş tarzlarına göre toplumda yaratacağı etkilerin birbirlerinin aynı olmayacağını gözden uzak tutmamak gerekir. Kaldı ki bu deyimlere, kanun, hangi ölçü dahilinde hareket edileceğini göstermektedir. Bu ölçü dahilinde tutuklamayı gerektiren vakia ve hallerin neden ibaret olacağını takdir etmenin tutuklamaya karar vermek yetkisine sahip olan mercie bırakılmış olması, ihtiyacın gereklerine daha uygundur. Kanunda tutuklama mecburiyeti esas kabul edilmemiş olduğuna göre; görevli mercii, Anayasa'nın kişi hürriyetine verdiği önemi ve işlenen suçun niteliğini göz önünde tutarak kanunun çizdiği sınır içinde kalmak şartıyla takdirini kullanacağı tabiidir.....”*

c) Cemiyetin muhtelif sınıflarını, umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik etmektir.”

Anayasa Mahkemesi, 312. maddenin 1. fıkrasının c bendinde düzenlenen suçun, oldukça açık ve anlaşılır olması gerekçesiyle, Anayasa’ya aykırılık itirazını reddetmiştir.³³⁰

Yüksek Mahkemenin kararına iştirak etmek mümkün değildir. Madde metninde kullanılan kavramlar olabildiğince geniş ve istenilen anlama çekilebilme özellikleri itibariyle kişilerin hukuki güvenliğini ortadan kaldırmaktadır. Zira, cemiyetin muhtelif hangi sınıflarından bahsedildiği belli olmadığı gibi, umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik etmekten ne anlaşılması gerektiği de belli değildir. Böyle bir düzenleme, oldukça keyfi uygulamalara neden olabilecek nitelikte olup 334 sayılı Anayasa’nın 33. maddesine aykırılık içermektedir.

26.9.1965 tarihli ve **1963/173 E., 1965/40 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanununun 5844 sayılı kanunla değişik 141/1. ve 142/1. maddelerine ilişkin itirazları değerlendirmiştir.

141/1. maddeye göre, *“Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmeğe veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmağa veya memleket içinde müesses iktisadi veya sosyal temel nizamlardan her hangi 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.”*

142/2. maddeye göre ise, *“ Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmek veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmak yahut memleket içinde müesses iktisadi veya sosyal temel nizamlardan herhangi birini devirmek veya devlet siyasi ve hukuki nizamlarını topyekün yok etmek için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse...cezalandırılır.”*

Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemelere ilişkin itirazları, suç tiplerinin anlam ve kapsamlarının net, anlaşılabilir ve belirlenebilir olmaları gerekçesiyle reddetmiştir.³³¹

³³⁰ “ ...9/7/1961 tarih ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sında böyle bir fiilin suç sayılmasını engelleyen her hangi bir hüküm yoktur. Davanın haklı olduğunu göstermek için dayanılan Anayasa maddeleri de hiçbir suretle davacı partiye hak vermemektedir. Davacı partinin suç unsurlarının seçik ve ayrı olarak belirtilmediği, keyfi uygulamaya yer verecek ve bilimsel araştırmaları engelleyecek nitelikte bulunduğu ve bu bakımdan Anayasa’ya aykırı olduğu yolundaki iddiasının aksine (Cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik ...) den ibaret olan suç unsurları 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 312. maddesinde açık bir şekilde belli edilmiştir. Bu maddenin Anayasa’nın teminat altına aldığı temel hakları ortadan kaldırdığı yolundaki iddia yersizdir.”

³³¹ “...Yukarıda tüm ayrıntıları ile açıklanan dâva konusu hükümler, genel çizgileri ile :

Yüksek Mahkeme'nin kararına katılmadığımızı belirtmemiz gerekir. Zira adı geçen kararın muhalefet şerhinde de isabetli bir şekilde değinildiği gibi³³², kişilerin, Ceza Kanunu tarafından yasaklanan davranışları bilmesi ve bu sınırlar içerisinde endişesiz bir biçimde hareket etme serbestilerinin varlığı, cezai hükümlerin olabildiğince açık olmasına bağlıdır. Oysa suç olarak öngörülmuş olan 141/1. ve 142/1. maddelerdeki fiiller, suç konusunun belirli olması gereğinden uzaktır. "Sosyal bir sınıf" veya "memleket içinde müesses iktisadi veya sosyal temel nizamlar" gibi kavramlar, suç tipinin konusu olmak için gerekli açıklıktan mahrumdur. Bu anlamda, iptali istenen hükümler, suçu kesinlikle tayin etmediklerinden, bir taraftan, ne gibi eylemlerin suç sayıldıklarının önceden ve kesin olarak bilinmesine imkan vermemekte, diğer taraftan da sınırı ve niteliği, uygulayıcıların görüş açlarına göre değişebilecek olan

1- Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmek için dernek kurmayı ve propaganda yapmayı;

2- Memlekette anarşizmi gerçekleştirmek için propaganda yapmayı;

3-Komünizme hazırlık amacı ile dernek kurmayı ve propaganda yapmayı; yasaklamışlardır.

Her üç eylem bakımından sözü geçen hükümlerin anlam ve kapsamlarının açıklık taşımadığı iddiası yerinde değildir. Çünkü, 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 tespit ve ilân edilmiş bulunduğuna göre de kanunsuz suç olmaz prensibinin bozulmuş olduğundan söz edilemez..."

³³² "Demokratik rejimin ana prensiplerinden biri de vatandaşların men olunan hareketlerle müsaade olunan hareketler arasındaki sınırları emniyetle ve tereddütsüz olarak tayin edebilmeleridir. Bu prensip, ceza kanununda "kanunsuz suç olmaz" düsturunda ifadesini bulur. Bu maksadın tahakkuku, ceza kanunu metinlerinin mümkün olduğu ölçüde açık ve yazılı olmasıyla mümkündür...Kanun metinlerindeki umumiyet içtimâî müdafaanın lehinedir. Fakat vatandaşları lüzumsuz müdahalelere karşı korumak, siyasi partilerin, kanun hudutları içinde endişesiz olarak faaliyette bulunabilmelerini sağlamak için, bilhassa bu mevzuda, metinlerde mümkün olan sarahati tesis eylemek zarureti aşikârdır...Bilhassa bu mülâhaza, mevzuu bahis maddelerin tadilinde esas gayelerden birini teşkil eylemiştir. bkz. karşı oy gerekçesi **AKÇOĞLU Şemsettin**

Bunun yanı sıra, maddenin bir sosyal sınıfın ortadan kaldırılmasını yasaklayan hükmü bakımından bu husus önem kazanmaktadır. Zira bir eylemin cezalandırılabilmesi için suç konusunun kesinlikle belli olması lazımdır. Halbuki, bu hükümlerde suça konu olan "sosyal sınıf" teriminin neyi ifade ettiği kesin olarak belli değildir. Aynı suretle, dâva edilen hüküm ile devrilmeleri yasaklanan iktisadi veya sosyal temel nizamların neler olduğu da büsbütün meçhuldür. Memleket içinde müesses iktisadi veya sosyal temel nizamlar; bilgi seviyesine, iktisadi, hukukî, siyasî ve sosyal temayüllere göre çok farklı şekillerde manalandırılan konulardır. Bu konulardaki anlayış farklılığının, geniş vatandaş kitlesinde olduğu gibi bilim adamları ve kanunu uygulamada görev alanlar arasında olması da tâbidir. Şu halde vatandaş; bu kanunla neyin yasaklanmış olduğunu önceden kesinlikle bilecek durumda değildir ve kanunu çeşitli safhalarda uygulayacak olan mercilerin, ezcümle idare, savcılar ve nihayet hâkimlerin "sosyal sınıf", "memleket içinde müesses iktisadi veya sosyal temel nizam" anlayışına göre takibe uğrayacak veya ceza giyecektir." bkz. karşıoy gerekçesi **KURALMEN Celalettin, KOÇAK Sait, GÜRÜN Muhittin**

fiilleri cezalandırmaktadır. Bu yönleriyle de 334 sayılı Anayasa'nın 33. maddesine aykırıdır.³³³

12.10.1965 tarihli ve **1965/27E., 1965/55 K.** sayılı kararda Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanununun 240. maddesi'ne ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

Türk Ceza Kanununun 240. maddesine göre;

“Kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun vazifesini suiistimal eden memur derecesine göre altı aydan üç seneye kadar hapsolunur. 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.”

Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemelere ilişkin itirazları, suçun maddi unsurunun görevi kötüye kullanmak olduğunu ve somut olaya göre görevin kötüye kullanılıp kullanılmadığının hakim tarafından tayin ve tespit edileceğini belirtmek suretiyle reddetmiştir.³³⁴

Yüksek Mahkeme'nin kararına katılmak mümkün değildir. Söz konusu madde hükmü torba bir hüküm olup, fiili bir maddeye göre cezalandırılmayan bir memurun, içeriği belirsiz bir başka maddeye dayanılarak cezalandırılmasını sağlamaya yöneliktir. Bu anlamda da diğer hükümlerin düzenlediği eylemler dışında gerçekleştirilen tüm eylemleri keyfi bir şekilde bu hükmün içinde değerlendirmek ve kişilerin hareket serbestisini ortadan kaldırmak oldukça kolaydır. Zira, böyle bir hükümle, hakim, “her ne suretle olursa olsun” ibaresini genişletip, kişilerin herhangi bir fiilini, yasadaki suçlar dışında, TCK 240 anlamında bir suça benzeterek, başka bir ifadeyle suç yaratarak cezalandırması mümkün olacaktır. Çünkü hakim burada,

³³³ Anayasa Mahkemesi'nin benzer nitelikteki kararları için bkz. **1979/31 E, 1980/59 K, 27.11.1980, 1980/19 E, 1980/48 K, 3.7.1980**

³³⁴ “...Maddede, ne gibi hallerin görevi kötüye kullanma olacağına açıkça belirtilmeyerek "her ne suretle olursa olsun" diye genel bir ifade kullanılmış olması sebebiyle hangi fiilin suç sayıldığına belli olmaması gibi bir durum yaratıldığı yolunda bir iddiaya yer vermek de doğru olamaz. Burada suçun maddi unsuru, görevin kötüye kullanılmış olmasıdır. Devlet hayatında çeşitli kamu hizmetleri vardır. Bu hizmetlerin yürütülmesini sağlayan mevzuatla, her memurun görevinin niteliği, gerekleri, nasıl ve ne suretle yerine getirileceği belli edilmiş ve sınırları çizilmiştir. Hâkim, önüne getirilen dâvada, bu esasları daima göz önünde tutarak olayda memurun görevini kötüye kullanıp kullanmadığını kolayca tâyin ve takdir edebilecek durumda bulunduğuna göre; bu konuda suç unsuru belli demektir. Ortada kanunsuz ve keyfi takdirlere yol açacak bir hal mevcut değildir. Bu bakımdan Anayasa'nın 33 üncü maddesinin öngördüğü üzere kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı ceza verilmesi gibi bir durumla karşılaşılması da söz konusu olamaz. Suçun öteki unsurları da meydandadır. Bunlar da failin memur olması, işin memurun görevi ile ilgili bulunması ve nihayet manevi olarak, kastın var olmasıdır. Ceza da kanunda gösterilmiştir. Bu sebeplerle, iptali istenen hükmün, Anayasa'nın 33 üncü maddesine aykırı bir yönü yoktur, itirazın reddi gerekir.”

medde hükmünde açık bir şekilde belirtilmemiş, üstü kapalı bu yasaklamalarla dava konusu olaydaki eylem ve davranışlar arasında bağlantı kurmaya ve kıyasa başvurmaya zorlanmaktadır. Bunun yanı sıra, “*her ne suretle olursa olsun*” ibaresi, oldukça kaypak ve elastiki özelliği gereği, “Belirlilik İlkesi”ni de ihlal etmiş durumdadır.³³⁵

7.6.1973 tarihli ve **1973/12 E., 1973/24 K.** sayılı kararda Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanununun 1490 sayılı Kanunla değiştirilmiş 526. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

Türk Ceza Kanununun 1490 sayılı Kanunla değiştirilmiş 526. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Salâhiyetli makamlar tarafından adli muameleler dolayısıyla yahut âmme 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 iki yüz elli liradan beş yüz liraya kadar hafif para cezasıyla cezalandırılır.”

Anayasa Mahkemesi 526. maddeye ilişkin itirazı, söz konusu maddede suçun ne olduğunun açıkça belirtilmiş ve cezasının da önceden saptanmış olmasına dayanarak reddetmiştir.³³⁶

Yüksek Mahkeme'nin kararına katılmak mümkün değildir. Söz konusu madde hükmü açıkça Kanunilik İlkesi'ni ihlal etmektedir. Zira, madde hükmünde kullanılan ve suçun oluşumunda temel alınan, “*kamu güvenliği*” ve “*kamu düzeni*” gibi kavramların oldukça belirsiz, esnek ve istenilen anlama çekilebilecek niteliğe sahip olmaları, neredeyse işlenen her fiilin bu kavramlar doğrultusunda değerlendirilmesine neden olabilecek niteliktedir. Bunun yanı sıra, suç oluşturacak olan eylemler, salâhiyetli makamların “*kamu güvenliği*”, “*kamu*

³³⁵ TCK m. 240 daki görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin düzenleme, genel ve tamamlayıcı niteliktedir. Ceza Kanunumuzda (765 sayılı) yer alan bu nitelikteki diğer bir hüküm de “keyfi muamele” suçunu düzenleyen 228. maddedir. **TEZCAN Durmuş, RUHAN ERDEM Mustafa**, Ceza Özel Hukuku, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2002, s.132,

Anayasa Mahkemesi'nin benzer kararları için bkz. **2001/328 E, 2002/105 K, 21.11.2002, 2001/332 E, 2002/106 K, 21.11.2002 2001/327 E, 2002/103 K, 12.11.2002**

³³⁶ “...Görülüyor ki Türk Ceza Kanununun 526. maddesinin söz konusu fıkrasında suçun ne olduğu ve cezası açıkça belirtilmiştir. Bu maddeye aykırı hareketten açılan bir kamu davasında yetkili ve görevli mahkemenin; emri veren veya tedbiri alan makamın kanun ve tüzük hükümlerine göre böyle bir emir vermeye veya tedbir almaya yetkili olup olmadığını araştıracağı gibi kanunda yazılı öteki koşul ve öğelerin de bulunup bulunmadığını saptayacağı ve sonucuna göre gerekli kararı vereceği tabii olduğundan(...)gösterilen nedenlerden hiçbirini haklı ve yerinde bulmağa olanak yoktur(...)526. maddenin birinci fıkrasında suçun ne gibi eylemleri kapsadığı açıkça belirtildiğine ve cezası da önceden saptandığına göre itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 33. maddesi ile Türk Ceza Kanununun 1. maddesindeki “kanunsuz suç ve ceza olmaz.” ilkesine de uymayan bir yönü yoktur.”

düzeni” kavramlarına yükledikleri anlamlar doğrultusunda verilen bir emre itaatsizlik olacaktır. Bu anlamda, söz konusu emir, suçun maddi konusunu oluşturacak ve suç *“Salahiyetli Makamlar”* tarafından yaratılmış olacaktır. Bu nedenlerle, söz konusu düzenleme 334 sayılı Anayasa’nın 33. maddesine açıkça aykırıdır.

17.4.1986 tarihli ve **1986/6 E., 1986/12 K.** sayılı kararda Anayasa Mahkemesi, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun’un 12/6/1979 günlü, 2248 sayılı Yasa ile değişik 25. maddesinin 3. fıkrasına ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun’un 12/6/1979 günlü, 2248 sayılı Yasa ile değişik 25. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir;

“Yukarıdaki fıkralar dışında kalan ve bu kanunda ayrıca cezası bulunmayan her nevi kaçakçılık suçları failleri bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla birlikte gümrük kaçağı eşyanın gümrüklenmiş değerinin, inhisar kaçağı maddeler için CİF değeri ile birlikte hususi kanunlarında yazılı para cezasının veya resminin birer misli ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ve bu nevi eşya ve maddelerin de müsaderesine hükmolunur.”

Anayasa Mahkemesi 25/3. maddeye ilişkin itirazı, Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen Eşitlik İlkesi ve 138. maddesinde vücut bulan Yargıç Bağımsızlığı İlkesi açısından incelemiş, istemi reddetmiştir. Bu nedenle gerekçeye burada ayrıca yer vermiyoruz.

Kanımızca, söz konusu düzenlemede bir aykırılık aranacaksa bu Kanunilik İlkesi’ne aykırılık olmalıdır. Zira, söz konusu düzenlemede *“Yukarıdaki fıkralar dışında kalan ve bu kanunda ayrıca cezası bulunmayan her nevi kaçakçılık suçları”* demek suretiyle tamamen belirsiz bir çok eylemin, kanundan kaynaklanmaksızın keyfi bir biçimde *“Kaçakçılık Suçu”* olarak nitelendirilebilmesi mümkün olmakta, kıyasa açık ve hakimın suç yaratabilmesine olanak sağlayan bir düzenlemeye yer verilmiş bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemenin, 2709 sayılı 1982 Anayasası’nın 38. maddesinde belirtilen Kanunilik İlkesine aykırılığı oldukça alenidir.

11.2.1987 tarihli ve **1986/12 E., 1987/4 K.** sayılı kararda Anayasa Mahkemesi, 3266 sayılı Yasanın 1. maddesiyle değiştirilmiş bulunan, 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu’nun 1. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

3266 sayılı Yasanın 1. maddesiyle değiştirilmiş bulunan, 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu’nun 1. maddesi şöyledir;

“18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı anlaşılan mevkute ve mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserler aşağıdaki maddelerde gösterilen sınırlamalara tabi tutulur.”

Anayasa Mahkemesi 1. maddeye ilişkin itirazı, suç tanımının 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'ndaki amaç ve ilkeler doğrultusunda değerlendirileceğini belirtmek suretiyle reddetmiştir.³³⁷

Anayasa Mahkemesi'nin kararına iştirak etmek mümkün görünmemektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bu maddede açıkça suç ve ceza hükmü yer almasa da, söz konusu 1. madde, kendisinden sonra gelen maddeler açısından yönlendirici ve sonraki maddelerin uygulanması açısından, suç ve cezaya ilişkin koşulları genel ve soyut olarak tarif edici niteliktedir. Böylece örneğin, 7. maddede belirtilen ağır para cezası yahut Ek 2. maddede gösterilen hürriyeti bağlayıcı ceza, 1. maddede ve daha sonra bir çok maddenin bir çok yerinde tekrarlanan *“küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapma”* kıstası ile belirlenecektir. Bu anlamda, 1. madde doğrudan suç ve ceza içermese de belirsiz bir takım ibarelerle, suç ve ceza içeren hükümlerin uygulanmasında doğrudan bir etkiye sahiptir.

Bunun yanında, belirsiz bulduğumuz bu ifadelerin, *“Milli Eğitim Temel Kanunu'ndaki genel amaç ve ilkeleri”* doğrultusunda açıklığa kavuşturduğu yönündeki düşüncelere de katılmamaktayız. Zira, daha önce de belirttiğimiz üzere, belirli bir kanuna atıfta bulunmak suretiyle, soyut olarak bu kanuna aykırı davranışların cezalandırılması, suçta kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmak mümkün değildir. Mahkeme'nin 1. maddenin ve diğer maddelerde bahsi tekrarlanan bu tür ifadelerin belirsizliği ve bu nedenle Anayasamızın 38. maddesinde belirtilen Kanunilik İlkesi'ne aykırılığı nedeniyle iptal kararı vermesi daha uygun olurdu.

İkinci olarak, mutlaka eleştirilmesi gereken bir diğer hüküm, 3266 sayılı Yasayla değişik, 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu'nun 2. maddesidir.³³⁸ Yukarıda

³³⁷ *“...Davacı, yine anılan Yasanın 1. maddesine yönelttiği iptal istemini, “muzır tesir yapacak eser” ifadesinin içeriği ve belirleyici öğeleri bulunmayan genel bir kavram olduğu, Yasanın suç saydığı fiilin belli olmadığı gerekçesine dayandırmakta ve bu maddenin Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Anayasa'nın “Suç ve cezalara ilişkin esaslar”ı düzenleyen 38. maddesinin davacı savı ile ilgili hükümleri “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...Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur...” biçimindedir. Yukarıda (a) fıkrasında yapılan değerlendirmede de işaret edildiği gibi “...basılmış eserlerin küçükler için muzır olup olmadığı hususunda...” Kurul'un yapacağı incelemede 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'ndaki genel amaç ve ilkeleri açıklayan yeterli düzeyde ayrıntılı ve açık öğeleri içeren maddeleri göz önünde bulundurma zorunluluğu vardır. Bu maddelere aykırılık, yayım suçu doğurmaktadır. Suçu oluşturan eylemin nitelikleri açıklanmıştır. Bu durumda suç ve cezanın yasallık ilkesinin ihlal edildiği savı yerinde görülmemiştir. Anayasa'nın 38. maddesine aykırılık yoktur.”*

madde hükmünden, oldukça aleni bir şekilde anlaşılabilceği gibi, 2. madde ile doktrinde “*Açık (Beyaz,Kör) Ceza Kanunları*” olarak da adlandırılan bir durumun varlığı söz konusudur. Çünkü, kanunla belirlenmiş bir alanın içinin doldurulması, yürütme organına bırakılmıştır. Zira, bir eserin muzır (suç) olup olmadığı, Başbakanlık bünyesinde oluşturulan yetkili Kurulca belirlenecek, eğer muzır görülürse, diğer maddelerde öngörülen cezalar verilebilecektir. Böyle bir hüküm, oldukça açık bir şekilde Kanunilik İlkesi’ne aykırıdır; Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu kararı, bu bakımdan da isabetsizdir.

6.6.1991 tarihli ve **1990/35 E., 1991/13 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 213 sayılı Vergi Usul Yasası’nın 360. maddesine, 3.12.1988 günlü, 3505 sayılı Yasa’nın 9. maddesiyle eklenen 2. fıkraya ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Yasası’nın 360. maddesine, 3.12.1988 günlü, 3505 sayılı Yasa’nın 9. maddesiyle eklenen ikinci fıkra şöyledir;

"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."

Anayasa Mahkemesi 360. maddeye ilişkin itirazı, kişinin suç işlediği tarihten önce bu suçla ilişkin cezanın belirlenmiş olması gerekçesiyle, reddetmiştir.³³⁹

Anayasa Mahkemesi’nin kararına katılmak mümkün görünmemektedir. Dikkat edilirse burada, yukarıda incelenen kararlardan farklı olarak suç olarak nitelendirilen fiil/fiillerin belirsizliği değil, işlenen suç karşılığında öngörülen cezaların belirsizliği üzerine bir tartışmanın varlığı söz konusudur. Zira, Belirlilik İlkesi hakkında açıklamalarda

³³⁸ **Madde 2:** “Mevkute veya mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserlerin 1 inci maddede belirtilen sınırlamaya tabi tutulabilmesi için Başbakanlık bünyesinde oluşturulan yetkili kurulun, söz konusu eserlerin 18 yaşından küçükler için muzır olduğu hakkında bir karar vermesi gereklidir.

Kurul, basılmış eserlerin küçükler için muzır olup olmadığı hususunda yapacağı incelemede, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunundaki genel amaç ve temel ilkeleri göz önünde bulundurmak zorundadır.”

³³⁹ “...Anayasa’nın 38. maddesinde suç ve cezaların yasallığı ilkesi benimsenmiştir.

Yasa koyucunun ceza alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa’nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılırsa hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılaşmaları gerektiği, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisi vardır. İptali istenen Yasa kuralı uyarınca, kaçakçılığa teşebbüs nedeniyle hükmolunan hapis cezasının paraya çevrilmesine hükmolunması durumunda, para cezasının tutarının hesabında hapis cezasının her bir günü için sanayi sektörü için belirlenen yürürlükteki asgari ücretin bir aylık tutarının yarısı esas alınacağından kişiye suç işlediği zaman o suç için öngörülen ceza suç gününden önce belirgindir. Bu düzenlemede cezaların yasallığı ilkesine ve Anayasa’nın 38. maddesine aykırı bir yön görülmemiştir.”

bulduğumuz üzere, söz konusu ilke sadece suçun unsurları açısından değil cezalar açısından da geçerlidir. Zira, işlediği suçun karşılığında verilecek olan cezanın belirsiz olması da kişileri hukuki korumadan yoksun bırakır. Bu anlamda, cezaların belirliliği denilince, suç karşılığı öngörülen cezanın tereddüde yer vermeyecek açıklıkta olması gerektiği anlaşılır. Şu halde, söz konusu düzenleme açısından, cezanın belirlenmesinde “*sanayi sektörü için belirlenen yürürlükteki asgari ücretin bir aylık tutarının yarısı*” kıstası, oldukça değişken ve belirsiz bir ifadeye sahiptir; bu bakımdan “Belirlilik İlkesi” ihlal edilmiştir denilebilir.

Bunun yanı sıra muhalif görüşte de belirtildiği üzere³⁴⁰, söz konusu cezanın Yasama Organı yerine Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından belirleniyor olması da ayrı bir eleştiri konusudur ve Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır.³⁴¹

20.9.1990 tarihli ve **1990 /17 E., 1990/23 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Yasası'na 3506 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle eklenen ve 3591 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle birinci fıkrasındaki 30 rakamını 75 olarak değiştiren Ek 2. maddeye ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

Türk Ceza Yasası'na 3506 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle eklenen ve 3591 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle birinci fıkrasındaki 30 rakamını 75 olarak değiştiren Ek 2. maddeye göre,

“Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, Ek 1 inci madde kapsamına giren para cezaları; 1988 yılı Bütçe Kanununda 84 olarak belirlenen memur maaş katsayısının artırılması halinde, Bütçe Kanununda her 75 puan artış, bir birim olarak kabul edilerek, Ek 1 inci maddeye göre tespit edilen ceza miktarlarının, bulunacak birim sayıyla çarpılması suretiyle belirlenir. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra kabul edilecek

³⁴⁰ “...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 yonteme 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, yasa koyucu 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.” bzk. **ÖZDEN Yekta Güngör** karşı oy gerekçesi.

³⁴¹ Anayasa Mahkemesi'nin benzer kararları için bzk. **1991/10 E, 1991/14K, 6.6.1991, 1991/25 E, 1991/18 K, 21.6.1991, 1991/38 E, 1991/38 K, 24.10.1991, 1991/39E, 1991/39 K,24.10.1991, 1992/45 E, 1992/51 K, 3.12.1992, 1992/46 E, 1992/52 K, 3.12.1992, 1993/31 E, 1993/29 K, 21.9.1993, 1995/21 E, 1995/36 K, 15.8.1995, 1995/22 E, 1995/37 K, 15.8.1995, 1995/40 E, 1995/38 K, 15.8.1995, 1995/48 E, 1995/39 K, 6.9.1995, 1999/6 E, 1999/13 K, 11.5.1999**

kanunlardaki para cezaları için de müteakip yıllar, Bütçe Kanununda belirlenen katsayı miktarlarında artırma yapıldığı takdirde birim sayısının tespitinde başlangıç olarak, o kanunun yürürlüğe girdiği tarihteki Bütçe Kanununda geçerli olan devlet memurları aylıkları katsayısı esas alınır.”

Anayasa Mahkemesi Ek 2. maddeye yönelik itirazı, Belirlilik İlkesinin ihlal edilmediği gerekçesiyle, reddetmiştir.³⁴²

Yüksek Mahkeme'nin “ret” kararına ve kararını dayandırdığı gerekçelere katılmak mümkün görünmemektedir. Belirlilik hususu açısından, yukarıdaki bir çok benzer kararda beyan ettiğimiz gibi, tespiti ve uygulanması güç suç ve cezalar Kanunilik İlkesi'ni zedeler. Nitekim, hükümde ifadesini bulan para cezalarının, her yıl bütçe kanunu ile belirlenen, memur maaş katsayısına göre hesaplanan bir sisteme bağlanmış olması, cezalar açısından bir belirsizlik yaratmakta ve cezaların kanuniliği prensibi zedelenmektedir.

İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi'nin karar metninde değinilmeyen fakat muhalefet şerhinde³⁴³ yer bulan bir hususa daha değinmenin doğru olacağı kanısındayız. Yukarıda da belirtildiği gibi, madde hükmünde ilgili cezaların, bütçe kanunu ile belirlenen, memur maaş katsayısına göre hesaplanacağı belirtilmiştir. Muhalif görüşte belirtildiği üzere, “1988 Mali Yılı Genel ve Katma Bütçeleri kanunlaşınca kadar devlet harcamalarının yapılmasına ve Devlet Gelirlerinin Tahsiline Yetki Verilmesine Dair Kanunun 4 üncü maddesi ile yasalar gereği bütçe kanunları ve ekli cetvellerde tespiti gereken katsayı miktar ve limitlerini tespitte Bakanlar Kurulu yetkili kalmıştır.”

Bu anlamda, söz konusu cezaların, yürütme organı tarafından belirlendiği ortaya çıkmaktadır. Şu halde söz konusu düzenleme, idarenin/yürütmenin düzenleyici işlemlerle ceza yaratamayacağı kuralına da aykırıdır.

20.9.1999 tarihli ve **1999/10 E., 1999/22 K.** sayılı kararda Anayasa Mahkemesi, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 4369 sayılı Yasa ile değiştirilen 359. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.³⁴⁴

³⁴² Söz konusu karar Geçmişe Uygulanma Yasağı açısından da incelenmiştir.

1) “...Suç sayılan eylem ve yaptırımı olan ceza yasada açıkça gösterilmiştir. Paranın satın alma gücünün düşmesi, olumsuz gelişmeler sonucu para değerini yitirmesi para cezalarının etkinliğine yansıtacağından, itiraz konusu kural yürürlüğe konularak bu durumun önlenmesi amaçlanmıştır. Ceza adaletini gerçekleştirme için yasa koyucunun takdir alanı kapsamında bulunan düzenlemelerden birisi olan incelenen kural, her yıl memur maaş katsayısının ayarlanması dolayısıyla para cezalarındaki artışın oranını göstermektedir...Her yıl yeni bir yasa çıkarmaktansa alt ve üst sının yıla göre değiştirip olabildiğince güncelleştirmek, sorunun bilimsel düzeyde çözümü niteliğindedir...”

³⁴³ bkz. **DİNÇER Güven** karşı oy yazısı.

³⁴⁴ Aynı karar, s. 117’de Geçmişe Yürüme Yasağı açısından da değerlendirilmiştir.

4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 4369 sayılı Yasa ile değiştirilen 359. maddesine göre;

*“...Hükmolunan hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde, hapis cezasının her bir günü için, sanayi sektöründe çalışan on altı yaşından büyük işçiler için hüküm tarihinde yürürlükte bulunan asgari ücretin bir aylık brüt tutarının yarısı esas alınır ve hükmolunan bu para cezası ertelenemez.”*³⁴⁵

Anayasa Mahkemesi 359. maddeye ilişkin itirazı, hakkında ne zaman hüküm verileceğini ve o tarihte asgari ücretin ne olacağını bilmesi olanaksız olan kişinin, ne kadar ceza alacağını bilmesinin de mümkün olmayacağı ve bu anlamda cezaların belirli olması gereğinin ihlal edilmiş olması gerekçesiyle, haklı bulmuştur.³⁴⁶

Anayasa Mahkemesi'nin kararı yerindedir. Fakat, Yüksek Mahkeme'nin iptal ettiği husus, taleple bağlı olması gereği, “*hüküm tarihinde*” ibaresidir. Biz söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 38. maddeye aykırılığını, salt “*hüküm tarihinde*” ibaresiyle ilişkili olduğunu düşünmediğimiz ve bu konuya ilişkin görüşlerimizi, yukarıda incelemiş olduğumuz **6.6.1991** tarihli ve **1990/35 E., 1991/13 K.** sayılı kararda belirtmiş olduğumuz için, burada

³⁴⁵ Dikkat edilmelidir ki, daha önce Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bu hüküm, bu defa 4369 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle dava konusu olmuştur.

³⁴⁶ “Anayasa'ya ve Türk Ceza Kanunu'na göre suçların kanunla belirlenmesi “suçta kanunilik”, cezaların da kanunda gösterilmesi ‘cezada kanunilik’ ilkesini oluşturur. “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” kuralı çağdaş hukukun vazgeçilmez temel ilkelerinden biridir. Bu ilkelerle kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri sağlanmakta, temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmaktadır.

Yasama organı kamu düzeninin korunması için ceza hukuku alanında düzenleme yaparken, anayasal sınırlar içinde hareket etmek ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak zorundadır. 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 gerçekleştirenlere, ‘...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...’nin 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. Bu nedenlerle, itiraz konusu sözcükler Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır.”

yinelemiyoruz. Fakat belirtmeliyiz ki, bizim açımızdan “*hüküm tarihinde*” ibaresinin iptali, aşağıda değineceğimiz üzere, Geçmişe Yürüme Yasağı İlkesi’ni de ihlal etmektedir.

26.9.2002 tarihli ve **2001/345 E., 2002/86 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 4369 sayılı Yasa ile değiştirilen 359. maddesinin a bendine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 4369 sayılı Yasa ile değiştirilen 359. maddesinin a bendine göre;

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

Anayasa Mahkemesi 359. maddenin a bendine ilişkin itirazı, suç olarak belirlenen eylemler karşılığında verilecek cezaların açık olduğunu, yasama işlemlerinin alacağı vakit ve hızla değişen ekonomik koşulların da bu şekilde bir düzenlemeyi gerektirdiğini belirtmek suretiyle, reddetmiştir.

Yukarıda buna benzer diğer kararlarda da belirttiğimiz gibi, Anayasa Mahkemesi’nin ulaşmış olduğu bu kanaate, yine yukarıda belirtmiş olduğumuz gerekçelerle katılmıyoruz.³⁴⁷

18.6.2003 tarihli ve **2000/5 E., 2003/65 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 1918 sayılı "Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun"un 27. maddesinin 3217 sayılı Yasa ile eklenen dördüncü fıkrasına ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

1918 sayılı "Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun"un 27. maddesinin 3217 sayılı Yasa ile eklenen dördüncü fıkrasına göre;

“ 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 (Beş yüz altmış beş milyon) 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 Resmi Gazete’de yayımlanır.”

Anayasa Mahkemesi 4. fıkraya ilişkin itirazı, hem söz konusu suçlar karşısında öngörülen cezanın belirsizliği hem de cezanın miktarının Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesinin Anayasa’nın 38. maddesine aykırı olması gerekçesiyle, haklı bulmuştur.³⁴⁸

³⁴⁷ Anayasa Mahkemesi’nin benzer kararları için bkz. **2001/353 E.,2002/87 K., 26.9.2002, 2002/55 E, 2003/8 K, 11.3.2003**

Anayasa Mahkemesi'nin kararı oldukça yerindedir. Zira, iptal gerekçesinde de belirtilmiş olduğu gibi, suç olarak nitelenen fiiller karşılığında verilecek olan cezalar açısından tam bir belirsizlik söz konusu olduğu gibi böyle belirsiz bir düzenleme için yetkili kılınan organ Yürütme Organı olmaktadır. Bu anlamda söz konusu düzenleme Kanunilik İlkesi'ne hem "belirlilik" hem de "yürütmenin/idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılmayacağı" kuralları açısından aykırılık taşımakta ve dolayısıyla Anayasa'nın 38. ve 91. maddelerine aykırı olmaktadır.

17.6.2004 tarihli ve **2000/24 E., 2004/82 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 4421 Sayılı Yasa'nın 5. Maddesiyle Değiştirilen 1.3.1926 Günlü, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Ek 2. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

4421 Sayılı Yasa'nın 5. Maddesiyle Değiştirilen 1.3.1926 Günlü, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Ek 2. maddesine göre;

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. "

Anayasa Mahkemesi Ek 2. maddeye ilişkin itirazı, Yasama Organı tarafından sınırları çizilen suç karşılığı öngörülen cezanın Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından bilimsel olarak suç gününden önce belirgin hale getirildiğini ve bu durumun Kanunilik İlkesi'ne aykırılık taşımadığı gerekçesiyle, reddetmiştir.³⁴⁹

³⁴⁸ "...Toplu kaçakçılık suçlarında "hapis cezası ile birlikte para cezası" ya da sadece "para cezası" verilebilmesinin koşullarından olan mal veya eşyanın "gümrüklenmiş piyasa değerinin otuz milyon (31.316.000.000) lirayı geçmemesine ilişkin itiraz konusu kuralda yer alan otuz milyonluk miktarı, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından yayımlanan 'Toptan Eşya Fiyatları Yıllık İndeks'indeki artışlar oranında yükseltme yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilmiştir. Bununla yasa koyucunun ülkedeki enflasyonu dikkate aldığı kuşkusuzdur. Ancak, burada önemli olan husus, Bakanlar Kurulu'na verilen bu yetkinin ne zaman kullanılacağı belli olmamasıdır. Söz konusu düzenleme ile "Toptan Eşya Fiyatları Yıllık İndeks"indeki artış oranına paralel olarak belli aralıklarla bu miktarı yükseltme zorunluluğu getirilmediğinden, Bakanlar Kurulu, istediği zaman artırma yetkisini kullanabilecektir. Böylece cezada belirsizliğe yol açılmış olacaktır.

Öte yandan, Bakanlar Kurulu Kararı ile suç yaratılmamakta veya bir eylem suç olmaktan çıkarılmamakta ise de, bunlar kadar önemli olan söz konusu suç için yasada öngörülen cezanın niteliği, para cezası veya özgürlüğü bağlayıcı ceza olarak değiştirilebilmektedir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

³⁴⁹ "...İtiraz konusu kuralların,... para cezası içeren yasa hükümlerinin değişen enflasyon oranlarına göre yaptırım gücünün korunmasının, dolayısıyla da arzu edilen kamu yararının sürekliliğinin sağlanmasının

Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmıyoruz.

Yüksek Mahkeme, gerekçesiyle, her ne kadar hangi tip eylemlerin suç sayılacağı ve bu suçlara ne tür cezalar saptanacağı hususunda yasa koyucunun takdir yetkisi hususunda sınırsız bir yetkiye sahip olduğu düşüncesini uyandırsa da, Belirlilik İlkesi, özellikle yasa koyucu açısından getirilmiş en önemli sınırlamalardan biridir. Üstelik söz konusu sınırlama, yalnızca suçun unsurları açısından değil aynı zamanda cezalar açısından da geçerlidir. O halde, tamamen belirsiz cezalar geçersizdir.

Bunun yanında, iptale konu olan hüküm açısından bu belirsizlik salt cezanın enflasyon oranına göre belirlenmesinden değil, aynı zamanda söz konusu cezanın belirlenmesinde, başka bir kanun hükmüne atıf yapılmasından da kaynaklanmaktadır. Bu anlamda , yukarıda teorik açıklamalar kısmında ifade ettiğimiz üzere, belirli bir kanuna yollamada bulunmak suretiyle, soyut olarak suç ve cezaların uygulanması, suçta kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Bu nedenlerle, iptale konu olan hüküm, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı düzenlemeler getirmektedir. Bunun yanı sıra, söz konusu düzenleme, cezanın Yasama Organı dışında bir organ tarafından (DİE) belirlenmesini öngörmüş olduğu için de ayrıca, Yürütmenin/İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulması Yasağı'nın da ihlal edilmiş olduğunu söylemek mümkündür.³⁵⁰

amaçlandığı, paranın, sık sık değer değişikliğine uğramasının sonucu olarak, suç ile ceza arasında kurulan hassas dengenin bozulmasının, genel kurala aykır kurallar konulması zorunluluğunu ortaya çıkardığı anlaşılmaktadır...Hukuk devleti ilkesine uygun olmak koşulu ile kamu yararını sağlamak için ceza belirlemede değişik ölçütleri seçmek yasa koyucunun takdirindedir. Yasa koyucunun, anayasal sınırları aşmadan takdir yetkisini kullanarak düzenlediği itiraz konusu kuralların, yukarıda açıklanan hukuk devleti ilkesine aykırı bir yanı bulunmamaktadır. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, Anayasa'nın 38. maddesinde yer almıştır. Yasa koyucu, ceza alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılanların hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılanmaları gerektiği, nelerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir.

İtiraz konusu kurallar, 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'na Resmî Gazete ile ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılacağına ilişkindir. Bu husus, keyfi ve takdirî uygulamalara yol açmayacak biçimde çerçevesi yasa koyucu tarafından çizilerek kanunla düzenlenmiştir. Kaldı ki yeniden değerlendirme oranına göre yapılan artırma, Yasama Organı tarafından kanunla düzenlenmiş olan para cezaları üzerinden yapılmakta ve suç işlendiği zaman o suç için öngörülen ceza, suç gününden önce belirgin hale gelmektedir. İtiraz konusu kuralların kanunilik ilkesine ve Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle istemin reddi gerekir.”

³⁵⁰ Aynı karar, Geçmişe Yürüme Yasağı açısından da değerlendirilmiştir.

6.1.2005 tarihli ve **2001/3 E., 2005/4 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun, 4369 sayılı Yasa ile değişik, 344. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun, 4369 sayılı Yasa ile değişik, 344. maddesine göre;

“...Vergi zıyayı suçu işleyenlere vergi zıyayı cezası kesilir ve bu ceza zıyaya uğratılan verginin bir katına, bu verginin kendi kanununda belirtilen normal vade tarihinden cezaya ilişkin ihbarnamenin düzenlendiği tarihe kadar geçen süre için, bu Kanunun 112. maddesine göre zıyaya uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesi suretiyle bulunur...”

Anayasa Mahkemesi 344. maddeye ilişkin itirazı, cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan gecikme faizi oranının Bakanlar Kurulu tarafından ne zaman belirleneceğinin bilinmemesi gerekçesiyle, haklı bulmuştur.³⁵¹

Anayasa Mahkemesi'nin kararı oldukça isabetlidir.

İlk bakışta 344. madde, Anayasamızın 38/1. ve 38/3. maddeleri anlamında her hangi bir aykırılık içermiyor gibi görünmektedir. Ancak problem, 344. maddenin atıfta bulunduğu maddelerden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de 344. madde, zıyaya uğratılan vergi üzerinden gecikme faizinin hesaplanmasında, aynı Kanun'un 112. maddesine atıfta bulunmakta, 112. madde de 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un 5035 sayılı Yasa ile değişik 51. maddesine işaret etmektedir.

Söz konusu 51. maddeye göre, *“Amme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı % 4 oranında gecikme zammı tatbik olunur...Bakanlar Kurulu, gecikme zammı oranlarını aylar itibarıyla topluca veya her ay için ayrı ayrı, yüzde onuna kadar indirmeye, gecikme zammı oranı ile gecikme zammı asgari tutarını iki katına kadar artırmaya, ayrıca gecikme zammı oranını aylar itibarıyla*

³⁵¹ *“...Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, “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”, üçüncü fıkrasında da “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilmiştir.*

İtiraz konusu kuralda düzenlenen vergi zıyayı cezası, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük karakteri taşımayan, ancak vergi zıyayı suçu işleyenlere öngörülen bir yaptırımdır. Bu durum gözetildiğinde cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan oranların yasayla belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Kuralda, zıyaya uğratılan verginin bir katına eklenecek olan cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan gecikme faizi oranının Bakanlar Kurulu tarafından ne zaman belirleneceğinin bilinmemesi ve bu durumun sonuçta öngörülecek ceza miktarında belirsizliğe yol açacak olması, Anayasa'nın, 38. maddesinde sözü edilen ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur ve 2. maddesindeki “hukuk devleti” ilkelerine aykırılık oluşturur. Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. “

farklı olarak belirlemeye ve gecikme zammını bileşik faiz usulüyle aylık, üç aylık, altı aylık veya yıllık olarak hesaplatmaya yetkilidir”.

Buna göre Bakanlar Kurulu, ekonomik gidişat doğrultusunda dilediği ve uygun gördüğü artırma ya da eksiltmeleri, zamanı ve oranı tamamen belirsiz olmak üzere, yapabilecek ve bu uygulama Vergi Usul Kanunu’nda belirlenmiş bulunan suçların karşılığı olan cezalar olarak uygulanabilecektir. Bu öngörülmesi mümkün olmayan ve tamamen muğlak olan düzenleme, Belirlilik İlkesi açısından doğru bir düzenleme değildir. Bunun yanı sıra, söz konusu cezanın, yasalarla değil de Yürütme Organı tarafından ve onun tasarruflarıyla belirlenmesi de Kanunilik İlkesi açısından ayrıca bir aykırılık oluşturacaktır. Bu anlamda, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı oldukça yerindedir.

2.2.2.3.3. Kıyas (Analoji/Örnekseme) Yasağı (Lex Stricta)

Medeni hukuk uygulamasında kanunda bulunan boşlukları doldurma, bu boşluklarla ilgili olarak hukuk kuralı koyma hususunda hakime yetki verilmiştir.³⁵²

Buna karşılık, ceza hukukunda hakime kanunda bulunan boşlukları doldurma yetkisi, kanunu tamamlama görevi verilmemiştir. Ceza hukukunda yorum kabul edilmekle birlikte, kişi hak ve hürriyetlerinin keyfi tasarruflara karşı güvenceye alınabilmesi için, kıyas yöntemine başvurulamamaktadır.³⁵³ Böylece, ceza hukukunda, mahkeme, suç olduğu iddiasıyla değerlendirmesine sunulan bir fiilin ceza kurallarında suç olarak öngörülmediğini saptadığında, fiili toplum düzenine aykırı nitelikte görse dahi, kendi yargısı uyarınca cezalandırma yoluna gidemez.³⁵⁴

Şu halde yorum, bir hukuk kuralının anlamını saptamak için yapılan düşünsel faaliyettir. Her hukuk kuralı, yoruma muhtaçtır. Aslında her hukuk kuralı uygulanırken aynı zamanda

³⁵² Medeni Kanunumuzun 1. maddesine göre, “...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.”

³⁵³ ÖZGENÇ İzzet , Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2005, s. 78,79

³⁵⁴ ERSOY, s. 23,

Bu anlamda ceza hukukunda kıyas, yasadaki suç olarak gösterilmemiş olan bir fiilin, yasadaki suçlardan birine benzetilerek cezalandırılmasıdır. Bu çeşit kıyasa; yasaya göre kıyas veya yasa içinde kıyas denir. Yasaya göre kıyastan başka kıyasın ikinci bir şekline de rastlanmaktadır. Bu çeşit kıyasa; “hukuka göre kıyas” veya bazen “yasadışı kıyas” veya hatta “yasaya karşı kıyas” denir. Bu çeşit kıyasta, belirli bir ceza kuralına olan benzeyişe değil fakat ceza sisteminin genel anlayışına (ruhuna) dayanılır. Yargıç yargılanacak olay hakkında, ona benzer olaylarda uygulanan ceza kuralına dayanmayıp, ülkesinin hukukunun etkilendiği siyasi, dini ve sosyal ahlakı arayarak mevcut olmayan suçu veya cezai sorumluluğu yaratır. ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2002, s. 184

yorumlanmaktadır da. Görüldüğü gibi, yorumda ortada bir hukuk kuralı vardır. Şayet ortada bir hukuk kuralı yoksa boşluk vardır ve bu boşluk hukuk düzeni içinde en benzer hukuk kuralının bulunması ile doldurulur. Buna da kıyas denir.³⁵⁵

Kıyas ile yorumun en fazla karıştırıldığı saha, genişletici yorum sahasıdır. Yorum daima yorumlanan metnin çerçevesi içinde kalır. Hâlbuki kıyas bir kanun kaidesini, kanunda yazılı olmayan hadiselerle, benzerlik esasına dayanarak tatbik etmektir. Yorum, kanunu tatbik etmeğe, kıyas kanundaki bir boşluğu doldurmağa matuf bir harekettir. Yorum yoluyla bir suç veya bir suç unsuru ihdas olunamaz.³⁵⁶ Bu hususta en klasik tartışma konusu, Yargıtay tarafından, bedeli ödenmeksizin elektrik enerjisinden ve telefon hizmetinden yararlanma konusunda verilen kararlardır.

Özellikle, elektrik enerjisinin hırsızlık suçu açısından "*taşınabilir mal*" unsurunu oluşturup oluşturmadığı tartışma konusu olmuştur. Yargıtay, kaçak yoldan elektrik enerjisi tüketiminin hırsızlık suçunu oluşturacağını kabul etmiştir.

Yine Yargıtay, genişletici yorumla kıyas arasındaki sınırın belirsizliğinden yararlanarak, "*genişletici yorum*" yaptığından bahisle, fakat aslında kıyas yöntemini işletmek suretiyle, kanunda açık bir şekilde suç olarak tanımlanmayan bazı fiillerin "suç" oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu yöntemle Yargıtay, başkasına ait telefon şebekesinin izinsiz ve yetkisiz olarak kullanılması halinde, hırsızlık suçunun olduğu yönünde içtihadta bulunmuştur. Bu içtihadın gerekçesinde Yargıtay, kıyas yapmadığını, sadece genişletici yorum yaptığını ifade etmiştir.³⁵⁷

Kanun koyucu bu konuda geçmişte ortaya çıkmış tereddütleri gidermek amacıyla 1991 yılında 3756 sayılı Kanunla 491. maddeye "*Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır*" şeklinde yeni bir fıkra eklemiştir. Kanunda öngörülmüş tipik fiillere benzemek ve anti sosyal nitelikleri bulunmakla beraber, kanunilik ilkesi ve dolayısıyla benzetme yasağı kapsamında cezalandırılmayacağı düşünülen "*bedelsiz yararlanma*" niteliğinde bazı fiillerin suç olarak öngörülmesi yönünde 3756 sayılı Kanunla 521/a ve 521/b

³⁵⁵ ÖZBEK/BACAĞIZ/DOĞAN, s.20,21

³⁵⁶ EREM Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, Onuncu Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1973 s. 97 ,

Bu anlamda, genişletici yorum, kıyas yasağı değildir. Nitekim, ETCK madde 461, bina ve müştemilata merdiven kurup çıkılmasından söz eder. Merdiven dışında bir araç kullanılırsa ne olacaktır? CGK kararında, merdivenden başka vasıtalar kullanılmış bulunması halinde de bent hükmünün uygulanacağına karar vermiştir.

ÖZBEK/BACAĞIZ/DOĞAN, s. 20

³⁵⁷ ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s. 81, Söz konusu karar için bkz. İBK. 6.4.1990, E.1989/2, K.1990/3

maddeleri Ceza Kanununa eklenmiştir.³⁵⁸ 5237 sayılı Kanunumuz ise, karşılıksız yararlanmayı 163. maddesinde düzenlemiştir.

Örneksime yasağı, eski Ceza Kanunumuzda açıkça belirtilmiş değildir. Fakat 1. maddesinde “*kanunun sarih olarak suç saymadığı*” ibaresine yer veren kanunun örneksimeyi yasakladığı sonucuna varılabilir.³⁵⁹

765 sayılı eski Türk Ceza Yasası'nda kıyas yasağı açıkça ifade edilmediğinden, öğretide aleyhte kıyasın (*analogia in malam*) yasak olduğu, buna karşılık, lehe kıyasın (*analogia in bonam*) yapılması olanağının bulunduğu ileri sürülmekteydi. Bu görüşe göre, cezayı hafifletme, kaldırma ve cezadan vazgeçme gibi konularda kıyasa başvurulabilir. Çünkü, kıyas yasağının nedeni, yasaya dayanmadan ceza verilmesini önlemektir. Oysa, lehte kıyasta ise failin lehine olan bir işlem yapılmaktadır. Örneğin, 765 sayılı eski Türk Ceza Yasası'nda eksik teşebbüsü düzenleyen hükümde gönüllü vazgeçen failin, kural olarak, cezalandırılmaması öngörülmüş (m.61/2); ancak tam teşebbüsten söz eden hükümde buna yer verilmemiştir. (m.62). Etkin pişmanlık (*faal nedamet*) denilen bu durumda, failin yararına davranılarak, kıyas yoluyla yine gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanması önerilmekteydi.³⁶⁰

5237 sayılı Ceza Kanunumuza gelecek olursak;

TCK 2/3. maddesine göre, “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*”

Böylece, kıyas yoluna başvurularak, kanunda açıkça suç sayılmadığı halde suç olarak düzenlenmiş benzer bir fiilden hareketle, suç olarak tarif edilmeyen bir fiili suç saymanın ve yine suç olarak düzenlendiği halde, cezası yetersiz görülerek, benzer bir başka suç tipine tatbik edilmesi gereken daha ağır cezanın uygulanmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.³⁶¹

Son olarak belirtmek gerekir ki, çok sık karşılaşılan bir diğer kıyas türü de, “*ejusdem generis*” (aynı neviden/aynı mahiyette) ölçütünden kaynaklanan yahut yasalar kodifiye edilirken “ve/veya bunun gibi”, ve/veya buna benzer” ifadelerinden dolayı meydana gelen kıyastır. Bu tür kıyas yasağına aykırı düzenlemelere ulusal hukukta rastlanabildiği gibi uluslar arası hukukta da rastlanmaktadır.

³⁵⁸ ERSOY, s. 23

³⁵⁹ İÇEL/DONAY, s. 92

³⁶⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 55,

Belirtmek gerekir ki, bu dönemde, kıyas yasağının genel hükümler için uygulama alanı bulup bulamayacağı da tartışılmış ve doktrinde her iki görüşü savunan yazarlar da olmuştur.

³⁶¹ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 11 vd.

Örneğin, teammül ve antlaşma kuralları “*insanlık dışı diğer davranışlar*”ı insanlığa karşı suçlar olarak yasaklayıp cezalandırmaktadır; bunun gibi 1949 Cenevre Konvansiyonları hükümleri de “*Konvansiyonun ağır ihlali*” ve işkence tanımlamasına ek olarak “*insanlık dışı davranış*” ibareleri ile suç yaratmakta, madde hükmünü yorumlayanları da bu yasaklamalarla dava konusu olaydaki eylem ve davranışlar arasında bağlantı kurmaya ve kıyasa başvurmaya zorlamaktadır.³⁶²

2.2.2.3.4. Yürütmenin/İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulması Yasağı

Genel olarak yürütme organı veya idari makamlar, hukuk kuralları koyma yetkisine sahiptirler. Bunun neticesi olarak, daimi, soyut ve objektif genel hükümleri içeren hukuki tasarruflar meydana getirirler. İdarenin bu düzenleme yetkisinin (pouvoir reglementaire) sonucu olarak, tüzükler (nizamname), yönetmelikler (talimatname) , kararnameler şeklinde kaide tasarruflar (acteregle) meydana çıkmaktadır.³⁶³

Elbette ortaya çıkan bu hukuki tasarruflar, normlar hiyerarşisi bağlamında, kendilerinin üstündeki normlara aykırı olmamak şartıyla ve onların uygulanmasını göstermek amacıyla çeşitli düzenlemelerde bulunmaktadır. Fakat konu bu hukuki tasarruflarla suç ve ceza yaratılmasına gelince, Kanunilik İlkesi’ne bağlı bazı tartışmalar ortaya çıkmaktadır.

Kanunilik ilkesi, kanun dışında başka hukuki metinlerle, örneğin; kanun hükmünde kararname, yönetmelik, tüzük, karar, tebliğ, sirküler gibi, suç yaratabilip yaratılamayacağı sorununu ortaya çıkarmıştır. Gerçekten kanunilik ilkesi, temel hak ve özgürlükler bakımından

³⁶² CASSESE, s. 155

³⁶³ YARSUVAT, s. 3

Anayasamızın 115. maddesine göre, “*Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay’ın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir.*

Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır.”

24. maddesine göre ise, “*Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.*

Hangi yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir.”

Anayasada öngörülmüş yürütme organının düzenleyici işlemleri, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik olmak üzere üç tanedir. Ancak uygulamada yürütme organının bunların dışında, “kararname”, “karar”, “tebliğ”, “sirküler”, “genelge”, “ilke kararı”, “esaslar”, “yönerge”, “talimat”, “statü”, “genel emir”, “tenbihname”, “genel tenbih”, “ilan”, “duyuru”, “plan”, “tarife” gibi değişik isimler taşıyan “ adsız düzenleyici işlemleri” vardır. **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.497

önemli bir güvence getiriyor olmakla birlikte, hızlı karar verilmesi gereken alanlarda bazı sakıncalar da yaratabilmektedir.³⁶⁴

Ceza hukukunda kanunilik ilkesinin geçerli olması nedeniyle, yürütme organının düzenleyici işlemleriyle suç yaratılmasının Suçta Kanunilik İlkesi'ne aykırı olup olmadığı, lehte ve aleyhte görüşlerin ileri sürülmesiyle çok tartışılmış ve hatta Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına bile konu olmuştur.³⁶⁵

Bu konuda öğretilerde iki karşıt görüş bulunmaktadır.

Birinci görüşü savunanlar, suçların sadece kanunlarda yer almasını kişi hak ve özgürlüklerinin bir güvencesi olarak görmektedirler. Gerçekten, suçlar sadece kanunlarda bulununca, kişiler hangi hareketlerinin suç olarak saptandığını veya yasaklandığını daha iyi şekilde bilebileceklerdir. Buna karşıt olan görüşe göre, yürütme organı düzenleyici tasarruflarla suç yaratabilir. Hatta, yasanın verdiği niyabete dayanılarak yürütmenin suçları düzenlemesi kamusal yaşamın bir zorunluluğudur.³⁶⁶

Yürütmenin bu gibi düzenleyici tasarruflarda bulunabilmesi için öğretilerde kimi koşullar aranmıştır. Buna göre, yasama organının, yürütmeye verdiği basit ve genel bir yetki yeterli olmayıp, mutlaka açıkça yürütmenin, düzenleyici tasarrufları ile suçun unsurlarını gösterebileceğine dair özel bir yetkinin verilmiş olması gerekir. Yine, unsurlarının yürütme organı tarafından gösterilebileceği suçların cezalarının, mutlaka yasama organı tarafından yetki veren kanunda önceden gösterilmesi gerekmektedir. Nihayet son olarak, suçun unsurlarını gösteren düzenleyici işlemlerin, aynı biçimsel kanunlar gibi Resmi Gazetede yayınlanmak suretiyle yürürlüğe girmeleri gerektiği ifade edilmiştir.³⁶⁷

Bu anlamda, ikinci görüş taraftarları, “*açık ceza kanunları*”nın var olabileceğini savunmaktadırlar.³⁶⁸

Kanımızca, yasama organı dışındaki bir organın, “*açık/beyaz ceza kanunu*” adı altında da olsa suç meydana getirebilme yetkisinin kabulü, önce Kanunilik İlkesi'nin ruhuna aykırılık oluşturur. Zira, kişi hürriyeti gerekçesinin karşısında, bu hürriyetlere etkili bir biçimde

³⁶⁴ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 182

³⁶⁵ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 112

³⁶⁶ İÇEL/DONAY, s. 117

³⁶⁷ ERSOY, s. 23, 24

³⁶⁸ Suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde, kanunun bir fiili suç haline getirip, cezasını da göstermesine doktrinde “*tam ceza kanunu*” denilmektedir. Fakat, bazen kanun koyucu, suç teşkil eden fiili tam ceza kanununda olduğu gibi açıkça göstermeyip, bunun belirlenmesi çizdiği sınırlar içinde başka bir makama (idari makam) bırakıp, cezasını koymuş olabilir. Öğretilerde bu çeşit suç yaratılmasını mümkün kılan kanunlara “*açık, beyaz veya kör ceza kanunları*” adı verilmektedir. DEMİRBAŞ, s. 112

müdahale imkanı veren suç ve cezanın, yasama organının ağır işleyişi nedeniyle, yürütme organı tarafından yaratılması gerektiği gerekçesi, değerini yitirmektedir.

Bunun yanı sıra, böyle bir uygulamanın kabulü Anayasamız ve TCK'nın ilgili hükümlerine açıkça aykırılık oluşturur.

Zira, Anayasamızın 91. maddesinin birinci fıkrasına göre, "... sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararname ile düzenlenemez." Anayasanın suç ve cezalarda kanunilik ilkesini kabul eden 38. maddesi, temel haklar kapsamında olduğuna göre kanun hükmünde kararname ile suç ve ceza yaratılması yolu kapalıdır. Bu durumda, normlar hiyerarşisinde genelgeler, tebliğler gibi kanun hükmünde kararnameye göre alt derecede yer alan düzenleyici işlemler ile suçun unsurlarının belirlenmesi ve bu anlamda suç yaratılması mümkün görünmemektedir. Ayrıca, Ceza Kanunumuzun 2/2. maddesi de idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılamayacağını açıkça belirtmiştir.

Keza Anayasa'nın 6. maddesinde, egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu, Türk Milleti'nin egemenliğini yetkili organlar eliyle kullanacağını ve hiç kimsenin veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağı ifade edilmiştir. Anayasa'nın 7. maddesinde ise, yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM'ye ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği vurgulanmıştır. Tüm bu hükümler, suç ve ceza koyma yetkisinin yasa koyucuya ait olduğunu, yasa koyucunun bu yetkisini devredemeyeceğini öngörmek suretiyle idari makamların bu alandaki tasarruflarına engel olmaktadır.³⁶⁹

Ayrıca, eğer kanun denilince, şekli bakımından kanun yanında maddi bakımdan da kanun yani tüzük, yönetmelik gibi idarenin düzenleyici işlemleri anlaşılacaksa, o zaman, bazı yazarların ileri sürdükleri gibi, bireylerden, bu düzenleyici işlemlerle yapılan Ceza Hukuku düzenlemelerini de bilmelerini, bilmemiş olmaları halinde bunun sonuçlarına katlanmalarını istememiz gerekecektir ki, kanaatimizce bu anlayış insaf ölçülerinin üstündedir ve gerçeklerle uzaktan yakından bir ilgisi yoktur.³⁷⁰

³⁶⁹ ARTUK, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler, s. 2763

³⁷⁰ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 43,

Belirtmemiz gerekir ki; suçta kanunilik ilkesine Ceza Kanunda yer alan bazı suç tanımlarında riayet edilmemiştir. Örneğin, 297.i maddenin ikinci fıkrasında "*yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı*" infaz kurumuna veya tutukevine sokmak, bulundurmak veya kullanmak suç olarak tanımlanmıştır. Dikkat edilmelidir ki, suçun konusu, doğrudan kanunla belirlenmiş değildir. Suç konusu eşyayı belirleme hususunda idari makamlar yetkili kılınmıştır. ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s. 76

Fakat belirtmek gerekir ki, Anayasamızın 38. maddesinin gerekçesi bu konuda farklı bir bakış açısı öngörmektedir. Buna göre, “...Keza, gene bu kural uyarınca, kanunun suç olarak görmediği ve ceza koymadığı bir fiil sebebiyle de kimse cezalandırılmayacaktır. Bu hüküm kanun koyucunun, “ açık suç hükmü koymasına; yani fiili bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir. Mesela Türk Parası'nın Kıymeti'nin Korunması Hakkında Kanun'un yaptığı gibi, bu gibi hallerde ne yasama yetkisi devredilmiş ne de “kanunsuz suç olmaz ilkesi” ihlal edilmiştir.”

Bu anlamda her ne kadar 5237 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrasıyla idarenin düzenleyici tasarruflarla suç ve ceza öngöremeyeceği kesin olarak hükme bağlanmış olsa da 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin birinci fıkrasının gerekçesi ortadan kaldırılmadığı müddetçe konuyla ilgili tartışmaların devam etmesine kaynaklık edebileceğini düşünmekteyiz.³⁷¹ Çünkü, Ceza Kanununun 2/2. maddesinde yer alan “idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz” şeklindeki hüküm bu tür işlemlerle suç yaratılmasını önlemeye yeterli değildir. Zira Ceza Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hüküm, daha sonra özel bir kanunla idareye düzenleyici işlemlerle suç yaratma yetkisi verilmesine engel değildir. idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratılması önlenmek isteniyorsa böyle açık bir hükmün Anayasaya konulması gerekir.³⁷²

Ancak yine de, yeni yasanın bu açık hükmü karşısında eski uygulamayı oluşturan, suça bir yasada yer vermek, fakat suçun ve cezasının ayrıntılarını düzenleyici işlemlerle yapmak geleneği terk edilmek zorundadır.³⁷³

Bunun yanında değinmek gerekir ki, KHK ile düzenlenmesi mümkün olmayan bir alanın, idarenin hiyerarşik olarak daha altında bulunan düzenleyici işlemlerle hukukileştirilmesi de düşünülemez.

Zira, kanun hükmünde kararnamelerle suç ve ceza yaratılamayacaksa, kararnamelerle, yönetmeliklerle, tüzüklerle suç ve ceza yaratılamaz.³⁷⁴ Anayasanın, kanun hükmünde kararnameyle yapılmasını yasakladığı bir düzenlemenin ondan daha aşağıda bulunan tüzük ve yönetmeliklerle yapılabileceğini ileri sürmek mümkün değildir. Anayasa'nın, yasama yetkisinin devrini, açık ve kesin bir dille yasaklamış bulunan 7. maddesi ile yukarıda söylenenler birlikte mütalaa edilecek olursa, bizim hukuk düzenimizde kanunilik ilkesi

³⁷¹ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 11 vd.

³⁷² TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, ,s. 43

³⁷³ YURTCAN, Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, s. 23

³⁷⁴ ARTUK, Yeni Türk Ceza Kanunu Semineri, 12 Mart 2005, 27 ekim 2008 tarihinde www.ankarabaru.org.tr/download/panel/10.doc adresinden yararlanılmıştır.

karşısında, idarenin düzenleyici işlemlerle suç yaratabilmesinin, yürütmeye yasama yoluyla bir niyabet (delegasyon) verilmesi söz konusu değildir.³⁷⁵

Anayasa Mahkemesi de bir çok kararında Yürütmenin/İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulması Yasağı'nı değerlendirmiştir. Söz konusu ilke açısından, Yüksek Mahkeme'nin kararları hakkında genel olarak şu değerlendirmeler yapılabilir :

- Anayasa Mahkemesi, suç ve cezaların doğrudan Yürütmenin/İdarenin düzenleyici işlemleriyle ihdas edilmesini Anayasa'ya aykırı bulmakta fakat Yasa koyucunun kuralların çerçevesini çizip, içinin doldurulmasını Yürütme/İdareye bırakılabileceğini kabul etmektedir.

- Yüksek Mahkeme, suç ve ceza içeren hükümlerin, KHKlara Yasa ile eklenmiş olduğu durumlarda, böyle bir uygulamayı Kanunilik İlkesi'ne aykırı bulmamaktadır.

- Anayasa Mahkemesi, Olağanüstü hal KHK kurallarının, gerçekten Olağanüstü hal KHK kuralı olup olmadığını inceleme yetkisini kendinde görmektedir ve bu şekilde Olağanüstü hal KHK kuralının uygulama alanı dışında suç ihdası söz konusuysa, hükmün iptaline karar verebilmektedir.

16.1.1963 tarihli ve **1962/232 E., 1963/9 K** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, Kaçakçılığın men ve takibine dair 1918 sayılı kanuna 6829 sayılı kanunla eklenen Ek 2. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

Kaçakçılığın men ve takibine dair 1918 sayılı kanuna 6829 sayılı kanunla eklenen Ek 2. maddesine göre;

*“Yukarıdaki fıkraların tatbiki ile alâkalı olarak **Dahiliye ve Gümrük ve İhisarlar Vekâletlerince müştereken neşir ve ilân edilerek 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 hükmolunur.**”*

Anayasa Mahkemesi Ek 2. maddeye ilişkin itirazı, tebliğin Resmi Gazete'de ve mahalinde ilan edilmesine bağlı olarak, yasak eylemlerin ve karşılığında öngörülen cezaların bilindiği gerekçesiyle, reddetmiştir.³⁷⁶

³⁷⁵ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 43

³⁷⁶ “...İtiraz konusu kanun hükmünde yasaklanan eylemin, yani suçun ve cezasının ne olduğu gösterilmiştir. Burada suçun unsuru, kanunun atıfta bulunduğu fıkraların tatbikatı ile ilgili olarak iki Bakanlıkça birlikte düzenlenip neşir ve ilân edilecek tebliğde yer alan hükümlere, riayet etmemektir. Dava ile ilgili tebliğ, Resmî Gazete'de ve tebliğde şart koşulduğu üzere mahallinde ilân edileceğine göre, kişi, yasak eylemleri ve uyulmadığı takdirde cezalarının ne olduğunu, kanun hükmü ile bilmektedir. Bu duruma göre işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saydığı bir fiil ortada mevcut demektir. Bu itibarla suçta kanunilik prensibinin ihlâli de söz konusu olamaz.

Yukarıda açıklanan sebeplere dayanılarak, itirazın konusu kanun hükmünün, Anayasa'nın 5 ve 33 üncü maddelerine aykırı olmadığı sonucuna varıldığından itirazın reddi gereklidir.”

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Kaçakçılık Kanununda düzenleme alanı bulmuş olan bu hükümler, özellikle doktrinde oldukça fazla eleştirilmiş ve Yürütmenin / İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılamayacağı başlığı altında en çok örnek verilen düzenlemelerden biri olmuştur. Zira, söz konusu düzenlemeler, suç ve cezaya ilişkin hükümlerin ancak yasayla belirlenebileceğine dair ilkenin açık bir ihlalini oluşturmaktadır.

Kanımızca da Anayasa Mahkemesi'nin kararını yerinde bulmak mümkün değildir. Çünkü, burada suçun maddi unsurları kanunla değil, Bakanlığın tebliğleriyle meydana getirilmektedir. Bu anlamda söz konusu düzenleme, açıkça 334 sayılı Anayasa'nın 33. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.³⁷⁷

5.4.1977 tarihli ve **1977/1 E., 1977/20 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 3491 sayılı Toprak Mahsulleri Ofisi Kanununun 18/8/1971 günlü ve 1470 sayılı Yasa ile değişik 18. maddesinin (A) bendinin birinci ve ikinci fıkralarına ilişkin itirazları değerlendirmiştir.

3491 sayılı Toprak Mahsulleri Ofisi Kanununun 18/8/1971 günlü ve 1470 sayılı Yasa ile değişik 18. maddesinin (A) bendinin 1. ve 2. fıkralarına göre;

“Haşhaş ekilecek ve ham afyon üretilecek yerler, her yıl tarımsal ve ekonomik gereklere, ihracat imkânlarına ve stok durumuna göre Sanayi ve Ticaret ve Tarım Bakanlıklarınca birlikte teklif ve Bakanlar Kurulunca tespit edilir. Bu husustaki kararname o yılın en geç 1 Temmuz tarihine kadar Resmi Gazete ile ilân olunur. Bu hususta Bakanlar Kurulunca yeni bir karar alınmamış olması halinde önceki kararname hükümleri uygulanır.

Ekim bölgelerinde yapılacak kısıtlamaların en az bir yıl önce ilânı zorunludur. Bu bölgelerde münhasıran ham afyon üretimi için izin verilir.”

Aynı kanunun 27. maddesinin (A) bendine göre ise;

“ Haşhaş ekim bölgeleri içinde izin belgesi almadan veya belgesinde tespit edilen alandan fazla yere yahut gösterdiği yerlerden başka yerlere haşhaş ekenlere bu yerlerde ham afyon üretenler hakkında 6 aydan 3 seneye kadar hapis ve 1.000 liradan 5.000 liraya kadar ağır para cezası hükmolunur.

Ekim bölgeleri dışında haşhaş ekimi yapanlarla ham afyon üretenler hakkında 2 seneden 5 seneye kadar hapis ve 2.000 liradan 10.000 liraya kadar ağır para cezası hükmolunur.

Bu suretle ekilen haşhaşların toplatma veya imha masrafları ekiciye ait olmak üzere zor alımına ve Toprak Mahsulleri Ofisine teslimine karar verilir. Bunlardan yararlanma ve yok edilme şekilleri yönetmenlikte gösterilir.”

Anayasa Mahkemesi, hem suçun ve hem de cezanın Kanunla belirlenmiş olduğunu belirtmek suretiyle, itirazı reddetmiştir.

³⁷⁷ Anayasa Mahkemesi'nin benzer kararları için bkz. **1962/198 E., 1962/111 K., 10.12.1962, 1963/101 E., 1964/49 K., 16.6.1964, 1963/298 E., 1963/283 K., 29.11.1963**

Bizce de Anayasa Mahkemesi'nin, Yürütmenin/İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratamayacağı ilkesi açısından değerlendirmesi yerindedir. Çünkü burada, suç ya da suç konusu eylemler direkt olarak yürütme/idare tarafından belirlenmemekte aksine suç ve cezası yasada gösterilmektedir. Burada idarenin işlevi, haşhaş ve ham afyon bitkilerinin ekim yerlerini coğrafi açıdan bir belirleme yetkisine sahip olmasıdır. Üstelik yapılacak kısıtlamaların da en az 1 yıl önceden ilan edilmesi zorunluluğu söz konusudur. Bu anlamda, Yürütmenin/İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Yaratması Yasağı açısından bir sorun ve Anayasa'nın 33. maddesine aykırılık söz konusu değildir.³⁷⁸

3.7.1991 tarihli ve **1991/6 E., 1991/20 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 15.12.1990 günlü, 430 Sayılı “Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin 6. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

15.12.1990 günlü, 430 Sayılı “Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin 6. maddesine göre;

*“Olağanüstü hal bölgesine dahil illerde ilgili kanun ve kanun hükmünde kararnameler gereğince alınan tedbirler, yapılan uygulamalar, kullanılan yetkiler ve bu maksatla alınan kararlar neden gösterilerek görevli ve yetkililer hakkında, olağanüstü hal bölgesindeki iller içinde veya **dışında** basılmış olup olmadığına bakılmaksızın Türk Ceza Kanununun 480 inci maddesinde yazılı hakaret suçlarının, gerçeğe aykırı yazı, haber, havadis, fotoğraf veya vesikaların neşredilmesi veya her türlü olay ve vesikaların tahrif edilerek yayınlanması suretiyle işlenmesi halinde, faillere ilgili maddelerde yazılı cezalara ilave olarak yüz milyon liradan iki yüz milyon liraya kadar ağır para cezası verilir...”*

Anayasa Mahkemesi 6. maddeye ilişkin itirazı, madde ile OHAL bölgesi dışında işlenen suçlara ilişkin getirilen kuralların , OHAL KHK kuralı olmadığını, kural bir OHAL kuralı olmadığına göre de, suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin ancak kanunla yapılabileceği gerekçesiyle, haklı bulmuştur.³⁷⁹

³⁷⁸ Anayasa Mahkemesi'nin benzer kararlar için bkz. **2001/143 E, 2004/11 K, 10.2.2004, 2001/406 E, 2004/20 K, 17.2.2004, 2002/114 E, 2004/53 K,5.5.2004**

³⁷⁹ Öncelikle belirtmek gerekir ki, incelediğimiz kararda söz konusu kararnamenin bir çok maddesinin, Anayasa'nın bir çok hükmüne aykırılığı iddia edilmiş ve bu iddialar incelenmiştir. Fakat biz, konumuzun sınırları gereği incelememizi 38. madde açısından yapıyoruz.

“ ...KHK'nin 6. maddesinde, Olağanüstü Hal Bölgesi görevlilerine karşı Türk Ceza Kanunu'nun 480. maddesinin son fıkrasında düzenlenen yazılı hakaret suçunun olağanüstü hal bölgesi içinde veya dışında işlenmiş olup olmadığı ayrımı gözetilmeden düzenleme yapılmıştır. Madde ile, olağanüstü hal bölgesi dışında işlenen suçlar yönünden getirilen kural olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde değildir. Bu nedenle Anayasa'ya

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı oldukça ilginç tespitler barındıran bir karardır. Zira, dikkat edilecek olursa Yüksek Mahkeme, Olağanüstü hal (OHAL) kanun hükmünde kararnamesini incelemiş ve hatta yukarıda değindiğimiz üzere bazı hükümleri de iptal etmiştir.

Biliyoruz ki Anayasamızın 148. maddesi, OHAL kanun hükmünde kararnamelerinin, şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı ile Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacağını öngörmektedir. Bu anlamda öncelikle, böyle kesin bir hükme rağmen Anayasa Mahkemesi'nin bu incelemeyi nasıl yaptığını değinmemiz gerekir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre,

“...Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasında “Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.” denilmektedir. Fakat, Anayasa Mahkemesi bir metnin Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı olup olmadığını incelerken veya Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken o metni meydana getiren yasama veya yürütme organının o metni şu veya bu nitelikte kabul etmesiyle bağlı tutulamaz. Anayasa denetiminin amacı, Anayasa Mahkemesi'ni incelemesi için önüne getirilen metni nitelendirmesini zorunlu kılar; tersi durumda yasama veya yürütme organının nitelemeye yanlıya düştükleri bir metnin denetim dışında kalması kabul edilmiş olur ki bu da Anayasa Koyucu'nun Anayasa'ya uygunluk denetimi koymakla güttüğü amaca aykırı olur. Bu nedenler, ilk incelemede 430 sayılı KHK'nin dava konusu 1-9. maddelerinin, Anayasa'nın 121. maddesinin üçüncü fıkrasında çıkarılabileceği ve 148. maddesinin birinci fıkrasında da biçim ve öz yönünden dava açılmayacağı öngörülen kanun hükmünde kararname kuralları niteliğinde olup olmadığının saptanabilmesi bakımından işin esasına girilmesi kararlaştırılmıştır. Bu durumda 430 sayılı KHK'nin maddelerinin olağanüstü hal KHK kuralları niteliğinde olup olmadığının saptanması zorunludur.

Yukarıda açıklandığı gibi bir KHK'nin olağanüstü hal KHK'si niteliğini taşıyabilmesi için “olağanüstü hal ilân edilen yerlerde”, “olağanüstü hal süresince uygulanmak üzere” ve

uygunluk denetimine bağlıdır. Daha önce olağanüstü hal bölgesi dışına taşma konusundaki Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri burada da aynen geçerlidir. Bu nedenle maddenin olağanüstü hal bölgesi dışında işlenen suçlar yönünden getirdiği düzenleme Anayasa'nın 2., 6., 7., 91., 120. ve 121. maddelerine aykırıdır. Ayrıca kararnamenin bu maddesi Türk Ceza Kanunu'nun konusuna giren hususlarda düzenlemeler yapmaktadır. Oysa, Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin esaslar başlığını taşıyan 38. maddesinin üçüncü fıkrasında “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” denilmektedir. Bu bakımdan maddenin olağanüstü hal bölgesi dışında işlenen suçlar yönünden getirilen düzenleme Anayasa'nın 38. maddesine de aykırıdır, iptali gerekir.”

“olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” düzenlemelere bulunması gerekir. Olağanüstü hal KHK’ları olağanüstü hal ilân edilen yerlerde ve olağanüstü hal süresince uygulanacak olmaları nedeniyle yasalarda değişiklik yapamazlar. Aksi durumda olağanüstü hal bölgesi dışına taşma söz konusu olur ve olağanüstü hal bölgesi dışında uygulanacak kurallar bir olağanüstü hal KHK kuralı değildirler.”

Şu halde, Anayasa Mahkemesi, önüne gelen OHAL kanun hükmünde kararnamesi madde/maddelerini, OHAL kanun hükmünde kararnamesi kuralları niteliğinde olup olmadığını inceleyebilir, söz konusu madde/maddeleri OHAL kanun hükmünde kararnamesi kuralları niteliğinde bulmazsa, hükmün iptaline karar verebilir.

Anayasa Mahkemesi’nin bakış açısı isabetlidir.

Çünkü, bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesinin Anayasa’ya içerik bakımından aykırı olması ile o kanun hükmünde kararnamenin olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olup olmadığının incelenmesi ayrı konulardır.³⁸⁰

Örneğin, olağanüstü halin belirli bir bölgede ilan edilmesi halinde, bu bölge için çıkartılan kanun hükmünde kararnamenin, o bölge dışındaki kişileri ve fiillerini etkilerse yani olağanüstü kanun hükmünde kararnamesinde öngörülen bir suç ve cezadan dolayı, bu bölge dışında kalan fiilleri icra edenlerin de cezai sorumlulukları söz konusu olursa, bu taktirde bu olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesinin bu hükmü bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi hükmü sayılmayacak, fakat Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılmış olması nedeniyle 1982 Anayasası’nın 91. maddesi kapsamına giren şartların var olup olmadığı açısından yargı denetimine tabi tutulacaktır.³⁸¹

Bu anlamda, Anayasamızın 91. maddesinde yer alan konu sınırlaması da Yüksek Mahkeme’nin kararında değerlendirmeye tabi olacaktır. Anayasa Mahkemesi’nin böyle bir değerlendirme sonucu, iptali istenen 6. maddeye ilişkin itirazı Anayasa’nın 38. maddesine aykırı bulması da yerindedir. Çünkü, OHAL illeri dışına taşan ve suç ve cezalara ilişkin düzenlemeler öngören KHKlar söz konusudur.

6.7.1993 tarihli ve **1993/5 E., 1993/25 K** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 1918 sayılı Yasa’nın 25. maddesinin 5.6.1985 günlü, 3217 sayılı Yasa’nın 3. maddesi ile değişik 2. fıkrasına ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

1918 sayılı Yasa’nın 25. maddesinin 5.6.1985 günlü, 3217 sayılı Yasa’nın 3. maddesi ile değişik ikinci fıkrasına göre;

"Yukarıdaki fıkra dışında kalan ve bu Kanunda ayrıca cezası bulunmayan her nevi kaçakçılık suçlarının failleri, gümrük kaçağı eşyanın gümrüklenmiş değerinin tek el kaçağı

³⁸⁰ ŞEN , 1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararları – Ceza, syf 114

³⁸¹ ŞEN , 1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararları – Ceza, syf 115

*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."*

Anayasa Mahkemesi söz konusu 2. fıkraya ilişkin itirazı, suç ve cezaların kararnameler ve yönetmeliklerle belirlenemeyeceği gerekçesiyle, haklı bulmuştur.³⁸²

İptal kararının özüne ilişkin değerlendirmelere geçmeden önce belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi iptal konusu maddenin ilgili kısmını, Anayasa'ya aykırı bulmuş olsa da iptal kararını, Anayasa Mahkemesi'nin vereceği kararların dava konusu olayla sınırlı olacağı gerekçesiyle, sadece "ithalat" sözcüğüne hasretmiştir.

Konumuz açısından değerlendirme yapacak olursak ise,

Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karara katılıyoruz. Zira, madde metninde açıkça görüldüğü üzere, bir seneden beş seneye kadar hapis cezasını gerektiren fiiller yani suç oluşturacak olan eylemler, ithalat ve ihracat rejimi kararları yani Yürütme Organı tarafından belirlenmektedir. Dolayısıyla bu aşamada, cezanın yasada belirlenmiş olması, söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 38. maddesine uygunluğunu sağlamamaktadır. Çünkü, kanunilik ilkesine uygun bir düzenlemelerin yapılması, hem suç oluşturan fiillerin hem de bu fiillere karşılık gelecek olan ceza/cezaların, yasada belirlenmiş olmasına bağlıdır.

Bu anlamda, Yüksek Mahkeme'nin, söz konusu düzenlemeyi iptal gerekçesi de yerindedir.³⁸³

21.6.1995 tarihli ve **1995/14 E., 1995/15 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 90 sayılı "Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin 15. maddesinin 2. bendine ilişkin itirazı değerlendirilmiştir.

³⁸² "...İptali istenen kuralın açıklık kazanması için ithalat ve ihracat kararnamelerinin anlamının ve hukukumuzdaki yerinin saptanması gerekmektedir. 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...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..."

³⁸³ Anayasa Mahkemesi'nin benzer kararları için bkz. **1995/78 E, 1996/2 K, 18.1.1996, 2000/5, 2003/65 K, 18.6.2003** (Ayrıca belirlilik ilkesi açısından da değerlendirilmiştir.), **2000/24 E, 2004/82 K, 17.6.2004** (Ayrıca belirlilik ilkesi açısından da değerlendirilmiştir.)

90 sayılı “Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin 15. maddesinin 2. bendine göre;

“ Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 12, 13 ve 14 üncü maddelerinde yazılı yükümlülük ve sorumlulukları yerine getirmeyenler 100.000 liradan 500.000 liraya kadar ağır para cezasına çarptırılırlar.

1 inci fıkra hükmü dışında kalan hallerde, tefeciler 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezasıyla birlikte 50 bin liradan az olmamak kaydıyla, sağladıkları menfaatlerin 5 katı ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Bu suçların tekrarı halinde cezalar 3 katına çıkarılarak hükmolunur.”

8.6.1933 günlü, 2279 sayılı “Ödünç Para Verme İşleri Kanunu”nun 17. maddesine göre ise,

“Tefecilik edenler bir aydan bir seneye kadar hapse ve (500) liradan (10.000) liraya kadar ağır para cezasına mahkum edilir. Ayrıca iki seneden beş seneye kadar amme hizmetlerinden mahrumiyetlerine karar verilebilir. Bu cezalar tecil edilemez.”

Anayasa Mahkemesi söz konusu itirazı, suç ve cezaların kanunda düzenlenmiş olması ve 90 sayılı KHK’nın bu Yasa’ya atıfta bulunması gerekçesiyle, reddetmiştir.³⁸⁴

Anayasa Mahkemesi’nin kararına katılmadığımızı belirtmemiz gerekir.

Zira, Anayasa Mahkemesi, karardan da anlaşılacağı üzere, söz konusu KHK’nın, suç ve ceza içeren hükümleri değiştirebilecek güce sahip olduğunun kabul edilmesi ve böylece KHK’nın yasaya atıfta bulunmak suretiyle suç ve cezalara ilişkin bir düzenleme yapılmış olmasının, kanunilik ilkesi açısından bir sorun yaratmadığına değinmiştir.

Böyle bir bakış açısı kabul edilebilecek gibi değildir çünkü;

Burada önemli bir husus vardır ki, o da kanun hükmünde kararnameler ile sadece suç ve ceza yaratılamayacağı değil, aynı zamanda mevcut suç ve cezalarında kaldırılamayacağıdır. Böylece, 90 ve 545 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin 2279 sayılı Kanunun, “tefecilik” konusunda öngördüğü suç ve cezaları kaldırması da mümkün değildir. 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 16. maddesine göre, 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu

³⁸⁴ “...Anayasa’nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, “Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan bir kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” üçüncü fıkrasında ise, “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” denilmektedir.

Yaptırım içeren itiraz konusu 17. madde, 2279 sayılı Yasa’da düzenlendiğine ve 90 sayılı KHK’nin 17. maddesinin üçüncü fıkrasında, “15. madde yürürlüğe girinceye kadar 2279 sayılı Kanunun suç saydığı fiiller hakkında, bu Kanunun 17. maddesinde yazılı hükümlerin uygulanmasına devam olunur” denildiğinden “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine aykırılıktan söz edilemez.

2279 sayılı Yasa’nın 17. maddesinin, Anayasa’nın 38. maddesine aykırı bir yönü yoktur.”

yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı Kanun Hükmünde Kararnamenin 17/3. maddesine göre ise, 2279 sayılı Kanunun suç ve cezalar ile ilgili hükümleri, bu Kanun Hükmünde Kararname yürürlüğe girinceye kadar uygulanmaya devam edilecektir.³⁸⁵ Bu anlamda suç ve cezalara ilişkin KHK ile değiştirilen/kaldırılan düzenlemeler hukukileştirilmeye çalışılmakta ve böylece, daha önceden yasayla düzenlenmiş olan hususlar KHK'nın düzenleme alanına girmiş olmaktadır. Şu halde burada, ne suç ve cezaların KHKlar ile düzenlenmesinde yasaya atıfta bulunulması gerekçesi ne de KHKlar ile suç ve cezaların kaldırılması/değiştirilmesinin Kanunilik İlkesi'ne aykırılık teşkil etmediği iddiası, kabul edilebilir niteliktedir.

Bunun yanında, 2279 sayılı Kanun'un tefeciliği tanımlayan 14. maddesinin söz konusu KHK ile yürürlükten kaldırılmış olması nedeniyle, suç teşkil eden tefecilik fiilinin tanımı ve unsurlarının tespitinin de 90 sayılı Kararname'nin 11. maddesine dayanılarak yapılacak olması, ayrıca bir tartışma konusudur.

Bu nedenlerle, söz konusu karar, Anayasa'nın hem 91. hem de 38. maddesine aykırılık içermektedir; iptal edilmesi gerekirdi.

29.1.1997 tarihli ve **1996/11 E., 1997/4 K** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 3100 sayılı "Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanun"un mükerrer madde 8'in 2 no'lu paragrafına ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

3100 sayılı "Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanun"un mükerrer madde 8'in 2 no'lu paragrafına göre;

"Maliye ve Gümrük Bakanlığınca belirlenip açıklanan usul ve esaslara uymayan üretici veya ithalatçı kuruluşlar, bunların satış, bakım-onarım servislerinde görevli elemanları ile ödeme kaydedici cihazları kullanma mecburiyeti bulunan mükellefler hakkında; her bir tespit için ayrı ayrı olmak üzere, Vergi Usul Kanununa bağlı "Usulsüzlük Cezalarına Ait Cetvel'de yer alan birinci derece usulsüzlük cezalarının beş katı uygulanır."

Anayasa Mahkemesi söz konusu itirazı, Yasa koyucunun kuralların çerçevesini çizip, içinin doldurulmasını Yürütme/İdareye bırakılabileceğini ve bunun Kanunilik İlkesi'ne aykırılık oluşturmayacağını belirtmek suretiyle, reddetmiştir.³⁸⁶

³⁸⁵ **ŞEN**, 1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararları – Ceza, syf 107

³⁸⁶ "...Vergi ve benzeri malî yükümlülüklerle ilişkin uygulamaya yönelik kuralların idarî düzenleyici metinlere bırakılması yasama organının takdir alanı içindedir. Yasa koyucu, bu tür kuralları kendisi ayrıntılı biçimde düzenleyeceği gibi, çerçevesini belirleyerek ayrıntuları idarenin düzenlemesine de bırakabilir. Anayasa'nın 115. ve 124. maddelerine göre idare, yasa ile yetkili kılındığı konularda objektif düzenleyici kurallar koyabilir. 115. maddeye göre, kanunların uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere Bakanlar Kurulu'nca tüzük, 124.maddeye göre de, Başbakanlık, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerin, kendi görev alanlarını

Anayasa Mahkemesi'nin kararına iştirak etmek mümkün değildir. Zira, ilgili bölümde bahsi geçtiği üzere, Yürütme Organı'nın KHKlar , İdarenin ise, yapmaya yetkili olduğu idari nitelikteki düzenlemeleriyle suç ve cezalar yaratması, Anayasamız dahilinde mümkün değildir.

Bahsi geçen suç ve cezaların adli, idari veya disiplin suç ve cezaları olması da ilkenin uygulanması açısından herhangi bir fark yaratmamaktadır.

Her üç suç ve ceza tipi de tedbirler dahil olmak üzere, birtakım kısıtlamaların, emir ve yasakları ihlal edenler üzerinde uygulanması ve dolayısıyla hak ve hürriyetlere, az veya çok kısıtlamalar getirilmesi sonucunu doğurur. Dolayısıyla ister adli ister idari ve isterse disiplin niteliğinde olsun tüm suç ve cezaların, kanun koyucu tarafından gösterilmesi ve bu konuda başka organ veya makama ya da kişiye keyfi olarak suç ve/ veya ceza belirleme yetkisinin bırakılmaması lazımdır.³⁸⁷

Zaten “suçta ve cezada kanunilik” prensibini düzenleyen Anayasa'nın 38/I-III. maddesi, suç ve cezalar bakımından herhangi bir ayırım yapmamış ve adı suç ve ceza olan tüm düzenlemelerin kanun koyucu tarafından yapılmasını emretmiştir.³⁸⁸ Şu halde, Yüksek Mahkeme'nin kararı, Anayasamızda da ifadesini bulan Kanunilik İlkesi'nin bir sonucu olan,

ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelikler çıkarılabilir. İtiraz konusu kuralla Bakanlığa tanınan düzenleme yetkisi, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük getirilmesine ilişkin olmadığı gibi, yasama yetkisinin devri niteliğinde de değildir.

Maliye ve Gümrük Bakanlığı'na belirtilen süre içerisinde, ödeme kaydedici cihazı vergi dairesine kaydettirmeyen davacı hakkında usulsüzlük cezası verilmesini öngören yasa kuralında, Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasıyla, sekizinci fıkrasının ilk tümcesine aykırılık bulunmamaktadır. Çünkü, mükelleflerin ödeme kaydedici cihazları bulundurma ve vergi dairesine kaydettirme konusunda Yasa ile Maliye Bakanlığı yetkili kılınmış, bu gereğe uymayanlar hakkında da usulsüzlük cezası öngörülmüştür. Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci paragrafında yer alan, idarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir yaptırım uygulayamayacağı biçimindeki kuraldan açıkça anlaşılacağı gibi, yasayla yetkili kılındığı sürece idarece para cezası verilebilir. Nitekim, bu kural uyarınca idarelerce bir çok konuda re'sen idari para cezası uygulanabilmektedir. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2.,7. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”

³⁸⁷ ŞEN, 1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararları – Ceza syf 103, 104

Danıştay, memurun mutavaz davranışlarının iş arkadaşlarını kırıcı olduğu gerekçesiyle verilen disiplin cezasını yasallık ilkesi açısından değerlendirerek; “Disiplin cezası; ancak mevzuatta belirlenen ve disiplin suçu teşkil eden fiil ve davranışlarda bulunan görevliye verilebilir. Mutavaz davranış şeklinin iş arkadaşlarına karşı kırıcı telakki edilmesine ilişkin kanaatle ceza tayini mevzuata uygun değildir” şeklinde karar vermiştir. **OĞURLU Yücel, İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım- Ceza Yaptırımı Ayrımı**, 06.02.2009 tarihinde <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/YOgurlu.html> adresinden yararlanılmıştır.

³⁸⁸ ŞEN, 1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararları – Ceza, syf 103, 104

Yürütmenin / İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Yaratılamayacağı kuralına aykırılık teşkil etmektedir.

Değınilmesi gereken diğeri bir nokta da mevzu, suç ve cezaların yasama organı tarafından düzenlenmesi olunca, Anayasa Mahkemesi kararlarının hemen hemen hepsinde Anayasa'nın 91. maddesine de değinildiğidir. Değeriendirmekte olduğumuz konu açısından, karar metninde değinilmiş olmasa da 91. maddenin de konumuz açısından nasıl bir etkiye sahip olduğunu şöyle özetleyebiliriz;

Anayasamızın 91/1. maddesine göre, *“Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.”*

Bu anlamda, TBMM yetki kanunuyla, bazı işlemler için Yürütme Organı'na yetki verebilir; fakat bu yetkinin sınırları vardır. Bu sınırlar arasında, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan 38. madde, yani suç ve cezalara ilişkin esaslar da bulunduğuna göre, söz konusu kararın Anayasamızın 91. maddesine de aykırı olduğunu söyleyebiliriz; zira, yönetsel bir karar yasal bir kural haline geçmektedir ve söz konusu düzenleme açısından, Yürütme Organı'nın kesinlikle herhangi bir yetkisi yoktur.

8.10.1998 tarihli ve **1997/53 E., 1998/ 62 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un 3521 sayılı Yasa ile değışik 3. maddesinin itiraz konusu “a” bendine ilişkin itirazı değeriendirmiştir.

1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un 3521 sayılı Yasa ile değışik 3. maddesinin itiraz konusu “a” bendine göre :

“Bakanlar Kurulunca 1 inci maddeye göre alınan kararlara aykırı hareket eden veya bu kararlardan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen gerçek ve tüzelkişiler beş milyon liradan elli milyon 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.”

Anayasa Mahkemesi a bendine ilişkin itirazı, Yasa koyucunun kuralların çerçevesini çizip, içinin doldurulmasını Yürütme/İdareye bırakılabileceğini ve bunun Kanunilik İlkesi'ne aykırılık oluşturmayacağını belirtmek suretiyle, reddetmiştir.³⁸⁹

Anayasa Mahkemesi'nin kararı yerinde değildir. İptale konu düzenlemede, ceza yasa ile belirlendiği halde suç konusu eylemler ve unsurları Bakanlar Kurulu kararıyla oluşturulmaktadır. Bu nedenle, daha önce de belirttiğimiz gerekçeler aynen geçerli olmak üzere, Yüksek Mahkeme'nin kararı, Anayasa'nın 38. maddesiyle örtüşür nitelikte değildir.

25.1.2001 tarihli ve **1999/32 E., 2001/10 K** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 560 sayılı "Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname"ye 4128 sayılı Yasa ile eklenen 18/A maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.³⁹⁰

560 sayılı "Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname"nin 4128 sayılı Yasa ile eklenen 18/A maddesine göre,

Madde 18/A :

" Bu Kanuna uymayanlara uygulanacak cezai hükümler aşağıda belirtilmiştir.

³⁸⁹ "...Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, "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" denilmektedir.

Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde, Anayasa'nın 38. maddesine koşut olarak düzenlenen, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin esası, yasa tarafından, ne tür eylemlerin suç sayıldığına hiç bir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirtilmesi ve buna göre de cezanın yasayla belirlenmesidir. Kişinin suç sayılan eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi kişinin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir.

1567 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin (a) bendinde, "Bakanlar Kurulu"na 1. maddeye dayanılarak alınan kararlara aykırı hareket edenler hakkında ceza yaptırımı öngörülmüştür. Buna göre, suçun yasal unsuru Bakanlar Kurulu'nun 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı davranmaktır. Bu nedenle, suçun yasallığı ilkesine aykırılık görülmemiştir.

Yasa koyucu tarafından suçun unsurlarının saptanmasından ve suç oluşturan eylemin ve cezanın yasada açıkça belirlenmesinden sonra ayrıntılarla uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinde yürütmeye yetki verilmesi, kararlar suç oluşturma anlamına gelmez ve yasallık ilkesi de zedelenmez. Kaldı ki, Bakanlar Kurulu kararı daha önce Resmî Gazete'de yayımlanarak kişilere hangi eylemlerin yasaklandığı duyurulmakta ve böylece kişinin güvencesi sağlanmaktadır. Ceza da yasa ile gösterildiğine göre kararname ile suç oluşturulması söz konusu olamayacağından bu konuya ilişkin sav yerinde görülmemiştir."

³⁹⁰ 560 sayılı "Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname"nin 18/A maddesinin (g) bendi dışındaki kuralları ile 21. maddesi, itiraz yoluna başvuran Mahkeme'nin davada uygulayacağı kurallar olmadıklarından, bunlara ilişkin itiraz Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle, Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. ,

5179 sayılı Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'a ilişkin itiraz başvurusu için bkz. **2004/69 E., 2009/9 K., 08.01.2009**

a) 4 üncü maddede yer alan çalışma izni alınmadan gıda maddeleri üreten işyerlerini faaliyete geçiren gerçek veya tüzel kişiler çalışma izni alana kadar faaliyetten men edilerek yüz elli milyon lira para cezası ile cezalandırılır ve çalışma izni alındıktan sonra faaliyetine müsaade edilir.

b) 5 inci maddede belirtilen tescil ve izin işlerini yaptırmadan üretime geçen gerçek veya tüzel kişiler yirmi milyon lira para cezası ile cezalandırılır, bunlara tescil ve izin işlemleri yapıldıktan sonra üretim izni verilir.

c) 6ncı maddeye göre istihdamı mecburi olan sorumlu yöneticileri istihdam etmeden imalatta bulunan, gıda maddeleri üreten işyerleri faaliyetten men edilerek sahiplerine yirmi milyon lira para cezası verilir. Otuz günlük süre içinde sorumlu yönetici görevlendirildiği takdirde işyerlerinin faaliyetine müsaade edilir.

d) 7nci maddede belirtilen gıda kodeksine uygun faaliyet göstermeyen gerçek ve tüzel kişilere yüz milyon lira, suçun bir yıl içerisinde tekrarlanması halinde iki yüz milyon lira para cezası verilir.

e) 8 inci maddede belirtilen laboratuvar kuruluş izni almadan faaliyete geçen laboratuvarlar faaliyetten men edilir ve bu izni almadan laboratuvarları faaliyete geçiren gerçek veya tüzelkişilere otuz milyon lira para cezası verilir.

f) 10 uncu madde gereğince çıkarılan yönetmelik hükümlerine aykırı hareket eden gerçek ve tüzelkişilere yirmi milyon liradan iki yüz milyon liraya kadar ağır para cezası verilir.

g) Bu Kanunun 12nci maddesinde belirtilen yasakları ihlal eden gerçek veya tüzelkişilere on milyon liradan beş yüz milyon liraya kadar ağır para cezası verilir ve mahkemece malların müsaderesine hükmolunur. Suçun tekrürü halinde cezalar iki katı artırılarak uygulanır. Ancak bu durumda para cezası elli milyon liradan aşağı olamaz.

h) 560 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 12. maddesinin (a) fıkrasında belirtilen şartlara uymayan işyerleri bu şartları yerine getirinceye kadar kapatılıp mühürlenir. Ancak, mühür fekki halinde bu fiili işleyenlere yüz milyon liradan beş yüz milyon liraya kadar ağır para cezası, 3 aydan 6 aya kadar hapis cezası verilir. Suçun tekrürü halinde para ve hapis cezaları iki kat artırılır.

i) 13 üncü maddede belirtilen izni almayan gerçek ve tüzelkişilere yüz elli milyon lira, suçun 1 yıl içinde tekrarı halinde iki yüz elli milyon lira para cezası verilir.

j) 14 üncü maddedeki hükümlere aykırı hareket eden gerçek ve tüzelkişilere elli milyon lira para cezası verilir.

k) 15 inci maddedeki yasaklara uymayan gerçek veya tüzelkişilere iki yüz milyon lira, suçun 1 yıl içerisinde tekrarı halinde üç yüz milyon lira para cezası verilir.

l) 560 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 17. maddesi hilafına hareket eden işyeri bu şartları yerine getirinceye kadar kapatılıp, mühürlenerek bunlara yüz milyon liradan beş yüz milyon liraya kadar ağır para cezası verilir. Suçun tekerrürü halinde ise ceza iki kat artırılır.

m) 18 inci maddede yer alan kanatlı dahil tüm kesim yerleri mezbahalar ve entegre et tesislerini Tarım ve Köy işleri Bakanlığında kuruluş ve çalışma izni almadan faaliyete geçiren gerçek ve tüzelkişiler seksen milyon lira para cezası ile cezalandırılır ve kuruluş ve çalışma izni alıncaya kadar faaliyetleri durdurulur.

n) 18 inci madde gereğince çıkarılan yönetmelik kapsamında kuruluş ve çalışma izni almış olan kanatlı dahil kesim yerleri mezbahalar ve entegre et tesislerinde Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca yapılan kontrollerde, yönetmelik hükümlerine uygun faaliyet göstermeyen yerlerin sahibi olan gerçek ve tüzelkişiler yirmi milyon lira para cezası ile cezalandırılır ve bu durum giderilinceye kadar faaliyetleri durdurulur. Bu yerlerin faaliyete geçmesinin müteakip bir yıl içerisinde faaliyetlerinin tekrar yönetmelik hükümlerine uygun bulunmaması durumunda para cezası 2 katına çıkarılarak sorumlu yöneticinin görevine son verilebilir ve iki değişik tesiste yukarıda belirtilen nedenle işine son verilen sorumlu yöneticilere üçüncü kez bu nitelikte bir iş verilmez.

o) 18 inci madde gereğince çıkarılan yönetmelikler uyarınca sorumlu yönetici, istihdamı zorunlu bulunan tesislerde sorumlu yönetici ve yeterli sayıda muayene veteriner hekimi istihdam etmeyenlerin faaliyetleri belirtilen elemanların istihdamı sağlanıncaya kadar durdurulur ve bu yerleri faaliyette bulunduran gerçek ve tüzelkişiler elli milyon lira para cezası ile cezalandırılır.

p) 18 inci maddede belirtilen yerlerde Tarım ve Köy işleri Bakanlığının merkez ve taşra teşkilatınca yapılmak istenilen kontrolleri engelleyenler seksen milyon lira para cezası ile cezalandırılır.

r) Bu Kanuna göre yapılacak denetimleri engelleyenlere seksen milyon lira para cezası verilir.”

Anayasa Mahkemesi madde 18/A'ya ilişkin itirazı, bu hükmün 560 sayılı KHK'ya Yasa ile eklenmiş olmasından dolayı Kanunilik İlkesi'ne aykırılık teşkil etmeyeceği gerekçesiyle, reddetmiştir.³⁹¹

³⁹¹ “...Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan bir kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez,” üçüncü fıkrasında ise, “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilmektedir.

Anayasa'nın 91. maddesinin ilk fıkrasında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere,

Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmak mümkün görünmemektedir.

Burada iki husus söz konusudur; bunlardan ilki, daha önce farklı bir kararda değindiğimiz üzere, Yürütme/İdarenin suç ve ceza içeren hükümler yaratamayacağı gibi, suç ve ceza içeren yasa hükümlerini de kaldıramayacağı yahut değiştiremeyeceğidir. Bu anlamda, söz konusu KHK'nın, bazı suç ve ceza içeren yasalardaki tanımları değiştirmesi, bu KHK hükümlerine aykırı yasa hükümlerinin uygulanmayacağını öngörmesi gibi düzenlemeler, Kanunilik İlkesi'ne aykırılık teşkil etmektedir.

İkinci olarak ise, ilk durumdan çok daha aleni bir şekilde Kanunilik İlkesi'ne aykırı olarak, suç ve cezalara ilişkin hükümlerin, doğrudan doğruya Yürütmenin/İdarenin düzenleyici işlemleriyle düzenlenmesidir. Nitekim, söz konusu KHK'nın 18/A maddesi bir çok suç tanımı yapmış ve bu suçların cezalarını belirlemiştir. Daha önceki bir çok kararda belirttiğimiz ve gerekçesini izah ettiğimiz gibi, bu şekildeki düzenlemeler Kanunilik İlkesi'ne ve dolayısıyla Anayasa'nın 38. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

18.6.2003 tarihli ve **2000/38 E., 2003/66 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 4128 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle eklenen 61/A maddesinin c bendine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 4128 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle eklenen 61/A maddesinin c bendine göre,

“c) 61. 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

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 düzenlenemeyeceği belirtilmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı değildir. Ceza yaptırımları getiren itiraz konusu kuralı içeren 18/A madde ise, 560 sayılı KHK'ye 4128 sayılı Yasa ile eklenmiş olup, bu konuda Anayasa'nın yasa ile düzenlenme gereği yerine getirilmiştir. Öte yandan Yasa koyucunun ceza alanında yasama yetkisini kullanırken, anayasal sınırlar içinde ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılıp sayılmayacağı, suç sayılanların hangi tür ve ölçüde ceza yaptırımına bağlanacağı, hangi durumda davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisi vardır. Bu nedenle, yasa koyucunun, toplum düzenini bozan ve önlenmesinde önemli yararlar gördüğü toplum sağlığıyla ilgili hususlarda kanunla kimi eylemleri suç sayarak bunlar için ceza yaptırımı öngörmesinde ve gıda maddeleri üretiminin insan sağlığı açısından taşıdığı önemi dikkate alarak cezanın önleyici ve caydırıcı etkisini artırmak amacıyla suçların tekrürü halinde ceza artırımlarını TCK'nun 81. vd. maddelerinden farklı kurallara bağlı tutmasında Anayasa'nın 38. maddesine aykırılık yoktur.

Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın 38. ve 91. maddelerine aykırı değildir. İstemin reddi gerekir.”

*bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine hükmolunur...*³⁹²

Anayasa Mahkemesi madde 61/A'ya ilişkin itirazı, bu hükmün 556 sayılı KHK'ya Yasa ile eklenmiş olmasından dolayı Kanunilik İlkesi'ne aykırılık teşkil etmeyeceği gerekçesiyle, reddetmiştir.³⁹³

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi davada uygulanacak olan kuralın 61/A maddesinin c bendi olduğu kanısına varmış olduğundan, incelemeyi de sadece c bendi

³⁹² **Madde 61:** *Aşağıda yazılı fiiller marka hakkına tecavüz sayılır:*

- a) 9 uncu maddenin ihlali,
- b) Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek,
- c) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak,
- d) Marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek,
- e) (a) ile (c) bentlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak,
- f) Kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak.”

³⁹³ “...Yasa koyucu, ceza hukuku alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımları ile karşılaşmaları gerektiği ve hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir.

Zaman içinde toplumsal gereksinimleri karşılamak, kişi ve toplum yararının zorunlu kaldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere koşut olarak alınan önlemlerin etkisini artırmak ya da bunları hafifletmek veya ortadan kaldırmak yetkisi yasa koyucuya aittir. Anayasa'nın 38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak yasayla konulacağı belirtilmiş, 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 siyasî haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı değildir.

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A maddesinin (c) bendi, 4128 sayılı Yasa ile eklendiğinden Anayasa'nın cezaların yasa ile düzenlenmesi gereğine uyulmuştur. Ayrıca, Anayasa'da Kanun Hükmünde Kararnamelerin yasayla değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural da bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, itiraz konusu (c) bendi Anayasa'nın 38. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.”

üzerinden yapmıştır. Bu nedenle biz de sadece c bendine ilişkin değerlendirmelere değinıyoruz.

Kanımızca, Anayasa Mahkemesi'nin kararı yerinde değildir.

Söz konusu kararında Anayasa Mahkemesi, Kanunilik İlkesi'ni, yapılan düzenlemeler açısından, salt şekil unsuru olarak değerlendirmiş bu anlamda suç ve ceza içeren hükümlerin 560 sayılı kanun hükmünde kararnameye yasa ile eklenmesini Anayasa'nın 38. maddesine uygun bulmuştur.

Oysa ki Kanunilik İlkesi'nin ısrarla ve hatta zorunlu olarak uygulanmasının temelinde, kişi hak ve özgürlüklerinin korunması olduğundan, suç ve ceza içeren hükümlerin kanun hükmünde kararnamelerde değil yasalarda yer alması gereği, şekilden çok öze ilişkin bir meseledir. Durum böyle olunca, evleviyetle kanun hükmünde kararnamelerde düzenlenmesi mümkün olmayan hükümlerin, bu kanun hükmünde kararnamelere yasa ile eklenmesinin de herhangi bir manası olmamaktadır. Kanunilik İlkesi'nin gerekleri, bu gibi temelsiz gerekçelerle aşılmaya çalışılmamalıdır.

Aksini kabul etsek bile, yasa ile 560 sayılı KHK'ya eklenmiş olan 61/A maddesi, yine 560 sayılı KHK'nın 61. maddesine atıfta bulunmakta, 61 inci maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında ceza tayininde bulunmaktadır. 61. madde ise, marka hakkına tecavüz niteliğindeki fiilleri belirtmektedir.

Böylece cezai sorumluluğu gerektiren eylemler bakımından 560 sayılı KHK'nın diğer hükümlerine atıfta bulunulmak suretiyle ceza sorumluluğunu gerektiren fiiller kanunla değil, KHKlar ile belirlenmektedir.³⁹⁴ Böyle bir durum ise, başlı başına Anayasa'nın 38. ve 91. maddelerine aykırı olmaktadır.

Söz konusu 61/A maddesinin c bendi, suç ve ceza içeren hükümler açısından KHK'lar dahilinde düzenlenmiş olduğundan, Yürütmenin/İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılmayacağı kuralına aykırılık oluşturmaktadır.³⁹⁵

³⁹⁴ **ÖZGENÇ İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 113

³⁹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin benzer bir kararı için bkz. **2000/38 E, 2003/66 K, 18.6.2003**, 556 sayılı KHK'nın 61 ve 61/A maddelerinin konu edildiği ve 61. maddenin d bendinin iptali ile sonuçlanan benzer bir karar için bkz. **2002/92 E, 2004/25 K, 2.3.2004**, 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının (b) bentleriyle 61. maddenin a ve c bendinin iptal edildiği fakat 61/A'ya ilişkin düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı bulunmadığı bir diğer karar için bkz. **2005/15 E, 2008/2 K, 3.1.2008**,

Anayasa Mahkemesi'nin, 24.6.1995 günlü ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye ilişkin itirazları değerlendirdiği benzer bir karar için bkz. **2005/57 E., 2009/19 K., 10.06.2009**

8.12.2004 tarihli ve **2004/84 E., 2004/124 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu'nun 12. maddesinin 1. fıkrasına ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu'nun 12. maddesinin 1.fıkrasına göre;

“Bu Kanuna ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere aykırı hareket edenlere diğer mevzuattaki ceza hükümleri saklı kalmak kaydıyla aşağıdaki bentlerde belirtilen uyarma, para ve belge iptali cezaları uygulanır.”

Anayasa Mahkemesi 12. maddeye ilişkin itirazı, idareye bu hükümle suç ve ceza yaratma yetkisi verilmediği ve böylece söz konusu düzenlemenin Kanunilik İlkesi'ne aykırılık teşkil etmeyeceği gerekçesiyle, reddetmiştir.³⁹⁶

Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmak mümkün değildir.

Yüksek Mahkeme'nin ifade ettiğinin aksine, idareye ilgili hükümle düzenleme alanı bırakılan husus, Yasa'da sayılan uyarma, para ve belge iptali cezalarının uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesine ilişkin değildir. Çünkü, ilgili düzenlemenin dili ve anlamı oldukça açık olup; Bakanlık tarafından çıkarılan çeşitli düzenleyici işlemlere aykırılığa, ne gibi cezaların uygulanacağını belirtmektedir.

³⁹⁶ “...Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında; “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” denilmiş, bu maddeye koşut olarak Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde de, Yasa'nın açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği, Yasa'da yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimsenin cezalandırılmayacağı belirtilerek kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi somutlaştırılmıştır. Kişinin, suç sayılan eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesinin temel hak ve özgürlüklerinin de güvencesi olduğu kuşkusuzdur.

5225 sayılı Yasa'nın 12. maddesinde, yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemler ile bunlara ilişkin cezaların tür ve miktarı açıkça belirtilerek suç ve cezanın yasayla düzenlenmesi gereği yerine getirilmiştir. Maddenin birinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan ve iptali istenen “... ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere ...” ibaresi ile, idareye, suç ve ceza oluşturma yetkisi verilmemiştir. İdareye düzenlemesi için bırakılan husus, Yasa'da sayılan uyarma, para ve belge iptali cezalarının uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesidir.

Yasa koyucu tarafından suç oluşturan eylemin ve suçun unsurlarının saptanmasından, cezasının da yasada açıkça belirlenmesinden sonra uygulamaya yönelik olarak, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin ayrıntıların belirlenebilmesi için yürütme organına yetki verilmesi, düzenleyici işlemlerle suç ve ceza oluşturma anlamına gelmeyeceğinden suç ve cezada yasallık ilkesine aykırılık oluşturmaz. Açıklanan nedenlerle, 5225 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan “... ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere ...” ibaresi, Anayasa'nın 11. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”

Yüksek Mahkeme'nin ifade ettiği gibi, eğer bu düzenleme Yasa'da sayılan uyarma, para ve belge iptali cezalarının uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesine ilişkin olsaydı, 12. madde dahilinde belirtilen cezalara ilişkin bu usul ve esasların tespitinin düzenleyici işlemlerle yapılacağı belirtilirdi; ayrıca “düzenleyici işlemlere aykırı hareket etme” şeklinde bir ifadeyle suç unsurlarının tespiti yoluna gidilmezdi. 12. madde dahilinde, yasa koyucunun amacı, gerçekten söz konusu cezalara ilişkin usul ve esasların belirlenmesi olsa bile, madde metni bu amacı karşılamaktan oldukça uzaktır.

Bu nedenlerle “...ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere ...” ibaresi Anayasa'nın 38. maddesine aykırılıklar içermektedir.

19.1.2006 tarihli ve **2005/99 E., 2006/8 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 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 Kanunda ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

8. maddeye göre,

“Kuruluş ve faaliyet iznini almadan tütün ve tütün mamulleri ile alkollü içkiler üretmek üzere fabrika, tesis veya imalathane kuran ve işletenlere; işyerleri veya ikametgahlarında söz konusu maddeleri üretenlere bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz yirmi beş milyon liradan az olmamak üzere üretilmiş tütün ve tütün mamulleri ile alkollü içkiler piyasa değerinin on katı tutarında ağır para cezası verilir. Bu hüküm 6. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasına aykırı hareket edenler hakkında da uygulanır. Satış belgesi almadan satış yapanlar, ellerindeki mamulata el konulmakla birlikte ruhsat harcının on katı tutarında ağır para cezası ile cezalandırılır.”

Anayasa Mahkemesi söz konusu itirazı, suç karşılığı öngörülen cezanın Yönetmelikle belirlenmesi ve bu durumun Kanunilik İlkesi'ne aykırı olması gerekçesiyle, haklı bulmuştur.³⁹⁷

³⁹⁷ “...Kanunsuz suç olmaz ilkesi ile birlikte gelişen kanunsuz ceza olmaz ilkesi, modern ceza hukukunun temellerinden biridir. Kişilerin yaşamları, özgürlükleri ya da malları üzerindeki en etkili kısıtlamaya yol açacak olan cezaların, kanunlarla belirlenmesi gereğini ifade eden cezada kanunilik ilkesi, bireysel özgürlüklerin teminatı olduğu kadar toplumsal düzenin ve barışın sağlanmasında ve devamında da etkilidir. Bu ilke, suçlara uygulanacak yaptırım tür ve ölçülerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağını da yasayla belirlenmesini zorunlu kılmaktadır.

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

Anayasa Mahkemesi yerinde bir karar vermiştir. Zira, suç olarak öngörülen bir eylemin karşılığında verilecek ceza açısından ruhsat harcının temel alınması ve söz konusu harca ilişkin tüm belirlemelerin, bir Yönetmelik'e dayanması, Yürütmenin/İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratamayacağına ilişkin ilkeye ve dolayısıyla Anayasamızın 38. maddesine aykırıdır.

23.2.2006 tarihli ve **2005/42 E., 2006/27 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 5336 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Yasası'na eklenen ek 24. maddenin son fıkrasına ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

5336 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Yasası'na eklenen ek 24. maddenin son fıkrasına göre;

*“Polis meslek eğitim merkezlerinin kuruluş ve çalışma usûl ve esasları; bu merkezlerde eğitime alınacak öğrencilerde aranacak şartlar, mezun oldukları okulların nitelikleri, yapılacak sınavlar, **disiplin** ve eğitim-öğretimle ilgili konular, **öğrenciliğin sona ermesi**, tazminat ve yükümlülük esasları ile giyecekleri kıyafetler ve diğer hususlar İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”*

Anayasa Mahkemesi söz konusu itirazı, Yasa koyucunun kuralların çerçevesini çizip, içinin doldurulmasını Yürütme/İdareye bırakılabileceğini ve bunun Kanunilik İlkesi'ne aykırılık oluşturmayacağını belirtmek suretiyle, reddetmiştir.³⁹⁸

Anayasa Mahkemesi'nin kararına iştirak etmiyoruz.

Zira, daha önce de benzer bir kararda belirtmiş olduğumuz üzere, gerek adli gerek idari ve gerekse disiplin suç ve cezalarının, kişi hürriyetinden yoksunluk sonucunu doğurduğunu ve dolayısıyla adli, idari yada disiplin niteliğinde olsun tüm suç ve cezaların, kanun koyucu

Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmelik'e göre belirlenmesi, Anayasa'nın 38. maddesindeki cezanın yasallığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır... İptali gerekir.”

³⁹⁸ “...Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “Kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz”, üçüncü fıkrasında da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek “suç ve cezanın yasallığı” ilkesi getirilmiştir.

İdarenin faaliyetleri çok çeşitli ve değişken olduğundan disiplin cezasını gerektirecek fiiller ile haklarında uygulanacak disiplin cezalarının yasa ile belirlenmesi güç ve hatta olanaksızdır. Bu nedenle memuriyet statüsüyle ilgisi bulunmayan Polis Meslek Eğitim Merkezi öğrencilerine ilişkin disiplin suç ve cezalarının yasalarla yönetmeliklere bırakılması Anayasa'nın 38. maddesine aykırılık oluşturmaz.

Fıkranın kalan kısmında düzenleme yapma yetkisinin İçişleri Bakanlığı'na bırakılması, Yasa'da çerçevenin çizilmiş ve genel esasların belirtilmiş olması nedeniyle Anayasa'nın 7. maddesine aykırı değildir. Fıkranın geri kalan bölümüne yönelik iptal isteminin reddi gerekir.”

tarafından gösterilmesi ve bu konuda başka organ veya makama ya da kişiye keyfi olarak suç ve/ veya ceza belirleme yetkisinin bırakılmaması gerektiğini belirtmiştik.

Bunun yanı sıra, suç ve cezaların belirlenmesinde, biz zaten çerçevesi kanunlar tarafından çizilen fakat içi yürütme/idarenin tasarruflarıyla doldurulan düzenlemelerin, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturduğunu düşündüğümüzden, bu yönden de Anayasanın 38. maddesine bir aykırılık söz konusudur.

Ayrıca, karşı oy gerekçesinde de oldukça yerinde bir şekilde belirtildiği üzere, madde metninde, disiplin sözcüğü dışında herhangi bir esas belirtilmeksizin konu tümüyle yönetmeliğe bırakılmakta, üstüne üstlük disipline aykırı eylemlerin karşılığı cezaların da neler olduğu, süresi gibi hususlarda cezada yasallık ilkesi mutlaka uyulması gerekirken bu hususların dahi yönetmeliğe bırakılması mümkün değildir.

27.11.2007 tarihli ve **2002/162 E., 2007/89 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 112. maddesinin 2. fıkrasına ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 112. maddesinin 2. fıkrasına göre;

“Haklı sebepler varsa mahkeme, vakfın yönetim organı veya denetim makamının istemi üzerine diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra vakfın örgütünü, yönetimini ve işleyişini değiştirebilir.

Mahkeme, denetim makamının başvurusu üzerine, tüzükte gösterilen sebeplerle duruşma yaparak yöneticileri görevden alabilir ve vakıf senedinde başka bir hüküm yoksa yenisini seçebilir.”

Söz konusu itiraz açısından Anayasa Mahkemesi iptal talebini, Anayasa'nın 33. maddesi açısından değerlendirmiş ve talebi haklı bulmuştur.³⁹⁹

Bu kararda Anayasa Mahkemesi, inceleme hakkında Anayasanın 38. maddesine hiç değinmemiş; kararı özel hukuk yönünden sonuca bağlamıştır. Aslında olması gereken de budur zira, iptali istenen hükmün ceza hukukuna ilişkin bir yönü olmayıp, bir suça ilişkin cezanın tüzükle gösterilmesi söz konusu değildir. Burada, velayet yahut vesayet ilişkisinin kurulması yahut kaldırılması gibi özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan ve hakim kararıyla yapılan bir işlem söz konusudur. Dolayısıyla, ceza hukukunu ilgilendiren bir durum olmadığı için 38. madde açısından bir değerlendirme yapılması da gereksizdir.

³⁹⁹ “...Anayasa'nın 33. maddesinin dördüncü fıkrasında dernek kurma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir denilmektedir. Buna göre derneklerin organlarının oluşumunun, görevden alınmasının, seçiminin, faaliyet esas ve usullerinin kanunla düzenleneceği açıktır. Maddenin son fıkrasında bu hükümlerin vakıflarla ilgili olarak da uygulanacağı öngörüldüğünden, iptali istenen kuralda vakıf yöneticilerinin görevden alınma nedenlerinin yasa yerine tüzüğe bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturur. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu ibare Anayasa'nın 33. maddesine aykırıdır; iptali gerekir.”

15.1.2009 tarihli ve **2004/70 E., 2009/7 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 5177 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un bir çok maddesine ilişkin itirazları değerlendirmiştir. Konumuzun özelliği gereği biz burada söz konusu kanunun 5. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 10. maddesine eklenen altıncı fıkraya ilişkin itirazı değerlendiriyoruz.

5177 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 5. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 10. maddesine eklenen altıncı fıkraya göre,

“Maden Kanununun 10 uncu maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, maddeye dördüncü fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

Beyanlardaki hata ve noksanlıklar, idarenin tespiti ve sorumluların uyarılmasından itibaren iki ay içerisinde düzeltilir. Bu sürede gerekli düzeltmenin yapılmaması halinde teminat irad kaydedilir.

Gerçek dışı veya yanıltıcı beyanda bulunmak suretiyle bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını engelleyen ve haksız surette hak iktisabına sebep olan teknik elemanlar uyarılarak Maden Kanunu gereğince yapacakları beyanlar bir yıl süreyle geçersiz sayılır. Fiilin her tekrarında hak mahrumiyeti uygulamasına devam edilir. Uygulanan uyarı ve hak mahrumiyeti, teknik elemanın bağlı bulunduğu meslek teşekkülüne bildirilir.

Gerçek dışı veya yanıltıcı beyanda bulunmak suretiyle Kanun hükümlerinin uygulanmasını engelleyen ve haksız surette hak iktisap eden ruhsat sahiplerinin teminatları irad kaydedilerek iki katına çıkarılır. Bu fıkranın ikinci kez ihlâli halinde bir önceki ceza katlanarak uygulanır. Beş yıl içinde madde hükümlerinin üç kez ihlâl edilmesi halinde teminat irad kaydedilerek ruhsat iptal edilir.

Gerçek dışı ve yanıltıcı beyanlar yönetmelikte tarif edilir. Tarif edilen bu fiiller dışındaki hallerde bu madde hükümleri uygulanmaz.

Bu maddede belirtilen şekilde iktisap edilen haklar geri alınır.”

Anayasa Mahkemesi 5. maddeye ilişkin itirazı, “gerçek dışı ve yanıltıcı beyanlar” kavramlarının hem yasada açık bir biçimde gösterilmemesinin belirlilik ilkesine aykırılığı hem de gerçek dışı ve yanıltıcı beyanların neler olduğunun belirlenmesinin yönetmeliğe dolayısıyla idarenin takdirine bırakılması dolayısıyla, haklı bulmuştur.⁴⁰⁰

⁴⁰⁰ Dava dilekçesinde, iptali istenilen kural ile uyarı ve hak mahrumiyeti cezalarının verilmesi öngörülen “gerçek dışı ve yanıltıcı beyanlar”ın neler olduğunun kanunla düzenlenmesi gerekirken yönetmeliğe bırakılmasının suçların ve cezaların yasallığı prensibine, bu nedenle Anayasa'nın 2., 11. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür...Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz”, denilerek “suçun yasallığı”, üçüncü

Anayasa Mahkemesi'nin kararı oldukça isabetlidir. Çünkü burada karşılığında ceza uygulanacak ve suçu oluşturacak eylemlerin yönetmelikle belirleneceği aleni bir şekilde ifade edilmiştir. Böylelikle hem Yürütmenin/İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Yaratılmayacağı İlkesi ve hem de kişilerin yasak eylemleri ve bunlar karşılığında verilecek cezaları önceden bilmelerini sağlamak işlevinden yosun olan ve yönetmelikle belirlenecek olan “gerçek dışı ve yanıltıcı beyanlar” ibaresinin Belirlilik İlkesi'ne aykırılığı alenidir.

12.3.2009 tarihli ve **2009/16 E., 2009/46 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin a ve c bentlerine ilişkin itirazları değerlendirmiştir.

24. maddenin a ve c bentleri şöyledir;

“Tescil edilmiş coğrafi işaretler, bunların kullanım hakkına sahip olmayan üçüncü kişiler tarafından aşağıda yazılı biçimde kullanımları coğrafi işaret hakkına tecavüz sayılır:

a) Tescilli adın ününden herhangi bir biçimde yarar sağlayacak kullanımlar veya tescil kapsamındaki ürünleri andıran yada çağrıştırabilen ürünlerle ilgili olarak tescilli adın dolaylı veya dolaysız olarak ticari amaçlı kullanımı,

fıkrasında da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek “cezanın yasallığı” ilkesi vurgulanmıştır.

“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 ilişkin olmasını zorunlu kılar. Bu ilkenin 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 kuşkuya yer vermeyecek biçimde açık ve sınırlarının da belli olması gerekir.

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik” tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya 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, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını 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.

İptali istenen fıkra da gerçek dışı ve yanıltıcı beyanların neler olduğunun belirlenmesi yönetmeliğe dolayısıyla idarenin takdirine bırakılmakta, böylece yaptırım uygulanmasını sağlayacak eylemler belirsiz kılınmakta ve yönetmelikle suç oluşturulmaktadır. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır...İptali gerekir.”

c) Ürünün iç veya dış ambalajında, tanıtım ve reklamında veya ürünle ilgili herhangi bir yazılı belgede doğal veya esas nitelik ve özellikleri ile menşei konusunda yanlış veya yanıltıcı herhangi bir açıklama veya belirtiyeye yer verilmesi.”

Anayasa Mahkemesi söz konusu bentlere ilişkin itirazları, Anayasa'nın 38. ve 91. maddelerine dayanmak ve suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin ancak kanunla yapılabileceğini belirtmek suretiyle, haklı bulmuştur.⁴⁰¹

Anayasa Mahkemesi'nin kararı oldukça isabetlidir. Zira Anayasamızın 38. ve 91. maddeleri oldukça açık bir biçimde, suç ve ceza içeren hükümlerin yasa ile düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Belirtmeliyiz ki söz konusu karar, Anayasa Mahkemesi'nin, Kanun Hükmünde Kararnameler ile suç ve ceza içeren hükümlerin düzenlenemeyeceği yönünde açıkça iradesini koyduğu önemli bir karardır. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin bu konu hakkında genel kanısı, suç oluşturan eylemlerin, çerçevesi ve cezaları yasalarda gösterilmek şartıyla, KHKlar ile düzenlenebileceği yönündeyken, bu kararda Yürütmenin/İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Yaratılmayacağını mutlak suretle kabul etmiş bulunmaktadır.

Yürütmenin/İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Yaratamayacağı İlkesi ile bağlantılı olarak kısaca değinmemizi ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin kararlarına yer vermemizi gerektiren bir diğer konu, Anayasamızın 38/10. maddesidir.

Söz konusu maddeye göre,

“İdare kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.”

⁴⁰¹ “...Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında kimsenin, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı, üçüncü fıkrasında da ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisinin Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü hâller 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 düzenlenemeyeceği öngörülmüştür.

555 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin (a) ve (c) bentlerinde belirtilen eylemlere bu Kanun Hükmünde Kararname'nin 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 24/A maddesinde ceza yaptırımını öngörülmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığı gibi, bu eylemlere ceza öngören maddenin yasayla düzenlenmesi de bu sonucu değiştirmez.

Bu nedenlerle, itiraz konusu 555 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi yönünden incelenen aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin (a) ve (c) bentleri Anayasa'nın 38. ve 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”

Bilindiği gibi, idarenin görevleri arasında kamu güvenliği ve düzeni, kamu sağlığı ve ulusal servetin korunması anlamına da gelen idari düzeni korumak önemli bir yer tutar. Bu koruma idarenin, sahip olduğu yaptırım yetkisini kullanabilmesiyle sağlanabilir. Görev alanına giren hizmetlerini gereken şekilde, etkili ve zamanında yapabilmesi için bu yetkiye sahip olması zorunludur.⁴⁰² Dolayısıyla kanun koyucu, sadece adli anlamda suç ve cezalar koymak zorunda değildir. Bundan başka gerekli gördüğü alanlarda idari veya disiplin nitelikli suç ve cezaları da ortaya koyabilir.⁴⁰³ Bir başka ifadeyle, yasak kapsamına almak istediği veya yapılmasını sağlamaya çalıştığı bir hususta kanun koyucu, ihlali veya yerine getirilmemesi halinde bir fiili idari suç veya disiplin suçu yapabilir ve karşılığında yetkili makamca ceza uygulanmasını kanunda gösterebilir. Tabi burada suç ve cezanın ne olduğunun ve hangi idari makamca suçun tespit edilip ve cezasının uygulanabileceğinin yasada açıkça gösterilmesi şarttır.⁴⁰⁴ Bu anlamda idarenin, idari ihlaller karşısında re'sen idari yaptırım/cezalara hükmetmesi söz konusu olabilecektir fakat bu yetkinin kullanılması, kişilerin hürriyetleri aleyhine kullanılmayacaktır.

Zira, kişi hürriyetlerinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide, sadece mahkemeler ve hakimlerin vereceği kararla mümkündür ve idarenin böyle bir yetkisi yoktur.⁴⁰⁵ Fakat Anayasamız 38/10. maddesinde bu konuya Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından istisna getirilebileceğini öngörmüştür. Nitekim söz konusu istisnalar, Silahlı Kuvvetler İç Hizmet Kanunu'nun 13/3. maddesi (*Disiplinin muhafazası ve idamesi için, hususi kanunlarla cezai ve hususi kanun ve nizamlarla, idari tedbirler alınır.*) dayanak olmak suretiyle Askeri Ceza Kanununda gösterilmiştir.

Askeri Ceza Kanunu'nun 19. maddesine göre,

“Disiplin yoluyla aşağıda yazılı olan hapis cezalarından başka hürriyeti tahdit eden hiçbir ceza verilemez.

Göz ve oda hapsi olarak dört hafta...ceza verilebilir.”

Nitekim, *“Disiplin Cezalarının Nevileri”* başlıklı 165. maddede, aynı kanunun 23. maddesinde kısa süreli hapis cezası olarak tarif edilen oda ve göz hapsi cezalarının, disiplin

⁴⁰² OĞURLU., “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım- Ceza Yaptırımı Ayrımı” , <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/YOgurlu.html>

⁴⁰³ Kısmi bir düzeni korumak amacıyla (bir meslek grubunda çalışanlar arasında düzeni ve birliği sağlamak için) müeyyide altına alınan fiiller, disiplin cezasını gerektiren hareketlerdir. Disiplin suçları bu şekilde tanımlandığında, bir ülkede yaşayanların hepsine birden hitap eden genel sosyal düzeni korumak maksadını güden idari ceza ve tedbirler ile disiplin cezaları ve tedbirleri arasındaki fark da belirtilmiş olur.

DÖNMEZER/ERMAN, s. 340-341,

⁴⁰⁴ ŞEN, 1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararları – Ceza, Beta, s. 209

⁴⁰⁵ ŞEN, 1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararları – Ceza, s. 203

cezası olarak verilebileceği ve “*Disiplin Cezası Verme Salahiyeti*” başlıklı 168. madde ile de her amirin, emri altındaki şahıslara disiplin cezaları vermeğe yetkili olduğu düzenlenmekle, oda ve göz hapsi cezalarının idare tarafından verilebileceği hususu açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ **Madde 23 :** (Değişik madde: 15/06/1942 - 4257/1 md.)

A) Kısa hapis cezaları üç türdür:

- 1 - Göz hapsi;
- 2 - Oda hapsi;
- 3 - (Mülga bent: 22/03/2000 - 4551 S.K./38 md.).

B) (Değişik fıkra: 22/03/2000 - 4551 S.K./3 md.) Subay, astsubay, Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Devlet memurları, uzman jandarma ve uzman erbaşlar hakkında:

1. Dört haftaya kadar göz hapsi,
 2. Dört haftaya kadar oda hapsi,
- Cezaları verilebilir.

C) Erbaş ve er hakkında:

- 1 - Dört haftaya kadar oda hapsi;
- 2 - (Mülga bent: 22/03/2000 - 4551 S.K./38 md.)

D) (Değişik fıkra: 22/03/2000 - 4551 S.K./3 md.) Askeri öğrenciler hakkında: (Askeri orta ve lise ile eşiti okullar öğrencileri hariç) dört haftaya kadar oda hapsi cezası verilebilir.

E) Kısa hapis cezalarında maaş ve tahsisat tam olarak verilir.

GÖZ VE ODA HAPSİ CEZALARININ MAHİYETİ, NETİCELERİ VE YERİNE GETİRİLMESİ:

Madde 24: (Değişik madde: 22/03/2000 - 4551 S.K./4 md.)

Subay, astsubay, Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Devlet memurları, uzman jandarma ve uzman erbaşlar;

A) *Göz hapsi cezalarında;*

1. *Resmi daire, kışla, eğitim alanları ile sair yerlerdeki hizmetlerine devam ederler.*
2. *Hizmetin bitiminden sonra hiçbir yere gidemezler. Kışlada veya resmi odalarda kalırlar.*
3. *Hizmete ilişkin olanlar dışında hiçbir ziyaret kabul edemezler.*

B) *Oda hapsi cezalarında;*

1. *Mümkün olduğu takdirde cezayı tek başlarına belirli bir hapis odasında geçirirler.*
2. *Emir veremezler.*
3. *Genel hizmet yapamazlar.*

Askeri öğrenciler, oda hapsi cezasını belirli hapis odalarında topluca geçirirler. Hapis odalarının kapısında bir nöbetçi bulundurulur.

ERBAŞ VE ER HAKKINDA ODA VE ... CEZALARININ MAHİYETİ VE İCRASI:

Madde 25 : *Erbaş ve er : 1 - Oda hapsi cezasını muayyen hapis odalarında topluca geçirirler.*

2 - (Mülga fıkra: 22/03/2000 - 4551 S.K./38 md.)

3 - Hapis odalarının kapısında bir nöbetçi bulundurulur.

4 - (Mülga cümle: 22/03/2000 - 4551 S.K./38 md.). Onbaşı ve erler ağır askeri hizmetlerde kullanılabilirler.

Belirtmek gerekir ki burada Türk Silahlı Kuvvetlerine tanınan istisna, disiplin suçu ihdası değildir. Disiplin suçlarına, hürriyeti bağlayıcı cezalar verilmesine ilişkindir. Bu istisna da Anayasa'nın 38. maddesinde *“İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından, kanunla istisnalar getirilebilir.”* biçiminde düzenlenmiştir. Bunun anlamı, kanunların disiplin suçu saydığı eylemlere, idare kural olarak hürriyeti bağlayıcı müeyyideler uygulayamaz. Ancak Yürütme organının doğal uzantısı olan idare içinde yer alan Türk Silahlı Kuvvetleri'nin iç düzeni ve disiplinin sağlanması açısından kanunların gösterdiği disiplin suçlarına veya askeri kabahatlere karşı yaptırım olarak hürriyeti kısıtlayıcı disiplin cezaları verebilirler. Eğer yasalar her hangi bir eylemi disiplin suçu saymadıysa, devletin hiç bir organı, kurum veya kuruluşu, o eyleme hiç bir yaptırım uygulayamaz. Aksi halde Anayasanın yukarıdaki amir hükmü çiğnenmiş olur.⁴⁰⁷

Askeri Ceza Kanunu dışında tartışmalı olan ve hatta Anayasa Mahkemesi incelemesine konu olmuş olan bazı Kanunların çeşitli hükümleri de vardır.

Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bu tartışmalardan biri, Vergi Usul Kanunu açısından söz konusu olmuştur. **11.3.2003** tarihli ve **2002/55 E., 2003/8 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 4369 sayılı Kanun ile değiştirilen 359. maddesinde düzenlenen *“...altı aydan üç yıla kadar hapis cezası hükmolunur.”* bölümünü yerinde olarak ve *“...diğer taraftan iptali istenen kuralla getirilen özgürlüğün kısıtlanması idari bir uygulama sonucu olmayıp, kanunda belirtilen şartların yerine getirilmemesinden dolayı bağımsız yargı kararı ile hükme bağlanacak olan bir yaptırımdır.”* gerekçesiyle Anayasa'nın 38/10. maddesine aykırı bulmamıştır.⁴⁰⁸

Anayasa Mahkemesi'nin, **2000/43 E., 2004/60 K.** sayılı ve **4.11.2004** tarihli kararda incelediği diğer bir konu ise 2918 sayılı Trafik Kanunu açısından söz konusu olmuştur. Adı geçen kararda Yüksek Mahkeme, Trafik Kanunu'nun 112. maddesinin 1. fıkrasının Anayasa'nın 38/10. maddesi açısından Anayasa'ya aykırılığı hususunda, *“...Anayasa'nın 38.*

⁴⁰⁷ **YILDIRIM Ramazan,** Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31 adresinden 08.04.2009 tarihinde yararlanılmıştır.

⁴⁰⁸ **Madde 359:** a) Vergi Kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;
2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler (Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi gizleme demektir.) veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar (Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgedir.) hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası hükmolunur.

maddesinde yer alan "idarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağı"na ilişkin kuralın gerekçesinde, fıkranın kişi hürriyetinin ağır tahdidini teşkil eden hapis cezalarının yalnız mahkemelerce hükmedilebileceği, yani bunun bir "idari müeyyide" olarak (mesela disiplin cezası) idare tarafından uygulanamayacağı esasını getirdiği belirtilmektedir. Bu durumda, idareye yasayla hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında para cezası, disiplin cezası ya da belli bir haktan geçici olarak yoksun kılma gibi yaptırımlar uygulama yetkisi verilmesine Anayasal engel bulunmamaktadır." gerekçesiyle ret kararı vermiştir.⁴⁰⁹

Bir diğer tartışma konusu da Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinden kaynaklanmış ve söz konusu düzenleme hem Danıştay hem de Anayasa Mahkemesi incelemesinden geçmiştir.⁴¹⁰

Danıştay **1993/5052 E., 1995/2724 K.** sayılı ve **31.05.1995** tarihli kararında, "...Davacı, kanunların suç saydığı fiillerinden dolayı kanunla verilen cezasını çekerek tahliye olduğundan, idarece, genel güvenlik bakımından sakınca tespitinin cezası infaz edilen suçta dayandırılması ve bu suç için kanunla öngörülmediği halde davacının yurt dışına çıkma hürriyetinin kısıtlanması sonucu doğuran müeyyide uygulanması; hukukun genel ilkeleri, Anayasa ve 5682 sayılı Yasaya aykırı olup, dava konusu işlemin iptali gerekmektedir." gerekçesiyle temyiz istemini kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi ise bu konuya ilişkin ilk incelemesini **1963/190 E., 1963/100 K.** sayılı ve **29.04.1963** tarihli kararında yapmış fakat Yüksek Mahkeme, "...Memlekette ayrılmalarda siyasi emniyet (bugün yerini genel güvenlik kavramı almıştır) bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlerin yurt dışına seyahatlerine müsaade edilmemesi milli güvenlikle ilgili bulunmaktadır. Bir kimsenin Anayasa'nın 18 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca yurt içinde seyahatinin milli güvenliği sağlama amacı ile sınırlandırılması mümkün olduğu halde böyle bir kişiye yurttan çıkma müsaadesi verilmesi, hareket ve faaliyetlerinin tamamen denetim dışında kalması ve zararlı sonuçlar doğurması gibi sakıncalar sebebiyle, caiz görülemez. Kaldı ki, idareye verilen bu yetki sınırlıdır, İçişleri Bakanlığı bu sınırlı yetkiye dayanarak bir kimsenin memlekette ayrılmasında milli güvenlik bakımından sakınca bulunup bulunmadığını tespit edecektir. Bakanlığın yapacağı bu tespit

⁴⁰⁹ **Madde 112:** (Değişik birinci fıkrası: 8/3/2000 - 4550/2 md.) "Sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınması hariç olmak üzere bu Kanundaki; hafif para cezasını veya bununla birlikte hafif hapis cezasını, belgelerin geri alınması ve iptali veya işyerlerinin kapatılması cezasını gerektiren suçlarla ilgili davalara trafik mahkemelerinde, bunların bulunmadığı yerlerde yetki verilen sulh ceza mahkemelerinde bakılır."

⁴¹⁰ **Madde 22 :** "Yurt dışına çıkmaları; mahkemelerce yasaklananlara, memlekette ayrılmalarda genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlere, vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere (İptal ibare: Anayasa Mahkemesi'nin 08/11/2007 tarihli ve E. 2007/4, K. 2007/81 sayılı Kararı ile.) pasaport veya seyahat vesikası verilmez."

kazai denetime tabi olduğundan keyfi tasarruf endişesine de yer verilmemek gerekir.....Bir vergi borçlusunun yurt dışına çıkması, Devlet alacağını tahsilsiz hale getirebilir. Devlet gelirleri ile başarılacak kamu hizmetlerini ilgilendiren bu konuda kanun koyucunun, kamu yararına tedbirler almasında Anayasa'ya aykırılık düşünülemez. Borcunu ödemesi halinde seyahatine engel kalmayacak olan bir kimsenin borçlu olduğu sürece, yurt dışına çıkmasının yasak edilmesiyle seyahat hürriyetinin özüne dokunulmuş olamaz.” gerekçesiyle, iptal istemini reddetmiştir.

2007/4 E, 2007/81 K sayılı ve **18.10.2007** tarihli kararında ise Anayasa Mahkemesi, 22. maddede geçen “...vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere.” ibaresini iptal etmiştir. Gerekçesini 38. maddeye dayandırmadığı için, biz de burada iptal gerekçesine yer vermiyoruz.

“Yurt dışına çıkmaları, memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenler” ibaresine gelecek olursak ise, yasa koyucunun sadece böyle genel sınırlama nedenini yasada belirtmiş olması yeterli olmayıp, bundan ne anlaşılması gerektiğini, hangi hallerde genel güvenlik veya milli güvenlik bakımından bir mahzurun doğacağını, idarenin takdirine bırakmaksızın, düzenlemesi gerekirdi. Yasanın mevcut düzenlemesi, genel güvenlikten maksadın ne olduğunu ve kimlerin bu güvenliği zedelediğini belirlemeyi tamamen İçişleri Bakanlığının takdirine bırakmış olmaktadır.⁴¹¹ Dolayısıyla burada, idarenin kişi hürriyetini kısıtlaması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulaması söz konusu olmaktadır ve söz konusu hüküm Anayasa'nın 38/10. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

2.2.2.3.5. Örf ve Adetle Suç Yaratma ve Cezayı Ağırlaştırma Yasağı (Lex Scripta)

Özel hukuk alanında, pozitif hukukun yanı sıra örf ve adet hukuku da bağımsız bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmektedir. Ceza hukuku alanında ise, kişi hürriyeti bakımından ağır yaptırımlar söz konusu olduğundan, hukuki güvenlik her şeyden önce gelmektedir. Hukuki güvenlik ise, yasak olanın açıkça gösterilmesine bağlı olduğundan, ceza hukukunda örf ve adetin doğrudan bir kaynak değeri yoktur.⁴¹² Çünkü, suç ve cezaların, bireylerin hak ve özgürlükleri açısından, örf ve adet gibi içeriği belirsiz ve ne gibi emir yahut yasaklar getirdiği tam olarak bilinmeyen kurullarla düzenlenmesi doğru değildir. Kişimim meyın suç olduğunu

⁴¹¹ **KOCA Mahmut**, Tutuklamada Orantılılık İlkesi Çerçevesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak Yurtdışına Çıkarmama, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/MKoca1.html> adresinden 08.04.2009 tarihinde yararlanılmıştır.

⁴¹² **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 42

kolayca öğrenilmesi gerekli iken yazısız kurallar olan örf ve adetin, bu amacı gerçekleştirmesi güçtür.⁴¹³

Böylece, sınırsız bir gelenek hukukunun Ceza Kanunlarının güvence fonksiyonu ile bağdaşamayacağı açıktır. Ancak, gelenek hukukunun her hukuk dalında olduğu gibi Ceza Hukukunda etkili olduğu da bir gerçektir. Hukuk dallarının gösterdiği nitelik farkları, gelenek hukukunun etkisi bakımından görülür. Ceza hukukunda “Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi” geçerli olduğuna göre, gelenek hukuku suç yaratamaz, kanunda mevcut olan cezayı artırıcı bir etki gösteremez.⁴¹⁴

Buna karşılık, örf ve adetin hukuk kaynağı olduğu diğer hukuk dallarına açık veya örtülü biçimde atıf yapan bazı ceza hükümleri yönünden de örf ve adet belirli bir etkiye sahiptir. Nihayet doktrin, ceza kanunlarının yorumu yönünden örf ve adete büyük önem vermektedir. Özellikle çeşitli sosyal ortamlarda değişik biçimlerde değerlendirilen ve esnek, yani çeşitli yorumlara elverişli olan fiiller yönünden durum böyledir. Örneğin, kanunun şereften, saygınlıktan (haysiyetten), genel ahlak ve adaptan söz ettiği durumlarda olduğu gibi.⁴¹⁵

Belirtmek gerekir ki Yargıtay, elma hırsızlığına ilişkin bir davada, çalma eyleminin ihlal ettiği hukuksal değer, toplumda yaygın ve temel anlayışa göre, belli ve gözetilebilir düzeyde zarara uğramadığını kabul ederek, örf ve adet kurallarından somut olayda yararlanmışır.⁴¹⁶

2.2.2.3.6. Geçmişe Yürüme Yasağı (Lex Praevia)

2.2.2.3.6.1. Genel Olarak

Kanunilik İlkesi’ne bağlı olarak ortaya çıkan, klasik garanti araçlarından biri de “Geçmişe Yürüme Yasağı”dır. Bu yasak, geriye dönük olarak, aleyhe olan yasa ya da cezanın uygulanmasını yasakladığı gibi, geçmişe yönelik olarak suç yaratılmasını da yasaklar. Bu yasağın tek istisnası ise, söz konusu yasanın sanığın lehine olmasıdır.⁴¹⁷

Böylece, geriye yürüme yasağı, sadece işlendiği zaman suç sayılmayan eylemin sonradan cezalandırılmasını önlediği gibi, cezayı ağırlaştırıcı veya sanığın hukuki durumunu kötüleştiren, ceza almasını kolaylaştıran hükümlerin de geriye yürümesini engeller. Örneğin,

⁴¹³ **ERCAN İsmail**, Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler, İkinci Sayfa Yayıncılık, 2008, s. 13,14

⁴¹⁴ **ÖNDER**, s. 61

⁴¹⁵ **TOROSLU**, Ceza Hukuku Genel Kısım,1991, s.45

⁴¹⁶ **ERCAN**, s.14

⁴¹⁷ **FOSTER Nigel G., SULE Satish**, German Legal System & Laws, Oxford University Press, 2002, s. 299

kusur sorumluluğunu kaldırıp, objektif sorumluluğu benimseyen sonraki hüküm de geçmişe yürümez.⁴¹⁸

Diğer bir deyişle, bir fiilin suç sayılması ve onu işleyene ceza verilebilmesi için; o fiilin işlenmesinden önce yayınlanan ve yürürlüğe giren yasanın, fiili suç saymış ve karşılığında verilecek cezayı belirlemiş olması gerekmektedir. Tersine bir çözüm yolu, yani önceden suç sayılmayan fiillerin sonradan yayınlanan bir yasayla suç sayılıp cezalandırılmaları bireylerin özgürlüklerini sınırlandıracaktır. Çünkü işlemeyi tasarladıkları fiillerin mevcut yasalara uygun olduklarını bilmelerine rağmen belki daha sonra yayınlanacak bir yasayla fiillerin suç haline gelebileceği endişesiyle bireyler, söz konusu fiilleri işlemekten çekinecekler, bunun sonucu olarak da özgürlükleri sınırlanmış olacaktır.⁴¹⁹

⁴¹⁸ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 207

⁴¹⁹ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2002, s. 187,

Ceza yasalarının, geçmişe yürüyüp yürümeyeceği hususunda, iki görüş bulunmaktadır.

Klasiklere göre; *“Bir fiil işlendikten sonra yürürlüğe giren bir kanun, o fiili suç saymış veya suçun cezasını arttırmışsa geçmişe şâmil olmamalıdır. Aksi takdirde, ferdî hak ve hürriyetler çok kuvvetli bir silâhın tehdidi altında kalmış olurlar. Aynı zamanda, sonradan meriyete giren bir kanunun geçmişteki hâdiselere tatbiki, meşru bir fiili suç saymışsa, suçların kanuniliği prensibine; suçun cezasını arttırmışsa, cezaların kanuniliği prensibine muhalif olur .”* Pozitivistlere göre ise; *“Suç, fert ve cemiyet hayatı için tehlikeli olan fiildir. Cemiyet ve ferdin hayat şartları değiştikçe suçun vasıfları da değişir. Devlet, bu değişiklikleri nazarı itibara alarak suçun yarattığı tehlike ile mütenasip hükümler koyar. Yürürlükteki kanunu, tehlike ile mütenasip yegâne kanun olduğu için, cemiyeti layıkıyla korumak maksadıyla, yürürlüğe girmesinden evvel veya sonra işlenmiş bütün fiiller hakkında tatbik etmek lâzımdır.”* ALACAKAPTAN, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, s. 35,

1989 yılında bir İngiliz vatandaşı, bir süredir ailesi ile birlikte yaşayan ayrı yaşamakta olduğu eşini görmeye gitmiş; ayrı yaşadığı eşinin iradesi olmaksızın cinsel saldırıya teşebbüste bulunmuş, aynı zamanda eski eşine saldırmış, iki eliyle boğazını sıkmıştır. Bu kişi, cinsel saldırıya teşebbüs ve vücut bütünlüğüne zarar verme nedenleriyle itham edilmiş ve suçlu bulunmuştur. İngiliz vatandaşı, mahkemede daha önceden de ileri sürülmüş olan iddiayı öne sürerek, olayların meydana geldiği tarihte evlilik içinde cinsel saldırının İngiltere’de suç olmadığını ifade etmiştir.

Gerçekten de o dönemde İngiliz mevzuatı cinsel saldırıyı sadece bir kadın ile onun rızası hilafına ve hukuka aykırı şekilde bir ilişki olması durumunda cezalandırmıştır. (1976 tarihli değişik Cinsel Suçlar Yasası)

Bunu takiben, evlilik içinde zorla cinsel ilişkinin suç olup olmadığı tartışılmaya başlanmıştır.

1990 yılına kadar çeşitli İngiliz mahkemeleri, evlilik birliğinin özelliği gereği, bir kadının kocasına evliliğin devamı süresince cinsel ilişkide bulunmak açısından rıza gösterdiğini ve kadının bu durumu tek taraflı iradesiyle ortadan kaldıramayacağını ifade ederek bir kocanın karısıyla zorla cinsel ilişkide bulunmasından dolayı suçlanamayacağına hükmetmiştir.

Ancak İskoçya mahkemesi,eğer taraflar artık birlikte yaşamıyorlarsa bu görüşe başvurulamayacağı kararını vermiş ve 1989 yılında, kadının şikayetçi olduğu fiil açısından gerçekten rıza gösterip göstermediğinin araştırılması gerektiğine ve kadının örtülü rızasının varlığının bir karine olduğuna hükmetmiştir.

Belirtmek gerekir ki, geçmişe uygulama yasağı, ceza kanunlarının özel kısımlarındaki hükümlerle sınırlı değildir. Başka bir anlatımla, bir fiilin sadece suç haline getirilmesi veya cezanın daha ağırlaştırılması, bu ilkenin tek konusunu teşkil etmez. Suçun unsur veya cezanın sonuçlarındaki değişiklikler de ilkenin kapsamı içindedir. Aynı nedenlerle suça etki eden haller de geçmişe uygulama yasağının sınırları içinde kalmaktadır. Genel kısımda failin aleyhine olarak yapılan değişiklikler de geçmişteki olaylara uygulanmaz.⁴²⁰

Hukukumuz açısından, ceza hukukunda geçmişe yürüme yasağı, hem Anayasamız hem de Ceza Kanunumuzda yer bulmuştur.

Başvurucu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi huzurunda, İngiliz Mahkemelerinin, yürürlükte olan kanunu yorumlamak ve cinsel saldırı suçunun tanımını geniş bir şekilde anlamlandırmak suretiyle cinsel saldırı tanımının içine, daha önce suç olarak kabul edilmeyen eylemlerin de dahil edildiğini ileri sürmüştür.

Hem Avrupa Komisyonu hem de Mahkeme, İngiliz Mahkemelerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7/1. maddesini (Hiç kimse, işlediği zaman hem ulusal hem de uluslararası hukuka göre suç olmayan bir eylemden dolayı cezalandırılmaz.) ihlal etmediğine hükmetmiştir. Bunun yanında komisyon, başvuruda bulunan tarafın karısının birlikte yaşamaktan çekindiğini ve fiili anlamda (de facto) olarak ayrılığın söz konusu olduğunu ve tarafların boşanma eşliğinde olduğunu da göze alarak şunları eklemiştir :

“...Mahkemelerin hüküm kurarken, kadının rızasının bulunduğunu varsayan karineyi temel alan görüş artık taraftar bulamamaktadır. Özellikle, gerek evlilik birliğinde ve gerek toplumda, kadının erkekle eşit statüde olduğu ve kendi vücudu üzerlerinde özerkliğe sahip olduğu anlayışı modern toplumda kabul görmektedir...Başvuruda bulunan açısından da bu bahsedilenler, cinsel saldırı suçu açısından uygun bir hukuki danışmayla bilinemeyecek, öngörülemez hususlar değildir.”

Komisyon sonunda şu görüşe ulaşmıştır :

“Başvuran tarafın iç hukuka göre yargılanması sırasında yerel mahkemeler, zamanın sosyal şartlarını da göz önünde bulundurarak suç unsurlarının belirlenmesinde yasal sınırı aşmamışlardır...Bu durumda başvuran da işlendiği zaman yürürlükte bulunmayan bir fiilden dolayı suçlu bulunmamıştır.”

Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, cezai sorumluluğu içeren kuralların, (maddelerin) yargısal içtihatlar yoluyla yorumlanmasının, söz konusu yorumun suçun yasakladığı fiiller ile ilişkili ve öngörülebilir olması şartıyla, yasaklanabileceği şeklinde anlaşılamayacağına oybirliği ile hükmetmiştir.

Söz konusu dava açısından ise şunları ifade etmiştir :

“12 Kasım 1989 yılında yürürlükte olan kanuna göre hiç şüphe yoktur ki, karısını cinsel ilişkiye zorlayan koca, yargısal yorum yoluyla böyle bir davranış, suçun yapısı itibarıyla cinsel suçlar kapsamında değerlendirilecektir...Cinsel saldırı suçunun onur kırıcı niteliği o kadar aşikardır ki Temyiz Mahkemesi (Court of Appeal) ve Lordlar Kamarası'nın verdiği kararların, hiç kimsenin keyfi bir soruşturmaya, suçlamaya ve cezalandırmaya maruz bırakılmayacağını güvence altına alan Sözleşmenin 7. maddesinin amaçlarıyla aykırılıklar taşıdığı söylenemez. Dahası, karısına cinsel saldırıda bulunan bir kocanın, söz konusu fiilden dolayı soruşturmada bağışık tutulması gibi kabul edilemez bir düşüncenin terki, sadece daha modern bir evlilik anlayışıyla değil aynı zamanda insan onuru ve özgürlüğünün teminatı olan Sözleşme'nin temel amaçlarıyla da uyum içindedir.” CASSESE, s. 149,150,151

⁴²⁰ İÇEL/DONAY, s. 101

Bilindiği gibi 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin 1. ve 2. fıkraları, ceza hukuku bakımından kanunilik ilkesini tanımlamaktadır. Buna göre suç tanımında ve cezada suçun işlendiği zaman kanunu esas alınır. İşlendiği zamanın kanununa göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı ceza verilemez.⁴²¹

Ceza Kanunumuzun 7. maddesi de geçmişe yürüme yasağını açık bir şekilde ifade etmiştir.

Buna göre, *“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. Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.”*

YTCK m. 7'nin getirdiği bu düzenlemenin şu sonuçları bulunur:

- Eylem işlendiği sırada suç değilse, fail sonraki yasaya göre cezalandırılmaz.
- Suç olan eylem suç olmaktan çıkarılmışsa, fail yine cezalandırılmaz.
- Hüküm kesinleşmiş olsa bile, infaza son verilir ve hükmün ceza hukukuna ilişkin sonuçları ortadan kalkar. Ancak, diğer hukuk dallarına ilişkin sonuçları kendiliğinden kalkmaz.
- Fiil, önceki ve sonraki kanunlar bakımından suç olmak niteliğini koruyor ise her iki kanundan lehe olanı uygulanır ve infaz olunur.⁴²²

Bu durumda yasaların ilkin kendi içinde hükümleri ortaya konulacak, sonra lehte olanı uygulanacaktır. Aksine bir yaklaşımla, her yasadaki failin lehinde olan normları almak suretiyle, lehte olan hüküm yaratılmaya çalışıldığında, üçüncü bir yasa yaratmak olur ki, bu sonuç bu konudaki ilkelerle bağdaşmaz.⁴²³

2.2.2.3.6.2. Suçun İşlendiği Zaman ve Lehe Olan Kanunun Tespiti

Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi, Ceza Kanunumuz açısından yasak olan, failin aleyhine olan düzenlemelerin geçmişe yürümesidir. Yeni kanun, failin lehine düzenlemeler getiriyorsa, lehe kanun geçmişe yönelik biçimde uygulanabilir. Fakat böyle bir durumda, suçun işlendiği zamanın ve lehe olan kanunun tespiti gibi problemlerle karşılaşmak mümkündür. Şu halde, faile uygulanacak yasa, suçun işlendiği zamana göre belirlendiği için,

⁴²¹ AKILLIOĞLU, s. 284

⁴²² ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 207

⁴²³ YURTCAN, s. 33

suçun işlenme zamanı Ceza Hukuku açısından önemlidir; ve hareket ve neticeye göre farklı isimlerle adlandırdığımız suçlar açısından, suçun işlendiği zaman hülasası farklılıklar göstermektedir.

Bu anlamda, hareketin yapıldığı anda neticenin de meydana geldiği neticesi harekete bitişik veya şekli suçlarda, hareketin yapılmasıyla beraber netice de meydana gelmiş olduğundan, fiil o anda yürürlükte olan kanun tarafından cezalandırılır. Bu tip suçlar için herhangi bir sorun yoktur.⁴²⁴ Buna karşılık neticeli suçlarda ise, hareketin yapılması ile neticenin gerçekleşmesi arasında bir sürenin geçmesi söz konusudur. Bu suçlarda, kanunda açıklık bulunmaması nedeniyle suçun ne zaman işlendiğini belirleme bakımından üç görüş ileri sürülmüştür : Bunlar suçun, icrai ve ihmali hareketin yapıldığı zaman işlendiğini(hareket teorisi), netice ne zaman gerçekleşmişse o zaman işlendiğini (netice teorisi), son olarak da failin lehine olmasına göre hareketin veya neticenin gerçekleştiği anı (karma teori) esas alan görüşlerdir.⁴²⁵

Türk doktrininde hakim olan görüş, hareketin yapıldığı an suçun işlenmiş sayılmasıdır.

Mütemadi (kesintisiz) suç, neticenin hemen sona ermeyip zaman içinde devam ettiği suçtur. Kesintisiz suç, kesintinin gerçekleştiği gün işlenmiş sayılır ve o anda yürürlükte olan yasa uygulanır.⁴²⁶

Lehe olan yasanın tespiti hususuna geçecek olursak ise,

Lehe olan kanunun bulunması konusunda farklı düşünceler mevcut olsa da, hakim görüşüne göre mesele her somut olayda ayrı ayrı ele alınarak çözümlenmelidir. Bu görüşe göre, her iki ceza kanunu somut olaya ayrı ayrı uygulanacak, bu uygulama sonucunda elde edilen nihai cezalardan hangisi failin daha lehine ise faile o ceza kanunu tatbik edilecektir.⁴²⁷

Zaten bu konuda, Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 9/3. maddesi gerekli düzenlemeyi de yapmıştır.

Buna göre, *“Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir.”*

⁴²⁴ **SOYASLAN Doğan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara 2003, s. 114-115

⁴²⁵ **DEMİRBAŞ**, s. 124

⁴²⁶ **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 116,

2002/115 E, 2002/66 K, 15.7.2002 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında, askerden firar etme eylemini Yerel Mahkeme ani ve mütemadi suç açısından değerlendirmiştir. Müteselsil suçlarda teselsülü oluşturan son hareket yapıldığı anda mevcut olan yasa uygulanacaktır. Keza itiyadi suçlarda, itiyadi tamamlayan son hareketin yapıldığı anda suç işlenmiş sayılacak aynı şekilde lehe ve aleyhe kanun sorunu olmayacaktır. **SOYASLAN**, s. 115-116

⁴²⁷ **ÖZCAN Onur**, Sanığın Lehine Olan Kanunun Uygulanmasında Yürürlüğe girme Anı Sorunu , YÜHFD, Cilt II, Sayı 2, Yıl 2005, s. 58

Doktrindeki hakim görüşe göre,

Bir fiili suç olmaktan çıkaran kanun lehe kanundur. Adli para cezası öngören kanun, hapis cezası öngören kanuna göre lehe kanundur. Daha az hapis veya adli para cezası öngören kanun lehe kanundur. Eski kanundaki hapis cezası yeni kanunda adli para cezası olarak değiştirilmişse, adli para cezasını ihtiva eden kanun lehedir. Nitelik ve türü aynı olan cezaların aşağı yukarı sınırı varsa:

- Yukarı sınır aynı, aşağı sınır farklı ise, örneğin A kanunu 3-6 yıl; B kanunu ise 4-6 yıl hapis cezası öngörüyorsa, aşağı sınırı az olan A kanunu lehedir.

- Aşağı sınır aynı, yukarı sınır farklı ise, örneğin A kanunu 1-4 yıl; B kanunu 1-6 yıl hapis cezası öngörmüşse, yukarı sınırı az olan, yani A kanunu lehe kanundur.⁴²⁸ Alt ve üst sınırları farklı ise (3 ay 5 yıl, 5 ay 3 yıl gibi) nasıl bir uygulama yapılacağı tartışmalıdır.

Kanımızca, en fazla yukarı sınıra kadar cezaya hükmedilmesi söz konusu olduğundan, yukarı haddi az olan cezayı içeren yasa lehe olmalıdır.

Burada değinilmesi gereken diğer bir nokta da Ceza Kanunumuzun 7/3. maddesidir. Dikkat edilirse bu maddede, özellikle erteleme ve şartlı salıverme hükümlerinin, eğer failin durumunu ağırlaştıran hükümler içeriyorlarsa, geçmişe yürüme yasağına tabi olduğu belirtilmiştir. Başka bir anlatımla, infaz rejimine ilişkin yasa değişiklikleri “*derhal uygulama*” kuralına bağlı oldukları halde, burada bu kurumlar için ayrıksı bir durum yaratılmıştır.

2.2.2.3.6.3. Lehe Olan Kanunun Uygulanmasının Yargılama Aşamalarındaki Durumu

Cezayı kaldıran veya hafifleten kanun, henüz yargılanmamış suçlar için olduğu kadar, kesin hükme bağlanmış mahkûmiyetler, yargılanmış ve hatta cezası çekilmekte olan suçlar hakkında da uygulanır.⁴²⁹

Burada doktrinde tartışmalı olan husus, kesin hükme bağlanmış mahkûmiyetler açısından da lehe kanunun uygulama alanı olup olmadığıdır. Hakim olan görüş, lehe olan kanunun, kesin hükme bağlanmış mahkûmiyetler açısından da etkili olacağı yönünde olmasına rağmen, aksi görüşte olan yazarlar da vardır.

İÇEL/DONAY’a göre, “*Failin yararına olan kanunun geçmişe uygulanması kuralının hükmün kesinleşmesine kadarki süre içinde yürürlüğe giren kanunlarla sınırlandırılması gerekir. Çünkü, kesin hükümden sonra kanunların geçmişe yönelik biçimde yürürlüğü kesin*

⁴²⁸ HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 37,38

⁴²⁹ ÖZCAN, s. 57, 58

hükmün niteliği ile bağdaşmaz. Aksi takdirde cezanın infazına başlanmış ve onu topluma yeniden kazandırmak için gerekli tretmana geçilmiş hükümlü hakkında, bu tretmanın sonucunun alınmasını beklemeksizin salıverilmesi veya ceza süresinin indirilmesi gerekecektir. Bunun ise genel ceza ve infaz hukuku ilkelerine aykırı olması yanında, kanunilik ilkesi ve dolayısıyla lehe olan kanunun uygulanması kuralı ile ilgisi yoktur.”⁴³⁰

Biz bu görüşe katılmanın pek mümkün olmadığı kanısındayız. Zira, lehe hükmün geçmişe uygulanmasının arkasındaki mantık, fiilin, toplumda eskisi kadar tepki uyandırmaması ve artık kanun koyucunun söz konusu fiili, daha önce gördüğü ağırlıkta görmemesidir. Böylece, kanun koyucunun söz konusu fiili eskisi gibi ağır bir şekilde cezalandırmada yarar görmediği bir fiile, sırf kesin hükme bağlanmış olması nedeniyle, lehe hükümlerin uygulanmaması adalet ve eşitlik prensipleriyle pek de bağdaşır nitelikte değildir. Zaten 5237 sayılı Ceza Kanunumuzun 7/1. maddesi de bizim görüşümüzü destekler niteliktedir. Buna göre, “...böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.”

Değinilmesi gereken diğer bir husus da, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen, failin lehine sonuç doğurabilecek iptal kararlarının nasıl bir sonuç doğuracağıdır. Bu konuda kanunumuzda açık bir düzenleme yoktur. Fakat, doktrindeki, bu konuyla ilgili görüşleri ikiye ayırmamız mümkündür.

Bir görüşe göre, bir ceza hükmü Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilirse, iptal kararı geriye yürümelidir. İptal sonucunda daha az ceza verilmesini gerektirir bir hüküm varsa mahkumun yargılamanın iadesini istemek hakkına sahip olması gerekir. Sorunun bu biçimde çözümlenmesi aynı zamanda eşitlik ilkesinin de gereğidir. Çünkü, aynı fiili iptal kararından önce işleyenler ile sonra işleyenlerin farklı ceza görmeleri ya da sonrakiler cezalandırılmazken, öncekilerin cezalandırılması eşitlik ilkesiyle de bağdaşmaz.⁴³¹

İkinci görüş sahipleri, ceza yasalarında da iptal kararlarının geriye yürümemesi gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, iptal kararlarının geriye yürümesi kabul edilirse, iptal kararından önce mahkum olanların cezalarının infazına devam edilirken, iptal kararından önce aynı suçtan henüz mahkum olmamış kişiler suçsuz kabul edilecektir, bu farklı uygulama kabul edilemez.⁴³²

⁴³⁰ İÇEL/DONAY, s. 105,106

⁴³¹ ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Mahkemesince Verilen İptal Kararlarının Zaman İçindeki Etkisi, AİD (Amme İdaresi Dergisi) Cilt 23, Sayı 3, Eylül 1990'dan ayrı bası, Ankara -1990, s. 8

⁴³² ALİEFENDİOĞLU, s. 8

Kanımızca, Kanunilik İlkesi'nin özüne ve Ceza Kanunumuzun 7. maddesine uygun olan görüş, failin lehine sonuç doğuracak Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geçmişe etkili olması gerektiğidir.

Zira, hükümlü lehine sonuç doğuran Anayasa Mahkemesi kararları, kesinleşmiş mahkumiyet kararlarını da etkiler. Mahkumiyetin dayandığı kuralın iptali ile eylemin suç olmaktan çıkması durumunda, ceza genel af yasasında olduğu gibi bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.⁴³³ Bunun yanı sıra, iptal kararıyla Yüksek Mahkeme önüne gelen hukuki sorun, hukuka aykırı bulunmuş ve son inceleme mercii tarafından nihai olarak çözüme kavuşturulmuş olmaktadır. Bu anlamda, hukuka aykırılığı tespit edilmiş ve iptaline karar verilmiş bir yasa ya da kuralın, muhataplara uygulanmaması ağır hak ihlallerine neden olur. Bu nedenle, ikinci görüşe katılmak mümkün değildir.

Failin durumunu ağırlaştıran Yargıtay kararlarının geçmişteki olaylara uygulanabilip uygulanamayacağı hususuna gelecek olursak, belirtmeliyiz ki, bu konuda doktrinde tartışmalıdır.

Ancak kanımızca Yargıtay, ceza kanununun bir hükmünün yorumlanmasında içtihadı birleştirme yoluyla çok önemli bir değişiklik yapmışsa ve bu yeni kararlar failin durumunu ağırlaştırmakta ise, bunun geçmişteki olaylara uygulanmasına olanak tanınmamalıdır. Aksi takdirde ceza kanununun failin zararına olarak geçmişe uygulanması ile eşdeğerde bir durum yaratılmış olacaktır.⁴³⁴

Yeri gelmişken Geçmişe Uygulama Yasağı hakkında, Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlara da değinmek gerekir.

26.2.1974 tarihli ve **1973/45 E., 1974/7 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi ve bu kanuna bazı maddeler eklenmesi hakkındaki 30/4/1973 günlü, 1711 sayılı Kanunun geçici maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi ve bu kanuna bazı maddeler eklenmesi hakkındaki 30/4/1973 günlü, 1711 sayılı Kanunun geçici maddesine göre;

“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

⁴³³ ALİEFENDİOĞLU, s. 9

⁴³⁴ İÇEL/DONAY, s. 101, 102

*maddelerde değişiklik yapan hükümler, kanunun yürürlüğünden önce mevcut dava ve işlerde de uygulanır... ”*⁴³⁵

Anayasa Mahkemesi geçici maddeye ilişkin itirazı, Geçmişe Yürüme Yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle, haklı bulmuştur.⁴³⁶

Yüksek Mahkeme'nin kararı oldukça yerindedir. İptali istenen hüküm, daha önceden yasa ile belirlenmiş cezayı, failin aleyhine olarak sonradan artırmayı öngörmektedir. Böyle bir düzenleme, aleyhe hükümlerin, geçmişe uygulanması ilkesine açık bir şekilde aykırıdır.

20.9.1990 tarihli ve **1990 /17 E., 1990/23 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Yasası'na 3506 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle eklenen ve 3591 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle birinci fıkrasındaki 30 rakamını 75 olarak değiştiren Ek 2. maddeye ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

Türk Ceza Yasası'na 3506 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle eklenen ve 3591 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle birinci fıkrasındaki 30 rakamını 75 olarak değiştiren Ek 2. maddeye göre,

“Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, Ek 1 inci madde kapsamına giren para cezaları; 1988 yılı Bütçe Kanununda 84 olarak belirlenen memur maaş katsayısının artırılması halinde, Bütçe Kanununda her 75 puan artış, bir birim olarak kabul edilerek, Ek 1 inci maddeye göre tespit edilen ceza miktarlarının, bulunacak birim sayıyla çarpılması suretiyle belirlenir. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra kabul edilecek kanunlardaki para cezaları için de müteakip yıllar, Bütçe Kanununda belirlenen katsayı miktarlarında artırma yapıldığı takdirde birim sayısının tespitinde başlangıç olarak, o kanunun yürürlüğe girdiği tarihteki Bütçe Kanununda geçerli olan devlet memurları aylıkları katsayısı esas alınır.”

⁴³⁵ **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.”

⁴³⁶ “...Görülüyor ki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa 1711 sayılı Kanunun 2. maddesiyle eklenen 113/A maddesi böyle bir eyleme verilebilecek cezayı artırmış ve yine 1711 sayılı Kanunun geçici maddesindeki itiraz konusu kural ağırlaşan cezanın Kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş suçlara da uygulanmasını zorunlu kalmıştır. Anayasanın cezaların kanunî ve şahsî olmasını öngören ve zorlama yasağı getiren 33. maddesinin üçüncü fıkrasına göre ise kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez, itiraz konusu kuralın bu ilkeye aykırı düştüğü apaçık ortadadır. Yine bu kuralın Anayasanın 2. maddesindeki Hukuk Devleti ilkesiyle bağdaştırılması düşünülemez.

Şu duruma göre, 1711 sayılı Kanunun 2. maddesiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa eklenen 113/A maddesinde yazılı cezanın kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dava ve işlerde de uygulanmasını öngören kuralı oluşturan 1711 sayılı Kanunun geçici maddesindeki "bu kanunla eklenen 113/A maddesi ile..." deyiminin, oluşturduğu kuralın, Anayasanın 2. ve 33. maddelerine aykırı bulunması dolayısıyla, iptal edilmesi gerekir.”

Anayasa Mahkemesi söz konusu itirazı, Geçmişe Yürüme Yasağı'na ilişkin herhangi bir ihlalin olmadığı gerekçesiyle, reddetmiştir.⁴³⁷

Anayasa Mahkemesi, geçmişe yürüme yasağı hususunda doyurucu bir gerekçe belirtmemiş, karmaşık ve anlaması güç ifadeler kullanmıştır.

Biliyoruz ki geçmişe yürüme yasağı açısından önemli olan “suçun işlendiği zaman”dır. Bu anlamda, aynı tarihte suç işleyen kişiler açısından, bu kişilerin farklı tarihlerde yakalanmaları nedeniyle değişik tarihlerde mahkum olmaları, ceza miktarlarının değişeceği manasına gelmez. Bu anlamda yerel mahkemenin iptal talebi gerekçesinde, iptal gerekçesi olarak belirttiğinin tersine, örneğin 1990 yılında suç işlemiş olan bir kişinin 1992 yılında yakalanıp yargılanmaya başlaması durumunda, elbette ki suçun işlendiği zaman öngörülmüş olan ceza uygulanacak ve bu ceza, Ek 2. maddenin getirmiş olduğu hükümler ileri sürülerek, ağırlaştırılamayacaktır. Şu halde, bir genel kural olarak Geçmişe Yürüme Yasağı, iptali istenen hüküm uygulanırken evleviyetle göz önünde bulundurulacaktır.

20.9.1999 tarihli ve **1999/10 E., 1999/22 K.** sayılı kararda Anayasa Mahkemesi, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 4369 sayılı Yasa ile değiştirilen 359. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 4369 sayılı Yasa ile değiştirilen 359. maddesine göre;

*“...Hükmolunan hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde, hapis cezasının her bir günü için, sanayi sektöründe çalışan on altı yaşından büyük işçiler için hüküm tarihinde yürürlükte bulunan asgari ücretin bir aylık brüt tutarının yarısı esas alınır ve hükmolunan bu para cezası ertelenemez.”*⁴³⁸

⁴³⁷ “Anayasa'nın 38. maddesinin içeriğiyle itiraz konusu kural karşılaştırıldığında, bir kimseye suçu işlediği zaman yasada o suç için konulmuş cezadan daha ağır bir ceza verilmesinin düşünüldüğünü ya da amaçlandığını gösteren belirti yoktur. Para cezalarının caydırıcı etkisini artırmak ve para değerindeki düşüşün para cezalarına etkisini önlemek için 5435 sayılı Yasadan sonra bu Yasa'yı değiştiren 2248 ve 2790 sayılı Yasaların yürürlüğe konulduğu bilinmektedir. 5435 sayılı Yasa'nın bu hususu açıklayan 3. maddesinde, para cezalarındaki artışın suçun türüne, görev ve yetki belirlemesiyle yasa yollarına başvurmaya ilişkin hükümlerine dokunmadığı belirtilmiştir. 5435 sayılı Yasa, para cezası koyan yasanın yayım gününe göre uygulanacak katsayıyı saptayarak para değerindeki düşme nedeniyle caydırıcı etkisini yitirme düzeyinde azalan para cezalarına katsayı ekleyerek oranını artırmıştır..... İçinde bulunulan yılın son günü suç işleyen kimseyle gelecek yılın ilk günü suç işleyen kişilere verilecek para cezalarının farklı olması doğaldır. Yasaların yürürlük günleri ayrı olunca, ayrı yasalar kapsamındaki cezaların da ayrı olması olağandır. Aynı durum 5435 sayılı Yasa ve bunun değişiklikleri için de söz konusudur. Yasa koyucu, her düzenlemede bir başlangıç günü saptamak ve ondan önceki gün ile o gün arasındaki kimi zaman oldukça önemli farklı durumu belirlemek zorunda kalmaktadır...”

⁴³⁸ Dikkat edilmelidir ki, daha önce Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bu hüküm, bu defa 4369 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle dava konusu olmuştur.

Anayasa Mahkemesi 360. maddeye ilişkin itirazı, suç işleyen kişinin suçu işlediği tarihte, bu suç karşılığı olarak alacağı cezayı bilmesi gerekliliğine dayanarak ve “*hüküm tarihinde*” ibaresinin bu açıdan belirsizlik yarattığını ifade ederek, Belirlilik İlkesi açısından haklı bulmuştur. Anayasa Mahkemesi’nin gerekçesini yukarıda vermiş olduğumuzdan, burada tekrar gerekçeye yer vermiyoruz.

Daha önce yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, Anayasa Mahkemesi’nin kararı ve gerekçesi oldukça yerindedir. Ancak burada kanımızca Geçmişe Yürüme Yasağı açısından da değerlendirme yapmak gerekir. Dikkat edilecek olursa, iptale ilişkin düzenlemede, “sanayi sektöründe çalışan on altı yaşından büyük işçiler için “*hüküm tarihinde*” yürürlükte bulunan asgari ücretin bir aylık brüt tutarının yarısının” esas alınacağı belirtilmekle, Geçmişe Yürüme Yasağı’nın da dava konusu olayın özelliklerine göre ihlal edilebileceği görülür. Zira, genel kural gereğince, bir kimse ancak işlediği zaman yürürlükte bulunan bir cezayla cezalandırılabilir gibi, suçun işlendiği zamandan daha ağır bir ceza ile de cezalandırılmaz. Şu halde, hüküm tarihindeki asgari ücret tutarı, suçun işlendiği zamana göre daha ağır olabilir ve böyle bir durumda geçmişe yürüme yasağı mutlak suretle uygulama alanı bulur. Söz konusu düzenleme bu yönden de Anayasa’nın 38. maddesine aykırılıklar oluşturur.

6.7.2000 tarihli ve **2000/21 E., 2000/16 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 4369 sayılı Yasa ile eklenen Geçici 21. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 4369 sayılı Yasa ile eklenen Geçici 21. maddesine göre;

“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.”

Anayasa Mahkemesi 21. maddeye ilişkin itirazı, söz konusu düzenlemenin Geçmişe Uygulanma Yasağına aykırılık içerdiği gerekçesiyle, haklı bulmuştur.⁴³⁹

⁴³⁹ “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” denilmektedir. Bu kuralın yalnız görülmekte olan davaları değil, infazı gereken mahkûmiyet kararlarını da kapsadığında duraksamaya yer yoktur. Ceza hukukunun bu ilkesi çağdaş hukukun temel ilkelerinden biri olduğu gibi adaletli bir hukuk düzeninin de gereğidir...Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. ”

Anayasa Mahkemesi'nin kararı isabetlidir fakat, Anayasa Mahkemesi söz konusu iptal kararını Eşitlik İlkesi'ne dayanarak vermiştir. Kararda “Aleyhe Hükümlerin Geçmişe Uygulanması Yasağı”na değinilmiş ve TCK'nın 2. maddesinde yer alan “Failin Lehine Hükümlerin Uygulanması Gerekliği” açısından, Anayasa'nın 38. maddesiyle incelenen konunun bir ilgisi görülmemiştir. Oysa Anayasa'nın 38. maddesi “.....kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” şeklindeki düzenlemesiyle açıkça bu ilkeye yer vermektedir. Bu anlamda, aleyhe hükümlerin geçmişe uygulanması yasağının da hükmün iptalinin bir gerekçesi olması gerekirdi. Nitekim, bu konu ile ilgili teorik tartışmalara değindiğimiz bölümde de belirttiğimiz gibi, lehe hükmün geçmişe uygulanmasının arkasındaki mantık, fiilin, toplumda eskisi kadar tepki uyandırmaması ve artık kanun koyucunun söz konusu fiili, daha önce gördüğü ağırlıkta görmemesidir. Böylece, kanun koyucunun söz konusu fiili eskisi gibi ağır bir şekilde cezalandırmada yarar görmediği bir fiile, sırf kesin hükme bağlanmış olması nedeniyle, lehe hükümlerin uygulanmaması adalet ve eşitlik prensipleriyle pek de bağdaşır nitelikte değildir. 5237 sayılı Ceza Kanununun 7/1. maddesi de bizim görüşümüzü destekler niteliktedir. Buna göre, “ ...böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüştü infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.” Kararın verildiği dönem açısından da iptale konu olan hükmün, Anayasa'nın 38. ve TCK'nın 2. maddesine aykırılığı alenidir.

17.6.2004 tarihli ve **2000/24 E., 2004/82 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 4421 Sayılı Yasa'nın 5. Maddesiyle Değiştirilen 1.3.1926 Günlü, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Ek 2. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

4421 Sayılı Yasa'nın 5. Maddesiyle Değiştirilen 1.3.1926 Günlü, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Ek 2. maddesine göre;

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. ”

Anayasa Mahkemesi Ek 2. maddeyi salt Belirlilik İlkesi açısından değerlendirmiş ve daha önce izah ettiğimiz üzere, itirazı reddetmiştir. Kanımızca söz konusu kararda değerlendirilmesi gereken diğer bir husus da Geçmişe Yürüme Yasağıdır. Zira, madde metninde açıkça görüldüğü üzere, VUK'nun 298. maddesi uyarınca artırılacak olan para cezaları, 298. madde yürürlüğe girmeden önce, takvim yılı başına dönülerek belirlenen para

cezalarını da kapsamına almaktadır. Şu halde 298. madde yürürlüğe girmeden önce, para cezasını gerektirecek bir suç işleyen kişinin cezası, suçu işlediği tarihe göre değil 298. madde gereğince, geçmişe dönük olarak artırılarak uygulanacaktır. Bu nedenle söz konusu düzenleme, bu yönüyle de Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olmaktadır.

2.3. Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması Yasası

2.3.1. Genel Olarak

17.10.2001 tarihli ve 24556 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanununun 15 inci maddesiyle Anayasanın 38 inci maddesine “*Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz*” hükmü eklenmiştir.⁴⁴⁰

Bu yeni hüküm dayanağını, "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye (AİHS) İlişkin, Bu Sözleşmede ve Bu Sözleşmeye Ek Birinci Protokolde Yer Alanlardan Başka Bazı Hak ve Özgürlükleri Tanıyan 4 Numaralı Protokol"de bulmaktadır. Söz konusu 4 No'lu Protokol, Türkiye tarafından onaylanarak iç hukuk normu haline getirilmiştir.⁴⁴¹

Protokolde yer alan hüküm ile Anayasa'ya eklenen düzenleme arasında esasa ilişkin bir fark bulunmamaktadır. Ancak protokolde, “*özgürlükten yoksun bırakılmama (ya da mahrum edilememe)*” dan söz edilirken, Anayasa'daki hüküm, “*özgürlükten alıkonulamama*” biçiminde kaleme alınmıştır. Bazı yazarlar, “*yoksun bırakılmama*” ifadesinin, “*alıkonulamama*” kavramından daha geniş bir anlam taşıdığını ve bu şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁴²

Dolayısıyla sadece fizik özgürlüğün fiilen kısıtlanmasının ötesinde, herhangi bir yoksunluğu öngören düzenlemeler de Protokole aykırı olacaktır. Bu itibarla yalnızca

⁴⁴⁰ **DİRİKKAN Hanife**, Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ile İcra İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz4-1/PDF/dirikkan1.pdf> , adresinden 24.02.2009 tarihinde yararlanılmıştır.

⁴⁴¹ **FEYZİOĞLU Metin**, Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması – Anayasa ve Ceza Hukukları Açısından Bir İnceleme – <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/ceksucu.htm> adresinden 10.02.2009 tarihinde yararlanılmıştır.

⁴⁴² **SOYER GÜLEÇ**, s. 23

sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilememesi nedeniyle kişinin yakalanması, aranması, tutuklanması, hapsedilmesi vb. gibi bir tedbir veya ceza ile bireyin özgürlüğünden alıkonulması mümkün olmadığı gibi, onu seyahat, yurtdışına çıkma vb. gibi hareket özgürlüğü kapsamında kalan herhangi bir hakkını kullanmasından yoksun bırakmak da mümkün değildir.⁴⁴³ Bu anlamda, söz konusu düzenlemenin, bir iç hukuk normu haline getirmiş olduğumuz protokoldeki gibi anlaşılması gerekir.

Bunun dışında, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün ihlali halinde para cezasının verilip verilemeyeceği, para cezası söz konusu olduğunda bunun kişiyi, özgürlüğünden yosun bırakıp bırakmadığı dolayısıyla Anayasa'ya aykırılık teşkil edip etmediği de tartışmalıdır.

Bizim de katıldığımız fikre göre, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirilememesi nedeniyle para cezası ile cezalandırılan bir suçun öngörülmesi, sonuçta bu kişi hakkında bir ceza muhakemesi tedbirinin uygulanmasını gündeme getirebileceğinden, bu durum kişi özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuracaktır.⁴⁴⁴

Hemen belirtmek gerekir ki, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün mutlaka bir para borcu olması gerekmez. Herhangi bir edimin yerine getirilmesine ilişkin yükümlülükler de kapsam içinde değerlendirilebilir.⁴⁴⁵ Bu anlamda, kamu hukukundan kaynaklanan yükümlülükler (vergi yükümlülüğü gibi) ile kanundan yahut bir mahkeme kararından doğan yükümlülükler (nafaka gibi) bu hükmün kapsamı dışındadır.⁴⁴⁶

Şu halde, Anayasaya eklenen bu fıkranın uygulanabilmesi için;

- yükümlülüğün bir sözleşmeden doğmuş olması,
- sözleşmenin özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan bir sözleşme olması,
- ilgilinin sözleşmeden doğan yükümünü iyi niyetle yerine **getirememiş** olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu koşullar birlikte gerçekleşmişse kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakacak herhangi bir tedbir veya müeyyidenin uygulanması mümkün değildir. Bu itibarla yasa koyucu, bu kapsamda kalan bir fiilden dolayı kişiyi özgürlüğünden alıkoyacak bir düzenleme yapacak olursa, bu Anayasaya aykırı olacaktır.⁴⁴⁷

⁴⁴³ **KOCA Mahmut**, 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Son Anayasa Değişikliklerinin Ceza Hukukuna Etkileri, <http://www.jura.uni-saarland.de/turkish/MKoca2.html> adresinden 10.02.2009 tarihinde yararlanılmıştır.

⁴⁴⁴ **SOYER GÜLEÇ**, s. 27

⁴⁴⁵ **FEYZİOĞLU**, Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması – Anayasa ve Ceza Hukukları Açısından Bir İnceleme –

⁴⁴⁶ **GÜLŞEN Recep**, Borç İçin Hapis Yasağı ve Anayasa md. 38 deki Değişiklik, http://www.akader.info/KHUKA/2001_eylul/borc_hapsi.htm#_ftn4 adresinden 12.02.2009 tarihinde yararlanılmıştır.

⁴⁴⁷ **KOCA**, 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Son Anayasa Değişikliklerinin Ceza Hukukuna Etkileri

Burada, “yükümlülüğün yerine **getirilememesi**” ifadesinden anlaşılması gereken, bu hükmün ancak yükümlülüğün iyi niyetle yerine getirilememiş olması hallerine münhasır olduğu ve yükümlülüğün kasten yerine getirilmemesi halinde hürriyeti bağlayıcı cezaların uygulanmasının olanaklı olabileceğidir.⁴⁴⁸

Gerçekten ceza hukuku, sözleşmeden doğan borçların kusurlu şekilde yerine getirilmemesine, özel hukuku ilgilendirdiği için, kural olarak karışmamakta ancak bunu istisnaen ve belirli şartlar çerçevesinde suç olarak kabul etmektedir.⁴⁴⁹

Bu konuda doktrinde ve Anayasa Mahkemesi kararlarında sıklıkla tartışılan kanunlar, Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ile İcra İflas Kanunudur. Bu anlamda, bu Kanunların tartışmalı hükümleri açısından sorunun, ceza hukuku mu yoksa özel hukuk araçlarıyla mı çözülmesi gerektiği açısından ayrı ayrı bir değerlendirme yapma gereği doğmaktadır. Bu nedenle, önce 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ve sonrasında 2004 sayılı İcra İflas Kanununun ilgili hükümleri incelenmesi uygun görülmüştür.

2.3.2. 4814 sayılı Yasa ile Değişik 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun

4814 sayılı Yasa ile Değişik 3167 sayılı Yasa'nın 16/1. maddesine göre,

“Üzerinde yazılı keşide tarihinden önce veya ibraz süresi içinde 4 üncü madde uyarınca ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcileri, kanunların ayrıca suç saydığı haller saklı kalmak üzere, çek bedeli tutarı kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar. Ancak verilecek para cezası seksen milyar liradan fazla olamaz...Bu suçtan mükerrerlere, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.”⁴⁵⁰

Madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere, 3167 sayılı Kanunumuz, karşılıksız çek keşide etme fiilini, bir suç tipi olarak nitelendirmiş ve cezasını da aynı düzenlemede göstermiştir.

Doktrinde, karşılıksız çek keşide etme fiilinin cezai sonuçları bakımından temelde iki görüş savunulmaktadır.

Çoğunlukla savunulan görüş, karşılıksız çek keşide etme fiilinin suç olarak düzenlenmesinin Anayasa'nın 38. maddesi açısından bir problem teşkil etmediğidir. Zira bu

⁴⁴⁸ GÜLŞEN, Borç İçin Hapis Yasağı ve Anayasa md. 38 deki Değişiklik

⁴⁴⁹ GÜLŞEN, Borç İçin Hapis Yasağı ve Anayasa md. 38 deki Değişiklik

⁴⁵⁰ Belirtmek gerekir ki, 4814 sayılı Yasa ile değişiklik yapılmadan önce, söz konusu maddede mükerrerler için öngörülen bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası, bu fiili ilk kez gerçekleştirenler açısından öngörülmüştür

yazarlara göre, çekin ödeme aracı olarak kolay dolaşımının sağlanmasındaki kamusal güven ve yararlar birlikte çek hamilinin korunması, karşılıksız çek keşide etme suçunun koruduğu hukuki yararlar olmaktadır. Bunun yanında bu yazarlara göre çek, temel ilişkide bir sözleşmenin mevcut olup olmamasından bağımsız bir biçimde kambiyo hukukuna özgü borç doğuran ve çifte yetki sağlayan özel bir havaledir. Taraflar arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmadığı veya temelde yer alan sözleşme geçersiz olduğu halde çek, başlı başına borç kaynağı biçiminde ortaya çıkabilmektedir. Üstelik, çek görüldüğünde ödenen ve bono ve poliçedeki gibi kredi özelliği olmayan dolayısıyla da vade belirlenemeyen bir ödeme aracı olarak, keşideci tarafından karşılıksız olduğu bilinmesine rağmen keşide edildiğine göre, bu borcun yerine getirilemediğinden söz etmek de olanaksızdır. Bu anlamda, karşılıksız çek açısından hem “sözleşmesel mükellefiyet”ten, hem bu mükellefiyetin “yerine getirilememesinden” söz edilemeyeceğinden, karşılıksız çek keşidecisinin hapis cezası ile cezalandırılmasının Anayasa’nın 38. maddesine aykırı bir düzenlemenin varlığı söz konusu değildir.

Bizim de katıldığımız azınlık düşüncesine göre ise, karşılıksız çek keşide etme fiili, sahtecilik yahut hile kastı olmadığı sürece ceza hukukunun düzenleme alanı dahilinde olmamalıdır. Bir kimsenin diğer bir kimseye borcunun ifası, özel hukuku ilgilendiren ceza hukuku alanı dışında kalan bir konudur. Ancak 3167 sayılı Kanunumuzun 16. maddesi adeta bir kimsenin diğer bir kimseye borcunu ödetmek için, cezai hükümler öngörmüştür. Zira her ne kadar 16. maddede cezai hüküm getirilmesinin gerekçesi olarak, kamu güveninin korunması amacının güdüldüğü savunulsa da asıl amaç çek hamilinin korunmasına yönelmiştir.

3167 sayılı kanunun bu fiili cezalandırmasındaki temel amaç çek hamilini korumak olduğu için, 16.maddenin ikinci fıkrasında şikayetten vazgeçmekle kamu davasının ve cezanın ortadan kaldırılmasına karar verileceği belirtilmiş ve hatta bununla da yetinilmeyerek, karşılıksız çek bedelinin karşılıksız kalan kısmının, düzeltme hakkı olsun olmasın, %10 tazminatı ve gecikme faizi ile birlikte muhatap bankaya yatırılmış bulunması halinde vazgeçme şartı aranmaksızın, şikayet hakkının doğmayacağı, şikayet yapılmışsa kamu davasının ve cezanın ortadan kaldırılmasına karar verileceği açıklanmıştır. Dolayısıyla 3167 sayılı kanun, ceza takibatının temel amacını, çekin içerdiği borcu ödetmek şeklinde öngörmüş ve çekle ödemelerde güvenin sağlanması ve çekle ödemelerin yaygınlaşmasını sağlamak amacı gütmemiştir.⁴⁵¹

Çekin hukuki niteliğine gelecek olursak ise,

⁴⁵¹ **KOCA**, 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Son Anayasa Değişikliklerinin Ceza Hukukuna Etkileri

TTK m. 692'den çıkan sonuç, çekin bankalara hitaben bir havale olduğudur. Havale ise BK m. 457'ye göre bir sözleşmedir. Bu hükümler incelendiğinde, çekin hukuki niteliğinin bir havale ve dolayısıyla da bir sözleşme olduğu konusunda tereddüt edilmemelidir.⁴⁵²

Aksi düşünülse bile, çekin temelinde bulunan havale ilişkisi bir özel hukuk borç ilişkisidir.

Bir diğer ifadeyle, çek düzenlenmesi üçlü bir ilişki olup, keşidecinin hesabının olduğu muhatap bankaya, lehine çek düzenlenene (lehtar) ya da ondan çeki devralana (hamil), kendi hesabına belirli bir ödeme ve aynı zamanda lehtara da çek bedelini muhataptan talep etme yetkisi veren bir özel hukuk borç ilişkisi olduğu doktrinde kabul edilmektedir. Çekin düzenlenmesindeki temel ilişkiden bağımsızlığı, çek düzenlenmesi ile ortaya çıkan ilişkinin bir özel hukuk borç ilişkisi olmadığı anlamına da gelmemelidir.⁴⁵³ Bu nedenle de aslında özel hukuk müessesesi olan çekin, sadece karşılıksız kalması sebebiyle ve dolandırıcılık ya da sahtecilik gibi başka bir suçun unsurlarının bulunmaması halinde ceza hukukunda ayrıcalıklı bir yer almasının bir anlamı yoktur. Bu sebeple karşılıksız çek konusunda cezalandırıcı hükümlerden çok, önleyici hükümlere ihtiyaç bulunmakta ve dolandırıcılığın dışında formüller aranmasına da gerek bulunmamaktadır.⁴⁵⁴

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarına gelecek olursak;

26.9.1995 tarihli ve **1995/18 E, 1995/50 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunun 16. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunun 16. maddesine göre;

“İbraz süresi içinde veya üzerinde yazılı keşide tarihinden önce, 4 üncü maddeye göre ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması sebebiyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden kişiler bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. Mahkeme ayrıca işlenen suçun mahiyetine göre bir yıl ile beş yıl arasında belirleyeceği bir müddet için failin bankalarda çek hesabı açmasının ve çek keşide etmesinin yasaklanmasına karar verir. Yasaklama kararı bütün bankalara duyurulmak üzere TC. Merkez Bankasına bildirilir.

⁴⁵² **SOYER GÜLEÇ**, s. 34

TTK Madde 692: “Çek: Kayıtsız ve şartsız muayyen bir bedelin ödenmesi için havaleyi.... ihtiva eder.”,

BK Madde 457: “Havale, **bir akittir ki onunla muhalünaleyh** (kendisine yollanan), *bilve kale kendi namına kabza salahiyettar olan muhalünlehe* (yollanan) *muhil hesabına nakit veya kıymetli evrak veya sair misli şeyler itasına* (ödeme/verme) *mezun kılınır.*”

⁴⁵³ **ZEYTİN Zafer**, Borç İçin Hapis Yasağı ve TCK 233/I Hükümüne Göre Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin İhlaline İlişkin Bir Değerlendirme, <http://www.akader.net/sbard/savilar/2006Eylul/187-216.pdf> adresinden 24.02.2009 tarihinde yararlanılmıştır.

⁴⁵⁴ **SOYER GÜLEÇ**, s. 127

(Değişik: 14/1/1993 - 3863/1 md) Bu fiillerden dolayı takibat yapılması çek hamillinin şikâyetine bağlıdır. Şikâyet süresi çekin bankaya ibraz tarihinde başlar. Şikâyetten vazgeçmekle, kamu davasının ve cezanın ortadan kaldırılmasına karar verileceği gibi, keşidecinin çek bedelinin karşılıksız kalan kısmını %10 tazminatı ve gecikme faizi ile birlikte muhatap bankaya veya herhangi bir şubesine yatırmış bulunması halinde de, vazgeçme şartı aranmaksızın, kamu davasının ve cezanın ortadan kaldırılmasına karar verilir. Fiili işleyişinin 8 inci maddeye göre düzeltme hakkını kullanmak suretiyle hamilin zararını karşılamış olması veya düzeltme hakkı yoksa, anılan maddede belirtilen müddet içinde çek bedelinin karşılıksız kalan kısmını %10 tazminatı ve gecikme faizi ile birlikte muhatap bankaya veya herhangi bir şubesine yatırmış bulunması halinde şikâyet hakkı doğmaz.”

Anayasa Mahkemesi 16. maddeye ilişkin itirazı, Anayasa'nın 5., 10. ve 167. maddeleri kapsamında değerlendirmiş ve Anayasa'ya aykırılık itirazını reddetmiştir.⁴⁵⁵

Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmak olanaklı değildir. Zira, TTK m. 692'ye göre, çek bankalara hitaben bir havaledir ve havale ise BK m. 457'ye göre bir sözleşmedir. Böylece çek, bizim değerlendirmemize göre bir sözleşme niteliğindedir.

Bu anlamda,

- a) yükümlülüğün bir sözleşmeden doğmuş olması,
- b) sözleşmenin özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan bir sözleşme olması,
- c) ilgilinin sözleşmeden doğan yükümünü iyi niyetle yerine getirememiş olması şartlarının birlikte gerçekleştiği durumlarda kişileri 3167 sayılı Yasa'nın 16. maddesine dayanarak cezalandırmak mümkün olmayacaktır.

Çek bir sözleşme olarak kabul edilmese bile, çek düzenlenmesi ile ortaya çıkan ilişki bir özel hukuk borç ilişkisidir. Bu nedenle de aslında özel hukuk müessesesi olan çekin, ceza

⁴⁵⁵ “...Kambiyo senetleri olan poliçe, bono ve çek ortak birtakım yasal düzenlemelere tabi tutulmuş olmakla beraber her birinin ticari hayata konuluş amacı, ekonomik ve toplumsal işlevleri ve bunlara bağlı olarak da hukuksal yönleri farklıdır. Hukuksal nitelikleri değişik ticari senetlerden, çek hâmillerinin korunması yönünden ayrı kurallar getirilmesinde Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu değildir...Anayasa'nın 5. maddesinde “kişilerin ve toplumun refahı, huzur ve mutluluğunu sağlamak” devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmaktadır. Yasama organının, karşılıksız çeklerin çoğalarak ekonomik hayatı olumsuz şekilde etkilemesi karşısında, ekonomik hayattaki güvensizlik ortamını ortadan kaldırarak toplumun huzur, refah ve mutluluğunu sağlamak amacıyla getirilen itiraz konusu kuralla özgürlüğü bağlayıcı ceza yaptırımını getirilmesinde Anayasa'nın 5. maddesine aykırılık görülmemiştir.

Anayasa'nın 167. maddesinde, “Devlet para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır” denilmektedir. Karşılıksız çekler için uygulanan yaptırımların yetersiz kalması nedeniyle çekle ödemelerin azalmasının ulusal ekonomiyi olumsuz yönde etkilemesinden dolayı, yasa koyucunun piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlamak amacıyla yeni yaptırımlar getirmesinde Anayasa'nın 167. maddesine aykırılık yoktur. İptal isteminin reddi gerekir.”

hukukuna dahil edilebilecek kasti bir zarar ya da tehlike yaratması söz konusu olmadıkça, ceza hukuku alanında değerlendirilmesi yanlıştır. Zira, bir hukuk devletinin yasa koyucusu, her fırsatta ceza hukukuna başvurmamalı ancak başka çare kalmadığında bu yolu kullanmalıdır.

Dolayısıyla, 3167 sayılı “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun”un iptali istenen 16. maddesi, “ Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması Yasağı”na aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu hükmü iptal etmesi daha yerinde olurdu.

Burada belirtmek gerekir ki, söz konusu 16. madde 26.02.2003 tarihinde 4814 sayılı Yasa’nın 14. maddesiyle değişikliğe uğramış; karşılıksız çek keşide etme suçunun cezası para cezası olarak öngörülmüş, ancak bu suçtan mükerrer olanlara hürriyeti bağlayıcı ceza verileceği düzenlenmiştir. Biz, bu görüşe katılmanın da mümkün olmadığını düşünüyoruz. Çünkü, para cezası da bazı ceza muhakemesi tedbirlerini gerektireceğinden, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüğün ihlali nedeniyle kişinin hürriyetinden mahrum bırakılması söz konusu olabilecektir. Bunun yanı sıra, biz zaten çekle ilgili düzenlemelerin, sadece karşılıksız kalması sebebiyle ve dolandırıcılık ya da sahtecilik gibi başka bir suçun unsurlarının bulunmaması halinde ceza hukukuyla ilişkilendirilmesini doğru bulmadığımız için, para cezası içeren bu düzenlemenin de yerinde olmadığı kanısındayız.⁴⁵⁶

2.3.3. 2004 sayılı İcra İflas Kanunu

Burada özellikle Anayasa Mahkemesi kararlarında ve doktrinde tartışmalı olan İİK’nun 337. ve 340. maddelerine değinmek istiyoruz.

Anayasa Mahkemesi tarafından 2008 yılında iptal edilen İİK’nun 337. maddesine göre,
“Müddeti içinde beyanda bulunmak üzere mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı beyanda bulunmayan borçlu, alacaklının şikâyeti üzerine, on gün disiplin hapsi ile cezalandırılır. Alacaklının alacağını karşılayacak miktarda malın haczedilmesi veya borcun ödenmesi hâlinde, bu ceza düşer....”

Görüldüğü gibi burada maddenin cezalandırdığı eylem, mal beyanında bulunmamaktır.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce, doktrinde mal beyanında bulunmamanın, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlali olup olmadığı ve dolayısıyla da Anayasa’ya aykırı olup olmadığı tartışılmıştır.

⁴⁵⁶ Anayasa Mahkemesi’nin benzer kararları için bkz. 2001/296 E, 2001/83 K, 17.5.2001, 2001/408 E, 2002/191 K, 21.11.2002, 2001/415 E, 2002/166 K, 21.11.2002, 2002/165 E, 2002/195 K, 11.12.2002, 2002/126 E, 2004/27 K, 3.3.2004

Belirtmek gerekir ki, mal beyanında bulunmak, sözleşmeden doğan bir yükümlülük değil, kanunun öngördüğü bir yükümlülüktür. Dolayısıyla mal beyanında bulunmama suçu, borçlunun sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirememesi nedeniyle özgürlüğünün kısıtlanması olarak değerlendirilemez.⁴⁵⁷ Bu anlamda, 337. maddenin, “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması Yasağı” kapsamına girmeyeceğini söylemek gerekir. Bir başka ifadeyle, 337. madde bu yönden Anayasa’ya aykırılık içermez. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de 337. maddeyi bu gerekçeye dayanarak iptal etmemiştir.

Ancak elbette ki, mal beyanında bulunmama fiilini suç haline getirmekle korunmak istenilen hukuki menfaatin, ceza hukuku vasıtasıyla korunmaya değer bir menfaat olup olmadığı tartışılabilir.⁴⁵⁸

Değinmek istediğimiz ikinci husus, İİK’nun 340. maddesidir.

Ödeme şartını düzenleyen 340. maddeye göre,

“111 inci madde mucibince veya alacaklının muvafakati ile icra dairesinde kararlaştırılan borcu ödeme şartını, makbul bir sebep olmaksızın ihlal eden borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra borçlu borcun tamamını veya o tarihe kadar icra veznesine yatırmak zorunda olduğu meblağı öderse tahliye edilir; ödemelerini tekrar keserse, hakkında tazyik hapsine yeniden karar verilir. Ancak, bir borçtan dolayı tazyik hapsinin süresi üç ayı geçemez.”

Burada dikkat edilmesi gereken husus, ödeme şartının iki şekilde ihlalinin düzenlenmiş olmasıdır.

Bunlardan ilki, İİK md. 111’e dayanan ödeme şartıdır. İİK md. 111/1 uyarınca borcun takside bağlanması, borçlunun icra dairesine sunacağı tek taraflı bir irade beyanıdır. Borcun takside bağlanması ve icranın durması için alacaklının, borçlunun bu yoldaki teklifine rıza göstermesi gerekmez. Borçlunun borca yeter miktardaki malı haczedilmişse ve borçlu, borcun takside bağlanması talebini alacaklının satış talebinden önce yapmışsa, borç, takside bağlanır. Dolayısıyla İİK md. 111’e dayanan ödeme şartı, bir sözleşmeden kaynaklanmamaktadır.⁴⁵⁹ Elbette bu durumun, ceza hukuku korumasına muhtaç bir değer olup olmadığı tartışmaya açıktır; fakat 111. maddeye dayanılarak verilecek tazyik hapsi

⁴⁵⁷ KOCA, 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Son Anayasa Değişikliklerinin Ceza Hukukuna Etkileri

⁴⁵⁸ KOCA, 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Son Anayasa Değişikliklerinin Ceza Hukukuna Etkileri

⁴⁵⁹ FEYZİOĞLU, Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması – Anayasa ve Ceza Hukukları Açısından Bir İnceleme

cezaları, “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması Yasağı” dahilinde değerlendirilemeyecektir.⁴⁶⁰

İİK md. 340’daki ikinci ödeme şartı, borçlu ile alacaklının, kural olarak, borçlunun borca yeter miktarda malı haczedilmeden önce yaptıkları bir anlaşmadan kaynaklanan ödeme şartıdır. Bu anlaşma, bir özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir. Çünkü borçlu ve alacaklının karşılıklı rızalarıyla yapılmaktadır.⁴⁶¹ Dolayısıyla burada, ödeme şartının ihlali nedeniyle tazyik hapsine hükmedilebilmesi, “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması Yasağı”na aykırılık oluşturmakta, Anayasa’nın 38. maddesini ihlal etmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin İcra İflas Kanunundan kaynaklanan itirazlara ilişkin kararlarına gelecek olursak;

28.2.2008 tarihli ve **2006/96 E., 2008/65 K** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı Yasa ile değiştirilen 340. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı Yasa ile değiştirilen 340. maddesine göre,

“111 inci madde mucibince veya alacaklının muvafakati ile icra dairesinde kararlaştırılan borcu ödeme şartını, makbul bir sebep olmaksızın ihlal eden borçlunun, alacaklının şikayeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başladıktan sonra borçlu borcun tamamını veya o tarihe kadar icra veznesine yatırmak zorunda olduğu meblağı öderse tahliye edilir; ödemelerini tekrar keserse, hakkında tazyik hapsine yeniden karar verilir. Ancak, bir borçtan dolayı tazyik hapsinin süresi üç ayı geçemez.”

Anayasa Mahkemesi 340. maddeye ilişkin itirazı, maddedeki düzenlemenin sözleşme yükümlülüğünün yerine getirilememesi niteliğinde olmayıp, kanunla getirilen ve kamu otoritesince yürütülen cebri icranın etkinliğini sağlama amacını taşıyan bir düzenleme olması gerekçesiyle, reddetmiştir.⁴⁶²

⁴⁶⁰ İİK’nun 111. maddesine göre, “Borçlu, alacaklının satış talebinden evvel borcunu muntazam taksitlerle ödemeği taahhüt eder ve birinci taksiti de derhal verirse icra muamelesi durur.

Şu kadar ki borçlunun کافی miktar malı haczedilmiş bulunması ve her taksitin borcun dörtte biri miktarından aşağı olmaması ve nihayet aydan aya verilmesi ve müddetin üç aydan fazla olmaması şarttır.”

⁴⁶¹ **FEYZİOĞLU**, Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması – Anayasa ve Ceza Hukukları Açısından Bir İnceleme –

⁴⁶² “...İtiraz konusu kurala göre, İcra ve İflas Kanunu’nun 111. maddesi uyarınca veya alacaklının muvafakati ile icra dairesinde kararlaştırılan borcu ödeme şartını, makbul bir sebep olmaksızın ihlal eden borçlu hakkında alacaklının şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilebilecek, tazyik hapsinin uygulanmasından sonra borçlu borcun tamamını veya o tarihe kadar icra veznesine yatırmak zorunda olduğu meblağı öderse

Burada dikkat edilmesi gereken husus, ödeme şartının iki şekilde ihlalinin düzenlenmiş olmasıdır. Bunlardan ilki, İİK md. 111'e dayanan ödeme şartıdır. İİK md. 111/1 uyarınca borcun takside bağlanması, borçlunun icra dairesine sunacağı tek taraflı bir irade beyanıdır. Borcun takside bağlanması ve icranın durması için alacaklının, borçlunun bu yoldaki teklifine rıza göstermesi gerekmez. Borçlunun borca yeter miktardaki malı haczedilmişse ve borçlu, borcun takside bağlanması talebini alacaklının satış talebinden önce yapmışsa, borç, takside bağlanır.⁴⁶³ Elbette bu durumun, ceza hukuku korumasına muhtaç bir değer olup olmadığı tartışmaya açıktır; fakat 111. maddeye dayanılarak verilecek tazyik hapsi cezaları, "Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması Yasağı" dahilinde değerlendirilemeyecektir.

İİK md. 340'daki ikinci ödeme şartı, borçlu ile alacaklının, kural olarak, borçlunun borca yeter miktarda malı haczedilmeden önce yaptıkları bir anlaşmadan kaynaklanan ödeme şartıdır. Bu anlaşma, bir özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir. Çünkü borçlu ve alacaklının karşılıklı rızalarıyla yapılmaktadır.⁴⁶⁴ Dolayısıyla burada, ödeme şartının ihlali nedeniyle tazyik hapsine hükmedilebilmesi, "Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması Yasağı"na aykırılık oluşturmakta, Anayasa'nın 38. maddesini ihlal etmektedir.

tahliye edilebilecek, ödemelerini tekrar keserse, hakkında tazyik hapsine yeniden karar verilebilecektir. Ancak, bir borçtan dolayı tazyik hapsinin süresi üç ayı geçemeyecektir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 340. maddesinde öngörülen ilk durumda, satış talebinden evvel borçlu tarafından borcun ödenme biçimine ilişkin olarak yollamada bulunulan aynı Yasa'nın 111. maddesine göre, icra takibi sırasında, yeterli mal haczedilip satış talebinden önce borcun dörtte birinden az olmamak üzere birinci taksidinin peşin olarak ve kalan miktarının da muntazam aralıklarla en çok üç ayda üç taksit halinde borçlu tarafından ödenebilmesi imkânı bulunmaktadır. Bu taahhüt, borçlunun tek taraflı olarak Yasa'dan doğan taksitle ödeme hakkını kullanmasıdır. İkinci durumda ise alacaklının muvafakatı ile icra dairesinde borcun ödenmesinin kararlaştırılması, alacaklı ve borçlunun icra memurunun huzurunda takibe konu borcun ödenme şeklinin belirlenmesidir.....Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasında hiç kimsenin yalnızca sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı belirtilmiştir. İtiraz konusu kuralda düzenlenen yaptırım Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasında sözü edilen doğrudan sözleşme yükümlülüğünün yerine getirilememesi olmayıp, kanunla getirilen ve kamu otoritesince yürütülen cebri icranın etkinliğini sağlama amacını taşımaktadır.

Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir."

⁴⁶³ Dolayısıyla İİK md. 111'e dayanan ödeme şartı, bir sözleşmeden kaynaklanmamaktadır. **FEYZİOĞLU**, Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması – Anayasa ve Ceza Hukukları Açısından Bir İnceleme –

⁴⁶⁴ **FEYZİOĞLU**, Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması – Anayasa ve Ceza Hukukları Açısından Bir İnceleme –

Şu halde kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin tespiti, 340. maddenin atıfta bulunduğu 111. madde açısından kabul edilebilir olsa da ödeme şartının, alacaklının muvafakatiyle gerçekleştirildiği bu anlamda borçlu ile alacaklı arasında anlaşmaya varılan bir hususun borçlu tarafından yerine getirilmediği durumlarda cezaya hükmedilmesi düzenlemesi için aynı şeyi söylememiz mümkün değildir. Zira böyle bir durumda, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler nedeniyle hürriyetin kısıtlanması söz konusudur. Bu nedenle, söz konusu maddenin “**veya alacaklının muvafakati ile**” kısmının Anayasa'ya aykırı olduğu söylenebilir.⁴⁶⁵

28.2.2008 tarihli ve **2006/71 E., 2008/69 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 7. maddesiyle değiştirilen 337. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

337. maddeye göre,

“Müddeti içinde beyanda bulunmak üzere mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı beyanda bulunmayan borçlu, alacaklının şikâyeti üzerine, on gün disiplin hapsi ile cezalandırılır.

Alacaklının alacağını karşılayacak miktarda malın haczedilmesi veya borcun ödenmesi hâlinde, bu ceza düşer.

162, 209 ve 216 ncı maddeler hükümlerine muhalefet edenler hakkında da iflas idaresinin vereceği müzekkere üzerine, aynı ceza verilir. Bu maddelerde belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi hâlinde, verilen ceza düşer.”

Anayasa Mahkemesi 337. maddeye ilişkin itirazı, bu hükmün Hukuk devleti İlkesi'ne aykırı olduğu gerekçesiyle, haklı bulmuştur.⁴⁶⁶

Anayasa Mahkemesi'nin kararı yerindedir.

⁴⁶⁵ Anayasa Mahkemesi'nin benzer bir kararı için bkz. **2001/415 E, 2002/166 K, 21.11.2002**

⁴⁶⁶ “...İcra ve İflas Kanununun 337. maddesinin birinci fıkrasında ve 76. maddesinde borçlunun özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasını gerektiren eylem, mal beyanında bulunmama eylemidir. Yukarıda belirtildiği gibi hukuk devleti ve ceza hukuku ilkeleri gereği kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanmaz ve cezalandırılmaz. İtiraz konusu kural uyarınca, müddeti içinde mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı olarak mal beyanında bulunmayan kimse disiplin hapsi cezası ile cezalandırılmasının yanı sıra, İcra ve İflas Kanununun 76. maddesine göre de mal beyanında bulunmama eylemi nedeniyle tazyik hapsi cezası ile cezalandırılabilir. Böyle bir olasılığın varlığı İcra ve İflas Kanununun 337. maddesinde öngörülen disiplin hapsi cezasını, Anayasanın hukuk devleti ilkesinin düzenlendiği 2. maddesine aykırı hale getirmektedir.

Bu nedenle, 337. maddenin birinci fıkrası Anayasanın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural iptal edildiğinden Anayasanın 10. ve 38. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.”

Dikkat edilirse Yüksek Mahkeme iptal kararının gerekçesini, “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması Yasağı”na bağlamamıştır. Doğrusu da budur çünkü, mal beyanında bulunmak, sözleşmeden doğan bir yükümlülük değil kanunun öngördüğü bir yükümlülüktür. Dolayısıyla mal beyanında bulunmama suçu, borçlunun sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirememesi nedeniyle özgürlüğünün kısıtlanması olarak değerlendirilemez.⁴⁶⁷ Bu anlamda, 337. maddenin, “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması Yasağı” kapsamına girmeyeceğini söylemek gerekir. Bir başka ifadeyle, 337. madde bu yönden Anayasa’ya aykırılık içermez.

Ancak elbette ki, 337. maddede düzenlenen mal beyanında bulunmama suçunun, böyle bir fiili suç haline getirmekle korunmak istenen hak/menfaatin ceza hukuku ile korunmaya değer olup olmadığı tartışılabilir. Kanımızca, mal beyanında bulunmama fiili, bu nitelikte bir menfaat olmaması nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi uygun olmuştur.⁴⁶⁸

Anayasa Mahkemesi’nin Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması Yasağı’na ilişkin diğer kararlarına gelecek olursak,

31.3.2004 tarihli ve **2002/29 E., 2004/43 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun itiraz konusu 510. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun itiraz konusu 510. maddesi şöyledir:

“Geçen iki maddede yazılı cürümler meslek ve sanat veya ticaret veya hizmet sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veyahut idare etmek için kendisine tevdi olunan veya teminat olarak teslim edilen şeyler üzerinde yapılırsa faili hakkında bir seneden beş seneye kadar hapis cezası tertip olunur ve şikayetname itasına hacet kalmaksızın takibat yapılır.”

TCK nın 508. maddesinde ise, *“Her kim başkasına ait olup da iade veya muayyen bir surette istimal etmek üzere kendisine tevdi veya her ne namla olursa olsun teslim olunan bir şeyi kendisinin veya başkasının menfaatine olarak satar veya rehneder veya sarf ve istihlak eder yahut ketim veya inkar eyler veyahut tahvil ve tağyir ederse mutazarrır olan kimsenin şikayeti üzerine iki aydan iki seneye kadar hapis ve elli liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası ile cezalandırılır.”*

⁴⁶⁷ **KOCA**, 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Son Anayasa Değişikliklerinin Ceza Hukukuna Etkileri

⁴⁶⁸ Anayasa Mahkemesi’nin benzer bir kararı için bkz. **2001/415 E, 2002/166 K, 21.11.2002**

Anayasa Mahkemesi 510. maddeye ilişkin itirazı, maddede düzenlenen hususun, sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük olmaması ve “ yerine getirememe” şartının gerçekleşmemesi nedeniyle, reddetmiştir.⁴⁶⁹

Anayasa Mahkemesi'nin kararı ve gerekçesi oldukça yerindedir. Zira, 765 sayılı TCK'nın 510. maddesi, kasten işlenebilen bir suça yönelik bir düzenleme getirmektedir. Burada, bir şeyin karşı tarafa güven duyularak teslimi konusunda iki tarafın birbirine uygun irade beyanları söz konusu olsa da, bir tarafın yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından hileli davranışı söz konusudur. Bu hileli fiil ise, yasa koyucu tarafından önemli bir ihlal olarak görülerek suç tipi haline getirilmiştir. Dolayısıyla, “Yalnızca Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması Yasağı”nın geçerli olabilmesi için gerekli olan “yükümlülüğünü yerine getirememe” şartı burada gerçekleşmemekte aksine yükümlülük kasten yerine getirilmemektedir.

Bu nedenle, 765 sayılı TCK'nın 510. maddesinin Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bir yönü yoktur.

31.3.2004 tarihli ve **2002/101 E., 2004/44 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanunu'nun 521/a maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 521/a maddesine göre;

“ Ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde;

⁴⁶⁹ “...Anayasa'nın 38. maddesine eklenen sekizinci fıkrada, hiç kimsenin, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağı öngörülmüş, maddenin gerekçesinde de, “... 4 nolu protokol gereği sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle hiç kimsenin özgürlüğünden alıkonulamayacağı hükmü eklenmiştir. Sözleşmeden doğan yükümlülük içinde borçlar da vardır ...” denilmiştir.

38. maddede geçen “yerine getirememe” sözcüğü bir kimsenin sözleşme karşındaki durumunu anlatmaktadır. Bu nedenle, 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.

Yasa koyucunun Türk Ceza Kanunu'nun 510. maddesinde düzenleyerek yaptırma bağladığı hizmet sebebiyle emniyeti suistimal suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun oluşabilmesi için failde suç işleme kastının bulunması, başka bir ifadeyle failin kendisinin veya başkasının yararına olmak üzere maddede belirtilen eylemleri bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması gerekir. 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. Açıklanan nedenlerle, Türk Ceza Kanunu'nun itiraza konu edilen 510. maddesinde düzenlenen hizmet sebebiyle emniyeti suistimal suçu Anayasa'nın 38. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.”

1. Ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalan,

2. Ücret karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içen,

3. Taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtan,

Ve ödemede bulunmayan kimse on beş günden üç aya kadar hapis ve borçlu olunan miktarın on katı kadar ağır para cezası verilir....”

Anayasa Mahkemesi 521/a maddesine ilişkin itirazı, maddede düzenlenen hususun, sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük olmaması ve “ yerine getirememe” şartının gerçekleşmemesi nedeniyle, reddetmiştir.⁴⁷⁰

Anayasa Mahkemesi'nin kararı ve gerekçesi oldukça yerindedir. Zira, 765 sayılı TCK'nın 521/a. maddesi, kasten işlenebilen bir suça yönelik bir düzenleme getirmektedir. Burada, ödeme gücünün olmadığını bildiği halde, hileli davranışlarla karşı tarafın bir hizmetinden yararlanma söz konusudur. Bu hileli fiil ise, yasa koyucu tarafından önemli bir ihlal olarak görülerek suç tipi haline getirilmiştir. Dolayısıyla, “Yalnızca Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması Yasağı”nın geçerli olabilmesi için gerekli

⁴⁷⁰ “...Anayasa'nın 38. maddesine eklenen sekizinci fıkrada, hiç kimsenin, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağı belirtilmiş, maddenin gerekçesinde de, “AİHS 4 nolu protokol gereği sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle hiç kimsenin özgürlüğünden alıkonulamayacağı hükmü eklenmiştir. Sözleşmeden doğan yükümlülük içinde borçlar da vardır ...” denilmiştir.

Anayasa'nın 38. maddesindeki “yerine getirememe” ibaresi kişinin istese bile borcunu ödeyemeyecek durumda olmasını anlatmaktadır. Bu nedenle, sözleşmeden kaynaklanan bir borcu ödeyebilecek durumda olup da ödemeyi reddeden kişiler bu madde hükmünden yararlanamaz. Nitekim, 4 nolu protokolün Anayasa değişikliğine esas alınan birinci 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 cezanın öngörülmüş olması gerekmektedir.

Yasa koyucunun Türk Ceza Kanunu'nun 521/a maddesinde düzenleyerek yaptırma bağladığı karşılıksız yararlanma suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun oluşabilmesi için failde suç işleme kastının bulunması, diğer bir deyişle failin kendisinin veya başkasının yararına olmak üzere maddede belirtilen eylemleri bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması gerekir. Bu nedenle, itiraz konusu maddede suç olarak düzenlenen eylem sözleşmeden doğan borcu ödeyememe durumu ile ilgili olmayıp, ödeme gücünün bulunmadığını bildiği halde failin, suçun mağduru aleyhine hileli ve kötü niyete dayanan eylemler gerçekleştirmesi, kısaca, “ödememesi” haline ilişkin bulunmaktadır. Nitekim bu unsur madde metninin başında “ödemeye yeteneği olmadığını bildiği halde” ibaresiyle ayrıca ve açıkça vurgulanmış bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Türk Ceza Kanunu'nun itiraza konu 521/a maddesinde düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu bakımından, yasa koyucunun suç kabul ederek yaptırma bağladığı eylemler, Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.”

olan “*yükümlülüğünü yerine getirememe*” şartı burada gerçekleşmemekte aksine yükümlülük kasten yerine getirilmemektedir.⁴⁷¹

Bu nedenle, 765 sayılı TCK’nın 521/a. maddesinin Anayasa’nın 38. maddesine aykırı bir yönü yoktur.

15.3.2007 tarihli ve **2002/30 E., 2007/24 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu’nun 12. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu’nun 12. maddesine göre,

“Ticari işletme sahibi işletmesini veya rehne dahil münferit unsurları alacaklının muvafakati olmaksızın başkalarıyla değiştirir veya temlik, aynı bir hakla takyit veya alacaklıyı ızzar kastıyla tahrip veya imha ederse bu yüzden alacağını tamamen veya kısmen tahsil edemeyen alacaklının şikâyeti üzerine uğranılan zararın miktarı nazara alınmak suretiyle bir yıldan beş yıla kadar hapis ve iki milyar liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Uğranılan zarar fahiş olduğu takdirde yukarıda yazılı cezaların azamisine hükmolunur.

Ayrıca talep üzerine hâkim ticari işletme sahibini, kusurunun ağırlığını göz önünde tutarak rehine temin edilen alacak miktarına kadar munzam bir tazminata da mahkûm eder.”

Anayasa Mahkemesi 12. maddeye ilişkin itirazı, madde metninde belirtilen cezai sorumluluğun, bu sorumluluğa neden olan yükümlülüğe aykırı davranışın sözleşmeden değil kanundan doğduğu gerekçesiyle, reddetmiştir.⁴⁷²

⁴⁷¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’ne bağlı olarak çalışan Uzmanlar Komitesi’nin bu hükme (4 Numaralı Protokol’ün 1.maddesi; bizdeki AY m.38, VIII) ilişkin olarak görüşleri ve verdiği örnekler şöyledir: Eğer sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirilmemesinde, buna ek olarak başka bir unsur varsa, hürriyetten yoksun bırakılma yasaklanmamıştır. Örneğin borçlunun kötü niyetle veya dolandırıcılık amacıyla davranması; sebebi ne olursa olsun kişinin kasten borcunu ödemeyi reddetmesi; yükümlülüğün yerine getirilememesinin ihmalden kaynaklanması. Bu anlamda Akit Devletlerden birinin hukuku, bir kimsenin ödeyemeyeceğini bildiği halde, lokantaya girip yemek sipariş etmesi ve karşılığını ödemediği ayrılması durumunda faali hürriyetinden yoksun bırakıyorsa, ilgili hukuk kuralı söz konusu maddeyi ihlal etmiş olmayacaktır. **AŞIK İbrahim**, İcra ve İflas Kanunu’nda Yer Alan Cezai Hükümler(m.331-354) ve Anayasa’nın 38. Maddesinin Sekizinci Fıkrası, 04.06.2009 tarihinde www.e-akademi.org adresinden yararlanılmıştır.

⁴⁷² “...Kuralla, ticarî işletme sahibinin işletmesini veya rehne dahil münferit unsurları alacaklının muvafakati olmaksızın başkalarıyla değiştirmesi, temlik, aynı bir hakla takyit, alacaklıyı ızzar kastıyla tahrip veya imha etmesi nedeniyle alacağını tamamen veya kısmen tahsil edemeyen alacaklının şikâyeti üzerine uğranılan zararın miktarı nazara alınmak suretiyle bir yıldan beş yıla kadar hapis ve belirtilen adli para cezasıyla cezalandırılması, uğranılan zarar fahiş ise cezaların azamisine hükmolunması öngörülmektedir.

Anayasa’nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasında, “Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.”; maddenin gerekçesinde de, “... 4 No’lu

Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmakla beraber gerekçesini yerinde bulmuyoruz. Zira biz, söz konusu düzenlemenin, “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması Yasağı” kapsamında olmamasının sebebini, madde metninde belirlenen yükümlülüğün kanundan kaynaklı olmasına değil, ticari işletme rehni ilişkisinin bir sözleşme ilişkisi olmasıyla ve bu sözleşme ilişkisinde yükümlülüklerin kasten yerine getirilmemesiyle ilgisi olduğunu düşünüyoruz.

Şöyle ki,

“Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması Yasağı”na aykırılığın söz konusu olması

a) yükümlülüğün bir sözleşmeden doğmuş olması,

b) sözleşmenin özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan bir sözleşme olması,

c) ilgilinin sözleşmeden doğan yükümünü iyi niyetle yerine **getirememiş** olması şartlarının varlığına bağlıdır.

1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 2. maddesine göre, “ **Ticari işletme rehin sözleşmesi**, tüzel kişiliği haiz ve sermaye şirketi olarak kurulmuş kredi müesseseleri kredili satış yapan gerçek ve tüzel kişiliği haiz müesseseler ve kooperatifler ile ticari işletmenin maliki bulunan gerçek ve tüzel kişiler arasında yapılır.”

Dolayısıyla itiraz konusu hüküm açısından burada, bir sözleşme ilişkisi mevcuttur; ve bu sözleşme ilişkisinden kaynaklanan bir edimin ifa edilmemesinden kaynaklı cezai hükümlerin işletilmesi söz konusudur. Ancak burada borçlunun borcunu ifa edememesi yani ifanın iyi niyetle gerçekleşmemesi söz konusu değildir. Aksine, “*alacaklıyı ızzar kastıyla*” edimi yerine getirmeme söz konusu olduğundan, “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması Yasağı”na aykırı bir durum söz konusu değildir.

protokol gereği sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle hiç kimsenin özgürlüğünden alıkonulamayacağı hükmü eklenmiştir. Sözleşmeden doğan yükümlülük içinde borçlar da vardır ...” denilmiştir.

İtiraz konusu kuralla, alacaklının alacağını alabilmek için tesis edilen ve teslimine bağlı olmayan işletme rehni nedeniyle borçlunun alacaklıya zarara uğratmaya ilişkin girişebileceği suç sayılan eylemler müeyyideye bağlanmıştır. Anılan hürriyeti bağlayıcı ceza, borçlu ile alacaklı arasındaki önceden varolan sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesinden dolayı öngörülen ceza olmayıp, kanunla belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden kaynaklanmaktadır.

Bu nedenle kural, Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı değildir, itirazın reddi gerekir.”

2.4. Eşitlik İlkesi

Anayasamızın 10. maddesine göre, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.....Hiç bir kişiye, aileye, zümreye ve sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

5237 sayılı Ceza Kanunumuzun 3/2. maddesine göre ise, “Ceza kanununun uygulanmasında 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 konuları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz.”⁴⁷³

Belirtmek gerekir ki, Anayasamızın 10. maddesinde yer bulan Eşitlik İlkesi, Mutlak Eşitlik ve Nispi Eşitlik olmak üzere iki şekilde değerlendirilebilir.

Mutlak eşitlikten kastedilen şey, kanunların herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Kişilerin kişisel ve özel durumlarına bakılmaz. Anayasa’nın 10’uncu maddesinin ilk fıkrasında yer alan “herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” hükmü, bu konularda mutlak eşitliği emretmektedir.⁴⁷⁴

Nispi eşitlikten kastedilen şey ise, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme tâbi tutulmasıdır. Bu şu anlama gelir ki, farklı durumlarda bulunan kişiler, farklı işlemlere tâbi tutulabilirler. Diğer bir ifadeyle, nispi eşitlik anlayışına göre, eşit olmayanlara farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırı değildir. Bu ilkeye göre, kişinin hakları ve ödevleri, yetkileri ve sorumlulukları, durumu, niteliğine yaptığı işe göre değişebilecektir.⁴⁷⁵

Ceza Kanunumuzun 3. maddesinin 2. fıkrası açısından bakıldığında ise,

⁴⁷³ Madde gerekçesi şu şekildedir ; “ Geçmişte ve günümüzde, insanın ırk, din, düşünce veya cinsiyeti nedeniyle uğradığı haksız muamelelerin önlenmesi, insanlık camiasının temel uğraşlarından biridir. Ceza hukuku araçlarıyla yapılan ayrımcılık ise, insana yönelik yapılan en zalimane uygulamalardan biridir. Özellikle totaliter rejimlerdeki ayrımcılığın ortaya çıkardığı felaketler, insanlık tarihinde unutulmayacak acı izler bırakmıştır. İşte bu nedendir ki insan haklarıyla ilgili uluslar arası sözleşmelerde ve Anayasamızda ifade edilen eşitlik ilkesine yer verilerek, ceza kanununun insancıl niteliğe sahip olduğuna da işaret edilmektedir. Ceza kanunlarının düzenlenmesinde ve uygulanmasında bireyler arasında herhangi bir sebeple ayırım yapılmamasının ifade edilmesi, aynı zamanda hukuk devletinin özünü oluşturan insan onurunun korunmasının, ceza kanununda da temel değer olarak benimsenmesi anlamına gelmektedir.”

⁴⁷⁴ GÖZLER , Eşitlik İlkesi, s. 182, <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm/esitlik.htm> adresinden 10.04.2009 tarihinde yararlanılmıştır.

⁴⁷⁵ GÖZLER , Eşitlik İlkesi, s. 182

Bu fıkrada özetle, ayrımcılık yasağı düzenlenmektedir. Geniş kapsamlı bir tanımlama ile, değişik kavramlar belirtilerek ayrımcılık önlenmek istenmektedir. Bu noktalardan hareketle, kişilere ceza yasalarının uygulanmasında ayrıcalık tanınmaması öngörülmektedir.⁴⁷⁶ Dolayısıyla yasada söz edilen, herkese eşit olanın verilmesi şeklindeki denkleştirici adalettir ki burada genç-yaşlı, zenci-beyaz, Türk-Alman herkes aynı ceza hukuku kuralına tabidir; hiçbir ayırım gözetilmeksizin herkes eşit işleme tabi tutulur.⁴⁷⁷

Soyut anlamda bu şekilde değerlendirilen Eşitlik İlkesi'nin, Anayasa Mahkemesi kararlarında nasıl değerlendirildiğine, ne şekilde somutlaştığına da temas etmek gerekir. Bu anlamda burada daha net anlaşılabilmesi açısından, Anayasa Mahkemesi'nin Eşitlik İlkesi'ni değerlendirdiği ceza hukukuna ilişkin bazı önemli gördüğümüz kararlarına da değinmek uygun olacaktır.

Bu önemli kararlardan ilk olarak Yüksek Mahkeme'nin, ziyana ilişkin olarak inceleme yaptığı kararlara değinmek gerekir.

Zinaya ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin ilk incelemesi **1966/30 E, 1967/9 K** sayılı ve **02.03.1967** tarihli karar ve tartışma konusu 765 sayılı TCK'nın 440 ve 441. maddeleri üzerinden olmuştur.⁴⁷⁸

Anayasa Mahkemesi Eşitlik İlkesi'ni, 440 ve 441. maddeler arasında bir değerlendirme yapmaksızın salt 440. maddede düzenlenen kadının zinası suçunda, zina eden kadın ve bu suça iştirak eden erkek açısından değerlendirmek suretiyle itirazı reddetmiştir.⁴⁷⁹ Oysa burada cezalandırmada eşitlik açısından değerlendirilmesi gereken ve zaten Yerel Mahkeme'nin de iptal talebinin gerekçesini oluşturan kadının zinasını düzenleyen 440. ve erkeğin zinasını düzenleyen 441. maddelerde suç olarak ihdas edilen fiiller olmasına rağmen, yani eşitsizliğin 440. ve 441. maddelerdeki fiilin teşekkülü ve cezaların miktarları arasındaki farklılıktan

⁴⁷⁶ YURTCAN, s. 24,25

⁴⁷⁷ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 194

⁴⁷⁸ **Madde 440** : “Zina eden karı hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası tertip olunur. Karının evli olduğunu bilerek bu fiile ortak olan kimse hakkında da aynı ceza verilir.”

Madde 441 : “Karısı ile ikamet etmekte olduğu evde yahut herkesçe bilinebilecek surette başka bir yerde karı koca gibi geçinmek için, başkası ile evli olmayan bir kadın tutmakta olan koca hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası hüküm olunur.

Erkeğin evli olduğunu bilerek bu fiile şerik olan kadın hakkında da aynı ceza verilir.”

⁴⁷⁹ “ İtiraz konusu 440. madde, zina eden karı hakkında verilecek cezanın, karının evli bulunduğunu bilen suç ortağı erkeğe de verileceği hükmünü koymuştur. İtirazın dayanağı Anayasa'nın 12. maddesinde ‘ Herkes, din, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.’ denmektedir. Bu Anayasa hükmü ile zina eden karıyı ve suç ortağı erkeği aynı cezalarla cezalandıran itiraz konusu 440. madde arasında bir çelişme veya çatışma bulunmadığı, herhangi bir açıklamayı gerektirmeyecek derecede meydandadır.”

doğmasına rağmen, Yüksek Mahkeme değerlendirmesini, 441. maddeyi inceleme konusu dışında bırakıp, salt kadının zinasını düzenleyen 440. madde bağlamında zina eden kadın ve buna iştirak eden erkeğe verilen cezalar açısından yapmıştır. Elbette böyle bir bakış açısına, Eşitlik İlkesi'nin, konumuz açısından değerlendirilebilmesi için en az iki kanun hükmünün karşılaştırılması gerektiği ve bunun yapılmamış olduğu fikri nedeniyle katılmak mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin 765 sayılı TCK'nın 441. maddesini iptali, **1996/15 E, 1996/34 K** sayılı ve **23.09.1996** tarihli kararı ile söz konusu olmuştur. Kararında uluslar arası belgelere de değinen Yüksek Mahkeme isabetli bir kararla 441. maddenin iptaline hükmetmiştir.⁴⁸⁰

Kadının zinasını suç olarak düzenleyen 440. madde ise bu iptal kararından sonra, yürürlükte kalmaya devam etmiş, iptali ise **1998/3 E, 1998/28 K** sayılı ve **23.06.1998** tarihli karar ile ve “...*Türk Ceza Kanunu'nun 440. maddesinde, karının zinasının suç oluşturacağı öngörülmüş, kocanın zinasını suç sayan 441. maddesi ise Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Böylece, kocanın zinası suç olmaktan çıkmıştır. Evlilik birliğinin tarafları olarak karı ile aynı hukuksal konumda olması gereken koca için zinanın suç olmaktan çıkmasına karşın, karı için suç sayılmaya devam etmesi Anayasa'nın 10. maddesindeki “eşitlik” ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.*” gerekçesiyle mümkün olabilmektedir.

Bu iptal kararlarını takiben, aynı kanunun 442. maddesinin iptali talebi Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş ve Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın 38. maddesinde, hiç kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir eylemden dolayı cezalandırılmayacağı, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ise ancak kanunla

⁴⁸⁰ “*Karının zinasına ilişkin 440. maddede zina suçunun oluşması için kadının bir tek eylemi yeterli görüldüğü halde 441. maddede kocanın eyleminin zina suçunu oluşturması için, ‘...karısı ile birlikte ikamet etmekte olduğu evde yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadını tutmak...’ koşulu aranmaktadır. Ayrıca, karının zinasında, buna ortak olan erkeğin evli olup olmamasının suçun oluşması yönünden bir önemi olmadığı halde kocanın zinasında bu husus önemli bir öge olarak ortaya çıkmaktadır. Yasa koyucu bu düzenlemesiyle kadın yönünden basit zinayı, koca yönünden ise belli bir biçimde ortaya çıkan eylemi zina suçu saymaktadır.*”

Kocanın eyleminin zina suçu sayılabilmesi için kadının zinasında aranmayan kimi koşul ve öğelerin aranması, karı karşısında kocaya yasal üstünlük tanınması anlamına gelir. Evlilik birliği içinde kocaya bu tür üstünlük tanımak için haklı bir neden yoktur. Çünkü, karşılıklı sadakat yükümlülüğü bakımından karı ile koca arasında fark bulunmamaktadır. Bunun için kocanın basit zinasının cezalandırılmaması, ona kadına karşı çağdaş anlayışa uymayan bir ayrıcalık tanınmasına yol açarak cinsiyet ayırımını reddeden kadın erkek eşitliğini bozar. Yasa koyucu kuşkusuz, toplumsal gelişme ve özellikleri göz önünde bulundurarak zinayı suç olmaktan çıkarabileceği gibi onun gerçekleşmesini belli koşullara da bağlayabilir. Ancak, bunu yaparken evlilik birliğinin tarafları olarak aynı konumda bulunan karı, koca arasında ayırım yaratacak bir düzenlemeyi gerçekleştirmez. Açıklanan nedenlerle, Türk Ceza Yasası'nın 441. maddesi, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır; iptali gerekir.”

konulacağına öngörüldüğünü belirterek, Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararları sonucu 440. ve 441. maddelerde düzenlenen zinanın suç olmaktan çıkması nedeniyle 442. madde uygulanmaz hale gelmiş olduğundan ve zina suçu ve buna bağlı olarak cezası da ortadan kalkmış olması sonucu cezanın indirimini düzenleyen 442. maddenin uygulanma olanağı kalmadığından 442., 443. ve 444. maddeleri de iptal etmiştir.⁴⁸¹

Değiniilmesi gereken diğer bir karar ise, **1988/4 E, 1989/3 K**, sayılı **12.01.1989** tarihli Anayasa Mahkemesi kararıdır. Söz konusu kararda 765 sayılı TCK'nın 438. maddesi incelenmiştir.⁴⁸² Bu kararında Yüksek Mahkeme Eşitlik İlkesi'ni , ırza geçme fiillerinin yöneldiği "*fuhuşu meslek haline getiren kadın*" ile "*iffetli kadın*" açısından değerlendirmiş ve iptal talebini, isabetsiz bir gerekçe ile reddetmiştir.⁴⁸³

⁴⁸¹ **Madde 442:** " Yukarıdaki maddelerde yazılı cürümlerin işlendiği sırada karı ve koca birbirinden nikâh baki olduğu halde hakimin hükmü ile ayrılmış veya biri diğerini terketmiş ise her birinin cezası üç aydan bir seneye kadar haptir."

Madde 443: " Geçen maddelerde yazılı olan cürümlerden dolayı takibat icrası karı kocadan biri tarafından şahsi dâva ikamesine bağlıdır. Bu keyfiyet, cürümde şerik olanlar içinde şarttır."

Madde 444: " Dâvadan vazgeçmek, hükümden sonra dahi makbuldür. Bu halde hükmün icrasından ve cezanın neticelerinden sarfinazar olunur. Karı kocadan birinin ölümü dâvayı iskat eder."

⁴⁸² **Madde 438 :** " Irza geçmek ve kaçırmak fiilleri fuhuşu kendine meslek edinen bir kadın hakkında irtikâp olunmuş ise, ait olduğu maddelerde yazılı cezaların üçte ikisine kadar indirilir."

⁴⁸³ " ...Kanun önünde eşitlik ilkesi, Anayasa'nın 10. maddesinde şöyle belirtilmektedir: 'Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.'

Anayasa'nın, bu hükmü ile aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağını, değişik hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulmasının bir aykırılık oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında vurgulandığı gibi yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılması Anayasa katında geçerli görülemez. Bu mutlak yasak, birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları -eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılar. Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurullarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz...Irza geçmek ve kaçırmak suçlarının fuhuşu kendine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesinde, bu kişinin uğradığı zarar ile aynı eylemlerin iffetli bir kadına karşı yapılması

Değnilmesi gereken bir diğer karar, **1993/16 E, 1993/24 K** sayılı ve **06.07.1993** tarihli, 765 sayılı TCK'nın 522. maddesinin son fıkrasının tartışıldığı karardır.⁴⁸⁴ Burada Yerel Mahkeme özetle, yağma ve hırsızlık suçlarının unsurları bakımından benzer nitelikte olduklarını, hırsızlık suçu açısından indirim sebepleri söz konusuysen, yağma(gasp) suçu açısından olmamasının Eşitlik İlkesi ile bağdaşmadığını ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi ise, isabetli bir kararla itirazın reddine karar vermiştir.⁴⁸⁵

durumunda onun gördüğü zarar eşit sayılamaz, iffetli bir kadının zorla kaçırılması veya ırzına geçilmesi onun onurunu, toplumdaki ve yaşadığı ortamdaki saygınlığını, giderilmesi olanaksız ölçüde kıracaktır. Oysa, aynı eylemlerle karşılaşan fuhşu meslek edinmiş bir kadının bu ölçüde zarar gördüğünü ileri sürmek ve kabul etmek güçtür. Fahişe, fuhşu kendisine meslek edinmiş, onu ticarî bir iş kabul etmiş olduğundan bu tür kadınların kişi ve cinsel özgürlükleri iffetli kadınlarınkı kadar bozulmuş sayılamaz. Kaçırarak ve ırza geçmek eylemleri iffete karşı işlenen birer suç olması ve bu eylemlerle karşılaşan fuhşu meslek edinen bir kadının uğrayacağı zararın, iffetli bir kadının uğrayacağı zarara göre çok daha az olacağı gerçeğinden hareket eden Yasa koyucu bu nedenle Türk Ceza Yasası'nın 438. maddesi ile böyle bir ayırımı yer vermiştir.

Şu halde, fuhşu kendisine meslek edinen kadınlara karşı işlenen zorla kaçırmak veya ırza geçmek suçlarında böyle bir kadının uğradığı zararın aynı eylemlerle karşılaşan iffetli bir kadının uğradığı zarara göre daha az olması bu ayırımın haklı nedenini oluşturmaktadır. Bu bakımdan eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilen itiraz konusu Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesi, bu eylemlerle karşılaşan kadınların değişik durumlarından kaynaklanan zorunluluklara ve dolayısıyla haklı nedenlere dayandığından Anayasa'nın 10. maddesinde açıklanan eşitlik ilkesine aykırı değildir.” gerekçesiyle talebi reddetmiştir.

⁴⁸⁴ **Madde 522/son:** “ Eğer fail aynı neviden olan cürümlerden dolayı mükerir bulunur veya bu babın ikinci faslında yazılı cürümlerden birini işlemiş olursa cezayı tenkise mahal yoktur. “

Belirtmek gerekir ki, Türk Ceza Yasası'nın Onuncu Bab'ı “Mal aleyhine cürümler”e ilişkindir. Bu Bab'ın Birinci Fash'ında “hırsızlık”, İkinci Fash'ında “Yağma ve yol kesme ve adam kaldırmak” suçları ve bunlara verilecek cezalar belirlenmiş; bu Bab'ın Sekizinci Fash'ında ise, 1-7 Fasıllarda öğeleri ve cezaları gösterilen suçlarla ilgili olarak ortak kurallar düzenlenmiştir. 522. maddenin ilk fıkrası, Onuncu Bab'ta açıklanan cürmün konusu olan şeyin veya verilen zararın kıymetine göre cezalarda arttırmayı ya da indirimi öngörmüş; son fıkrası ise, failin, aynı, türden olan cürümlerden dolayı “mükerrir” olması veya bu Bab'ın İkinci Fash'ında yazılı cürümlerden birini işlemesi durumunda cezanın indirilmeyeceği kuralını getirmiştir.

⁴⁸⁵ “...Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında belirtildiği gibi, yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Anayasanın öngördüğü eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp haklı nedenlerin bulunması durumunda farklı uygulamalara olanak veren bir ilkedir...Türk Ceza Yasası'nın “yağma (gasp)” olarak nitelediği suçlar, aslında kişi üzerinde cebir ya da tehdit kullanılarak yapılan hırsızlıktır. Bu tür suçlarda, hırsızlıkla olduğu gibi yalnız mülkiyet hakkına değil ayrıca kişinin beden tümlüğü ve özgürlüğüne de saldırılmaktadır. Yasa koyucu, yağma eylemini suç sayıp ceza öngörmekle, mülkiyet hakkıyla birlikte kişi özgürlüğünü de korumak amacını gütmektedir. Yağma suçunda, zilyetlik ya da mülkiyet hakkını bozma (ihlâl) baskın öge kabul edilerek bu suç Türk Ceza Yasası'nın mala karşı suçlar bölümüne alınmıştır. Ancak bu düzenleme yağma suçunun “karma suç” niteliğini ortadan kaldırmaz. Kişi özgürlüğüne, ruh ve beden tamlığıyla mala karşı yönelen ve Türk Ceza Yasası'nın Onuncu Bab İkinci Fash'ında yazılı suçlar için verilecek cezalarda 522. madde nedeniyle indirim yapılamaması, devletin ceza politikasıyla, suça verdiği önemle, başka

Söz konusu ilkenin tartışıldığı bir diğer önemli karar ise Yüksek Mahkeme tarafından iptal edilmiş olan 5237 sayılı TCK'nın 104/2. maddesine ilişkin karardır.⁴⁸⁶

Konunun tartışıldığı **2005/103 E, 2005/89 K** sayılı ve **23.11.2005** tarihli kararda Anayasa Mahkemesi, kanımızca da isabetli olarak, TCK'nın 104/2. maddesini iptal etmiştir.⁴⁸⁷

Zira söz konusu madde, 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış çocukların cinsel münasebetleri bakımından kendilerine karar verme hakkı tanımıştır. Bu karar verme hakkı ise, failin mağdurdan beş yaş büyük olması durumunda tamamen ortadan kalkmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin de yerinde olarak belirttiği gibi , fail mağdurdan beş yaş büyük ise, mağdurun irade açıklama hakkı olmamakta, zira fiil re'sen kovuşturulmakta, böyle bir yaş farkı yok ise mağdur irade açıklamasında bulunabilmektedir. Böyle bir düzenleme, mağdurun iradesinin olup olmadığının, failin niteliklerine göre değerlendirilmesi gibi bir neticeye neden olmakla , makul olmayan bir sonuç ortaya çıkarmaktadır. Bunun dışında, karşı oy

bir deyişle takdiriyle ilgili bir konudur. Bu durum, ayrı suçların ayrı kurallara bağlı kalmasının haklı nedenini de oluşturmaktadır.”

⁴⁸⁶ **Madde 104** : “ Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın cezası iki kat artırılır. ” ,

Konunun, 765 sayılı TCK'da düzenlenmiş ve Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlanıp karara bağlanmış hali için bkz. **1989/35 E, 1990/22 K, 19.7.1990**

⁴⁸⁷ “...on beş yaşını bitirip on sekiz yaşını doldurmamış çocuğun, rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan az fark olması halinde eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna eriştiği kabul edilerek, suçun takibi şikayete bağlı tutulmasına karşın, aynı yaştaki çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan fazla fark olması halinde, eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna erişmediği kabul edilerek, suçun takibi şikayete bağlı tutulmamaktadır....Ceza hukukunda yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulanmasında kuşkusuz, aynı suçu işleyen tüm suçluların kimi özellikleri göz ardı edilerek her yönden aynı kurallara bağlı tutulmalarını gerektirmemektedir. Mağdurun veya failin durumundaki farklılıklar, bunlara değişik kurallar uygulanması sonucunu doğurabilir. Ancak, suçun takip şekli veya failin cezalandırılmasında esas alınan özellikleri, kuralla korunmak istenen hukuki yarar bakımından sonuca etkili değilse, bu durumda failerin farklı durumda oldukları kabul edilerek aralarında ayırım yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.....Kuralın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.” ,

Ek gerekçe sunan üye Mehmet Erten'e göre, hükmün iptal edilmesi gerektiği, Eşitlik İlkesi'nden değil, suç ile ceza arasındaki oranın 104/1'e göre korunmamasından doğmaktadır. Karşı oy gerekçesi sunan Alifeyyaz Paksüt'e göre ise, “...Söz gelimi, 16 ve 19 yaşlarında iki gencin arasındaki ilişki ile, birisi 15 diğeri 40 yaşlarındaki iki kişinin arasındaki ilişki aynı değildir, dolayısıyla failerin hukuki konumları da aynı olamaz. Zira bu durumda artık tam bir yetişkin olan, ekonomik ve maddi güç, toplum içindeki konum ve yaşam deneyimleri bakımından çocuk sayılan kişi ile ortak yanları bulunmayan fail, cinsel partner olarak kendisine daha uygun bir kişiyi seçme imkanına sahiptir. Sonuç olarak, bu kişinin mağdura yaşça yakın olan diğer bir faille arasında eşitlikten bahsedilemez.”

gerekçesinde belirtildiği üzere mağdurun 15, failin 40 yaşında olması ve bu halde failin yetişkin olarak adlandırılması, bu nedenle de deneyim yahut ekonomik veya sosyal açıdan yaşı mağdurunkine yakın olan failden farklılıklar taşıması gibi hususlar, cezanın bireyselleştirilmesinde rol oynayabilir ve hakim takdiren bu durumu değerlendirebilir. Cebir, şiddet veya tehdit gibi kişinin iradesini ortadan kaldıracak bir durum söz konusu olmaksızın aynı suç için kovuşturma şeklinde ve cezanın miktarında farklılıklar yaratılması Eşitlik İlkesi'ne uygun değildir.

2.5. Hümanizm(Ümanizm) İlkesi

Ümanizm ilkesinden amaç, suç işlediği için ceza yaptırımına tabi tutulan insanın, yeniden topluma kazandırılmasıdır. Yeniden sosyalleştirme ise, suçlunun gelecekte sosyal sorumluluk içinde suçsuz bir yaşam sürecektir yetenek kazanmasına götüren gayretlerin tümüdür. Bu, gerek uygulanacak yaptırımın türü gerekse infaz şekli açısından olmalıdır. Bu bakımdan suçlunun kırbaçlanması, zina yapan kadının taşlanması veya hırsızın elinin kesilmesi gibi cezaları içeren bir ceza kanunu insanlık onuruna dolayısıyla hümanizm ilkesine aykırıdır.⁴⁸⁸ Bu anlamda hümanizm ilkesinde öne çıkan, insan haysiyetiyle (onuru) bağdaşmayan cezanın verilemeyeceğidir.

Bu anlamda, hümanizm düşüncesi, suçlu ile toplum arasındaki bağları koparmak değil, güçlendirmek çabası içindedir. Bu görev devlete aittir ve devlet ise sadece “hukuk devleti” değil, “ıslah edici devlet”tir. Şu halde, insanın insan dışı muamelelere tabi olmasını “ceza” diye adlandırmak mümkün değildir; ve hümanizm ilkesine göre suçlu, salt “suçlu insan” değil, “suç işlemiş, kurtarılması gereken” insandır.⁴⁸⁹

Mesele, teknik ceza politikası açısından ele alındığı takdirde, hangi cezanın insan haysiyetiyle bağdaşıp bağdaşmayacağını tayin pek güçtür. Ceza politikasında, bir cezanın kabule şayan olup olmadığını tayin edecek tek ölçü, bunun cezalandırma (tecziye) veya uslandırma (tedip) yahut bir ıslah unsuru olarak suç işlemini önleyebilecek nitelikte olup olmadığıdır.⁴⁹⁰

⁴⁸⁸ DEMİRBAŞ, s. 65

⁴⁸⁹ EREM, s.10

⁴⁹⁰ GÖLCÜKLÜ Feyyaz , Ceza Hukuku Açısından 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/17/2/18_Feyyaz_GOLCUKLU.pdf adresinden 6.2.2009 tarihinde yararlanılmıştır.

Ancak belirtmeliyiz ki, günümüzde artık özellikle ölüm cezasının insan haysiyetiyle bağdaşmadığı fikri, tüm çağdaş ülkelerin ulusal hukuklarında ve uluslar arası belgelerde yer bulmaktadır.

Zira, bu cezanın insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza olduğu ve çağdaş ceza hukukunda cezadan beklenen suçluyu ıslah edip topluma kazandırma amacının bu cezada bulunmadığı, ölüm cezası aleyhine ileri sürülen en güçlü argümanlar olarak gözükmektedir.⁴⁹¹

İnsan haysiyetiyle bağdaşmayacak cezaların verilemeyeceği, uluslar arası belgelerde de yer bulmuştur.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 5. maddesinde, “ *Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayri insanı, onur kırıcı cezalara veya muameleye tabi tutulamaz* ” kuralı getirilmiştir. Aynı ilke, Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 3. maddesinde de tekrarlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye taraf ülkeler de bu sözleşmeye aykırı davranışlara imkan vermeyeceklerini ve bu konudaki ihlaller bakımından uluslar arası yüksek mahkemelerin yargı yetkisini kabul edeceklerini taahhüt de etmişlerdir.⁴⁹²

Hümanizm İlkesi'nin Anayasal ifadesi ise, Anayasamızın 17/3. maddesidir.

17/3. maddeye göre,

“*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*”

Söz konusu hüküm, herhangi bir sınırlama nedenine bağlı olmayan, mutlak (sert çekirdekli) haklarındanındır. Bu yasak, olağanüstü durumlarda bile ortadan kaldırılamaz. Ne bir başka insanın yaşamı, ne de toplumun varlığına yönelik bir tehlike işkenceyi haklı

⁴⁹¹ KOCA, 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Son Anayasa Değişikliklerinin Ceza Hukukuna Etkileri,

Ölüm cezası, infazı ne kadar az acı verecek şekilde düzenlenirse düzenlensin, kişinin bedeni üzerinde şiddet uygulamak suretiyle yerine getirildiği ve böylece fiziksel acının yanı sıra, infaz anına kadar dayanılması zor bir manevi acı da verdiği için insan onuruyla bağdaşmaz. Mahkumun ailesini ve yakınlarını en ağır şekilde etkiler. Bölünmesi ve bu şekilde şahsileştirilmesi mümkün değildir. İnfaz edildikten sonra, kısmen dahi olsa telafi edilemez. FEYZİOĞLU, Ölüm Cezası Üzerine Düşünceler ve Anayasa Değişikliği ile 4771 Sayılı Kanun'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler, http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/olum_cezasi.htm adresinden 17.02.2009 tarihinde yararlanılmıştır.

Değinmek gerekir ki, 2001 yılında 4709 sayılı kanununun 15. maddesiyle Anayasanın 38. maddesine 7. fıkra olarak eklenen, “*Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez*” hükmü 5170 sayılı yasanın 5. maddesiyle “*Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.*” şeklinde 2004 yılında değiştirilmiştir.

⁴⁹² İÇEL/SOKULLU/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER/İÇEL, İçel Yaptırım Teorisi, s. 205

gösterebilir.⁴⁹³ Elbette bu bakış açısı, işkence dışındaki insan haysiyetini hiçe sayan tüm cezalar açısından da geçerlidir.

Ancak aynı maddenin 4. fıkrası, 3. fıkrada belirtilen bu kuralları zedeler niteliktedir.

Anayasa'nın değişik (7.5.2004-5170/3 md.) 17/4. maddesine göre,

“ Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.”

Şu halde 17/4. maddesinde, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza türü olan ölüm cezası, hukuksal bir zemine oturtulmaya çalışılmaktadır.

Anayasanın 17. maddesinin son fıkrasında yer alan ve yaşama hakkının istisnalarını oluşturan bu hallerin de, mutlaka daraltılması ya da tamamen ortadan kaldırılması gerekir. Artık ölçülülük ilkesi de anayasal bir ilke haline geldiğine göre (AY. m.13), *“yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri”* yaşama hakkının ortadan kaldırılması için orantılı bir sınırlama olmayacaktır.⁴⁹⁴ Dolayısıyla bu düzenleme bir an önce Anayasa metninden çıkartılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin Hümanizm İlkesi açısından değerlendirmelerine gelecek olursak, **1.7.1963** tarihli ve **1963/207 E., 1963/175 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 11 inci maddesine ilişkin itirazı değerlendirilmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 11 inci maddesine göre,

“ Cürümlere mahsus cezalar şunlardır :

- 1- Ölüm,
- 2- Ağır hapis,
- 3- Hapis,
- 4- Sürgün,
- 5- Ağır cezayı nakdi,
- 6- Hıdamatı âmmeden memnuiyet....”

⁴⁹³ TEZCAN Durmuş, AİHS Kapsamında İnsan Hakları, http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/Tezcan_AIHSdekiTemelHaklar_ozet.doc adresinden 17.02.2009 tarihinde yararlanılmıştır.

⁴⁹⁴ KOCA, 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Son Anayasa Değişikliklerinin Ceza Hukukuna Etkileri

Anayasa Mahkemesi 11. maddeye ilişkin itirazı, ölüm cezasının Anayasa’da yasaklanmamış olduğu gerekçesiyle, reddetmiştir.⁴⁹⁵

Elbette Anayasa Mahkemesi’nin kararına ve gerekçesine katılmak mümkün değildir. Böyle bir düşünce tarzı, hümanist doktrin tarafından kabul edilemeyecek nitelikte olmakla beraber, Anayasa Mahkemesi’nin belirttiğinin tersine 334 sayılı Anayasa’nın 14. maddesine de aykırıdır.

Zira, 334 sayılı Anayasa’nın 14. maddesine göre, “*Herkes, yaşama, maddi ve mânevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir...Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz.*”

Görüldüğü gibi madde metninde, herkesin yaşama hakkına sahip olduğu, insan haysiyetiyle bağdaşmayan cezalar konulamayacağı şeklinde ifadeler kullanılmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin, “*kimse ölüm cezasına çarptırılmaz*” şeklindeki bir düzenlemenin Anayasa metninde olmadığını savunarak, iptali istenen madde hükmü açısından ret kararı vermesi oldukça şaşırtıcıdır. Zira, daha önce de belirttiğimiz üzere, madde metni zaten kişilerin yaşamsal ve maddi varlıklarının korunması gerektiğini düzenleyerek ölüm cezasını yasaklamış olmaktadır. Ayrıca, kişiye işkence ve eziyetin yapılması ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan cezaların verilmesi yasak ise, ölüm cezası da evleviyetle yasaktır. Bunun yanı sıra, kararda bahsi geçmese de insan haysiyetiyle bağdaşmayan diğer bir ceza türü de sürgündür. Söz konusu madde bu açıdan da 334 sayılı Anayasa’nın 14. maddesine aykırılık taşır.

27.12.1965 tarihli ve **1963/57 E., 1965/65 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 23., 25., 26., 27., 28., 165. ve 183. maddelerindeki katıksız hapse ilişkin hükümlere ilişkin itirazları değerlendirmiştir.

⁴⁹⁵ “...Ceza hukuku alanında uzun bir tekâmül safhasından sonra bunun belli ve kesin bir nitelik almış olan cezaların kanuniliği ve şahsiliği prensipleri (Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur) ve (Ceza sorumluluğu şahsidir). Suretinde bir hürriyet teminatı olarak Anayasa’nın 33 üncü maddesinde yer almış bulunmaktadır. Maddenin son fıkrasında genel müsadere cezası konulması açıkça yasak edildiği halde Ölüm cezasının yasaklandığına dair hiç bir kayıt ve işaret mevcut değildir. Bundan başka, temel hak ve hürriyetlerin en başında gelen yaşama, maddi ve manevi varlığı geliştirme haklarını ve kişi hürriyetini 14 üncü maddenin birinci fıkrası ile teminat altına alan Anayasa koyucusu, müteakip fıkroda bu hak ve hürriyetlerle ilgili olarak koyduğu genel prensiple, kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti terimleriyle ifade eylediği bu hakkın da mutlak olmadığını, toplum hayatının zarurî kaldığı hallerde kanunda açıkça gösterilmek ve hâkim kararına dayanmak şartıyla kayıtlanabileceğini belirtmekle beraber eziyet ve işkenceyi ve insan haysiyetiyle bağdaşamayacak ceza konulmasını yasak ettiği halde, ölüm cezasına burada da dokunmamıştır. Nitelikleri açıklanan bu hükümlere göre, sözü geçen 33. ve 14 üncü maddelerde sayılan yasaklar dışında kalan ceza müeyyidelerinin ve bu arada ölüm cezasının Anayasa’ya aykırı bir tarafı bulunmadığının kabulü gerekir...”

Kısa hapis cezaları;

Madde 23 : (4257 sayılı kanunla değişik) A) Kısa hapis cezaları üç türdür :

...

3- Katıksız hapis,

C) Erat hakkında : (4/1/1961 günlü ve 211 sayılı kanununun 118 inci maddesiyle erat deyimi erbaş ve er olarak değiştirilmiştir.)

1- Dört haftaya kadar göz hapsi;

2- Üç haftaya kadar katıksız hapis cezaları verilebilir...

Erat hakkında oda ve katıksız hapis cezalarının mahiyeti ve icrası.

Madde 25: Erat:

2- Katıksız hapis cezasını hapis odasında tek basma geçirirler.

Katıksız hapsin icrası

Madde 26: Katıksız hapis, mahkûma bir katı minder ve gıda olarak yalnız su ve istihkak miktarı esmek verilmek ve tütün ve saire verilmemek suretiyle tenfiz olunur. Bu mahkûmiyetler hapsin dördüncü, sekizinci, on ikinci günleriyle bundan sonra mahkûmiyet müddetince her üç günde bir kaldırılır.

Katıksız hapsin değiştirilmesi

Madde 27: "Mahkûmun sıhhati katıksız hapse müsait değilse disiplin cezasının bir derece daha hafifi tatbik olunur."

Kısa hapis cezalarının tatbiki şartları

Madde 28: "I- Bu kanunda kısa hapis cezası gösterilen yerlerde failin rütbesine göre caiz olan kısa hapsin her nevi hükmolunabilir..."

Disiplin cezalarının neveleri

Madde 165:

B) Erbaşlar (Astsubaylar dâhil) hakkında :

II- Katıksız hapis, üç haftaya kadar.

C) Onbaşılar ve erler hakkında :

2- Hapis cezaları :

...

II- Katıksız hapis üç haftaya kadar."

Cezanın infazı sureti

Madde 183: "Cezayı veren disiplin âmirleri zaruret halinde cezanın sonraya bırakılmasını veya fasıla ile infazını emredebilir. Katıksız hapsinde cezanın sıhhati bu cezaya uzun zaman dayanmasına müsait değilse ve cezanın sonraya bırakılması veya fasıla ile icrası hizmet

dolayısıyla caiz görülmezse oda hapsiyle değiştirilebilir. Her halde cezalının sıhhati bir hekimden sorulur.”

Anayasa Mahkemesi katıksız hapis cezasına karşı ileri sürülen itirazları, söz konusu cezanın insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir yönünün olmaması gerekçesiyle, reddetmiştir.⁴⁹⁶

Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmak mümkün değildir.

Görüldüğü gibi katıksız hapis cezasında, hükümlü tek başına bir odada bırakılarak katı minderde yatırılmakta, hükümlüye su ve ekmekten başka bir şey verilmemektedir. Böyle bir cezalandırma türü, insanlık dışı olup, 334 sayılı Anayasa'nın 14. maddesinde belirtilen ilkeleri açıkça aykırıdır. Zira, böyle bir cezalandırma şekli, cezanın en başta gelen ıslah amacıyla bağdaşmamaktadır.⁴⁹⁷

2.11.1965 tarihli ve **1965/30 E., 1965/58 K** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 5617 sayılı Hayvan Hırsızlığının Men'i hakkındaki Kanunun 13. maddesinde yer alan, sürgün cezasına ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

5617 sayılı Hayvan Hırsızlığının Men'i hakkındaki Kanunun 13. maddesine göre,

“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 tayin edilecek cezalar 3 kat olarak hükmolunur. Bunlar hakkında ayrıca sürgün cezası da verilir.”

⁴⁹⁶ “...Katıksız hapsin insan haysiyetiyle bağdaşıp bağdaşamayacağı sorununa gelince : İnsan haysiyeti kavramı, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, yapılan muamele, insanı, insan olmaktan çıkarır. İnsan haysiyeti kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre insanın, saygıya değer olabilmesi için onda bulunmasını zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gereklidir. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış; parangabentlik, teşhir dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmiştir. Katıksız hapis "insan haysiyeti" kavramına göre ölçüye vurulduktaki: Cezaevinde değil bir odada sağlık şartları altında gizlice ve tek başına çekilen, küçük düşürücü niteliği bulunmayan ve cezaevlerindeki olağan yiyip içme disiplinin kısa süreler için biraz daha daraltılmasından ileri gitmeyen böyle bir cezanın insanın sırf insan olma değerinin hak ettiğiinden daha aşağı bir davranış sayılamayacağı kolayca kendini gösterir....katıksız hapis cezası Anayasa'ya aykırı değildir.”

⁴⁹⁷ Aynı konunun tartışıldığı kararlar için bkz. **1963/57 E., 1965/65 K., 27.12.1965, 1965/41 E., 1965/66 K., 27.12.1965, 1963/132 E., 1966/29 K., 28.6.1966**

Anayasa Mahkemesi 13. maddeye ilişkin itirazı, kamu düzeni ve kamu yararı gerekçesiyle, reddetmiştir.⁴⁹⁸

Anayasa Mahkemesi'nin kararı isabetli değildir. Nitekim Yüksek Mahkeme, gerekçesini de işlenen fiilin, toplumun haysiyetine etkisi ve buna göre cezanın belirlenmesi esası üzerine kurmuştur. Oysa ki, bir kimsenin işlemiş olduğu söz konusu suçtan dolayı sürgün edilmesi, o kişinin toplumdan soyutlanıp dışlanması olup failin sosyalizasyonu, hümanizm ilkesiyle ve dolayısıyla çağdaş ceza hukuk anlayışıyla bağdaşmaz. Bunun yanı sıra zaten söz konusu karar 334 sayılı Anayasa'nın 14. maddesine aykırıdır. İşlenen suçun, toplum üzerindeki etkisi elbette düşünülecek ve toplumun adalet duyguları doyurulmaya çalışılacaktır. Ancak bu yapılırken, salt toplumun adalet duygusu değil, verilen cezanın failin insan onurunu zedelemeyecek nitelikte olması gerektiği de düşünülmelidir.

Bunun yanında eklemek gerekir ki, iptali istenen madde metnindeki suç ile karşılığında öngörülen ceza açısından da bir orantısızlığın olduğunu söylemek gerekir. Bahsedilen büyükbaş hayvan hırsızlığı suçu için, Türk Ceza Kanununa göre tayin edilecek cezaların 3 katı cezaların uygulanması ya da sürgün cezasının öngörülmesi oldukça ölçüsüzdür.

15.6.1967 tarihli ve **1966/34 E., 1967/18 K.** sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 116. maddesine ilişkin itirazı değerlendirmiştir.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 116. maddesine göre;

“Tevkif edilen kimse mümkün olduğu kadar mahkûmlardan ayrı bir yere konulur ve ayrı bir odada bulundurulur. Mevkuf hakkında ancak tevkif ile gözetilen gayeyi ve tevkifhanenin intizamını temin edecek kadar tazyidatta bulunulur. Mevkuf tevkifhanenin intizam ve emniyetini bozmamak ve tevkifindeki gaye ile uygun olmak şartı ile servet ve vaziyetine göre kendi masrafı ile istirahat ve meşgalesini tanzim edebilir.

⁴⁹⁸ “...Bundan başka, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlere ayrılan ikinci bölümünde 14. maddede (kişi dokunulmazlığı) deyimi altında, temel hakların en başında gelen (yaşama, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakları ve kişi hürriyeti) birinci fıkra ile güven altına alınmış ve sonraki fıkrada da (kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti) diye adlandırılan bu hakkın dahi mutlak olmadığı ve bunun da toplum hayatının zorunlu kıldığı hallerde, kanunda açıkça belirtmek ve hâkim kararına dayanmak suretiyle, kayıtlanabileceği bildirilmiş, ancak eziyet, işkence ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza konulması yasak edilmiştir. Böylece, Anayasamıza göre bu sınırlar içinde suçlunun işlediği suçun toplum hayatındaki etkileri göz önünde tutularak gereken cezanın konulması da yasama organının yetkisi içinde bulunmaktadır. Daha önce açıklandığı üzere, itiraz olunan hükümler, hayvan hırsızlığının memleketteki kötü etkileri dikkate alınarak, kamu yararının ve kamu düzeninin sağlanması amacı ile konulmuştur...İtirazın reddi gerekir.”

Mevkuf tevkifhanede ancak ciddi bir tehlike teşkil ettiği ve bilhassa diğer mevkıfların emniyeti için zaruri görüldüğü veya intihara veya kaçmaya teşebbüs ettiği yahut bu hususta hazırlıkta bulunduğtu takdirde demire vurulabilir.

Mevkuf duruşmaya bağılı olmayarak çıkarılır.

Bu tedbirler ancak hâkimin kararı ile alınır. Acele hallerde diğer memurlar tarafından bu hususta alınan tedbirler derhal hâkimin tasvibine arz olunur.”

Anayasa Mahkemesi 116. maddeye ilişkin itirazı, demire vurma cezasının eziyet ve işkence niteliğini alabilecek bir tedbir olduğı gerekçesiyle haklı bulmuştur.⁴⁹⁹

Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmamak mümkün değildir. Zira, bir kimsenin demire vurulmasını, o kimse yahut diğer kimseler hakkında güvenlik tedbiri alındığı şeklinde gerekçelendirmek mümkün değildir. İnsan onuruyla bağdaşmayan cezaların verilemeyeceğı kuralı mutlakken, henüz cezası sabit olmayan tutuklu kimselerin, bu tür küçültücü muamelelere maruz kalması evleviyetle mümkün değildir. Kaldı ki Yüksek Mahkeme'nin de yerinde bir şekilde belirttiğı gibi, tutuklunun “*ciddi bir tehlike teşkil etmesi ve bilhassa diğer mevkıfların emniyeti için zaruri görülmesi*” gibi gerekçeler oldukça belirsiz ve keyfi işlemlere neden olabilecek düzenlemelerdir. Bu tür düzenlemelerin işkence ve kötü muamele

⁴⁹⁹ “...Demire vurma, ceza Kanunumuzun kabul ettiği cezalardan hiç birine benzememekte, bunun nasıl uygulanacağı hakkında da yürürlükteki kanunlarımızda bir hüküm bulunmamaktadır.

Eski Ceza Kanununun 19. maddesinde (Kürek, ayaklarında demir olduğı halde hidematı şakkada kullanılmaktadır.) diye tanımlanmış, 20. maddesinde ayakta demir olduğı halde ölünceye kadar ağır işlerde kullanılma "müebbet kürek" ve 21. maddesinde de 3 seneden 15 seneye kadar böyle işlerde kullanılma "muakkat kürek" olarak adlandırılmıştır. Aynı Kanunun 27. maddesi de ayağı demir konulmasını "prangaya vazetmek" diye nitelendirmiştir.

Bugünkü mevzuatımızda (Demire veya prangaya vurma) cezalan bulunmadığından ve iptali istenen fıkrada da (Demire vurma) nın nasıl yapılacağı gösterilmediğinden ceza ve tevkif evlerinde bu tedbirin alınışında değişik usullerin uygulanması ve uygulama şekli bakımından bu tedbirin İşkence halini alması mümkündür. Nitekim, itiraz eden Mahkeme, "demire vurma, Askeri Ceza Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 1286 tarihli Askeri Ceza Kanununun pranga - bentlik ve demir - bentlik cezalarına benzer şekilde, tatbikatta sureti mahsusada hazırlanmış kalın zincir ve demirlerin tutuklunun elifle ve ayağına geçirilerek tâyin edilen müddet zarfında bu şekilde kalması suretiyle infaz edilmektedir. Tutuklu, ekseriya, 20 - 30 kilo hatta daha fazla ağırlıkta bir yükün altında muayyen müddetini geçirmek zorundadır. Şahıs her türlü ihtiyaçlarını bu şartlar altında yerine getirecektir." diyerek ve karar veren mahkemenin (Ne şekilde infaz edileceğı meşuk bir tedbir tâyin ettiğine) de işaret ederek bu sakıncalı durumu belirtmektedir.

Kaldı ki, 116/2. maddede yazılı hallerde başka tedbirlere başvurulması mümkün olduğundan (Demire vurma) gibi uygulamada eziyet ve işkence niteliğini alabilecek ağır bir tedbirin hem de uygulama şekli gösterilmeksizin bir emniyet tedbiri diye devam ettirilmesi genel ceza esaslarına ve hukuk anlayışına aykırı düşer.”

şeklini alması kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle söz konusu düzenleme, mutlak suretle 334 sayılı Anayasa'nın 14. maddesine aykırıdır.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'nin Ceza Hukukuna ilişkin kararları açısından ilk olarak değinmek gerekir ki, Yüksek Mahkeme, açılan iptal davalarının bir çoğunda, iptali istenen madde ya da maddelerin, hukuki tartışmasını yapmaktan uzak kalmış, yine hükmettiği bir çok kararda, verdiği karara ilişkin doyurucu bir gerekçe göstermemiştir. Özellikle konumuz açısından iptal talebinde bulunulan kararlarda, çoğunlukla 1961 Anayasası'nın 33. ve 1982 Anayasası'nın 38. madde metinleri karara olduğu gibi eklenmiş, iptali istenen hükümle karşılaştırılması ve tartışması yapılmadan “*söz konusu kuralın Anayasa kurallarına aykırı düşen bir yönü bulunmamaktadır*” ifadesiyle bir sonuca varılmıştır.

Oysa ki Anayasa'nın, tüm hukuk dalları açısından yol gösterici olma niteliğini korumak işlevine sahip olan ve bu anlamda Anayasa'ya aykırı hükümlerin yürürlükten kaldırılmasını sağlamak gibi önemli bir görevi olan Anayasa Mahkemesi'nin, yüzeysel ve hukuki değeri olmayan tartışmalara girmek yerine tartışma konusu ilkeler hakkında hukuk felsefesi açısından açıklamalarda bulunması ya da Anayasa metinlerini tekrarlamaktansa, bu metinlerin özünün değerlendirilmesini yapması ve böylece bir hükme varması Yüksek Mahkeme'nin işlevi ve konumuna daha uygundur.

Ceza Hukukuna ilişkin kararları genel olarak değerlendirildiğinde ise, Yüksek Mahkeme'nin Ceza Hukuku İlkeleri açısından istikrarlı bir bakış açısına sahip olmadığı görülmektedir.

Özellikle yürütmenin/idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratması yasağı hakkında, daha spesifik anlamda KHKlar ile suç ve cezalar öngörülmesi hakkında, Yüksek Mahkeme'nin sürekli fikir değiştirmesi, Kanunilik İlkesi'nin bu yönünün Anayasa Mahkemesi tarafından çok özümsememiş olduğunu göstermekle beraber, uygulamada da bir istikrarın oluşmasını engellemektedir. Bu anlamda Yüksek Mahkeme'nin bu konuya genel yaklaşımı, idarenin düzenleyici işlemleriyle mutlak suretle suç ve ceza yaratılamayacağı şeklinde iken, KHKlar açısından bu kadar net bir sonuca varamamaktadır. Zira, KHKlar ile suç ve ceza yaratılabileceği fikri bir kararda savunulurken diğerinde reddedilebilmektedir. Özellikle, suç ve ceza içeren hükümlerin KHKlara yasalar aracılığı ile eklenmesi hususunu Kanunilik İlkesi'ne aykırı görmeyen Anayasa Mahkemesi, bu anlamda kendi içinde çelişkili hükümler vermektedir. Fakat, bu konuda Mahkeme'nin tek istisnai ve bundan sonra emsal oluşturabilecek nitelikteki kararı olarak, **12.3.2009** tarihinde verdiği **2009/16 E., 2009/46 K.** sayılı ve 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin a ve c bentlerinde tarif edilen, coğrafi işaret hakkına tecavüz sayılan eylemlere ilişkin itirazları değerlendirdiği kararı gösterilebilir. Zira bu kararında

Anayasa Mahkemesi, söz konusu eylemlere ilişkin cezalar Yasa ile düzenlenmiş olsa da, suç tarifinin KHKlar ile yapılmasını Anayasa'nın 38. ve 91. maddelerine aykırı bulmuştur.

Yüksek Mahkeme kararları açısından bir diğer değinilmesi gerekli husus, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu gerektiren düzenlemeler açısından Yüksek Mahkeme'nin yaklaşım tarzıdır. Bu konuda Anayasa Mahkemesi birkaç iptal kararı haricinde Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanun'un 1963 yılında tartışılmaya başlanmasından beri fikrini değiştirmemiştir. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi, tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının olduğunu genel olarak kabul etmekte ve bu konuda uygulamayı değiştirebilecek bir karara da imza atmamış bulunmaktadır. Buna rağmen tüzel kişilerin cezai sorumluluğu açısından en tartışmalı kanunlardan biri olan 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, en son 30 Aralık 2008 tarihli 5827 sayılı Kanunla değişik halinde, söz konusu Kanun'un 3. maddesinin 5. fıkrasında, yine 3. maddede sayılan fiillerin kabahat kategorisinde ele alınıp, tüzel kişiler açısından idari para cezasının öngörülmesi olumlu bir ilerlemedir. Fakat bu yasal değişiklik açısından Anayasa Mahkemesi'nin etkisinin olduğunu söylemek güçtür. Aynı şekilde daha önce Anayasa Mahkemesi önüne iptal talebi ile gelen Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesinde düzenlenen, banka hakkında ağır para cezasına hükmedilebileceği yönündeki hüküm açısından da Yüksek Mahkeme'nin bir etkisi olmamıştır; zira 15. madde 1989 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından görüşülmesinden bu yana değişikliğe uğramamıştır.

Diğer bir değinilmesi gereken nokta, doktrinde objektif sorumluluk açısından oldukça tartışmalı olan Basın Kanununda belirtilen sorumluluk şekline Anayasa Mahkemesi'nin, sorumlu müdür/yazı işleri müdürünün sorumluluğunun "*özel ve istisnai bir sorumluluk*" olması, bu sorumluluk türü açısından "*yayın faaliyetinin taşıdığı özellikler dolayısıyla, kusura dayalı genel ceza sorumluluğundan farklı bir düzenlemeye gereksinim duyulması*" gibi gerekçelerle yaklaşması ve iptal talebini reddetmesi, bu anlamda Yüksek Mahkeme'nin objektif sorumluluğu açık bir şekilde kabul etmesi söz konusudur. Bu durumda 5680 sayılı Basın Kanunu'nda eleştirilen hususların, halihazırda yürürlükte olan 5187 sayılı Basın Kanunu'nda Yasama Organı tarafından kabul edilmesi şaşırtıcı değildir. Zira Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki bakış açısı, Yasama Organı'nın düzenlemelerini etkileyebilecek içeriğe sahip değildir.

Bunların dışında Anayasa Mahkemesi'nin son zamanlardaki kararlarında, suç olarak nitelenen fiiller karşılığında verilecek olan cezaların belirlenmesinde, sanayi sektörü için belirlenen, yürürlükteki asgari ücretin yahut Toptan Eşya Fiyatları Yıllık İndeksi'ndeki artışların temel alınması anlayışının terk edilmeye başlanması ve böyle bir düzenlemenin

Anayasa Mahkemesi tarafından da cezaların belirsizliğine neden olacağına kabul edilmesi, olumlu bir ilerlemedir. Yine Anayasa Mahkemesi'nin zinaya ilişkin hükümler ile 5237 sayılı TCK'nın 104/2. maddesi açısından yaptığı değerlendirmelerin oldukça isabetli olduğunu ve bu hükümlere ilişkin olarak verdiği iptal kararları sonrasında, uygulamada iptal edilen bu hükümlere benzer hükümlerin yasalaşmamış olması bakımından Anayasa Mahkemesi'nin önemli bir görevi yerine getirdiğini belirtmemiz gerekir.

Ancak yine de Anayasa Mahkemesi'nin, maddi Ceza Hukuku İlkeleri'ni yorumlama şeklinin oldukça dar ve istikrarsız olduğunu ifade etmemiz gerekir. Zira bazı durumlarda Yüksek Mahkeme, iptal talebinin yöneldiği düzenlemelerdeki ceza hukuku ilkelerine aykırılıkları tespit etmiş olmasına rağmen, sırf iptal ettiğinde cezalandırarak bir hüküm kalmayacağı gerekçesiyle, söz konusu ilkelere aleni bir şekilde aykırılık teşkil eden hükümleri iptal etmemektedir. Nitekim, yapılan iptal başvurularında verilen ret kararlarının sayısı, iptal kararlarından oldukça fazladır. Bizce verilen bu ret kararlarının önemli bir kısmı da iptal edilmesi gereken hükümlere yönelik kararlardır.

Böylece, Yasama ve Yürütme Organları tarafından ortaya koyulan düzenlemelerin, nihai denetleme mercii olan Anayasa Mahkemesi'nin, uygulamada Ceza Hukuku İlkeleri'nin yansıdığı bu düzenlemeler açısından pek de etkili olmadığını düşünüyoruz.

Bu anlamda, geçmişi oldukça gerilere dayanan bu temel ceza hukuku ilkelerinin, hala tam olarak ceza hukuku mantığına yerleşmemiş olması ve suç ve ceza yaratırken söz konusu ilkelerin aleni bir şekilde ihlal edilmeye devam edilmesi tespitiyle beraber Anayasa Mahkemesi'nin bu ihlaller karşısında tutumunun, kişi hak ve özgürlüklerinin daha garantili bir şekilde korumaktan yoksun olduğunu belirtmemiz gerekmektedir.

Bu sorunun temel nedeni, Anayasa Mahkemesi üyelerinin niteliklerinden kaynaklanmaktadır. Zira, Yüksek Mahkeme üyeleri arasında hukukçu niteliğe sahip olmayan üyeler var olabildiği gibi, hukukçu öğretim üyeleri de yoktur.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında bir istikrara yönelmesi, gerekçelerini hukuki bir temele dayandırması, önüne gelen iptal talepleri açısından uygulamada Yasama ve Yürütme'yi sınırlandırabilecek şekilde kararlar vermesi ve böylece Anayasal hak ve özgürlüklerinin daha garantili bir şekilde korunmasına hizmet etmesi, Yüksek Mahkeme üyelerinin, hukukçu niteliğe sahip olmalarını gerektirdiği gibi, Anayasa ve yasaları yorumlayabilecek bilimsel uzmanlık bilgisine sahip olmalarını da gerektirmektedir.

KAYNAKÇA

ALACAKAPTAN, Uğur , İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1958

ALACAKAPTAN, Uğur , Suçun Unsurları, AÜHFY No: 372, Sevinç Matbaası, Ankara 1975

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz , “Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu”, AYD, Cilt 1 Yıl 1984

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz , Anayasa Mahkemesince Verilen İptal Kararlarının Zaman İçindeki Etkisi, AİD (Amme İdaresi Dergisi) Cilt 23, Sayı 3, Eylül 1990'dan ayrı bası, Ankara -1990

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Anayasa Yargısı, Yetkin, Ankara 1997

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz , “Yeni Bir Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi”, AYD Cilt 14, 1997

AKILLIOĞLU, Tekin, “Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması”, AYD Cilt 1, 1984

ARTUK, Mehmet Emin , “Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler” , Legal Hukuk Dergisi, Yıl : 3 Sayı :32, Ağustos 2005

ARTUK, Mehmet Emin , Yeni Türk Ceza Kanunu Semineri, 12 Mart 2005, www.ankarabaru.org.tr/download/panel/10.doc/27.10.2008

ARTUK, Mehmet Emin , “Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi” , YÜHFD, Cilt III Sayı :1 , 2006

ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Birinci Kitap, Seçkin, Ankara 2002

ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2006

AŞIK, İbrahim, İcra ve İflas Kanunu'nda Yer Alan Cezai Hükümler(m.331-354) ve Anayasa'nın 38. Maddesinin Sekizinci Fıkrası, www.e-akademi.org/04.06.2009

ATAR, Yavuz , Türk Anayasa Hukuku, Mimoza 2002

BALTA, Tahsin Bekir , “Türkiye’de Anayasa Yargısı” , AÜHFD, Cilt 18 Sayı 1-4, 1961

BECCARİA, Cesare , Suçlar ve Cezalar Hakkında, İmge Kitabevi, 2004

CASSESE, Antonio , International Criminal Law, Oxford University Press, 2003

CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta 2005

CENTEL, Nur, Yeni Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi, <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckyaptirim.pdf>/30.01.2009

CİHAN, Erol , “70.Yılında Türk Ceza Kanunu -Genel Hükümler Ceza Hukuku Günleri” , Beta, İstanbul 1998

DEMİRBAŞ, Timur , Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Seçkin, Ankara 2007

DİRİKKAN, Hanife, “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ile İcra İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı”, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz4-1/PDF/dirikkan1.pdf>/24.02.2009

DONAY, Süheyl, “Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı”, İÜHFM, Ord. Prof. Dr. Kemalettin Birsen Hatıra Sayısı, Cilt XXXV, Sayı 1-4

DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım Cilt I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1961

DÖNMEZER, Sulhi , Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003

DURAN, Lütfi , “Türkiye’de Anayasa Yargısı’nın İşlevi ve Konumu”, AYD Cilt 1, 1984

ERCAN, İsmail, Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler, İkinci Sayfa Yayıncılık, 2008

ERDOĞAN, Mustafa, Anayasa Hukuku, Orion Yayınevi, 2007

EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, Onuncu Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1973

ERSOY, Yüksel , Ceza Hukuku Genel Hükümler, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002

ESEN, Bülent Nuri , Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı, Ankara Üniversitesi Basım Evi, 1966

FEYZİOĞLU, Turhan, Kanunların Anayasa’ya Uygunluğunun Kazai Murakebesi, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1951

FEYZİOĞLU, Metin, “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması – Anayasa ve Ceza Hukukları Açısından Bir İnceleme”
<http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/ceksucu.htm>/10.02.2009

FEYZİOĞLU, Metin, “ Ölüm Cezası Üzerine Düşünceler ve Anayasa Değişikliği ile 4771 Sayılı Kanun’un Getirdiği Yeni Düzenlemeler”,
http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/olum_cezasi.htm/17.02.2009

FOSTER G. Nigel / SULE Satish , German Legal System & Laws, Oxford University Press, 2002

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz ,“Ceza Hukuku Açısından 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası,
http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/17/2/18_Feyyaz_GOLCUKLU.pdf/06.02.2009

GÖREN Zafer, Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli, Anayasa Mahkemesi'nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “ANAYASA MAHKEMELERİNDE YAPILANMA”, Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli ve Tartışma Paneli, 27 NİSAN 2004 SALI 5. Oturum, www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg21/tiasm.pdf /17.09.2008

GÖZLER, Kemal , “Eşitlik İlkesi” , <http://www.anayasa.gen.tr/esitlik.htm>/10.04.2009

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm/anayasa-yargisi.htm>/17.09.2008

GÖZLER, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş, US-A Yayıncılık, Ankara 1998

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa Ocak 2008

GÖZÜBÜYÜK, Şeref , Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2000

GÜLŞEN, Recep, “ Borç İçin Hapis Yasağı ve Anayasa md. 38 deki Değişiklik”,
http://www.akader.info/KHUKA/2001_eylul/borc_hapsi.htm#_ftn4/12.02.2009

GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2003

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Fail” ,
<http://www.abchukuk.com/makale/makale308.html>/23.08.2008

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/guvenlik-tedbirleri.html>/23.08.2008

HAFIZOĞULLARI, Zeki , Türk Ceza Hukuku Ders Notları, Ankara 2007-2008

HALLER, Herbert , Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar, Avusturya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor,

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg21/avusturya.pdf>/10.12.2008

HAKERİ Hakan , Yeni Türk Ceza Kanunu Semineri, 11 MART 2005,
<http://www.ankarabarusu.org.tr/download/panel/9.doc>/27.10.2008

HAKERİ, Hakan , Yeni Türk Ceza Kanunu Semineri, 12 MART 2005,
<http://www.ankarabarusu.org.tr/download/panel/10.doc>/27.10.2008

HAKERİ, Hakan , Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2006

İÇEL, Kayıhan , Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İHFY No: 1256, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967

İÇEL, Kayıhan / SOKULLU AKINCI Füsun / ÖZGENÇ İzzet / SÖZÜER Adem , / MAHMUTOĞLU S. Fatih / ÜNVER Yener , İçel Suç Teorisi, Beta, Eylül 2000

İÇEL, Kayıhan / ÜNVER Yener , Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus ROXIN'e Armağan, Suç Politikası, Seçkin, Ankara, 2006

İÇEL, Kayıhan / DONAY Süheyl , Karşılaştırmalı ve uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 1. Kitap, Yeni yasalara göre güncellenmiş 5. bası, Beta 2006

İÇEL, Kayıhan , Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli "Kast", İTÜSBD Yıl:6, Sayı:12, Güz 2007

JESCHECK, Hans Heinrich , Alman Ceza Hukukuna Giriş, Kusur İlkesi, Ceza Hukukunun Sınırları, Beta, İstanbul 2007

KATOĞLU, Tekin , Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar, Mülkiye Dergisi, Sayı 246, , Cilt XXIX , 2005

KABOĞLU, Ö. İbrahim, Anayasa Yargısı, İmge Kitabevi, 2000

KOCA, Mahmut, “4709 Sayılı Kanunla Yapılan Son Anayasa Değişikliklerinin Ceza Hukukuna Etkileri”, <http://www.jura.uni-saarland.de/turkish/MKoca2.html> /10.02.2009

KOCA, Mahmut, Tutuklamada Orantılılık İlkesi Çerçevesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak Yurtdışına Çıkarmama, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/MKoca1.html> /08.04.2009

KOCA, Mahmut , ÜZÜLMEZ İlhan , Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2008

REİSOĞLU, Seza, “Son Yasal Değişiklikler Açısından Çek” , Bankacılar Dergisi, Sayı 44, 2003,

OĞURLU, Yücel, “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım- Ceza Yaptırımını Ayırımı” , <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/YOgurlu.html> /06.02.2009

ONAR, Erdal , 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, AÜHFY, Ankara 1993

ONAR, Erdal , Kanunların Anayasa’ya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetimi Alanında Ülkemizde Öncüler, AÜHFY, Ankara 2003

ONAR, Erdal , “Türkiye’de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi Alanında Öncüler” , Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, AMY, Ankara 2006

ÖDEN, Merih , “Cumhuriyetin 75. Yıldönümünde Anayasa Yargısı” , AÜHFD Cilt 48, 1999

ÖNDER, Ayhan , Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992

ÖZBEK, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli- İçtihatlı), Cilt 1 Genel Hükümler (Madde 1-75), Seçkin, 2006

ÖZBEK Veli Özer / BACAKSIZ Pınar / DOĞAN Koray , Ceza Hukuku Genel Hükümler, Açıklamalı Şematik Çalışma Kitabı –I-, Seçkin, Ankara 2006

ÖZBUDUN, Ergun , “1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler” , AYD Cilt 2, 1985

ÖZBUDUN, Ergun , Türk Anayasa Hukuku, Yetkin, Ankara 2000

ÖZCAN, Onur , “Sanığın Lehine Olan Kanunun Uygulanmasında Yürürlüğe girme Anı Sorunu” , YÜHFD, Cilt II, Sayı 2, 2005

ÖZEK, Çetin , Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, İÜY No.: 1795, Hukuk Fakültesi Yayınları No. : 397, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., İstanbul -1972

ÖZEN, Muharrem , “Türkiye Cumhuriyeti’nde ve Kuzey Kıbrıs Türkiye Cumhuriyeti’nde Süreli ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu” , AÜHFD Cilt 50, Sayı 3, 2001

ÖZEN, Muharrem , Türk Ceza Kanunu Tasarısının Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, AÜHFD Cilt 52, Sayı 1-4, 2003

ÖZGENÇ, İzzet , Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2005

ÖZGENÇ, İzzet , Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, 30 Nisan- 1 Mayıs 2005, TOBB Yayın No : 2005/25, Ankara 2005

ÖZGENÇ, İzzet , Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008

ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖZBEK, Veli Özer , Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Seçkin, Ankara 2003

SABUNCU, M. Yavuz / ESEN ARNWINE, Selin , Anayasa Mahkemesi’nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “Anayasa Mahkemelerinde Yapılanma ” 5. Oturum, “Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”,

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg21/tbby.pdf>/21.12.2008

SAĞLAM, Fazıl , Anayasa Mahkemesi’nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “Anayasa Mahkemelerinde Yapılanma ” 5. Oturum, “Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli ve Türkiye’de Bireysel Başvuru”,

<http://www.anayasa.gov.tr/general/anayasayargisi.asp?yazar=&yil=2004> /17.09.2008

SAĞLAM, Fazıl , 1982 ANAYASASI'NIN 25 YILI: Bir geçici bilanço ve perspektifler, Sonuç Bildirisi: “Anayasal Gelişim Sürecinde Dikkati Çeken Tehlikeler”, <http://www.istanbul.edu.tr/siyasal/duyurular/BGBvP/FazilSaglam.pdf>/21.12.2008

SOKULLU AKINCI, Füsün , “Suç Siyaseti bağlamında Yeni Türk Ceza Kanunu'nun genel değerlendirilmesi” ,Kazancı , Sayı 5, Ocak 2005

SOYASLAN, Doğan , Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara 2003

SOYER GÜLEÇ, Sesim, Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu, Seçkin, Ankara 2007

SÖZER, Ali Nazım, Hukukta Yöntembilim, Beta, İzmir 2008

SÖZÜER, Adem , Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, Alfa Basım Yayım Dağıtım, Ocak 1996

ŞEN, Ersan , Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I (Madde 1-Madde 140), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006

ŞEN, Ersan, 1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararları – Ceza, Beta, İstanbul 1998

TANER, Tahir , Ceza Hukuku Umumi Kısım, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1953

TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, YKY, 10. Baskı, İstanbul,

TEZCAN, Durmuş / RUHAN ERDEM, Mustafa / Ceza Özel Hukuku, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2002

TEZCAN, Durmuş, “AIHS Kapsamında İnsan Hakları”, http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/Tezcan_AIHSdekiTemelHaklar_ozet.doc /17.02.2009

TEZCAN, Durmuş / RUHAN ERDEM, M. / ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara 2008

TEZİÇ, Erdoğan , “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, AYD, Cilt II, 1985

TEZİÇ, Erdoğan , Anayasa Hukuku, Beta 2001

TİKVEŞ, Özkan , “Anayasa’da Onbeş Yıllık Dönemde (1961-1976) Yapılan Değişiklikler ve Ekler”, AÜHFD Cilt 34 Sayı 1-4, 1977

TOROSLU, Nevzat , Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2005

TOROSLU, Nevzat , X. Yerel Medya Eğitim Semineri – Kayseri 20 - 21 ŞUBAT 2004, http://www.byegm.gov.tr/seminerler/kayseri-x/kayseri_x.htm/20.12.2008

TOSUN, Öztekin, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, İÜHFM Cilt : XXVII, Sayı : 1-4, 1962

TURHAN, Mehmet, Anayasa Mahkemesi’nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “Anayasa Mahkemelerinde Yapılanma” 5. Oturum, “Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli”,

http://www.anayasa.gov.tr/images/loaded/pdf_dosyalari/anayasayargisi23_son.pdf
/17.09.2008

TÜLEN, Hikmet , “Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Anayasa Değişikliği Taslağı Üzerine Açıklamalar ve Birkaç Öneri” , e-akademi Sayı 26, Nisan 2004

ÜNVER, Yener , Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin, Ankara 2003

ÜNVER, Yener, “Ceza Hukukunda Hukuksal Değer”, HFSA 8, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003

ÜNVER, Yener, “YTCK’da Kusurluluk” , CHD Yıl: 1 Sayı: 1, Seçkin, Ekim 2006

YANIK, Murat , “Kanunların Şekil Yönünden Anayasa’ya Uygunluğunun Denetimi”, e-akademi, Sayı 70, Aralık 2007

YARSUVAT, Duygun , Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası, Semet Matbaası, İstanbul 1963, İHFM'nin Cilt XXIX Sayı : 3, Sene 1963 sayısından ayrı bası

YAVUZDOĞAN, Seçkin , “Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Mümkün müdür?”, http://www.akader.info/KHUKA/2004_eylul/12.htm/29.09.2008

YILDIRIM, Ramazan, Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31/08.04.2009

YURTCAN, Erdener ,Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, Yeni TCK’nın Yürürlük ve Uygulama Yasası, Kazancı Hukuk Yayınları: 205, 2. Bası, 2006

ZEYTİN, Zafer, “Borç İçin Hapis Yasağı ve TCK 233/I Hükmüne Göre Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin İhlaline İlişkin Bir Değerlendirme”, <http://www.akader.net/sbard/sayilar/2006Eylul/187-216.pdf>/24.02.2009

ZEVKLİLER, Aydın , ACABEY M. Beşir , GÖKYAYLA Emre , Zevkliler Medeni Hukuk, Seçkin Ankara 2000

Ö Z G E Ç M İ Ő

Adı ve SOYADI : Özge APİŞ

Doğum Tarihi ve Yeri : 18.06.1983

Medeni Durumu : Bekar

Eğitim Durumu

Mezun Olduğu Lise : İstiklal Makzume Anadolu Lisesi

Lisans Diploması : Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Tez Konusu : Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarının
Türk Maddi Ceza Hukuku İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi

Yabancı Dil / Diller : İngilizce (Çok iyi)
Almanca (Temel Düzeyde)

Adres : Niğde Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri
Anabilim Dalı KAMPÜS/NİğDE

Tel. no : 0 530 467 26 07

