



ANAYASA MAHKEMESİNİN NORM DENETİMİ KAPSAMINDA VERDİĞİ KARARLARININ CEZA HUKUKUNUN GELİŞİMİNE ETKİSİ

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ*

GİRİŞ

Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetlemekte, buna karşılık bireysel başvuru yoluyla ise Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve bu Sözleşmeye ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü kullanılmak suretiyle ihlal edilip edilmediğini değerlendirmektedir.

Anayasa Mahkemesi, bu çerçevede, ceza normlarını anayasaya uygunluk yönünden denetlemekte ve yine bireyler tarafından ceza normların kendisiyle ilgili olarak uygulandığı safhada muhatap olduğu muameleyle veya kendisiyle ilgili olarak verilen kararlar, temel hak ve hürriyetlerinden birinin veya birkaçının ihlal edildiği yolundaki bireysel başvuruları değerlendirmektedir.

Anayasa Mahkemesinin norm denetimi ve bireysel başvuru kapsamında vermiş olduğu bu kararların ceza hukukunun gelişimine önemli bir katkı sağladığı muhakkaktır. Bu nedenle ceza hukuku alanında yapılan çalışmalarda Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar dikkate alınmakta ve göz önünde bulundurulmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin norm denetimi ve bireysel başvuru üzerine verdiği kararlardan ceza hukukuyla ilgili olanlarını; maddi ceza hukuku, ceza muhakemesi hukuku ve ceza infaz hukukuyla ilgili olanlar şeklinde üç ayrı başlık altında ele almak mümkündür. Ancak bu çalışmada, konuyu sınırlayabilmek için Anayasa Mahkemesinin norm denetimi

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, ilhan.uzulmez@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3668-7110.

yoluyla verdiği kararlardan sadece maddi ceza hukukuyla ilişkili olanlar ele alınıp değerlendirilmeye konu edilecektir.

A- ANAYASA MAHKEMESİNİN NORM DENETİMİ YOLUYLA VERDİĞİ KARARLARIN MADDİ CEZA HUKUKU AÇISINDAN TASNİF SORUNU

Anayasa Mahkemesinin norm denetimi yoluyla verdiği kararlardan maddi ceza hukuku ile ilgili olanlarını irtibatlı olduğu müesseseden hareketle bir tasnife tabi tutulabilir. Ancak Anayasa Mahkemesinin maddi ceza hukuku alanında norm denetimi yoluyla vermiş olduğu kararların bu kuralların doğrudan somut bir olaya uygulanmasıyla ilgili olmadığı, ceza hukukuna yön veren ve şekillendiren ilkelerle irtibatlı olduğu görülmektedir. Bu bağlamda bir fiilin kanun koyucu tarafından suç teşkil eden bir haksızlık olarak düzenlenip düzenlenmeyeceğinin, suç teşkil eden haksızlığın karşılığı olarak öngörülen yaptırımın ölçülülük ilkesi ihlal edip etmediğinin ve hukuk devleti ilkesini ceza hukuku alanında somutlaştıran suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirildiği kararlar verildiği görülmektedir. Buna göre Anayasa Mahkemesinin maddi ceza hukukuyla ilgili olarak verdiği kararların geneli ve karar içerikleri göz önünde bulundurularak;

- Bir fiilin suç teşkil eden bir haksızlık olarak düzenlenmesinin değerlendirildiği kararlar,
- Anayasa Mahkemesinin maddi ceza hukukuyla ilgili ölçülülük ilkesi bağlamında verdiği kararlar,
- Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve belirlilik ilkesi ile ilgili kararlar,
- Zaman bakımından uygulama alanıyla ilgili kararlar,
- Ceza sorumluluğunu şahsiliği ilkesi ile ilgili kararlar,

şeklinde bir ayırım yapılması mümkündür. Farklı noktalardan hareketle başkaca sınıflandırma da yapılabilir.

B- FİİLİN HAKSIZLIK TEŞKİL EDİP ETMEDİĞİ HUSUSUNDA ANAYASA MAHKEMESİNİN DEĞERLENDİRME YETKİSİ

Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanunu'nda, özel ceza kanunlarında veya ceza normu içeren özel kanunlarda belli fiillerin suç teşkil eden bir haksızlık olarak tanımlanmasının veya bu suç tanımının muhteviyatı itibarıyla belli açılardan Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki iddiaları

değerlendirmekte ve bu sırada zorunlu olarak bir fiilin suç teşkil eden haksızlık olarak düzenlenmesiyle ilgili değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bu kapsamda aşağıdaki kararlar örnek olarak zikredilebilir.

1- Anayasa Mahkemesi, somut norm denetimi yoluyla 5237 sayılı TCK'nın, "*Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" şeklindeki 104. maddesi birinci fıkrası hükmüne "*suçun mağdurunun kim olduğu ile şikâyet hakkının kime ait olduğu hususlarının açık biçimde anlaşılacağı; fiilden önce rızası bulunan mağdurun sonradan şikâyeti üzerine sanığın cezalandırılmasının öngörüldüğü, açıklanan rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceğinden bu durumun hukuka uygun olmadığı; şikâyetin varlığı veya yokluğuna bağlı olarak sanığın cezalandırılmasının eşitsizliğe neden olduğu*" gerekçesiyle yöneltilen Anayasa'nın 10 ve 38. maddelerine aykırılık iddiasını değerlendirmiş ve aşağıdaki gerekçe ile iptal talebini reddederek ilgili hükmü iptal etmemiştir:¹

"Hukuk devletinde ceza siyasetinin gereği olarak yasa koyucu, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı da gözetenek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırım ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir.

İtiraz konusu kuralın, on beş yaşını doldurmuş çocukların cinsel farkındalık dönemine girmekle birlikte henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak sorumluluk duygusuna sahip olmayabilecekleri düşüncesiyle ve onların cinsel dokunulmazlıklarını korumak amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Sanığın cezalandırılması açısından mağdurla aynı yaş grubunda yer alması veya reşit olması arasında fark bulunmamaktadır. Soruşturma, kovuşturma ve sonucunda sanığın cezalandırılabilmesi mağdurun şikâyetine bağlı tutulmaktadır. Bu nedenle, şikâyete bağlı olarak sanığın cezalandırılmasıyla şikâyet yokluğu nedeniyle cezasız kalması biçiminde bir eşitlik karşılaştırması yapılamaz. Yasa koyucunun suç ve ceza

1 AYM, E.2006/17, K.2009/33, 26/2/2009.

siyasetine ilişkin takdiri kapsamında değerlendirilen kuralın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü görülmemiştir.

Hukuk düzeni, kişiyi, kendisiyle ilgili belli konular üzerinde başkaları tarafından belli tasarruflarda bulunma hususunda rıza göstermeye yetkili kılabilir. Böyle bir durumda rıza, **hukuka uygunluk sebebi** sayılmaktadır. Ancak bunun için rızanın ilişkin bulunduğu konu üzerinde ve hukuken tanınan sınırlar kapsamında bir tasarrufa ilişkin olması gerekir.

İtiraz konusu kurala göre suç sayılan fiilin "cebir, şiddet ve hile olmaksızın", bir başka ifadeyle mağdurun rızasıyla işlenmesi gerekmektedir. Bundan, **belli yaş grubuna dâhil olanların cinsel ilişki konusundaki rızalarının geçerli kabul edilmediği, rızaya dayansa bile on beş yaşından büyük çocukla cinsel ilişkinin suç sayıldığı** anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralda sözü edilen rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi **mümkün değildir**. Türk Medeni Kanunu'nun evlenme ve velayete ilişkin hükümlerinin bu yaş grubu çocuklar açısından değerlendirilmesi de varılan bu sonucu desteklemektedir. Aynı sonuç mağdurun kim olduğuyla şikâyet hakkının kime ait bulunduğu dair iddialar açısından da geçerlidir. Düzenlemenin bu hâliyle belirsizlik içermediği, sayılan hususların ilgili mevzuat hükümleriyle somut olayın özelliklerine göre yargı organları tarafından çözülebilmesine elverişli olduğu anlaşılmakla, kuralın Anayasanın 38. maddesine aykırı bir yönü de görülmemiştir. İtirazın reddi gerekir."

Kararda öncelikle yasa koyucunun suç ihdas etme ve karşılığında yaptırım belirleme konusundaki yetkisine ve bu yetkiye yön veren temel prensiplere değindikten sonra, iptal istemine konu hükmün bu yetki çerçevesinde kalıp kalmadığına ilişkin değerlendirmeye yer verilmiş, iptal istemine konu hükmün sevk amacından bahsedilmiş ve düzenlemeye bu yönü itibarıyla herhangi bir eleştiri getirilmemiştir. Kararın anayasaya aykırılık iddialarının değerlendirmesiyle ilgili olan ve bu bağlamda teknik ceza hukuku bilgilerinin kullanıldığı sonraki kısımları sorunludur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki on beş yaşını tamamlamış olan çocuklar arasındaki cinsel birleşme, ceza hukukunun sorumluluk alanı dışında tutulmuştur. İptali istenen hükümde, on sekiz yaşını tamamlamış bir

kişinin cinsiyeti ne olursa olsun on beş yaşını tamamlamış olan bir çocukla rızaya dayalı cinsel birliktelik yaşaması suç olarak tanımlanmıştır². Bu nedenle karardaki sanığın cezalandırılması açısından mağdurla aynı yaş grubunda yer alması veya reşit olması arasında fark bulunmadığı yolundaki değerlendirme sorunludur. Bu değerlendirme, 765 sayılı Kanun döneminde bu suçların failinin erkek olabileceği yolundaki yerleşik kabul doğrultusunda uygulama geliştirilmesini destekler bir mahiyet taşımaktadır. Yeni TCK'nın sistematığı ve teorik kabulleri, bu tür suçların hem erkek hem kadın tarafından işlenebileceğini, aynı yaş grubunda yer alanların birbirlerine yönelik olarak rızayaen gerçekleştirdikleri cinsel davranışların ceza hukukunun ilgi sahasına girmediğini ortaya koymaktadır. Anayasa Mahkemesinin kararında bu hususun göz ardı edilmiş olması, önemli bir eksiklik³.

Keza söz konusu kararda, ilgilinin rızası ile ilgili olarak yapılan açıklamalar da sorunludur. Kararda kendisine ceza hukukunda yüklenen işlev göz önünde bulundurulmaksızın ilgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak konumlandırıldığı, iptal istemine konu olan hükümde ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmediğinden bahsedildiği görülmektedir. Oysa ilgilinin rızası, cinsel suçlarda, tipikliğin maddi unsurları kapsamında değerlendirilmesi gereken bir nitelik taşımaktadır. Örneğin cinsel saldırının (TCK m. 102, f. 1) tipikliğinin oluştuğundan bahsedilebilmesi için ilgilinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışa rıza göstermediğinin tespit edilebilmesi gerekir. Kişi bu davranışa rıza göstermişse artık ortada cinsel saldırı bakımından tipik bir davranışın bulunmadığından bahsedilmektedir.

İlgilinin rızası, iptal istemine konu olan maddede düzenlenen suç tipi bakımından suçun maddi unsurları bağlamında değerlendirilmesi gereken bir özellik arz etmektedir. Ancak bu suç tipi bakımından ilgilinin rızası, on beş yaşını tamamlamış ve fakat on sekiz yaşını tamamlamamış çocuk üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranış, cinsel istismar olmaktan çıkaran ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçu olarak nitelendirilmesini

2 Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2022). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 426-427; Özgenç, İ. (2020). "Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar" *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24., S. 1., s. 265-267.

3 Özgenç, İ. (2020). s. 260; Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2022). s. 426.

gerektiren bir işleve sahiptir. Kanun koyucu, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, ilgilinin rızasına geçerlilik tanımadığını ve ilgilinin rızası bulunsa bile bu türden davranışların suç teşkil eden bir haksızlık teşkil edeceğini kabul etmiş ancak ceza siyaseti gerekçeleriyle failin cezalandırılabilmesi için ilgilinin şikâyetini aramıştır⁴.

Buna göre cinsel suçlarda ilgilinin rızası, işlenen fiili hukuka uygun hâle getiren değil, fiilin haksızlık olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini veya hangi haksızlık tipini oluşturduğunu belirleyen bir işleve sahiptir. Bir fiilin ilgilinin rızası nedeniyle haksızlık teşkil etmediği sonucuna varıldığında, aynı zamanda hukuka aykırılık değerlendirilmesine konu olan ve ceza hukukunun müdahalesini gerektiren bir davranışın bulunmadığı da belirlenmiş olmaktadır. Ancak bu fiilin hukuka uygunluk değerlendirmesine konu olamaması ve ceza hukukunun ilgi alanı dışında kalması, bu davranışın ahlaka aykırılığı üzerinde etkili değildir. Buna göre ilgililerin rızası çerçevesinde gerçekleşen gayri meşru cinsel ilişki, rıza nedeniyle cinsel saldırının tipikliğini oluşturmasa ve cezalandırılmasa bile yine ahlaka aykırı bir fiildir. Rıza bu fiilin ahlaka aykırılığını ortadan kaldırmamaktadır. Ancak rıza bu tür fiiller bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilecek olursa bu kez ahlaka aykırı olduğu kabul edilen fiilin, hukuk nazarında meşru olduğundan bahsedilecek ve aynı amaca hizmet eden iki norm arasında bir çatışmadan bahsedilecektir⁵.

Anayasa Mahkemesinin kararında, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni bağlamında değerlendirmeye tabi tutulmuş ve somut kuralda ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmediği belirtilmiştir.

2- Anayasa Mahkemesinin bir fiilin suç teşkil eden haksızlık olarak düzenlenmesini değerlendirdiği diğer karar 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun *"herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçiren"* asker kişilerin bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmasını öngören hükmüyle (m. 67, f. 1, bent A) ilgilidir.

Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Donanma Komutanlığı Askerî Mahkemesi, somut norm denetimi yoluna başvurarak bu hükmün

4 Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2022). s. 429.

5 Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2022). s. 386.

Anayasa'nın 2, 10 ve 23. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptalini talep etmiştir.

Anayasa Mahkemesi aşağıdaki gerekçelerle bu hükmü iptal etmiştir^{6,7}:

*“Hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenek yaptırımlarla karşılanacağı, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Ancak **kanun koyucunun kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.**”* (pn. 10)

...

*“İtiraz konusu kuralla asker kişilerin yurt içinde izinli olsalar bile yetkili makamlardan yurt dışına çıkma izni almadan yurt dışına çıkarak yabancı memlekette üç günden fazla bulunma eylemi yaptırma bağlanmış olup kuralın bu hâliyle kişinin seyahat hürriyetine sınırlama getirdiği görülmektedir. İtiraz konusu kuralda korunmak istenen hukuki menfaat dikkate alındığında söz konusu sınırlamanın amacının **askerî disiplinin sağlanması ve askerî hizmete bağlı olan kamusal menfaatin korunması** olduğu anlaşılmaktadır.”* (pn. 17)

“... Kanun koyucu, askerî disiplinin sağlanması ve korunması amacıyla asker kişilerin yurt dışına çıkışlarında belirli yükümlülükleri yerine getirmeleri konusunda takdir yetkisine sahiptir. Asker kişilerin yurt dışına çıkışlarının “izin koşuluna” bağlanması da bu kapsamdadır.” (pn. 18)

“Diğer taraftan bir hukuk devletinde kanun koyucu, ceza alanında herhangi bir eylemi suç olarak belirlerken, bu suçu işleme kastı olanlarla olmayanları ayırt etmeye elverişli düzenlemeler

6 AYM, E.2016/11, K.2016/132, 14/7/2016,

7 Hemen belirtelim ki bu hüküm daha önce de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmişti (AYM, E.2002/166, K.2004/3, 21/1/2004). Ancak bu karar henüz Resmî Gazete’de yayımlanmadan çıkarılan bir kanunla, söz konusu hükümdeki cezanın alt sınırını üç yıldan bir yıla indiren bir değişiklik yapılmıştı. Bu hükme göre izinli veya raporlu olursa dahi yetkili makamlardan yurt dışına çıkma izni almadan yurt dışına çıkma ve yurt dışında üç günü geçirmek, **bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasını** gerektirmekte idi.

yapmakla yükümlüdür. İtiraz konusu kuralda düzenlenen yabancı memlekete firar suçunu oluşturan eylem, herhangi bir nedenle yurt içinde izinli olursa dahi yabancı ülkeye gitme izni bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günden fazla süre geçirilmesidir. Bu kapsamda suçun işlenmesi bakımından hiçbir şekilde izinli olmaksızın üç günden daha uzun bir süreyi ülke sınırları dışında geçiren askerler ile izinli olmakla birlikte yurt dışına çıkış izni bulunmayan ve söz konusu izinlerini ülke sınırları dışında geçiren askerler, hukuki durumlarındaki farklılık gözetilmeksizin aynı yaptırıma tabi kılınmıştır.” (pn. 19)

“Silahlı kuvvetlerin iç düzeninin sağlanması amacıyla askerî hizmetin gerekleri gözetilerek yabancı memlekete firar suçunu işleme kastı olmayan izinli asker kişilerin yurt dışına çıkış izni bulunmaksızın söz konusu izinlerini ülke sınırları dışında geçirme biçimindeki eylemlerinin disiplin hukuku kapsamında bir disiplin ihlali olarak nitelendirilmesi ve bu ihlali gerçekleştiren asker kişilere **disiplin yaptırımını** öngörülmesi mümkündür.” (pn. 20)

“Bu itibarla askerlikten kaçma kastı olmadığı açık olan izinli asker kişilerin salt yurt dışı izni almadıkları veya alamadıkları gerekçesiyle yurt dışında üç günü geçirmelerinin itiraz konusu kuralla yabancı memlekete firar suçu olarak nitelendirilmesi ve bu eylemleri gerçekleştiren asker kişilerin bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması hukuk devletinin gereği olan “adalet” ve “hakkaniyet” ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi kuralla seyahat özgürlüğüne getirilen bu sınırlama demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşan ölçülü bir sınırlama niteliği de taşımamaktadır.” (pn. 21)

“Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 2, 13 ve 23. maddelerine aykırıdır.” (pn. 22)

Anayasa Mahkemesi gerekçeli kararında “suç işleme kastı”ndan bahsedilmektedir. Mahkemeye göre bu suç düzenlenirken kastı olanlarla kastı olmayanları ayırt etmeye sağlayacak bir formülasyon yapılması zorunludur. Bu değerlendirmelerin suç teorisine ilişkin teknik bilgi eksikliğinden kaynaklandığını düşünmekteyiz. Zira iptali istenen ve iptal edilen hüküm bakımından sorun, söz konusu suçun kast olmaksızın da işlenebileceği değildir. Tanımı itibarıyla söz konusu suç ancak kasten işlenebilir (m. 21, f. 1). Anayasa Mahkemesinin kast bağlamında işaret ettiği husus, esasen kastla ilgili değil, haksızlık bilincinin varlığını

veya yokluğu ile ilgilidir. İzinli olsa dahi izin almaksızın yurt dışına çıkan kişi, bu davranışının yasaklandığını yani haksızlık teşkil ettiğini bilmiyor olabilir. İşlediği fiilin yasak olduğunu yani haksızlık teşkil ettiğini bilmeyen bir kişi, bu hatasının kaçınılmaz olması hâlinde, kusurlu addedilemeyeceği için cezalandırılmayacaktır⁸. Dolayısıyla konu aslında TCK'nın 30. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen haksızlık yanlığıyla ilgilidir. Bu değerlendirme de her bir somut olay bağlamında faille ilgili olarak yapılabilir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararında, bu fiilin adli suç olarak değil, **disiplin suçu** olarak tanımlanmasının ölçülülük ilkesine daha uygun olacağı yönünde değerlendirmede bulunmuştur. Dikkat edilmelidir ki asker kişinin görevi başında bulunup da herhangi bir şekilde izinli almaksızın askerî birliği terk etmesi, suç oluşturmaktadır (bkz. Askerî CK, m. 66). Bu kişinin yurt dışına çıkması, bu suçtan dolayı verilecek cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli unsur olarak tanımlanabilirdi.

Anayasa Mahkemesinin izinli olarak görevi başından ayrılan asker kişinin izinde geçirdiği süre zarfında özel olarak yurt dışına çıkma izni almaksızın yurt dışına çıkması fiilinin, süresinde yani izin bitiminde görevi başına dönmesi kaydıyla, adli suç olarak değil, **disiplin suçu** olarak tanımlanması yönündeki değerlendirmesine biz de iştirak ediyoruz. **Ancak Anayasa Mahkemesinin sırf bu sebeple bir kanuni düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bularak iptal etme yetkisinin bulunmadığını değerlendirmekteyiz.**

Ayrıca belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi, bu hükmün iptaline ilişkin kararın Resmî Gazete'de yayımlandıktan itibaren dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararında esasında bir çelişki de bulunmaktadır. İptal edilen kanun hükmündeki suç tanımının adalet, hakkaniyet ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşmadığı değerlendirmesinde bulunulduktan sonra, iptal kararının ileri bir tarihte yürürlüğe konulması, maddi ceza hukukundaki zaman bakımından uygulama kuralları ile çelişmektedir.

Bu dokuz aylık süre henüz dolmadan söz konusu hükümde değişiklik yapılmıştır⁹. Bu değişiklikle, izinleyken yurt dışına çıkış yapan ve yurt

8 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç İ. (2022). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 454 vd.

9 5.6.2017 tarihli ve 691 sayılı KHK (m. 3) ve bu KHK'yı kanunlaştıran 31.1.2018 tarihli ve 7069 sayılı Kanun (m. 3).

dışında **üç gün veya daha fazla süre** kalarak tekrar yurda dönen asker kişinin bu fiili, yine bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasını gerektiren bir suç olarak tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesinin kararındaki iptal gerekçelerini dikkate almayan bu yeni düzenlemeyle suç daha da ağırlaştırılmıştır.

C- ANAYASA MAHKEMESİNİN ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ BAĞLAMINDA VERDİĞİ KARARLARIN MADDİ CEZA HUKUKUNA ETKİSİ

Anayasa Mahkemesi maddi ceza hukuku normlarını ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirmeye tabi tutarak iptal kararları verebilmektedir. Aşağıda Anayasa Mahkemesinin bu bağlamda verdiği kararlardan bazıları değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

1- Anayasa Mahkemesi, Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesinin itiraz yoluyla başvurusu üzerine Türk Ceza Kanunu'nun çocuğun cinsel istismarını cezalandıran 103. maddesinin "*Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.*" şeklindeki ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2 ve 10. maddelerine aykırılık iddiasını değerlendirmiş ve ilgili hükmü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir¹⁰. Kararda gerekçe olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:

"İtiraz konusu kuralda, kanun koyucu çocuklara cinsel istismar suçunun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda verilecek ceza yaptırımını öngörmektedir. Kuralın cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin tüm çocukların cinsel dokunulmazlığı ile beden ve ruh bütünlüğünün korunmasını sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Çocukların kendilerini korumalarındaki zorluk ve faillerin bu suçları büyük engellerle karşılaşmadan işleyebilmelerindeki kolaylık, cinsel istismarın yetişkinlere nazaran daha kolay işlenmesine neden olmakta ve bu suçlar çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bırakabilmektedir. Bu bağlamda söz konusu suçların işlenmesini önleyici ve caydırıcı nitelikte tedbirlerin alınması devletin pozitif yükümlülüklerinden biridir. Zira Anayasa'da olduğu gibi çocukların korunmasına yönelik tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile konuya ilişkin tüm uluslararası

10 AYM, E.2015/26, K.2015/100, 12/11/2015.

metinlerde de çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsü hakkında etkili ve caydırıcı cezalar düzenlenmesi de dâhil olmak üzere devletlerin bu konuda gerekli tedbirleri almalarına özellikle vurgu yapılmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucunun küçüklerin biyolojik ve psikolojik gelişimlerine ilişkin bilimsel veriler ile toplumda geçerli genel ahlak ve kültürel koşullar gözeterek cinsel istismar suçunun nitelikli hâlini, suçun unsurlarını, işleniş biçimini ve topluma verdiği zararı dikkate alarak bir yaptırım belirlemesi takdir yetkisi kapsamındadır.” (pn. 9)

“Bununla birlikte suç ve suçluyla mücadele ve cezanın ıslah amacı ve ceza hukukunun temel ilkeleri gözetildiğinde **suç tipine göre fiil ile öngörülen yaptırım arasında makul ve hakkaniyete uygun bir denge bulunmalı ve kanun koyucunun belirlediği yaptırım, cezalandırmada güdülen amaçla ölçülü olmalıdır.** Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesinin ağır bir yaptırma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğunda şüphe yoktur. Ancak **mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası** olarak belirlenmesi; fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da **fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiilî birlikteliğin resmî evliliğe dönüşmesi** gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırmakta ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve **suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi** sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Bu nedenle **kuralda belirlenen ceza miktarının bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez.** Kural bu hâliyle **ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır.**” (pn. 10)

“Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.” (pn. 11)

Anayasa Mahkemesinin TCK’nın 103. maddesiyle ilgili verdiği tekrar bu değildir. Mahkeme, Bafra Ağır Ceza Mahkemesinin TCK’nın 103.

maddesinin birinci fıkrasının “b” bendi dışında kalan bölümünün, ikinci fıkrasının ve üçüncü fıkrasının “a” bendinin Anayasa’nın 2, 5, 10 ve 41. maddelerine aykırılık itirazını da değerlendirmiştir¹¹.

Anayasa Mahkemesi, Bafra Ağır Ceza Mahkemesinin başvurusunu, hükmün mahkemedeki uyuşmazlıkta uygulanabilir nitelikte olan kısmıyla sınırlandırmış, bu kapsamda yaptığı inceleme sonucunda TCK’nın 103. maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin birinci fıkranın a) bendinde yer alan “... *tamamlamamış...*” sözcüğü yönünden Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararında TCK’nın 103. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin 12/11/2015 tarihli ve 2015/26 E., 2015/100 sayılı iptal kararındaki gerekçelerin bu olay bakımından da geçerli olduğunu, Anayasa’nın 41. maddesi gereğince mağdur veya fail sıfatıyla çocuğun korunmasının hedef olması gerekliliği dikkate alındığında itiraz konusu kuralın da aynı şekilde bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip olduğunu, bu sebeple kuralın ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğundan iptali gerektiğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, Bafra Ağır Ceza Mahkemesinin diğer Anayasa’ya aykırılık iddialarını ise reddetmiştir.

Hemen belirtelim ki ceza kanunlarında suçlar, kural olarak korunmak istenen hukuki değerler itibarıyla bir tasnife tabi tutulmaktadır. Korunmak istenen hukuki değerler itibarıyla suçların tasnifinde önce, insan haklarına ilişkin uluslararası belge ve sözleşmeler ile anayasalardaki hak ve özgürlükler sıralaması dikkate alınmaktadır. Buna göre örneğin hayata, vücut bütünlüğüne, vücut dokunulmazlığına ve mal varlığına yönelik saldırılara ilişkin suç tanımları arasında bir sıralama oluşturulabilmektedir. Korunmak istenen hukuki değerler arasındaki önem sırası, suçların tasnifinde de dikkate alınmaktadır.

Suçlarla ilgili olarak uygulanabilecek ceza yaptırımlarının türünün ve miktarının belirlenmesinde korunmak istenen hukuki değerler arasındaki önem sırasının göz ardı edilmesi, suçlar arasında ceza yaptırımları

11 AYM, E.2015/108, K.2016/46, 26/5/2016, § 12.

itibarıyla ölçüsüz, orantısız ve adil olmayan bir durum ortaya çıkarır. Anayasa Mahkemesi, bu durumu norm denetimi bağlamında dikkate alabilir.

Keza bir suç tanımı bağlamında önce suçun temel şekli tanımlanır ve temel şekline ilişkin ceza yaptırımını veya yaptırımları belirlenir. Bunu müteakiben, suçun daha az veya daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurları ve bunların gerçekleşmesi hâlinde uygulanacak ceza yaptırımları belirlenir. Nihayet, bir suç tanımı bağlamında o suça ilişkin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâller ve bunların gerçekleştiğinde uygulanacak ceza yaptırımlarının miktarları belirlenir.

Suçun temel şekline ilişkin ceza yaptırımları, kural olarak alt ve üst sınırlar gösterilmek suretiyle belirlenmektedir. Ancak müebbet veya ağırlaşmış müebbet hapis cezası gibi maktu cezaların öngörüldüğü suç tanımları da yapılabilmektedir.

Suçun nitelikli hâllerine ilişkin cezalar, temel cezanın belli bir oranda artırılması veya azaltılması suretiyle ya da suçun temel şeklinden müstakil olarak alt ve üst sınırları gösterilerek belirlenebilmektedir.

Bu yöntemlerden hangisinin veya hangilerinin benimsendiği, ceza hukuku alanında düzenleme yapan kanun koyucunun takdirinde olan hususlardır. Ancak buna rağmen suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurlarının ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesine bağlı olarak uygulanabilecek ceza yaptırımları arasında bir ölçü ve oranın olması şarttır. Bu itibarla kanuni düzenlemede suçun temel şekli ile örneğin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri bağlamında belirlenmiş olan ceza miktarları arasında tersi yönde bir farklılık oluşturulmuş ise Anayasa Mahkemesi bu durumu norm denetimi bağlamında dikkate almalıdır. Ancak **Anayasa Mahkemesinin bir suçun nitelikli hâli ile ilgili olarak kanunda belirlenmiş olan ceza miktarını soyut bir şekilde az veya fazla bularak Anayasa'ya aykırılık değerlendirmesinde bulunamaması gerekir.**

Oysa Anayasa Mahkemesi, kararına konu teşkil eden fıkra hükmündeki ceza miktarını suçun temel şekliyle veya diğer nitelikli hâlleriyle mukayese etmeden soyut bir değerlendirmeye Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu kararıyla, Anayasa'ya aykırılık değil, yasama organının yetki alanına girerek bir **yerindelik**

denetimi yapmıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin bu kararının suçların her bir işleniş şeklini kazuistik olarak ayrı ayrı düzenlemeyi tetikleyecek bir nitelik taşıdığını belirtmek gerekir¹². Nitekim oy çokluğuyla alınan söz konusu karara karşı oy kullanan Başkan ve yedi Üyenin karşı oy gerekçelerinde bu hususa ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararı üzerine TCK, m. 103, f. 2'de 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmış ve fıkranın iptal edilen hükmüne sadece aşağıdaki şekilde yeni bir cümle eklenmiştir.

“Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.”

TCK'da değişiklik yapan 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'la cinsel suçların cezaları büyük ölçüde artırılmış ve bu cezaların infaz şartları ağırlaştırılmıştır. Bu nedenle ceza infaz kurumlarında bulunan cinsel suç hükümlüsü sayısında her geçen gün önemli bir artış meydana gelmektedir. Bu durum, önemli bir eleştiri konusudur. Ancak belirtmek gerekir ki bu sorunun çözümü yine yasama organına terettüp eden bir görevdir.

Hemen belirtelim ki Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirttiğini kriterler çerçevesinde ölçülülük ilkesine bağlı olarak verdiği ve yerinde olduğunu düşündüğümüz aşağıdaki kararlarına değinmek gerekmektedir.

2- Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanunu'nun iftira suçunun tanımlandığı 267. maddesinin bu suça ilişkin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâllerden bir kısmının düzenlendiği yedinci fıkra hükmünü, Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir¹³. Kararda gerekçe olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:

“Yasa koyucu, iftira suçunun temel şekli ve nitelikli hâlleri ile failin cezalandırılmasında esas alınan özellikleri düzenlerken iftira sonucunda mağdurun uğradığı zararın ağırlığını ve mağdur hakkında uygulanan yaptırım miktarını ve türünü de dikkate alması gerekir. İşlemediğini bildiği hâlde bir suç isnat ederek mağdurun mahkûm olmasına neden olan sanıklar hakkında, mağdurun hapis cezasıyla cezalandırılması

12 Benzeri bir değerlendirme ve eleştiri için bkz. Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2022). s. 403-404, dn. 99-100.

13 AYM, E.2010/115, K.2011/154, 17/11/2011.

*hâlinde, Kanun'un 267. maddesinin (5) numaralı fıkrası gereğince mahkûm olunan hapis cezasının üçte ikisi kadar, mağdura uygulanan bu hapis cezasının adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi hâlinde ise Kanun'un 267. maddesinin (7) numaralı fıkrası gereğince 3 ile 7 yıl arası hapis cezası öngörülmesi, sanıklar açısından ceza adaletine uygun olmayan sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin iftira neticesinde mağdurun işlemediği bir suçtan yargılanıp hapis cezasıyla cezalandırılmasına neden olan kişi, Kanun'un 267. maddesinin (5) numaralı fıkrası gereğince (**mahkûm olunan cezanın üçte ikisi**) **asgari 20 gün hapis cezası ile** cezalandırılacakken; mahkemece mağdur hakkında uygulanan hapis cezasının adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilmiş olması hâlinde ise iftira eden kişinin Kanun'un 267. maddesinin (7) numaralı fıkrası gereğince **asgari 3 yıl hapis cezası ile** cezalandırılması gerekecektir. İtiraz konusu fıkra uyarınca, mağdur hakkında uygulanan hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi veya seçimlik olarak hapis cezası ve adli para cezası öngörülen suçlar bakımından da adli para cezasının tercih edilmesi hapis cezasına mahkûm edilmesine oranla daha ağır bir şekilde cezalandırılma sonucunu doğurmaktadır.*

*Öte yandan hapis cezası dışındaki adli yaptırımlar ile idari yaptırımlar kişi üzerindeki etkileri bakımından değerlendirildiğinde hapis cezası dışındaki adli yaptırımların idari yaptırımlara göre daha ağır sonuçlarının olduğu kuşkusuzdur. Ayrıca ihlalin niteliği, uygulayan merci ve uygulanan usul ile hukuki sonuçları itibarıyla de idari yaptırımlar ile adli yaptırımlar arasında kapsamlı farklılıklar bulunmaktadır. Oysa yasa koyucu, iftira sonucunda mağdur hakkında konusu suç teşkil etmeyen ve genellikle kişiye görev ve yükümlülüklerinin hatırlatılmasından ibaret olan idari yaptırımların uygulanması hâliyle, hapis cezası dışındaki adli yaptırımların uygulanması hâlini aynı ağırlıkta görerek her iki durum için de aynı miktarda cezalar öngörmüştür. Bu açıdan itiraz konusu fıkroda **suç ile ceza arasında bulunması gereken adil dengenin korunamadığı** ve bu hâliyle de **adalet duygularını zedeleyen bir durum** bulunduğu açıktır.*

*İtiraz konusu fıkranın suçun niteliği, mağdurun uğradığı zararın ağırlığı, mağdur hakkında uygulanan yaptırımın çeşidi ve suçla korunan hukuki fayda bakımından değerlendirilmesi yapıldığında, **iftira***

neticesinde mağdur hakkında hapis cezası uygulanması hâlinde öngörülen ceza ile mağdur hakkında hapis cezası dışında adli yaptırım veya idari yaptırım uygulanması hâlinde öngörülen cezalar arasında kabul edilebilir bir orantı bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu yönüyle de itiraz konusu fıkranın hukuk devletinde olması gereken adalet ilkesiyle bağdaştırılması mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

Keza Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanunu'nun iftira suçunun tanımlandığı 267. maddesinin bu suça ilişkin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerden bir kısmının düzenlendiği beşinci fıkrasının "sürelî hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına" bölümünü, Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir¹⁴. Kararda gerekçe olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:

"5237 sayılı Kanun'da 'adliye karşı suçlar' başlığı altında 267. maddede düzenlenen iftira suçunun temel şeklinin yer aldığı maddenin (1) numaralı fıkrasında, yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişinin bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı; suçun nitelikli hâllerinden olan mağdurun iftira neticesinde hapis cezasıyla cezalandırılmasının düzenlendiği ve itiraz konusu kuralı da içeren maddenin (5) numaralı fıkrasında ise mağdurun sürelî hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunacağı öngörülmüştür.

...

Kanun koyucunun iftira suçunun temel şekli ve nitelikli hâlleri ile failin cezalandırılmasında esas alınan özellikleri düzenlerken iftira sonucunda mağdurun uğradığı zararın ağırlığını ve mağdur hakkında uygulanan yaptırım miktarını ve türünü de dikkate alacağı açıktır. İşlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişinin 5237 sayılı Kanun'un

14 AYM, E.2013/14, K.2013/56, 10/4/2013.

267. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüşken anılan Kanun'un 267. maddesinin (5) numaralı fıkrası gereğince iftira neticesinde mağdurun yargılanıp hapis cezasıyla cezalandırılmasına neden olan sanık hakkında ise mahkûm olunan hapis cezasının üçte ikisi kadar hapis cezası öngörülmesi, sanıklar açısından ceza adaletine uygun olmayan sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin sanığın hukuka aykırı bir fiili mağdura isnat etmesinden ibaret eylemini gerçekleştirmediği durumda mağdur hakkında bu iftira nedeniyle soruşturma ve kovuşturma yapılmış olmasına bakılmaksızın sanık asgari bir yıl hapis cezası ile cezalandırılacakken; iftira neticesinde mağdurun işlemediği bir suçtan yargılanıp üstelik hapis cezasıyla cezalandırılmasına neden olan sanık ise itiraz konusu kural uyarınca (mahkûm olunan cezanın üçte ikisi) asgari yirmi gündен başlayan hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Anlaşılabacağı üzere itiraz konusu kural uyarınca, **iftira neticesinde suç isnadının gerçek dışı olduğunun ortaya çıkmaması ve mağdurun yargılanıp hakkında da hapis cezası özellikle de kısa süreli hapis cezası uygulanması hâli, suçun temel şekline oranla daha hafif bir şekilde cezalandırılmaktadır.** Bu bakımdan **itiraz konusu kural suç ile ceza arasında bulunması gereken adil dengeyi korumadığı gibi adalet duygularını zedeleyen bir durumun ortaya çıkmasına da neden olmaktadır.** Dolayısıyla iftira suçunun temel şekli için öngörülen ceza miktarı ile suçun nitelikli hâli olan iftira neticesinde mağdur hakkında süreli hapis cezası uygulanması hâli için öngörülen ceza miktarı arasında kabul edilebilir bir orantının bulunmadığı anlaşıldığından itiraz konusu kuralın hukuk devletinde olması gereken adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaştırılması mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanunu'nun yalan tanıklık suçunun tanımlandığı 272. maddesinin bu suça ilişkin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerden bir kısmının düzenlendiği beşinci fıkrasının "süreli hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına" bölümünü, Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir¹⁵. Kararda gerekçe olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:

15 AYM, E.2014/116, K.2015/4, 14/1/2015.

“Kanun’un yalan tanıklık suçunun düzenlendiği 272. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmüşken suçun nitelikli hâllerinden olan aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin yalan tanıklık neticesinde hapis cezasıyla cezalandırılmasının düzenlendiği (6) numaralı fıkrasında, aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, sanığın mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

...

Kanun koyucu, yalan tanıklık suçunun temel şekli ile nitelikli hâllerini düzenlerken yalan tanıklık sonucunda mağdurun uğradığı zararın ağırlığını ve mağdur hakkında uygulanan yaptırım miktarını ve türünü dikkate alabilir. Nitekim 272. maddenin (3) ila (8) numaralı fıkralarında, filin temel biçimlerini oluşturan ilk iki fıkraya nazaran cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hâlleri düzenlenmiştir. Buna karşın itiraz konusu kuralın yer aldığı (6) numaralı fıkroda, aleyhine yalan tanıklık yapılan kişinin süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde sanık için öngörülen cezalandırma yöntemi hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açmaktadır. Yalan tanıklık suçunun temel şekli olarak 272. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimsenin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüş iken suçun nitelikli hâllerinden birinin düzenlendiği maddenin (6) numaralı fıkrasında, aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin yargılanıp süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, yalan tanıklık failinin söz konusu cezanın üçte ikisi kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Bu durum ise **suçun nitelikli hâlinin, aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin mahkûm olduğu hapis cezasının süresine bağlı olarak, suçun temel şekline oranla daha hafif bir şekilde cezalandırılmasına** yol açmaktadır. Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin kısa süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde daha belirgin olarak ortaya çıkan **bu durum, ceza adaletinin sağlanması bakımından adil olmayan sonuçlara sebep olmakta ve bu yönüyle kuralda, kanun koyucunun ceza siyasetini belirleme konusunda sahip olduğu**

takdir yetkisini kullanırken göz önünde tutması gereken adalet ve hakkaniyet ilkelerine uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

Türk Ceza Kanunu'na ilişkin Hükûmet Tasarısı'nda, iftira suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri, **mağdurun** sadece **tutuklanması** veya **hapis cezasına mahkûm edilmesi** ihtimalleri dikkate alınarak belirlenmişti. Mağdurun örneğin adli para cezasına veya seçenek yaptırımlardan birine mahkûm edilmesi, iftira suçu bakımından neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâl olarak öngörülmemektedir.

Keza iftira edilen mağdura disiplin yaptırımı uygulanması, örneğin kamu görevinden çıkarma disiplin cezası verilmesi, bu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli olarak öngörülmemişti (m. 433). Bu eksiklik, TCK Tasarısı'nda TBMM Adalet Komisyonunda yapılan değişiklikte de dikkate alınmamıştır. Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararlarında bu eksikliğe işaret etmesi önemlidir.

Özellikle 15 Temmuz 2016 tarihli "darbe teşebbüsü" suçunun işlenmesi sonrasındaki yaşanan tezvirat süreci dikkate alınırsa bunun önemli bir eksiklik oluşturduğu daha bariz bir şekilde görülür.

Hükûmet Tasarısı'nda yalan tanıklık suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri, mağdurun sadece hapis cezasına mahkûm edilmesi ihtimalleri dikkate alınarak belirlenmişti (m. 436).

TCK Tasarısı'nda TBMM Adalet Komisyonunda yapılan ve kanunlaşan değişikliklerle iftira ve yalan tanıklık suçlarının neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri çeşitli ihtimaller dikkate alınmak suretiyle belirlenmiştir. Ancak bu neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerden bir kısmıyla ilgili olarak ne miktarda cezaya hükmedileceği hususunda **orantılılık** bakımından bir sorun ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesinin bu bağlamda verdiği iptal kararlarını doğru bulmaktayız. Ancak Yüksek Mahkeme, bu iptal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlandıktan itibaren belli bir süre sonra yürürlüğe girmesine karar vermiş ve bu sürelerin çoktan geçmiş olmasına rağmen yasama organı iptal edilen bu hükümlerle ilgili olarak henüz bir düzenleme yapmamıştır. Bunun önemli bir eksiklik oluşturduğunu belirtmek gerekir.

Bu alanda düzenleme yapılırken hükmolunan cezanın infaz edilmiş olup olmamasını dikkate almak gerekir. Dikkat edilmelidir ki, şayet mağdur hapis cezasına mahkûm edilmiş olup da bu cezanın infazına başlanmış ise, ceza infaz kurumunda kaldığı süre zarfında fail mağdura karşı **ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu** dolaylı fail olarak işlemiş olmaktadır (TCK m. 109). Bu durumda **gerçek içtima** hükümlerini uygulamak gerekir. Nitekim TCK'nın 267. maddesinin dördüncü fıkrasında iftira nedeniyle mağdurun “*gözaltına alınması veya tutuklanması hallerinde, iftira eden ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur*” hükmüne yer verilmiştir.

İftira veya yalan tanıklık nedeniyle mağdur hakkında sadece cezaya hükmedilmiş ve fakat bu cezanın infazına henüz başlanmamış ise bu suçlardan dolayı verilen temel cezanın belli bir oranda artırılması yönünde kanuni düzenleme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

D- SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ VE BELİRLİLİK İLKESİ İLE İLGİLİ KARARLAR

1- 1567 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un 3. maddesinde 24/12/2008 tarihli ve 5827 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce bir suç tanımı yer almaktaydı. Bu tanıma göre suç oluşturan fiilleri belirleme yetkisini Bakanlar Kuruluna verilmişti.

Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir¹⁶.

Anayasa Mahkemesine göre 1567 sayılı Kanun'un 3. maddesinin “a” bendinde düzenlenen suçun yasal unsuru, Bakanlar Kurulunun 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı davranmaktır. Dolayısıyla suçta kanunilik ilkesine aykırı bir durum söz konusu değildir. Kanun koyucu tarafından suçun unsurları, suç oluşturan eylem ve ceza kanunda açıkça belirtilmişse ayrıntıların, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinde yürütmeye yetki verilmesi, kanunilik ilkesini zedelemeyebilir. Ayrıca Bakanlar Kurulu kararı, öncesinde Resmî Gazete'de yayımlandığından, kişiler hangi eylemlerin yasaklandığından haberdar edilmekte ve kişinin güvencesi sağlanmaktadır. Yasaklanan eylem karşılığında öngörülen ceza da yasa ile gösterildiğine göre itiraz konusu hükmün suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılığından bahsedilemez.

16 AYM, E.1997/53, K.1998/62, 8/10/1998.

2008 değişikliğinden önceki düzenlemesi itibarıyla “beyaz hüküm” mahiyeti taşıyan bu tanım, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu değerlendirildiği için 5827 sayılı Kanun’la değiştirilmiş ve yapılan değişiklikle bu fiiller suç olmaktan çıkarılıp idari yaptırım gerektiren kabahat olarak nitelendirilmiştir.

Ancak hemen belirtelim ki Yeni Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girişinden sonraki süreçte, Anayasa Mahkemesinin suçta ve cezada kanunilik ilkesi bağlamındaki kararlarında önemli bir değişiklik meydana gelmiştir. Bu kapsamda AYM’nin TCK’nın 297. maddesinin ikinci fıkrası ile ilgili kararını zikretmek gerekmektedir.

2- TCK’nın 297. maddesinin ikinci fıkrasında “*yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine*” sokma, bulundurma veya kullanma fiilleri suç olarak tanımlanmıştır.

Bu suç tanımında, infaz kurumuna sokulması, bulundurulması veya kullanılması yasak olan eşyayı belirleme yetkisi, idareye bırakılmıştı. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeyi aşağıdaki gerekçeyle Anayasa’nın 2, 7 ve 38. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir¹⁷:

“Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan 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 ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa’nın 7. maddesinde, ‘Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.’ denilmektedir. Buna göre Anayasa’da yasa ile düzenlenmesi öngörülen

17 AYM, E.2010/69, K.2011/116, 7/7/2011.

konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen ayırık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, 'Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz' denilerek 'suçun yasallığı', üçüncü fıkrasında da 'ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur' denilerek, 'cezanın yasallığı' ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan 'suçta ve cezada kanunilik' ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

297. maddenin (1) numaralı fıkrasında suça konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına karşın, itiraz konusu kuralda böyle bir nitelik belirlemesi yapılmadan sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir."

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararında gerekçe olarak yer verilen açıklamalar, yasama organının ceza hukuku alanında yapacağı düzenlemeler bakımından yol göstericilik özelliği taşımaktadır.

E- ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA İLE İLGİLİ KARARLAR

Anayasa Mahkemesi, CMK’da değişiklik yapan ve basit yargılama usulüne ilişkin düzenlemelerin yapıldığı 7188 sayılı Kanun’la, Kanun’a eklenen geçici m. 5, f. 1, bent d hükmündeki *“kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış”* ibarelerini *“basit yargılama usulü”* yönünden iki ayrı kararla¹⁸ ve keza *“seri muhakeme usulü”* yönünden ayrı bir kararla¹⁹ Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir. Buna karşılık, aynı bentte yer alan *“kesinleşmiş”* ibaresini ise her iki muhakeme usulü yönünden Anayasa’ya aykırı bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesinin bu bağlamda verdiği ilk kararda; ceza muhakemesi kurallarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin prensibe, devletin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri düzenleme konusundaki yetkisine, bu konudaki esas alınması gereken prensiplere ilişkin açıklamalar yaptıktan sonra suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ceza miktarını etkileyen yargılama usulü kuralları bakımından da geçerli olduğunu, İHAM uygulamasının da bu yönde olduğunu, bu çerçevede *belirli bir tarihten önce kovuşturma aşamasına geçilmiş dosyalarda basit yargılama usulünün uygulanamayacağını öngören itiraza konu kuralın, CMK’nın basit yargılama usulünü düzenleyen 251. maddesinin bu usulün uygulanması sonucunda mahkûmiyet kararı verildiği takdirde tayin edilecek sonuç cezada dörtte bir oranında indirim yapılmasını öngören (3) fıkrası göz önünde bulundurulduğunda, Anayasanın 38. maddesini ihlal ettiğini belirterek, “kovuşturma evresine geçilmiş” ibaresinin basit yargılama yönünden iptaline karar verilmiştir²⁰.*

Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında, CMK’nın 251. maddesinin üçüncü fıkrasında basit yargılama usulünün uygulanması sonucunda mahkûmiyet kararı verildiği takdirde, verilecek sonuç cezada dörtte bir oranında indirim yapılmasının öngörüldüğüne göre söz konusu kuralın yargılama aşamasında olup henüz kesinleşmiş hükümle sonuçlanmamış, dolayısıyla yeni yargılama usulünün uygulanabileceği dosyalarda ceza miktarı üzerinde fail lehine etkisi olan basit yargılama usulünün belirli bir tarih itibarıyla hükme bağlanmış dosyalarda uygulanmamasını öngörmek suretiyle Anayasa’nın 38. maddesini ihlal ettiğini belirlemiştir.

18 *“Kovuşturma evresine geçilmiş”* ibaresi bakımından AYM, E.2020/16, K.2020/33, 25/6/2020.
“Hükme bağlanmış” ibaresi bakımından AYM, E.2020/81, K.2021/4, 14/1/2021.

19 AYM, E.2020/87, K.2022/44, 21/4/2022.

20 AYM, E.2020/16, K.2020/33, 25/6/2020.

Anayasa Mahkemesi, bu nedenle kuralda yer alan “*hükme bağlanmış*” ibaresinin “*basit yargılama usulü*” yönünden iptaline karar vermiştir²¹.

Ancak Anayasa Mahkemesi, CMK’nın geçici 5. maddesinin (d) bendinde yer alan “*kesinleşmiş*” ibaresinin aşağıdaki gerekçe ile Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir: Kesinleşmiş mahkeme kararıyla muhakeme süreci tamamlanmaktadır. Muhakeme sürecinin tamamlanması nedeniyle kesinleşmiş dosyalarda basit yargılama usulünün uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla, **kesinleşmiş dosyalarda basit yargılama usulünün uygulanmamasını öngören kural, Anayasa’nın 38. maddesine aykırılık teşkil etmemektedir**²².

CMK’nın geçici 5. maddesinin (d) bendi hükmünü seri muhakeme usulü yönünden de inceleyen Anayasa Mahkemesi, bu hükümde yer alan “*kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış*” ibarelerini “*seri muhakeme usulü*” yönünden Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiş ve fakat her ne kadar cezada indirim yapılmasını gerektirmekte ise de kesinleşmiş dosyalar bakımından seri muhakeme usulünün işletilmesinin yolunun kapatılmasını, Anayasa’ya aykırı bulmamıştır²³.

Bu kararlar, Türk hukukunda zaman bakımından uygulama kurallarının kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak işletilmesine sınırlama getirilmemesinden kaynaklanan sorunu gün ışığına çıkarmıştır. Kanaatimizce, Fransız hukukunda olduğu gibi, maddi ceza hukukuna ilişkin hükümlerde değişiklik yapılması hâlinde, zaman bakımından uygulama kurallarını kesinleşmiş hükümler yönünden sadece fiilin suç olmaktan çıkarılmasıyla sınırlı olarak uygulamak gerekir.

F- ANAYASA MAHKEMESİNİN CEZA SORUMLULUĞUNUN ŞAHSİLİĞİ KURALIYLA İLGİLİ OLARAK VERDİĞİ KARARLAR

Anayasa Mahkemesi, kaçakçılık suçunun işlenişinde kullanılan aracın, sahibinin bu araçla suç işleneceğini, işlenmekte olduğunu bilmemesine rağmen müsadere edilmesini öngören mülga 1918 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun ilgili hükmünü Anayasa’ya aykırı bulmamıştır²⁴.

Yüksek Mahkeme kararında, yurdun ekonomik yapısında önemi küçümsenmeyecek zararlara yol açan kaçakçılığın, mali ve ekonomik

21 AYM, E.2020/81, K.2021/4, 14/1/2021.

22 AYM, E.2020/81, K.2021/4, 14/1/2021.

23 AYM, E.2020/87, K.2022/44, 21/4/2022.

24 AYM, E.1968/32, K.1968/62, 14/12/1968.

türlü tedbirler alınmasına ve suç işleyenler hakkında ağır ceza hükümleri konulmasına rağmen yine de önlenememesi ve yalnız bu suçları işleyenlerin cezalandırılmalarının yeterli olmadığını göz önünde tutan yasa koyucunun, **kimin olursa olsun, kaçakçılıkta kullanılan taşıma araçlarının zor alımına gidilmesini uygun ve etkili bir tedbir** olarak gördüğünü, ... belirtmiştir. İtiraza konu olan (zor alım) hükmü ile kişinin mülkiyet hakkının kullanmasının, belirli nedenlerle sınırlanmış olmasında, kamu yararı bulunduğu ve araç sahibinin tazminat hakkı olduğu gözetildiğinde mülkiyet hakkının özüne dokunmadığı kabul edilmiştir. Diğer yandan araç sahibinin kaçakçılık suçu ile bir ilgisi olmadığı hâlde taşıtın zor alıma tabi tutulacağını gösteren 47. maddenin birinci fıkrası hükmüne dayanılarak başkasının eyleminden taşıt sahibine ceza yükletiliyor gibi bir anlam çıkarılamayacağı, **herhangi bir nedenle taşıtını verdiği kişiyi seçerken gereken dikkat ve özeni göstermemiş olmasından doğan taşıt sahibinin kendi kusurunun bulunduğu** ve bununla meydana gelen sonuç arasında bir illiyet bağı bulunduğu, mal sahibinin iradesi dışında kalan (taşıtın zorla elinden alınması veya çalınması gibi) durumlarda taşıtın, kaçak eşya nakline tahsis edilmiş olması yüzünden kendisine bir sorum yükletilemeyeceği ve bu takdirde zor alıma gidilemeyeceği gerekçesiyle itirazın reddine karar verilmiştir.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, kan gütme saikiyle öldürmelerin ve kan davalarının önüne geçmek amacıyla çıkarılmış olan bir (11/6/1937 tarihli ve 3236 sayılı) kanunun, kasten ve kan gütme saikiyle öldürme fiilini işleyen, bu fiilin işlenişine iştirak eden kişilerin yanı sıra, suçun işlenişine iştirak etmemiş olan belli derecedeki akrabalarının da tedbir olarak uzak bir yere gönderilerek orada ikamet ettirilmelerini sağlayan hükümlerini ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir: Anayasa Mahkemesi, 11/2/1964, E. 1963/330, K. 1964/15 (RG: 14 Temmuz 1964-11753). Yüksek Mahkeme, bu kararında **ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin, güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olduğunu** kabul etmiştir.