



**İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA HUKUKU GENEL HÜKÜMLER (2018-2019)
KARAR ANALİZİ-2**



ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

**Esas Sayısı : 2015/41
Karar Sayısı : 2017/98
Karar Tarihi : 4.5.2017
R.G Tarih – Sayısı : 3.8.2017 - 30143**

İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

...

6638 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle değiştirilen 5442 sayılı Kanun'un 66. maddesi şöyledir:

“İl genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülât gösterenler veya riayet etmeyenler, mahallî mülkî amir tarafından Kabahatler Kanununun 32 nci maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır. (Ek cümle: 27/3/2015 - 6638/16 md.) Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davrananlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

ESASIN İNCELENMESİ

Kanun'un 16. Maddesiyle 5442 Sayılı Kanun'un 66. Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen Cümlelerin İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralla idareye suçun unsurlarını belirleme yetkisinin verildiği, bu durumun suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava konusu kuralda, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davrananların, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında “Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçun kanuniliği”; üçüncü fıkrasında da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek “cezanın kanuniliği” ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da



öngörülen “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

Bununla birlikte Anayasa'nın 38. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere suçta ve cezada kanunilik ilkesi, “kanun koyucunun açık suç hükmü koymasına, yani fiili bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir.” Öğretide suçun cezasını ve konusunu açıkça tanımlamış olmasına rağmen suça vücut verecek somut fiilin ne olduğunu belirtmeyerek bunu idareye bırakan kanun hükümlerine “çerçeve kanun” veya “açık ceza hükmü” denmektedir. Bu tür hükümlere zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına lüzum görülen hâllerde, yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü nedeniyle birçok çağdaş hukuk düzeninde yer verildiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da açık ceza hükmü düzenlemelerinin suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir (10.12.1962 tarihli ve E. 1962/198, K. 1962/111 sayılı; 28.3.1963 tarihli ve E.1963/4, K.1963/71 sayılı; 7.6.1973 tarihli ve E.1973/12, K.1973/24 sayılı; 10.2.2004 tarihli ve E.2001/143, K.2004/11 sayılı; 1.11.2012 tarihli ve E.2011/64, K.2012/168 sayılı kararlar). Ancak “açık ceza hükmü”nün, Anayasa'nın 38. maddesine uygun kabul edilebilmesi için suç konusunun ve müeyyidesinin tereddüte yer bırakmayacak şekilde kanunda açıkça belirtilmesi ve kişilerin belirlenen somut suç fiilini önceden bilmelerini sağlayacak kanuni güvencenin sağlanması gerekir. Ancak bu şekilde, suçu belirleyen kuralın erişilebilir ve öngörülebilir olması sağlanabilir. Aksi takdirde kişilerin yasaklanmış olan fiilleri önceden bilmeleri ve kendi hareketlerini buna göre ayarlamaları mümkün olmayacak ve ceza sorumluluğu bireylerin bilinçli tercihlerine bağlanmayarak birey özgürlüğünün güvence altına alınması imkânı önemli ölçüde ortadan kaldırılmış olacaktır.

Dava konusu kuralda da tipik bir “açık ceza hükmü”ne yer verildiği görülmektedir. Zira “kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davranış” biçimindeki suç konusu ile “üç aydan bir yıla kadar hapis cezası” biçimindeki suç müeyyidesi (ceza), kanunda açıkça gösterilmiş fakat suça vücut verecek somut fiilin ne olduğu belirtilmeyerek bunu belirleme yetkisi idareye bırakılmıştır.

184. Kuralla bu şekilde suçun cezası ve konusu açıkça belirtilerek somut suç fiilini belirleme yetkisi idareye tanınırken kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan tüm karar ve tedbirlere değil sadece usulüne uygun olarak ilan edilen karar ve tedbirlere aykırı davranışın anılan suçu oluşturabileceğinin hüküm altına alınması, kişilerin yasak fiilleri önceden bilmelerini sağlamakta, bu ise suçu belirleyen kuralın erişilebilir ve öngörülebilir olmasını güvence altına almaktadır.



Bu şekilde dava konusu kuralda suçun konusu ve cezası önceden açıkça belirtildiğine ve kişilerin suç eylemini oluşturan somut fiilin ne olduğunu öngörebilmeleri güvence altına alındığına göre dava konusu kuralın suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal eden bir yönünün bulunduğu söylenemez.

186. Ayrıca dava konusu kural kapsamında kişilerin hukuka aykırı olarak alınan karar ve tedbirleri Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca idari yargı yerlerine başvurmaları suretiyle iptal ettirme imkânının bulunması ve cezayı uygulamakla yetkili adli mercilerin de alınan karar ve tedbirlerin hukuka aykırı olduğunu tespit etmeleri halinde bunları uygulamama yetkisine sahip olmaları gözetildiğinde kuralın keyfi olarak uygulanmasını engelleyecek yasal güvencelerin de bulunduğu görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamıştır.

KARŞIOY GEREKÇESİ

6638 SAYILI KANUNUN 16. MADDESİYLE, 5442 SAYILI İL İDARESİ KANUNUNUN 66. MADDESİNİN BİRİNCİ FIKRASINA EKLENEN (İKİNCİ) CÜMLENİN İNCELENMESİ

İptal istemine konu olan ek 2. cümleyi içeren 1. fıkra şöyledir : “İl genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülât gösterenler veya riayet etmeyenler, mahalli mülki amir tarafından Kabahatler Kanununun 32. maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır. (Ek 2. cümle : 6638/m.16) Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi halinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davranışlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

Böyle bir düzenlemenin, Anayasanın 38. maddesindeki; suç ve cezaların kanuniliği ilkesine (f. 1-3); “idare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz” kuralına (f.11) ve Anayasanın 7. maddesindeki, yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine uygunluğu yönünden değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kural öncelikle, kanunilik ilkesinin hukuk güvenliği, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik alt ilkeleri yönünden incelenmelidir.

AYM'nin çeşitli kararlarında belirtildiği üzere; hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir



olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.- 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036). Hangi eylemin suç oluşturduğunu içermeyen ceza normu hukuken öngörülebilir olmadığı gibi, yasak alanı belirleme yetkisinin idareye bırakılması durumunda, (yetkinin somut olayda keyfi kullanılıp kullanılmadığından bağımsız olarak) kişiler keyfi düzenlemelere karşı korunma imkanından mahrum kalmaktadır.

Kanunilik ilkesi yönünden buradaki ikinci hukuki sorun, kanunilik ilkesinin bir gereği olarak açık ceza normu düzenlenemeyeceğine, daha açık ifadeyle suç ve cezanın belirlenmesinde idareye yetki verilemeyeceğine ilişkin alt ilkeye uygunluktur. Kabahatler ve disiplin hukukuna özgü istisnalar olmakla birlikte kanunilik ilkesi gereği, ceza hukuku alanında suç ve ceza ihdasında kanun tekel niteliğindedir. İdarenin suç yaratması veya bir ceza hukuku yaptırımını öngörmesi ya da idareye böyle bir yetkinin kanunla olsa dahi verilmesi, kanunilik ilkesinin gereği olan 'kanunun tekerciliği' alt ilkesini ihlal etmektedir. Bu ilkeye tarihsel bir tecrübeden sonra ulaşılmış olup, kişi özgürlüğüne yönelik müdahalelerin biçimsel ve maddi yönden kanuna dayanması şartı öngörülerek, yürütmenin keyfiliği riskine karşı güvence oluşturulması amaçlanmaktadır. Bu gerekliliğin belli bir dönemdeki idari makamlara güven duyma veya duymama ile ilgisi olmayıp, hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkelerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Esasında anayasa hukuku ve ceza hukuku doktrininde kanunilik ilkesinin kapsamı içerisinde görülen ve 1961 Anayasasında (m.33) olmayan bu husus, önemine binaen ve farklı bir boyutuyla 38. maddenin kanunilik ilkesiyle ilgili ilk üç fıkrasından ayrıca, 11. fıkra ile de düzenlenmesi ihtiyacına yol açmıştır.

Doktrindeki bir görüşe göre, kanunda suçun unsurları belirtilip, idareye verilen yetkiye ilişkin çerçeve kanunla belirlendiği takdirde, açık ceza normları yasama yetkisinin devredilmezliği (Ay. m.7) ve kanunilik ilkelerine aykırılık oluşturmayacaktır. Fakat bu gerekçenin oluşturulmasında, Anayasanın 6. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesindeki; "hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz." hükmü gözardı edilmektedir. Çünkü Anayasanın, gerek temel hak ve hürriyetlerin 'ancak kanunla' sınırlandırılabilmesine ilişkin 13. ve KHK çıkarma yasağı öngören 91/1. maddeleri ve gerekse 38. maddenin 1-3 ve 11. fıkraları uyarınca, özgürlüğü kısıtlayıcı niteliği bulunan suç ve ceza normunun oluşturulması veya uygulanmasında idareye yetki verilmesi yasaklanmış bulunmaktadır. Dolayısıyla, çerçevesi çizildiğinde dahi, içeriğini idari makamın dolduracağı bir yetki, bu konudaki kanunun tekelliği ilkesini ortadan kaldırmaktadır.

Doktrinde açık ceza normu sorunu hakkındaki ağırlıklı görüş, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi uyarınca, genel çerçevesi kanunla çizilmiş olsa dahi, suç



öğelerinden birinin içini idarenin dolduracağı biçimde öngörülmesinin, suç ve cezaların kanuniliği ve yasama yetkisinin devredilemezliği ilkelerine aykırı düşeceği yönündedir (bkz. İçel, Kayıhan/Donay, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1. Kitap, İstanbul 2005, 4.B. s. 112; Artuk, Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.B. Ankara 2012, s. 120 vd.; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12.B. Ankara 2016, s. 109 vd.; Özbek, V. Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.B. Ankara 2016, s. 81; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6. B. İstanbul 2010, s. 62; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2016, 9.B. s. 67).

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki ilk kararları, açık ceza normlarının kanunilik ve yasama yetkisinin devredilemezliği ilkelerine aykırı olmayacağı yönünde olmuştur. Mahkemenin 1962 – 198/11 E/K sayılı; 1963- 4/71 E/K sayılı ve 765 sayılı mülga TCK'nın “yetkili merciin emirlerine itaatsizlik” başlıklı 526. maddesiyle ilgili 1973 – 12/24 E/K sayılı kararlarında, idareye verilen yetkinin çerçevesinin çizilmiş olması ve suç öğelerinin belirlendiği durumda yasama yetkisinin devredildiğinden söz edilemeyeceği ve kanunilik ilkesine aykırılığın oluşmayacağı görüşüyle iptal talebi reddedilmiştir. Benzer biçimde, 2011/164 E. – 2012/168 K. sayılı kararda 2004 sayılı İİK'nın 304/3. maddesinde brüt asgari ücret miktarının suç ögesi olarak düzenlenmiş olmasının belirsizliğe yol açmadığı belirtilerek, kanunilik ilkesine aykırılık bulunmadığı kabul edilmiştir.

Buna karşın, Anayasa Mahkemesinin 27.9.1994 tarih ve 1993/43 E. – 1994/72 sayılı kararında, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'un 27. maddesinde yer alan "...İthalat ve ihracat rejimi kararlarıyla..." ibaresi incelenmiş ve suç öğeleri ile ceza tür ve miktarının belirlenmesi nedeniyle belirsiz olduğunun söylenemeyeceği, fakat, eylemin suç oluşunun, Bakanlar Kurulunun ithalatın yasaklanması kararına bağlanmış olmasının Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesine ve ayrıca 7. maddedeki yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle 'ithalat' sözcüğünün iptaline karar verilmiştir. Mahkemenin 1918 sayılı Kanunun 25/2. maddesine ilişkin 6.7.1993 tarih ve 1993 – 5/25 E/K sayılı kararı da aynı gerekçelerle iptal yönünde sonuçlanmıştır. Yine Mahkemenin 11.4.2012 tarihli ve 2011/18 E. – 2012/53 K. sayılı kararında, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanununun 65. maddesinde, Koruma Kurullarınca belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşai faaliyet ve fiziki müdahale yapılması yaptırma bağlanmış olduğundan, hangi müdahalenin suç oluşturacağını belirleme yetkisinin idari kurul yetkisine bırakılmış olması nedeniyle Anayasanın 2 ve 38. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle kuralın iptali sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa Mahkemesi KHK ile suç hükmü konulamayacağı yönünde de kararlar vermiştir (bkz. AYM 3.1.2008, 2005/15 E. – 2008/2 K.; AYM 2.3.2004, 2002/92 E. – 2004/25).



Anayasa Mahkemesinin 7.7.2011 tarihli ve 2010/69 E.-2011/116 sayılı kararında, 5237 sayılı TCK'nın 297. maddesinin 2. fıkrasındaki; "yasaklanmış eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." hükmü incelenmiş ve kuralda 'yasaklanmış eşya'nın ne olduğunu belirleme yetkisinin idareye verilmiş olmasının kanunilik ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkelerine aykırı olduğu belirtilerek iptal kararı verilmiştir.

Açık ceza normu sorununu daha önce iptale konu olan bir kural üzerinden inceleyebiliriz. Anayasa Mahkemesi, cezaevi idaresinin yasaklama kararıyla içeriği belirlenen yasağı ihlal edenin cezalandırılmasını öngören TCK'nın 297. maddenin 2. fıkrasını belirtilen (Anayasanın 7 ve 38. maddelerine aykırı olduğuna ilişkin) gerekçelerle iptal etmiştir (AYM 7.7.2011, 2010/69 E.-2011/116). Anılan 297. maddenin 1. fıkrasında, ceza infaz kurumu veya tutukevine sokulması suç sayılan silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracının sokulması yasaklanıp cezalandırılmaktadır. İkinci fıkrada ise; "birinci fıkrada sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." hükmü yer almaktaydı. Elbette, infaz kurumu ve tutukevine hangi nesnenin girip girmeyeceği hususu, kanunlar çerçevesinde idare tarafından belirlenebilmelidir. Fakat, sorun bunların yaptırımının hangi düzeyde (kabahat – disiplin hukuku ya da ceza hukuku) öngörüleceği ile ilgilidir. Nitekim ikinci fıkranın iptalinden sonra anılan hüküm yeniden ve tam olarak (açık norma yer vermeden) düzenlenerek; firarı kolaylaştıran aletlerin, alkolün, saldırı ve savunma araçları ile yangın çıkarmaya yarayabilecek malzemenin, ses ve görüntü almaya yarayan araçların, suç örgütlerinin amblem, afiş ve örgütsel haberleşme araçlarının cezaevine sokulması suç olarak öngörülmüştür. Ayrıca, bu iptal kararı ile cezaevi idaresi bir idari zafiyete düşmemiş, ceza hukuku alanına alınmaması gereken diğer yasak cisimlerin bulundurulmasına ilişkin fiiller, cezaevi disiplin hukuku kapsamında kalmıştır. Böylece, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile ceza hukukunun son çare (ultima ratio) olma niteliğine (bu konuda bkz. Karsai, Kirizstina, Avrupa Ceza Hukukunda Ultima Ratio ve Katmanlı Yetki, CHKD C.32, S.1, s. 313 vd.) uygun biçimde, idarenin kabahat veya disiplin yaptırımını kapsamında kalabilecek bazı eylemleri ceza hukuku alanına dahil etmesi önlenmiş, özgürlük ve hukuki güvenlik hakkı güvenceye kavuşturulmuş, bireylerin hukuk düzenine güven duymasına ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesine katkı sağlanmıştır.

İncelenen kuralda da tipik bir açık ceza normu söz konusudur. Kurala göre; "vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davranışlar" üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Daha önce iptal edilen TCK'nın 297/2. maddesinde olduğu gibi, burada da hangi fiilin yasaklanacağı ve ceza



yaptırımına konu teşkil edeceği hususu idari merciin takdirine bırakılmıştır. Böylece, suç ve cezaların ihdasında kanunun tekelciliği ilkesi ve dolayısıyla Anayasada güvenceye bağlanan kanunilik ile yasama yetkisinin devredilemezliği ilkelerine (Anayasa m. 7, 38/1,2,3,11) aykırılık gerçekleşmiş olduğundan, kuralın iptali gerektiği görüşündeyim.

Yukarıda açıkladığım hukuki gerekçeler nedeniyle, belirtilen konuda Mahkememiz sayın çoğunluğundan farklı görüşle oy kullanmış bulunmaktayım.

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

