

“... ”

### III-) SOMUT NORMUN ANAYASA'YA AYKIRILIĞI

İtiraza konu edilen ve somut dava dosyasında uygulanacak olan “...(1) Bu Kanun, yürürlüğe girdiği tarihte görülmekte olan dava ve takiplere uygulanmaz...” şeklindeki 6750 sayılı Kanun’un “Geçiş hükümleri” başlıklı geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası, aşağıda gerekçeleri yazılı olduğu üzere, Anayasa’nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırıdır.

A-) Anayasa’nın 2. Maddesinde Yer Alan “Hukuk Devleti” İlkesine Aykırılık Yönünden

T.C. Anayasası’nın “Cumhuriyetin nitelikleri” başlıklı 2. maddesi;

“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” hükmünü amirdir.

Kanun koyucunun Anayasa’nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılaşmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahip olduğu da tartışmasızdır. Ancak, kanun koyucunun özellikle suç ve cezalara dair kurallar koymasındaki takdir yetkisinin sınırsız olmadığı, suç ve cezalara dair gerek evrensel hale gelen temel insan hakları metinlerinde gerekse kişi hak ve özgürlüklerine dair Anayasa metinlerinde yazılı olan insanlığın kazanılmış haklarına saygı duyması gerektiğini belirtmekte fayda vardır.

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, hukuk devletinin olmazsa olmaz kurucu unsurlarındandır. Kanunilik ilkesi, bir toplumda devletin hukuk kuralının belirlenmesi ve uygulanmasına dair objektif birtakım ölçütlerle hukuk güvenliğini sağlamasını gerektirir.

Anayasa Mahkemesinin emsal kararlarında da belirtildiği üzere;

Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan “hukuk devleti”nin temel ilkelerinden biri ‘belirlilik’dir. 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 bir takım güvenceler içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup; birey, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu, kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüp, davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, kuralların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven t [uyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar(AYM, E.2009/51, K.2010/73, K.T. 20/5/2010; AYM, E.2009/21, K.2011/16, K.T. 13/1/2011; AYM, E.2010/69, K.2011/116, K.T. 7/7/2011; AYM, E.2011/18, K.2012/53, K.T. 11/4/2012).

Yukarıda yazılı mevzuat ve emsal kararlar ışığında somut uyuşmazlık değerlendirildiğinde;

1447 sayılı (mülga) Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 12. maddesinde, rehin konusunun k aranması hükümlerine aykırı hareket eden failler için öngördüğü ceza yaptırımını bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz gündenden aşağı olmamak üzere para cezası iken, bu Kanun'u ilga eden ve

01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 16. maddesi, rehin konusunun korunması hükümlerine aykırı hareketler halinde borç tutarının yarısını geçmemek üzere adli para cezası cezai yaptırımını uygulanacağını düzenleme altına almıştır.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Kanun koyucu, 6750 sayılı Kanun'a geçici 1. maddesi 1. fıkrasını eklemek suretiyle, 1447 sayılı (mülga) Kanuna aykırı şekilde bu suç işleyenler hakkında açılmış bir dava görülmeye devam ediliyorsa 6750 sayılı Kanun'un bu kişilere uygulanmayacağını, böylece 6750 sayılı Kanun'da yer alan lehe düzenlemeden yararlanamayacaklarını hüküm altına almıştır.

Bu noktada 6750 sayılı Kanun'a geçici 1. maddesinin 1. fıkrasının eklenmesinin, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olup olmadığını, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olup olmadığını ve başvuru önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçünün ne olduğunu, kısacası kanun koyucunun ölçülü davranıp davranmadığının tespiti için kuralın konulma gerekçesine ve amacına da bakmak gerekecektir.

6750 sayılı Kanun'un gerek genel gerekçesinde, gerek madde gerekçeleriyle komisyon raporlarında, gerekse kanunun görüşüldüğü oturumlarda verilen önergelerden Kanun koyucunun Kanun'un geçici 1. maddesinin 1. fıkrasını, lehe kanun uygulamasına aykırı şekilde düzenlemekteki iradesinin ne olduğu, ulaşılmak istenen amaç, yeni Kanun'da öngörülen cezanın miktarının ve türünün değişmesi zorunluluğunun ne olduğu ile bu Kanun yürürlüğe girmeden düzenlenen suç işleyen kişiler hakkında kamu davası açılmışsa eski Kanun'un, henüz dava açılmamışsa yeni Kanun'un uygulanmasının amacının ne olduğu anlaşılabilir.

Bu nedenlerle, 6750 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi 1. fıkrasının, bu haliyle "hukuk devleti" ilkesine aykırılık teşkil ettiği değerlendirilmektedir.

B-) Anayasa'nın 10. Maddesinde Yer Alan "Kanun Önünde Eşitlik" İlkesine Aykırılık Yönünden

Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesi;

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” hükümlerini amirdir.

Eşitlik ilkesi, AİHS'nin 14. maddesinde ayrımcılık yasağı olarak biraz daha geniş biçimde ifade bulmaktadır. İlgili madde aşağıdaki gibidir;

“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum taştta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

Eşitlik ilkesi, Anayasa'nın 10. Maddesinde, AİHS'nin 14. maddesinde ifade ve anlam bulan, devletin tüm temel organlarının (yasama, yürütme, yargı) uyması gereken bir ilkedir. Yasama organı c a bu ilkeye uygun hareket etmek adına, kanun koyma faaliyeti sırasında; vatandaşları arasında sahip oldukları temel kişisel özellikler ile içinde buldukları benzeri durumlar bakımından ayırım gözetmemek, hukuk önünde herkesi eşit saymak, hiçbir kişi veya topluluğa ayrımcılık yapmamakla yükümlüdür. Bu hususta Anayasa'nın, akıl ve mantığın çizdiği sınırlar ve istisnalar muhakkak göz önünde bulundurulmalıdır.

Kanun koyucunun Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda hangi kişiler arasında hangi durumlarda farklı statüler yaratacağı, ne laman hangi kişilerin hangi eylemini hangi ceza türü ve miktarı ile cezalandırılmasını düzenleyeceği hususunda takdir yetkisinin bulunduğu tartışmasızdır. Ancak sahip olunan takdir yetkisi, Anayasa Mahkemesinin emsal kararlarında da belirtildiği üzere, yasama dahil olmak üzere devletin tüm organlarının (hukuk önünde) eşitlik ilkesine saygı duyması ve faaliyetlerini buna göre yerine getirmeleri ile sınırlıdır. Bu noktada ceza adaletini sağlamak da devletin tüm organlarının en temel görevlerinden birisidir.

Ceza adaleti, ille de aynı suçı işleyen kişilere aynı cezanın somut olarak verilmesi değil, kanunlarda (normal ve eşit şartlarda) aynı cezanın verileceğinin öngörülmesidir. Farklı durumlar ve eylemleri işleyen farklı kişiler için farklı cezaların öngörülmesi ve uygulanması kaçınılmazdır. Ancak ceza normunun düzenlenmesindeki temel kriterlerden birisi de suç ve ceza içeren ceza normlarının eşitlik ilkesine ve ceza adaletine uygun biçimde hazırlanmasıdır. Bu nedenle TCK'nin genel hükümlerinde “adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi” ayrıca ve özellikle vurgulanarak tekraren düzenlenmiştir. Ceza adaletini sağlamayı amaçlayan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri, sadece bu kanunda yazılı suçlar için değil, aynı zamanda özel kanunlarda yer alan ceza hükümleri için ve hatta idari yaptırım öngörülen kabahatler için de genel bir uygulama alanına sahiptir. Türk Ceza Kanunu, genel hükümleri ve getirdiği yeniliklerle birlikte, aynı suçı işlemiş olsalar bile, suçun işleniş şekli (TCK'nin 61.

maddesi) veya faillerin kişisel durumları (yaşı, kusurluluğu, güttüğü amaç ve saiki v.b. özellikleri) farklı olan kişilere karşı cezanın hesaplanmasında, şahsileştirilmesi ve bireyselleştirilmesinde daha adaletli bir cezaya hükmolunacağını öngörmektedir.

Anayasa Mahkemesinin emsal kararlarında da belirtildiği üzere;

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 görülmez. 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 ve 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, çığnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesinde, Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çığnendiği sonucu çıkarılamaz..." (AYM'nin 26.06.1996 tarihli, 1996/5 E., 1996/26 K. Sayılı kararı)

Anayasa'nın 10. maddesi "ayrımcılık yasağı" biçiminde düzenlenmemiş olsa bile eşitlik ilkesinin anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer taşıması, ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesini gerektirir. (AYM, E. 1996/15, K. 1996/34, 23/9/1996). Başka bir deyişle eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerir(7wg6a Arslan[GK],B. No: 2014/256, 25/6/2014,§ 108; Nurcan Yolcu,§ 30; Gülbu Özgüler,§ 37).

Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." düzenlemesinde yer verilen "dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep" şeklindeki ayrımcılık temellerine -söz konusu unsurların birçok uluslararası düzenlemede de karşılık bulan önemli ayrımcılık temelleri olması nedeniyle- açıkça yer verilmiştir. Bununla birlikte madde metninde yer alan "herkes" ve "benzeri sebepler" ifadeleri ayrımcılığa karşı korunan kişi ve ayrımcılık temelleri açısından sınırlı bir yaklaşımın benimsenmediğini ortaya koymakta olup madde metninde yer alan temeller örnek niteliğindedir (... , B. No: 2013/3440 20/4/2016 § 56).

Anayasa Mahkemesi, "benzeri sebepler" ifadesinin yorumu bağlamında "...Özgürlüklerle ilgili olarak Anayasada yer alan en önemli kavramlardan birini de yasa önünde eşitlik ilkesi oluşturmaktadır..." eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. 'Benzeri sebeplerle' de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama

fiçısından da açıklık kazandırılmıştır...” diyerek ayrımcılık temellerinin maddede sayılanlarla sınırlı olmadığını açıkça ifade etmiştir (AYM, E. 1986/11, K.1986/26, 4/11/1986).

Yukarıda da değinildiği üzere Anayasa Mahkemesi daha önce Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan ayrımcılık sebeplerinin cinsiyet, ırk veya din gibi bireylerin doğuştan taşıdıkları ya da sonradan edindikleri kişisel olarak nitelendirilebilecek sebeplerle sınırlı olmadığını kabul etmiştir. Dolayısıyla bu maddede yer alan “benzer sebepler” kavramı geniş bir anlamı içermekte olup maddede yer alan “herkes” ve “benzeri sebepler” ifadeleriyle ayrımcılığa karşı korunan kişi ve ayrımcılık temelleri açısından sınırlı bir yaklaşımın benimsenmediği gözetilmelidir.

Somut uyuşmazlıklar bağlamında tespit edilmesi gereken ilk husus, başvuru ile aynı konumda bulunan değişik kişilerin, birbiriyle kıyaslanabilir ve benzer durumda olup olmadığıdır. Tespit edilmesi gereken ikinci husus ise; başvurucuya benzer veya kıyaslanabilir durumdaki kişilerle karşılaştırıldığında, başvurucuya farklı bir muamelenin yapılmış olup olmadığına belirlenmesidir. Farklı muamelenin varlığı tespit edilirken ilgili koşulları belirleyen bütün unsurların birlikte dikkate alınması gerekmektedir. (AYM'nin 01.02.2018 tarihli, 2015/6728 sayılı, (Reis Otomotiv) ayrımcılık yasağı ilkesinin ihlaline dair bireysel başvuru (kabul) kararı)

Yukarıda yazılı mevzuat ve emsal kararlar ışığında somut uyuşmazlık değerlendirildiğinde;

Kanun koyucu, 6750 sayılı Kanun'a geçici 1. maddesi 1. fıkrasını eklemek suretiyle; 1447 sayılı (mülga) Kanun döneminde suç oluşturan eylemi işleyen ve hakkında dava açılıp görülmeye devam olunan kişiler için, 01.01.2017 tarihi öncesi açılmış bir davanın görülmeye başlamış olması şartıyla 6750 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağını hüküm altına almıştır.

Bir davanın görülmeye başlaması için açılmış olması şarttır.

5271 sayılı CMK'nin 170. maddesine göre, “kamu davasını açma ve iddianame düzenleme görevi Cumhuriyet Savcısına aittir”. Yine aynı Kanun'un 175. maddesine göre; “iddianamenin kabulüyle kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar.”

Kanun koyucunun, Anayasa'da yazılı eşitlik ilkesinde var olan “benzer sebeplerle” benzer durumlarda olan kişiler arasında ayırım yapıp yapmadığını ortaya koymak için; ilk önce 6750 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce bu suçu işleyen kişilerle, sonradan bu suçu işleyen kişilerin, ayrıca haklarında dava açılmış olup olmadıklarına göre “kıyaslanabilir” veya “benzer durumda” olup olmadığını tespiti, devamla eşitlik ilkesini tüm faaliyetlerinde tüm vatandaşlarına aynı mesafede durarak uygulaması gereken devletin benzer durumda olan kişiler arasında “farklı bir muamele” yapıp yapmadığının tespiti gerekmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, haklarında aynı normun uygulanacağı benzer veya kıyaslanabilir kişileri bulmak için somut olarak tüm kişilik özellikleri (yaşı, cinsiyeti, dini, dili, ırkı v.s.) aynı olan ve hatta bu suçu aynı anda işleyen kişileri bulmak gerekmediği gibi bu durum fiilen imkansız bir durumdur. Yukarıda da ifade edildiği üzere, önemli olan husus, Kanun yürürlüğe girdikten önceki ve sonraki dönemde bu suçu işleyen kişilerin yani failerin

statülerinin hukuk önünde aynı olup olmayacağını tespitidir. Keza suçu oluşturan eylem, yani maddi unsur yeni Kanun'da da eski Kanun'da da değişmemiş olmakla, bu suçu aynı gün işleyen herkesin; dili, dini, ırkı ve sair özellikleri bakımından ayırım yapılmaksızın eşit biçimde, "suçun faili" veya hakkında dava açılmışsa "sanık" olarak niteleneceği ve ortak bir paydada buluşacağı, dolayısıyla benzer veya kıyaslanabilir ortak özelliklere sahip olacıkları açıktır.

Bu nedenle, mülga 1447 sayılı Kanun döneminde (yani henüz 6750 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden) 01.01.2017 öncesinde, suça konu eylemi, aynı gün içinde, ayrı ayrı veya iştirak halinde işleyen, iki veya daha fazla kişi, aynı suçun "failleri" olarak aynı veya benzer durumdadırlar.

Öte yandan, 1447 sayılı Kanun döneminde aynı suçu işleyen iki kişiden birisi hakkında 6750 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.01.2017 tarihi öncesinde, diğeri hakkında ise değişik nedenlerle (örn: iş yoğunluğu, delillerin toplanması, diğeri failin tespit edilememesi veya yargıya intikal süreci v.s.) 01.01.2017 tarihi sonrasında iddianame düzenlenmiş, kabul edilmiş ve kamu davası açılmış olabilme ihtimali vardır.

Hal böyleyken, 6750 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi 1. fıkrasında; aynı (1447 sayılı) Kanun yürürlükte olduğu bir zaman dilimi içinde, aynı gün aynı suçu işlemiş olan iki sanıktan,

01.01.2017 tarihi öncesinde kamu davası açılmış olan sanık hakkında 1447 sayılı Kanun,

01.01.2017 sonrasında kamu davası açılmış olan sanık hakkında ise 6750 sayılı Kanun uygulanacağı belirtilmektedir.

Bu nedenle, 6750 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi 1. fıkrası ile benzer veya kıyaslanabilir durumda olan iki sanık arasında; hiçbir yasal, bilimsel dayanağı olmayan, sırf tesadüfe veya sanık dışındaki değişik şartlara bağlı bir şekilde, devlet eliyle "farklı bir muamele" uygulanması öngörülmüştür.

Dikkat edilmesi gereken bir başka husus da 6750 sayılı Kanun'un, kabul edilip

20.10.2016 Resmi Gazetede yayımlandığı gün (28.10.2016) ile yürürlüğe girdiği tarih 01.01.2017 arasındaki 2 aydan fazla bir süre içinde, kimlerin ticari işletme rehin sözleşmesi yapıp ticari işletme rehin sicilinde menkul rehni kaydı olduğunun, kimler hakkında kamu davası açılıp kimler hakkında kamu davası açılmadığının biliniyor veya kolaylıkla bilinebilir olmasıdır.

Sonuç olarak, 6750 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin 1. fıkrasının, gerek Anayasa'nın 10. maddesinde yazılı eşitlik ilkesi, gerek AİHS'nin ayrımcılık yasağı, gerekse ceza hukukunun genel ilkelerinden biri olan "adalet ve eşitlik ilkesine" aykırı olarak düzenlendiği değerlendirilmektedir.

C-) Anayasa'nın 38. Maddesinde Yer Alan "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" İlkesine Aykırılık Yönünden

Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesi;

"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Ceza sorumluluğu şahsidir.

Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.

Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.

İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.

Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaşı, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez." hükümlerini içermektedir.

AİHS'nin "Kanunsuz ceza olmaz" başlıklı 7. maddesi;

"1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir."

hükümlerini amirdir.

Lehe kanunun geçmişe yürütmesi ilkesi, Anayasa'nın 38. maddesinde ifade ve anlam bulan, suç ve cezalara dair temel esaslar maddesinde, ayrıca AİHS'nin "kanunsuz ceza olmaz" başlıklı 7. maddesinde yer alan temel insan hakları metinlerinde kabul görmüş bir ilkedir.

Öte yandan ülke çapında ceza adaletini sağlamayı amaçlayan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "zaman bakımından uygulama" başlıklı 7. maddesi, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan kanunilik ilkesinin sonuçlarından birisidir.

Yasama organı da bu ilkeye uygun hareket etmek adına, kanun koyma faaliyeti sırasında; suç olarak belirlemiş olduğu bir eylem hakkında, eski normun yaptırımını değiştirirken bu temel ilkeye uygun hareket etmek zorundadır. Bu hususta kanun koyucunun göz önünde bulundurması gereken kriterler, hukuk devleti ve eşitlik gibi temel kriterlerden farklı değildir. Esasen Anayasa'nın 38. maddesindeki suç ve cezalara dair temel esaslar, hukuk devleti ilkesinin bir alt başlığı olarak görülmelidir.

Kanun koyucunun Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, kişilerin farklı zamanlarda yaptıkları eylemler karşısında hangi ceza türü ve miktarı ile cezalandırılmasını düzenleyeceği hususunda takdir yetkisinin bulunduğu tartışmasızdır. Yani kanun koyucu, kanunlarda öngörülen cezaların artırılması veya azaltılması gibi ceza politikasını yönlendirecek, ülke sathında suç işlenmesinin önlenmesi ve caydırıcılık adına değişiklikleri takdir yetkisine bağlı olarak yapabilecektir. Ancak, sahip olunan takdir yetkisi, Anayasa Mahkemesinin emsal kararlarında da belirtildiği üzere, yasama dahil olmak üzere devletin tüm organlarının, insanlığın kazanılmış hakları olan suç ve cezalara dair evrensel nitelikte temel insan hakları metinlerine saygı duymaları ile sınırlanmaktadır. Bu noktada suç işleyen bir kişi için sonradan yürürlüğe giren kanunda öngörülen ceza yaptırımının, daha lehe sonuçlar içermesi halinde ceza adaletini sağlamak açısından lehe olan kanunu uygulamak gerekecektir.

Anayasa Mahkemesinin emsal kararlarında da belirtildiği üzere;

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında "Kimse, ...kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz." denilerek "suçların kanuniliği", üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." denilerek "cezaların kanuniliği" ilkeleri güvence altına alınmıştır. Anayasa'da öngörülen "suç ve cezaların kanuniliği ilkesi" insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine benzer şekilde 5237 sayılı Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen "suç ve cezaların kanuniliği ilkesi" uyarınca hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olmasını gerektirmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır (AYM, E.2010/69, K.2011/116, 7/7/2011).

Kanunilik ilkesi, genel olarak bütün hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde temel bir güvence oluşturmanın yanı sıra suç ve cezaların belirlenmesi bakımından özel bir anlam ve öneme sahip olup bu kapsamda kişilerin kanunen yasaklanmamış veya yaptırıma bağlanmamış fiillerden dolayı keyfi bir şekilde suçlanmaları ve cezalandırılmaları önlenmekte, buna ek olarak suçlanan kişinin lehine olan düzenlemelerin geriye etkili olarak uygulanması sağlanmaktadır (Karlis A.Ş., )

Nitekim lehe olan düzenlemelerin geriye etkili olarak uygulanması kuralı 5237 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasında "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan



kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur” şeklinde ayrıca ifade edilmiştir.

Bu ilkeye göre sonradan yürürlüğe giren yasanın bir fiili suç olmaktan çıkarması, suçun unsurlarında veya diğer cezalandırılabilirlik şartlarında, bu suçtan dolayı mahkûmiyetin yasal neticelerinde ceza ve hatta güvenlik tedbirlerinde değişiklik yapması ve bu değişikliğin failin lehine sonuç vermesi durumunda yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenen suçlar hakkında da uygulanması gerekecektir. Bu değişiklik, kesinleşmiş ancak infazı henüz tamamlanmamış hükümler ile infazı tamamlanmış hükümler bakımından da söz konusudur (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/11-239, K.2011/281, 20/12/2011) 5326 sayılı Kanun’un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre 5237 sayılı Kanun’un zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler açısından da uygulanacak ancak kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhâl uygulama kuralı geçerli olacaktır. Dolayısıyla kabahat fiilinin unsurlarına veya yaptırımına yönelik lehe kanun değişikliklerinde, Anayasa’nın 38. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “kanunilik ilkesi”nin sonuçlarından biri olarak 5237 sayılı Kanun’un 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan “lehe kanunun geriye yürümesi” kuralının uygulanması gerekir (AYM’nin 19.04.2018 tarihli, 2015/15723 sayılı “Şahin İnşaat” bireysel başvurusuna dair kararı.)

Öte yandan, suçun işlendiği tarihten sonra kabul edilen lehteki kanun hükmünün geriye yürümesi hakkını AİHS’nin 7. maddesinin güvence altına almadığı yönündeki içtihadını değiştiren AİHM, bu ilkenin, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı da dâhil temel bütün metinlerde tanındığını, artık Avrupa ceza hukuku geleneğinin bir parçası olduğunun kabul edildiğini, hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince hâkimin, suç oluşturan eyleme kanun koyucunun orantılı bir ceza olarak belirlediği cezayı vermesinin tutarlı olduğunu, suç işleyene sadece suç işlediği tarihte daha ağır bir ceza öngörüldüğü gerekçesi ile ağır bir ceza verilmesinin ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı bulunduğunu, bunun aynı zamanda suçun işlendiği tarihten sonra meydana gelen bütün yasal değişiklikleri ve toplumun o suç karşısındaki yaklaşım değişikliğini görmemek anlamına geldiğini, lehte olan ceza hükmünün geriye yürümesi ilkesinin cezaların öngörülebilir olması gerekliliğinin bir uzantısı olduğunu, buna göre, eğer suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ceza kuralı ile kesin bir hükmün verilmesinden önce kabul edilen bir ceza kuralı farklı ise, hâkimin, sanığın lehine olan ceza kuralını uygulaması gerektiğini belirtmiştir (bkz. Scoppola/İtalya no. 2, B. No: 10249/03, 17/9/2009, §§ 105-109).

Buna göre, yukarıdaki hükümler (§§ 16-19) gözetildiğinde, lehe kanun değerlendirmesinde maddi ceza hukukuna ilişkin zaman bakımından uygulama kurallarının geçerli olması ve Mahkemece, cezası henüz infaz edilmemiş olan başvuru hakkında lehe kanun uygulamasının yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Başvurucunun eylemine uyan kanun hükmünde yapılan lehe değişikliğin başvurucuya uygulanması gerekirken, bu yöndeki talebinin reddedilmiş olması Anayasa’nın “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” kenar başlıklı 38. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” ile bağdaşmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, başvuru hakkında lehe kanun hükmünün uygulanmamasından dolayı Anayasa’nın 38. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. (AYM’nin 15.10.2014 tarihli, 2012/731 bireysel başvuru numaralı (başvuru ...’nin idari para cezasında lehe olarak değişen hükmün kendisi hakkında da uygulanmasına ilişkin) ihlal (kabul) kararı).

Yukarıda yazılı mevzuat ve emsal kararlar ışığında somut uyuşmazlık değerlendirildiğinde;

Kanun koyucu, 6750 sayılı Kanun'a geçici 1. maddesi 1. fıkrasını eklemek suretiyle, 1447 sayılı (mülga) Kanun döneminde suç oluşturan eylemi işleyen ve hakkında dava açılan kişiler için,

01.01.2017 tarihi öncesi davanın görülmeye başlamış olması şartıyla 6750 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı hüküm altına almıştır.

5237 sayılı TCK'nin "Özel kanunlarla ilişki" başlıklı 5. maddesi;

"(1) Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır."

5237 sayılı TCK'nin "zaman bakımından uygulama" başlıklı 7. maddesi;

"(1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüşse infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.

(2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur..." hükümlerini amirdir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29.01.2013 tarihli, 2012/7-1369 E., 2013/29 K. sayılı emsal kararında;

"...5237 sayılı TCK'nun 7. maddesi, yürürlükten kalkmış bulunan 765 sayılı TCK'nun 2. maddesine benzer şekilde düzenlenmiş olup her iki maddede de; ceza hukuku kurallarının yürürlüğe girdikleri andan itibaren işlenen suçlara uygulanacağına ilişkin ileriye etkili olma prensibi ile bu ilkenin istisnasını oluşturan, failin lehine olan kanunun geçmişe etkili olması, "geçmişe etkili uygulama" veya "geçmişe yürürlük" ilkesine yer verilmiştir. Bu ilke uyarınca, suçtan sonra yürürlüğe giren ve fail lehine hükümler içeren kanun, hükümde ve infaz aşamasında dikkate alınmalıdır.

Ayrıca lehe olan hükmün belirlenmesine ilişkin olarak 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama şekli hakkında Kanunun 9. maddesinin 3. fıkrasında;

"Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbiri eriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir" düzenlemesi de yer almaktadır.

Gerek öğretide gerekse yargısal kararlarda;

Hapis cezası öngören kanunun, adli para cezası öngören kanuna göre,

Aynı nev’i ceza içeren kanunlardan;

Yukarı sınırlarının aynı olması halinde, aşağı sınırı fazla olanın, aşağı sınırı az olan kanuna göre,

Aşağı sınırlarının aynı olması halinde, yukarı sınırı fazla olanın, yukarı sınırı az olana göre,

Alt ve üst sınırlarının farklı olması halinde, üst sınırı fazla olanın, az olana göre,

Aynı suçun kamu adına kovuşturulması gerektiğini kabul eden kanunun, şikâyete bağlılığı öngören kanuna göre,

Aynı cezaya ilave olarak güvenlik tedbiri kabul eden kanunun diğerine göre,

Aleyhe olduğu kabul görmektedir. Ancak bu genel kuralların her somut olayda, mutlak olarak aynı sonucu doğuracağını söylemek mümkün değildir. Bu ölçütler lehe yasanın tespitine ilişkin doğabilecek bütün sorunları çözmeye yetersiz olsa da, kanunlarda kısmi değişikliklerin yapıldığı dönemlerde benimsenmesi gereken temel ilkeleri göstermesi bakımından önemlidir.

Lehe olan kanunun tespiti açısından bu ölçütlerin çoğaltılması yönündeki görüş ve uygulamalar, öğreti ve yargısal kararlara da konu olmuş, nitekim değişen ceza mevzuatı karşısında dahi halen geçerliliğini koruyan 23.02.1938 gün ve 23-9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; “Suçun işlendiği zamanın kanunu ile sonradan yürürlüğe giren kanun hükümlerinin farklı olması halinde, her iki kanunun birbirine karıştırılmadan, ayrı ayrı somut olaya uygulanıp, her iki kanuna göre hükmedilecek cezalar belirlendikten sonra, sonucuna göre lehte olanı uygulanmalı” şeklinde, lehe kanunun tespitinde başvurulacak yöntem ana hatlarıyla belirtilmiştir.

Öğretide de sözkonusu İçtihadı Birleştirme Kararındaki ilkeler benimsenerek, uygulanma imkanı bulunan tüm kanunların leh ve aleyhteki hükümleri ile birlikte ayrı ayrı ele alınarak somut olaya göre sonuçlarının karşılaştırılması gerekeceği ve sonunda fail bakımından daha lehe sonuç veren kanunun belirlenip son hükmün buna göre verileceği görüşleri ileri sürülmüştür. (Ord.Prof. Dr. S.Dönmezer-Prof. Dr. S.Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, 11. Bası, sh.167 vd.; Ord. Prof. Dr. S.Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, sh.64 vd.; Prof. Dr. M.E.Artuk-Doç. Dr. A.Gökçen-Arş. Gör. A. C. Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.I, sh.221 vd.)

Diğer taraftan, 5237 sayılı TCK’nun “Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar” başlıklı 50. maddesinin 5. fıkrasında, “uygulamada asıl mahkumiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır.

Ceza Genel Kurulunun 13.11.2007 gün ve 225-233 sayılı kararı başta olmak üzere pek çok kararında da; lehe kanun tespit edilirken, sabit kabul edilen somut olaya her iki kanunun ilgili tüm hükümleri birbirlerine karıştırılmaksızın uygulanmak suretiyle ayrı ayrı sonuçlar belirlenerek karşılaştırılması, bu karşılaştırmada hükmün tesisi aşamasında uygulanması gereken normlar ile infaza ilişkin normların birlikte değil, ayrı ayrı

değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği açıklanmıştır. Bugüne kadarki uygulamalarda da, karşılaştırma yapılırken infaz aşamasına ilişkin ihtimallerin gözönüne alınmadığı ve lehe olan kanunun, uygulama sonucunda ortaya çıkan cezaya göre belirlendiği görülmektedir. İnfaz aşamasında hükmedilen para cezalarının ödenmemesi ihtimalinde sanığın kaç gün hapsedileceğini hesaplamak, lehe olan kanunun tespiti aşamasında yerinde olmayacak, adli para cezasının ödenmeyeceği peşin kanısıyla hareket etmek, ödeme ihtimalinde bazen sanığı daha fazla miktarda ödeme yapmaya zorlama sonucunu doğuracaktır.

Görüldüğü üzere, infaz aşamasında ortaya çıkabilecek ihtimaller dikkate alınmaksızın hükmolunacak sonuç ceza miktarı bakımından lehe olan kanunu tespit etmek gerektiğinden, ulaşılan sonuca göre yalnızca adli para cezasını öngören kanuna göre, hapis cezası ile birlikte adli para cezası öngören kanunun uygulama sonucunda lehe olduğunu söylemek bazı durumlarda mümkün olabilecektir...” şeklinde lehe kanun uygulamasının hangi aşamalarda, kimler tarafından ve ne şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğine açıklık getirilmiştir.

Somut uyuşmazlıkta; sanık lehine kanunun tespit edilebilmesi için 1447 sayılı (mülga) Kanun gereği sanık için verilen mahkumiyet hükmünün taksiri artırım ve indirim nedenleri, aynı oran ve sırayla uygulanmak suretiyle, 6750 sayılı Kanun’a göre sanığın alabileceği cezanın tayininin yapılması V2 buna göre sanık lehine çıkan netice ceza ile hukuki sonuçlarının tespit edilmesi ve karşılaştırılarak sonuca gidilmesi gerekmektedir. Lehe kanunun belirlenmesi, yerel mahkeme tarafından, hükmün temyizden bozulması sonucunda yapılabilecektir. O halde hükmün bozulması için de iki farklı normun somut olaya uygulanabilme ihtimalinin bulunması, başka deyişle kanun koyucu tarafından engellenmemiş olması gerekmektedir.

Uyuşmazlığa konu olaya uygulanacak olan ve Anayasa’ya aykırılığı iddia edilen 6750 sayılı Kanun’un geçici 1. maddenin 1. fıkrası, lehe kanun uygulamasını, bu yönde bir bozma kararı verilmesini de açıkça engellemektedir.

Keza, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazına İlişkin Kanun’un “Adli para cezasının infazı” başlıklı 106. maddesi;

“...(7) Adli para cezası yerine çektirilen hapis süresi üç yılı geçemez. Birden fazla hükümle adli para cezalarına mahkûmiyet hâlinde bu süre beş yılı geçemez...” hükmünü amirdir.

Buna göre, sanığın borçlu olduğu rehin miktarı ne kadar olursa olsun, davaya konu suçu işlediğinin sabit olması durumunda, hükmolunacak adli para cezasının miktarının ödenmemesi halinde bile infaz hükümlerine göre adli para cezasının yerine çektirilecek hürriyeti bağlayıcı cı izanın miktarı her halde 3 yılı geçemeyecektir.

Temyize konu hükümde sanığın neticeten 4 yıl 2 ay hapis ve 1660 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş olmakla, bu cezanın infazı dışında da pek çok hukuki neticesi bulunmaktadır. Şöyle ki;

Sanık hakkında 4 yıl 2 ay hapis cezasına mahkumiyet kararı verilmesi halinde, 5237 sayılı TCK’nin “Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” başlıklı 53. maddesinde belirtilen hak yoksunluklarına maruz kalacağı, yine TCK’nin “Hapis cezasının ertelenmesi”

başlıklı 51. maddesinde yazılı olduğu üzere hakkında verilen hapis cezasının süresi itibariyle sonradan suç işlediğinde erteleme hükümlerinden yararlanamayacağı, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "devlet memurluğuna alınma" başlıklı III. kısmının "Genel ve özel şartlar" başlıklı 48. maddesi A- 5. numaralı bendinde yazılı olduğu üzere başta devlet memurluğu olmak üzere kamu hizmeti niteliğindeki birçok mesleği icra edemeyeceği açıktır. Halbuki sadece adli para cezasına mahkum edilmesi halinde, miktarı ne olursa olsun sanığın sayılan hak yoksunluklarına tabi olmayacağı da açıkça görülebilmektedir.

Tüm bu nedenlerle, 6750 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin 1. fıkrasının, Anayasa'nın ilk maddesinde yazılı suç ve cezalara dair temel esaslara, dolayısıyla AİHS'nin ve AİHM'in kabul ettiği suç ve cezaların kanuniliğine dair evrensel ilkelere aykırı olarak düzenlendiği değerlendirilmektedir.

#### IV-) SONUÇ

Yukarıda ayrıntılarıyla açıklanan nedenlerle;

1-) Dairemizin önüne gelen somut uyuşmazlıkla ilgili olarak, sanık hakkında "lehe kanun" uygulamasının önünde engel teşkil eden ve davada uygulanacak kural niteliğinde olan 6750 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin 1. fıkrasının, Anayasa'nın 2, 10 ve 38. maddelerinde yer alan "hukuk devleti ve eşitlik ilkesi ile suç ve cezalara ilişkin temel esaslar" başlıklı maddelerine aykırı bir düzenleme olduğu kanaatine varılmakla, söz konusu 6750 SAYILI KANUN'UN GEÇİCİ 1. MADDESİNİN 1. FIKRASININ İPTALİ İÇİN ANAYASA MAHKEMESİNE İTİRAZ YOLUNA BAŞVURULMASINA,

2-) Başvuruya ilişkin üst yazı, gerekçeli başvuru kararı ve dava dosyasının ilgili bölümlerinden alınan iddianame, gerekçeli karar ve esasa etkili belgelerin onaylı suretlerinden oluşan ekli başvuru evrakının Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,

3-) Anayasa'nın 152 ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesi gereği, başvuru evrakının Anayasa Mahkemesine ulaştırılmasından itibaren beş ay içinde bu hususta bir karar verilene kadar TEMYİZ DAVASININ GÖRÜLMESİNİN GERİ BIRAKILMASINA, aynı süre içinde bir karar verilmediği takdirde dosyanın yeniden ele alınarak uyuşmazlığın yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmasına, 21.01.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi."