

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Her ne kadar sanıklar hakkında görevi ihmal ve kötüye kullandıkları iddiası ile kamu davası açılmış ise de, hem T.C.K.'nun 240. ve 343/1. maddeleri ve hem de 22/12/2000 yayınlanarak yürürlüğe giren 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un 1. maddesinin, 5. bendinin a. paragrafında bulunan ve bu Yasa'nın kapsamı dışında olarak gösterilen T.C.K.'nun 240. ve 343/1. maddesinin kapsam dışı bırakılması Anayasa'ya aykırılığının ciddi olduğu kanaati mahkememizde oluşmuştur, şöyleki;

a) Anayasa'nın 38. maddesinin 3. fıkrası "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" şeklinde iken yine aynı maddenin 1. fıkrası "kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" şeklindedir. Yine suçların yasalarda belirlenmesi ve suçlarda tipiklik unsuru ceza hukukunun temel ilkelerindendir. Bununla Anayasa vatandaşların kanunlarda unsurları sayılan eylemleri yapanların cezalandırılmasını öngörmüş, kanunlarda tanımlanmayan eylemlerinde cezalandırılmayacağını Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına taahhüt etmiştir. Bununla amaçlanan vatandaşların hangi eylem yapılırsa suç olacağını önceden bilerek ona göre eylemlerine yön vermesini sağlamaktır. Hal böyle iken T.C.K.'nun 240. maddesi Anayasa'nın 38. maddesindeki anılan fıkraların tam aksine "Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur..." cezalandırılır şeklinde düzenleme yaparak, Yasa'nın metninden de anlaşılacağı üzere, Yasada suç olarak sayılmayan halleri cezalandırma amacına yönelmiş ve yargı erkinin eline ceza ihdas etme imkanı vermiştir. Oysa ki cezalar ancak yasa ile düzenlenebilir ve yasanın yapılma yeride Türkiye Büyük Millet Meclisidir. Ayrıca bu durum suçların tipiklik unsurunun da ihlali anlamını taşır ve memur olan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları, yasada unsurları sayılmayan, yani tipikleştirilmeyen her hangi bir eylemlerinden dolayı her an cezalandırılma tehdidi ile karşı karşıya kalmış olmaktadırlar. Tekrarlamak gerekirse burada cezaların yürürlüğe sokulması, yasakoyucu T.B.M.M.'nin yetkisinden çıkarılmış ve bu maddenin uygulanması ile cezanın tipikleştirilmesi işlevi Yüksek Yargıtay'ın yetki ve görev sınırları içerisine sokulmuş bulunmaktadır. Bu nedenlerle olayımızda sanıkların eylemlerinin yasada açıkça tipikleştirilmemesi, unsurlarının sayılmaması nedeni ile T.C.K.'nun 240. maddesi gereğince cezalandırılması ihtimali Anayasa'nın 38. maddesine açıkça aykırıdır.

b) Aynı şekilde 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un 1. maddesinin 5. bendinde, 4616 sayılı Yasa'nın uygulanmayacağı yasa maddeleri sayılmış ve bunlar arasında T.C.K.'nun 240. ve 343/1. maddesi de zikredilmiştir. Eğer yukarıdaki bendde gerekçeleri gösterilen T.C.K.'nun 240. maddesi Anayasa'ya aykırı olmadığı kararı verilecek olursa, sanıkların bu madde ile cezalandırıldıkları takdirde, 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un 1. maddesinin 5. bendi gereğince sanıklar suçlarını 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlemiş olmalarına rağmen bu ertelemeyi yararlanamayacaklardır. Kamu oyunda da tartışıldığı üzere, 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un kapsam dışında bıraktığı suçlarla ilgili olarak yasakoyucu tarafından anılan yasadaki faydalanacaklar ile faydalanmayacaklar ayrımı

yapılırken Anayasa'nın 10. maddesi ve 2. maddesine dikkat edilmediği ve bu maddelere aykırı düzenleme yapıldığı yaygın bir kanı olarak kişilerce paylaşılmaktadır. Mahkememizde bu dava ile sınırlı olmak üzere, bu davada uygulama yeri olan T.C.K.'nun 240. ve 343/1. maddelerin 4616 sayılı Yasa kapsamı dışında bırakılmasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine açıkça aykırı olduğu kanaatindedir. Şöyle ki; 4616 sayılı Yasa ile, adam öldürme, görevi ihmal, keyfi muamele, efrada kötü muamele, nitelikli etkili eylem, taksirli ölüme neden olmak, nitelikli hırsızlık gibi doğrudan insan olma değerine yönelik ve kamu güvenliği ile ilgili suçlar yasa kapsamına alınmış ve bu suçları işleyen kişilerin şartlarını taşıdıkları taktirde dava ve cezaların ertelenme kapsamı içine alınmış ancak, ihlal edilen değer yönünden kıyaslaması bile yapılamayacak T.C.K.'nun 240. ve 343/1. maddesinde belirtilen görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu kapsam dışı bırakılmıştır. Elbette "cezalandırma ve bu konuda kurallar koyma yetkisi yasakoyucu tarafından kullanılacaktır. Fakat bu yetkinin kullanılmasında ortada toplumdan kaynaklanan bir gereksinim olmalı ve bu gereksinimin giderilmesinde insan haklarına saygılı Hukuk Devleti ilkesine ve bunun bir sonucu olarak adalete uygunluk ölçüsü gözetilmek zorundadır. Adalet uygunluk yasa önünde mutlak bir eşitlik değil ise de, haklı nedenlerin bulunması durumunda farklı uygulamalara olanak veren ancak aynı durumda olanları birbirinden ayırmada eşit uygulamaya tabi tutma olgusudur" (Y.C.G.K. 27/03/2001 tarih 932 esas, 37 no'lu karar) Ancak Yasakoyucu bu yetkisini kullanırken Hukuk Devleti ilkesinin gereği olan adalet duygusu ile hareket etmek ve yasal düzenleme yapmak zorunluluğu da ortadadır. Bu Yasa ile yapılan düzenleme ile T.C.K.'nun 230. ve 228. maddelerde yazılı bulunan keyfi muamele ve görevi ihmal suçları erteleme kapsamı içinde bırakılırken ihlal edilen değer yönü ile benzerlik gösteren hatta yapılan eylemlerin arasında çok ince bir ayrımın bulunduğu, bu eylemlerle görevde yetkiyi kötüye kullanma eylemi arasında farklılık yaratarak bir kısmının erteleme kapsamı dışında bırakılması adalet duygusu ile bağdaşmaz. Dolayısı ile bu husus Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine aykırıdır yine aynı şekilde eşitlik ilkesine de aykırılık sözkonusudur. Adam öldürme eyleminin erteleme kapsamı içinde bırakılarak, görevi kötüye kullanma eyleminin erteleme kapsamı dışında bırakılması da adalet duygusunu incitecek boyutta olduğu kanaati mahkememizde oluşmuştur. Kanunun genel düzenlemesi itibarı ile bu eşitsizlik ve adalet duygusuna ters bir takım düzenlemeler karşımıza çıkmaktadır. Örneğin; adam öldürme fiilini işleyen kişinin cezası ertelenirken, öldürmek ile tehdit (T.C.K.'nun 191/1) edenin cezasının ertelenmemesi, aynı şekilde kasten araç yakanın (T.C.K.'nun 516/7) eylemi Yasa kapsamında bırakılırken, taksirle yangın çıkarma eylemi (T.C.K.'nun 383) Yasa kapsamı dışında bırakılmakta ve böylece Anayasa'nın Hukuk Devleti İlkesi ile hukuksal bakımdan daha fazla kınanması gereken eylemleri yapanlara kolaylık gösterilerek onların eylemlerinin ertelenmesi eşitlik ilkesine aykırılık yaratılmış olmaktadır. Eğer yasakoyucu kasten işlenen fiilleri erteliyor ise, taksirle işlenen aynı nitelikli eylemlerin hayli hayli ertelenmesi gerektiği hukuk devleti ilkesi ile eşitlik ilkesinin gereğidir. Aynı mantıktan hareketle birbirine benzer suç işleyen, aynı hukuken korunan değerleri ihlal eden kişilerin eylemlerinin ve birlikte değerlendirilerek eğer erteleme yapılacak ise benzer veya daha az cezayı gerektiren bütün eylemler bakımından aynı düzenlemenin yapılması Anayasa'nın eşitlik ve Hukuk Devletinin ilkesinin gereğidir.""