

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'Mahkememizin 2011/258 Esas sayılı dosyası kapsamında Bor Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 2011/49 iddianame numaralı, 03.03.2011 tarihli iddianame ile açılan kamu davasında sanık H.A. 5237 sayılı TCK.nın 233/1. maddesi uyarınca cezalandırılması istendiği görülmüştür.

5237 sayılı TCK.nın 233/1. fıkrası 'Aile Hukukundan Doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi şikayet üzerine bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır' şeklindeki düzenlemeye yer vermiştir. Bu fıkranın gerekçesi incelendiğinde 'Aile hukukundan kaynaklanan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün kapsamını, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlemek gerekir' denmiştir. Türk Ceza Kanunu uygulaması da bu yönde gelişmiştir. Mahkememizce Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülen hususta tam olarak buradan kaynaklanmaktadır. Genel ceza normu incelendiğinde cezai hükümler içeren normların açık, hareket unsurunu yalın bir şekilde ortaya koyar ve hangi hareketin karşılığının suç olduğunu, hangi hareketin karşılığının da suç olmadığını açıklar nitelikte olması gerekmektedir. Bilindiği üzere TCK.nun uygulaması kapsamında kıyas ve yorum yasağı bulunmaktadır.

Öte yandan iptali istenen bu hükmün içeriğinin Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre doldurmak gerektiği açıktır. Türk Medeni Kanunu incelendiğinde ise Türk Medeni Kanununun birinci maddesinin ikinci fıkrası 'Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiye ona göre karar verir' denmektedir. Doktrinde hakimin hukuk yaratması olarak adlandırılan bu madde gereğince hakim, önüne gelen somut olaya ilişkin uygulanacak bir kanun maddesi bulamadığı, olaya uyan örf ve adet kuralı da tespit edemediği takdirde kendisi kural yaratacak, kural yaratırken de kıyas, evleviyet (A Fortiori), karşı kavram kanıtı, tümevarım, hukuki özdeyişler yolu olmak üzere bir çok yoldan faydalanacaktır.

Türk Medeni Kanununun ikinci maddesi ise dürüstlük ilkesini düzenlemekte olup 'Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır' demektedir. Doktrinde dürüstlük kuralları orta zekalı, normal, makûl kimselerin, toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının ihtiyaçlarına cevap veren, bu nedenle de herkesçe benimsenen kurallar bütün olarak açıklanmaktadır.

Türk Medeni Kanununun dördüncü maddesi ile hakimin takdir yetkisini düzenlemekte olup 'Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gerektirdiği ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir' denmektedir. Doktrinde takdir yetkisi kanun koyucunun bilerek ve isteyerek bıraktığı kural içi boşlukları, hukuku uygulayacak olanlara, somut olayın özelliklerini, toplumdaki ahlaki düşüncelerini, takdir yetkisini tanıyan kuralın amacının, sosyal adalet gibi hususları göz önünde tutarak ferdileştirip doldurması için verilen yetkidir denmektedir.

O halde yeniden somut olayımıza dönmek gerekirse sanık H.A. suç teşkil ettiği iddia olunan eyleminin aile hukukundan kaynaklanan bakım, eğitim veya destek olma

yükümlülüğüne aykırılık teşkil edip etmediğinin tespiti Türk Medeni Kanununun yukarıda sayılan maddelerinden faydalanılarak daha açık bir deyişle yorum, kıyas yapılarak veya hakimnin hangi hareketin suç oluşturup oluşturmayacağına yönelik belirleyeceği takdir yetkisi ile yapılacaktır. Bu husus açık bir şekilde suç ve cezalara ilişkin esasları anlatan Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olup 'kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesine ters düşmektedir. Ceza hukuku normları kanunilik ilkesine dayanmakta mecburdur, hakimnin takdir yetkisi ile veya örf ve adet kuralları gereğince suç teşkil edilemez. Aksi takdirde önlenemez insan hakkı ihlalleri ve keyfi uygulamalar ortaya çıkar.

Bu konuda Yüksek Mahkemenin 1996/11 Esas, 1997/4 Karar ve 29.01.1997 tarihli kararında 'Anayasa'nın suç ve cezaya ilişkin 38. maddesindeki ilkelerden biri kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesidir. 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 ilkeleri getirilmiştir. Suç ve cezanın yasallığı ilkesi; Anayasa'nın yasaklayıcı ve buyurucu kuralları ile gerek toplum yaşamı, gerek kişi hak ve özgürlükleri yönlerinden getirdiği güvencelere aykırı olmamak koşulu ile bu konuda gerekli düzenlemeleri yapma yetkisinin yalnız yasak koyucuya ait olmasını zorunlu kılar.... Dayanağını Anayasa'nın 38. maddesinin oluşturduğu kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin esası, yasa tarafından, suçun, yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiç bir şüpheye yer verilmeyecek biçimde belirtilmesinden ve buna göre cezanın yasayla belirlenmesinden ibarettir' demek sureti ile somut olayımıza da uygulanabilecek şekilde Anayasa'nın 38. maddesinin yorumunu yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararı olan 2000/5 Esas ve 2003/65 Karar ve 18.06.2003 tarihli kararında 'Suç ve cezaların yasayla belirlenmesi, çağdaş ceza hukukunun temel ilkelerinden biridir. Günümüzde bu ilkeye Uluslararası Hukukta ve İnsan Hakları belgelerinde de yer verilmektedir. İlkenin esası, kişilerin yasak eylemleri ve bunlar karşılığında verilecek cezaları önceden bilmelerini sağlamak düşüncesine dayanmaktadır. Suç ve cezaların yalnızca yasa ile konulup kaldırılması da yeterli olmayıp kuralların kuşkuyla yer vermeyecek biçimde açık ve sınırlarının da belli olması gerekir' demek sureti ile Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen ilkelerden biri olan suç ve cezaların yasallığı ilkesinin Uluslararası Hukuk yönünden de önemini ortaya koymaktadır.

Daha yeni tarihli Anayasa Mahkemesinin 2005/99 Esas, 2006/8 Karar ve 19.01.2006 tarihli kararında '... Buna göre yasada suçun, bu bağlamda hangi eylemlerin yasaklandığının ve bunlara verilecek cezaların açıkça belirtilmesi gerekir. Kişinin yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi, temel hak ve özgürlükleri güvencesidir...' denmektedir.

Özetle somut dosyamızda sanık H.A. cezalandırılması istenilen Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali suçu ve bu suçu düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 233/1. fıkrasının düzenleniş şekli, Kanunun gerekçesi, uygulama doğrultusu dikkate alındığında içeriğinin ve hangi eylemlerin bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceğinin açıkça ortaya konmadığı, bu konuda Türk Medeni Kanununa atıf yapmakla yukarıda sayılan Türk Medeni Kanununun ilk maddelerinin uygulanmasına olanak sağladığı, bu maddelerin ise Ceza Hukuku ve suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile bağdaşmadığı, hakimnin takdir yetkisi ile, örf, adet kurallarının uygulanması ile, tümevarım veya evveliyat ilkelerinin uygulanması suretiyle suç yaratmanın mümkün olmadığı, aksi halde Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezaların kanunilik ilkesine aykırı davranılacağı açıktır. Bu nedenlerle Anayasa'nın 38. maddesine açıkça aykırılık teşkil eden 5237 sayılı TCK'nın 233/1. fıkrasının yüksek mahkemenizce iptali gerekmektedir.

Esas Sayısı : 2011/129

Karar Sayısı : 2012/81

Yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 233/1. maddesinin Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca iptali arz ve talep olunur."