

“ ...

Hukuk devletinin genel tanımı bellidir ama hukuk devleti, herşeyin yasalarla çerçevelendiği bir yasa devleti değildir {*Doğan Özlem. Kavram ve Tarihleri c.1 s. 153. İnkılap yay. 2002 İstanbul*) ve yasakoyucunun sınırsız bir takdir hakkı yoktur.

Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında hukuk devletinin ceza hukuku yönünden unsurlarını ve özelliklerini göstermiş, tanımlamıştır. Örneğin:

“...Hukuk devletinde ceza hukuku kurallarının önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak *ölçülü, orantılı, adil olması* ve hakkaniyet ölçülerini gözetmesi gerekir... ” (Anayasa Mah. 2014/81 E. 2014/145 K. sayılı kararı).

“... Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa’nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere... göre belirlenir... Kanun koyucu, takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, ... gibi anayasal ilkeleri dikkate almak zorundadır...” (Anayasa Mah. 2016/16 E. 2016/37 K sayılı kararı)

"... Hukuk devletinde, ceza hukuku alanında olduğu gibi ... kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak *Ölçülü, adil ve orantılı olması* gerekir. ... Hangi eylemlerin idari para cezasını, hangilerinin adli para cezası ya da hapis cezasını gerektirdiği ve bu cezaların miktarı konusunda yasakoyucunun takdir hakkı bulunmakla beraber bu tercih serbestisi Anayasa’nın genel ve özel kuralları çerçevesinde olacaktır..." (Anayasa Mah. 2001/119E. 2004/37K. sayılı kararı)

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk Devletinde yasakoyucu. Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşulu ile ... ” (Anayasa Mah. 2001/406 E. 2004/20 K. sayılı kararı)

Yüksek mahkemenin kararlarında da gösterildiği gibi yasa koyucu cezalandırmayı içeren yasalarda hem Anayasanın hem de ceza hukukunun genel ilkelerini gözetmek zorundadır.

Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri cezalarda orantılılık ilkesi, bir diğeri ise aynı eylem nedeniyle tek ceza verilmesi ilkesidir. Cezada orantılılık ilkesi, işlenen suçla cezanın orantılı olması, korunan değer ve cezalandırmanın Ölçülü olması gerektirir.

Diğer ilke ise aynı eylem nedeniyle birden fazla cezalandırılmama (non bis in idem - ne bis in idem) ilkesidir ki, failin gerçekleştirdiği tek eylemine tek cezanın verilmesi, ihlal ettiği düşünülen kurallardan özel normun önceliği gereği tek bir cezanın verilmesi ilkesidir. Buradaki özel normun önceliği, hem bileşik suç tanımlaması hem de içtima kuralları gibi yardımcı kurallarla değerlendirilmektedir.

Herhangi bir faili, konutta ya da işyerinde hırsızlık suçunu işlemesi halinde, TCK 142/4 maddesi gereği hem ağırlatılmış özel ve nitelikli hırsızlık suçundan TCK 142/2-h maddesi gereği hem de konut veya işyeri dokunulmazlığını bozma suçundan TCK 116 maddesi gereği cezalandırmak gerekmektedir.

Nitelikli olan konut veya işyerinde hırsızlık suçunun işlenebilmesi için konut veya işyerinin dokunulmazlığının bozulması gerekir, bozulmadan bu suçun işlenmesi olanaklı değildir. Fiil, failin bizzat girebileceği gibi kolunu sokmak veya elinde tuttuğu bir aleti içeri sokmak suretiyle işlenebilecektir. Herhalde konut veya işyeri dokunulmazlığı bozulacaktır, dokunulmazlık, özel alana hangi şekilde olursa olsun müdahaleyle bozulmaktadır.

Nitelikli hırsızlık suçunu düzenleyen TCK 142/2-h maddesi bu özel alanın dokunulmazlığının bozulması nedeniyle temel hırsızlıktan ayrılarak özel düzenlemeyle daha ağır şekilde cezalandırılması öngörülmüştür. Temel hırsızlık suçunda ceza miktarı bir yıldan üç yıla kadar hapis iken bu nitelikli halde hapis cezası beş yıldan on yıla kadar hapistir. Bu şekilde nitelikli hırsızlık olan bina dahilindeki hırsızlıktan faile ceza verilmekte. TCK 142/4 maddesindeki "...konut dokunulmazlığının ihlali..." cümle nedeniyle bir de konut veya işyeri dokunulmazlığını bozma suçundan da altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilmesi gerekmekte, tek fiil nedeniyle iki ceza verilmesi gerekmektedir. Cezada korunan hukuksal yararın oranıyla uyumlu olmayan şekilde mükerrer, fazla ve ağır ceza verilmesine neden olmaktadır. Cezada orantılılık ve ölçülülük ilkesiyle, bir eylem nedeniyle birden fazla ceza verilmez ilkesine aykırılık doğmaktadır. Ayrıca bu düzenleme TCK sistematüğini de bozmaktadır, zira TCK 42 maddesinde "Bileşik suç" tanımlanmıştır. Buna göre: *"Madde 42-(1) Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz*

TCK 142/2-h maddesi bir bileşik suçtur ve konut veya işyeri dokunulmazlığını bozma suçuyla bina dahilinde hırsızlık suçu bileşiktir, konut veya işyeri dokunulmazlığını bozma eylemi bina dahilinde hırsızlık suçunun unsurudur.

Yasakoyucunun TCK 142/4 maddesine eklediği "...konut dokunulmazlığının ihlali..." cümlesi, bileşik suç tanımını bozmakta, hem ceza hukukunun cezada orantılılık ilkesine, hem de aynı eylem nedeniyle birden fazla ceza verilmez ilkesine (non bis in idem) aykırılık teşkil etmekte, dolayısıyla Anayasa'nın 2. maddesinde tanımlanmış hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

SONUÇ ve İSTEM:

Yukarıda sayılan nedenlerle 5237 sayılı TCK 142/4. maddesindeki "...konut dokunulmazlığının ihlali..." cümlesinin Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu, iptali gerektiği inancıyla Yüksek Mahkeme'nin takdirlerine sunulur."