

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2017/169

Karar Sayısı : 2018/42

Karar Tarihi: 2/5/2018

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Karşıyaka 6. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 142. maddesinin;

A. (2) numaralı fıkrasına 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 62. maddesiyle eklenen (h) bendinde yer alan "...bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında," ibaresinin,

B. (2) numaralı fıkrasının 6545 sayılı Kanun'un 62. maddesiyle değişiklik yapılan "İşlenmesi halinde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." bölümünün,

Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sanık ve suçta sürüklenen çocuğun hırsızlık, mala zarar verme ve konut dokunulmazlığını bozma suçlarından cezalandırılmaları için açılan kamu davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN VE İLGİLİ GÖRÜLEN KANUN HÜKÜMLERİ

A. İptali İstenen Kanun Hükmü

Kanun'un itiraz konusu kuralların da yer aldığı 142. maddesi şöyledir:

"Nitelikli hırsızlık

Madde 142- (1) Hırsızlık suçunun;

a) Kime ait olursa olsun kamu kurum ve kuruluşlarında veya ibadete ayrılmış yerlerde bulunan ya da kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen eşya hakkında,

b) (Mülga: 18/6/2014-6545/62 md.)

c) Halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içinde veya bunların belli varış veya kalkış yerlerinde bulunan eşya hakkında,

d) Bir afet veya genel bir felaketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanan eşya hakkında,

e) Adet veya tahsis veya kullanımları gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında,

f) (Mülga: 2/7/2012-6352/82 md.)

İşlenmesi hâlinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

a) Kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak,

b) Elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle,

c) Doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanarak,

d) Haksız yere elde bulundurulmuş veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak veya kilitlemesini engellemek suretiyle,

e) Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle,

f) Tanınmamak için tedbir olarak veya yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınarak,

g) (...) büyük veya küçük baş hayvan hakkında,

h) (Ek: 18/6/2014-6545/62 md.) Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlemek suretiyle ya da **bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında,**

İşlenmesi hâlinde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Suçun, bu fıkranın (b) bendinde belirtilen surette, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranına kadar artırılır.

(3) Suçun, sıvı veya gaz hâlindeki enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi halinde, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ceza yarı oranında artırılır ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

(4) (Ek: 6/12/2006 – 5560/6 md.) Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz.

(5) (Ek: 18/6/2014-6545/62 md.) Hırsızlık suçunun işlenmesi sonucunda haberleşme, enerji ya da demiryolu veya havayolu ulaşımı alanında kamu hizmetinin geçici de olsa aksaması hâlinde, yukarıdaki fıkralar hükümlerine göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır.”

B. İlgili Görülen Kanun Hükümleri

Kanun'un ilgili görülen 42. ve 116. maddeleri şöyledir:

“Bileşik suç

Madde 42- (1) Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.”

“Konut dokunulmazlığının ihlali

Madde 116- (1) Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikayeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (Değişik: 31/3/2005- 5328/8 md.) Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutat olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(3) (Değişik: 31/3/2005 - 5328/8 md.) Evlilik birliğinde aile bireylerinden ya da konutun veya işyerinin birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda, bu kişilerden birinin rızası varsa, yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Ancak bunun için rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik olması gerekir.

(4) Fiilin, cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle ya da gece vakti işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 15/11/2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle sınırlama sorunu görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre, Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurular itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

3. Başvuran Mahkeme, 5237 sayılı Kanun'un 142. maddesinin (2) numaralı fıkrasına 6545 sayılı Kanun'un 62. maddesiyle eklenen (h) bendinde yer alan “...bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında,” ibaresi ile aynı fıkranın “İşlenmesi halinde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” bölümünün iptalini talep etmiştir.

4. İtiraz konusu kurallardan “İşlenmesi halinde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” bölümü, nitelikli hırsızlık suçunun düzenlendiği Kanun’un 142. maddesinin (2) numaralı fıkrasının sekiz bendinde yer alan fiillerin işlenmesi hâlinde hükmolunması öngörülen ceza türü ve süresine ilişkin ortak hüküm niteliğindedir. Bakılmakta olan dava ise anılan fıkranın (h) bendinde düzenlenen bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında işlenen hırsızlık suçuna ilişkindir. Kanun’un 142. maddesinin (2) numaralı fıkrasında düzenlenmiş olan diğer nitelikli hırsızlık hâlleriyle ilgili bir dava ise bulunmamaktadır. Bu nedenle esasa ilişkin incelemenin “...bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında,” ibaresi ile sınırlı olarak yapılması gerekir.

5. Açıklanan nedenlerle dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin 5237 sayılı Kanun’un 142. maddesinin (2) numaralı fıkrasına 6545 sayılı Kanun’un 62. maddesiyle eklenen (h) bendinde yer alan “...bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında,” ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

6. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Aydın AYGÜN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ve ilgili görülen kanun hükümleri, dayanılan Anayasa kuralı ile bunların gerekçeleri okunup incelendikten sonra gereği görüldüğü düşüldü:

A. İtirazın Gerekçesi

7. Başvuru kararında özetle hırsızlık suçunun gecedan sayılan bir zaman diliminde konut niteliğine sahip bina veya eklentisi içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında işlenmesi hâli ile yağma suçunun gece vakti konutta işlenmesi hâli karşılaştırılarak bina veya eklentileri içinde işlenen hırsızlık suçu nedeniyle verilecek cezanın yanı sıra konut dokunulmazlığının ihlal etme suçundan da ayrıca ceza verilmesinin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı gibi gece vakti konutta yağma suçu ile gece vakti bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında işlenen hırsızlık suçu için öngörülen ceza miktarlarının üst sınırlarının aynı olmasının da hukuk devleti ilkesine aykırılık taşıdığı belirtilerek kuralın Anayasa’nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

8. Kanun’un 142. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (h) bendinde hırsızlık suçunun bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında işlenmesi hâlinde beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir. Anılan bentte yer alan “... bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında,” ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

9. Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen 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, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

10. Hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini gözönüne alan suç politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, izlediği suç politikası gereği cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır. Bununla birlikte hukuk devleti ve ölçülülük ilkeleri gereğince bu yöndeki düzenlemelerde öngörülen yaptırım, insan onuruna aykırı bulunmamalı ve suçla yaptırım arasında bir ölçüsüzlüğe yol açmamalıdır. Ölçülülük ilkesinin denetimi ise sadece farklı hukuki değerleri koruyan suç tiplerinin ceza türleri ve miktarları kıyaslanarak yapılamaz.

11. Hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan *Aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)* ilkesi gereğince kişi aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz.

12. Bileşik suç, Kanun'un 42. maddesinde "*Biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre suç olarak tanımlanmış bir fiilin başkaca bir suçun unsuru oluşturması ya da nitelikli hâlini meydana getirmesi hâlinde bileşik suç oluşur. Bileşik suç kendisini oluşturan suçlara bölünemez. Bileşik suçu oluşturan fiiller ceza hukuku anlamında tek fiil olarak kabul edilir.

13. Hırsızlık suçunun *bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında* işlenmesi suç tipinde aranan fiil, bina veya eklenti içinde muhafaza altına alınmış olan eşyanın alınmasıdır. Bu nitelikli hâlin oluşması için bina veya eklentilerine girmek zorunlu bir unsur olarak öngörülmemiştir. Bina veya eklentilerine girilmediği durumlarda dahi söz konusu nitelikli hırsızlık suçu oluşabilecektir. Buna göre bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında hırsızlık suçunun işlenebilmesi için her durumda konut dokunulmazlığını ihlal edilmesi zorunlu değildir. Başka bir ifade ile konut dokunulmazlığını ihlal etmek itiraz konusu nitelikli hâlin bir unsuru değildir. Bu bağlamda iptali istenen kural bileşik suçun bir örneğini teşkil etmez. Bu nedenle bina veya eklenti içinde muhafaza edilmiş olan eşya hakkında hırsızlık suçunun işlenmesi hâline hırsızlık suçunun temel şekline göre daha ağır ceza öngörülmesi mükerrer cezalandırma anlamına gelmez.

14. İtiraz konusu kural ile bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşyaya yönelik hırsızlık fiilinin önlenmesi ve cezalandırılması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucu kuralla yasakladığı fiilin gerçekleştirildiği yeri ve niteliğini dikkate alarak hırsızlık suçunun daha fazla cezayı gerektiren bir hâlini öngörmüştür. Kanun koyucu takdir yetkisi kapsamında "*hırsızlık suçu sonucunda meydana gelen haksızlığın önem ve derecesi özellikle mağdurlar ve toplum üzerindeki etkisi göz önüne alınarak, cezanın caydırıcılık fonksiyonunun gerçekleştirilebilmesi*" gerekçesiyle hırsızlık suçunun nitelikli hâlleri için öngörülen ceza miktarlarını artırmıştır.

15. İtiraz başvurusunda Anayasa'ya aykırılık iddiası, gece vakti bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında işlenen hırsızlık suçu ile gece vakti konutta yağma suçu arasında yapılan karşılaştırmaya dayandırılmıştır. Kural olarak suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında benzer bir suç için öngörülen ceza ile yapılacak kıyaslanmanın değil o suçun yarattığı etkinin ve

sonuçlarının dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle bir suç için öngörülen cezanın başka bir suç için öngörülen ceza ile karşılaştırılması suretiyle yapılan değerlendirme, anayasal denetime esas oluşturmaz.

16. Kuralın gerekçesine bakıldığında kanun koyucunun hırsızlık suçunun nitelikli hâllerinin işlenmesinin olası etkileri nedeniyle suçta caydırıcılığı sağlamak amacıyla ceza miktarlarında artırma gittiği ve dolayısıyla da kamu yararını amaçladığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucu düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır. Bu ilke ise *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, *gereklilik* getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, *orantılılık* ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da *ölçülülük ilkesi* gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur. Kuralda belirlenen ceza aralığı dikkate alındığında öngörülen cezanın hırsızlık suçunun nitelikli hâllerinin etkili bir ceza ile karşılanması açısından gerekli, bu fiillerin işlenmesini ve yaygınlaşmasını önlemeye elverişli yaptırım olduğu açıktır. Bunların yanında hırsızlık suçunun toplumsal etkisi ve işleme oranı gözönünde bulundurulduğunda belirlenen ceza aralığının ağır ya da orantısız olduğu da söylenemez. Kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında bulunan nitelikli hâl düzenlemesinde hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

17. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamıştır.

IV. HÜKÜM

26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 142. maddesinin (2) numaralı fıkrasına, 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 62. maddesiyle eklenen (h) bendinde yer alan "...bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında," ibaresinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 2/5/2018 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Esas Sayısı : 2017/169

Karar Sayısı : 2018/42

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukuyla ilgili olarak hukukun genel ilkeleri niteliğinde olan “*ne/non bis in idem*” ilkesi uyarınca kişi bir fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 7 numaralı Ek Protokolü’nün 4. maddesinin birinci fıkrasında da, “Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkûm edilemez” denilerek, aynı ilkeye yer verilmiştir.

2. Ne bis in idem ilkesi bir fiilin her durumda birden fazla suç oluşturamayacağı anlamında yorumlanmamaktadır. Fakat AİHM’in Ek 7. Protokolün 4. maddesinin ihlal edildiğini tespit ettiği bir kararında belirtildiği üzere, X suçunun diğer suçlardaki tüm unsurları içerdiği, ayrıca başka unsurları da kapsadığı takdirde yalnızca X suçunun kovuşturulması gerekmektedir (bkz. Franz Fischer/Avusturya, No: 37950/97, 29.5.2001, par. 23-25; D.J.Harris-M.O’Boyle-E.P.Bates-C.M.Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 2013, s. 781).

3. Anayasa Mahkemesi de verdiği bir iptal kararında hukuk devleti ilkesiyle bağlantılı olarak “ceza hukuku ilkeleri gereği kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanmaz ve cezalandırılmaz” diyerek, ne bis in idem ilkesinin hukuk devleti ilkesine bağlı anayasal ilkelerden olduğunu kabul etmiştir (AYM 2017/95 E.- 2017/119 K. 12.7.2017, R.G. : 25.8.2017-30165).

4. İtiraz yoluyla iptali istenen (altı çizili) ibareyi de içeren TCK’nın 142/2. maddesinin (h) bendindeki kural şöyledir; suçun, “Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında, işlenmesi halinde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

5. 765 sayılı mülga TCK’nın 491. maddesinin 3. fıkrasının 4. bendinde bu nitelikli hal; hırsızlık, “gündüzün bir bina içinde veya duvarla çevrilerek girilen müştemilatında işlenirse” şeklinde ifade edilmekte ve bu durum doktrin ve uygulamada konut dokunulmazlığını ihlal suçunun hırsızlığın nitelikli biçimini oluşturduğu için ayrıca cezalandırılmayacağı kabul edilmekteydi.

6. İptali istenilen mer'i kuralda "girilerek" sözcüğünün bulunmadığı gerekçesiyle uygulamada konut dokunulmazlığını ihlal, suçun şiddet sebebi içinde (ve bileşik suç şeklinde) değerlendirilmeyip, ayrıca suç teşkil ettiği kabul edilmiştir. 2006 yılında 5560 sayılı Kanunun 6. maddesiyle, TCK'nın 142. maddesinde şikayet unsurunu düzenlemek üzere eklenen 4. fıkraya ilişkin Adalet Komisyonu gerekçesinde ; "hırsızlık suçunu işlemek için başkasının konutuna girilmesi veya mal varlığına zarar verilmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmetmek gerekir." denilmiştir. Bu düzenleme öncesi doktrinde, (h) bendindeki kuralın bileşik suç vasfında olduğu değerlendirilmeleri yapılmıştır. Ancak sözü edilen 4. fıkra gerekçesinden sonra problemin yorum yoluyla çözümlenmesi güçleşmiştir.

7. Kuralın Yargıtay kararlarıyla belirlenen uygulanış biçimine göre, bir apartman dairesine veya işyerine girerek mağdurun parasını çalan kişinin eylemine 142/2-h madde ve bendinden ayrıca konut dokunulmazlığını bozma (m.116) suçundan dolayı ceza verilmektedir. Böyle bir eylemde 'bina içinde muhafaza edilen eşyanın' çalınması için konuta girilmesi zorunludur. Başka bir ifadeyle bina vasfındaki konutta/işyerinde muhafaza altına alınan eşyayı çalmak amacıyla konuta/işyerine girme fiili, (h) bendindeki eylemin zorunlu unsuru durumundadır. Teorik olarak, binaya girmeden de suçun işlenebileceği gibi varsayımlar, itiraza konu olaydaki gibi gerçekleşen vakıalar karşısında bir anlam ifade etmemektedir. Hırsızlık suçunun (h) bendindeki nitelikli hali içerisinde bina vasfındaki konut veya işyerine rıza dışı girmeyi zorunlu kılan, fakat bundan ayrıca girilen yerde başkasına ait bir malın rıza dışı alınması unsurunu da kapsayan bir suç tipi bulunmaktadır. Böylece konut veya işyerinden hırsızlık fiili işlendiğinde kişi tek fiil ile, konut dokunulmazlığını ihlal suçunun 'konuta rıza dışı girme' unsurunu da içeren 'binada muhafaza edilen eşyanın hırsızlığı' şeklindeki bileşik suçu işlemektedir. Konunun içtihatla çözümlenebileceği ileri sürülebilir. Ne var ki yukarıda sözü edilen 4. fıkradaki değişiklik gerekçesi ve müstakar hale gelen mevcut uygulama karşısında anayasal denetim bakımından, kuralın uygulamayla belirginleşen kapsamından hareket edilmesi de bir zorunluluktur.

8. İptal istemine konu kural gereği, bina vasfındaki konuta veya işyerine girilerek işlenen fiiller bakımından 'binaya/konuta rıza dışı girme' unsuru hem hırsızlık hem de konut dokunulmazlığını bozma suçu nedeniyle kovuşturmaya ve cezalandırmaya konu teşkil etmektedir. Nitekim bu husus doktrinde de eleştirilmiş ve söz konusu uygulamanın "aynı fiilin iki kez cezalandırılması" anlamına geldiği ifade edilmiştir (bkz. Mahmut Koca- İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4.B. Ankara 2017, s. 565). Bu durum elbette yaptırımında da ölçüsüzlüğe yol açmaktadır. Sorunun çözümlenebilmesi için kuralın iptal edilmesi gerekmektedir. Örneğin nitelikli yağma suçunda olduğu gibi (149/1-d), 142. maddenin (h) bendine (konut, işyeri ve eklenti) ibarelerinin eklenmesi suretiyle bileşik suç vasfı belirginleştirilerek düzenleme yapılabilir. Aynı düzenlemenin burada neden yapılmadığına ilişkin kamu yararını gerektirir makul ve hakkaniyetli bir gerekçe de tespit edilememektedir.

9. Açıklanan nedenlerle, 'aynı fiil' nedeniyle kişinin iki kere kovuşturulması ve cezalandırılması sonucunu doğuran itiraz konusu kuralın, *ne bis in idem* kuralına ve dolayısıyla Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali gerektiği düşüncesindeyim.