

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Türk Ceza Kanunu'nun 522. maddesinin 1. fıkrasında; onuncu bapta beyan olunan cürümlerin işlenmesinde cürmün mevzuu olan şeyin veya ika edilen zararın kıymetinin "pek fahiş" olması halinde cezanın yarı oranında artırılması, "hafif" veya "pek hafif" olması halinde ise belli oranlarda azaltılması hükmü yer almıştır.

Aynı maddenin 3. fıkrasında ise "failin aynı nev'idan olan cürümlerden dolayı mükerrer bulunması" veya "onuncu ikinci faslında yazılan cürümlerden birinin işlenmesi" halinde, verilecek cezada indirim yapılamayacağı, emredici hüküm olarak belirtilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 10. babı "Mal Aleyhinde Cürümler"i ve bunların müeyyidelerini düzenlemektedir. 10. babın 1. faslında 491-494. maddelerde hırsızlık; 2. faslında 495-502. maddelerde yağma, yol kesme ve adam kaldırmak; 3. faslında 503-507. maddelerde dolandırıcılık ve iflas; 4. faslında 508-511. maddelerde emniyeti suiistimal; 5. faslında 512. maddede eşyayı cürmiyeyi satın almak ve saklamak; 6. faslında 513-515. maddelerde hakkı olmayan yerlere tecavüz ve 7. faslında 516-521. maddelerde nası ızrar suçları ve müeyyideleri düzenlenmiştir. 522. maddenin de içinde bulunduğu 8. faslında ise, geçen fasıllar arasındaki müşterek hükümler gösterilmiştir.

Buna göre; 522. maddenin artırım ve indirim oranları hırsızlık dolandırıcılık ve iflas, emniyeti suiistimal, cürüm eşyasını satın almak ve saklamak, hakkı olmayan yerlere tecavüz ve nas-ı ızrar suçlarına uygulanacak; ikinci fasıldaki yağma, yol kesme ve adam kaldırmak suçlarına ise sadece artırım oranı uygulanacaktır. Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre bu artırım, cürüm mevzuunun "pek fahiş" olması durumunda tatbik edilecektir. Şayet cürmün mevzuu hafif veya pek hafif ise sanığa verilecek cezada herhangi bir indirim yapılmayacaktır.

İşte bu noktada çelişkili ve hukuk mantığına aykırı durumlar ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki;

1) Türk Ceza Kanunu'nun 81. maddesi cürümde tekerrürü düzenlemiştir. Maddenin 1. fıkrasına göre bir kimsenin "...başka bir suç işlemesi" yani tekerrür halinde yeni suça verilecek cezanın altıda bire kadar artırılacağı öngörülmüş ve bununla yetinilmiyerek ikinci fıkra da, yeni suçun evvelki mahkumiyete sebep olan suç cinsinden olması halinde artırımın daha fazla oranda yapılması istenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 86. maddesinde ise "aynı cinsten cürümler" belirtilmiştir. İki suçun aynı cinsten olup olmadıkları, bu maddedeki tarife uygun bulunup bulunmadıklarına göre değerlendirilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 15.11.1954 tarih ve 331/311 sayılı kararında Türk Ceza Kanunu'nun 522. maddesinde geçen "nev'i" kelimesinin "cins" manasında anlaşılması gerektiğini kabul etmiştir. Buna göre, bir kişinin aynı hukuki durumla ilgili olarak mükerrer cezalandırılması söz konusu olacaktır. Sanığın cezasında (şartları varsa) Türk Ceza Kanunu'nun 81/2. maddesi uyarınca bir artırım yapılacak ve ayrıca 522. maddenin lehe olan hükümleri de uygulanmamak suretiyle adeta yeniden cezalandırılmış veya cezası yeniden artırılmış gibi olacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 81/1. maddesinin uygulanması, yani sanığın aynı nev'idan

olmayan bir cürümden dolayı mükerrir bulunması halinde ise; sanık 522. maddenin lehe olan hükümlerinden faydalanabilecektir.

Bir örnek verecek olursak; hırsızlık suçundan mükerrir olan bir kişi, daha sonra en basit ve konusu pek hafif olan bir hırsızlık veya "aynı nev'iden" bir suç işlerse 522. maddenin lehe olan hükümlerinden faydalanamayacaktır. Hırsızlık suçundan çok daha ağır olan adam öldürme suçundan mükerrir olan bir kişi, daha sonra 10. babın 2. faslında yazılı olanlardan başka diğer fasıllarındaki bir suçu işlediğinde, 522. maddenin lehe olan hükümlerinden faydalanacaktır. Bizce bu çelişkiyi izah etmek mümkün değildir.

Suçların ağırlığı ve vahameti kanundaki müeyyideleri ile doğru orantılıdır. Ceza Kanunumuzdaki sistematik de kısmen bu yöndedir. Her ne kadar aynı nev'iden olmasa da; önceki suçu daha ağır ve vahim olan bir kişinin yararlanabileceği haktan (indirimden), önceki suçu daha az vahim sayılan bir kişiyi yararlandırmamak Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırıdır.

Türk Ceza Kanunu'nun hiçbir maddesinde yukarıda yazılan anlamda bir uygulama bulunmamaktadır. Örneğin bir kişi ne kadar suç işlerse işlesin eğer şartları varsa yine bir kanuni indirim maddesi olan "haksız tahrik" hükümlerinden faydalanabilecektir. 522. maddenin mantığı ile hareket edilirse; müessir fiil suçunu işleyen bir kimsenin daha sonra yeniden müessir fiil suçunu işlemesi halinde (örneğin) haksız tahrik hükümlerinden faydalandırılmaması gerekecektir. Zira 522. madde ve 51. madde yasal indirim maddeleridir.

Örneklerde bahsedilen durumlar için Türk Ceza Kanunu'nun 81. veya 85. maddeleri zaten uygulanabilecektir. Bunlardan 81. maddede kesin bir artırım oranı öngörülmemiştir. Bu oran, olayın özelliklerine göre hakim tarafından takdir edilecektir. Diğer yandan Türk Ceza Kanunu'nun 29/son maddesine göre hakim iki sınır arasındaki temel cezayı belirlerken "...failin geçmişi, şahsi ve sosyal durumu gibi hususları..." göz önünde bulunduracaktır. Temel cezanın belirlenmesinde elbette sanığın mükerrir olması da dikkate alınacaktır. Yine 647 Sayılı Yasa'nın 4. ve 6. maddeleri de uygulanırken bu husus gözden uzak tutulmayacaktır.

Tüm bunların yanında; failin aynı nev'iden bir cürümden dolayı mükerrir bulunduğu için, lehe olan hükümlerden faydalandırılmaması Anayasa'nın eşitlik ve sosyal adalet ilkelerine de aykırıdır. Çünkü "mükerrir olmasının cezası" zaten tekerrürden dolayı (artırım yapılarak) verilmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 522. maddesi bir bab'a teşmil edilmiş genel bir artırım ve indirim maddesidir. En basit ve kaba bir mantıkla düşünülecek olursa; suçun konusu "pek fahiş" ve artırım sebebi oluyorsa, "hafif" veya "pek hafif" ise indirim sebebi sayılmalıdır.

Türk Ceza Kanunu'nun 522. ve 523. maddeleri aynı babta ardarda düzenlenen ve içerik itibarıyla benzer-eşdeğer maddelerdir. "Aynı nev'iden olan cürümlerden dolayı mükerrir" olanların; 523. maddedeki indirimden faydalandırılmamaları acaba neden düşünülmemiştir. Bir an için 522. maddenin son fıkrasını, 523. maddenin son fıkrası olarak düşünelim. Ve hatta, ceza belirleyen ve indirim oranı içeren herhangi bir maddenin son fıkrası olarak düşünelim (ikinci faslında ibaresi, birinci-üçüncü gibi değiştirilebilir). Bu hallerde de yukarıda yazılan hususların aynen geçerli olmadığını kim iddia edebilir. İptali istenen bu fıkra adeta Türk Ceza Kanunu'nun 522. maddesinde bir "yama" gibi durmaktadır. Kanaatimizce lâfzı ve ruhuyla da Anayasa'ya aykırıdır.

2) 522. maddenin son fıkrasının son cümlesi "...bu babın ikinci faslında yazılı cürümlerden birini işlemiş olursa..." demektir. Neden ikinci faslında'.. Ve neden "artırıma mahal var" da, "tenkise mahal yok" ... Artırıma mahal varsa, tenkise de mahal olmalıdır. Zira eşitlik ve suç ve cezaların kanuniliği ilkesi bunu gerektirir.

Bahis konusu ikinci faslında müeyyide tayin eden altı adet madde vardır. Bunlardan 500. maddede üç yıldan beş yıla kadar hapis, 499/son maddede ise müebbet ağır hapis cezası öngörülmektedir. Şimdi; bu iki maddenin sanıklarının aynı uygulamaya tabi tutmak hakkaniyete uygun mudur'

İptali istenen hüküm, Türk Ceza Kanunu'nun "Mal Aleyhinde Cürümler" başlıklı onuncu babında yer almaktadır. Özellikle ikinci faslında maddeler çok ağır müeyyideler içermektedir. Hatta bazı cezalar, dokuzuncu baktaki "Şahıslara Karşı Cürümler" in cezalarından daha ağırdır. Suç ve cezalar arasındaki denge prensibine açıkça aykırı müeyyideler içeren Türk Ceza Kanunu'nun 495, 496, 497, 498 ve 499. maddeleri; iptali istenen hükümle adeta "kaskatı" hale getirilmiştir. Çözülmesi imkansız bir buzul gibidir. Bu durum uygulayıcıları, teorisyenleri ve tüm hukuk camiasını rahatsız etmektedir. Suçun adı yağma (gasp) da olsa, faili bir insandır. Nasıl ki adam öldüren, zorla ırza geçen sanıklar da birer insan iseler... Bir hocamızın dediği gibi "suçluyu kazıyın, altından insan çıkar".

"Mal"ın; "can" dan, "insan hak ve özgürlükleri"nden daha üstün tutulduğu, koyu bir mülkiyet taassubunun hüküm sürdüğü dönemlerde kabul edilen ve Anayasamıza aykırı olduğu vicdani kanısına vardığımız bu hüküm, sızlanmaların artmasına ve çok çarpıcı örnekler verilmesine yol açmakla, komedi programlarında espri konusu yapılmaktadır. Örneğin; bir kişinin zorla gözlüğünü almanın cezası, gözünü çıkarmanın cezasından daha fazla denilmekte ve hatta hukukçu olmayan sıradan vatandaşlar da bunun neden böyle olduğunu hayret ve merakla bizlerden sormaktadırlar. Yine bir kişinin kolundaki saati zorla almak, şahsın kolunu kesmekten daha ağır bir cezayı gerektirmektedir. Hele hele zor kullananlar "kıyafet değiştirmişse"... Yine içlerinden birisi görünür şekilde silahlı bulunan ikiden fazla kişilerin bir şahsın önüne çıkarak veya yolunu keserek, içinde çok az bir para bulunan cüzdanını veya saat-alyans gibi pek hafif değerdeki eşyalarını almaları halinde verilecek ceza adeta "korkunç"tur. Değer "pek fahiş" ise ceza miktarı da "pek korkunç" olmaktadır. Bu kişilerin Türk Ceza Kanunu'nun 463. maddesindeki şartlar ve unsurlar dahilinde adam öldürmeleri halinde verilecek ceza yukarıdakinin yarısından da az olmaktadır. Üstelik tahrik vs. gibi indirim maddelerinin uygulanma ihtimali de cabası...

Demokratik bir toplumda, kanunların uygulanma yeri olan mahkemelerin kamuoyuna güven duygusu vermesi gerekir. Bu maddelerin uygulanmasından doğan sonuçlar ise, kamuoyunun adalete olan güvenini de zaafa uğratmaktadır. Sürekli rastlanmakla birlikte, gerekçeli kararı yazdığımız gün bir büyük gazetemizde çıkan haberi iddiamıza delil olmak üzere karara ekliyoruz. Görüldüğü gibi, suçlu da olsa kişi "isyan etmekten" kendini alamıyor ve "adam öldürene bile bu kadar ceza verilmiyor" diye haykırıyor. Bu örnekte ayakkabıların değerinin pek hafif olduğu tartışmasızdır. Türk Ceza Kanunu'nun lehe olan hükümleri (eşitlik ilkesi gereği) uygulansa idi böyle bir itiraz ve haber olmayacaktı. Bu sonuç ayrıca, yargı kararlarının eleştirilmesini gündeme getirmektedir.

Bu olumsuz durum Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı'nda ortadan kaldırılmış ve 201. maddede "basit yağma"nın cezası altı yıldan on yıla kadar hapis, 202. maddede "nitelikli yağma"nın cezası on yıldan onbeş yıla kadar hapis olarak belirlenmiştir. 202. maddenin son fıkrasında, nitelikli yağmanın iştirak halinde işlenmesi halinde verilecek cezada beşte bir

oranında artırım öngörölmüştür. Bunun dışında bir artırım veya ağırlaştırıcı unsur bulunmadığı gibi, tam tersine 225. maddede, suç konusunun değerinin pek hafif olması halinde üçte ikiden altıda beşe kadar indirim yapılması istenmiştir. Bizce hakkaniyete uygun olanı da budur. Kanunumuzda cezaların genellikle alt ve üst sınırı bulunmaktadır. Olayın özelliğine ve suç konusuna göre zaten bu iki sınır arasında bir ceza tayin edilecektir.

Hâkim, kanunu uygulamakla mükelleftir. Anayasa'mızın 138. maddesine göre "...Hâkimler Anayasa'ya, kanuna, ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler..." Hâkimi bağlayıcı kurallar Anayasa'mızda bu şekilde hiyerarşik olarak sıralanmıştır. Vicdani kanaate göre verilecek hükmün hukuka ve kanuna uygun olması nasıl gerekli ise; uygulanacak kanunun da Anayasa'ya uygun olması gerekmektedir. Kanun, toplumun ve özellikle uygulayıcının vicdanında "sızlama" yaratıyorsa, Anayasa'ya uygunluğu da en azından "tartışılır" demektir.

3) A- Anayasa'mızın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk Devletinde, hukukun üstünlüğü ve evrensel hukuk kurallarının geçerliliği tartışmasız kabul edilmesi gereken bir gerçektir. Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı, bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde, işlem ve eylemlerinde hukuk kurallarına bağlı olan devlet demektir. İtiraz konusu fıkra ile uygulama yapıldığında, hukuka uygun ve adaletli bir sonuç elde etme imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle, itiraz konusu fıkranın Anayasa'mızın Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu ilkesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

B- Anayasa'mızın 10. maddesinde; herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşmiş kararlarına göre, yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Eşitlik ilkesi; birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını veya uygulanan aynı kurallar sonucu farklı sonuçlar yaratılmasını yasaklar.

Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulama yapılması Anayasa'nın amaçladığı hukuksal eşitlik ilkesine açık aykırılık oluşturmaktadır. Zaten Anayasa eylemli değil, hukuksal eşitliği tanımlamaktadır.

Eşitlik ilkesi ile, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanması veya aynı kurallar uygulanarak farklı sonuçlar elde edilmesi yasaklanmıştır. Oysa iptali talep edilen fıkrada; Türk Ceza Kanunu'nun onuncu babında yazılan ve tümü mala karşı cürümleri düzenleyen bazı fiillere yasal indirim yapılmaması emredilmiştir. Hırsızlıkta, emniyeti suistimalde, dolandırıcılıkta malın değeri pek hafif ve bu durum indirim sebebi oluyorsa; eşitlik ilkesi gereğince tüm mala karşı suçlarda da indirim sebebi olmalıdır.

C- Anayasa'mızın 11. maddesinde; yasaların Anayasa'ya aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Yukarıda açıklanan ve aşağıda yazılan sebeplerden dolayı, iptali istenen fıkranın bir yasa hükmü olarak, Anayasa'nın ruhuna da aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nun 38. maddesinde "...kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez..." hükmü yer almıştır. Suçu işlediği sırada mükerrir olan bir kişinin cezası, Türk Ceza Kanunu'nun 81. ve devam eden maddeleri

Esas Sayısı : 1999/49
Karar Sayısı : 1999/50

uyarınca artırılacaktır. Bu kişi mükerrir olmasının karşılığını bu şekilde gördüğü halde, 522. maddedeki indirimden mahrum edilerek yeniden cezalandırılmaktadır. Suç ve ceza tekniğine aykırı olan bu uygulamanın adil ve makul olmadığı kanaatindeyiz.

4) İptali talep edilen hükmün dava konusu olayda uygulanacağı sırada Anayasa'ya aykırı olduğunun mahkememizce düşünülmesi üzerine bu konuda Cumhuriyet Savcısının görüşüne başvurulmuştur. Cumhuriyet Savcısı mütalâasında; heyetimizin görüşüne iştirak etmediğini, Anayasa'ya aykırı bir durum olmadığını ve Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına gerek bulunmadığını bildirmiştir.

Sonuç: 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 522. maddesinin "son fıkrası"nın;

a) Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk Devleti olduğunu düzenleyen Anayasa'nın 2. maddesine,

b) Kanun önünde eşitliğe dair 10. maddesine,

c) Kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağını belirtir 11/2 maddesine,

d) Suç ve cezalara ilişkin esasları belirleyen 38. maddesine,

e) Anayasamızın ruhunda bulunduğu kabul edilmesi gerekli olan hukukun genel prensipleri ve adalet duygusu ile Anayasa'nın başlangıç hükümlerine aykırı olduğu düşünüldüğünden iptali için Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca keyfiyetin Anayasa Mahkemesi'ne sunulmasına oybirliğiyle karar verildi.""