

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"...

TCK 463. maddesinin Anayasaya aykırılığı iki temel evrensel norma dayanmaktadır.

1- Cezaların Şahsiliği İlkesi

Suçun oluşumundan bahsetmek için hareket (maddi unsur), tipiklik (kanuni unsur), hukuka aykırılık ve kusurluluk (manevi unsur) gibi dört unsurun varlığı gerekmektedir. Bu unsurlardan herhangi birinin oluşmadığı hallerde faili cezalandırmak mümkün değildir. Suçun unsurları, modern ceza hukukunun kabul ettiği evrensel bir norm halini almıştır.

Anayasanın 38/7 madde ve fıkrası açıkça ceza sorumluluğunun şahsî olduğunu belirtmiştir.

Ceza sorumluluğunun şahsi olması; suçu işleyen failin/faillerin cezadan bizzat sorumlu olması, failin/faillerin dışındaki kişilere doğrudan doğruya bu sorumluluğun yüklenmemesi ve cezalandırılmaması demektir. Mevcut yasal düzenlemelere göre bu ilke; kanunda suç olarak belirlenmiş hareketin kusurlu failinin yada kanunlarda istenmeyen durum olarak belirlenmiş hale neden olan kişinin, kusur ile hareketi arasında illiyet bağı olması halinde bizzat cezalandırılması şeklinde kabul edilmektedir.

Cezanın şahsiliği ilkesi, cezada kollektif sorumluluk ilkesinin yerine geçmiştir. Cezalandırmada kollektif sorumluluk ilkesi, kusurluluk ilkesi ile yakından ilgilidir. 13 yy da cezalandırmada kusurun önem kazanmasıyla birlikte şahsilik ilkesi de ön plana çıkmaya başlamıştır. Fransız ihtilali sonrasında şahsilik ilkesi hukukumuzda yansımıştır.

Evrensel bir ceza hukuku normu olan şahsilik ilkesinin korunması için kanun koyucu suçludan başkasına ceza öngören kanun yapmamak yada bu tür düzenlemeleri kanunlardan çıkartmakla görevlidir.

2- Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

Bu ilke Anayasanın 38/4, İHAS 6/2 madde ve fıkrasında dolaylı olarak "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" düzenlemesiyle anlatılmıştır.

3- TCK 463. maddenin irdelenmesi

Maddede yer alan düzenlemeler ilk bakışta adalete uygun gibi görünmektedir. TCK 463. maddesi, adam öldürme ve müessir fiil suçlarında, suçun en az iki kişi tarafından işlenmesi ve failin kim/kimler olduğunun belirlenemediği hallerde ceza indirimi öngörmektedir. Maddede delil yetersizliği veya delil yokluğunun sanıklar aleyhine kabulü, suça katılmamış olsalar, kusurlu olmasalar bile sanıklara cezanın paylaştırılması söz konusudur (1. CD 01.10.1959 2559/2768). Yargıtay TCK 463 maddenin uygulanması için;

Bütün dikkat ve özen gösterildiği, tüm imkanlar kullanıldığı halde asli failin tesbiti mümkün olmamalıdır.

Failler birden fazla olmalıdır.

Fiilin asli unsurundan olan sonuç, irtikapçılar arasında ve fakat ortada kalmalıdır. (CGK 22.05.1989 1-134/193; 09.10.1989 1-239/276; 01.11.1993 4-267/294) şartlarını getirmiştir.

Madde metnine ve Yargıtay uygulamalarına göre, madde suçsuz olan sanıkların cezalandırılmasını öngörmemektedir. Hatta Anayasa Mahkemesi de aynı maddenin iptali için yapılan başvuruda 11.06.1968 tarih ve 48/24 sayılı kararında "...TCK 463 maddenin uygulanabilmesi için, fiilin icra hareketlerine sanıkların hepsinin katıldığına gerçekleşmesi ile bitlikte sonucun, bunlardan hangisinin fiilinden doğduğunun tespit edilememiş olması gerekir. Suç teşkil eden fiilin icra hareketleri, sonucu husule getirmeye elverişli olan hareketlerdir. Örneğin, sanıklarının hepsinin bıçaklarıyla mağdura vurdukları gerçekleşip öldürülendeki bıçak yaralarından ölümü mucip olanın, sanıklardan hangisinin fiiliyle husule geldiği belli olmazsa 463 madde uygulanır. Burada sanıkların hepsi de asli maddi faillerdir.... Maddeye göre verilen ceza lehtedir.... Suç işlemeyen kimseye TCK 463 maddeye göre ceza verilemez...." gerekçesiyle iptal isteminin reddine karar vermiştir.

Burada Yargıtay uygulamalarında ve Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde gözden kaçırılan iki husus vardır.

a) Suç olduğu iddia edilen hareketi/eylemi tüm delilleriyle yargının önüne taşımak görevinin - istisnaları olmakla beraber- devlete ait olduğu

463 madde, devletin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirememesi nedeniyle, delil yetersizliği veya delil yokluğunun sanıklar aleyhine kabulü, suça katılmamış olsalar, kusurlu olmasalar bile sanıklara cezanın paylaştırılması söz konusudur.

Hazırlık soruşturmasında delil toplama işi Cumhuriyet savcısının dolayısıyla devletin görevidir. C savcısı topladığı delillere göre CMUK 163 maddesi gereğince kamu davası açar. Temelde delil toplama işi hazırlık soruşturmasında tamamlanır ve duruşmada toplanan deliller tartışılır.

TCK 463 madde, devletin delil toplama, olayı aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmakta, "ben bu olayı yeterince araştıramadım, yada elimden gelen araştırmaları yaptım ancak faili bulamadım o halde hepinizi cezalandırmam gerekir." Mantığına dayanmaktadır.

b) Eylemi nedeniyle daha az ceza alma imkanı olan sanığa, devlete ait olan aydınlatma ödevinin gereği gibi yerine getirilememesi sonucu daha fazla ceza verilmesi Anayasa Mahkemesi mezkur kararında "... iptali istenilen madde, düzenlediği konuda asli maddi faillerin hepsine suçun tam cezasını vermiş olsaydı, o zaman cezaların şahsiliği ilkesinin zedelendiği söylenebilirdi. Çünkü bu taktirde sonucu, sadece bir kişi meydana getirdiği halde, ötekilerde meydana getirmişçesine sorumlu tutulmuş olacaktı. Halbuki yasa koyucu böyle yapmamış, müstakil faili belli olmadığı için suçun icrasına katılanların sorumlulukları yönünden bir eşitlik getirmekte ve birlikte bunlara hükmolunacak cezada da büyük ölçüde indirmelere yer verilmiştir...."

Yargıtay uygulamaları, Anayasa Mahkemesi gerekçesi, Anayasanın 38/4-8 ve İHAS 6/2 yönünden örnekleme ile (A), (B) ve (C) nin birlikte müessir fiil suçunu işlediklerini, mağdurun çehresinde sabit eser olduğunu farz edelim. Yargıtay uygulamalarına göre çehrede sabit eser oluşturan eylemi hangi sanığın yaptığı “bütün dikkat ve ihtimam gösterildiği, ve tüm imkanlar kullanıldığı halde asli failin tespiti mümkün olamamışsa (A), (B) ve (C) ye TCK 456/2, 463 maddeleri gereğince 1 yıl hapis cezası verilmelidir. Halbuki çehrede sabit eser oluşturan sanık bir kişidir. Şimdi Anayasa Mahkemesinin gerekçesinde belirtilen “...*Maddeye göre verilen ceza lehtedir.... Suç işlemeyen kimseye TCK 463 maddeye göre ceza verilemez...*” görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü ;

Şüpheden sanık yararlanır ve ceza sorumluluğu şahsidir ilkelerine göre (A), (B) yada (C), 456/4 kapsamında yer alan eylemleri nedeniyle daha az ceza alabilecekken (2 ay), devletin aydınlatma ödevinin yerine getirilmemesi nedeniyle sanıklar daha fazla ceza almaktadır. Sanıklar (A), (B) yada (C), işlemedikleri bir suç nedeniyle fazla ceza almıştır. Bunun savunulacak bir yanı ve mantığı yoktur.

Cezanın lehe olması yada olmamasının da aslında önemi yoktur. Çünkü hiç kimseye işlemediği bir suç nedeniyle ceza verilmemesi esastır. Cezanın şahsiliği bunu gerektirir.

IV- SONUÇ

TCK 463 maddesi, Anayasanın 38/7 madde ve fıkrasına aykırıdır ve iptali gerekir.””