

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"5237 Sayılı Yasanın 21/1. maddesinde kast, "suçun kanuni tanımındaki unsurlarını bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir." şeklinde tanımlanmıştır.

Aynı Yasanın 21/2. maddesinde ise "kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiilli işlemesi halinde olası kast vardır. Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasının, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda 20 yıldan 25 yıla kadar hapis cezasına hüküm olunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir." hükmü konularak öncelikle olası kast tanımlaması yapılmış ve sonrasında ise olası kast durumunda cezanın indirime tabi tutulacağı öngörülmüştür.

Türkiye Barolar Birliği tarafından 21-22.05.2004 tarihinde Ankara da düzenlenen Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu adlı paneldeki konuşmaların derlenerek yayınlanmasına ilişkin Türkiye Barolar Birliğince hazırlanarak yayınlanmış, TÜRK CEZA KANUNU REFORMU adlı kitapta yer alan görüşler değerlendirildiğinde, öğretide yasada yer alan kast ve olası kast tanımlamalarının eleştirildiği ve olası kast tanımında belirtilen şeyin olası kast değil bilinçli taksir olduğu açıklanmıştır. Tüm eleştirilerde olası kastın belirlenmesi açısından sadece neticenin öngörülmesinin yeterli olmadığı, bunun bilinçli taksir halinde de var olması gerektiği, olası kast ile bilinçli taksirin birbirinden ayrılabilmesi için başkaca unsurlara da yer verilmesi gerektiği açıklanmıştır. 5237 sayılı Yasayı Adalet Alt Komisyonunda kaleme alan üç teorisyenden biri olan Doç.Dr.Adem Sözüer eleştirilere yanıt olarak, belirtilen eserin birinci kitabının 40. sayfasında ve ikinci paragrafta belirtildiği gibi şu açıklamayı yapmıştır. "*Burada olası kast tanımı ile tasarıdaki bilinçli taksir arasındaki ayrımı yapmak zorlaşmıştır, bir anlamda bilinçli taksirin içi boşaltılmıştır denilebilir. Ancak burada kabullenme görüşü kabul edilirse sorun çözülebilir - bu, tabi uygulamanın ortaya çıkacağı şeydir-. Buna göre eğer bir kişi sonucu öngörüyor ve buna rağmen bu sonucu kabulleniyorsa, bu durumda olası kast, diğer durumlarda bilinçli taksirin varlığı kabul edilerek bu ayrım konulabilir, ama bu, tartışmaya ve eleştiriye açık bir konudur.*"

Bu açıklama, öğretideki eleştiriler ve görüşler gözönüne alınarak tanımlama yapmak gerekirse,

Kast, öngörülen ve suç oluşturan bir fiili gerçekleştirmeye yönelen irade şeklinde tanımlanabilir. (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.06.1985 gün 83-330 sayılı kararı)

Olası kast ise, öngördüğü ve istediği sonucu gerçekleştirmek için işlediği fiillere bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlar açısından, sonucun öngörülmüş olmasına rağmen failin bu sonucun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği açısından umursamazca hareket etmesi, sonucu istemiş olmamasına karşın adeta gerçekleşen bu sonuçlarda kabullenmiş olması durumu olarak tanımlanabilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun gerek yukarıda tarih ve sayıları belirtilen kararında ve gerekse 10.06.1988 gün 56-340 sayılı, 06.01.1996 gün 339-10 sayılı kararlarında bu belirleme yapılarak, gerçekleşen ikincil sonuçlar açısından öngörme dışında failin istememiş olmama durumunun söz konusu olduğu ve bu durumda gerçekleşen

sonuçlardan da gayri muayyen (olası -muhtemel) kast nedeniyle sorumlu tutulması gerektiği açıklanmıştır.

Somut bir örnek vermek gerekirse, herhangi bir kişiyi öldürmeye karar vermiş olan şahıs bu bireyi bir grup içerisinde gördüğünde, şahsı hedef olarak gerçekleştirileceği atışlar sonucu yanında ve yakınındaki bireylerinde zarar göreceğini, yaralama ya da ölüm sonucunun üçüncü kişiler açısından da gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, önlem almaksızın ve bu sonuçların gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini umursamadan, deyim yerinde ise, olursa olsun düşüncesi ile hareket ederek ateşli silahla birden çok kez ateş ederek hedefini öldürmüş veya yaralamış, hedefi dışında kalan üçüncü kişilerin isabet alarak onların ölümlerine ya da yaralanmalarına neden olmuş ise, hedefi açısından doğrudan kast nedeniyle, üçüncü kişiler açısından ise dolaylı ya da olası kast nedeniyle sorumlu tutulacaktır.

Bu örnekte ve yargılamaya konu olayda söz konusu olduğu gibi şahıs hedef aldığı kişinin bulunduğu ortamda yanında ve çevresinde üçüncü kişilerin bulunduğunu görmekte, onların gerçekleştirmiş olduğu fiil nedeniyle zarar görebileceklerini öngörmekte, gerçekleşmesi muhtemel bu sonucu umursamadan, hiçbir önlem almadan ve kabullenerek ateş etmekte ve hedefi dışındaki üçüncü kişileri öldürmekte veya yaralamaktadır. 5237 sayılı Yasanın 21/2. maddesi bu tür umursamazca davranışlarda bulunan kişiye olası kast ile işlemiş olduğu suçlar açısından ceza indirimi öngörmektedir. Öngörülen bu indirimin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2., 10 ve 17. maddeleri hükümlerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Anayasamızın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, 10. maddede kanun önünde eşitlik ilkesi düzenlenmiş ve 17. madde de ise kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlığı altında yaşama ve vücut bütünlüğüne dokunulmama hakları düzenlenmiştir.

26.11.2002 gün, 2001/79 esas 2002/194 karar sayılı Anayasa Mahkemesi kararında "Anayasanın ikinci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Ceza kanunları, Anayasanın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere ceza hukukunun ana ilkeleri ile ülkenin genel durumu, sosyal ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre düzenlenir. Bu nedenle, yasa koyucunun öncelikle, Anayasa'nın ikinci maddesinde nitelikleri, beşinci maddesinde de temel amaç ve görevleri belirtilen hukuk devleti ilkesine ve anılan maddelerde yer alan adalet ilkesine uygunluğunu gözetmesi gerekir.

Yasaların kamu düzenin kurulması ve korunması, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir." açıklamasını yaparak, hukuk devleti ilkesi ile amaçlananın ne olduğunu ayrıntıları ile belirtmiş ve düzenleme yapılırken adalet ve hakkaniyet ölçütlerinin de gözetilmesinin zorunlu olduğundan söz edilmiştir .

Yine Anayasa Mahkemesinin 26.05.1998 gün ve 1997/32 esas, 1998/25 karar sayılı kararında Anayasada düzenlenen, yasa önünde eşitlik kuralının, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmediği, kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmalarının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı açıklaması yapıldıktan sonra, "Aynı hukuki durumda bulunanlardan kimileri için farklı kurallar uygulanmasının haklı gösterecek nedenler anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olması ölçütleri ile hukuksal biçim ve içerik kazanmaktadır. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan, doğrulayan ve güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa eşitlik ilkesine aykırılık vardır. Çünkü, eşitliği bozduğu ileri sürülen kural haklı bir nedene dayanmamaktadır." açıklaması yapılmış ve Anayasa'nın onuncu maddesinde belirtilen yasa önünde eşitlik ilkesinde neyin anlaşılması gerektiği belirlenmiştir.

Yukarıda Anayasa Mahkemesi kararlarına gönderme yapılarak belirtilen ikinci maddedeki hukuk devleti ilkesi ve onuncu maddesindeki eşitlik ilkesi açısından değerlendirme yapıldığında, asıl hedef aldığı kişiye yönelik gerçekleştirdiği eylemler nedeniyle yanında ve çevresinde bulunan birden çok kişinin de zarar görebileceğini ön görmesine rağmen umursamazca ve insan yaşamını ve vücut bütünlüğünü hiçe sayarak birden çok kez ateşli silahla ateş ederek üçüncü kişilerin ölümüne yada yaralanmalarına neden olan şahıslar açısından yapılacak ceza indiriminin Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtilen kavramlarla ifade etmek gerekirse, ceza hukukunun ana ilkeleri, ülkenin genel durumu, sosyal hayatın gereksinmelerine göre saptanacak ceza politikası gereği olduğunu, adalet ilkesini gözettiğini, adil kurallar olduğunu ve hakkaniyet ölçütünü gözeterek konulmuş bir kural olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi, doğrudan kast ile olası kast arasında yaratılan eşitsizliğin anlaşılabilir, amaçla ilgili makul ve adil olduğunu kabul etmekte mümkün değildir. Bu nedenlerle 5237 sayılı Yasanın 21/2. maddesinde öngörülen indirim hükmü, somut olayda uygulanması olası norm niteliğini taşıyan 5237 sayılı Yasanın 81/1, 86/1, 86/3-e ve 87/1-d maddeleri ile bağlantılı olarak değerlendirme yapıldığında, Anayasa'nın iki ve onuncu maddelerine aykırıdır.

Ayrıca, gerek öğretide ve gerekse 5237 sayılı Yasanın gerekçesinde olası kast kavramı açıklanırken gösterilen tüm örnekler öldürme ve yaralama suçları ile ilgilidir. Genel hükümler arasında yer almış olmasına rağmen denilebilir ki, olası kast kavramının ve bu kavrama bağlı olarak düzenlenen indirim hükmünün öldürme ve yaralama suçları dışında uygulanması da mümkün değildir. Yaşama hakkı Anayasanın onyedinci maddesinde mutlak ve istisna kabul etmez haklar arasında düzenlenmiş olduğu gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ikinci maddesinde de mutlak haklar arasında düzenlenmiş, gerek Anayasada ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yaşama hakkı ile ilgili düzenleme yapılırken, bu hakkın istisnaları aynı madde de düzenlenerek genel sınırlama hükümlerinin bu hak açısından uygulanamayacağı da kabul edilmiştir. Anayasanın onyedinci maddesinde yaşama hakkı yanında vücut dokunulmazlığı hakkının da mutlak olarak korunduğu gözönüne alındığında ve yukarıda olası kast ve olası kasta bağlı ceza indirim hükmünün sadece öldürme ve yaralama suçları açısından uygulanabilecek bir hüküm olduğu da açıklanmış olduğuna göre, 5237 sayılı Yasanın 21/2. maddesinin yukarıda da belirtildiği gibi 88/1, 86/1, 86/3-e 87/1. maddeleri açısından mutlak olarak korunması gereken yaşam ve vücut dokunulmazlığı hakkını düzenleyen Anayasa'nın onyedinci maddesine de aykırı olduğu da açıktır.

Tüm bu nedenlerle, 5237 sayılı Yasanın 21/2. maddesinin Anayasa'nın 2., 10. ve 17. maddelerine aykırı olduğu kanısında olduğumuzdan Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 152/1. maddesine göre Anayasa Mahkemesine başvurulması ve dava sonucunun 5 ay süre ile beklenmesi gerektiği görüşündeyiz." "