

"...

## **II- İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Sanık Ayşe Kaçar hakkında Osmaniye Cumhuriyet Başsavcılığının 04.04.2005 tarihli iddianamesi ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunun 452/1 maddesi gereğince kastın aşılması sureti ile adam öldürmek suçundan cezalandırılması talebi ile açılan kamu davasının yargılaması sırasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 23. maddesinin iptali istemi ile Anayasa Mahkemesine yapılan mahkememizin 05.01.2006 tarihli başvurusuna itiraz konusu kuralın Anayasanın hangi maddelerine hangi nedenlerle aykırı olduğunun belirtilmediği gerekçesi ile geri çevrilmesine karar verilmiştir. Bu karar üzerine evrak mahkememizce yeniden incelenmiş ve değerlendirilmiştir.

Sanık Ayşe Kaçar hakkında mahkememizdeki yargılamanın devam ettiği aşamada 01.06.2005 tarihinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmiş, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ise 01.06.2005 tarihinde yürürlükten kalkmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte lehe ve aleyhe kanun karşılaştırılmasının yapılması gerekmiş, bu nedenle sanık lehine olan ve uygulanma ihtimali bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 87/4 maddesi gereğince ek savunma hakkı tanınmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun sanık hakkında uygulanma ihtimali bulunan 87/4 maddesinde kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmiş ise neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış yaralama nedeni ile ceza verileceği öngörülmüştür. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23. maddesinde ise, neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış suç başlığı ile yapılan düzenlemede "bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir" şeklinde bir düzenlemeye gidilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 87/4 maddesindeki düzenleme ile 23. maddesindeki düzenleme birbiri ile çelişmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4 maddesinde kasıtlı bir suçtan bahsedilmiş, yaralama kastı ile hareket eden failin istemediği bir ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde ceza sorumluluğu belirlenmiştir. Bu maddedeki düzenleme sanığın kastından farklı bir neticenin meydana gelmesine ilişkin bir düzenlemedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23. maddesinde aynı konuda bir düzenlemeye gidilmiş, failin sorumlu tutulabilmesi için en azından netice bakımından taksirle hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 21/1 maddesinde "kast suçu kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesidir" şeklinde tanımlanmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 22/2 maddesinde ise "taksir dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlamalar ışığında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4 maddesine ve 23. maddesine baktığımızda iki maddenin birbiri ile açıkça çeliştiği görülecektir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4 maddesinde kasıtlı işlenen bir suçun özel düzenlemesi mevcuttur. Kastın ve taksirin yapılan tanımına ve birbirinden farklı müesseseler olmasına göre aynı olayda bir araya gelmeleri, olayda hem kastın hem de taksirin bulunması mümkün değildir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4 maddesinden bir şahsı cezalandırılabilmesi için mutlaka yaralama kastının bulunması ancak ölüm neticesinin istenmemiş olması gerekir. Ölüm neticesinin istenmediği bir durumda taksirin varlığı nasıl belirlenecektir. En azından taksirle

hareket etmesi gerekir cümlesinin neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış suçlarda uygulama kabiliyeti bulunmamakla birlikte bu maddedeki düzenleme karışıklığa sebebiyet verecek bir düzenlemedir ve bir çelişkidir. Kastı sadece yaralamak olan bir şahsın eylemi sonucunda ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde taksirle hareket nasıl olacaktır. Taksir dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık olarak tanımlandığına göre sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği ne şekilde ispatlanacaktır. Olayımızda olduğu gibi olay yerinde bulunanların yaralı şahsı hemen hastaneye götürmeleri halinde ne şekilde sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek netice açısından taksirle hareket ettiği söylenebilecektir.

Neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış suçlarda kastın özel bir hali söz konusudur. Neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış suçlarda fiilin hiçbir aşamasında taksirin varlığından bahsetmek mümkün değildir. Zira taksirin varlığı kabul edilecekse sanık farklı bir maddede düzenlenmiş olan taksir ile ölüme sebebiyet vermek suçundan cezalandırılacaktır. Sanığın müdahale edemeyeceği durumlarda ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde sanığa ne şekilde dikkat ve özen yükümlülüğü yüklenecektir. Taksirle hareket etmek fiilen mümkün olmadığına göre neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış öldürme fiilinde sanıkları öldürme suçundan ne şekilde sorumlu tutabileceğiz.

Kanun koyucu 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 452/2 maddesinde yer verdiği objektif sorumluluk ilkesinden uzaklaşmak amacı ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23. maddesinde bu düzenlemeyi getirmiş, ancak bu elde edilmek istenen amaca uygun bir düzenleme olmamıştır. Failin hareketi sonucunda meydana gelen netice öngörülemiyor ise neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış ölümden fail sorumlu tutulmak istenmemiş, ancak 23. maddede ki bu hüküm ile sonuç alınamayacak bir düzenlemeye gidilmiştir

Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti; insan haklarına dayanan, hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun, olan her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, kişilere hukuk güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı tutum ve durumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan bir devlettir.

Yukarıda açıklandığı üzere anılan kanun hükümleri arasında ki çelişkiler ve birinin ötekini uygulanabilir olmaktan çıkartması ve bu şekilde adalet duygusu ile bağdaşmayan sonuçlar doğurabilmesi adil bir hukuk düzeni kurmak ve kişilere hukuk güvenliği sağlamakla yükümlü bir hukuk devletinde kabul edilemez.

Açıklanan nedenlerle mahkememizin bakmakta olduğu 2005/104 esas sayılı dosyasında uygulanması ihtimali bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23. maddesinin aynı Kanunun 87/4 maddesine aykırılık teşkil etmesi ve çelişmesi itibari ile Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine yer veren 2. maddesine aykırı olduğu kanaati ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23. maddesinin İPTALİNE karar verilmesi itirazın arz olunur.""