

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Mahkememizin yukarıda esas numarası yazılı dava dosyasına konu iddianame ile, sanığın olay tarihinde, müştekiye ait olup, suç ürünü olan eşyayı, bu vasfını bilerek satın aldığı iddiasıyla ve 5237 sayılı TCK'nın 165 (1) madde ve fıkrası gereğince cezalandırılması talebiyle mahkememizde kamu davası açılmıştır.

Belirtilen kamu davasında uygulanması gereken 5237 sayılı TCK'nın 165. maddesinin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı bulunduğu görüşüne varılmıştır. Anayasaya aykırılığın gerekçeleri aşağıda belirtilmiştir:

Sanık hakkında uygulanması istenen 5237 sayılı TCK'nın 165 (1) madde ve fıkrasında aynen "Bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı satın alan veya kabul eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır." Hükmü yer almaktadır.

Madde gerekçesinde ise "Suç işlemek, hukuk toplumunda kişiler için bir kazanç kaynağı olamaz. Bu nedenle, suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen menfaatlerin piyasada tedavüle konulmasının ve suç işlemenin bir menfaat temini açısından cazip bir yol olarak görülmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Bu mülahazalarladır ki, bir suçun işlenmesi suretiyle veya bir suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilmiş olan bir şeyin satın alınması ve kabul edilmesi suç olarak tanımlanmıştır.

Suçun konusunu, ancak ekonomik değeri olan şeyler oluşturabilir. Bu ekonomik değerlerin, daha önce işlenmiş bir suçtan elde edilmiş olması gerekir. Bu suçun, mutlaka malvarlığına karşı bir suç olması gerekmez. Bu suçtan dolayı daha önce bir mahkûmiyet kararı verilmiş olması gerekmez. Daha önce işlenmiş olan suçtan dolayı failinin kusurlu sayılması veya cezalandırılması gerekmez. Söz konusu suçun cezalandırılabilir olması da gerekli değildir. Bu suç zamanaşımına uğramış da olabilir. Önce işlenmiş olan suç, soruşturması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç olabilir. Hatta, bu suçtan dolayı şikâyet yoluna başvurulmamış veya şikâyetten vazgeçilmiş olabilir. Bu suç yabancı bir ülkede dahi işlenmiş olabilir. Bir suçtan doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen her türlü ekonomik değer, yani malvarlığı değerleri, bu suçun konusunu oluşturabilir.

Bu suç, seçimlik hareketli bir suçtur. Buna göre; daha önce işlenmiş olan suçtan elde edilen eşyanın kabul edilmesi veya satın alınması, söz konusu suçu oluşturmaktadır. Kabul olgusunun satın alma dışında başka bir hukukî işlemle, örneğin bağış yoluyla gerçekleşmesi gerekmektedir. Zira, suçtan elde edilen eşyanın satın alınması diğer bir seçimlik hareketi oluşturmaktadır. Bu kabul olgusu, örneğin suçtan elde edilen taşınır veya taşınmaz eşyanın kiraya kabul edilmesi veya suçtan hasıl olan paranın ödünç olarak kabul edilmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Diğer seçimlik hareket, suçtan elde edilen eşyanın satın alınmasıdır. Bu nedenle, söz konusu suç, bir çok failli suç türü olan karşılaşma suçudur. Bir tarafta, suçtan hasıl olan eşyayı bağışlayan, kiraya veren veya ödünç olarak veren ya da satan kişi; diğer tarafta ise, bağış, kiralanan veya ödünç olarak kabul eden ya da satın alan kişi bulunmaktadır.

Eşyayı satan kişi bunun elde edildiği suçu işleyen kişi ise, ayrıca ödünç olarak verme bağışlama ya da satma fiili dolayısıyla cezalandırılmayacaktır. Çok failli suçlarda işlenen suç

dolayısıyla faillerden birinin cezalandırılabilip cezalandırılmaması, diğer fail(ler)in cezalandırılması üzerinde bir etki doğurmaz. Kişinin asıl suçun işlenişine iştirak etmiş olması, bu suç açısından sadece bir şahsî cezasızlık sebebi oluşturmaktadır. Bu suç, doğrudan kastla işlenebileceği gibi, olası kastla da işlenebilir. Bu nedenle, madde metninde "bilerek" ifadesi kullanılmamıştır. " açıklamalarına yer verilmiştir.

765 Sayılı Yasa'nın 512. maddesinin büyük ölçüde karşılığı olan bu suçun düzenleniş nedeni, suçtan elde edilen eşyanın serbestçe tedavül görerek, suç işleyenleri cezbetmesi ve suç işleme kararını takviye etmesinin önüne geçmek olarak belirtilmiştir.

Suçun oluşumu için suçtan elde edilen eşyanın a-Kabul edilmesi, b- Satın alınması gerekmektedir. Satın alma haricinde, bağış ya da başka bir amaçla kabul edilmesi de suçun oluşumu için yeterli bulunmaktadır. Birden fazla şekilde oluşabilmesi nedeniyle seçimlik hareketli bir suçtur. Diğer yandan suça konu eşyanın ekonomik bir değerinin de bulunması gerekmektedir.

Yeni Yasanın 165. maddesinde yer alan bu suçun, karşılığı olan, 765 sayılı Yasanın 512. maddesinde yer alan düzenleme ile karşılaştırılmasında, eski Yasamızın düzenlemesinde, seçimlik hareketlerin sayısının daha fazla olduğu dikkati çekmektedir. Buna göre, satın alma ya da kabul etme yanında saklamak ve satmak hususunda tavassutta bulunmak ta suçun oluşumu için yeterli görülmüştür. Diğer yandan yeni yasamızda yer alan, suçun oluşumu için gereken, suç mahsulü olduğunu bilmek şartının yeni yasada yer almadığını görmekteyiz. Bununla birlikte, suçun temel unsurlarından, suç kastının varlığının suçun oluşumu yönünden şart olması ve sanığın, satın aldığı veya kabul ettiği eşyanın suç mahsulü olduğunu bilmemesi halinde, suçun kasıt unsurunun oluşmayacağı dikkate alındığında, bilerek ibaresinin yasada yer almaması sonuca etkili bulunmamaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar, Yasanın 165. maddesinde yer alan suça ilişkin bulunmaktadır. Bu hususların yanında, hırsızlık suçu ile karşılaştırıldığında, belirtilen maddedeki düzenlemenin hukuka uygun olmadığı görülmektedir. Şöyle ki:

Hırsızlık suçunun, 5237 Sayılı TCK'nın 141, 142, 144. maddelerinde düzenlendiği ve oluş şekillerine göre farklı cezai müeyyide öngördüğü anlaşılmaktadır. Belirtilen bu husus dışında, hırsızlık suçunun konusunun değerinin hafif olması halinde, hakim, cezada indirim yapabileceği gibi, önceki yasamızda hiç yer almayan bir düzenlemeye yer verilerek, hiç ceza vermeyebileceği hususu hüküm altına alınmıştır. Diğer yandan hırsızlık suçuna konu eşyanın iade edilmesi halinde cezada önemli oranda indirimlere yer verildiği anlaşılmaktadır.

Hafif değer nedeniyle indirim veya cezasızlık ve etkin pişmanlık nedeniyle ceza indiriminin yer aldığı 5237 Sayılı Yasanın 145 ve 168. maddelerinin incelenmesinde, belirtilen indirim ve cezasızlık hallerinin aynı Yasanın 165. maddesinde yer alan suç mahsulünün satın alınması suçunda öngörülmediği görülmektedir. Bu durum, asıl suça göre daha az vahim bulunan bu suçun cezasının bir çok halde, asıl suçun cezasından daha yüksek olacağı anlaşılmaktadır. Bunu bir örnekle açıklamakta yarar bulunmaktadır. Sanık A'nın, mağdurun açık olan ve herkesin girebileceği dükkana girerek 10 YTL değerinde çay ve şeker çaldığını ve bunu da sanık B' ye sattığını, B'nin de satın aldığı malın hırsızlık ürünü olduğunu bildiğini varsayalım.

Sanık A'nın eylemi 141. maddede yer alan ve cezai müeyyidesi 1 yıldan 3 yıla kadar hapsi gerektiren, sanık B'nin eylemi ise 165. maddede yer alan ve 6 aydan üç yıla kadar hapsi

gerektiren suç oluşturacaktır. Her iki sanığın da bu eşyayı rızasıyla ve kamu davası açılmadan iade ettiklerini kabul edelim. Buna göre sanık A'nın cezası pek hafif değer nedeniyle örneğin 2/3 oranında indirilerek 4 ay-1 yıl, etkin pişmanlık hükümleri nedeniyle yine 2/3 oranında indirilerek 1 ay 10 gün-4 ay hapse indirilecektir. Tüm bunların ötesinde, hakim suçun değerinin azlığını, fiilden sonraki davranışlarını, sabıkasızlığını gözeterek hırsızlık suçunun sanığına hiç ceza vermeyebilecektir.

Sanık B'nin ise karşı karşıya kalacağı yaptırım, aynı doğrultuda davranarak, suç konusunu iade etmesine rağmen, durumu sanık A kadar hafif olmayacaktır. Zira sanık B, 6 ay-3 yıl hapis cezası alacak, cezası en fazla 62. madde gereğince 1/5 oranında indirilecek, 4 ay 24 gün-2 yıl 4 ay 24 gün hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Her iki suç ta alt ve üst sınırlarıyla birlikte hesaplanmıştır.

Sonuca bakıldığında, hırsızlık suçunun faili hiç ceza almayabilecek veya cezası alt sınırdan tayin edildiğinde 1 ay 10 gün hapis cezasına düşebilecek iken, asıl suçtan daha az kamu düzenini bozan ve daha az vahim bulunan, 165. maddede yer alan suçun sanığının daha ağır şekilde cezalandırıldığı açıkça görülmektedir.

Yukarıda belirtilen saptama nedeniyle, 5237 sayılı Yasanın 145 ve 168. maddesinde yer alan düzenlemelerin 165. maddede yer alan suçu da kapsaması, kanun koyucu açısından doğru olan hareket şekli olurdu. Dava dosyamızda 145 ve 168. maddelerin uygulanması söz konusu olmadığından, bu maddelerin iptali yönünde başvuruda bulunulması mümkün olmamıştır. Yasakoyucunun tercihi nedeniyle, belirtilen indirim maddelerinin 165. maddede yer alan suçta uygulanmaması mümkün bulunmamaktadır.

Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir. Hukuk Devleti ilkesi, Devletin tüm organlarının üstünde hukukun mutlak egemenliğinin bulunmasını, yasakoyucunun da her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı saymasını gerektirir. İptal talebine konu kural, yukarıda açıklandığı üzere daha ağır suçlara pek çok kez daha hafif ceza öngörmesi nedeniyle Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Mahkememizin 2005/1363 esas sayılı dava dosyası nedeniyle aynı yasa maddesi ile ilgili iptal başvurusunda bulunulmuş ise de, sonradan yapılan incelemede, iptal talebine konu yasa maddesinin yanında, 765 sayılı TCK'nın aynı suça ilişkin 512. maddesinin de uygulanmasının talep edildiği suç tarihinin 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden önceki döneme denk geldiği, bu nedenle sanık hakkında aleyhe bulunan 5237 sayılı TCK'nın uygulanma ihtimali bulunmadığı yönünde yorum yapılarak, başvurunun usulden reddedilmesi ihtimaline dayalı olarak ikinci başvurunun yapılması gerekli görülmüş, her iki başvurunun birleştirilerek görülmesinin yararlı olacağı düşünülmüştür.

Yukarıda belirtilen sebeplerle, cürüm eşyasını bilerek satın almak suçunun cezai müeyyidesinin asıl suça nazaran çoğu kez açıkça orantısızlık oluşturacak şekilde düzenlenmesi Anayasanın 2. maddesine aykırı bulunduğundan, Anayasanın 152. maddesi gereğince iptal edilmesi talep olunur. 04.01.2006""