

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'Hırsızlık, mala zarar verme, konut dokunulmazlığını ihlal suçundan sanık B.A. hakkında mahkememizde yürütülen kamu davasının yargılaması sırasında mahkememizin 27.12.2007 tarihli celse ara kararı uyarınca sanık hakkında uygulanması istenilen 5237 sayılı TCK'nun 116/2-4 maddelerine dayanak teşkil eden TCK'nun 142/4 maddesinin Anayasaya aykırılığı sebebiyle iptali amacıyla dosyanın Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine karar verilmiş olmakla;

HUKUKSAL OLAY:

Sanık hakkında Van Cumhuriyet Başsavcılığının 11.09.2007 tarih 2007/1821 Esas, 2007/857 nolu iddianamesi ile hırsızlık, mala zarar verme, konut dokunulmazlığını ihlal suçlarına ilişkin olarak TCK'nun 116/2-4, 151/1, 141/1-b, 143, 31/3, 63 maddeleri uyarınca gece sayılan zaman dilimi içerisinde müştekinin işyerinden hırsızlık suçundan dolayı cezalandırılması amacıyla kamu davası açılmıştır.

ANAYASA AYKIRILIĞI İDDİA EDİLEN YASA MADDESİ:

Sanık hakkında uygulanması talep edilen 5237 sayılı TCK'nun 116/2-4 maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçunun, hırsızlık suçu ile birlikte işlenmesi haline ilişkin bahsi geçen yasa maddesinin uygulanmasına esas teşkil eden 5237 sayılı TCK'nun 142/4 maddesinde tariflenen 'hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla, konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması için şikayet aranmaz' norm düzenlemesinin, 'konut dokunulmazlığının ihlali' cümlesinin Anayasaya aykırılığı iddiasıdır.

İLGİLİ ANAYASA MADDESİ:

Anayasanın suç ve cezalara ilişkin esaslar başlıklı Madde 38/1 'kimse işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha çok ağır bir ceza verilemez.' norm düzenlemesi.

ANAYASAYA AYKIRI YASA MADDESİNİN YASALAŞMA SÜRECİ:

5237 sayılı TCK'nun yürürlük tarihi olan 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren şekliyle TCK'nun 142/1-b maddesi uyarınca nitelikli hırsızlık suçu başlığı altında 'herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlemek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında' hırsızlık suçunun işlenmesi hali düzenlenmiş olup, görüldüğü üzere mevcut yasa maddesinin yürürlüğe girdiği hal ve şekliyle ek bir düzenleme yer almamaktadır.

Yasada yukarıda belirtilen şekilde yürürlük aşamasından sonra konut sayılan yer içerisinde hırsızlık suçunun işlenmesi halinde, Yüksek Yargıtay'ın gelişen uygulaması kapsamında hırsızlık suçunun yanı sıra, konut dokunulmazlığının ihlal ve ayrıca mala da zarar

verilmiş olması halinde bu suçlardan dolayı da ceza mahkumiyetinin uygulanması gerektiği yönünde istikrarlı uygulama gelişmiştir.

Yukarıda belirtilen Yüksek Yargıtay'ın içtihatları uyarınca yasal bir gereksinim olarak 06.12.2006 tarih, 5560 sayılı Yasanın 6. maddesi ile TCK'nun 142. maddesine ek bir düzenleme yoluna gidilmiş, bu itibarla TCK'nun 142/4 maddesi 'hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali halinde bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikayet aranmaz' norm düzenlemesi ihdas edilmiş, bu yasal düzenleme dikkate alındığında bina ve eklentileri halinde hırsızlık suçunun işlenmesi halinde konut dokunulmazlığının ihlal suçundan dolayı da ayrıca ceza uygulanmasının gerektiği dayanak yasa düzenlemesi şeklinde ifade edilmiştir.

ANAYASAYA AYKIRILIK SEBEPLERİ:

Yukarıda tanımlanan norm düzenlemeleri dikkate alındığında hırsızlık suçunun yanı sıra uygulanması belirtilen konut dokunulmazlığını ihlal suçuna ilişkin TCK'nun 142/4 maddesindeki düzenleme Anayasaya aykırılık oluşturmaktadır.

TCK'nun 141. maddesinde hırsızlık suçunun genel düzenlemesi söz konusu olup, 142. madde de ise nitelikli haller başlığı altında genel hale nazaran ağırlaştırıcı durumlar dikkate alınarak nitelikli hal sayılan yasal düzenleme yapılmış bulunmaktadır. Bu kapsamda yukarıda içeriği belirtilen TCK'nun 142/1-b maddesindeki düzenleme bina veya eklentileri içerisinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkındaki hırsızlığı düzenlemiş olmakla nitelikli hırsızlık suçuna ilişkin yasa kuralı ihdas edilmiştir.

Bu itibarla 5237 sayılı TCK'nun 42/1 maddesinin içeriği önem arz etmektedir. Buna göre 'biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanamaz' düzenlemesi dikkate alındığında TCK'nun 142/1-b maddesindeki düzenlemenin 'bileşik suç' düzenlemesi olduğu, ağırlaştırıcı neden olarak maddede düzenlemeye gidildiği, bu itibarla gerçek içtima kurallarının yani her suç için ayrıca ceza tatbikinin uygulanamayacağı, konut dokunulmazlığını ihlal suçunun, hırsızlık suçu içerisinde unsur ve ağırlaştırıcı neden olması nedeniyle eridiği sonucu anlaşılmaktadır.

TCK'nun 142/1-b maddesindeki düzenlemede 5237 sayılı TCK'nun hazırlanış aşamasında da bulunan Sayın İzzet Özgenç'in konuya ilişkin TCK Gazi Şerhi Üçüncü bası sayfa 855 deki açıklaması:

'Aynı şekilde 765 sayılı TCK'nun da hırsızlık suçunun 'ağırlaştırıcı sebebi' olarak kabul edilen 'bina içinden hırsızlıkla' (m. 491, 3 bent 4;m. 492, f.1 bent 1) ilgili olarak yapmış bulunduğumuz öneri komisyonda önce kabul edilmekle beraber, bilahare madde metninde (yeni TCK, m. 142, f.1, bent b) yapılan değişiklikle yine eski sisteme dönmüştür. Buna göre 'Hırsızlık suçunu ... herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında, 'işlenmesi halinde ... hapis cezasına hükmolunur' bu düzenleme karşısında hırsızlık suçunun bina veya eklentileri içerisinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında ' işlenmesi halinde' fail sadece hırsızlık suçunun bu nitelikli halinden dolayı cezalandırılacaktır, ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçundan dolayı cezaya hükmolunmayacaktır şeklinde belirtilmiştir.'

DOKTRİNDEN İKİ GÖRÜŞ:

'Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali: TCK md.142-4', (Prof.Dr.Metin Feyzioğlu, Dr.Devrim Güngör):

'Hırsızlık suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği Türk Ceza Kanunu (TCK)nun 142/1-b maddesinde bu suçun 'herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında' işlenmiş olması ağırlaştırıcı neden sayılmıştır. Hırsızlığın bina veya eklentileri içinde gerçekleştirilmesini nitelikli hırsızlık sayan bu hükümle birlikte ortaya bir bileşik suç çıkmaktadır.

Kanunun (TCK) 42. maddesinde bileşik suç, 'Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan' suç olarak tanımlanmaktadır. Bileşik suçtan söz edebilmek için, iki suçun birleşerek yeni bir suç meydana getirmesi ya da suçlardan birinin diğerinin ağırlaştırıcı nedeni olması gereklidir. TCK'nin 116. maddesinde konut dokunulmazlığının ihlali suçu ayrı bir suç olarak düzenlendiğinden, aynı fiili hırsızlık suçunun ağırlaştırıcı nedeni sayan Kanunun 142/1-b maddesi ikinci duruma uygun bir mürekkep suça vücut vermektedir. Kanundaki tanımdan anlaşıldığı üzere bileşik suç, kendini oluşturan suçlara bölünememekte ve bileşik suçu oluşturan suçlar bağımsız kimliklerini kaybederek tek bir suç oluşturmaktadır.

Bileşik suç halinde, ilk bakışta aynı olaya Kanunun birden fazla hükmünün uygulanabilir görünmesine rağmen esasen bunlardan sadece biri uygulama alanı bulur. Örneğin somut olayda girilen ve içinde hırsızlık yapılan bina, konut veya açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutlak olan yerler dışındaki işyeri ya da bunların eklentisi ise, hem 116. maddenin hem de Kanunun 142/1-b maddesinin ihlal edildiği düşünülebilir. Zira konutun ya da işyerinin ya da bunların eklentisinin bina tanımı içinde yer aldığı kuşkusuzdur. Ancak bu durumda özel hükmün önceliği ilkesi gereği yalnızca 142/ 1-b maddesi ihlal edilmiştir ve bu hükmün uygulanması gerekir.

TCK'nin 142. maddesine 5560 sayılı Kanunla, 'Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali ... halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikayet aranmaz' şeklinde bir fıkra eklenmiştir.

19 Aralık 2006 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun'un teklifinde, TCK 142. maddeye ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Teklif TBMM Adalet Komisyonu'nda iken, söz konusu maddeye, inceleme konumuz olan 4. fıkra eklenmiştir. Adalet Komisyonu'nun bu fıkra için yazdığı gerekçe aynen şöyledir:

'Kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza 'kuralı' gereğince, hırsızlık suçunu işlemek için başkasının konutuna girilmesi veya mal varlığına zarar verilmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmetmek gerekir. Ancak, her iki suçun temel şekli, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suç olduğu için; örneğin konut dokunulmazlığını işlemek suretiyle hırsızlık suçunun işlenmesi halinde, konut dokunulmazlığının temel şekli uzlaşma kapsamına girmekte ve fakat, hırsızlık suçu uzlaşma kapsamı dışında kalmakta ve bu durumlarda, uygulamada, hırsızlık suçundan dolayı soruşturmanın bekletilmesi veya ayrı yürütülmesi gibi sorunlarla karşılaşmaktadır. Belirtilen sakıncanın ortadan kaldırılması amacıyla 5237 sayılı Kanunun 142 nci maddesine fıkra eklenmesini öngören önerge kabul edilmiş ve Teklife, 6 ncı madde olarak eklenmiş ve diğer madde numaraları buna göre teselsül ettirilmiştir.'

'Gerekenin konumuzla sınırlı esastan incelenmesinde, Adalet Komisyonu'nun maalesef TCK md. 142/1-b hükmünü ve bu hükümle ilgili ceza hukuku doktrinde yazılmış değerlendirmeleri görmediği anlaşılmaktadır. Doktrinde tam bir ittifakla bileşik suç örneği olarak gösterilen sözü geçen hüküm konut dokunulmazlığının ihlalini zaten cezalandırmaktadır. Demek ki, 4. fıkra maddeye eklenene kadar, konut niteliğindeki bir binanın içinde işlenen hırsızlık suçunda, ayrıca konut dokunulmazlığını ihlalden dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılmayacaktır. Çünkü konut niteliğindeki bir bina içinde hırsızlık yapan fail, hırsızlık suçunun basit şeklinden değil, nitelikli şeklinden ceza aldığından, konut dokunulmazlığının ihlal edilmesi cezasız kalmamaktadır. Bu nedenlerle Yargıtay'ın, 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra, hırsızlık amacıyla konuta girilmesi halinde ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı da failin cezalandırılması gerektiğine hükmeden kararlarına katılmak mümkün değildir. Zira bina içinde muhafaza altına alınmış eşya üzerinde yapılan hırsızlığın cezayı ağırlaştırmasının nedeni, binaya girilmek suretiyle kişi hürriyetinin korunması şeklindeki farklı bir hukuki konunun da ihlal edilmiş olmasıdır. Kanun birden fazla hukuki konuyu ihlal eden bir suçun daha ağır biçimde cezalandırılmasını sağlamayı amaçlamaktadır. TCK'nın 142-4. maddesi bu haliyle, bir fiilden dolayı faile iki ceza verilmesine yol açacaktır. Hâlbuki özel normun önceliği, faile bir fiilden dolayı iki ayrı hükmün dolayısıyla iki ayrı cezanın uygulanmasını önleyen temel bir hukuk ilkesidir. Bu itibarla Kanunda bileşik suçu tanımlayan bir hüküm bulunmasa idi bile, hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali halinde anılan ilke gereği fail hakkında sadece TCK md. 142/1-b'nin uygulanması gerekirdi.

Sonuç olarak, TCK md. 142/4, hukuk devletinin bir gereği olan cezaların işlenen suçla orantılı olması ilkesine uygun düşmemekte ve bu yönüyle Anayasaya aykırı bir nitelik taşımaktadır.'

"Yeni TCK'da mal varlığına karşı suçlar (ETCK madde 491 ve devamı, yeni TCK 141/1 ve devamı...) suç içtima açısından özellik göstermez, bununla birlikte şayet bu suç 'bina içinde işlenmiş olursa bu durum hırsızlık suçunun nitelikli hali sayıldığı için (YTCK madde 142/1-b) birleşik suç kuralları gereğince (ETCK 78, YTCK madde 42) ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan (ETCK madde 193, YTCK madde 116) faile ceza verilmez'(Doç.Dr.Mustafa Ruhan Erdem).

UYGULAMADAN GÖRÜŞ;

Ali Parlar - Muzaffer Hatipoğlu TCK Yorumu 2.cilt, sayfa 1053 içtima:

'Hırsızlık suçunun bileşik suç olarak gerçekleştirilmesi mümkündür. Örneğin hırsızlık 'bina içinde' gerçekleştirilmiş olursa, bu durum yeni TCK'nun 142/1-b maddesinde hırsızlık suçunun nitelikli hali sayıldığı için bileşik suç (42. madde) kuralları gereğince ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçundan dolayı faile ceza verilemeyecektir'.

YÜKSEK YARGITAY'IN UYGULAMASINDA FARKLI YORUM:

Yüksek Yargıtay'ın yukarıda belirtilen TCK'nun 142/1-b maddesindeki suça ilişkin bu suç ile birlikte konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı da ayrıca cezaya hükmedileceği yönündeki istikrar kazanan uygulamasının, yağma suçundaki uygulamadan farklılık arz ettiği görülmektedir. Nitekim, Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 21.06.2006 tarih, 2005/13785 Esas;

2006/6447 Karar nolu içtihadı dikkate alındığında '*konut dokunulmazlığını bozma suçundan kurulan hükmün incelenmesinde ise 5237 sayılı TCK'nun da yağma suçunun konutta işlenmesi aynı Yasanın 149. maddesinin 1. fıkrasının d bendine göre suçun nitelikli halini oluşturan öğelerden bulunduğundan sanıkların ayrıca bu suçtan dacezalandırılmayacağını gözetilmemesi*'

Şeklindeki içtihadı dikkate alındığında TCK'nun 142/1-b maddesindeki uygulamaya yönelik aynı dairenin uygulamasından açıkça farklılık arz ettiği de ortadadır.

UYGULAMADAN HAKKANİYETE AYKIRI DÜŞEBİLECEK BİR ÖRNEK:

5237 sayılı TCK'nun 147/1 maddesi 'hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre verilecek cezada indirim yapılabilmesi gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir' norm düzenlemesini içermektedir.

Örneğin; Sanığın olay günü açlığın etkisi altında bir adet ekmek almak amacıyla kapalı dükkan içerisinden hırsızlık suçunu işlemesi halinde mahkemece acil bir ihtiyacın karşılanması durumu kabul görerek, belirtilen yasa maddesi uyarınca sanık hakkında ceza tertibine yer olmadığına kararı verilebilecek, ancak aynı olay nedeniyle kapalı dükkan içerisinden hırsızlık suçunun işlenmesi nedeniyle aynı sanık hakkında konut dokunulmazlığının ihlal suçundan dolayı ise ceza tertibi yoluna gidilecektir. Sanığın gerçekleştirmek istediği eylem acil ihtiyacın sonucu hırsızlık eylemidir. Konut dokunulmazlığının ihlali belirtilen örnekte sanık tarafından hiçbir şekilde tasavvur edilmemiş olabilir. Amaçlanan eylem itibarıyla sanık hakkında ceza uygulanmadığı halde hiçbir şekilde işlemeyi kastetmediği fiil itibarıyla ceza uygulamasına gidilmesi ceza hakkaniyetine uygun düşmediği gibi, ayrıca yukarıda belirtilen tanımlar kapsamında nitelikli hal olarak düzenlenmiş olan suç tipi dikkate alındığında bileşik suç kuralı genel uygulamasına da açıkça aykırılık oluşturacaktır. Yeni TCK'nun sistematığı içerisinde benimsenen;

'Kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza' teorisinin uygulama alanı olarak TCK'nun 142/1/b maddesindeki düzenlemeye etkili kılmak doğru kabul edilemez. Zira bahsi geçen uygulama ancak unsur veya ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmeyen suç halleri için öngörülebilir. Bu kuralı nitelikli hal sayılan yasa düzenlemesine etkili kılmak genel ceza doktrini ve yasa düzenlemesi ışığında (YTCK madde 42) bileşik suç kuralının bertaraf edilmesi sonucu oluşturacaktır.

SONUÇ:

Yukarıda izahı yapılan yasa ve Anayasa maddesi, öğretilen görüşler, uygulamadan görüş ve örnekler dikkate alındığında, mahkememizde davası devam eden sanık B.A. hakkında hırsızlık, mala zarar verme suçlarının yanı sıra olaya uygulanması istenilen konut dokunulmazlığının ihlal suçuna dayanak teşkil eden 5237 sayılı TCK'nun 142/4 maddesindeki 'hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali' cümlesinin Anayasanın 38/1 maddesinde ifadesini bulan 'kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez' Anayasa kuralına aykırılık oluşturduğundan bahsi geçen yasa maddesinin İPTALİNİ saygılarımla arz ve talep ederim."