

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'5237 sayılı TCK'nun 38/2. maddesinde, 'Üstsoy, altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz' şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Bu maddedeki düzenleme ile bir failin üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle bir kişiyi suça azmettirmesi veya 18 yaşından küçük bir kişiyi yani çocuğu, suç işlemeye azmettirmesi halinde cezanın 1/3 den 1/2 ye kadar artırılacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuzu kullanmak ya da 18 yaşından küçükleri suça azmettirme ayrı bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş ve bu düzenleme ile söz konusu durumun hasıl olması durumunda her suç işlendiğinde maddeye uygun azmettiren her failin cezasında 1/3 den yarıya kadar artırım yapılması gerektiği açıktır. Ancak bu maddedeki artırımın süresiz cezada da yani ağırlaştırılmış müebbet hapis ya da müebbet hapis cezalarında cezada artırımın nasıl yapılacağı hüküm altına alınmamıştır. Bu nedenle, teknik olarak artırımın ancak süreli cezalarda uygulanabileceği, süresiz cezalarda yani ömür boyu hapis cezalarında artırımın teknik olarak yapılması mümkün değildir. Örneğin fail A, 15 yaşındaki fail B'yi, maktul C'yi öldürmesi için azmettirdiğinde yaşı küçük fail B'nin, maktul C'yi öldürmesi halinde fail A'ya, suça azmettirdiği için müebbet hapis cezası verilecek, müebbet hapis cezası verildiği için teknik olarak cezada TCK'nun 38/2. maddesi ile artırım yapmak mümkün olmayacaktır. Ancak yukarıdaki olayda fail B, maktul C'yi öldürmeye teşebbüs ettiğinde yani eylem nedeni ile C'nin ölmemesi, eylemin teşebbüs aşamasında kalması durumunda fail A'nın cezasında TCK'nun 35/2. maddesine göre indirim yapılacak ve ceza süreli hale gelecek ve bu durumda fail A, yaşı küçük fail B'yi suça azmettirmesi nedeni ile 'süreli hale gelen cezadan, TCK'nun 38/2. maddesi ile 1/3 den 1/2 ye kadar artırım yapılacaktır. Böyle bir durumda cezanın daha ağır halinde yani müebbet hapis cezası uygulandığı halde cezada artırım yapılması kanunda öngörülmediği halde cezanın daha az olduğu durumda belirlenen temel ceza üzerinden yarı oranına kadar indirim yapılmasının söz konusu olacağından daha hafif fiile daha ağır ceza, daha ağır eyleme ise artırım söz konusu olamayacağından bir nevi daha az ceza uygulanması söz konusu olacaktır.

Anayasa'nın 10. maddesi herkesin kanun önünde eşit olduğunu açıkça ve ayrıntılı bir şekilde vurgulamıştır. Buna göre yukarıda TCK'nun 38/2. maddesinin örnekle değerlendirilmesinden de anlaşılacağı üzere, süreli cezalarda bu madde ile cezada artırım yapılmasının söz konusu olacağı, süresiz cezalarda yani müebbet hapis cezalarında ise kanunda herhangi bir artırımın düzenlenmemiş olması, müebbet hapis cezalarında da teknik olarak maddede belirtilen oransal artırım yapılmasının mümkün olmaması karşısında TCK'nun 38/2. maddesi açıkça Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırıdır.

KARAR:

Yukarıda açıklandığı üzere T.C. Anayasası'nın 152. maddesindeki yetkiye dayanılarak 5237 sayılı Kanunun 38/2. maddesi T.C. Anayasası'nın 10. maddesine aykırı olduğundan, iptaline karar verilmesi,

Esas Sayısı : 2009/87
Karar Sayısı : 2011/30

Mahkememizin 2008/535 sayılı dosyasının yargılanması sırasında oy birliği ile verilmiştir."