

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'As.C.K.'nun 132'nci maddesi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

Üstünün, astının veya arkadaşının bir şeyini çalanlar:

Madde 132 - Bir üstünün, arkadaşının veya astının bir şeyini çalan asker kişiler, altı aydan beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

T.C.K.'nunda hırsızlık suçunu düzenleyen 141'inci maddenin cezası ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Görüldüğü gibi As.C.K.'nundaki hapis cezasının alt sınırı daha az olmasına rağmen üst sınırı ise T.C.K.'nundaki hırsızlık suçunun cezasından daha fazladır.

T.C.K.'nun 145'inci maddesi ise aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

Malın değerinin az olması:

Madde 145- (1 Değişik 29/6/2005 - 5377/16 md.) Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

Ayrıca hırsızlık suçunda yer aldığı T.C.K.'nun ikinci kısım onuncu bölümünün son kısmında etkin pişmanlık düzenlenmiştir.

Etkin pişmanlık:

Madde 168- (Değişik: 29/6/2005 - 5377/20 md.)

(1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas ve karşılıklı yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, faalin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadar indirilir.

(2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.

(3) Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hallerde yarısına, ikinci fıkraya giren hallerde üçte birine kadarı indirilir.

(4) Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası alınır.

Görüldüğü gibi T.C.K.'nun gereğince yargılanan bir kişinin çaldığı malın değeriyle ilgili olarak indirim yapılması mümkün olduğu gibi ceza vermekten vazgeçilebilmesi de mümkündür. Ayrıca sanığın pişman olup zararı ödemesi halinde indirim yapılacağı da hüküm

altına alınmıştır. As.C.K.'na göre yargılanan kişinin çalmış olduğu malın değerinin az veya çok oluşu ve sanığın pişman olup olmaması ancak hakimnin takdirini etkileyecek sübjektif bir husustur. T.C.K.'nundaki gibi objektif kriterler bulunmamaktadır.

5237 sayılı T.C.K.'nu ile daha önce mevzuatta olmayan etkin pişmanlık, uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi uygulamalar getirilmiştir.

Yasa koyucu Ceza Hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz, Anayasaya ve Ceza Hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletirici tutum ve davranışların neler olacağı, hangi cezaların para cezasına çevrilebileceği veya tecil edilebileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Ancak Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu uygulamakla yükümlü devlet anlayışını yansıttığından... suçla ceza arasında akla uygun, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanması hukuk devleti olmanın gereğidir.(Anayasa Mahkemesinin 21.01.2004 gün ve 2002/166 esas, 2004/3 sayılı kararı)

5237 sayılı TCK'nun 3'üncü maddesinde 'Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi' aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

'Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi'

Madde 3- (1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.

(2) Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz.

Mülga olan 765 sayılı T.C.K.'nun 522 ve 523'üncü maddelerinde de benzer indirimler bulunmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ceza siyasetinde hırsızlık suçlarında indirim maddeleri daima bulunmuştur.

Ancak yukarıda belirtildiği üzere As.C.K.'nundaki hırsızlık suçunda objektif hiçbir indirim imkanı bulunmamaktadır. As.C.K.'nun 132'nci maddesindeki suçun cezası paraya çevrilebildiği halde As.C.K.'nun 47'nci maddesine göre ertelenememektedir.

Askerlik hizmeti için 15 ay arkadaşlarıyla neredeyse 24 saat beraber yaşayan kişilerin bir arkadaşının sigarasından bir tek sigara dahi alması durumunda alacağı ceza en lehe değerlendirildiği takdirde 3.000,00 (Üç Bin) TL. adli para cezası veya 5 ay hapis cezasıdır. Bu cezanın da oldukça yüksek olduğu son derece açıktır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2 ve 10'uncu maddeleri aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

'MADDE 2- Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.'

'MADDE 10- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.'

Anayasanın 2 ve 10'uncu maddelerinden anlaşıldığı üzere Türkiye Cumhuriyeti bir Hukuk Devleti olup kanun önünde herkes eşittir.

Tüm bu sebepler dikkate alınarak 1632 sayılı As.C.K.'nın 132'nci maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı olduğu değerlendirilmiş ve bu maddenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir.'"