

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Sanık . hakkındaki 5237 sayılı Yasanın 141/1. maddesi kapsamındaki kamu davasında Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 12/03/2012 tarihli bozma kararı üzerine, bozma gerekçesinde belirtilen zincirleme suç hükümlerinin olayda uygulanabilme keyfiyetinin tartışılması sırasında yapılan değerlendirmede, 5237 sayılı Yasanın 43. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümle hükmü olan "ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır." hükmünün ceza adaletinde güvence sağlama yükümü altındaki Hukuk Devleti ilkesine aykırılığı nedeniyle Anayasanın 2. maddesine aykırı nitelikte olduğu, ayrıca anılan düzenlemenin ceza sorumluluğuna ilişkin Evrensel Ceza Hukuku prensipleri olan "kusursuz ceza olmaz" prensibine ve "cezaların şahsiliği" prensibine aykırı olması nedeniyle Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğu kanaatine ulaşılmakla, Anayasa Mahkemesine 6216 sayılı Yasanın 40. maddesi gereğince itiraz yolu ile iptali için aşağıda belirtilen gerekçe doğrultusunda başvurmak gerekmiştir.

Anayasaya Aykırılık İddialarının Tartışılması.

Türk Ceza Kanununun suçların içtimai bölümünde üç müessese düzenlenmiştir. Üçününde ortak amacı, uygulamada cezadan kurtarıcı istisna hükümler oldukları söylene de, Türk Ceza Kanununun bir fiil - bir ceza dengesini korumaktır. Üçünde de esas olan faile tek ceza verilmesidir. Bileşik suçta yani bir suçun başka bir suçun kanuni tanımı içinde eridiği halde tek eylem-tek suç ve tek cezanın olduğu, dolayısıyla suçların çokluğunun olmadığı; zincirleme suçta kanuni tarif birden fazla ihlal edilse de bazı şartlar altında tek fiilin olduğu ve tek cezanın verileceği; fikri içtimada esasında fizik alemde tek fiil olduğu halde bu fiilin yasanın birden farklı yasal tanımına uyması halinde en ağırından tek ceza verileceğini anlıyoruz.

Her üç müessesenin de amacı suçu tanımlayan insan aklının soyutlama faaliyetinin yan etkisi olan hususların vukuu halinde, gerçek bir fiil varken kurgulama sonucu birden fazla fiil olduğu yani birden fazla cezalandırmanın gerekeceği yanlışlığının önüne geçmektir. Bu sorun hukuki değil esasında felsefi, ontolojik bir sorundur ve ceza hukukunun temellerindendir. Somut alemde insan hareketlerinden oluşan bir oluş vardır. Realitede çıplak gözle bu zamana kadar insanoğlu kendi halinde örneğin 'hırsızlık' olan bir eylemi görmemiştir. Bir eylem görmüştür ve biz buna hırsızlık vasfını vermişizdir. Bir memur bir kişiden bir şekilde para almıştır. Biz buna irtikâp veya rüşvet demişizdir. Rüşvet, hırsızlık, irtikap ve benzeri eylemler soyut eylemlerdir ve somut eyleme bizim verdiğimiz akıl vasıflandırmalarıdır. Soyutlama gayretinin yan etkisi olan tekrarlamalar, çakışmalar ve çatışmalara insan hayatını kurban etmek hukukun gayesi değildir. Çünkü bir insan eylemine sayısız ad bulmak ve bunun gereğince onu hayatı boyunca ceza evinden çıkarmamak mümkündür.

Ceza kanunlarında tanımlanan suç niteliğindeki fiil ile yargılama konusu olan failin fiili birbirinden farklıdır. İlki aklın sahasına diğeri somut aleme ilişkindir. İlkinde aklın aşkın mantık ilke ve yasaları (Ki esas aldığımız Hegel Diyalektik Mantığıdır.) diğesinde fizik alemin ispat ve anlak kuralları hakimdir. Ceza kanunlarında suçlar düzenlenirken birbirleriyle ilgileri noksan düzenlenmiştir. Bu tanımların realitede bu nedenle, çatışmaları, çakışmaları mümkündür. İşte bu mükerrer durumların hakimi yanlış hükümlere sürüklenmesini önlemek için esas prensip olan bir fiile bir ceza tayini zaruretinden dolayı ceza kanunlarında içtima

hükümleri düzenlenmiştir. Çünkü cezaya esas olan bizim aklımızın gayretiyle somut eylemden türettiğimiz varsayımsal eylemler değildir; sübut bulmuş somut eylemdir. Gerek yasanın yanlış düzenlenmesinden gerekse de bu yanlış üzerine inşa edilen yanlış içtihatlarla zincirleme suç hükümlerinin temel cezalandırma prensibinin istisnası yani 'cezadan kurtarıcı' hüküm niteliğinde olduğu düşünülmüştür. Oysa görülecektir ki önümüzde bir istisna hükmü değil, haksız cezalandırmayı önleyici teminat hükmü durmaktadır. Ancak açıklanacağı üzere, zincirleme suç hükümleri failin kusuruna dayandırılması gerektiği halde dayandırılmayarak bu teminat fonksiyonu yerine getirilemediği gibi içtihat kusurlarıyla da insan hakları daha bir derinden ihlal edilmiştir. Kişiler bir fiil sergilediği halde ya birden çok fiil gerçekleştirdiği nedeniyle ayrı ayrı cezalara ya da birden çok suç işlediği algısıyla, o kast etmediği halde, artırılmış cezalara muhatap kalmışlardır.

Aklın soyutlama ve ilkesel olarak birleştirme doğal eğilimi, aklı çoğu defa kendi tasarımı olan kavramlara somut gerçeklik kazandırma, sanki onlar nesnel gerçekliklermiş gibi algılama sapmasına (Kant metafiziğinde antinomi) sürüklemektedir. İdealleştirmiş bir ideanın (suçun) gerçeklikmiş gibi nesneler dünyasına eklenmesi kaçınılmaz yanılgıya kapı açmaktadır. Yapısal olarak insan davranışı doğal bir süreçtir. Suç teorisi bu doğal sürece normatif-soyut bir yaklaşımdır. Dolayısıyla teorinin zaman zaman realite ile çatışması bu soyutlamanın tabiatından kaynaklanır. Doğal olanı yaşayan yapısından alarak hareketsizleştirmek sanki aralarında bağ yokmuş gibi bir kısım donuk parçalara ayırmak şeklindeki suç teorisine ilişkin analiz çalışmaları gerçeğe yaklaşımda önemlidir, ancak bu gerçeğe yaklaşma süreci yapılan faaliyet salt akıl faaliyeti olduğu için aynı derecede gerçekten uzaklaşma tehlikesini bünyesinde barındırır. Bu soyutlama gayretleri çoğu defa eylemi ve faili bütünsel doğal tabiatından koparma, insan davranışı özünde bir biçim iken aklın eksik veya teoriyi haklı çıkarmak adına hatalı senteziyle, eylemi ve faili aslında öyle değilken başka bir yapıda tasvir edebilmektedir. Analiz aşamasında ele alınan oluş parçaları analiz edildikten sonra tutarlı ve doğru biçimde bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekirken, davranış parçalarına odaklanılarak bu parçaların ve davranış aşamalarının arasındaki doğal bağ koparılarak yarısı failin yarısı hakimın ürünü bir hareket ortaya çıkarılmakta ve ceza bu temele oturtulmaktadır. Bu şekilde cezaların şahsiliği prensibi ihlal edilmektedir. Oysa teoride, zincirleme suç düzenlemesinin özü, yasal tanımdaki fiil ile somut fiilin özdeş olmadığını, cezanın failin kusuruna dayanan somut fiile dayanması gerektiğini (teorik zemin), suç tanımlarının soyutluğunun yarattığı birleşme, kesişme çatışma olasılıkları nedeniyle birden fazla fiil oluştuğu yanılgısının önüne geçmektir.

Zincirleme suç veya doğru ifade şekliyle suçun zincirleme işlenmesi, 5237 sayılı Yasada cezada müstakil artırım nedeni olarak düzenlenmiştir. Zincirleme suç İtalyan ceza hukukundan hukukumuzda geçmiş bir müessese olup, Alman, Fransız hukuk düzenlerinde bulunmamaktadır. 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 80. maddesinde biraz farklı bir tanımla yer alan zincirleme suç uygulamasına, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 43. maddesinde eskisinden biraz farklı bir tanımla yer verilmek suretiyle, devam olunmuştur. Anayasaya aykırılığını iddia ettiğimiz husus, zincirleme suç olgusunun hukuki bir zemini olmadığını anlatmak değil; Yasa'da zincirleme suç tanımı yapılmakla iktifa edilmesi gerekirken, giderek müstakil bir ceza artırımına esas alınmasının ve bir de bunun kusur zeminine dayanmadan düzenlenmesinin temel ceza hukuku prensibi olan ve hukuk devletinin ölçütlerinden olan 'kusursuz ceza olmaz' prensibine aykırılığını saptamaktır.

Suç bir akıl vasıflandırmasıdır. Somut âlemde suç olarak kendi halinde bir eylem meydana gelmez. Ahlaki vasıflandırmalar akılda yansıma bulur, somut âlemde görülmezler. İşte bu insan davranışının ahlaki açıdan tahlili ve hukuki bir zeminde tanımlanması faaliyeti

olan, suç politikasının bir olumsuz yansıması olarak, yukarıda belirttiğimiz yasal tanımların kesişmesi, çatışması ve çakışması keyfiyeti ortaya çıkmaktadır. Zira bu faaliyet, suç olan davranışların birbirleriyle ilgileri gözetilmeden, her biri açısından bağımsız yürütüldüğü için, haksızlık anlatımı, zaman ve mekân dışı, gayrı müşahhas kalıplara döküldüğünden bu durum oldukça olasıdır. Nitekim bu olgu gözetilerek ceza kanunlarına, tarihsel olarak özel içtima hükümleri ve müşterek hükümler konulmaktadır. İnsanoğlu tüm olasılıkları akılca öngöremediğinden bu zayıflığın hallinin de bahsettiğimiz içtima düzenlemeleriyle aşılması hedeflenmiştir. Çünkü bu yapılamadığında bir haksızlığın içeriği somut alanından çıkıp, olması gerekenle temasa geçmekte ve olması gereken ona eklemelerde bulunmaktadır. Yani akıl vasıflandırmaları somut varlıklar değilken somut varlık hüviyeti kazanmaktadır. Bugün iyi incelendiğinde görülecek olan o dur ki, gerek yargı içtihadının gerekse de doktrinin zincirleme suçun oluşumuna dair ölçüt değerlendirmeleri hep failin somut fiiline haksız eklemeler şeklindedir. Yani ceza yaşananın değil tasarlayanın görüşü üzerine inşa edilmektedir. Bunun olmaması için, bir eylemin birden çok hukuki kalıba girmesi (fikri içtima) ile bir haksızlığın bir sebepten birden fazla yasal tanım ihlaliyle meydana gelmesini (zincirleme suç) belirttiğimiz düşünme hatasına düşülmemesi için insan aklı temyiz etmiş ve insanı, aklın soyutlama gayretinin kurbanı yapmamak için bu hallerde tek cezaya hükmedilmesini direktif vermiştir. Hegel'in Diyalektik Mantığı ışığında, hukuk sahasında, bugün, cezaya muhatap olan gerçek fiil ile ceza hukuku anlamındaki hukuki fiil birbirinden ayrılmıştır. Hal böyle olunca, Yasada, temel ceza tayininde gözetilmesi gereken teselsülün haksızlık içeriği, müstakil ceza artırımı nedeni yapılmakla ve bir de, yasal tanım müessesesinin getiriliş amacı ile çelişir şekilde düzenlenmekle, zincirleme suçun oluşumu kastta aranması gerekirken hakim yargı ve doktrin ölçütlerine göre takdir edeceği bir keyfiyete dönüştürülmekle, esasen teminat görevi gören zincirleme suç olgusu, haksızlığa sebep olur hale getirmiştir. Ceza yarı failin yarı hakim oluşturduğu kurgusal eylemin üzerine inşa edilmektedir. Bu halde cezaların şahsiliği ilkesi ihlal edilmektedir.

Zincirleme suç kavramı esasında hem varoluşu (teorik yönden) hem de yasadaki düzenlenişi itibarıyla da doğru kavranmamıştır. Yasanın, kişi kusuruna dayanmayan tanımı ve devamında cezada artırımı yapılması direktifi vermesi, onu, cezalandırma genel prensibinin bir istisnası haline getirmiştir ve öyle algılanmasına neden olmuştur.

Yasada ve uygulamada zincirleme suç unsurları şu şekilde değerlendirilmiştir;

- 1- Aynı suçun birden fazla işlenmesi,
- 2- Değişik zamanlarda işlenmesi,
- 3- Aynı suç işleme kararı kapsamında işlenmesi,
- 4- Suçun aynı kişiye karşı işlenmesi,

Bu unsurlar içerisinde zincirleme suçu karakterize eden unsur "değişik zaman" ölçütüdür. Çünkü zaman aralığına ilişkin objektif değerlendirme suçun birden fazla mı işlendiği ve aynı suç işleme kararı kapsamında mı işlenmiş olduğunu belirlemektedir. Değişik zaman ölçütü tüm koşulları belirleyen bir etmen olarak yasada yer almaktadır. Nitekim Yargıtay da buna dayanarak içtihatlarında değişik zaman ölçütüne ağırlık vermiştir. Bir Yargıtay Üyesi, "değişik zamanlarda işlenen aynı nitelikteki suçlar arasında geçen süre kısa veya uzun olabilir. Sürenin üç gün, beş gün olacağına ilişkin bir kural konulamaz. Çünkü önemli olan suç işleme kararında birliktir. Ancak iki suç arasında altı ay bir yıl gibi uzun bir süre geçmesi aynı suç

işleme kararı olmayıp yenilenen kararlar suçun işlendiğine karine teşkil edecektir. Suçun niteliği de gözetilerek uygulamada genellikle 2-3 ay içinde işlenen suçlarda zincirleme suç hükümleri uygulanmaktadır." demektedir. (Ceza Hukuku Genel Hükümleri, sh. 954 Sedat Bakıcı, Adalet Yayınevi, Ankara 2008) Yazar her ne kadar ayırıcı kıstasın suç işleme kararındaki birlik olduğu ifade etmiş ise de devamla zaman aralığını esas alarak bunu yeni suç işleme kararını belirleyen bir etmen olarak muhkem kılmıştır. Hatta Ceza Hukukunda, ceza sorumluluğu gibi bir alanda 'karine' oluşturulmuştur. Bu zincirleme suçun kusur temeline dayandırılmasının doğal şekli sonucudur. Diğer Yargıtay içtihatlarında olduğu gibi sübjektif başlayan düşünme süreci geriye objektif nedenlere dönmüştür. Benzer bir değerlendirme doktrinde bir yazar tarafından yapılmıştır: "Zincirleme suça asıl özelliğini veren "sübjektif şarttır" O nedenle bu şartın tespiti konusunda daha somut daha belirleyici ifadelerin kullanılması gerekir. Ancak ne şekilde ifade edilirse edilsin tamamen failin iç dünyasına ilişkin olan bu şartın olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini anlayabilmek kolay değildir. Failin zihni faaliyetini açıklamak için (!) hangi terimler kullanılırsa kullanılsın eksik kalacaktır. Nitekim tamamen failin dışı yansıyan davranışlarıyla varlığı saptanmaya çalışılan bu şartı ifade etmek için kullanılan "plan" kavramı da İtalyan uygulamasında zor yorumlanmıştır...kesin ölçütler koymak mümkün değildir. Ancak bazı durumlar bu konuda "bir suç işleme kararının" bulunup bulunmadığı konusunda yargıca yol gösterebilir." diyerek arkasından suçların işleniş şekilleri, suçların işlenme zamanları, suçların işlendikleri yer ve suçların iştirak halinde işlenmesi gibi ölçütleri sıralamıştır. (Yeni Türk Ceza Kanununda Zincirleme Suç, Doç. Dr. Türkan Yalçın Sancar, TBB Dergisi, sh. 253-255, Sayı 70, 2007,) Yazar failin iç dünyasını keşfetmekten bahsetse de Ceza Hukukunda bu aşamayı geçeli çok olmuştur. Ceza hukuku dışarıya yansıyan ve ispatlanmış vakalar üzerine bir ceza tertibini konu alır. Bir şey ispatlanamamış ise olması gereken onu sanık lehine yorumlamaktır. Burada yazar anlak (algı ve tanımlama) faaliyeti ile usun faaliyetini birbirine karıştırmıştır. İspata ilişkin olanlar anlak sahasına, sabit görülenlerin değerlendirilmesi ise usa yani düşünme sahasına aittir. Sabit görülme ile sabit görülenin vasıflandırılması iki ayrı faaliyetir. Yazarın yapmaya çalıştığı ve hakime önerdiği, olanı yorumlamadır. Görüldüğü gibi faile rağmen fiil oluşturma yanlısına iten kusur temelli değerlendirilmeyen zincirleme suç olgusu bu haliyle birçok çelişkiye yol açmaktadır. Bütün değerlendirme gayretleri sübjektif şartı objektif yorumlama gayretidir, faile rağmen fiil oluşturma faaliyetidir.

Buraya kadar yaptığımız tanımlamada zincirleme suçun dayanabileceği iki farklı zemini keşfetmiş oluyoruz: İlki temeli failin kusuru olan, fail kastında aranan sübjektif hal olması. Diğer hakime belirli ölçütlerle expost değerlendirme sahası olarak bırakılan objektif hal olması.

Her şeyin yeterli bir düşünsel zemini vardır. (Hegel'in Mantık Biliminde detaylandırdığı temel yargı) Cezanın yeterlik zemini de kusur, suç söz konusu olduğunda da esasen kasttır. Bu gerek temel ceza tayininde gerekse de cezada artırım gerektiren her uygulama basamağında kusura, kasta yani failin bilmesine ve istemesine geri dönmemiz ve ona dayanmamız anlamına gelmektedir. Türk Ceza Kanunundaki zincirleme suç uygulamasının cezada artırım getiren düzenlemesi kasta dayanmadığından haksızlık teşkil etmektedir ve yeterli felsefi zemine sahip değildir. Suçun zincirleme olarak işlenmesi halinin, temel ceza tayininde gözetilmesi gereken, suçun işleniş biçimine ilişkin temel bir durum olduğu halde temel ceza tayininden sonra gözetilmesi de ölçüsüz ceza tayinine sebep olmaktadır. Zincirleme suçun, 5237 sayılı Yasanın 61/5 maddesinde 'objektif' olarak gözetilen uygulama nedenleri (iştirak, teşebbüs, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi) arasında sayılmakla, temel ceza sırasında gözetilmesi gereken ve cezada artırım gerektirdiği için objektif değil sübjektif olarak dikkate alınması gereken bir hal olduğu gözden kaçırılmıştır. Cezalandırabilmenin ve bunun ileri yansıması olan cezada artırım

uygulamanın zemini olan kusursuz ceza olmaz prensibine göre failin kastında aranması gereken zincirleme suç hükümlerinin objektif olarak tetkiki ile (hakimin değerlendirmesiyle) gerçekleşmiş kabul edilmesi hatalıdır. Zincirleme suç olgusu nedeniyle failin cezasında artırım uygulamak için koşullarını failin bilmesi ve istemesi şart olduğu gibi, bu yönden uygulanacak ceza artırımının, sübjektif tespitlere göre yapılan temel ceza tayininden sonra teşebbüs ve iştirak gibi hallerin arkasına uygulanması da ayrı bir haksızlıktır. 5237 sayılı Yasanın 61/5 maddesindeki uygulama nedenlerinin tamamı 'objektif' olarak, hakim tarafından değerlendirilen ve 'cezada indirim' hükmünü haiz nedenlerdir. Bunlardan sadece zincirleme suç hükümleri cezada artırım gerektirmektedir. Bu dahi hatalı bir yasama tasarrufu olduğunu ortaya koymaya açıkça yeterlidir. Temel hata bu olmakla birlikte, gerek düzenlenmesinde gerekse de uygulamada zincirleme suç hükümleri hakim tarafından koşulları tespit edilmekle, sanığın kastı nazara alınmaksızın uygulanmaktadır. Bu bir içtihat kusuru değildir. Zincirleme suç düzenlemesi yasadaki düzenlenişi itibarıyla hakimin değerlendirmesine terk edilmiştir, onda kusuru bulmanın yolu yoktur. Nitekim yargısal içtihat, yasal düzenleme kusura dayanmadığı için zincirleme suçu objektif olarak değerlendirmiştir. Ve meseleyi bu yönde ele almamak için hiçbir muhkem hüküm yasada yoktur. Yasa içeriğinde belirttiğimiz yanlışlıklardan dönmeye işaret olabilecek bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargı içtihadıyla meselenin doğru bir şekilde anlaşılması teminat olamayacağı gibi, mesele kusur temelli olarak doğru anlaşılabilirse bile eski algıya dönmeye engel olabilecek hiç bir muhkemlik yasada yoktur. Özellikle kusura dayalı olarak uygulansa dahi temel ceza artırımı dışında zincirleme suç olgusunun müstakil ceza artırımı hükmü yasada oldukça haksızlık devam edecektir. Nitekim zincirleme suç uygulamada, ittifakla cezalandırma prensibinin istisnası olarak görülmektedir. Bu halde, doğru uygulamanın teminatı ancak kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibine göre yasayla mümkündür.

Zincirleme suç hükmü esasında varoluşu itibarıyla suçun oluşumuna ilişkin kasta dayalı bir haldir. Dolayısıyla suçun sübutu aşamasına dahildir. Dolayısıyla, koşullarını fail bilmiyorsa sübut bulmamış kabul ederek tek ihlal olduğuna hükmedilecektir. Ancak yasa ve uygulaması failin bilme ve istemesini aramamakta, hakimin uygulama kriterlerini objektif değerlendirmesini esas alarak ceza artırımına izin vermektedir. Bu halde ceza failin sübjektif hakimiyetindeki fiile değil hakimin yargı ve doktrin ölçütlerine göre varsaydığı fiile göre tayin olunmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, yarısı failin yarısı hakimin ürünü olan varsayımsal fiil ceza tayinine ve artırımına esas alınmaktadır. Mahiyeti açısından ayrıntılı gözlemlendiğinde, zincirleme suçun da içinde yer aldığı TCK 61/5 maddesindeki uygulama nedenleri (Teşebbüs, iştirak, haksız tahrik, yaş küçüklüğü) sübut bulan dava olguları üzerine bir hukuki yorumlama, oysa zincirleme suç nedenleri suç delilleri üzerinde bir sübut incelemesi, yani delil değerlendirmesidir. Bu halde suçun zincirleme işlenmesi, iştirak ve teşebbüse göre önce gelmesi gerektiği halde, yasada, hatalı olarak, cezada onlardan sonraya bırakılmıştır. Hakikaten, iştirak, teşebbüs, haksız tahrik gibi nedenleri saptamak, ispatta aranmayan ispatlanmış materyal üzerine yasa ve doktrindeki kıstaslarla yapılan bir yorumlama işidir. Hatta yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi haller ise hakim yorumunu dahi gerektirmeyen ve de fiilde değil, fail üzerinde bulunan sabit hallerdir. Ve tümü de cezada indirim gerektirmektedir. Teşebbüs, iştirak, zincirleme suç gibi hallerde, suç işleme kararı her birinin ortak hareket noktasıdır. İştirakte sanığın sübut bulan eylemi, suç işleme kararındaki konumu (ki bu kast değildir) ve fiil üzerindeki hakimiyet hali nazara alınmakla hakim fiil üzerinde bir değerlendirme yapmaktadır. Bu ölçütlerle sanığın fail mi yardım eden mi olduğuna karar kılacaktır. Failin kendisini hangi konumda görmesinin ve değerlendirmesinin önemi yoktur. O kasten eylemini işlemiş ve bu eylem faillik kriterlerine göre hukuki bir değerlendirmeye esas olmuştur. Keza teşebbüste de böyledir. Fail bir eylem serisi gerçekleştirmiştir. Bu eylem sübut bulan haliyle suça elverişli midir, suçun yasal unsurları tam olarak ikmal edilmiş midir, bu bir

hakim değerlendirmesiyle ortaya konulacaktır. Haksız tahrik hali de böyledir. Failin kendisini gadre uğramış hissetmesi haksız tahrik uygulaması için کافی değildir, giderek esas değildir. Hangi halin haksız tahrik sayılacağını eylemin zuhuruna eşlik eden tüm şahsi ve gayri şahsi halleri derleyen hakim, sosyal bir değerlendirme yaparak temyiz edecektir.

Yargıtay da bir kısım içtihadıyla, mezkur zincirleme suç düzenlemesinin kusursuz ceza olmaz prensibine aykırı düzenlendiğini - yasa hükmü kusuru içermeyecek şekilde düzenlenmemiş olacak ki- fark etmiştir. Fark etmiştir ancak kastın doğasına aykırı şekilde (Anayasaya aykırılık iddiasına esas olan dava dosyasındaki Yargıtay 3. Ceza Dairesinin bozma ilamındaki gibi) yasayı tadil ve yoruma girişmiştir. Yargıtay ve doktrin zincirleme suç hükümlerini, yasada objektif cezalandırma basamağında düzenlendiği (TCK 61/5) ve birden fazla ihlal olduğu halde tek ceza cihetine gidildiği için, düzenlemeyi temel cezalandırma prensibinin istisnası olarak -ki yasada da böyledir- değerlendirmiştir. Hal böyle olunca, zincirleme suç uygulaması, faili bir nevi kayırma uygulaması niteliğinde (ayrı ayrı ceza verilmeyip tek ama artırılmış ceza verilmesi keyfiyeti) kabul edilmiştir. İçtihat şöyledir: Failin zincirleme suçun koşullarının oluştuğunu bilmesi halinde (örneğin hırsızlıkta birden fazla mağdur olduğunu bilme hali) cezasında zincirleme suç nedeniyle artırım yerine her bir ihlal için ayrı cezalandırma yoluna gidilmesi; koşulların fail tarafından bilinmemesi halinde ise, fail ahlaken daha az kınanacağı için (ki bu sözde bir lütf olmaktadır) zincirleme suç hükümlerinin uygulanması içtihadı geliştirilmiştir. Bu içtihat baştan sona hatalı ve iki yönden kastın doğasına aykırı olmakla birlikte, bahsettiğimiz yasa hükmünün kusur eksiliğini, yanlış yoldan da olsa, işaret ettiği için önemlidir. İlk olarak, koşulları bilme halinde yasadaki yaptırımın (tek ceza verileceği) dışına çıkılarak, yasanın öngörmediği, aslında bilme halinde zincirleme suç hükümleri uygulanması gerekirken ayrı ayrı ceza tayini gerektiği söylenmekle, kast 'bilmemeye' indirgenmiştir. Oysa bu koşulları bilme halinde zincirleme suçun doğasında açıkça tek ceza verilmesi gerektiği ve açıkça ayrı ceza uygulaması yasağı koyulduğu halde, cezalandırma sözde kusura dayandırılmakla birden fazla ceza verme yoluna gidilmiş ve yasanın açık hükmü aşılmak suretiyle daha büyük haksızlık yapılmıştır. Bilinen o dur ki, ceza hukukunda bir ceza artırım nedenini (örneğin nitelikli bir hali) uygulamanın koşulu onu 'bilmek ve istemek'tir. İkinci olarak, koşulları bilmeme halinde ise zincirleme suç hükmü yani artırılmış ceza uygulanarak kusur teorisiyle daha açık çatışılmıştır. Koşullarını fail bilmiyorsa olması gereken zincirleme suçu uygulamak da değildir. Fail hatası (TCK 30) kabul edilip tek ama artırım uygulanmamış ceza verilmelidir. Örneğin fail üç adet kalemin bir kişiye ait olduğunu sanıyorsa hangi mantıklı gerekçeyle zincirleme suçun oluştuğu kabul edilip TK 43/2 maddesi gereğince cezası artırılacaktır' Bu halde hata hükümleri uygulanması gerekirken (yani tek ama artırılmamış ceza verilmesi) uygulanmaması yasaya aykırı olacaktır. Hata hükümlerinin uygulanmamasının sebebi de esasında kusura dayanılmamasıdır. Oysa bu içtihadı geliştirenler sözde kusura dayanmaktadırlar. Bu Hegel Diyalektik Mantığında ÇELİŞKİDİR. Ve yine düşünürün önümüze açtığı mantık ilkelerine göre Çelişki kendisini çözmektedir. (Der Widerspruch löst sich auf). Halbuki içtihat şöyle kurulmalıydı: Koşulları bilme halinde zincirleme suç hükümleri uygulanmalı; bilmeme halinde ise bu failin hatası kabul edilip tek ceza verilmeliydi. Ancak, Anayasaya aykırılık iddiamıza konu ettiğimiz derdest dosyadaki Yargıtay bozma ilamındaki gerekçeye de esas olan içtihatla özetle, zincirleme suç koşullarını bilme halinde yasanın yaptırımı (tek ceza verileceği yerde birden fazla ceza) aşılmakta, bilmeme halinde ise kastın doğasıyla açıkça çatışılmaktadır. Ancak bu çelişkili uygulama dahi göstermektedir ki zincirleme suç uygulaması kusurda aranması gereken ve doğru bir kusur zeminine oturtulması gereken ceza kurumudur. Peki içtihadın düzeltilmesi halinde sorun giderilecek midir' Hayır. Nitekim bu gayret görüldüğü gibi daha da ters istikamete gitmiştir. Bunun iki nedenle imkânı yoktur: Birincisi, zincirleme suçun kusura dayanan yapısı yasada açıkça düzenlenmemiştir. Yasada tanımlanan ölçütlerin faille ilgisi eksiktir. Ancak tanım eksik olsa bile ceza artırım

hükmü başlı başına haksız olduğundan bunun Anayasaya aykırılığının tespiti ve kaldırılması haksızlığı yine de önleyebilecektir. İkincisi bir de haksız olan ceza artırımı getiren mezkûr düzenleme TCK 61/5 maddesine göre temel ceza tayininden sonra uygulanmaktadır, oysa keyfiyet temel ceza tayininde dikkate alınmalıdır. Yani içtihatla bilme koşulu (kast) belirttiğimiz şekilde aransa dahi bu, haksızlığı aşmaya kafi değildir. Zira ceza uygulama sırasına ve direktiflerine içtihat makamları da uymak zorundadır. Özetle zincirleme suçun cezada artırım uygulama şeklinde müstakil yaptırıma bağlanması, zincirleme suçun doğasına aykırıdır. Çünkü yasanın amacı tek ihlal olduğunu ve tek ceza verilmesini ikaz etmektir. Oysa artırım uygulanarak yasa kendi hükmünü dolanmıştır. Yukarıda bahsedilen zincirleme suçun yaptırımını aşma olgusu sadece içtihatla değil, başka bir şekilde yasanın kendi içinde de vardır. Yasa 'tek ceza' verilir demekle diğer halin haksızlık olacağına işaret etmiştir. Oysa yasa devamla 'fakat ceza artırılır' demekle birinci hükmünü örtülü olarak dolanmıştır. Tek ceza verilmesi olgusu bir fiile, ispatlanmış haliyle ve haksızlık içeriğiyle ölçülü bir temel cezayı kesip atmaktır. Tek ceza verildikten sonra zincirleme hali haksızlık içeriğinden çıkarıp objektif zemine çekerek tekrar ayrı bir artırım nedeni haline getirmek açıkça bir çelişkidir. Örneğin, bir kişiye ait olan üç adet kalemi bir takım sebeplerle değişik aralıklarla hırsızlamakla, üç kişiye ait üç ayrı kalemi bir defada hırsızlamak ve bir kişiye ait üç tane kalemi bir defa hırsızlamak arasında, somut alemde, haksızlık içeriğinde bir farklılığı yoktur. Yoktur ki yasa hâkime salt yasal tanıma takılarak birden fazla ceza tayin etmesinin önüne geçmek istemiştir. Bu halde tek ihlal olmuş gibi tek ceza verilmesi hükmüne bağlanmıştır. Bunu 765 sayılı Yasanın ifade şekli daha doğru olarak ortaya koymaktaydı. Orada, 'tek suç sayılır' demek suretiyle birden fazla kanuni tanımın ihlali olsa dahi bunun tek suç sayılacağını açıkça belirtmiştir. Esasında tek ihlal olduğu halde bir mağdura karşı birden fazla yasal eylemi tekrarlamayı, aynı irade bütünlüğü içinde olduğu takdirde ayrı eylem olarak görmemiştir. Çünkü aynı sonucun tek hareket serisinde karşılanmasıyla birden fazla hareket serisiyle hâsıl olması arasında bir haksızlık niteliği farkı yoktur. Nicelik farkı görülecekse de bunun alt sınırdan uzaklaşmayla halli mümkün ve adil olmalıdır. İctihat sadedinde konuşacak olunursa, zararın, üç ayrı kişiye ait olan üç ayrı kalemin çalınmasından ibaret olduğu bir halde, mağdur sayısını bilmekle bilmemek arasında zincirleme suç yönünden haksızlığı arttıran nedir' Kaldı ki mağdur farklılığı suçu niteleyen bir hal de değildir. Çünkü hırsızlıkta eşyanın kime ait olduğunu bilmek suçun unsuru değildir, tersine failin eşyanın kime ait olduğunu değil kendisine ait olmadığını bilmesi yeterlidir ve yasal yeterlilik budur. Neticeye takılan klasik suç teorisinin şekli saplantılarından biri olan bu halde, fiil ve fail rabitasına değil, muğlak ve failin temyiz edemediği ve hakim olamadığı sonuca odaklanılarak ceza tayinine gidilmiştir. Bir kişiye ait olan üç adet kalemi sırf yakalanmamayı temin için üç ayrı zaman diliminde planlayarak almakla bir defada almak arasındaki suçun sonucu yönünden nitelik farkı nedir ki ceza teselsül nedeniyle artırılacaktır' Bir nicelik farkı görülecekse de bunun daha önce de bahsettiğimiz gibi alt sınırdan uzaklaşmayla halli mümkündür. Suçun zincirleme işlenmesinin suçun temel cezasının tayinine esas olmaktan çıkarılarak, yasada olduğu gibi müstakil artırım nedeni olabilmesi için, fiilden müstakil hale gelmesi zaruridir. Fiilin içinde bulunan ve onun içinde tüketilen bir şey müstakil olamaz. İştirak halini ele alalım. İştirak bahsinde failin fiili tek referans değildir. Olay diğer faillerin konumlarına göre ve diğer birçok parametreyle irdelenir ve failin konumu tayin edilir. İştirak hükümlerinin failin fiili içinde tüketilmesi onunla açıklanabilmesi mümkün olmadığından, ceza tayininde iştirak müstakil hale gelmiştir. Oysa zincirleme suçun fiilin dışında bir dayanağı yoktur. Failin bilgisinden öteye gidilecek bir somut dayanağı da yoktur. Bu halde zincirleme suç temel ceza tayininde failin kusuru içinde hapsolmalı ve tüketilmelidir. Bir olgunun cezaya tesir eden müstakil neden olması, onun salt failin fiiliyle açıklanamıyor olması demektir. Failin fiili ile açıklanabiliyor ise müstakil olamaz. Fiille fail arasındaki rabıtaya göre temel ceza tayini ve nitelikli hallere ilişkin saptamaları yaptıktan, fiile yönelik objektif yorumlamaları da (teşebbüs, iştirak gibi) geçtikten sonra, artık fiili de bırakıp fail üzerindeki (haksız tahrik, yaşı

küçüklüğü gibi) objektif hallere geçileceği sırada yeniden fail - fiil konusuna yani en başa dönmek mantığa açıkça aykırıdır. Mükerrer uygulamadır, açık yasal haksızlıktır.

Yine zincirleme suç düzenlemesinin klasik suç teorisince şekli olarak değerlendirilmesinin ve kusura dayanmayan yapısının diğer bir yansıması bir başka içtihat kusurunda da ortaya çıkmaktadır. Birden fazla kamu görevlisine görevi yaptırmamak için direnme eyleminde mağdur sayısının ihlal olduğu ve bu cezada teselsül nedeniyle cezanın artırılması gerektiği hükme bağlanmıştır. (Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 2008/11638 E ve 05/04/2010 tarih; 2011/1950 E. ve 08/10/2012 tarihli; 2009/21560 E. Ve 21/11/2011 tarihli kararları) Oysa diğer koşullar sabit kalmak kaydıyla, zira, ceza hukukunda böyle formülleştirmeler yapılamayacağından, şu çok açıktır ki, direnme suçu mağdur sayısının artmasıyla haksızlık içeriği azalan bir suçtur. Mağdur sayısının sabit kalması ve failin sayısının artması durumunda da haksızlık tersi yönde artmaktadır. Yani Hegel Diyalektik Mantığına göre ters orantı söz konusudur. Koşullara göre haksızlığın niceliğine dahil olan bu durumda eğer koşulları varsa alt sınırdan uzaklaşmakla halli mümkün olduğu halde, mağdur sayısına şekli olarak bağlı kalmakla zincirleme suçun uygulanması haksızlık olmaktadır. Sırf mağdur sayısına bakılarak zincirleme suç tayin edildiğinde faile göre mağdur sayısının fazla olduğu ve fakat neredeyse direnmenin haksızlık içeriğinin kalmadığı, hatta elverişsiz hale geldiği bir durumda, mevcut yasal düzenlemeye göre temel ceza tayininden sonra, ceza bir de teselsülden artırıldığında, mantık kuralları ve vicdan yerle bir edilmektedir. Diğer yandan, direnmenin hizmete yönelik bir suç olduğu ve hizmeti temsil edenlerinin sayısının suçun niteliğine değil niceliğine etki ettiği dahi düşünülmemiştir.

Tüm bu değerlendirmeler, suçun zincirleme işlenmesi halinin TCK 61/1 deki kriterler içinde sayılmasına düşünsel olarak insanı zorlamaktadır ve mantığa ve mantık bilimine uygun olanı da budur.

Özetle;

Zincirleme suça ilişkin düzenlemede Yasa Koyucu zincirleme suç halini tek eylem-tek ceza dengesini koruyucu hüküm olarak tanımlamakla ve tek ceza verilmesi direktifi vermekle yetinmesi gerekirken, devamla cezada müstakil artırım getirmesi kusursuz ceza olmaz prensibini ve cezaların şahsiliği prensibini ihlal etmiştir. Bu nedenle TCK 43/1. maddesindeki "ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır" ibaresinin Anayasaya aykırılığını ileri sürmek gerekmiştir.

HÜKÜM: Gerekçesi yukarıda açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay 13. Ceza Dairesinin 12.03.2012 tarihli bozma kararının 1 nolu karar fıkrasında uygulanmasının tartışılması doğrultusunda bozduğu 5237 sayılı Yasanın 43. maddesinin 1. fıkrasındaki 2. cümle hükmü olan "ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır." hükmünün ceza adaletinde hukuki güvence sağlama yükümü altındaki Hukuk Devleti ilkesine aykırılığı nedeniyle Anayasanın 2. maddesine; ceza sorumluluğuna ilişkin kusursuz ceza olmaz prensibine ve cezaların şahsiliğine ilişkin prensibe aykırı olması nedeniyle Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğu kanaatine ulaşmakla, 6216 sayılı Yasanın 40. maddesi gereğince itiraz yolu ile Anayasaya aykırılığının tespiti ve iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına,

2- 6216 sayılı Yasanın 40/5. maddesi gereğince keyfiyetin bekletici mesele yapılmasına, 5271 sayılı Yasanın 223/8. maddesi gereğince kamu davasının durmasına,

Esas Sayısı : 2014/161

Karar Sayısı : 2015/26

Dair durma kararına karşı tebliğinden itibaren 7 gün içinde İTİRAZ yasa yolu açık olmak üzere sanıkların ve Cumhuriyet Savcısının yokluğunda tensiben karar verildi."