

"...

II- İTİRAZ GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1- Kendine özgü alt ve üst ceza sınırı olan mezkur maddedeki hırsızlık suçu, hırsızlık suçunun basit şekline genel atıfla düzenlendiği, suçun unsurları yasa maddesinde açıkça düzenlenmediği ve 141/1. maddesindeki hırsızlık suçunun unsurları ile çatıştığı ve bu şekilde yasal düzenlemenin maddi anlamda kanunsuz suç olmaz prensibine aykırı olduğu.

2- Aykırılık iddiasına esas olan paydaş ve el birliği ilişkisinin bir hakka dayandığı ve hakkı kullanan kişiler üzerinde, anılan ceza hükmünün mülkiyet hakkından yoksun bırakmaya yakın kısıtlama niteliğinde olduğu ve bu suretle hakkın özüne müdahale edildiği.

3- Hırsızlık suçunun 2709 sayılı Anayasa'nın Milletvekili seçilme yeterliliğine ilişkin 76. maddesindeki hükmüne göre engel teşkil ediyor olması ve Türkiye Cumhuriyetinin mevzuat sisteminde hırsızlık suçunun yüz kızartıcı suç niteliğinde olması nedeniyle yansıma yoluyla seçme ve seçilme hakkından mahrum bırakma niteliğinde olduğu nazara alınmakla mülkiyet hakkını kullanması nedeniyle hırsızlıkla yaftalanan kişilerin birde, seçilme hakkından mahrum bırakılmasının hukuk devletine aykırı olması.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibine göre suç niteliğindeki davranışın tereddütte yer vermeyecek açıklıkta anlaşılabilir ve mantığa aykırı olmayan anlatım biçimi ile açıkça çelişkisiz olarak tanımlanması gerekmektedir. Bu yönden bakıldığında 5237 sayılı Yasanın 144/1-a maddesindeki tanımlama hırsızlık suçuna genel atıfla düzenlenmiş ve fakat bu şekilde çelişki yaratılmıştır. Hukuki niteliği gereğince TCK'nın 144. maddesi bazı hallerde gerçekleşen hırsızlık suçunu şikayete tabi tutarak ve cezasında suçun basit haline göre (TCK.141) ceza miktarını düşürmek suretiyle farklı bir ceza siyasetinin sonucu olarak düzenlenmiştir. Bu maddedeki düzenleme TCK.141. maddesinde tanımlı hırsızlık suçunun nitelikli bir hali değil müstakil bir suçtur. Dolayısıyla her bir unsurunun açıkça belirtilmesi gerekliydi. Kanun koyucu el birliği mülkiyeti veya paylı mülkiyet ilişkisini ihlal eden kişileri bir ceza yaptırımı ile karşılamak istiyor ise, korunması gereken hukuki değer yönünden bunun hırsızlık suçunun kapsamında, suç tekniğine göre hatalı, meşru temeli olmayan şekilde ve kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibini ihlal eder şekilde düzenlenmesi haksız ve ölçüsüz olmuştur. Zira hırsızlık suçu özü itibarıyla malikin veya zilyedin haklarını meşru olmayan haksız zilyede (hırsıza) karşı korur, yoksa maliki malike karşı korumaz.

Hırsızlık suçunun basit hali olan TCK.141. maddedeki suç tanımında yer alan yasal unsurlar şunlardır:

- 1- Zilyedin rızasının olmaması,*
- 2- Başkasına ait taşınır bir mal olması,*
- 3- Failde kendisine veya başkasına yarar sağlama kastı olması,*
- 4- Taşınırın bulunduğu yerden alınması.*

Mevcut yasal düzenlemedeki unsurlar incelendiğinde hırsızlık suçunun failinin taşınır mal üzerinde herhangi bir hakka veya zilyetliğe sahip olmaması gerektiği, taşınır malın başkasına ait olmasının zorunlu olduğu açıktır. TCK 144/1-a maddesinde tanımlanan suçta ise, hırsızlığa atıf yapıldığı halde taşınırın birlikte mülkiyete konu olması ve failin şeyin maliki olması gerektiği de açıktır. Bu yönden maddeler karşılaştırıldığında unsurlar çatışmaktadır. Hangi unsurun aranması gerektiği yönünde bir teşevvüs hali söz konusudur. Uygulamada bazı kişilerce "144. maddenin (a) bendinde paydaş veya el birliği ile malik olunan mal üzerinde işlenmesi öngörülen suçun, yalnızca paydaş veya el birliği ile malik olan kimseler tarafından işlenebileceğini söylemek doğru olmaz. Çünkü madde metninde suçun paydaş veya el birliği ile malik olunan mal üzerinde işlenmesi öngörülmüş, failin yalnızca ortaklar olabileceğinden söz edilmemiştir." denilmiştir. (Sulh Ceza Davaları s.371. Necati Meran. Yargıtay Tetkik Hakimi, Ankara 2007 Seçkin Yayınları) Ancak madde incelendiğinde görülecek olur ki "malik olunan mal üzerinde" ifadesinin özgü faillğe isnat niteliğinde olduğu açıktır. Nitekim cezanın suçun basit haline göre indirilmesinin sebebi failin malın sahibi olmasıdır. Suçun basit halinde özgü faillik olmadığı gibi suç şikayete de tabi değildir. Türkçede "olunan" ifadesi hem faile hem de şeye atıftır. Bu halde yazarın ifade ettiği anlam kabul edilecek olursa, çalınan mal ferdi mülkiyete konu ise TCK.141. maddesinin uygulanması eğer iştirak halinde mülkiyete konu ise TCK.144. maddesinin uygulanması gibi hukuk mantığına ve genel mantığa ters ve eşitliğe aykırı ve garip bir sonuca ulaşılacaktır. Yasa incelendiğinde yasa koyucunun iştirak halinde veya paylı mülkiyet halinde ilişki içerisinde olan kişiler arasındaki "hırsızlık" suçunu düzenlemek istediği açıktır. Tüm bu belirttiğimiz nedenler birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu maddenin, "malik" sıfatına sahip kişiler tarafından ihlal edilebileceği anlaşıyor. O halde hırsızlık suçunun genel şeklini tanımlayan TCK'nın 141. maddesindeki taşınırın bir başkasına ait olması ile 144. maddedeki malik olma unsuru çatışmaktadır. Bu durumda paydaşlar veya ortaklar arasında vuku bulan, Türk Medeni Kanunundaki hükümlere uygun olsun veya olmasın veya paydaş veya ortaklar arasındaki sözleşmelere aykırı olsun, her hal ve durum cezaya muhatap olabilecektir. Bu aşamada şunu açıklamakta fayda bulunuyor. İştirak halinde maliklerin ve paylı maliklerin miras ve eşya hukukuna göre aralarında kullanım yönünden sözleşme yapabilmesi mümkündür. Suç olan eylem sadece bu koşula özgülense bile ki yasada bu yönde bir sınırlama da yoktur- yine Anayasaya aykırı olacaktır. Zira sözleşmeye rağmen malik olma ve zilyet olma durumu devam ettiği için Anayasanın 38/8 maddesine göre salt sözleşmeyi ihlal etmekle kişiler hürriyetlerinden mahrum edilemeyeceklerdir. Her malikin malı bulunduğu yerden bir başka yere götürmesi veya malı alıkoyarak diğer malikleri bundan faydalandırmaması gibi hukuka uygun olsun veya olmasın fakat meşru temelde olan eylemler, yasal tanıma uymakla ve fakat ELVERİŞSİZ olmakla hırsızlık suçu yönünden esasında maluldür. 144. maddedeki hırsızlık suçuna atıfla yapılan hukuki tanımlama bir elverişsizliği bünyesinde barındırmaktadır. Gerek el birliği gerekse de paylı mülkiyette maliklerin eşyanın tamamında mülkiyet hakkına sahip oldukları nazara alındığında, hırsızlık suçunun başkasına ait olma ve kendisinin veya başkasının yararına faydalanma unsuru da oluşmayacaktır. Zira maliklerin her birinin eşyanın bölünebilsin veya bölünemesin tamamından faydalanma yetkisi vardır. Oysa, mevcut düzenlemeyle, paydaşlar ve ortaklar Anayasal ve yasal hakları olan mülkiyet hakkının eşyadan yararlanma yetkisi yönünden haksız bir şekilde ve hakkın özüne müdahale eder şekilde kısıtlanmışlardır. Bir eşyanın dışarıya dönük kullanımı bazı koşullarla suç olabilir. Örneğin bir otomobilin hızlı şekilde trafikte kullanımı, bir müzik aletinin gecenin bir vakti ısrarla çalınmakta olması gibi haller diğer koşulları sabitse suç olabilecektir. Ancak iç ilişki de malik olmamaya dayanan bir suç profili için toplu mülkiyet türleri elverişli değildir. Zira hiç bir malik kendi mülkiyet hakkını veya geçici zilyetlik durumunu diğerine karşı olarak ileri süremez. Bu şekilde getirilen düzenleme kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibine ve mülkiyet hakkına ilişkin temel düzenlemelere aykırıdır. Kişiler mülkiyet haklarını kullanmalarından dolayı hırsızlıkla suçlanmakta, hüküm giymekte olmaları

temel bir mantık çelişkisi ve hakkın özüne müdahaledir. Yasa koyucu eğer topluluk mülkiyeti haklarının kullanımındaki aşırılıkları ve hukuka aykırılıkları suç ve ceza tehdidi ile engellemek istiyor ise bu keyfiyetin, yasal unsurları kendi içerisinde çelişmemek kaydıyla, müstakilen düzenlenmesi gerekirken açık unsurlarına atıfta bulunulmayarak, tabiatına uymayan hırsızlık suçuna genel atıfla düzenlenmesi ve unsurların çelişik ve müphem bırakılması kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibini ve anayasal mülkiyet hakkını ihlal etmiştir.

Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 09/05/2002 Tarihli ve 697/4035 ile 6. Ceza Dairesinin 05/10/1995 Tarihli ve 9531/9760 Karar sayılı içtihatlarına göre, "iştirak halinde malik olunan tarlada dikili söğüt ağaçlarının diğer maliklerin rızası hilafına keserek alınıp götürülmesi" ve "iştirak halinde malik olduğu araziden kendine isabet eden hisse miktarını aşan fındık toplama" şeklindeki eylemleri yasa maddesine uygun görmüştür. Bu kararlar, nicelik ve nitelik farkına göre değerlendirildiğinde TCK.144/1-a maddesindeki düzenlemenin nasıl çelişki taşıdığı yine açığa çıkacaktır. Şöyle ki, bir taşınırı Ceza Hukuku anlamında tanımlarken Türk Medeni Kanunundaki hukuki düzenlemeye hukukun birliği açısından atıfla değerlendirmek uygun ve doğru olanıdır. Nitekim Yargıtay da birçok kararında ceza sorumluluğu yönünden yaptığı değerlendirmelerde, Medeni Kanundaki tanımlamalara atıfta bulunmuştur. Meğerki ceza sorumluluğunu tayinde, bir suç tanımındaki yasal unsurun kapsamı tayin edilirken kıyas yapılmasın veya kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlama dahi yapılmasın. Bu yönden bakıldığında mezkur içtihat, Medeni Kanunun taşınır ve taşınmaz ayrımına ilişkin hükümlerine aykırı olduğu gibi taşınır kavramı Medeni Kanunda tanımlanan şekilden daha geniş alınmış ve hırsızlık suçu yönünden genişletici bir yoruma gidilmiştir. Bu haliyle kıyasa yol açacak şekilde bir tasarrufta bulunulmuştur. Türk Medeni Kanunu 685. maddesine göre doğal ürünler asıl şeyden ayrılınca kadar onun bütünleyici parçası olmaktadır. Yani hasat edilene kadar ürünler taşınmazın bir parçası niteliğinde olup taşınır değildir. Bu nedenle dalında duran ürün veya taşınmaz üzerindeki doğal unsurlar niteliği gereği değil fakat hukuken taşınmaz hükmündedir. Taşınmaza bağlı olan bu ürünleri taşınmazdan ayırma şeklindeki eylem bir "maddi fiil" olup, ister hak sahibi tarafından yapılsın isterse de üçüncü kişi tarafından yapılsın hukuki sonucu aynı olup taşınmaza müdahale niteliğindedir. Dolayısıyla henüz taşınır olmayan bir eşyaya müdahale etme şeklindeki eylem niteliği gereği hırsızlık suçuna konu olamaz. Şartları var ise hakkı olmayan yere tecavüz olarak değerlendirilebilir. Taşınmazın bir parçası olan ürün veya doğal unsurlar ancak taşınmazdan ayrıldıktan sonra ve bu ayrılma işlemi tamamlandıktan sonra taşınır niteliğinde olacaklarından hırsızlığa konu olabilir. Bu açıdan bakıldığında da 144. maddedeki atıfla yapılan tanımlamanın çelişik bir başka yönüyle karşılaşmış oluyoruz. Hatta yasa o kadar aşımıştır ki, iştirak halinde mülkiyete ilişkin Medeni Kanun düzenlemesinde "belirlenmiş payın olmaması unsuru" iştirak halinde mülkiyetin açık ve belirleyici unsuru iken 11. Ceza Dairesinin içtihadında "kendisine isabet eden hisse miktarını aşan" değerlendirmesinde bulunulmuş ve yapay yasal unsur yaratılmıştır. Bu yönden de suçun elverişsizliğine dair bir başka delile ulaşılmış oluyoruz. İştirak halinde mülkiyette hisse miktarı olmazken failin sınırı aştığına suç yoluna girdiğine hangi noktadan sonra ne şekilde hükmedileceği yasada karşılık bulamamaktadır. Yasa bu haliyle açıkça kıyasa ve kıyasa yol açacak biçimde genişletici yoruma gidilmesine müsaittir. Bu içtihatlar üzerinden de görülecektir ki, TCK. 144/1-a maddesinde düzenlenen açıkça hakkın özüne müdahale niteliğinde olan ve ceza sorumluluğuna ilişkin Anayasa'nın 38/1. maddesini, Anayasanın 2. maddesindeki hukuki güvence sağlama yükümü altındaki hukuk devleti ilkesini ihlal eder mahiyettedir.

Yasal düzenleme bir başka açıdan değerlendirildiğinde, TCK 144. maddede "malik olunan" şeklinde tanımlanan özgü faillik ile hırsızlık suçunun basit şeklinin failde aradığı malın kendisine ait olmaması unsurunun çatışmasının diğer bir haksız yansıması da mülkiyet hakkını

kullanmasından dolayı hırsızlıkla suçlanan ve hüküm giyen kişilerin bir de bunun neticesi olarak hırsızlık suçunun 2709 sayılı Anayasa'nın 76. maddesinde yüz kızartıcı suç olarak düzenlenmesi ve seçilme yeterliliğine engel görülmesi haksızlığın niceliğini arttırmaktadır. Kişilerin mülkiyet haklarını kullanmalarından dolayı, eylemleri genel olarak hukuka aykırı olsa dahi, meşru bir hak ve yetkiye dayandığından mülkiyet haklarını kullanmalarının sonucunda hürriyetlerinden yoksun bırakılmalarının yanında bir de seçilme gibi temel bir siyasi haktan mahrum bırakılmaları açıkça hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Tüm bu sonuçları ile gözetildiğinde TCK 144. maddesindeki mezkur düzenlemenin hakkın kullanımından yoksun bırakmaya yakın, hakkın özüne müdahale eder bir düzenleme olduğu çok açıktır. Tüm asli ve feri sonuçları ile birlikte, kusursuz suç ve ceza olmaz prensibi, mülkiyet hakkı, hukuki güvence sağlama hükmü altındaki hukuk devleti ilkesi, insan haklarına saygılı devlet ilkesi ve seçilme hakkı ihlal edilmiştir.

Belirtilen nedenlerle 5237 sayılı Yasanın 144/1-a bendindeki "paydaş veya el birliği ile malik olunan mal üzerinde" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığının tespiti ve iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmak gerekmiştir.

."

"