

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2009/87
Karar Sayısı : 2011/30
Karar Günü : 3.2.2011
R.G. Tarih-Sayı : 06.07.2011-27986

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Adana 3. Ağır Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 38. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Uyuşturucu ve uyarıcı madde satma suçundan açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 38. maddesi şöyledir:

'(1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.

(2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme hâlinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi hâlinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.

(3) Azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hâllerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.'

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 10. maddesine dayanılmış, 2. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A.

Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 3.12.2009 günü yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasaya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvururmayla yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 38. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, *'Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme hâlinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır'*; ikinci cümlesinde ise *'Çocukların suça azmettirilmesi hâlinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz'* hükmü yer almaktadır.

Bakılmakta olan davada, sanıklar arasında üstsoy ve altsoy ilişkisi bulunmayıp, azmettirilen sanığın çocuk olması nedeniyle azmettirenin cezasında ikinci cümlede yer alan düzenleme gereğince artırım uygulanması söz konusudur. Bu bakımdan fıkranın birinci cümlesinin dava ile ilgisi bulunmamaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 38. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

A- Birinci cümlesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu cümleye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine,

B- İkinci cümlelerin dosyada eksiklik bulunmadığından, esasının incelenmesine,

Oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, ceza artırımının süresiz cezalarda uygulanmasının mümkün olmadığı, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5237 sayılı Yasa'nın 38. maddesinde, suça iştirak hallerinden 'azmettirme' düzenlenmiştir. Azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir. Maddenin (1) numaralı fıkrasında, azmettirenin, fail gibi cezalandırılacağı esası kabul edilmiş; azmettirenin, işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. (2) numaralı fıkrasında ise azmettirenin cezasını 'artıran'

nedenler gösterilmiştir. Fıkranın birinci cümlesinde, üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle bir kişinin suça azmettirilmesi halinde, azmettirenin cezasının, üçte birden yarısına kadar artırılacağı belirtilmiştir. Üstsoy ve altsoy kavramları, Türk Medeni Kanunu'nun 17. maddesine göre 'biri diğerinden gelen kişiler' arasındaki kan hısımlığı anlamına gelmektedir. Fıkranın, itiraz konusu, ikinci cümlesinde, üstsoy ve altsoy ilişkisi aranmaksızın, çocukların suça azmettirilmesi, cezayı artıran neden olarak görülmüştür. Buna göre çocuklara suç işlettirilmesi durumunda azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. Buradaki 'çocuk', Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendindeki tanıma göre, henüz '18 yaşını doldurmamış kişi'dir. Azmettirenin cezasında artırım öngören kuralın gerekçesinde, *'Bu durumlarda azmettirenin cezasında artırım öngörülmesinin hukukî dayanağı, ayrıca, azmettirme olgusunun tek başına bir haksızlık ifade etmesidir'* denilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları ile ceza hukukunun temel ilkeleri başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir.

Yasa koyucu, cezalandırmada güdülen amacı, suçların niteliği, işlenme biçimi, işlenme oranındaki artış, azalma ve kamu düzeni için yarattığı tehlikeyi, suçluların özelliklerini de gözeterек toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici sebep olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Yasa koyucu bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane olmaması gibi hususları da dikkate almak zorundadır. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında herhangi bir suç için konulmuş ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın değil, o suçun toplum yaşamında yarattığı etkinin de dikkate alınması gerekir.

Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerinde, çocuklara yönelik koruyucu hükümlere yer verilmiş, çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı, her çocuğun korunma hakkına sahip olduğu, Devletin, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alacağı öngörülmüştür.

Yaşamının ilk anından itibaren korunmaya ve yardıma muhtaç olan çocuk, erişkinden farklıdır. Erişkinlerden farklı fiziksel, fizyolojik, davranış ve psikolojik özelliklerinin olması, henüz kişiliklerinin, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş bulunması, bireysel kavrama, karar verme, ahlaki ve toplumsal sorumluluk duygusuna sahip olmayabilecekleri düşüncesi, çocuk ve çocuk haklarının, ulusal ve uluslararası alanda özel olarak korunmasını gerektirmiştir. Çocuğun korunmasını toplum artı bir değer olarak kabul etmektedir. Modern hukuk sistemleri çocuğun korunmasını, 'kamu yararına koruma' şeklinde geliştirmiştir. Bu nedenle, çocuk kamu yararına korunacaktır ve bu ise çıkarılacak yasalarla sağlanacaktır.

Nitekim Türkiye'nin de taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3. maddesinin birinci fıkrasında da, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idarî makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararının temel düşünce olduğu vurgulanmış; çocuk hukukunda uluslararası standartları tespit eden ve çocuk haklarını koruyan hükümlere yer verilmiştir.

İtiraz konusu kuralda, çocukların suça azmettirilmesi halinde, üstsoy ve altsoy ilişkisi bulunmasa da, azmettirenin cezasının artırılması öngörülmüştür. Suçun, kamu düzenini ve aile düzenini ileri düzeyde bozması göz önünde bulundurularak daha ağır bir yaptırım öngörülmesi anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdiri kapsamındadır. Kuralla korunmak istenen hukuki yarar, suçun niteliği ile öngörülen cezanın tür ve miktarı gözetildiğinde kuralda yer alan cezanın adaletsiz ve ölçsüz olduğundan söz edilemez. Cezanın artırımlı uygulanması, gerekçede belirtildiği gibi, işlenen haksızlığın ağırlığıyla ilgilidir. Bir suçun işlenmesine çocuğun daha kolay azmettirilebileceği gözetildiğinde, söz konusu düzenlemenin bu suçun işlenmesinin önüne geçilmesi ve çocuğun daha etkin bir koruma altına alınması, toplumsal barışın ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır.

Herhangi bir çocuğu suça azmettiren kişinin, kamu düzenine karşı gelme ve toplum huzurunu bozma iradesinin, çocuğun maddi ve hukuksal durumu gözetildiğinde, suç ve ceza politikaları yönünden, erişkini azmettireninden farklı olarak değerlendirilmesi kaçınılmazdır. Çocuklar, temyiz kabiliyeti, işlenen suçun sebep ve sonuçlarını değerlendirebilecek akli, ruhi ve fiziki olgunluğa sahip olma, geçerli hukuki işlem yapabilme, kendini savunma ve kendini üçüncü kişilere karşı temsil etme bakımından reşit kişilerden farklı konumdadırlar.

Öte yandan, başvuru kararında belirtildiği gibi, artırımın süreli cezalarda uygulanıp, süresiz cezalarda uygulanamaması şeklinde bir eşitlik karşılaştırılması yapılamaz. Yasa koyucunun, suç ve ceza siyasetine ilişkin takdiri kapsamında değerlendirilen ve suçun toplumda yarattığı etkiyi dikkate alarak düzenlediği kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bir yönü görülmemiştir. İstem reddi gerekir.

Yukarıda belirtilen gerekçe karşısında kuralın Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek duyulmamıştır.

VI- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 38. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3.2.2011 gününde karar verildi.

Başkan

Haşim KILIÇ

Başkanvekili

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

Üye

Ahmet AKYALÇIN

Üye

Mehmet ERTEN

Üye

Fettah OTO

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Alparslan ALTAN

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

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

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN