

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2014/162

Karar Sayısı : 2015/47

Karar Tarihi : 13.5.2015

R.G. Tarih-Sayı : 2.6.2015-29374

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Edremit (Kapatılan) 1. Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 144. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin Anayasa'nın 2., 13., 35., 38. ve 67. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Miras nedeniyle, kardeşi ile birlikte elbirliği ile malik olduğu taşınmazdaki zeytinleri toplayarak hırsızlık suçunu işlediği ileri sürülen şüpheli hakkında açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 144. maddesi şöyledir:

"Daha az cezayı gerektiren haller

Madde 144- (1) Hırsızlık suçunun;

a) Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde,

b) Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla,

İşlenmesi halinde, şikayet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. "

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 13., 35., 38. ve 67. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 22.10.2014 tarihinde yapılan ilk

inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ümit DENİZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın hırsızlık suçuna ilişkin diğer maddelerle çeliştiği, suçun unsurlarının kuralda açıkça düzenlenmemesi nedeniyle "*kanunsuz suç ve ceza olmaz*" prensibinin ve maliklerin hukuki güvenliklerini sağlayamadığından hukuk devleti ilkesinin ihlal edildiği, paydaşlık ve elbirliği ilişkisinin bir hakka dayandığı ve bu hakkı kullanan kişilerin mülkiyet hakkından yoksun bırakılarak hakkın özüne müdahale edildiği, hırsızlık suçunun milletvekili seçilmeye engel olması nedeniyle mülkiyet hakkını kullananların seçilme hakkından mahrum bırakıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13., 35., 38. ve 67. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 144. maddesi, hırsızlık suçunda suçun temel şekline göre daha az cezayı gerektiren hâlleri, itiraza konu kural ise daha az cezayı gerektiren hâllerden paylı (müşterek) veya elbirliği (iştirak) hâlinde mülkiyete konu olan mal üzerinde hırsızlık suçunun işlenmesi hâlini düzenlemektedir. Buna göre, hırsızlık suçunun, paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde işlenmesi hâlinde, şikâyet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunacaktır.

Mülkiyet hakkı, gerek mülkiyete konu eşya gerekse hakkın sahibine göre çeşitli türlere ayrılmaktadır. Hak sahibi dikkate alınarak yapılan ayrıma göre, birden fazla kişinin hak sahipliğini ifade eden birlikte mülkiyet de kendi içerisinde paylı ve elbirliği mülkiyet olarak ikiye ayrılmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 688. maddesinin birinci fıkrası uyarınca "*Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddî olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir.*" Bu mülkiyet türünde eşya üzerinde tek mülkiyet hakkı var ise de bu hakkı kullanan birden fazla paydaş bulunmakta, paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olmaktadır. 4721 sayılı Kanun'un 693. maddesinin birinci fıkrası uyarınca paydaşlardan her biri, diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilecek ve onu kullanabilecektir. Anılan Kanun'un 701. maddesinin birinci fıkrası uyarınca "*Kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir.*" Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır. Ortakların hakları ve yükümlülükleri, topluluğu doğuran kanun veya sözleşme hükümleri ile belirlenir. Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, yönetim veya tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir. Paylı ve elbirliği ile mülkiyette, hak sahipleri arasında mülkiyete konu olan eşyanın kendisi ve hakkın içeriği parçalara ayrılmamıştır. Tek mülkiyet hakkı, ancak birden çok malik bulunmaktadır. Dolayısıyla her iki mülkiyet türünde de birden fazla malik olması nedeniyle bir malikin hakları diğer maliklerin hakları ile sınırlıdır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan

kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, suçların niteliği, işlenme biçimi, içerik ve yoğunluğu, kamu düzenini ihlal derecesi, cezaların caydırıcılığı, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın ihtiyaçları göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseselerin nelerden ibaret olacağı hususlarında takdir yetkisine sahiptir.

Paydaşlar ve ortaklar arasında meydana gelebilecek anlaşmazlıkların önlenmesinin kamu yararı olduğu açıktır. Gerek paylı mülkiyette gerekse elbirliği ile mülkiyette, mülke ilişkin iş ve işlemlerin sağlıklı şekilde yürütülmesinde, paydaş ve ortaklara ulaşılabilmesi ve aralarındaki uyum önem taşımaktadır. Aksi hâlde birlikte mülkiyetin özelliği gereği sorunların yaşanması kaçınılmazdır. Kuralın, birlikte mülkiyet türünde anlaşmazlıklara engel olunmasını ve mülkiyete ilişkin işlemlerin daha sağlıklı bir şekilde yürütülmesini amaçladığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucu, ortaklıkların devamı için kamu yararı amacıyla takdir yetkisine dayanarak itiraz konusu kuralı öngörmüştür. Kural ile mülkiyet hakkının sorunsuz devam etmesi sağlanabilecektir. Diğer taraftan kanun koyucu, suçu şikâyet tabi kıldığından paydaş veya ortaklardan herhangi biri istemedikçe ortaklığın içerisine müdahale edilmeyecektir. Diğer yandan suçun şikâyet tabi kılınıp seçimlik ceza öngörülmesi dikkate alındığında kuralın ölçüsüz bir ceza içerdiği söylenemez. Paydaş ve ortaklar arasındaki hırsızlık suçunu engellemeyi amaçlayan ve kanun koyucunun belirtilen takdir yetkisi içerisinde kalan kural, hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gerekir. Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuksal güvenliğinin sağlanması bakımından da önem arz etmektedir.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "*Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz*" denilerek "*suçun kanuniliği*"; üçüncü fıkrasında da "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*" denilerek, "*cezanın kanuniliği*" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak 5237 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yer alan "*suçta ve cezada kanunilik*" ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Bu ilke, aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri en geniş biçimiyle gerçekleştirip güvence altına almakla yükümlü olan hukuk devletinin esas aldığı değerlerden olup uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunmaktadır.

İtiraz konusu kuralla hafif hırsızlık hâli düzenlenmiştir. Suçun hafifletici ve ağırlaştırıcı hâllerini öngören durumlarda yeni bir suç gibi suçun unsurlarının sayılmasına gerek yoktur. Kural ile belirtilecek olan sadece hafifletici ya da ağırlaştırıcı nedenin kendisidir. Zira kanun koyucu, hırsızlık suçunun unsurlarını 5237 sayılı Kanun'un 141. maddesinde "*zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alma*" biçiminde tanımlamış; hırsızlık suçuna ilişkin ilke, yükümlülük veya yasakları oluşturmuştur. Ceza siyasetine göre hangi eylemlerin yaptırımının ne olduğu, yaptırımın alt ve üst sınırları ile bu sınırlar içinde belirlenmesinde hangi ölçütlerin dikkate alınacağı, eylemin özelliklerine göre de ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler açıkça belirtilmiştir. Kuralda yaptırıma konu eylem, uygulanacak yaptırım ve yaptırımın saptanmasında gözetilecek ölçütlerin kanunla düzenlenmiş olması karşısında belirsizlik ve öngörülemezlikten söz edilemeyeceğinden suç ve cezaların kanuniliği ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer taraftan Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.*" denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. Ayrıca, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı da belirtilmiştir.

Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların Anayasa'ya uygun olabilmesi için Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin ilkelere uygun olması gerekir. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnâ olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Paylı mülkiyette paydaşın mülkiyete konu eşya üzerinde payı dışındaki kısımda, elbirliği ile mülkiyette ortakların oybirliği olmaksızın eşya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Zira her iki mülkiyet türünde de tek malikli bir mülkiyet söz konusu değildir. Mülkiyet hakkı eşya üzerinde ise de tasarruf hakkı eşyanın tamamı üzerinde olmadığından her paydaş ya da ortak, diğer paydaş veya ortağın hakları ile bağdaştığı ölçüde haklarından

yararlanabilecektir. İtiraz konusu kural ile suç kabul edilen eylem, paydaş veya elbirliği ile malik olunan eşyaya diğer paydaş veya ortakların müdahalesidir. Kuralla ortak mülkiyetin sorunsuz devamının sağlanması ve paydaş veya ortakların mülkiyet haklarının sınırlı olarak korunması amaçlanmaktadır. Bu nedenle mülkiyet hakkına keyfi ya da hakkın özüne dokunacak boyutta bir sınırlama içermeyen, temel hakkın kullanımını ortadan kaldırmayan ya da güçleştirmeyen, istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olan itiraz konusu kural, ulaşılmak istenilen amaçla sınırlı ve ölçülüdür. Dolayısıyla mülkiyet hakkının kullanımını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak bir müdahaleden söz edilemez.

Öte yandan itiraz konusu kural, paydaş ve ortakların payları üzerindeki haklarına engel oluşturmamakta, sadece ortaklığa konu eşyanın tamamına ilişkin hakların kullanılmasında uygulanmaktadır. Kanun koyucunun ortaklığın düzenli ve uyumlu devam etmesine verdiği önem nedeniyle meşru bir amaca dayandığı da dikkate alınarak, mülkiyet hakkını anayasal ilkelere uygun olarak sınırlandıran düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı da söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 67. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 144. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 13.5.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan

Başkanvekili

Başkanvekili

Zühtü ARSLAN

Alparslan ALTAN

Burhan ÜSTÜN

Üye

Üye

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Serruh KALELİ

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Üye

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Nuri NECİPOĞLU

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY YAZISI

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 144. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerindeki hırsızlık suçu düzenlenmiştir.

İtiraz yoluyla iptali istenen kuralda, hırsızlık suçunun şikayete bağlı ve daha az cezayı gerektiren hallerinden biri düzenlenmektedir. Suç, failin bizzat maliki olduğu mal üzerinde işlenen, kendine özgü bir tür hırsızlıktır. Bu suçta, malikler yönünden farklı hak ve yükümlülükler doğuran iki ayrı mülkiyet türü için aynı cezalar öngörülmüştür. Bu niteliğiyle iptali istenen kuralın gerek Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) düzenlenen elbirliği mülkiyeti kurumu gerek öngörülen cezanın ölçülülüğü yönünden sorgulanması gerekmiştir. Şöyle ki:

I- İki temel yasa arasındaki uyumsuzluk yönünden:

Medeni kanun ve ceza kanunu, toplum düzeninin temel taşlarındandır. Hukuk devleti ilkesi ile bunun alt ilkelerinden olan belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri, insan haklarına dayalı bir hukuk düzeninde, hem temel haklardan olan mülkiyet hakkının sağladığı hak ve olanakların, hem de bu temel hakka yapılacak haksız bir müdahale halinde karşılaşılabilecek yaptırımların açık,

net, öngörülebilir bir şekilde düzenlenmesini zorunlu kılar. Bu düzenlemelerin karşılıklı olarak birbirini tamamlayıcı ve uyum içerisinde olması, öngörülebilecek her tür yaptırımın da ölçülülük ilkesinden uzaklaşmaması gerekir.

Elbirliği mülkiyeti, TMK'nun 701-703. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, elbirliği mülkiyeti kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla doğabilmekte, ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygın olmakta, ortakların hakları ve yükümlülükleri, ortaklığı doğuran kanun veya sözleşme hükümleri ile belirlenmekte, kanun veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça yönetim ve tasarruf işlemleri için ortakların oybirliği gerekmektedir. Elbirliği mülkiyeti, malın devri, topluluğun dağılması veya paylı mülkiyete geçilmesiyle sona erer.

TMK'nun öngördüğü sisteme göre, elbirliği mülkiyetine sahip olan kişinin tasarruf olanakları tek başına malike veya yine TMK'nun 688-700. maddelerinde düzenlenen paylı mülkiyet sahibine oranla daha kısıtlıdır. Öte yandan, itiraz yoluyla başvuran Mahkemenin elindeki davada söz konusu olduğu gibi, çoğu zaman taşınmazdaki ürünlerin toplanması, paraya çevrilerek veya başka surette değerlendirilmesi, ortakların oybirliğini gerektirdiğinden sorun olabilmektedir. Ortak sayısı çoğaldığı ve ürünlere tasarruf için karar alınması aciliyet kazandığı ölçüde sorunun büyüyeceği açıktır.

Öte yandan, TCK ile getirilen yaptırım, elbirliği ortaklarından, malların yönetimi ve tasarrufu konusunda atıl kalan, karar almayan veya durumdan haberdar olmayanlarının mülkiyet hakkını korumaya yönelik gibi görünmektedir. Bu durumda bir yandan elbirliği ile mülkiyette bütün ortaklara paylarına bakılmaksızın kanunla (TMK) verilmiş olan mülkiyet hakkı; diğer yandan da payları ve tasarruf nispetleri belli olmayan ortakların kendileri de müstakil olarak kullanamayacakları soyut mülkiyetin korunması için, oybirliği olmadan tasarrufta bulunan ortağa TCK ile getirilmiş bir ceza tehdidi bulunmaktadır.

İki farklı hukuki statü olan paylı mülkiyet ile elbirliği mülkiyeti, bu hakkın sahiplerine farklı hak ve yükümlülükler getirdiği halde ceza kanunu ile getirilen yaptırımda bir farklılaşmaya gidilmemiştir. Bu durumda iki temel kanun arasında uyumlu bir düzenleme bulunduğundan söz edilemez.

Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine ilişkin istikrar kazanmış tanımına göre eşitlik, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamaktır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Bu nedenle, iki farklı mülkiyet statüsünün aynı ceza yaptırımına bağlanması, eşitlik ilkesi yönünden de sorgulanabilir niteliktedir.

Kanunlardaki bu uyumsuzluğun yarattığı hakkaniyete aykırı sonuçların bir ölçüde telafi edilmesi için Yargıtay'ın, elbirliği ortaklığını da paylı mülkiyet gibi değerlendirerek, paylı mülkiyete geçilmiş olsa kendi payına isabet edecek olan hisseyi aşmayacak ölçüde elbirliği mülkiyetinin konusu olan maldan yararlanan kişinin, suçu işlemiş sayılmayacağına dair kararlar verdiği anlaşılmaktadır. Bir hukuk devletinde yasalardan doğan sakıncaları gidermenin Yargıdan ziyade, öncelikle yasa koyucuya düşen bir görev olduğu gözetildiğinde, daha tatminkar bir yasal düzenleme yapılması için, iptal isteminin kabulü gerekeceği sonucuna varmak gerekir.

İptali istenen yasa kuralının elbirliği mülkiyeti müessesesinin düzenli işlemlerini sağlamak, ihtilafları önlemek gibi bir kamu yararına hizmet ettiği de söylenemez. Çünkü kural, elbirliği ortakları arasında hukuki ihtilafları peşinen önlemek için yararlı olabilecektir de sıklıkla ceza davalarına yol açabileceğinden, ceza hukuku alanında daha fazla uyuşmazlık ve davanın ortaya çıkmasına neden olacaktır. Hukuk alanındaki ihtilaflar azaltılırken ceza yargısının konusu olan uyuşmazlıkların artmasında kamu yararı bulunduğu söylenemez. Bu nedenle de çoğunluk gerekçesine katılmak mümkün değildir.

II- Hürriyeti bağlayıcı cezanın ölçüsüzlüğü yönünden:

İptali istenen kuralla "hırsızlık" olarak nitelenen eylem, bir kişinin, kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca maliklerinden biri olduğu bir malın üzerinde, diğer maliklerin oybirliğiyle verilmiş bir karar olmaksızın, tasarrufta bulunmasıdır. Elbirliği halinde sahip olunan mala ilişkin özel bir hukuka aykırılık türünü oluşturan eylem, suçun mağdurlarının da kendi başlarına kullanamayacakları, elbirliği halinde bulunup hisselerine ayrılmamış mülkiyet üzerindeki yararlanmadır. Buna göre, hukuka aykırı eylemde bulunan ortak, diğer ortaklar olan mağdurların zaten kendi başına kullanamayacağı, yani mağdurun malik veya zilyet olarak mutlak şekilde tasarruf edemeyeceği bir hakka el atmıştır. Bu nedenle elbirliği halindeki mülkiyette öngörülen hırsızlık, "zilyedinin rızası olmadan başkasına ait bir taşınır malı yarar sağlamak amacıyla almak" şeklinde unsurları belirlenen genel ve evrensel hırsızlık tanımına uymamaktadır. Bu hususun öncelikle dikkate alınması, ölçülü bir eylem-ceza dengesi için zorunludur. Daha açık bir ifadeyle, yasa koyucu, bu eylemdeki hukuka aykırılığı "hırsızlık" olarak nitelendirmek zorunda da değildir.

İkinci olarak gözetilmesi gereken husus, elbirliği halinde mülkiyetin kanundan veya sözleşmeden kaynaklandığıdır. Kanunla doğan elbirliği mülkiyeti, kişinin kendi serbest iradesiyle seçtiği bir hukuki statü değildir. Sözleşme mevcutsa, yönetim ve tasarruf şeklinin belirlenmiş olması gerekir. Bu kapsamda hürriyeti bağlayıcı ceza öngören suç ihdas edilirken yasa koyucunun bir yandan failin kusur derecesini, diğer yandan da mağdurların hukuken korunmaya değer menfaatini adil bir şekilde dengelemesi gerekir.

Çağdaş bir hukuk devletinde, başkaları aleyhine zenginleşmenin veya hukuka aykırı olarak başkasının mal varlığında azalmaya neden olmanın otomatik olarak hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirmeyeceği açıktır. Anayasa'nın 38. maddesinin son fıkrasında hiç kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı belirtilmiştir. Başkasının da hak sahibi olduğu elbirliği mülkiyetine konu mal üzerinde hukuki dayanak olmaksızın tasarruf eden bir ortağın durumunun, vekaletsiz iş görme kapsamında değerlendirilebileceği gibi, kusur varsa ve kusurun derecesine göre haksız fiil kurumunun düzenlemeleri çerçevesinde çözümlenmesi de mümkündür. Bu yönden bakıldığında, elbirliği mülkiyetinde ortaklardan birinin, diğerlerinin malvarlığını olumsuz etkileyebilecek de olsa, her hangi bir müdahalesinin doğrudan "hırsızlık" olarak nitelenmesi ve ceza yargılamasına konu edilmesi, bu eylemlere tek başına veya paylı mülkiyet sahibinin hakkına tecavüz eylemler gibi ceza verilmesi, ölçülü bir düzenleme değildir.

Hırsızlık, tarihin en eski çağlarından beri ağır bir suç olarak görülmüş ve hırsızlık mahkûmları, onursuz kişiler olarak, toplum dışına itilmişlerdir. Suçun adı "hırsızlık" olduğu müddetçe verilen cezanın az veya çok olması, ertelenmesi, seçenek cezalara çevrilmesi, hatta affedilmesi toplumdaki bu algıyı değiştirmemektedir. Hırsızlık suçundan mahkumiyetin, başvuran Mahkemenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, ağır sonuçları olabilmektedir.

Suç ve cezaların belirlenmesi, izlediği ceza siyaseti çerçevesinde yasa koyucunun takdirindedir. Kuşkusuz, yasa koyucu, farklı eylemlere de aynı cezayı öngörebilir. Ancak, bu takdir yetkisinin kullanılması, bir hukuk devletinde ölçülü olmak zorundadır. Eylemler arasındaki fark, failin iradesinden değil, devletin koyduğu kanunlardan kaynaklanıyorsa, ceza yaptırımı ile korunmak istenen hukuksal değer daha da açık bir şekilde görülebilmesi gerekir. Bu yönden bakıldığında, koruduğu menfaatler ve sağladığı kamusal yarar net ve açık olmayan, uygulamada yol açtığı adaletsizliği gidermek için yüksek mahkemeleri, kanun hükümlerini aşacak tarzda yorum ve kıyas yapmaya mecbur bırakan yasa kuralının ölçülü olmadığı ve hukuk devleti gerekleriyle bağdaşmadığı sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olan kuralın iptali gerektiği düşüncesindeyim.

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞI GÖRÜŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 144. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istenmiştir.

İptali istenen bendin de yer aldığı kural, şu şekildedir:

"Madde 144- (1) Hırsızlık suçunun;

a) Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde,

b) Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla,

İşlenmesi halinde, şikayet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur."

Mahkememiz çoğunluğu, kuralı Anayasa'ya aykırı görmemiş, iptal talebini reddetmiştir.

Görüldüğü gibi, kuralda hafif hırsızlık suçu sayılan hallere yer verilmiş, iptali istenen bentte de, hırsızlık suçunun paydaş (müşterek) veya elbirliği ile (iştirak halinde) malik olunan mallar üzerinde işlenmesi düzenlenmiştir.

İtiraz konusu kuralın, Kanun taslağındaki gerekçesi şu şekildedir;

"(2) numaralı bentte müşterek veya iştirak hâlinde mülkiyete konu olan bir malın çalınması durumu düzenlenmiştir. Suçun bu şeklinin oluşması için failin malın hukukî durumunu bilmesi gerekir. Kendi hissesine isabet eden kısmı alması hâlinde haksız bir yararın sağlanmadığı ve fiilin, olsa olsa, kendiliğinden hak alma suçunu teşkil ettiği düşünülebilir. Hırsızlıkta gözetilen yararın "haksız" olmasının şart olmadığı kabul edildiği ve müşterek veya iştirak hâlinde mülkiyette hisse oranının ve bu hisseye giren malın tür ve miktarını belirlemenin zorunluluğu göz önüne alınarak böyle bir durumda da hafif hırsızlık hâlinin oluşacağı kabul edilmiştir."

İptali istenen kural müşterek veya iştirak halinde mülkiyete konu olan malın çalınması durumunu düzenlemektedir. Suçun konusu, genel olarak ortak tasarruf hakkına sahip olunan mal veya maldan elde edilen ürünler olabilir. Suçun soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı kılınmıştır.

Suçun oluşması için, müşterek mülkiyette veya iştirak halinde mülkiyette bir pay sahibinin, payı olmayan kısmı, bilerek alması gerekmektedir. Pay sahibi kendi payını almak isterse, doğal olarak bu durumun suç teşkil etmemesi gerekir.

Kuralda belirtilen müşterek mülkiyet, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 688-700. maddeleri arasında düzenlenmiştir. MK m. 688'e göre:

"Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddî olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir.

Başka türlü belirlenmedikçe, paylar eşit sayılır.

Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir".

Müşterek mülkiyet halinde, aynı hukuki statüde bulunan birden çok kişinin belirli bir eşyaya aynı anda paylı olarak malik olmaları sözkonusudur. Paydaşların (hissedarların) payları bellidir. Hissedarların pay oranları belirli ise de malın tamamı üzerinde hak sahibidirler. Her paydaş kendi payı üzerinde maliktir ve malik olmanın getirdiği tüm hak ve yükümlülüklerle sahiptir. Payının dışındaki kısım ise başkasına aittir. Bu mülkiyet türünün en önemli özelliği, paylı da olsa tüm paydaşların malın tamamı üzerinde hak sahibi olmalarıdır. Eşya paylaşılmamış ve paydaşlara düşen kısım belirlenmiş değildir; belirli olan pay oranıdır.

İştirak halinde mülkiyet ise yine Medeni Kanun'un 701-703. maddeleri arasında düzenlenmiştir. MK m. 701'e göre :

"Kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir.

Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır."

İştirak halinde mülkiyet, kanunun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca bir topluluk ilişkisi içinde bulunan kişiler arasında bu topluluk sebebiyle mevcut olan ve hakkın tamamı paylara bölünmeden ortaklardan her birine diğerleriyle birlikte ait olan birlikte mülkiyet şeklindedir. Hiçbir ortağın tasarruf edebileceği doğrudan bir pay oranı söz konusu değildir.

Ortakların belirlenmiş payları yoktur. Her birinin hakkı ortaklığa giren eşyanın tamamına yaygındır. Pay oranı da belirli değildir. Burada paydaşlık değil ortaklık söz konusudur.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinde, kanun koyucu, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kuralları, ceza hukukunun evrensel ilkeleri ile Anayasa başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın ihtiyaçlarını göz önüne alarak belirlenecek ceza siyasetine göre kabul edebilir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseselerin nelerden ibaret olacağı hususlarında takdir yetkisine sahiptir.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, *"Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz"* denilerek "suçun kanuniliği"; üçüncü fıkrasında da *"ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur"* denilerek "cezanın kanuniliği" ilkesi düzenlenmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

İtiraz konusu kuralda, hırsızlık suçunun hafifletilmiş hali yahut hafif hırsızlık hali düzenlenmiştir. TCK m. 141'de hırsızlık suçu *"zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alma"* şeklinde tanımlanmıştır. İptali istenen kuralda da, müşterek veya iştirak halinde mülkiyette hissedarların, kendi hakkı dışında diğer hissedarların hakkına tecavüz etmesi durumunda, "hafif hırsızlık" suçunun işlenmiş sayılacağı kabul edilmiştir. Suçun oluşması için, TCK m. 141 gereğince (basit) hırsızlık suçu için geçerli olan kuralların, burada da geçerli olduğu o nedenle suçun kanuni unsurlarının gerçekleştiği düşünülebilir. Ancak kanaatimce, burada hafif hırsızlık olarak kabul edilen bu suçun gerçekleşmiş sayılabilmesi için, suçun unsurları açısından bir takım belirsizlikler bulunmaktadır.

Öncelikle, müşterek mülkiyet ve iştirak halinde mülkiyette, yukarıda kısaca açıklandığı üzere, hissedarların hak ve yetkileri Medeni Kanunda farklı şekilde düzenlenmiştir. Bu duruma bağlı olarak da, suçun ne şekilde oluşacağını, müşterek mülkiyet ve iştirak halinde mülkiyet açısından, niteliklerini dikkate alarak farklı şekilde düzenlemek gerekmektedir. İki farklı mülkiyet ortaklığı halinin, aralarındaki farklılığı hiç dikkate almaksızın aynı şekilde düzenlenmesi, bu ortaklık tiplerinin niteliğine aykırı düşmektedir; o nedenle de suçun hangi hallerde gerçekleştiği konusunda tereddütler doğabilmektedir. Özellikle, iştirak halinde mülkiyette, ortakların hisseleri ve miktarları belli olmadığından, örneğin bir bahçenin ürünlerini toplamak için mutlaka ortakların oybirliği ile karar vermeleri yahut birinin toplamasına diğerlerinin rıza göstermeleri gerekir. Aksi takdirde, bir ortak kendi hakkını almak amacıyla

harekete geçtiğinde, hırsızlık suçunu işlemiş olması yahut diğer ortaklar tarafından hırsızlıkla itham edilmesi kuvvetle muhtemeldir. Uygulamada her ne kadar, iştirak halinde mülkiyete de, müşterek mülkiyete getirilen çözüme benzer şekilde çözüm getiriliyorsa da, bu durum, iştirak halinde mülkiyetin niteliğine aykırı olduğu gibi, uygulamada getirilen çözüm anayasal denetim açısından belirleyici olamaz.

İştirak halinde mülkiyette, ayrıca ortaklık konusu malın bölünebilir olup olmadığı da, önemli bir faktördür. İştirak halinde mülkiyette bölünebilir şeylerde, müşterek mülkiyete benzer bir çözüm getirilse de, bölünemeyen mallarda, bu durum daha da güçlük arz edecektir.

Bu açıdan, müşterek mülkiyette ve özellikle iştirak halinde mülkiyette, hırsızlık suçunun ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı, bir diğer yönü ile suçun maddi unsurları, TCK m. 141'de düzenlenen hırsızlık suçunun unsurlarına atıf yapılarak çözümlenebilecek nitelikte değildir. O nedenle de, tereddütlere neden olabilecek durumdadır. Nitekim yukarıda ifade edildiği üzere, kuralın gerekçesinde de *"hırsızlıkta gözetilen yararın "haksız" olmasının şart olmadığı kabul edildiği ve müşterek veya iştirak hâlinde mülkiyette hisse oranının ve bu hisseye giren malın tür ve miktarını belirlemenin zorunluluğu göz önüne alınarak böyle bir durumda da hafif hırsızlık hâlinin oluşacağı kabul edilmiştir"* denilerek, bu durum kanun koyucu tarafından da kabul edilmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere, iptali istenen bentte düzenlenen suçun maddi unsurları, belirsiz ve tereddütlere neden olabilecek nitelikte olduğundan, müşterek ve iştirak halinde mülkiyet kurallarının niteliklerine uygun olarak, suçun unsurları tekrar belirlenmelidir. Bu açıdan kural, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır.

Kanun koyucu, kuralın gerekçesinde de ifade edildiği üzere, müşterek mülkiyette ve iştirak halinde mülkiyette, hisse oranlarını ve bu hisseye giren malın tür ve miktarını belirlemenin zor olduğunu kabul etmesine rağmen, yine de suçu hırsızlık olarak kabul etmiştir. Madde gerekçesinde her ne kadar "hafif hırsızlık" denilmişse de, sonuçta fiil, hırsızlık suçu olarak kabul edilmiş durumdadır. Kanun koyucu, birden fazla kimsenin, bir mala birlikte sahip olduğu hallerde, ortaklar arasındaki ilişkinin hukuka uygun yürütülmesini sağlamak, diğer ortakların haklarını korumak için, kötü niyetli girişimleri suç olarak düzenleyebilir. Bu konuda takdir yetkisi vardır. Ancak bu yetki kullanılırken, hukuk devleti ilkesi gereğince, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kullanılmalı ve getirilen düzenleme/sınırlama ölçülü olmalıdır. İptali istenen kural bu açıdan değerlendirildiğinde, fiilin suç olarak düzenlenmesi demokratik toplum düzeninin gerekleri açısından kabul edilebilir olsa da, yukarıda ifade edilen belirsizliklere rağmen, hırsızlık gibi ağır bir suç olarak düzenlenmiş olması ölçülük ilkesine uygun değildir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 144. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmam mümkün olmamıştır.

Üye

Erdal TERCAN