

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2021/98

Karar Sayısı : 2022/9

Karar Tarihi: 26/1/2022

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Çorum 3. Ağır Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "...*olası kastla...*" ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sanıkların kasten öldürmeye teşebbüs ve olası kast ile yaralama suçlarından cezalandırılmaları talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN VE İLGİLİ GÖRÜLEN KANUN HÜKÜMLERİ

A. İptali İstenen Kanun Hükmü

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 61. maddesi şöyledir:

"Cezanın belirlenmesi

Madde 61.- (1) Hakim, somut olayda:

- Suçun işleniş biçimini,*
- Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,*
- Suçun işlendiği zaman ve yeri,*
- Suçun konusunun önem ve değerini,*
- Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını,*
- Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını,*
- Failin güttüğü amaç ve saiki.*

Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın altı ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.

(2) Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, birinci fıkraya hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılır.

(3) Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurlarını oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz.

(4) Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır.

(5) Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir.

(6) Hapis cezasının süresi gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmidört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl, resmi takvime göre hesap edilir. Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk Lirasının artakanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez.

(7) (Ek: 29/6/2005 – 5377/7 md.) Süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz.

(8) (Ek: 29/6/2005 – 5377/7 md.) Adli para cezası hesaplanırken, bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur.

(9) (Ek: 6/12/2006 – 5560/1 md.) Adli para cezasının seçimsel ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.

(10) Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.”

B. İlgili Görülen Kanun Hükmü

Kanun'un 21. maddesi şöyledir:

“Kast

Madde 21- (1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

(2) Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Basri BAĞCI ve İrfan FİDAN'ın katılımlarıyla 22/9/2021 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Mustafa Erdem ATLIHAN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ve ilgili görülen kanun hükümleri, dayatılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüldüğü düşünüldü:

A. İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle; itiraz konusu kuralla olası kastın varlığı hâlinde cezada yapılacak indirimin 5237 sayılı Kanun'un 61. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre belirlenen ceza üzerinden yapılmasının öngörüldüğü, bu durumun bazı suçlar bakımından doğrudan kast ve olası kastla belirlenen sonuç cezaların aynı olmasına neden olduğu, bu durumun adalet ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 5237 sayılı Kanun'un 61. maddesinin (2) numaralı fıkrası suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırımın, anılan maddenin (1) numaralı fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılacağını öngörmekte olup (2) numaralı fıkrada yer alan "...*olası kastla*..." ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

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

6. Hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini gözönüne alan suç politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu; izlediği suç politikası gereği cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunların hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliğinin incelenmesi anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır.

7. Bununla birlikte kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik*, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, *gereklilik* başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, *orantılılık* ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında da *ölçülülük ilkesi* gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

8. Kanun koyucunun 5237 sayılı Kanun'un 21. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca doğrudan kast ile işlenen suçlara nazaran olası kast ile işlenen suçlarda bir indirim öngörmek suretiyle eylemin ağırlığına göre bir ceza adaleti sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. İtiraz konusu kural ise bu indirim temel cezanın belirlenmesinde nasıl uygulanacağını göstermektedir.

9. Bu bağlamda kanun koyucu takdir yetkisi kapsamında olası kastla işlenen fiillerde, olası kast indiriminin anılan Kanun'un 61. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilen sıraya uygun olarak temel cezanın belirlenmesinden sonra yapılmasını öngörmüştür. Anılan fıkrada ise hâkimin, somut olayda suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını ve failin güttüğü amaç ve saiki gözönünde bulundurarak işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyeceği hükme bağlanmıştır.

10. Kanun'un 21. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi hâlinde olası kastın varlığından söz edilir.

11. Olası kastta doğrudan kasta göre kastın yoğunluğunun daha az olduğu gözetildiğinde olası kastta ceza indiriminin temel cezanın belirlenmesinin ardından yapılmasını öngören kuralın ceza adaletine ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

12. Kanun koyucu, failin kusurunun ağırlığının Kanun'un 61. maddesinin (1) numaralı fıkrası (f) bendi kapsamında temel cezanın belirlenmesi sırasında gözönünde bulundurulmasını hükme bağlamıştır. Ayrıca olası kastın varlığı hâlinde failin öngörmüş olduğu neticenin gerçekleşmesi için bir gayret göstermediği ve bu neticeyi istemediği ancak kabullendiği gözetilerek olası kastın haksızlık içeriğinin doğrudan kasta nazaran daha az olduğu kabul edilerek temel cezada indirim yapılması düzenleme altına alınmıştır. İtiraz konusu kurala bu olası kast indiriminin Kanun'un 61. maddesinin (1) numaralı fıkrasında gösterilen sıraya uygun olarak temel ceza belirlendikten sonra yapılması gerektiği öngörülmüştür.

13. Kusurun yoğunluğunun azlığı nedeniyle olası kastın varlığı hâlinde hangi aşamada cezada indirim yapılacağını belirleme hususu da anayasal sınırlar içinde olmak kaydıyla kanun koyucunun ceza hukuku alanına ilişkin sahip olduğu takdir yetkisi kapsamındadır. Kuralla temel cezanın belirlenmesinin ardından indirim yapılmasının öngörülmesinin suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak nitelikte cezaların verilmesine yol açacağı söylenemez. Bu itibarla kuralın orantılılık ilkesiyle çelişmediği ve ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayan bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

14. Öte yandan bazı suçlar bakımından olası kast veya doğrudan kastın varlığı hâlinde hükmedilen sonuç cezaların aynı olması mümkün ise de bu durum kuraldan kaynaklanmayıp söz konusu suçlara ilişkin cezaların düzenlendiği hükümlerin sonucudur. Kural, cezalarda özel olarak bazı suçlar için değil tüm suçlar bakımından indirim öngörmektedir. Bu itibarla kuralın her somut olayın özellikleri gözetilmek suretiyle uygulanmasının önünde bir engel de bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 28/5/2013 tarihli ve E.2013/259,

K.2013/273 sayılı kararıyla olası kastın varlığı hâlinde her halükârda sonuç cezadan indirim yapılmasını sağlayan bir içtihat oluşturmuştur.

15. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamışlardır.

IV. HÜKÜM

26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "...*olası kastla*..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA 26/1/2022 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 61. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "...*olası kastla...*" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası Mahkememiz çoğunluğu tarafından reddedilmiştir.

2. TCK'nın "Kast" kenar başlıklı 21. maddesinin (2) numaralı fıkrasında suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğinin öngörülmesine rağmen işlenmesi halinde "*olası kasi*"ın ortaya çıkacağı. bu durumda cezanın ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla, diğer suçlarda ise temel cezanın üçte birinden yarısına kadar indirileceği belirtilmektedir. İtiraz konusu kural olası kastla işlenen suçlarda indirimin *temel* ceza üzerinden yapılmasını öngörmektedir.

3. İtiraz yoluna başvuran mahkemeye göre bu indirim sıralaması, neticesi itibariyle ağırlaşmış suçlarda olası kastla doğrudan kast arasındaki farkı ortadan kaldırmakta, her iki durumda da aynı cezaya hükmedilmesine neden olabilmektedir. Nitekim neticesi sebebiyle ağırlaşan "*kasten yaralama suçu*"nun olası kastla işlenmesi halinde, iptali istenen kural uyarınca indirim temel cezadan yapıldığında aynı suçun doğrudan kastla işlenmesi durumunda verilen cezayla aynı ceza verilebilmektedir.

4. Mahkememiz çoğunluğu, bu durumu kabul etmekle birlikte, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun neticesi sebebiyle kasten yaralama suçunun olası kastla işlenmesi halinde indirimin sonuç cezadan yapılması gerektiğine dair içtihadına atıf yapmak suretiyle, sorunun bir anlamda uygulamada çözülebileceği sonucuna ulaşmıştır (§ 14).

5. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, itiraz konusu kuralın öngördüğü sıralamayı, uygulamada hakkaniyete ve ceza adaletine aykırı sonuçlar doğuracağı gerekçesiyle değiştirmiştir. Başka bir ifadeyle, Yargıtay neticesi sebebiyle ağırlaşan kasten yaralama suçunda doğrudan kastla aynı sonuca yol açmaması için olası kast indiriminin *temel* cezadan değil, *sonuç* ceza üzerinden yapılması gerektiğine karar vermiştir. Buna göre bu suçlarda indirimin temel ceza üzerinden yapılması "*ceza adaletine ve kanun koyucunun eylemin olası kastla işlenmesi halinde daha az cezaya hükümlenmesi gerektiği yönündeki amacına uygun düşmeyecektir...* [B]u nedenle 5237 sayılı TCK'nun 21/2. maddesi uyarınca olası kast nedeniyle yapılacak indirimin 86/1 ve 87/1-d-son maddeleri uyarınca belirlenen ceza üzerinden yapılması gerektiğinin kabulünde ceza adaleti yönünden zorunluluk bulunmaktadır" (YCGK, E. 2013/259, K. 2013/273, 28/5/2013).

6. Yargıtay'ın kararında olası kastın mahiyetine ve kanun koyucunun amacına ilişkin değerlendirmeye iştirak etmemek mümkün değildir. Gerçekten de olası kast halinde cezada yapılması öngörülen indirimin sebebi, bu durumdaki haksızlık içeriğinin doğrudan kasta kıyasla daha az olduğunun kabul edilmesidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de olası kastı düzenleyen TCK'nın 21. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verirken bu hususa vurgu yapmıştır. Mahkeme'ye göre, "*bu kast türünde kusur ve haksızlık içeriği doğrudan kasta göre daha az olduğundan*", kanun koyucunun "*temel cezada indirim yapılmasını öngördüğü anlaşılmaktadır*" (AYM, E. 2005/107, K. 2009/23, 19/2/2009).

7. Bununla birlikte, olası kastın mahiyetine ve kanun koyucunun amacına ilişkin tespitin doğru olması, ulaşılan sonucu isabetli hale getirmeye yetmemektedir. Kanunun adaletsiz sonuçlara yol açabileceğini düşünmek onun uygulanmamasını meşrulaştırmaz. Yargıtay'ın anılan kararına muhalif kalan üyelerin belirttikleri üzere "*Hâkimler, beğenmeseler bile kanunları uygulamak zorundadırlar*". Aynı şekilde, müstakil muhalefet gerekçesinde vurgulandığı gibi, olası ve doğrudan kastla işlenmiş suçların cezalarının aynı olması durumunu hakkaniyete aykırı olduğu için eleştirebiliriz, buna neden olan kanun hükmünün değiştirilmesini de isteyebiliriz, ancak "*TCK'nın 21(2). maddesini, 87. maddeden sonra uygulayalım' ...diyemeyiz*" (bkz. YCGK, E. 2013/259, K. 2013/273, 28/5/2013).

8. Daha önemlisi Yargıtay'ın veya herhangi bir mahkemenin "*ceza adaleti bakımından zorunluluk*" nedeniyle bir kanun hükmüne yönelik geliştirdiği yorumu dikkate alarak anayasallık denetimi yapmak en az iki nedenle doğru olmaz. Birincisi kanun hükmünün mahkemeler tarafından yorumu ve somut olaya uygulanması doğru olmayabilir. İkincisi ise bir an için bu yorum ve uygulama "*doğru*" olsa bile mahkeme içtihatları zamanla değişebilmektedir.

9. Bu kapsamda anayasa yargısının temel işlevi adalete ve hakkaniyete aykırı uygulamaya neden olan kanun hükümlerinin hukuk sisteminden ayıklanmasını sağlamaktır. Bilhassa, kanunları somut uyumsuzluklara uygulayan mahkemelerin defî yoluyla ileri sürdükleri anayasaya aykırılıkları tespit ederek, bunları ortadan kaldırma konusunda kanun koyucuya yol göstermek Anayasa Mahkemesinin görevidir. Bu tür durumlarda sorunun uygulamada yorum yoluyla ve mahkeme kararlarıyla çözülebileceğini söylemek, en iyi ihtimalle kanunun ihmal edilerek, hatta tamamen değiştirilerek uygulanma(ma)sına izin vermek anlamına gelecektir. Bu da yargı yoluyla yasama faaliyetinde bulunma gibi bir sonuç ortaya çıkarır ki, bunu başta kuvvetler ayrılığı olmak üzere anayasal ilkelerle bağdaştırmak mümkün olmaz (itiraz konusu kural bağlamında bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmec, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 12. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s. 179, dipnot 396).

10. Nitekim Anayasa Mahkemesi gazetecilere ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenleri bu ücretleri geçecek her gün için yüzde 5 fazlasıyla ödemeye mecbur kılan, dolayısıyla yılda yüzde 1825 oranında fazla ödemeye sebep olabilen kanun hükmünü orantısız olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Esasen kanunun doğurduğu bu orantısızlığı bir anlamda "telafi" etmek için, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu içtihadına dayanılarak uygulamada alacaklardan yüzde 95-97'ye varan indirimler yapılmaktaydı. Ancak Anayasa Mahkemesi bu uygulamaya rağmen kuralın Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiş, böylece hukuk sisteminden ayıklanmasını sağlamıştır (AYM, E.2019/48, K.2019/74, 19/09/2019).

11. İtiraz konusu kural bakımından da Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımdan ayrılmasını gerektiren bir neden bulunmamaktadır. Zira kuralın anlam ve kapsamı son derece açık ve belirlidir. Kanun koyucu tüm suçlar yönünden olası kast indiriminin *temel ceza* üzerinden yapılmasını öngörmüştür. Nitekim Mahkememiz çoğunluğu da kuralın "*özel olarak bazı suçlar için değil tüm suçlar bakımından indirim öngörmekte*" olduğunu ifade etmektedir (§ 14). Çoğunluk bunu belirtirken, tüm suçlar bakımından indirimin "*temel ceza*" üzerinden yapılacağına değinmemiştir. Buradaki muhalefet konusu, olası kast indiriminin tüm suçlar bakımından geçerli olup olmadığı değil, tüm suçlar için geçerli olduğunda tereddüt

bulunmayan söz konusu indirimin bazı suçlar yönünden temel ceza yerine sonuç ceza üzerinden yapıp yapılamayacağıdır.

12. Çoğunluğun “*kuralın her somut olayın özellikleri gözetilmek suretiyle uygulanmasının önünde bir engel bulunmamakta*” (§ 14) olduğu, dolayısıyla bazı suçlarda indirimin sonuç ceza üzerinden de yapılabileceği anlamına gelen görüşüne katılmak mümkün değildir. İtiraz konusu kuralın bizatihi kendisi buna engeldir. Mecelle'nin 14. maddesine göre “*Mevrid-i nassda icthâda mesâğ yokdur*”. Başka bir ifadeyle şayet hüküm açıksa yorum yaparak içtihad üretilemez. İtiraz konusu kural da TCK'nın 21. maddesinin (2) numaralı fıkrası da yoruma elvermeyecek şekilde, olası kast durumunda tüm suçlar yönünden indirimin temel ceza üzerinden yapılmasını öngörmektedir.

13. Hiç kuşkusuz suç ve ceza politikasının belirlenmesinde kanun koyucu geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak belirlenen politika ve bunu uygulamaya geçirmeye yönelik kurallar başta hukuk devleti olmak üzere anayasal ilkelere uygun olmak zorundadır. Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi cezaların hakkaniyete uygun ve ölçülü olmasını gerektirmektedir. Ölçülülük cezanın öngörülen amaç bakımından elverişli, gerekli ve orantılı olması anlamına gelmektedir.

14. İtiraz konusu kuralın ölçülülüğün alt ilkeleriyle bağdaştırılması mümkün değildir. Kural, haksızlık içeriği doğrudan kasta nazaran daha az olan, bu nedenle de daha hafif bir cezayı gerektiren olası kastı neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar yönünden anlamsız ve işlevsiz hale getirmektedir. Bu nedenle kuralın olası kastın getiriliş amacıyla bağdaştığı, bu amaç bakımından elverişli, gerekli ve orantılı olduğu söylenemez. Olası kastın varlığında ceza indiriminin temel ceza üzerinden yapılmasını öngören kural, bu haliyle, hukuk devletinin gereklerinden olan adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir.

15. Diğer yandan, sorunun kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşan halinde verilecek asgari cezanın maktu olarak (en az üç, beş veya sekiz yıl) belirlenmesinden kaynaklandığı, bunun yerine asgari cezanın nispi (üçte ya da dörtte biri gibi) olarak düzenlenmesi durumunda olası kastla doğrudan kast arasındaki farkın korunabileceği de söylenebilir (bu konuda bkz. Koray Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, s. 324). Mahkememiz çoğunluğu da bazı suçlar yönünden olası kast veya doğrudan kast bulunması halinde sonuç cezaların aynı olmasının itiraz konusu kuraldan değil, anılan suçların düzenlendiği kurallardan kaynaklandığını belirtmektedir (§ 14).

16. Esasen adalet ve hakkaniyete aykırı olduğu kabul edilen bu duruma hem iptali istenen kuralın hem de anılan suçlarda asgari cezayı maktu olarak düzenleyen ceza kanunu hükmünün neden olduğu söylenebilir. Bu kapsamda kuşkusuz kanun koyucu, olası kast kurumunun uygulanması sonucunda ortaya çıkan sorunu çözme konusunda alternatiflere sahiptir. Dolayısıyla ortaya çıkan hakkaniyete aykırı durumu gidermek amacıyla olası kastın bazı suçlar bakımından uygulanmasında indirimin sonuç cezadan yapılmasını öngörebileceği gibi söz konusu suçlara yönelik cezalarda da değişiklik yapabilir.

17. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi sadece önüne getirilen kuralla sınırlı bir değerlendirme yaparak karar vermek durumundadır. Şayet Anayasa'ya aykırı sonuçlar doğurabilen iki veya daha fazla kuraldan birinin iptali isteniyorsa Mahkeme'nin “*sorun diğer*

kurallardan kaynaklanıyor” şeklinde bir yaklaşımı benimsemesi isabetli değildir. Zira aynı mantıkla söz konusu suçlara ilişkin cezaların düzenlendiği hükümlerin iptali istendiğinde de sorunun iptali istenen kuraldan değil “*olası kast indiriminin temel cezadan yapılmasını öngören hükümlerden kaynaklandığı*” ileri sürülebilecektir.

18. Bu bağlamda yapılması gereken iptali istenen ve Anayasa’ya aykırı olduğu görülen hükümlerin iptal edilmesidir. Bu nedenle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar yönünden hakkaniyete ve ceza adaletine aykırı sonuçlara yol açtığı derece mahkemeleri ve Yargıtay tarafından da kabul edilen kuralın iptaline karar verilmesi gerekirdi.

19. Açıklanan gerekçelerle itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 2. maddesine aykırı olduğunu ve iptal edilmesi gerektiğini düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Başkan
Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında belirtildiği üzere; "Hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini gözönüne alan suç ve ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, izlediği suç ve ceza politikası gereği cezalandırma yetkisini kullanırken ceza hukukuna ilişkin anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Aynı şekilde ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihi bulunulması da izlenen suç ve ceza siyaseti ile ilgilidir. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliğinin incelenmesi, anayasal denetim kapsamı dışında kalmaktadır. Bununla birlikte kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında öngördüğü yaptırım adil ve hakkaniyete uygun olmalıdır."; bkz. AYM, E.2019/2, K.2020/28, 11/06/2020, p. 26; AYM, E.2019/74, K.2020/29, 12/06/2020, p. 14; AYM, E.2014/116, K.2015/4, 14/01/2015.

2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinde kast normatif olarak doğrudan ve olası kast biçiminde ikiye ayrılmış, ayrıca olası kasta ceza indirimi öngörülmüştür. Ceza Kanununun genel hükümleri arasında yer alan bu kuralın, Kanunun özel bölümünde yer alan tüm suçlar bakımından uygulanması gerekmektedir. Başka deyişle olası kasta işlenebilen tüm suçlarda 21/2. maddesinde gösterilen yasal indirimin yapılması zorunludur. Diğer taraftan kanun koyucu TCK'nın 61. maddesinde ise yargılama sonunda ilgili suça ilişkin tipik fiili işlediği kabul edilen faile verilecek cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine dair kuralları düzenlemiştir. Anılan maddenin ilk fıkrasında fiile ve faile bağlı olarak somut olayda temel cezanın belirlenmesine esas alınacak unsurlar ifade edilmiş, ikinci fıkrada da olası kast dolayısıyla yapılacak indirimin, ilk fıkradaki yöntemle göre belirlenecek temel ceza üzerinden uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

3. Kanunda öngörülen söz konusu düzenlemeler dolayısıyla olası kasta ilgili indirimin TCK'nın 61/1-2. maddesindeki usule uygun olarak uygulanması gerekmektedir. Bununla birlikte itiraz yoluna başvuran Mahkeme'nin gerekçesinde ve kanunla aksi yöndeki uygulamayı sürdüren Yargıtay kararlarında dile getirildiği üzere, incelenen kuralın uygulanması kanun koyucunun amacını gerçekleştirmeyi sağlamamakta, aksine amaca ve adalet ilkesine aykırı sonuçlara neden olmaktadır. Başka deyişle kanun koyucunun doğrudan kasta işlenen bir suç nedeniyle verilecek cezaya oranla olası kast halinde üçte birden yarıya kadar ceza indirimi öngörmesine karşın, Kanundaki diğer suçlar yönünden böyle bir sonuç ortaya çıkmadığı halde TCK'nın netice sebebiyle ağırlaşan kasten yaralama suçuna ilişkin 87. maddesinin ilk üç fıkrasında öngörülen sonuç cezanın üç, beş ve 8 yıldan aşağı olamayacağı kuralı dolayısıyla amaçlanan dışında, kanunda öngörülen indirim oranını uygulanamaz hale getiren (doğrudan kasta aynı miktarda veya yasal indirimi yansıtmayan) bir ceza uygulamasıyla karşılaşmaktadır. Bu sonuç, temel cezanın alt sınırdan uzaklaştırarak belirlendiği hallerde de değişmediği gibi, her somut olayda temel cezadan uzaklaşılmasının gerekli olmayacağı da bilinen bir husustur. Nitekim bu nedenle gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararlarında (bkz. YCGK 28.5.2013. 259/273 E/K; 29.4.2014. 1509/222 E/K) ve bu kararlar doğrultusunda uygulama yapan Yargıtay 1. Ceza Dairesi kararlarında 61. maddedeki düzenlemede neticesi sebebiyle ağırlaşan kasten yaralama suçu bakımından ortaya çıkan bu durumun öngörülemediği, aslında Kanun hükmünün aynen uygulanmasının kanun koyucunun amacıyla çeliştiği düşüncesiyle adalet ilkesi gözetilerek ve fakat kanunilik ilkesine

aykırı bir biçimde uygulanması da buradaki hukuksal ve anayasal sorunun varlığını göstermektedir. Bu durum karşısında kanun koyucunun 87. maddedeki düzenlemeyi, olası kasttaki ceza indiriminin geçerli olmayacağını öngörerek, böyle bir sonucu istediği yorumu akla gelebilir. Fakat böyle bir yorumu gerektiren bir değerlendirmeye yasama belgelerinde rastlanılamamaktadır. Bu durumda bu şekildeki bir yorum, varsayımdan öteye gidemeyecek, anayasal denetime temel olamayacaktır.

4. Görüldüğü üzere kanun koyucu doğrudan kasta göre olası kastla işlenen suçlarda fiilin haksızlık değerini daha hafif görmüş ve cezalandırma sırasında yasal bir ceza indirimi öngörmüştür. Elbette Kanundaki bir düzenlemenin tek başına anayasal bir hak bahşedeceği ileri sürülemez. Fakat kanun koyucu *anayasal kusur ilkesine* uygun olarak TCK madde 3'te fiilin ağırlığıyla orantılı cezaya hükmedilmesi ilkesini benimsediği gibi, faile hükmedilecek cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi ilkelerini de 61. madde ile düzenlemiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında kusur ilkesinin Anayasanın 38. maddesinde yer alan cezaların şahsiliği ilkesini de kapsadığı, hatta anılan ilkenin kusur ilkesinin bir yansıması olduğu belirtilmiştir (bkz. AYM, E.2015/35, K.2015/40, 22/04/2015; AYM, E.2020/61, K.2020/74, 10/12/2020, par.6; AYM, E.2019/47, K.2021/16, 04/03/2021, par. 84-89. Öte yandan ceza hukuku yaptırımlarının fiilin ağırlığı ve haksızlık değeriyle orantılı olması da kusur ilkesinin bir gereğidir.

5. Kanun koyucunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçlarına özgü olarak olası kast indirimini etkisiz kılacak istisnai düzenleme yaptığı yönünde yorumu gerektiren herhangi bir nedenin de ortada bulunmaması karşısında, uygulamada ortaya çıkan bu sonuçların yasama çalışmaları sırasında öngörülemediği anlaşılmaktadır. Bu durumda olası kast indirimini etkisiz kılan yasal uygulama, kusur ilkesinin bir gereği olan *fiille orantılı ceza* kuralını da uygulanamaz hale getirmektedir. Bu sonuç, Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin adalet, hakkaniyet ve orantılılık ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi 38. maddesindeki cezaların şahsiliği ilkesinde mündemiç olan kusur ilkesine de aykırı düşmektedir.

6. AYM daha önce de Ceza Kanununda adaletsiz sonuçlar doğurduğunu tespit ettiği bazı hükümleri hukuk devleti ilkesinin adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmadığı düşüncesiyle iptal etmiştir. Esasen böylesi kurallarda adalet ilkesine aykırı olarak ortaya çıkan sonucun kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmayıp, öngörülemeyen sonuçlar olduğu da anlaşılmaktadır. Sözü edilen kararlardan birisi iftira suçuna ilişkin 267. maddenin 5. fıkrasıdır. Anılan fıkradaki *sürelî hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına* hükümlenacağına ilişkin ikinci cümlesinin esas incelenmiştir. İftira suçunun temel şekline nazaran incelenen fıkradaki cümlelerin yol açtığı hukuki sorun ve anayasal değerlendirme şöyle ifade edilmiştir: "*Kanun koyucunun, iftira suçunun temel şekli ve nitelikli hâlleri ile failin cezalandırılmasında esas alınan özellikleri düzenlerken iftira sonucunda mağdurun uğradığı zararın ağırlığını ve mağdur hakkında uygulanan yaptırım miktarını ve türünü de dikkate alacağı açıktır. İşlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişinin 5237 sayılı Kanun'un 267. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüşken, anılan Kanun'un 267. maddesinin (5) numaralı fıkrası gereğince iftira neticesinde mağdurun yargılanıp hapis cezasıyla cezalandırılmasına neden olan sanık hakkında ise mahkûm olunan hapis cezasının üçte ikisi kadar hapis cezası öngörülmesi, sanıklar açısından ceza adaletine uygun olmayan sonuçlar doğurmaktadır.*

Örneğin, sanığın hukuka aykırı bir fiili mağdura isnat etmesinden ibaret eylemini gerçekleştirmesi durumunda mağdur hakkında bu iftira nedeniyle soruşturma ve kovuşturma yapılmış olmasına bakılmaksızın sanık asgari bir yıl hapis cezası ile cezalandırılacaktır: iftira neticesinde mağdurun işlemediği bir suçtan yargılanıp üstelik hapis cezasıyla cezalandırılmasına neden olan sanık ise, itiraz konusu kural uyarınca (mahkûm olunan cezanın üçte ikisi) asgari yirmi günden başlayan hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Anlaşılabileceği üzere itiraz konusu kural uyarınca, iftira neticesinde suç isminin gerçek dışı olduğunun ortaya çıkmaması ve mağdurun yargılanıp hakkında da hapis cezası özellikle de kısa süreli hapis cezası uygulanması hâli, suçun temel şekline oranla daha hafif bir şekilde cezalandırılmaktadır. Bu bakımdan, itiraz konusu kural suç ile ceza arasında bulunması gereken adil dengeyi korumadığı gibi adalet duygularını zedeleyen bir durumun ortaya çıkmasına da neden olmaktadır. Dolayısıyla, iftira suçunun temel şekli için öngörülen ceza miktarı ile suçun nitelikli hâli olan iftira neticesinde mağdur hakkında süreli hapis cezası uygulanması hâli için öngörülen ceza miktarı arasında kabul edilebilir bir orantının bulunmadığı anlaşıldığından itiraz konusu kuralın hukuk devletinde olması gereken adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaştırılması mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”; AYM, E.2013/14, K.2013/56, 10/04/2013.

7. Türk Ceza Kanunu'nun yalan tanıklık suçunu düzenleyen 272. maddesinin 6. fıkrası da AYM tarafından benzer bir sorun nedeniyle incelenmiştir. Mahkeme anılan fıkrayı: “...süreli hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına...” ibaresi ile sınırlı olarak incelemiştir. Kararda Mahkemeyi iptal sonucuna götüren değerlendirmeler şunlardır: “Yalan tanıklık suçunun temel şekli olarak, 272. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimsenin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüş iken, suçun nitelikli hâllerinden birinin düzenlendiği maddenin (6) numaralı fıkrasında, aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin yargılanıp süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, yalan tanıklık failinin söz konusu cezanın üçte ikisi kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Bu durum ise suçun nitelikli hâlinin, aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin mahkûm olduğu hapis cezasının süresine bağlı olarak, suçun temel şekline oranla daha hafif bir şekilde cezalandırılmasına yol açmaktadır. Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin kısa süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde daha belirgin olarak ortaya çıkan bu durum, ceza adaletinin sağlanması bakımından adil olmayan sonuçlara sebep olmakta ve bu yönüyle kuralda, kanun koyucunun ceza siyasetini belirleme konusunda sahip olduğu takdir yetkisini kullanırken göz önünde tutması gereken adalet ve hakkaniyet ilkelerine uyarlık bulunmamaktadır.”; AYM, E.2014/116, K.2015/4, 14/01/2015.

8. Bütün bunlara karşın Mahkememiz çoğunluğunun ulaştığı sonuç Yargıtay kararlarına da yansımış bir ölçüsüzlüğün, hakkaniyete uygun düşmeyen hukuki sonuçların sürdürülmesi anlamına gelmektedir. Sonuç olarak incelenen kuralın Anayasal kusur ilkesine ve hukuk devletinin adalet, hakkaniyet ve orantılılık ilkelerine aykırı olması dolayısıyla iptal edilmesi gerektiği görüşümdedir.

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "...*olası kastla...*" ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı iddiasıyla iptali talep edilmiştir.

2. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi yasa koyucunun, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin önemli bir boyutunu oluşturan ölçülülük ilkesine uygun hareket etmesini gerekli kılmaktadır. Ölçütülük ilkesi "*elverişlilik*", "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "*Elverişlilik*", başvuru olan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "*gereklilik*" başvuru olan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "*orantılılık*" ise başvuru olan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında da "*ölçülülük ilkesi*" gereğince makul bir denge bulunması zorunludur.

3. Yasa Koyucu "*olası kast*"ın varlığı halinde, 5237 sayılı Yasa'nın 21. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, son cümlesinde; süreli hapis cezasını öngören suçlarda belirlenen temel cezanın, üçte birden yarısına kadar indirileceğini hüküm altına almıştır. Burada olası kast ile işlenen suçların doğrudan kastla işlenenlere göre yaptırım yönünden hafifletilmesi amaçlanmıştır. Böylece eylemin niteliği ve ağırlığına göre ceza adaleti gerçekleştirilmeye çalışılmıştır.

4. İtiraz konusu kural, olası kastın varlığı halinde cezada yapılacak indirim 5237 sayılı Kanun'un 61. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre belirlenen ceza üzerinden yapılmasını düzenlemektedir. Bu durum bazı suçlar yönünden 5267 sayılı Yasa'nın 21. maddesinin (2) numaralı fıkrasında belirtilen indirim oranlarının anlamsız ve etkisiz sonuç doğurmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla, doğrudan kastla olası kast arasında sonuç ceza bakımından bir fark kalmamaktadır. Halbuki olası kast doğrudan kasta göre kusur ağırlığı (yoğunluğu), haksızlık ve tehlikelilik ölçütlerini de az içermektedir.

5. Kuralı Mahkememiz önüne getiren Çorum 3. Ağır Ceza Mahkemesinin başvuru dilekçesinde verdiği örnek yukarıda değinilen ceza adaletsizliğini çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır:

Bir kimseyi, silahla hayati tehlike geçirmesine neden olacak biçimde yaralayan ve fakat, "*Olası Kast*"la hareket ettiği saptanan fail hakkında, 5237 sayılı Yasa'nın 86'ncı maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca belirlenen 1 yıl süreli hapis cezasından, "*Olası Kast*"la hareket edildiği için, önce aynı Yasa'nın 61'inci maddesinin 2'inci fıkrası uyarınca yarı oranında indirim yapılacak, bu indirim neticesinde ulaşılan 6 ay süreli hapis cezası üzerinden aynı Yasa'nın 86'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının "e" bendi uyarınca yarı oranında artırım yapılarak 9 ay süreli hapis cezasına ulaşılabilecek, mağdur hayati tehlike geçirdiği için aynı Yasa'nın 87'inci maddesinin 1'inci fıkrasının "d" bendi uyarınca bir kat artırım yapılarak 18 süreli hapis cezasına çıkılacak, ancak aynı Yasa'nın 87'nci maddesinin 1'inci fıkrasının son

cümlesi uyarınca 5 yıl süreli hapis cezasına hükmolunana, aynı netice için “Doğrudan Kast”la hareket edenlerle aynı cezaya çarptırılması söz konusu olacaktır.

6. Açık bir şekilde görüldüğü üzere, yukarıdaki durum doğrudan kast ve olası kast arasındaki yaptırım farklılığını ortadan kaldırarak yasa koyucunun ceza adaletini gerçekleştirme amacıyla bağdaşmayan şekilde bu iki kast türü arasında bir özdeşliğe neden olmaktadır. Olası kast yönünden ortaya çıkan adaletsizlik, basit bir şekilde uygulama sorunu olarak görülemez. Ortada hukuk devletinin en önemli ilkelerinden bir olan belirlilik bakımından bir sorun olmadığı söylenemez.

7. İfade edilen gerekçeyle kuralın Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine aykırı düştüğü gerekçesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Engin YILDIRIM