

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'Sanığın evinde anahtar devresi tesis ederek kaçak elektrik kullandığı iddiasıyla TCK.nın 142/1-f maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle Mersin Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 26/11/2008 tarihli iddianamesiyle Mahkememize kamu davası açılmıştır.

Yapılan yargılama sonucunda iddia makamı esas hakkındaki mütalaasında sanığın cezalandırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Sanık müdafisi son savunmasında müvekkilinin beraatine karar verilmesini, şayet mahkumiyet kararı verilecek ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesini ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili maddenin 12. fıkrasının Anayasaya aykırı olduğunu iddia ve talep etmiştir.

Sanık müdafisinin Anayasaya aykırılık iddiası ciddi ve yerinde görülmüştür. Başka davalar nedeniyle pek sık uyguladığımız bu fıkranın Anayasanın eşitlik ve adil yargılanma ilkelerine aykırı olduğu hususunda Mahkememizde de kanaat olduğundan Yüksek Mahkemeye başvurulmuştur.

Olay ve konu ile ilgili yasa maddeleri şöyledir:

'TCK Madde 142 - (1) Hırsızlık suçunun;...

f) Elektrik enerjisi hakkında,

işlenmesi hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur...'

'TCK Madde 168 - (1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.

(2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir...'

'TCK Madde 53 - (I) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet İl, Belediye, Köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerden istihdam edilmekten,

b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan,

c) *Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,*

d) *Vakıf dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,*

e) *Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır.*

(2) *Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz.*

(3) *Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlik yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir.*

(4) *Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.*

(5) *Birinci fıkroda sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adlî para cezasına mahkûmiyet hâlinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adlî para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.*

(6) *Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet hâlinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmünün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar.'*

'CMK Madde 231 - ... (5) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) *(Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23.md) Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;*

a) *Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,*

b) *Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,*

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir.

(7) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23. md) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23. md) hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulur. Bur süre içinde 1 yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreye, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zaman aşımı durur.

(9) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23.md) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23.md; Değişik fıkra: 23/01/2008 - 5728 S.K. 562.md) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz. '

'CMK Madde 267 - (1) Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.'

'CMK Madde 271 - (1) Kanunda yazılı olan hâller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafî veya vekil dinlenir.

(2) İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir.

(3) Karar mümkün olan en kısa sürede verilir.

(4) Mercinin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.'

Sanığın suçunun sabit görülmesi halinde hakkında uygulanacak maddeler bunlardır. Şayet mahkumiyet kararı verilecek olursa sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması için gereken koşulların mevcut olduğu dosya içeriğinden anlaşılmış ve Mahkememizde sanıkla ilgili olumlu kanaat hasıl olmuştur.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karara, iptali istenen fıkra uyarınca ancak itiraz edebilmek mümkün olduğundan, verilen mahkumiyetin yerindeliği yani suçun sübutunun yerinde olup olmadığı temyiz denetimi dışında kalmaktadır. Çünkü itirazı inceleyecek merci işin esasına, kararın doğru veya yanlışlığına ilişkin herhangi bir değerlendirme yap(a)mamaktadır.

İtirazı inceleyen Mahkeme dosyayı inceleyerek suçun işlenmesinden dolayı mağdurun zararının giderilip giderilmediği, adli sicil kayıtlarına göre sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olup olmadığı ve mahkemece sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılmış olup olmadığı, yani kısacası hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının oluşup oluşmadığı hususlarına bakacaktır.

Bu konuda Yargıtay 8. Ceza Dairesi de 13.7.2006 tarih ve 2006/5860-6504 E-K. sayılı kararı ile ' ... sanık müdafinin itirazı üzerine sadece geri bırakılma koşulları yönünden inceleme yapılması yerine cezaya ilişkin olarak itirazın kabulüne karar verilemeyeceğine' karar vermiş olup özeti şu şekildedir:

' 6136 Sayılı Kanuna aykırı davranmak suçundan sanık Cuma Akyol'un anılan Kanunun 13/2, 765 sayılı TCK.nın 55/3., 59/2. maddeleri uyarınca 2 Yıl 9 Ay 10 Gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, cezanın 647 sayılı Cezaların infazı Hakkında Kanunun 6. maddesi gereğince ertelenmesine, emanetin 2003/12 sırasında kayıtlı silah, şarjör ve fişeklerin 765 sayılı Kanunun 36. maddesi uyarınca müsaderesine, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunun 23. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, sanığın 5 yıl süre ile denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulmasına, herhangi bir yükümlülük getirilmemesine dair Güroymak

Asliye Ceza Mahkemesinin 21/02/2006 tarihli ve 2005/192 Esas, 2006/32 sayılı kararına yönelik itirazın, sanığın yaşının küçüklüğü nedeni ile yapılan indirimin, 5237 sayılı TCK'nın 31/3. maddesine göre 01/06/2005 - 08/07/2005 tarihleri arasındaki lehe durum dikkat alınarak 1/2 oranında yapılması gerekirken, sanık aleyhine 1/. oranında yapıldığı, gerekçeli kararda kısaca lehe yasa uygulanmasından bahsedilmesine rağmen hüküm bölümünde de karşılaştırma yapılmadığı gerekçesi ile kabulüne, dosyanın gereği için mahkemesine iadesine dair Bitlis Ağır Ceza Mahkemesinin 13/03/2006 tarihli ve 2006/108-114 sayılı kararı ve dosyası ile ilgili olarak;

Dosya kapsamına göre, 5395 Sayılı Kanun'un 23/8. maddesi uyarınca mahkeme kararının hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kısmının itiraza tabii olduğu, sanık hakkında tayin olunan cezaya ilişkin asıl hükmün ise, aynı Kanun'un 23/6. maddesi gereğince çocuğun denetimli serbestlik süresi içinde işlediği hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç nedeni ile mahkum olması veya yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, mahkemenin geri bıraktığı hükmü açıklaması üzerine, temyiz veya istinaf kanun yoluna tabii olması gerektiği cihetle, itirazın sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşulların oluşup oluşmadığı yönünde incelenmesi yerine sanık hakkında belirlenen cezaya ilişkin olarak yazılı gerekçe ile itirazın kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 16/05/2006 gün ve 20959 sayılı kanun yararına bozma istemine atfen Yargıtay C. Başsavcılığından 07/06/2006 gün ve KYB/2006-112066 sayılı ihbarnamesi ile dairemize tevdi kılınmakla incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR: Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı, 5395 sayılı kanunun 23/7. madde ve fıkrası uyarınca itiraz edilebileceği hükmü karşısında, sanık müdafinin itirazı üzerine sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının oluşup oluşmadığı yönünden inceleme yapılması yerine sanık hakkında belirlenen cezaya ilişkin olarak yazılı gerekçe ile itirazın kabulüne karar verilmesi yasaya aykırı, kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği bu nedenle yerinde görüldüğünden Bitlis Ağır Ceza Mahkemesinin 13/03/2006 tarih ve 2006/108-114 sayılı, kesin olarak verilen hükmünün CMK'nın 309. maddesi uyarınca kanun yararına (BOZULMASINA), ortadan kaldırılmasına, dosyanın Yargıtay C. Başsavcılığına gönderilmesine, 13/07/2006 tarihinde oybirliği ile karar verildi.'

Görüldüğü gibi hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın itiraza tabii olması, suçun sabit görüldüğünün ve verilen cezanın yerinde olup olmadığını incelemeyi yasal denetim dışında bırakmaktadır.

Bunun tek istisnası sanığın denetim süresi içerisinde başka bir suç işlemesidir. Bu durumda mahkeme hükmü açıklayacak ve hüküm temyizi kabil hale gelecektir. Örneğin; beraat etme ihtimali bulunan bir sanık hakkında mahkumiyet kararı verilip hükmün açıklanması geri bırakılmış ise ya da 'yağma' suçundan dava açılmış ve mahkeme fiili 'hırsızlık' kabul ederek şartları var ise hükmün açıklanmasını geri bırakmış ise bu mahkumiyetler ile ilgili yerindelik denetimini hangi makam, hangi koşullarda yapacaktır. Fiili 'yağma' olarak değerlendiren Cumhuriyet savcısı bu iddiasını ispat için işin esasına girilmesini nasıl sağlayacaktır' Hatta 'yağma'nın cezasından kurtulmasına rağmen 'hırsızlık' suçunun cezasına razı olmayan ve 'beraatine karar verilmesi gerektiğini' iddia eden sanık bu talebinin incelenmesini kimden isteyecektir' Talebinin incelen(ebil)mesi yani mahkemeyi hükmü açıklamaya zorlamak için yeni bir suç işlemesi mi gerekecektir'

Bu nedenlerle ve kanaatimizce hükmün açıklanması kararları temyize (istinafa) tabi olmalı ve ikinci derece mahkemesi yerindelik ve şekil şartları yönünden incelemeler yapmalı, delilleri takdir etmelidir.

Anayasamızın 10. maddesinde; herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Eşitlik ilkesi ile, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanması veya aynı kurallar uygulanarak farklı sonuçlar elde edilmesi yasaklanmıştır.

İptali talep edilen yasa hükmü ile suç tipi ve hukuki durumları aynı olan kişiler hakkında sadece usuli uygulama farklılığı yönünden bir üst mahkeme tarafından yerindelik denetimi ve delillerin takdiri yönünde inceleme yapılması talebi hakkı engellenmiş olmaktadır.

Örneğin; 2 ay hapis cezası alan ve bu cezası ertelenen bir kişiye tanınan Yargıtay denetimini isteme hakkı, 2 yıl hapis cezası alan ve hükmünün açıklanması geri bırakılan bir kişiye tanınmamaktadır. Halbuki erteleme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması birbirine çok benzeyen düzenlemelerdir ve üstelik hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının sanığın daha lehine olduğu uygulamada kabul edilen bir durumdur. Lehe olan bir hükmün uygulanması aleyhe bir sonuç doğurmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin yerleşmiş kararlarına göre yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Eşitlik ilkesi; birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını veya uygulanan aynı kurallar sonucu farklı sonuçlar yaratılmasını yasaklar.

İptali istenen kuralla, hukuki eylem ve durumları aynı olan kişiler farklı statüye tabi tutulmaktadır. Burada eşitlik ilkesine aykırı bir uygulama ve dolayısıyla Anayasanın 10. maddesine aykırılık bulunduğu düşünülmüştür.

Anayasamızın 11. maddesinde yasaların Anayasaya aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Yukarıda açıklanan sebeplerden dolayı, iptali istenen ibarenin bir yasa hükmü olarak Anayasanın ruhuna da aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

SONUÇ: 04/12/2004 tarihinde kabul edilerek 17/12/2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan ve 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesinin 'Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir' şeklindeki 12. fıkrasının;

a) Kanun önünde eşitliğe dair 10. maddesine,

b) Kanunların Anayasaya aykırı olamayacağını belirten 11/2. maddesine,

c) Anayasamızın ruhunda bulunduğu kabul edilmesi gerekli olan hukukun genel prensipleri ve adalet duygusuna AYKIRI olduğu düşünüldüğünden İPTALİ için Anayasanın 152. maddesi uyarınca keyfiyetin Anayasa Mahkemesi'ne sunulmasına karar verildi. 04/03/2009"