

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'1- 17.12.2004 tarihinde yayınlanan ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109. maddesiyle; 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nda yer almayan 'adli kontrol' adı altında soruşturma evresinde bir kısım tedbirlere hükmedilebileceği düzenlenmiştir. Sözü edilen maddenin 3. fıkrasında soruşturma evresinde şüpheli hakkında; 'yurt dışına çıkamamak, hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak, hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak, her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek, özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek, şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hâkimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak, silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynı veya kişisel güvenceye bağlamak, aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek' tedbirlerine hükmedilebileceği düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109. maddesinde belirtilen bu hükümlerin uygulanabilmesi için ön şartlardan biri 'üst sınırı üç yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren suç sebebiyle yürütülen soruşturma' olması gerekmektedir. Yani üç yıldan fazla hapis cezası gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada adli kontrol uygulamasına karar verilmesi mümkün değildir. Söz konusu adli kontrol uygulamasının tutuklamaya alternatif olarak getirildiği, aynı Kanun'un 100. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde tutuklama kararında 'adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilir.' hükmünden açıkça anlaşılmaktadır. Bu husus CMK'nın 109. maddesinin gerekçesinde, 'tutuklama; hâkimin, şüpheli veya sanık hakkında ya bütünüyle hürriyetten yoksun bırakmaya yada tam serbest bırakmaya mecbur kılan bir tedbirdir; adı geçenler ya bir yere kapatılacaklar veya tam serbest kalacaklardır. Tasarı bumaddesiylebuiki durum arasında adli kontrol kurumunu getirmiş bulunmaktadır.Kurum, ilgiliyi özgürlüğünden yoksun kılmamakla birlikte gözlemeyi ve denetlemeyi olanaklı kılan tedbirlere tabi kılmaktadır; böylece kişinin kaçması riski azaltılırken hürriyetten yoksun kılmanın zararları da ortadan kaldırılmış olmaktadır.Bu kurumdan sonra tutukluluk uygulaması istisnai hale gelmektedir.

Adli kontrolün soruşturma evresinde uygulanmasında üç temel koşul vardır:

- 1- Şüphelinin işlediği iddia olunan fiilin tutuklamayı gerektirecek bir suçu oluşturması,
- 2- Cumhuriyet Savcısının istemde bulunması,

3- Sulh Ceza Hâkiminin kararı şeklinde ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere tasarıda, adli kontrol kurumunun uygulanması açısından herhangi bir sınırlamaya yer verilmemişken (işlenen

fiilin tutuklamayı gerektirebilecek bir suçu oluşturmaya yeterli görülmüşken); Kanunda bu konuda (üst sınırı üç yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren suç sebebiyle yürütülen soruşturma olması) farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir.

CMK'nın 100. maddesi ve 109. maddenin gerekçesine göre adli kontrol kurumunun tutuklamaya alternatif olarak düzenlendiği açıkça ortadadır. CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasındaki tutuklama nedenleri var sayılan suçlar ve öngörülen ceza miktarları incelendiğinde bu suçlarla ilgili 'adli kontrolün' uygulanması mümkün değildir. Bu suçlarla ilgili yürütülen soruşturmalarda şüpheli hakkında Sulh Hâkimi, ya tutuklama kararı verecek ya da şüpheliyi serbest bırakıp onun hakkında adli kontrole karar veremeyecektir. Bu nedenle iptali istenen ibare, Anayasanın 19. maddesinin 3. fıkrasında tutuklamanın zorunlu hallerde uygulanacağı hükmüne aykırıdır.

2- İptali istenen CMK'nın 109 maddesinin 1. fıkrasında yer alan 'üst sınırı üç yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren suç sebebiyle yürütülen soruşturma' ibaresinin sonucu olarak kişiler bakımından yükümlülük niteliği taşıyan ve CMK'nın 112. maddesi gereğince yükümlülüğe uymamanın yaptırımını olarak tutuklama öngören tedbirler (adli kontrol), az ceza içeren suçlar bakımından uygulanabilirken daha fazla ceza içeren suçlar bakımından uygulanamamaktadır. Bu durum Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyetinin... hukuk devleti olduğunu emreden 2., eşitlik ilkesini düzenleyen 10. ve suç ve cezalara ilişkin hükümler öngören 38. maddelerine de aykırıdır.

Hukuk devleti, fiil ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, 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 hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. (R.G. 16.04.S. 26849, 2006/71 E., 2008/69 K.) Adaletli bir hukuk düzeni, fiilin derecesine göre ceza verilmesini gerektirir. Bu ilke, temel kanun niteliğindeki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun temel ilkeler kısmında yer alan 3. maddesinde, 'Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.' şeklinde ifade edilmiştir.

Adalet ve eşitlik kavramları birbirleriyle iç içe geçmiş ve bağlantılı kavramlardır. Bu bakımdan söz konusu ibare eşitlik ilkesine de aykırıdır. Suç teşkil eden fiilin cezalandırılmasında ölçü, o fiilin korunan hukuki değer açısından yarattığı 'zarar' veya 'zarar tehlikesi' ağırlığıdır. Fiile göre saptanacak cezanın, failin sübjektif durumuna göre 'ferdileştirilmesi' de cezanın artırılıp, azaltılması sonucunu yaratır. Fakat, yasalar, 'temel ceza'yı, aynı fiili işleyenler için 'eşit', 'genel' ve 'objektif' olarak belirler. Aynı fiil için, kişiler açısından ayrı ayrı sonuçlar yaratacak ceza belirlemesine yönelik yasal düzenleme yapılamaz.

3- Anayasamızın 38. maddesi, 'ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur' hükmünü içermektedir. Bu kural, 'cezada kanunilik kuralı' olarak isimlendirilir. 'Cezada kanunilik' kuralı, öğretide 'suçta kanunilik' kuralından daha önemli bir kural olarak kabul edilir. 'Cezalar kanun tarafından konulunca, kanunun genel, objektif ve anonim olma niteliği, bunlarda yer alan cezaların da kim olursa olsun, suçlular hakkında eşit olarak uygulanmasını gerektirir', 'Cezada hukuki eşitlik' kuralı, yasalarda dahi belirtilmiştir.

Cezaların, fiilin ağırlığı ile orantılı olması da, hukukun genel kuralı olduğu kadar, ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının da bir sonucudur. Ceza, işlenen hukuka aykırı bir fiilin

yarattığı 'zarar' veya 'tehlikenin' karşılığı olarak uygulanan bir müeyyide türü olduğuna göre, ceza ile fiilin yaratacağı 'zarar' veya 'tehlikenin' ağırlığı arasında bir oran, uyumluluk bulunması zorunludur. Ceza kanunları düzenlenirken, suçların 'korunan hukuki değer'e göre belirlenmesinin mantığı da budur. Suç teşkil eden hukuka aykırı fiilin yarattığı 'zarar veya tehlike' ile uyumlu olmayan bir cezalandırma sistemi, '...devlet faaliyetinin esasını teşkil eden her türlü manevi adalet kavramını bir yana bırakmak...' demektir. Böyle bir sistem, 'ceza adaleti' ilkesi ve 'cezada bulunması gereken nitelikler' ile uyumsuzluk yaratır. (AYM. 1991/18 E., 1992/20 K.)

Cezanın şahsa değil, fiile göre tertibi, 'ceza sorumluluğunun şahsiliği' kuralının da doğal sonucudur. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, 22.12.1964 tarih ve E: 1963/166, K: 1964/76 sayılı kararında aynı esasları benimsemiş, ceza ile 'fiilin', 'kamunun huzur ve sükûnunu, güvenini' bozucu etkisi arasında oran bulunmasını zorunlu görmüştür (RG, 28 Nisan 1965, No. 11958). Aynı şekilde yukarıda değinildiği üzere, Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesinde, 'Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenir.' hükmüyle paralel bir düzenleme getirilmiştir. Bu açıklamalar ışığında iptali istenen hüküm gereğince az ceza gerektiren suçlarla ilgili adli kontrol tedbirine hükmedilebilirken daha çok ceza gerektiren suçlarla ilgili uygulanamaması cezalandırma 'cezada kanunilik' kuralına ve dolayısıyla Anayasanın 38. maddesine aykırıdır.

Yukarıda gerekçeli olarak belirtilen sebeplerle; şüpheli müdafince yapılan talep nedeniyle verilecek kararda uygulama imkânı bulunan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109/1. maddesinde yer alan 'üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren' ibaresinin Anayasanın 2, 10, 19 ve 38. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır. Bu nedenle mahkememizce yapılan başvurunun kabulüne ve yüksek mahkemenizce 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109/1. maddesinde yer alan 'üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren' ibaresinin 2709 sayılı Kanun ve Anayasanın 152. maddesi gereğince iptaline karar verilmesi arz ve talep olunur."