

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'Sanık 4.7.1990 doğumlu olup, suç tarihi olan 31.5.2008 günü 15-18 yaş grubu arasındadır.

Hakkında; soruşturma evrakına ekli ATK Sakarya Şube Müdürlüğünün raporuna göre, mağduru ele geçmeyen ve silahtan sayılan bıçakla, basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaraladığı iddiasıyla kamu davası açılmış olduğundan, soruşturma sırasında toplanan deliller ve mahkememizde yapılan kovuşturma itibariyle iddianamede gösterilen 5237 sayılı TCK'nın 86/2, 86/3-e ve 31/3. maddeleri gereğince ceza tayin edilmesi kuvvetle muhtemeldir.

Sanığın eyleminin temas ettiği 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesi (4 aydan 1 yıla kadar hapis veya adli para cezasını) gerektirmektedir. Olayın özellikleri ve mağdurun şikayetten vazgeçmesi, cezanın alt sınırdan uzaklaştırılmasını gerektiren bir sebep oluşturmamaktadır.

Öte yandan; 5237 sayılı TCK'nın 50/3. maddesi sanığa verilecek bir yıldan az ve bu nedenle (kısa süreli) olarak tanımlanan hapis cezasının anılan maddenin 1/a, b, c, d, e, f fıkralarında yazılı seçenek yaptırımlara çevrilmesini zorunlu kılmaktadır.

Ancak; 5237 sayılı TCK'nın 50/2. maddesinde (suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmiş ise, bu cezanın artık adli para cezasına çevrilemeyeceği)nin hükme bağlanmış olduğu dikkate alındığında, sanığa verilecek kısa süreli hapis cezasının (adli para) seçenek yaptırımına çevrilmesine olanak bulunamamaktadır.

Mağdurun basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralanmış olup, kısa süre içerisinde sağlığına kavuşmuş olması nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 50/1-b bendinde mevcut (mağdurun uğradığı zararın tamamen giderilmesi) şartlarının da somut olayda gerçekleştirilmesine ve uygulanmasına olanak yoktur.

Sanığa tayin edilmesi muhtemel kısa süreli hapis cezasının, bir an için 5237 sayılı TCK'nın 50/1-c maddesi gereğince (en az iki yıl süreyle bir meslek veya sanat edinmesinin sağlanması amacıyla gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme) şeklindeki seçenek yaptırıma çevrilebileceği düşünülse dahi soruşturma ve kovuşturma sırasında geçen süre itibariyle sanığın 18 yaşını bitirdiği, kararın kesinleşme süreci gözetildiğinde bu şekilde hükmedilen seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesinde büyük güçlüklerle karşılaşılacağı, 50/1-d maddesi gereğince (mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma) şeklindeki seçenek yaptırımın uygulanmasına karar verilebileceği düşünülse dahi, sanığın ikametgahının değişmesi ihtimali, erkek olup vatani vazifesini ifa etmek üzere silah altına alınma ihtimali, eğilim ve alışkanlıklarının doğru ve yerinde tespiti konusundaki güçlükler nedeniyle, bu seçenek yaptırımın da uygulanmasının düşünülemeyeceği, 50/1-e maddesi gereğince, hapis cezasının (ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına) veya (belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma) şeklindeki seçenek yaptırıma çevrilmesine karar verilebileceği anlaşılmış ise de, yakın zamana kadar sanığın yaşının ehliyet ve ruhsat almasına engel olduğu, belli bir meslek ve sanat sahibi olmadığı dikkate alındığında, bu yaptırımın da

gereklerinin yerine getirilememesinin muhtemel olduğu, sanığa verilmesi muhtemel hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi zorunlu olması karşısında, en uygun seçenek yaptırımın 5237 sayılı TCK'nın 50/1-f maddesinde hükme bağlanan (mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılma) şeklinde ifade edilen seçenek yaptırım olduğu anlaşılmıştır.

Kaldı ki, 5237 sayılı TCK'nın 50/1. maddesi kısa süreli hapis cezasının, ancak ve ancak (suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre, 50/1-a, b, c, d, e, f bendinde gösterilen seçenek yaptırımlara çevrilebileceğini) öngörmüş olup, kısa süreli hapis cezasının hangi seçenek yaptırıma çevrileceği konusundaki takdiri tamamen mahkemeye bırakmıştır.

Bu sebeplerle, uygulanması muhtemel kural haline gelen 5237 sayılı TCK'nın 50/1-f maddesi, hapis cezasının kamuya yararlı bir işte çalıştırılma seçenek yaptırımına çevrilmesi halinde, failin açıkça (gönüllü) olması esasını ve gereğini hükme bağlamaktadır.

(Gönüllü olma) durumunun infaza taalluk eden bir durum olmadığı, Yüksek Yargıtay'ın konuya işaret eden kararları ve madde metnindeki açıklık nedeniyle, bu durumun; yani (Gönüllü olma) halinin yargılama mercii tarafından ve hüküm kurulmadan önce belirlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Bir ceza kovuşturmasında; esasları 5271 sayılı CMK'nın 182 ve devamı maddelerinde hükme bağlanan (duruşma) başladıktan sonra, delillerin tamamı ile toplanmasını takiben, yine anılan yasanın 223 ve devamı maddelerinde gösterilen usuller gereğince, sanığın savunması sorulduktan sonra, henüz ne kararı verileceği belli değilken, davanın sonucu ya da verilecek hükmün niteliği konusunda iz ve eser yaratacak en ufak bir söz ve davranışın bile anılan yasanın 24. maddesinde ağır nitelikteki sonuçları gösterilen (hakimin tarafsızlığı ilkesini) kuşkuyla düşüreceği açıktır.

Bu hal, doğal olarak; hakimin objektif karar vereceği konusunda şüphelere ve istifhamlara yol açacağı gibi, tarafların mantık ve vicdanlarında da (verilecek kararın bir yıldan az olması nedeniyle, seçenek yaptırımlara çevrilmesi muhtemel, süreli bir mahkumiyet kararı olduğu) yolunda bir kanaat uyandıracaktır.

Doktrinde belirtildiği üzere (mahkeme kararlarının tarafları ve herkesi inandırması ve tatmin etmesi gerektiği, tarafsızlığından kuşku duyulan hakimin kararının, yasaya uygun olsa da tarafları inandıramadığı ölçüde adalet gölge düşüreceği) dikkate alındığında, bir ceza kovuşturması sırasında hakimin, davanın sonucunu belli eder şekilde sanıktan (kendisine verilmesi muhtemel cezanın 5237 sayılı TCK'nın 50/1-f maddesi gereğince kamuya yararlı bir işte çalıştırılma şeklindeki seçenek yaptırıma çevrilmesi ihtimali karşısında, kamuya yararlı bir işte çalışmaya gönüllü olup olmadığını) sorması ve bu hususu sorgulaması peşinen açıklanmış bir görüş doğuracaktır.

Bu nedenlerle, 5237 sayılı TCK'nın 50/1-f maddesinde belirtilen (gönüllü olma) ibaresinin gerektirdiği zorunluluk nedeniyle failden gönüllü olup olmasının sorgulanması, CMK'nın 24. maddesiyle çeliştiği gibi, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine de aykırı olduğu düşünülmüştür.

SONUÇ VE TALEP: Yukarıda arz edilmeye çalışılan gerekçelerle; 5237 sayılı TCK'nın 51/1. maddesinin 2. cümlesinde mevcut (...gönüllü olmak koşuluyla...) ibaresinin 2709 sayılı

Esas Sayısı : 2009/18

Karar Sayısı : 2010/65

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptaline karar verilmesi saygıyla arz ve talep olunur."