

“1- 5237 SAYILI TCK’NUN 6545 SAYILI YASA İLE DEĞİŞİK 191/8-a MADDESİNİN VE SON CÜMLESİNİN ANAYASAYA AYKIRILIK GEREKÇELERİ:

5237 sayılı TCK’nun 188/3. maddesi ticari amaçla uyuşturucu madde bulundurma suçuna 6545 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile 10 yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası öngörmüştür.

5237 sayılı TCK’nun 28/06/2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Yasa ile değişik 191/1. maddesi ise aynen “Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Ancak, uyuşturucu madde kullanma ve kullanmak amacıyla bulundurma suçlarına özgü olmak üzere kanun koyucu cezalandırmadan çok gerek uyuşturucuyu kullanan gerek ise çevresi için sosyal amaç güderek kullanıcıyı bilinçlendirme ve çevresini de bu kişiden ve zararlı alışkanlıktan koruyup kurtarma amaçlı olarak düzenleme getirmiş ve maddenin müteakip fıkralarında soruşturma aşamasında eylemi uyuşturucu madde kullanma ve bulundurma olarak nitelendirilen kişiler ile ilgili olarak Cumhuriyet Savcılığı’nca bazı tedbirlerin uygulanmasını ve ilk uyuşturucu kullanma eyleminde sanığa bir şans tanıyarak ceza verilmemesi ve tedbir uygulanması yönünde düzenleme getirmiştir.

Kanun koyucunun bu düşüncesinin yansıması olarak 5237 sayılı TCK’nun 191/2. maddesi aynen “Bu suçtan dolayı başlatılan soruşturmada şüpheli hakkında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın, beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilir. Cumhuriyet savcısı, bu durumda şüpheliyi, erteleme süresi zarfında kendisine yüklenen yükümlülüklerle uygun davranmadığı veya yasakları ihlal ettiği takdirde kendisi bakımından ortaya çıkabilecek sonuçlar konusunda uyarır.”

3. fıkrası aynen “Erteleme süresi zarfında şüpheli hakkında asgari bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanır. Bu süre Cumhuriyet savcısının kararı ile üçer aylık sürelerle en fazla bir yıl daha uzatılabilir. Hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilen kişi, gerek görülmesi hâlinde denetimli serbestlik süresi içinde tedaviye tabi tutulabilir.”

4. fıkrası aynen “Kişinin, erteleme süresi zarfında;

a) Kendisine yüklenen yükümlülüklerle veya uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmamakta ısrar etmesi,

b) Tekrar kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması,

c) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması hâlinde, hakkında kamu davası açılır.”

5. fıkrası aynen “Erteleme süresi zarfında kişinin kullanmak için tekrar uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması, dördüncü fıkra uyarınca ihlal nedeni sayılır ve ayrı bir soruşturma ve kovuşturma konusu yapılmaz.”

6. fıkrası aynen “Dördüncü fıkra göre kamu davasının açılmasından sonra, birinci fıkra tanımlanan suçun tekrar işlendiği iddiasıyla açılan soruşturmalarda ikinci fıkra uyarınca kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilemez.”

7. fıkrası aynen “Şüpheli erteleme süresi zarfında dördüncü fıkra belirtilen yükümlülüklerle aykırı davranmadığı ve yasakları ihlal etmediği takdirde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Dikkat edileceği üzere kanun koyucu yukarıda belirtildiği gibi uyuşturucu madde kullanan kişiler ile ilgili soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı’nın şüphelinin kullanıcılık eylemini ve bulundurduğu uyuşturucu maddeyi kullanmak amacıyla bulundurduğunu tespit etmesi ve bu kanaate varması halinde şüpheli ile ilgili olarak öncelikle yukarıda belirtilen madde hükümleri gereğince hareket etmesi ve öncelikle hakkında daha önce uyuşturucu madde kullanmak amacıyla uyuşturucu bulundurma suçundan kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmemiş ve ilk kez bu eylemi gerçekleştiren kişi ile ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 171. maddesindeki şartları aramaksızın 5 yıl süre ile kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilecek ve bu 5 yıl içerisinde şüphelinin kendisine yüklenen yükümlülüklerle uygun davranmaması veya yasakları ihlal etmesi halinde veya ikinci kez kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçunu işlediği takdirde bu kez ikinci eylem Yasanın 191/5. maddesi gereğince ayrı bir kovuşturma konusu yapılmadan adeta iki farklı tarihteki kullanıcılık eylemi birleştirilip tek suç sayılarak şüpheli hakkında bir kez kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçundan TCK’nun 191/1. maddesi gereğince kamu davası açılacaktır. Esasen kanun koyucunun sosyal amaç güderek böyle bir düzenleme getirmesinde bir sorun yoktur.

Mahkememizce Anayasa’nın hukuk devleti, kanun önünde eşitlik ve suçta ve cezada kanunilik ilkelerine aykırı görülen düzenleme TCK’nun 191/8. maddesinde bulunmaktadır.

Zira, TCK’nun 6545 sayılı Yasa ile değişik 191/8. maddesi aynen;

“Bu Kanunun;

a) 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti,

b) 190 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçundan dolayı yapılan kovuşturma evresinde, suçun münhasıran bu madde kapsamına girdiğinin anlaşılması hâlinde, sanık hakkında bu madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir.”

191/9. maddesi ise aynen; “Bu maddede aksine düzenleme bulunmayan hâllerde, Ceza Muhakemesi Kanununun kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin 171 inci maddesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231 inci maddesi hükümleri uygulanır.” şeklindedir.

Görüldüğü üzere TCK’nun 191. maddesinin 2 ile 7. fıkraları arasındaki düzenleme ile aynı maddenin 8 ve 9. fıkralarındaki düzenleme arasında büyük fark, çelişki ve eşitsizlik mevcuttur. Zira, bir kişinin uyuşturucu madde ile yakalanması halinde bu kişinin eyleminin soruşturma aşamasında soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısınca kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma olduğunun tespiti ve bu kanaatin Cumhuriyet Savcısınca oluşması halinde yukarıdaki maddelerde de açıkça yazıldığı üzere bu kişi hakkında TCK’nun 191/2 ve 7. fıkraları arasındaki prosedür uygulanacak ve şüpheli hakkında iddianame düzenlenip dava açılmadan önce CMK’nun 171.

maddesindeki şartlar aranmaksızın şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilecek ve bu erteleme süresi zarfında kişiye belli yükümlülükler yüklenip asgari 1 yıl süre ile denetimli serbestlik tedbiri uygulanacak ve bu süre içerisinde kişinin bu yükümlülüklere uygun davranması ve tekrar uyuşturucu madde kullanmaması halinde soruşturma düşecek ve bir daha bu soruşturmadan ve eyleminden dolayı herhangi bir ceza tehdidiyle karşı karşıya kalması söz konusu olmayacaktır. Zira, bu kişi hakkında belirtilen süre sonunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilecektir. Bu, yasa maddesinin amir hükmüdür.

Oysa, Cumhuriyet Savcısının uyuşturucu madde ile yakalanan kişinin eylemini soruşturma aşamasında TCK'nun 191. maddesi kapsamında kullanmak amacıyla bulundurma değil de TCK'nun 188/3. maddesinde düzenlenen satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma olarak nitelendirmesi ve takdir hakkını bu şekilde kullanıp şüpheli hakkında TCK'nun 188/3. maddesi gereğince satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma olarak değerlendirilip Ağır Ceza Mahkemesi'ne iddianame ile kamu davası açması ve yargılama yapan mahkemenin de sanığın eylemini TCK'nun 191/8-a maddesi çerçevesinde, satıcılık değil de, kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçu kapsamında değerlendirilmesi halinde TCK'nun 191/8-a maddesi delaletiyle sanık hakkında TCK'nun 191/1. maddesi gereğince 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası belirleyip yine sanık hakkında TCK'nun 191/8 son cümlesi ve 191/9. maddeleri gereğince CMK'nun 231. maddesi çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermek gerekecektir.

Konuyu çarpıcı bir örnekle izah etmek gerekirse;

İki farklı sokakta 500'er gram esrar maddesi ile yakalanan A ve B şahıslarından, A şahsının Cumhuriyet Savcısı X ve B şahsının ise Cumhuriyet Savcısı Y tarafından soruşturulduğu ve X Cumhuriyet Savcısının A şahsın eylemini soruşturma aşamasında kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma olarak değerlendirmesi halinde A şahsı hakkında TCK'nun 191/2-7 maddeleri gereğince işlemleri yapılacak ve hakkında kamu davası açmadan kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verecek ve bu süre zarfında kişinin ancak tekrar uyuşturucu madde kullanması veya yükümlülüklere aykırı davranması halinde iki eylem tek kabul edilerek kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçundan TCK'nun 191/1. maddesi gereğince hakkında kamu davası açılacak, yükümlülükler uygun davranması ve ihlalde bulunmaması halinde ise 5 yıllık süre sonunda hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilecek, B şahsının eylemini soruşturan Cumhuriyet Savcısı Y tarafından B şahsının eyleminin soruşturma aşamasında TCK'nun 188/3. maddesi kapsamında satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma olarak nitelendirilmesi ve değerlendirilmesi halinde Cumhuriyet Savcısı Y tarafından B şahsı ile ilgili TCK'nun 188/3. maddesi kapsamında cezalandırılması istemiyle Ağır Ceza Mahkemesi'ne kamu davası açılacak ve yargılamayı yapan mahkemece bu sanığın eyleminin de yargılama aşamasında TCK'nun 191/8. maddesinde öngörüldüğü şekilde eylemin münhasıran bu madde kapsamına yani satıcılık olarak değil de, bulundurma suçu kapsamına girdiğinin anlaşılması halinde sanık hakkında mahkemece önce 2 yıldan 5 yıla kadar ceza tertip edilip ardından CMK'nun 231/5. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına mahkemece karar vermek gerekecektir.

Görüldüğü üzere, eyleminin niteliği yargılama aşamasında satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma değil de, kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma olarak yargılama aşamasında mahkemece belirlenen sanığın, soruşturma aşamasındaki Cumhuriyet Savcısının eylemin başlangıçta satıcılık olarak değerlendirmesi nedeniyle soruşturma aşamasında uygulanması gereken tedbirler ve kamu davasının açılmasının ertelenmesine ve bilahare kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi hakları adeta elinden alınmıştır. Hukuki

durumları, kasıtları, amaçları, ister soruşturma aşamasında ister yargılama aşamasında tespit edilsin aynı olan A ve B şahıslarının kanun karşısındaki ve Cumhuriyet Savcısının takdiri ve uygulaması karşısındaki akıbetleri ve sonuçları farklı olmuş, eylemleri ve kasıtları aynı olan iki şahıs farklı yasal düzenlemeye tabii tutulmuştur. Hakkındaki eylem soruşturma aşamasında kullanıcılık olarak değerlendirilen A şahsının yükümlülüklerle uygun davranması halinde ileride aynı konuda herhangi bir ceza tehditi ile karşı karşıya kalması söz konusu değil iken, aynı hukuki durumdaki B şahsı hakkında sırf Cumhuriyet Savcısının eylemi soruşturma aşamasında satıcılık olarak değerlendirmesi ve mahkemece eylemin yine TCK'nun 191. maddesi kapsamında kullanma suçuna dönüştürmesi nedeniyle 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılıp hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmek suretiyle her an bir başka kasıtlı suç işlemesi halinde açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanmasına karar verilmesi tehditi ile karşı karşıya bırakılması söz konusudur.

Eşitsizliği ve adalete ve hakkaniyete aykırılığı yaratan husus sadece soruşturma ve yargılama aşamasında yüklenen suçun vasıflandırılması değil, aynı zamanda kamu davasının açılmasının ertelenmesine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin hukuki sonuçlarıdır. Zira, TCK'nun 191/2. maddesinde Cumhuriyet Savcısının şüphelinin eylemini kullanıcılık olarak değerlendirilmesi halinde kişi hakkında CMK'nun 171. maddesindeki koşulları aramaksızın 5 yıl süre ile kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermesi söz konusudur. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının kaldırılması ve kişi hakkında bu eylemi nedeniyle TCK'nun 191/1. maddesi gereğince bu eylemi nedeniyle kamu davası açılabilmesi için ya Cumhuriyet Savcısının belirlediği yükümlülüklerle aykırı davranacak ve yahut da ikinci bir kez uyuşturucu madde kullanmak suretiyle ikinci bir eylem gerçekleştirecektir. İkinci kez uyuşturucu kullanması ve bulundurması halinde bu madde hükümlerine göre iki eylem tek sayılıp ikinci eylemin TCK'nun 191/5-son cümlesi gereğince birinci eylemin ihlal nedeni sayılıp ayrı bir soruşturma ve kovuşturma konusu yapılamaması söz konusu olacaktır. Bu süreyi iyi halli geçirmesi halinde ise, hakkında bir daha açılmamak üzere kovuşturmaya yer olmadığına dair Savcılıkça karar verilecektir. Görüldüğü üzere bu düzenleme şüphelinin son derece lehine olan sosyal amaçlı ve hukuki bir düzenlemedir.

Oysa, yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere şüphelinin eyleminin soruşturma aşamasında kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma değil de, TCK'nun 188/3. maddesi kapsamında satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma olarak Savcılık tarafından değerlendirilmesi ve bu suçtan kamu davası açılmasından sonra yargılama aşamasında kişinin eyleminin satıcılık değil de, TCK'nun 191. maddesi kapsamında kullanmak amacıyla bulundurma olarak değerlendirilmesi halinde mahkemece CMK'nun 231/5. maddesi hükümlerine göre TCK'nun 191/8-a ve 9. maddeleri gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermek gerekecek ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına mahkemece karar verebilmek için ise mahkemece önce TCK'nun 191/1. maddesi kapsamından 2 yıldan 5 yıla kadar bir hüküm oluşturmaması ve bir ceza tertip etmesi gerekecektir. TCK'nun 191/9. maddesinde aynen "Bu maddede aksine düzenleme bulunmayan hallerde Ceza Muhakemesi Kanununun ...hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231. maddesi hükümleri uygulanır." şeklinde düzenleme getirilmiş olup, mahkemece hakkında uyuşturucu madde satıcılığı suçundan kamu davası açılıp da yargılama sırasında eyleminin kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma yani TCK'nun 191. maddesi kapsamında kaldığının tespit edilmesi halinde TCK'nun 191/8-a-son maddeleri gereğince hakkında 2 yıldan 5 yıla kadar ceza tertip edilip, CMK'nun 231/5. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanık hakkında CMK hükümleri gereğince 5 yıl denetim süresi belirlenecektir. Ancak sanığın bu 5 yıllık süre içerisinde en basit bir kasıtlı suç işlemesi halinde açıklanması geri bırakılan 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasının her an gündeme gelip açıklanması ve cezanın infazı kabil hale gelmesi söz konusu olacaktır. Oysa yukarıda ayrıntılı

olarak belirtildiği üzere eylemi başlangıçta soruşturma aşamasında Savcılık tarafından kullanıcılık olarak nitelendirilen şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesi ve ancak tedbirlere aykırı davranması veya tekrar uyuşturucu madde kullanması halinde hakkında dava açıldığı takdirde 2 yıldan 5 yıla kadar bir hapis cezası ile karşı karşıya kalması söz konusu iken eyleminin niteliği, yargılama aşamasında değiştiğinden söz edilerek başlangıçta hakkında TCK'nun 188/3. maddesi çerçevesinde satıcılıktan kamu davası açılan sanık hakkında mahkemece 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası tertip edilip hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinden sonra 5 yıllık denetim süresi içerisinde herhangi bir şahsa müessir fiil teşkil edecek basit bir tokat atma veya bir başka basit kasıtlı suç işlemesi halinde dahi hükmün açıklanması ve cezanın çekilmesi söz konusu olacak ve bu halde eylemlerinin niteliği aynı olan şahıslar hakkında kanun eliyle farklı uygulamaları yapılması söz konusu olacaktır.

Ceza Muhakemesinin konusu suç teşkil eden eylemlerdir. Sanığın eylemi ne ise yargılama konusu da odur. Eylemin başlangıçta adli makamlar yani Savcılık tarafından kullanıcılık veya satıcılık olarak değerlendirilmesinin, nitelendirilmesinin ve Cumhuriyet Savcısının takdir hakkını farklı şekilde kullanmasının olumsuz sonuçlarına yasanın uygulandığı kişilerin farklı muamelelere ve yasal düzenlemelere tabii tutularak farklı hukuki sonuçlar yaratılması hukuk güvenliğini, Anayasa'daki eşitlik ilkesini ve suçta ve cezada kanunilik prensiplerini derin bir şekilde zedeler. Aynı kasıtle aynı eylemi gerçekleştiren kişilerin aynı hukuki sonuçlara ve müeyyidelere tabii tutulması Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine ve Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine ve Anayasa'nın 38. maddesindeki suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygunluk teşkil edecek, aksine düzenlemeler ise aykırılık teşkil edecektir. Kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusu olur. Hukuksal durumları aynı olan kişiler için aynı hukuki sonuçları yaratmak aynı zamanda hukuk devletinin bir ödevidir.

Kişinin eyleminin Cumhuriyet Savcısı tarafından soruşturma başında kullanıcılık veya satıcılık olarak değerlendirilmesinin ve satıcılık olarak değerlendirilip satıcılıktan kamu davası açılan kişinin eyleminin yargılama aşamasında kullanıcılık olarak değerlendirilmesi halinde yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere hukuki sonuçları çok farklı olan düzenlemelere tabi tutulmasının hukuk güvenliğine, ceza adaletine, kişilerin kanunlar önünde eşitliğine aykırı sonuçlar doğurması söz konusu olmamalıdır. Kişinin eylemi başlangıçta ne ise yargılama aşamasında da odur. Eylemin değişmesi söz konusu değildir. Zira, şüpheli eylemi yapmış, gerçekleştirmiş ve bitirmiştir. Yapılıp bitirilen bir eylemin niteliğinin sonradan değişmesi söz konusu değildir. Eylemin niteliğinin değişmesinden kasıt, yargılama aşamasında soruşturma aşamasındakine nazaran mahkemece farklı yorumlanmasıdır. Kaldı ki, ceza hukukunda belirleyici olan Cumhuriyet Savcısının takdiri değil, bağımsız mahkemelerce verilen kararlardır. Cumhuriyet Savcısının takdir ve kanaatinin yargılama aşamasında mahkemece benimsenmemesi ve sanığın eyleminin satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma değil de, kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma olarak değerlendirilmesi halinde kişinin tabii tutulacağı hukuki sonuçlar da aynı olmalıdır. Aksinin kabulü hukuk devletine olan güveni ve dolayısıyla adaletle olan inanç ve güveni zedeler. Yapılması gereken ister soruşturmanın başında isterse yargılama aşamasında olsun aynı eylemi gerçekleştiren kişilerin aynı hukuki sonuçlara tabi tutulacak düzenlemeleri yapmaktır. Bu cümleden hareketle mahkememizce Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilen TCK'nun 191/8-a-son madde ve cümlesinin iptal edilerek kanun koyucu tarafından eylemi yargılama aşamasında da kullanıcılık olarak nitelendirilen kişilerle ilgili aynen soruşturma aşamasında olduğu gibi kamu davasının açılmasının ertelenmesine benzer hukuki düzenlemeler yapmanın ceza adaletine, hukuk devletine, kanun önünde eşitlik ilkesine ve suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun olacağı mahkememizce oybirliğiyle değerlendirilmiştir.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde düzenlenen hukuk devleti, hukukun üstün, etkin ve egemen olduğu, insan haklarının etkin biçimde korunduğu devlettir. Ayrıca hukuksal güvenliğin sağlandığı, düzenlemelerin açık, bilinebilir ve belirlenebilir olduğu bir devlettir. Kişilerin bir suç işlediğinde hangi müeyyide ile karşı karşıya kalacağını bilmeleri hukuksal güvenliğin ve hukuk devletinin ve esasen kanun önünde eşitliğin bir teminatıdır. Aksi halde, adli makamlar tarafından kanunu bilmemek mazeret sayılmaz prensibinin uygulanması da dayanaksız ve temelsiz bir ilke olarak kalacaktır. Hukuk devletinde kişilerin kanunu bilmemek mazeret sayılmaz prensibinden sorumlu tutabilmek için aynı eylemler için aynı hukuki sonuçlar yaratan düzenlemeler yapılması ve yasaların kendi içerisinde çelişmemesi gerekir. Kişilerin hukuka ve yasalara saygı duymalarını beklemek için de kendi içerisinde çelişen düzenlemeler yapılmaması gerekir. Kişi bir suç işlediğinde karşılaşacağı müeyyideyi öngörebilmeli ve bilebilmelidir. Örneğin; somut dosyamızda olduğu gibi başlangıçta Cumhuriyet Savcılığı'nın hakkındaki eylemi kullanıcılık olarak değerlendirseydi Ağır Ceza Mahkemesi'nde bu suçtan yargılanmayacaktım, şeklinde bir düşüncenin kişide oluşmamasını sağlamak da kanun koyucunun görevidir.

Yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, TCK'nun 191/8-a maddesinin somut yargılama dosyamızda uygulanma imkanı ve yeri mevcut olduğundan ve TCK'nun 191/8-a maddesindeki "Bu Kanunun 188. maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, ...suçundan dolayı yapılan kovuşturma evresinde, suçun münhasıran bu madde kapsamına girdiğinin anlaşılması halinde, sanık hakkında bu madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir." düzenlemesinin tümünü 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesindeki hukuk devleti, 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesi ve 38. maddesindeki suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğuna ve iptali için itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına mahkememiz heyetince oybirliğiyle bu gerekçelerle karar verilmiştir.

2- 5237 SAYILI TCK'NUN 6545 SAYILI YASA İLE EKLENEN 191/9. MADDESİNİN ANAYASAYA AYKIRILIK GEREKÇELERİ:

Yine bu maddeye bağlı olarak 5237 sayılı TCK'nun 191/9. maddesindeki "Bu maddede aksine düzenleme bulunmayan hallerde, Ceza Muhakemesi Kanunun ...hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231. maddesi hükümleri uygulanır." düzenlenmesinin de TCK'nun 191/8. maddesine bağlı olarak uygulanması gerektiği ancak TCK'nun 191/8-a ve yukarıda gösterilen son cümlelerinin iptal edilmesi halinde 191/9. maddesindeki belirtilen bu düzenlemenin de konusuz kalacağı gibi esasen CMK'nun 231/5. maddesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için birinci koşul olarak en fazla 2 yıla kadar hapis cezası vermek gerektiği ve 2 yıldan fazla hapis cezasını hükmüylemediği halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği ancak TCK'nun 191/9. maddesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için öncelikle TCK'nun 191/1. maddesi gereğince 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası belirlemek gerektiği, örneğin; Mahkemece satmak amacıyla uyuşturucu bulundurma suçundan açılan kamu davasında suç vasfının yukarıda belirtildiği üzere yargılamayı yapan mahkemece TCK'nun 191/1. maddesi kapsamında kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçu olarak değerlendirilmesi halinde mahkemenin çeşitli gerekçelerle örneğin, madde miktarının çokluğu, sanığın kastının yoğunluğu ve buna benzer TCK'nun 61. maddesindeki cezanın bireyselleştirilmesi ilkelerinde belirtilen kriterler gözetilerek 4 yıl veya 5 yıl hapis cezası belirlenmesi halinde dahi sanık hakkında CMK'nun 231/5. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesinin yolu açılmış ve yine eşitlik ilkesine ve hukuk devleti ilkesine uygun olmayan yasaların kendi içerisinde çelişmesine neden olan düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla belirtilen bu düzenlemenin de Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ve özellikle 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkelerine aykırı olduğu mahkememizce

Esas Sayısı : 2015/52

Karar Sayısı : 2016/1

değerlendirilmiş ve bu maddenin de itiraz yolu ile iptalini Yüksek Anayasa Mahkemesi'nden talep etmenin uygun olacağına mahkememizce oybirliğiyle karar verilmiştir.

SONUÇ: Yukarıda ayrıntılı olarak belirtilen sebep ve gerekçeler ile 5237 sayılı TCK'nun 191/8. ve 9. maddelerinin yukarıda belirtilen bölümlerinin 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesindeki hukuk devleti, 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ve 38. maddesindeki suçta ve cezada kanunilik ilkelerine aykırılık teşkil ettiği mahkememiz heyetince oybirliğiyle değerlendirilmiş olduğundan bahse konu düzenlemelerin gerek bu ilkelere gerekse Yüksek Anayasa Mahkemesi'nce re'sen tespit edilecek Anayasa hükümlerine aykırılık nedeniyle 6216 sayılı Yasanın 40/1. ve 2709 sayılı Anayasa'nın 152/1. maddeleri gereğince iptaline karar verilmesi Yüksek Anayasa Mahkemesi'nin yüce heyetinin takdirlerine İzmir 5. Ağır Ceza Mahkemesi olarak saygıyla arz ve talep olunur."