

**Esas Sayısı : 2016/48**

**Karar Sayısı : 2016/42**

*“Gaziantep C.Başsavcılığının 2016/12878 sor. sayılı iddianamesi özetle; Gaziantep İl Emniyet Müdürlüğü Şahinbey Yıldırım Ekipler Amirliğine bağlı görevli polis memurlarının 25 Aralık Mahallesi 50 Cadde üzerinde hobi bahçeleri yanında şüpheli şahıslar ve otolar üzerinde yapmış oldukları asayiş uygulamasında (açık kimlik bilgileri sonradan tespit edilen) şüpheli ... sevk ve idaresindeki .... plakalı aracın durdurulduğu ve şoför koltuğunun sağ tarafında (bilgi sahibi) ... isimli şahsın bulunduğu, yapılan aramada şüpheli... üzerinde daralı 9,5 gram bonzai, 10 paket (fişek) satışa hazır alüminyum folyay asarılı daralı 3/gram metamfetamin, 8 adet captagon hap, 1 adet ecstasy hap, şeffaf kilitli poşet alı 14,6 gram metamfetamin, 9 adet alüminyum folyaya sarılı daralı 4,5 gram ağırlığında metamfetamin olduğu değerlendirilen uyuşturucu madde ele geçirildiği iddiasıyla hakkında TCK'nın 188/3, 53, 54 ve 63 maddeleri gereğince cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmıştır.*

#### **C.SAVCIEI ESAS HARKINDAKİ GÖRÜŞÜNDE ÖZETLE;**

*Sanığın subut bulan eylemine uyan CMK 223/5, TCK 188/3,63 ve 53 maddesi gereğince cezalandırılmasına*

*Suçta konu uyuşturucu maddelerin TCK 54 maddesi gereğince müsaderesine, alması muhtemel ceza miktarına göre sanığın tutukluluk halinin devamına karar verilmesi yönünde görüş bildirmiştir.*

*SANIK ... SAVUNMASINDA: “ben uyuşturucu ticareti yapmıyorum, taksi şoförlüğü yapıyorum, uyuşturucu kullanıyorum. Olay günü de kullanmak amacıyla Vatan mahallesinden uyuşturucu aldım. Ateş buz aldım, bi de jameika aldım. Başka da bir şey yoktu, yolda uygulamada memurlar durdurdu. Aramam yapıldı, üzerimden uyuşturucu çıktı” şeklinde savunma yapmıştır.*

#### **DELİLLERİN TARTIŞILMASI VE TAKDİRİ**

*Mahkememizce 5237 sayılı TCK.nun 191/8 maddesinin Anayasanın 10. maddesindeki hukuk önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğuna kanaat getirilerek, davanın durmasına karar verilmiştir.*

*5237 sayılı TCK nun 191/8. maddesi Anayasanın 10. maddesindeki herkes hukuk önünde eşittir hükmüne aykırıdır. Şöyle ki;*

*Sanıklar hakkında TCK.nun 188 ve 190 maddesine aykırılıktan açılan kamu davalarında, sanıkların üzerlerine atılı müsnet suç şayet bu maddeler kapsamına girmediğine mahkemece kanaat getirilmesi halinde ve sanığın üzerine atılı suç TCK.nun 191/1 maddesindeki belirtilen kullanmak için uyuşturucu ve uyarıcı madde satın alınması, kabul edilmesi, bulundurulması ve uyuşturucu madde kullanılması kapsamında kabul edilmesi durumunda sanıklar hakkında TCK.nun 191/8 maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir hükmü getirilmiştir. Bu karar verilir hükmü mahkemeyi bağlamaktadır ve şayet ilgili sanıklar hakkında uyuşturucu madde ticaretinden veya imalatından veya uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmaktan açılan davalarla ilgili olarak mahkeme sanığın bu suçları ihlal etmediği ve sanığın üzerine atılı suç kullanmak veya bulundurmak veya satın almak, kabul etmek kapsamında kabul edilmesi halinde sanık hakkında zorunlu olarak hakkında CMK.nun 231. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesini öngörülmüştür ve bu hükmü vermekte*

**Esas Sayısı : 2016/48**

**Karar Sayısı : 2016/42**

*mahkemeyi zorunlu tutmuştur. Ayrıca burada sanığa da seçimlik hak vermemiştir. Yani sanık hakkında ister hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını istesin veya istemesin netice değişmemekte ve mahkeme yasal zorunluluk gereğince sanık istemese dahi sanık hakkında zorunlu olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermektedir. Bu durumda hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmeyen sanık aleyhine sonuç doğurabilecek bir durumdur. Zira kendisini isnat edilen suçtan aklamak isteyen sanıklar haklarında genel kural olan CMK.nun 231/6-c maddesinde belirtilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını istememe hakları vardır.*

*Yukarıda açıklandığı üzere CMK.nun 231/6-c maddesinde hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmeyen sanıklar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karar verilemeyeceğini belirtmiştir. CMK.nun 231. maddesindeki bu genel düzenlemeye TCK.nun 191/8. aykırıdır. Zira TCK.nun 191/8 sanığa hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını isteyip istemediği konusunda herhangi bir seçimlik hak vermemektedir. Sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını istemediğini belirtse dahi mahkeme TCK.nun 191/8. gereğince sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını verebilecektir. Bu da kanun önünde herkes eşittir. Hükmü olan Anayasanın 10. maddesine aykırılık teşkil etmektedir ve kişilerin kendilerini mahkeme önünde aklama hakkını kısıtlamaktadır. Zira kişi yargılandığı davada sonuna kadar beraat etme yasal yollarını da kullanma hakkına sahiptir ve sanık hakkında TCK.nun 188. ve 190. maddesinden açılan davalarda da kendisini aklama hakkına sahiptir ve bu suçlar yönünden de açılan davalarda, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı konusunda seçim hakkına sahip olması gerektiği Mahkememizce kanaat getirilmiştir. Bu nedenlerle sanığa bu CMK.nun 231'de belirtilen seçimlik hakkı tanınmadan hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi Anayasanın 10. Maddesindeki herkes hukuk önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğuna mahkememizce kanaat getirilmiş, bu nedenle davanın durmasına karar verilmiştir ve bu durumun çözümü için Anayasa mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.*

*Ayrıca CMK.nun 231/6. maddesinde sanıklar hakkında tüm suçlar açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılması şartlarını belirtmiştir. Bunlar;*

- a) Sanığın karşı tarafın veya kamunun zararını gidermiş olması,*
  - b) Sanığın daha önce kasti bir suçtan mahkum olmaması*
  - c) Mahkemece sanığın pişman olduğuna kanaat getirilmesi ve ilerde suç işlemeyeceği konusunda kanaat oluşması*
  - d) Sanığın hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmesi gerektiği*
- Belirtilmiştir.*

*TCK.nun 191/8 maddesi CMK.nun 231/6'daki düzenlemeye aykırıdır. Zira 191/8 maddesi CMK.nun 231/6 şartlarını aramamaktadır. Sanık istemese dahi mahkeme sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilmektedir. Ayrıca mahkeme sanığın ilerde suç işlemeyeceği konusunda kanaati oluşmasa dahi yasal zorunluluk nedeniyle sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermektedir. Bu da kişilerin hukuk önünde eşitlik ilkesine aykırıdır ve bu durum Anayasanın 10. maddesindeki hukuk önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu mahkememizce kanaat getirilmiştir.*

**Esas Sayısı : 2016/48**  
**Karar Sayısı : 2016/42**

*Ayrıca TCK.nun 191/8 maddesi bazen sanık hakkında CMK.nun 231/6 maddesinde belirtilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair şartlar olmasa dahi sanık lehine sonuç doğurmaktadır. Çünkü sanıklar hakkında TCK.nun 188 ve 190 maddesinden cezalandırılmaları için açılan kamu davalarında, CMK.nun 191/8 maddesinde sanık daha önceden kasti bir suçtan mahkum olması durumunda veya zararı gidermemesi halinde veya mahkeme sanık hakkında ilerde suç işlemeyeceği konusunda kanaat oluşmaması halinde ve sanık istememesi halinde dahi sanık hakkında TCK.nun 188 ve 190 maddesinden açılan davalarda mahkeme sanığın üzerine atılı suç 191/1 maddesine girdiğine kanaat getirilmesi halinde sanık hakkında zorunlu olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verecektir. Bu durum ise CMK.nun 231/6 maddesinde düzenlenen genel suçlar ve sanıklar açısından aleyhe bir sonuç doğurabilecektir. Çünkü TCK.nun 188 ve 190 maddelerinden açılan kamu davalarıyla ilgili sanıklar hakkında daha önceden sabıkalı olan ve kamunun ve ilgili kişilerin zararını gidermemiş olan ve daha önceden lehine hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip deneme süresinde yeniden suç işleyen veya mahkemece ilerde suç işlemeyeceğine kanaat getirilmeyen sanıklar hakkında dahi TCK.nun 191/8 maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilecektir. Bu durum da diğer genel suçlardan yargılanan kişiler açısından eşitsizliğe sebep olacaktır. Bu durumda da yine Anayasanın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırılık doğurmaktadır.*

*Yukarıdan beri sayılan nedenlerle mahkememiz 5237 sayılı TCK.nun 191/8 maddesi Anayasanın 10. Maddesi olan herkes hukuk önünde eşittir ilkesine aykırı olduğuna mahkememizce kanaat getirilmiş ve bu durumun düzeltilmesine gerektiğine kanaat getirilmiş ve bu nedenle mahkememiz Anayasanın 152 maddesi gereğince 5237 sayılı Yasa'nın 191/8 maddesinin iptali için dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiş, aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.*

**HÜKÜM:** Yukarıda gerekçesi açıklandığı üzere;

*1- Sanığın savunması alınmış olduğundan, üzerine atılı suç vasfı değişme ihtimali de gözetilerek SANIĞIN BİHAKKIN TAHLİYESİNE,*

*Başka suçtan hükümlü ya da tutuklu değilse serbest bırakılması için cezaevi müdürlüğüne yazı yazılmasına,*

*2- 5237 sayılı TCK.nun 191/8. maddesinin mahkememizce Anayasanın 10. maddesinde belirtilen herkes hukuk önünde eşittir hükmüne aykırı olduğu kanaatine varıldığından, bu maddenin iptali için dosyanın Anayasa Mahkemesininin 152 maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,*

*Mahkemenizin bu aykırılık iddiası ile ilgili karar verilip mahkememize gönderilinceye kadar davanın DURMASINA ve esasın bu şekilde kapatılmasına,*

*Anayasanın vereceği karara göre dosya Anayasa Mahkemesinden döndükten sonra yeniden dosyanın ele alınıp takdir olunmasına,*

**Esas Sayısı : 2016/48**

**Karar Sayısı : 2016/42**

*Dair, sanık ile müdafinin yüzüne karşı, iddia makamının katılımı ile, oybirliği ile verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı.”*

*Mahkememizin bu aykırılık iddiası ile ilgili karar verilip mahkememize gönderilinceye kadar davanın DURMASINA ve esasın bu şekilde kapatılmasına,*

*Anayasanın vereceği karara göre dosya Anayasa mahkemesinden döndükten sonra yeniden*