

“

14.05.2016 olan suç tarihinde sanık ... gerçekleştirdiği eylemi nedeniyle Bursa Cumhuriyet Başsavcılığının 03.10.2016 tarihli iddianamesiyle sanığın 5237 sayılı TCK'nın 188/3, 188/4-b, 53. ve 54. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle kamu davası açıldığı, sanığın yapılan yargılaması sonucunda Bursa 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 13.07.2017 tarih, 2016/439 Esas ve 2017/295 Karar sayılı ilamı ile sanığın eylemi sabit görülerek 5237 sayılı TCK'nın 188/3, 188/4-b, 62/1, 52/2-4, 53. ve 63. maddeleri uyarınca sonuç olarak 12 yıl 6 ay süre ile hapsine ve 2.000 TL adli para cezasına hükmedilerek adli emanette kayıtlı bulunan uyuşturucu maddelerin aynı Yasanın 54. maddesi uyarınca zoralımına karar verildiği, hükmün süresi içerisinde sanık müdafî tarafından istinaf edilmesi üzerine dosyanın dairemize gönderildiği, yapılan ön inceleme sonucunda üye hakim raporu doğrultusunda duruşma açılarak yapılan inceleme sırasında, sanık hakkında ilk derece mahkemesi tarafından uygulanan 6545 sayılı Yasa ile ekli 5237 sayılı TCK'nın 188/4-b maddesinde yazılı diğer hükümlerin anayasaya aykırı olmadığı hususunda kuşku bulunmamakta ise de; aynı fıkra da yer alan "...ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve..." ibaresinin anayasanın kanuniliğin öngörülebilirlik ilkesine aykırı olduğu düşüncesiyle sözü edilen ibarenin yasa maddesinden çıkartılmasını sağlamak amacıyla Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi başlıklı 152. maddesi ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 44. maddesindeki düzenlemeye göre;

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine aşağıda belirtilen gerekçelerle itirazen başvurma gereği duyulmuştur.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın, Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi başlığında yer alan;

Madde 152- Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükmümlerle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun; İtiraz Yolu, Anayasaya aykırılığın mahkemelerce ileri sürülmesi başlığında yer alan;

Esas Sayısı : 2017/179

Karar Sayısı : 2018/106

MADDE 40- (1) Bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa;

a) İptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslını,

b) Başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğini,

c) Dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerini, dizi listesine bağlayarak Anayasa Mahkemesine gönderir.

(2) Taraflarca ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiası davaya bakan mahkemece ciddi görülmezse bu konudaki talep, gerekçeleri de gösterilmek suretiyle reddedilir. Bu husus esas hükümle birlikte temyiz konusu yapılabilir.

(3) Genel Sekreterlik gelen evrakı kaleme havale eder ve keyfiyeti başvuran mahkemeye bir yazı ile bildirir.

(4) Evrakın kayda girişinden itibaren on gün içinde başvurunun yöntemine uygun olup olmadığı incelenir. Açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvuruları, Mahkeme tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedilir.

(5) Anayasa Mahkemesi, işin kendisine noksansız olarak gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse ilgili mahkeme davayı yürürlükteki hükümlere göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse mahkeme buna uymak zorundadır.” düzenlenmesini öngörmüştür;

Öte yandan;

6545 Sayılı Yasa ile ekli TCK’nın 188/4-b maddesi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

“Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti Madde 188/4-b “Üçüncü fıkradaki fiillerin; okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve tesisler ile bunların varsa çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen sınırlarına iki yüz metreden yakın mesafe içindeki umumi veya umuma açık yerlerde işlenmesi, hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

Madde fıkrasında sözü edilen “... ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve...” nelerden ibaret olduğu açık ve net bir şekilde ifade edilmediği, uygulamada görevi gereği uyuşturucu madde suçlarına bakmakta olan dairemize gelen dosyalarda görülen çok değişik yorumlara ve mahkemelerin farklı uygulamalarına rastlanıldığı, aynı eylem nedeni ile yargılanan sanıklardan bazıları hakkında sözü edilen yasa maddesi uygulanmak suretiyle fazla ceza tayin edildiği halde bazıları hakkında ise maddenin uygulanmaması sonucu daha az ceza aldıkları bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olduğu kanısını uyandırmaktadır. Nitekim davaya konu dosyamızda eylemin gerçekleştirildiği “Bursa Valiliği Yıldırım Belediyesi ...” ilk derece mahkemesi tarafından sözü edilen yasa maddesi ve fıkrası kapsamında görülerek sanık hakkında tayin olunan cezanın 1/2 oranında arttırılmasına karar verildiği, dairemize intikal eden çok sayıda dosyada ise benzer olaylarda çok daha farklı yerlerin anılan yasa maddesi ve fıkrası kapsamında

Esas Sayısı : 2017/179

Karar Sayısı : 2018/106

değerlendirildiği, bazı mahkemeler tarafından ise bahsi geçen yerlerin bu yerler kapsamında görülmediği, bu şekilde yapılan uygulamaların bir kısmı denetime tabi olanağına sahipken bir kısım uygulamaların ise süresi içerisinde istinaf edilmemeleri nedeni ile mevcut halleri ile kesinleştiklerinin görüldüğü anlaşıldığından, madde fıkrasına ilişkin farklı türdeki uygulamaların Anayasanın kanun önünde eşitlik, kanuniliğin öngörülebilirlik ve keyfiliğe kapalılık ilkelerine aykırı olduğu kanaatini oluşturmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Cumhuriyetin nitelikleri başlığında yer alan;

Madde 2- Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Kanun önünde eşitlik başlığında yer alan;

Madde 10- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) (2) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması başlığında yer alan;

Madde 13-(Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.)

Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Suç ve cezalara ilişkin esaslar başlığında yer alan;

Madde 38- Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

Esas Sayısı : 2017/179

Karar Sayısı : 2018/106

Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md.) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Ceza sorumluluğu şahsidir.

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md.) Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.

(Ek fıkra: 3/10/2001- 4709/15 md; Mülga fıkra: 7/5/2004 - 5170/5 md.)

(Değişik onuncu fıkra: 7/5/2004 -5170/5 md.) Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.

İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.

(Değişik son fıkra: 7/5/2004-5170/5 md.) Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.

Dava dosyamız ile ilgili somut olaya bakınca;

Mahkemesince olay yerinde TCK'nın 188/4-b maddesi kapsamında olay yerinin nitelikleri belirlenmek üzere keşif yapılmış olup, fen bilirkişisi tarafından hazırlanan 11/07/2017 tarihli raporda sonuç olarak; sanık ... uyuşturucu sattığı (B)harfi ile işaretli yerin ... bulunduğu binanın çevre duvarı arasındaki ulaşılabilirlik en yakın yürüme mesafesinin 30 metre olduğu, TCK'nın 188/4-b maddesinde belirtilen 200 metreden yakın olduğunun bildirildiği görülmüştür.

İstinaf başvurusunun duruşmalı incelenmesi sırasında dairemizce, 5237 sayılı TCK'nın 188/4 fıkrasının - b bendinde; (Üçüncü fıkradaki fiillerin; okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve tesisler ile bunların varsa çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen sınırlarına iki yüz metreden yakın mesafe içindeki umumi veya umuma açık yerlerde işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılır. şeklinde düzenleme uyarınca dosya kapsamında yer alan delillere göre; suç yerinin özellikleri olay sırasında gizli soruşturmacılar tarafından tespit edilen görüntü kayıtlarının CD ortamında adli emanet dairesinde bulunduğu da dikkate alınarak dosyada mevcut olan olay yerine ilişkin keşif ve bilirkişi raporu da birlikte olmak üzere sanığın ve müdafinin de hazır bulunacağı keşifte birlikte ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmeye olanak verecek şekilde keşif yapılarak Yıldırım Belediyesi tarafından işletildiği anlaşılan isimli yerin ve sanığın suçu işlediği yerin kesin ve net olarak 5237 sayılı TCK'nın 188/4-b maddesi kapsamında sayılan yerlerden olup olmadığının belirlenmek üzere keşif yapılmasına karar verilmiştir.

Keşif sonucunda düzenlenen bilirkişi raporunda, sanığın uyuşturucu sattığı iddia edilen yerin Bursa Valiliği Yıldırım Belediyesine ait bahçe duvarı arasındaki en yakın mesafenin 19,63 metre bina girişi arasındaki mesafenin 43,52 metre olduğunun tespitleri bildirilmiştir.

Esas Sayısı : 2017/179

Karar Sayısı : 2018/106

Dosyada mevcut Bursa Valiliği İl Emniyet Müdürlüğünün 16/11/2016 tarihli yazısı ve ekindeki evrakın incelenmesinde, söz konusu binanın; ... isimli yerin mülkiyeti belediyeye ait olan ve bilahare belediye meclisinin 06/05/2009 tarih ve 194 sayılı kararı ile il vakfına tahsis edildiği, Bursa Valiliği Sosyal Yardımlaşma Dayanışma Vakfı, Kırıcılar Kimsesizler Evi Aşevi ve Eğitim Hizmet Binasının bodrum ve zemin katının aşevi olarak Yıldırım Belediye vakfına zemin kat dışındaki zemin katı fakir ihtiyaç sahibi vatandaşlara meslek edindirmeye yönelik eğitim salonu ile 2. ve 3. katlardaki 8 apart dairenin kimsesizler için geçici barınma evi ve eğitim-seminer salonu olarak işletilmesi hakkının Yıldırım Belediyesine 20/07/2011 tarihli protokol ile devir edildiği ve 1 ay sonra faaliyete geçtiğinin bildirildiği görülmüştür.

Bu hali ile 5237 sayılı TCK'nın 188/4-b maddesindeki düzenlemeye yer alan sayılan yerlerin dışında "... ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve..." ifadesinin yoruma ve kıyasa açık olması nedeni ile farklı değerlendirmelere, yorumlara neden olabileceği farklı mahkemelerce değişik sonuçlara ulaşılarak ceza arttırımı ya da arttırılmaması sonuçlarına varılabileceği Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında yer alan hukuk devleti, kanun önünde eşitlik, kanunilik, öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olduğu nedenleri ile yasa maddesindeki "... ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve..." ibaresinin iptali ile Anayasaya aykırılık talebimizin sonuçlanıncaya kadar kamu davasının yargılamasının bekletilmesine karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ VE İSTEM :

5237 sayılı TCK'nın 188/4- b maddesi düzenlemesinde yer alan; "... ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve..." düzenlemesinin yukarıda tartışıldığı izah olunan nedenlerle Yüksek Mahkemeye müracaatla Anayasaya aykırılığın tespit ve iptalini istemek zarureti doğmakla.

Yüksek Mahkemece, dairemiz başvurusunun itiraz olarak kabul edilerek, 5237 sayılı TCK'nın 188/4- b maddesi düzenlemesinde yer alan; "... ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve..." düzenlemesinin T.C. Anayasasının 2., 10., 13., 38. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptaline karar verilmesi,

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 152. maddesi gereğince arz ve talep olunur."