

“... ”

2709 numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 152. maddesi uyarınca, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'un 231. maddesinin;

“(5) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir. (Ek cümle: 22/07/2010-6008 S.K/7.md.) Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.

(7) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. (Ek cümle: 18/06/2014-6545 S.K./72. md) Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı

denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23. md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23. md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23. md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23. md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) (Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./562.mad) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasa'nın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.”

şeklindeki 5., 6. 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13. ve 14. fıkralarının Anayasa'nın 17. maddesine aykırılık oluşturduğundan bahisle iptali istenmektedir.

III- NORMUN ANAYASAYA AYKIRILIĞI SAVI :

1. Hukuki Açıklamalar

Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası -mağdurların eylemi veya yetkililerin saiki ne olursa olsun- kötü muamele yasağının ihlal edilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır. Saikin önemi ne kadar yüksek olursa olsun en zor koşullarda bile işkence, eziyet veya insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yapılamaz. Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrası savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hâllerde bile bu yasağın askıya alınmasına izin vermemektedir. Anılan maddelerdeki hakkın mutlaklık niteliğini güçlendiren felsefi temel, söz konusu kişinin eylemi ve suçun niteliği ne olursa olsun herhangi bir istisnaya, haklılaştırıcı faktöre veya menfaatlerin tartılmasına izin vermemektedir (Cezmi Demir ve diğerleri, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 104).

Bununla birlikte her kötü muamele iddiasının Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının getirdiği korumadan ve Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerden yararlanması beklenemez. Bu bağlamda kötü muamele konusundaki iddialar uygun delillerle desteklenmelidir. İddia edilen olayların gerçekliğini tespit etmek için soyut iddiaya dayanan şüphe ötesinde makul kanıtların varlığı gerekir. Bu kapsamdaki bir kanıt yeterince ciddi, açık ve tutarlı emarelerden ya da aksi ispat edilmemiş birtakım karinelere

oluşabilir. Bu bağlamda kanıtlar değerlendirilirken ilgililerin süreçteki tutumları da dikkate alınmalıdır (Cezmi Demir ve diğerleri, § 95).

Aynı şekilde bir muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında olabilmesi için asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması gerekir. Bu asgari eşik, göreceli olup her olayın somut koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu kapsamda muamelenin süresi, bedensel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler önem taşır. Ayrıca muamelenin ardındaki saik ve amaç dikkate alınmalıdır. Muamelenin heyecanın yükseldiği ve duygu yoğunluğunun olduğu bir anda meydana gelip gelmediği de gözönünde bulundurulmalıdır (Cezmi Demir ve diğerleri, § 83).

Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen bu kavramlar arasında nitelik değil yoğunluk farkının bulunduğu görülmektedir. Bir muamelenin işkence olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için anılan fıkrada geçen eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele kavramları ile işkence arasındaki ayrıma bakmak gerekmektedir. Bu ayrımın özellikle çok ağır ve zalimane acılara neden olan kasti insanlık dışı muamelelerdeki özel duruma işaret etmek ve bir derecelendirme yapmak amacıyla Anayasa tarafından getirildiği ve anılan ifadelerin 5237 sayılı Kanun'da düzenleme altına alınmış olan işkence, eziyet ve hakaret suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır (Cezmi Demir ve diğerleri, § 84).

Buna göre anayasal düzenleme kapsamında kişinin maddi ve manevi varlığına en fazla zarar veren muamele işkencedir. Muamelenin ağırlığının yanı sıra İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde işkencenin özellikle bilgi almak, cezalandırmak veya yıldırma amacıyla ya da ayrımcı bir nedenle yapıldığı belirtilmiştir (Cezmi Demir ve diğerleri, § 85).

İşkence seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, belirli bir süre devam eden, yaralanmaya, yoğun maddi veya manevi ızdıraba sebep olan insanlık dışı muameleler eziyet olarak tanımlanabilir. Bu hâllerde duyulan acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz olarak bulunan acının ötesine geçmelidir. İşkenceden farklı olarak eziyette, ızdırap vermenin belli bir amaç doğrultusunda yapılması aranmaz (Cezmi Demir ve diğerleri, § 88).

Kişileri küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kişide korku, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen muameleler ise insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele veya ceza olarak tanımlanabilir. Eziyetten farklı olarak, uygulanan bu muamele kişide bedensel ya da ruhsal bir acı oluşturmaya da küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki yaratmaktadır (Cezmi Demir ve diğerleri, § 89).

Bir muamelenin bu kavramlardan hangisini oluşturduğunu belirleyebilmek için her somut olay kendi özel koşulları içinde değerlendirilmelidir. Muamelenin kamuya açık olarak yapılması onun aşağılayıcı ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan nitelikte olup olmamasında rol oynasa da bazı durumlarda kişinin kendi gözünde küçük düşmesi de bu seviyedeki bir kötü muamele için yeterli olabilmektedir. Ayrıca muamelenin küçük düşürme ya da alçaltma kastı ile yapıp yapılmadığı dikkate alınsa da böyle bir amacın belirlenememesi kötü muamele ihlali olmadığı anlamına gelmeyecektir. Bir muamele hem insanlık dışı/eziyet hem de aşağılayıcı/insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele niteliğinde olabilir. Her türlü işkence, aynı zamanda insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele oluştururken insan haysiyetiyle bağdaşmayan her aşağılayıcı muamele insanlık dışı/eziyet niteliğinde olmayabilir. Tutulma

koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı davranışlar, devlet görevlileri tarafından sarf edilen hakaretamiz ifadeler, engelli kimselerin karşılaştığı kimi olumsuz durumlar, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme içirme gibi aşağılayıcı muameleler insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olarak ortaya çıkabilir (Cezmi Demir ve diğerleri, § 90).

Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasıyla yasaklanmış bir eylem tehdidinde bulunmak da yeterince yakın ve gerçek olması koşuluyla bu maddenin ihlali sonucunu doğurma riskini taşıyabilir. Dolayısıyla bir kimseyi işkence ile tehdit etmek, en azından insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele oluşturabilir (Cezmi Demir ve diğerleri, § 91).

Öte yandan Anayasa'nın 17. maddesi, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde yakalamayı gerektiren durumlarda ve gösteriye katılanların kendi tutumundan dolayı güç kullanımını yasaklamamaktadır. Sınırları belli bazı durumlarda, mevzuata uygun olarak ve sadece kaçınılmaz hâllerde aşırı olmaması koşuluyla güvenlik güçleri tarafından fiziksel güce başvurulmasının kötü muamele olmadığı kabul edilmektedir. Ayrıca kişinin kendi davranışından veya tutumundan dolayı fiziksel güce başvurmak kesinlikle zorunlu hâle gelmedikçe bu neviden fiiller prensip olarak Anayasa'nın 17. maddesinde belirtilen yasağı ihlal edecektir (Ali Rıza Özer ve diğerleri [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015, §§ 81, 82).

Devletin kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüğün bir de usul boyutu bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmî bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu tarz bir soruşturmanın temel amacı, söz konusu saldırıları önleyen hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda bunların sorumlulukları altında meydana gelen olaylar için hesap vermelerini sağlamaktır (Cezmi Demir ve diğerleri, § 110).

Buna göre bireyin bir devlet görevlisi tarafından hukuka aykırı olarak ve Anayasa'nın 17. maddesini ihlal eder biçimde bir muameleye tabi tutulduğuna ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunması hâlinde Anayasa'nın 17. maddesi "Devletin temel amaç ve görevleri" kenar başlıklı 5. maddedeki genel yükümlülükle birlikte yorumlandığında etkili resmî bir soruşturmanın yapılmasını gerektirmektedir. Bu soruşturma, sorumluların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlamaya elverişli olmalıdır. Bu, olanaklı olmazsa bu madde sahip olduğu öneme rağmen pratikte etkisiz hâle gelecek ve bazı hâllerde devlet görevlilerinin fiilî dokunulmazlıktan yararlanarak kontrolleri altında bulunan kişilerin haklarını istismar etmeleri mümkün olacaktır (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 25).

Yürütülecek ceza soruşturmalarının amacı, kişinin maddi ve manevi varlığını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların hesap vermelerini sağlamaktır. Bu, bir sonuç yükümlülüğü değil uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Diğer taraftan burada yer verilen değerlendirmeler hiçbir şekilde Anayasa'nın 17. maddesinin başvuruçulara üçüncü tarafları adli bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı veya tüm yargılamaları mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma ödevi yüklediği anlamına gelmemektedir (Cezmi Demir ve diğerleri, § 77).

Ceza soruşturmasının etkili olması için soruşturma makamlarının resen harekete geçerek kötü muamele iddiasını aydınlayabilecek ve sorumluların belirlenmesini sağlayabilecek bütün delilleri tespit etmeleri gerekir. Yetkililer şikâyet yapılır yapılmaz harekete geçmeli, bir

şikâyet olmasa bile işkence veya kötü muamele olduğunu gösteren yeterli belirtiler olduğunda soruşturma açmalıdır(Cezmi Demir ve diğerleri, §§ 114, 116).

Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında bazen tek başına soruşturma yapılmamış olması yahut da yeterli soruşturma yapılmamış olması da kötü muamele teşkil edebilmektedir. Dolayısıyla şartlar ne olursa olsun yetkililer, resmî şikâyet yapılır yapılmaz harekete geçmelidir. Şikâyet yapılmadığında bile işkence veya kötü muamele olduğunu gösteren yeterli kesin belirtiler olduğunda soruşturma açılması sağlanmalıdır. Bu bağlamda soruşturmanın derhâl başlaması, bağımsız biçimde, kamu denetimine tabi olarak özenli ve süratli yürütülmesi ve bir bütün olarak etkili olması gerekir (Tahir Canan, § 25).

Kötü muameleye ilişkin şikâyetler hakkında yapılan soruşturma söz konusu olduğunda yetkililerin hızlı davranması önemli olmakla birlikte belirli bir durumda bir soruşturmanın ilerlemesini engelleyen sebeplerin ya da zorlukların olabileceği de kabul edilmelidir. Ancak kötü muameleye yönelik soruşturmalarda hukuk devletine bağlılığın sağlanması, hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve teşvik gösterildiği görünümü verilmesinin engellenmesi, herhangi bir hile ya da kanunsuz eyleme izin verilmemesi, kamuoyunun güveninin sürdürülmesi için yetkililer tarafından soruşturmanın azami bir hız ve özenle yürütülmesi gerekir (Cezmi Demir ve diğerleri, § 119).

Anayasa'nın 17. maddesinin amacı, kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin bir ölüm ya da yaralama olayında mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların tespit edilerek hesap vermelerini sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü olmayıp uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Dolayısıyla bu kapsamda açılmış olan tüm davaların mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlanması zorunluluğu bulunmamaktadır (Cezmi Demir ve diğerleri, § 127). Ancak usul yükümlülüğünün bir unsuru olarak tespit edilen sorumlulara fiilleriyle orantılı cezalar verilmeli ve mağdur açısından uygun giderim sağlanmalıdır (Şenol Gürkan, B. No: 2013/2438, 9/9/2015, § 105).

11.Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında HAGB Kurumu

Yargıtay 4.Ceza Dairesi'nin 08/07/2020 T., 2020/1216 E. ve 2020/9138 K..sayılı,

Yargıtay 10.Ceza Dairesi'nin 15/05/2014 T., 2012/11346 E. ve 2014/3875 K.sayılı,

Yargıtay 11.Ceza Dairesi'nin 15/09/2017 T., 2013/15589 E. ve 2015/28580 K.sayılı,

Yargıtay 12.Ceza Dairesi'nin 03/06/2020 T., 2020/380 E. ve 2020/2920 K.sayılı,

Yargıtay 13.Ceza Dairesi'nin 20/09/2016 T., 2015/7453 E. ve 2016/12438 K.sayılı,

Yargıtay 18.Ceza Dairesi'nin 17/12/2015 T., 2015/20113 E. ve 2015/13779 K.sayılı,;

Yargıtay 19.Ceza Dairesi'nin 25/02/2016 T., 2015/13492 E. ve 2016/2728 K.sayılı,

Yargıtay 4.Ceza Dairesi'nin 06/03/2013 T., 2011/4970 E. ve 2013/6171 K.sayılı

(Mahkememiz dosyasında sanığın temyizi üzerine verilmiştir.)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03/11/2015 T., 2014/8-580 E. ve 2015/360 K.sayılı kararlarında da görüleceği üzere CMK m.231/6'da belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde sanık hakkında HAGB uygulanmamasını hem Yargıtay'ın farklı Ceza Daireleri hem Yargıtay Ceza Genel Kurulu istikrarlı şekilde bozma sebebi yapmaktadırlar

Anayasa Mahkemesi'nin;

2016/762 B.numaralı 02/06/2020 tarihli Fırat Can Başvurusuna İlişkin,

2016/7039 B.numaralı 28/11/2019 tarihli Abdullah Süngü Başvurusuna İlişkin,

2014/15736 B.numaralı 29/05/2019 tarihli Dođukan Bilir Başvurusuna İlişkin,

2015/14826 B.numaralı 18/04/2019 tarihli Edip Elma vd. Başvurusuna İlişkin,

2014/1982 B.numaralı 09/11/2017 tarihli Seyfullah Turan vd. Başvurusuna İlişkin,

2014/7703 B.numaralı 02/02/2017 tarihli Mustafa Rollas Başvurusuna İlişkin,

2014/798 B.numaralı 28/09/2016 tarihli Mehmet Şah Aras vd. Başvurusuna İlişkin,

2013/4383 B.numaralı 18/02/2016 tarihli Yunus Kalkan Başvurusuna İlişkin,

2013/2015 B.numaralı 04/11/2015 tarihli Hamdiye Arslan Başvurusuna İlişkin,

2013/3017 B.numaralı 16/12/2015 tarihli Süleyman Deveci Başvurusuna İlişkin,

2013/6359 B.numaralı 10/12/2014 tarihli Deniz Yazıcı Başvurusuna İlişkin,

2014/19112 B.numaralı 17/05/2016 tarihli E.A Başvurusuna İlişkin,,

2013/2438 B.numaralı 09/09/2015 tarihli Şenol Gürkan Başvurusuna İlişkin,

2014/19954 B.numaralı 12/06/2018 tarihli Elif Aydın Dost Başvurusuna İlişkin, (Mahkememiz dosyasında katılanın başvurusu üzerine verilmiştir.)

2013/8137 B.numaralı 20/04/2016 tarihli ... ve ... Başvurusuna İlişkin kararlarında da görüleceği üzere HAGB kurumunun sanık hakkında uygulanması halinde mağdurların Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

AİHM de 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesiyle düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile ilgili yaptığı değerlendirmede; düzenlemenin, faillerin cezasız bırakılması sonucunu doğurduğu kanaatine varmıştır. AİHM, hâkimlerin takdir yetkilerini, hukuka aykırı son derece ciddi bir eylemin hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğini göstermek yerine, bu eylemin sonuçlarını olabildiğince aza indirmek yönünde kullandıklarına işaret ederek işkence failleri hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakıldığı davalarda Sözleşme'nin 3. maddesinin usul bakımından ihlal edildiğine hükmetmiştir (Taylan/Türkiye, B. No: 32051/09, 3/7/2012, § 46).

111.Somut Olay Bakımından Yapılan Deđerlendirme

HAGB kararının mağdurlar açısından yeterli giderim sağlamadığı, sanıkların eylemleri nedeniyle herhangi bir yaptırımla karşılaşmadığı anlaşıldığından mağdurların mağdur statülerinin devam ettiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle sanıkların işledikleri suç nedeniyle hesap vermesinin sağlanması ve fiilleriyle orantılı bir ceza alması koşulunun yerine getirilmesinde HAGB kurumu engel olmaktadır.

Cezasızlık, işlenen bir suçun somut olarak cezasız kalmasını ifade etmektedir. Cezasızlık; işkence ve kötü muamele fiillerine yönelik olarak sorumluların adalet önüne çıkarılmaması, işledikleri suçla orantılı bir biçimde cezalandırılmaması veya mahkûm edildikleri cezanın infazının sağlanmaması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Cezasızlığın önlenmesi durumunda bir yandan mağdurlar açısından gerekli giderim sağlanırken bir yandan yeni ihlallerin gerçekleşmesini engelleyecek caydırıcı bir etki ortaya çıkması mümkün olacaktır (Süleyman Deveci, B. No: 2013/3017, 16/12/2015).

İşlenen suç ile verilen cezalar arasında orantısızlık olması ya da hiç ceza verilmemesi durumunda bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki ortaya koymaktan oldukça uzak kalınmakta, kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin idari ve yasal mevzuat aracılığıyla korunması hususundaki pozitif yükümlülüğün yerine getirilememesi sonucu doğmaktadır (Süleyman Deveci, § 102).

HAGB kararı sonucunda sanığın deneme süresi içinde suç işlememesi hâlinde bu ceza hiç olmamış sayılarak adli ve memuriyet siciline yansımayacaktır. Verilen bu karar cezanın infazının ertelenmesinden daha güçlü bir etkiye sahiptir ve sanığın cezadan muaf tutulması ile sonuçlanmaktadır. Ulaşılan bu sonucun bu tür olaylara karışan kişilere hoşgörü ile yaklaşıldığı izlenimini uyandırdığı ve bu tür fillere eğilimi olan kişileri cesaretlendirebileceği gibi bireylerin bu kapsamda devlete ve adalet mekanizmalarına olan güvenlerini de zedeleyebileceği açıktır.

Nihayetinde, sanıklar hakkında HAGB'ye karar verilmesiyle bu tür eylemlerin hoşgörülmeceği yönündeki algının zayıflamasına yol açmaktadır ve mağdurların insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağıyla ilgili olarak etkili bir soruşturma/kovuşturma yapılmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Yukarıda ayrıntıları belirtildiği şekilde Yargıtay'ın farklı Ceza Daireleri ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun istikrarlı şekilde koşulları bulunduğu takdirde sanıklar hakkında HAGB uygulanmasını istemesine rağmen Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolu açılmasından sonra Anayasa Mahkemesi tarafından sanıklar hakkında HAGB uygulanması nedeniyle sürekli olarak mağdurların Anayasa'nın 17. maddesinde belirtilen hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi ve AİHM nezdinde ülkemiz aleyhinde yapılan başvurular neticesinde sanıklar hakkında HAGB uygulanması nedeniyle AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğinin belirtilmesi karşısında HAGB kurumunun Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen "Kişilerin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı maddeye aykırı olduğuna kanaat getirilerek Devletin mütemadiyen tazminat ödemesini engellemek ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Anayasa ile AİHS'ye uygun hale gelmesi maksadıyla Anayasa'nın 152.maddesi kapsamında somut norm denetimi yoluna gidilmiştir.

KARAR : Yukarıda açıklanan gerekçelerle;

1- 2709 numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 152. maddesi uyarınca, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'un 231. maddesinin;

“(5) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl* veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir. (Ek cümle: 22/07/2010-6008 S.K/7.md.) Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.

(7) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. (Ek cümle: 18/06/2014-6545 S.K./72. md) Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) (Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./562.mad) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasa'nın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.”

şeklindeki 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13. ve 14. fıkralarının Anayasa'nın 17. maddesine aykırılık oluşturduğundan bahisle İPTALİ İSTEMİ ile RESEN ANAYASA MAHKEMESİNE İTİRAZ YOLU İLE MÜRACAAT EDİLMESİNE VE BU HÜKMÜN İPTALİNİN İSTENİLMESİNE,

2- 6216 numaralı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesi uyarınca

a- Başvuru kararının aslı ile tutanağın ve dava dosyasında yer alan evrakın onaylı birer örneğinin oluşturulacak dizi listesine bağlanılarak bir dosya halinde ANAYASA MAHKEMESİNE GÖNDERİLMESİNE,

b- Başvuru dosyasının Anayasa Mahkemesine tebliğinden itibaren BEŞ AY BEKLENİLMESİNE, bu süre içinde karar verilmezse işbu davanın yürürlükteki hükümlere göre (Anayasa Mahkemesinin kararı esas hakkında karar kesinleşinceye kadar gelirse Anayasa Mahkemesi hükmüne uyulması koşuluyla) SONUÇLANDIRILMASINA,

Karar verildi.”