

“ ...

5237 sayılı TCK'nın Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak başlıklı 191. maddesi “(1) 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.

(2) Bu suçtan dolayı başlatılan soruşturmada şüpheli hakkında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171. 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) 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) 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) 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) Dördüncü fıkraya göre kamu davasının açılmasından sonra, birinci fıkrada tanımlanan suçun tekrar işlendiği iddiasıyla açılan soruşturmalarda ikinci fıkra uyarınca kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilemez.

(7) Şüpheli erteleme süresi zarfında dördüncü fıkrada belirtilen yükümlülüklerle aykırı davranmadığı ve yasakları ihlal etmediği takdirde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.

(8) Bu Kanunun;

- a) 188. maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti,
- b) 190. 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.

(9) Bu maddede aksine düzenleme bulunmayan hâllerde, Ceza Muhakemesi Kanununun kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin 171. maddesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231. maddesi hükümleri uygulanır.

(10) (Ek: 27/3/2015-6638/12 md.) Birinci 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.” şeklindedir.

5237 TCK'nın 191. maddesinin 6. fıkrası uyarınca fail hakkında daha önce(ilk suç)kullanmak için uyuşturucu madde bulundurmamak suçundan bir soruşturma açılmış, açılan soruşturma kapsamında TCK 191/2. madde kapsamında erteleme kararı verilmiş, ancak fail erteleme süresi içerisinde yükümlülüklerine ve tedavi gereklerine uymamış, tekrar kullanmak için uyuşturucu madde bulundurmuş veya uyuşturucu madde kullanmış ve bu nedenle de fail hakkında kamu davası açılmış ise fail hakkında ikinci suç nedeniyle hakkında erteleme kararı verilemeyecektir. Yani yeniden bir erteleme kararı verilmeksizin doğrudan iddianame düzenlenebilecektir.

TCK 191/6 hükmü ikinci suç için yeniden erteleme kararı verilmemesini öngörmekte olup ikinci kez kullanmak için uyuşturucu madde bulundurmamak suçunun (kamu davasının ertelenmesi kararının ihlalini oluşturan eylem dışında) işlenmesi halinde iddia makamı tarafından doğrudan iddianame düzenlenecektir. Burada asıl önem arz eden “Dördüncü fıkraya göre kamu davasının açılmasından sonra” şeklinde ortaya konan kriterdir. İlk defa kullanmak için uyuşturucu madde bulundurmamak suçundan yapılan soruşturmada verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının ihlal edilmesi halinde kamu davasının açılması durumunda ikinci suç yönünden kamu davasının açılmasının ertelenmesi mümkün değildir. Ancak kanun hükmüne göre ilk suç için açılan kamu davasının sonucu önem arz etmemektedir.

İlk suç için açılan kamu davasında ilk eylem yani kamu davasının ertelenmesine konu eylemin mahkemece (ilk suça ilişkin) fail tarafından işlenmediği veya işlendiğine ilişkin kesin delil bulunmadığından beraatine karar verilmesi muhtemeldir. Ayrıca kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ile yüklenen yükümlülüklerine veya uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmamakta ısrar ettiği iddiasıyla ilk suç yönünden kamu davası açılmış ise mahkemece(ilk suça ilişkin) yükümlülük veya tedavi gereklerine aykırılık olmadığı veya ısrar koşulunun oluşmadığı da kabul edilebilecek ve CMK'nın 223/8. maddesi gereğince kovuşturma şartının gerçekleşmesini beklemek üzere, kamu davasının durmasına dosyanın Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilebilecektir. Yine kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını ihlal ettiği iddia olunan kullanmak için uyuşturucu madde bulundurmamak veya uyuşturucu madde kullanmak eylemlerinin de fail tarafından işlendiğinin sabit olamaması halinde de mahkemece (ilk suça ilişkin) durma kararı verilmesi de muhtemeldir. Son olarak ilk suça ilişkin davaya bakan mahkemece mahkumiyet kararı verilse bile üst derece mahkemesince farklı bir değerlendirme yapılması muhtemeldir.

İlk suça ilişkin kararın kesinleşmesinin beklenmesinin soruşturmayı geciktirebileceği veyahut hukuki kesinti oluşmaması nedeniyle sanığın daha az ceza alma ihtimalini ortaya

çıkarılabileceği düşünülse bile yasa koyucu içtima kurallarını düzenleyebilir. Burada önemli olan ortaya çıkacak sonuçlar değil insan haklarının korunmasındaki üstün yarardır.

İlk suç yönünden kamu davasının açılmış olmasının ikinci suç yönünden erteleme kararı verilmeksizin kamu davası açılması için yeterli kabul edilmesi failin öncelikle masumiyet karinesini ihlal etmektedir. Nitekim kanun yolu ve kesinleşme süreçleri sonucunda ilk suç için beraat veya durma kararı verilebilecektir. Ancak TCK 191/6 madde hükmü sanığın ilk suç işlediği ön kabulüne dayanmaktadır. Anayasanın 38. maddesinin 4. fıkrasının “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.” şeklindedir. Söz konusu hüküm evrensel bir hukuk kuralı olan masumiyet karinesinin anayasal dayanağıdır. Yukarıda açıklandığı üzere 5237 TCK’nın 191. maddesinin 6. fıkrası masumiyet karinesi ihlal etmesi nedeniyle Anayasanın 38. maddesinin 4. fıkrasına aykırıdır. Ayrıca masumiyet karinesinin evrensel bir hukuk kuralı olması nedeniyle 5237 TCK’nın 191. maddesinin 6. fıkrası Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmaz.

Mahkememizce İddianamenin iadesi kararında atıf yapılan Adana BAM 16. Ceza Dairesinin 14/01/2021 tarih 2020/232 esas ve 2021/52 karar sayılı ilamında “Sanık hakkında düzenlenen iddianamede, TCK’nın 191/6. maddesine dayanak yapıldığı belirtilen Ceyhan Cumhuriyet Başsavcılığı’nın 2014/6303 soruşturma sayılı dosya kapsamında yapılan soruşturmasının, Ceyhan 4. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2015/784 esas sayılı dosya üzerinden yürütüldüğü ve verilen mahkumiyet kararının Yargıtay aşamasında olması nedeniyle henüz kesinleşmediği, sanık hakkında “Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek, Bulundurmak ve Kullanmak” suçundan kesinleşmiş başka bir mahkumiyet kararı da bulunmadığı, istinaf incelemesine konu davada sanığın mahkumiyetine karar verilebilmesi için, bahsi geçen Ceyhan 4. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2015/784 esas sayılı dosyasında sanığın mahkumiyetine dair verilen kararın kesinleşmesinin gerektiği, bu hususun istinaf incelemesine konu yargılama için kovuşturma şartı olduğu, iddianamede TCK’nın 191/6. maddesine dayanak yapıldığı belirtilen ve yukarıda bahsi geçen dosyanın kesinleşmesinin bekletici mesele yapılarak, sanığın bu dosyada mahkum olması halinde, istinafa konu suçtan dolayı da mahkumiyet kararı verilmesi, aksi halde düşme kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde yasal olmayan gerekçe ile sanığın mahkumiyetine karar verilmesi,” şeklinde hüküm kurulmuştur. Kararda belirtilen bu hususların mahkememizce yapılan anayasaya aykırılık iddiasını destekler nitelikte olduğu değerlendirilmektedir. Nitekim 5237 TCK’nın 191. maddesinin 6. fıkrası yalnızca ilk suç için kamu davasının açılmasını yeterli kabul etmektedir. Kararın kesinleşip kesinleşmediğinin anılan kanun hükmüne göre bir önemi yoktur. Ancak Adana BAM 16.Ceza Dairesinin 14/01/2021 tarih 2020/232 esas ve 2021/52 karar sayılı ilamı ile ilk suç için mahkumiyet kararının kesinleşmesi kovuşturma şartı olarak kabul görülmüştür. Şu hususu belirtmek gerekir ki anayasaya aykırı bir kanun hükmü yargısal içtihatlarla anayasaya uygun hale getirilemez. Yani anayasaya aykırı bir kanun hükmü anayasaya uygun şekilde değiştirilerek uygulanırsa bile kanun hükmünün anayasaya aykırılığı devam eder.

SONUÇ : Yukarıda arz edilen gerekçeler ve inceleme sırasında res’en nazara alınacak diğer nedenler nazara alınarak, Mahkememizin 2021/357 esas sayılı dava dosyasında uygulanma ihtimali bulunan ancak 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2 ve 38 /4 madde hükümlerine açıkça aykırı hükümler içeren 5237 sayılı TCK’nın 191. maddesinin 6. fıkrası “Dördüncü fıkraya göre kamu davasının açılmasından sonra, birinci fıkrada tanımlanan suçun tekrar işlendiği iddiasıyla açılan soruşturmalarda ikinci fıkra uyarınca kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilemez.” şeklindeki hükmünün İPTALİNE KARAR VERİLMESİ talep olunur.”