

“ ...

Olayın özeti; Sanık ...hakkında Diyarbakır CBS 2018/14243 Esas sayılı iddianamesiyle PKK/KCK terör örgütüne maddi destek verdiği ve eyleminin 6415 sayılı Terörizmin Finansmanını Önlenmesi Hakkındaki Kanuna Muhalefet suçunu oluşturduğu gerekçesiyle aynı kanunun 4/1 maddesi gereğince cezalandırılması gereğince dava açılmış, Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesinin 2019/12-84 EK sayılı kararıyla sanığın beraatine karar verilmiş, dairemizin 2019/758-2021/21 EK sayılı kararıyla istinaf başvurusunun esastan reddine dair CMK'nın 286. maddesi gereğince kesin olarak karar verilmiş, Gaziantep BAM Başsavcılığının 27/01/2021 tarihli itiraz dilekçesiyle CMK'nın 308/A gereğince yapılan itiraz başvurusu üzerine Gaziantep Ceza Dairesi Başkanlar Kurulunun 2021/6-6 EK sayılı kararıyla itirazın kabulüne karar verilerek dosya dairemize gönderilmiştir.

Dairemizin kanaati, CMK'nın 308/A maddesinin kesin nitelikli hükümlerinin sanık aleyhine değerlendirilmesinin adil yargılanma ilkesine aykırı olduğu yönündedir, dolayısıyla CMK'nın 308/A hükmü anayasaya ve AİHS'nin adil yargılanma ilkesini düzenleyen 6. maddesine aykırıdır. Şöyle ki;

CMK'nın 2. Kısımında olağan kanun yolları düzenlenmiş, birinci bölümde itiraz (CMK'nın 267-271) ikinci bölümde istinaf (CMK'nın 272-285) üçüncü bölümde temyiz (CMK'nın 286-307) düzenlenmiş, üçüncü kısımda olağanüstü kanun yolları düzenlenmiş, birinci bölümde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi (CMK'nın 308) ve BAM Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yetkisi (CMK'nın 308/A) ikinci bölümünde kanun yararına bozma (309-310), üçüncü bölümde yargılanmanın yenilenmesi (CMK'nın 311-323) düzenlenmiştir.

CMK'nın 267. maddesi gereğince hakim kararlarıyla kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir. CMK'nın 268 ve devamı hükümlerinde itirazın usulü, itiraz üzerine verilebilecek kararlar belirlenmiştir. CMK'nın 271/4 maddesi gereğince merciin itiraz üzerine verdiği kararlar kesindir.

İkinci bölümde CMK'nın 272. maddesi gereğince ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı istinaf yoluna başvurulabileceği ancak 15 yıl ve daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümlerin resen inceleneceği belirlenmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında bir kısım hükümlerin kesin olduğu belirtilmiştir.

İstinaf istem ve süresi, istinaf mahkemelerinin vereceği kararlar CMK'nın 273 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

CMK'nın 286. maddesi gereğince Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairelerinin bozma dışındaki kararlarının temyiz edilebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla kural olarak bozma hükümleri temyiz edilemez. Aynı maddenin 2. fıkrasında Bölge Adliye Mahkemesince verilen bir kısım kararların temyiz edilemeyeceği belirtilerek tüm kararların temyiz edilebileceği kuralına istisna getirilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise belli suçlar sayılarak verilen ceza miktarı veya hüküm ne olursa olsun temyiz edilebileceği belirtilerek Bölge Adliye Mahkemelerince verilen bozma dışındaki tüm kararların temyiz edilebileceği kuralına geri dönmüştür. Nihai olarak Bölge Adliye Mahkemelerince verilen bir kısım kararların temyiz edilemeyeceği, bu kararların bir kısmının itiraza tabi olabileceği, bir kısmının itiraza da tabi olmadığı anlaşılmaktadır.

CMK'nın 308. maddesi gereğince Yargıtay Başsavcılığının Yargıtay Ceza Dairelerinden birinin vermiş olduğu kararlara karşı 30 gün içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edilebileceği belirtilmiştir. Sanığın lehine olan itirazlarda süre aranmaz. Verilen kararın bozma, onama, düzelterek onama vs. herhangi bir karar olması mümkündür. Başsavcılığın itiraz yetkisi tüm kararlara karşı tanınmıştır. Bu durumda sanığın lehine olan bir kararın aleyhine dönme ihtimali mümkündür. Ancak bunun için ilk derece mahkemesince veya Bölge Adliye Mahkemelerince verilen ve temyiz tabi bir kararın olması gerekir. Dolayısıyla Yargıtay'ın temyiz yolu ile inceleme yetkisi olan bir kararla ilgili vermiş olduğu herhangi bir karara karşı Yargıtay Başsavcılığı itiraz yoluna gidebilir. Ancak CMK'nın 272/3. maddesinde belirtilen ve verildiği anda kesin olduğu kanunda belirtilen kararların temyiz yoluyla incelenmesi mümkün olmadığından bu kararların herhangi bir şekilde temyizi halinde Yargıtay'ın temyizi kabil bir karar olmadığı gerekçesiyle vereceği karar Yargıtay Başsavcılığının itiraz yetkisinde değildir. Verildiği anda kesin olan bu kararın hukuka aykırılığının ileri sürülmesi ancak CMK'nın 309 ve 310. maddelerinde düzenlenen kanun yararına bozma kurumunun işletilmesiyle mümkündür. Buna göre bir mahkeme veya hakim tarafından verilen ve istinaf ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlara karşı kanun yararına bozma yoluna gidilmesi mümkündür. Sanığın aleyhine bir durumun kanun yararına bozma yoluyla düzeltilmesi de mümkündür. Davanın esasını çözüp de mahkumiyet dışındaki hükümlere ilişkin bir karar söz konusu ise kanun yararına bozma sanığın aleyhine sonuç doğurmaz ve sanığın yeniden yargılanmasını gerektirmez (CMK'nın 309/4-c).

CMK'nın 308/A maddesi gereğince BAM Başsavcılığına verilen itiraz yetkisi ise BAM Ceza Dairelerinin kesin nitelikli kararlarına karşı tanınan bir yetkidir. Buna göre BAM Başsavcılığı resen veya istem üzerine kararın kendisine verildiği tarihten itibaren 30 gün içinde kararı veren daireye itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz. Daire mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı itirazı incelenmek üzere Ceza Daireleri Başkanlar Kuruluna gönderir. İtiraz hakkında, kararına itiraz edilen dairenin başkanı veya görevlendireceği üye kurula sunulmak üzere rapor hazırlar, kurulun itirazın kabulüne dair kararları gereği için dairesine gönderilir. Kurulun verdiği kararlar kesindir. Görüldüğü üzere CMK'nın 308/A maddesinde Bölge Adliye Mahkemelerinin kesin nitelikli kararlarına karşı BAM Başsavcılığına itiraz yetkisi tanınmıştır. CMK'nın 286/1 maddesi gereğince bozma ilamları temyiz edilemez. Yine aynı maddenin 2. fıkrasında belirtilen hükümler (aynı maddenin 3. fıkrasında belirtilen suçlar dışında verilen hükümler) temyiz edilemez. CMK'nın 308/A maddesi kanaatimizce bu kararların kesin nitelikte kararlar olduğunu belirtmektedir. Uygulamada da Başkanlar Kuruluna giden dosyalar incelendiğinde aynı şekilde BAM Ceza Dairelerinin bozma kararlarının ve CMK'nın 286/2. maddesinde belirtilen hükümlere karşı itiraz yetkisinin kullanıldığı görülmektedir.

Kanaatimizce, CMK'nın 308/A maddesinde kesin nitelikli hükümlerden bahsettiği için bu hükmün sanığın lehine olması halinde Başkanlar Kurulunda verilecek bir karar ile aleyhe dönmesi adil yargılanma ilkesine aykırıdır. Şöyle bir örnekle açıklarsak; CMK'nın 272/2-c maddesi kapsamında ilk derece mahkemesince kesin nitelikte verilen bir beraat kararına karşı Cumhuriyet Savcılığının veya katılanın ya da sanığın istinaf yoluna başvurma yetkisi yoktur. Kanun maddesinde açıkça bu hükmeye karşı istinaf yoluna başvurulamayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla CMK'nın 272/2-c maddesi kapsamında verilen bir beraat kararının Yargıtay Başsavcılığının, BAM Başsavcılığının talebiyle sanığın aleyhine dönmesi mümkün değildir. Bu şekilde Yargıtay ve istinaf incelenmesinden geçmeden kesinleşen kararlara karşı ancak CMK'nın 309. maddesi gereğince kanun yararına bozma yoluna gidilebilir. Kanun yararına bozma kararı ise mahkumiyet dışında bir karar ise aleyhe sonuç doğurmaz ve sanığın yeniden yargılanmasını gerektirmez. CMK m. 272/2-c kapsamında bir kararın ilk derece sıfatıyla BAM

Dairelerince de verilmesi mümkündür. Gerçekten istinafi kabil bir kararın BAM Dairelerince incelenmesi ve duruşma açılması neticesinde verilen hüküm CMK m. 272/2-c kapsamında kesin nitelikte bir hüküm olabilir. Bu durumda ilk derece mahkemesince sanık lehine verilen karar kanun yararına bozma sonrası dahi sanık aleyhine değişmez ve yeniden yargılanmasını gerektirmezken, aynı kararın BAM Dairelerince verilmesi halinde, BAM Başsavcılığının itirazı neticesinde sanık aleyhine değişmesi ve sanığın yeniden yargılanması sonucunu doğurması eşitlik ilkesine aykırıdır. Ayrıca dosyamızda olduğu gibi sanık hakkında istinafa tabi bir karar ile sanık hakkında beraat kararı verilebilir. Bu beraat kararına karşı istinaf yoluna başvurulunca Bölge Adliye Mahkemesi yapacağı inceleme sonucu istinaf başvurusunun esastan reddine karar verdiğinde CMK'nın 286. maddesi gereğince bu karara karşı temyiz yoluna başvurulamaz. Dolayısıyla verilen beraat kararı sanık için kesin hükmündedir. CMK'nın 308/A maddesinde kesin nitelikli tabirinin kullanılmış olması bu kararın kanun açısından kesin olduğu anlamına gelir. Gerçekten CMK'nın 286/2 maddesi kapsamında verilen bir beraat kararının verildiği anda sanık açısından kesinlik arz eden bir karar olduğu CMK'nın 308/A ve 286/2 maddesinden açıkça anlaşılmaktadır. Dosyamızda olduğu gibi sanık aleyhine sonuç doğurabilecek şekilde itiraz yetkisinin kullanılması, Başkanlar Kurulunun sanık aleyhine bir karar vererek dosyayı daireye göndermesi, devamında yapılacak bir yargılamada sanığın eyleminin sabit olması halinde sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulabilir. Bu da beraat eden ve hakkındaki hüküm istinaf kararıyla kesinleşen sanığın yeniden aynı eylemden yargılanması ve ceza alması anlamına gelir. İlk derece mahkemesince verilen ve verildiği anda kesin olan bir hükmün sanık aleyhine herhangi bir şekilde değişmesi mümkün değil iken, Bölge Adliye Mahkemesinde verilen ve kesin olan bir hüküm Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine sanık aleyhine değişmesi eşitliğe de aykırıdır.

CMK'nın 308/A maddesi aynı kanunun 308. maddesiyle karşılaştırıldığında;

CMK'nın 308. maddesinde Yargıtay Ceza Dairelerinden birinin kararına karşı Başsavcılığın resen veya istem üzerine itiraz yetkisi düzenlenmiştir. Dolayısıyla kesin tabiri burada kullanılmamıştır. Zaten CMK sisteminde Yargıtay Ceza Dairelerinin temyiz incelemesi sonucu verdikleri kararlar kesin nitelikli değildir ve bir kısım kararlarına karşı mahkemelerin direnme yetkisi de bulunmaktadır. Kararın türü ne olursa olsun Yargıtay Başsavcılığın bütün kararlara karşı itiraz yetkisi vardır. Söz konusu karar mahkumiyete ilişkin olup onandığı için infaza verilmiş bile olsa Başsavcılığın aleyhe yapacağı bir itiraz üzerine Ceza Genel Kurulu veya itiraz edilen dairenin yeni bir kararıyla sanığın aleyhine bir karar verilmesi mümkündür. Zira CMK'nın 308. maddesinde kesin nitelikli tabiri kullanılmamıştır. Ancak CMK'nın 308/A maddesinde Bölge Adliye Mahkemelerine kesin nitelikli karar verme yetkisi tanınmıştır. Gerçekten Bölge Adliye Mahkemelerinin vermiş olduğu bir kısım kararlar itiraza veya temyize tabiyken bir kısım kararlarına karşı temyiz yolu kapalıdır. Başsavcılığa Bölge Adliye Mahkemelerinin kesin nitelikli kararlarına karşı itiraz yolu tanınmak isteniyorsa bunun sanık lehine tanınması gerekir. Sanık aleyhine itiraz yetkisinin tanınması kesin hükmün sanık aleyhine değişmesi sonucunu doğurabilir. CMK m. 308/A bu haliyle uygulandığında sanığın lehine verilen ve kesin nitelikli kabul edilen bir hükmün sanık aleyhine değişmesi hem eşitliğe hem de adil yargılanma ilkesine aykırıdır.

Somut norm denetimi yoluyla bir hükmün Anayasa Mahkemesince incelenebilmesi için bu hükmün mahkeme dosyasında uygulanabilmesi gerekir. Dosyamızda açıkça anlaşıldığı üzere CMK'nın 308/A maddesi gereğince Başkanlar Kurulunun verdiği kabul kararı üzerine aynı maddede açıkça belirtilen "Kurulun itirazın kabulüne ilişkin kararları gereği için dairesine gönderilir, kurulun verdiği kararlar kesindir." hükmüne binaen beraat eden sanık aleyhine yeniden yargılama yapılması Başkanlar Kurulunun kararı doğrultusunda eksikliklerin

giderilmesi ve sanık aleyhine hüküm tesisi mümkündür. Dolayısıyla kanun hükmünün dosyada uygulanma ihtimali bulunmaktadır.

Sonuç olarak, CMK'nın 308/A maddesi gereğince yapılan itiraz üzerine sanık hakkında verilen ve kesin nitelikli olan beraat kararlarının veya mahkumiyet kararlarının sanığın aleyhine olacak şekilde Başkanlar Kurulu kararıyla değişmesi adil yargılanma ve eşitlik ilkesine bu nedenle AİHS'nin 6. Maddesi, Anayasanın 2., 10., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu için iptali gerektiği kanaatindeyiz.

**GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:** Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1-) 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 2., 10., 13., 36. maddelerine aykırılık teşkil eden; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 308/A maddesinin iptali için 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 152. maddesi gereğince ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURULMASINA,

2) Anayasaya açıkça aykırılığı hususunda, güçlü belirtilerin bulunduğu; Türkiye'de tüm Bölge Adliye Mahkemelerinde benzer mahiyette başvuruların bulunduğu, yürürlüğünün başlaması ile hukuk yargılamalarında uygulanmalardan doğacak, sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi için esas hakkında karar verilinceye kadar, yukarıdaki kanun maddesinin; **ÖNCELİKLE YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASI HAKKINDA KARAR VERİLMESİ,**

3-) Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davanın **GERİ BIRAKILMASINA,**

4-) Anayasaya aykırılığın değerlendirilmesi için dosya içeriği ve belgelerin onaylı birer suretinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,

5-) 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 152/3. maddesinin hükmü gereği dosyanın Anayasa Mahkemesine, gelişinden başlamak üzere beş ay içinde karar verilmesinin beklenmesine, bu süre içinde karar verilmezse davanın yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmasına oy birliğiyle karar verildi."