

“Mahkememizin 2024/108 esas sayılı dosyasının 23/02/2024 tarihli ara kararıyla 5237 sayılı TCK’nın 191. maddenin 3. fıkrasının son cümlesine yönelik olarak Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmasına karar verilmiştir.

5237 sayılı TCK’nın 191. maddesinin 7445 sayılı kanunun 18. maddesiyle değişik 3. fıkrası “Erteleme süresi zarfında şüpheli hakkında asgari bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanır. Bu süre denetimli serbestlik müdürlüğünün teklifi üzerine veya resen Cumhuriyet savcısının kararı ile altışar aylık sürelerle en fazla iki yıl daha uzatılabilir. Hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilen kişi, gerek görülmesi hâlinde denetimli serbestlik süresi içinde tedaviye tabi tutulabilir. Cumhuriyet savcısı, erteleme süresi zarfında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığını tespit etmek için yılda en az iki defa şüphelinin ilgili kuruma sevkine karar verir.” şeklindedir.

Anayasanın 152. maddesinin 1. fıkrası uyarınca mahkemelerce kanun hükmünün itiraz yoluyla iptaline yönelik talebin Anayasa Mahkemesine iletilebilmesinin ön koşulu söz konusu kuralın bakılmakta olan davada uygulanacak olan kural olmasıdır. İptali istenen kanun hükmü somut olayda soruşturma aşamasında uygulanarak, sanık hakkında kamu davası açılmasına sebebiyet vermiş bir kuraldır. Kanun hükmünün Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının hukuka uygun bir şekilde tespit edilmiş ihlali bulunmadığından durma kararı verilerek kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının infazının devamı için dosya Cumhuriyet Başsavcılığına iade edilecektir. Bu kapsamda iptali istenen kanun hükmü bakılmakta olan davada uygulanacak kanun niteliğindedir.

TCK 191. maddenin 3. fıkrası ile kullanmak için uyuşturucu madde bulunduran şüpheli hakkında TCK 191/2. maddesi uyarınca 5 yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesi sonrasında asgari bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanacaktır. Denetimli serbestlik tedbiri Cumhuriyet Savcısının kararı ile altışar aylık sürelerle en fazla iki yıl daha uzatılabilecektir. Yani azami denetimli serbestlik süresi 3 yıl olabilecektir. Ancak 3 yıl denetimli serbestlik tedbiri uygulaması istisnai bir durum olacaktır. Denetimli serbestlik süresi içerisinde şüpheli tedaviye tabii tutulabilir. Ancak tedavi zorunlu olmayıp gerekli görülmesi halinde başvurulabilecek bir uygulamadır. Denetimli serbestlik süresi içerisinde olsun veya olmasın, tedavi tedbirine lüzum görülsün veya görülmesin Cumhuriyet Savcısı şüpheliyi 5 yıllık erteleme süresinde her yıl iki defa uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığını tespit etmek için ilgili kuruma sevkine karar verecektir. Bu hususta Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi verilmemiştir. İlgili kurum açıkça belirtilmemiş ise de vücuttan örnek alarak uyuşturucu veya uyarıcı madde tespiti yapabilecek bir sağlık kuruluşu olacağı açıktır.

Öncelikle söz konusu düzenlemenin anayasal karşılığına bakmak gerekir. Bu kapsamda Anayasanın Kişi Hürriyeti ve Güvenliği başlıklı 19. maddesinde “Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir. Şekil ve şartları kanunda gösterilen: Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.” şeklinde hükümler bulunmaktadır. Buna göre kişiler toplum için tehlike

teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi amacıyla hürriyetinden sınırlanabilecektir. Yine AİHS 5. maddesinin 1. fıkrasının e bendi ise "Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması" halini özgürlükten yoksun kılınabilecek hallerden saymıştır. Hem Anayasa(19. Madde) hem de AİHS sözleşmesi(5. Madde) uyuşturucu madde bağımlılığını esas alsa da TCK 191. Maddenin 3. fıkrasının son cümlesi tedavi tedbirine hükmedilmemiş ve bağımlılık programına alınmamış şüpheliler hakkında dahi uygulanacak bir kural niteliği taşımaktadır (Mahkememiz dosyasında sanık hakkında denetimli serbestlik kararı verilmiş ancak sanık hakkında tedavisine gerek olmadığına dair rapor alınmıştır).

Şüpheli hakkında TCK 191/2. maddesi uyarınca 5 yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilecek olup TCK 191. maddenin 3. fıkrasının son cümlesi uyarınca yılda iki kez kuruma sevk edilecektir. Denetimli serbestlik süresi içerisinde kuruma sevk gerektiren tedavi tedbirleri olmasa bile şüpheli 5 yıl içinde 10 defa kuruma sevk edilecektir. Bu sevk işleminin kolluk marifetiyle yapılacağı ise tereddütsüzdür. Nitekim bilgi dahilinde yapılan sevk işlemi kanunun amacına uygun düşmeyecektir. İnsan ömrünün süresi de gözetildiğinde hakkında kesinleşmiş mahkumiyet hükmü dahi bulunmayan şüphelinin 5 yıl boyunca yılda iki kez ikametini veya işyerine ne zaman geleceği belirli olmayan kolluk birimini beklemesi kişi hürriyeti ve güvenliğine açıkça aykırıdır. Ayrıca Anayasanın Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması başlıklı 13. maddesi "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." şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin 29/11/2017 tarih 2017/130 E ve 2017/165 K sayılı kararında;

"12. Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği üzere temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında bu hak ve hürriyetlerin düzenlendiği maddelerde yer alan sınırlama sebeplerinin yanı sıra hakkın doğasından kaynaklanan sınırlar ve Anayasa'nın ilgili diğer maddelerinde yer alan kurallar da gözetilecektir. Bir başka deyişle temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa'nın bütünü içindeki anlama göre belirlenmesi gerekir. Ancak kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme ve özel hayata saygı haklarına getirilecek sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.

13. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dokunulamayacak "öz" her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımaması gerekir.

14. Yine maddede, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle öze dokunan sınırlamalar "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük" ilkelerine evleviyetle aykırı olacağından temel hak ve özgürlüklerin

özüne dokunan sınırlamalar yönünden “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

15. Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütü; öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. “Demokratik toplum düzeninin gerekleri” nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve ölçülü olmasını ifade etmektedir.

16. Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen “ölçülülük ilkesi”, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte ikisi arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

17. Ölçülülük, temel hak ve özgürlükleri sınırlama amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir.

18. Belirtilen nitelikleri gereği, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan “temel hak ve hürriyetlerin özü”, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük ilkesi” bir bütünün parçaları olup “demokratik bir hukuk devleti”nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır.” şeklindeki gerekçesine yer verilmiştir. TCK 191. maddenin 3. fıkrası önce 1 yıl denetimli serbestliği zorunlu kılmış daha sonra uzatılabileceğini düzenlemiş daha sonra ise her yıl iki defa kuruma sevki düzenlemiştir. Esasında son cümle ile 5 yıllık erteleme süresinin tamamı denetimli serbestlik haline getirilmiş ve ilk iki cümle son cümle ile anlamını yitirmiştir. TCK 191. maddenin 3. fıkrasının son cümlesi uyarınca şüphelinin 5 yıl boyunca yılda iki kez(toplam 10 defa) kuruma sevk edilmesi, bu yapılarık tedavi tedbirine karar verilip verilmediği, bağımlılık programına alınıp alınmadığı hususlarının gözetilmemesi dikkate alındığında TCK 191. maddenin 3. fıkrasının son cümlesi ile kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin getirilen istisnanın ölçülü olduğu da kabul edilemez. TCK 191. maddenin 3. fıkrasının son cümlesi Anayasanın 19 ve 13. maddelerine aykırıdır.

Şüpheli hakkında adli işlemlerin başlatılabilmesi için yeterli/makul şüphe sebeplerinin bulunması gerekir. Nitekim Anayasanın Suç ve cezalara ilişkin esaslar başlıklı 38. maddesinin 4. fıkrasında “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.” Şeklinde ifade edilen masumiyet karinesi ilkesi(AİHS 6/2) bunu gerektirir. Şüpheli kullanmak için uyuşturucu madde bulundurmak suçunu işledikten sonra denetimli serbestlik süresi içerisinde kuruma sevk gerektiren tedavi tedbirleri olmasa bile 5 yıl içinde 10 defa kuruma sevk edilecektir. Yapılan bu sevk işlemleri makul şüphe sebeplerine dayanmaksızın kanun hükmü kapsamında yapılmaktadır. Ancak kanun hükmü kullanmak için uyuşturucu madde bulunduran şüphelinin atılı suçu 5 yıl boyunca işleyebileceği ön kabulüne dayanmaktadır. Kullanmak için uyuşturucu madde bulunduran şüphelinin hakkında 5 yıl boyunca makul şüphe varmışçasına adli işlemlere muhattap edilmesi masumiyet karinesi aykırıdır. Yine bir defa kullanmak için uyuşturucu madde kullanan şüphelinin 5 yıl boyunca 10 defa kolluk birimi marifetiyle kuruma sevki

çevresinde itiyadi suçlu gibi görünmesine sebebiyet verme ihtimali gözetildiğinde Anayasanın 38/4. maddesinde düzenlenen masumiyet karinesine aykırıdır. Ayrıca söz konusu durum Anayasanın 20. maddesi uyarınca saygı gösterilmesi gereken aile hayatına zarar verebilecek nitelik arz etmekte olup (Örneğin bir defa uyuşturucu kullanmış ve hakkında kamu davasının açılması ertelenmesine karar verilmiş kişi daha sonra evlenmiş ise uyuşturucu kullanmaya devam ettiğine ilişkin makul şüphe bulunmaksızın evliliğinin 5 yılı evine gelen kolluk personeline kuruma sevk edilecek olup bu durum aile hayatına telafisi imkansız zararlar verebilecektir) bu durumda masumiyet karinesine aykırılık teşkil edecektir. Bu kapsamda TCK 191. maddenin 3. fıkrasının son cümlesi Anayasanın 38/4 maddesine aykırıdır.

Anayasanın Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlıklı 17. maddesinde “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” şeklinde hükümlere yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme ile kişilerin kendi bedenleri üzerinde karar verme yetkisine sahip oldukları ve devletin tüm bireylerin yaşam hakkını kamusal makamların ve diğer bireylerin eylemlerine karşı koruma şeklinde pozitif bir yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmiştir. Bilindiği üzere anayasaya aykırılık iddiası kanunun anayasaya aykırılığına dayanır. Kanunların benzer durumlar karşısındaki farklılıkları anayasaya aykırılık iddiasına konu edilemez. Ancak kanunların birisi anayasanın sözüne ve ruhuna (Anayasanın 13. Maddesinde düzenlenen) uygun olurken diğeri olmayabilir. 5271 sayılı CMK’nın 75 ve 76. Maddesi uyarınca beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması hakim kararı aranmıştır. Ancak aynı işlemlerin yapılması için TCK 191. maddenin 3. fıkrasının son cümlesi kapsamında Cumhuriyet savcısına yetki verilmiştir. Söz konusu işlemler vücut bütünlüğüne müdahaleye ilişkin olup anayasa bir bütün halinde incelendiğinde hakim kararıyla vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi anayasanın sözüne ve ruhuna uygundur. (Mahkememiz dosyasında Cumhuriyet Savcısı sanığı bizzat ilgili kuruma sevk etmeyerek Muğla 1. Sulh Ceza Hakimliğinin 04/10/2023 tarih 2023/3107 Değ. İş sayılı kararını alarak kuruma sevk yapmıştır. 5271 sayılı CMK’nın 75. Maddesi uyarınca şüphelinin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması işleminin ancak makul şüphe sebeplerinin bulunması halinde başvurulabilecek bir işlem olduğu, dosya kapsamında sanığın yeniden suç işlediğini gösterir makul şüphe oluşturabilecek bir sebep bulunmaksızın CMK 75. Madde uyarınca işlem yapılamayacağı, bu kapsamda Muğla 1. Sulh Ceza Hakimliğinin 04/10/2023 tarih 2023/3107 Değ. İş sayılı kararının usule uygun düşmeyeceği, ancak kanunun cumhuriyet savcısına bizzat sevk yetkisi vermesi nedeniyle yapılması yasal olarak gerekmeden bir işlem niteliği taşıdığı, söz konusu durumun esasında anayasaya aykırılık iddiasını destekler mahiyet arzettiği, vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren bir işlemde mahkeme kararının bulunmasının anayasanın sözüne ve ruhuna uygun düşecek olmasından dolayı bu yola başvurulduğu kanaati oluşmuştur.) Bu kapsamda TCK 191. maddenin 3. fıkrasının son cümlesi Anayasanın 17 ve 13. maddelerine aykırıdır.

7445 sayılı yasanın 18. maddesinin 05/04/2023 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girdiği, sanığın üzerine atılı suç tarihinin 04/06/2021 olduğu, sanık hakkında 11/06/2021 tarihinde KADEK kararı verildiği, şüpheli hakkındaki KADEK kararının kesinleşme tarihinin 05/07/2021 tarihi olduğu sanık hakkında verilen KADEK kararının 7445 sayılı yasanın 18. Maddesi yürürlüğe girmeden önce verildiği ve yine söz konusu yasa yürürlüğe girmeden önce kesinleştiği 5237 sayılı yasanın 191/3.fıkrasının 7445 sayılı yasanın 18. maddesi ile yapılan değişiklik öncesinde Cumhuriyet savcısına denetim süresinin sonrasında ve erteleme süresi içerisinde kuruma sevk edilerek rapor aldırma hususunda yetki tanınmadığı, Ceza muhakemesi usul kurallarında derhal uygulama ilkesinin bulunduğu buna karşın maddi ceza hukukuna ilişkin kurallarda ise lehe kanunun uygulanması prensibinin esas olduğu ,5237 sayılı yasanın

191/3. fıkrasının usul hükmü benzeri bir hüküm olmakla birlikte 5237 sayılı yasa ile düzenlenmiş olması ayrıca maddi ceza hukukuna ilişkin sonuçları bulunması nedeniyle söz konusu madde de lehe olan kanunun uygulama prensibinin geçerli olduğunun kabulünün gerektiği, TCK 191. maddenin 3. fıkrasının son cümlesinin bir düzenlemenin yerine getirilmediği yani bir kanun hükmünde değişiklik olamayıp daha önce uygulanan denetim prosedürüne ek bir tedbir olarak yürürlüğe girdiği, ancak kanun koyucu bu ek prosedürün yürürlüğü ile ilgili herhangi bir düzenlemeye gitmediği, Anayasanın 38. maddesinin 1 ve 2. fıkrasının “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.” şeklinde oluşu, sanığın TCK 191. maddenin 3. fıkrasının son cümlesinin yürürlüğe girmesinden önce suçu işlediği ve o dönem yürürlükte olan kanun hükmü uyarınca denetimli serbestlik süresini tamamladığı ancak erteleme süresinin devam ettiği dönemde söz konusu kanunun yürürlüğe girdiği ve uygulandığı, kanun yürürlüğe giriş tarihi olan 05/04/2023 tarihinden sonra işlenen kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçlarında uygulanmasına yönelik düzenleme yapılması gerekirken TCK 191. maddenin 3. fıkrasının son cümlesi için yürürlük maddesine yer verilmemesi Anayasanın 38. maddesinin 1 ve 2. fıkrasına aykırıdır.

Mahkememizin 2024/108 esas sayılı dava dosyasında uygulanma ihtimali bulunan ancak 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 17, 19, 13 ve 38/1-2-4 madde hükümlerine açıkça aykırı hükümler içeren 5237 sayılı TCK'nın 191. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesindeki “Cumhuriyet savcısı, erteleme süresi zarfında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığını tespit etmek için yılda en az iki defa şüphelinin ilgili kuruma sevkine karar verir.” şeklindeki hükmünün iptaline karar verilmesini talep etmek gerekmiştir.

**SONUÇ :** Yukarıda arz edilen gerekçeler ve inceleme sırasında res' en nazara alınacak diğer nedenler nazara alınarak, Mahkememizin 2024/108 esas sayılı dava dosyasında uygulanma ihtimali bulunan ancak 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 17, 19, 13 ve 38/1-2-4 madde hükümlerine açıkça aykırı hükümler içeren 5237 sayılı TCK 'nın 191. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesindeki “Cumhuriyet savcısı, erteleme süresi zarfında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığını tespit etmek için yılda en az iki defa şüphelinin ilgili kuruma sevkine karar verir.” şeklindeki hükmünün İPTALİNE KARAR VERİLMESİ talep olunur.”