

“A) Mahkememizin 2025/543 Esas sayılı dosyasının 26/06/2025 tarihli ara kararı ile 5237 sayılı TCK’nın 86. maddesinin 1. fıkrasındaki “Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Şeklindeki hükmünün ve dosyamız kapsamında aleyhe kanunun geçmişe yürümezliği ilkesi kapsamında yürürlükte olan 7550 Sayılı kanunun 9. maddesi ile TCK 86/1. maddesindeki değişiklik öncesindeki fıkra hükmündeki "bir yıldan" ibaresinin Anayasanın 2., 10. ve 17. maddelerine aykırı olduğu değerlendirildiğinden iptali yönünde Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda bulunulmasına ve iptalinin istenmesine karar verilmiştir.

Basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek şekilde kasten yaralama suçuna ilişkin 5237 sayılı TCK’nın 86. maddesinin 2. fıkrası (7550 Sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesinde) "Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. " şeklinde iken 7406 sayılı kanunun 3. maddesi ile "Suçun kadına karşı işlenmesi hâlinde cezanın alt sınırı altı aydan az olamaz." şeklinde ek cümle eklenmiştir.7406 sayılı kanunun 3. maddesinin kanun teklif gerekçesi "maddeyle, 5237 sayılı Kanunun 86. maddesinin ikinci fıkrasına cümle eklemek suretiyle, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek kasten yaralama suçunun kadına karşı işlenmesi halinde cezanın alt sınır dört aydan altı ay hapse çıkarılmaktadır. Buna bağlı olarak adli para cezasının alt sınırı da artırılmış olmaktadır. Düzenlemeyle, kadına karşı şiddet eylemleriyle daha etkin mücadele edilmesi ve caydırıcılığın sağlanması amaçlanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, kasten yaralama suçunun mağduru olan kadının aynı zamanda failin eşi veya boşandığı eşi olması durumunda verilecek ceza 86. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca yarı oranında artırılabilecektir. Keza, kadın mağdurun aynı zamanda sağlık çalışanı olması ve suçun görevi nedeniyle işlenmesi halinde verilecek ceza 86. maddenin üçüncü fıkrası ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 12. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ayrı ayrı artırılacaktır.

" şeklidir. 5237 sayılı TCK’nın 86. maddesinin 2. fıkrası 7550 sayılı kanunun 9. maddesiyle yapılan değişiklik sonrası "Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aydan bir yıl altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. Suçun kadına karşı işlenmesi hâlinde cezanın alt sınırı dokuz aydan az olamaz." halini almıştır.

Kasten Öldürme suçunun nitelikli haline ilişkin 5237 sayılı TCK’nın 82. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendi 7406 sayılı kanunun 2. maddesi ile değiştirilerek " Kadına karşı," olarak düzenlenmiştir. 7406 sayılı kanunun 2. maddesinin kanun teklif gerekçesi "Şiddetin en yaygın biçimlerinden biri olan kadına yönelik şiddet, sadece şiddete maruz kalan kadın üzerinde değil toplumun tamamı üzerinde olumsuz etkiler doğurması sebebiyle tüm dünyada olduğu gibi Ülkemizde de mücadele edilmesi gereken problemler olarak varlığını sürdürmektedir. Kadına yönelik şiddetin önlenmesiyle korunmak istenen hukuki değerlerin başında, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün korunması hakkı gelmektedir. Maddeyle, 5237 sayılı Kanunun 82. maddesinin birinci fıkrasında değişiklik yapmak suretiyle, kadına karşı şiddet eylemleriyle daha etkin mücadele edilmesi ve caydırıcılığın sağlanması amacıyla kasten öldürme suçunun kadına karşı işlenmesi hali bu suçun nitelikli halleri arasına alınmaktadır." şeklindedir.

7406 sayılı kanunun kadına karşı şiddetin önlenmesi açısından önemli düzenlemeler içermektedir. Anılan kanun ile mahkememizin iptaline karar verilmesini talep ettiği TCK 86/1. madde kapsamındaki kasten yaralama eylemine nazaran daha hafif nitelikteki TCK 86/2.

maddesinde değişiklik yapılmış ve kadına yönelik eylem nitelikli hal/ağırlaştırıcı sebep(Yasa koyucunun TCK 82/1-f düzenleme gerekçesinin aksine bu düzenlemede nitelikli hal/ağırlaştırıcı sebep tasnifi yapmadığı, bu madde AYM 05/01/2023 tarih E.2022/117, K.2023/4 sayılı kararında ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiş ise de cezayı değiştiren halin sonuştan kaynaklanmaması ve sućun kurucu unsuruna yönelik ek bir koşul öngörmesi nedeniyle bu maddenin nitelikli hal olduğu kanaatine varılmış ancak konu iç hukukta tartişmalı olduğundan nitelikli hal/ağırlaştırıcı sebep olarak anılmıştır) olarak düzenlenmiştir. Yine TCK 86/1. madde kapsamındaki kasten yaralama eylemine nazaran daha ağır nitelikteki kasten öldürme [Kasten yaralama ve Kasten öldürme (Teřebbüs) suçlarında suçta kullanılan araç, isabet yeri ve hedef alınan bölge, katılanda meydana gelen yaralanmanın ağırlığı gibi kriterler uygulanarak suç vasfı belirlenmektedir. Yargıtay 1.CD. 17/04/2025 tarih 2023/2868 E 2025/3022 K sayılı kararı] suçuna ilişkin TCK 82/1-f bendinde düzenleme yapılarak kadına yönelik eylem nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bunlara karşın TCK 86/1. madde kapsamındaki kadına karşı şiddet eylemlerinde nitelikli hal/ağırlaştırıcı sebep uygulaması yapılmamıştır.

Normun gerekçesi; bir normu temellendirmek, o normun dile getirdiği gerekliliğin veya bir şeyin yapılmasına izin vermesinin/vermemesinin nedenini ortaya koymaktır. [Kućuradi,İoanna Adaletin Gerektirdięi Hukuk, Türkiye Felsefe Kurumu 2. Baskı, s.8] 7406 sayılı kanunun anılan düzenlemelerinde düzenlemenin amacı belirtilmiştir. Özetle anılan düzenlemelerin şiddetin en yaygın biçimlerinden biri olan kadına yönelik şiddet, sadece şiddete maruz kalan kadın üzerinde değil toplumun tamamı üzerinde olumsuz etkiler doğurması sebebiyle tüm dünyada olduğu gibi Ülkemizde de mücadele edilmesi gereken problemlili bir alan olarak varlığını sürdürmekte olduğunu, kadına yönelik şiddetin önlenmesiyle korunmak istenen hukuki değerlerin başında, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün korunması hakkı gelmekte olduğu ve kadına karşı şiddet eylemleriyle daha etkin mücadele edilmesi ve caydırıcılığın sağlanması amacıyla yasal değişikliğin yapıldığı belirtilmiştir. Yasa koyucu madde tekrarıyla yetinmemiş madde gerekçesini -yapılan değişiklikle ilgili olarak- açıkça ortaya koymuştur. Ancak yasa koyucu TCK 86/2. ve TCK 82/1-f hükümlerinin gerekçesini açıklarken hangi gerekçeyle TCK 86/1. maddeyi düzenlemediğini (kapsam dışında bıraktığı) açıklamamıştır. Nitekim aynı eylem türünün daha hafif ve daha ağır şekli için kadına karşı şiddeti önlemek için ceza arttırma yoluna gidilirken TCK 86/1. maddenin kapsam dışında tutulmasına ilişkin haklı bir gerekçe olmadığı açıktır.

Anayasanın Yasama Yetkisi başlıklı 7. maddesi "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez." şeklinedir. Anayasa Mahkemesi yasama organının takdir yetkisinin anayasaya uygunluk denetiminin bir sınırı olduğunu birçok kararında [AYM, E.2011/132, K.2012/82, 24/05/2012, AYM, E.2023/23, K.2023/101, 18/05/2023] belirtmektedir. Anayasa Mahkemesinin 11/02/2025 tarih 2024/13 Esas , 2025/37 Karar sayılı yakın tarihli kararında " Hukuk devletinde suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza yerine gećen güvenlik tedbirlerine ilişkin düzenlemeler, devletin ceza siyasetinin de bir gereği olarak Anayasa'nın konuya ilişkin hükümleri başta olmak üzere suçların niteliği, işlenme biçimi, içerik ve yoğunluğu, kamu düzenini ihlal derecesi, cezaların caydırıcılığı, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın ihtiyaćları gözönüne alınarak belirlenir. Kanun koyucu; cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseselerin nelerden ibaret olacağı hususlarında takdir yetkisine sahiptir (AYM, E.2023/106, K.2023/205, 30/11/2023, ř 25). Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır (AYM, E.2019/74, K.2020/29, 12/6/2020, ř 14)." şeklindeki açıklama ile yasa koyucunun takdir yetkisini açıkça ortaya

koymuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi takdir yetkisinin sınırsız olmadığını belirterek "Bununla birlikte kanun koyucu, takdir yetkisi kapsamındaki düzenlemeleri yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, orantılılık ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında ölçülülük ilkesi gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur." açıklamalarına yer vermiştir.

5237 sayılı TCK 86. maddenin 2. fıkrasının son cümlesi "Suçun kadına karşı işlenmesi hâlinde cezanın alt sınırı altı aydan az olamaz." şeklinde olup anılan madde somut norm denetiminin konusu olmuştur. AYM 05/01/2023 tarih E.2022/117, K.2023/4 sayılı kararda takdir yetkisi yaklaşımına atıf yaparak "Benzer durumda olanlara farklı muamele yapılmasının nesnel ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığının veya farklı muamele öngörülebilmesinin hangi dereceye kadar mümkün olacağına değerlendirilmesinde kanun koyucunun belirli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır (Nuriye Arpa, B. No: 2018/18505, 16/6/2021, § 59). Ayrıca ceza siyaseti söz konusu olduğunda kanun koyucunun takdir yetkisi daha geniştir. Kanun koyucunun ülkemizde yaygın hâle geldiğini değerlendirdiği kadına karşı şiddet sorununun çözülmesi amacıyla itiraz konusu kuralları ihdas ettiği, bu bağlamda kadının erkeğe kıyasla kasten yaralama ve tehdit suçları yönünden daha kırılgan olmasından hareket ettiği anlaşılmıştır. Başka bir ifadeyle kadına karşı şiddet kavramı teknik ve dar anlamda kullanılmamıştır. Kurullarla, salt kadının toplumsal cinsiyet algısı nedeniyle uğradığı değil, saiki ne olursa olsun kadına yönelik her türlü şiddet önlenmek istenmiştir. Anayasa'nın 17. maddesiyle devlete yüklenen pozitif yükümlülüklerin ifası amacıyla kanun koyucunun kadına karşı şiddet ve tehdit suçlarında cezanın altı sınırının artırılmasına dair düzenleme yapmasında devletin toplumsal ihtiyaçları karşılamak için farklı muamelede bulunma konusunda sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlarının aşılmadığı değerlendirilmiştir. Bu itibarla itiraz konusu kurulların nesnel ve makul bir temele dayandığı kanaatine varılmıştır." şeklinde açıklamalarla iptal talebini reddetmiştir. AYM 05/01/2023 tarih E.2022/117, K.2023/4 kararında kasten yaralama ve tehdit suçları yönünden daha kırılgan olmasından dolayı kadına karşı "her türlü" şiddetin önlenmek istendiği belirtilmiştir. 7406 sayılı kanunun kadına karşı şiddetin bir takım çeşitlerini önlemeye yöneldiği muhakkaktır. Ancak kadına karşı şiddet çok geniş kapsamlı bir konudur. Anayasa Mahkemesi kararının yasama organınca yapılan değişikliklerle kadına yönelik "her türlü" şiddetin önlenmesi amacına yönelik kanun ile adım/adımlar atıldığı şeklinde yorumlamak daha doğru olacaktır. 7406 sayılı kanunun -diğer bir takım değişikliklerle birlikte- TCK 86. maddenin 2. fıkrası kapsamındaki kadına karşı kasten yaralama şeklindeki şiddeti önlenmek istediği söylenebilir. Ancak 7406 sayılı kanun ile TCK 86. maddenin 1. fıkrası düzenlenmediğinden kadına karşı her türlü şiddetin önlediği sonucuna ulaşılmaması mümkün görülmemiştir. TCK 86. maddenin 1. fıkrasının 2. fıkrasına göre daha ağır yaralanmayı içerdiği de göz önüne alındığında bu durum takdir yetkisi ile izah edilemez.

Anayasa Mahkemesinin takdir yetkisi yaklaşımının anayasanın başlangıç kısmında kendisine yer bulan kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olduğu kabul edilebilir. Ancak takdir yetkisi yaklaşımının katı uygulanması ceza adaletine zarar da verebilir. Çağdaş kuvvetler ayrılığının ilk kuramcısı Montesquieu "Cezalarda belirli bir orantı olması önemli bir noktadır, çünkü daha küçük bir suçtan ziyade daha büyük bir suçtan ve daha az zararlı olandan ziyade toplum için daha zararlı olandan kaçınılması esastır." demektedir. (Montesquieu, Baron de Kanunların Ruhu Dorlion Cilt-1 s.133), [Yine Beccaria "Gerçekten, eğer toplum düzenini aynı derecede sarsmayan -ihlal etmeyen- iki suça aynı ceza verilir ise insanlar ağır olan suçu

işlemekte bir sakınca görmeyecekler ve bu konuda çok zor bir engellede karşılaşmayacaklardır" demektir.(Beccaria, Cesare Suçlar ve Cezalar Hakkında İmge 13. Baskı s.48) Pufendorf cezaların orantılı olması gerektiğini belirttiğinden sonra "benzer suçlara benzer muamele edilmemesi adalete aykırı olup yurttaşlar için son derece rahatsız edicidir" demektir.(Pufendorf, Samuel Doğal Hukuka göre İnsanın ve Yurttaşın Ödevi Timaş Akademi s.180)] Anayasa Mahkemesi takdir yetkisini esas kabul etmekle birlikte bu yetkinin mutlak olmadığını belirterek anayasal denetime açık kapı bırakmıştır. Bu kapsamda AYM 11/02/2025 tarih 2024/13 Esas, 2025/37 Karar sayılı kararındaki "Bununla birlikte kanun koyucu, takdir yetkisi kapsamındaki düzenlemeleri yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, orantılılık ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında ölçülülük ilkesi gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur." şeklindeki açıklamalar ile ceza adaletsizliğine yol açabilecek uygulamaların Anayasanın 2. maddesine aykırı olacağı açıkça kabul edilmiştir.

Bu konuda AYM 17/11/2011 tarih E.2010/115, K.2011/154 sayılı kararı oldukça önemlidir. İftira suçuna ilişkin 5237 sayılı Kanun'un 267. maddesinin (7) numaralı fıkrasının "İftira sonucunda mağdur hakkında hapis cezası dışında adlî veya idarî bir yaptırım uygulanmışsa; iftira eden kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklindeki hükme Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş ve "İtiraz konusu fıkranın, suçun niteliği, mağdurun uğradığı zararın ağırlığı, mağdur hakkında uygulanan yaptırımın çeşidi ve suçla korunan hukuki fayda bakımından değerlendirilmesi yapıldığında, iftira neticesinde mağdur hakkında hapis cezası uygulanması halinde öngörülen ceza ile mağdur hakkında hapis cezası dışında adli yaptırım veya idari yaptırım uygulanması halinde öngörülen cezalar arasında kabuledilebilir bir orantı bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu yönüyle de itiraz konusu fıkranın hukuk devletinde olması gereken adalet ilkesiyle bağdaştırılması mümkün değildir." şeklindeki gerekçeler ile kanun hükmü Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı kabul edilerek iptal edilmiştir. Kadına karşı ayrımcılığın özel bir türü olan kadına karşı şiddet olgusu nedeniyle kadına yönelen TCK 86/1. madde kapsamındaki kasten yaralama eyleminin nitelikli hal/ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmemesi; kadının erkeğe kıyasla kasten yaralama suçu yönünden daha kırılabilir olması(AYM 05/01/2023 tarih E.2022/117, K.2023/4), kadına karşı şiddetin önlenmesi lüzumu, suçun niteliği, mağdurun ve toplumun uğradığı zarar, suçla korunan hukuki yarar hususları gözetildiğinde orantılılık koşulunun oluşmaması nedeniyle Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 90/5. maddesi kapsamında kanunların milletlerarası anlaşmalara(sözleşmelere) aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Ancak ülkemizin taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) uluslararası bir hukuk metni olup kanun ve anayasanın yorumunda kullanılacak önemli bir belgedir. Sözleşmenin 2. maddesi " Taraf Devletler kadınlara karşı ayrımcılığın her biçimini yasaklayıp, her türlü vasıtayla ve hiç vakit kaybetmeden kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etme politikası izlemeyi kabul ederler ve bu amaçla aşağıdaki konularda taahhütte bulunurlar:

a) Erkeklerin ve kadınların eşitliği prensibini henüz ulusal anayasalarına veya diğer ilgili mevzuatlarına içselleştirmemişler ise, bu prensibi içselleştirmeyi ve yasalar ve diğer uygun vasıtalarla bu prensibin pratik olarak uygulanmasını sağlamak;

b) Kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı yasaklayan ve gerektiği takdirde yaptırımlar getiren gerekli mevzuatı çıkarmak ve diğer tedbirleri almak;

c) Kadınların haklarını erkeklerle eşit bir biçimde koruyacak hukuki mekanizmalar kurmak ve yetkili ulusal yargı yerleri ile diğer kamu kurumları vasıtasıyla her hangi bir ayrımcılık karşısında kadınların etkili bir biçimde korunmasını sağlamak;

d) Kadınlara karşı ayrımcılık niteliğindeki bir eylem veya uygulamadan kaçınmak ve kamu kurum ve kuruluşların bu yükümlülüğe uygun davranmalarını sağlamak;

e) Her hangi bir kişi, kurum veya kuruluş tarafından kadınlara karşı ayrımcılık yapılmasını önlemek için gerekli her türlü tedbiri almak;

f) Kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan mevcut yasaları, hukuki düzenlemeleri, gelenekleri ve uygulamaları değiştirmek veya kaldırmak için gerekli her türlü tedbiri almak;

g) Kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan bütün ulusal ceza hükümleri kaldırmak.

"şeklindedir. CEDAW Komitesi'nin 19 Sayılı Genel Tavsiye Kararı "Cinsiyete dayalı şiddet, kadınların erkeklerle eşit temelde hak ve özgürlüklerden yararlanma becerisini ciddi şekilde kısıtlayan bir ayrımcılık şeklidir." demek suretiyle kadına karşı şiddetin, kadına karşı ayrımcılığın özel bir türü olduğunu kabul etmiştir. AIHM cinsiyet (toplumsal cinsiyet) konusunda Opuz/Türkiye davasında AIHS 14. maddesi (ve bu madde ile birlikte AIHS 2 ve 3. maddeler) kapsamında önemli bir karar vermiştir. Bu karar ile Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesinin "ev içi şiddette dahil olmak üzere kadına yönelik şiddetin kadına yönelik bir ayrımcılık biçimi olduğu" şeklindeki görüşüne atıf yaparak bu görüşün AIHM tarafından da paylaşıldığını ortaya koymuştur. [Haris,O'boyle & Warbrick Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku Onikilevha, 2. Baskı 2022, s.747-748] Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararı verdiği T.A. başvurusu da bu konuda önemli bir ulusal karardır. Anayasa Mahkemesi T.A. Başvurusunda "85. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW), 1979 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş ve ülkemiz tarafından 19/1/1986 tarihinde imzalanmıştır. CEDAW'ın 1. maddesinde kadınlara karşı yapılan ayrımcılık "kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama" şeklinde tanımlanmaktadır.

86. CEDAW'ın 2. maddesinde devletin yükümlülüklerine ilişkin olarak aşağıdaki hususlara yer verilmektedir:

"Taraf Devletler, kadınlara karşı her türlü ayrımı kınar, tüm uygun yollardan yararlanarak ve gecikmeksizin kadınlara karşı ayrımı ortadan kaldıracı bir politika izlemeyi kabul eder ve bu amaçla aşağıdaki hususları taahhüt ederler:

(e) Herhangi bir kişi veya kuruluşun kadınlara karşı ayırım yapma girişimini önlemek için bütün uygun önlemleri almayı;

(f) Kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan mevcut yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları değiştirmek veya feshetmek için yasal düzenlemeler de dahil gerekli bütün uygun önlemleri almayı;"

87. CEDAW'ın 17. maddesi uyarınca ihdas edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi (Komite) 19 No.lu genel tavsiye kararında (11. Oturum, 1992) cinsiyete dayalı şiddetin kadınların erkeklerle eşitlik temelinde hak ve özgürlüklerden yararlanma imkânına ciddi bir engel teşkil eden ve bu nedenle CEDAW'ın 1. maddesinde yasaklanmış bir ayrımcılık şekli olduğunu tespit etmiştir. Komite, cinsiyete dayalı şiddet genel kategorisine özel kişi tarafından uygulanan şiddeti ve aile içi şiddeti de dâhil etmektedir. Sonuç olarak cinsiyete dayalı şiddete karşı devletlerin sorumlulukları bulunduğunu ifade eden Komite, devletlerin "kadınları her türde şiddetten korumaya yönelik cezai yaptırımlar, medeni çözümler ve tazminat da dahil olmak üzere kadının etkili bir şekilde korunmasının sağlanması için gerekli tüm yasal ve diğer tedbirleri alma görevi bulunduğunu" vurgulamaktadır.

88. Taraf devletlerin görev ve sorumluluklarını aldığı tavsiye kararlarıyla sürekli hatırlatan Komite 2010 yılında gerçekleştirilen 47. Oturumunda alınan 28 sayılı genel tavsiye kararıyla da "şiddetin nerede meydana geldiğine bakılmaksızın fiziksel, ruhsal ya da cinsel açıdan kadına zarar veren veya acı çekmesine neden olan, zarar vermeye yönelik tehditler, zorlama ve özgürlükten mahrum bırakma gibi eylemleri ve aile içerisinde veya kişiler arası ilişkilerde yaşanan veya Devlet ya da devlet organları tarafından uygulanan ya da göz yumulan şiddeti içerdiğini, taraf devletlerin bu tür toplumsal cinsiyete dayalı şiddet girişimlerini önlemek, soruşturmak, kovuşturmak ve cezalandırmak hususunda özen yükümlülüğüne sahip olduğunu; kadınlara yönelik ayrımcılığın aynı zamanda yaşama hakkı ve fiziksel dokunulmazlık, aile içi şiddet ve diğer şiddet türleri gibi diğer insan hakları ihlallerini de beraberinde getirmesi hallerinde taraf devletlerin suçluları mahkeme önüne çıkarmak ve en uygun cezaya çarptırmak üzere soruşturma ve yargılama süreçlerini devreye sokmakla yükümlü olduğunu" ifade etmiştir." şeklindeki açıklamalarıyla ülkemizin kadına karşı şiddete karşı yükümlülüklerini teyit etmiştir.

AİHM Stummer/Avusturya kararında; bazı durumlarda "fili eşitsizlikleri" düzeltmek için gruplara farklı muamele girişimde bulunulmamasının AİHS 14. maddenin ihlaline yol açabileceği kabul edilmiştir. [Haris,O'boyle & Warbrick Age s.739-740] Yani devletin belirli gruplara farklı muamele yapmaması ayrımcılık olarak nitelenebilecektir. Stummer/Avusturya kararı kadına karşı şiddete ilişkin bir karar olmasa da bu konudaki genel prensiplere ilişkin önemli bir karardır. Kadına karşı şiddet olgusu nedeniyle TCK 86/1. Kapsamındaki hükümde kadınları koruyucu farklı muamelelerin uygulanması Anayasa 10/2. maddesi kapsamında pozitif yükümlülüklerin bir gereğidir. Burada önemli bir hususta AİHM kararlarında AİHS 14. maddenin yorumlanmasına ilişkindir. AİHS 14. madde yalnızca sözleşme ve protokollerde yer alan hak ve özgürlükler yönünden uygulanabilir niteliktedir. AİHM'e göre sözleşme daha lehe muamele edilmesini gerektirmese bile ayrımcılık kavramı bir kişi veya grubun uygun gerekçe gösterilmeden diğer kişi veya gruptan daha olumsuz muamele görmesini içerir. (Zarb Adami/Malta, Delcourt/Belçika) EB/Fransa kararında "14. maddede yer verilmiş olan ayrımcılık yasağının kapsamı sözleşme ve ayrıca protokollerin her bir Devletin güvence altına alınmasını gerektirdiği hak ve özgürlüklerden yararlanmanın ötesine geçmektedir. Madde ayrıca sözleşmenin herhangi bir hükmünün genel olarak kapsamına giren Devletlerin kendi isteği ile vazetmeye karar verdiği diğer haklara da uygulanır" şeklinde karar vermiştir. Bu kapsamda tanınan hakkın ayrımcı bir temelde kısıtlanmaması gerektiği kabul edilmiştir. AİHM de ayrımcılık yasağına ilişkin temel kuralın bir Devletin sözleşmedeki bir hak çerçevesinde

yükümlülüklerinin ötesine geçtiğinde bunu ayrımcı olmayan bir şekilde yapması gerektiği şeklindedir. [Haris,O'boyle & Warbrick Age s.736-737] Devletin pozitif yükümlülükleri ile bireylerin hakları(insan hakları) arasındaki ilişki gözetildiğinde TCK 86/2-2. cümle kapsamındaki kasten yaralama ve TCK 82/1-f bendindeki nitelikli kasten öldürme eylemleri yönünden kadına karşı yerine getirilen pozitif yükümlülükler (ve kadınların kendisine yönelen şiddetin önlenmesini talep hakkı) TCK 86/1. madde kapsamındaki kasten yaralama suçunda öngörülmemiştir. Nitekim buna ilişkin uygun bir gerekçede sunulmamıştır. Bu nedenle TCK 86/1. madde Anayasanın 10. maddesine aykırıdır.

Kadına karşı şiddet olgusu nedeniyle kadına yönelen TCK 86/1. madde kapsamındaki kasten yaralama eyleminin nitelikli hal/ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmemesi; kadınların maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını ihlal etmesi nedeniyle Anayasanın 17. maddesine, kaynağını anayasadan alan (ayrıca taraf olunan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin -anayasanın sözüne ve ruhuna uygun düştüğü ölçüde- anayasa maddesinin yorumlanmasında kullanılmasıyla ortaya çıkan) pozitif yükümlülükler kapsamında kadınları koruyucu nitelikte orantılı ceza oluşturulmaması nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 86. maddesinin1. fıkrasındaki "Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklindeki hükmü ve dosyamız kapsamında aleyhe kanunun geçmişe yürümezliği ilkesi kapsamında yürürlükte olan 7550 Sayılı kanunun 9. maddesi ile TCK 86/1. maddesindeki değişiklik öncesindeki fıkra hükmündeki "bir yıldan" ibaresi Anayasanın 10 ve 17. maddelerine aykırıdır.

B) Mahkememizin 2025/543 Esas sayılı dosyasının 26/06/2025 tarihli ara kararı ile 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrasının 1. cümlesindeki "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." Şeklindeki hükmünün Anayasanın 2., 13., 10/2. ve 17. maddelerine aykırı olduğu değerlendirildiğinden iptali yönünde Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmasına ve iptalinin istenmesine karar verilmiştir.

Aynı konuya ilişkin Anayasa Mahkemesinin 01/06/2023 tarih E.2022/120, K.2023/107 sayılı iptal kararı daha önce verilmiş ve 7499 sayılı yasanın 15. maddesiyle 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesi yeniden düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 01/06/2023 tarih E.2022/120, K.2023/107 sayılı iptal kararında " Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin çeşitli bireysel başvuru kararlarında HAGB kurumunun cezasızlıkla bağlantılı olarak yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağıyla ilgili sorunlara neden olduğunu, bunların yanı sıra başta ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğe müdahale teşkil ettiğini, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermediğini ve hak ihlallerine neden olduğunu tespit ettiği, anılan kurumun Anayasa'ya aykırı yönlerine birçok defa dikkat çektiği görülmektedir (Atilla Yazar ve diğerleri [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022, § 97; Seyfullah Turan ve diğerleri, B. No: 2014/1982, 9/11/2017, §§ 194-197; Necla Kara ve diğerleri, B. No: 2018/5075, 15/3/2022, §§ 103-110 Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019; Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015; Osman Erbil, B. No: 2013/2394, 25/3/2015; Memduh Yılmaz ve Naciye Yılmaz, B. No: 2018/36717, 7/10/2021)." şeklinde açıklamalara yer verdiği görülmektedir. Söz konusu kısım incelendiğinde HAGB kurumunun yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı ile sorunların oluştuğu, başta ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı olmak üzere birçok temel hak

ve özgürlüğe müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi anılan kararında "birçok temel hak ve özgürlüğe müdahale" gibi genel bir ifade kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı ile ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü gibi haklar arasında bir ayrıma gitmiştir. İlk kısmın devletin koruma (bireylerin kötü muamele yasağına karşı korunması) ikinci kısmın ise müdahale etmeme şeklindeki yükümlülüklerle ilişkin olduğu açıktır. Ancak ilk kısma girebilecek cinsel saldırı eylemleri yönünden bir açıklama yoktur. Nitekim sarkıntılık suretiyle cinsel saldırı suçlarının HAGB sınırları içerisinde kalma ihtimali bulunmaktadır. Konuya ilişki E.A. Başvurusu Kararı (GK B. No: 2014/19112, 17/5/2018) önemlidir. Anayasa Mahkemesi E.A. Başvurusu Kararında "67. Tüm bu tespitler ışığında Mahkemenin, ceza tayini ve HAGB hususunda tam bir takdir yetkisi bulunduğu hâlde verdiği kararlar bu yetkisini, söz konusu eylemlere hiçbir şekilde müsamaha edilmeyeceğini göstermek için kullanmak yerine toplumca hassasiyet gösterilen cinsel saldırı eyleminin sonuçlarını hafifletmek için kullanmayı tercih ettiği izlenimi vermiştir. Olaya özgü koşullar (bkz. §§ 12, 16, 18) nedeniyle başvurucuya yönelik cinsel saldırının ağırlığı karşısında eylemi yapanın cezalandırılması yerine sadece ceza tehdidi altında bırakılmasına dair verilen kararın, bireylerin kötü muamele yasağına karşı korunması amacıyla alınan caydırıcı yasal önlemleri etkisiz kıldığı kanaatine varılmıştır. 68. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının öngördüğü devletin pozitif yükümlülüğünden usul yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır." demek suretiyle sarkıntılık suretiyle cinsel saldırı suçunda HAGB kararı verilmesini ihlal sebebi saymıştır. (Anayasa Mahkemesinin 01/06/2023 tarih E.2022/120, K.2023/107 sayılı iptal kararında bu suça atıf yapılmamasının görüş değişikliğinden mi kaynaklandığı bilinmemektedir.) Anayasa Mahkemesi E.A. Başvurusu Kararında ihlale hükmederken "Diğer bir ifadeyle olayda Mahkemenin verdiği kararın, üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen kötü muamelelere karşı bireylerin korunmalarını sağlayan caydırıcı yasal tedbirleri fiilen etkisiz kılp kılmadığı incelenmelidir. Bu inceleme yapılırken cinsel suçların toplum üzerinde yarattığı hassasiyet de gözardı edilmemelidir." şeklindeki açıklamasına da yer vermiştir. Anılan kısımda yukarıda ayrıntılı açıklandığı üzere kadına karşı ayrımcılığın özel bir türü olan kadına karşı şiddet olgusu yönünden HAGB hükümlerine ilişkin bir açıklamaya da yer verilmemiştir. Halbuki kadına karşı şiddet, sadece toplumumuzda değil uluslararası toplum üzerinde ciddi hassasiyet yaratan toplumsal bir olgudur. Ülkemizin taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) de bu evrensel toplumsal olgunun bir sonucudur.

Yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı gibi hususlarda olduğu gibi cinsel saldırı, kadına karşı şiddet gibi Anayasanın 17. maddesi kapsamındaki maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına hükmün açıklanması geri bırakılması kurumu Anayasanın 13. maddesi kapsamındaki ölçülülük ilkesine aykırı olarak müdahalede bulunmaktadır. Kadına karşı şiddeti önleme hususunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu Anayasanın 10/2. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülüklerle zarar vermektedir.

5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrasının 1. cümlesinin anayasaya aykırılığı kadına karşı şiddet ile sınırlı bir aykırılık değildir. Başkaca suçlar yönünde de anayasaya aykırılık sözkonusudur. Anayasa Mahkemesi kararında (AYM 01/06/2023 tarih E.2022/120, K.2023/107) da belirtildiği üzere HAGB "cezasızlıkla bağlantılı olarak yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağıyla ilgili sorunlara neden olduğunu, bunların yanı sıra başta ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğe müdahale teşkil" etmektedir. Anayasa Mahkemesinin 01/06/2023 tarih E.2022/120, K.2023/107 sayılı iptal kararında "49. Diğer yandan, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmıştır. Anılan

maddenin birinci fıkrasında insan onurunun korunması amaçlanmıştır. Üçüncü fıkrasında da kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Devletin, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, öncelikle kamu otoritelerinin bu hakka müdahale etmemelerini, yani anılan maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şekillerde kişilerin fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmamalarını gerektirir. Bu, devletin bireyin vücut ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünden kaynaklanan negatif ödevidir (Deniz Yazıcı, B. No: 2013/6359, 10/12/2014, § 60, 61).

50. Devlet, bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten korumakla yükümlüdür. Anılan koruma yükümü devlete, söz konusu kişilerin işkence ve eziyete ya da insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye maruz bırakılmalarını engelleyecek tedbirler alma ödevini yüklemektedir. Anılan yükümlülük, işkence ve kötü muamele yasağının maddi boyutunun bir unsurunu, devletin kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini idari ve yasal mevzuat aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Koruma doğrultusunda yetkililerin bildikleri ya da bilmeleri gerektiği bir kötü muamele tehlikesinin gerçekleşmesini engellemek için makul tedbirleri almamaları durumunda devletin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında sorumluluğu ortaya çıkabilecektir (Süleyman Deveci, B. No: 2013/3017, 16/12/2015, § 81).

51. 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, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 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). 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).

52. Cezasızlık, işlenen bir suçun somut olarak cezasız kalmasını ifade etmektedir. Cezasızlık; kötü muamele fiillerine yönelik olarak sorumluların adalet önüne çıkarılmaması, işledikleri suçla orantılı bir biçimde cezalandırılmaması veya mahkûm edildikleri cezanın infazının sağlanmaması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. 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 kalınmaktadır.

53. Kural, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklere uygun davranılması hâlinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı Kanun'un 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucunu doğurduğundan bu özelliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birini oluşturmaktadır. Dolayısıyla kişi hakkında verilen HAGB kararı, ceza niteliğinde olmayıp kişiyi ceza tehdidi altında bırakmaktan ibarettir.

54. HAGB kararının bu niteliğini gözetken Anayasa Mahkemesi daha önceki birçok kararında, kötü muamele iddiaları yönünden HAGB kurumunun uygulanmasının, sanığın infaz

edilebilir bir ceza almaması sonucunu doğurduğu ve bu kurumun uygulanmasında mağdurun muvafakati ya da mağdur açısından manevi bir telafinin sağlanmasının da aranmadığını dikkate alarak anılan geri bırakma kararının mağdur açısından yeterli ve etkili bir giderim sağlamadığını değerlendirmiştir (Şenol Gürkan, § 110; Mustafa Rollas, B. No: 2014/7703, 2/2/2017, § 81).

55. Anayasa'nın 17. maddesine aykırı muamelelerin kamu görevlileri tarafından değil de üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında daha esnek davranma imkânı bulunmaktadır. Buna karşın failin kamu görevlisi olduğu durumlarda hukuka aykırı ve son derece ciddi bir fiilin hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğinin gösterilmesi gerekir. Bu anlamda işkence veya kötü muamele gerçekleştirdiği tespit edilen kamu görevlisi fiilî olarak cezasız bırakılmamalıdır. HAGB kurumunun kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği ve Anayasa'nın 17. maddesi anlamında işkence, eziyet ve kötü muamele kabul edilen suçlar bakımından uygulanmayacağına dair yasal düzenlemenin bulunmaması ve ceza mahkemelerinin uygulamalarının da bu sorunu çözememesi Anayasa'nın 17. maddesinin devlete yüklemiş olduğu faillere fiilleriyle orantılı cezalar verilmesi ve mağdurlar açısından uygun giderimin sağlanması şeklindeki usul yükümlülüğü ile bağdaşmamaktadır." şeklindeki açıklamalara yer vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03/02/2009 tarih ve 2009/12 sayılı kararında da açıklandığı üzere 5271 sayılı yasanın 231. maddesindeki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının koşullu düşme niteliğinde sonuç doğuran kararlardan olduğu (Yargıtay 13 CD. 23/09/2013 tarih 2013/21618E-2013/25845K.), ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının açıklanmadığı takdirde henüz hukuki sonuç doğurmadığı ve hükmün askıda olduğu (Yargıtay 8 CD. 23/12/2024 tarih 2023/1814E- 2024/7923K.) açıktır. HAGB kararı ceza niteliğinde olmayıp kişiyi ceza tehdidi altında bırakan kararlardır. Anayasa Mahkemesi kötü muamele iddialarına ilişkin bir çok kararında mağdur açısından yeterli ve etkili bir giderim sağlamadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 17. maddesine aykırı muamelelerin kamu görevlileri tarafından değil de üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında daha esnek davranma imkânı bulunduğu belirtilmiş ise de [John Stuart Mill Özgürlük Üzerine isimli kitabında bireylerin sorumluluğuna ilişkin "Birine başkalarına kötülük yaptığı için sorumlu tutmak kuraldır; birini kötülüğü önlemediği için sorumlu tutmak ise istisna." demektedir.(Mill „John Stuart Özgürlük Üzerine Litera 4. Baskı s.39)Ancak devletin sorumluluğu bireyin sorumluluğundan farklıdır. Günümüzde devletlerin 3. kişilerin eylemlerinden daha fazla sorumluluğuna yönelim kuvvetlidir.] üçüncü kişiler tarafından gerçekleşen eylemler yönünden bu pozitif yükümlüklerin bulunabileceğine ve ihlal oluşturabileceğine açık kapı bırakmıştır. Anayasa Mahkemesi E.A. Başvurusu Kararında da bunu açıkça ortaya koymuştur. Kamu görevlisinden veya 3. kişilerden gelip gelmediğine bakılmaksızın toplumca hassasiyet gösterilen ve müsamaha edilmeyeceğini gösterilmesi gereken suçlarda eylemi yapanın cezalandırılması yerine sadece ceza tehdidi altında bırakılmasına imkan tanıyan HAGB kurumunun bireylerin kötü muamele yasağına karşı korunması amacıyla alınan caydırıcı yasal önlemleri etkisiz kıldığı anlaşıldığından 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrasının 1. cümlesindeki hüküm Anayasanın 17. maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesinin 01/06/2023 tarih E.2022/120, K.2023/107 sayılı iptal kararında " Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin Atilla Yazar ve diğerleri kararında belirtilen eksikliklerin (Atilla Yazar ve diğerleri, §§ 123-173) bütünüyle giderilmesine yönelik kanun koyucu tarafından gerekli değişikliklerin yapılmadığı, HAGB kurumunun mevcut haliyle - bireysel başvuru kararlarında da işaret edildiği üzere- kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarını önlemekte yetersiz kaldığı ve başta ifade özgürlüğü ve toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlükler üzerinde caydırıcı etki doğurduğu anlaşılmaktadır"

şeklinde açıklamalara yer vermiştir. [Bazı eylemlere hiç bir şekilde müsamaha edilmeyeceğinin açıkça gösterilmesi gerekir. Bu ülkemiz aleyhine AİHM'ne yapılacak başvurularda ispat yükünün yer değiştirmesinin önlenmesi (iddianın aksini ispat yükümlülüğünün devlete geçmesinin önlenmesi) açısından önemlidir.] Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca HAGB kurumunun uygulanamayacağı suçlar düzenlemesi gerekirken yasama organı 7499 sayılı yasanın 15. maddesi kapsamında bu yönde bir uygulama getirmemiştir. Hangi suçlarda HAGB kararı verilemeyeceğini mahkemelere bırakmak hukukun yeknesaklığı ilkesine (hukuk güvenliğine) de zarar verir. Mahkemelerin Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargıtay'ın uygulamasını sürekli takip edebilmesi makul bir yöntem olmaktan uzaktır. Nitekim anılan iptal kararında bir takım suç tiplerine yer verilmişse de E.A. Başvurusu kararına konu cinsel saldırı eylemine yer verilmemiştir. Bu kapsamda Mahkemelerin Anayasa Mahkemesinin görüş değiştirip değiştirmediğini belirlemesi de zordur. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın kararlarının mahkemelerce takip edilebileceği kabul edilse bile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının (temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması nedeniyle AİHS'nin Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrasının son cümlesi uyarınca kanunlardan üstün olduğu ve mahkeme kararlarının sözleşmeyi yorumlaması sebebiyle) takibi tüm kararların Türkçe metninin bulunmaması (bir kısım Türkçe metnin ise özet nitelikte olması) da gözetildiğinde büyük güçlük oluşturacaktır. Bu durum Anayasanın 2. fıkrasındaki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrasının 1. cümlesindeki "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." şeklindeki hükmü Anayasanın 2.,13., 10/2. ve 17. maddelerine aykırıdır.

C) Mahkememizin 2025/543 Esas sayılı dosyasının 26/06/2025 tarihli ara kararı ile 5271 sayılı CMK'nın 35. maddesinin 2. fıkrasındaki "Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları, hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunur." şeklindeki hükmünün Anayasanın 2.,13., 36.,74. maddelerine aykırı olduğu değerlendirildiğinden iptali yönünde Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmasına ve iptalinin istenmesine karar verilmiştir.

Adli kontrol; 5271 sayılı CMK'nın Koruma Tedbirleri başlıklı Dördüncü Kısımın Adli Kontrol başlıklı Üçüncü Bölümünde yer olan 109. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Adli kontrol kararlarının koruma tedbiri olduğu noktasında kanun sistematigi ve hukuk doktrini gözetildiğinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

5271 sayılı CMK'nın Adli kontrol kararının kaldırılması başlıklı 111. maddenin 2. fıkrasının "Adli kontrole ilişkin kararlara itiraz edilebilir." şeklindedir. madde başlığı Adli kontrol kararının kaldırılması başlığını taşıyada adli kontrolün hem kaldırılması hem de devamı kararları (talep üzerine veya CMK 110/4. maddesi uyarınca yapılacak incelemede) için itiraz yolu açıktır. Nitekim 5271 sayılı CMK'nın 111/1. fıkrası istem üzerine adli kontrolün kaldırılmasına karar verilebileceğini bildirmekte olup adli kontrolün devamına karar verilmesi de her zaman mümkündür.

5271 sayılı CMK'nın Kararların açıklanması ve tebliği başlıklı 35. maddesinin 2. fıkrası "Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları, hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunur." şeklindedir. Ceza yargılamasının asıl sujeleri (tarafı) sanık ve müşteki(katılan) olduğuna göre buradaki "ilgili"

den kastedilenin sanık veya müşteki(katılan) olduğu kuşkusuzdur. Kanun bu maddesi ile aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek bir kararın yoklukta verilmesi durumunda ilgisine tebliğ edilmesini zorunlu kılmış iken koruma tedbirlerine ilişkin hakim veya mahkeme kararları bu zorunluluktan muaf tutmuştur. Bu kapsamda anılan yasal düzenleme kapsamında diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi adli kontrol kararının kaldırılması veya devamı yönündeki kararların (talep üzerine veya CMK 110/4. maddesi uyarınca yapılacak incelemede) sanık veya müştekiye(katılana) tebliği gerekmemektedir.

Esasında koruma tedbirleri çok kapsamlı bir hukuki kurumdur. Koruma tedbirleri; yakalama, gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama ve elkoyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi,gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme şeklindeki geniş düzenlemeleri içermektedir. Öncelikle 5271 sayılı CMK'nın 35. maddesinin 2. fıkrasındaki istisnanın haklı gerekçeleri olup olmadığını incelemek gerekir. Bunu yaparken soruşturma-kovuşturma şeklindeki yargılama aşamalarını, soruşturmanın gizliliği ve kovuşturma aşamasının aleniliği ilkelerini, koruma tedbirlerinin etkilerini, koruma tedbirlerinin tebliğ edilmemesine ilişkin toptan bir yaklaşımın hukuki olup olmadığını değerlendirmek önem arz eder. Öncelikle ifade etmek gerekir ki koruma tedbiri türlerinin büyük çoğunluğunun esas uygulanma alanı soruşturma aşamasıdır. Yani tüm koruma tedbirleri soruşturma aşamasında uygulanabilirken, bazıları kovuşturma aşamasında da uygulanabilmektedir. Uygulamada yakalama, tutuklama, adli kontrol, iletişimin tespiti ve istisnai durumlarda elkoyma kovuşturma aşamasında gündeme gelen koruma tedbirleridir. Kovuşturma aşaması yönünden arama, iletişimin dinlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme şeklindeki koruma tedbirlerinin uygulama alanı yoktur. Bu koruma tedbirleri kovuşturma aşaması yönünden alenilik ilkesi ile de uyumsuzdur. 5271 sayılı CMK'nın 35. maddesinin 2. fıkrasında koruma tedbirlerine ilişkin hâkim(soruşturma) ve mahkeme kararları(kovuşturma) yönünden her hangi bir ayrıma yer vermemesi Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır. Başka bir açıdan koruma tedbirlerinin bir kısmının ilgisinin haberinin olmadan gerçekleştirilmesi zorunlu iken bir kısım koruma tedbirinin ise bu tedbirden ilgisinin haberdar edilmesi ile koruma tedbirine ve koruma tedbirinin devamına (tutukluluk ve adli kontrol gibi) itiraz edebilmesine imkan tanınması gerekir. Arama ve elkoyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme şeklindeki koruma tedbirlerinin tebliği ise tedbirin uygulanmasının tamamlanmasından önce delillere ulaşma yönünden sakıncalıdır. Bu konuda etkili bir iç hukuk yoluna başvurmaya (mahkemeye erişim hakkı) ilişkin AİHS 13. madde önemlidir. AİHM Klas ve diğerleri/Almanya kararında devlet tarafından doğal olarak önceden bildirim yapılmaksızın ve hatta sonradan bildirilmeksizin gizli olarak izleme yapılmasının AİHS 8. maddeye aykırı olmadığı belirtilmiştir. Rotaru/Romanya kararında ise "gizli izlemenin söz konusu olduğu hallerde tedbirlerin gizli kalması koşuluyla nesnel bir denetim mekanizması yeterli olacaktır. Eğer ilgili tedbirler ortaya çıkmışsa bireylerin bu tedbire karşı yasal yollara başvurabilmeleri sağlanmalıdır." [Haris,O'boyle & Warbrick A.g.e, s.725] İletişimin denetlenmesi kapsamında 5271 sayılı CMK 137/4. madde ile tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma veya kovuşturma evresinin bitiminden itibaren yazılı olarak bilgi vermesi hükmü vardır. (Tedbirin sona ermesinden makul süre sonra değil kayıtların yok edilip yargılamanın bitmesine müteakip yani zaten kararı öğrendikten sonra bildirim öngörülmüştür) Ancak kanunda gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme koruma koruma tedbirin icrası sonrası bildirim yükümlüğünde yoktur. Koruma tedbirlerinin nitelikleri de önemlidir. Her bir koruma tedbiri anayasadaki temel hak ve özgürlüklerin bir defaya veya bir süreye mahsus olarak sınırlanmasını içerir. Bir süreye mahsus olsada bazıları kişi hürriyetinin sınırlanması (adli kontrol, tutuklama gibi) bazıları ise kişide maddi sonuçlar ortaya çıkarmaksızın hatta haberi bile olmaksızın (iletişimin denetlenmesi gibi) uygulanır. Kişi hürriyetinin sınırlanmasına ilişkin koruma tedbirlerinin diğerlerine göre ağır

olduğunu söylemek mümkündür. Tutuklama doğası gereği devam edip etmediği fail tarafından bilinir. Adli kontrolün devam edip etmediğini bilmek konusunda ise failin ciddi menfaati vardır. Diğer taraftan tutuklama ve adli kontrol gibi tedbirler istisnai uygulamaya sahip olup önemli suçlarda sözkonusu olmaktadır. Mağdurlu suçlarda önemli suç varsa mağdurunda önemli bir mağduriyeti vardır. Fail hakkındaki adli kontrol ve tutuklama gibi tedbirlerin devam edip etmediğini bilmek hususunda mağdurunda ciddi menfaati vardır. Hem mağdura hemde sanığa hazır bulunamadığı kararları tebliğ etmemek mahkemeye erişim hakkını kısıtlayacaktır. Bu kapsamda 5271 sayılı CMK'nın 35. maddesinin 2. fıkrası soruşturma/kovuşturma aşaması (yani hakim ve mahkeme kararları) ve koruma tedbiri türleri yönünden bir ayrıma gitmediği, ölçülülük ilkesi uyarınca düzenlenmediği, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan mahkemeye erişim ve etkili başvuru hakkını kısıtladığı için Anayasanın 13. ve 36. maddelerine aykırıdır.

Özel olarak adli kontrol konusunda 5271 sayılı CMK'nın 35/2. maddesinde yer alan "aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları" şeklindeki ibare ile bahsi geçen tebliğin kanun yoluna başvuru amacına hizmet ettiği açıktır. Yani adli kontrol tedbirinin devamına karar verilmesi halinde sanığın itiraz için hukuki yararı bulunmaktadır. Adli kontrol tedbirinin kaldırılmasına ilişkin karar yönünden ise müştekinin(katılanın) itirazı söz konusu olabilecektir. Bu kapsamda yürürlükteki yasal düzenlemede gözetildiğinde adli kontrol kararının kaldırılması durumunda müştekinin(katılanın) bu karardan haberdar olup karara karşı kanun yoluna başvurma imkanının tanınması gerekir. Anayasanın Hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." şeklindedir. Adli kontrol kararının kaldırılmasına dair karardan müştekinin (katılanın) haberdar olup karara karşı kanun yoluna başvurma imkanının tanınmaması (bildirimde bulunulmayarak kanun yoluna başvuru hakkının kısıtlanması) Anayasanın 36/1. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetine aykırılık teşkil edecektir.

Anayasanın Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı başlıklı 74. maddesinde "Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu gecikmeksizin, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir. Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir." Şeklinde düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda yargılama sırasında sanık ve katılanın taraf oldukları dosyada verilmiş karar hakkında anayasaya göre bilgi edinme hakkına sahip olduğunun kabulü gerekir. Bilgi edinme hakkı hem bizzat sanığın ve katılanın dilekçeyle yaptığı başvuru sonucunu kapsadığı gibi (anılan maddenin 2. fıkrası) sanık ve katılanın talebi dışındaki adli kontrole ilişkin kararları(5271 sayılı CMK 110/4. fıkrası "Şüpheli veya sanığın adli kontrol yükümlülüğünün devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda en geç dört aylık aralıklarla; soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise resen mahkeme tarafından 109. madde hükümleri göz önünde bulundurularak karar verilir." şeklindeki hükmü gereğince dört aylık aralıklarla yapılacak inceleme sonucundaki kararları) da kapsayacaktır. Nitekim Anayasanın 74. maddenin 4. fıkrasının "Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir." şeklindeki hükmü bu kabulü gerektirir. Bu nedenle 5271 sayılı CMK'nın Kararların açıklanması ve tebliği başlıklı 35. maddesinin 2. fıkrasının Anayasanın 74. maddesine de aykırıdır.

Koruma tedbirine ilişkin kararın tebliğ edilmemesinin önemli bir sonucu da sanığın hakkındaki adli kontrol tedbirinin kaldırıldığından haberdar olmaması durumudur. Sanığın adli kontrol tedbirinin sona erdiğinden haberdar olmaması anayasada yer alan bir takım hak ve

özgürlükleri (seyahat özgürlüğü, kişi hürriyeti vs.) kullanmasına engel olabilecektir. Bu kapsamda yurtdışına çıkış yasağı kaldırılan sanığın bu karardan haberdar olmaması sanığın seyahat özgürlüğünü kullanmasını engelleyecek veya geciktirecektir. Bu durum (bilgi edinme hakkı da kısıtlanan) sanık için hukuki belirsizlik oluşturacak sanığın hukuki güvenliği zedeleneyecektir. Bu durum Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırılık tekil edecektir.

SONUÇ: Yukarıda arz edilen gerekçeler ve inceleme sırasında res' en nazara alınacak diğer nedenler nazara alınarak,

1- Mahkememizin 2025/543 esas sayılı dava dosyasında uygulanma ihtimali bulunan ancak 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2., 10. ve 17. madde hükümlerine açıkça aykırı hükümler içeren 5237 sayılı TCK'nın 86. maddesinin 1. fıkrasındaki "Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Şeklindeki hükmünün ve dosyamız kapsamında aleyhe kanunun geçmişe yürümezliği ilkesi kapsamında yürürlükte olan 7550 Sayılı kanunun 9. maddesi ile TCK 86/1. maddesindeki değişiklik öncesindeki fıkra hükmündeki "bir yıldan" ibaresinin İPTALİNE KARAR VERİLMESİ,

2- Mahkememizin 2025/543 esas sayılı dava dosyasında uygulanma ihtimali bulunan ancak 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2., 13., 10/2. ve 17. madde hükümlerine açıkça aykırı hükümler içeren 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrasının 1. cümlesindeki "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." Şeklindeki hükmünün İPTALİNE KARAR VERİLMESİ,

3- Mahkememizin 2025/543 esas sayılı dava dosyasında uygulanma ihtimali bulunan ancak 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2.,13., 36. ve 74. madde hükümlerine açıkça aykırı hükümler içeren 5271 sayılı CMK'nın 35. maddesinin 2. fıkrasındaki "Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları, hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunur." Şeklindeki hükmünün İPTALİNE KARAR VERİLMESİ,

Talep olunur."