**"...**

**II- İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

'Belirtilen gerekçe ve kanun metninden çıkan sonuç şudur;

5237 Sayılı TCK'nun 19.12.2006 tarih ve 26381 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 191/1. maddesinde cezai müeyyide öngörülmüştür.

191/2. maddesinde ise 1. fıkraya göre hüküm vermeden önce yani ara kararı ile 'uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir.' hükmü yer almaktadır.

191/2. madde gereği ara kararı ile tedavi ve denetimli serbestlik kararı verildiğinde 191/5. maddesi gereğince 'Tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranan kişi hakkında açılmış olan davanın düşmesine karar verilir. Aksi takdirde, davaya devam olunarak hüküm verilir' hükmü yer almaktadır.

191/6. maddesinde ise 'cezaya hükmedildikten sonra da iki ilâ dördüncü fıkralar hükümlerine göre tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulabilir. Bu durumda, hükmolunan cezanın infazı ertelenir' hükmü ile hüküm kurulduktan sonra da mahkemece tıpkı 191/2. maddesinde olduğu gibi tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulabileceğini hükmü bağlamıştır.

Diğer bir söyleyişle tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine 191/2. maddesi gereği ara kararı ile karar verilebileceği gibi, 191/6. madde gereği cezaya hükmedildikten sonra da karar verilmesi mümkün olup bu konuda hakime takdir hakkı tanınmıştır.

Ancak 191/6. maddesi gereği cezaya hükmedildikten sonra TCK'nun 191/2. maddesi gereği tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmolunduğunda, TCK'nun itiraza konu 191/7. maddesinde belirtildiği üzere 'Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır...' hükmü yer almaktadır.

Diğer bir anlatımla, tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmiş ve gereklerine uygun davranılmış olmasına rağmen;

a) TCK'nun 191/2. madde gereği ara kararı ile verilmiş ise; TCK'nun 191/5. maddesi gereği davanın düşmesine,

b)TCK'nun 191/6. maddesi gereği cezaya hükmettikten sonra verilmiş ise; TCK'nun 191/7. maddesi gereği hükmolunan cezanın infaz edilmiş sayılmasına karar verilecektir.

Bu durumda aynı suçu işleyen, aynı yükümlülük verilen ve verilen aynı yükümlülüklere riayet eden 2 sanıktan biri hakkındaki davanın düşmesine karar verilirken, diğeri için hükmolunan cezanın infaz edilmiş sayılmasına karar verilmiş olmaktadır.

Ara kararı ile TCK'nun 191/2. maddesi gereği tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmolunduğunda TCK'nun 191/5. maddesi gereği düşme kararı verilirken, TCK'nun 191/6. maddesi gereği cezaya hükmettikten sonra aynı şekilde tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmolunduğunda ve gereklerine uygun davranıldığında, cezanın infaz edilmiş sayılması sebebiyle yukarıda belirtilen ilgili yasa kuralları incelendiğinde hükümlü hakkında;

a) Yeni bir suç işlediğinde TCK'nun 58. maddesi gereği mükerrir sayılacak ve hakkında mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanacak,

b) 5237 sayılı TCK'nun 108. maddesi gereği mükerrirliğinden dolayı daha ağır infaz koşulları ile karşı karşıya kalacak,

c) 5352 sayılı K'nun 4. maddesi gereği verilen hüküm önce adli sicil kaydına girecek, aynı kanunun 9. maddesi gereği süresi dolduktan arşiv kaydına alınacak ve yine aynı kanunun 12. maddesi gereği de muhtemelen ölünceye kadar bu kayıt arşivde saklanacaktır.

Görüldüğü üzere TCK'nun 191/7. maddesindeki 'Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır...' hükmü ile aynı suçu işleyen aynı yükümlülük verilen ve aynı yükümlülüklere riayeti gerektiren TCK'nun 191/5. maddesinde hükme bağlanan düşme karararına nazaran sırf ara kararı ile verilmedi diye daha ağır bir sonuçla karşı karşıya kalınacağı aşikardır.

5237 Sayılı TCK'nun 19.12.2006 tarih ve 26381 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 'Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır...' şeklindeki 191/7. maddesi Türkiye Cumhuriyet Anayasasının aşağıdaki kurallarına aykırılık teşkil etmektedir;

a) Anayasamızın 2. maddesi yönünden;

Anayasa Mahkememizin birçok kararında belirtildiği üzere; Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan hukuk devletinin de öncelikle eşitlik ve adaleti esas alan bir yapılanmayı öngördüğü kuşkusuzdur. Hukuk devletinin bu temel niteliklerini yaşama geçirmekle yükümlü olan yasa koyucunun, Anayasa'nın ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı, suç ve suçluların özelliklerini de gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bunlara verilecek cezanın türünü, miktarını, artırım ve indirim nedenlerini, bunların oranları ile suçun takibine ilişkin yöntemleri belirleme konusunda takdir yetkisi bulunmakta ise de bu yetki kullanılırken suç ile ceza arasındaki adil dengenin korunması ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gibi hususların da dikkate alınması zorunludur.

İtiraz olunan TCK'nun 191/7. maddesi ile TCK'nun 191/2 ve dolayısı ile 191/5. maddesindeki yasa kuralının cezalandırmada aynı amacı gerçekleştirmeye yönelik olduğunda kuşku yoktur, her iki yasa maddesi de günümüz toplumunun en önemli sorunlarından biri haline gelen uyuşturucu madde kullanımı ile mücadeleyi etkinleştirmek, uyuşturucu kullanımını, satın alınmasının, kabul edilmesini birey için caydırıcı hale getirmek ve bu sorunu yaşayan bireyleri tedavi ederek topluma kazandırma amacını gütmektedir.

Hal böyle iken eşit koşullardaki iki sanıktan biri hakkındaki davanın düşmesine karar verilirken, diğeri hakkında verilen cezanın infaz edilmiş sayılmasına karar vermek Anayasamızın 2. maddesine aykırıdır.

b) Anayasamızın 10. maddesi yönünden;

Yine Anayasa Mahkememizin birçok kararında vurgulandığı üzere; Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, ayrı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Bu itibarla da belirtilen yasa kuralında hakime ara kararı ile veya cezaya hükmettikten sonra tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar vereceği sırada takdir hakkını kullanırken kullanabileceği somut donelerin de kanun metninde gösterilmemesi sebebiyle, eşit koşullardaki iki sanıktan biri hakkında sırf ara kararı ile tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmesi sebebiyle davanın düşmesine karar verilirken, diğeri hakkında sırf cezaya hükmettikten sonra tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesi sebebiyle verilen cezanın infaz edilmiş sayılmasına karar vermek Anayasamızın 10. maddesine aykırıdır.

Bu çerçevede yukarıda izah olunan nedenlerle;

5237 Sayılı TCK'nun 19.12.2006 tarih ve 26381 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5560 Sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 191/7. maddesindeki 'Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır...' hükmünün Anayasamızın 2 ve 10. maddelerine aykırı olması sebebiyle itirazen iptali isteminde bulunma zarureti hasıl olmuştur.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

Sanık hakkında uygulanma ihtimali bulunan 5560 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 5237 sayılı TCK'nun 191/7. maddesindeki 'Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır; aksi takdirde, derhal infaz edilir.' hükmünün Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına aykırı olduğu kanaatine varıldığından Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 152/1. maddesi gereğince ANAYASA MAHKEMESİNİN BU KONUDA VERECEĞİ KARARA KADAR DAVANIN GERİ BIRAKILMASINA,

Gerekçeli kararın yazımı sonrası gerekçeli karar aslı ile dava dosyasının tasdikli örneğinin eklenmesi suretiyle oluşturulacak dosyanın Anayasaya aykırılık iddiası ile itirazen incelenmesi için ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANLIĞINA GÖNDERİLMESİNE,

Dosyanın kayıtsız ve takip dışı kalmaması için yargılamanın 31.05.2007 günü saat 15.30'a bırakılmasına karar verildi.'"