**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

**Esas Sayısı : 2016/18**

**Karar Sayısı : 2016/16**

**Karar Tarihi : 16.3.2016**

**R.G. Tarih-Sayı : Tebliğ edildi.**

**İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN:**Nazilli 4. Asliye Ceza Mahkemesi

**İTİRAZIN KONUSU:** 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine, 6.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen (11) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *".kasten yeni bir suç işlemesi veya.*" ibaresinin "*sırf askeri suçlar*" yönünden Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

**OLAY:**Yapılan yargılama sonunda açıklanması geri bırakılan hükmün, denetim süresi içinde sanığın yeni bir suç işlemesi nedeniyle açıklanması aşamasında, itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

**I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜ**

5271 sayılı Kanun'un itiraz konusu ibarenin de yer aldığı 231. maddesi şöyledir:

"***Madde 231-****(1) Duruşma sonunda, 232 nci maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır.*

*(2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir.*

*(3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hâl varsa bu da bildirilir.*

*(4) Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir.*

*(5) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl(2) veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder. [1]*

*(6) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;*

*a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,*

*b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,*

*c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,*

*gerekir. (Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/7 md.) Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.*

*(7) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.*

*(8) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. (Ek cümle: 18/6/2014-6545/72 md.) Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;*

*a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,*

*b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,*

*c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,*

*karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.*

*(9) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.*

*(10) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.*

*(11) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Denetim süresi içinde****kasten yeni bir suç işlemesi veya****denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.*

*(12) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.*

*(13) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.*

*(14) (Değişik: 23/1/2008 - 5728/562 md.) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.*"

**II- İLK İNCELEME**

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca yapılan ilk inceleme toplantısında, başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ümit DENİZ tarafından hazırlanan ilk inceleme raporu, itiraz konusu kanun hükmü okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

2. Anayasa'nın "*Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi*" başlıklı 152. maddesinin son fıkrasında, "*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."*; 6216 sayılıAnayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise "*Mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz*." hükümlerine yer verilmiştir.

3. 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (11) numaralı fıkrasına yönelik iptal talebi, Anayasa Mahkemesinin 12.3.2009 tarihli ve E.2007/14, K.2009/48 sayılı kararıyla kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesi ile esastan reddedilmiş ve bu karar 25.6.2009 tarihli, 27269 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

4. Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek verilen ret kararından sonra aynı kural hakkında yeni bir başvurunun yapılabilmesi için, önceki kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 25.6.2009 tarihinden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır.

5. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kurala ilişkin itiraz başvurusunun, Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrası ve 6216 sayılı Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince esas incelemeye geçilmeksizin reddi gerekir.

6.  Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

**III- HÜKÜM**

4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine, 6.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen (11) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *".kasten yeni bir suç işlemesi veya."* ibaresinin *"sırf askeri suçlar"* yönündeniptaline karar verilmesi talebiyle yapılan itiraz başvurusunun, Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrası ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince REDDİNE, Serruh KALELİ'nin karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA**,**16.3.2016 tarihinde karar verildi.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Başkan  Zühtü ARSLAN | Başkanvekili  Burhan ÜSTÜN | Başkanvekili  Engin YILDIRIM |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Üye  Serdar ÖZGÜLDÜR | Üye  Serruh KALELİ | Üye   Osman Alifeyyaz PAKSÜT |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Üye   Recep KÖMÜRCÜ | Üye  Alparslan ALTAN | Üye  Nuri NECİPOĞLU |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Üye  Hicabi DURSUN | Üye  Celal Mümtaz AKINCI | Üye  Erdal TERCAN |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Üye  Muammer TOPAL | Üye  M. Emin KUZ | Üye  Hasan Tahsin GÖKCAN |

|  |  |
| --- | --- |
| Üye  Kadir ÖZKAYA | Üye  Rıdvan GÜLEÇ |

**KARŞIOY**

5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 231. maddesine 6.12.2006 tarihinde eklenen (11) numaralı fıkranın 1. cümlesinde yer alan  ".kasten yani bir suç işlemesi veya .. ibaresinin "sırf askeri suçlar " yönünden Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptali istenmektedir.

Anayasa'nın "Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" başlıklı 152. maddesinin son fıkrasında, *"Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulmaz.";* 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama usulleri hakkında Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise *"Mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararının resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz."* hükümlerine yer vermiştir.

Anılan bu madde nedeniyle aynı yasanın ilgili 11. maddesine yönelik Mahkememize gelmiş bulunan bir İPTAL talebi 12.3.2009 gün ve 2007/14 E., 2009/48 K. sayılı kararı ile Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesi ile reddedildiği ve kararda 25.6.2009 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmış bulunduğundan ilgili bu itiraz başvurusu Anayasa'nın 152/son ve 6216 sayılı Yasa'nın 41. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince esasa geçilmeden reddedilmiş, anılan çoğunluk görüşüne aşağıdaki gerekçeler ile katılınmamıştır.

2007/14 E. sayılı iptal davasına konu 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 23. maddesi ile 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 231. maddesine eklenen ve 2016/18 sayılı itiraz yolu ile iptal istemine konu edilmiş (11.) fıkranın da yer aldığı 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 numaralı fıkralarının hak arama hürriyetini özünden zedelediğinden Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine, eşitlik ilkesine aykırı olduğundan 10. maddesine toplum barışı, bireylerin güven ve huzurunu sağlamadığından ve kamu yararına dayanmadığından 2. ve 3. maddelerine, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmadığından 11. maddesine aykırılığı nedeniyle iptallerinin istendiği, hangi fıkralar yönünden incelendiği açık olmayan kararımızda ise ilgili fıkraların, Devletin ceza siyasetini belirleyen sistem tercihlerinde bulunmasında Anayasa'nın temel ilke ve ceza hukukunun ANA kurallarına bağlı kalmak koşulu ile takdir hakkı bulunduğu yönündeki kısa ve tek gerekçesi ile Anayasa'nın  6 değişik maddesine ilişkin aykırılık iddialarını reddettiği görülmektedir.

İtirazen iptal başvurusunda bulunan Nazilli 4. Asliye Ceza Mahkemesi ise, 5271 sayılı Yasa'ya eklenen (11) numaralı fıkranın içinde yer alan *"..kasden yeni bir suç işlemesi."* ibaresinin *"sırf askeri"* suçlar yönünden incelenmesi suretiyle iptal isteminde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Mahkememizde görülmüş bulunan ve bu davanın ret gerekçesine esas oluşturan 2007/14 E.,  2009/48 K. sayılı dosyada ilgili onbirinci fıkra somut norm denetimi yolu ile denetlenmiştir. Bu tür denetimler normun genelliği kapsamında ele alındığında, itirazen iptale gelinen uygulamayla bağımlı davalarda olduğu gibi kuralın somutta yarattığı Anayasal sorunun fark edilmemesi, üzerinin kapalı kalması gibi sonuçlar yaratabilmektedir. Soyut denetim de kuralın öngörülebilir sonuçlarını dikkate almak mümkün olmayıp gereklide değildir. Nitekim, 2009/48 sayılı kararımızda Anayasa'nın 6 ayrı maddesi yönünden farklı aykırılık gerekçeleri belirtilerek gelinen dava sonucunda kuralın, Anayasa'ya aykırı olmadığının yegane gerekçesi yasa koyucunun takdir hakkının varlığı olarak ifade edilmiştir.

Takdir yetkisinin adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleri gözetilerek kullanılması gerektiği de bir vakıa olup bu yetki kullanılırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması  ve öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gibi hususlarda gözetilmek zorundadır.

10 yıl yasağı ile ret konusuna gerekçe alınan dosyanın yapılmış soyut denetiminde, itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin somutta suç ve ceza dengesini ölçmüş denetlemiş bir gerekçe de yer almamaktadır.

Türk Ceza Kanunları genelinde, kasıtlı, taksirli, askeri ve diğer suçlar arasında mutlak bir ayrım yapılmaktadır. Nitekim suçta tekerrürü düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 58. maddesinin dördüncü fıkrasında, kasıtlı, taksirli ve sırf askeri ve diğer suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağı hükmü getirilerek sırf askeri suçların diğer suçlardan ayrı bir kategoride mütalaa edildiği görülmektedir.

Askerlik hizmetinin gereği, disiplini, sivil hayata olan farklılığı ve kendine özgü cezaları, farklı yargı yapısı düşünüldüğünde, başvuran mahkemenin talebinin emsal alınan karar gerekçelerinden ve istem yönünden farklı olduğu açık olup, iptali istenen (11) numaralı fıkranın bu farklı talep yönünden de incelenip hakkında ret kararı verilmiş olduğuna ilişkin ulaşılmış sonuca katılma olanağı yoktur.

Soyut denetimle verilmiş bu sonuç, sırf askeri suçlar yönünden itirazen iptali istenen kuralın uygulanması ile ortaya çıkan hukuki durumun somutta Anayasal denetimine engel olmaktadır.

Nitekim  2015/57 sayılı dosyada yer alan karşı oyumuzda da etraflıca değinildiği şekilde,  Anayasa'nın 152. maddesi ile getirilen ve hakkında ret kararı verilmiş bir kuralın hiçbir yönden denetlenmemesi şeklinde anlaşılan yasaklama hükmü, ya da hükmün bu şekilde yorumu hakka saygı ve elde edilişini kolaylaştırmaya yönelik Hukuk devleti fikrine ve Anayasal yargı denetiminin önünde açık bir engeldir.

Demokratik düzen ve Anayasalara sahip başkaca ülkelerde rastlanılamamış bu yasakçı ve denetimsiz bırakma yöntemi, hak arama hürriyeti önünde, onun özünü ortadan kaldıran bir müdahale olarak durmaktadır.

Bu yöntemle denetlenmiş kural adeta Özel ve Kamu Hukuku alanında Anayasal tüm sonuçlar ile fiilen denetlenmiş, tüm koruma haklarını elde etmiş, kazanılmış, dokunulmazlık elde etmiş bir hüküm haline gelmektedir. Çağdaş demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı bir rejim ise, hakkı koruyan yargısal denetim alanı zorlaştırılmamalı, kullanılmaz duruma düşürmemeli Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasının kapsamı dar tutulup, geniş yorumlanmalı, yaşayan hukuk dinamizmine geçit vermelidir.

|  |
| --- |
| Üye  Serruh KALELİ |

[1] *23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanunun 562 nci maddesiyle bu fıkrada yer alan "bir yıl" ibaresi "iki yıl"  olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.*